

JASPER FINKE

# Krisen

*Jus Publicum*

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 294





Jasper Finke

# Krisen

Ein Erklärungsversuch dynamischer  
Rechtsentwicklungen in Krisenzeiten

Mohr Siebeck

*Jasper Finke*, Studium der Rechtswissenschaft in Kiel, 2005-2008 Rechtsanwalt in Berlin; 2008-2009 Master-Studiengang an der Columbia University in New York; anschließend wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Halle und am Graduiertenkolleg „Global Financial Markets“; Global Fellow an der NYU Law School; 2013-2017 Juniorprofessor an der Bucerius Law School; 2015 Habilitation (Frankfurt/Main); 2016 Visiting Fellow am Lauterpacht Centre for International Law, Cambridge University; 2017-2018 Lecturer in International Law, Edinburgh University School of Law. Seit 2018 Research Fellow am Institute for European Integration des Europa Kolleg Hamburg. Seit 2020 Referent im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz.  
orcid.org/0000-0001-9520-0889

ISBN 978-3-16-156557-1 / eISBN 978-3-16-156558-8  
DOI 10.1628/978-3-16-156558-8

ISSN 0941-0503 / eISSN 2568-8480 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

*Für Franziska, Lotte und Paul*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2015 am Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main als Habilitationsschrift angenommen. Sie ist trotzdem, und obwohl seitdem viel Wasser die Spree hinabgeflossen ist, ein Fragment geblieben – zumindest in Teilen. Dennoch habe ich mich entschlossen, die Arbeit in leicht überarbeiteter Form zu veröffentlichen, insbesondere da die bis heute in den Rechtswissenschaften dominierende Perspektive auf Krisen begrifflich und konzeptionell im Notstand und der Ausnahme verhaftet geblieben ist. Aufgrund ihrer binären Struktur kann man sie nur als unterkomplex bezeichnen. Ihr Erklärungsgehalt ist für das, was mit Recht in Krisen passiert, dementsprechend eindimensional. Die Veröffentlichung dient daher dem Ziel, dass der in der Arbeit entwickelte Ansatz Teil der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit und um Krisen wird. Er konzentriert sich vor allem auf durch Krisen ausgelöste langfristige Veränderungen, insbesondere in der Auslegung von Recht, und stellt ein Erklärungsmodell vor, das diese Veränderungen nicht als von außen an das Recht herangetragene Zumutungen begreift, sondern als ein dem Recht innewohnender Prozess.

Die Überlegungen lassen sich selbstverständlich auf Nicht-Krisenzeiten übertragen, was wiederum nur verdeutlicht, dass das, was in Krisenzeiten mit Recht passiert, nicht prinzipiell anders ist als das, was wir in Nicht-Krisenzeiten (der Einfachheit halber als Normalität bezeichnet) beobachten können. Der entscheidende Unterschied ist allein die Schnelligkeit, mit der diese Veränderungen geschehen. Das wiederum überfordert weniger das Recht als vielmehr unsere Erwartungen an das, was Recht leisten kann und soll. Die Arbeit ist somit ein Plädoyer für ein dynamisches Rechtsverständnis, das Recht als einen mit den tatsächlichen Verhältnissen verschränkten Prozess und nicht als einen mehr oder minder unveränderlichen Zustand begreift.

Ein solches Projekt konnte ich nicht ohne zahlreiche Hilfe und Unterstützung stemmen. Mein Dank gilt zuallererst meiner gesamten Familie. Aber auch ohne die Unterstützung von Rainer Hofmann hätte ich die Habilitation nicht zu Ende führen können. Darüber hinaus danke ich Christian Bumke und den „Raketen“ für ihre Unterstützung sowie Moritz von Rochow für seinen Einsatz zum Schluss.



Trotz der Überarbeitung habe ich Literatur und Rechtsprechung ab 2016 nur vereinzelt berücksichtigen können. Das hat zur Folge, dass aus heutiger Sicht manche Passagen anders aufgebaut oder inhaltlich strukturiert worden wären, insbesondere die kaum endenwollende Auseinandersetzung zwischen BVerfG und EuGH um die von den Mitgliedstaaten und der EZB in der Eurozonenkrise ergriffenen Maßnahmen. Allerdings ändert dies nichts an den grundlegenden Erkenntnissen und Thesen der Arbeit, die hiervon unberührt geblieben sind.

Die Arbeit wurde lange vor meinem Eintritt in das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) fertiggestellt. Schon deshalb ist es selbstverständlich, dass die darin vertretenen Positionen meine eigenen sind und in keiner Weise die des BMJV widerspiegeln.

Berlin, Juli 2020

Jasper Finke

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	VII
Abkürzungsverzeichnis . . . . .	XI
<i>Einleitung</i> . . . . .	1
<i>A. Auswirkungen von Krisen auf Recht – eine Bestandsaufnahme</i> . . . . .	15
I. Begriffsanalyse . . . . .	19
II. Notstand – Praxis und Theorie . . . . .	21
1. Theorie des Notstandes – charakteristische Merkmale und Ursprünge . . . . .	21
a) Die Römische Diktatur . . . . .	22
b) Die englische Rechtstradition . . . . .	24
aa) Suspendierung von <i>Habeas Corpus</i> -Rechten . . . . .	25
bb) Das Ideal des <i>martial law</i> . . . . .	28
2. Entwicklung von Staatsnotstandsmodellen . . . . .	29
III. Diskussion . . . . .	32
IV. Die blinden Flecken . . . . .	36
<i>B. Notstandskonzepte – Wandel von Verständnis und Auslegung</i> . . . . .	39
I. Wandel präsidialer Notstandsbefugnisse im U.S.-Verfassungsrecht . . . . .	39
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen . . . . .	39
2. Handhabung . . . . .	40
3. Konzeptualisierung . . . . .	42
4. Die transformative Wirkung von Krisen – erste Beobachtungen . . . . .	48
II. Art. 48 Abs. 2 WRV – Notstand, Diktatur, Ausnahmezustand . . . . .	52
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen . . . . .	53
2. Handhabung . . . . .	55
3. Konzeptualisierung . . . . .	57
4. Die transformative Wirkung von Krisen – Ergänzungen . . . . .	66

