

# Jürgen Seifert

## Die Abhör-Affäre 1977 und der Überverfassungsgesetzliche Notstand

EINE DOKUMENTATION ZUM VERSUCH, UNRECHT ZU RECHT ZU  
MACHEN

### *I. Primat des Rechts oder Primat der Politik?*

Robert Leicht, ein engagierter Vertreter liberal-rechtsstaatlicher Positionen in der *Süddeutschen Zeitung*, auch wissenschaftlich ausgewiesen durch seine Schrift *Grundgesetz und politische Praxis*,<sup>1</sup> hat am 6. März 1977 in der Sendung des Westdeutschen Rundfunks »Internationaler Frühschoppen« über den Kern der sogenannten Abhör-Affäre des Jahres 1977 gesagt:

»Hier wird uns in unappetitlicher – vielleicht –, jedenfalls provinzieller Form im Grunde das Problem serviert, das bei so düsteren Staatsrechtslehrern wie Carl Schmitt immer wieder aufleuchtet und das im Grunde das Paradigma der deutschen Staatsrechtslehre von Anfang an war: Ist es nämlich möglich – das ist die Frage –, die Totalität politischen Lebens mit seinen bizarren, trivialen, pathetischen, oft makaberen Zügen einzufangen in ein System rechtlicher Normen und Verfahren? Also Primat der Politik oder Primat des Rechts, Politisierung des Rechts oder Juridifizierung der Politik? Das ist das Generalthema der deutschen Staatsrechtsgeschichte – und das erleben wir nun im Trivialen.«

Keine Stellungnahme zu der Affäre hat so prägnant das Problem herausgearbeitet, das seit Frühjahr 1977 erneut zur Diskussion steht. Im Besitz der Verfügungsgewalt über die Exekutive haben Liberale und Sozialdemokraten bisher vertretenen Positionen aufgegeben und gegen das selbst aufgestellte Gebot verstoßen: »Du darfst eben nichts machen, was in Deinem ordentlichen Normenkatalog, sozusagen in Deinem Fahrplan der Verfassung nicht vorgesehen ist.«<sup>2</sup>

Für die SPD der Bundesrepublik Deutschland hatte Adolf Arndt das auf die Formel gebracht: »Es gibt keine ›Staatsraison‹ unabhängig von der Verfassung.«<sup>3</sup> Arndt hat dabei angeknüpft an die Tradition des Kampfes der Demokraten gegen den unter immer neuen Vorzeichen unternommenen Versuch der Inhaber der ausübenden Staatsgewalt, in kritischen Situationen die durch die Verfassung gesetzten Schranken aufzuheben. In Art. 130 der belgischen Verfassung vom 7. Februar 1831 hat dieses Mißtrauen der Demokraten gegen »obrigkeitsstaatliche« Umgehungsversuche sogar einen verfassungsrechtlichen Ausdruck gefunden: »Die Verfassung kann weder ganz noch teilweise außer Kraft gesetzt werden.«<sup>4</sup>

Diese Tradition wurde fortgesetzt von Staatsrechtslehrern wie Georg Jellinek, Hans Kelsen oder Richard Thoma. So schrieb Jellinek:

<sup>1</sup> Robert Leicht, *Grundgesetz und politische Praxis* (Reihe Hanser 155), München 1974.

<sup>2</sup> Robert Leicht am 6. 3. 1977 im »Internationalen Frühschoppen«.

<sup>3</sup> Adolf Arndt, »Demokratie – Wertesystem des Rechts« in: Adolf Arndt u. Michael Freund, *Notstandsgesetze – aber wie?* Köln 1962.

<sup>4</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang F. S. Grosshut, *Staatnot, Recht und Gewalt*, Nürnberg 1962, u. Hans Ernst Folz, *Staatsnotstand und Notstandsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München 1962.

»Um eine eklatante Verletzung der Staatsordnung zu beschönigen, hat man die Kategorie eines Staatsnotrechtes angewendet, die doch nur ein anderer Ausdruck ist für den Satz, daß Macht vor Recht geht.«<sup>5</sup>

Hans Kelsen sagte:

»Hinter der treuherzigen Versicherung, daß der Staat ›leben‹ müsse, verbirgt sich meist nur der rücksichtslose Wille, daß der Staat so leben müsse, wie es diejenigen für richtig halten, die sich der Rechtfertigung eines ›Staatsnotrechtes‹ bedienen.«<sup>6</sup>

Richard Thoma nannte die Kategorie eines Staatsnotrechtes schlicht »Staatsunrecht«.<sup>7</sup>

Wohl in keinem anderen Lande der Welt hat die »Exekutive« in Deutschland es mit immer wieder neuen Formen verstanden, die Schranken der Verfassung aufzuheben oder zu durchlöchern. Nicht immer war man so plump, offen kund zu tun: »Not kennt kein Gebot.«<sup>8</sup> Einmal sprach man von »Staatsnotrecht«, dann vom »übergesetzlichen Notstand«, einmal berief man sich auf Sonderbefugnisse, die der Exekutive auf Grund der Organisationsgewalt zufließen, ein anderes mal versuchte man einen Eingriff durch den Grundsatz der Gefahrenabwehr zu rechtfertigen. Die Abstraktion »Staat« wird dabei stets von der Verfassung losgelöst, die »Not« des Staates, seine »Sicherheit« (nicht die Sicherheit der Bürger), seine Existenz wird mystifizierend über die Verfassung gestellt.

In der Bundesrepublik meldeten sich diejenigen wieder zu Wort, die in dieser oder jener Form, offen oder verschleiert, das, was sie *Politik* nennen, auch gegen die Verfassung durchzusetzen versuchen, als Konrad Adenauer ansetzte, die Remilitarisierung der Bundesrepublik ohne Änderung des Grundgesetzes durchzuführen. Der Grundgesetz-Kommentator Friedrich Klein hat als Gutachter im Streit um den Wehrbeitrag dargelegt, daß alle Vertreter eines übergesetzlichen Notstandsrechtes für ihre Auffassung entweder überhaupt keine oder in sich nicht einmal schlüssige Begründungen vorgelegt hätten.<sup>9</sup> Adolf Arndt, der als Anwalt den Verfassungsstreit für die SPD führte,<sup>10</sup> kämpfte schon damals für den »in der Verfassung selber geordneten Weg der Verfassungsschöpfung durch ihre Änderung oder Ergänzung« und gegen die »Entscheidungsmacht irgendeines Staatsorgans jenseits der Verfassung«.<sup>11</sup> Das galt nach Arndt für die Wehrverfassung, die Kompetenzen des Verfassungsschutzes und auch für die Überlegungen über den Ausnahmezustand. In den letzten Wochen ist ein Satz, den Arndt 1961 schrieb, häufig zitiert worden:

»Der angeblich überverfassungsgesetzliche Staatsnotstand als Schein der Rechtfertigung ist nur ein Tarnwort für den Verfassungsbruch.«<sup>12</sup>

Es ist wohl kein Zufall, daß das noch deutlichere Wort, das Arndt 1962 in der Auseinandersetzung um die Notstandsgesetze geprägt hatte, heute verdrängt wird:

»Alles Spekulieren mit einem ›überverfassungsgesetzlichen Notstand‹ als einer Erlaubnis zu Maßnahmen, die nicht von der urkundlichen Verfassung gerechtfertigt werden, sind nichts als eine verwerfliche Beschönigung des Verfassungsbruchs, des Verfassungsverrats. Wer mit

5 Georg Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., Berlin 1920, S. 359.

6 Hans Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 157.

7 Richard Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, S. 231.

8 Reichskanzler Th. v. Bethmann-Hollweg am 4. August im Deutschen Reichstag; s. dazu Grosshut, *a. a. O.* (Anm. 4), S. 39 f.

9 Friedrich Klein, »Zur Frage der Notstandsbefugnisse in den deutsch-alliierten Vertragswerken vom 26. u. 27. Mai 1952« in: Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre u. Politik e. V. in Mainz, Hrsg., *Der Kampf um den Wehrbeitrag*, Bd. 2, München 1953, S. 505–516.

10 *Ebd.*, Schriftsatz der Bundestagsfraktion der SPD, gezeichnet Ollenhauer, S. 228 f. u. 277 f.

11 Adolf Arndt, »Demokratie . . .«, *a. a. O.* (Anm. 3), S. 13.

12 Adolf Arndt, »Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz«, in: *Gesammelte juristische Schriften*, *a. a. O.* (Anm. 3), S. 163.

solchen Spekulationen umgeht, ist unter allen Verfassungsgegnern der ärgste und gefährlichste. In der Maske des Freundes ist er schlimmer als jeder andere Feind.«<sup>13</sup>

Auch Diether Posser hat damals die Formel vom »Tarnwort für den Verfassungsbruch« übernommen.<sup>14</sup> Aus der konsequenten Ablehnung des »überverfassungsgesetzlichen Notstandes« folgte für Arndt das Eintreten für »rechtsstaatliche Notstandsbefugnisse«. Eine Notstandsgesetzgebung war notwendig, um im Falle eines Notstands »keine übermäßige Spannung zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit« entstehen zu lassen.<sup>15</sup> Auch die Gegner der Notstandsverfassung müssen Arndt zubilligen: Mit den 1968 geschaffenen Kompetenzen verstummte zumindest die laustarke Berufung auf die von Adolf Arndt tabuierte Kategorie des »überverfassungsgesetzlichen Notstandes«. Es ist nicht unwichtig, darauf zu achten, daß Arndt stets von einem »überverfassungsgesetzlichen Notstand« sprach. Damit wird der Unterschied zum »übergesetzlichen Notstand« im Strafrecht hervorgehoben, der als strafrechtlicher Rechtfertigungsgrund seinen Stellenwert hat. Die Einfügung von § 34 StGB im Jahre 1975 hat die Rechtslage nicht verändert, sondern nur deutlicher gemacht: Der rechtfertigende Notstand des StGB kann nur einem Vorstoß gegen das StGB den Makel der Rechtswidrigkeit nehmen und damit straffrei machen; durch § 34 StGB wird jedoch weder die zivilrechtliche Schadensersatzpflicht ausgeschlossen, noch kann durch diesen Paragraphen eine Verletzung der Verfassung Rechens werden.

## II. Kritik und Rechtfertigung eines »Lauschangriffs«

Als am 28. Februar 1977 im *Spiegel* detailliert über den »Lauschangriff« mittels einer »Wanze« berichtet wurde, der durch einen Einbruch in die Wohnung des in der Atomindustrie arbeitenden Ingenieurs Klaus Robert Traube erfolgte, setzte sich Rudolf Augstein in einem Beitrag mit den möglichen Rechtfertigungsstrategien des Bundesinnenministeriums im Voraus auseinander. Augstein versuchte nicht nur nachzuweisen, daß »es mit Rücksicht auf Artikel 13 Grundgesetz nicht erlaubt« sei, in einer »Wohnung Abhörgeräte anzubringen«. Gut unterrichtet ging Augstein auch auf die »atomaren Gefahren und damit auf die »rechtfertigenden Notstände« ein und bemerkte dazu, daß diese »auch nach dem Willen der Bundesregierung, ja nicht kleiner, sondern zahlreicher« werden, »sie sind fast schon, siehe Brokdorf, »juristischer Alltag«.<sup>16</sup> Die zukünftige Auseinandersetzung vorwegnehmend wurde in diesem Beitrag ein Auszug aus dem erwähnten Artikel von Adolf Arndt eingedruckt, mit der Charakterisierung des überverfassungsgesetzlichen Notstandes als »Tarnwort für den Verfassungsbruch«.<sup>17</sup>

Als erste Entgegnung gab ein Sprecher des Bundesinnenministeriums am 28. Februar 1977 eine Erklärung ab, in der versucht wurde, den Einbruch durch Art. 13 Abs. 3 GG zu rechtfertigen. In dieser Erklärung war nicht nur die Rede von »ungeschriebenen Einschränkungen« eines Grundrechts; für den Fall, daß die »Einschränkungen durch die Gemeinwohlgefährdung wie den Gemeinwohlvorbehalt« nicht

13 Adolf Arndt, »Demokratie . . .«, a. a. O. (Anm. 3), S. 13.

14 Diether Posser, »Verdächtiges Doppelspiel in der Notstandsgesetzgebung« in: *Gewerkschaftliche Umschau*, 1963, H. 2, S. 22.

15 Adolf Arndt, »Demokratie . . .«, a. a. O. (Anm. 3), S. 13.

16 Rudolf Augstein, »Atomstaat oder Rechtsstaat?« in: *Der Spiegel*, Jg. 31, 28. 2. 1977, Nr. 10, S. 29–34; vgl. in diesem Zusammenhang Robert Jungk, »Zwangsweg in den Atomstaat? Eine besorgte Warnung«, in: *Die Zeit*, Jg. 32, Nr. 11, 4. 3. 1977, S. 4.

