

# Alexander Roßnagel

## Der alltägliche Notstand

### DIE ÜBERVERFASSUNGSGESETZLICHE GENERALKLAUSEL

Seifert berichtet in seinem Aufsatz in KJ 77, Heft 2, S. 105 ff über die Reaktion, die die Abhöraffaires Traube und Stammheim in der Presse und der Fachliteratur gefunden haben. Er selbst kann den 1968 geschaffenen Notstandskompetenzen zumindest das Positivum abgewinnen, daß seither die lautstarke Berufung auf die Kategorie des »überverfassungsgesetzlichen Notstandes« verstummt ist.<sup>1</sup> Warum dieses Legitimationsmuster jetzt doch wieder zur Rechtfertigung illegalen<sup>2</sup> staats-schützerischen Handelns der Öffentlichkeit zugemutet wird, beantwortet er spekulativ damit, daß die »Flucht in Generalklauseln angesichts des eigenen Anspruchs und angesichts der Forderungen der ›linken‹ Parteiflügel und der Erwartungen mancher Wähler . . . ein allzu bequemer Ausweg« war, »weil damit der Opposition der Wind aus den Segeln genommen und den eigenen Anhängern die realen Veränderungen im Verfassungsgefüge der Bundesrepublik verschleiert wurden«.<sup>3</sup> Diese Erklärung allein aus den wahltaktischen Darstellungszwängen der etablierten Parteien genügt jedoch nicht, sondern macht eine Auseinandersetzung mit den historisch wechselnden Formen der Legitimierung von Staatsschutzhandeln und der aktuellen Funktion der Einführung des § 34 StGB als überverfassungsgesetzliche Generalklausel notwendig.

#### *1. Die Aufnahme des überverfassungsgesetzlichen Notstandes in das Verfassungssystem des Grundgesetzes*

Maihofer<sup>4</sup> und die ihn stützende Presse<sup>5</sup> erkennen in der strafrechtlichen Vorschrift des § 34 StGB ein das ganze Rechtssystem durchdringendes Prinzip, das auch den

<sup>1</sup> Seifert, Die Abhör-Affäre 1977 und der überverfassungsgesetzliche Notstand, in KJ 1977, Heft 2, S. 105.

<sup>2</sup> Diese »Lauschangriffe« sind weder durch § 3 Abs. 3 BVerfSchG (vgl. Grünwald im Spiegel Nr. 11 vom 7. 3. 77, S. 22; Denninger im Spiegel Nr. 11 vom 7. 3. 77, S. 24; Schmid im Spiegel Nr. 15 vom 4. 4. 77, S. 70; de Lazzar/Rohlf, Der Lauschangriff, in JZ 1977, 209; Borgs-Maciejewski, Parlament und Nachrichtendienste, in Beiheft 6, 77 zu Das Parlament, S. 19 f. hält § 3 Abs. 3 BVerfSchG wegen Verstoß gegen das Bestimmtheiterfordernis für verfassungswidrig) noch durch Art. 13 Abs. 3 GG gedeckt. (Grünwald a. a. O.; Denninger a. a. O.; de Lazzar/Rohlf a. a. O., S. 208 ff.). Nach Evers, Privatsphäre und Ämter für Verfassungsschutz, 1960, S. 199 kann Art. 13 Abs. 3 GG für den Verfassungsschutz grundsätzlich keine Anwendung finden.

Allgemein zum Verbot des Anbringens von Schallaufnahmegeräten in Wohnungen durch den Verfassungsschutz vgl. Evers a. a. O., S. 200 ff. und Salzwedel, Möglichkeiten und Grenzen einer rechtsstaatlichen Kontrolle des Verfassungsschutzes, in Gedächtnisschrift für Hans Peters, 1967 S. 756 ff. (781)

auch nicht durch eine Analogie zu dem »Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses« (G-10) zu legitimieren

(vgl. Rupprecht, Vertraulichkeit des Wortes und seine heimliche Aufnahme, in DVBl 74, 579 ff. (583); de Lazzar/Rohlf a. a. O., S. 211)

und verstößt sogar gegen Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention. (vgl. Denninger (a. a. O.)

<sup>3</sup> Seifert (Fn. 1), S. 116.

<sup>4</sup> So z. B. in seiner Regierungserklärung vom 16. 3. 77, abgedruckt in Das Parlament Nr. 12 vom 26. 3. 77, S. 1.

<sup>5</sup> Z. B. Bucurius, Das Gesetz war auf Maihofers Seite, in »Zeit« Nr. 12 vom 11. 3. 77.

Staatsschutzorganen bei der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit als Ermächtigungsgrundlage zu dienen geeignet ist.<sup>6</sup>

Damit wären Staatsorgane, da die Verteidigung auch allgemeiner Rechtsgüter im rechtfertigenden Notstand erlaubt ist<sup>7</sup>, auch in jedem Fall eines Staatsnotstandes gedeckt, d. h. bei »allen ernsthaften Gefahren für den Bestand des Staates oder die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die nicht auf den normalen, von der Verfassung vorgesehenen Wegen beseitigt werden können, sondern deren Abwehr oder Beseitigung nur mit exzeptionellen Mitteln möglich ist.«<sup>8</sup>

Versuche, überpositive Kompetenzen der Exekutive für Notstandsfälle zu begründen, werden unternommen, seit es geschriebene Verfassungen gibt. Sie wurden bisher meist aus dem naturrechtlichen Satz entwickelt, daß der Staat ein Recht auf Selbsterhaltung habe.<sup>9</sup> Auf dieser Grundlage führt Hesse noch 1976 für das Bonner Grundgesetz aus: Trifft die Verfassung für die Bewältigung einer Notstandslage »keine Vorsorge, so bleibt den verantwortlichen Organen in entscheidenden Augenblicken keine andere Möglichkeit als die, sich über die Verfassung hinwegzusetzen.«<sup>10</sup>

Den Versuch, solche Notstandskompetenzen durch Analogie zu der strafrechtlichen Figur des rechtfertigenden Notstandes stärker aus der geltenden Rechtsordnung zu legitimieren, hat vor Maihofer für das Bonner Grundgesetz nur Siegers unternommen: Ihre grundlegenden Argumente: Die Einheit der Rechtsordnung gebietet Fragen der Rechtswidrigkeit gleich zu behandeln.<sup>11</sup> Da somit eine Ähnlichkeit der Probleme des strafrechtlichen und verfassungsrechtlichen Notstandes besteht und in dem geltenden Verfassungsrecht eine Lücke klafft, die eine rechtliche Regelung erfordert<sup>12</sup>, ist eine analoge Anwendung des rechtfertigenden Notstandes auf das Verfassungsrecht möglich.

Diese Begründungsversuche konnten sich bisher nicht gegen die auch in dieser Frage an dem positiven Verfassungstext festhaltende Mehrheit in der verfassungsrechtlichen Literatur und schon gar nicht gegenüber dem Gegner dieser Argumentation, den Parlamenten, durchsetzen. Ein solcher Durchbruch scheint aber jetzt

6 Dem wird in der juristischen Literatur – soweit ersichtlich – nur von Strafrechtlern unter Hinweis auf die Einheit der Rechtsordnung gefolgt, ohne allerdings auf die verfassungsrechtliche Problematik einzugehen.

Vgl. Blei, Probleme des polizeilichen Waffengebrauchs, in JZ 1955, 629; Krey/Meyer, Zum Verhalten von Staatsanwaltschaft und Polizei bei Delikten mit Geiselnahme, in ZRP 73, 2; Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, 18. Aufl. 1976 § 201 Rdn. 35;

ohne Begründung Dreher, StGB-Kommentar, 36. Aufl. 1976 § 201 Rdn. 11

zweifelnd, aber zustimmend Krey, Der Fall Peter Lorenz, in ZRP 75, 97;

vgl. auch die Entscheidungen der Strafgerichte OLG München NJW 1972, 2275 und OLG Frankfurt NJW 1975, 271.

7 S. die Rspr-Nachweise bei Schönke/Schröder (Fn. 6) § 34, Rdn. 10.

8 Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 9. Aufl. 1976, S. 285.

9 Für die Zeit der Weimarer Reichsverfassung vgl. z. B. Kaufmann, Zur Problematik des Volkswillens, 1931, S. 14. Zur Diskussion über dieses Problem in der Rechtsprechung und Literatur vor 1933 s. auch Amelung, Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere § 34 StGB hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?, in NJW 1977, 833 ff. (838).

10 Hesse (Fn. 8), S. 286. Ähnlich ist auch die Argumentation und das Ergebnis der Dezipionisten. Auf dem Hintergrund seiner Unterscheidung von existenzieller Verfassung des Staates und positivem Verfassungsgesetz führt Carl Schmitt zu diesem Punkt aus: »Die Verfassungsgesetze . . . können während des Ausnahmezustands durchbrochen werden«, denn »das alles berührt die grundlegenden politischen Entscheidungen und die Substanz der Verfassung nicht, sondern steht gerade im Dienst der Aufrechterhaltung und Herstellung dieser Verfassung. Darum wäre es widersinnig, aus der Unantastbarkeit der Verfassung eine Unantastbarkeit jedes einzelnen Verfassungsgesetzes zu machen und in jeder einzelnen verfassungsgesetzlichen Bestimmung ein unübersteigliches Hindernis für den Schutz der Verfassung im Ganzen zu sehen.« (C. Schmitt, Verfassungslehre, 3. Aufl. 1928, unveränderter Neudruck 1957, S. 26/27).