III. Notstandskonzepte des GG, Luftsicherheit und Menschenwürde . . .	68
1. Verfassungsrechtliche Grundlagen . . . . .	68
2. LuftSiG, Katastrophennotstand und die Absolutheit der Menschenwürde . . . . .	69
a) Einsatz der Bundeswehr zur Terrorismusbekämpfung . . . . .	71
b) Menschenwürde, Recht auf Leben und Aufopferung . . . . .	77
3. Die transformative Wirkung von Krisen – Teil 3 . . . . .	81
IV. Krise, Notstand, Ausnahme . . . . .	83
1. Krise und Notstand . . . . .	84
2. Krisen und Ausnahme . . . . .	87
a) Ausnahme als Beschreibung . . . . .	88
b) Ausnahme als Rechtfertigung . . . . .	91
c) Art. 48 Abs. 2 WRV – Wirtschaftskrisen, Funktionsstörung und Ausnahme . . . . .	92
d) Ausnahme als übergeordnete Notstandskategorie . . . . .	93
e) Beschwichtigende Funktion der Ausnahme . . . . .	94
f) Ausnahmesituation und die Normalität einer Norm . . . . .	96
V. Zwischenfazit . . . . .	97
<i>C. Krisen als Auslöser für Wandel von Nicht-Notstandsnormen . . . . .</i>	<i>99</i>
I. Weltwirtschaftskrise, New Deal und U.S.-Verfassung . . . . .	99
1. <i>Laissez-faire</i> als Verfassungsprinzip und die <i>roaring twenties</i> . . .	100
2. Grundprinzipien des New Deal . . . . .	103
3. Erste Reaktionen des Supreme Court . . . . .	105
4. <i>The Switch in Time that Saved the Nine</i> . . . . .	107
5. New Deal, Revolution und Ausnahme . . . . .	109
II. Krise des Euro-Raumes . . . . .	111
1. Art. 125 AEUV und das Bail-Out-Verbot . . . . .	113
2. Art. 122 Abs. 2 AEUV . . . . .	117
3. Das OMT-Programm – Geld- und Währungspolitik v. Wirtschaftspolitik . . . . .	118
4. Transfer- oder Währungsunion, Demokratie und Staatlichkeit . .	125
5. Krise, Dynamiken und Ausnahmezustand . . . . .	129
III. Krise als Ausnahme – Zusammenfassung und Notwendigkeit eines alternativen Ansatzes . . . . .	136
<i>D. Krisen, Erwartungen und Auslegung . . . . .</i>	<i>139</i>
I. Verfassungswandel und <i>living constitutionalism</i> . . . . .	142
II. Krisen, enttäuschte Erwartungen, Anpassungsprozesse . . . . .	152
III. Erwartungen im Recht . . . . .	160

1. Erwartungsstabilisierung als Funktion des Rechts . . . . .	160
2. Bedeutung von Erwartungen für das Verstehen und die Auslegung von Normen . . . . .	164
a) Recht als Prozess . . . . .	164
b) Verstehen und Auslegung . . . . .	165
c) Elemente des Verstehens- und Auslegungsprozesses . . . . .	172
aa) Die Bedeutung von Fakten für das Verständnis der <i>commerce clause</i> . . . . .	173
bb) Schlagwörter und Normalität im Fall der Eurozonenkrise und der Krise der Weimarer Republik . .	181
<i>Ausblick: Krise des Rechts?</i> . . . . .	187
Literaturverzeichnis . . . . .	189
Sachregister . . . . .	201



## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ABSPP	<i>Asset-Backed Securities Purchase Program</i>
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
AVR	Archiv des Völkerrechts
BCCA	Bituminous Coal Conservation Act
Bd.	Band
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BZG	Preußisches Gesetz über den Belagerungszustand
bzw.	beziehungsweise
CBPP	<i>Covered Bond Purchase Program</i>
CSPP	Corporate Sector Purchase Programme
d. h.	das heißt
ders.	derselbe
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
ECB	European Central Bank
ECJ	European Court of Justice
ed/eds.	editor(s)
EFSF	Europäische Finanzstabilisierungsfazilität
EJIL	European Journal of International Law
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EZB	Europäische Zentralbank
f.	folgende
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	fortfolgende
FS	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GRC	Grundrechtecharta
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts
Hrsg.	Herausgeber

I.CON	International Journal of Constitutional Law
i.e.	id est (that is to say)
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
lit.	litera
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NIRA	National Industrial Recovery Act
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLRA	National Labor Relations Act
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OMT	Outright Monetary Transaction
PSPP	Public Sector Purchase Programme
QE	Quantitative Easing
REAL	Yearbook of Research in English and American
Rn	Randnummer
RV	Reichsverfassung 1871
S.	Seite
sog.	sogenannt
StGB	Strafgesetzbuch
ThürVBl.	Thüringsche Verwaltungsblätter
u. a.	unter anderem
U.S.	United States
UN	United Nations
USA	United States of America
vgl.	vergleiche
vol	volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung
z. B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliche Recht und Völkerrecht
ZfAS	Zeitschrift für Außen- und Sicherheitspolitik
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

„Eine Krise kann jeder Idiot haben.  
Was uns zu schaffen macht, ist der Alltag.“

(George Seaton – fälschlicherweise Anton Tschechow  
zugeschrieben)





## Einleitung

An Krisen hat es in den vergangenen zehn Jahren keinen Mangel gegeben: die globale Finanzkrise, die Eurozonenkrise, häufig auch als Euro- oder Staatsschuldenkrise bezeichnet,<sup>1</sup> und die sog. Flüchtlingskrise – um nur diejenigen zu nennen, die Europa am unmittelbarsten betroffen und herausgefordert haben. Angesichts der Komplexität der jeweiligen Krisen, der zu Grunde liegenden Ursachen, der in Reaktionen auf die Krisen getroffenen Maßnahmen und ihrer rechtlichen Bewertung, hätte es nahe gelegen, sich einzeln mit ihnen zu beschäftigen. Dies war auch der ursprüngliche Ansatz der vorliegenden Untersuchung. Eine vermeintlich einfache Frage veränderte jedoch das Erkenntnisinteresse und damit den Fokus der Arbeit: Welche Auswirkungen haben Krisen auf Recht? Statt sich also auf die Unterschiede zu konzentrieren, rückte das Phänomen der Krise an sich und damit mögliche Gemeinsamkeiten und Parallelen zwischen den Krisen in den Fokus.

In der Auseinandersetzung mit dieser Frage zeigte sich, dass die rechtswissenschaftlichen Antworten um die Begriffe Normalität, Ausnahme und Notstand kreisen<sup>2</sup> – eine Diskussion, die regelmäßig früher als später Schmitts Kon-

---

<sup>1</sup> Die Krise als Eurokrise zu bezeichnen, ist insoweit unzutreffend, weil dies vermuten lässt, dass es sich um eine Währungskrise handelt, die durch einen starken Verfall der Währung gekennzeichnet ist. Auch die Reduzierung der Krise auf eine Staatsschuldenkrise ist zu vereinfachend. Während exzessive Verschuldung gerade im Fall von Griechenland ein grundlegendes Problem darstellt, war es erst die Kombination mehrerer Faktoren, die beinahe den Zusammenbruch des Euro-Währungsraumes verursacht hätte. Hierzu gehört z. B. auch die Konstruktion der Eurozone und deren institutionelle Ausgestaltung. Dementsprechend wird im Folgenden der Begriff der Eurozonenkrise verwendet, um den multikausalen und mehrdimensionalen Charakter der Krise zu verdeutlichen. Eine Übersicht der Ursachen der Krise findet sich u. a. bei *Tuori/Tuori*, *The Eurozone Crisis* (2014), S. 3 ff. u. 61 ff.; *Mody/Sandri*, *The Eurozone Crisis*, *Economic Policy* 27 (2012), S. 199 (212 ff.) *Iversen/Soskice*, *A Structural-Institutional Explanation*, in: *Manow/Palier/Schwander* (eds.), *Welfare Democracies* (2018), S. 257.