17 »Das Problem des belauschten Bürgers«, in: *Der Spiegel*, ebd., S. 30.

anerkannt werden, »würde sich die Eingriffsmöglichkeit aus dem Gesichtspunkt des »übergesetzlichen Notstandes« ergeben haben, um die Abwehr der hier gegenwärtigen Gefahren zu rechtfertigen«. <sup>18</sup> Werner Maihofer hat diese Formulierungen wörtlich in seine Erklärung am 1. März 1977 vor der Bundespressekonferenz übernommen. <sup>19</sup>

Schon am 1. 3. 1977 unterstellte das *Hamburger Abendblatt*, obwohl diese Zeitung dem Bundesinnenminister eine Situation bescheinigte, die rechtfertigte, daß er »handeln mußte«, Maihofer einen schwerwiegenden Methodenfehler: Er hätte sich »bei der Ausführung der Lauscher-Aktion des Bundeskriminalamtes bedienen (und nicht des Verfassungsschutzes, der über keinerlei polizeiliche Befugnisse verfügt) müssen«. <sup>20</sup>

Andere fragten: »Was kann man gegen einen Minister tun, der sich auf einen »übergesetzlichen Notstand« beruft.« <sup>21</sup> Der von Maihofer angesprochene Grundgesetzkommentator Günter Dürig nannte das Vorgehen der Staatsorgane nicht nur »fragwürdig und bedenklich«; er sagte: »Der Einbruch war illegal«, es gebe »keine rechtliche Deckung«. <sup>22</sup> Der Vorsitzende der Vereinigung Demokratischer Juristen Gerhard Stuby sprach davon, daß die Aktion »eindeutig grundgesetzwidrig und durch keine geltende Rechtsnorm abgedeckt« sei. <sup>23</sup>

In einer solchen Situation hielt es der Vorsitzende des Innenausschusses des Deutschen Bundestages, der SPD-Abgeordnete Axel Wernitz für richtig, in einem Interview mit der *Bild-Zeitung* zu sagen:

»SPD und FDP haben im Innenausschuß eindeutig festgestellt: Die Maßnahmen des Ministers in der Abhör-Affäre waren gerechtfertigt, weil seinerzeit ein einmaliger übergesetzlicher Notstand vorgelegen hat.« <sup>24</sup>

Dem trat der Kölner Staatsrechtler Martin Kriele entgegen, der die Bundesregierung vor dem Bundesverfassungsgericht in wichtigen Rechtsfragen vertreten hat:

»Der übergesetzliche Notstand ist kein Begriff des Staatsrechts, sondern des Strafrechts. Im Staatsrecht würde das bedeuten, daß oberhalb des gesetzlichen Rechts- und Verfassungssystems die Staatsräson ihren Ort hätte. Dann wäre zum Beispiel die gesamte Notstandsgesetzgebung relativiert.« <sup>25</sup>

Diese Äußerung eines Mitgliedes des rechtspolitischen Beirates beim SPD-Parteivorstand setzte für einen Teil der SPD gleichsam eine andere Richtschnur. Das war wichtig, denn der Kieler Staatsrechtler Wilhelm Kewenig hielt es für angemessen, Werner Maihofer beizustehen: »Für den Innenminister besteht grundsätzlich Dispositionsfreiheit.« <sup>26</sup> Im *Spiegel* äußerte der Frankfurter Staatsrechtler Erhard Denninger, daß »die Verletzung der Privatsphäre und der Menschenwürde durch das geheime Abhören [. . .] durch Berufung auf Art. 13 Abs. 2 GG nicht gerechtfertigt werden« kann. Seinen Einwand gegen die Argumentation des Innenministeriums kleidete Denninger aber in eine Frage:

<sup>18</sup> »Im Wortlaut: Eine einmalige Gefahrenlage«, in: *Frankfurter Rundschau*, 1. 3. 1977, Nr. 50, S. 2.

<sup>19</sup> »Wegen der Beziehungen dieses Herrn zu Terroristen . . . Die Stellungnahme von Bundesinnenminister Werner Maihofer [. . .]«, in: *Frankfurter Rundschau*, 10. 3. 1977, Nr. 58, S. 11 u. 13; Teil II, *ebd.*, 11. 3. 1977, Nr. 59, S. 14 f.

<sup>20</sup> Werner Titzrat, »Maihofers Alleingang«, *Hamburger Abendblatt*, Jg. 30, 1. 3. 1977, Nr. 50, S. 2; diese Äußerung läßt Rückschlüsse auf das zu, was vom Bundeskriminalamt erwartet wird. Vermutlich steht der Verfassungsschutz zu Unrecht allein im Rampenlicht.

<sup>21</sup> Uly Foerster, »Wanzen im Rechtsstaat«, *Vorwärts*, 3. 3. 1977, Nr. 9, S. 5.

<sup>22</sup> »Bonn gibt Geheimdiensten Freibrief für Straftaten«, *unsere zeit*, 2. 3. 1977, S. 1; *Frankfurter Rundschau*, 2. 3. 1977, Nr. 51.

<sup>23</sup> *Ebd.*, *UZ*.

<sup>24</sup> »Auch nach der Abhör-Affäre Koalition steht«, *Bild-Zeitung*, 4. 3. 1977.

<sup>25</sup> »Staatsrechtler hat Bedenken«, *Die Welt*, 4. 3. 1977.

<sup>26</sup> »Ich rate: Grundgesetz ändern! Gespräch mit Prof. Kewenig«, *Hamburger Abendblatt*, 1. 3. 1977.

»Soll man aber die Berufung auf einen übergesetzlichen *verfassungsrechtlichen* Notstand zulassen in einem Rechtsstaat, der sich rühmt, daß er erst vor neun Jahren unter heftigen Schmerzen eine umfassend und minutiös regelnde ›Notstandsverfassung‹ geboren hat?«<sup>27</sup>

Der Bonner Staatsrechtler Gerald Grünwald war eindeutiger: »Für eine ›übergesetzliche‹ Rechtfertigung besteht kein Raum mehr – über dem Gesetz steht niemand mehr, auch ein Minister nicht.« Grünwald erinnert daran, daß man zur Begründung der Notstandsgesetzgebung gesagt hat:

»Ohne diese Gesetze [. . .] bestehe die Gefahr, daß die Staatsführung unter Berufung auf ein übergesetzliches Notstandsrecht agieren und sich über die geschriebenen Normen der Verfassung hinwegsetzen würde. Notstandsverfassung und Notstandsgesetze würden die Grenze zwischen Erlaubtem und Verbotenem auch für extreme Situationen unverbrüchlich festlegen.«<sup>28</sup>

Der *Spiegel* stand mit diesen Interpretationen von angesehenen Juristen nicht allein. Das *Deutsche Allgemeine Sonntagsblatt* schrieb:

»Abgesehen von der Telefonüberwachung hat der Verfassungsschutz keinerlei Rechte, in Grundrechte einzugreifen. Stimmt man Maihofers Argumenten zu, so wäre der Verfassungsschutz auf dem Wege zur Geheimpolizei.«<sup>29</sup>

In der *Neuen Zürcher Zeitung* war die Rede davon, daß die Operation »verfassungsrechtlich fragwürdig« sei.<sup>30</sup> Die *Frankfurter Allgemeine Zeitung* dagegen nahm Partei für die Staatsräson:

»Unsere Rechtsordnung kennt nicht nur das schriftlich fixierte Gesetz, sondern auch den Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstandes: Die Verletzung eines geringerwertigen Rechtsgutes ist erlaubt, wenn sie das einzig verfügbare Mittel darstellt, unmittelbare Gefahr für ein erheblich höheres Rechtsgut abzuwenden. Die Gefahr war im Fall Traube evident [. . .].«<sup>31</sup>

Die FAZ sprach von einem »Großangriff auf Werner Maihofer«, der aufgezogen sei »als Operation zur Verteidigung der Verfassung«.<sup>32</sup>

Günther Nollau, dem nicht nur von dem CSU-Abgeordneten Carl Dieter Spranger, sondern auch von der *Welt* ein Komplott gemeinsam mit Herbert Wehner unterstellt wurde,<sup>33</sup> vertrat inhaltlich eine ähnliche Position wie solche Advokaten der Staatsräson. In einem Interview mit der *Bild-Zeitung* gab Nollau auf die Frage:

»Durfte der Verfassungsschutz bei Traube einbrechen?« die Antwort: »Wenn sich eine schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit abzeichnete – ja. Aber es mußte ein übergesetzlicher Notstand vorliegen.«<sup>34</sup>

27 Erhard Denninger, »Wo lag das extreme Risiko?«, *Der Spiegel*, Jg. 31, Nr. 11, 7. 3. 1977, S. 24.

28 Gerald Grünwald, »Wanzen sollen zulässig sein?«, *ebd.*, S. 22 f.

29 »Unterwegs zur Geheimpolizei«, in: *Deutsches Allgemeines Sonntagsblatt*, 6. 3. 1977.

30 »Atomterror und Rechtsstaat«, in: *Neue Zürcher Zeitung*, 7. 3. 1977.

31 Rm. [Johann Georg Reißmüller], »Das kleinere Übel«, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 1. 3. 1977, Nr. 50, S. 1; Friedrich Karl Fromme, »Die zweite Abhör-Affäre«, *ebd.*, 2. 3. 1977, Nr. 51, S. 1, revidiert am folgenden Tag diese für Juristen etwas zu sehr vereinfachende Darstellung: »Zwar hat der jetzt viel zitierte Professor Evers [. . .] noch 1966 geschrieben, diese Ämter könnten nicht unter Berufung auf den ›Staatsnotstand‹ zum Beispiel in die Unverletzlichkeit der Wohnung eingreifen. [. . .] Damals, 1966, gab es keine ernstzunehmenden ›Verfassungsfeinde‹, war der politische Terrorismus noch nicht entdeckt.« S. dazu Hans-Ulrich Evers, *Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz*, Berlin 1960, S. 106–110.

32 Fk. [Fritz Ulrich Fack], »Aufgeklappte Messer«, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 8. 3. 1977, Nr. 56, S. 1; die FAZ steigert sich noch, s. Rm. [Johann Georg Reißmüller], »Schluß mit der Hampelei«, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 16. 3. 1977, Nr. 63, S. 1: »Es wird Zeit, daß die Hampelei aufhört.« Zu der auf Grund der Intervention des Verfassungsschutzes erfolgten Entlassung von Klaus Robert Traube und zu den hoheitlichen Verrufserklärungen durch den Bundesminister finden wir hier den Satz: »Der Staat hat sich also kaum etwas vorzuwerfen.«

33 *Deutscher Bundestag, Steno-Bericht*, 8. Wahlperiode, 17. Sitzung, 16. 3. 1977, S. 975, »Gespann Wehner/Nollau«, S. 976: »Hier wissen zumindest zwei mehr, als sie zur Zeit ausdrücklich sagen.« S. dazu Enno v. Loewenstein, »Also auch in Stammheim«, in: *Die Welt*, 18. 3. 1977: »Wenn Wehner und Schily unabhängig von einander Tips bekommen haben, dann sitzen zwei Verräter im innersten Kreis.«

34 »Hätten Sie auch bei Traube eingebrochen?«, *Bild-Zeitung*, 8. 3. 1977.

Das entsprach der Position, die man schon 1976 in dem Buch von Günther Nollau *Wie sicher ist die Bundesrepublik?* lesen konnte. Damals rechtfertigte Nollau auch den Eingriff in die Intimsphäre:

»Soll der Verfassungsschutz [wenn ein Terrorist wie Baader in einem verdunkelten Zimmer eine Besprechung abhält] – mit Rücksicht auf Grundrechte, die auch Herrn Baader zustehen – darauf verzichten, Infrarotgeräte zu benutzen, um die ihm noch unbekanntes Gesprächsteilnehmer zu erkennen, zu fotografieren? Es wäre unverantwortlich, wenn dies nicht geschehen würde [...].«<sup>35</sup>

Nollau forderte 1976 in diesem Buch, bei der Nachrichtenbeschaffung müsse

»der Verfassungsschutz bis an die Grenzen des rechtsstaatlich Zulässigen gehen. Die Grenze des Zulässigen wird durch Güterabwägung bestimmt. Das heißt: Wenn die Sicherheit des Landes oder seiner Bürger schwer bedroht ist, kann und muß man höhere Risiken eingehen als bei der Aufklärung eines Kaninchendiebstahls. Risiken darf ein Beamter, dessen Pflicht es ist, Nachrichten über Terroristen zu beschaffen, nicht scheuen. Auch ein Bergführer muß unter Umständen einen lawinengefährdeten Hang begehen, um einen Verunglückten zu retten.«<sup>36</sup>

Bedenken äußerte Nollau nicht gegen die Anwendung von »Wanzen«, Richtmikrofonen und dergleichen, sondern nur gegen die Anwendung per Einbruch: Ein solcher Einbruch könne aber – schrieb er ein Jahr später im *Spiegel* – gerechtfertigt sein, wenn »ein »übergesetzlicher Notstand«, also die Wahrung eines höherwertigen Rechtsgutes auf Kosten eines geringerwertigen« vorliege; Nollau vertrat allerdings die Ansicht, daß von »solchen Tatsachen, die eine schwere Gefahr für die öffentliche Sicherheit hätten begründen können«, im Fall Traube »bisher keine Rede gewesen« sei.<sup>37</sup> Nach einer Meldung der Münchner *Abendzeitung* soll der ehemalige Präsident des Bundesamtes für Verfassungsschutz, Günther Nollau, sogar bestätigt haben, »daß Maßnahmen wie gegen Traube bereits am 3. September 1975 in einem »Planspiel« durchgespielt worden sind.«<sup>38</sup>

Es gilt festzuhalten: Nicht nur der einige Zeit vor der Bundestagswahl 1976 abgelöste Präsident des Bundesamtes für Verfassungsschutz, der das Vertrauen der SPD genoß, sondern auch die maßgebenden »Sicherheitsexperten« der SPD, Friedrich Schäfer,<sup>39</sup> bis 1976 Vorsitzender des Innenausschusses des Deutschen Bundestages, und Axel Wernitz,<sup>40</sup> in der jetzigen Legislaturperiode Vorsitzender dieses für den Verfassungsschutz zuständigen Ausschusses, erklärten zu Beginn der Affäre grundsätzlich die Anwendung eines »übergesetzlichen Notstands« für die Arbeit des Verfassungsschutzes für gerechtfertigt. Unterschiede untereinander, zur Auffassung von Bundesinnenminister Werner Maihofer und zur konservativen Position (die »dem Staat« grundsätzlich den Rechtfertigungsgrund zubilligt, sich mit dem »übergesetzlichen Notstand« zu »behelfen«) sind nur graduell: Die Unterschiede betreffen die Einschätzung von Tatsachen (Was ist eine »gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr«? Wann »überwiegt« das »geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich«) und die Würdigung der subjektiven Einschätzung »vom Standpunkt ex ante«.<sup>41</sup>

35 Günther Nollau, *Wie sicher ist die Bundesrepublik?* München 1976, S. 184; dort ist auch die Rede vom »Einbau von Mikrofonen, verdeckten Tonbandaufnahmen« etc.; jedermann, nicht nur Herbert Wehner, konnte daraus seine Schlüsse ziehen.

