PUBLICLAW.AT
REIHE MASTERTHESEN 2/2016

ARNO KAHL UND THOMAS MÜLLER (HRSG)

Johannes Augustin

Ausnahmezustand

Die österreichische Notstandsverfassung auf dem Prüfstand

PUBLICLAW.AT

universität innsbruck
institut für öffentliches recht, staats- und verwaltungslehre

Abstract: Angestoßen durch die frappierende Diskrepanz zwischen der politischen Bedeutung, die dem Ausnahmezustand gegenwärtig gewidmet wird, einerseits und der normativen Deckung des Begriffs „Staatsnotstand“ andererseits, wird in dieser Arbeit dem „Grenzbegriff“ Staatsnotstand ausführlich nachgegangen und die österreichische Notstandsverfassung auf den Prüfstand gestellt. Nach einer einleitenden theoretisch-rechtsphilosophischen Auseinandersetzung wird demonstriert, dass der Staatsnotstand selbst zwar eine vorab nicht berechenbare Situation darstellt, die Voraussetzungen des Ausnahmezustands sowie die Zuweisung von Ausnahmebefugnissen an bestimmte Organe jedoch sehr wohl einer gesetzlichen Regelung zugänglich und bedürftig sind. Wie anhand eines Rechtsvergleichs aufgezeigt wird, sind antizipierende Notstandsgesetze Teil des Trends, mithilfe von allgemeinen Normen Bedrohungslagen zuvorzukommen. Einem Trend, dem Österreich - wie der Blick auf die österreichische Notstandsverfassung zeigt - noch nicht gefolgt ist. Die in dieser Arbeit vorgenommene Auseinandersetzung mit dem Staatsnotstand ist nicht nur dort von Bedeutung, wo es um die Erlassung notstandsrechtsähnlicher Instrumente zur Krisenprävention geht („Sicherheitspaket“), sondern auch dort, wo es einer begrifflichen Abgrenzung zu Fällen bedarf, in denen ein Notstand künstlich heraufbeschworen werden soll („Notverordnung“).

Schlagworte: Ausnahmezustand, Staatsnotstand, Notstandsrecht, Notstandsverfassung, Notverordnung, Sicherheitspaket, Asyl, Art 15 EMRK, Schmitt, Agamben.

Vorwort

Für all die Vertriebenen und Verfolgten,
Hungerleidenden und Schutzsuchenden,
für all jene, die ihrer Heimat und Verwandten,
ihrer Zukunft und Hoffnung beraubt wurden,
für all jene, die tausende Meilen auf sich nahmen,
um eine zerbeulte Welt hinter sich zu lassen,
an die Tore Europas zu klopfen
und dort zu vernehmen: Es herrscht
Notstand.

Mein Dank gilt wie immer meiner Familie, meiner Oma und meinen Verwandten, meinen Freunden und meiner Freundin, die mich in allen Lebenslagen unterstützen sowie in besonderer Weise Univ.-Prof. Dr. Arno Kahl für die abermalige Betreuung einer meiner wissenschaftlichen Arbeiten.

Innsbruck, im September 2016

Inhalt

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS **7**

KAPITEL 1 - EINLEITUNG **10**

KAPITEL 2 - DER AUSNAHMEZUSTAND: EIN METAJURISTISCHER BEREICH? **14**

I. Hinführung **14**

II. Carl Schmitt **16**

III. Die Ausnahme von der Regel als regelungsfähiger Sachverhalt? **20**

1. Ernst-Wolfgang Böckenförde: Der verdrängte Ausnahmezustand 20
2. Friedrich Koja: Naturrechtliches („überpositives“) vs. positives Notstandsrecht 25

IV. Resümee: Der Ausnahmezustand als regelungsbedürftiger Sachverhalt **28**

KAPITEL 3 - DER STAATSNOTSTAND ALS RECHTSBEGRIFF **31**

I. Zum Begriff des Staatsnotstands **31**

1. Agambensche Zweifel 31
2. Positivistische Einwände 33
3. Der Begriff des Staatnotstands - Nicht unbestimmbar, sondern unbestimmt! 35
4. Gian Robert Töndury 35
5. Zaccaria Giacometti 36
6. Felix Ermacora 37
7. Konrad Hesse 38
8. Theodor Maunz 38
9. Friedrich Koja 39
10. Völkerrechtliche Notstandsbegriffe 40
11. Staatsnotstand im engeren Sinn 43
12. Staatsnotstand im weiteren Sinn 45

II. Zum Begriff des Notstandsrechts **46**

KAPITEL 4 - DAS NOTSTANDSRECHT IN INTERNATIONALEM VERGLEICH 49

I. Hinführung 49

II. Das gewaltendurchbrechende Notstandsystem Frankreichs 49

III. Das gewaltenteilende Notstandsmodell Deutschlands 51

IV. Fazit 52

KAPITEL 5 - DIE ÖSTERREICHISCHE NOTSTANDSVERFASSUNG 55

I. Hinführung 55

II. Geschichtliche Entwicklung und Strukturmerkmale 55

III. Notstandsrechtliche Bestimmungen ohne Kompetenzerweiterung 58

1. Art 5 Abs 2 B-VG 58
2. Art 25 Abs 2 B-VG 59
3. Art 79 B-VG 60

IV. Kompetenzerweiternde notstandsrechtliche Bestimmungen 61

1. Das Notverordnungsrecht des Bundespräsidenten (Art 18 Abs 3 bis 5 B-VG) 61
2. Die Notverordnungskompetenz des Landeshauptmanns 67
3. Die Notverordnungskompetenz der Landesregierung 68
4. Die (Not-)Verordnungskompetenz des zuständigen Bundesministers auf dem Bereich der direkten Wirtschaftslenkung 69

V. Notstandsverfassungsrechtliche Sondertatbestände 71

1. Art 15 EMRK 71
2. Unionsrecht 76

VI. Leistungsfähigkeit der Notstandsverfassung - Fazit 79

KAPITEL 6 - NOTSTANDSFÄLLE 83

I. Die Not mit der „Notverordnung“ 83

1. Das Gutachten von *Obwexer/Funk* 83
2. Der neue 5. Abschnitt des AsylG 86
3. „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ - Genügt ein „Notstand light“ zur

Suspendierung europarechtlicher Verpflichtungen? 88
4. Schlussfolgerungen..... 92

II. Das österreichische Notstandsrecht als Instrument der Terrorbekämpfung? 93
1. Terror in Europa 93
2. Hält die Notstandsverfassung dem Terror stand?..... 94

III. Wirtschaftlicher Notstand 96

KAPITEL 7 - ZUSAMMENFASSUNG DER ARBEIT 99

LITERATURVERZEICHNIS 102

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ALJ	Austrian Law Journal
Art	Artikel
AsylG	Asylgesetz 2005
BGBl	Bundesgesetzblatt
Blg	Beilage(n)
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMI	Bundesminister für Inneres
BReg	Bundesregierung
bspw	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizer Eidgenossenschaft
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	beziehungsweise
dA	derselben Ansicht
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
dZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
EGMG	Erdöl-Bevorratungs- und Meldegesetz 1982
ecolex	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft[en]
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGC	Europäische Grundrechtecharta
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EnLG	Energielenkungsgesetz 2012
ErlRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
EO	Exekutionsordnung
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
FAG	Finanzausgleichsgesetz
FN	Fußnote
FS	Festschrift

F-VG	Finanz-Verfassungsgesetz 1948
gem	gemäß
GG	(Deutsches) Grundgesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
GrekoG	Grenzkontrollgesetz
hA	herrschender Ansicht
hL	herrschende[n/r] Lehre
hM	herrschender Meinung
Hrsg	Herausgeber
iA	ihrer Ansicht
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
ieS	im engeren Sinn
insb	insbesondere
IO	Insolvenzordnung
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
iSd	im Sinne der/des
iSe	im Sinne eines
iVm	in Verbindung mit
iW	im Wesentlichen
iwF	in weiterer Folge
iwS	im weiteren Sinn
iZm	im Zusammenhang mit
JRP	Journal für Rechtspolitik
LMBG	Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz
LReg	Landesregierung
mA	meiner Ansicht
MS	Mitgliedsstaaten der Europäischen Union
NGO	Non Governmental Organisation
Nov	Novelle
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
PreisG	Preisgesetz
PStSG	Polizeiliches Staatsschutzgesetz
RGBl	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
RSK	Rill-Schäffer-Kommentar
Rsp	Rechtsprechung

Rz	Randzahl
s	siehe
sA	seiner Ansicht
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
sog	sogenannte[m/n/r/s]
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger
stRsp	ständige[r] Rechtsprechung
ua	unter anderem
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
uU	unter Umständen
VerssG	Versorgungssicherungsgesetz
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter
WG	Wehrgesetz 2001
zB	zum Beispiel
ZP-EMRK	Zusatz- oder Änderungsprotokoll zur EMRK
ZPO	Zivilprozessordnung
ZÖR	(Österreichische) Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht

Kapitel 1 - Einleitung

Europa, der Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art 3 Abs 3 EUV) wird gegenwärtig von einer Reihe von Ereignissen heimgesucht, die es in seinen Grundfesten erschüttern und den Prozess einer „immer engeren Union“[1] ins Stocken geraten lassen. Auffallend bei diesen Geschehnissen ist, dass ihr Ausgangspunkt stets außerhalb Europas lag, sie sich jedoch sehr schnell auch zu europäischen Problemen entwickelten. Der Zusammenbruch der Lehman-Brothers, die Auseinandersetzungen in der Ukraine, welche schließlich zur Annexion der Krim durch Russland geführt haben sowie der Krieg in Syrien und das damit in Verbindung stehende Aufkommen des Islamischen Staates zogen jeweils schwerwiegende Krisen in Europa nach sich: Die Banken- und Staatsschuldenkrise, die Flüchtlingskrise sowie die - wenngleich medial nicht als solche benannte - Terrorkrise. Europa[2] war für keines dieser Ereignisse gewappnet. Die Etablierung der Bankenunion und der Europäischen Bankenaufsicht sowie die geplante Reform des Dublin-Systems,[3] um nur zwei Bereiche herauszugreifen, stellen bloß Reaktionen auf die heftigen Erschütterungen dar, welche in den vergangenen Jahren über Europa hereingebrochen sind. Der Volksentscheid der Briten aus einer Union, welche von nationalen Interessen dominiert wird und letztlich vor diesen kapituliert,[4] auszutreten, bezeichnet nichts anderes als den Kulminationspunkt einer langen, nicht monokausal zu erklärenden Fehlentwicklung. Stellt man diesem Befund die seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges andauernde Erfolgsgeschichte Europas gegenüber, wird verständlich, warum einige Staaten gegenwärtig zu einem Instrument greifen, welches schon beinahe in Vergessenheit geraten war: dem Ausnahmezustand.[5]

Der Staatsnotstand ist gegenwärtig in aller Munde: In Frankreich wurde nach den Pariser Terroranschlägen vom 13. November 2015 der Ausnahmezustand verhängt und nach der Attacke

---

[1] Vgl Präambel Vertrag über die Europäische Union, BGBl III 171/2009.
[2] Damit gemeint sind sowohl die Union als auch deren Mitgliedsstaaten.
[3] *Europäische Kommission*, Dublin-Reform: Kommission legt Vorschläge zur gerechteren Verteilung von Flüchtlingen vor, <ec.europa.eu/germany/news/dublin-reform-kommission-legt-vorschl%C3%A4ge-zu-gerechteren-verteilung-von-fl%C3%BCchtlingen-vor_de> (06.08.2016).
[4] Paradigmatisch dafür kann auf die Asylpolitik Ungarns verwiesen werden: Orbán gegen europäische Flüchtlingspolitik: „Migration ist Gift“, <derstandard.at/2000041814496/Kern-bei-Orban-Ungarn-nimmt-noch-keine-Fluechtlinge-zurueck> (06.08.2016).
[5] Insofern ist die Rede vom „verdrängten Ausnahmezustand“ tatsächlich zutreffend. S dazu *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt - Ernst-Wolfgang Böckenfördes Diagnostik des Ausnahmezustandes, in Voigt (Hrsg), Ausnahmezustand - Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur (2013) 128.

auf der Strandpromenade in Nizza bereits zum vierten Mal ausgedehnt;[6] der türkische Staatspräsident *Recep Erdogan* griff nach dem Putschversuch auf der Nacht vom 15. auf den 16. Juli 2016 zu demselben Mittel und geht seither rigoros gegen mutmaßliche Verschwörer in Militär und Zivilgesellschaft vor;[7] und auch in Österreich steht die Bundesregierung kurz vor der Erlassung einer „Notverordnung", um einer Gefährdung der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit durch den Andrang an Schutzsuchenden nach Österreich präventiv entgegenzuwirken.[8]

Daneben wurden im Ministerrat bereits die Weichen für die Implementierung neuer Regeln für das Krisenmanagement gestellt: Kommt die notwendige 2/3-Mehrheit zustande, so wird - analog zur „umfassenden Landesverteidigung" (Art 9a B-VG) - die „umfassende Sicherheitsvorsorge" als Staatszielbestimmung im B-VG verankert. In Ausführung dieser Staatszielbestimmung soll ein Bundesgesetz erlassen werden, welches für Krisensituationen ein vereinfachtes, die Kräfte der Republik bündelndes Gremium („Sicherheitskabinett") einsetzt. Damit es erst gar nicht zu Krisensituationen kommt, sieht das „Krisenpaket" des Weiteren eine verstärkte Zusammenarbeit der Nachrichtendienste sowie eine Ausweitung der Luftraumüberwachung durch grenzüberschreitende Kooperationen sowie die Schaffung einer eigenständigen Zuständigkeit für die Luftpolizei vor.[9]

Wie so oft, wenn sich viele Münder derselben Begriffe bedienen, ist der Inhalt des Begriffs Notstand scheinbar kaum noch greifbar. Da es sich dabei allerdings um einen Rechtsbegriff handelt, an welchen sich rechtliche Folgen knüpfen, gilt es, seinen inhaltlichen Gehalt so genau als möglich zu bestimmen, um einem „situationselastischen Umgang mit Rechtsbestimmungen"[10] Einhalt zu gebieten. Zurecht wurde von Journalisten, zahlreichen NGOs und kirch-

---

[6] *Der Standard*, Frankreich verlängert Ausnahmezustand bis 2017, <derstandard.at/2000041542377/Frankreich-verlaengert-Ausnahmezustand-bis-Anfang-2017> (06.08.2016).

[7] Zu der enormen Anzahl an verhafteten sowie aus dem Staatsdienst entlassenen bzw suspendierten Personen sowie der menschenrechtlichen Dimension dieses Vorgehens vgl *Der Standard*, Türkei: Verbleib vieler Gefangener nach Putschversuch unklar, <derstandard.at/2000042202622/Tuerkei-Verbleib-vieler-Gefangener-nach-Putschversuch-unklar> (06.08.2016).

[8] Vgl dazu *Der Standard*, Asyl Notverordnung: Innenresort kritisiert SPÖ-Bedingungen, <derstandard.at/2000042868535/Asyl-Notverordnung-SPOe-Bedingungen-fuer-Innenressort-absurd> (17.08.2016). S dazu auch *Obwexer/Funk*, Gutachten: Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20. Jänner 2016 in Aussicht genommenen Richtwert für Flüchtlinge (2016).

[9] Vgl *Der Standard/Seidl*, Bundesheer wird gestärkt, der Bundeskanzler nicht, <http://derstandard.at/2000045002069/Bundesheer-wird-gestaerkt-der-Bundeskanzler-nicht?ref=rec> (30.09.2016).

[10] *Rohrer/Die Presse*, Situationselastischer Umgang mit dem Recht: Notstand auf Vorschuss, <diepresse.com/home/meinung/quergeschrieben/annelieserohrer/4968562/Situationselastischer-Umgang-mit-dem-Recht_Notstand-auf-Vorschuss> (06.08.2016).

lichen Vertretern kritisiert,[11] dass unter Berufung auf staatlichen Notstand eine Flüchtlingsabwehrstrategie betrieben wird, welche rechtlich kaum haltbar ist. Denn es ist sehr fraglich, ob die durch den Andrang an Schutzsuchenden zweifelsohne gegebene Mehrbelastung des Sozialsystems, des Gesundheitssystems, des Bildungssystems und des Arbeitsmarktes zu einer Situation führt, in der „Kapazitätsgrenzen für eine menschenwürdige Aufnahme von Schutzsuchenden"[12] mit dem Rechtsinstitut des Notstandes gerechtfertigt werden können.[13]

Die Geschichte lehrt, welche Folgen eine missbräuchliche Berufung auf einen vermeintlich bestehenden Ausnahmezustand nach sich ziehen kann.[14] Aus diesem Grund wird in Kapitel 3 der Staatsnotstand einer exakten begrifflichen Bestimmung zugeführt und die Auffassung *Agambens*, der zufolge „noch kein Versuch, Not zu definieren, erfolgreich zu Ende geführt worden [ist]",[15] widerlegt.

Dem vorangestellt ist die Diskussion über die grundlegende rechtsphilosophische Frage, inwiefern der Ausnahmezustand überhaupt einer rechtlichen Normierung zugänglich ist. Wie in Kapitel 2 gezeigt wird, läuft diese letztlich auf die Frage hinaus, zu welchen Mitteln eine demokratisch legitimierte und an die Regelungen der Rechtsordnung gebundene Regierung gehen darf, „um das Herrschaftsmodell zu verteidigen, das gleichzeitig ihren Wesenskern ausmacht".[16]

In Kapitel 4 wird ein kursorischer Blick darauf geworfen, mit welchen rechtlichen Instrumenten das Notstandsrecht operiert. Um aufzuzeigen, wie unterschiedlich notstandsrechtliche Regelungen positivrechtlich ausgestaltet sein können, wird auf zwei alte kontinentaleuropäische Rechtsordnungen, jene Deutschlands und Frankreichs, näher eingegangen.

Zentrum dieser Arbeit stellt Kapitel 5 dar, in welchem der nicht allzu umfangreiche und keinesfalls lückenlose Komplex notstandrechtlicher Normen behandelt wird,[17] den die österreichische Verfassungsordnung bereithält. Im Anschluss an einen kurzen Überblick über die geschichtliche Entwicklung der „Notstandsverfassung" wird auf das notstandsverfassungsrechtliche Instrumentarium eingegangen, welches grundlegend in Bestimmungen, welche die

---

[11] Vgl *Rohrer*/*Die Presse*, Situationselastischer Umgang; *Der Standard*, Caritas Chef sieht keinen Notstand in Österreich, <derstandard.at/2000042861797/Caritas-Chef-sieht-keinen-Notstand-in-Oesterreich?ref=rec> (17.08.2016).
[12] *Obwexer/Funk*, Gutachten 42.
[13] Dieser Auffassung *Obwexer/Funk*, Gutachten.
[14] Vgl dazu Kapitel 5, II.
[15] *Agamben*, Ausnahmezustand[6] (2014) 39.
[16] *Agamben*, Ausnahmezustand 9.
[17] Vgl *Koja*, Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff (1979) 48 (iwF: *Koja*, Staatsnotstand).

Kompetenzen bestimmter Organe erweitern und solche, die dies nicht tun, unterteilt werden kann. Am Ende dieses Kapitels erfolgt eine Evaluation der Leistungsfähigkeit der Notstandsverfassung. Entscheidendes Kriterium wird dabei sein, ob die bestehenden Instrumente dazu geeignet sind, den Staat in Notstandssituationen „zu retten“, ohne dazu „den Schritt in die Illegalität tun“[18] zu müssen.

In Kapitel 6 wird das in den vorherigen Kapiteln zusammengetragene notstandsrechtliche Instrumentarium auf drei Krisensituation, welche gegenwärtig den medialen und politischen Diskurs dominieren, angewendet: Der Flüchtlings-, der Terror-, sowie der Staatsschuldenkrise. Anhand dieser Beispiele soll dargelegt werden, in welchen Situationen eine Berufung auf „Notstand“ gerechtfertigt ist und welche notstandsrechtlichen Instrumente bestehen, um in einer derartigen Lage eine bestmögliche Lösung herbeizuführen.

Kapitel 7 resümiert die Arbeit.

[18] *Koja*, Staatsnotstand als Rechtsbegriff, ÖJZ 1975, 209 (209) (iwF: *Koja*, ÖJZ 1975).

Kapitel 2 - Der Ausnahmezustand: Ein metajuristischer Bereich?

I. Hinführung

Wenngleich der Gedanke, für Ausnahmesituationen einzelnen „Staats“[19]-Organen weitreichende Entscheidungsbefugnisse einzuräumen bis in das Altertum zurückverfolgt werden kann,[20] rückte das Thema des Staatsnotstands erst mit Anbeginn des modernen Verfassungsstaates in den Fokus des Interesses von Staatsrechtslehre und Rechtsphilosophie. Die französische Konsulatsverfassung des 13. Dezembers 1799 bildete die erste Verfassung, welche die Möglichkeit zur Suspension verfassungsrechtlich garantierter Rechte vorsah.[21] Auch der mit dem B-VG 1920 aufgehobene Art 20 StGG 1867 ermöglichte es, das Recht auf persönliche Freiheit, das Briefgeheimnis, das Hausrecht, die Meinungsäußerungsfreiheit sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit auszusetzen.[22]

Wie *Koja* aufzeigt, stand jedoch nicht die Interpretation positiver Rechtsnormen im Vordergrund der staatsrechtlichen Lehre des 19. Jahrhunderts, sondern es war die Annahme eines „überpositiven Notstandsrechts“,[23] welche Grund für die Auseinandersetzung mit dem Staatsnotstand bildete.[24] Ursächlich dafür war die - nach dem Übergang von den „ganz unstaatlich strukturierten Herrschaftsbeziehungen [...] des Mittelalters“[25] und den im Landesherren zusammenlaufenden Strukturen der Feudalordnung zur erstmaligen Verwirklichung der Hobbesschen Idee einer einheitlichen, souveränen und potentiell allumfassenden Staatsgewalt im postrevolutionären Frankreich[26] - im 19. Jahrhundert entwickelte Theorie der konstitutionellen Monarchie. Vertreter dieser Staatskonzeption betrachteten Verfassung und Gesetz als

---

[19] Zur Äquivozität des Begriffes „Staat“ vgl *Brunner*, Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter[3] (1943).
[20] *Lukan*, Art 15 MRK, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (10. Lfg. 2013) Rz 3.
[21] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 3 unter Verweis auf *Schmitt*, Verfassungslehre[10] (2010) 110.
[22] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 3. Zur erstmaligen Anwendung des Art 20 StGG 1867 im Oktober 1868 vgl *Hasiba*, Das Notverordnungsrecht in Österreich (1985) 46 ff.
[23] *Koja*, Staatsnotstand 8.
[24] *Koja*, Staatsnotstand 8.
[25] *Böckenförde*, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in Böckenförde, Recht-Staat-Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte (1991) 92.
[26] Zu dieser Entwicklung in Österreich vgl *Brunner*, Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter[3] (1943).

gutmütiges Zugeständnis des Monarchen für den „Normalzustand“, während für den Notstandsfall die dem Monarchen von Gottes Gnaden zugekommende Herrschaftsgewalt wieder in vollem Umfang hervortreten sollte.[27]

Während die Staatsform der konstitutionellen Monarchie in Deutschland und Österreich seit der Niederlage im Jahre 1918 der Rechtshistorie angehört,[28] erfreut sich die Auffassung von der Existenz eines überpositiven Notstandsrechts bleibender Vitalität.[29] In rechtsvergleichender Perspektive fällt auf, dass in der deutschen Staatsrechtslehre dem (Rand-)Thema des Staatsnotstands überdurchschnittlich viel Aufmerksamkeit gewidmet wird.[30] Ausgangspunkt bildet dabei zumeist das Denken des ebenso einflussreichen wie umstrittenen deutschen Staatsrechtslehrers *Carl Schmitt*. Blickt man in neuere Publikationen, welche sich dem Ausnahmezustand widmen, so findet man darin regelmäßig die Auffassung, dass „*Schmitt* unbedingt Recht zu geben ist, dass die Figur des Ausnahmezustandes [...] *jenseits* des Rechtsstaates und der rechtsstaatlichen Normen zu verorten und vor allem durch Notstandsverordnungen nur unzulänglich zu erfassen ist“.[31]

Auch den zwischen 1934 und 1948 entstandenen Werken verschiedener Autoren,[32] welche die sog „verfassungsmäßige Diktatur“ thematisieren und nach *Giorgio Agamben* die zunehmende Erkenntnis der Tatsache bezeugen, dass ab dem Zeitpunkt, ab welchem der Ausnahmezustand zur Regel wird, „dieser sich nicht nur immer als Technik des Regierens erweist, sondern auch sein für die Rechtsordnung paradigmatisch-konstitutives Wesen ans Licht kommt“,[33] liegt das Werk *Schmitts* zugrunde. Dies ist insofern bemerkenswert, als diese - wie etwa die breit angelegte Untersuchung des schwedischen Juristen *Herbert Tingsten*[34] - ein Phänomen behandeln, welches moderne parlamentarische Regierungsformen tief geprägt hat und dem „übergesetzlichen Notstandsrecht“ diametral gegen- übersteht: die Positivierung von ausgeweiteten Befug-

---

[27] *Koja*, Staatsnotstand 9 mit Verweis auf *Kreutzer*, Der Ausnahmezustand im deutschen Verfassungsrecht, in Fraenkel (Hrsg), Der Staatsnotstand (1965) 9.
[28] Vgl *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte[10] (2005) 187 f.
[29] S dazu jüngst etwa *Hitzel*, Die Beschränkung des Unbeschränkbaren - Zu den Grundlagen eines möglichen Insolvenzrechts für Staaten, DÖV 2014, 600 (606). Zum Notstand als Erbe des Spätkonstitutionalismus vgl etwa auch *Töndury*, Der Begriff des Notstandes im Staatsrecht (1947) 91 f.
[30] *Jákab*, Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstands, Kritische Justiz (2005) 323 (323).
[31] *Hidalgo*, Der *Leviathan* zwischen „demokratischer“ Zähmung und „totaler“ Entgrenzung, in Voigt (Hrsg), Ausnahmezustand - Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur (2013) 58 (78).
[32] Vgl dazu etwa *Watkins*, The Problem of Constitutional Dictatorship (1940); *Friedrich*, Constitutional Government and Democracy (1941); *Rossiter*, Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies (1948).
[33] *Agamben*, Ausnahmezustand 13.
[34] *Tingsten*, Les pleins pouvoirs. L’expansion des pouvoirs gouvernamentaux pendant et après la Grande Guerre (1934).

nissen der Exekutivgewalt für den Ausnahmezustand in Ermächtigungsgesetzen.[35]

Sowohl Vertreter der Position des „übergesetzlichen Notstands“, als auch die - historisch später, nämlich erst in der Moderne aufkommende positivistische - Position,[36] welche den Notstand zum Rechtszustand erklärt, kommen um eine Beschäftigung mit *Carl Schmitt* also nicht herum.

II. Carl Schmitt

Der erste Kontakt *Schmitts* mit dem Thema des Ausnahmezustands, welches ihn bis zu seinem Tod 1985 begleitete, fällt in die Zeit des Ersten Weltkriegs. *Schmitt*, der wie zahlreiche aufstrebende Intellektuelle seiner Zeit als Kriegsfreiwilliger dient,[37] wird 1915 vom späteren bayrischen Justizminister *Christian Roth* damit beauftragt, eine Begründung dafür zu finden, warum das Belagerungszustands-Gesetz auch in die Nachkriegszeit hinein verlängert werden müsse. Keineswegs erfreut über diese Aufgabe, kommentiert *Schmitt*: „Ausgerechnet ich! Wofür mich die Vorsehung noch bestimmt hat“.[38] Sieben Jahre später, als *Schmitt* die „Politische Theologie“ vollendet, ist der Ausnahmezustand bereits zu einer zentralen Kategorie seiner politischen Philosophie geworden.[39] Die „Politische Theologie“, in der sich *Schmitt* zum zweiten Mal nach seinem Buch über „Die Diktatur“ ausführlich mit dem Ausnahmezustand beschäftigt, beginnt mit dem aphoristisch anmutenden Satz: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“.[40]

1921 thematisiert *Carl Schmitt* den Ausnahmezustand noch in Form der Diktatur,[41] wobei er zwischen der „kommissarischen“ und der „souveränen“ Diktatur unterscheidet.[42] Die kommissarische Diktatur entspricht dabei der auf *Cicero* zurückgehenden republikanischen Denktradition einer zeitweiligen Machtübertragung zum Zwecke der Rettung des Staates. Sie dient dazu, einen Zustand herzustellen, in welchem Recht verwirklicht werden kann. Die Ausru-

---

[35] *Agamben*, Ausnahmezustand 13 f.
[36] Vgl *Agamben*, Ausnahmezustand 36.
[37] Vgl dazu den unvergleichlichen Bericht von *Zuckmayr*, Als wär´s ein Stück von mir (1969).
[38] *Voigt*, Ausnahmezustand - Wird die Statue der Freiheit nur kurzzeitig verhüllt oder wird sie auf Dauer zerstört?, in Voigt (Hrsg), Ausnahmezustand - Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur (2013) 9 (10).
[39] *Agamben*, Ausnahmezustand 45 weist daraufhin, dass Juristen und Rechtsphilosophen ihr Augenmerk im Werk Schmitts zumeist nur auf die Theorie der Souveränität gelenkt haben, ohne zur Erkenntnis zu gelangen, dass Schmitt die Bedeutung der Souveränität „ausschließlich auf Grundlage der Theorie des Ausnahmezustands gewinnt“.
[40] *Schmitt*, Politische Theologie - Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität[10] (2015) 13.
[41] *Schmitt*, Die Diktatur - Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf[6] (2006).
[42] *Agamben*, Ausnahmezustand 42.

fung des Ausnahmezustand, welche ein Scheitern des Systems verhindern soll, gehört nach Schmitt in diese erste Kategorie.[43] Demgegenüber ist die „souveräne Diktatur“ nicht darauf ausgerichtet, den Normalzustand, idR die alte Verfassung also, wiederherzustellen, sondern eine neue Ordnung zu etablieren.[44] In der „Politischen Theologie“ verschwinden die Termini „Diktatur“ und „Belagerungszustand“; an ihre Stelle tritt die Rede vom „Ausnahmezustand“. Genauso wie in „Die Diktatur“ versucht *Schmitt* jedoch auch dort, den Ausnahmezustand „in einem Rechtskontext zu situieren“.[45]

Schmitt hält zunächst fest, dass gerade die Entscheidung über die Ausnahme im „eminenten Sinne Entscheidung“[46] ist, da eine generell-abstrakte Norm niemals eine absolute Ausnahme zum Gegenstand haben könne, folglich auch niemals gänzlich begründen könne, wann ein Ausnahmefall eingetreten sei. Da der Eintritt eines Falls äußerster Not, der Gefährdung des Staates genauso wenig in eine Rechtsnorm gegossen werden könne wie die Maßnahmen, welche in einem derartigen Fall zur Bekämpfung des Notstands ergriffen werden müssten, seien „Voraussetzung wie Inhalt der Kompetenz [..] hier notwendig unbegrenzt“. Und *Schmitt* folgert, dass in einem rechtstaatlichen Sinn daher „überhaupt keine Kompetenz vor[liegt]“.[47] Die Verfassung könne lediglich vorgeben, wem in einem solchen Fall die Befugnis zukommt, zu entscheiden, ob ein Notstand vorliegt und welche Maßnahmen zur Notstandsabwehr ergriffen werden. Danach lasse sich nach *Schmitt* eindeutig bestimmten wer der Souverän sei. Diesem kommt eine paradoxe Stellung zu: „Er steht außerhalb der normal geltenden Rechtsordnung und gehört doch zu ihr, denn er ist zuständig für die Entscheidung, ob die Verfassung in toto suspendiert werden kann“.[48] Die eigentlich imponierende wissenschaftliche Leistung *Bodins*, Vater der modernen Staatsrechtslehre, habe *Schmitt* zufolge darin bestanden, dass er die Souveränität als Einheit begriffen habe und die Frage der Macht im Staat und damit der Souveränität, eindeutig anhand des Kriteriums entschieden habe, wem die Befugnis zukomme, das geltende Recht aufzuheben.[49]

Dem Ausnahmezustand, der nicht schon bei Ausübung jedweder außergewöhnlichen Befug-

---

[43] Vgl *Schmitt*, Die Diktatur 133: „[...] der Diktator ist kein Tyrann und die Diktatur nicht etwa eine Form der absoluten Herrschaft, sondern ein der republikanischen Verfassung eigentümliches Mittel, die Freiheit zu wahren“.
[44] *Voigt*, Ausnahmezustand - Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur, in Voigt (Hrsg), Ausnahmezustand - Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur (2013) 85 (87 f).
[45] *Agamben*, Ausnahmezustand 42.
[46] *Schmitt*, Politische Theologie 13.
[47] *Schmitt*, Politische Theologie 14.
[48] *Schmitt*, Politische Theologie 14.
[49] *Schmitt*, Politische Theologie 15 f.

nis oder polizeilichen Notstandsmaßnahme eingetreten sei, sondern erst bei „Suspendierung der gesamten bestehenden Ordnung“,[50] kommt rechtstheoretisch nach Schmitt eine besonders eigentümliche Stellung zu. So sei es in einem derartigen Zustand klar, „dass der Staat bestehen bleibt, währen das Recht zurücktritt“. Dennoch müsse der Ausnahmezustand eindeutig von Zuständen der Anarchie und des Chaos unterschieden werden, da „im juristischen Sinne immer noch eine Ordnung, wenn auch keine Rechtsordnung“[51] bestehe. *Schmitt* zufolge würde es eine rohe Übertragung der Distinktion von Soziologie und Rechtslehre bedeuten, wollte man der Ausnahme von der Norm keine juristische Bedeutung beimessen. Vielmehr offenbare das nicht Subsumierbare ein spezifisch-juristisches Formelelement, die Dezision. Voraussetzung jeder Norm sei die Existenz einer normalen Gestaltung der Lebensverhältnisse, das heißt eine faktische Ordnung. Die Rechtsordnung schaffe daher nicht erst eine Ordnung, vielmehr muss diese bereits hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn mache. Und weiter folgert *Schmitt*, dass die „faktische Normalität [...] nicht bloß eine ‚äußere Voraussetzung‘ [darstellt], die der Jurist ignorieren kann; sie gehört vielmehr zu ihrer immanenten Geltung“.[52] Schmitt resümiert, dass die Ausnahme „nicht nur die Regel [bestätigt], die Regel lebt überhaupt nur von der Ausnahme“.[53] Das Wesen der staatlichen Souveränität, richtigerweise nicht als Zwangs-, sondern als Entscheidungsmonopol definiert, zeige sich deshalb gerade im Ausnahmefall, in welchem „die Autorität beweist, dass sie, um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht“.[54]

Eine weitere Nuance erhält die Position *Schmitts*, wenn er in einem Aufsatz aus späteren Jahren „in Durchdringung aller normativistischen Fiktionen und Vernebelungen“ davon spricht, dass es eine „einfache rechtswissenschaftliche Wahrheit [darstellt], dass Normen nur für normale Situationen gelten und dass die vorausgesetzte Normalität der Situation ein positivrechtlicher Bestandteil ihres Geltens ist“.[55] Die Vorstellung eines bürgerlichen Rechtsstaates, in welchem jegliche Ausübung staatlicher Gewalt gesetzlich erfasst werden könne, stelle eine Fiktion dar. Vielmehr würden sich nach *Schmitt* gerade die „wesentlichen politischen Entscheidungen“[56] der normativen Determinierung entziehen. Werden im Interesse der politi-

---

[50] *Schmitt*, Politische Theologie 18.
[51] *Schmitt*, Politische Theologie 18.
[52] *Schmitt*, Politische Theologie 19.
[53] *Schmitt*, Politische Theologie 21.
[54] *Schmitt*, Politische Theologie 19.
[55] *Schmitt*, Legalität und Legitimität, in Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954 (1958) 321.
[56] *Schmitt*, Verfassungslehre (1928) 108.

schen Existenz des Staates Verfassungsdurchbrechungen notwendig, „so zeigt sich darin die Überlegenheit des Existenziellen über die bloße Normativität“.[57]

Wie lässt sich nun aber das Verhältnis von Ausnahmezustand und Rechtsordnung in der Schmittschen Theorie bestimmen? *Koja* interpretiert die Aussage *Schmitts*, dass souverän ist, wer befugt und dazu in der Lage ist Verfassungsdurchbrechungen vorzunehmen so, „dass die Befugnis des wahrhaft souveränen Organs zu Notstandsakten nicht aus dem positiven, sondern aus dem überpositiven Notstandsrecht stammt“.[58] Ähnlich charakterisiert auch *Agamben* die Verbindung als „insofern paradox, als das, was ins Innere des Rechts hereingenommen werden soll, sich dem Recht als wesensmäßig äußerlich erweist, da es sich dabei um nichts Geringeres als die Suspendierung der Rechtsordnung handelt“.[59] *Agamben* zeigt auf, dass *Schmitt* diese Hereinnahme eines „Außen“ ins Recht anhand der Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und Normen der Rechtsverwirklichung für die kommissarische Diktatur durchführt. Hebt diese „die Verfassung in concreto auf, um ihren konkreten Bestand zu schützen“,[60] so erfülle sie *Agamben* zufolge tatsächlich die Funktion, „einen Zustand [zu] schaffen, in dem das Recht verwirklicht werden kann“.[61]

Im Gegensatz zur souveränen Diktatur, welche einen Zustand zu verwirklichen sucht, „um eine Verfassung zu ermöglichen, die sie als wahre Verfassung ansieht“,[62] lasse sich die kommissarische Diktatur tatsächlich zur Gänze in das Schema von Norm und Regeln zur Anwendung derselben subsumieren, da die Suspendierung der Verfassung nicht den Verlust ihrer Geltung nach sich ziehe, sondern nur eine konkrete Ausnahme darstelle. Selbst den Ausnahmezustand der souveränen Diktatur könne man nach *Schmitt* in der Rechtsordnung verankern: Denn die eine Verfassung begründe Gewalt beinhalte, obwohl rechtlich „formlos, [...] ein ‚Minimum an Verfassung‘“,[63] da sie, wenngleich sie niemals von einer Verfassung selbst legitimiert werden kann, auch nicht von einer durch sie inthronisierten Verfassung gänzlich negiert werden könne.[64]

Der entscheidende Faktor für die Einbeziehung des Ausnahmezustands in das Recht in der

---

[57] *Schmitt*, Verfassungslehre 107.
[58] *Koja*, Staatsnotstand 10.
[59] *Agamben*, Ausnahmezustand 43.
[60] *Schmitt*, Die Diktatur 136.
[61] *Agamben*, Ausnahmezustand 43 unter Verweis auf *Schmitt*, Die Diktatur 136.
[62] *Schmitt*, Die Diktatur 137.
[63] *Schmitt*, Die Diktatur 145.
[64] *Agamben*, Ausnahmezustand 44.