<sup>2</sup> Für einen Überblick über die verschiedenen Konzeptionen von Notstand, Ausnahme und den sog. *emergency powers* siehe *Gross/Aoláin*, *Law in Times of Crisis* (2006), S. 17–85 u. 110–170. Diese Untersuchung ist stark geprägt von den Terroranschlägen vom 11. September 2001; siehe auch den kompakten Überblick bei *Loevy*, *Crisis Containment*, *REAL* 27 (2011), S. 3 (6 ff.); Aber auch in Bezug auf die Eurozonenkrise werden Notstandskonzepte diskutiert; zur Idee eines Unionsnotstandes siehe u. a. *Schorkopf*, *Gestaltung mit Recht*, *AöR* 136 (2011), S. 323 (341 ff.) und *Roeder*, *Staatsnotstand*, in: *Zwitter* (Hrsg.), *Notstand und Recht* (2012) S. 82 (83 ff.). Zur Bedeutung von Notstandsbefugnissen im Rahmen der Globalen Finanzkrise in den USA vgl. u. a. *Wallach*, *To the Edge* (2015), S. 1 ff.; *Walker*, *Emergency Tools*, *Review of*

zept des Ausnahmezustandes<sup>3</sup> aufgreift,<sup>4</sup> wobei sich die Auseinandersetzung in den meisten Fällen auf die Vorstellung, im Ausnahmezustand werde die Rechtsordnung suspendiert,<sup>5</sup> beschränkt.

Diese Arbeit geht einen anderen Weg, d. h. sie will eine Antwort auf die Frage finden, was mit Recht in Krisenzeiten passiert, die gerade nicht in den Dichotomien von Ausnahme und Normalität, Recht und Notstand verhaftet bleibt. Die Gründe hierfür sind vielfältig, lassen sich aber auf wie folgt zusammenfassen. Insbesondere der Ausnahmezustand im Sinne Carl Schmitts ist ein wenig hilfreiches Konzept. Zum einen ist es nicht von der Person Schmitt zu trennen und führt damit zwangsläufig zu einer polarisierten Debatte. Zum anderen handelt es sich um ein primär theoretisches Konzept, das Kernelement seines Verständnisses von Souveränität ist.<sup>6</sup> Jenseits dieser sehr abstrakten Sphäre bleibt der Ausnahmezustand eine Chimäre,<sup>7</sup> die bisher noch niemand gesehen hat, was wiederum nichts anderes heißt, als dass der Ausnahmezustand praktisch irrelevant ist. Dies steht zwar in einem auffallenden Gegensatz zu der Regelmäßigkeit, mit der in der rechts- und politikwissenschaftlichen Diskussion auf den Ausnahmezustand zurückgegriffen wird, um bestimmte Entwicklungen und Krisenphänome zu beschreiben.<sup>8</sup> In diesem Zusammenhang ist das Konzept

---

Banking and Financial Law 35 (2015), S. 672 (679ff.) und etwas allgemeiner *Scheuerman*, *The Economic State of Emergency*, *Cardozo Law Review* 21 (2000), S. 1869.

<sup>3</sup> Schmitt, *Politische Theologie* (1934), S. 13 ff.

<sup>4</sup> Gerade in Krisenzeiten scheint der Ausnahmezustand im Sinne Schmitts eine unwiderstehliche Faszination auszuüben; zur Rezeption in den USA in Reaktion auf die Terroranschläge vom 11. September 2001 siehe u. a. *Kahn*, *Political Theology* (2011), S. 31 ff. und *Posner/Vermeule*, *The Executive Unbound* (2010), S. 32ff.; *Tushnet*, *Emergency Powers*, in: Ramraj (ed.), *Emergencies* (2008), S. 145 (147f.); ein wichtiger Auslöser für die Rezeption Schmitts dürfte die Übersetzung der Arbeiten *Agambens* ins Englische gewesen sein, vor allem *Agamben*, *The State of Exception* (2005), S. 1 ff. Aber auch in der momentanen Euro-Krise finden sich vielfache Rückgriffe auf *Schmitt*, so z. B. aus primär politikwissenschaftlicher Perspektive bei *Barbato*, *Integration als Revolution*, *ZfAS* 6 (2013), S. 249, der von einem revolutionären Ausnahmezustand spricht; siehe ebenfalls *Fischer-Lescano*, *Troika in der Austerität*, *KJ* 2014, S. 2ff., der ausgehend von der Frage, „ob das europäische Recht angesichts der notstandsförmigen Krise überhaupt zur Anwendung kommen kann“, einen durch die Krise ausgelösten finanzpolitischen Ausnahmezustand diskutiert (und ablehnt); ferner *Calliess/Hartmann*, *Zur Demokratie in Europa*, 2014, S. 7, die angesichts von EFSF und ESM von einem normativen Ausnahmezustand sprechen; außerdem *Joerges*, *Europas Wirtschaftsverfassung in der Krise*, *Der Staat* 51 (2012), S. 357, 368 u. 377 ff.

<sup>5</sup> *Schmitt*, *Politische Theologie* (1934), S. 14 u. 18.

<sup>6</sup> „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.“; *Schmitt*, *Politische Theologie* (1934), S. 13.

<sup>7</sup> So *Augsberg*, *Denken vom Ausnahmezustand her*, in: Arndt u. a. (Hrsg.), *Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit* (2009), S. 17.

<sup>8</sup> Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 4; ferner in Bezug auf die Maßnahmen des Sicherheitsrats in Reaktion auf die Terroranschläge vom 11. September 2001 *Kreuder-Sonnen*, *Der globale Ausnahmezustand* (2012), S. 45 ff., *Klafki*, *Risiko und Recht* (2017), S. 352 ff.; *van Laak*, *Souveränität in Zeiten der Krise* (2019), S. 201 ff., die dort eine Typologisierung des Ausnahmezustandes vorstellt.

jedoch stark vereinfachend. Es erlaubt vermeintlich mühelose Erklärungen für schwierige und komplexe Krisenphänomene, die die gängigen Vorstellungen davon, wie Recht funktionieren soll, in Frage stellen.<sup>9</sup> Diese Vereinfachung dürfte auch der Grund sein, warum der Ausnahmezustand gerade in Krisenzeiten nicht nur immer wieder aufs Neue entdeckt wird, sondern sich auch einer solchen Beliebtheit erfreut und zwar entweder als Erklärung bestimmter Krisenphänomene oder als deren Rechtfertigung.<sup>10</sup>

## Krisen, Gefahr, Notstand

Dass die rechtliche Perspektive auf Krisen auch jenseits des Ausnahmezustandes von den Begriffen Normalität, Ausnahme und Notstand geprägt ist, liegt vor allem daran, wie Krisen erlebt und wahrgenommen werden. Natürlich handelt es sich bei dem Begriff der Krise nicht um einen Rechtsbegriff. Daraus schließen zu wollen, dass er deshalb keine Bedeutung für die rechtswissenschaftliche Diskussion hat, ist jedoch unzutreffend. Die Kognitionswissenschaften verwenden den Begriff des *Framing*. Dahinter verbirgt sich die Erkenntnis, dass Begriffe niemals neutral verwendet werden können. Sie legen vielmehr den Rahmen fest, innerhalb dessen nach Antworten gesucht und Ergebnisse begründet werden.<sup>11</sup> Wenn sich mithin die Rechtswissenschaften mit der Rolle von Recht in Krisenzeiten auseinandersetzen – und der Begriff der Krise nicht auf ein Schlagwort reduziert wird, mit dem schlicht Aufmerksamkeit generiert werden soll – so hat das zu Grunde liegende Verständnis von Krisen unmittelbare Bedeutung für den terminologischen und konzeptionellen Rahmen, innerhalb dessen die Diskussion geführt wird.