36 *Ebd.* S. 199; auf S. 164 heißt es allerdings: »Die Wahrung rechtsstaatlicher Grundsätze ist entscheidend.«

37 Günther Nollau, »Darf man einbrechen – oder gar entführen?« in: *Der Spiegel*, Jg. 31, 14. 3. 1977, Nr. 12, S. 24 f.

38 »Traube-Affäre kein Einzelfall«, *Abendzeitung*, 7. 3. 1977.

39 Friedrich Schäfer rechtfertigte in einem Interview im WDR-Morgenmagazin am 18. 3. 1977 die Anwendung des »rechtfertigenden Notstandes«. Ebenso der Rechtsexperte der CDU Friedrich Vogel.

40 S. Anm. 24.

41 So der emeritierte Strafrechtler Richard Lange, Köln, der wesentlichen Anteil an der Zuspitzung des politischen Strafrechts in den fünfziger Jahren hatte, in einem Leserbrief: »Steht nicht im Strafgesetzbuch«, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 10. 3. 1977.

Eine Kluft trennt diese Position von allen jenen in SPD und FDP, die von der FAZ bereits als »links« eingestuft wurden, obwohl sie lediglich die von Adolf Arndt dargelegte Position vertreten. »Maihofer wird Hilfe brauchen – auf dem linken Flügel der Koalitionsparteien braut sich etwas zusammen«<sup>42</sup> – schrieb die FAZ schon im ersten Kommentar zu der Affäre.

Von den Äußerungen auf der politischen Arena ist hier vor allem die Rede des Obmannes der SPD im Innenausschuß, Hugo Brandt, in der Bundestagsdebatte am 16. März 1977 zu erwähnen. In dieser Rede (das Protokoll vermerkt mehrfach zustimmende Zurufe von Herbert Wehner; der Augenzeuge konnte beobachten, daß Wehner den Redner einen Händedruck würdigte)<sup>43</sup> heißt es:

»Der Minister hat mit der Bezugnahme auf den »übergesetzlichen Notstand«, im Hinblick auf die Verfassung, einen Spalt die Tür geöffnet in die Hausungen der Staatsräson. Es entbehrt nicht ganz der historischen Ironie, daß der Ordinarius für Rechtsphilosophie als Innenminister sich einen Schritt weit auf die Brücke zwischen Kratos und Ethos vorgewagt hat, als die Friedrich Meinicke die Staatsräson charakterisiert. Es wäre gut, die Bereitschaft zu sehen, diesen Schritt wieder zurückzugehen. Denn ein Verfassungsstaat hat keine andere »Räson« als seine Verfassung. Auf diese krappe Formel brachte es einmal Adolf Arndt.«<sup>44</sup>

Hugo Brandt zitierte noch ausführlicher: Aus der Sicht der freiheitlichen rechtsstaatlichen Verfassung »ist ein überverfassungsgesetzlicher Notstand als Rechtsbegründung ausgeschlossen, da sie aufhören müßte, Verfassung zu sein, wenn es ihr an ausnahmsloser Vollständigkeit und Unverbrüchlichkeit mangelte«.<sup>45</sup> Ähnlich in der Sache, wenn auch nicht – wie Hugo Brandt – in der Form einer großen, vielleicht historischen Parlamentsrede, äußerten sich die FDP-Abgeordneten Martin Bangemann und Ingrid Matthäus-Maier. Bangemann sagte, daß ein übergesetzlicher Notstand »im Zusammenhang mit staatsrechtlichen Erwägungen, verfassungsrechtlichen Erwägungen überhaupt nichts zu suchen hat«.<sup>46</sup> Ingrid Matthäus wies darauf hin, daß wenn man die Argumentation mit solchem übergesetzlichen Notstand »als zulässig erachtet«, das »unübersehbare Folgen« haben kann.<sup>47</sup>

Der SPD-Abgeordnete Karl Heinz Hansen äußerte sich in einem Interview:

»Wenn der leichtfertige Umgang mit solchen Rechtfertigungsgründen (§ 34 StGB, übergesetzlicher Notstand) zunimmt in diesem Land, sehe ich eine ganz große Gefahr. Nämlich die folgende: Daß hier Grundrechte und auf dem Grundgesetz basierende Freiheitsrechte der Bürger in diesem Land zur Disposition von Staatsschutzbehörden gestellt werden und daß dies verführt – als Präzedenzfall muß man jetzt ja wohl sagen – zu einem leichtfertigen Umgang mit Grundrechten der Bürger und schließlich das Feld bereiten könnte für polizeistaatliche Willkür.«<sup>48</sup>

Die Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen im Lande Bremen sah in der »Wanzenaktion« eine »eklatante Verletzung der Verfassung und Gesetze unseres Landes, für die es keine Rechtfertigung gibt«. Die gegenwärtige Praxis führe dazu,

<sup>42</sup> J. G. Reißmüller, *a. a. O.* (Anm. 31).

<sup>43</sup> mö, »Bangemann: ich bin nicht bereit, die Verantwortung mitzutragen«, *Frankfurter Rundschau*, 17. 3. 1977, Nr. 64, S. 4.

<sup>44</sup> *Deutscher Bundestag, StenoBer.*, 8. Wahlperiode, 17. Sitzung, 16. 3. 1977, S. 967.

<sup>45</sup> *Ebd.*; Brand erinnerte auch daran (S. 969 f.), daß es »in früheren Zeiten, in früheren Rechtsordnungen, die Rechtsfigur des »bürgerlichen Todes« und in noch anderen die der »Friedloslegung« gab; es bestehe die Gefahr, daß heute »auch nur etwas entfernt Ähnliches in Kraft gesetzt werden könnte« durch »gesellschaftliche Sanktion: Eine neue Art von »bürgerlichem Tod« in unserer Gesellschaft«.

<sup>46</sup> *Ebd.*, S. 989.

<sup>47</sup> *Ebd.*, S. 992.

<sup>48</sup> Interview 17. 3. 1977 WDR, »Wanzen in Stammheim«; der SPD-Bundestagsabgeordnete Rudolf Schöfberger sagte: »Wer einem übergesetzlichen Notstand das Wort redet und damit Grundrechtseingriffe zu rechtfertigen versucht, wäre aufrichtiger, wenn er gleich eine Grundgesetzänderung vorschlagen würde: Diese Grundgesetz gilt nur und solange und soweit, als nach Auffassung des Bundesinnenministers kein übergesetzlicher Notstand vorliegt.« Zitiert nach Florentine Hoffmann, »Grundrechte. Notstand«, *Welt der Arbeit*, 11. 3. 1977, Nr. 10, S. 3.

»daß die Exekutive die Grundrechte der Verfassung nur dann zu beachten braucht, wenn sie dies für angemessen hält. Vor einer derartigen Perversion der Verfassung kann nicht ernst genug gewarnt werden.«<sup>49</sup> Rechtsanwalt Werner Holtfort, Mitglied des rechtspolitischen Ausschusses beim Parteivorstand der SPD fordert,

»daß endlich die Bundesregierung klarstellt, daß ein Staat, dem der Gesetzgeber trotz aller Bedenken und Proteste aus der Bevölkerung in einer umfassenden ›Notstandsgesetzgebung‹ für den Fall des Staatsnotstandes alle erforderlichen Rechte eingeräumt hat, nicht darüber hinaus noch ein uneingeschränktes ›überverfassungsgesetzliches Notstandsrecht‹ für sich in Anspruch nimmt. Denn räumt man der Staatsgewalt einen solchen Ausweg ein, sich nicht mehr an Gesetze halten zu müssen, dann wäre der Rechtsstaat am Ende.«<sup>50</sup>

Neben den Äußerungen von Politikern und SPD-Gliederungen stehen entsprechende Stellungnahmen von Organisationen.<sup>51a</sup> Besonders hervorzuheben ist jedoch die Reaktion der liberalen Öffentlichkeit. In der Wochenzeitung *Die Zeit* sprach Hans Schueler von »geheimdienstlichem Verfassungsbruch«, für den die Verantwortlichen heute »im Rechtfertigungsnotstand« stehen. Die Rechtfertigung mit »übergesetzlichem Notstand« hieße nicht weniger als: »Es habe in einer solchen Ausnahmesituation überhaupt keiner Ermächtigung bedurft.«<sup>51</sup> Henri Nannen fragte im *stern*, ob der »in einen Rechtfertigungsnotstand geratene Minister« seine Grundsätze nicht längst geopfert habe.<sup>52</sup> Die *Abendzeitung* meinte: »Es bleibt beispielsweise der Verdacht, daß mit unseren Grundrechten bisweilen arg lässig umgegangen wird.«<sup>53</sup> Die *Stuttgarter Zeitung* schrieb:

»Im Hause des liberalen Strafrechtsprofessors Maihofer haben vielmehr Zustände geherrscht, die sich nur als Dilettantismus, als Schlamperei – wenn nicht gar Schlimmeres bezeichnen lassen.«<sup>54</sup>

### III. Rechtsbruch als juristischer Alltag

Die Kritik der Öffentlichkeit steigerte sich noch, als die beiden Minister des Landes Baden-Württemberg, Karl Schieß und Traugott Bender am 17. März 1977 (am Tage nach der öffentlichen Debatte der Affäre im Bundestag) zugaben, daß in Stammheim in zwei »Ausnahmesituationen« Gespräche zwischen Verteidigern und Angeklagten aufgenommen worden seien. Traugott Bender, Justizminister, rechtfertigte diese Überwachung wie folgt:

49 »Wiedergutmachung für Traube?«, *Frankfurter Rundschau*, 7. 3. 1977, Nr. 56, S. 4.

50 »Rechtsbrecher nicht länger tolerieren«, *die tat*, 18. 3. 1977, Nr. 12, S. 1; ausführlicher Werner Holtfort, »Der Innenminister muß zurücktreten«, *SPD-Rundschau* (Bezirk Hannover), Nr. 3, 1977, S. 1 und 3.

50a Der Vorsitzende der Gewerkschaft der Polizei, Helmut Schirrmacher, fragte: »Kann denn eine Verfassung mit verfassungswidrigen Mitteln geschützt werden?« Der »rechtfertigende Notstand« dürfte nicht zur »Umgehungsstraße« werden, wenn Grundgesetz und Parlament Hindernisse aufgestellt haben; in: »Abhöraktionen verurteilt«, *Frankfurter Rundschau*, 31. 3. 1977, Nr. 76, S. 4. – Die Humanistische Union forderte, »der Erosion des Rechtsstaates einen Riegel vorzuschieben« (*Frankfurter Rundschau*, 8. 3. 1977, Nr. 56, S. 4); durch Schreiben vom 10. 3. 1977 wurde Maihofer mitgeteilt, daß der Bundesvorstand der HU ihn von seiner »Funktion als Mitglied im Beirat der Humanistischen Union« entbunden habe; die Versuche, »ein außerordentliches Verhalten von Angehörigen des Ihnen unterstellten Bundesamtes für Verfassungsschutzes durch Berufung auf einen im Verfassungsrecht nicht existierenden übergesetzlichen Notstand« zu rechtfertigen, seien »letztlich ein Freibrief für den Gesetzes- und Verfassungsbruch«; s. dazu Anm. 86.