„Politischen Theologie“ liegt *Agamben* zufolge in der Unterscheidung zwischen Norm und Dezision. Der Ausnahmezustand, der die Norm suspendiert und die Dezision als spezifisch-juristisches Formelement zu Tage treten lässt, bleibt gerade deshalb im Rahmen des Juristischen: Er repräsentiert nach *Agamben* die „Beschlagnahme eines Raums, der weder außerhalb noch innerhalb ist. [...] *Außerhalb der Rechtsordnung zu stehen und doch zu ihr zu gehören*: das ist die topologische Struktur des Ausnahmezustands“.[65] Im Anschluss an *Agamben* kann festgehalten werden, dass *Schmitts* Lehre vom Ausnahmezustand geprägt ist von einer Reihe von Zäsuren und Gegensätzlichkeiten innerhalb des Rechts, deren „kreative Spannung“[66] gewährleisten soll, „dass die Rechtsmaschine funktioniert“.[67] Die Verdrängung der Norm durch die Dezision im Ausnahmezustand ermögliche die Schaffung einer Situation, in der die Norm erst wieder ihre Wirkkraft entfalten könne. Somit führt der Ausnahmezustand „ins Recht eine Zone der Anomie ein, um eine tatsächliche Normierung des Wirklichen möglich zu machen“.[68]

Insgesamt definiert *Agamben* den Ausnahmezustand in der Schmittschen Lehre mA zufolge zutreffend „als den Ort, wo der Gegensatz zwischen Norm und ihrer Anwendung seine höchste Intensität erreicht“.[69] Bei der Rede vom Ausnahmezustand handelt es sich um einen Grenzbegriff, mit dem eine Antwort auf die Paradoxie gefunden werden soll, wie durch eine (teilweise) Suspendierung der gültigen Ordnung deren Bestand gesichert werden soll. Die alles entscheidende Frage liegt offenkundig darin, ob nach einem positiven Rechtsverständnis eine - zumindest teilweise - Suspendierung des Rechts selbst noch von der Rechtsordnung umfasst bzw in dieser enthalten sein kann.[70] Dieser soll in der Folge unter Rückgriff zweier bedeutender deutschsprachiger Staatsrechtslehrer, *Ernst-Wolfgang Böckenförde* auf deutscher Seite und *Friedrich Koja* auf österreichischer Seite nachgegangen werden.

III. Die Ausnahme von der Regel als regelungsfähiger Sachverhalt?

1. Ernst-Wolfgang Böckenförde: Der verdrängte Ausnahmezustand

Im gleichen Maße wie *Carl Schmitts* Lehre vom Ausnahmezustand von den politischen Um-

---

[65] *Agamben*, Ausnahmezustand 45 (Kursivsetzung im Original).
[66] Vgl dazu *Bauer*, Predigt als Ereignis? Anmerkungen zum theologischen Nicht-Ort eines Sprechaktes, in Aigner/Pock/Wustmans (Hrsg), Wie heute predigen? (2014) 243 (245).
[67] *Agamben*, Ausnahmezustand 46.
[68] *Agamben*, Ausnahmezustand 46.
[69] *Agamben*, Ausnahmezustand 47.
[70] *Agamben*, Ausnahmezustand 32.

wälzungen seiner Zeit geprägt war, denkt auch *Ernst-Wolfgang Böckenförde* stets von der konkreten „Lage“ her, in seinem Fall von der Bedrohung des Rechtsstaats durch den Terrorismus der RAF. Ausgangspunkt für seine Beschäftigung mit dem Ausnahmezustand war die auf § 34 dStGB („übergesetzlicher Notstand“) gestützte Billigung der Unterbindung des Kontakts zwischen den inhaftierten Terroristen und anderen Häftlingen sowie deren Verteidigern durch Entscheidung des Bundesgerichtshof vom 23. September 1977.[71] Dieser stützte sich in seinem Urteil auf den „allgemeinen Rechtsgedanken, dass die Verletzung eines Rechts in Kauf genommen werden muss, wenn es nur so möglich erscheint, ein höheres Rechtsgut zu retten“.[72]

Böckenförde plädiert in Rückgriff auf *Schmitt* für einen „rechtspolitischen Pragmatismus“.[73] Nach *Böckenförde* diene „der Ausnahmezustand im Grunde dazu [...], in der Krise eine bestehende Ordnung so weit möglich wieder zu stabilisieren“.[74] Der Staat dürfe zur Erreichung dieses Ziels jedoch nicht zu allen beliebigen Mittel greifen, sondern auch der Ausnahmezustand habe „eine Struktur, die dazu dient, über die Krise hinwegzukommen“.[75] Der Auffassung *Böckenfördes* zufolge habe die Beibehaltung der rechtsstaatlichen Ordnung jedoch „nicht durch eine vermehrte Gesetzgebung [...] und schon gar nicht die Einführung des ‚übergesetzlichen Notstandes‘ im Verfassungsrecht“[76] zu geschehen, sondern sei vielmehr „an die Anerkennung der Möglichkeit des Ausnahmezustandes und dessen verfassungsrechtliche Verankerung gebunden“.[77] Daher bezweifelt *Böckenförde* auch, dass eine „Rechtsordnung der Ausnahmelage“, wie sie im Tatbestand des übergesetzlichen Notstands grundgelegt sei, Anwendung finden könne. Denn bei einer Anwendung eines übergesetzlichen Notstands auf das Verfassungsrecht mutiere der übergesetzliche zum „überverfassungsmäßigen Notstand“. Dadurch eröffne sich aber die Möglichkeit der teilweise oder gänzlichen Außerkraftsetzung der Verfassung, wodurch der „übergesetzliche Notstand“ zum „Funktionsmodus der Bürokratie“ werde.[78]

Wie *Anter/Frick* aufzeigen, verweist Böckenförde damit unausgesprochen auf eine Formel

---

[71] *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt 129.
[72] BGH 23.9.1977, NJW 30/1977, 2172.
[73] *Blasius*, Preußische Bindungen - Carl Schmitts „Ausnahmezustand“ in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, in Voigt (Hrsg), Ausnahmezustand - Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur (2013) 115 (115).
[74] *Böckenförde*, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgerichtshof (2011) 372.
[75] *Böckenförde*, Wissenschaft 372.
[76] *Böckenförde*, Der verdrängte Ausnahmezustand, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1881 (1881).
[77] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1881.
[78] Böckenförde, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1882 f.

Carl Schmitts, der zufolge die Legalität der „positivistische Funktionsmodus der Bürokratie“[79] sei. Während Schmitt kritisierte, dass aufgrund der pluralistischen Aufspaltung des Parlaments der Weimarer Republik dieses nicht mehr länger die Einheit des Volkes repräsentiere, das Legalitätssystem zu einem „beziehungslosen Formalismus“ korrumpiert sei und Legalität folglich nur noch einen „bestimmte Methode des Arbeitens und Funktionierens von Behörden bezeichne“,[80] steht, wie *Anter/Frick* nachweisen, die Formel bei *Böckenförde* stellvertretend für die Gefahr, welche gestützt auf „übergesetzlichen Notstand“ von einem Auseinandertreten von Legalität und Legitimität ausgeht.[81]

Mit der Anerkennung eines „übergesetzlichen Notstands“ entstehe *Böckenförde* zufolge „eine perfekte, in sich offene Generalermächtigung zur Bewältigung von Notständen/Notlagen, der gegenüber jede verfassungsrechtliche oder gesetzliche Ausformung und Begrenzung von Befugnissen vorläufig wird“.[82] Das Unbehagen, welches *Böckenförde* der Bestimmung des § 34 StGB entgegenbringt, resultiert nach *Anter/Frick* aus dessen Verständnis des Staates als einer Wirklichkeit, „die stark genug ist, die Begrenzung und Regulierung der Sphären individueller und gruppenmäßiger Ungebundenheit vorzunehmen und deren Befolgung zu garantieren“.[83] Den Umfang und damit die Begrenzung der Handlungsbefugnisse der staatlichen Organe festzulegen, sei eminente Aufgabe der Verfassung. Eine Bestimmung wie § 34 StGB, welche eine „offene Generalermächtigung“ zu beliebigem Handeln statuiere, widerstrebe deshalb dem *Böckenfördschen* Verständnis vom Recht als freiheitsgewährleistende Wirklichkeit durch Begrenzung staatlicher Allmachtsphantasien.[84]

Von daher wird nachvollziehbar, weshalb § 34 dStGB für *Böckenförde* eine „Preisgabe des Prinzips des Verfassungsstaates“ darstellt. Ihm zufolge müsse das Problem des Ausnahmezustandes direkt in der Verfassung normiert werden. Es benötige eine „Verfassungstheorie des Ausnahmezustandes“, andernfalls drohe der „Übergang in einen von Rechtsbindung freien Raum“.[85] Wie *Anter/Frick* festhalten, soll nach *Böckenförde* auch im Ausnahmezustand „der Primat des Rechts, und damit die Freiheitsorientierung der staatlichen Ordnung insgesamt,

---

[79] *Schmitt*, Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols (1938) 101.
[80] *Schmitt*, Das Problem der Legalität, in Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954 (1958) 440 (444).
[81] *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt 130 f.
[82] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1883.
[83] *Böckenförde*, Der Staat als sittlicher Staat (1978) 8.
[84] *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt 132.
[85] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1884.

nicht preisgegeben werden".[86]

Seinen Lösungsansatz, wie verfassungsrechtlich mit der „verdrängten Wirklichkeit" Ausnahmezustand umgegangen werden kann, entwickelt *Böckenförde* an einem Grundproblem der Staatsrechtslehre: dem Verhältnis von Rechtsnorm und Wirklichkeit. Indem er von einer „wechselseitigen Bedingtheit von Rechtsnorm und Wirklichkeit im Sinne einer ‚korrelativen Zuordnung'"[87] ausgeht, wählt er einen Mittelweg zwischen *Hans Kelsens* „selbstbezogenen Normativismus"[88] und *Carl Schmitts* Hypotrophie der Existenzialität über die Normativität für den Fall des Ausnahmezustands.[89] Von *Hermann Heller*[90] leitet sich *Böckenfördes* Erkenntnis her, dass zur Stabilisierung der staatlichen Verfassung eine Dialektik der „normativen Kraft des faktischen Normalen" und der „normalisierenden Kraft des Normativen" notwendig sei. Deshalb müsse das Recht „die Wirklichkeit in Gestalt außerrechtlich geformter Verhaltensweisen in sich aufnehmen, um schließlich gestaltend und steuernd auf eben diese Wirklichkeit einwirken zu können und damit wiederum die Normalität der Lage zu befestigen".[91] Damit steht *Böckenförde* wieder deutlich in der Tradition *Carl Schmitts*, wonach die Geltung einer Norm nicht unabhängig von der Wirklichkeit besteht, welche sie zu regeln beabsichtigt. Er fordert, dass das Recht, wolle es nicht vor einer veränderten Lebenswirklichkeit kapitulieren, auch für derartige Lagen entsprechende Vorkehrungen treffen müsse. Wie *Anter/Frick* aufzeigen, orientieren sich die von *Böckenförde* entwickelten Grundzüge eines „Regelungsmodells des Ausnahmezustandes unter dem Grundgesetz"[92] eng am Modell der kommissarischen Diktatur *Schmitts*.[93]

Wie hat ein derartiges Regelungsmodell nun aber konkret auszusehen? *Böckenförde* antwortet darauf in der Tradition *Schmitts*: Da dem Charakter der Ausnahme etwas Unvorhergesehenes, nicht Planbares inhärent sei, könne die Bewältigung des Ausnahmezustands nicht durch eine

---

[86] *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt 132.
[87] *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt 134.
[88] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1884. Vgl exemplarisch *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1934) 83, wonach Recht dann gilt, wenn es im „Erzeugungszusammenhang einer gültigen Ordnung [steht]". Dies ist nach *Kelsen* dann der Fall, wenn es seine Geltung durch Rekurs zu der „die Geltung aller Normen begründenden ersten Verfassung" gewinnt. Nach *Kelsen*, Verteidigung der Demokratie, in Kelsen, Verteidigung der Demokratie. Aufsätze zur Demokratietheorie (2006) 229 (237) darf, „wer für die Demokratie ist, [...] nicht [...] zur Diktatur greifen, um die Demokratie zu retten. Man muss seiner Fahne treu bleiben, auch wenn das Schiff sinkt".
[89] *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt 134. Vgl ua *Schmitt*, Die Diktatur 136.
[90] *Heller*, Staatslehre XVI[6] (1983) 285 f.
[91] *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt 135.
[92] Vgl *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1884: „Entfällt die vorausgesetzte Normallage, entfällt der Bezugspunkt für die intendierte Regulierungskraft der Norm".
[93] S dazu Kapitel 2, I.

antizipierte „Vergesetzlichung bestimmter Ausnahmesituationen“[94] bestehen. Es bedürfe daher keiner Normierung konkreter Ausnahmetatbestände, sondern die Voraussetzungen, der Eintritt des Ausnahmezustands sowie die Zuweisung von Ausnahmebefugnissen an bestimmte Organe müssten einer gesetzlichen Regelung zugeführt werden. Des Weiteren liege Ziel und Grenze der zu treffenden Maßnahmen in der Wiederherstellung des Normalzustands, der „die eigentliche Legitimation des Ausnahmezustands und seiner besonderen Maßnahmen“[95] darstellt.[96]

Im Zentrum der Böckenfördschen Modellstruktur steht also der Begriff der Maßnahme, wobei *Böckenförde* großen Wert darauf legt, diese vom „Gesetz“ abzugrenzen. Eine Maßnahme, worunter *Böckenförde* eine sachgerichtete Aktion zur Erreichung eines bestimmten Ziels versteht,[97] habe vom „Recht der Normallage wesentlich und strukturell unterschieden [zu] bleiben“;[98] sie habe Befehlscharakter und nicht normative Geltungskraft. Die Maßnahme überlagere nur (vorübergehend) die Rechtsordnung, welche zwar außer Anwendung sei, aber immer noch in Geltung stehe.[99]

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass *Böckenförde* den Ausnahmezustand als regelungsbedürftigen und normierbaren Sachverhalt betrachtet, wenngleich er einräumt, dass „keine zureichende und daher abschließende inhaltliche Regelung des Ausnahmezustand möglich [ist]“,[100] weshalb an Generalklauseln kein Weg vorbei führe. Seiner schärfsten Kritikerin *Gertrude Lübbe-Wolff*, welche die legale Ungebundenheit, die ein derart institutionalisierter Ausnahmezustand ermöglicht, für eine größere Gefahr der Perpetuierung des Ausnahmezustands als den Zustand der Rechtlosigkeit erachtet, hält *Böckenförde* entgegen, dass die Ablehnung rechtlicher Ausnahmebefugnisse Tür und Tor für eine Berufung auf „übergesetzlichen Notstand“ im Verfassungsrecht öffnen würden. Der Ausnahmezustand Böckenfördscher Prägung könne nicht endlich perpetuiert werden, sondern lediglich solange, als er vom Parlament widerrufen werde.[101] Denn auch der Ausnahmezustand hat eine Struktur, „eine Struktur,

---

[94] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1885.
[95] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1886.
[96] Vgl *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt 135 f.
[97] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1889.
[98] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1886.
[99] Vgl *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt 136.
[100] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1885 f.
[101] *Böckenförde*, Rechtsstaat und Ausnahmerecht - Eine Erwiderung, Zeitschrift für Parlamentsfragen 11/1980, 591 (593 ff).

die dazu dient, über die Krise hinwegzukommen".[102]

2. Friedrich Koja: Naturrechtliches („überpositives") vs. positives Notstandsrecht

Friedrich Koja hält die Auffassung *Schmitts*, dass gerade die wesentlichen politischen Entscheidungen sich einer normativen Determinierung entziehen würden, für schlechthin unwahr: Das ganze Recht sei ein „System von Regeln und Ausnahmen",[103] wobei die Ausnahmen nicht weniger regelungsbedürftig seien wie die Normalfälle. Es entspreche einer Scheinlogik, zu behaupten, „dass sich die Situation der Ausnahme definitionsgemäß der normativen Regelung entziehe, weil sich nur die Regel, nicht aber die Ausnahme erfassen lasse".[104] Der Blick auf historische wie in Geltung stehende Verfassungen zeige, dass der Notstand rechtlich normierbar sei.[105] Im Anschluss an *Bettermann* hält er fest,[106] dass die Auffassung *Schmitts* nichts mit den Vorstellungen von Souveränität von *Bodin* bis *Heller* gemein hätte.[107]

Koja ist sich jedoch der Tatsache bewusst, dass Ansichten wie jene von *Carl Schmitt* keineswegs der Vergangenheit angehören. So geht er neben *Verosta*, der unter dem Oberbegriff des Staatsnotrechts auch die Kategorie des „naturrechtlichen Notrechts" abhandelt,[108] und *Krüger*, welcher eine Institutionalisierung des Notrechts als mit dem Begriffe des Notrechts unvereinbar zurückweist,[109] in seiner „Allgemeinen Staatslehre" auch auf den etwa von *Zippelius* vertretenen Standpunkt ein, dass „ein ungeschriebener Rechtfertigungs- und Ermächtigungsgrund für Notstandsbefugnisse bestehe",[110] welcher seine Legitimation im Schutz höherrangiger Interessen finde. Diesem Standpunkt zufolge trage ein „verfassungshohes" Notstandsrecht zur Sicherung der freiheitlich-demokratischen Ordnung bei und sei deshalb „normativ begründet".[111]

All diese Theorien stellen *Koja* zufolge Variationen des Satzes „Not kennt kein Gebot" dar, also der Ansicht, dass der Ausnahmezustand ein Notrecht der Staatsorgane auch dann begründet, wenn dies in keinster Weise in der Verfassung vorgesehen ist. Die Auffassung einer na-

---

[102] *Böckenförde*, Wissenschaft 372.
[103] *Koja*, Allgemeine Staatslehre (1993) 398.
[104] *Koja*, Staatsnotstand 10 f.
[105] *Koja*, Staatslehre 397 f.
[106] *Bettermann*, Die Notstandsentwürfe der Bundesregierung, in Fraenkel (Hrsg), Der Staatsnotstand (1965) 190 (192).
[107] *Koja*, Staatsnotstand 10.
[108] *Verosta*, Das Staatsnotrecht, ÖZÖR IX 1958/59, 463 (465).
[109] Nach *Krueger*, Allgemeine Staatslehre[2] (1966) 31 impliziere ein „Notrecht" bereits „seinem Begriffe nach den Rückgriff auf das natürliche Recht gegen das positive Gesetz".
[110] *Koja*, Staatslehre 398. Vgl *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre[16] (2010).
[111] *Koja*, Staatslehre 398. Vgl *Zippelius*, Allgemeine Staatslehre[16] (2010).

turgegebenen Selbsterhaltungspflicht hängt nach *Koja* mit der „*Hegelschen* Idee des Staates als einer präeminenten Institution, als eines autonomen, vom Recht verschiedenen Herrschaftssubjekts zusammen“,[112] wonach der Staat zur Erhaltung seiner selbst auch ohne rechtliche Ermächtigung handeln darf. Deshalb treffe *Merkl*, der das Staatsnotrecht als „ein von der Rechtwissenschaft der Verwaltung beigestelltes Ventil für Bedürfnisse, denen das Recht der Verwaltung nicht Rechnung trägt“,[113] bezeichnet,[114] auch nur einen Teilaspekt eines umfassenderen Problems, wenn er das überpositive Notstandsrecht für den letzten Rückzugsort aller „Verfechter einer teilweisen gesetzlichen Ungebundenheit der Verwaltung“[115] hält.[116] *Koja* macht vielmehr deutlich, dass der Ruf nach Freiheit der Verwaltung von den gesetzlichen Banden im Notstandsfall nur Ausdruck des allgemeinen Gedankens sei, „dass im Notstand die Staatsorgane das Recht haben sollen, sich über die Schranken des positiven Rechts hinwegzusetzen“.[117]

Die Vertreter eines überpositiven Notstandsrechts würden sich der Auffassung *Kojas* zufolge zwar mit rechtlichen Begriffen schmücken, allerdings außerhalb der juristischen Ebene bewegen. Dies habe schon *Georg Jellinek* erkannt, wenn er die Kategorie des Staatsnotstands als Versuch denunzierte, „eklatante Verletzungen der Staatsordnung zu beschönigen“,[118] und die „doch nur ein anderen Ausdruck für den Satz ist, dass Macht vor Recht geht“.[119] Auch *Hans Kelsen* monierte, dass in der Theorie von der Befugnis der obersten Staatsorgane, im Notstandsfall zu außerhalb der Rechtsordnung gelegenen Mitteln zu greifen, nichts als ein „politisch-naturrechtliches Raisonnement, das sich - wie gewöhnlich - als positives Recht zu geben sucht“,[120] zum Ausdruck kommt. Differenzierter sei der Ansicht *Kojas* zufolge der Schweizer Staatsrechtslehrer *Zaccaria Giacometti ans* Werk gegangen, der iW jedoch zum selben Ergebnis komme wie die genannten österreichischen Autoren. *Giacomettis* Auffassung nach sei nicht das positive Verfassungsrecht Maßstab der Rechtmäßigkeit von Notstandsakten, sondern „man geht vielmehr von einem angeblichen Recht des Staates, das außerhalb der gesetzten staatlichen Rechtsordnung steht, oder vom Wesen des Staates aus und leitet daraus ein

---

[112] *Koja*, Staatsnotstand 12.
[113] *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 167.
[114] *Koja*, Staatslehre 398.
[115] *Merkl*, Verwaltungsrecht 167.
[116] *Koja*, Staatsnotstand 12.
[117] *Koja*, Staatsnotstand 12.
[118] *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre[3] (1929) 359.
[119] *Jellinek*, Staatslehre[3] 359.
[120] *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925) 157.

Notrecht des höchsten Staatsorganes bzw der Exekutive ab".[121] *Koja* hält resümierend fest, dass Vertreter eines derartigen Notrechts neben die positive Staatsverfassung eine „überpositive, metajuristische Verfassung" setzen.[122]

Darauf aufbauend macht *Koja* deutlich, warum vom Standpunkt des kritischen Positivismus ein überpositives Notstandsrecht nicht als Recht begriffen und akzeptiert werden könne, während das gesetzte Notstandsrecht ein legitimer Untersuchungsgegenstand für die verschiedenen Teildisziplinen des Rechts sei. Aus diesem Grund sei der etwa von *Folz* vertretenen Auffassung, wonach „die Gegner des Staatsnotrechts [...] ein solches Recht wegen des rechtsstaatlichen Prinzips ablehnen",[123] entschieden entgegenzutreten, da es auch in einem Staat, der sich dem Legalitätsprinzip, der Gewaltenteilung, der richterlichen Kontrolle von Verwaltungsakten sowie der Garantie der Grund- und Freiheitsrechte allen Staatsgewalten gegenüber verpflichtet fühlt, Notstandsrecht, wenngleich nur positives, geben kann und geben soll.[124] Ein solches Notstandrecht, welches für bestimmte Ausnahmefälle bestimmte Ausnahmeregeln vorsieht, sei insofern „denaturiert",[125] da es unter „positivrechtlichen Voraussetzungen positivrechtlich präzisierte Rechtsfolgen vorsieht".[126]

In Ausnahmefällen kommt es regelmäßig zur Konzentration der Gewalt bei einzelnen Organen, Suspension von Grundrechten und gewissen Lockerung des Legalitätsprinzips. Dies bedeutet nach *Koja* jedoch keinesfalls eine Preisgabe des rechtstaatlichen Prinzips zugunsten eines überpositiven Rechts. Vielmehr könne der Staat Regelungen vorsehen, um existenzbedrohlichen Lagen mit den Mitteln seiner eigenen Rechtsordnung entgegentreten zu können.[127] Wie *Lukan* im Anschluss an *Siess-Scherz* festhält,[128] kann es in außerordentlichen Fällen notwendig sein, „individuellen Freiheiten aufgrund bestimmter Interessen der Gemeinschaft weitergehende Grenzen zu setzen, als dies außerhalb von Krisenzeiten der Fall ist".[129] Dazu sei es *Koja* zufolge aber erforderlich, dass sich der Staat für den Notstand eine andere Verfassung gibt.[130] *Bettermann* konstatiert folgerichtig, dass er sich „im Notstand in einen anderen Recht-

---

[121] *Giacometti*, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone (1941) 509.
[122] *Koja*, Staatsnotstand 13; *Koja*, Staatslehre 398.
[123] *Koja*, Staatsnotstand 14.
[124] *Folz*, Staatsnotstand und Notstandsrecht (1962) 169.
[125] *Merkl*, Verwaltungsrecht 167.
[126] *Koja*, Staatsnotstand 14.
[127] *Koja*, Staatsnotstand 14 f.
[128] *Siess-Scherz*, Art 15 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar (1. Lfg 1999) Rz 4.
[129] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 2.
[130] *Koja*, Staatsnotstand 14.

zustand begibt, aber nicht in den Zustand der Rechtlosigkeit".[131]

Ein derartiges Verständnis vom Staatsnotstand macht diesen zu einem Verfassungszustand, in welchem eine gewisse Abschwächung des rechtsstaatlichen Prinzips erfolgt.[132] Das Notstandsrecht hat einen Ausgleich zwischen der Anforderung, von den Bindungen der Verfassung bei gebotener Eile zu befreien einerseits und der Notwendigkeit, Vorkehrungen gegen den Missbrauch derartiger Entbindungen zu treffen andererseits.[133] Wie weit derartige außerordentliche Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt werden, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit.[134]

Überzeugend legt *Koja* dar, dass gerade die Sicherung der Existenz und der Ordnung des Staates Werte seien, welche „Antrieb zu einer möglichst zweckmäßigen positivrechtlichen Ausnahmsregelung geben".[135] Der Staat könne *nicht* bloß außerhalb seiner Verfassung einer Notstandslage Herr werden. *Koja* zufolge ist es notwendig, dass sich ein Staat für derartige Fälle eine von der „Regelverfassung" abweichende „Notstandsverfassung" gebe, die diesen jedoch nicht „allmächtig", sondern - sofern Tatbestand und Rechtsfolge hinreichend konkretisiert seinen - nur mächtiger mache. In welchen Situationen derartige Sonderverfassungen ihre Wirkung entfalten sollen und welche Mittel von welchen Organen zur Beseitigung von staatlichen Krisenlagen eingesetzt werden dürfen, sei eine Frage der „politischen Klugheit". Jedenfalls müsse der „Staat auch im Notstand Rechtsstaat bleiben".[136]

IV. Resümee: Der Ausnahmezustand als regelungsbedürftiger Sachverhalt

Ausgangspunkt dieses Kapitels bildete die Auseinandersetzung mit der Lehre *Carl Schmitts*, zu der sich wohl oder übel jede Auseinandersetzung mit dem Thema des Ausnahmezustands zustimmend oder abgrenzend zu beziehen hat. Im Anschluss an *Giorgio Agamben* wurde festgehalten, dass der Ausnahmezustand bei *Carl Schmitt* einen Ort einnimmt, „wo der Gegensatz zwischen Norm und ihrer Anwendung seine höchste Intensität erreicht",[137] es sich also um einen Grenzbegriff handelt, mit dem das Paradoxon beschrieben wird, wie durch eine (teil-

---

[131] *Bettermann*, Notstandsentwürfe 192.
[132] *Koja*, Staatsnotstand 15.
[133] *Jákab*, Kritische Justiz 2005, 324.
[134] *Koja*, Staatsnotstand 15.
[135] *Koja*, Staatsnotstand 15.
[136] *Koja*, Staatsnotstand 15.
[137] *Agamben*, Ausnahmezustand 47.

weise) Suspendierung der gültigen Ordnung deren Bestand gesichert werden soll. *Carl Schmitt* bot zwei Denkmodelle für die Lösung dieses Problem an: das Rechtsinstitut der „kommissarischen Diktatur“ einerseits und die Dezision als „spezifisch-juristisches Formelement“ andererseits. Beide stellen nach *Schmitt* - wenngleich keiner Normierung zugänglich[138] - Mittel der republikanischen Verfassung, die Freiheit zu wahren, dar.[139]

Böckenförde steht in weiteren Teilen in Einklang mit der Lehre *Carl Schmitts*.[140] So kommt er mit *Schmitt* darüber ein, dass die Geltung des Rechts abhängig sei von der Wirklichkeit, die sie zu ordnen beabsichtigt. Während es *Schmitt* allerdings für eine „rechtswissenschaftliche Wahrheit“ hält, dass mit dem Abhandenkommen des Normalzustands *eo ipso* auch die Geltung der Rechtsordnung falle, hält *Böckenförde* fest, dass durch die im Ausnahmezustand zu ergreifenden Maßnahmen „die Rechtsordnung [...] weiter fortgelte und nur außer Anwendung sei“.[141] Auch in einem weiteren wesentlichen Punkt weicht *Böckenförde* von *Schmitt* ab: Obwohl beide auf dem Standpunkt stehen, dass der Ausnahmezustand eine vorab nicht berechenbare Situation darstellt, die „auch normativ nicht antizipierbar ist“,[142] beharrt *Böckenförde* im Unterscheid zu *Schmitt* dennoch darauf, dass die Voraussetzungen, der Eintritt des Ausnahmezustands sowie die Zuweisung von Ausnahmebefugnissen an bestimmte Organe einer gesetzlichen Regelung zugänglich und bedürftig seien.[143] Die Ablehnung derartiger Befugnisse sei das unweigerliche Einfallstor für den „übergesetzlichen Notstand“ ins Verfassungsrecht.[144]

In der Verweigerung des Rechtskonstrukts eines „übergesetzlichen Notstands“ besteht die wohl größte Gemeinsamkeit zwischen *Ernst-Wolfgang Böckenförde* und *Friedrich Koja*. Letzterem zufolge stellt der Ruf nach Freiheit der Verwaltung von den gesetzlichen Banden im Notstandsfall nur einen Ausdruck des allgemeinen Gedankens dar, „dass im Notstand die Staatsorgane das Recht haben sollen, sich über die Schranken des positiven Rechts hinwegzusetzen“.[145] Die Staatsrechtslehrer stimmen auch darin überein, dass der Staat auch in einer Notsituation keinesfalls zu allen denkbaren Mitteln greifen darf,[146] und betonen unisono, dass

---

[138] *Schmitt*, Legalität und Legitimität 321.
[139] Vgl *Schmitt*, Die Diktatur 133.
[140] Vgl *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt 129 ff.
[141] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1886.
[142] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1886.
[143] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1885 f.
[144] *Böckenförde*, Rechtsstaat 595. Vgl dazu *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt 139.
[145] *Koja*, Staatsnotstand 12.
[146] Vgl *Böckenförde*, Wissenschaft 372; *Koja*, Staatsnotstand 15.

es einer Anerkennung des Ausnahmezustands im Verfassungsrecht zum Erhalt der Integrität der verfassungsrechtlichen Ordnung bedarf.[147] Abweichende Positionen bestehen jedoch im Hinblick auf die Ausgestaltung von Ausnahmetatbeständen, welche aus den unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Recht und Wirklichkeit herrühren: Der der Schule des kritischen Positivismus treue *Friedrich Koja* begreift das Recht allgemein als ein „System von Regeln und Ausnahmen",[148] wobei die Ausnahmen nicht weniger regelungsbedürftig seien wie die Normalfälle. Deshalb könne eine Regelung des Ausnahmezustandes nach *Koja* nicht nur, wie *Böckenförde* meint, in der Schaffung generalklauselartiger Bestimmungen bestehen, sondern beharrt *Koja* darauf, dass „der Staat sich für den Notstandsfall eine (teilweise) andere Verfassung gibt".[149]

Insgesamt leistet *Koja* der ungemein wichtigen Erkenntnis Vorschub, dass auch der Ausnahmezustand einen Raum darstellt, der einer rechtlichen Regelung zugänglich ist. Zwar ist *Böckenförde* darin zuzustimmen, dass einem unvorhersehbaren Ereignis nicht detaillierte Regelungen entgegengehalten werden können.[150] Es ist aber sehr wohl möglich - und in einem sich als rechtsstaatliche Demokratie verstehenden Staat geradezu notwendig -, „befriedigende positivrechtliche Vorkehrungen für den Fall des Staatsnotstands"[151] zu treffen. Entgegen zeitgenössischen Verfechtern der Schmittschen Schule, zu denen in moderater Form etwa *Andreas Hitzel* zählt,[152] demzufolge das Recht auch im „absoluten Ausnahmezustand" nicht gänzlich erlösche, sondern sich, da „die Unterscheidung zwischen Normal- und Ausnahmezustand [...] nicht so exakt und scharf ist, wie sie die strenge Dichotomie der Begriffe nahelegt",[153] zu einem „Vexierbild" transformiere,[154] ist in Umkehrung des alten lateinischen Sprichworts also festzuhalten: *autem necessitas habet legem*![155]

---

[147] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1881.
[148] *Koja*, Staatslehre 398.
[149] *Koja*, Staatsnotstand 15.
[150] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1885.
[151] *Koja*, Staatsnotstand 16.
[152] Eine anschauliche Übersicht der Positionen findet sich bei *Jákab*, Kritische Justiz 2005, 334.
[153] *Hitzel*, DÖV 2014, 600 (606).
[154] *Hitzel*, DÖV 2014, 606 f.
[155] Vgl dazu das Decretum Gratiani, in dem es heißt: „*si proper necessitatem aliquid fit, illud licite fit: quia quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum. Item necessitas legem non habet*". Wie *Agamben*, Ausnahmezustand 34 aufzeigt, legt der Rechtssatz jedoch nicht fest, dass in der Not das Illegitime legitim wird, sondern billigt eine Überschreitung der Norm im Ausnahmefall.