Indem Krisen ganz überwiegend als Zeiten von Ungewissheit, Gefahr und Not wahrgenommen werden,<sup>12</sup> konzentriert sich die Diskussion auf das Konzept des Staatsnotstandes, die unterschiedlichen Ausprägungen, die es über die Jahrhunderte erfahren hat, und deren Vor- und Nachteile.<sup>13</sup> In letzter Konse-

<sup>9</sup> Hierzu gehört vor allem Auslegungsänderungen oder interpretatorische Wandel als ein weitverbreitetes Krisenphänomen und damit die Frage, inwieweit sich tatsächlich ändernde Verhältnisse Auswirkungen auf den Inhalt einer Norm haben. Siehe hierzu unten C., insb. I. 2., II. 2. und III. 2. und 3.

<sup>10</sup> Zur Funktion der Ausnahme allgemein siehe *Finke*, Funktion und Wirkung der Ausnahme im Recht, AöR 140 (2015), S. 518 (519–527).

<sup>11</sup> Der Begriff „Rahmen“ (oder „*frame*“) ist ein Fachausdruck der Kognitionswissenschaften; vgl. hierzu grundlegend die Einführung bei *Goffmann*, Rahmen-Analyse (1977), S. 9ff. Zur Bedeutung von Rahmen für das Verstehen und damit die Auslegung von Rechtsnormen vgl. *Wählisch*, Cognitive Frames of Interpretation in International Law, in: Bianchi/Peat/Windsor (eds.), Interpretation in International Law (2015), S. 331 (338).

<sup>12</sup> Siehe hierzu die Begriffsanalyse A. I.

<sup>13</sup> Einen systematischen Überblick über die verschiedenen Notstandsmodelle geben *Gross/Aoláin*, Law in Times of Crisis (2006), S. 17–85; *Ferejohn/Pasquino*, The Law of the Excep-

quenz werden die „Grenzen des Rechts“<sup>14</sup> bzw. dessen Funktionsfähigkeit<sup>15</sup> in Krisenzeiten thematisiert. Das wiederum schließt den konzeptionellen Kreis zum Begriff des Ausnahmezustandes – ob nun im Sinne *Carl Schmitts*<sup>16</sup> oder als schlichte Beschreibung von etwas, das dem Konzept des Rechts diametral widerspricht.

## Notstandslogik

Die Fokussierung auf Notstandskonzepte führt jedoch zu einer einseitigen und damit verzerrten Wahrnehmung von Krisen. Sie vermittelt unweigerlich den Eindruck, dass es lediglich zeitlich befristeter Notstandsmaßnahmen bedürfe, um eine Krise zu bewältigen. Damit drohen die langfristigen Auswirkungen von Krisen aus dem Blick zu geraten. So sind Notstandskonzepte geprägt von einer dichotomen Unterscheidung zwischen Normalität und Ausnahme- bzw. Notstandssituationen, die wiederum als Gefahr wahrgenommen werden. In ihrer Struktur sind alle Notstandsmodelle gleich und folgen derselben Logik: Ein Ereignis wird als Notstandssituation qualifiziert. Daraufhin verdrängt das daran gekoppelte Notstandsregime die an sich geltenden Regelungen. Ziel des Notstandsregimes ist es, die Gefahr zu beseitigen. Sobald dies gelungen ist, wird das Notstandsregime beendet, und es gelten wieder die für die Dauer des Notstandes verdrängten Regeln.<sup>17</sup>

---

tion, I.CON 2 (2004), S. 210 (211 ff.); *Loevy*, Crisis Containment, REAL 27 (2011), S. 3 (6 ff.); *Zwitter*, Rechtstheoretische Erläuterungen zur Begrifflichkeit und Theorie des Staatsnotstandes, in: ders. (Hrsg.), Notstand und Recht (2012), S. 20 ff.

<sup>14</sup> *Kaiser*, Krisenzeiten, in: Schröder/v. Ungern-Sternberg (Hrsg.), Weimarer Staatsrechtslehre (2011), S. 119 (133 ff.).

<sup>15</sup> Skeptisch z. B. *Gross* als Vertreter eines *extra-legal measures model of emergency powers (ELM)*, das nachträgliche Ratifikationsprozesse von Notstandsmaßnahmen propagiert, vgl. *Gross*, Extra-Legality and the Ethics of Political Responsibility, in: Ramraj (ed.), Emergencies and the Limits of Legality (2008), S. 60 (64 ff.); siehe ferner *Tushnet*, der ein Modell politischer Kontrolle von Notstandsmaßnahmen entwickelt, *Tushnet*, The Political Constitution of Emergency Powers: Some Conceptual Issues, in: Ramraj (ed.), Emergencies and the Limits of Legality (2008), S. 145 (146 f.); ebenfalls skeptisch *Posner/Vermeule*, The Executive Unbound (2010), S. 113 ff.

<sup>16</sup> *Schmitt*, Politische Theologie (1934), S. 13 ff.

<sup>17</sup> Auch wenn diese Logik allen Modellen inhärent ist, so unterscheiden sie sich hinsichtlich der Voraussetzungen und der Rechtsfolgen. Art. 48 WRV gilt vielen als Negativbeispiel für ein zu weit gefasstes und damit rechtlich unbegrenztes Notstandsregime; siehe u. a. *Kolb/Schumann*, Die Weimarer Republik (2013), S. 181 f., die von einem „schweren Konstruktionsfehler“ sprechen; außerdem *Gross/Aoláin*, Law in Times of Crisis (2006), S. 83; *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung (1997), S. 113.; *Watkins*, Failure of Constitutional Emergency Powers (1935), S. 16. Gänzlich anders ist die durch die Notstandsgesetze in das Grundgesetz eingeführte Notstandsverfassung konzipiert, die zwischen Katastrophennotstand, dem Inneren Notstand und dem Verteidigungsfall unterscheidet; siehe hierzu ausführlicher B. III. 1. Allerdings folgen auch die abgestuften Notstandsregelungen des Grundgesetzes derselben

## Krisen als Katalysator für Veränderungen

Krisen primär aus Perspektive des Notstandes zu betrachten, bedeutet letztlich, diese auf vorübergehende, zeitlich begrenzte Gefahren zu reduzieren. Die vorliegende Arbeit weist anhand verschiedener Fallbeispiele – hierzu gehören die Weltwirtschaftskrise, die verschiedenen Krisen der Weimarer Republik und die auch nach fast 10 Jahren noch nicht überwundene Eurozonenkrise – nach, dass dieser Ansatz zu kurz greift.<sup>18</sup> Die Fallbeispiele zeigen, dass Krisen sowohl Auslöser als auch Bestandteil grundlegender Veränderungs- und Anpassungsprozesse sind.<sup>19</sup> Entgegen der Notstandslogik, wonach nach der Abwendung der Gefahr eine Rückkehr zur „Normalität“ erfolgt, bedeutet Anpassung jedoch Veränderung und nicht Rückkehr zum Bisherigen. Das Interesse der vorliegenden Arbeit gilt daher den langfristigen und zum Teil auch tiefgreifenden Veränderungen, die Krisen hervorrufen. Damit lässt sich auch schon eine vorläufige Antwort auf die Frage geben, welche Auswirkungen Krisen auf Recht haben: Krisen verändern Recht. Die Frage ist nur: Wie?