51 Hans Schueler, »Unrecht per Gesetz«, *Die Zeit*, 18. 3. 1977, Nr. 13, S. 1; eine Woche zuvor hatte Theodor Eschenburg, »Es muß weitergebohrt werden«, *Die Zeit*, 11. 3. 1977, Nr. 12, S. 3, noch sehr vorsichtig auf den Unterschied des straf- und privatrechtlichen Notstandes einerseits und »verfassungsverletzender Notstandsmaßnahmen« andererseits hingewiesen: diese müssen, »um des Ansehens der Verfassung und der Rechtssicherheit willen, Ausnahme bleiben«.

52 Henri Nannen, »Die Kumpanei«, *stern*, 10. 3. 1977, Nr. 12, S. 17.

53 Söhnke Petersen, »Viele Fragen sind noch offen«, *Abendzeitung*, 9. 3. 1977.

54 Hans Dieter Kloss, »Wie ein Innenminister mit der Verfassung umgeht«, *Stuttgarter Zeitung*, 10. 3. 1977.

»Die beiden Maßnahmen stützen sich auf den rechtfertigenden Notstand des § 34 des Strafgesetzbuches. Danach darf zum Beispiel in den Schutzbereich des gesprochenen Wortes und in das Verhältnis zwischen Mandanten und Anwalt eingegriffen werden, sofern ein höherwertiges Rechtsgut, nämlich Leben und Gesundheit unschuldiger Bürger auf dem Spiele steht. Der Innenminister, ich als Justizminister fühlten uns auf Grund unseres Amtseides, der dahin geht, Schaden von den Bürgern abzuwenden, für verpflichtet, diese rechtlich zulässige [!!!] Maßnahme zu gestatten.«<sup>55</sup>

Hier wurde von einem Justizminister eine Norm des StGB, die nach Text und Standort eine Tat nur insoweit rechtfertigen kann, daß sie nicht bestraft wird, umgebogen zu einer Ermächtigung für staatliches Handeln; gleichzeitig wurde aus dem Amtseid die Verpflichtung, Verfassung und Gesetze zu wahren, schlicht unterschlagen.<sup>56</sup> Der Ministerpräsident des Landes stellte sich in der »Regierungserklärung zu den sicherheitstechnischen Maßnahmen der Polizei in Stuttgart-Stammheim« im Landtag am 24. März 1977 nicht nur politisch vor die beiden Minister, sondern erklärte ihr Handeln für »notwendig und Rechters«: Zwei Minister der Landesregierung haben »nach reiflicher Überlegung gehandelt, wie Verfassung und Recht es von ihnen verlangten«.<sup>57</sup> Der Landtag hat das Verhalten der Minister Schieß und Bender mit den Stimmen der CDU für »notwendig« erklärt und »gebilligt«.<sup>58</sup> Dieser formale Akt verdeutlicht die Brüchigkeit der Argumentation: Entweder waren die Maßnahmen – wie es Filbinger, Bender, Schieß und der CDU-Fraktionsvorsitzende Späth<sup>59</sup> darzustellen versuchten – »Rechters«, dann bedurfte es keiner politischen »Billigung« durch den Landtag; oder die Maßnahmen erfolgten außerhalb des Rechts, dann konnte kein Akt des Landtags sie nachträglich »Rechters« machen. Die Versuche, das Verhalten der Minister im Landtag für rechtmäßig zu erklären, knüpften in der juristischen Argumentation (nicht in den völlig anderen Tatbeständen: 1934: Mord – 1977: Verletzung der Vertraulichkeit) an das fatale »Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr« vom 3. Juli 1934 an, durch das nach dem sogenannten Röhms-Putsch vom Reichstag festgestellt wurde:

»Die zur Niederschlagung hoch- und landesverräterischer Angriffe am 30. Juni, 1. und 2. Juli vollzogenen Maßnahmen sind als Staatsnotwehr Rechters.«<sup>60</sup>

Die Kommentare in den Medien nach dem Bekanntwerden der Stammheimer Abhöraktionen sind nur mit den Reaktionen in der *Spiegel*-Affäre vergleichbar. Hier eine Auswahl aus den von Verzweiflung, moralischem Protest und kritischer Analyse getragenen Stellungnahmen:

<sup>55</sup> 17. 3. 1977, »Heute«, 19.00 Uhr, ZDF; ebenso äußerte sich Bender am 24. 3. 1977 vor dem Landtag (*Landtag von Baden-Württemberg, StenBer.*, 7. Wahlperiode, 24. Sitzung, S. 1444): »Eine Handlung, die nach § 34 des Strafgesetzbuches gerechtfertigt ist, bleibt nicht nur straflos, sie ist rechtmäßig und enthält keinen verfassungswidrigen Eingriff in ein Grundrecht.« An anderer Stelle (S. 1469) sagte Bender in dieser Debatte: »Die Entscheidung, die etwa auf § 34 gestützt ist, kann nicht davon abhängig gemacht werden, daß man anschließend Rechenschaft ablegen muß, und dann vielleicht aus Furcht davor [...] lieber eine Entscheidung unterläßt, um aus dieser Bredouille herauszukommen.«

<sup>56</sup> Ebenso Ministerpräsident Filbinger am 24. 3. 1977, *ebd.*, S. 1440; Bender betonte in dieser Debatte allerdings: »Als Mitglieder der Regierung dieses Landes haben wir einen Eid auf die Verfassung abgelegt.«

<sup>57</sup> *Ebd.*, S. 1440.

<sup>58</sup> Drucksache 7/1354 vom 24. 3. 1977; s. die namentliche Abstimmung mit 61 Ja-, 43 Nein-Stimmen und 3 Enthaltungen (darunter die Minister Bender und Schieß) *StenBer.*, a. a. O., S. 1503; SPD und FDP wandten sich gegen die Rechtfertigungsversuche; ihr Versuch, die Minister Bender und Schieß zur »Aufhebung ihrer Immunität« zu bringen (Drucksache 7/1355), »um eine rechtliche Berurteilung der Abhöraktionen in Stuttgart-Stammheim durch unabhängige Richter zu ermöglichen«, wurde von der Mehrheit des Hauses abgelehnt. Über diese wichtige Debatte ist leider in der überregionalen Presse nur unzureichend berichtet worden. S. insbes. auch die Rede des FDP-Abgeordneten Enderlein (S. 1470), der eine Stellungnahme von Richtern aus Mannheim zitiert.

<sup>59</sup> *Ebd.*, S. 1455.

<sup>60</sup> Abgedruckt bei Walter Hofer, *Der Nationalsozialismus. Dokumente 1933–1945*, Frankfurt am Main 1957, S. 70.

Die *Stuttgarter Zeitung* kritisierte Benders Erklärung, »die Anwendung des ›rechtfertigenden Notstandes‹ bleibe nicht nur straflos, sondern sogar rechtmäßig«. Wenn dem so wäre – schrieb das Blatt –,

»dann wäre dem Paragraphen 34 der Ausnahmecharakter auch in der Theorie genommen und würde der ›rechtfertigende Notstand‹ zu einer Mehrzweckwaffe für allerlei staatliche Eingriffe in die Grundrechte des Bürgers.«<sup>61</sup>

In der *Zeit* sprach Hans Schueler von einem »Bubenstück«: »Kann man sich eine schlimmere Verhöhnung der gesetzgebenden Gewalt durch die Exekutive überhaupt noch vorstellen?«<sup>62</sup> Gerd Bucerius schrieb im selben Blatt:

»Mit Entsetzen sehen die Liberalen: Im Extremfall gelangt die letzte Entscheidung über die Wirksamkeit eines Grundrechts in die Hände eines Ministers. Inzwischen wissen wir: Es hat Dutzende, nach der Verfassung verbotene Abhörfälle gegeben. Der Damm ist längst gebrochen. Läßt sich das verlorene Gelände zurückgewinnen?«<sup>63</sup>

In der *Süddeutschen Zeitung* hieß es: »Die Hoffnung, daß sich jene täuschen, die jetzt von einem ›Abgrund von Verfassungsverrat‹ reden, ist gering.«<sup>63a</sup> Im *Abendblatt* war die Rede von einem »bedenklichen und durch Paragraph 34 nur dürftig gedeckten Mittel des Verfassungsbruchs.«<sup>64</sup> Werner Birkenmaier sagte im *Deutschen Allgemeinen Sonntagsblatt*:

»Der Verfassungsbruch wird in den Schein des Rechts gekleidet, den der rechtfertigende Notstand leicht hergibt. Hier besteht eine bedenkliche Schwachstelle des Rechtsstaates, weil die Grundrechte sich überspielen lassen.«<sup>65</sup>

Henri Nannen schrieb im *stern*:

»Der Einwand, daß die Opposition um kein Haar besser sei, ist nicht länger ein Grund, diese sozial-liberale Koalition im Amt zu belassen. Wenn es denn wahr wäre, was die Bonner Kumpanei behauptet, daß wir seit Jahren im ›übergesetzlichen Notstand‹ leben, in einem so bedrohlichen Notstand offenbar, daß nicht einmal die Notstandsgesetze dafür ausreichen, dann fragt man sich doch, warum man nicht diejenigen regieren läßt, die seit eh und je auf die ›Stunde der Exekutive‹ warten. Das kann Franz Josef Strauß allemal besser als Werner Maihofer [. . .] Die einen im CDU-regierten Baden-Württemberg gehen hin und besorgen das, was sie im Gesetz nicht durchsetzen konnten, nun unter dem Vorwand des ›übergesetzlichen Notstandes‹. [. . .] Die anderen aber, die sozial-liberalen Hüter der Rechtsordnung, stehen Schmiere dabei. Direkt aus dem Allerheiligsten, aus dem Bundeskanzleramt des Sozialdemokraten Helmut Schmidt, gibt der sozialdemokratische Staatssekretär Manfred Schüler an die ihm unterstellten Geheimdienste die Weisung zur technischen Beihilfe beim Gesetzesbruch. Franz Josef Strauß läßt grüßen.«<sup>66</sup>

61 »Benders Überraschung«, *Stuttgarter Zeitung*, 25. 3. 1977.

62 Hans Schueler, »Wanzen: Nein«, *Die Zeit*, 25. 3. 1977, Nr. 14, S. 4.

63 Gerd Bucerius, »Legale Wanzen: Ja«, *ebd.*

63a Hans Raiser, »Unbeschädigt ist nun keiner mehr«, *Süddeutsche Zeitung*, 19. 3. 1977.

64 Wolf Heckmann, »Der neue Wanzen-Wirbel«, *Abendblatt*, 19. 3. 1977.

65 Werner Birkenmaier, Verfassungsbruch im Schein des Rechts«, *Deutsches Allgemeines Sonntagsblatt*, 27. 3. 1977. – S. auch Roderich Reifenrath, »Der mißbrauchte Notstand«, *Frankfurter Rundschau*, 19. 3. 1977, Nr. 66, S. 3: »Es ist beängstigend, wie schnell rechtsstaatliche Prinzipien über Bord gehen, wenn die Staatsräson auf den Plan tritt.« Am 18. 3. 1977 erklärte der sonst eher zurückhaltende Deutsche Anwaltsverein, »DAV nimmt zur Abhöraffaire in Stammheim Stellung«, *Pressemitteilung* 3/77: »Die Minister Bender und Schieß haben jetzt diesen vom Bundestag abgelehnten Überwachungsrichter durch eine unsichtbare Wanze ersetzt.« Ein die Wanze rechtfertigender Notstand (§ 34 StGB) habe nicht vorgelegen; auf dem 39. Deutschen Anwaltsstag vom 19.–21. 5. 1977 wurde in offiziellen Ansprachen die Kritik noch schärfer formuliert; s. dazu Werner Hüll, »Plädoyer für die freie Advokatur«, *Vorwärts*, 26. 5. 1976, Nr. 21, S. 7: »Einen überrechtlichen Notstand gäbe es nicht, meinte Heinz Brangsch, und Hans Dahs fügte [. . .] hinzu: Wenn ein Staat unter Berufung auf einen zeitweisen Beweisnotstand, der in Wirklichkeit kein Notstand sei, daran gehe, Freiheitsrechte des Bürgers anzugreifen, dann würden Dämme eingerissen, und dem müßte gewehrt werden. Die Anwaltschaft könne dem Gesetzgeber nicht folgen, wenn er sich durch terroristische Aktionen dahin drängen ließe, den Staat in einen Polizeistaat umzuformen.«

66 Henri Nannen, »Franz Josef Strauß läßt grüßen«, *stern*, 24. 3. 1977, Nr. 14, S. 17.

Die als selbstverständlich angesehene »sittliche« Verpflichtung, die »Unverbrüchlichkeit der Verfassung« zu wahren, ist – im Sinne Lassalles – »ein Stück Verfassung«. <sup>67</sup> Angesichts der realen Machtverhältnisse, mit anderen Worten, weil SPD und FDP in ihrer Gesamtheit die Funktion eines Gegengewichts gegen die schleichende Aushöhlung und Auflösung der Verfassung nicht mehr wahrnehmen, verliert dieses »Stück Verfassung« seine Kraft und wird im Zerfall nur noch als *moralischer Protest* oder *verzweifelte Moralität* geäußert. Wissenschaftliche Analyse allein vermag eine solche Entzweiung nicht aufzuhalten, aber sie kann – wenn sie genau erfaßt, was ist – einen Beitrag leisten zur Sammlung von Gegenkräften.