Kapitel 3 - Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff[156]

Im vorangegangen Kapitel wurde deutlich, dass die These eines notwendigen Zurücktretens des Rechts vor der „normativen Kraft des Faktischen“[157] im Ausnahmezustand auf einer Vorstellung beruht, welche in unzulässiger Weise die Grenzen zwischen Recht und Politik vermischt. Selbstverständlich ist damit keinesfalls gesagt, dass sich ein wie auch immer ausgestaltetes Notstandsrecht in der Krise nicht als unzureichend erweist und es in dieser Situation notwendig erscheint, zur Rettung des Staates zu Mitteln zu greifen, welche in Durchbrechung der verfassungsrechtlichen Vorschriften auf Beibehaltung oder Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung abzielen, also „übergesetzliche“ Notstandsmaßnahmen gesetzt werden. Wie *Koja* festhält, kann ein derartiges Vorgehen uU politisch gerechtfertigt und *ex post* durch einen Indemnitätsbeschluss des zuständigen Organs legitimiert werden, „eine juristische Rechtfertigung erscheint hingegen begrifflich ausgeschlossen“.[158] Will ein Staat auch im Notstandsfall Rechtsstaat bleiben, hat dieser somit entsprechende (verfassungs-)rechtliche Vorkehrungen zu treffen. Wie *Fister* konstatiert, darf „der Rechtsstaat [...] [auch] im Notstandsfall nicht an seine Grenzen stoßen“.[159] IdS hielt schon *Konrad Hesse*, Vertreter der der Lehre *Carl Schmitts* ablehnend gegenüberstehenden „Smend-Schule“,[160] fest: „Eine Verfassung, die in Notzeiten nicht gehalten werden kann, verfehlt ihren Sinn“.[161]

I. Zum Begriff des Staatsnotstands

1. Agambensche Zweifel

Würde man der Auffassung *Giorgio Agambens*, dass „noch kein Versuch, Not zu definieren, erfolgreich zu Ende geführt worden“,[162] Glauben schenken, so wäre der *status necessitatis* tatsächlich an jener „Schwelle der Unentscheidbarkeit [anzusiedeln], auf der *factum* und *ius* verschwimmen“.[163] Wie jede juristische Erörterung, so setzt auch eine Auseinandersetzung mit dem „Staatsnotstand“ voraus, dass die dabei verwendeten Begriffe einer bestimmten Be-

---

[156] Überschrift in Anlehnung an *Koja*, Staatsnotstand.
[157] Vgl dazu *Jellinek*, Staatslehre 337 ff.
[158] *Koja*, Staatsnotstand 17. Vgl auch *Giacometti*, Staatsrecht 510.
[159] *Fister*, Die Notstandsverfassung vor neueren Herausforderungen, in Holoubek/Martin/Schwarzer (Hrsg), Die Zukunft der Verfassung – Die Verfassung der Zukunft? Festschrift für Karl Korinek zum 70. Geburtstag (2010) 239 (258).
[160] Vgl dazu *Anter/Frick*, Der verdrängte Carl Schmitt 137.
[161] *Hesse*, Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustands, in JZ 1960, 105 (108).
[162] *Agamben*, Ausnahmezustand 39.
[163] *Agamben*, Ausnahmezustand 39.

deutung zugeführt werden.[164] Nach *Agamben* befinde man sich bei Ausnahmezustand und Revolution jedoch in einer ambivalenten und unsicheren Zone, „in der faktische Vorgänge, die per se extra- oder antirechtlich sind, in Recht übergehen und in der Rechtnormen unbestimmt werden und in bloßes Faktum übergehen".[165] Ihm zufolge gingen dort zwei entgegenlaufende Bewegungen vor: Faktisches gehe in Recht über, und (suspendiertes) Recht werde zum bloßen Faktum.[166]

Agambens Zweifel an der Definierbarkeit des Staatsnotstandsbegriffs geht seine Auseinandersetzung mit dem italienischen Juristen *Santo Romano* zuvor. *Romano* führt *Agamben* als Vertreter jener Position an, welche den Notstand ins Recht zu integrieren versucht und diesen dadurch zum Rechtszustand erklärt. *Romanos* Position ist dabei insofern bemerkenswert, als der italienische Jurist die Not zur ersten und ursprünglichen Quelle des Rechts erklärt. Ihm zufolge müsse der Notstand als Bedingungsgrund begriffen werden, „der [...] von zuvor eingeführten Normen nicht diszipliniert werden kann. Wenn Not aber kein Gesetz kennt, so schafft sie doch Gesetz [...]; was besagen will, dass sie mittels einer authentischen Quelle Recht konstituiert".[167] Deshalb müsse die Not als Grund und Legitimation aller rechtlichen Einrichtungen begriffen werden. Revolutionäre Zustände, aus welchen im allgemeinen die verfassungsmäßige Ordnung des Staates hervorgehe, können sich auch wiederholen, „wenngleich [nur] ausnahmsweise und mit weniger rohen Zügen, und auch wenn diese ihre grundlegenden Institutionen schon gebildet und geregelt hat".[168]

„Not" erweise sich als il-legale, aber rechtmäßige Vorkehrung, die sich durch die Schaffung neuer Normen konkretisiere. Wenn *Romano* ausführt, dass „das Gesetz inzwischen [zwar] zur höchsten und allgemeinsten Erscheinung der rechtlichen Norm geworden [ist], aber [...] [es auch] Normen [gibt], die nicht niedergeschrieben werden können",[169] so schreitet er damit insofern über *Schmitt* hinaus, als er die in der Not gesetzten Maßnahmen nicht mehr wie dieser in eine eigene rechtliche Kategorie - die Dezision - einordnet, sondern diese genauso als „Norm" begreift. Letztlich sei auch die definitionsgemäß anti-rechtliche Revolution ein Tatbestand, der von seinem eigenen Recht aus eine „geordnete und geregelte Bewegung ist". In

---

[164] Vgl *Folz*, Staatsnotstand 22.
[165] *Agamben*, Ausnahmezustand 38.
[166] *Agamben*, Ausnahmezustand 38 f.
[167] *Romano*, Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria, in Romano, Scritti minori - Band I (1990) 362. Zitiert nach *Agamben*, Ausnahmezustand 37.
[168] *Romano*, Sui decreti 362. Zitiert nach *Agamben*, Ausnahmezustand 37.
[169] *Romano*, Sui decreti 362. Zitiert nach *Agamben*, Ausnahmezustand 37 f.

diesem Sinne könne man demnach auch von einem „Revolutionsrecht“ sprechen: „Die Revolution ist Gewalt, aber rechtlich organisierte Gewalt“.[170]

Von daher wird es verständlich, warum *Agamben* es für eine Aporie hält, wenn die Mehrzahl der Autoren Notstandsmaßnahmen einerseits bereits zu Recht erklären und andererseits dennoch darauf beharren, dass diese *ex post* durch ein Gesetz gewissermaßen ratifiziert werden müssten. Die äußerste Aporie jedoch, „an der in letzter Instanz die gesamte Theorie der Not zerbricht“,[171] liege nach *Agamben* darin, dass die Not als objektive Situation gedacht werde. Vielmehr sei „der Begriff der Not [...] ein gänzlich subjektiver Begriff, je nach dem Ziel, das erreicht werden soll“.[172] Die Not enthalte stets ein subjektives Urteil: *Agamben* zufolge sind solche Zustände nötigend, die im Nachhinein zur Not erklärt werden. Und er hält fest: „Not reduziert sich [...] nicht nur in letzter Instanz auf eine Entscheidung, sondern das, worüber sie entscheidet, ist in Wahrheit ein zwischen Tatsache und Recht Unentscheidbares“.[173]

2. Positivistische Einwände

Der Auffassung *Agambens* sind jedoch aus der in Kontinentaleuropa vorherrschenden positivistischen Perspektive[174] mehrere Einwände entgegenzuhalten. Zunächst ist festzuhalten, dass eine Verfassung, welche die Ausübung von Macht nicht zu legitimieren vermag, ihr ureigenstes Ziel verfehlt und damit schlichtweg unnötig wird.[175] Die Verfassung stellt die Grund- und Rahmenordnung des staatlichen Handelns dar,[176] und dient primär der Aufgabe, „ein Ordnungssystem zur Verfügung zu stellen, das die friedliche Konfliktlösung ermöglicht bzw fördert und so für inneren Frieden in einer Gesellschaft sorgt“.[177]

Freilich unterscheidet sich die konkrete Ausgestaltung von Verfassungen von Staat zu Staat, gemeinsam ist westlichen Staaten jedoch das ihnen zugrunde liegende Menschenbild friedlich zu verteidigen, welches von der Freiheit des Einzelnen und der gleichen Würde und den gleichen Rechten aller ausgeht.[178] Damit der Staat selbst im Ausnahmezustand, in welchem die in

---

[170] *Romano*, Frammenti di un dizionario giuridico (1983) 222 ff. Zitiert nach *Agamben*, Ausnahmezustand 38.
[171] *Agamben*, Ausnahmezustand 39.
[172] *Balladore-Pallieri*, Diritto costituzionale (1970) 168.
[173] *Agamben*, Ausnahmezustand 40.
[174] *Dreier*, Der Begriff des Rechts, NJW 14/1986, 890.
[175] *Lehner*, Gedanken zur Legitimation von Herrschaftsgewalt in einer globalisierten Welt, in Holoubek/Martin/Schwarzer (Hrsg), Die Zukunft der Verfassung – Die Verfassung der Zukunft? Festschrift für Karl Korinek zum 70. Geburtstag (2010) 25 (27).
[176] *Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in FS Walter (1991) 363 (371 ff).
[177] *Lehner*, Gedanken 26.
[178] Vgl dazu *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie[2] (1929) 2.

Rechtsnormen gegossenen Werte in Gefahr stehen, Rechtsstaat bleiben kann, muss er entsprechende Regeln zu seiner Bewältigung vorsehen. Hierin manifestiert sich die spezifische Funktion der Verfassung als Grund- und Rahmenordnung staatlichen Handelns.[179] Die Detailliertheit von Notstandsregelungen einzelner Rechtsordnungen ist stets Ergebnis einer - von geschichtlichen Erfahrungen geprägten - Rechtsgüterabwägung zwischen Effektivität und Normativität. Um die richtige Abwägung zu finden, hilft, wie *Jákab* festhält, das Prinzip der „Verhältnismäßigkeit [...] sowohl hinsichtlich der Detailliertheit als auch hinsichtlich der Ermächtigungen (Mittel). Das heißt, je größer die Störung, desto mehr Mittel (und weniger Hürden) sollten vorgesehen werden".[180]

Wie *Korinek* betont, artikuliert sich die Funktion der Verfassung als Grund- und Rahmenordnung staatlichen Handeln typischerweise in offenen und unbestimmten Begriffen, woraus sich eine Spannung zu ihrer zweiten wesentlichen Aufgabe, justiziable Rechtsgrundlage für den Einzelfall zu sein, ergibt.[181] Überwunden werden kann diese Distanz „zwischen der geringen normativen Dichte des verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstabs und der Erforderlichkeit inhaltlich präziser Vorgaben für die gerichtliche Entscheidung"[182] mithilfe der - einigen Besonderheiten unterliegenden - Verfassungsinterpretation: Der VfGH betrachtet die Normen der Verfassung dabei nicht isoliert, sondern betreibt Systembildung auf Ebene des verfassungsrechtlichen Normenbestandes. Den daraus gewonnen Systemprinzipen kommt jedoch insofern „nur" eine Leitbildfunktion zu, als dadurch ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zum Ausdruck gebracht wird.[183]

Der „Notstand" bildet schon *per definitionem* die Ausnahme von der Regel,[184] und ist nicht weniger der Interpretation zugänglich und bedürftig, wie viele andere verfassungsrechtliche Begriffe. Dem Notstand schon vor dessen Eintritt mit verfassungsrechtlich normierten Regulativen entgegenzutreten, gebietet ein Verständnis von Verfassung, welches diese als schützens- und lebenswerte Wertordnung begreift.[185] Der Beweis, dass das „mit sehr unterschiedli-

---

[179] *Korinek*, Interpretation 371 f.
[180] *Jákab*, Kritische Justiz 2005, 328.
[181] *Korinek*, Interpretation 373 f.
[182] *Fuchs*, Rechtsschutz, Rechtsstaat, Rechtsschutzstaat - Reflexionen zur Verfassungsinterpretation, in Holoubek/Martin/Schwarzer (Hrsg), Die Zukunft der Verfassung – Die Verfassung der Zukunft? Festschrift für Karl Korinek zum 70. Geburtstag (2010) 83 (85).
[183] *Fuchs*, Rechtsschutz 93.
[184] Vgl *Koja*, Staatsnotstand 11.
[185] *Korinek*, Verfassungsbewusstsein in Österreich, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft (1980) 27.

chem Sinngehalt gebrauchte“[186] Wort des Staatsnotstands einer begrifflichen Bestimmung zugeführt werden kann, wird in der Folge angetreten.

3. Der Begriff des Staatnotstands - Nicht unbestimmbar, sondern unbestimmt!

Das Wort „Staatnotstand“ erweckt, wie *Folz* ins Treffen führt, zunächst „die Vorstellung einer Gefahrenlage für den Staat“.[187] Eine echte Begriffsbestimmung ist damit allerdings noch nicht gegeben und wird in der Literatur auch selten vorgenommen.[188] So moniert *Koja*, dass sich nicht allzu viele Autoren mit der Frage aufgehalten haben, was mit dem Begriff des Staatsnotstands eigentlich „gemeint“ sei. Von jenen, die sich einer inhaltlichen Bestimmung des Begriffs zuwandten, wird der Notstand nach *Koja* allerdings übereinstimmend als eine „in hohem Maße gefährliche Situation angesehen, deren Überwindung die alsbaldige Anordnung und Durchführung bestimmter Maßnahmen dringend erforderlich macht, ohne dass dies mit den im Verfassungs- (und Gesetzes-)recht ‚normalerweise‘ vorgesehenen Organkompetenzen, Verfahrensweisen und inhaltlichen Determinanten der Rechtserzeugung, d.h. im Wege des ‚ordentlichen‘ Rechtserzeugungsverfahrens, in der gebotenen Eile bewerkstelligt werden könnte“.[189]

Tatsächlich kann die Definition *Kojas* als gemeinsamer Nenner diverser Definitionen des Staatsnotstands in der Staatsrechtslehre des 20. Jahrhunderts betrachtet werden und stellt den geeignetsten Ausgangspunkt einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Begriff „Staatsnotstand“ dar.[190] Größte parktische Bedeutung kommt dem vom EGMR entwickelten Notstandsbegriff zu, auf welchem ausführlich eingegangen wird.

4. Gian Robert Töndury

Einen äußerst engen,[191] iW auf das Merkmal der zeitlichen Dringlichkeit[192] abstellenden Staatsnotstandsbegriff vertritt *Gian Robert Töndury*.[193] Dem Schweizer Juristen zufolge ist der Staatsnotstand zunächst allgemein durch das Vorliegen einer unmittelbaren Gefahr für den Staat gekennzeichnet.[194] Eine Gefahrenlage liegt nach *Töndury* dann vor, wenn die vorhande-

---

[186] *Folz*, Staatsnotstand 23.
[187] *Folz*, Staatsnotstand 23.
[188] *Folz*, Staatsnotstand 23.
[189] *Koja*, Staatsnotstand 18.
[190] So rekurriert in der neueren Literatur etwa *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 2 auf die Definition *Kojas*.
[191] *Folz*, Staatsnotstand 24.
[192] *Töndury*, Begriff 154.
[193] *Scheiber*, Staatsnotstand und Notstandsrecht (1989) 44 f.
[194] *Töndury*, Begriff 134 ff. Vgl *Folz*, Staatsnotstand 23.

nen positiv-rechtlichen Mittel nicht mehr ausreichen, eine Notlage erfolgreich und zeitgerecht zu bewältigen, es also aufgrund der zeitlichen Dringlichkeit nicht mehr möglich ist, durch Verfassungsänderung der Krisensituation mit entsprechenden Maßnahmen entgegenzusteuern.[195] Aus diesem Grund hält *Töndury* das Vorliegen zeitlicher Dringlichkeit für das juristisch wesentliche und grundlegende Kriterium für das Vorhandensein eines Staatsnotstands. Dabei stellt er darauf ab, ob der Rechtsetzungsprozess noch Rechtsnormen zu erlassen im Stande ist, die verwirklicht werden können.[196]

Beim Notrecht handelt es sich sA nach um die Möglichkeit, vermassungsmäßig garantierte Freiheitsrechte einzuschränken.[197] Nur in einem liberalen Staat könne es einen Staatsnotstand als tatbestandsmäßige Voraussetzung eines Notrechtes geben, da in einem „gewaltmonistischen Staat [...] die Gewaltentrennung [...] jede Art der Rechtssetzung per definitionem von einem und demselben Rechtsträger ausgeht",[198] und dieser alles „legiferieren könne, was die tatsächlichen Verhältnisse erforderten".[199] Eine unmittelbare Gefahr für den liberalen Staat bestünde deshalb dann, wenn die Vorschriften über die Änderung der „starren Verfassung" - als oberste Kompetenz der Rechtssetzung - nicht mehr vollzogen werden können.[200]

Art 48 der Weimarer Reichsverfassung, wonach der Reichspräsident zum Zwecke der Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlichenfalls mit Hilfe bewaffneter Macht einschreiten und die festgesetzten Grundrechte ganz oder zum Teil außer Kraft setzen durfte, stellt nach *Töndury* aufgrund der weiten Fassung der Voraussetzungen sowie der gesetzlichen Unbestimmtheit des Notstandsbegriffs deshalb ein Erbe des konstitutionell-monarchischen und Fremdprodukt des liberal-demokratischen Staates dar.[201]

5. Zaccaria Giacometti

Wie *Töndury* so steht auch ein weiterer Schweizer Staatsrechtler, *Zaccaria Giacometti*, der Theorie eines übergesetzlichen Notstandsrechts für den Notstandsfall ablehnend gegenüber. Dieses sei Ausfluss des monarchischen Prinzips und aus diesem Grund abzulehnen.[202] Da sich

---

[195] *Töndury*, Begriff 143 ff.
[196] *Töndury*, Begriff 145 f.
[197] Vgl dazu *Küffer*, Eine liberale Kritik am Notrecht - Zaccaria Giacometti als Protagonist der Schweizer Notrechtdebatte (2014) 179.
[198] *Töndury*, Begriff 57.
[199] *Folz*, Staatsnotstand 24.
[200] Vgl *Folz*, Staatsnotstand 24.
[201] *Töndury*, Begriff 91. Vgl *Küffer*, Kritik 179.
[202] *Giacometti*, Rechtsstaat und Notrecht, in Giacometti, Ausgewählte Schriften (1994) 233. Vgl dazu *Küffer*, Kritik 180 f.

die Schweiz, einzigartiger und lebendiger „Beweis der Existenzmöglichkeit eines echten, eines freiheitlichen demokratischen Staates“,[203] jedoch fundamental vom Deutschland zur Zeit der Weimarer Republik unterscheide, würde die Existenz eines Notstandsartikels in der BV nach *Giacometti* gerade ein geeignetes Mittel zur Abwehr von Ausnahmesituationen darstellen. Allerdings wurde die Position *Giacomettis*, Art 89bis BV als Notstandsartikel zu betrachten sowie seine Forderung, ein Notrecht zu normieren,[204] einerseits mit Fingerzeig auf die Geschehnisse in Deutschland und andererseits mit dem Argument abgelehnt, dass ein Notrecht nicht reglementierbar sei.[205]

Wie *Scheiber* darlegt,[206] nimmt *Giacometti* eine Dreiteilung des Notstandbegriffs vor: Notstand könne „ein militärischer im Sinne der Bedrohung der Unabhängigkeit des Landes oder ein polizeilicher sein, indem die öffentliche Ordnung und Sicherheit gestört ist; weiter besteht die Möglichkeit eines wirtschaftlichen Notstandes in der Weise, dass die ökonomische Lage des Landes bedroht erscheint. Möglich ist aber auch eine gleichzeitige staatliche Notlage nach all diesen Seiten hin“.[207] Auch für *Giacometti* ist der Faktor Zeit ausschlaggebend für das Vorliegen einen „echten staatlichen Notstands“: Dieser liege nämlich dann vor, wenn die Rechtssetzung so dringlich ist, dass das Verfahren der ordentlichen Rechtssetzung nicht mehr eingehalten werden kann, ohne dass dem Staat ein vitaler Schaden erwächst.[208] Ein Staatsnotrechtrecht habe sich *Giacometti* zufolge jedoch nicht bloß auf die Staatsfunktion Gesetzgebung zu beschränken,[209] sondern bestehe insgesamt „in der Kompetenz bestimmter Staatsorgane, so des Staatsoberhauptes oder der Exekutive bzw. des Parlaments, die Verfassung zum Zwecke der Abwehr von Gefahren für den Staat zu durchbrechen oder zu suspendieren“.[210]

6. Felix Ermacora

Felix Ermacora zufolge liegt das entscheidende Kriterium für das Vorliegen eines Notstands im (nicht mehr) ordnungsgemäßen Funktionieren der demokratischen Gesetzgebung. Er knüpft beim Begriff der Ausnahme an und leitet davon ab, dass der Notstand eine Veränderung des normal Geordneten kennzeichnet. Deshalb nehme der Ausnahmefall auch in jedem

---

[203] *Giacometti*, Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte (1954) 23.
[204] Vgl *Giacometti*, Bedeutung des neuen Art 89bis der Bundesverfassung, SJZ 46/1950, 84.
[205] Vgl *Küffer*, Kritik 183 f.
[206] *Scheiber*, Staatsnotstand 51.
[207] *Giacometti*, Staatsrecht 511.
[208] *Giacometti*, Staatsrecht 510.
[209] *Scheiber*, Staatsnotstand 51.
[210] *Giacometti*, Staatsrecht 505. S

Gemeinwesen eine andere Gestalt an. In der liberalen Demokratie könne man von einem solchen sprechen, wenn die staatlichen Willensbildungsprozesse nicht (mehr) nach demokratischen Grundsätzen ablaufen.[211]

Noch stärker als *Giacometti* definiert *Ermacora* den Staatsnotstand also über die Staatsfunktion Gesetzgebung: Die Funktionsunfähigkeit des Parlaments stellt nicht nur einen Gesetzgebungsnotstand dar, sondern den Notstand schlechthin. Ein weiteres Merkmal des Notstands ist nach *Ermacora* eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für die Verfassung. Diese müsse „emergent" sein, also entweder „unmittelbar bevorstehen oder bereits eingetreten sein".[212] Jedenfalls hänge der Eintritt des Staatsnotstands *Ermacora* zufolge von Faktoren ab, welche einer normativen Beurteilung nicht zugänglich seien. Insgesamt steht der Begriff des Staatsnotstands „für einen sich aus verschiedenen Elementen zusammensetzenden Zustand (gemeinsam ist den Elementen, dass sie summiert zur Negation der herrschenden Staatsform führen können), er ist in der liberalen Demokratie aber die juristische Bedingung für den Eintritt einer Reihe von juristischen Folgen".[213]

7. Konrad Hesse

Nach *Konrad Hesse* liegt ein Notstand „bei allen ernsthaften Gefahren für den Bestand eines Staates oder die öffentliche Ordnung und Sicherheit [vor], welche nicht auf den normalen von der Verfassung vorgesehenen Wegen beseitigt werden können, sondern deren Abwehr oder Beseitigung nur mit exzeptionellen Mitteln möglich ist".[214] Von *Hesses* Notstandsbegriff umfasst sind daher insb die „traditionellen Fälle"[215] des Krieges und des Aufruhrs sowie schwere Versorgungskrisen.[216]

8. Theodor Maunz

Der deutsche Staatsrechtslehrer und Politiker *Theodor Maunz* beschreibt den Ausnahmezustand als eine gravierende Störung des staatlichen Lebens, die mit den in der Verfassung vorgesehenen Regulativen nicht behoben werden kann und durch Krieg, Aufruhr, Hungersnöte und andere äußere Krisen hervorgerufen wird. *Maunz* unterscheidet zwischen zwei Kategorien, welche einen staatlichen Notstand hervorrufen: Einerseits (militärische) Bedrohungen

---

[211] *Ermacora*, Allgemeine Staatslehre (1970) 858 ff.
[212] *Ermacora*, Staatslehre 860.
[213] *Ermacora*, Staatslehre 860 f. Vgl auch *Scheiber*, Staatsnotstand 47 f.
[214] *Hesse*, Grundzüge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland[13] (1982) 269 f.
[215] *Scheiber*, Staatsnotstand 50.
[216] Vgl *Hesse*, Grundzüge 270.

von außen und andererseits Ausnahmesituationen im Inneren des Staates, etwa die gewaltsame Auflehnung gegen die bestehende Ordnung oder eine Funktionsstörung der verfassungsrechtlich vorgesehenen Organe.[217]

9. Friedrich Koja

Koja folgert aus den Ausführungen der genannten Autoren, dass das Hauptaugenmerk beim Bemühen um eine Bestimmung des kompositorischen Begriffs „Staatsnotstands" auf das Begriffselement des Staates gelegt werden müsse. Seiner Auffassung zufolge hängt die Bedeutung, die man dem Begriff „Notstand" beimesse, wesentlich davon ab, was man unter „Staat" versteht.[218] Dabei setzt *Koja* bei notstandsrechtlichen Tatbeständen an und hält fest, dass der Staat von diesen als Rechtsphänomen verstanden wird: Es sei „das Funktionieren der staatlichen Rechtserzeugung und -vollziehung, das behindert und bedroht ist, und das durch Notstandsmaßnahmen (wieder) ermöglicht werden soll".[219]

Mit dieser Feststellung grenzt er sich von Autoren ab, welche den Staat (auch) als Sozialgebilde verstehen und aus diesem Grund zu einem „erweiterten Begriff des Staatsnotstands"[220] gelangen. Dazu zählt *Koja* neben dem bereits erwähnten *Maunz* etwa *Folz*, der den Staatsnotstand als eine Situation definiert, „in der das Einheitsgefüge Staat entweder unmittelbar als Ganzes oder mittelbar durch Bedrohung eines seiner Elemente, des Volkes, des Gebietes oder der Zwangsgewalt, gefährdet ist".[221] Neben Krieg, Aufruhr und Verfassungsnotstand zählt *Folz* auch Wirtschafts- und Finanznotstände, nicht bloß geringfügige Arbeitskonflikte, Epidemien oder Naturkatastrophen zu den Ereignissen, welche eine derartige Gefahrenlage begründen können.[222]

Demgegenüber liegt dem Staats- und Notstandsbegriffs *Kojas* die Kelsensche Rechtslehre zugrunde, welche den Staat als „eine qualifiziertere, weil relativ zentralisierte Rechtsordnung [begreift], die für die Erzeugung und Vollziehung ihrer Normen arbeitsteilig funktionierende Organe einsetzt".[223] Auf der Grundlage dieses legalistischen Staatsbegriffes ergibt sich für *Koja*, dass unter Staatsnotstand eine Situation zu verstehen ist, „in der die Geltung der staatli-

---

[217] *Maunz*, Deutsches Staatsrecht[20] (1975) 203 f. Vgl dazu auch *Scheiber*, Staatsnotstand 49.
[218] *Koja*, Staatsnotstand 20.
[219] *Koja*, Staatsnotstand 20 f.
[220] *Koja*, Staatsnotstand 20.
[221] *Folz*, Staatsnotstand 28.
[222] *Koja*, Staatsnotstand 20.
[223] *Koja*, Staatsnotstand 21 unter Verweis auf *Kelsen*, Rechtslehre 267.

chen Rechtsordnung ganz oder teilweise […] bedroht ist".[224] Der Staat als Rechtsphänomen sei dann in Gefahr, wenn der Prozess der Erlassung und Vollziehung von Rechtsnormen, also die „Ausübung der Staatsgewalt", erheblich behindert oder ernstlich bedroht ist.[225] Deshalb würden die militärische Besetzung des Staatsgebietes, der Aufruhr im Inneren sowie der Ausfall des parlamentarischen Gesetzgebers allesamt Erscheinungsformen des Phänomens Staatsnotstand darstellen.[226]

Wenn *Ermacora* also das ordnungsgemäße Funktionieren der Staatsfunktion Gesetzgebung zum entscheidenden Kriterium für das Vorliegen eines Staatsnotstandes betrachtet,[227] so sei dies der Auffassung *Kojas* zufolge in einem unter dem Legalitätsprinzip stehenden Staat zweifelsohne richtig. Allerdings bildet der Ausfall des Gesetzgebers nach *Koja* kein notwendiges Kriterium für das Vorliegen eines Staatsnotstands, da ein Staatsnotstand auch dann gegeben sei, „wenn zwar der Gesetzgeber noch in Funktion ist, Gerichte und Verwaltungsbehörden – ganz oder zu einem erheblichen Teil – aber bereits außerstand gesetzt sind, die Gesetze zu vollziehen".[228]

10. Völkerrechtliche Notstandsbegriffe

a) Entwurf der ILC

Während es sich beim Staatsnotstand um ein allgemein anerkanntes Prinzip des Völkerrechts handelt,[229] existiert keine völkerrechtlich verbindliche Rechtsquelle, welche das Prinzip des Staatsnotstands näher konkretisiert. Der ILC-Entwurf zur Staatenverantwortlichkeit, der von der UN-Generalversammlung am 12. Dezember 2001 ohne Gegenstimme zur Kenntnis genommen wurde,[230] stellt bisher lediglich ein Hilfsmittel zur Ermittlung von Völkervertragsrecht iSd Art 38 Abs 1 lit d IGH-Statuts dar.[231] Gemäß Art 25 Abs 1 ILC-Entwurf zur Staatenverantwortlichkeit wird ein staatlicher Notstand dann als rechtfertigender Grund für den Ausschluss von einer völkerrechtlichen Verpflichtung erachtet, wenn das Handeln die „einzige Möglichkeit für den Staat [ist,] ein wesentliches Interesse vor einer schweren und gegenwärtigen Gefahr zu schützen; und [...] nicht ernsthaft ein wesentliches Interesse des Staates

[224] *Koja*, Staatsnotstand 20.
[225] *Koja*, Staatsnotstand 20.
[226] *Koja*, Staatsnotstand 21.
[227] *Ermacora*, Staatslehre 860.
[228] *Koja*, Staatsnotstand 21.
[229] *Lewinski*, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott (2011) 488 f.
[230] UN-Resolution A/RES/56/83 vom 12.12.2001.
[231] S dazu *Hafner/Wittich*, Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit, in Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts[5] (2013) Rz 2420 f.

oder der Staaten, dem oder denen gegenüber die Verpflichtung besteht, oder der internationalen Gemeinschaft als Ganzes [beeinträchtigt]". Ein Staat kann sich gemäß Art 25 Abs 2 leg cit jedoch dann nicht auf einen Notstand berufen, wenn „der Staat zu der Notstandssituation beigetragen hat".[232]

b) Der Notstandsbegriff der EMRK

Art 15 Abs 1 EMRK, auf den noch ausführlich einzugehen sein wird,[233] erlaubt den Konventionsstaaten die Garantien der EMRK - mit Ausnahme der in Art 15 Abs 2 leg cit angeführten - „im Falle eines Krieges oder eines anderen öffentlichen Notstandes" zu suspendieren.[234] Anders als Art 4 IPbpR, der Art 15 EMRK als Vorlage diente, enthält Art 15 EMRK eine explizite Erwähnung des Kriegsfalles.[235] Wie der Formulierung des Art 15 EMRK zu entnehmen ist, dient die ausdrückliche Erwähnung des Kriegsfalles bloß der Veranschaulichung und stellt einen Sonderfall des öffentlichen Notstands dar.[236]

Während sich bislang noch kein Konventionsstaat auf den Tatbestand des Krieges zur Suspension von Grundrechten gestützt hat,[237] hatten sich die Konventionsorgane bereits mehrfach mit dem „öffentlichen Notstand" zu befassen. Im Fall *Lawless* definierte der EGMR den Notstand iSd Art 15 EMRK, der ein von den Rechtsordnungen der Konventionsstaaten autonomer Begriff ist,[238] als „*exceptional situation of crisis of emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the States is composed*".[239] Diese Formel präzisierte die EKMR im *Griechenland*-Fall:[240] Für das Vorliegen eines öffentlichen Notstandes ist es notwendig, dass dieser (1) gegenwärtig ist oder unmittelbar bevorsteht, (2) Auswirkungen auf die gesamte Nation bzw Bevölkerung zeitigt, (3) den Fortbestand des organisierten Lebens der Gemeinschaft gefährdet und muss (4) die Krise oder Gefahr so außergewöhnlich sein, „dass die innerhalb der ordentlichen Grenzen der Konvention erlaubten Maßnahmen und Beschränkungen zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit,

---

[232] Vgl dazu *Augustin*, Insolvenzfähigkeit von Bundesländern, in Eberhard/Holoubek/Lienbacher/Potacs/Storr/Kahl/Kneihs (Hrsg), Schriften zum österreichischen und europäischen öffentlichen Recht 11 (2016) 17 ff.
[233] S dazu Kapitel 5, V. 1.
[234] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 1.
[235] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 7.
[236] *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention[6] (2016) § 2 Rz 9; *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 7.
[237] Wie *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 7 erwähnt, hat Russland zwar im Rahmen der Intervention in Tschetschenien in einigen Fällen versucht, Grundrechtsbeschränkungen unter Verweis auf das Vorliegen eines Krieges zu rechtfertigen, es kam jedoch nie zu einer Suspension von Grundrechten gemäß Art 15 EMRK.
[238] Vgl dazu etwa *Kitz*, Die Notstandsklausel des Art 15 EMRK (1982) 11.
[239] EGMR 01.07.1961, 332/57 (Lawless/Irland) § 28.
[240] EKMR 05.11.1969, 3321/67 (Dänemark ua/Griechenland) § 113.

Gesundheit und Ordnung schlechthin unzureichend sind".[241]

Wie der EGMR im Fall *A.u.a*,[242] in dem er die Konventionskonformität der Suspension von Grundrechten im Gefolge der Anschläge vom 11. September 2001 und der Londoner Bombenanschläge vom Juli 2005 zu beurteilen hatte, klarstellte, kann sich ein Staat bereits vor Eintritt einer Krisensituation auf Art 15 EMRK stützen, um seine Bevölkerung vor zukünftigen Gefahren zu schützen. Allerdings müssen für die Annahme einer Gefahr konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass es mit „hinreichender Wahrscheinlichkeit" zu einer Krisensituation kommt.[243] Dass eine Krise Auswirkungen auf die gesamte Nation zeitigen muss, bedeutet nicht, dass diese sich diese auf das gesamte Staatsgebiet beziehen muss: Auch eine regional begrenzte Krise kann einen Notstand darstellen, sofern diese Auswirkungen auf den Gesamtstaat haben. So hat der EGMR etwa in den *Nordirland*-Fällen wiederholt ausgesprochen, dass die Krisensituation in Nordirland auch für das restliche Königreich ein Bedrohungsszenario darstellt.[244] Isolierte terroristische Einzelakte, die in keinem organisatorischem Zusammenhang stehen, reichen demgegenüber nicht für eine Suspension von Grundrechten aus.[245]

Nach der Rechtssprechung des EGMR ist der „Fortbestand des organisierten Lebens der Gemeinschaft" nicht nur dann gefährdet, wenn die Funktionsfähigkeit der Staatsorgane, die Unabhängigkeit des Staates bzw dessen territoriale Integrität bedroht ist, sondern ist das Vorliegen eines öffentlichen Notstandes auch dann anzunehmen, wenn die Existenz des Staatsvolkes durch Naturkatastrophen, mangelnde Lebensmittelversorgung sowie Wasser- oder Brennstoffknappheit auf dem Spiel steht.[246] Jedenfalls muss es sich um ein Bedrohungsszenario handeln, welches so außergewöhnlich ist, dass die öffentliche Sicherung, Gesundheit und Ordnung nicht auch durch von den Legalvorbehalten der EMKR gedeckte ordentliche Maßnahmen abgewandt werden kann. Darin zeigt sich der *ultima ratio*-Charakter von Art 15 EMRK. *Lukan* legt überzeugend dar, dass nicht erst gesetzte „ordentliche Maßnahmen" fehlschlagen müssen, damit sich ein Staat zur Krisenbewältigung auf Art 15 EMRK stützen kann. Zwar bestünde ausreichend Interpretationsspielraum, die Judikatur des EGMR in den Fällen

---

[241] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 9.
[242] EGMR 19.02.2009, 3455/05 (A.u.a/Großbritannien) § 177.
[243] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 10.
[244] Vgl etwa EGMR 18.01.1978, 5310/71 (Irland/Großritannien) § 212.
[245] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 11.
[246] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 12. Vgl dazu auch *Kitz*, Notstandsklausel 38.