Liberalen und der *rule of law* bzw. dem Rechtsstaatsprinzip verpflichtete Staaten reagieren auf Krisen gewöhnlich mit dem Erlass von Gesetzen, Rechtsverordnungen und darauf basierenden konkreten Maßnahmen. Dies gilt sowohl für die in Reaktion auf die Eurozonenkrise ergriffenen Maßnahmen<sup>20</sup> als auch für die Reaktionen auf die Terroranschläge vom 11. September 2001. „Most modern states turn swiftly to law in times of emergency.“<sup>21</sup> Selbst ein nur flüchtiger Blick auf die bereits erwähnten Fallbeispiele zeigt jedoch, dass es mit dieser Feststellung nicht getan ist. Egal welcher Krise man sich zuwendet: die ergriffenen Maßnahmen werden wegen ihrer vermeintlich offensichtlichen Rechts- und Verfassungswidrigkeit angeprangert und zum Teil vor Gericht angegriffen.

So standen z. B. viele der von der Roosevelt Administration im New Deal initiierten Maßnahmen im Widerspruch zu den Vorgaben der U.S.-Verfassung,

---

Logik von Normalität, (spezifischer) Ausnahme bzw. Gefahr, der daraus resultierenden Befugnis, (spezifische) Notstandsmaßnahmen zu ergreifen, und dem damit verbundenen Ziel, die Normalität wieder herzustellen, indem die Gefahr erfolgreich abgewendet wird.

<sup>18</sup> Ausführlich hierzu C. I und II.

<sup>19</sup> Zu dieser evolutionstheoretisch basierten Definition von Krisen siehe *Prisching*, Krisen (1986), S. 67 ff.

<sup>20</sup> Der Begriff Maßnahmen wird in diesem Kontext nicht rechtstechnisch verwendet, d. h. er ist nicht deckungsgleich mit dem Maßnahmenbegriff in Art. 48 Abs. 2 WRV; siehe hierzu die Darstellung bei *Kurz*, Demokratische Diktatur? (1992), S. 59 ff. Der Begriff der Maßnahme spielt auch bei *Schmitt* und seinem Konzept des Ausnahmezustandes eine entscheidende Rolle; siehe *Schmitt*, Die Diktatur des Reichspräsidenten, VVDStRL 1 (1924), S. 63 (95 ff.) sowie B. II. 3. Im Folgenden sollen damit vielmehr alle Reaktionen auf Krisen erfasst werden, z. B. tatsächliches Handeln des Staates, rechtsförmliche Entscheidungen wie Verwaltungsakte oder einfache Gesetze, mit denen auf Krisen reagiert wird.

<sup>21</sup> *Ramraj*, No Doctrine More Pernicious?, in: *Ramraj* (ed.), *Emergencies and the Limits of Legality* (2008), S. 3.

wie sie durch die Rechtsprechung des Supreme Courts konkretisiert worden waren.<sup>22</sup> Auch eine Vielzahl von Maßnahmen und Gesetzen in Reaktion auf die unterschiedlichsten Krisen der Weimarer Republik wurden im Hinblick auf ihre Verfassungsmäßigkeit kontrovers diskutiert. Zwar konnten diese auf die weitgefassten präsidentialen Notstandsbefugnisse des Art. 48 Abs. 2 WRV gestützt werden, allerdings waren deren Reichweite und die damit einhergehenden Befugnisse umstritten.<sup>23</sup> Ein ähnliches Bild zeigte sich in der Eurozonenkrise. Auch hier stehen viele der Maßnahmen, die in Reaktion auf die drohende Zahlungsfähigkeit diverser Staaten der Euro-Gruppe ergriffen wurden, in einem Spannungsverhältnis zum AEUV und zum Grundgesetz: u. a. die bilaterale Kreditvergabe an Griechenland in 2010 und deren Vereinbarkeit mit Art. 122 und 125 AEUV;<sup>24</sup> der Ankauf von Staatsanleihen am Zweitmarkt und ein möglicher Verstoß gegen Art. 123 AEUV;<sup>25</sup> das *Outright Monetary Transaction*-Programm (OMT) und dessen Vereinbarkeit mit dem Mandat der EZB;<sup>26</sup> die Errichtung der Europäischen Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF)<sup>27</sup> und des

<sup>22</sup> Nahezu jedes Reformprojekt des New Deal wurde gerichtlich angegriffen; zu den bekannteren Entscheidungen des Supreme Courts gehören u. a. *Schechter Poultry Corp v. New York*, 195 U.S. 495 (1935); die sog. *gold clause cases*, d. h. *United States v. Bankers Trust Co.*, 294 U.S. 240 (1935), *Nortz v. United States*, 294 U.S. 317 (1935) und *Perry v. United States*, 294 U.S. 330 (1935); weitere wichtige Entscheidungen sind *Carter v. Carter Coal Co.*, 298 U.S. 238 (1936); *U.S. v. Butler et al.*, 297 U.S. 1 (1936); *Morehead v. New York*, 298 U.S. 587 (1936); *Carmichael v. Southern Coal & Coke Co.*, 301 U.S. 495 (1936); *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin*, 301 U.S. 1 (1937); siehe ausführlich hierzu C. I. sowie D. III. 2. c) aa) sowie die Darstellung bei *Cushman*, *Rethinking the New Deal Court* (1998), S. 33 ff.

<sup>23</sup> Die Notstandsbefugnisse des Reichspräsidenten hatten sich bereits während der Verfassungsversammlung von dem historischen Vorbild des Kriegszustandes in Art. 68 Reichsverfassung 1871 gelöst; zur Entwicklung der Notstandsbefugnisse in den ersten Jahren der Weimarer Republik siehe *Kurz*, *Demokratische Diktatur?* (1992), S. 55 ff. und 145 ff.; für den ab 1930 einsetzenden Wandel vgl. *Blomeyer*, *Der Notstand in letzten Jahren von Weimar* (1999), S. 121 ff.

<sup>24</sup> Das BVerfG hatte eine beantragte einstweilige Anordnung mangels Begründetheit abgelehnt; vgl. BVerfGE 125, 385 (392 f.). Prüfungsmaßstab war jedoch allein eine am Grundgesetz orientierte Folgenabwägung. *Häde*, *Die europäische Währungsunion in der internationalen Finanzkrise*, EuR 2010, S. 854 (857 ff.), hält die Maßnahmen zur „Unterstützung für Griechenland [...] als letzte Mittel zum Schutz der Euro-Währung und der Wirtschaft der Mitgliedstaaten [für] zulässig“ (S. 866).