1. Zunächst ist anzumerken, daß auf dem Gebiet der Geheimdienste die »Allparteienskumpanei« nichts Neues ist. Eine sorgfältige Analyse der Geheimdienste könnte zeigen, daß diese Dienste es verstanden haben, in Grauzonen mit der Mentalität der »Schwarzen Reichswehr« zu arbeiten. <sup>68</sup> Die stete Ausweitung ihres Aktionsrahmens war nicht zuletzt dadurch möglich, daß Sozialdemokraten und Liberale gleichsam zu Komplizen solcher Aktionen im Bereich von Grauzonen oder außerhalb der Grenzen der Verfassung gemacht wurden. <sup>69</sup>

2. Es genügt nicht, das Grundgesetz zu feiern und die Unverbrüchlichkeit der Verfassung zu fordern; notwendig ist die Analyse der realen gesellschaftlichen Machtverhältnisse – und der dabei möglichen Verlagerungen – sowie die Einbeziehung der aus der Entwicklung der Produktivkräfte resultierenden Veränderungen. Rudolf Augstein hat das – etwas grobschlächtig durch die Alternative »Atomstaat oder Rechtsstaat?« <sup>70</sup> versucht. Das mit den heutigen »nachrichtendienstlichen Mitteln« technisch Mögliche wurde in der liberalen Öffentlichkeit nicht einmal diskutiert, als 1972 das Bundesverfassungsschutzgesetz ausdrücklich die Anwendung solcher Mittel für zulässig erklärte. <sup>71</sup> Die Humanistische Union fand beispielsweise wenig Unterstützung, als sie 1976 gegenüber dem Niedersächsischen Verfassungsschutzgesetz auf die Gefahren hinwies, die die Verwendung der technisch möglichen Abhörgeräte mit sich bringt. <sup>72</sup> Der FDP-Innenminister des Landes Niedersachsen, Rötger Gross, muß sich heute fragen lassen, ob er sich von dem ihm unterstellten Verfassungsschutz belügen ließ, oder ob er selbst bewußt die Unwahrheit sagte, als er am 24. Juni 1976 im Landtag erklärte:

»Der Verfassungsschutz darf z. B. keine Richtmikrophone aufbauen. Er darf keine sogenannten Wanzen benutzen. Er kann keine Briefe öffnen, wie manche offenbar glauben – vielleicht auf Grund schlechter Filme [. . .]« <sup>73</sup>

<sup>67</sup> Ferdinand Lassalle, »Über Verfassungswesen«, *Ausgewählte Texte*, hrsg. v. Thilo Ramm, Stuttgart 1962, S. 64, 65, 66, 67.

<sup>68</sup> S. dazu Einzelheiten bei Jürgen Seifert, »Wer bestimmt den »Verfassungsfeind«?« in: Peter Brückner, Diethelm Damm, Jürgen Seifert, *1984 schon heute oder wer hat Angst vorm Verfassungsschutz?*, Frankfurt/Main 1976, S. 100 ff.; als Beispiele werden hier genannt: die Telephonüberwachung, die Einwirkungen des Verfassungsschutzes bei der Einstellung in den öffentlichen Dienst (ohne gesetzliche Grundlage), die Weitergabe von »Erkenntnissen« des Verfassungsschutzes an nichtstaatliche Stellen und die Observationen gegen Ausländer wegen Aktivitäten, die nicht gegen die Bundesrepublik gerichtet sind (ohne gesetzliche Grundlage).

<sup>69</sup> S. dazu Jürgen Seifert, *Kampf um Verfassungspositionen*, Frankfurt/Main-Köln 1974, S. 108 u. 120: ob es je gelingt festzustellen, ob die Einbeziehung des Bundesnachrichtendienstes in die Stuttgart-Stammheimer Überwachungsaktion aus sachlichen Gründen oder nur deshalb erfolgte, um die »Verantwortung« zwischen Baden-Württemberg und dem Bund zu teilen, ist sehr fraglich. – Denkbar ist, daß wir nur der Konkurrenz verschiedener Dienste die Kenntnis von den Überwachungsaktionen verdanken.

<sup>70</sup> S. Anm. 16.

<sup>71</sup> Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes vom 27. 9. 1950 (BGBl. S. 682) u. Verfassungsschutzänderungsgesetz vom 7. 8. 1972 (BGBl. I, S. 1382) § 3 Abs. 3 Satz 2.

<sup>72</sup> »Der Konflikt um den Entwurf eines Niedersächsischen Verfassungsschutzgesetzes«, *Kritische Justiz*, Jg. 9, H. 1, 1976, S. 85.

<sup>73</sup> *Niedersächsischer Landtag, StenBer.*, 8. Wahlperiode, 47. Plenarsitzung, 24. 6. 1976, S. 4472.

3. Es fehlt aber auch am Mut, dafür einzustehen und nur das zuzulassen, was innerhalb der strikt ausgelegten Grenzen der Verfassung erlaubt ist. So jedenfalls sieht es Robert Leicht in der *Süddeutschen Zeitung*:

»In unzähligen Rechtsstaats-, Sicherheits- und Verfassungsdebatten sowie in polemischen Wahlkampfreden haben sich die Parteien gegenseitig vom Boden des Grundgesetzes gedrängt. Was galt in diesen Debatten, die den Verfassungskonsens mißachteten, rechtsstaatliche Präzision? War sie nicht als Zeichen der Knochenerweichung verspottet?«<sup>74</sup>

Aber gaben Sozialdemokraten und Liberale in der »Regierungsverantwortung« ihren eigenen Anspruch im verfassungsrechtlichen Bereich nur deshalb auf, weil die CDU/CSU die »Innere Sicherheit« zum Wahlkampfthema machte? Oder waren die Operationen in »Grauzonen des Rechts« und die Flucht in Generalklauseln angesichts des eigenen Anspruchs und angesichts der Forderungen der »linken« Partei-Flügel und der Erwartungen mancher Wähler nicht *ein allzu bequemer Ausweg, weil damit der Opposition der Wind aus den Segeln genommen werden konnte und den eigenen Anhängern die realen Veränderungen im Verfassungsgefüge der Bundesrepublik verschleiert wurden?*

Da ist der liberale Journalist Rudolf Augstein ehrlicher, wenn er von der Alternative spricht:

»Entweder korrekte und strikte Beachtung der geltenden Gesetze [...]; oder offenerherzige Änderung der Gesetze, auch unter Verletzung des grundgesetzlich geschützten Kerns [...]. Maihofers Wischiwaschi-Grundgesetz kann nicht überzeugen. Auf dem ja vielleicht unvermeidlichen Weg in den Nicht-mehr-Rechtsstaat wollen wir wissen, woran wir sind.«<sup>75</sup>

An anderer Stelle heißt es:

»Wer den europäischen Rechtsstaat als seine Heimat aufgibt, landet unweigerlich in Brasilien oder Argentinien. Weltweit erleben wir, daß die Stimme des Volkes in die Stimme der Diktatur und der Illegalität umschlägt. Besonnen und kräftig müssen wir uns den Bequemlichkeiten aller übergesetzlichen Notstände entgegenstemmen – und stünden wir gegen eine fallende Wand.«<sup>76</sup>

4. Die Abhör-Affäre des Jahres 1977 war nicht die Stunde der bundesdeutschen Staatsrechtslehrer. Zwar konnte man – wie Roman Schnur ironisch vermerkt – »vereinzelt flinke Stellungnahmen lesen und schnelle Statements im Fernsehen vernehmen«; Schnur fragte: »Weshalb schweigen die anderen?«<sup>77</sup> Vielleicht hat die Unverfrorenheit so manchem Staatsrechtler<sup>78</sup> die Sprache verschlagen, mit der Verfassungsbrüche mit einer Norm des Strafrechts gerechtfertigt wurden?

<sup>74</sup> Robert Leicht, »Ängstlich statt konsequent«, *Süddeutsche Zeitung*, 23. 3. 1977.

<sup>75</sup> Rudolf Augstein, »Buback und Traube«, *Der Spiegel*, Jg. 31, 18. 4. 1977, Nr. 17, S. 18 f.

<sup>76</sup> Rudolf Augstein, »Auf der Mauer, auf der Lauer...«, *Der Spiegel*, Jg. 31, 21. 3. 1977, Nr. 13, S. 20; Augstein kritisiert, »daß die *Frankfurter Allgemeine Zeitung* sich als Stimme des Rechtsstaats kaum noch vernehmen läßt«. Offenbar kannte die FAZ von Anfang an den Allparteienkonsens in der Frage des überverfassungsgesetzlichen Notstandes und billigte ihn. Augstein hatte auf Kräfte innerhalb von FDP und SPD gesetzt, die sich aber gegenüber dem Kanzler nicht durchsetzen konnten. So schrieb Rudolf Augstein, »The Schmidt can do no wrong«, *Der Spiegel*, Jg. 31, 18. 3. 1977, Nr. 14, S. 20 mit dem Kernsatz: »Jeder muß nur den Machiavelli spielen, und schon wird Schaden von unserem deutschen Volk und seinen Bürgern abgewendet.« Vom Verfassungsschutz sagte Rudolf Augstein, »Im Zweifel für den Staat?«, *Die Zeit*, 25. 3. 1975, Nr. 14, S. 5, daß dieser »ständig in der Grauzone an Recht und Gesetz vorbeieopiert (und operieren muß?)« und, was das Grundgesetz angehe, »einen chronisch lahmen Arm« habe: Der Verfassungsschutz »bricht, in Bund und Ländern, Gesetz und Recht tagtäglich«.

<sup>77</sup> Roman Schnur, »Die Wanzen vom Mond aus betrachtet«, *Die Welt*, 23. 3. 1977, Nr. 69, S. 4.

<sup>78</sup> Zu den erfreulichsten Ausnahmen gehört Hans-Peter Schneider, »Über die Belastbarkeit der Freiheit«, *Vorwärts*, 24. 3. 1977, Nr. 12, S. 3; Schneider erinnert nicht nur an die Position von Adolf Arndt, sondern fragt: »Wo sind heute Männer wie Adolf Arndt, Fritz Bauer oder Gustav Heinemann, die einst das Rechtsgewissen der Sozialdemokratie geschärft haben?« Detaillierter ders., »Der Verfassungsschutz-Grundordnungshüter, Sicherheitsdienst oder Geheimpolizei?«, in: Wolf-Dieter Narr, Hrsg., *Wir Bürger als Sicherheitsrisiko*, Reinbek 1977 (rororo 4181), S. 97 f. u. 126 ff., zum »übergesetzlichen Notstand«, S. 128 f.

Die Berufung auf den übergesetzlichen Notstand des Strafgesetzbuches, bzw. auf § 34 StGB rief jedoch die Strafrechtler auf den Plan. Gerald Grünwald, Ordinarius für Strafrecht an der Universität Bonn, meldete sich wiederholt zu Wort – und wurde vom *Rheinischen Merkur* prompt als »ein Komplize extremistischer Studenten« bezeichnet:

»Gesetze«, – sagte Grünwald – »die die Grenze zwischen Bürgerfreiheit und Staatsgewalt festlegen, können nicht unter Berufung auf angebliche übergesetzliche Eingriffsbefugnisse beiseite geschoben werden (entgegen Maihofer). Ebenso wenig können sie durch einen zum Supergesetz hochstilisierten § 34 StGB gesprengt werden (entgegen Bender und Schieß).«<sup>79</sup>

Ähnlich äußerte sich der Saarbrückener Ordinarius Detlef Krauß:

»Auch der oft zitierte strafrechtliche Notstand (Paragraph 34 Strafgesetzbuch) vermehrt die Befugnisse des Staates nicht. Der rechtfertigende Notstand schränkt im Einzelfall den Geltungsbereich staatlicher Verbotsnormen ein; er erweitert damit den Handlungsspielraum des Bürgers. Dagegen sagt er nichts über den Handlungsspielraum des Staates, der auf den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit festgelegt ist. [. . .] Ein rechtsstaatliches Prinzip, das in Krisensituationen die Handlungsermächtigung des Staates über den gesetzlichen Bereich hinaus gleichsam automatisch fortschreiben könnte, wäre ein Widerspruch in sich. Eine gesetzlose Notkompetenz der Exekutive gibt es nicht; es kann sie nur im Polizeistaat geben.«<sup>80</sup>

Einige Strafrechtler sahen sich durch die Affäre veranlaßt, eine gemeinsame Stellungnahme abzugeben, in der die Auffassung als »unrichtig« zurückgewiesen wird, die Überwachungen seien »aus Gründen des übergesetzlichen Notstandes gerechtfertigt gewesen«:

»Die Eingriffsmöglichkeiten, die das Grundgesetz und die das Grundgesetz ausführenden Gesetze vorsehen, sind zugleich als strikte Grenzen staatlicher Befugnisse zu verstehen. Die Exekutive darf die Verfassung und die verfassungsmäßige Ordnung auch in Notfällen nicht außer Kraft setzen.«<sup>81</sup>

Gerechtfertigt wurde die Berufung auf den rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB nur von dem Bonner Strafrechtler Armin Kaufmann. Ohne Begründung behauptete Kaufmann, daß eine »Handlung, die nach Paragraph 34 gerechtfertigt ist«, nicht nur straflos bleibt, sondern auch rechtmäßig ist und »keinen verfassungswidrigen Eingriff in ein Grundrecht« enthält.<sup>82</sup> Ein hannoverscher Ministerialrat, zu dessen Tätigkeitsbereich der Verfassungsschutz gehört oder gehörte, wußte nichts besseres, als den Professoren den Vorwurf zu machen, »Eifer über Sorgfalt zu setzen« und zu fragen, warum »eigentlich nur ein Drittel aller Strafrechtler unterschrieben hätten.«<sup>83</sup> Der frühere Stuttgarter Oberlandesgerichtspräsident Richard Schmid betonte gegenüber solchen Darlegungen exakt, daß der strafrechtliche Notstand nicht die Frage betrifft, »ob der verantwortliche Behördenchef ein hoheitliches Recht zu einer Anordnung hatte.«<sup>84</sup>

79 Gerald Grünwald, »Der lädierte Rechtsstaat«, *Vorwärts*, 24. 3. 1977, Nr. 12, S. 5; s. auch Anm. 28.

80 Detlef Krauß, »Die Anmaßung der Ämter«, *Die Zeit*, 25. 3. 1977, Nr. 14, S. 5.

81 »Im Wortlaut: Wanzen-Aktion war rechtswidrig«, *Frankfurter Rundschau*, 5. 4. 1977, Nr. 80, S. 4; auch in *Blätter für deutsche und internationale Politik*, Jg. 22, H. 4, 1977, S. 506 f.