11 Elsbeth Siegers, Staatsnotrecht, Geschichte, Inhalt und Begründung, Diss. jur. Köln 1969, S. 144.

12 A. a. O., S. 138 ff.

durch Akzeptierung dieser Argumentation durch Regierungen und Parlamente<sup>13</sup> gelungen zu sein, die hierdurch nicht nur einen einzigartigen, unwiederholbaren Ausnahmefall, sondern eine erprobte Verwaltungsroutine<sup>14</sup> von Polizei und Verfassungsschutz bewußt deckten.

Auch wenn die verantwortlichen politischen Instanzen dem ungeschriebenen verfassungsrechtlichen Notstand einen Platz über unserem Verfassungssystem eingeräumt haben, bleibt zu fragen, ob dies mit juristischen Argumenten, die einer am Verfassungstext orientierten Methodik verpflichtet sind, möglich ist.

Für die Anwendung des rechtfertigenden Notstandes im Verfassungsrecht ist der von Siegers eingeschlagene Weg der Lückenausfüllung der methodisch einzig Gangbare.<sup>15</sup> Er erfordert die Feststellung einer »planwidrigen Unvollständigkeit«<sup>16</sup> der verfassungsrechtlichen Regelungen und den Nachweis, daß der rechtfertigende Notstand eine vergleichbare Interessenlage betrifft, die ihn zur Lückenausfüllung geeignet macht.

Insbesondere nach Erlaß einer umfassenden und detaillierten Regelung der staatlichen Notstandsbefugnisse durch die Notstandsverfassung kann aber eine entsprechende Lücke nicht mehr behauptet werden. Vielmehr wurde die Notstandsverfassung von weiten Kreisen der Bevölkerung nur deshalb hingenommen, weil ihre Notwendigkeit damit begründet wurde<sup>17</sup>, daß sie den Staat auch für den Notfall in seine Grenzen verweise und »damit der Gefahr vorbeuge, daß die Exekutive in tatsächlichen oder vermeintlichen Krisensituationen sich nach eigenem Ermessen gegen den Bürger wende«.<sup>18</sup> Deshalb ist davon auszugehen, daß die in der Notstandsgesetzgebung geschaffenen Normen den Schutz gefährdeter öffentlicher Interessen abschließend regeln sollten und man in allen sonstigen Notfällen mit den normalen gesetzlichen Instrumenten, insbesondere denen des Polizeirechts, auskommen wollte.<sup>19</sup> Aus der Sicht einer 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>20</sup>

Auch eine vergleichbare Interessenlage ist auszuschließen, da die Anerkennung

13 Schmidt: »In jener Situation war ihr Verhalten sehr wohl vertretbar« (Spiegel Nr. 13 vom 21. 3. 77) und Filbinger: »Im Interesse des Bürgers geboten« (Stuttgarter Zeitung vom 19. 3. 77)

Die Fraktionen von SPD (Stuttgarter Zeitung vom 2. 3. 77), CDU (Stuttgarter Zeitung vom 4. 3. 77) und FDP (Stuttgarter Zeitung vom 12. 3. 77) im Bundestag unterstützten Maihofer mehrheitlich, auch wenn einzelne Abgeordnete wie z. B. Matthäus (FDP) oder Hugo Brandt (SPD) in der Bundestagsdebatte vom 16. 3. 77 auf die Gefahren der Rechtfertigung durch einen übergesetzlichen Notstand hingewiesen haben (s. Das Parlament Nr. 12 vom 26. 3. 77, S. 3 (Brandt) und S. 8 (Matthäus)), und der Stuttgarter Landtag billigte am 24. 3. das Vorgehen Benders und Schieß' in Stammheim (s. Stuttgarter Zeitung vom 25. 3. 77).

14 S. z. B. Spiegel Nr. 13 vom 21. 3. 77, S. 28; Frankfurter Rundschau vom 22. 3. 77; Stuttgarter Zeitung vom 11. 5. 77 und die Zusammenstellung im Spiegel Nr. 14 vom 28. 3. 77, S. 22/23.

15 Vgl. Amelung (Fn. 9), S. 835.

16 Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 358.

17 Vgl. z. B. Hesse, Grundlagen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustands, in JZ 1960, 105 ff. (106): »So ändert es an der Sachlage wenig, ob man die Existenz ungeschriebenen Notrechts anerkennt oder nicht. In beiden Fällen bedeutet der Verzicht auf eine Normierung des Ausnahmezustands, daß die Stabilität und das Ansehen der Verfassung den tatsächlichen Notwendigkeiten zum Opfer gebracht werden müssen.«

S. a. schon 1954 Flor, Fragen des Ausnahme- und Staatsnotrechts, in JR 1954, 127: Es bleibe »nur ein Weg, die Gefahren des Staatsnotrechts einzudämmen: das ist der Ausbau des geltenden Ausnahmerechts. Ein kraftvolles Ausnahmerecht . . . läßt für ein übergesetzliches Staatsnotrecht wenig Raum und verringert dadurch dessen Gefahr.«

18 So die Erklärung von 20 Strafrechtsprofessoren, abgedruckt in Frankfurter Rundschau vom 5. 4. 77; ebenso argumentieren de Lazzar/Rohlf (Fn. 2), S. 212; Schmid (Fn. 2); Denninger (Fn. 2); Grünwald (Fn. 2); Kriele in der »Welt« vom 4. 3. 77 und Amelung (Fn. 9), S. 838.

19 So Amelung (Fn. 9), S. 838; vgl. auch Maunz, Deutsches Staatsrecht, 19. Aufl. 1973, S. 305.

20 A. Arndt, Der Rechtsstaat und sein polizeilicher Verfassungsschutz, in NJW 1961, 897 ff. (900).

eines ungeschriebenen Notstandsrechts der Exekutive bedeuten würde, die »wohl austarierte Balance« zwischen verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheitsräumen des Einzelnen und staatlicher Kompetenz, wie sie in der differenziert ausgestalteten Schrankensystematik der Grundrechte ihren Ausdruck findet, soll überspielt werden können, wenn es das Gemeinwohl – festgestellt durch die Exekutive – erfordert.<sup>21</sup> Die Anwendung des § 34 StGB im Verfassungsrecht verstößt weiter gegen den aus dem Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 2 GG hervorgehenden Parlamentsvorbehalt für die Bestimmung der Grenzen erlaubter Grundrechtseingriffe und gegen sein Pendant, den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung<sup>22</sup> sowie gegen das Bestimmtheiterfordernis exekutivischer Eingriffsbefugnisse<sup>23</sup>. Da § 34 StGB es offenläßt, wem die Notstandsbefugnisse zustehen sollen, ist diese Norm unvereinbar mit dem System staatlicher Kompetenzzuweisung.<sup>24</sup> Die bisherige konkrete Umsetzung dieser Notstandsbefugnisse verstößt gegen die aus Art. 19 Abs. 4 GG herzuleitende Verpflichtung der Exekutive, grundsätzlich nur in offener Form in grundrechtlich geschützte Freiheitsbereiche einzugreifen.<sup>25</sup> Die besonderen Zwecke öffentlichrechtlicher Regelungen haben in § 34 StGB überhaupt keinen Niederschlag gefunden. Der im Grundgesetz geregelte Interessenkonflikt zwischen Staatssicherheit und Freiheitsräumen der Bürger ist unvergleichbar mit der Regelung kollidierender privater, aber kommensurabler Interessen in § 34 StGB.<sup>26</sup> »Der angebliche überverfassungsgesetzliche Notstand als Schein der Rechtfertigung ist« daher »nur ein Tarnwort für den« wegen Art. 79 Abs. 1 GG nicht in unser Verfassungssystem integrierbaren »Verfassungsbruch«.<sup>27</sup>

## II. Staatsschutz und Rechtsstaat

Die faktische Aufnahme des überverfassungsgesetzlichen Notstandes in unser Verfassungssystem durch die parlamentarische Bestätigung dieser Legitimation staatlichen Handelns signalisiert einen weiteren entscheidenden Schritt auf dem Weg der Auflösung des Rechtsstaats von innen. »Der Rechtsstaat hebt jedes Recht auf, um sich zu schützen. Rechtsstaat und Staatsschutz werden identisch.«<sup>28</sup> Diese Entwicklung ist Ausdruck einer neuen Verfassungsrealität, die dadurch

21 Vgl. auch die Erklärung der 20 Strafrechtsprofessoren (Fn. 18): »Die Eingriffsbefugnisse, die das Grundgesetz und die das Grundgesetz ausführenden Gesetze vorsehen, sind zugleich als strikte Grenzen staatlicher Befugnisse zu verstehen.«

22 Vgl. Hesse (Fn. 8), S. 204 ff. insb. S. 207; Amelung/Schall, Zum Einsatz von Polizeispitzeln: Hausfriedensbruch und Notstandsrechtfertigung, Wohnungsgrundrecht und Durchsuchungsbefugnis, in Jus 75, 572.