<sup>25</sup> Siehe hierzu aus dem Schrifttum u. a. *Steinbach*, *Die Rechtmäßigkeit der Anleihekäufe der Europäischen Zentralbank*, NVwZ 2013, S. 918 (919 ff.), der keinen Verstoß gegen Art. 123 AEUV feststellen kann.

<sup>26</sup> Zum Mandat der EZB siehe *Thiele*, *Das Mandat der EZB und die Krise des Euro* (2013), S. 24 ff.; sowie *Morwinsky*, *Die Rolle der Europäischen Zentralbank in der Staatsschuldenkrise*, in: *Blanke/Pilz* (Hrsg.), *Die „Fiskalunion“* (2014), S. 39 (46 ff.); kritisch hat sich das BVerfG in seinem Vorlagebeschluss geäußert; BVerfGE 134, 366 (398 ff.); zur Gegenposition vgl. EuGH, Rs C-62/14, Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón v. 14. Jan. 2015, insb. Rn. 115 ff. sowie die darauf basierende Entscheidung des EuGH, Rs. C-62/14, Urteil v. 16. Juni 2015.

<sup>27</sup> Zur partiellen Verfassungswidrigkeit des deutschen Zustimmungsgesetzes (StabMechG,

Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM)<sup>28</sup> oder das *Public Sector Purchase Programme* (PSPP) der EZB zum Ankauf von Wertpapieren des öffentlichen Sektors, das Gegenstand des zweiten Vorlagebeschlusses des BVerfG an den EuGH ist.<sup>29</sup>

Über die Vereinbarkeit dieser Maßnahmen mit dem AEUV und dem Grundgesetz lässt sich vortrefflich und ausführlich streiten. Es geht im Rahmen der vorliegenden Untersuchung jedoch nicht darum, der Auseinandersetzung eine weitere Meinung hinzuzufügen. Das Interesse gilt vielmehr der dahinter liegenden Dimension. Damit ist die Abhängigkeit der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit der Maßnahmen von der Auslegung der maßgeblichen Normen gemeint. Damit rückt auch das eigentliche Problem in den Vordergrund, das sich vor allem an dem Streit um die Zuständigkeiten und Aufgaben der EZB besonders deutlich darstellen lässt. Deren vorrangiges Ziel ist die Gewährleistung der Preisstabilität (Art. 282 Abs. 2 S. 2 AEUV).<sup>30</sup> Maßnahmen wie das OMT-Programm, die darauf ausgelegt sind, die Geldmenge zu erhöhen, stehen aufgrund der damit einhergehenden Inflationsgefahr in einem offensichtlichen Spannungsverhältnis zu der Aufgabe der EZB, die Preisstabilität zu wahren.<sup>31</sup> Wenn man deshalb bisher davon ausgegangen ist, dass der EZB solche Maßnahmen verwehrt sind, stellt sich nun die Frage, ob aufgrund der veränderten tatsächlichen Verhältnisse eine andere Auslegung zumindest zulässig ist. Allgemein gesprochen geht es mithin um die Frage, ob sich der durch Auslegung einer Norm ermittelte Inhalt in Krisenzeiten ändert. Noch zugespitzter lautet die entscheidende Frage: Hängt der Inhalt einer Norm von den tatsächlichen Umständen ab?

---

22. Mail 2010, BGBl I 2010, S. 627) wegen Ausschlusses von Abgeordneten an der haushaltspolitischen Gesamtverantwortung des Bundestages durch Übertragung von Entscheidungsbefugnissen an einen Ausschuss des Bundestages vgl. BVerfGE 130, 318 (356 ff.); *Kube/Reimer*, Grenzen des Europäischen Stabilisierungsmechanismus, NJW 2010, S. 1911 (1914 f.) gehen von einem Verstoß gegen die Art. 122, 125 AEUV aus.

<sup>28</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit des ESM-Vertrages vgl. BVerfGE 135, 312 (398 ff.); aus der Literatur siehe stellvertretend *Nettesheim*, Europarechtskonformität des Stabilitätsmechanismus, NJW 2013, S. 14 ff.; einen eklatanten Unions- und Verfassungsrechtsverstoß prangert hingegen *Seidel*, Europarechtsverstöße und Verfassungsbruch im Doppelpack, EuZW 2011, S. 241 f. an.

<sup>29</sup> BVerfG, 2 BvR 859/15 u. a., Beschluss v. 15. Aug. 2017; der EuGH hält die Bedenken des BVerfG für am Ende nicht durchgreifend; siehe EuGH, Rs. C-493/17, Urteil v. 11. Dez. 2018. Die Reaktion und endgültige Entscheidung des BVerfG stand zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Manuskripts noch aus.

<sup>30</sup> Siehe hierzu statt vieler *Häde*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV (4. Aufl. 2011), Art. 282, Rn. 18 ff.; *Palm*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Bd. III, Art. 282, Rn. 9 f.

<sup>31</sup> Siehe hierzu ausführlich C. II. 3.



## Krisen und interpretatorischer Wandel

Die bereits erwähnten Fallbeispiele, die unter B und C. ausführlicher analysiert werden, legen nahe, dass dem so ist – zumindest in einem gewissen Umfang. Der Einfluss gesellschaftlicher, politischer und ökonomischer Umstände auf den Inhalt einer Norm lässt sich tatsächlich nicht bestreiten. Damit zeigt sich nicht nur der behauptete Zusammenhang zwischen Krisen und Auslegung, sondern auch eine inhaltliche Parallele zu der Diskussion um Verfassungsentwicklung und Verfassungswandel.<sup>32</sup> Die Frage nach den Auswirkungen von Krisen auf Recht berührt also so grundlegende Themen wie die Eigenständigkeit und Funktionen des Rechts, die Aufgaben einer Verfassung<sup>33</sup> und auch das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft. Letztlich geht es um das Verhältnis von Sein und Sollen.<sup>34</sup>

### Ausnahme als Erklärung für interpretatorischen Wandel

In der rechtswissenschaftlichen Literatur werden Krisen und deren Auswirkungen auf Recht jedoch nicht mit dem Phänomen des Verfassungswandels in Verbindung gebracht. Dieser Aspekt klingt allenfalls bei der Diskussion um die zu beobachtende Ausweitung von Notstandsbefugnissen in Krisenzeiten an.