Brogan sowie *Brannigan & McBride* dahingehend auszulegen,[247] da im Notstandfall jedoch auch Dringlichkeitserwägungen zu treffen sind, wäre ein Vorgehen nach der „*trial and error* Methode"[248] regelmäßig nicht zielführend. Wie das Kommissionsmitglied *Delahaye* in seinem Sondervotum im Griechenland ausgeführt hat, ist ein Zuwarten mit der Erklärung des öffentlichen Notstands bis ordentliche Mittel sich als „schlechthin unzureichend" erweisen, alles andere als zielführend, „*because by then it would be too late and the danger would have led to a catastrophe*".[249]

Wie aus der Judikatur des EGMR hervorgeht, gesteht dieser den Konventionsstaaten einen weiten „*margin of appreciation*"[250] hinsichtlich des Vorliegens der Suspensionsvoraussetzungen zu. Lediglich im *Griechenland*-Fall wurde das Vorliegen eines Notstandes iSd Art 15 EMRK, allerdings von der EKMR, verneint. Zahlreiche Fälle, in denen sich ein Staat auf Art 15 EMRK berief, betrafen terroristische Aktivitäten: Sowohl in den Fällen *Brannigan & McBride* und *Marshall* als auch in den die Türkei mit der PKK betreffenden Konflikten erachtete der EGMR eine Notstandssituationen stets als gegeben an.[251]

11. Staatsnotstand im engeren Sinn

Strebt man eine - so weit als möglich - exakte Definition des Kompositums „Staatsnotstand" an, so hat diese bei der Ermittlung des Sinngehalts der beiden Bestandteile „Staat" und „Notstand" anzusetzen.[252] Das Wort „Not" kann dabei nach dem allgemeinen Sprachgebrauch als Situation verstanden werden, in der eine „irgendwie geartete Gefährdung bestimmter Werte oder Güter",[253] bzw „wesentlicher Interessen des Staates" (Art 25 Abs 1 ILC-Entwurf zur Staatenverantwortlichkeit) besteht. In die juristische Begriffssphäre übertragen, ist unter Notstand im Anschluss an *Folz* folgerichtig eine „Gefährdung des Bestandes bestimmter Rechtswerte oder Rechtsgüter zu verstehen".[254]

Allerdings darf der gewichtige Einwand *Kojas* nicht außer Acht gelassen werden, dass die Begriffsbestimmung des „Staats-Notstands" wesentlich davon abhängt, was man unter „Staat"

---

[247] EGMR 29.11.1988, 11209/84 (Brogan ua/Großbritannien); EGMR 26.05.1993, 14553/89 (Brannigan & McBride/Großbritannien).
[248] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 13.
[249] EKMR 05.11.1969, 3321/67 (Dänemark ua/Griechenland).
[250] EGMR 26.05.1993, 14553/89 (Brannigan & McBride/Großbritannien) § 43.
[251] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 14.
[252] *Folz*, Staatsnotstand 27.
[253] *Folz*, Staatsnotstand 27.
[254] *Folz*, Staatsnotstand 27.

versteht.[255] Die beiden Begriffselemente dürfen also nicht isoliert betrachtet werden, sondern stehen im Verhältnis der Interdependenz zueinander. Dabei macht es mA zufolge aus einem rein juristischen Standpunkt Sinn, den Staat mit *Koja* nach *Kelsen* als „eine qualifizierte, weil relativ zentralisierte Rechtsordnung, die für die Erzeugung und Vollziehung ihrer Normen arbeitsteilig funktionierende Organe einsetzt",[256] zu begreifen. Eine derartige Definition lässt jedoch im Dunkeln, woher die Rechtsordnung ihre Legitimation bezieht, was im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung mit dem Thema des Ausnahmezustands nicht unbedeutend ist. Akzeptiert man die Kelsensche Definition des Staates und begreift folglich den Staatsnotstand im engeren Sinn als eine Situation, in „der die Geltung der staatlichen Rechtsordnung ganz oder teilweise […] bedroht ist",[257] dann stellt sich die Frage, inwiefern die - vielerorts als überzeugendste betrachtete - Begründung für die Legitimation von Herrschaft durch demokratischen Willensbildungsprozess noch gegeben ist,[258] wenn die Staatsbürger der Staatsgewalt ihren Gehorsam verweigern, etwa in Fällen von Aufruhr oder inneren Unruhen.[259]

Jedenfalls kann man den Staatsnotstand im Anschluss an *Koja* als eine Bedrohung oder erhebliche Behinderung der Setzung und Verwirklichung von Rechtsnormen und die Ausübung von Herrschaftsgewalt betrachten.[260] Dieser Bedrohung wohnt, wie *Giacometti*, *Ermacora* und *Töndury* besonders stark betonen, ein Element der Dringlichkeit inne: Ein Notstand ist demnach nur dann gegeben, wenn das Verfahren der ordentlichen Rechtssetzung nicht mehr eingehalten werden kann, um einer Ausnahmesituation entgegenzusteuern.[261] Allerdings ist der Feststellung *Kojas* Rechnung zu zollen, dass eine Definition des Phänomen des Staatsnotstands nicht nur auf der Ebene der Gesetzgebung anzuknüpfen hat, sondern sich auch die Staatsfunktionen Exekutive und Judikative mit einzubeziehen hat. Er verweist dazu auf *Friedrich*, der die ordentliche Gerichtsbarkeit als den eigentlichen Pfeiler des gesamten Rechtssystems betrachtet und der den Notstand daher als eine Lage begreift, „in der die Aufrechterhaltung und Kontinuität der Rechtsprechung bedroht ist".[262] *Koja* ist darin zuzustimmen, dass ein Notstand auch dann vorliegt, „wenn zwar die Gesetzgebungsorgane noch intakt sind, die Gerichte und Verwaltungsbehörden jedoch in einem gravierenden Ausnahmen bereits außer

---

[255] *Koja*, Staatsnotstand 20.
[256] *Koja*, Staatsnotstand 21. Vgl *Kelsen*, Rechtslehre 267.
[257] *Koja*, Staatsnotstand 20.
[258] Vgl *Lehner*, Gedanken 27 f.
[259] Zum „generellen Ungehorsam" vgl *Folz*, Staatsnotstand 29.
[260] *Koja*, Staatsnotstand 20.
[261] *Giacometti*, Staatsrecht 510; *Töndury*, Begriff 154.
[262] *Friedrich*, Der Verfassungsstaat der Neuzeit (1953) 672 f.

Funktion gesetzt wären".[263]

12. Staatsnotstand im weiteren Sinn

Um „dem empirisch feststellbaren Material an Notstandregelungen"[264] sowie der Judikatur des EGMR zu Art 15 EMRK gerecht zu werden, ist es in einem zweiten Schritt notwendig, den Staatsnotstandsbegriff auszudehnen auf Situationen, in denen der Staat zwar nicht als Rechtsgebilde, sehr wohl jedoch als Sozialgebilde gefährdet ist.[265] Mit dem Begriff des „sozialen Notstands" trägt *Koja* der Tatsache Rechnung, dass verschiedene Rechtsordnungen den Staat „als Organisation der auf einem Territorium lebenden Personenmehrheit unter einer originären Zwangsgewalt"[266] begreifen und demgemäß auch an schwere Störungen des nationalen Lebens die „spezifischen notstandrechtliche Folgen der vereinfachten und ‚effektiveren' Rechtserzeugung und -vollziehung [knüpfen]".[267]

Während vom Begriff des Staatsnotstands im engeren Sinne also Situationen erfasst werden, in welchen der Prozess der Rechtserzeugung und Rechtsverwirklichung durch Staatsorgane bedroht oder behindert wird, kann von einem Staatsnotstand im weiteren Sinn dann gesprochen werden, wenn das Wirtschafts- und Sozialleben in einem Ausmaß gestört wird, dass dadurch eine massive Gefahr für die Bürger ausgeht.[268] Wie *Folz* betont, ist diesen Gefahren eigen, dass durch sie nicht nur eine Bedrohung für ein bestimmtes Element des Staates - Staatsvolk, Staatsgebiet, territoriale Herrschaftsgewalt - ausgeht, sondern das staatliche Einheitsgefüge als Ganzes gefährden.[269]

Das Vorliegen eines öffentlichen Notstandes ist also, wie sich auch aus der Judikatur des EGMR zu Art 15 EMRK ergibt, auch dann anzunehmen, wenn die Existenz des Staatsvolkes durch Naturkatastrophen, Epidemien, mangelnde Lebensmittelversorgung sowie Wasser- oder Brennstoffknappheit bedroht wird.[270] Auch terroristische Attentate, von welchen nach der gegenwärtigen weltpolitischen Lage in demokratischen Rechtsstaaten wohl eine stärkere Bedrohung als durch innere Revolutionen oder Bürgerkriege ausgeht,[271] können Auslöser eines Staatsnotstands sein, sofern diese nicht als räumlich isoliert und in keinem organisatorischen

---

[263] *Koja*, Staatsnotstand 23.
[264] *Koja*, Staatsnotstand 26.
[265] *Koja*, Staatsnotstand 26.
[266] *Folz*, Staatsnotstand 27.
[267] *Koja*, Staatsnotstand 26.
[268] *Koja*, Staatsnotstand 28.
[269] *Folz*, Staatsnotstand 27 f.
[270] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 12. Vgl dazu auch *Kitz*, Notstandsklausel 38.
[271] *Hidalgo*, Der *Leviathan* 79.

Zusammenhang zu betrachten sind.[272]

Die letzte Voraussetzung für das Vorliegen eines staatlichen Notstands besteht darin, dass eine Gefahr „nicht auf den normalen von der Verfassung vorgesehenen Wegen beseitigt werden“[273] kann, sondern exzeptionelle Mittel erfordert.[274] Die Gefahrenlage muss stets so geartet sein, „dass sie mit den normalen Instrumenten der Rechtsordnung nicht zeitgerecht und nicht ohne schwere Schaden für die Allgemeinheit abgewendet oder beseitigt werden kann“,[275] bzw nach der Judikatur des EGMR so außergewöhnlich sein, „dass die innerhalb der ordentlichen Grenzen der Konvention erlaubten Maßnahmen und Beschränkungen zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit, Gesundheit und Ordnung schlechthin unzureichend sind“.[276]

Insgesamt kann *Ermacora* zwar darin zugestimmt werden, dass der Eintritt des Staatsnotstands auch von Faktoren abhängt, welche einer normativen Beurteilung nicht zugänglich sind und die in ihrem Zusammentreffen zur Negation der herrschenden Staatsform führen können. Aus diesem Grund allein kann eine Rechtsordnung jedoch nicht auf eine Integration notstandrechtlicher Tatbestände verzichten. Die Normierung des „Notstands“ stellt „in der liberalen Demokratie [...] [vielmehr] die juristische Bedingung für den Eintritt einer Reihe von juristischen Folgen [dar]“.[277]

II. Zum Begriff des Notstandsrechts

Da es sich bei einem Staatsnotstand *per definitionem* um eine Situation handelt, welche mit den „normalen Instrumenten der Rechtsordnung nicht zeitgerecht [...] beseitigt werden kann“,[278] muss sich ein als Rechtsstaat verstehender Staat neben der „normalen“ Verfassung eine weitere, Sonder- bzw Notstandsverfassung geben.[279]

Nach der vorangegangenen Klärung des Begriffes „Staatsnotstand“ bedarf es nun also noch der Klärung, was unter „Notstandsrecht“ zu verstehen ist. *Hans-Peter Folz* macht darauf aufmerksam, dass das Problem des Staatsnotstands nicht nur im Verfassungs-, sondern auch im Völker- und Strafrecht von großer Relevanz ist. *Folz* zufolge kann „Notstandsrecht“ unter

---

[272] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 11.
[273] *Hesse*, Grundzüge 269 f.
[274] *Hesse*, Grundzüge 269 f.
[275] *Koja*, Staatsnotstand 28. Vgl auch *Klein*, Der innere Notstand, in Isensee/Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts - Band VII (1993) § 169 Rz 1.
[276] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 9.
[277] *Ermacora*, Staatslehre 860 f. Vgl auch *Scheiber*, Staatsnotstand 47 f.
[278] *Koja*, Staatsnotstand 28.
[279] *Koja*, Staatsnotstand 15.

einer spezifisch staatsrechtlichen Rücksicht als „Inbegriff aller Einrichtungen, Rechtssätze und Prinzipien verstanden werden, die den Organen der Staatsgewalt an die Hand gegeben sind, um innerhalb des eigenen Staatsgefüges den Gefahren des Staatsnotstandes zu begegnen“.[280]

Notstandsrechtliche Bestimmungen sind allgemein dadurch gekennzeichnet, dass an einen „als Notstand qualifizierten Tatbestand außerordentliche Rechtserzeugungs- und -vollziehungsbefugnisse als Rechtsfolge geknüpft werden“.[281] Sie etablieren innerhalb der Rechtsordnung in gewisser Hinsicht eine Sonderrechtsordnung („außerordentliche Verfassung“[282]), welche mit einem unerlässlichen Minimum an Organisation eine Maximierung der Effektivität der Beschlussfassung und der Durchsetzung des Staatswillens anstrebt.[283] Die notstandsrechtlichen Bestimmungen können nach *Koja* hinsichtlich ihrer Rechtsfolge in drei Typen unterteilt werden: Unter den ersten Typus fallen notstandsrechtliche Regelungen, welche einen Übergang der Kompetenz der Rechtserzeugung- und -vollziehung von einem Staatsorgan auf ein anderes normieren sowie anderweitige organisatorische Ausnahmebestimmungen vorsehen. Der zweite beinhaltet Normen, welche eine Erleichterung des Verfahrens der Rechtserzeugung und -vollziehung vorsehen. Der dritte Typus schließlich umfasst Regelungen, welche die Befugnis zur Setzung von Rechtsakten mit einem im Normalzustand nicht vorgesehenen oder zugelassenen Inhalt zum Gegenstand haben.[284]

Gemeinsam ist den genannten Typen von Rechtsfolgen, dass sie auf eine sofortige Setzung von Maßnahmen, also die „Erzeugung von Vollziehung von Rechtsnormen mit bestimmten, auf die Abwehr einer Notsituation gerichteten Inhalten“,[285] abzielen. Diesen Maßnahmen ist eigen, dass sie einer Lage Herr zu werden versuchen, welche auf „normalem“ Verfahrenswege und mit den regulären rechtlichen Ermächtigungen bzw Beschränkungen nicht in der gebotenen Eile bewältigt werden kann. Das Notstandsrecht besteht also „in der Einräumung außerordentlicher Kompetenzen, in außerordentlichen Verfahrenserleichterungen oder in außerordentlichen inhaltlichen Ermächtigungen zur Rechtserzeugung und -vollziehung [...] [sowie

---

[280] *Folz*, Staatsnotstand 31.
[281] *Koja*, Staatsnotstand 32.
[282] *Giacometti*, Staatrecht 508. *Ermacora*, Staatslehre 863 bezeichnet das Notstandsrecht als „Miniaturverfassung“, welche im Laufe der Staatengeschichte ihre besonderen Techniken entwickelt habe.
[283] *Ermacora*, Staatslehre 863. Vgl auch *Scheiber*, Staatsnotstand 64.
[284] *Koja*, Staatsnotstand 32; *Koja*, Staatslehre 404.
[285] *Koja*, Staatsnotstand 32

den] speziellen Organisationsregeln".[286]

Koja macht weiters darauf aufmerksam, dass notstandsrechtliche Bestimmungen nicht nur im Verfassungsrecht gefunden werden können.[287] In Verfassungsrang stehendes Notstandsrecht ist jedoch dort erforderlich, wo das „‚normalerweise' Gesollte dem Verfassungsrecht angehört".[288] Da *Koja* darin beizupflichten ist, „dass sich die Notwendigkeit, eine außerordentliche Art der Rechtserzeugung und -vollziehung vorzusehen, hinsichtlich aller Phasen der Rechtskonkretisierung ergeben kann",[289] lassen sich folglich auch auf allen Ebenen der Rechtsordnung notstandsrechtliche Regelungen ausmachen, wie in der Folge auch anhand der österreichischen Rechtsordnung sichtbar werden wird.[290]

Um einen Vergleichsmaßstab für das österreichische Regelungsmodells des Notstands zu erlangen, wird zuvor allerdings anhand der Rechtsordnungen Deutschlands und Frankreichs exemplarisch aufzeigt, wie unterschiedlich das „notstandsrechtliche Instrumentarium" eines Staates ausgestaltet sein kann.

---

[286] *Koja*, Staatsnotstand 33.
[287] *Koja*, Staatslehre 404; *Koja*, Staatsnotstand 33.
[288] *Koja*, Staatsnotstand 34.
[289] *Koja*, Staatslehre 404.
[290] *Koja*, Staatslehre 404; *Koja*, Staatsnotstand 34.

Kapitel 4 - Das Notstandsrecht in internationalem Vergleich

I. Hinführung

Vergleicht man das Notstandsrecht im transatlantischen Verfassungsraum, so lassen sich unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung „graduell unterschiedliche Muster der Bewältigung von Notstandssituationen“[291] ausmachen, welche von einer Durchbrechung der Gewaltenteilung in Frankreich bis zu einer ausgeprägt gewaltenteilenden Notstandsverfassung in Deutschland reichen.[292] Allen Verfassungen gemeinsam ist dabei die Modifikation des ordentlichen gewaltenteilenden Systems für den Notstandsfall, wofür es jedoch stets einer „ausdrücklichen oder immanenten Verfassungsgrundlage“[293] bedarf.

II. Das gewaltendurchbrechende Notstandsystem Frankreichs

Paradigmatisch für eine ausdrückliche, das Prinzip der Gewaltenteilung durchbrechende verfassungsrechtliche Notstandsregelung steht Art 16 Abs 1 der Französischen Verfassung.[294] Diese Bestimmung ermächtigt den Präsidenten, im Notstandsfall - nach Konsultation bestimmter oberster Organe - „die unter diesen Umständen erforderlichen Maßnahmen“ zu setzen. Als Voraussetzung normiert Art 16 Abs 1 leg cit, dass „die Einrichtungen der Republik, die Unabhängigkeit der Nation, die Integrität ihres Gebietes oder die Erfüllung ihrer internationalen Verpflichtungen schwer und unmittelbar bedroht sind und die regelmäßige Ausübung der verfassungsmäßigen öffentlichen Gewalt unterbrochen ist“.[295] Der Präsident kann also, ohne dass dazu die Zustimmung anderer Verfassungsorgane erforderlich sind - der Premierminister, die Präsidenten der parlamentarischen Versammlung und des Conseil Constitutionnel besitzen lediglich ein Anhörungsrecht -, sowohl Grundrechte vorübergehend suspendieren als auch gesetzgebende und rechtssprechende Gewalten auf sich oder andere Organe übertragen. Im Notstandsfall ist der Präsident nicht an die Kompetenzverteilung gebunden.[296]

Dass die in der französischen Staatsrechtslehre geläufige Bezeichnung „*Dictature présidenti-*

---

[291] *Krieger*, Notstand und gewaltenteilende Staatsstrukturen: eine rechtsvergleichende Perspektive, in Krieger (Hrsg), Berliner Online-Beiträge zum Völker- und Verfassungsrecht 1/2010, 1 (2).
[292] *Krieger*, Notstand 2.
[293] *Krieger*, Notstand 2.
[294] *Krieger*, Notstand 2.
[295] *Koja*, Staatsnotstand 36.
[296] *Krieger*, Notstand 3.

elle“ durchaus zutreffend ist,[297] ergibt sich daraus, dass das Parlament im Ausnahmezustand weder Kontrollfunktionen ausüben kann, noch Maßnahmen der Exekutive im Bereich der nationalen Sicherheit einer gerichtlichen Kontrolle unterliegen („*acte de government*“). Wenngleich mittlerweile von den Gerichten versucht wird, unter Berufung auf die EMRK den Anwendungsbereich justizfreier Hoheitsakte zurückzudrängen, ist nach *Krieger* auch weiterhin davon auszugehen, dass „die Entscheidung des Präsidenten der Republik über das Vorliegen der Voraussetzungen des Art 16 der Verfassung ebenso wenig überprüfbar ist wie die angeordneten Maßnahmen selbst“.[298]

Eingeschränkt wird die Ausnahmebefugnis des Bundespräsidenten jedoch von Art 16 Abs 3 Französische Verfassung, wonach die vom Präsident gesetzten Maßnahmen vom Willen durchdrungen sein müssen, den Normalzustand wiederherzustellen.[299] Gebraucht der Präsident seine Befugnisse missbräuchlich, so kann er mittels Hochverratsverfahren seines Amts enthoben werden.[300] Art 16 Abs 3 leg cit verhindert also, dass der Präsident die Ermächtigung dazu benützt, um - in der Terminologie *Schmitts*[301] - die „kommissarische in eine souveräne Diktatur“[302] zu verwandeln.[303]

Angewendet wurde der von der Staatsauffassung *de Gaulles* geprägte[304] Notstandsartikel bislang erst einmal, und zwar im Zuge des Algerienkriegs (1954-1962).[305] Neben Art 16 Französischer Verfassung besteht mit dem Rechtsinstitut des *État d'urgence* ein weiteres Notstandsinstrument, zu welchem etwa bei den schweren Unruhen in den französischen Vorstädten im Jahr 2005,[306] oder nach den Pariser Terrorakten des 13. November 2015 gegriffen wurde.[307] Beim *État d'urgence* handelt es sich um ein die staatliche Gewaltenteilung nicht beeinträchtigendes Instrument des polizeilichen Ausnahmezustands, das zur besonderen Einschränkung bestimmter Freiheitsrechte, wie etwa dem Versammlungs- oder Aufenthaltsverbot, ermächtigt

---

[297] Vgl dazu *Trotter*, Ausnahmezustand im historischen und europäischen Rechtsvergleich (1997) 153.
[298] *Krieger*, Notstand 3.
[299] *Koja*, Staatsnotstand 36.
[300] *Krieger*, Notstand 3.
[301] Vgl dazu Kapitel 2, II.
[302] *Ziebura*, Der Staatsnotstand in Frankreich, in Fraenkel (Hrsg), Der Staatsnotstand (1965) 165 (182).
[303] *Koja*, Staatsnotstand 36.
[304] *Koja*, Staatsnotstand 37.
[305] *Krieger*, Notstand 3; *Trotter*, Ausnahmezustand 154 ff.
[306] *Krieger*, Notstand 3.
[307] Zur Kritik am mehrfach verlängerten Notstand vgl *Zeit Online*, Parlament stimmt für Notstandsregeln in der Verfassung,<zeit.de/politik/ausland/2016-02/frankreich-ausnahmezustand-verfassung-parlament> (12.07.2016); *Finke*, Notstand als Dauerlösung ist gefährlich, <manager-magazin.de/politik/meinungen/ voelkerrechtler-finke-notstand-langfristig-eine-gefaehrdung-fuer-demokratie-a-1093294-2.html> (12.07.2016).

sowie exekutive Sonderrechte - wie etwa Hausdurchsuchungen ohne richterlichen Beschluss - vorsieht.[308] Verhängt wird der *Etat d'urgence* durch den Ministerrat; er muss jedoch vom Parlament spätestens binnen 12 Tagen bestätigt werden.[309]

III. Das gewaltenteilende Notstandsmodell Deutschlands

Im Gegensatz zur französischen Verfassung, welche für den Fall des Ausnahmezustands einen Übergang der Kompetenz zur Setzung von normativen Akten auf Verfassungsebene sowie rechtssprechender Befugnisse auf ein Verwaltungsorgan - den Präsidenten - vorsieht,[310] hält die deutsche Rechtsordnung ein Modell bereit, welches den Notstand „auf Verfassungsebene unter Aufrechterhaltung modifizierter gewaltenteilender Strukturen"[311] regelt. In Abwendung des bereits erwähnten Art 48 Abs 2 Weimarer Reichsverfassung hält das GG an der Rolle von Legislative und Judikative auch für den Fall des Staatsnotstands fest und trifft besondere Vorkehrungen, um deren Handlungsfähigkeit auch für den Fall des Ausnahmezustands zu sichern.[312]

Geregelt sind die für den äußeren Notstand notwendigen Änderungen des Organisationsverfahrensrechts in den Art 115a ff GG. Diese sehen eine grundsätzliche Konzentration exekutiver Kompetenzen bei der Bundesregierung, in besonderer Weise jedoch bei der Person des Bundeskanzlers vor.[313] Gemäß Art 115b GG gehen mit der Verkündigung des Verteidigungsfalls „die Befehls- und Kommandogewalt über die Streitkräfte auf den Bundeskanzler" über.[314] Gleichzeitig bleiben durch die Einrichtung eines „Gemeinsamen Ausschusses" von Bundestag und Bundesrat (Art 53a iVm 115e GG) - einer Art „Notparlament" -, die parlamentarische Verantwortung und Kontrolle gewahrt.[315] Im - vom Bundestag festzustellenden - Verteidigungsfall übernimmt, solange der Bundestag nicht zusammentreten kann, der Gemeinsame Ausschuss die Gesetzgebungsfunktion. Die von diesem erlassenen Gesetze sind gemäß Art 115e und 115k GG sowohl inhaltlich als auch zeitlich beschränkt und können vom Bun-

---

[308] *Krieger*, Notstand 3; *Die Presse*, Frankreich will Notstand für EM verlängern, <diepresse.com/ home/sport/fussball/international/4971913/Frankreich-will-Notstand-fur-EM-verlaengern> (12.07.2016).
[309] *Krieger*, Notstand 3 f; *Zeit Online*, Parlament.
[310] *Koja*, Staatsnotstand 38.
[311] *Krieger*, Notstand 8.
[312] *Krieger*, Notstand 8.
[313] *Krieger*, Notstand 8 f.
[314] *Koja*, Staatsnotstand 46.
[315] *Krieger*, Notstand 9. Vgl dazu *Vitzthum*, Der Spannungs- und Verteidigungsfall, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts - Band IV (1993) § 169 Rz 42 ff; *Koja*, Staatsnotstand 40.

destag nach Erlangung der Handlungsfähigkeit aufgehoben werden.[316]

Für den Fall eines „inneren Notstands“ sieht das GG keine das parlamentarische Regierungssystem verändernden Bestimmungen vor, weshalb auch die parlamentarische Kontrolle uneingeschränkt fortbesteht. Vielmehr statuiert Art 87a Abs 4 GG sogar eine weitere Kontrollkompetenz, der gemäß Bundestag und Bundesrat verlangen können, dass der Einsatz der Streitkräfte beendet wird. Die Befugnis, über das Vorliegen eines „inneren Notstands“ zu befinden, kommt dem Bundestag im Gegensatz zum Verteidigungsfall jedoch nicht zu.[317]

Die Bestrebung der deutschen Verfassungsordnung, auch im Notstandsfall dem gewaltenteilenden Prinzip treu zu bleiben, lässt sich auch daran ablesen, dass das staatliche Handeln im Notstandsfall der Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts unterliegt, welches auch das Vorliegen eines Verteidigungsfalls überprüfen kann.[318] Flankiert wird diese Kontrollbefugnis durch Art 115g GG, welche die Handlungsfähigkeit des Bundesverfassungsgerichts durch die Statuierung eines Beeinträchtigungsverbots sowie Regelungen zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gerichts auch im Notstandsfall sichern soll.[319]

Ergänzend sieht Art 115i GG eine „Dekonzentration von Vollzugskompetenzen“[320] vor, wenn „die zuständigen Bundesorgane außerstande [sind], die notwendigen Maßnahmen zur Abwehr der Gefahr zu treffen, und [...] die Lage unabweisbar ein sofortiges selbstständiges Handeln in einzelnen Teilen des Bundesgebietes [erfordert]“. In einem derartigen Fall „sind die Landesregierungen oder die von ihnen bestimmten Behörden oder Beauftragten befugt, für ihren Zuständigkeitsbereich Maßnahmen“ im Bereich des Bundesgrenzschutzes zu treffen. Für eine auf das Gebiet eines oder mehrerer Bundesländer beschränkten inneren Notstand ermächtigt Art 91 Abs 2 GG die Bundesregierung, „die Polizei in diesem Lande und die Polizeikräfte anderer Länder ihren Weisungen zu unterstellen“. Sobald die „Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche Grundordnung“ eines Bundeslandes beseitigt ist, sind die von der Bundesregierung getroffenen Anordnungen auf Verlangen des Bundesrates jederzeit aufzuheben.[321]

IV. Fazit

Während die deutsche Grundrechtsordnung also ein Modell bereithält, „das behutsame

---

[316] *Krieger*, Notstand 9.
[317] *Krieger*, Notstand 9.
[318] *Krieger*, Notstand 9.
[319] *Krieger*, Notstand 9.
[320] *Koja*, Staatsnotstand 42.
[321] *Koja*, Staatsnotstand 42.

Grundrechtsbeschränkungen mit schrittweisen Beschränkungen der Gewaltenteilung kombiniert, so dass die Gewaltenteilung sogar bei der Bedrohung des Staatswesens von außen im Grundgesetz erhalten bleiben soll",[322] ermächtigt die Verfassungsordnung Frankreichs den Präsidenten im Notstandsfall dazu, Grundrechte zu suspendieren und sich selbst nicht nur gesetzgebende, sondern auch rechtssprechende Funktionen zu übertragen.[323] Zwar findet in beiden betrachteten Staaten eine Modifikation des ordentlichen gewaltenteilenden Regierungssystems statt, im Zuge welcher es - für notstandsrechtliche Regelungen typisch - zu einer Ausdehnung der Exekutivbefugnisse und einer Einschränkung der Befugnisse der anderen Gewalten kommt, der Umfang der übertragenen Kompetenzen, die verbleibenden Kontrollmöglichkeiten sowie die Frage, wer über den Ausnahmezustand befindet, könnten jedoch unterschiedlicher nicht ausgestaltet sein.[324]

So nimmt der französische Präsident für einen Fall des Art 16 Französische Verfassung gewissermaßen die Rolle eines Alleinherrschers („*Dictature présidentielle*") ein,[325] während die deutsche Verfassungsordnung dem gewaltenteilenden Modell auch im Notstandsfall treu bleibt. Gegen das deutsche Regelungsmodell wird zuweilen eingewandt, dass es realitätsfern sei, „mit antizipierter Normierung ganz bestimmter Normierung ganz bestimmter Notstandssituationen das Ausnahmeproblem als solches lösen zu können".[326] Allerdings stellt dieser Einwand bloß eine Abwandlung des iW bereits in Kapitel 2 thematisierten Arguments dar, dass der Notstand „*jenseits* des Rechtsstaates und der rechtsstaatlichen Normen zu verorten und vor allem durch Notstandsverordnungen nur unzulänglich zu erfassen ist",[327] weshalb an dieser Stelle nicht mehr näher darauf eingegangen werden muss.[328]

Festgehalten sei im Anschluss an *Krieger* vielmehr, dass das deutsche Regelungsmodell antizipierender gesetzlicher Regelungen für den Ausnahmefall mit der allgemeinen Entwicklung zum „Präventionsstaat" zusammenfällt.[329] Antizipierende Notstandsgesetze sind also Teil des Trends, mithilfe von allgemeinen Normen sozial unerwünschten Verhaltensweisen und Situationen sowie Bedrohungslagen, wie gegenwärtig jener durch den internationalen Terroris-

---

[322] *Krieger*, Notstand 8.
[323] *Krieger*, Notstand 3.
[324] Vgl *Krieger*, Notstand 2.
[325] *Trotter*, Ausnahmezustand 151.
[326] *Krieger*, Notstand 12.
[327] *Hidalgo*, Der *Leviathan* 78.
[328] Vgl dazu Kapitel 2, IV.
[329] *Krieger*, Notstand 17. Vgl dazu auch *Agamben*, Ausnahmezustand 13 f.

mus,[330] zuvorzukommen.[331] Ob die österreichische Verfassung diesem Trend gefolgt oder diesbezüglich „aus der Mode gekommen“ ist, wird im folgenden Kapitel thematisiert.

[330] Vgl dazu *Ferejohn/Pasquino*, The Law of Exception. A Typology of Emergency Powers, International Journal of Constitutional Law 2/2004, 210 (215).
[331] *Krieger*, Notstand 17.

Kapitel 5 - Die österreichische Notstandsverfassung

I. Hinführung

Wer sich im österreichischen Verfassungsrecht auf die Suche nach einer Generalklausel für den Fall eines Notstands macht, wird früher oder später resignierend feststellen, dass dieses Unterfangen ohne Erfolg zu bleiben hat. Eine einzige „Notstandsklausel“,[332] mit welcher *ex ante* allen Problemlagen vorgebeugt werden soll, findet sich im Bestand des weitläufigen österreichischen Bundesverfassungsrechts mit gutem Grund nicht: Müsste doch eine solche Bestimmung weitgehende Vollmachten einräumen, was nur allzu leicht zu Missbrauch verleiten könnte. Das österreichische Recht beinhaltet vielmehr einen - wenngleich nicht allzu umfangreichen - Komplex notstandrechtlicher Normen, welcher - wie schon *Koja* feststellte - jedoch „weder in systematischer Hinsicht geschlossen noch in inhaltlicher Hinsicht lückenlos ist“.[333]

Sieht man mit *Ermacora* den Zweck einer Notstandsverfassung in der Aufrechterhaltung der demokratischen Willensbildung im Staat, der Verhinderung eines Grundrechtsmissbrauchs sowie der Abwehr von Gefahren für staatliche Einrichtungen, so kann *Ermacora* darin zugestimmt werden, dass die Verfassung zwar „stückweise und verstreute Maßnahmen“ zur Bewältigung des Notstands normiert, Österreich jedoch keine „eigentliche Notstandsverfassung“ besitzt.[334]

Der folgende Überblick über die geschichtliche Entwicklung der „Notstandsverfassung“ dient deshalb auch der Auffindung und einer ersten Systematisierung der über das B-VG hinweg verstreuten notstandsrechtlichen Normen. Im Anschluss daran wird näher auf die einzelnen Normen eingegangen und ihre Eignung zur Bewältigung von Notstandssituationen diskutiert.

II. Geschichtliche Entwicklung und Strukturmerkmale

Das B-VG 1920[335] beinhaltete in seiner Stammfassung beinahe keine notstandsrechtlich relevanten Bestimmungen. Einzig und allein Art 25 Abs 2 B-VG sah „für die Dauer außergewöhnlicher Verhältnisse“ vor, dass der Bundespräsident den Nationalrat auf Antrag der Bundesregierung an einen anderen Ort des Bundesgebietes berufen kann. Das B-VG 1920 etab-

---

[332] Vgl auch *Novak*, Das Problem der sozialen Grundrechte, Grazer Universitätsreden (1972) 27.
[333] *Koja*, Staatsnotstand 48.
[334] *Ermacora*, Verfassungslehre 409.
[335] BGBl 1/1920.

lierte demnach nicht nur keine „Notstandsverfassung“, es reduzierte vielmehr das bisherige notstandsrechtliche Instrumentarium.[336] So setzte, wie bereits eingangs erwähnt,[337] Art 149 Abs 2 B-VG die Bestimmung des Art 20 StGG 1867 außer Kraft, demzufolge das Recht auf persönliche Freiheit, das Briefgeheimnis, das Hausrecht, die Meinungsäußerungsfreiheit sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit durch Gesetz der „verantwortliche[n] Regierungsgewalt“ suspendiert werden konnten. Die Möglichkeit der Suspendierung von bestimmten Grundrechten für den Fall des Staatsnotstands fand erst durch den Beitritt Österreichs zur EMRK im Jahre 1958 wieder Eingang in die österreichische Rechtsordnung.[338]

Notstandsrechtlich von Bedeutung war die Zweite Bundes-Verfassungsnovelle 1929[339], mit welcher sowohl das Notverordnungsrecht des Bundespräsidenten (Art 18 Abs 3 bis 5 B-VG) als auch ein neuer Art 5 Abs 2 B-VG, wonach dem Bundespräsident die Kompetenz eingeräumt wurde, „für die Dauer außergewöhnlicher Verhältnisse“ den Sitz oberster Organe des Bundes auf Antrag der Bundesregierung an einen anderen Ort des Bundesgebietes zu verlegen. Die Zweite Bundes-Verfassungsnovelle beinhaltete auch weitere notstandsrechtliche Aspekte, welche allerdings nicht mehr von Relevanz sind.[340]

Erst durch das BVG vom 25. Juli 1946[341] aufgehoben wurde das Notverordnungsrecht des Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetzes vom 24. Juli 1917,[342] welches der kaiserlichen Verordnung vom 10. Oktober 1914[343] nachgebildet war und mit den §§ 7, 17 V-ÜG 1920 „einwandfrei und bewusst“[344] in die bundesstaatliche Ordnung des republikanischen Österreich übergeleitet wurde.[345] § 1 des vom Kriegswirtschaftlichen Ausschuss ausgearbeiteten Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetzes ermächtigte die Regierung, „während der Dauer der durch den Krieg hervorgerufenen außerordentlichen Verhältnisse durch Verordnung die notwendigen Verfügungen zur Förderung und Wiederaufrichtung des wirtschaftlichen Lebens, zur Abwehr wirtschaftlicher Schädigungen und zur Versorgung der Bevölkerung mit Nahrungsmitteln und anderen Bedarfsgegenständen zu treffen“ und bildete den positivrechtli-

---

[336] *Fister*, Notstandsverfassung 242.
[337] Vgl Kapitel 2, I.
[338] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 3; *Fister*, Notstandsverfassung 242.
[339] BGBl 392/1929.
[340] Vgl *Fister*, Notstandsverfassung 242.
[341] BGBl 143/1946.
[342] RGBl 307/1917.
[343] RGBl 274/1914.
[344] *Brauneder*, Verfassungsgeschichte 232.
[345] Vgl dazu auch *Hasiba*, Das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz (KWEG) von 1917, in FS Hellbling (1981) 552; *Scheiber*, Staatsnotstand 27 ff.

chen Anknüpfungspunkt sowohl für die gesetztes- und verfassungsändernden Verordnungen nach der „Selbstausschaltung“ des Nationalrates vom 4. März 1933 als auch für die ständestaatliche Verfassung vom 24. April 1934.[346]

Angesichts der verfassungsrechtlichen Veränderungen, welche gestützt auf das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz in der Zwischenkriegszeit vorgenommen wurden, war es naheliegend, das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz nicht in den Gesetzesbestand der Zweiten Republik zu übernehmen. So ist in den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage des Verfassungs-Überleitungsgesetz vom 19. Dezember 1945 angemerkt, „dass im Hinblick auf die politische Geschichte dieser Verordnungsermächtigung von ihrer weiteren Handhabe abgesehen werden sollte“.[347]

Durch das BGBl 368/1975 fand mit Art 79 Abs 5 B-VG eine Bestimmung Eingang in das Bundesverfassungsrecht, welche - als Ausnahme vom Grundsatz der Anforderung von einer gesetzmäßigen zivilen Gewalt[348] - ein selbstständiges militärisches Einschreiten für den Fall vorsieht, dass die zuständigen Behörden durch höhere Gewalt außerstande gesetzt sind, das militärische Einschreiten herbeizuführen, und bei weiterem Zuwarten ein nicht wieder gutzumachender Schaden für die Allgemeinheit eintreten würde, oder wenn es sich um die Zurückweisung eines tätlichen Angriffes oder um die Beseitigung eines gewalttätigen Widerstandes handelt, die gegen eine Abteilung des Bundesheeres gerichtet sind.[349]

Die B-VGNov BGBl 490/1984 schließlich räumte im neu geschaffenen Art 97 Abs 3 und 4 B-VG der Landesregierung eine der des Bundespräsidenten nachgebildete Notstandskompetenz ein und stattete den Landeshauptmann in Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung mit Notstandskompetenzen aus.[350]

Die genannten Bestimmungen stellen iW das notstandsrechtliche Instrumentarium der österreichischen Verfassungsordnung dar. Offenkundig bildet dieses jedoch weder ein kohärentes System, noch sind diese - wie in der Folge gezeigt werden wird - von ihrem inhaltlichen Gehalt dazu in der Lage, Notstandssituationen effektiv Einhalt zu gebieten.[351] Strebt man eine

---

[346] *Brauneder*, Verfassungsgeschichte 232 ff;
[347] RV 1 BlgNR V. GP 4. Vgl *Scheiber*, Staatsnotstand 34 f.
[348] Vgl *Truppe*, Art 79 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (9. Lfg 2012) Rz 43.
[349] Art 79 Abs 5 B-VG idF BGBl I 100/2003. Vgl dazu *Fister*, Notstandsverfassung 242; *Truppe* in RSK, Art 79 B-VG Rz 43 ff.
[350] *Fister*, Notstandsverfassung 242 f.
[351] *Fister*, Notstandsverfassung 243.