23 Vgl. BVerfGE 8, 71 (76); 316 (325); 9, 137 (147); 17, 306 (314); 20, 150 (158); 22, 330 (345); Evers (Fn. 2), S. 103.

24 S. Amelung (Fn. 9), S. 837.

25 Vgl. Arndt (Fn. 20), S. 897 und Amelung/Schall (Fn. 22), S. 569. Dies findet seinen Ausdruck z. B. auch darin, daß bewaffnete Polizeibeamte grundsätzlich durch ihre Uniform kenntlich sein müssen (s. Arndt ebenda). Charakteristisch für den Ausnahmezustand, in dem die Eingriffsbefugnisse der Exekutive erweitert sind, ist, daß er erklärt werden muß (vgl. Maunz Fn. 9), S. 204.

26 Vgl. Evers, Unbefugtes Abhören iSd §§ 298/353d und die Rechtmäßigkeit der bisherigen staatlichen Abhörpraxis, in ZRP 1970, 150;

zu dem gleichen Ergebnis gelangen z. B. auch Krauß, Die Anmaßung der Ämter, in »Zeit« Nr. 14 vom 25. 3. 77; Kriele (Fn. 18); Amelung/Schall (Fn. 22), S. 571; Amelung (Fn. 9), S. 834; vgl. auch BVerfGE 33, 17 und Rupprecht (Fn. 2), S. 583; s. auch die entsprechenden Nachweise über die Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform bei Amelung (Fn. 9), S. 836, Fn. 51 und den Hinweis bei Maurach/Zipf, Strafrecht AT, Teilband 1, 1977, S. 404, daß dieser Sonderausschuß auch für den Fall der Staatsnothilfe ausdrücklich auf die Voraussetzungen hinwies, daß staatliche Abhilfe nicht erreichbar sei, woraus deutlich wird, daß er § 34 StGB nur auf Private anwenden wollte.

27 Arndt (Fn. 20), S. 900.

28 Claussen/Diner, Staatsschutz statt Freiheit, in »links« Nr. 87, April 77, S. 1.

gekennzeichnet ist, daß exekutivische Kompetenzen unter Umgehung im Grundgesetz ausgeformter rechtsstaatlicher und demokratischer Prinzipien mit Plausibilitäts- und Legitimitätsargumenten ausgeweitet werden können.<sup>29</sup> In einem bewußt erzeugten Klima der Emotionalisierung, durch die gezielt vorweg genommen wird, was abgewendet werden soll, nämlich Unruhe, Unsicherheit und Unordnung<sup>30</sup>, und durch die Erklärung eines Teils der Bevölkerung zum inneren Feind, durch die latent vorhandene soziale Unzufriedenheit und Spannungen auf diese umgepolt werden sollen, breitet sich eine Sicherheitspathologie aus, die sich längst von der Grundlage realer und angegebbarer Risiken gelöst hat, wie nicht zuletzt die Fälle Dr. Traube und Stammheim zeigen. Sie wird genährt durch die sich wiederholende Darstellung des Sicherheitsapparats und seiner Bereitschaft, Sicherheit zu produzieren, die den Rückschluß auf vermeintliche große Gefahren aufdrängen. Typisches Beispiel für dieses Phänomen war der Aufmarsch der Bürgerkriegsarmee vor Brockdorf, die in der Öffentlichkeit bis zur Furcht gesteigerte Hysterie um einen Bürgerkrieg und die folgende Kriegsberichterstattung in den Massenmedien. Die Reklamierung öffentlichrechtlicher Eingriffsbefugnisse aufgrund einer aus der Staatssicherheit abgeleiteten Notkompetenz der Exekutive liegt auf der gleichen abschüssigen Bahn, die beschritten wurde durch die Erhöhung der Formel der »freiheitlich demokratischen Grundordnung« von einer als Ausnahme in den vom Grundgesetz organisierten prinzipiell freien und offenen politischen Willensbildungsprozeß eingefügten Regelung (Art. 18, 21 Abs. 2 und 91, ähnlich auch 9 Abs. 2 GG) zu einem über allen Einzelnormen schwebenden und deren Inhalt verformenden Prinzip der »wehrhaften Demokratie« und durch deren praktische Umsetzung in Form administrativer Berufsverbote. Durch diese Umkehrung des »durch das Demokratiegebot der Verfassung rechtsverbindlich gemachten Verhältnisses von demokratischer Regel und demokratiewidriger Ausnahme«<sup>31</sup> wurde von Verfassung wegen eine Definition des Verfassungsfeindes ermöglicht, die ausgerichtet ist nicht an einem Verstoß gegen die von Grundgesetz aufgestellten Regeln der politischen Auseinandersetzung, sondern an der legalitätsexternen neuen Verfassungslegitimität der »freiheitlich demokratischen Grundordnung«.<sup>32</sup> Wenn nun ein bestimmter Teil der Bevölkerung als Verfassungsfeind stigmatisiert und ausgegrenzt ist und er als existentielle Bedrohung des Staates und der Sicherheit seiner Bürger definiert wird, ist es bald unumgänglich, diesen Feind politisch und auch existentiell zu bekämpfen. Diese Definition des Verfassungsfeindes verlangt nach ihrer Ergänzung durch wirksame Mittel zur Bekämpfung dieses Feindes. Aus der vermeintlichen Gefährlichkeit des Gegners und der Rücksichtslosigkeit seiner Methoden wird das Recht abgeleitet, mit gleichen Mitteln zurückzuschlagen. Harte Maßnahmen scheinen unvermeidlich zu sein, auch wenn das Gesetz sie nicht zuläßt. Die Schienen der Legalität sind verlassen und die Legitimitätsargumente eröffnen ein weites Feld staatsschützerischer Möglichkeiten und nehmen die letzten menschlichen Hemmungen. »Denn sobald das elementare Sicherheitsbedürfnis des Staates in Frage gestellt zu sein scheint, erhebt der Gedanke der Staatsräson seine

29 Im folgenden wird von dem Versuch abgesehen, Formen, in denen sich verfassungspolitische Entwicklungen vollziehen, unmittelbar aus den Veränderungen der kapitalistischen Produktionsweise abzuleiten. Denn zumindest für die BRD läßt sich sagen, daß sie eine diesen gegenüber quasi säkulare Staatsentwicklung, geprägt von einem »konstitutionellen Überhang« (Ridder, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, 1975, S. 54), durchmacht. Eine auf die Analyse dieser Formen beschränkte Untersuchung hat daher ihre historische Berechtigung.

30 Cobler, Die Gefahr geht von den Menschen aus, 1976, S. 27.

31 Ridder, Berufsverbot? Nein, Demokratieverbot, in Bethge u. a. (Hrsg.), Die Zerstörung der Demokratie durch Berufsverbote, 1976, S. 61/62.

32 Vgl. V. Neumann, Die innerstaatliche Feinderklärung, in Demokratie und Recht 1976, 353 ff. (365).

gebieterische Stimme und fordert alle rechtlichen und moralischen Bedenken vor dem Zwang der Dinge beiseite zu schieben. Die Staatsnotwendigkeit scheint keine andere Wahl zu lassen.«<sup>33</sup>

In einem solchen Klima gewinnt der Staatsschutz eine unkontrollierbare Eigendynamik, die ihn potentiell allzuständig und allanwesend macht.<sup>34</sup> und ihm überlegale Legitimität verleiht. »Der Apparat sorgt nicht nur für Sicherheit, er bestimmt was unter Sicherheit zu verstehen ist<sup>35</sup>, er informiert, wann Sicherheit gefährdet ist und er tritt die Funken aus, wenn die Sicherheit bedroht erscheint.«<sup>36</sup> Die sich verselbstständigende Exekutive kann sich die ihrer Funktionsweise entsprechenden Rechtsgrundlagen verschaffen, nämlich eine Generalklausel für die Bekämpfung des inneren Feindes, nach der jede wegen der vermeintlichen Gefahren für notwendig befundene Maßnahme gerechtfertigt werden kann. Die Akzeptierung des überverfassungsgesetzlichen Notstandes als neue Supraverfassung hat dem »Maßnahmenstaat« endgültig die Tür aufgestoßen und demonstriert auch in der Form der Verfassungszersetzung Kontinuität mit Formen der Aushöhlung der Weimarer Reichsverfassung.<sup>37</sup>

### III. Parlamentarische Kontrolle?

Aus dieser spezifischen Legitimität und Eigendynamik des Sicherheitsapparats resultiert auch eine Überlegenheit dieses Teils der Exekutive über die gewöhnlichen politischen Instanzen mit ihren gewählten Vertretern. Diese Überlegenheit in der politischen Durchsetzungskraft wird ergänzt durch ein Manko an parlamentarischen Kontrollbefugnissen.