---

<sup>32</sup> Grundlegend hierzu *Bryde*, Verfassungsentwicklung (1982), S. 254 ff. Kritisch bzw. zurückhaltend zum Begriff des Verfassungswandels *Vofskuhle*, Gibt es und wozu nutzt eine Lehre vom Verfassungswandel?, *Der Staat* 43 (2004), S. 450 (459), *Häberle*, Zeit und Verfassung, *ZfP* 1974, S. 111 (129 f.) und *Böckenförde*, Staat – Verfassung – Demokratie (1991), S. 190 ff.; eine gute Übersicht über die vertretenen Positionen liefert *Michael*, Die verfassungswandelnde Gewalt, *Rechtswissenschaft* 2014, S. 426 (428 ff.); siehe ferner ausführlich D. I. Der (vermeintliche) Verfassungswandel wird allerdings vor allem aus Perspektive einer durch das Verfassungsgericht eingeleiteten oder begründeten Entwicklung problematisiert, was wiederum die Kompetenz des BVerfG als Problem in den Mittelpunkt rückt. Demgegenüber geht es bei Krisen vor allem um eine von den Handlungen der politischen Akteure ausgehende Entwicklung, der sich das Gericht anschließt (oder auch nicht). Diese Frage rührt wiederum an dem grundlegenden Problem, wem die Kompetenz zusteht, den Inhalt der Verfassung zu konkretisieren; vgl. hierzu *Lepsius*, Die maßstabssetzende Gewalt, in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger* (Hrsg.), *Das entgrenzte Gericht* (2011), S. 161 (162 f. m. w. N.).

<sup>33</sup> Vgl. statt vieler *Schuppert*, Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, *AöR* 120 (1995), S. 33 (49 ff.); *Vofskuhle*, Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung, *JZ* 2009, S. 917 (918 ff.).

<sup>34</sup> Die Unterscheidung zwischen Sein und Sollen geht auf die Analyse *Hume*, *A Treatise of Human Nature* (1739), S. 335 zurück, der darauf hinwies, dass aus einem tatsächlichen Zustand (Sein) nicht logisch auf eine wertende Aussage (Sollen) geschlossen werden kann. Verstehen man das Recht als ein auf das Sollen gerichtetes System, so darf das Sein keine Bedeutung für das Sollen haben – zumindest dann nicht, wenn es sich um ein der Logik verpflichtetes System handelt. Die Trennung zwischen Sein und Sollen spielt des Weiteren im Rechtspositivismus eine wichtige Rolle, um das dem Sollen verpflichteten Recht vom Sein der Moral zu trennen; vgl. hierzu grundlegend *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (2008), S. 25 ff.

Im Vordergrund steht vielmehr das Problem, ob Recht in Krisenzeiten nach wie vor seine das Verhalten von Menschen steuernde Funktion erfüllen kann. Dahinter verbirgt sich die Frage nach den Grenzen des Rechts und damit nach dem Verhältnis von Politik und Recht.

In diesem Zusammenhang spielt der Begriff der Ausnahme eine entscheidende und auch eigentümliche Rolle und zwar sowohl in der deutschsprachigen als auch der englischsprachigen Literatur. Die Ausnahme wird häufig einfach als Synonym für *Schmitts* Ausnahmezustand verwendet.<sup>35</sup> Sie dient aber auch der Charakterisierung von Krisen<sup>36</sup> oder findet als Argument bei der Auslegung von Notstandsbefugnissen Verwendung.<sup>37</sup> In der Diskussion um die Grenzen des Rechts und das Verhältnis von Recht und Politik steht die Ausnahme hingegen für das Nicht-Rechtliche und damit für den Einfluss und die Dominanz der Politik in Krisenzeiten.<sup>38</sup> Dies hat wiederum Auswirkungen auf die Erklärungs- und Rechtfertigungsansätze für interpretatorischen Wandel, der häufig als Resultat politischen, ökonomischen und gesellschaftlichen Drucks interpretiert wird. Ausgehend davon ist der Wandel für das Recht in eigenen Kategorien nicht zu erklären. Es handelt sich vielmehr um eine Black Box.

## Krisen jenseits von Gefahr und Ausnahme

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, ein Konzept zu entwickeln, das interpretatorischen Wandel in Krisenzeiten als einen Prozess begreift, der dem System „Recht“ innewohnt. Es geht also darum, die Black Box in ihren Grundzügen auszuleuchten. Ausgangspunkt hierfür ist die Frage: Was sind Krisen? Statt diese als Gefahr oder Ausnahmen von einer wie auch immer gearteten Normalität zu verstehen, setzt die Arbeit bei der ebenfalls geläufigen Auffassung an, dass die Zukunft gerade in Krisen als besonders unsicher erscheint.<sup>39</sup> Auch wenn diese Wahrnehmung weitverbreitet ist, ist sie erklärungsbedürftig. Schließlich ist die Zukunft immer ungewiss. Ungewissheit scheint allerdings ein für Men-

<sup>35</sup> Diese begriffliche Ungenauigkeit findet sich schon bei *Schmitt* selbst; vgl. *Schmitt*, Politische Theologie (1934), S. 13, der zunächst vom Ausnahmezustand spricht, um dann zu formulieren „Die Entscheidung über die Ausnahme [...]“.

<sup>36</sup> Zur begrifflichen Gemengelage, d. h. der wenig trennscharfen Verwendung der Begriffe „Krise“, „Notstand“ und „Ausnahme“ siehe die Einleitung zu A.

<sup>37</sup> Zur Funktion der „Ausnahme“ im Kontext von Notstandsbestimmungen siehe B. IV.

<sup>38</sup> Vgl. hierzu ausführlich C. IV. 4. und V.

<sup>39</sup> Krisen sind immer auch Zeiten von Veränderungen, die wiederum zu Unsicherheit führen können. Zu Wirtschaftskrisen als Elemente des kapitalistischen Strukturwandels siehe *Plumpe*, Wirtschaftskrisen (2010), S. 26; das Element der Unsicherheit betont *Mergel*, Krisen als Wahrnehmungsphänomene, in: ders. (Hrsg.), Krisen verstehen (2012) S. 9 (13) sowie *Meyer/Patzl-Mattern/Schenk*, Krisengeschichte(n): „Krise“ als Leitbegriff und Erzählmuster in kulturwissenschaftlicher Perspektive – eine Einführung, in: dies. (Hrsg.), Krisengeschichte(n) (2013), S. 9.

schen nur schwer erträglicher Zustand zu sein, auf den sie mit ganz unterschiedlichen Rationalisierungsmechanismen reagieren. Ein Mechanismus für die Handhabbarmachung der ungewissen Zukunft ist der Prozess der Erwartungsbildung. Auf Grundlage von eigenen oder kollektiven Erfahrungen werden Erwartungen über zukünftige Entwicklungen gebildet.<sup>40</sup> Dieser Prozess kann sowohl bewusst als auch unbewusst ablaufen, ist aber niemals objektiv, sondern allenfalls inter-subjektiv. Auf diesen Überlegungen aufbauend sind „Erwartungen“ und „Enttäuschungen“ zentral, um zu erklären, was Krisen ausmacht und was in ihnen passiert. So lässt sich der Beginn einer Krise als der Zeitpunkt beschreiben, in dem die Diskrepanz zwischen Erwartung und tatsächlicher Entwicklung offenbar wird. Eine Krise wird also wahrgenommen, wenn bestehende Erwartungen über zukünftige Entwicklungen enttäuscht werden. Daraus folgt nicht, dass jede Erwartungsenttäuschung zu einer Krise führt, da es sich bei der Erwartungsenttäuschung um eine notwendige, nicht aber um eine hinreichende Bedingung für eine Krise handelt. Entscheidend ist vielmehr die Möglichkeit der Erwartungsneubildung.