Systematisierung der genannten Normen an, so lassen sich diese im Anschluss an *Fister* in Bestimmungen, deren Zweck es ist, die Handlungsfähigkeit staatlicher Organe zu erhalten, ohne jedoch den Kompetenzrahmen bestimmter Organe zu erweitern einerseits und in Bestimmungen, die einzelnen Organen im Interesse der Erhaltung bzw Wiederherstellung der Handlungsfähigkeit Kompetenzen zuweisen, welche im Normalzustand anderen Organen zugewiesen und auf mehrere Organe verteilt sind anderseits, unterteilen.[352]

III. Notstandsrechtliche Bestimmungen ohne Kompetenzerweiterung

In die erste Gruppe notstandsrechtlicher Bestimmungen, welche darauf abzielen, die Handlungsfähigkeit staatlicher Organe zu erhalten, ohne deren Kompetenzen zur Bewältigung von Gefahrensituationen zu erweitern, fallen neben Art 79 auch Art 5 Abs 2 und Art 25 Abs 2 B-VG. Die beiden letztgenannten Normen sehen für die Dauer außergewöhnlicher Verhältnisse die Verlegung des Sitzes oberster Organe des Bundes in einen anderen Ort des Bundesgebietes als Wien vor.[353]

1. Art 5 Abs 2 B-VG

Art 5 Abs 1 B-VG benennt Wien als Bundeshauptstadt und Sitz der obersten Organe des Bundes.[354] In juristischer Hinsicht wird damit festgelegt, dass die Willensbildung der obersten Organe regelmäßig auf Wiener Landesgebiet stattzufinden hat und dort der bürokratische Hilfsapparat seinen Sitz haben muss.[355] Lediglich für die Dauer „außergewöhnlicher Verhältnisse“ ermächtigt Art 5 Abs 2 B-VG den Bundespräsidenten, auf Antrag der Bundesregierung den Sitz der obersten Organe des Bundes in einen anderen Ort des Bundesgebietes zu verlegen. Von Bedeutung ist, dass der Begriff der „außergewöhnlichen Verhältnisse“, wie *Schäffer* festhält, nicht aus Art 10 Abs 1 Z 15 B-VG zu bestimmen ist, sondern sich vielmehr mit den „außerordentlichen Verhältnissen“ des Art 25 Abs 2 B-VG deckt. Während Art 10 Abs 1 Z 15

---

[352] *Fister*, Notstandsverfassung 243.
[353] *Fister*, Notstandsverfassung 243.
[354] *Schäffer*, Art 5 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (4. Lfg 2006) Rz 1. Bei den „obersten Organen des Bundes“ handelt es sich um die Organe der Bundesgesetzgebung und der Vollziehung des Bundes. Oberste Organe der Vollziehung des Bundes sind jene, welche im 3. Hauptstück des B-VG ausdrücklich genannt werden: der Bundespräsident, der Bundeskanzler, der Vizekanzler, die übrigen Bundesminister und die Bundesregierung als Kollegium sowie der OGH. Während der Sitz des VwGH verfassungsrechtlich ausdrücklich normiert ist (Art 129 B-VG), fehlt eine solche hinsichtlich des VfGH. Beim Rechnungshof sowie der Volksanwaltschaft handelt es sich nicht um „oberste Organe“. S dazu *Schäffer* in RSK, Art 5 B-VG Rz 2.
[355] *Schäffer* in RSK, Art 5 B-VG Rz 1. S dazu auch *Wieser*, Art 5 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar (1. Lfg 1999) Rz 3.

B-VG nämlich auf spezifische Kriegs- und Nachkriegsumstände abstellt,[356] liegen „außerordentliche Verhältnisse“ iSd Art 25 Abs 2 B-VG schon bei einer innerpolitischen Krise vor. Wie *Schäffer* und *Wieser* überzeugend darlegen, stellen sich die verwendeten Begrifflichkeiten aufgrund der Tatsache, dass es sich beim Nationalrat, von welchem im gleichzeitig mit Art 5 Abs 2 B-VG erlassenen Art 25 Abs 2 B-VG die Rede ist, um das wesentlichste Repräsentativorgan einer parlamentarisch-demokratischen Republik handelt, als eine semantische Variation dar.[357]

Situationen, in denen eine Sitzverlegung in Frage kommt, sind nach *Schäffer*: innere Unruhen in erheblichem Ausmaß; schwer wiegende Naturkatastrophen; ein Verteidigungsfall des Territorium Wiens iSd Art 51b Abs 6 B-VG; und uU auch ein bloßer „Spannungsfall“, in welchem zwar noch keine unmittelbare militärische Bedrohung besteht, sehr wohl aber eine intensive internationale politische Krise gegeben ist. Über das Vorliegen „außergewöhnlicher Verhältnisse“ entscheiden der Bundespräsident und die Bundesregierung. Ob der Bundespräsident den Sitz auf Antrag der Bundesregierung verlegt, liegt letztlich in dessen Ermessen. Auch eine vorübergehende Verlegung des Sitzes oberster Organe außerhalb des Bundesgebiets wäre im Wege des Art 9 B-VG zulässig.[358]

2. Art 25 Abs 2 B-VG

Im Gegensatz zu Art 5 Abs 2 ist in Art 25 Abs 2 B-VG zwar nicht von einer „Verlegung“, sondern davon die Rede, dass der Nationalrat vom Bundespräsidenten auf Antrag der Bundesregierung den Nationalrat an einen Ort des Bundesgebietes „berufen“ kann. Wie bereits angesprochen, besteht der Sache nach jedoch kein Unterschied: Bereits der Wortlaut des Art 36 Abs 3 B-VG deutet daraufhin, dass mit der „Ein-Berufung“ eines Organs an einen bestimmten Ort dessen Amtssitz angesprochen ist. Darüber hinaus widerspräche eine Interpretation dahingehend, dass mit einer „Berufung“ des Nationalrates an einen anderen Ort nicht dessen Sitzverlegung gemeint ist, dem Normzweck der Amtssitzkoppelung des Art 36 Abs 3 B-VG, der darin besteht, das kontinuierliche Funktionieren der Gesetzgebungsorgane Bundesrat und Nationalrat am selben Ort zu gewährleisten. Daraus, dass der Bundesrat nach der genannten, abzulehnenden Interpretation auch dann, wenn in Wien eine ordnungsgemäße Tätigkeit nicht mehr möglich ist, dort einzuberufen wäre - was Art 36 Abs 3 B-VG eindeutig widerspricht -

---

[356] §§ 13, 17 ÜG 1920.
[357] *Schäffer* in RSK, Art 5 B-VG Rz 3; *Wieser* in Korinek/Holoubek , Art 25 B-VG Rz 3.
[358] *Schäffer* in RSK, Art 5 B-VG Rz 3.

resultiert, dass unter einer „Berufung“ nichts anderes als eine „Verlegung“ gemeint sein kann.[359]

3. Art 79 B-VG

Art 79 Abs 2 B-VG normiert den über die militärische Landesverteidigung hinausgehenden Tätigkeitsbereich des Bundesheeres. Sofern die „gesetzmäßige zivile Gewalt“ die Mitwirkung des Bundesheeres anfordert, ist dieses zum Schutz der verfassungsmäßigen Einrichtungen und ihrer Handlungsfähigkeit sowie der demokratischen Freiheiten der Einwohner, zur Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit im Inneren überhaupt und zur Hilfeleistung bei Elementarereignissen und Unglücksfällen außergewöhnlichen Umfanges verpflichtet. Ein selbstständiges militärisches Einschreiten ist gemäß Art 79 Abs 5 B-VG jedoch dann zulässig, wenn die die zuständigen Behörden durch höhere Gewalt außerstande gesetzt sind, das militärische Einschreiten herbeizuführen und bei weiterem Zuwarten ein nicht wieder gutzumachender Schaden für die Allgemeinheit eintreten würde, oder wenn es sich um die Zurückweisung eines tätlichen Angriffes oder um die Beseitigung eines gewalttätigen Widerstandes handelt, die gegen eine Abteilung des Bundesheeres gerichtet sind.[360]

Fälle „höherer Gewalt“ sind nach der *ratio* des Verfassungsgesetzgebers der Zweiten B-VGNov[361] dann anzunehmen, wenn „durch Erdrutschungen oder Lawinenstürze […] in der Umgebung einer Garnison alle Straßen und Bahnen unbenützbar [...] [sowie] Telephon und Telegraphenverbindungen zerstört“ wurden – Fälle also, in denen das Bundesheer mangels Verbindungsmöglichkeiten nicht angefordert werden kann. Daneben umfasst der Begriff der „höheren Gewalt“ jedoch auf den Fall des inneren Aufstands, also einer Bewegung, der es gelungen ist, „die gesetzmäßige bürgerliche Gewalt - wenn auch nur innerhalb lokaler Grenzen - lahmzulegen“. In einer derartigen Situation soll die intakt gebliebene Truppe nicht nur deshalb untätig bleiben, „weil sie von der auf ihre Hilfe angewiesenen zivilen Dienststelle nicht in Anspruch genommen werden konnte“.[362]

Das selbstständige Einschreiten des Bundesheeres setzt die Handlungsunfähigkeit der zivilen Gewalt voraus. Die Zuständigkeit des Bundesheeres endet demnach, sobald die zivile Verwaltung ihre Handlungsfähigkeit zurückerlangt. Eine Fortsetzung der Assistenzleistung nach

---

[359] *Wieser*, Art 25 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar (1. Lfg 1999) Rz 3.
[360] Vgl *Truppe* in RSK, Art 79 B-VG Rz 45.
[361] BGBl 368/1975.
[362] AB 405 BglNR III. GP. *Truppe* in RSK, Art 79 B-VG Rz 44.

Wiedererlangung der Handlungsfähigkeit setzt deshalb eine Anforderung durch die zivile Gewalt voraus. Berechtigt bzw verpflichtet zum selbstständigen militärischen Einschreiten ist gemäß § 4 WG 2001[363] der jeweilige militärische Kommandant.[364]

Der zweite Fall des Art 79 Abs 5 B-VG erlaubt ein selbstständiges Einschreiten zu den Assistenzzwecken des Abs 2 dann, wenn dieser die Zurückweisung eines tätlichen Angriffs oder eines gewalttätigen Widerstandes gegen eine Abteilung des Bundesheeres betrifft. Im Gegensatz zu Abs 1, der auf die Abwehr von äußeren Angriffen gerichtet ist, sollen mit Art 79 Abs 5 zweiter Fall B-VG Situationen erfasst werden, in denen eine Abwehr innerstaatlicher Sabotage- und Terrorakte erforderlich ist.[365]

IV. Kompetenzerweiternde notstandsrechtliche Bestimmungen

Diese zweite Gruppe notstandsrechtlicher Bestimmungen umfasst Normen, die den Kompetenzrahmen von Organen um Kompetenzen erweitern, welche im Normalzustand anderen Organen zukommen. Sie umfasst in erster Linie das Notverordnungsrecht des Bundespräsidenten, der Landesregierung und des Landeshauptmanns,[366] aber auch die Bedarfsgesetzgebungskompetenz des Bundes zu wirtschaftslenkenden und versorgungssichernden Maßnahmen in Kriegs- und Kriegsfolgenzeiten gemäß Art 10 Abs 1 Z 15 B-VG. In rechtsvergleichender Perspektive fällt ins Auge, dass die genannten Bestimmungen des österreichischen Verfassungsrechts im Gegensatz etwa zu den Verfassungsordnungen der Schweiz, Frankreichs oder Schwedens keinerlei notstandsrechtliche Ermächtigungen im Hinblick auf die Verfassungsgesetzgebung normieren, wie im Folgenden gezeigt werden wird.[367]

1. Das Notverordnungsrecht des Bundespräsidenten (Art 18 Abs 3 bis 5 B-VG)

a) Genese, Telos und Bedeutung

Bereits das Grundgesetz über die Reichsvertretung sah die Möglichkeit vor, unter Verantwortung der Regierung durch kaiserliche Verordnung dringende Anordnungen zu erlassen, „zu welchen verfassungsmäßig die Zustimmung des Reichsrates erforderlich ist“, wenn der Reichsrat zu dieser Zeit nicht versammelt war.[368] Dieses Verordnungsrecht wurde nicht in die

---

[363] BGBl I 146/2001.
[364] *Truppe* in RSK, Art 79 B-VG Rz 44.
[365] *Truppe* in RSK, Art 79 B-VG Rz 45.
[366] *Fister*, Notstandsverfassung 243.
[367] *Koja*, Staatsnotstand 49; *Scheiber*, Staatsnotstand 132.
[368] Vgl § 13 Grundgesetz über die Reichsvertretung idF RGBl 98/1867 bzw § 14 idF RGBl 141/1867.

republikanische Verfassungsordnung übernommen, sehr wohl jedoch das auf eine kaiserliche Verordnung aus dem Jahre 1914 (RGBl 274/1914) zurückgehende Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz.[369] Während dieses mittels § 7 Abs 2 ÜG 1920 in den Rechtsbestand der Republik übergeleitete Gesetz die Befugnis, für die „Dauer der durch den Krieg hervorgerufenen außerordentlichen Verhältnisse" wirtschaftliche Eilmaßnahmen zu treffen, allein der Regierung zuwies, wurde durch die vom Gedanken der „Stärkung der staatlichen Autorität"[370] geprägten B-VGNov 1929[371] in Art 18 Abs 3 bis 5 B-VG ein selbständiges Verordnungsrecht des Bundespräsidenten eingefügt.[372]

Als Vorbild dieses Verordnungsrechts des Bundespräsidenten für „Verfügungen, deren Dringlichkeit im Interesse des allgemeinen Wohls unabweislich ist",[373] diente neben dem erwähnten kaiserlichen Verordnungsrecht das gesetzeskonkurrierende Verordnungsrecht der Art 48 der Weimarer Reichsverfassung 1919. In den parlamentarischen Verhandlungen wurde die Verordnungsbefugnis des Bundespräsidenten aber dahingehend eingeschränkt,[374] dass bereits die Erlassung derartiger Verordnungen an die Mitwirkung des Parlaments gebunden ist.[375] Heute wird das Institut der Notstandsverordnung weitestgehend als „totes Recht"[376] betrachtet, was der Ansicht *Franks* nach jedoch weniger „aus dieser verfahrensrechtlichen Bindung als vielmehr in erster Linie aus den mannigfaltigen, einschneidenden inhaltlichen Kautelen", auf welche noch einzugehen sein wird, herrührt.[377]

Die Notverordnungskompetenz der Art 18 Abs 3 bis 5 B-VG soll die Erlassung von „dringend erforderlichen Beschlüssen, die der Sache nach einer parlamentarischen Beschlussfassung bedürften",[378] in einer Lage sichern, in der eine parlamentarische Beschlussfassung nicht mehr möglich ist. Von dieser auf den „Staatsnotstand" zugeschnittenen Ermächtigung wurde allerdings noch nie Gebrauch gemacht. Dies ist für die Zeit der Ersten Republik darauf zurückzuführen, dass mit dem Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetz ein gegenüber den

---

[369] RBGl 307/1917.
[370] RV 382 BglNR III. GP 15.
[371] BGBl 392/1929.
[372] *Frank*, Art 18 Abs 3-5, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (10. Lfg 2013) Rz 2.
[373] RV 382 BglNR III. GP 16.
[374] *Raschauer B.*, Art 18/3-5 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar (6. Lfg 2003) Rz 1.
[375] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 2. Zur „Parlamentarisierung" dazu auch *Pernthaler*, Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie, VVDStRL 25 (1967) 95 (135).
[376] *Aichlreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht - Band II (1988) 912; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[10] (2014) Rz 493.
[377] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 2.
[378] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 2.

mit zahlreichen verfahrensrechtlichen Schikanen ausgestatteten Art 18 Abs 3 bis 5 B-VG „einfacher und eleganter“[379] handzuhabendes Instrument zur Verfügung stand, während für die Zeit der Zweiten Republik aufgrund des bereits sehr umfangreichen Bestandes an Rechtsvorschriften keinerlei Veranlassung für die Erlassung eines dringend erforderlichen Beschlusses bestand.[380]

b) Voraussetzungen

i) Maßnahmen zur Schadensabwehr

Art 18 Abs 3 erlaubt dem Bundespräsidenten die Erlassung von „Maßnahmen, die verfassungsgemäß einer Beschlussfassung des Nationalrates bedürfen“, durch gesetzesändernde[381] Verordnungen zu treffen. Wie *Frank* im Anschluss an *Merkl* festhält,[382] ergibt sich in der Zusammenschau mit Art 18 Abs 1 und 2 B-VG, dass unter „Maßnahme“ in erster Linie ein Akt der Bundesgesetzgebung zu verstehen ist. Allerdings weise die offene Textierung darauf hin, „dass sich der Begriff der Maßnahme nicht in Gesetzgebungsakten erschöpft, sondern grundsätzlich alles umfasst, was Gegenstand eines Beschlusses des NR sein kann“.[383] Eine „Maßnahme“ könne deshalb etwa auch die Genehmigung des Bundesvoranschlags (Art 51 B-VG) oder die Genehmigung des Abschlusses eines Staatsvertrages (Art 50 B-VG) sein.[384] Akte, für welche die Verfassung ein anderes Organ als den NR zur Zuständigkeit beruft, sind von Art 18 Abs 3 B-VG genauso wenig umfasst wie Angelegenheiten, welche nicht dem NR, sondern einem seiner Organe obliegen.[385]

Das Notverordnungsrecht steht nur für Maßnahmen offen, welche auf die „Abwehr eines offenkundigen, nicht wieder gutzumachenden Schadens für die Allgemeinheit“ abzielen. Da sich dieses Tatbestandsmerkmal auf den Inhalt der betreffenden Maßnahme bezieht, obliegt diese Subsumtion, wie *Raschauer* konstatiert, der Beurteilung der beteiligten Organe,[386] wel-

---

[379] *Welan/Neisser*, Der Bundeskanzler im österreichischen Verfassungsgefüge (1971) 39.
[380] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 2.
[381] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 3 FN 7 weist darauf hin, dass der Passus „gesetzändernd“ so zu verstehen ist, dass Verordnungen gem Art 18 Abs 3 B-VG die derogatorische Kraft von Bundesgesetzen zukommt, also sowohl gesetzändernde als auch gesetzesergänzende Verordnungen umfasst. Vgl auch *Berchtold*, Der Bundespräsident (1969) 253 FN 204.
[382] *Merkl*, Der rechtliche Gehalt der österreichischen Verfassungsreform vom 7. Dezember 1929, ZÖR 10 (1931) 161 (187).
[383] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 3.
[384] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 3. Im Hinblick auf die Genehmigung des Abschlusses von Staatsverträgen aA *Berchtold*, Bundespräsident 267.
[385] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 3.
[386] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 4.

chen dabei ein weiter Spielraum zukommt.[387] Seiner Ansicht zufolge wird ihnen „nur entgegenzutreten sein, wenn es sich offenkundig um eine missbräuchliche Verwendung des Notverordnungsrechts handelt".[388] Unter keinen Umständen zur „Abwehr eines Schadens" geeignet und daher unzulässig sind Maßnahmen, mit denen eine Auflösung des Nationalrates[389] sowie die Genehmigung des Bundesrechnungsabschlusses verordnet wird sowie Maßnahmen, welche Grundsätze für die Landesgesetzgebung iSd Art 12 B-VG aufstellen.[390]

ii) Handlungsunfähigkeit des Nationalrates

Notverordnungen dürfen nur ergehen, wenn der NR nicht versammelt ist (Art 28 Abs 1 B-VG), nicht rechtzeitig zusammentreten kann oder durch höhere Gewalt in seiner Tätigkeit behindert wird. Während von den in den Materialen aufgezählten Fällen höherer Gewalt wohl bloß noch Elementarkatastrophen und „Unruhen außergewöhnlichen Umfangs" von Belang sind,[391] ist beim Fall der „Behinderung" des NR eine Abwägung zwischen der Dringlichkeit der Maßnahme und der Möglichkeit der Einberufung einer außerordentlichen Tagung (Art 28 Abs 2 B-VG), einer Sondersitzung (Art 25 Abs 5 B-VG) oder einer Sitzung des NR außerhalb Wiens (Art 25 Abs 2 B-VG) geboten. Art 18 Abs 3 B-VG hat also Situationen vor Augen, in denen der NR zwar vorübergehend nicht handlungsfähig, aber rechtlich existent ist.[392] Allerdings ist aus dem Zweck des Notverordnungsrechts abzuleiten, dass Maßnahmen gemäß Art 18 Abs 3 B-VG auch dann in Betracht kommen, wenn der NR rechtlich nicht existent ist, also im Falle der Auflösung des NR durch den Bundespräsidenten (Art 29 Abs 1 B-VG) oder - was einer Auflösung des NR gleichkommt - einer Ablehnung der Absetzung des Bundespräsidenten durch Volksabstimmung (Art 60 Abs 6 B-VG).[393]

iii) Verfahren

Art 18 Abs 3 und 4 B-VG wirken der Notverordnungsrechten inhärenten Gefahr, die parlamentarische Gesetzgebung missbräuchlich zu umgehen, mit pluralen verfahrensrechtlichen

---

[387] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 4; *Merkl*, Verfassungsreform 190 f.
[388] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 4.
[389] Wie *Merkl*, Verfassungsreform 191 festhält, soll das Notverordnungsrecht für den Fall der Karenz des Nationalrates Abhilfe schaffen, nicht als Mittel zu dessen Ausschaltung gebracht werden.
[390] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 4.
[391] Der Verfassungsausschuss (405 BlgNR III. GP) definierte höhere Gewalt als „nicht voraussehbare und mit normalen Mitteln nicht abwendbare Ereignungen". *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 4.
[392] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 5.
[393] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 5 im Anschluss an *Berchtold*, Bundespräsident 258; *Merkl*, Verfassungsreform 194 ua.

Vorkehrungen entgegen.[394] Diese folgen dabei grundsätzlich der Regel des Art 67 B-VG, wonach die Akte des Bundespräsidenten unter Bindung an Vorschlag und Gegenzeichnung ergehen. Hinzu tritt gemäß Art 18 Abs 3 und 4 B-VG des Weiteren die Maßgabe, dass eine Notverordnung nur auf Vorschlag der Bundesregierung als Kollegialorgan mit Zustimmung des ständigen Unterausschusses des NR (Art 55 Abs 3 B-VG) ergehen kann und die Verordnung in Abweichung des Art 67 Abs 2 B-VG der Gegenzeichnung jedes einzelnen Mitgliedes der Bundesregierung bedarf. Die Einbeziehung des Unterausschusses des NR sichert dabei ein Maß an demokratischer Legitimation, welches „das Notverordnungsrecht als mit dem demokratischen Prinzip vereinbar erscheinen lässt".[395]

Wie *Frank* überzeugend darlegt, droht durch das Notverordnungsrecht nicht etwa die „Verdrängung der Legislative",[396] sondern vielmehr die Ausschaltung der Opposition. Dem Bundespräsidenten, welcher dem Vorschlag der Bundesregierung keinesfalls nachkommen muss,[397] tritt aus diesem Grund in eine besondere Funktion: Wie *Frank* festhält, übernimmt er die eigentliche politische Vorabkontrolle;[398] er erscheint als Institut der innerparlamentarischen Gewaltenbalance.[399]

c) Inhaltliche Schranken

Mit Notverordnungen können nicht nur Bundesgesetze förmlich novelliert oder aufgehoben werden, sondern auch von bestehenden Bundesgesetzen abweichende oder gesetzesergänzende Regelungen getroffen werden.[400] Unzulässig sind gemäß Art 18 Abs 5 B-VG jedoch Verordnungen, welche „eine Abänderung bundesverfassungsgesetzlicher Bestimmungen bedeuten", also geltendes Bundesverfassungsrecht formell derogiert werden würden oder Maßnahmen, welche nur unter Abänderung der Bundesverfassung beschlossen werden könnten, also insb Maßnahmen der direkten Wirtschaftslenkung, da solche gegenwärtig von keinem Kompetenztatbestand des Bundes gedeckt wären.[401] Ausgeschlossen sind des Weiteren Maßnahmen, die eine dauernde[402] finanzielle Belastung des Bundes oder eine auch nur vorübergehende finanzielle Belastung der Länder, Gemeinden oder der Staatsbürger vorsehen. Mittels Not-

---

[394] Vgl *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 9.
[395] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 9. Vgl auch *Pernthaler*, VVDStRL 25 (1967) 148.
[396] *Merkl*, Verfassungsreform 194.
[397] *Merkl*, Verfassungsreform 193.
[398] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 10.
[399] *Pernthaler*, VVDStRL 25 (1967) 148.
[400] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 10.
[401] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 6.
[402] Vgl dazu *Berchtold*, Bundespräsident 269; *Merkl*, Verfassungsreform 188.

verordnungsrecht darf es also zu keiner Einführung oder Erhöhung von Abgaben kommen.[403] Schließlich dürfen Maßnahmen gemäß Art 18 Abs 3 B-VG auch keine in den im Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG bezeichneten Angelegenheiten sowie Angelegenheiten im Bereich des Koalitionsrechts oder des Mieterschutzes umfassen.[404]

d) Revision durch den Nationalrat

Verordnungen gemäß Art 18 Abs 3 B-VG haben temporären Charakter, sie sind dem NR von der Bundesregierung „unverzüglich" vorzulegen (Art 18 Abs 4 B-VG). In Abweichung von Art 28 B-VG hat der Bundespräsident bzw der Präsident des NR daraufhin innerhalb von acht Tagen den NR einzuberufen.[405] Ist der NR aufgrund einer Verfügung des Bundespräsidenten oder infolge einer Ablehnung der Absetzung eines Bundespräsidenten durch Volksabstimmung aufgelöst, entsteht die Verpflichtung zur Vorlage erst mit dem Zusammentreten des neu gewählten NR.[406] Aufgrund der den Maßnahmen immanenten Vorläufigkeit kann der Bundespräsident die Verordnung jederzeit, also insb bei Wegfall der Erforderlichkeit wieder aufheben.[407]

Innerhalb von vier Wochen nach Vorlage hat der NR entweder ein dem Inhalt der Verordnung entsprechendes Gesetz zu beschließen oder der Bundesregierung durch Beschluss aufzutragen, die Verordnung sofort außer Kraft zu setzen. Hebt die Bundesregierung die Verordnung auf, treten die durch die Verordnung formell derogierten gesetzlichen Bestimmungen wieder in Kraft.[408] Wie *Frank* ausführt, steht aufgrund des temporären Charakters von Notverordnungen jedoch auch einer späteren Aufhebung der Verordnung durch Bundesgesetz nichts im Wege.[409] In diesem Sinne hält auch Raschauer fest, „dass ein ungenütztes Verstreichen der vierwöchigen Frist nicht die Zuständigkeit des Nationalrats zur Gesetzgebung zu schmälern vermag".[410] Wird eine Verordnung nicht aufgehoben, steht diese als verfassungsunmittelbare Verordnung im Rang eines einfachen Bundesgesetzes weiterhin in Geltung.[411]

---

[403] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 7.
[404] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 8; *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 13.
[405] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 15.
[406] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 11.
[407] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 14.
[408] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 12.
[409] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 13.
[410] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 18.
[411] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 13.

e) Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof

Auch Notverordnungen gemäß Art 18 Abs 3 B-VG stellen, trotz ihres „gesetzesändernden" Charakters, Verordnungen iSd Art 89 und 139 B-VG dar und können demgemäß vom VfGH auf ihre „Gesetzmäßigkeit" hin überprüft werden. Prüfungsmaßstab ist dabei selbstverständlich nicht einfaches Bundesrecht, sondern Bundesverfassungsrecht.[412] Eine Verfassungswidrigkeit kann sich dabei etwa auch aus einem Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften des Art 18 Abs 4 B-VG oder die von Art 18 Abs 5 B-VG gesteckten inhaltlichen Grenzen ergeben.[413] Hebt der VfGH eine „gesetzesändernde" Notverordnung auf, so treten die durch die Notverordnung formell derogierten Bestimmungen wieder in Kraft.[414]

2. Die Notverordnungskompetenz des Landeshauptmanns

Auch die Notkompetenz des Art 102 Abs 5 B-VG, wonach der Landeshauptmann in Angelegenheiten der unmittelbaren Bundesverwaltung anstelle der obersten Organe der Verwaltung des Bundes bei deren Verhinderung durch höhere Gewalt Maßnahmen zur Abwehr eines offenkundigen, nicht wieder gutzumachenden Schadens für die Allgemeinheit zu treffen hat, konnte bisher keine praktische Relevanz erlangen.[415] Nach den Materialen sollte mit dieser Bestimmung Fällen vorgebeugt werden, in denen Teile des Bundesgebietes vorübergehend von der Bundeszentrale abgeschnitten werden.[416] Von der verfassungsunmittelbaren Verordnungskompetenz des LH umfasst sind alle Angelegenheiten, in denen Bundesbehörden tätig werden. Dies ergibt sich, wie *Bußjäger* festhält, daraus, dass Art 102 Abs 5 B-VG gerade nicht auf den Katalog des Art 102 Art 2 B-VG rekurriert.[417]

Bei Art 102 Abs 5 B-VG handelt es sich um eine sog „Legaldelegation", die sich auf die Kompetenz aller Bundesorgane, also nicht nur jene des Bundespräsidenten oder der Bundesregierung, sondern etwa auch des Rechnungshofes oder des Präsidenten des NR bezieht.[418] Voraussetzung dafür ist aber ein Ereignis, welches ein Tätigwerden der obersten Organe des Bundes überhaupt verhindert. Besitzt ein Bundesminister noch die faktische Möglichkeit,

---

[412] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 14.
[413] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 13 betont ausdrücklich, dass eine Verordnung, welche die Grenzen des Art 18 Abs 5 B-VG verfassungswidrig, aber nicht nichtig ist.
[414] *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 14.
[415] *Bußjäger*, Art 102 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (14. Lfg 2014) 27.
[416] RV 446 BlgNR XVI. GP.
[417] *Bußjäger* in RSK, Art 102 B-VG Rz 27.
[418] Vgl *Weber*, Die mittelbare Bundesverwaltung (1987) 139 f.

Weisungen zu erteilen, liegt kein Fall des Art 102 Abs 5 B-VG vor.[419] Fraglich ist, wann ein Fall „höherer Gewalt“ anzunehmen ist. Der Auffassung *Bußjägers* nach handelt es sich dabei um Umstände, auf welche die obersten Organe keinen Einfluss haben, also etwa Naturkatastrophen, technische oder kriegerische Ereignisse, nicht jedoch durch politische Konstellationen bedingte Staatskrisen.[420] Da mA zufolge Art 102 Abs 5 B-VG dieselben Situationen vor Augen hat wie Art 18 Abs 3 B-VG fallen mA nach auch „Unruhen außergewöhnlichen Umfangs“ unter den Begriff der „höheren Gewalt“ iSd Art 102 Abs 5 B-VG.[421]

Jedenfalls beschränkt sich die Notkompetenz des LH nur auf die unmittelbar notwendigen Maßnahmen zur Abwehr eines offenkundigen, nicht wieder gutzumachenden Schadens, welche sofort aufzuheben sind, wenn die Notstandssituation nicht mehr besteht. In territorialer Hinsicht ist die Kompetenz des LH auf das Gebiet des jeweiligen Bundeslandes beschränkt. Da keiner der Tatbestände des Art 142 B-VG in Betracht kommt, scheidet eine staatsrechtliche Verantwortlichkeit des LH aus.[422]

3. Die Notverordnungskompetenz der Landesregierung

Seit der B-VGNov 1984/490 besteht in Art 97 Abs 3 und 4 B-VG auch ein - jenem des Bundespräsidenten ausdrücklich nachgebildetes - Notverordnungsrecht der LReg.[423] Im Unterschied zum Bundespräsidenten, welcher die ausdrückliche Zustimmung des Unterausschusses des NR benötigt, hat die LReg das gesetzesändernde Notverordnungsrecht im „Einvernehmen“ mit einem - nach dem Grundsatz der Verhältniswahl - bestellten Ausschuss des Landtags auszuüben,[424] wobei es sich auch um einen aus dem Landtagspräsidium und vier weiteren Landtagsabgeordneten bestehenden „Notstandsausschuss“ handeln kann.[425] Die BReg muss über die Erlassung von Notverordnungen sofort in Kenntnis gesetzt werden, was ihr ermöglicht, allenfalls ein Verordnungsprüfungsverfahren gem Art 139 B-VG beim VfGH anzustrengen. Wie Art 18 Abs 5 B-VG statuiert auch Art 97 Abs 4 B-VG einen Katalog von Angelegenheiten, welche „jedenfalls nicht“ vom Notverordnungsrecht erfasst sind. Daher steht es dem Landesverfassungsgesetzgeber auch offen, den Katalog zu erweitern, nicht jedoch ihn

---

[419] *Bußjäger* in RSK, Art 102 B-VG Rz 28.
[420] *Bußjäger* in RSK, Art 102 B-VG Rz 28.
[421] Der Verfassungsausschuss (405 BlgNR III. GP) definierte höhere Gewalt als „nicht voraussehbare und mit normalen Mitteln nicht abwendbare Ereignungen“. *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 4.
[422] *Bußjäger* in RSK, Art 102 B-VG Rz 28.
[423] Vgl RV 446 BlgNR XVI. GP 6.
[424] *Pesendorfer*, Art 97 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2. Lfg 2002) Rz 25.
[425] *Pernthaler/Lukasser*, Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer - Vorarlberg (1995) 97.

einzuschränken.[426]

4. Die (Not-)Verordnungskompetenz des zuständigen Bundesministers auf dem Bereich der direkten Wirtschaftslenkung

Im Zuge der Aufhebung des Art 54 B-VG und der darin enthaltenen Mitwirkungsbefugnisse des Hauptausschusses des Nationalrates durch die B-VGNov BGBl I 2/1997 wurde dem Art 55 B-VG ein neuer Abs 5 hinzugefügt, der für „Verordnungen des zuständigen Bundesministers über Lenkungsmaßnahmen zur Sicherung einer ungestörten Produktion oder der Versorgung der Bevölkerung und sonstiger Bedarfsträger mit wichtigen Wirtschafts- und Bedarfsgütern“ die Zustimmung des Hauptausschusses vorsieht.[427] Um in Angelegenheiten nach Art 55 B-VG beschlussfähig zu sein, bedarf es der Anwesenheit mindestens der Hälfte der Mitglieder des Hauptausschusses und einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen.[428] Waren Zustimmungserfordernisse des Hauptausschusses vor der B-VGNov BGBl I 2/1997 in Bundesgesetzen vorgesehen,[429] sind Sonderbestimmungen seit der Erweiterung des Art 55 B-VG um den Abs 5 nicht mehr erforderlich.[430]

Sachlich vom Zustimmungserfordernis des Art 55 Abs 5 B-VG betroffen sind Verordnungen im Bereich der direkten Wirtschaftslenkung. Dabei handelt es sich um marktkorrigierende Maßnahmen, durch die der Staat „den Wirtschaftsablauf sowohl auf betrieblicher wie auch auf volkswirtschaftlicher Ebene [beeinflusst], um bestimmte wirtschaftspolitische Ziele [...] zu verwirklichen“[431] und zwar mittels hoheitlicher Anordnungen, welche „zwecks effektiver Verfolgung“[432] aber auch von nicht-hoheitlichen Lenkungsinstrumenten wie etwa Beihilfen flankiert werden können. Direkte Lenkungsmittel können sich auf die gesamte Güterkette beziehen und betreffen iW die unternehmerischen Plangrößen Preis, Produktionsart und -menge, Art und Menge der Konsumgüter sowie Investitionen.[433] Die von der Wirtschaftslenkung betroffenen Bereiche sind im Einzelnen: Energielenkung, Erdölbevorratung, Versorgungssicherung, Lebensmittelbewirtschaftung und Preisregelung. Bundesgesetze, welche Maßnahmen der direkten Wirtschaftslenkung vorsehen, sind das LMBG, das VerssG, das

---

[426] *Pesendorfer* in RSK, Art 97 B-VG Rz 25.
[427] *Neisser*, Art 55 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (12. Lfg. 2013) Rz 5.
[428] *Neisser* in RSK, Art 55 B-VG Rz 27.
[429] *Neisser* in RSK, Art 55 B-VG Rz 27.
[430] *Kahl*, Art 55 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar (7. Lfg 2005) Rz 10.
[431] *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht. International - Europäisch - National^2 (2011) Rz 1174.
[432] *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht Rz 1175.
[433] *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht Rz 1176 f.