82 Armin Kaufmann, (Leserbrief) »Rechtsgut Leben ist höherrangig«, *Der Spiegel*, Jg. 31, 21. 3. 1977, Nr. 13, S. 10 f.

83 Peter Frisch, (Leserbrief) »Kein Berufsrecht auf § 34 StGB?«, *Frankfurter Rundschau*, 16. 4. 1977, Nr. 88, S. 4; Frisch ist Mitautor des von Maihofer (s. Anm. 19) zitierten Handbuchs *Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung* aus dem Jahre 1973 und war damals im Bundesinnenministerium im Referat Verfassungsschutz tätig; in der Schrift Peter Frisch, *Extremistenbeschuß*, Opladen 1975, beweist er auf besondere Weise logischen Scharfsinn: Auf S. 96 sagt er: »Nach der Gesinnung wird nicht gefragt, die Gesinnung kann und darf gar nicht ermittelt werden.« Auf S. 39 rät er bei den »Anhörungen« für die Einstellung in den öffentlichen Dienst, die Verfassungsprinzipien nicht »wie eine Art ›Check-Liste‹ abzuhaken, wenn der Bewerber mit einem ›Ja‹ antwortet«, weil »politische Extremisten allgemein anerkannte Begriffe von vornherein in einem ihnen genehmen Sinne auslegen [. . .]. Gerade bei Einstellungsgesprächen wird man es allerdings nicht ausschließen können, daß solche Fragen zu Täuschungszwecken falsch beantwortet werden.«

84 Richard Schmid, »Im Quadrat der Heimlichkeit«, *Der Spiegel*, Jg. 31, 4. 4. 1977, Nr. 15, S. 70 f.; zur

## IV. Ein bißchen überverfassungsgesetzlicher Notstand?

Als deutlich wurde, daß auch Sozialdemokraten verantwortlich oder mitverantwortlich waren für Abhörmaßnahmen außerhalb der durch Verfassung und Gesetz gesetzten Grenzen, setzte sich im sozialdemokratischen Lager die Auffassung durch,<sup>85</sup> daß zwar im Grundsatz die Berufung auf einen »überverfassungsgesetzlichen Notstand« nicht zum Zuge kommen könnte, daß aber in »ganz, ganz seltenen« Extremfällen die Rechtsfigur angewendet werden könnte. So erinnerte der Braunschweiger Oberlandesgerichtspräsident Rudolf Wassermann, Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen, am 21. März 1977 in einem Interview mit *Panorama* an die historischen Erfahrungen:

»Die Spuren der Vergangenheit müßten ja eigentlich schrecken, denn die Bahn, die damit betreten wird, ist abschüssig, und wie abschüssig sie ist, das haben wir in Weimar gesehen. Dort hat man nämlich mit dem übergesetzlichen Notstand sogar Fememorde und den Aufbau der Schwarzen Reichswehr gerechtfertigt.«

Dennoch fügte Wassermann hinzu:

»Wenn man vom übergesetzlichen Notstand redet, muß man bedenken, daß es sich hier um eine Rechtsfigur handelt, die ganz, ganz selten angewendet werden darf. Denn hier wird ja das, was an sich ungerecht ist, für Recht erklärt.«<sup>85a</sup>

Die Humanistische Union ist am 26. März 1977 der Vorstellung von einem »eingegrenzten« überverfassungsgesetzlichen Notstand entgegengetreten:

»Entweder gelten Verfassung oder Gesetz oder es gilt die Generalklausel, die alles erlaubt: Not kennt kein Gebot. Ein nur für den angeblichen Extremfall »eingegrenztes« übergesetzliches Notstandsrecht kann es ebensowenig geben wie ein bißchen Schwangerschaft oder ein bißchen Selbstentmannung. Übergesetzlicher Notstand ist nichts anderes als ein Instrument, mit dem die Verfassung durchlöchert und die Freiheit in der Bundesrepublik zunichte gemacht werden kann.«<sup>86</sup>

Die historische Forschung wird zu klären haben, in welchem Umfang Bundeskanzler Helmut Schmidt die Verantwortung dafür trägt, daß die SPD den überverfassungsgesetzlichen Notstand 1977 nicht mehr eindeutig ablehnte und bei einem »JEIN« stehenblieb. Die Position der für diesen Bereich zuständigen Experten, Friedrich Schäfer, Axel Wernitz und Günther Nollau wurde bereits dargestellt. Darüber hinaus ist zu registrieren, daß Helmut Schmidt am 22. März 1977 vor der SPD-Bundestagsfraktion daran erinnerte, »daß das Sicherheitsbedürfnis der durchschnittlichen Wählerin und des durchschnittlichen Wählers bei uns besonders ausgeprägt ist«, daß er von einer »Sucht zum Flagellantismus oder zur Selbstkasteiung« sprach, daß er vor »der uferlos zu werden drohenden Diskussion zum Beispiel über Landeskriminalämter oder Landesämter für Verfassungsschutz oder Bundesamt für Verfassungsschutz und Bundeskriminalamt und BND« warnte, es zwar für »notwendig« hielt, daß die Sozialdemokratische Partei »ihre moralische Position und ihre verfassungsrechtliche Unerschütterlichkeit zum Ausdruck brachte«, daß es

Fachliteratur in dieser Frage s. Dieter de Lasser u. Diertwald Rohlf, »Der ›Lauschangriff‹«, *Juristenzeitung*, Jg. 32, 1. 4. 1977, H. 4, S. 211 f.

85 Zunächst konnte man noch im *Vorwärts* lesen (Horst Heinemann u. Uly Foerster, »Die Wanzen des Kalten Krieges«, 24. 3. 1977, Nr. 12, S. 4), daß Strauß und Kohl für »die Freiheit des Politikers und des Staatsschutzbeamten« eintreten »jenseits der Verfassung und der Strafgesetze«.

86a Rudolf Wassermann, Interview mit *Panorama*, ARD, 21. 3. 1977, 20<sup>15</sup> Uhr; kritischer ist Rudolf Wassermann in dem Beitrag, »Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot . . .«, *Frankfurt Rundschau*, 8. 6. 1977, Nr. 131, S. 10.

86 S. dazu die Zusammenstellung von Erklärungen der Humanistischen Union »Verteidigung des Rechtsstaats – schon »mit dem Rücken zur Wand«, *Mitteilungen der Humanistischen Union*, Nr. 79, Jg. 17, Juni 1977, S. 16–18; insbesondere »Resolution der Delegiertenkonferenz zum sogenannten »übergesetzlichen Notstand«.

»aber überflüssig und politisch ohne Sinn« sei, daran nun »eine Kette von immer neuen Anklagen gegen die Regierung anzuschließen«. <sup>87</sup> Festzuhalten bleibt auch, daß Helmut Schmidt kurz darauf in einem Interview mit der *Süddeutschen Zeitung* erklärte:

»Im Laufe meines politischen Lebens habe ich mich schon in Ausnahmesituationen befunden, in denen ich über das geschriebene Recht hinausgehen mußte. Das war so im Frühjahr 1962 während der norddeutschen Flutkatastrophe, und das war so nach der Entführung des Berliner Politikers Peter Lorenz. In beiden Fällen war klar, daß es sich, wie es damals hieß, um einen übergesetzlichen Notstand gehandelt hat.«

Schmidt fügte allerdings hinzu:

»Während der letzten Jahre hat die Gesetzgebung den Begriff des »rechtfertigenden Notstandes« entwickelt und ins geschriebene Recht übernommen. Aber nach den Abhörvorgängen ist eines ganz sicher: Allorten wird man aufpassen müssen, daß niemand aus dem Rechtsgedanken des rechtfertigenden Notstandes eine neue Regel macht, die für alle möglichen Fälle angewendet wird.« <sup>88</sup>

Das Interview zeigt, daß man auch im Regierungsflügel der SPD gemerkt hat, welche Gefahren die Berufung auf die Kategorie des »rechtfertigenden Notstandes« in sich birgt. Die Äußerung deutet auch darauf hin, daß die Kategorie des übergesetzlichen Notstandes als Reaktion auf den Überfall einer Gruppe von Palästinensern auf Israelis, die zur Olympiade 1972 nach München gekommen waren, und im »großen Krisenstab« (der 1975 sowohl nach der Entführung des Berliner CDU-Vorsitzenden Peter Lorenz als auch nach der Geiselnahme von Angehörigen der Deutschen Botschaft in Stockholm gebildet wurde) für die politisch Verantwortlichen einen neuen Stellenwert erlangt hat. Angesichts der Interpretationen von 1977 bedeutete die Äußerung von Bundeskanzler Schmidt am 25. April 1975 vor dem Deutschen Bundestag

»Wer den Rechtsstaat zuverlässig schützen will, der muß innerlich auch bereit sein, bis an die Grenze dessen zu gehen, was vom Rechtsstaat erlaubt und geboten ist.« <sup>89</sup>

nichts anderes als das Eingeständnis: Wir berufen uns auf einen übergesetzlichen Notstand. Es ist nicht zufällig, daß Werner Maihofer in seiner Rechtfertigungsrede am 16. März 1977 vor dem Bundestag auf Schmidts Äußerung vom 25. April 1975 Bezug nahm. <sup>90</sup>

Niemand hat 1972 oder 1975 nach den rechtlichen Grundlagen des Verhaltens der politisch Verantwortlichen gefragt. Heute erfahren wir, daß § 34 StGB »im Hinblick auf Flugzeugentführungen und Geiselnahmen in das Strafgesetzbuch eingeführt worden« sei. <sup>91</sup> Kein Staatsrechtslehrer und kein Strafrechtslehrer hat – soweit ich sehe – insbesondere die Fälle Fürstenfeldbruck 1972, Lorenz-Entführung 1975 und Stockholm 1975 öffentlich als Rechtsfrage erörtert. So trifft auch die linken Juristen der Vorwurf von Roman Schnur: Staatsrechtslehrer haben die politisch Verantwortlichen im »entscheidenden Augenblick ohne Rat gelassen«. <sup>92</sup>

87 »Unsere Wähler haben teils die anderen gewählt«, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 26. 3. 1977, Nr. 72, S. 6.

88 »Hans Ulrich Kemski interviewt Helmut Schmidt, »Der Anfang war nicht berauschend«, *Süddeutsche Zeitung*, 26./27. 3. 1977, Nr. 71, S. 8.

89 *Deutscher Bundestag, StenBer.*, 7. Wahlperiode, 168. Sitzung, 25. 4. 1975, S. 1184.

90 *Deutscher Bundestag, StenBer.*, 8. Wahlperiode, 17. Sitzung, 16. 3. 1977, S. 985.

91 Werner Birkenmaier, »Abhörfall II«, *Stuttgarter Zeitung*, 18. 3. 1977.

92 Roman Schnur, a. a. O. (Anm. 77).

In der Verfassungstheorie wurde neben der Kategorie des überverfassungsgesetzlichen Notstandes und der Institutionalisierung des Ausnahmezustandes durch spezielle Notstandsbestimmungen für bestimmte Extremfälle auch die Kategorie des politisch zu verantwortenden Handelns als offene Rechtsdurchbrechung entwickelt: Der Handelnde biegt nicht das Recht, er versucht nicht – wie mittels der Kategorie des überverfassungsgesetzlichen Notstandes – Unrecht zu Recht zu erklären, sondern überschreitet ohne Verschleierung und Beschönigung die durch Verfassung und Gesetz gesetzten Befugnisse.<sup>93</sup> Ein solches Handeln außerhalb des Rechts, »jenseits der Linie«, muß ein Risiko bleiben. Niemand kann den Rechtsbruch zu rechtmäßigem Handeln machen. Ein Parlament kann nur – wenn der Handelnde mit der Erklärung vor das Parlament tritt: So ist gehandelt, so mußte ich handeln, ich bitte um Billigung – durch eine der Amnestie vergleichbare Billigungs- oder Indemnitätserklärung den Verzicht auf verfassungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen aussprechen. Dabei ist zu unterscheiden, ob es sich um eine Kompetenzüberschreitung handelt (so bei der Erteilung von Weisungen an die Bundeswehr durch den damaligen Hamburger Innensenator Helmut Schmidt), ob eine Aussetzung des staatlichen Strafanspruchs gegen Straf- oder Untersuchungsgefangene vorliegt (so bei der Freilassung von fünf Inhaftierten im Austausch gegen Peter Lorenz), oder ob in Grundrechte des Bürgers eingegriffen wird (wenn bei Gegenaktionen gegen Geiselnahme auch Geiseln getötet werden).

