

Werner Hofmann

Die Krise des Staates und das Recht

I

Wir stehen – nicht nur in unserem Lande – an einer Wende des Rechtslebens, und ebenso an einer Wende unserer staatlichen Ordnung. Der Zusammenhang dieser beiden Sphären des gesellschaftlichen Verkehrs ist offenkundig und wird auch durch die Vokabel »Rechtsstaat« bezeugt – was immer sie besagt. Die Wende nun, von der hier die Rede ist, gibt den Blick frei für Einsichten, die ebenso tief in den Inhalt von Staat und Recht überhaupt eindringen wie in das Wesen der Gesellschaft, der beide entspringen und entsprechen.

Um diese Wende zu begreifen, wollen wir für ein paar Augenblicke von dem, was sich im Tagesgeschehen abmalt, zurücktreten und nach der Perspektive, nach jener dritten Dimension suchen, die wir hier brauchen. Dem Gegenstande nach kann sie nur eine *historische* sein. (Und man wird bemerken, daß es keineswegs ein vermeidbarer Umweg ist, der hierbei eingeschlagen wird.)

Beide, Staat wie Recht, haben ihre geschichtliche Grundlage in einem gemeinsamen gesellschaftlichen Sachverhalt. Ich wende mich zunächst dem Rechte zu und arbeite auf eine erste These hin.

Als Recht soll hier verstanden werden eine *Normierung des gesellschaftlichen Verkehrs von letztlich erzwingbarem Charakter*¹. – Diese sehr allgemeine Bestimmung läßt offen: 1) welcher Art der gesellschaftliche Verkehr ist, ob er sich zwischen einzelnen, Gruppen oder Völkern abspielt; 2) welchen Inhalt und Charakter die Normen selbst tragen; in Begriffen unseres Rechtssystems gesprochen, ob es sich um *privates* oder *öffentliches*, *Zivil-* oder *Kriminalrecht*, *innerstaatliches* oder *Völkerrecht*, *profanes* oder *Kirchenrecht* handelt; 3) die Formen der Normierung (allgemein gesprochen: *gesetztes* oder *Gewohnheitsrecht*); 4) Charakter und Grad der Erzwingbarkeit: es wird vernachlässigt, ob diese Erzwingbarkeit positiv oder negativ, durch Gebote oder Verbote wirkt, ob die Einhaltung der Normen hauptsächlich durch die Macht einer tradierten Rechtskonvention, durch die überkommenen Vorstellungen der Angehörigen eines Rechtsverbandes oder durch besondere Einrichtungen gesellschaftlicher Zwangsgewalt gewährleistet wird.

Eines aber ist hier wichtig: Einer besonderen, schließlich auch institutionell gesicherten Normierung des gesellschaftlichen Verkehrs bedürfen allemal Sozialgebilde, deren Angehörige in ihren Lebensbedürfnissen und Lebensinteressen *nicht übereinstimmen*². Das Recht ist hierbei freilich nicht einfach Resultat fortschreitender gesellschaftlicher Arbeitsteilung, einer Differenzierung der Gesell-

¹ Hierzu und zum folgenden: Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 2. Teil, 1. Kapitel, Köln-Berlin 1964, S. 233 ff.; Th. Geiger, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied, Berlin 1964, S. 125 ff.

² W. Seagle, *Weltgeschichte des Rechts*, München-Berlin 1958, S. 93 ff.

schaft in der »Horizontalen«, sondern vielmehr allem voran einer hiermit selbst einhergehenden Teilung der Gesellschaft in der »Vertikalen«. Das Recht entspringt einem Grundsachverhalt aller Gesellschaften, die aus dem frühen geschichtlichen Stande der Unschuld herausgetreten sind: es ist Ergebnis sozialer *Herrschaft*. Was geschichtlich zunächst in Erscheinung tritt, ist das ganz unkontrollierte und ungezügelter Herrenrecht des Stärkeren, die unmittelbare soziale Gewalt. Auch Ihering hat von dem Recht als der »Politik der Gewalt« gesprochen. Das Recht ist nicht zu lösen von jenen Herrschaftsverhältnissen, in denen es sich ausbildet. So ist auch in allen vorindustriellen Gesellschaften *Gerichtsgewalt* immer ein elementares Herrenrecht gewesen – und damit weitgehende Straflosigkeit des herrschaftlichen Handelns selbst.