EnLG, das EBMG sowie das PreisG.[434] Wie *Kahl* festhält, sind auf der Basis des EMBG und PreisG erlassene Lenkungsverordnungen verfassungsrechtlich bedenklich, da in diesen im Gegensatz zu den anderen drei genannten Gesetzen das Zustimmungserfordernis des Art 55 Abs 5 B-VG nicht vorgesehen ist.[435]

Aufgrund der Möglichkeit, mithilfe von direkten Lenkungsinstrumenten tiefgehend in die freie Marktwirtschaft einzugreifen, ist eine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen. Wie *Wimmer/Müller* ausführen, ergeben sich die Grenzen von Maßnahmen der direkten Wirtschaftslenkung dabei sowohl aus dem Unionsrecht als auch dem nationalen Verfassungsrecht, bspw den Grundrechten oder der Kompetenzverteilung. Voraussetzung für die Erlassung einer Verordnung gemäß Art 55 Abs 5 B-VG ist jedenfalls „eine bereits eingetretene oder zumindest unmittelbar drohende Versorgungsstörung".[436] Soweit Notlagen also auch mit marktkonformen Maßnahmen bewältigt werden können, sind in den Anwendungsbereich des Art 55 Abs 5 B-VG fallende Verordnungen unzulässig. Lenkungsmittel dürfen nur angewendet werden, wenn sie geeignet und in ihrem Ausmaß unbedingt erforderlich sind, um der Versorgungsstörung entgegenzuwirken. Fallen die die Notwendigkeit von direkten Lenkungsmaßnahmen begründenden Umstände weg, sind nach Art 55 Abs 5 B-VG erlassene Verordnungen umgehend aufzuheben.[437]

Während für die anderen in Art 55 B-VG vorgesehenen Aufgaben des Hauptausschusses des NR keine spezifischen, dem Rechtsschutz des Einzelnen dienenden Sanktionsmechanismen bestehen, können Verordnungen gemäß Abs 5 durch Anfechtung vor dem VfGH gemäß Art 139 B-VG einer rechtlichen Kontrolle unterzogen werden.[438] Die Möglichkeit der Kontrolle durch den VfGH, die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität sowie die obligatorische Zustimmung des Hauptausschusses zu Verordnungen, welche Maßnahmen der direkten Wirtschaftslenkung betreffen, sichern deren Vereinbarkeit mit einem demokratischen System und machen den Unterschied „gegenüber einer umfassend lenkenden Zentralverwaltungswirtschaft oder [...] autoritären, präsidialen und diktatorischen Systemen" aus.[439]

---

[434] *Neisser* in RSK, Art 55 B-VG Rz 27.
[435] *Kahl* in Korinek/Holoubek, Art 55 B-VG Rz 11.
[436] *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht Rz 1178.
[437] *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht Rz 1178.
[438] *Neisser* in RSK, Art 55 B-VG Rz 39.
[439] *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht Rz 1179.

V. Notstandsverfassungsrechtliche Sondertatbestände

1. Art 15 EMRK

a) Entwicklung und Regelungszweck

Bekanntlich steht die Europäische Menschenrechtskonvention, welcher Österreich 1958 samt 1. Zusatzprotokoll beigetreten ist,[440] im Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung im Rang von Bundesverfassungsrecht und damit gleichrangig neben den in Art 149 B-VG rezipierten Rechtsvorschriften,[441] von denen in grundrechtlicher Hinsicht insb das StGG 1867[442] sowie der Staatsvertrag von St. Germain[443] von Relevanz sind. Wie bereits erwähnt, erlaubt Art 15 Abs 1 EMRK den Konventionsstaaten die Garantien der EMRK - mit Ausnahme der in Art 15 Abs 2 EMRK angeführten - „im Falle eines Krieges oder eines anderen öffentlichen Notstandes" zu suspendieren.[444] Darunter ist eine „zeitlich, örtlich und sachlich begrenzte Ermächtigung an Staatsorgane zu verstehen, die durch die Grundrechte aufgestellten Schranken zu übertreten, ohne für solche Grundrechtsverletzungen zur Verantwortung gezogen werden zu können".[445]

Die Frage der Suspension von Grundrechten, welche angesichts terroristischer Attentate verstärkt in den Fokus des öffentlichen Interesses gerückt ist,[446] ist von einer Aufhebung von Grundrechten zu unterscheiden.[447] Während die auf der Grundlage von Art 15 EMRK suspendierten Grundrechte nach Beendigung der Notstandssituation wieder ihre volle Wirkung entfalten, müssten diese im Falle einer Derogation erst durch einen neuen Akt der Gesetzgebung in Kraft gesetzt werden.[448] Durch die Möglichkeit der Suspension von Grundrechten soll verhindert werden, dass der Staat beim Versuch, dem Notstand zu begegnen, nicht an im Notstand zu eng gestrickte Grenzen gebunden ist und sich dadurch die Gefahr für den Bestand das - die Freiheit des Einzelnen gewährleistende - Gemeinwesen noch weiter erhöht.[449]

---

[440] BGBl 210/1958.
[441] *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 681.
[442] RGBl 142/1867.
[443] StGBl 303/1920.
[444] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 1. Zu den Tatbestandsmerkmalen „Krieg" und „Notstand" s Kapitel 2, I. 10. b).
[445] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 1.
[446] *Fister*, Notstandsverfassung 245; *Finke*, Notstand, <manager-magazin.de/politik/meinungen/ voelkerrechtler-finke-notstand-langfristig-eine-gefaehrdung-fuer-demokratie-a-1093294-2.html> (12.07.2016).
[447] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 1. S auch *Ermacora*, Grundriss der Menschenrechte in Österreich (1988) Rz 1080.
[448] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 1.
[449] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 2.

Da die Grundrechte dem Einzelnen nicht nur Freiheiten einräumen, sondern dem Staat auch Schutz- und Gewährleistungspflichten auferlegen, dient eine vorübergehende Suspension auch der Sicherung der Freiheitsrecht des Einzelnen.[450] Wie *Lukan* im Anschluss an *Karl* festhält,[451] ist nur ein funktionsfähiges Gemeinwesen in der Lage, „für die effektive Gewährleistung von Grundrechten zu sorgen. Gleichsam als Tribut an das Gemeinwesen und dessen Sicherung erscheint es daher vertretbar, im Notstandsfall weitergehende Eingriffe dulden zu müssen.[452]

b) Schranken der Suspension

Grundrechtssuspensionsklauseln erweitern somit den Handlungsspielraum des Staates, gestehen diesem jedoch keinesfalls unbegrenzte Handlungsgewalt zu. Vielmehr sind einzelne Grundrechte, wie das Recht das Leben, das Folterverbot, das Verbot der Sklaverei oder der Grundsatz *nulla poena sine lege* von der Suspension überhaupt entzogen. Darüber hinaus garantiert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass es zu keinen über das erforderliche Maß hinausgehenden Notstandsmaßnahmen kommt,[453] wobei der EGMR sowohl hinsichtlich des Vorliegens eines Notstands als auch im Hinblick auf die Frage, ob die ergriffenen Maßnahmen unbedingt erforderlich waren, die Kompetenz zur Nachprüfung in Anspruch nimmt.[454] Wie der EGMR im Fall *Irland* ausführte, kommt den Konventionsstaaten jedoch bei der Beurteilung dieser Fragen ein - aus den außergewöhnlichen Umständen resultierender[455] - weiter Beurteilungsspielraum („*wide margin of appreciation*“) zu. Da die nationalen Behörden in kontinuierlichem Kontakt mit den dringenden Bedürfnissen des Augenblicks stünden, seien diese in einer besseren Position darüber zu befinden, ob ein Notstand vorliege und in welchem Ausmaß Grundrechtssuspensionen notwendig wären.[456]

Kriterien, welche der EGMR bei der Prüfung der Grenzen des Beurteilungsspielraums heranzieht, sind neben der Natur der suspendierten Rechte die Umstände des konkreten Falls sowie die Dauer der Notstandslage. Der EGMR nimmt sohin keine *ex-post* Beurteilung der Wirksamkeit der getroffenen Maßnahmen vor, sondern stellt auf die Nachvollziehbarkeit bzw Er-

---

[450] Vgl *Berka*, Das liberale Grundprinzip des österreichischen Verfassungsrechts, in FS Mantl (2004) 13 (19 f).
[451] *Karl*, Menschenrechte im Staatsnotstand, in Hagen/Mader (Hrsg), Gewalt und Recht (1997) 95 (97).
[452] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 2.
[453] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 2.
[454] Diese Prüfungskompetenz beanspruchte die EKMR bereits im ersten Art 15 EMRK betreffenden Fall (EKMR 26.09.1958, 176/56 §§ 129m 143). *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 4.
[455] Vgl *Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the ECHR, ZaöRV 1996, 240 (292 f).
[456] EGMR 18.01.1978, 5310/71 (Irland/Großbritannien) § 207. Vgl *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 5.

forderlichkeit der Maßnahmen ab.[457] Insgesamt kommt den Staaten damit ein sehr weiter Beurteilungsspielraum zu, was zT breite Kritik am EGMR und seiner Funktion als „*‚last-resort' protector of the fundamental rights and freedoms*" hervorgerufen hat.[458]

Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit geht der EGMR mehrstufig vor: Zunächst beurteilt der EGMR, ob und weshalb Maßnahmen, welche innerhalb der ordentlichen Grenzen der Konvention gesetzt werden können, nicht ausgereicht hätten, um der Notstandssituation effektiv zu begegnen.[459] Während der Gerichtshof in allen die Situation in Nordirland betreffenden Fällen die Erforderlichkeit bejahte, verneinte der EGMR in den Fällen *Aksoy/Türkei*[460] sowie *Demir/Türkei*[461] das Vorliegen von unbedingt erforderlichen Maßnahmen mit Hinweis darauf, dass die Regierung keine Gründe dafür anführen konnte, weshalb der Kampf gegen den Terrorismus eine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle der Anhaltung von Personen notwendig mache.[462]

Zuletzt nimmt der EGMR noch eine umfassende, die Natur der suspendierten Rechte, die Umstände sowie die Dauer des Notstands berücksichtigende Abwägung vor, wobei der Gerichtshof insb auch darauf abstellt, welche Maßnahmen zur Verhinderung von Missbrauch gesetzt wurden.[463] Im Rahmen der vorgenommenen Abwägung jedenfalls unverhältnismäßig sind unsachliche Diskriminierungen. So sah der EGMR in der britischen Notstandsgesetzgebung nach dem 11. September 2001, welche es ermöglichte, verdächtige ausländische Terroristen in Haft zu nehmen, eine nicht sachlich zu rechtfertigende Diskriminierung in Bezug auf Art 5 Abs 1 EMRK.[464] Auch die Dauer des Notstands bezieht der EGMR in seine Abwägung mit ein. Dass der EGMR für die Dauer einer anhaltenden Krise keine zeitliche Begrenzung von Notstandsmaßnahmen fordert,[465] wurde vermehrt mit dem Hinweis darauf kritisiert, dass dieser dadurch die Botschaft vermittle, die Konventionsstaaten könnten sich in einen - die demokratischen Freiheitsgarantien unterwandernden[466] - Zustand „dauerhaften Notstandes"

---

[457] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 5.
[458] Vgl die Sondervoten von *Pettiti* und *Martens* im Fall Brannigan & McBride/Großbritannien. EGMR 25.05.1993, 14553/89. Vgl *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 6.
[459] *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention § 2 Rz 11; *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 18.
[460] EGMR 18.12.1996, 21987/93 §§ 83 f.
[461] EGMR 23.09.1998, 21380/93 §§ 49 ff.
[462] *Grabenwarter/Pabel*, Menschenrechtskonvention § 2 Rz 11.
[463] Vgl dazu EGMR 01.07.1961, 332/57 (Lawless/Irland) § 37; EGMR 18.01.1978, 5310/71 (Irland/Großbritannien) § 220.
[464] EGMR 19.02.2009, 3255/05 (A.u.a./Großbritannien) §§ 189 f. *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 19 f.
[465] Vgl EGMR 25.05.1993, 14553/89 (Brannigan & McBride/Großbritannien) § 43.
[466] Vgl *Finke*, Notstand, <manager-magazin.de/politik/meinungen/ voelkerrechtler-finke-notstand-langfristig-eine-gefaehrdung-fuer-demokratie-a-1093294-2.html> (12.07.2016).

begeben.[467]

Weitere Beschränkungen der Suspension von Grundrechten ergeben sich aus völkerrechtlichen Verpflichtungen, welche einen unmittelbaren Zusammenhang zum Menschenrechtsschutz aufweisen.[468] Keine völkerrechtlichen Verpflichtungen zu verletzen, stellt eine Bedingung für die Rechtsmäßigkeit von Suspensionsmaßnahmen nach Art 15 EMRK dar. Beachtenswert ist hierbei insb der IPbpR (UN-Pakt II), der im Vergleich zu Art 15 EMRK einen umfangreicheren Katalog notstandsfester Rechte enthält. Es entspricht hM,[469] dass ein Konventionsstaat, welcher auch den IPbpR ratifiziert hat, nicht das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art 9 EMRK) suspendieren kann. Eine weitere Verpflichtung, welche für Ratifikationsstaaten des IPbpR hinzutritt, besteht in der amtlichen Verkündigung des Notstandsfall (Art 4 IPbpR). „Sonstige völkerrechtliche Verpflichtungen" können sich des Weiteren auch aus den Genfer Rotkreuzabkommen[470] sowie für Unionsstaaten aus den Unionsgrundrechten ergeben.[471]

c) Notstandsfeste Rechte

Art 15 Abs 2 EMRK enthält einen Katalog von Menschenrechten, welche auch im Notstand absolut indispensabel sind. Dazu gehören das Recht auf Leben (Art 2 EMRK),[472] das Folterverbot (Art 3 EMRK), das Verbot der Sklaverei (Art 4 Abs 1 EMRK) und der Grundsatz *nulla poena sine lege* (Art 7 EMRK). Ebenso kann seit dem Abschluss des 13. ZPMRK auch in Kriegszeiten nicht von der Abschaffung der Todesstrafe abgegangen werden.[473] Wie *Lukan* festhält, handelt es sich dabei um eine taxative Aufzählung,[474] weshalb insb die Verfahrensgarantien der Art 5 und 6 EMRK nicht vom Suspensionsverbot umfasst sind.[475] Den Schutz der

---

[467] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 21.
[468] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 22.
[469] Vgl etwa *Siess-Scherz* in Korinek/Holoubek, Art 15 EMRK Rz 22; *Krieger* in Grote/Marauhn (Hrsg), EMRK/GG - Konkordanzkommentar (2006) Kapitel 8 Rz 26.
[470] Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte im Felde vom 12. August 1949, BGBl 155/1953; Genfer Abkommen zur Verbesserung des Loses der Verwundeten und Kranken der bewaffneten Kräfte zur See vom 12. August 1949, BGBl 155/1953; Genfer Abkommen über die Behandlung der Kriegsgefangenen vom 12. August 1949, BGBl 155/1953; Genfer Abkommen über den Schutz von Zivilpersonen in Kriegszeiten vom 12. August 1949, BGBl 155/1953.
[471] Zur Schranken der Suspension von Grundrechten aus dem Unionsrecht vgl Kapitel 5, V. 2.
[472] Davon ausgenommen sind auf rechtmäßigen Kriegshandlungen beruhende Todesfälle. Wie *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 29 überzeugend darlegt, stellt die Ausnahme vom Suspensionsverbot des Art 2 EMRK auf das humanitäre Völkerrecht (*ius in bello*) ab. Das *ius ad bellum* ist davon nicht umfasst.
[473] In Friedenszeiten war zuvor bereits für Friedenszeiten durch das 6. ZPMRK notstandsfest abgeschafft worden.
[474] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 28.
[475] Vgl dazu auch *Krieger* in Grote/Marauhn (Hrsg), EMRK/GG - Konkordanzkommentar (2006) Kapitel 8 Rz

Rechte aus Art 5 EMRK versucht der EGMR, der hierbei von der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte in San Jose sowie dem UN-Menschenrechtsausschuss abweicht, durch eine zeitliche Begrenzung der Inhaftierung ohne richterlichen Beschluss zu sichern.[476]

d) Verfahren

Um den Konventionsstaaten die Möglichkeit zur Nachkontrolle und einer etwaigen Staatenbeschwerde zu geben sowie einen bestimmten Publizitätsgrad zu erreichen, statuiert Art 15 Abs 3 EMKR die Verpflichtung für die Konventionsstaaten, bei Inanspruchnahme der Suspensionsklausel den Generalsekretär des Europarates über die getroffenen Maßnahmen und deren Notwendigkeit zu informieren. Die Mitteilung an den Generalsekretär hinsichtlich der erlassenen Notstandsgesetze und der Art deren Vollziehung muss dabei so ausführlich sein, dass es den anderen Staaten möglich ist, die „Art und Tragweite der Suspensionsmaßnahmen bezüglich der Konventionsrechte abschätzen zu können".[477]

Die Benachrichtigung selbst stellt keine Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Suspension von Grundrechten dar, sondern kann vielmehr auch erst nachträglich ergehen. Sie hat jedoch „ohne ausweichliche Verzögerung"[478] zu erfolgen. Als verspätet erachtete die Kommission die erst nach mehreren Monaten komplettierte Verständigung im *Griechenland*-Fall.[479] Nicht abschließend beantwortet ist die Frage nach den Folgen einer unterlassenen Benachrichtigung. Jedenfalls hat ein Staat, welcher von Art 15 EMRK Gebrauch macht bzw machen will, dies in irgendeiner Weise bekannt zu geben.[480]

e) Anwendbarkeit in Österreich

Die hM steht auf dem Standpunkt,[481] dass Art 15 EMRK in Österreich aufgrund des Günstigkeitsprinzips des Art 53 EMKR keine Anwendung findet. Dies wird damit begründet, dass die rein innerstaatliche Rechtsordnung - nach der Aufhebung des Art 20 StGG - keine dem Art 15 EMRK korrespondierende Suspensionsklausel enthält, weshalb eine Anwendung des Art 15 EMRK eine Beschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes iSd Art 53 EMRK dar-

---

40.
[476] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 28.
[477] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 32. Vgl EKMR 19.12.1959, 332/57 (Lawless/Irland) § 80.
[478] Vgl dazu EKMR 19.12.1959, 332/57 (Lawless/Irland) § 80.
[479] EKMR 05.11.1969, 3321/67 (Dänemark ua/Griechenland) § 46.
[480] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 33.
[481] So etwa *Ermacora*, Menschenrechte (1988) Rz 1092; *Siess-Scherz* in Korinek/Holoubek, Art 15 EMRK Rz 3; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] (2015) Rz 1344.

stelle.[482] *Rosenzweig* führt darüber hinaus ins Treffen, dass ein Berufung auf Art 15 EMRK auch in Absehung von Art 53 EMRK ausschließlich dem Bundesverfassungsgesetzgeber zukomme,[483] also stets ein Tätigwerden des Verfassungsgesetzgebers vonnöten sei.[484]

Im Anschluss an die neuere Lehrmeinung von *Lukan* ist der Ansicht der hM jedoch aus folgenden Gründen nicht zu folgen: Da Art 15 EMRK keine Auswirkungen auf den innerstaatlich gewährleisteten Grundrechtsbestand zeitigt, wäre es, wie *Lukan* zutreffend ausführt, verfehlt, Art 53 EMRK, dessen Zweck gerade im Schutz der innerstaatlichen Grundrechte besteht, zur Begründung der Nichtanwendbarkeit des Art 15 EMRK heranzuziehen.[485] Mangels in Art 15 EMRK statuierter Anforderungen an die Form der suspendierenden Norm steht des Weiteren der Gebrauch der Suspensionsklausel nicht nur dem Verfassungsgesetzgeber, sondern auch dem einfachen Gesetzgeber zu.[486]

Auch wenn man von einer Suspendierungsmöglichkeit gem Art 15 EMRK in unterbundesverfassungsgesetzlichem Wege - etwa in Form einer Notverordnung des Bundespräsidenten[487] - ausgeht, kann einem Verfassungsgesetzgebungsnotstand der zutreffenden Auffassung *Fisters* zufolge nicht wirksam begegnet werden, da Art 15 EMRK lediglich eine Suspension von „in der Konvention vorgesehenen Verpflichtungen“ vorsieht. Eine auf Art 15 EMRK gestützte Suspendierung anderer innerstaatlicher Grundrechte scheidet somit aus. Wie *Fister* moniert, führt die „doppelte Verbürgung“ grundrechtlicher Garantien letztendlich dazu, „dass selbst im Falle der Suspendierung eines Grundrechts der EMRK im Wege einer Notverordnung immer noch das spiegelbildliche Grundrecht der österreichischen Verfassungsordnung unverrückbar Geltung beansprucht“.[488] Die Auswirkungen einer Aussetzung beschränken sich somit auf in der EMRK günstiger festgelegte Garantien, also etwa Art 8, 10 oder 11 EMRK.[489]

2. Unionsrecht

a) Die Notstandsgeneralklausel des Art 347 AEUV

Zwar stellt das Unionsrecht eine vom nationalen Verfassungsrecht abzugrenzende Rechtsord-

---

[482] *Ermacora*, Menschenrechte Rz 1092; *Siess-Scherz* in Korinek/Holoubek, Art 15 EMRK Rz 3; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht[11] Rz 1344.
[483] *Rosenzweig*, Die Entwicklung der Grundrechte in Österreich in 2. ÖJT II/2 (1964) 26 (39).
[484] *Fister*, Notstandsverfassung 245 f.
[485] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 34.
[486] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 34. So schon *Aichlreiter*, Verordnungsrecht II 909. Vgl auch *Fister*, Notstandsverfassung 246.
[487] Vgl dazu *Aichlreiter*, Verordnungsrecht II 909.
[488] *Fister*, Notstandsverfassung 246.
[489] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 34.

nung dar, aufgrund der dem Unionsrecht zukommenden unmittelbaren Anwendbarkeit und seines Anwendungsvorrangs vor dem gesamten[490] staatlichen Recht sowie der inzidenten Prüfungszuständigkeit aller nationalen Behörden können die in den Verträgen enthaltenen notstandsrechtlichen Bestimmungen, welche in besonderen Fällen ein Abgehen vom Unionsrecht ermöglichen, jedoch als „Notstandsverfassungsrecht iwS" betrachtet werden.[491]

Neben zahlreichen bereichsspezifischen Vorbehalten bzw Sicherheitsklauseln wie Art 36, 45, 52, 62, 65 oder 72 AEUV sieht das Europarecht eine Notstandsgeneralklausel (Art 347 AEUV) vor, die den MS als *ultima ratio* die Möglichkeit einräumt, vom gesamten Recht der Verträge abzuweichen.[492] Damit sollen die MS in die Lage versetzt werden, in Krisensituationen zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung von den unionsrechtlichen Verpflichtungen abzuweichen. Die ergriffenen Maßnahmen müssen dabei verhältnismäßig sein und mit der Notstandslage in unmittelbaren Zusammenhang stehen. Die Fälle, in denen Art 347 AEUV eine Abweichung erlaubt, betreffen schwerwiegende innerstaatliche Störungen der öffentlichen Ordnung, Krieg bzw Kriegsgefahr sowie die Aufrechterhaltung des Friedens, wobei der EuGH nur in außergewöhnlichen Fällen bei einer Störung der öffentlichen Ordnung von einem Notstand ausgeht. Eine solche Situation wird regelmäßig erst dann anzunehmen sein, wenn das ordnungsgemäße Funktionieren des Staatswesen ganz oder teilweise gefährdet ist oder die Verfassungsordnung zusammenzubrechen droht.[493] Praktisch fallen unter den europarechtlichen Notstandsbegriff wohl mehr oder weniger dieselben Ereignisse, welche der EGMR als Notstand iSd Art 15 EMRK qualifiziert, also etwa weit verbreiteter Terrorismus, revolutionsähnliche Zustände sowie technische Unglücksfälle, die das verfassungsgemäße Funktionieren der staatlichen Ordnung ernstlich bedrohen. Demgegenüber kommt Art 347 AEUV bei ausgiebigen Streikhandlungen, zeitweilen Versorgungskrisen und isolierten Terrorakte nicht zur Anwendung.[494]

Mit der Möglichkeit vom gesamten Recht der Verträge abzuweichen, erlaubt Art 347 AEUV

---

[490] Aus verfassungsrechtlicher Sicht geht die österreichische Lehre jedoch von einem Vorrang der Grundprinzipien der Bundesverfassung aus, welche insofern sog „Integrationsschranken" bilden. S dazu *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 158. Vgl auch EuGH, Van Gend en Loos, Slg 1963, 3.

[491] Zum Verhältnis von Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht vgl *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 156 ff.

[492] Vgl dazu *Karpenstein*, Art 347 in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar[3] (2012) Rz 9 ff; *Kokott*, Art 347 AEUV in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV[2] (2012) Rz 46 ff; *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 26.

[493] Bloß wirtschaftliche oder soziale Krisensituationen reichen hingegen nicht für die Anwendung des Art 347 AEUV aus. S dazu *Hummer*, Das griechische Embargo, FS Everling (1995) 511 (531).

[494] *Karpenstein*, Art 347 in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar[3] (2012) Rz 9 ff; *Kokott*, Art 347 AEUV in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV[2] (2012) Rz 46 ff; *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 26.

den MS auch ein Abweichen von den Bestimmungen des Grundrechtsbestands der Union (Art 6 EUV). Nach der Rechtsprechung des EuGH kann die Bestimmung des Art 347 AEUV allerdings nicht dahingehend ausgelegt werden, „dass sie eine Abweichung von den Grundsätzen der [...] Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten zulassen, die als Grundlage der Union niedergelegt sind".[495] Wie *Lukan* zutreffend festhält, stellt eine Suspension von Grundrechten allerdings nicht notwendigerweise in Widerspruch mit dem Grundrechtsschutz.[496]

Wie auch aus den Erläuterungen zu Art 52 GRC hervorgeht, wonach die GRC die Möglichkeit der MS, im Notstandsfall von Art 15 EMRK Gebrauch zu machen nicht berührt, können die MS also gestützt auf Art 347 AEUV von Art 6 Abs 1 EUV abweichen. Innerhalb der Grenzen der EMRK ist es den MS somit gestattet, sich von den in der GRC garantierten Rechten zu dispensieren. Auch ein Abweichen von den als allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts eingestuften Grundrechten iSd Art 6 Abs 3 EUV erlaubt Art 347 AEUV, da diese schon bisher aus der EMRK und den Verfassungsüberlieferungen der MS gewonnen wurden und deshalb keine weitergehende Schranken, welche eine Suspension verbieten würden, darstellen.[497]

b) Der Spezialfall des Art 78 Abs 3 AEUV

Sehen sich ein oder mehrere MS „aufgrund eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen" mit einer Notstandssituation konfrontiert, so sieht Art 78 Abs 3 AEUV vor, dass „der Rat auf Vorschlag der Kommission vorläufige Maßnahmen zugunsten der betreffenden Mitgliedstaaten erlassen" kann. Im Gegensatz zum ehemaligen Art 64 Abs 2 EGV ist in Art 78 Abs 3 AEUV das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit im Rat weggefallen. Auch die bisherige Begrenzung der Geltung von Notstandsmaßnahmen mit sechs Monaten wurde gestrichen, sodass nunmehr Maßnahmen auch für einen längeren Zeitraum ergriffen werden können.[498]

Während der unionsrechtliche Begriff der Notlage eine Krisensituation von erheblichem Gewicht voraussetzt,[499] ist die Notlage gem Art 78 Abs 3 AEUV die Folge des Zustroms von Drittstaatsangehörigen. Insgesamt normiert Art 78 Abs 3 AEUV also ein besonderes Verfah-

---

[495] EuGH 03.09.2008, C-402/05 P, C-415/05 P (Kadi) Rz 303.
[496] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 26.
[497] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 26.
[498] Vgl dazu die Kritik von *Progin-Theuerkauf*, Art 78 AEUV, in Von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht[7] (2015) Rz 34.
[499] Vgl Kapitel 5, V. 2. a).

ren für den Fall, dass durch einen massiven Zustrom von Drittstaatsangehörigen, bei welchen es sich nicht zwingend um Schutzsuchende handeln muss,[500] ein Zusammenbruch des Asylsystems oder ähnlich gravierender Umstände droht.[501]

Während der gegenwärtigen Flüchtlingskrise wurde von Art 78 Abs 3 AEUV bereits mehrfach, allerdings ohne besonderen Erfolg, Gebrauch gemacht: So hat der Rat bereits im September 2015 zwei Beschlüsse gemäß Art 78 Abs 3 AEUV zugunsten von Italien und Griechenland gefasst,[502] um die beiden Schengen-Außengrenzenländer durch Umverteilungsregelungen zu entlasten. Insgesamt sollten dadurch 160.000 Personen, welche einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, von Italien und Griechenland sowie von weiteren Ländern, die sich mit einer Notlage konfrontiert sahen, auf andere EU-Länder verteilt werden.[503]

VI. Leistungsfähigkeit der Notstandsverfassung - Fazit

Das vorangegangene Kapitel diente der Skizzierung des notstandsgerichtlichen Gerüstes der österreichischen Rechtsordnung. Allein der Umfang der obigen Ausführungen zeigt, dass dieses äußerst dünn ist und Gefahr läuft, bei der geringsten Notstandslage einzustürzen anstatt seinen Zweck, die Leistungsfähigkeit der Rechtsordnung auch im Ausnahmezustand zu erhalten,[504] zu erfüllen. Wenngleich die notstandsrechtlichen Bestimmungen während der Zweiten Republik kontinuierlich ausgebaut wurden,[505] sind diese zu sperrig ausgestaltet, um einer wirklichen Notstandslage entgegentreten zu können und stellen daher weitestgehend „totes Recht“ dar.[506]

Während die erste Gruppe der genannten Bestimmungen zur Sicherung der Handlungsfähigkeit bestimmter staatlicher Organe für die Zeit der Ausnahmesituation lediglich eine Verlegung des Sitzes oberster Organe vorgesehen, aber keine Ausdehnung von Handlungsbefugnissen bzw eine Lockerung von Verfahrensabläufen statuieren,[507] sehen die unter die zweite Gruppe einzuordnenden notstandsrechtlichen Normen zwar eine Erweiterung des Kompetenz-

---

[500] Vielmehr sind alle Drittstaatsangehörigen umfasst. Vgl dazu *Progin-Theuerkauf* in Von der Groeben/Schwarze/Hatje, 78 AEUV Rz 35.
[501] *Progin-Theuerkauf* in Von der Groeben/Schwarze/Hatje, 78 AEUV Rz 35.
[502] Beschluss (EU) 2015/1523 des Rates vom 14.9.2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland, ABl L 2015/239, 146; Beschluss (EU) 2015/1601 des Rates vom 22.9.2015 zur Einführung von vorläufigen Maßnahmen im Bereich des internationalen Schutzes zugunsten von Italien und Griechenland, ABl L 2015/248, 80.
[503] *Hummer*, Erlebt Schengen eine „Renaissance“ oder geht es unter?, ALJ 1/2016, 1 (10 f).
[504] Vgl dazu *Koja*, Staatsnotstand 18.
[505] Vgl Kapitel 5, II.
[506] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 2; *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 2.
[507] Vgl *Fister*, Notstandsverfassung 243. S dazu Kapitel 5, IV. 1.2.

rahmens staatlicher Organe vor, tragen jedoch dem Umstand, dass es in Zeiten des Notstands einfach und schnell handzuhabender Instrumente bedarf, nur ungenügend Rechnung.[508]

Fister moniert daher berechtigterweise, dass insb die normierten inhaltlichen Beschränkungen des Notverordnungsrechts des Bundespräsidenten „im Lichte aktueller Bedrohungslagen in mancher Hinsicht als zu beengend [erscheinen]“,[509] was sich *mutatis mutandis* auch von Art 94 Abs 4 B-VG sagen lässt. Er hält zutreffend fest, dass gerade finanziell bedingte Staatskrisen kaum bewältigbar sind, wenn keinerlei Abgabenverpflichtungen verordnet werden dürfen und selbst der Bund[510] lediglich vorübergehend belastet werden darf. Finanzielle Hilfsmaßnahmen für gefährdete und insolvente Banken scheiden damit genauso aus wie Störungen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts mittels des Notverordnungsrechts wirksam begegnet werden kann.[511]

Wie *Fister* des Weiteren zutreffend deklamiert, geht auch das in Art 18 Abs 5 B-VG statuierte Verbot einer Abänderung bundesverfassungsgesetzlicher Bestimmungen zu weit. Zwar muss es dem Bundespräsidenten selbstverständlich versagt sein, das Notverordnungsrecht zu gebrauchen um tiefgreifend in das staatsorganisationsrechtliche Gefüge einzugreifen oder seine Kompetenz über die Notstandssituation hinaus zu prolongieren. Abseits dieser Fälle besteht jedoch ein weites Feld an verfassungsrechtlichen Regelungen, welche im Notstandsfall abgeändert werden müssen. Dies gilt „vor allem für jene Vorfahrensvorschriften, die staatliches Handeln [...] im Ausnahmezustand mitunter [...] unangemessen begrenzen“.[512] Damit spricht *Fister* insb die Grundrechte an,[513] welche nach der bestehenden Verfassungsrechtslage auch im Notstandsfall nicht suspendiert werden dürfen.[514] Dieser Befund gilt, wie oben ausgeführt,[515] selbst dann noch, wenn man im Anschluss an *Lukan* eine - auch im Wege der unterbundesverfassungsgesetzlichen Gesetzgebung mögliche - Anwendung des Art 15 EMRK in Österreich bejaht,[516] da diese Suspendierungsklausel lediglich die Möglichkeit einer Aussetzung von den in der EMRK vorgesehenen Verpflichtungen, keinesfalls jedoch eine Suspen-

---

[508] *Fister*, Notstandsverfassung 246.
[509] *Fister*, Notstandsverfassung 245.
[510] Länder und Gemeinden dürfen nicht einmal vorübergehend belastet werden. Vgl dazu Kapitel 5, IV.
[511] *Fister*, Notstandsverfassung 245. Vgl schon *Merkl*, Verfassungsreform 189.
[512] *Fister*, Notstandsverfassung 245.
[513] *Fister*, Notstandsverfassung 245.
[514] *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht – Band 2^3 (2014) Rz 14.016.
[515] Vgl Kapitel 5, V. 1. e).
[516] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 3.

dierung innerstaatlicher Grundrechte erlaubt.[517]

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass der Grund, weshalb es bislang noch zu einer keiner einzigen Anwendung des Notverordnungsrechts kam, nicht - wie *Raschauer* meint - darin liegt, dass „praktisch keine Konstellation denkbar ist, bei der Maßnahmen der ersten Abhilfe die sofortige Erlassung eines Gesetzes erforderlich machen".[518] Vergangene und gegenwärtige Ereignisse wie die Finanz- oder Flüchtlingskrise haben vielmehr bewiesen, dass ein schnelles Handeln der Legislative sehr wohl geboten sein kann.[519] Auch ist die österreichische Rechtsordnung keineswegs lückenlos, was angesichts der Diskussionen um eine mögliche Insolvenz des Landes Kärntens mehr als offen zu Tage getreten ist.[520] Dass es sich beim Notverordnungsrecht des Bundespräsidenten bzw der Landesregierung um „totes Recht" handelt, liegt vielmehr an der schwerfälligen verfahrensrechtlichen Vorgangsweise der Art 18 und 97 B-VG einerseits und den gravierenden inhaltlichen Kautelen andererseits.[521] Hinzu tritt, wie *Raschauer* zutreffend einwirft, dass seit der B-VGNov 1997[522] mit Art 55 Abs 5 B-VG bei „Gefahr in Verzug" die Möglichkeit von vorerst nicht vom Einvernehmen anderer Organe abhängigen Sicherungsmaßnahmen durch den Bundesminister und damit ein weitaus einfacher handhabbares Instrument geschaffen wurde.[523]

Tatsächlich scheint Art 55 Abs 5 B-VG mA zufolge am ehesten dazu in der Lage zu sein, wirtschaftliche Krisen und Versorgungsengpässe effektiv zu bewältigen, ein umfassendes Notstandsinstrument ist Art 55 Abs 5 B-VG jedoch freilich nicht. Die Verordnungskompetenz des Bundesministers beschränkt sich vielmehr auf die Bereiche Energielenkung, Erdölbevorratung, Versorgungssicherung, Lebensmittelbewirtschaftung und Preisregelung.[524]

Ohne die parlamentarische Rückbindung des Notverordnungsrechts aufzugeben, ist daher eine Novellierung des Notverordnungsrechts des Bundespräsidenten und des Landeshauptmanns sowie des gesamten Notstandsverfassungsrechts insgesamt dringend notwendig, will man *de constitutione ferenda* auf Bundes- bzw. Landesebene über ein Instrument verfügen, mit welchem effektiv Notstandssituationen bekämpft werden können. Ob das im Rahmen des „Si-

---

[517] *Fister*, Notstandsverfassung 246.
[518] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 2.
[519] IdS auch *Fister*, Notstandsverfassung 245.
[520] Vgl dazu *Augustin*, Insolvenzfähigkeit 274.
[521] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 2; *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 2.
[522] BGBl I 1997/2.
[523] *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 2.
[524] Vgl *Neisser* in RSK, Art 55 B-VG Rz 27.

cherheitspakets“[525] geplante „Sicherheitskabinett“ eine derartige Funktion übernehmen können wird, wird entscheidend von der Anbindung des „Sicherheitskabinetts“ an das Parlament abhängen. Ein Gremium, welches zur Ergreifung von Maßnahmen, mit denen eine gewisse Beschränkung der Gewaltenteilung verbunden sein kann, nicht berechtigt ist, scheidet als taugliches Notstandsinstrument schon *ex ante* aus. In Ermangelung entsprechender Kompetenzen wird deshalb auch ein Sicherheitskabinett nicht verhindern können, dass „man - um eine Krise zu meistern und ‚den Staat zu retten‘ - im Ernstfall wohl den Schritt in die Illegalität tun“[526] muss, wie schon *Koja* zutreffend monierte.[527]

[525] Vgl dazu Kapitel 1.
[526] *Koja*, ÖJZ 1975, 209 (209).
[527] DA *Fister*, Notstandsverfassung 246.