Carl Schmitt hat die Kategorie der Ausklammerung des Rechts durch folgendes Bild zu kennzeichnen versucht:

»Die Statue der Freiheit wird für einen bestimmten Moment mit einem Schleier umhüllt. Wird der Schleier wieder abgenommen, dann tritt – praktischerweise durch eine Indemnitätserklärung vermittelt – der Normalzustand mit allen Rechtsgarantien wieder ein.«<sup>94</sup>

Das Bild verwischt jedoch die eindeutige Trennung zwischen dem Versuch, den Rechtsbruch als Recht auszugeben und dem politisch zu verantwortenden Handeln, das als Rechtsdurchbrechung deklariert bleibt. Es muß heißen: Das Handeln erfolgt vor der Waage der Justitia; doch diese wendet ihr Haupt zur Seite und verzichtet – der Situation wegen – auf verfassungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen.

In diesem Sinn hat Rudolf Augstein in seinem ersten Kommentar zum »Lausch-Angriff gegen den Bürger T.« gefordert: »War der Fall Traube ein Einzelfall, ein einmaliger Notstand, so muß der Innenminister sich dazu erklären und nachträglich um Indemnität bitten.«<sup>95</sup> Theo Sommer sprach von der »Notwendigkeit extralegalen Handelns« und forderte: »Aber es darf dies nicht Verwaltungshandeln, es muß Handeln von Politikern sein. Es muß erschwert werden durch einen institutionell verankerten Zwang zur Unterrichtung und Rechtfertigung.«<sup>96</sup> Ähnlich äußerte sich Hans Schueler:

»Zwingt uns Pietät zum Stillhalten, oder dürfen wir auch da noch von einem Verfassungsminister, der in einer vermeintlich ausweglosen Situation die Verfassung gebrochen hat, das

93 S. dazu Jürgen Seifert, »Notstand und Verfassung«, *Atomzeitalter*, H. 4/5 1966, S. 116 f.; damals fand eine solche Position, mit der der Notstandsgesetzgebung entgegengetreten wurde, wenig Gehör, weil die SPD »keine übermäßige Spannung zwischen dem Verfassungsrecht und der Verfassungswirklichkeit« entstehen lassen wollte. Heute soll die Notstandsverfassung gelten und daneben – mit dem Anspruch auf Rechtscharakter – die fatale Kategorie des überverfassungsgesetzlichen Notstandes. – Zur »Verfassungsdurchbrechung« s. insbesondere Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, S. 99 f.

94 Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*, 2. Aufl., Berlin 1973, S. 261 (Anm. zur Ausgabe 1958). Das Bild stammt von Charles de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Buch XII, Kapitel 19.

95 Rudolf Augstein, a. a. O. (Anm. 16), S. 33.

96 Theo Sommer, »Ein Staat der Wanzen und der Schranzen?«, *Die Zeit*, 25. 3. 1977, Nr. 14, S. 1.

Geständnis verlangen: »Ja, ich habe es getan, um eurerwegen. Richtet mich oder sprecht mich frei?«<sup>97</sup>

121

Auch Rolf Schroers vertrat die Auffassung, daß in bestimmten Extremsituationen »außerrechtliche politische Handlungen erforderlich« sein können: »Sie sind politisch zu vertreten, wo die Verfassung um der Verfassung willen verletzt wird.«<sup>98</sup>

Hier wird deutlich, der Kreis derer ist kleiner geworden, die auch heute noch bedingungslos an der von Adolf Arndt vertretenen Position festhalten und mit ihm sagen: »Nie und nirgends ist ein Primat der Politik vor dem Recht zulässig.«<sup>99</sup> Wenn man so will, hat Ernst Forsthoff über Adolf Arndt gesiegt. Forsthoff hatte 1963 vom »introvertierten Rechtsstaat« gesprochen und gesagt, in »Krisenzeiten« stehe

»nicht die Alternative Recht oder handgreifliches Unrecht zur Wahl, sondern es handelt sich darum, die zur Überwindung der Krise notwendigen Maßnahmen zu treffen und auch durchzusetzen.«<sup>100</sup>

Schon in der *Festschrift für Adolf Arndt* hatte Ernst-Wolfgang Böckenförde, heute Mitglied des rechtspolitischen Beirats zum Parteivorstand der SPD und einflußreicher Mann auf dem 4. Rechtspolitischen Kongreß der SPD 1975 in Düsseldorf,<sup>101</sup> Arndt diese Position von Forsthoff entgegengehalten und gesagt:

»Kein Staat kann allein aus der Gewährung rechtsstaatlicher Freiheit sich konstituieren oder erhalten. Er bedarf eines einigenden Bandes, einer homogenitätsverbürgenden Kraft, die dieser Freiheit vorausliegt und den Staat als politische Einheit erhält.«<sup>102</sup>

Doch als es um das Triviale, um »Wanzen« ging, haben weder Böckenförde noch Roman Schnur<sup>103</sup> ernsthaft gegen die Kategorie des übergesetzlichen Notstands argumentiert. Es kann hier offen bleiben, was Forsthoff konkret meinte, wenn er formulierte:

»Denn in Krisensituationen wird die Legalität erst eigentlich aktuell, während Legitimitätsvorstellungen gegen eine Verstrickung in Bürgerkriegsprobleme nicht geschützt sind.«<sup>104</sup>

Es geht hier nicht um Dogmatik in der Verfassungstheorie – auch wenn der Einwand berechtigt ist, daß Werner Maihofer vermutlich ebenso wie Karl Schieß und Traugott Bender eine parlamentarische Indemnitätserklärung erhalten hätten. Es geht darum, daß extralegales Handeln nicht eigenmächtig von der Verwaltung, unter Umständen ohne Kenntnis des zuständigen Ministers, als »rechtmäßiges Handeln« praktiziert werden kann und daß jedes extralegale Handeln politisch zu vertreten und zu verantworten ist. Konkret heißt das: Darf der Verfassungsschutz

97 Hans Schueler, »Ein Sturz ohne Genickbruch«, *Die Zeit*, 4. 3. 1977, Nr. 11, S. 1.

98 Rolf Schroers, »Nachtrag« zu: »Extremismus – Sicherheitsrisiko der Demokratie?«, *Merkur*, Nr. 348, Jg. 31, H. 5 1977, S. 420; leider bezeichnet Schroers die »Rechtsdurchbrechung« noch als »Staatsnotstand« oder »außergesetzlichen Notstand«; s. dazu ders., »Szenario einer Ausnahme«, *liberal*, Jg. 19, H. 3 1977, S. 164; »Suspension ist – etwa in der Notstandsgesetzgebung – ein Rechtsakt, der Rechte auf Zeit außer Kraft setzt, eine öffentliche Sache. Der ungleich ärgere Fall der Rechtsdurchbrechung im außerrechtlichen Notstand, – darf er verborgen bleiben?« S. auch ders., »Soll und Haben«, *ebd.*, H. 4 1977, S. 244; »Wo die Demokratie in Gefahr gerät«, darf sie nicht »die Stunde der Exekutive« werden.

99 Adolf Arndt, »Demokratie . . .«, *a. a. O.* (Anm. 3), S. 13.

100 Ernst Forsthoff, *Rechtsstaat im Wandel*, Stuttgart 1964, S. 226.

101 S. Diether Posser u. Rudolf Wassermann, Hrsg., *Freiheit in der sozialen Demokratie*, Karlsruhe 1975.

102 Horst Ehmke, Carlo Schmid, Hans Scharun, Hrsg., *Festschrift für Adolf Arndt*, Frankfurt am Main 1969, S. 76 = Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt/Main, 1976, S. 84 f.; s. dazu Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin 1928, S. 87 u. S. 76.

103 Roman Schnur, *a. a. O.* (Anm. 77) holte als Lösung des Staatsrechts des Verfassungsstaates für den außergewöhnlichen Fall die alte »Lückentheorie« hervor: »Dann hätte es möglicherweise keinen Rechtsbruch gegeben, bei dem nur der strafrechtliche übergesetzliche Notstand helfen kann. Sondern dann wäre zu fragen, wer befugt sei, diese Rechtslücke zu schließen, und ob, falls man in einer Notlage dies der Exekutive zubillige, dafür die Voraussetzungen gegeben waren.« Das klingt grotesk, wenn man an Stuttgart-Stammheim denkt und an die Tatsache, daß die Mehrheit des Bundestages selbst eine Überwachung durch einen Richter abgelehnt hatte.

104 Ernst Forsthoff, *a. a. O.* (Anm. 100), S. 226.

weiterhin in Grauzonen arbeiten, das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung durch Güterabwägung ersetzen? Gilt dabei die Nollau-Maxime: »Risiken darf ein Beamter [. . .] nicht scheuen?«<sup>105</sup> Oder werden die Verantwortlichen gezwungen, in Zukunft jeden Fall offenzulegen und über ihn Rechenschaft zu geben?

Nur wenn der Zwang besteht, jedes extralegale Handeln in außerordentlichen Notsituationen ausdrücklich als solches zu deklarieren, damit offenzulegen und politisch zu verantworten, kann die Verfassung – wenn sie, der Situation wegen, nicht mehr als unüberschreitbare Grenze gewahrt werden kann – geschützt werden gegen ihre schleichende Auflösung und ihre Durchlöcherung mittels des überverfassungsgesetzlichen Notstandes als einer alles rechtfertigenden Generalklausel. Die Frage der deklarierten offenen Verfassungsdurchbrechung, die zur Wahrung der weiter geltenden Legalitätsgrenze erfolgt, wird heute von der Staatslehre – vielleicht auch aus Scheu vor der Vergangenheit – verdrängt; denn daß jede solche Rechtsdurchbrechung problematisch ist und ungeheure Gefahren in sich birgt, braucht nicht besonders betont zu werden.

Nicht nur Journalisten blickten in der Abhör-Affäre 1977 weiter als die Vertreter der Zunft. Es gibt zwei Äußerungen von Politikern (die in der Affäre allerdings nicht an einem Strang gezogen haben), die Richtung weisen. So fragte Martin Bangemann, Landesvorsitzender der FDP in Baden-Württemberg, am 16. März 1977 im Deutschen Bundestag, warum Bundesinnenminister Werner Maihofer nicht sage:

»Unser Staat hat sich in einer einzigartigen Gefahr befunden, ich habe nicht anders gekonnt, als so zu handeln wie ich handeln mußte. Nun beurteilen Sie das! Ich stelle mich diesem politischen Urteil.«<sup>106</sup>

Herbert Wehner sprach davon, daß es »Fälle geben kann, in denen durch die Besonderheit der Umstände, die durch terroristische Akte hervorgerufen werden, es einmal ein Überschreiten einer einzuhaltenden Grenze geben kann«; hier gelte: »Offenlegen, wieso und wer dafür verantwortlich ist, und die Sache wieder in Ordnung bringen.« Es müsse, wenn die Grenze »einmal überschritten werden sollte, sei es durch menschliches Versagen – sei es durch höhere oder äußere Gewalt –, [. . .] klargestellt werden, wieso das geschehen ist.«<sup>107</sup> Doch weder die Journalisten vom *Spiegel* und von der *Zeit*, noch Bangemann oder Wehner haben sich durchsetzen können gegenüber der »verwerflichen Beschönigung des Verfassungsbruchs« durch den in der Exekutive hockenden »Verfassungsgegner«, der – wie Adolf Arndt sagte – »in der Maske des Freundes [. . .] schlimmer [ist] als jeder andere Feind«.<sup>108</sup>

## VI. Reaktionen innerhalb der Linken

Ulrich K. Preuß hat nach der Affäre gefragt, warum die linke Öffentlichkeit »nur mit milder Empörung, wenn überhaupt« auf die Abhör-Affäre reagiert hat.<sup>109</sup> Er

<sup>105</sup> Günther Nollau, *a. a. O.* (Anm. 35), S. 199.

<sup>106</sup> *Deutscher Bundestag, StenBer.*, *a. a. O.* (Anm. 46), S. 989.