Die Kontrollfunktion des Gesamtparlaments versagt bei den Diensten meist schon aus Gründen der Geheimhaltungsbedürftigkeit. Fragen von Abgeordneten, die in diese Richtung zielen, werden von der Bundesregierung stereotyp damit beantwortet, daß die Vertraulichkeit der Angelegenheit eine öffentliche Erörterung im Parlament verbiete.<sup>38</sup> Untersuchungsausschüsse haben sich zwar relativ häufig mit nachrichtendienstlichen Themen beschäftigt (z. B. in den Fällen »John«, »Guillaume« und in der sog. Telefonabhörraffäre). Sie sind jedoch aufgrund öffentlicher Skandale konstituierte Kontrollinstanzen mit eingeschränktem Untersuchungsauftrag, denen eine ständige, systematische Überprüfung der Sicherheitsdienste unmöglich ist. Ausschlaggebend für ihre Einsetzung ist in der politischen Praxis

<sup>33</sup> Evers, Privatsphäre (Fn. 2), S. 102.

Kanzler Schmidt drückt dies angesichts der Stammheimer Abhörraffäre so aus: Was hier geschehen sei, sei nicht das Werk ingoranter oder autoritärer Minister oder Beamter gewesen. Wer den Rechtsstaat zuverlässig schützen wolle, müsse auch bereit sein, bis an die Grenzen dessen zu gehen, was vom Rechtsstaat erlaubt sei. Er warnte vor einer verantwortungslosen »Lässigkeit« bei der Bekämpfung der latenten und akuten Gewaltanwendung insbesondere durch Terrorismus (s. Frankfurter Rundschau vom 24. 3. 77).

<sup>34</sup> Vgl. auch Arndt (Fn. 20), S. 897, der schon 1961 darauf hinwies, wie sehr durch den hohen Grad der Interdependenz wirtschaftlich-industrieller und wissenschaftlicher Arbeit und der Rüstung der Begriff des Staatsgeheimnisses ausgeweitet wird, so daß seine Konturen zu verschwimmen drohen.

<sup>35</sup> Wie sehr dabei Verfassung mit der jeweiligen Staatspolitik identifiziert wird, hat Helmut Schmidt 1966 mit verblüffender Offenheit dargelegt: »So wie die Verfassung selbst lebt und die auf ihrer Grundlage betriebene Staatspolitik sich wandelt, so muß auch der Verfassungsschutz mit seinen konkreten Objekten der Zeit folgen und sich anpassen. Das Grundgesetz sagt deshalb auch nichts Näheres darüber, womit sich die Verfassungsschutzbehörden im einzelnen zu beschäftigen haben, sondern spricht . . . schlechthin nur von Verfassungsschutz.« (Verfassungsschutz, herausgegeben vom Bundesministerium des Innern, 1966, S. 15 f., zitiert nach Ridder (Fn. 31), S. 64.)

<sup>36</sup> Narr, Das Staatssicherheitssystem und die »armen« Politiker, in »links« Nr. 87, April 77, S. 3.

<sup>37</sup> S. auch oben Fn. 10.

<sup>38</sup> S. die Nachweise bei Borgs-Maciejewski (Fn. 2), S. 13.

weniger das Kontrollbedürfnis des Parlaments als die vermutete Eignung der Materie zur Profilierung vor dem Wahlvolk.<sup>39</sup> Auch die regulären Ausschüsse (z. B. Innenausschuß) prüfen nur die Erkenntnisse der Geheimdienste, nicht aber deren Mittel und Methoden. Das ohne Rechtsgrundlage agierende Parlamentarische Vertrauensmännergremium dürfte wohl die ausführlichsten Informationen über den Verfassungsschutz erhalten. Ihm gehören jedoch nur die Fraktionsspitzen an (je drei aus jeder Fraktion) und seine Geschäftsführung wird vom Bundeskanzleramt besorgt. Es dient daher eher der vertraulichen Abstimmung öffentlichen Verhaltens der Fraktionsspitzen als der wirksamen Kontrolle der Geheimdienste.<sup>40</sup>

Obwohl der Bundestag seiner Kontrollfunktion im Hinblick auf die Nachrichtendienste nicht gerecht wird, hat er am 1. Juli 1969 eine Verfassungsänderung<sup>41</sup> abgelehnt, die die Einrichtung eines ständigen Ausschusses für Angelegenheiten der Nachrichtendienste vorsah. Ebenso hat sich die Enquete-Kommission für Fragen der Verfassungsreform mehrheitlich gegen eine grundgesetzliche Verankerung eines solchen Parlamentsausschusses entschieden<sup>42</sup> und damit zum Ausdruck gebracht, daß sie eine förmliche parlamentarische Kontrolle der Nachrichtendienste für entbehrlich hält. Es soll die Gefahr vermieden werden, daß ein solcher Ausschuß die Neigung entwickeln könne, in Permanenz nach Mißständen auf diesem Gebiet zu suchen.<sup>43</sup>

Weil die parlamentarische Kontrolle in Bonn aussetzt, verstärkt sich das Unbehagen in der Provinz und an der Basis. Ortsvereine, Bezirksorganisationen und Landesverbände von SPD und FDP forderten aus Anlaß dieser Abhöraffaires eine wirksame Kontrolle der Geheimdienste. Doch die verantwortlichen Politiker zogen aus diesen Vorfällen eine andere Lehre. Während die CDU befürchtet, daß eine gesteigerte Kontrolle dazu führt, daß notwendige Maßnahmen zum Schutze der Bürger unterbleiben<sup>44</sup>, unterstützt die Koalition scheinbar die Forderung nach einer Verstärkung parlamentarischer Kontrolle, konkretisiert diese aber in dem Vorschlag, das Parlamentarische Vertrauensmännergremium von neun auf drei Mitglieder zu verringern, um die Gefahr von Indiskretionen zu vermeiden.<sup>45</sup> Einig ist man sich aber, daß kein Untersuchungsausschuß eingesetzt werden soll.<sup>46</sup>

Eine effektive Kontrolle der Geheimdienste ist nie möglich und auch nie bezweckt gewesen. Denn parlamentarische Kontrolle ist immer auch mit Herstellung von Öffentlichkeit über diese Vorgänge verbunden. Das Licht der Öffentlichkeit scheuen aber diese Dienste zu Recht. Die verantwortlichen Politiker sind aber für die Absicherung ihrer Politik auf diese Dienste angewiesen und erhalten ihnen daher die Dunstglocke, unter der diese agieren.

#### *IV. Für den Staatsschutz eine Generalklausel*

Seit seiner Errichtung<sup>47</sup> wurden die personellen, technischen und finanziellen Mittel des Sicherheitsapparats permanent, verstärkt seit der Wirtschaftskrise 66/67, aufge-

39 Vgl. hierzu Borgs-Maciejewski (Fn. 2), S. 14.

40 Vgl. Borgs-Maciejewski (Fn. 2), S. 15.

41 Bundestags-Drucksache V/4445.

42 S. den Schlußbericht der Enquete-Kommission Verfassungsreform des Deutschen Bundestag, abgedruckt in »Zur Sache« 3, 76 (Teil I) und 2, 77 (Teil II), hier Teil I, S. 143 ff.

43 Ebenda, S. 145.

44 S. Stuttgarter Zeitung vom 22. 3. 77.

45 S. Spiegel Nr. 12 vom 14. 3. 77, S. 34.

46 S. Stuttgarter Zeitung vom 23. 3. 77.

47 S. Das »Gesetz über die Zusammenarbeit des Bundes und der Länder in Angelegenheiten des Verfassungsschutzes« vom 27. 9. 1950 (BGBl. 682); das »Gesetz über die Errichtung eines Bundeskriminalpoli-

stockt, so konnte BKA-Chef Herold zum 25jährigen Bestehen des BKA stolz vermerken: »Wie allgemein bekannt, haben sich in einer geradezu explosiven Entwicklung Haushaltsvolumen, Raumangebot, Planstellen und Sachinvestitionen von 1968 bis heute vervier- und verfünffacht, zum Teil verzehnfacht.«<sup>48</sup> Der Bundesgrenzschutz wurde von 10 000 auf 21 000 Mann aufgestockt<sup>49</sup>, Ausbildung und Aufrüstung wurde immer mehr der ihm zugedachten Funktion als Bürgerkriegseinsatzreserve angepaßt. Normale Polizei und Bereitschaftspolizei sollen nach dem von der Innenministerkonferenz am 11. Juni 1976 einstimmig gebilligten Musterentwurf für ein Polizeigesetz der Länder (§ 36) mit wirksameren und gefährlicheren Waffen (Handgranaten und Maschinengewehre) ausgerüstet werden.<sup>50</sup> Dieser Komplex von Gewaltkompetenzen und Gewaltinstanzen muß permanent Sicherheit produzieren, um seine eigene Existenz zu legitimieren. Diese Eigenlogik ausnutzend schafft er sich Tätigkeitsfelder ohne Rücksicht auf gesetzliche Kompetenzbegrenzungen: Das Bundesamt für Verfassungsschutz hat seit seiner Gründung nachrichtendienstliche Mittel angewandt, ohne eine Rechtsgrundlage zu haben, um in das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG eingreifen zu können.<sup>51</sup> Die Maßnahmen gegen den »Spiegel« wurden 1962 unter Umgehung des zuständigen Bundesjustizministers getroffen. Im Herbst 1963 wurde aufgedeckt, daß der Verfassungsschutz, da ihm keine entsprechenden Kompetenzen zustanden, seit etwa 1956 durch Mitteilung von Verdachtsfällen an die Alliierten die Einleitung von Verfahren zur Post-, Telefon- oder Fernschreibüberwachung veranlaßt hat und mit ihnen Informationen ausgetauscht hat.<sup>52</sup> Schon seit 1969 wurden Haushaltsmittel für die Ausländerüberwachung durch den Verfassungsschutz bewilligt und seit dieser Zeit werden auch entsprechende Verfassungsschutzberichte vorgelegt, obwohl die Rechtsgrundlage hierfür erst durch § 3 Abs. 1 Ziff. 3 BVerfSchG von 1972 geschaffen wurde.<sup>53</sup>