Kapitel 6 - Notstandsfälle

Nachdem in den vorigen Kapiteln der Begriff des Staatsnotstands erörtert und die österreichische Notstandsverfassung thematisiert wurden, soll das erarbeitete Instrumentarium in diesem Kapitel auf konkrete Anwendungsfälle bezogen werden. Anhand dreier Beispiele soll dargelegt werden, in welchen Situationen eine Berufung auf „Notstand" gerechtfertigt ist und welche notstandsrechtlichen Instrumente bestehen, um in einer derartigen Lage eine bestmögliche Lösung herbeizuführen. Den Beginn macht mit der sog „Flüchtlingskrise" ein Thema, das die österreichische Politik und Medienlandschaft seit Monaten dominiert. Wie in der Folge aufzeigt wird, kann dabei jenen Stimmen, welche der BReg vorwerfen, künstlich einen Notstand heraufzubeschwören,[528] eine gewisse Berechtigung nicht abgesprochen werden:

I. Die Not mit der „Notverordnung"

Im Rahmen des am 20. Jänner 2016 in Wien abgehaltenen „Asylgipfels" akkordierten Bund, Länder, Städte und Gemeinden eine gemeinsame Flüchtlingsstrategie, damit Österreich aufgrund des Zustroms Schutzsuchender nicht über die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit hinaus belastet werde. Um dieses Ziel zu erreichen, sei „es unbedingt erforderlich, den Flüchtlingsstrom nach Österreich deutlich zu reduzieren. Zu diesem Zweck beabsichtigen Bundesregierung, Länder, Städte und Gemeinden als Richtwert Flüchtlinge im Ausmaß von maximal 1,5 Prozent der Bevölkerung auf einen Planungszeitraum von vier 3 Jahren in folgender Aufteilung degressiv verteilt zum Asylverfahren zuzulassen: 37.500 im Jahr 2016, 35.000 im Jahr 2017, 30.000 im Jahr 2018 und 25.000 im Jahr 2019".[529]

1. Das Gutachten von *Obwexer/Funk*

Mit der völker-, europa- und verfassungsrechtlichen Prüfung der Zulässigkeit einer Begrenzung der Asylverfahren wurden *Bernd-Christian Funk* und *Walter Obwexer* beauftragt. Die beiden Rechtswissenschaftler kamen zum Schluss, dass Österreich völkerrechtlich „nicht verpflichtet [ist], alle auf seinem Hoheitsgebiet einschließlich an der Grenze und in Transitzonen

---

[528] Vgl dazu die überwiegende Anzahl der Stellungnahmen zum Gesamtändernden Abänderungsantrag betreffend das Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das BFA-Verfahrensgesetz geändert werden (996 BlgNR XXV. GP) sowie *Rohrer/Die Presse*, Situationselastischer Umgang mit dem Recht: Notstand auf Vorschuss, <diepresse.com/home/meinung/quergeschrieben/ annelieserohrer/4968562/Situationselastischer-Umgang-mit-dem-Recht_Notstand-auf-Vorschuss> (06.08.2016).

[529] *Bundeskanzleramt*, Asylgipfel am 20. Jänner 2016 - Gemeinsames Vorgehen von Bund, Ländern, Städten und Gemeinden, <bka.gv.at/DocView.axd?CobId=61858> (09.08.2016) 2 f.

von Drittstaatsangehörigen oder Staatenlosen gestellten Anträge auf internationalen Schutz zum Asylverfahren zuzulassen".[530] Es sei allerdings aufgrund des *Refoulement*-Verbots unzulässig, Schutzsuchende in einen Staat aus- oder zurückzuweisen, in dem eine Verletzung der Garantien des Art 3 EMRK drohe. Des Weiteren sei es aufgrund des in Art 3 4. ZP-EMRK verankerten Verbotes der Kollektivausweisung geboten,[531] eine individuelle Prüfung der Anträge von Schutzsuchenden vorzunehmen.[532]

In unionsrechtlicher Hinsicht kamen *Obwexer/Funk* zum Ergebnis, dass Österreich gem Art 20 Abs 1 Dublin III-VO iVm Art 6 Asylverfahrens-RL dazu verpflichtet ist, jeden Antrag auf internationalen Schutz, der auf österreichischem Hoheitsgebiet einschließlich Grenze und Transitzonen erstmalig gestellt wird, ausnahmslos zu prüfen hat. Ihrer Auffassung zufolge könne gemäß Art 72 AEUV davon aber dann abgewichen werden, wenn es aufgrund eines überhöhten Zustroms von Schutzsuchenden zu einer Gefahr für die öffentliche Ordnung oder Sicherheit komme. Eine solche sei nach stRsp des EuGH dann anzunehmen, wenn das Funktionieren der Einrichtungen des Staates und seiner wichtigen öffentlichen Dienste beeinträchtigt sei.[533] Dies sei im Anschluss an die Europäische Kommission etwa bei einem „außergewöhnliche[n] Zustrom von Personen, die um internationalen Schutz ansuchen",[534] der Fall. Eine temporäre Nichtanwendung des sekundären Asylrechts und die dafür erforderliche Abänderung des innerstaatlichen Rechts sei also unionsrechtlich erlaubt, müsse sich aber im verfassungsrechtlich festgesetzten Rahmen bewegen. Während Art 72 AEUV eine vorübergehende Suspension des sekundären Asylrechts erlaube, blieben die in der GRC verankerten Verpflichtungen weiterhin in Geltung. Insgesamt könne Österreich in völker- und unionsrechtlicher Hinsicht somit zu einer Reihe von Maßnahmen greifen, solange keine Beeinträchtigung der durch die EMRK und die GRC[535] garantierten Grundrechte erfolge. Eine *ex ante* definierte Obergrenze iSe absoluten Höchstzahl an zum Asylverfahren zugelassenen Schutzsuchenden sei aufgrund der grundrechtlichen Verbürgungen sowohl völker- als auch unions-

---

[530] *Obwexer/Funk*, Gutachten 81.
[531] Vgl dazu EGMR 20 .12.2007, 45.223/05 (Sultani/Frankreich).
[532] *Obwexer/Funk*, Gutachten 81.
[533] Vgl dazu Kapitel 5, V. 2. b).
[534] *Europäische Kommission*, Stellungsnahme der Kommission vom 23. Oktober 2015 zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der von Deutschland und Österreich wiedereingeführten Binnengrenzkontrollen gemäß Artikel 24 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 (Schengener Grenzkodex), <data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13464-2015-INIT/de/pdf> (09.08.2016).
[535] Vgl etwa die Art 18, 19 und 47 GRC.

rechtlich unzulässig.[536]

In verfassungsrechtlicher Hinsicht schließlich führen *Obwexer/Funk* aus, dass „in Bezug auf die zu begutachtenden Sachverhalte und Rechtsverhältnisse [...] die Grundsätze und Regeln des Völkerrechts, des Unionsrechts und des Verfassungsrechts ein System verbundender, aufeinander bezogener, ergänzender und funktionell voneinander abhängiger Rechtsnormen [bilden]".[537] Wie die Autoren aufzeigen, stellen die Verbürgungen der EMRK sowie der GRC, welche nach jüngerer Rsp des VfGH als Prüfungsmaßstab im Verfahren der Normenkontrolle gemäß Art 144 B-VG herangezogen werden können,[538] auch verfassungsrechtlich die wesentlichen Schranken einer zahlenmäßig bestimmten Höchstgrenze dar.[539]

Wenngleich richtig ist, dass die beiden Autoren, wie *Funk* in einem Interview unlängst betonte, nur aufgezeigt haben, welche gesetzlich erlaubten Maßnahmen zur Begrenzung der Asylverfahren bestehen,[540] so legten sie dem Gesetzgeber dennoch eine Argumentationslinie nahe, wie möglichst effektiv eine rechtlich haltbare „Flüchtlingsabwehrstrategie"[541] betrieben werden kann. Wie aus dem Gutachten hervorgeht, muss sich Österreich „bloß" auf das Vorliegen einer - freilich von Österreich durch „eine objektive, eingehende und auf Zahlenangaben basierende Untersuchung"[542] zu beweisenden - Gefährdung der öffentlichen Ordnung und der inneren Sicherheit iSd Art 72 AEUV berufen, um „nur noch jene Anträge auf internationalen Schutz behandeln [zu müssen], deren Antragsteller andernfalls Gefahr liefen, in einem der einschlägigen Grundrechte verletzt zu werden".[543] Letztlich bedeutet dies, dass Österreich nach Ausrufung eines „Notstandes" iSd Art 72 AEUV grds nur noch Anträge von Personen prüfen müsste, die bei einer Zurück- oder Ausweisung in ihren Rechten aus Art 3 EMRK/Art 4 GRC (Folterverbot), Art 8 EMRK/Art 7 GRC (Achtung des Privat- und Familienlebens) sowie Art 13 EMRK/Art 47 GRC (Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz) verletzt

---

[536] *Obwexer/Funk*, Gutachten 82. DA *Filzweiser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer*, Asyl- und Fremdenrecht - Kommentar (2016) 437 f.
[537] *Obwexer/Funk*, Gutachten 84.
[538] Vgl VfGH 14.3.2012, U 466/11 ua, VfSlg 19.632/2012. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die betreffende Garantie in ihrer Bestimmtheit des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten nach der österreichischen Bundesverfassung gleichen. Wie *Obwexer/Funk*, Gutachten 85 im Anschluss an die hM darlegen, kann aus Art 18 GRC kein individuell vor dem VfGH einklagbares „Recht auf Asyl" abgeleitet werden.
[539] *Obwexer/Funk*, Gutachten 79.
[540] Vgl *Der Standard*, Asyl: Rot und Schwarz nähern sich dem Notstand, <derstandard.at/2000037768217/Asyl-Rot-und-Schwarz-naehern-sich-dem-Notstand> (09.08.2016).
[541] Vgl *Rohrer*/*Die Presse*, Situationselastischer Umgang.
[542] *Obwexer/Funk*, Gutachten 82.
[543] *Obwexer/Funk*, Gutachten 83.

würden.[544]

2. Der neue 5. Abschnitt des AsylG

Der einfachgesetzliche Grundstein zur Begrenzung von Asylverfahren wurde mit der Einfügung eines 5. Abschnittes in das Asylgesetz 2005 gelegt,[545] welches zur Anwendung gelangt, wenn die Bundesregierung im Einvernehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates mit Verordnung feststellt, dass die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit gefährdet sind (§ 36 AsylG). Gelangt der 5. Abschnitt zur Anwendung, der die gleichzeitige Erlassung einer Verordnung zur vorübergehenden Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen gemäß § 10 Abs 2 GrekoG voraussetzt,[546] kann, da § 12 AsylG außer Kraft gesetzt wird und § 40 AsylG das 6. Hauptstück des FPG zur Anwendung bringt, im Ergebnis jeder Schutzsuchende „per Schnellverfahren an der Grenze und ohne Einleitung eines Asylverfahrens in die Nachbarländer zurückgeschickt werden",[547] sofern eine Zurückweisung oder Zurückschiebung nicht aus Gründen der Art 2 und 3 EMRK sowie Art 33 Z 1 GFK unzulässig ist.[548]

§ 41 Abs 2 Z 4 lit a FPG sieht nämlich vor, dass auch Fremde, die zur rechtmäßigen Einreise berechtigt sind, zurückgewiesen werden können, wenn „ihr Aufenthalt im Bundesgebiet die öffentliche Ordnung oder Sicherheit [...] gefährden würde". Da eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder Sicherheit ja bereits Voraussetzung für eine den 5. Abschnitt zur Anwendung bringenden Verordnung gemäß § 36 AslyG ist, wäre das Tatbestandsmerkmal des § 41 Abs 2 Z 4 lit a FPG stets gegeben. Wenn es dazu in den Erläuterungen heißt, dass „nach Stellung des Antrages auf internationalen Schutz [...] nach § 38 Abs 3 [AsylG] von den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes zunächst zu prüfen [ist], ob die Hinderung einer Einreise oder die Zurückweisung gemäß § 41 FPG oder [...] eine Zurückschiebung gemäß § 45 FPG [...] in Betracht kommt",[549] dann bedeutet dies letztlich nichts anderes, als dass dem Asylwerber vor Zurückweisung oder Zurückschiebung an der Grenze (lediglich) Gelegenheit zur Stellungnahme von Gründen zu geben ist, die eine Maßnahme der Hinderung der Einreise, der Zurückweisung oder der Zurückschiebung aus Gründen des Art 2 und 3 EMRK sowie Art 33

---

[544] *Obwexer/Funk*, Gutachten 83 f.
[545] BGBl I 24/2016.
[546] Vgl Erl 4/AUA XXX. GP 28.
[547] *Hummer*, ALJ 1/2016, 21.
[548] Vgl Erl 4/AUA XXX. GP 29.
[549] Erl 4/AUA XXX. GP 29.

Z 1 GFK unzulässig machen würden.[550]

Ermöglicht wird dies durch die das 6. Hauptstück des FPG in Anwendung bringenden §§ 39, 40 AsylG. Während gem § 12 AsylG einem Fremden mit Stellung des Antrages auf internationalen Schutz ein faktischer Abschiebeschutz zukommt, setzt der faktische Abschiebeschutz während der Gültigkeitsdauer des mit Verordnung der Bundesregierung zur Anwendung gebrachten 5. Abschnittes des AsylG erst mit Einbringung des Antrages gem § 17 Abs 2 AsylG ein (§ 39 AsylG). Der Einbringung eines derartigen Antrages hat allerdings eine Befragung gemäß § 19 Abs 1 AsylG und eine erkennungsdienstliche Behandlung zuvor zu gehen (§ 42 Abs 2 BFA-VG). Eine Befragung nach § 19 Abs 1 AsylG erfolgt jedoch nur, wie die Erläuterungen *expressis verbis* festhalten, wenn „eine Hinderung an der Einreise, eine Zurückweisung oder eine Zurückschiebung gemäß dem 6. Hauptstück FPG iVm § 40 unzulässig oder unmöglich ist".[551]

Insgesamt soll die Berufung auf die Notwendigkeit der „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der inneren Sicherheit" (§ 36 AsylG) also ein Abweichen von der in Art 9 Verfahrens-RL statuierten Berechtigung für Schutzsuchsende, bis zur Einbringung des Asylantrages im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedsstaates zu verbleiben, ermöglichen.[552] Schutzsuchende erhalten vor ihrer Zurückweisung bei Anwendung des 5. Abschnitts des Asylgesetzes auch keine schriftliche Entscheidung über die Gründe ihrer Abschiebung oder Zurückstellung, sondern können sich nur *ex post* aus dem Ausland im Wege einer Beschwerde an das jeweilige Landesverwaltungsgericht wenden (§ 41 AsylG). Ob ein solches Vorgehen mit dem in Art 13 EMRK verbürgten Recht auf effektiven Rechtsschutz vereinbar ist, ist mehr als fraglich.[553] Kaum verwunderlich also, dass die Novellierung des Asylgesetztes 2005 nicht nur von namhaften Vertretern von Menschenrechtsorganisationen gerügt wurde,[554] sondern auch von einer Reihe von Institutionen während der - erst aufgrund massiver Proteste eingeräumten, verkürzten einwöchigen - Begutachtungsfrist schwerwiegende völker- und europarechtliche Bedenken geäußert wurden,[555] auf welche in weiterer Folge eingegangen wird:

---

[550] Vgl Erl 4/AUA XXX. 30.
[551] Erl 4/AUA XXX. GP 30.
[552] Erl 4/AUA XXX. GP 31.
[553] Im Fall *Mohammed/Austria* (EGMR 6.6.2013, 2283/12) hat der EGMR ein vergleichbares als Verstoß gegen Art 13 EMRK gewertet. Vgl dazu *Hummer*, ALJ 1/2016, 22.
[554] So etwa vom Menschenrechtskommissar des Europarates, Nils *Muizniks*, oder auch UNHCR. Vgl dazu *Hummer*, Erlebt Schengen eine „Renaissance" oder geht es unter?, ALJ 1/2016, 21.
[555] Vgl *Hummer*, Erlebt Schengen eine „Renaissance" oder geht es unter?, ALJ 1/2016, 21.

3. „Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit“ - Genügt ein „Notstand light“ zur Suspendierung europarechtlicher Verpflichtungen?

Wie aus den Erläuterungen zu § 36 AsylG hervorgeht, fußt die Verordnungsermächtigung darauf, „dass bei Vorliegen entsprechender Gründe gemäß Art 72 AEUV eine Rechtfertigung zur Abweichung von sekundärrechtlichen Bestimmungen des Unionsrechts besteht“.[556] Der Gesetzgeber rezipiert dabei die Rechtsauffassung von *Obwexer/Funk*, wonach „Art 72 AEUV so zu verstehen ist, dass er im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht nur die Kompetenzen der Union limitiert, sondern zusätzlich den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit einräumt, aus Gründen der öffentlichen Ordnung und/oder der inneren Sicherheit von den aus Titel V AEUV resultierenden sekundärrechtlichen Vorgaben abzuweichen“.[557]

Zwar räumen *Obwexer/Funk* ein, dass eine derartige Kompetenz aus dem Wortlaut des Art 72 AEUV nicht ausdrücklich hervorgehe. Da Art 72 AEUV allerdings im Kontext von Art 4 Abs 2 AEUV auszulegen sei, wonach die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der nationalen Sicherheit weiterhin in die alleinige Zuständigkeit der MS fällt, lege dies den Schluss nahe, „dass Art 72 AEUV für den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht ausschließlich die Reichweite der Kompetenzen der Union begrenzt, sondern darüber hinaus einen zusätzlichen Inhalt normiert, der sachgerecht nur in der Möglichkeit für die Mitgliedsstaaten bestehen kann, von den unionsrechtlichen Vorgaben aus Titel V AEUV abzuweichen“.[558] Die Berücksichtigung des Zieles und Zweckes des Art 72 AEUV unterstützte nach *Obwexer/Funk* diese Interpretation.[559]

Die Erläuterungen zu § 36 AsylG knüpfen an diese Auffassung an und führen weiter aus, dass die aus Art 72 AEUV in § 36 AsylG übernommenen Begriffe zum Ausdruck bringen würden, dass die Erlassung einer Verordnung der Bundesregierung bereits dann gerechtfertigt ist, „wenn auf Basis der Prognosen zur Entwicklung der Antragszahlen auf internationalen Schutz in Kombination mit den Erfahrungswerten der Vergangenheit und aktueller internationaler Entwicklungen damit gerechnet werden kann, dass ohne Anwendung der Sonderbestimmungen eine Gefährdung der Funktionsfähigkeit der staatlichen Einrichtungen und Systeme zu

[556] Erl 4/AUA XXX. GP 28.
[557] *Obwexer/Funk*, Gutachten 17.
[558] *Obwexer/Funk*, Gutachten 17.
[559] *Obwexer/Funk*, Gutachten 17.

erwarten ist".[560]

Allerdings ist die von *Obwexer/Funk* vertretene und vom Gesetzgeber übernommene Rechtsauffassung, aus Art 72 AEUV eine Kompetenz der MS zur Erlassung von - die Vorgaben aus Titel V AEUV zur Seite schiebende - Bestimmungen zur Begrenzung von Asylverfahren abzuleiten, mA zufolge aus mehreren Gründen verfehlt: Zunächst ist festzuhalten, dass die überwiegende Ansicht in Art 72 AEUV zwar tatsächlich eine Ermächtigung zugunsten der Mitgliedstaaten sieht,[561] zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der inneren Sicherheit vom geltenden Sekundärrecht abzuweichen, allerdings nur unter außergewöhnlichen Umständen:[562] Eine Abweichung vom Sekundärrecht sei nur dann zulässig, wenn der Bestand des Staates und seiner Einrichtungen gefährdet ist und nicht schon bei einer bloßen Beeinträchtigung seiner Funktionsfähigkeit.[563]

Erfährt die Auffassung, dass Art 72 AEUV unter bestimmten Umständen auch eine Ermächtigung zugunsten der Mitgliedsstaaten statuiert, in der Literatur also durchaus Zustimmung, so darf nicht übersehen werden, dass Art 72 AEUV in erster Linie eine Schranke für die Ausübung der EU-Kompetenzen im Bereich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechtes darstellt, in dem gemäß Art 67 Abs 1 AEUV die Grundrechte und die verschiedenen Rechtsordnungen und -traditionen der Mitgliedsstaaten geachtet werden. Darin kommt zum Ausdruck, dass der EU in diesem Bereich, zu welchem im Speziellen jener der „Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung" (Art 77 AEUV) zählt, keine ausschließliche Kompetenz zukommt, sondern es sich hierbei um zwischen der EU und ihren MS geteilte Kompetenzen iSd Art 4 Abs 2 lit j AEUV handelt. Es nimmt den Unionsgesetzgeber allerdings auch in die Pflicht, eine konsistente Migrations- und Asylpolitik zu betreiben[564] sowie den Mitgliedstaaten die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit zu ermöglichen.[565]

Dieser „Pflicht" ist der Unionsgesetzgeber mit der Erlassung diverser sekundärrechtlicher

---

[560] Erl 4/AUA XXX. GP 28.
[561] *Breitenmoser/Weyeneth*, Art 72 AEUV, in Von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht[7] (2015) Rz 20; *Herrnfeld*, Art 72 AEUV, in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar[3] (2012) Rz 3. AA *Thym*, Art 72 AEUV, in Beck´scher Online-Kommentar AuslR[10] (2015) Rz 1.
[562] *Breitenmoser/Weyeneth* in Von der Groeben/Schwarze/Hatje, Art 72 AEUV Rz 20.
[563] *Rossi*, Art 72 AEUV, in Callies/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV[4] (2011) Rz 4. Vgl dazu auch 361/SN XXV. GP (Stellungnahme des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte im Begutachtungsverfahren betreffend den Gesamtändernden Abänderungsantrag betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Asylgesetz 2005, das Fremdenpolizeigesetz 2005 und das BFA-Verfahrensgesetz geändert werden) 2.
[564] *Hummer*, ALJ 1/2016, 8.
[565] 361/SN XXV. GP 3.

Bestimmungen, für die Art 72 AEUV die materielle Rechtsgrundlage bildet, nachgekommen.[566] So enthält das Kapitel II des Titel III des Schengener Grenzkodex (2016)[567] Bestimmungen über die vorübergehende Wiedereinführung von Grenzkontrollen an den Binnengrenzen im Falle einer ernsthaften Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit für höchstens 30 Tage (Art 25 Schengener Grenzkodex 2016).[568] Ein besonderes Verfahren für außergewöhnliche Umstände sieht Art 29 Abs 1 Schengener Grenzkodex 2016 vor: Ist das Funktionieren des Schengenraums aufgrund andauernder schwerwiegender Kontrollmängel an den Außengrenzen insgesamt gefährdet und stellen diese Umstände einer ernsthafte Bedrohung der öffentlichen Ordnung oder der inneren Sicherheit des Schengenraums oder Teilen davon dar, so ist den MS die temporäre Wiedereinführung von Kontrollen an den Binnengrenzen erlaubt.[569]

Im Bereich des Asylwesens enthält das Unionsrecht neben Art 78 Abs 3 AEUV in Art 21 und 24 RL 2004/83 sowie der MassenzustromRL[570] im Vergleich zu Art 72 AEUV speziellere Bestimmungen zur Bewältigung eines plötzlichen Zustroms von Drittstaatsangehörigen. Im Anschluss an die Stellungnahme des Ludwig Boltzmann Institutes für Menschenrechte betreffend den Gesamtändernden Abänderungsantrag ist davon auszugehen, „dass ein Mitgliedsstaat zunächst vergeblich versucht [...] [haben muss], die in diesen Bestimmungen vorgesehenen Mechanismen vorzuschlagen“,[571] bevor er unter Berufung auf Art 72 AEUV vom EU-Recht abweichende Sonderregelungen treffen kann.

Vermehrt wurde im Gutachten von *Obwexer/Funk* darauf hingewiesen, dass die Kommission in ihrer Stellungnahme vom 23.10.2015 zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der von Deutschland und Österreich wiedereingeführten Binnengrenzkontrollen[572] den Standpunkt vertreten habe, dass der massive Zustrom von Schutzsuchenden eine Gefahr für die öffentliche Ordnung und die staatliche Sicherheit darstelle.[573] Aus der Stellungnahme der Kommissi-

---

[566] 361/SN XXV. GP 3.
[567] Verordnung (EU) 2016/399.
[568] *Hummer*, ALJ 1/2016, 14.
[569] Vgl *Hummer*, ALJ 1/2016, 13.
[570] RL 2001/55/EG.
[571] 361/SN XXV. GP 3.
[572] Stellungnahme der Kommission vom 23.10.2015 zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der von Deutschland und Österreich wiedereingeführten Binnengrenzkontrollen gemäß Art 24 Abs 4 der Verordnung (EG) Nr 562/2006, <ec.europa.eu/dgs/home-affairs/e-library/documents/policies/borders-and-visas/general/docs/commission_opinion_necessity_proportionality _controls_internal_borders_germany_austria_en.pdf> (10.08.2016).
[573] *Obwexer/Funk*, Gutachten 42 f.

on, die bloß die temporäre Wiedereinführung von Grenzkontrollen unter der Prämisse, dass „die Anwendung besonderer Bestimmungen zum Asylrecht und zum internationalen Schutz" (Art 13 Schengener Grenzkodex 2016) unberührt bleiben,[574] zum Gegenstand hatte, lässt sich allerdings keinesfalls eine Ermächtigung der Kommission ableiten, auch andere Maßnahmen als die notifizierten Grenzkontrollen treffen zu können.[575] Dass die von *Obwexer/Funk* vertretene und vom Gesetzgeber übernommene Rechtsauffassung verfehlt ist, tritt schließlich offen zu Tage, wenn es in den Erwägungsgründen des Schengener Grenzkodex 2016 *expressis verbis* heißt, dass „Migration und das Überschreiten der Außengrenzen durch eine große Anzahl von Drittstaatsangehörigen nicht an sich als Gefahr für die öffentliche Ordnung oder die innere Sicherheit betrachtet werden sollte".[576] Aufgrund der massenhaften Sekundärmigration und der Gefahr, dass sich unter den Migranten auch Terroristen befinden, könne im Ausnahmefall jedoch eine Wiedereinführung von Grenzkontrollen - und nicht eine *de facto* zahlenmäßige Beschränkung von Asylverfahren - geboten sein.[577]

Eine bloße Gefährdung der Funktionsfähigkeit des Asylsystems und seiner Unterbringungsmöglichkeiten, des Sozialsystems, des Gesundheitssystems, des Bildungssystems und des Arbeitsmarktes,[578] rechtfertigt somit keinesfalls ein Vorgehen nach § 36 AsylG. Aber auch beim Eintritt einer Notlage iSd Art 78 Abs 3 AEUV ist die Rechtmäßigkeit eines derartigen Vorgehens anzweifeln, statuiert Art 78 Abs 3 AEUV bekanntlich eine Kompetenz der Unionsorgane und nicht der MS.[579] So liegt es etwa auch in den Händen des Rates, festzustellen, ob ein für die Anwendung des sehr flexibel zu handhabenden Instrumentes der Massenzustrom-RL notwendiger „Massenzustrom" vorliegt.[580] Erst im Falle eines tatsächlichen Notstandes im oben definierten weiten Sinn, also wenn durch den Zustrom an Schutzsuchenden das Wirtschafts- und Sozialleben in einem Ausmaß gestört wird, dass dadurch eine massive Gefahr für die Bürger ausgeht,[581] und das ordnungsgemäße Funktionieren des Staatswesens - und nicht bloß eine Überlastung einiger seiner Systeme - ganz oder teilweise gefährdet ist,[582]

---

[574] 401/SN XXV. GP 5.
[575] Vgl dazu auch 361/SN XXV. GP 3 sowie 401/SN XXV. GP 5.
[576] Erwägungsgrund 26 Schengener Grenzkodex (Kodifizierter Text), ABl L 2016/77 1 f.
[577] Erwägungsgrund 25 Schengener Grenzkodex (Kodifizierter Text), ABl L 2016/77 1 f. Vgl *Hummer*, Erlebt Schengen eine „Renaissance" oder geht es unter?, ALJ 1/2016, 10.
[578] *Obwexer/Funk*, Gutachten 42.
[579] Vgl dazu Kapitel 5, V. 2. b).
[580] Vgl dazu auch 361/SN XXV. GP 3.
[581] *Koja*, Staatsnotstand 28.
[582] Bloß wirtschaftliche oder soziale Krisensituationen reichen hingegen nicht für die Anwendung des Art 347 AEUV aus. S dazu *Hummer*, Embargo 531.

kann mA zufolge auf § 36 AsylG zurückgegriffen werden, zudem in einem derartigen Fall regelmäßig auch die Voraussetzungen des Art 347 AEUV erfüllt sein werden.[583]

4. Schlussfolgerungen

Insgesamt stellt § 36 AsylG nichts anderes als den Versuch dar, unter Heranziehung notstandsrechtlichen Vokabulars künstlich einen Zustand heraufzubeschwören, der als Rechtfertigungsgrund für die Abweichung von sekundärrechtlichen Verpflichtungen dienen soll.[584] Wie aufgezeigt wurde, ist jedoch bereits der unionsrechtliche Anknüpfungspunkt für die vom Gesetzgeber vertretene Auffassung, Art 72 AEUV, mit mehreren Fragezeigen behaftet. Selbst wenn der EuGH im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art 258 f AEUV oder eines Vorabentscheidungsverfahrens (Art 267 AEUV) die Ansicht der Lehre bestätigen sollte, dass Art 72 AEUV eine Ermächtigung zugunsten der MS vorsieht im Falle der Gefährdung der öffentlichen Ordnung oder zum Schutz der inneren Sicherheit vom geltenden Sekundärrecht abzuweichen, wird ein Vorgehen nach dem 5. Abschnitt des AsylG bei einer bloßen Überlastung der wesentlichen Ordnungssysteme einer Prüfung vor dem EuGH wohl kaum stand halten. Vielmehr wird eine Inanspruchnahme der Kompetenz des Art 72 AEUV wenn, dann nur bei Vorliegen eines den Bestand des Staates, seiner Einrichtungen und wichtigsten Dienste gefährdenden Notstand (iwS)[585] in Frage kommen.[586]

Schließlich würde ein auf Art 72 AEUV gestütztes Vorgehen nach § 36 AsylG auch bei einer allfälligen Bejahung des Tatbestandsmerkmals der Gefährdung der öffentlichen Ordnung und inneren Sicherheit nicht mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar sein, da sowohl Primär- (Art 78 Abs 3 AEUV) als auch Sekundärrecht andere Maßnahmen - etwa jene nach der Massenzustrom-RL - zur Behandlung von Anträgen auf internationalen Schutz bieten,[587] die im Verhältnis zu einem Vorgehen nach dem 5. Abschnitt des Asylgesetzes bei gleichem Ergebnis weniger tiefgreifend in die Grundrechtsposition von Schutzsuchenden eingreifen.[588]

Vergleicht man die verfassungsgesetzlich eingeräumten Notstandsbefugnisse mit § 36 AsylG, so fällt auf, dass der Bundesregierung vom einfachen Gesetzgeber ohne wesentliche inhaltli-

---

583 Vgl dazu Kapitel 5, V. 2. a).
584 So etwa *Rohrer/Die Presse*, Situationselastischer Umgang mit dem Recht: Notstand auf Vorschuss, <diepresse.com/home/meinung/quergeschrieben/annelieserohrer/4968562/Situationselastischer-Umgang-mit-dem-Recht_Notstand-auf-Vorschuss> (06.08.2016).
585 Vgl oben Kapitel 3, I. 12.
586 DA *Rossi*, Art 72 AEUV, in Callies/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV Rz 4. Vgl dazu auch 361/SN XXV. GP.
587 Vgl 401/SN XXV. GP 9.
588 401/SN XXV. GP 9; 361/SN XXV. GP 4.

che Vorgaben ein derart weitgehender Gestaltungsspielraum eingeräumt wird,[589] dass man im Anschluss an die Stellungnahme des Ludwig Boltzmann Instituts für Menschenrechte mit guten Gründen auch von einer gegen Art 18 Abs 1 B-VG verstoßenden formalgesetzlichen Delegation sprechen kann.[590] Dieser Schluss legt sich, ohne an dieser Stelle näher auf diese Frage einzugehen, insb unter Berücksichtigung der Tatsache nahe, dass die oben behandelten verfassungsrechtlich eingeräumten Notverordnungsrechte keinesfalls gegen die Verfassung verstoßen dürfen,[591] während gestützt auf § 36 AsylG ein Organ der Vollziehung das - im Stufenbau der Rechtsordnung noch über dem Verfassungsrecht stehende[592] - Unionsrecht zumindest partiell suspendieren kann.[593]

II. Das österreichische Notstandsrecht als Instrument der Terrorbekämpfung?

1. Terror in Europa

Gegenüber der Flüchtlingskrise, in der eine Berufung auf Notstand wohl nur in den seltensten Fällen sachlich gerechtfertigt sein wird, stellt der „transnationale Terrorismus"[594] eine Bedrohung dar, zu deren Abwehr Staaten sich durchaus ihrem Notstandsstandrecht bedienen können. Sofern es sich nicht um isolierte terroristische Einzelakte handelt, die in keinem größeren organisatorischen Zusammenhang mit anderen Terrorakten stehen, kommt auch eine auf Art 15 EMRK gestützte Suspension von Grundrechten in Frage. So sah der EGMR sowohl in den Fällen *Brannigan & McBride* und *Marshall* als auch in den die Türkei mit der PKK betreffenden Konflikten eine Notstandssituationen stets als gegeben an.[595]

Wie der Europarat in einem Brief an den französischen Präsidenten *Hollande* bereits nach Bekanntwerden der geplanten ersten Verlängerung festhielt, soll der Ausnahmezustand auf tatsächliche Ausnahmesituationen beschränkt bleiben und müsse so schnell wie möglich wieder aufgehoben werden.[596] Nach der Attacke auf der Strandpromenade in Nizza im Jänner

---

[589] Vgl dazu exemplarisch VfSlg 14.382/1995.
[590] 361/SN XXV. GP 4. Zur formalgesetzlichen Delegation s *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht[5] (2015) Rz 149.
[591] Vgl dazu Kapitel 5, IV.
[592] Vgl etwa *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht[5] (2015) Rz 54.
[593] DA 361/SN XXV. GP 4.
[594] *BMI*, Verfassungsschutzbericht 2015, <bmi.gv.at/cms/BMi_Verfassungsschutz/ Verfassungsschutzbericht_2015.pdf> (11.08.2016).
[595] *Lukan* in RSK, Art 15 MRK Rz 14.
[596] Vgl dazu *Tiroler Tageszeitung*, Europarat besorgt über Ausnahmezustand in Frankreich, <tt.com/home /11038747-91/europarat-besorgt-%C3%BCber-ausnahmezustand-in-frankreich.csp> (11.08.2016).