<sup>107</sup> ZDF, *Bonner Perspektiven*, 13. 3. 1977, 19.10 Uhr, Interview mit Herbert Wehner; s. auch das Interview mit Herbert Wehner »Keine Diskussionen, nur Hin und Her«, *Die Zeit*, 18. 3. 1977, Nr. 13, S. 3: »Ich gehöre zu denen, die acht Jahre lang gegen jene Faustregel gekämpft haben [. . .], die da hieß, Notstand sei die Stunde der Exekutive.« Hier wird deutlich, wie unsinnig die Rede vom »Gespann Wehner/Nollau« ist (so der CSU-Abgeordnete Carl Dieter Spranger, *Deutscher Bundestag, a. a. O.*, S. 975). Nollau plädiert für die Kategorie des übergesetzlichen Notstandes und die Entscheidungsmacht des Beamten: »Risiken darf ein Beamter [. . .] nicht scheuen.« Wehner wendet sich dagegen, daß die Exekutive über Notstände entscheidet.

<sup>108</sup> Adolf Arndt, »Demokratie . . .«, *a. a. O.* (Anm. 3), S. 13.

<sup>109</sup> »Ein Skandal findet nicht statt«, *diskus* (frankfurter studentenzeitung), Jg. 27, 10. 4. 1977, H. 1, S. 3 f.;

stellte die These auf, »daß das politische Leben unseres Landes einer anderen Logik folgt als der der Legalität«. In den letzten fünf Jahren sei der Zusammenhang von Legalität und Loyalität zerrissen:

»Loyalität ist nicht mehr eine Funktion der Legalität eines Verhaltens, sondern der situationsunabhängigen Bewertung individueller Gefährlichkeit.«

Für diese These spricht, daß die politischen Gruppierungen, die vom Verfassungsschutz – und diesem folgend auch von Politikern und Massenmedien – *beyond the line* gestellt, mit anderen Worten, Objekt einer innerstaatlichen Feinderklärung sind und damit »friedlos« gemacht werden, auf die Abhör-Affäre häufig nicht anders als auf einen alltäglichen Vorfall und deshalb mehr oder weniger achselzuckend reagierten.

So war für die DKP der Fall Traube zunächst nichts anderes als einer von den vielen Abhörfällen; man rühmte sich, zuvor selbst vortreffliches zur Aufklärung über die Machenschaften des Verfassungsschutzes geleistet zu haben.<sup>110</sup> Erst als *die tat*, wie häufig weitblickender und exakter in der Analyse als die *UZ*, die Berufung auf einen »übergesetzlichen Notstand« als das eigentliche Problem bezeichnet hatte,<sup>111</sup> schrieb auch die *UZ*:

»Die Bundestagsparteien möchten [. . .] unter dem Etikett »übergesetzlicher Notstand« eine schrankenlose Mißachtung der verfassungsmäßigen Grundrechte der Bürger durch die Geheimdienste rechtfertigen.«<sup>112</sup>

Emil Carlebach zeichnet in der *tat* die Verbindungen zum Kampf gegen die Notstandsgesetze auf;<sup>113</sup> aber auch in der *tat* findet man nichts darüber, welche Bedeutung die Kategorie »überverfassungsgesetzlicher Notstand« für die Gewerkschaften und zur Rechtfertigung von staatlichen Eingriffen in Arbeitskämpfe haben kann. – Der *berliner extra dienst* schwenkte in der Affäre ein auf eine andere Linie. Wer den »Kampf um die noch schützenden Funktionen dieses Grundgesetzes aus der Defensive aufnimmt«, schrieb Walter Bartel, »wird Artikel um Artikel verlieren«; denn, so meint er: »Solange der Kapitalismus als Basis des Systems [. . .] gilt, wird der Staat der Wanzen heranwachsen müssen«. Der Beitrag schließt mit der vortrefflichen, aber in der konkreten Situation kaum helfenden Formulierung: »Grundrechte nimmt man sich und verteidigt sie mit allen Mitteln. Oder man hat keine.«<sup>114</sup> Eine Woche später schloß ein Beitrag zur Affäre mit dem Satz:

Wem im Parlament »erst einmal die Verfassungs-Illusionen ausgetrieben worden sind, der verspürt keine Lust mehr, die Respektierung der Verfassung gegen den Willen des Klüngel zu verlangen«.<sup>115</sup>

Auch die KPD rühmte sich – wie die DKP – selbst »schon in ihren Protesterklärungen darauf hingewiesen« zu haben, »daß Abhörgeräte in den Büros kommunistischer und demokratischer Organisationen zum Alltag gehören«. Maihofers »reaktionäres Geschwätz vom »übergesetzlichen Notstand« sei »vollständig haltlos«.<sup>116</sup> Die *Rote Fahne* druckte eine Erklärung von 11 Anwälten ab, in der die Rechtfertigung eines »unerhörten staatlichen Eingriffs« durch den sogenannten übergesetzlichen Notstand kritisiert und die Pläne angesprochen wurden, »die »illegale« Praxis

vgl. in diesem Zusammenhang auch Jürgen Seifert, »Von den Notstandsgesetzen zum vorverlegten Notstand«, *Kursbuch* 48, Juni 1977, S. 54 f.

110 »Verfassungsschutz brach bei Nacht und Nebel ein«, *unsere zeit*, 1. 3. 1977, Nr. 50, S. 1 u. 2.

111 »Geheimdienst-Einbruch im »Watergate-Stil«, *die tat*, Jg. 28, 4. 3. 1977, Nr. 10, S. 1.

112 »Geheimdienste außerhalb einer wirksamen Kontrolle«, *unsere zeit*, 7. 3. 1977.

113 Emil Carlebach, »Fort mit den Wanzen«, *die tat*, 11. 3. 1977, Nr. 11, S. 2.

114 Walter Barthel, »Die Verfassung der Wanzen«, *berliner extra dienst*, Jg. 11, 4. 3. 1977, Nr. 18, S. 5.

115 WB. »Der Verfassungsschutz als Institution und der *Spiegel* als Verfassungsschutz«, *ebd.*, 11. 3. 1977, Nr. 20, S. 3.

116 »Weg mit Maihofer und dem Spitzel-Meier!«, *Rote Fahne*, 9. 3. 1977, Nr. 10, S. 1 u. 3.

zu »legalisieren«.<sup>117</sup> – Im Unterschied dazu war der Fall Traube für den KBW nur ein Fall der Bourgeoisie, weil die »Wanzen Maihofers einem Klassenbruder in die Wohnung gesetzt worden« waren. Unverletzlichkeit der Wohnung gilt in diesem Umkreis nur als »Phrase«:

»Die Verfassung ist für die Bourgeoisie gemacht und regelt den gesellschaftlichen Verkehr unter den Bourgeois und garantiert ihn durch den Staat. Wohnungen braucht die Bourgeoisie für ihre dunklen Geschäfte. Also müssen sie unversehrt sein. [. . .] Muß der Bourgeois damit rechnen, daß ihm der Staat Wanzen in die Wohnung setzt, dann bekommt er Zweifel an der »Rechtsstaatlichkeit.«

Für den KBW hat die »geschickt plazierte Abhörkampagne« nur den »Zweck, und unbestreitbar hat sie diesen Zweck auch erreicht«, die »Volksmassen ans Auslöfeln«, d. h. an das Abhören zu gewöhnen.<sup>118</sup>

Wolf-Dieter Narr interpretiert die Affäre in einem Beitrag in *links* als einen Beleg dafür, daß »das Grundgesetz längst von den Sicherheits- und Notstandsgesetzen und von der Sicherheitstechnologie überholt worden« sei:

»Der Sicherheitsapparat ist nicht nur über das Grundgesetz hinausgewachsen [. . .]. Der Sicherheitsapparat hat eine Stärke erreicht, die ihn potentiell allzuständig und allanwesend macht.«

Narr spricht diesem Apparat die »Fähigkeit« zu, »die Verfassung technologisch auszuzehren«.<sup>119</sup> Detlev Claussen und Dany Diner deuten »das Herankarren« des rechtfertigenden Notstandes des § 34 StGB als ein »sichtbares Zeichen einer neuen Verfassungsrealität«, die »uns den Notstandsstaat auch ohne Ausrufung des Notstandes beschert«:

»Diese neue Supraverfassung, die neue Verfassungslegitimität der BRD hat dem Maßnahmenstaat (Fraenkel) endgültig über § 34 StGB die Tür aufgestoßen.«<sup>120</sup>

Doch was dieser Tatbestand beispielsweise für die Gewerkschaftsbewegung konkret bedeutet, wird auch in den Stellungnahmen des *Sozialistischen Büros* (weder in *links* noch in *express*) nicht gesagt. Das ist nicht zufällig: In allen Stellungnahmen der Linken fehlt jeder Hinweis, daß mit der Legitimierung der Kategorie des »überverfassungsgesetzlichen Notstandes« der zehnjährige Kampf der Gewerkschaften gegen die Notstandsgesetze und die dabei erzielten Erfolge hinfällig werden: Die Kategorie des überverfassungsgesetzlichen Notstandes bietet die Möglichkeit, Eingriffe der Staatsgewalt in Arbeitskämpfen zu rechtfertigen.

Auch in der offiziellen Gewerkschaftspresse wird diese Gefahr kaum gesehen. Immerhin war in der *Welt der Arbeit* die Rede davon, daß die »Annahme eines übergesetzlichen Notstandes« deshalb »eine so große Gefahr für die Verfassung« darstellt, »weil sie die Grundrechte relativiert«; die Gewöhnung an diesen Zustand, die »zunehmende Unsensibilität«, das »ist schlimmer als der Skandal«.<sup>121</sup> In der *Spiegel*-Affäre 1962 hat es Otto Brenner noch verstanden, diejenigen, die durch die damalige Affäre kritisch wurden, für den Kampf gegen die Notstandsgesetze zu mobilisieren. Fünfzehn Jahre später erkannte man in den Gewerkschaften kaum

117 »Presseerklärung von Anwälten . . .«, *ebd.*, S. 3.

118 »Der Fall Maihofer, der Fall Traube und andere Fälle«, *Kommunistische Volkszeitung*, 10. 3. 1977, Nr. 10, S. 1; s. auch »Totalitärer Atomstaat«, *ebd.*, 3. 3. 1977, Nr. 9, S. 1: »Wo kommen wir dahin, fragt Rudolf Augstein. Wo soll das enden? Es wird mit der proletarischen Revolution enden und kann mit nichts anderem enden. Die Widersprüche in der Bourgeoisie sind nur ein Zeichen für ihre Verfaultheit und ihren reaktionären Charakter.«

119 Wolf-Dieter Narr, »Das Staatssicherheitssystem und die »armen« Poliüker«, *links*, April 1977, Nr. 87, S. 2 ff.

120 »Staatsschutz statt Freiheit«, *ebd.*, S. 1; vgl. in diesem Zusammenhang auch meinen Beitrag »Rechtsstaat mit Grauzonen«, *Vorgänge*, Nr. 26, Jg. 16, H. 2, 1977, S. 3–7.

121 Florentine Hoffmann, a. a. O. (Anm. 48); dies., »Rechtsstaat ist bedroht«, *Welt der Arbeit*, 25. 3. 1977, Nr. 25, S. 1.

noch die Gefahr, die ein »überverfassungsgesetzlicher Notstand« nicht nur »für die Verfassung«, sondern für die Kämpfe der Gewerkschaften mit sich bringen kann. Vertraut man in den Gewerkschaften darauf, es werde der SPD schon gelingen, darauf zu achten, daß die Rechtfertigungsklausel des überverfassungsgesetzlichen Notstandes nur »ganz, ganz selten angewendet« wird?<sup>122</sup> Übersieht man in den Gewerkschaften, daß zur Bestandsgrundlage des Grundgesetzes gehört, daß die Gewerkschaften als Garant der demokratischen Republik und als Gegenmacht gegenüber allen »konservativen Tendenzen« fungieren? Was besagt es, für den Bestand des Grundgesetzes und für das politisch-soziale Kräftefeld, wenn man sich in der »Linken« nicht einmal mehr an die Gewerkschaften wendet, die Funktion des Gegengewichts innerhalb der Grenzsteine der Verfassung jederzeit und mit vollem Gewicht *im eigenen Interesse der Gewerkschaften* wahrzunehmen? War es Augsteins historischer Fehler, daß er nicht an die Gewerkschaften appellierte, oder ist es die Schuld der Gewerkschaften, daß in einer zentralen Verfassungsfrage 1977 niemand mit ihnen rechnete?

Perspektiven werden in den Beiträgen der »Linken« nur selten gezeigt. Zu den erwähnenswerten Ausnahmen gehört ein Beitrag von Alexander von Hoffmann. Auch er weiß: »Längst regiert der latente Notstand als grundlegendes Prinzip einer ganz anderen Ordnung eindeutig vor und über der Verfassung.« Doch für ihn ist der »Wanzenkandal« ein Ansatzpunkt um zu zeigen,

»was wirklich zu tun ist. Bekämpft, bloßgelegt, beseitigt werden muß die verfassungsfeindliche Notstands-ideologie. Aufgedeckt und vorgezeigt werden müssen ihre verheerenden, diese Gesellschaft unaufhaltsam verändernden Wirkungen. Berichtet werden muß über die alltägliche Bespitzelung, Einschüchterung, Verfolgung. [. . .] Bundesgenossen, auch Liberale sind immer willkommen.«<sup>123</sup>

122 Rudolf Wassermann in einem Interview mit *Panorama* (ARD) am 21. 3. 1977.

123 Alexander von Hoffmann, »Aktion Verfassungs-Müll«, *konkret*, April 1977, H. 4, S. 24.