Die präventive Sicherung des sozialen status quo vor demokratischen Veränderungen<sup>54</sup> durch Ausbau des Sicherheitsapparats ist also der tiefere Grund für das bewußt erzeugte Klima der Sicherheitspathologie, nicht umgekehrt nur eine ungewollte Reaktion auf neu entstehende Sicherheitsanforderungen. Alle erdenklichen Vorfälle werden zur Legitimierung dieses Apparates hochgespielt, Terrorismusaktionen aber spielen in den strategischen Überlegungen der Verfassungsschützer

zeiamtes« vom 8. 3. 1951 (BGBl. I, 165); das »Gesetz über den Bundesgrenzschutz und die Einrichtung von Bundesgrenzschutzbehörden« vom 16. 3. 1951 (BGBl. I, 201); das »4. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes« vom 26. 3. 1954 (BGBl. I, 45) und das »7. Gesetz zur Ergänzung des Grundgesetzes« vom 19. 3. 1956 (BGBl. I, 111), durch die die Einführung der Bundeswehr verfassungsrechtlich abgesichert wurde.

48 S. den Nachweis bei Cobler (Fn. 30), S. 126, Fn. 5.

49 S. Cobler (Fn. 30), S. 155, Fn. 5.

50 S. Cobler (Fn. 30), S. 104 und 108.

51 S. Nollau im Spiegel Nr. 12 vom 14. 3. 77, S. 24.

52 S. z. B. Seifert, Wer bestimmt den Verfassungsfeind?, in: Brückner, Damm, Seifert, 1984 schon heute oder wer hat Angst vorm Verfassungsschutz? S. 115.

53 Vgl. hierzu Seifert, Grundgesetz und Restauration, 1975, S. 46 und Cobler (Fn. 30), S. 127, Fn. 11.

54 In unserem Zusammenhang ist es ohne Bedeutung, ob und welche realen Gefahren dem gesellschaftlichen System der BRD tatsächlich drohen. Entscheidend für den Ausbau und die konkrete Ausformung des Sicherheitsapparats ist vielmehr, daß sich die entscheidenden Politiker und Beamten durch die krisenhaften Entwicklungen bei uns und die entwickelteren Klassenkämpfe im westlichen Ausland subjektiv bedroht fühlen. Aufgrund der hochentwickelten Arbeitsteilung innerhalb des Herrschaftsapparats – insbesondere der Trennung zwischen Ideologieproduktion und Durchführung konkreter Repressionsmaßnahmen – kann davon ausgegangen werden, daß diese jeweils in ihrem eingegrenzten Bereich entscheidenden Verwaltungsspezialisten die ihnen angebotenen Legitimationsmuster als eigene übernehmen und zur Grundlage ihres Handelns machen. Daher wäre es falsch zu glauben, die Veränderungen im Sicherheitsapparat erfolgten aufgrund einer richtigen, von Irrationalismen freien Analyse gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse durch die Staatsschutzorgane.

allenfalls eine tagespolitische Rolle.<sup>55</sup> Mittels der aus dem Sicherheitsbedürfnis der Bürger abgeleiteten Legitimität werden legalistische Beschränkungen dieses Sicherheitsapparats unterlaufen.

Angesichts der Tatsache, daß es seit der Einführung der Kernkraft in der BRD noch keine Sabotageversuche gegen Kernkraftwerke oder Kernforschungsstätten gegeben hat<sup>56</sup>, erscheint die These Robert Junks<sup>57</sup> plausibel, daß den Mächtigen an dem Apparat zum Schutz künftiger Energiequellen im Grunde noch mehr gelegen ist als an dem Strom, den diese Anlagen bringen.

Diese Legitimität aber ist brüchig. Die Sicherheitsbehörden sind daher auf eine legalistische Absicherung des gewonnenen Terrains angewiesen. Das Konzept dieses Sicherheitsprogramms wurde schon relativ früh entwickelt und von seinen Protagonisten zäh verfolgt. Die parlamentarische Zubilligung der als notwendig angesehenen Kompetenzen konnte aber nur scheinbar oft nur gegen den Widerstand breiter Teile der Öffentlichkeit durchgesetzt werden und erst in jüngster Zeit konnte der Legitimitätsdruck eigentlich erfolgreich eingesetzt werden.<sup>58</sup>

Allgemeine Eingriffsbefugnisse der Exekutive für den Fall des inneren und äußeren Notstandes wurden nach bis ins Jahr 1955 zurückreichenden Vorarbeiten und mehreren seit 1960 dem Bundestag vorgelegten Gesetzesentwürfen 1968 durch die Notstandsverfassung geschaffen. Durch die Änderung des Art. 10 Abs. 2 GG und das »Gesetz zur Beschränkung des Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnisses« vom 18. 8. 68<sup>59</sup> wurde die Abhörpraxis der Verfassungsschutzämter und des BND legalisiert. Nachdem schon in den 50er und 60er Jahren von den jeweiligen Bundesinnenministern eine Kompetenzerweiterung für BKA und Verfassungsschutz gefordert worden war, konnte sich diese Forderung auf dem Höhepunkt der ersten Terrorismushysterie durchsetzen. Durch die Neufassung des Gesetzes vom 29. 6. 73<sup>60</sup> erhielt das BKA erstmals originäre exekutive Befugnisse (§ 5 Abs. 2 und 3). Der Verfassungsschutz wurde durch die Neufassung des Gesetzes vom 7. 8. 72<sup>61</sup> der Einsatz nachrichtendienstlicher Mittel zugestanden (§ 3 Abs. 3) und die Ausländerüberwachung legalisiert (§ 3 Abs. 1 Ziff. 3). Durch die Notstandsverfassung (Art. 91 GG) und durch das »31. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes« vom 28. 7. 1972<sup>62</sup> (Art. 35 Abs. 2 GG) iVm dem 3. Bundesgrenzschutzgesetz vom 18. 8. 1972<sup>63</sup> wurden Einsätze des Bundesgrenzschutzes im Innern der BRD rechtlich ermöglicht.

Doch immer wieder erweist sich dieser gesetzliche Handlungsrahmen, insbesondere die verfassungsrechtlichen Ermächtigungen, für die Eigendynamik des Sicherheitsapparats als noch zu eng. So zeigen gerade diese Abhöraffaires, daß sowohl die Abhörbefugnisse nach dem G-10 den Geheimdiensten nicht ausreichen und auch allgemein die verfassungsrechtlichen Notstandsbefugnisse der Exekutive weitgehend ihren Bedürfnissen nicht entspricht.

Der erste, 1960 von Bundesinnenminister Schröder dem Bundestag zugleitete Entwurf einer Notstandsverfassung sah, ähnlich wie Art. 48 WRV, lediglich eine

<sup>55</sup> Vgl. Cobler (Fn. 30), S. 24.

<sup>56</sup> S. Bieber in die »Zeit« Nr. 11 vom 4. 3. 77.

<sup>57</sup> Im Spiegel Nr. 11 vom 7. 3. 77, S. 47.

<sup>58</sup> So konnten 1972 durch das 31. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes» und entsprechenden Gesetzesänderungen (»Innere Sicherheit«) zusätzliche Befugnisse für den inneren Notstand bei nur einer Gegenstimme verabschiedet werden, die angesichts der Notstandsopposition 1968 nicht durchgesetzt werden konnten. S. Seifert (Fn. 53), S. 46.

<sup>59</sup> BGBl. I, 949.

<sup>60</sup> BGBl. I, 704.

<sup>61</sup> BGBl. I, 1382.

<sup>62</sup> BGBl. I, 1305.

<sup>63</sup> BGBl. I, 1834.