2017 dehnte Frankreich diesen jedoch bereits zum vierten Mal aus.[597] In der Folge soll geprüft werden, ob das österreichische Notstandsrecht ein taugliches Mittel zur Verhütung bzw Bekämpfung terroristischer Attentate darstellt:

2. Hält die Notstandsverfassung dem Terror stand?

Sperre von Internetdomains, Auflösung von Vereinen und Organisationen, Einschränkung der Bewegungsfreiheit, Verhängung von Hausarresten, Durchsuchungen ohne richterlichen Beschluss, Schließung von Veranstaltungsorten oder Treffpunkten, Einzug legaler erworbener Waffen: Ein Florilegium jener - von zahlreichen Bürgerrechtsorganisationen in ihrem Nutzen angezweifelten - Maßnahmen, welche die französische Polizei seit der Ausrufung des *Etat d'urgence* im November 2015 ergriffen hat.[598] Sollten auch diese nicht dazu ausreichen, die „Einrichtungen der Republik, die Unabhängigkeit der Nation, die Integrität ihres Gebietes oder die Erfüllung ihrer internationalen Verpflichtungen"[599] zu sichern, so besteht als *ultima ratio* die Möglichkeit des Präsidenten, gem Art 16 Abs 1 der Französischen Verfassung „die unter diesen Umständen erforderlichen Maßnahmen" zu setzen.[600]

Demgegenüber kennt die österreichische Notstandsverfassung weder das Rechtsinstitut des „polizeilichen Notstands",[601] noch existiert - aus gutem Grund[602] - eine dem Art 16 Abs 1 der Französischen Verfassung vergleichbare Regelung.[603] Nicht außer Acht gelassen werden darf jedoch, dass verschiedene Regelungen unterhalb der Verfassungsstufe zur Verhütung und Bekämpfung terroristischer Attentate bestehen. Von tragender Bedeutung sind hierbei neben den §§ 20 ff SPG,[604] welche etwa Regelungen zum Schutz der „verfassungsmäßigen Einrichtungen" (§ 22 Abs 1 Z 2 SPG) vorsehen, die Bestimmungen des mit BGBl I 5/2016 in Kraft getretenen PStSG. Dieses gibt den Sicherheitsbehörden Mittel und Möglichkeiten an die

---

[597] *Der Standard*, Frankreich verlängert Ausnahmezustand bis 2017, <derstandard.at/2000041542377/Frankreich-verlaengert-Ausnahmezustand-bis-Anfang-2017> (06.08.2016).
[598] *Der Standard*, Was der Ausnahmezustand in Frankreich bedeutet, <derstandard.at/2000041160806/Was-der-Ausnahmezustand-in-Frankreich-bedeutet> (14.08.2016).
[599] *Koja*, Staatsnotstand 36.
[600] *Krieger*, Notstand 2.
[601] Die Bestimmungen des (Ersten) V-ÜG 1945, das das Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929 sowie alle übrigen Bundesverfassungsgesetze und in einfachen Bundesgesetzen enthaltenen Verfassungsbestimmungen nach dem Stande der Gesetzgebung vom 5. März 1933 wieder in Wirksamkeit setze und auf welches sich *Scheiber*, Staatsnotstand 151 noch stützen konnte, um so etwas wie einen „polizeilichen Notstand" für die österreichische Rechtsordnung anzunehmen, wurden durch das Erste Bundesverfassungsbereinigungsgesetz, BGBl I 2/2008 als „nicht mehr geltend festgestellt".
[602] Vgl Kapitel 5, VI.
[603] Vgl dazu Kapitel 3, III.
[604] Vgl dazu *Pürstl/Zirnsack*, SPG^2 (2011) 111 ff.

Hand, mit denen die „Sicherheitsbehörden nicht nur auf Gefahren reagieren, sondern Bedrohungen aktiv schon im Vorfeld entgegentreten“[605] können. Schon bisher war es im Rahmen der Befugnisse der „erweiterten Gefahrenerforschung“ des § 21 Abs 3 SPG möglich, Organisationen, von denen „ein ernst zu nehmendes Gefahrenpotenzial in der Form extremistischer Gruppierungen“[606] ausgeht, zu beobachten. Während die erweiterte Gefahrenerforschung für Gruppierungen unverändert vom SPG ins PStSG übernommen wurde, wurde hinsichtlich der erweiterten Gefahrenerforschung bei Einzelpersonen in § 6 Abs 1 Z 1 PStSG eine neue Bestimmung geschaffen, mit der bei einem „begründeten Gefahrenverdacht“ vorbeugende Schutzmaßnahmen im Bereich des polizeilichen Staatsschutzes in Frage kommen. § 6 Abs 2 PStSG enthält eine taxative Aufzählung jener Tatbestände, bei denen ein „verfassungsgefährdender Angriff“ vorliegt.[607]

Der gravierendste Unterschied der österreichischen Verfassungsordnung im Vergleich zu anderen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen besteht darin, dass im Notstandsfall bloß eine Suspendierung der - meisten der - in der EMRK gewährleisteten Grundrechten zulässig ist, während die sonstigen innerstaatlich garantierten Grundrechte auch im Notstandsfall nicht ausgesetzt werden dürfen.[608] Jede gesetzliche Maßnahme, die im Rahmen einer Notstandsgesetzgebung bzw in Ausübung eines Notverordnungsrechts gesetzt wird, muss bei Kollision mit einem innerstaatlichen Grundrecht einer entsprechenden Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten.[609]

Da die Einräumung von - jenen in Frankreich vergleichbaren - polizeilichen Sonderrechten ohne vorherige Güterabwägung von der österreichischen Rechtsordnung also nicht vorgesehen ist, unterliegen terrorverhütende und -abwehrende Maßnahmen dem ordentlichen Gesetzgebungsprozess und damit dem politischen Konsens. Hierbei bleibt zu hoffen, dass Notstandssituationen *de consitutione lata* im „verfassungsverträglichen politischen Konsens bewältigt werden“.[610] Aus rechtsstaatlicher Perspektive zu bevorzugen wäre jedoch im Anschluss an *Fister*, die „rückständige Notstandsverfassung des B-VG im Lichte aktueller Bedürfnisse nachzujustieren“,[611] also insb an die Bedrohung durch antidemokratische Organisa-

---

[605] ErlRV 763 BlgNR XXV. GP 1.
[606] *Pürstl/Zirnsack*, SPG[2] (2011) 113.
[607] ErlRV 763 BlgNR XXV. GP 3 f.
[608] *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht – Band 2 Rz 14.016.
[609] Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vgl etwa *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 715 f.
[610] *Fister*, Notstandsverfassung 258.
[611] *Fister*, Notstandsverfassung 258.

tionen und den internationalen Terrorismus anzupassen.

III. Wirtschaftlicher Notstand

Als letztes Anwendungsbeispiel des Notstandsrechts sei noch auf das - angesichts der enormen Höhe öffentlicher Verschuldung praktisch äußerst bedeutende - Problemfeld des „wirtschaftlichen Notstands“ eingegangen. Anders als auf dem Gebiet der Terrorverhütung bestehen zur Verhinderung des wirtschaftlichen Notstands eine Reihe von gesetzlichen Vorschriften, welche ausdrücklich dem Zweck dienen, den äußersten Fall des finanziellen Notstands, die Zahlungsunfähigkeit, zu verhindern und die öffentliche Verschuldung auf ein tragbares Maß zu begrenzen. Von besonderer Bedeutung sind hierbei neben den Vorschriften des Bundesverfassungshaushaltsrechts der Art 13, 42 Abs 5 sowie 51 bis 51d B-VG[612] das F-VG 1948, das periodisch zu erlassende FAG,[613] die kooperativen Instrumente des Stabilitätspakts und des Konsultationsmechanismus sowie die Gemeindeaufsicht.[614]

Zudem hält die Notstandsverfassung, sollte aufgrund einer finanziellen oder wirtschaftlichen Notlage des Staates die ungestörte Produktion oder die Versorgung der Bevölkerung mit wichtigen Wirtschafts- und Bedarfsgütern gefährdet sein, mit Art 55 Abs 5 B-VG ein Instrument bereit, mittels marktkorrigierender Maßnahmen direkt auf den Wirtschaftsablauf einzuwirken.[615] Da Art 347 AEUV für den Fall eines finanziellen Notstandes idR nicht zur Anwendung gelangen wird, sind die gesetzten Maßnahmen neben dem nationalen Verfassungsrecht auch am Unionsrecht zu messen.[616]

Da im Gegensatz zum allgemeinen Staatsnotstand der Eintritt eines finanziellen Notstands kein allgemeines völkerrechtliches Prinzip ist,[617] wird auch eine Suspension von Grundrechten gem Art 15 EMRK regelmäßig ausscheiden. Jedoch kann mA nach dann, wenn Geld die einzige Möglichkeit darstellt, den bereits eingetretenen Zusammenbruch der Versorgung der Bevölkerung zu beseitigen oder die Auflösung der Sicherheitskräfte, schwere Umweltschäden

---

[612] Vgl dazu etwa *Lödl*, Die Reform des Bundeshaushaltsrechts, JRP 2008, 101 (102 f).
[613] FAG 2008, BGBl I 103/2007.
[614] Wie *Cranshaw*, Perspektiven der Insolvenz von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insb Kommunen (2007) Rz 279b zutreffend konstatiert, hält das österreichische Recht insgesamt eine Vielzahl von Mechanismen bereit, die Situation der Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung einer Gebietskörperschaft gar nicht eintreten zu lassen. Vgl hierzu *Augustin*, Insolvenzfähigkeit 84.
[615] *Kahl*, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Art 55 Rz 10; *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht Rz 1174.
[616] *Wimmer/Müller*, Wirtschaftsrecht Rz 1178.
[617] *Reinisch/Fischer*, Das Internationale Währungs- und Finanzrecht, in Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts[5] (2013) Rz 2333; *Lewinski*, Insolvenz 487.

oder den Eintritt ähnlicher Ereignisse zu verhindern, uU auch ein Fall des Art 15 EMRK gegeben sein.[618]

Während die Notstandsverfassung also Regelungen vorsieht, um die Produktion sowie die Versorgung der Bevölkerung auch im Notstandsfall zu gewährleisten, stellt diese, wie *Fister* moniert, kein adäquates System zur Bewältigung eines finanziellen Notstands dar.[619] Dieser Befund besitzt seine Gültigkeit jedoch nicht nur auf der Ebene des Gesamtstaates, sondern auch für dessen Untergliederungen: *B. Müller* hält zutreffend fest, dass es das B-VG verabsäumt hat, „für den Fall vorzusorgen, dass ein Land in eine finanzielle Notlage gerät".[620] Mittlerweile ist in der Lehre jedoch überwiegend anerkannt, dass die Insolvenzordnung auch auf Gemeinden und Bundesländer angewendet werden kann,[621] wenngleich die Tauglichkeit der IO als Instrument der Bewältigung von finanziellen Krisen von Gemeinden und Ländern zuweilen angezweifelt wird.[622] Demgegenüber wird die Insolvenzfähigkeit des Bundes von der hL im Allgemeinen negiert.[623] Ohne näher auf diese Diskussion einzugehen, sei festgehalten, dass der Staat völkerrechtlich nicht unter Berufung darauf „nicht mehr zahlen zu können" seine Gläubiger auf das nationale Insolvenzrecht verweisen kann, sondern seinen Zahlungsverpflichtungen - als Ausfluss des Prinzips *pacta sunt servanda* - nachzukommen hat.[624]

Wird, was aus rechtsstaatlicher Perspektive wünschenswert wäre, die Notstandsverfassung *de consitutione ferenda* im Lichte der offen zu Tage getretenen Möglichkeit eines Staatsbankrotts angepasst, sollte nicht die Einführung einer Bestimmung, welche den Bund der IO unterwirft, im Vordergrund stehen, sondern sollten ein Ausschluss des wechselseitigen Einstehens für die Schulden zwischen Bund, Ländern und Gemeinden sowie eine dem § 882 dZPO vergleichbare Regelung positivrechtlich verankert werden.[625] Gepaart mit einem wachsenden

---

[618] Vgl hierzu *Augustin*, Insolvenzfähigkeit 20.
[619] *Fister*, Notstandsverfassung 245.
[620] *Müller B.*, Too big to fail?, ecolex 2015, 712.
[621] *Potacs/Wutscher*, Grenzen der Einbringlichkeit von Forderungen gegenüber Bundesländern, wbl 2/2015, 61 (68); *Kodek/Potacs*, Insolvenz von Bundesländern (2015) Rz 56 f. S dazu *Augustin*, Insolvenzfähigkeit 228 f.
[622] Vgl dazu *Augustin*, Insolvenzfähigkeit 228 f.
[623] Vgl *Fasching*, Konkurs, Ausgleich und Zwangsvollstreckung bei Gemeinden (1983) 85; *Rebhahn/Strasser*, Zwangsvollstreckung und Insolvenz bei Gemeinden (1989) 35; *Rebhahn*, § 15 EO, in Burgstaller/Deixler-Hübner (Hrsg), Exekutionsordnung (19. Lfg 2014) 51. AA etwa *Fister*, Notstandsverfassung 257.
[624] Vgl *Lewinski*, Insolvenz 486 f.
[625] Vgl *Augustin*, Insolvenzfähigkeit 276.

Bewusstsein dafür, dass ein Insolvenzverfahren über Bundesländer und Gemeinden weniger eine Bedrohung darstellt als vielmehr einen - *ex ante* - disziplinierenden und - *ex post* - kathartischen Effekt mit sich bringt,[626] würde dies wohl das erfolgreichste Ergebnis zeitigen.[627]

[626] Zum sog „Disziplinierungseffekt“ vgl etwa *Paulus*, Staatsbankrott in einem rechtlich geordneten Verfahren, ÖJZ 2002/57, 701.
[627] Vgl dazu auch *Augustin*, Insolvenzfähigkeit 273 ff.

Kapitel 7 - Zusammenfassung der Arbeit

Angestoßen durch die frappierende Diskrepanz zwischen der politischen Bedeutung sowie medialen Aufmerksamkeit, die dem Ausnahmezustand gegenwärtig gewidmet wird, einerseits und der normativen Deckung des Begriffs „Staatsnotstand" andererseits, wurde in dieser Arbeit diesem „Grenzbegriff" ausführlich nachgegangen und die österreichische Notstandsverfassung auf den Prüfstand gestellt. Nach der einleitenden Auseinandersetzung mit dem Denken *Carl Schmitts*, wurde - der Auffassung *Böckenfördes* und *Kojas* folgend - aufgezeigt, dass der Ausnahmezustand selbst zwar eine vorab nicht berechenbare Situation darstellt, dass die Voraussetzungen, der Eintritt des Ausnahmezustands sowie die Zuweisung von Ausnahmebefugnissen an bestimmte Organe jedoch sehr wohl einer gesetzlichen Regelung zugänglich und bedürftig sind.[628]

Kapitel 3 diente der Herausarbeitung eines juristisch verwertbaren Notstandsbegriffs. Dabei stellte sich heraus, dass in der rechtswissenschaftlichen Literatur und Rechtsprechung zwei voneinander verschiedene, wenngleich aufeinander verwiesene Notstandsbegriffe bestehen: Ein von der Kelsenschen Definition des Staates ausgehender enger Begriff des Staatsnotstand iSe Zustandes, „der die Geltung der staatlichen Rechtsordnung ganz oder teilweise […] bedroht",[629] und ein weiterer Staatsnotstandsbegriff, demzufolge von einem Staatsnotstand dann gesprochen werden kann, wenn das Wirtschafts- und Sozialleben in einem Ausmaß gestört wird, dass dadurch eine massive Gefahr für die Bürger ausgeht.[630]

In Kapitel 4 wurde anhand der „Notstandsverfassungen" Deutschlands und Frankreichs deutlich gemacht, dass sich unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung „graduell unterschiedliche Muster der Bewältigung von Notstandssituationen"[631] ausmachen lassen, welche von einer Durchbrechung der Gewaltenteilung in Frankreich, welche dem Schmittschen Konzept der „Kommissarischen Diktatur" sehr nahe kommt, bis zu einer ausgeprägt gewaltenteilenden Notstandsverfassung in Deutschland reichen. Des Weiteren wurde aufgezeigt, dass antizipierende Notstandsgesetze Teil des Trends sind, mithilfe von allgemeinen Normen Bedrohungs-

---

[628] *Böckenförde*, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1885 f.
[629] *Koja*, Staatsnotstand 20.
[630] *Koja*, Staatsnotstand 28.
[631] *Krieger*, Notstand 2.

lagen zuvorzukommen.[632]

Die in Kapitel 5 vorgenommene Auseinandersetzung mit dem Bestand an positiven Notstandsnormen, welche das österreichische Verfassungsrecht bereithält, demonstrierte eindrucksvoll, dass Österreich diesem Trend noch nicht gefolgt ist. Deutlich wurde, dass auch jene notstandsrechtlichen Normen, die eine Erweiterung des Kompetenzrahmens staatlicher Organe vorsehen, dem Umstand, dass es in Zeiten des Notstands einfach und schnell handzuhabender Instrumente bedarf, nur ungenügend Rechnung tragen.[633] Nicht ohne Grund werden die Notverordnungsrechte des Bundespräsidenten bzw der Landesregierung als „totes Recht" betrachtet, verunmöglichen die schwerfällige verfahrensrechtliche Vorgangsweise der Art 18 und 97 B-VG und die gravierenden inhaltlichen Kautelen doch jede zielführende Handhabe.[634] Hinzu tritt, dass die - nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht auch in Österreich anwendbare - Suspendierungsklausel des Art 15 EMRK lediglich die Möglichkeit einer Aussetzung von den in der EMRK vorgesehenen Verpflichtungen, keinesfalls jedoch eine Suspendierung innerstaatlicher Grundrechte erlaubt.[635]

Zumindest dem Erfordernis der schnellen Einsetzbarkeit könnte das im Rahmen des „Sicherheitspakets"[636] geplante „Sicherheitskabinett" genügen. Allerdings hängt die Tauglichkeit dieses Gremiums, welches binnen eines Tages zusammentreten können soll,[637] entscheidend von dessen Anbindung an das Parlament ab. Um nicht nur rasch zusammenzutreten, sondern auf Bedrohungslagen auch adäquat reagieren zu können, wird man nicht umhinkommen, dem Sicherheitskabinett Kompetenzen einzuräumen, mit denen auch eine gewisse Beschränkung der Gewaltenteilung einhergehen kann. Wie dargelegt wurde, scheidet ein Gremium, welches zur Erlassung von derartigen Maßnahmen nicht befugt ist, als taugliches Notstandsinstrument schon *ex ante* aus.[638]

Wie auch anhand der in Kapitel 6 thematisierten Anwendungsbeispiele deutlich wurde, ist *de constitutione ferenda* eine Novellierung der Notstandsverfassung dringend geboten, andernfalls man, um Bedrohungslagen zu bewältigen, wohl den „Schritt in die Illegalität tun"

---

632 *Krieger*, Notstand 17.
633 Vgl *Fister*, Notstandsverfassung 245 f.
634 *Raschauer B.* in Korinek/Holoubek, Art 18/3-5 B-VG Rz 2; *Frank* in RSK, Art 18 Abs 3-5 B-VG Rz 2.
635 Vgl *Fister*, Notstandsverfassung 246.
636 Vgl dazu Kapitel 1.
637 *Der Standard/Seidl*, Bundesheer wird gestärkt, der Bundeskanzler nicht, <http://derstandard.at/2000045002069/Bundesheer-wird-gestaerkt-der-Bundeskanzler-nicht?ref=rec> (30.09.2016).
638 Vgl dazu Kapitel 5, VI.

muss.[639] Mit der sehr wahrscheinlich bald bevorstehenden Erlassung einer „Notverordnung“ kommt die BReg dem Bereich der Illegalität, wie gezeigt wurde, bereits sehr nahe. Die Tatsache, dass man sich bereits zur Bewältigung der - sich im Vergleich zu anderen Bedrohungslagen eher bescheiden ausnehmenden - Flüchtlingskrise notstandsrechtsähnlicher Instrumente bedienen muss, sollte als Beweis dafür, dass die Notstandsverfassung des B-VG im Lichte aktueller Bedürfnisse umgehend einer Revision unterzogen werden muss, genügen.[640]

[639] *Koja*, ÖJZ 1975, 209 (209).
[640] *Fister*, Notstandsverfassung 258.

Literaturverzeichnis

Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Österreichisches Staatsrecht – Band 2[3] (2014).

Agamben, Ausnahmezustand[6] (2014).

Aichlreiter, Österreichisches Verordnungsrecht - Band II (1988).

Anter/Frick, Der verdrängte Carl Schmitt - Ernst-Wolfgang Böckenfördes Diagnostik des Ausnahmezustandes, in Voigt (Hrsg), Ausnahmezustand - Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur (2013) 128.

Augustin, Insolvenzfähigkeit von Bundesländern, in Eberhard/Holoubek/Lienbacher/Potacs/Storr/Kahl/Kneihs (Hrsg), Schriften zum österreichischen und europäischen öffentlichen Recht 11 (2016).

Balladore-Pallieri, Diritto costituzionale (1970).

Bauer, Predigt als Ereignis? Anmerkungen zum theologischen Nicht-Ort eines Sprechaktes, in Aigner/Pock/Wustmans (Hrsg), Wie heute predigen? (2014) 243.

Berchtold, Der Bundespräsident (1969).

Berka, Das liberale Grundprinzip des österreichischen Verfassungsrechts, in FS Mantl (2004) 13.

Bettermann, Die Notstandsentwürfe der Bundesregierung, in Fraenkel (Hrsg), Der Staatsnotstand (1965) 190.

Blasius, Preußische Bindungen - Carl Schmitts „Ausnahmezustand" in verfassungsgeschichtlicher Perspektive, in Voigt (Hrsg), Ausnahmezustand - Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur (2013) 115.

BMI, Verfassungsschutzbericht 2015, <bmi.gv.at/cms/BMi_Verfassungsschutz/ Verfassungsschutzbericht_2015.pdf>.

Böckenförde, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in Böckenförde, Recht-Staat-Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte (1991) 92.

Böckenförde, Wissenschaft, Politik, Verfassungsgerichtshof (2011).

Böckenförde, Der verdrängte Ausnahmezustand, Neue Juristische Wochenschrift 1978, 1881.

Böckenförde, Der Staat als sittlicher Staat (1978).

Böckenförde, Rechtsstaat und Ausnahmerecht - Eine Erwiderung, in Zeitschrift für Parlamentsfragen 11/1980, 591.

Brauneder, Österreichische Verfassungsgeschichte[10] (2005).

Breitenmoser/Weyeneth, Art 72 AEUV, in Von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht[7] (2015).

Brems, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-law of the ECHR, ZaöRV 1996, 240.

Brunner, Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter[3] (1943).

Bußjäger, Art 102 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (14. Lfg 2014).

Bundeskanzleramt, Asylgipfel am 20. Jänner 2016 - Gemeinsames Vorgehen von Bund, Ländern, Städten und Gemeinden, <bka.gv.at/DocView.axd?CobId=61858>.

Cranshaw, Perspektiven der Insolvenz von juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insb Kommunen (2007).

Die Presse, Frankreich will Notstand für EM verlängern, <diepresse.com/ home/sport/fussball/international/4971913/Frankreich-will-Notstand-fur-EM-verlaengern>.

Der Standard, Asyl: Rot und Schwarz nähern sich dem Notstand, <derstandard.at/2000037768217/Asyl-Rot-und-Schwarz-naehern-sich-dem-Notstand>.

Der Standard, Frankreich verlängert Ausnahmezustand bis 2017, <derstandard.at/2000041542377/Frankreich-verlaengert-Ausnahmezustand-bis-Anfang-2017>.

Der Standard/Seidl, Bundesheer wird gestärkt, der Bundeskanzler nicht, <http://derstandard.at/2000045002069/Bundesheer-wird-gestaerkt-der-Bundeskanzler-nicht?ref=rec> (30.09.2016).

Der Standard, Türkei: Verbleib vieler Gefangener nach Putschversuch unklar, <derstandard.at/2000042202622/Tuerkei-Verbleib-vieler-Gefangener-nach-Putschversuch-unklar>.

Der Standard, Asyl Notverordnung: Innenresort kritisiert SPÖ-Bedingungen, <derstandard.at/2000042868535/Asyl-Notverordnung-SPOe-Bedingungen-fuer-Innenressort-absurd>.

Der Standard, Caritas Chef sieht keinen Notstand in Österreich, <derstandard.at/2000042861797/Caritas-Chef-sieht-keinen-Notstand-in-Oesterreich?ref=rec>.

Dreier, Der Begriff des Rechts, NJW 14/1986, 890.

Ermacora, Allgemeine Staatslehre (1970).

Ermacora, Grundriss der Menschenrechte in Österreich (1988).

Europäische Kommission, Stellungsnahme der Kommission vom 23. Oktober 2015 zur Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der von Deutschland und Österreich wiedereingeführten Binnengrenzkontrollen gemäß Artikel 24 Absatz 4 der Verordnung (EG) Nr. 562/2006 (Schengener Grenzkodex), <data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13464-2015-INIT/de/pdf>.

Fasching, Konkurs, Ausgleich und Zwangsvollstreckung bei Gemeinden (1983) 85.

Ferejohn/Pasquino, The Law of Exception. A Typology of Emergency Powers, International Journal of Constitutional Law 2/2004, 210.

Filzweiser/Frank/Kloibmüller/Raschhofer, Asyl- und Fremdenrecht - Kommentar (2016).

Finke, Notstand als Dauerlösung ist gefährlich, <manager-magazin.de/politik/meinungen/ voelkerrechtler-finke-notstand-langfristig-eine-gefaehrdung-fuer-demokratie-a-1093294-2.html> (12.07.2016).

Fister, Die Notstandsverfassung vor neueren Herausforderungen, in Holoubek/Martin/Schwarzer (Hrsg), Die Zukunft der Verfassung – Die Verfassung der Zukunft? Festschrift für Karl Korinek zum 70. Geburtstag (2010) 239.

Folz, Staatsnotstand und Notstandsrecht (1962).

Frank, Art 18 Abs 3-5, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (10. Lfg 2013).

Friedrich, Constitutional Government and Democracy (1941).

Friedrich, Der Verfassungsstaat der Neuzeit (1953).

Fuchs, Rechtsschutz, Rechtsstaat, Rechtsschutzstaat - Reflexionen zur Verfassungsinterpretation, in Holoubek/Martin/Schwarzer (Hrsg), Die Zukunft der Verfassung – Die Verfassung der Zukunft? Festschrift für Karl Korinek zum 70. Geburtstag (2010) 83.

Giacometti, Die Demokratie als Hüterin der Menschenrechte (1954).

Giacometti, Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone (1941).

Giacometti, Bedeutung des neuen Art 89bis der Bundesverfassung, SJZ 46/1950.

Giacometti, Rechtsstaat und Notrecht, in Giacometti, Ausgewählte Schriften (1994).

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention[6] (2016).

Hasiba, Das Notverordnungsrecht in Österreich (1985).

Hasiba, Das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz (KWEG) von 1917, in FS Hellbling (1981) 552.

Heller, Staatslehre XVI[6] (1983).

Herrnfeld, Art 72 AEUV, in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar[3] (2012).

Hesse, Grundzüge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland[13] (1982).

Hesse, Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustands, in JZ 1960, 105.

Hidalgo, Der *Leviathan* zwischen „demokratischer" Zähmung und „totaler" Entgrenzung, in Voigt (Hrsg), Ausnahmezustand - Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur (2013) 58.

Hitzel, Die Beschränkung des Unbeschränkbaren - Zu den Grundlagen eines möglichen Insolvenzrechts für Staaten, DÖV 2014, 600.

Hummer, Das griechische Embargo, FS Everling (1995) 511.

Hummer, Erlebt Schengen eine „Renaissance" oder geht es unter?, ALJ 1/2016, 1.

Jákab, Das Grunddilemma und die Natur des Staatsnotstands, Kritische Justiz (2005) 323.

Jellinek, Allgemeine Staatslehre[3] (1929).

Kahl, Art 55 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar (7. Lfg 2005).

Kahl/Weber, Allgemeines Verwaltungsrecht[5] (2015).

Karl, Menschenrechte im Staatsnotstand, in Hagen/Mader (Hrsg), Gewalt und Recht (1997) 95.

Karpenstein, Art 347 in Schwarze (Hrsg), EU-Kommentar[3] (2012).

Kokott, Art 347 AEUV in Streinz (Hrsg), EUV/AEUV[2] (2012).

Kelsen, Reine Rechtslehre (1934).

Kelsen, Verteidigung der Demokratie, in Kelsen, Verteidigung der Demokratie. Aufsätze zur Demokratietheorie (2006) 229.

Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925).

Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie[2] (1929).

Kitz, Die Notstandsklausel des Art 15 EMRK (1982).

Klein, Der innere Notstand, in Isensee/Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts - Band VII (1993) § 169.

Kodek/Potacs, Insolvenz von Bundesländern (2015).

Koja, Der Staatsnotstand als Rechtsbegriff (1979).

Koja, Staatsnotstand als Rechtsbegriff, ÖJZ 1975, 209.

Koja, Allgemeine Staatslehre (1993).

Korinek, Verfassungsbewusstsein in Österreich, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft (1980).

Korinek, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in FS Walter (1991) 363.

Küffer, Eine liberale Kritik am Notrecht - Zaccaria Giacometti als Protagonist der Schweizer Notrechtdebatte (2014).

Krieger, Notstand und gewaltenteilende Staatsstrukturen: eine rechtsvergleichende Perspektive, in Krieger (Hrsg), Berliner Online-Beiträge zum Völker- und Verfassungsrecht 1/2010, 1.

Krieger in Grote/Marauhn (Hrsg), EMRK/GG - Konkordanzkommentar (2006) Kapitel 8.

Krueger, Allgemeine Staatslehre[2] (1966).

Kreutzer, Der Ausnahmezustand im deutschen Verfassungsrecht, in Fraenkel (Hrsg), Der Staatsnotstand (1965) 9.

Lehner, Gedanken zur Legitimation von Herrschaftsgewalt in einer globalisierten Welt, in Holoubek/Martin/Schwarzer (Hrsg), Die Zukunft der Verfassung – Die Verfassung der Zukunft? Festschrift für Karl Korinek zum 70. Geburtstag (2010) 25.

Lewinski, Öffentlichrechtliche Insolvenz und Staatsbankrott (2011).

Lödl, Die Reform des Bundeshaushaltsrechts, JRP 2008, 101.

Lukan, Art 15 MRK, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (10. Lfg. 2013) Rz 3.

Maunz, Deutsches Staatsrecht[20] (1975).

Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht[11] (2015).

Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927).

Merkl, Der rechtliche Gehalt der österreichischen Verfassungsreform vom 7. Dezember 1929, ZÖR 10 (1931) 161.

Müller B., Too big to fail?, ecolex 2015, 712.

Neisser, Art 55 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (12. Lfg. 2013).

Novak, Das Problem der sozialen Grundrechte, Grazer Universitätsreden (1972).

Obwexer/Funk, Gutachten: Völker-, unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für den beim Asylgipfel am 20. Jänner 2016 in Aussicht genommenen Richtwert für Flüchtlinge (2016).

Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht[10] (2014).

Paulus, Staatsbankrott in einem rechtlich geordneten Verfahren, ÖJZ 2002/57, 701.

Pernthaler, Das Staatsoberhaupt in der parlamentarischen Demokratie, VVDStRL 25 (1967) 95.

Pernthaler/Lukasser, Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer - Vorarlberg (1995).

Pesendorfer, Art 97 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (2. Lfg 2002).

Potacs/Wutscher, Grenzen der Einbringlichkeit von Forderungen gegenüber Bundesländern, wbl 2/2015, 61.

Progin-Theuerkauf, Art 78 AEUV, in Von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg), Europäisches Unionsrecht[7] (2015).

Pürstl/Zirnsack, SPG[2] (2011).

Raschauer B., Art 18/3-5 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar (6. Lfg 2003).

Rebhahn/Strasser, Zwangsvollstreckung und Insolvenz bei Gemeinden (1989).

Rebhahn, § 15 EO, in Burgstaller/Deixler-Hübner (Hrsg), Exekutionsordnung (19. Lfg 2014).

Reinisch/Fischer, Das Internationale Währungs- und Finanzrecht, in Reinisch (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts[5] (2013).

Rohrer/Die Presse, Situationselastischer Umgang mit dem Recht: Notstand auf Vorschuss, <diepresse.com/home/meinung/quergeschrieben/annelieserohrer/4968562/Situationselastischer-Umgang-mit-dem-Recht_Notstand-auf-Vorschuss>.

Romano, Sui decreti-legge e lo stato di assedio in occasione dei terremoti di Messina e Reggio Calabria, in Romano, Scritti minori - Band I (1990).

Romano, Frammenti di un dizionario giuridico (1983).

Rosenzweig, Die Entwicklung der Grundrechte in Österreich in 2. ÖJT II/2 (1964) 26.

Rossi, Art 72 AEUV, in Callies/Ruffert (Hrsg), EUV/AEUV[4] (2011).

Rossiter, Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the Modern Democracies (1948).

Schäffer, Art 5 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (4. Lfg 2006).

Scheiber, Staatsnotstand und Notstandsrecht (unveröffentlichte Dissertation 1989).

Schmitt, Politische Theologie - Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität[10] (2015).

Schmitt, Die Diktatur - Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf[6] (2006).

Schmitt, Verfassungslehre (1928).

Schmitt, Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols (1938).

Schmitt, Legalität und Legitimität, in Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954 (1958) 321.

Schmitt, Das Problem der Legalität, in Schmitt, Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954 (1958) 440.

Siess-Scherz, Art 15 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar (1. Lfg 1999).

Tingsten, Les pleins pouvoirs. L'expansion des pouvoirs gouvernamentaux pendant et après la Grande Guerre (1934).

Tiroler Tageszeitung, Europarat besorgt über Ausnahmezustand in Frankreich, <tt.com/home /11038747-91/europarat-besorgt-%C3%BCber-ausnahmezustand-in-frankreich.csp> (11.08.2016).

Töndury, Der Begriff des Notstandes im Staatsrecht (1947).

Trotter, Ausnahmezustand im historischen und europäischen Rechtsvergleich (1997).

Truppe, Art 79 B-VG, in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (9. Lfg 2012).

Thym, Art 72 AEUV, in Beck´scher Online-Kommentar AuslR[10] (2015).

Verosta, Das Staatsnotrecht, ÖZÖR IX 1958/59, 463.

Vitzthum, Der Spannungs- und Verteidigungsfall, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts - Band IV (1993) § 169.

Voigt, Ausnahmezustand - Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur, in Voigt (Hrsg), Ausnahmezustand - Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur (2013) 85.

Voigt, Ausnahmezustand - Wird die Statue der Freiheit nur kurzzeitig verhüllt oder wird sie auf Dauer zerstört?, in Voigt (Hrsg), Ausnahmezustand - Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur (2013) 9

Watkins, The Problem of Constitutional Dictatorship (1940).

Weber, Die mittelbare Bundesverwaltung (1987).

Welan/Neisser, Der Bundeskanzler im österreichischen Verfassungsgefüge (1971).

Wieser, Art 5 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar (1. Lfg 1999).

Wieser, Art 25 B-VG, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Kommentar (1. Lfg 1999).

Wimmer/Müller, Wirtschaftsrecht. International - Europäisch - National[2] (2011).

Zeit Online, Parlament stimmt für Notstandsregeln in der Verfassung,<zeit.de/politik/ausland/2016-02/frankreich-ausnahmezustand-verfassung-parlament> (12.07.2016);

Ziebura, Der Staatsnotstand in Frankreich, in Fraenkel (Hrsg), Der Staatsnotstand (1965) 165.

Zippelius, Allgemeine Staatslehre[16] (2010).

Zuckmayr, Als wär´s ein Stück von mir (1969