Zusammengefasst lässt sich feststellen: je grundlegender die Erwartung, desto schwieriger, konfliktreicher und langwieriger gestaltet sich die Erwartungsneubildung. Krisen sind mithin Zeiträume, in denen ursprüngliche Erwartungen über die nun Gegenwart gewordene Zukunft enttäuscht worden sind und neu gebildet werden müssen. Sobald der Prozess der Neubildung von Erwartung abgeschlossen ist, endet auch die Krise bzw. die Wahrnehmung der tatsächlichen Umstände als krisenhaft.

Mit Hilfe dieses stärker analytisch geprägten Zugangs zu Krisen kann die vorliegende Arbeit nicht nur die Vehemenz der Auseinandersetzung um das richtige Verständnis von entscheidungserheblichen Normen in Krisenzeiten erklären.<sup>41</sup> Sie eröffnet auch die Möglichkeit, ein Konzept zu entwickeln, das interpretatorischen Wandel oder Auslegungsänderungen als ein dem Recht innewohnendes Phänomen begreift. Hierfür ist es notwendig, Auslegung als Resultat eines kontinuierlichen Prozesses des Verstehens zu begreifen,<sup>42</sup> in dem Erwartungen und deren Veränderungen in Reaktion auf tatsächliche Entwicklungen eine zentrale Rolle spielen. Dabei geht es allerdings nicht um normative Erwartungen, d. h. an das Recht herangetragene oder durch das Recht begründete Erwartungen.<sup>43</sup> Es bedarf vielmehr eines Ansatzes, der es erlaubt, norma-

<sup>40</sup> Siehe ausführlich hierzu m. w. N. D. II.

<sup>41</sup> Letztlich werden durch Krise Normalitätserwartungen erschüttert, die für Verstehen und Auslegung von Normen eine wichtige Rolle spielen. Das so entstandene inhaltliche Vakuum muss durch eine Auseinandersetzung über die sich ändernden Normalitätstvorstellungen wieder gefüllt werden; siehe hierzu ausführlich D. III. 2. c).

<sup>42</sup> Zur Differenzierung zwischen Verstehen und Auslegung siehe D. III. 2. b).

<sup>43</sup> Zur Funktion des Rechts als Stabilisierung von Verhaltenserwartungen siehe *Habermas*, Faktizität und Geltung (1998), S. 247; *Luhmann*, Recht der Gesellschaft (1995), S. 131 ff. sowie D. III. 1.

## Sachregister

- Ausnahme 1 ff., 8 ff., 12 f., 15 f., 18 ff., 24, 35 f., 38, 42, 46, 48, 51 f., 61, 63 ff., 67, 76 f., 79 ff., 83 ff., 96 ff., 100, 109 ff., 117, 123, 129, 131, 134, 136 f., 139, 141, 152, 154, 156, 182 f.
- Beschreibung 88 ff.
- Rechtfertigung 91
- Funktionsstörung 92
- übergeordnete Notstandskategorie 93
- Beschwichtigung 94 f.
- Ausnahmezustand 2 ff., 17 ff., 33 f., 63 ff., 67, 79, 85, 88 f., 95, 112, 118, 130 ff., 181, 183 f.
- Auslegung
  - Erwartungen 160 ff.
  - Recht als Prozess 164
  - Verstehen und Auslegung 165 ff.
  - Bedeutung von Fakten 173 ff.
  - Schlagwörter 181 ff.
- Bail-Out Verbot – siehe Eurozonenkrise
- Commerce Clause 12, 38, 99 ff., 173 ff.
- Court Packing Plan 108
- Demokratie 12, 34, 110, 113, 125 ff., 129 ff., 153, 168, 185
- Due Process Clause 12, 38, 99 ff.
- Erwartungen
  - Auslegung 164 ff.
  - Krisen 152 ff.
  - Stabilisierung von 160 ff.
- Eurokrise – siehe Eurozonenkrise
- Eurozonenkrise 1, 5 f., 111 f., 118 f., 124, 132, 181, 185
  - Bail-Out Verbot 12, 113 ff., 140, 181 f.
  - Monetäre Haushaltsfinanzierung 121, 123
  - OMT-Programm 6 f., 113, 118 ff.
  - Wirtschaftspolitik 120 ff., 124, 129 f., 148, 183
  - Währungspolitik 120 ff., 124 f., 148
  - Währungsunion 125, 130, 183 ff.
  - Transferunion 118, 125 f., 129 f.
- Flint Sit Down Streik 177 f.
- Framing 3
- Great Depression – siehe Weltwirtschaftskrise
- Habeas Corpus, Suspendierung – siehe Staatsnotstand
- Interpretatorischer Wandel 8 f., 98, 100, 151, 162
- Katastrophennotstand – siehe Staatsnotstand
- Krise 1–185, insb.
  - Definition 32 ff., 84 ff., 139 ff., 152 ff.
  - Gefahr 19 f.
  - Katalysator für Veränderungen 5 ff.
  - transformative Wirkungen 48 ff., 66 ff., 81 ff., 129 ff.
- Living constitutionalism 12, 142 f., 146 ff.
- Luftsicherheitsgesetz 17 f., 38, 68 ff., 81 ff.
- Martial Law – siehe Staatsnotstand
- Menschenwürde, Absolutheit 77 ff., 81 ff.
- Monetäre Haushaltsfinanzierung – siehe Eurozonenkrise
- New Deal 5 f., 12, 38, 83, 99 ff., 179, 181
- Normalität 1 ff., 9, 15 f., 20, 24, 32, 42, 46, 48, 51 f., 77, 79, 85, 87 f., 90 ff., 95 ff., 117, 122 f., 140 f., 155, 157 ff., 180 f., 183 ff.
- Notstand – siehe Staatsnotstand
- OMT-Programm – siehe Eurozonenkrise
- Römische Diktatur – siehe Staatsnotstand
- Staatlichkeit 111, 113, 125 ff., 179 f.
- Staatsnotstand 3, 11, 21 ff. 39 ff., 83 f
  - Grundgesetz 31 f., 38, 53 f., 68 ff.
  - Habeas Corpus-Rechte, Suspendierung 25 ff., 30, 39 f.
  - Katastrophennotstand 31 f., 38, 52, 69 ff., 81 f., 93 f., 96 ff.

- Martial Law 24, 28f.
- Notstandslogik 4f., 134
- Preußischer Belagerungszustand 31, 46, 55, 59ff.
- Römische Diktatur 11, 16f., 22ff., 26f., 29, 31, 44, 47, 53f., 63
- U.S.-Verfassung 39ff., 82
- Weimarer Republik 6, 11f., 31, 34, 38, 46, 52, 68, 77, 87f., 92ff., 114, 117f., 181ff.
- Staatsschuldenkrise – siehe Eurozonenkrise
- Transferunion – siehe Eurozonenkrise
- Verfassungswandel 8, 12, 142ff.
- Weltwirtschaftskrise 5, 12, 55, 83, 92, 98f., 178f.
- Währungsunion – siehe Eurozonenkrise