Generalklausel vor mit weitreichenden Ermächtigungen für die Bundesexekutive unter weitgehender Ausschaltung des Parlaments und der Länder.<sup>64</sup> Gegen die sich auf die bisherige Verfassungsstruktur stützende und ihre Versprechen einklagende Notstandsopposition konnten sich diese »pauschalen glattkantigen Ermächtigungsnormen«<sup>65</sup> Schröders nicht durchsetzen. Dieser Kampf um Verfassungspositionen fand in mehreren sich immer mehr von der ursprünglichen Konzeption einer Generalklausel entfernenden Gesetzentwürfen seinen Niederschlag und endete schließlich in dem Verfassungskompromiß von 1968<sup>66</sup>. In diesem Zusammenhang kennzeichnend für diesen Verfassungskompromiß ist die detaillierte Vertatbestandlichung der Eingriffsbefugnisse der Exekutive, die durch komplizierte Kontrollmechanismen ergänzt werden. Für die intendierte Funktion, der Exekutive eine Legalitätsreserve für flexible Reaktionen auf unvorhersehbare Gefährdungen der inneren Sicherheit zu geben, ist die letztliche Fassung der Notstandsbefugnisse nahezu unbrauchbar.

Dies wird auch von den Befürwortern einer effektiven Notstandsbefugnis in der juristischen Literatur so gesehen: Für Hesse ist durch diese »komplizierte Gesetzestechnik das heutige Notstandsrecht zu einem Normenkomplex angewachsen, in dem der Anschein rechtsstaatlicher Bestimmtheit und Begrenztheit mit dem Verlust rechtsstaatlicher Klarheit und Übersicht erkauft wird und dessen Praktikabilität im Notstandsfalle ernsthaften Zweifeln unterliegt.«<sup>67</sup> Auch Doehring erscheint »die Regelung des Grundgesetzes für den Staatsnotstand . . . in ihrer Zweckmäßigkeit durchaus zweifelhaft, denn sie ist so subtil, daß ihr Funktionieren in der Situation echter Gefahr unwahrscheinlich ist. Vor allem ist zu befürchten, daß gerade die Bemühungen, die Regelungen einzuhalten, auf die Durchführung der faktisch notwendigen Maßnahmen hemmend wirken würde . . .«<sup>68</sup> Dies zwingt die Amtswalter frühzeitig »sich in Anpassung an das politische Geschehen außerhalb der Verfassung zu stellen und damit die Wirksamkeit ihrer Maßnahmen durch den Ruch der Illegalität in Frage zu stellen.«<sup>69</sup>

Denn die Gefahren, die dem gesellschaftlichen status quo nach der Besorgnis der Sicherheitsapologeten drohen, haben sich gewandelt. Befürchtete man noch zu Zeiten des Kampfs um die Notstandsverfassung innere Konflikte durch einen Generalstreik oder bewaffneten Aufstand unzufriedener und rebellierender Randgruppen der Gesellschaft oder Teilen der Arbeiterschaft, so haben sich heute die Gefahrenquellen insbesondere durch die Einführung der Kernenergie potenziert. Die Bereiche, in denen die gegenwärtige kapitalistische Gesellschaft verwundbar ist, haben sich ausgedehnt. Die Gefährdung besteht nicht mehr nur in einem aktuellen Klassenkampf, sondern hat strukturelle Ursachen. Der Gefahren- und damit der Sicherheitsbereich haben sich vorverlagert.

Eine vor einem Jahrzehnt noch undenkbbare Knappheit und Gefährdung der materiellen Ressourcen bedrohen das wirtschaftliche Wachstum ebensowohl wie die wachstumsvermittelte, klassenspezifische und zugleich sozialpartnerschaftlich überformte Stabilität.<sup>70</sup> Daher haben neue Energiequellen als Garanten des Wirtschaftswachstums eine hervorragende Bedeutung für die Sicherung des sozialen Friedens.

64 Abgedruckt in Bundesminister des Innern, Das Gesetz für die Stunde der Not, 1961, S. 93 f.

65 Ridder, Verfassungsreformen und gesellschaftliche Aufgaben der Juristen, in KJ 71, 376.

66 Vgl. hierzu Seifert, Verfassungskompromisse und Verschleierungsnormen in der Notstandsverfassung, in KJ 68, 11 ff.

67 Hesse (Fn. 8), S. 301.

68 Doehring, Staatsrecht, 1976, S. 257.

69 Krenzler, An den Grenzen der Notstandsverfassung, Ausnahmezustand und Staatsnotrecht im Verfassungssystem des Grundgesetzes. Diss. Heidelberg 1972, S. 104.

70 Vgl. Narr (Fn. 36), S. 5.

Aber auch aus der stark ausdifferenzierten Interdependenzstruktur des Produktionsprozesses ergeben sich strukturelle Gefahren für den sozialen status quo. Die hohe Konzentration der Produktivkräfte in den Monopolen hat als Verwertungsbedingung eine umfassende Produktionsplanung. Diese setzt aber ein System gesellschaftlicher Reproduktion voraus, »das der Leitung des Großkapitals langfristige Dispositionen durch die Ausschaltung störender unüberschaubarer und nicht disziplinierbarer Ereignisse und Aktionen ermöglicht.«<sup>71</sup> Daher wird heute jede heftige Interessen- und Bedürfnisartikulation, die die vorgeschriebenen Bahnen verläßt, zu einer potentiellen Gefährdung. Insbesondere, wenn sie wie bei den Bürgerinitiativen gegen Kernkraftwerke sowohl aus der Kontrolle durch die politischen Vertretungsinstanzen ausbricht als auch sich gegen den Garanten des Wirtschaftswachstums wendet.

Eine weitere einen unübersehbaren Sicherheitsapparat erfordernde Gefahr erwächst aus den natürlichen und sozialen Risiken, die durch den Umgang mit spaltbarem Material entstehen.<sup>72</sup> Sie gebietet eine permanente Überwachung zum einen der Personen, die Zugang zum Atom haben oder Kenntnisse über die getroffenen Sicherheitsvorkehrungen besitzen oder selbst Mitglieder der Überwachungsgruppe sind.<sup>73</sup> Weiterhin erfordert sie eine umfassende vorbeugende »Terroristenbekämpfung«, da sich die Zahl der Knotenpunkte, deren Zerstörung unabsehbare Schäden verursachen würden, potenziert haben.<sup>74</sup>

Nicht nur die schutzbedürftigen Bereiche, sondern auch die, vor denen geschützt werden soll, haben sich vermehrt. Auf der sich durch steigende Umweltbelastung, Energie- und Rohstoffkrise ausdehnenden Widerspruchsebene Kapital – Natur läßt die reale Existenzbedrohung weiter Teile der Bevölkerung neue antikapitalistische Interessen entstehen. Diese könnten sich nach den Befürchtungen der Sicherheitsstrategen mit den Potentialen in der Arbeiterschaft, die solche von den Gewerkschaften nicht mehr kontrollierbaren Aktionen wie die spontanen Streiks 69 und 73 tragen, und mit der radikalen Linken verbinden und dezentral erstarken und damit die mit einer Lagerbildung verbundene Isolierbarkeit antikapitalistischer Kräfte ausschließen. Die so entstehende Verschwommenheit des Feindbildes zwingt die Staatsschutzorgane, ihr Bild des Staatsfeindes auch auf solche Bürger zu projizieren, die sich subjektiv nicht als solche begreifen. Die ganze Gesellschaft bis hinauf zu den Vorstandsetagen (s. Dr. Traube) kann potentiell zum Feind werden. Dies erfordert umfassendste Überwachungsmöglichkeiten und eine enorme Aufblähung des Sicherheitsapparats.

Die Anpassung an diese gesteigerten Sicherheitserfordernisse kann aber ausreichend nicht im Rahmen der Notstandsverfassung erfolgen, sondern drängt notwendigerweise über die bestehenden Befugnisse hinaus.<sup>75</sup> Die Gefahrenabwehr muß schon im Vorfeld des »inneren Notstands« stattfinden durch uneingeschränkte Überwachung

71 Agnoli, Klasse und Staat, in Überlegungen zum bürgerlichen Staat, 1976, S. 15.

72 S. hierzu die Ausführungen Jungks über Sicherheitsüberlegungen, die von Juristen in den USA angestellt werden im Spiegel Nr. 11 vom 7. 3. 77, S. 47.

73 Mindestens 1000 Personen in der BRD haben nach Angaben des Vorsitzenden des Bundesverbandes Bürgerinitiativen Umweltschutz H. H. Wüstenhagen ausreichende Kenntnisse, um Sabotageakte in deutschen Kernenergieanlagen zu inszenieren. Nach Wüstenhagen gibt es allein im Kernforschungszentrum Karlsruhe rund 40 Mitarbeiter im Projekt »nukleare Sicherheit«, die Zugang zu Unterlagen haben, die mit der Sicherheit von Kernkraftwerken in engstem Zusammenhang stünden. S. Frankfurter Rundschau vom 3. 3. 77.

74 Hierbei geht eine solche Gefahr eher von geisteskranken Ingenieuren oder amoklaufenden Sicherheitsbediensteten aus als von Mitgliedern der sog. Stadtguerilla. Denn diese haben ihre Anschläge entsprechend ihrem politischen Selbstverständnis nur gegen »Exponenten« des Staates (Buback, Lorenz, Drenkmann, Deutsche Botschaft in Stockholm) gerichtet, nie aber gegen wirtschaftlich »notwendige« Einrichtungen unseres Wirtschaftssystems.

75 S. hierzu auch schon Benda, Die Notstandsverfassung, 10. Aufl. 1968, S. 72 ff.

und Ausschaltung verdächtiger Individuen und durch Maßnahmen gegen die direkte und unkontrollierte Interessenartikulation bestimmter Bevölkerungsgruppen. Die Differenziertheit dieser Aufgabe, sich repressiv auf den konkreten unterdrückten Bedürfniszusammenhang und die vielfältigen Aktionsweisen gefährlicher Personen und Gruppen zu beziehen, erfordert für die Exekutive eine Generalklausel, die regellose, von der konkreten Situation bestimmte Maßnahmen ermöglicht.

Eine solche verfassungsrechtliche Generalklausel, die die Notstandsbefugnisse der Exekutive in das Vorfeld aktueller Klassenauseinandersetzungen hinein erweitert, installierten Maihofer, Bender und Schieß durch ihre Berufung auf den überverfassungsgesetzlichen rechtfertigenden Notstand. Diese Rechtsfigur soll den Sicherheitsapparaten bei – von ihnen selbst festzustellenden – Gefahren für die – von ihnen zu definierende – öffentliche Sicherheit ermöglichen, ohne spezialgesetzliche Grundlage flexibel in Grundrechte von Bürgern einzugreifen. Diese Funktion der Argumentation mit dem rechtfertigenden Notstand scheint auch Bundesjustizminister Vogel erkannt zu haben, wenn er sich gegen eine verfahrensmäßige Festlegung dieser neugeschaffenen Kompetenzen wehrt und bestreitet, daß sich bestimmte gesetzliche Verfahrensregeln für den Fall des »übergesetzlichen Notstandes« festlegen ließen.<sup>76</sup> Die Exekutive will sich die Effektivität ihrer neuen verfassungsrechtlichen Generalklausel nicht durch die Einbindung in rechtsstaatliche Tatbestandsvorsetzungen und Verfahrensregeln verwässern lassen.<sup>77</sup>

#### V. Mögliche Gefahren

Die Exekutive nimmt sich heute, was ihr 1960 vom Parlament verweigert wurde. Diese Generalklausel hat aber nach Erlass der Notstandsgesetze und aufgrund der vermehrten Gefahrenpotentiale für die interessierten Kreise eine geänderte Funktion und birgt für uns andere Gefahren als die Generalklausel Schröders. Bei einer »drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes« können Polizei und Bundesgrenzschutz (Art. 91 Abs. 2 GG) oder die Bundeswehr (Art. 87 Abs. 4 GG) eingesetzt werden, bei dem Vorliegen einer Polizeigefahr können die regulären Ordnungsbehörden oder notfalls der Bundesgrenzschutz (Art. 35 Abs. 2 GG) eingreifen, der Staat also in allen Fällen offen repressiv auftreten. Der überverfassungsgesetzliche Notstand hat demgegenüber – bisher noch – die Funktion, das verdeckte Tätigwerden des Staates in der Grauzone zu legitimieren, in der das Staatsschutzsystem heimlich und flexibel, ohne gesetzliche Grundlage, einzig an Effizienzkriterien orientiert in grundrechtlich geschützte Freiheitsräume eingreift.

Wenn diese Legitimierung staatlichen Handelns sich durchsetzt – und Wiederholungsfälle, an denen sich die Stärke dieser Argumentation in der Öffentlichkeit zeigen muß, wird es geben – gelten alle nur denkbaren Maßnahmen der Observierung, Beeinflussung und Unterdrückung jeder Opposition, die nicht in das herrschende parlamentarische Spektrum paßt, zur Abwehr »drohender Gefahren für überwiegende Allgemeininteressen« als von Rechts wegen zulässig. Die ausfüllungsbedürftige Begrenzung des reinen Zweckmäßigkeitsdenkens durch die Angemessenheitsklausel des § 34, S. 2 StGB<sup>78</sup> wird durch Argumente der Legitimität des politischen Abwehrkampfes unterlaufen werden.

<sup>76</sup> S. Stuttgarter Zeitung vom 4. 3. 77.

<sup>77</sup> Auf die Schutzfunktion solcher Verfahrensregeln für die sich in der Defensive befindende Linke weist zu Recht immer wieder Seifert hin. Z. B. in *Der vorverlegte Notstand*, in *Kursbuch* 48, S. 45 ff. (54) und in *Wer bestimmt den Verfassungsfeind?* (Fn. 52), S. 123.

<sup>78</sup> Vgl. Amelung/Schall (Fn. 22), S. 569 und Stree, *Rechtswidrigkeit und Schuld im neuen Strafgesetzbuch*, in *Jus* 73, 464.

Außerdem wächst die Gefahr des Mißbrauchs »im Quadrat der Heimlichkeit«<sup>79</sup>. »Denn die peinliche Sorgfalt, mit der alle Maßnahmen der Nachrichtendienste geheimgehalten werden, enthebt ihre Beamte der Notwendigkeit, vor den Gerichten, vor der Öffentlichkeit – möglicherweise sogar vor ihrem Vorgesetzten – Rechenschaft zu legen und die Verantwortung für ihre Maßnahmen zu tragen. Diskussion und Abwägung der Frage, wann die Staatsnotwendigkeit das Gesetz überspielen darf, erfolgte im kleinen Kreis der Nachrichtenspezialisten.«<sup>80</sup>

Es ließe sich mittels des überverfassungsgesetzlichen Notstandes juristisch rechtfertigen, daß ein Dienst, dessen Antrag auf Telefonüberwachung verworfen worden ist, die ihn interessierenden Gespräche mit anderen technischen Mitteln als denen der Telefonüberwachung mithört.<sup>81</sup> Je nach Vorstellungskraft der Phantasie kann man sich ausmalen, daß es zur konkreten Gefahrenabwehr auch notwendig sein könnte, bestimmte Personen auch länger als 24 Stunden ohne richterlichen Haftbefehl festzuhalten und daß es vielleicht aus Zweckmäßigkeitgründen geboten erscheint, diese Personen in bestimmten Lagern zusammenzufassen. Wenn aufgrund des Legitimitätsdenkens der reine Opportunitätsgedanke bei der Bekämpfung des Gegners die Angemessenheitsklausel des § 34 S. 2 StGB ausgeschaltet hat, wird man einzusehen haben, daß es zur Gefahrenabwehr gerechtfertigt ist, einen Lügendetektor anzuwenden, Psychopharmaka (Plauderdroge) oder Hypnose einzusetzen, mittels Geldversprechen oder Drohungen Informationen oder Handlungen zu erpressen oder durch einen agent provocateur zu Straftaten anzustiften.<sup>82</sup> Malt man die drohende Gefahr nur groß genug aus, läßt sich jede Art von Folter rechtfertigen (was ja der niedersächsische Ministerpräsident Albrecht schon versucht hat). Letztlich ist dann ein Sicherheitsamt zum finalen Todesschuß, nicht nur um ein konkretes Menschenleben zu retten, sondern auch zur Abwehr von Gefahren für die Rechtsgüter der Allgemeinheit, ermächtigt.

Mit der Darstellung solcher Entwicklungsmöglichkeiten soll nicht gesagt werden, daß all diese Maßnahmen bereits erprobt werden oder bald anstehen. Aber sie alle fallen in den Bereich des durch den rechtfertigenden Notstand, wie ihn Maihofer, Bender, Schieß und die Parlamente verstehen, Legitimierbaren. Die Rechtfertigung für jede Form der Unterdrückung ist gefunden.

## VI. Chancen für eine rechtsstaatliche Rechtsauffassung?

Das Staatsschutzsystem sprengt gerade unter Bedingungen des »Atomstaats« liberale Vorstellungen von einem Rechtsstaat. Es ist in diesem politischen System ein Fremdkörper. Viele rechtsstaatliche Normen und Gebote passen nicht für geheimdienstliche Operationen, weil gerade die »klassischen Methoden« dem Rechtsstaat schon im Prinzip zuwider sein müssen.<sup>83</sup> Deshalb wurde nicht nur in Kreisen der Linken vermutet, daß die Geheimdienste auch ohne gesetzliche Grundlage operierten.<sup>84</sup> Rottmann<sup>85</sup> bezeichnet die ganze Institution und Methode als »anstößig« und »letztlich eines Rechtsstaats unwürdig«. »Wo das Prinzip des demokratischen Rechtsstaats Offenheit, Transparenz und rechtliches Gehör verlangt, erfordert das

79 Schmid im Spiegel Nr. 15 vom 4. 4. 77, S. 70.

80 Evers, Privatsphäre (Fn. 2), S. 103.

81 Diese Gefahr sieht auch Borgs-Maciejewski (Fn. 2), S. 24.

82 Diese Gefahren sehen auch FDP-MdB Matthäus (Fn. 13), S. 8, Salzwedel (Fn. 2), S. 777.

83 Evers, Privatsphäre (Fn. 2), S. 112.

84 S. z. B. Schwagerl/Walther, Der Schutz der Verfassung, 1968, S. 93; Evers, Unbefugtes Abhören (Fn. 26), S. 147; Walde, ND-Report, 1971, S. 199.

85 Rottmann, Verfassungsschutz im Rechtsstaat, in AöR Bd. 88 (1963), S. 237.

Seinsprinzip der Nachrichtendienste Heimlichkeit, Tarnung und Täuschung. Ein vollständig transparenter Geheimdienst wäre ein Widerspruch in sich.<sup>86</sup> Wenn man sich aber die Gefahren vergegenwärtigt, die der Integrität des Einzelnen und den Grundbedingungen eines demokratischen Willensbildungsprozesses durch dieses Staatsschutzsystem drohen, kann man nicht wie das Bundesverfassungsgericht<sup>87</sup> vor der Verfassungswirklichkeit des Staatsschutzes kapitulieren und der »Effektivität des Verfassungsschutzes« und einer »sinnvollen« bzw. »wirksamen« Arbeitsweise dieser Ämter einen eigenen Rechtswert beimessen und diesen gegen im Grundgesetz ausgeformte rechtsstaatliche Prinzipien ausspielen. Es ist daher notwendig, in unserem Kampf gegen dieses Staatsschutzsystem aus der Unvereinbarkeit von »Atomstaat« und Rechtsstaat unsere argumentative Munition zu holen. Die richtige Analyse, daß die Furcht vor demokratischen Veränderungen überkommener Herrschaftsstrukturen notwendig ein wie auch immer geartetes Staatsschutzsystem hervorbringt, darf nicht dazu führen, dem politischen Gegner kampflos das juristische Feld zu überlassen. Denn nur durch den Rekurs auf die Normen der bürgerlichen Gesellschaft, was gerade im Kampf gegen die Repression wegen des weiten Auseinanderklaffens zwischen Verfassung und Verfassungswirklichkeit aussichtsreich ist, können wir ein möglichst breites Bündnis gegen diesen »Atomstaat« schließen. Nur indem wir auch in diese juristische Diskussion eingreifen, erwächst die Möglichkeit, auch in Details Einfluß zu gewinnen. Daher geht es Seifert zu Recht darum, daß »extralegales Handeln nicht eigenmächtig von der Verwaltung . . . als »rechtmäßiges Handeln« praktiziert werden kann.«<sup>88</sup> Er verlegt aber die Verteidigungslinie zu weit zurück, wenn er dies mit der Forderung verbindet, »daß jedes extralegale Handeln in außerordentlichen Notsituationen ausdrücklich als solches zu deklarieren, damit offenzulegen und politisch zu verantworten ist, – wenn« die Verfassung, »der Situation wegen, nicht mehr als unüberschreitbare Grenze gewahrt werden kann.«<sup>89</sup> Denn dies hieße, die Verfassungswirklichkeit in Extremsituationen über die Verfassung siegen zu lassen. Es kann nicht darum gehen, »zur Wahrung der weitergeltenden Legalitätsgrenze« die Verfassung als eigenen Wert zu bewahren und sie, damit sie keinen Schaden nimmt, aus den Niederungen politischer Auseinandersetzungen herauszuhalten, den Kampf aber auf der Ebene der Legitimität fortzuführen<sup>90</sup>, sondern es gilt, die Legalität als Schutzwall gegen die mit Legitimitätsargumenten abgedeckte politische Repression einzusetzen. Daher kann es nicht genügen, daß rechtswidriges Handeln der Exekutive politisch legitimiert wird, sondern es muß als rechtswidrig angegriffen und darauf bestanden werden, daß rechtswidriges Handeln unterbleibt.

Angesichts der geschilderten Gefahr der Wiederholung und Ausweitung der über den rechtfertigenden Notstand legitimierten gesetzlosen staatsschützerischen Tätigkeit, bleibt das Vertreten einer rechtsstaatlichen Rechtsauffassung ohne politische Relevanz, wenn nicht auch Bedingungen ihrer Durchsetzung angegeben werden können.

Demokratie hat in der BRD keine institutionelle Verankerung mehr. Erstmals in der Geschichte der BRD schlägt keine Partei aus einer Affäre dieser Größenordnung innenpolitisches Kapital. Die befürchteten Angriffe auf das Staatsschutzsystem als

86 Borgs-Maciejewski (Fn. 2), S. 22.

87 BVerfGE 30, 1 (20);

88 Seifert (Fn. 1), S. 121.

89 Seifert ebenda.

90 Auf dieser Ebene allein würden oppositionelle Kräfte aufgrund der gesellschaftlichen und sozialpsychologischen Faktoren, die Narr in seinem Aufsatz »Die Bundesrepublik – Kontur einer Versicherungsgesellschaft« in Narr (Hrsg.), Wir Bürger als Sicherheitsrisiko, rororo-aktuell Nr. 4181, treffend beschreibt, zur Zeit auf jeden Fall unterliegen.

solches zwingen die Parteispitzen zur »Kumpanei des Schweigens« (Spiegel). Gerade im Abbau demokratischer Rechte bewährt sich die »Solidarität der Demokraten«.

Um so erfreulicher sind angesichts des totalen Versagens parlamentarischer Opposition und Kontrolle die Splitter einer liberalen Gegenöffentlichkeit in diesen Abhörfällen, die sich nicht nur in Rücktrittsforderungen erschöpfte, sondern zum Teil auch den Verfassungsschutz als Institution in Frage stellte. Der Deutsche Anwaltsverein<sup>91</sup> und mehrere Rechtsanwaltskammern<sup>92</sup> üben scharfe Kritik an dieser Abhörpraxis, 20 Strafrechtsprofessoren verurteilen in einer gemeinsamen Erklärung<sup>93</sup> dieses Vorgehen der Staatsschutzbehörden öffentlich als rechtswidrig, mehrere prominente Persönlichkeiten melden sich in der Tagespresse kritisch zu Wort und die Parteibasis<sup>94</sup> und die Jugendorganisationen<sup>95</sup> von SPD und FDP sowie einige etablierte Politiker dieser Parteien<sup>96</sup> fordern ernsthafte Konsequenzen.

Der Schock über den direkten Angriff gegen fundamentale Prinzipien des liberalen Rechtsstaats saß zu tief, so daß der politisch verhängnisvolle Mord an Buback, Göbel und Wurster diese Diskussion nur für kurze Zeit verstummen ließ. Schon drei Wochen danach übte der Bundeshauptausschuß der FDP scharfe Kritik an der Abhörpraxis des Verfassungsschutzes und lehnte Gesetzesvorschläge zur Überwachung des mündlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und Häftling rundweg ab.<sup>97</sup>

Man kann sich also auf Elemente eines, wenn auch nicht stark ausgeprägten Bewußtseins von demokratischen und rechtsstaatlichen Grundsätzen stützen. Doch nicht nur angesichts dieser Abhöraffären zeigen sich über die Linke hinausweisende Ansätze politische Gegenwehr. Was der Staatsschutz im Interesse der Bürger zu schützen vorgibt, prallt mit den Bedürfnissen einer immer größer werdenden Zahl von Bürgern zusammen. Das Vertrauen in staatliche Vertretungsinstanzen sinkt immer mehr, Staatsverdrossenheit macht sich breit. Die eigenen den herrschenden widersprechenden Interessen werden auch von bisher »unpolitischen« Gruppen der Bevölkerung bewußt außerhalb des parlamentarischen Parteienkartells in der wachsenden Zahl von Bürgerinitiativen artikuliert. Diese aus der direkten Betroffenheit resultierende Mobilisierung treibt auch immer häufiger Bürger in den Gegensatz zu den Gewaltpotentialen des Staates. Die Erfahrung von Repression wird auf diese Weise in einem Maße verbreitert, das das Legitimationsdefizit des bürgerlichen Staates nur vergrößern kann. Gegen diese direkten Formen der Repression, insbesondere gegen die Berufsverbote, wächst eine Bewegung heran, die beinahe mit der Notstandsopposition von 1968 vergleichbar ist.

91 Vgl. die Pressemitteilung des DAV vom 18. 3. 77.

92 Z. B. die Rechtsanwaltskammern des OLG-Bezirks Karlsruhe (s. Rhein-Neckar-Zeitung vom 6. 4. 77) und des OLG-Bezirks München (S. Presseerklärung vom 22. 4. 77).

93 S. Fn. 56.

94 Z. B. der SPD-Unterbezirksparteitag Bremen und der Vorstand des SPD-Unterbezirks München (s. Spiegel Nr. 11 vom 7. 3. 77), S. 28.

95 S. Stuttgarter Zeitung vom 1. 3. 77.

96 Z. B. der SPD-Landesvorsitzende von Schleswig-Holstein Jansen (Spiegel Nr. 11 vom 7. 3. 77, S. 28), FDP-Geschäftsführer Bangemann (Mannheimer Morgen vom 22. 4. 77), die MdB's Roth (SPD), Schuchard (FDP) (Spiegel Nr. 11 vom 7. 3. 77, S. 29) und Matthäus (FDP) (Frankfurter Rundschau vom 3. 3. 77).

97 S. Stuttgarter Zeitung vom 2. 5. 77 oder auch den Artikel Wassermanns in der Frankfurter Rundschau vom 8. 6. 77.