Der elementare Grundsachverhalt des Rechtes ist also Herrschaft. Aber diese selbst ist noch nicht das Recht. Eine Normierung, Regulierung von Herrschaft, und damit der Übergang zu einer *Rechtsordnung*, wird erst notwendig, wenn zweierlei eintritt: 1) Das Herrenrecht wird von den Herrschaftsunterworfenen nicht mehr fraglos hingenommen. Gegen die ungezügelter Gewalt der gesellschaftlich Überlegenen lehnen sich die Unterlegenen auf. Man vergleiche die Stände- und Verfassungskämpfe im antiken Griechenland und in Rom, die einen Niederschlag in der Solonischen Verfassungs- und Sozialreform ebenso wie etwa im römischen Zwölftafelgesetz (um 450) gefunden haben. Das Recht trägt soweit Kompromiß- und Schutzcharakter; es schafft *Berechtigung* auch für den gesellschaftlich unterlegenen Teil. Das gilt bis ins moderne Verfassungsrecht und bis ins Arbeitsrecht hinein. – 2) Aber auch das Verhältnis zwischen den sozial Überlegenen selbst bedarf der Normierung, der Regulierung, soll nicht allgemeine Anarchie eintreten, wie dies oft genug besonders unter Bedingungen einer Feudalordnung geschehen ist.

Nach alledem lautet meine erste These: *Das Recht ist seiner historischen Natur nach domestizierte soziale Gewalt.*

Das wird am deutlichsten in jenem Teil der Rechtsordnung, der sich geschichtlich am spätesten entwickelt hat und wo eine Sanktionsgewalt am schwächsten ausgebildet ist, nämlich im Völkerrecht³. Der gleiche Sachverhalt tritt auch im innerstaatlichen Leben hervor, wenn etwa eine Regierung in kritischen Augenblicken, da ihr Gefahr droht, den Ausnahmezustand ausruft, die Verfassung außer Kraft setzt und sich selbst das Recht zur Ausübung unkontrollierter Gewalt zuspricht.

Aus der besonderen Natur des Rechtes entspringt ein elementarer Widerspruch: Einerseits ist die Rechtsordnung selbst Ausdruck, Bekräftigung von Verhältnissen sozialer Über- und Unterlegenheit. Und zwar Bekräftigung in einer Form, die auch auf Anerkennung von Seiten der Unterlegenen selbst abzielt. Und andererseits wird die Betätigung solcher gesellschaftlichen Macht beschränkt, in Regeln gefaßt, deren sie sich immer neu zu entheben sucht. Die Geschichte des innergesellschaftlichen Zusammenlebens wie vollends des Nebeneinander der Völker bietet das wiederkehrende Schauspiel, wie die Träger der eigentlichen sozialen und politischen Macht an den Schranken des Rechtes rütteln, diese oft genug niederlegen und damit die elementar *integrative* Funktion des Rechtes selbst immer neu in Frage stellen. Die großen Umbruchepochen der Geschichte sind daher allemal auch solche einer Krise der Rechtsordnung und des Rechtsbewußtseins gewesen.

³ Vgl. hierzu: Franz W. Jerusalem, *Völkerrecht und Soziologie*, Jena 1921, (insbes. S. 21 ff.)

Dieser ersten Überlegung soll nun eine zweite zur Seite treten: Seine Herrschaftsgrundlage teilt das Recht mit dem Staat als der *modernen*, und wiederum: domestizierten, in Regeln gefaßten Form politischer Herrschaft. Ich teile hierbei – aus Gründen, die nur angedeutet werden sollen – nicht die Auffassung der Marxisten, wonach *alle* geschichtlichen Formen politischer Herrschaftsorganisation vom Typus des *Staates* sind. Der Staat tritt geschichtlich voll entfaltet erst auf 1) als souveräner National- und Flächenstaat nach außen, 2) als überpersönlicher Hoheitsträger, als Verfassungs- und Amtsstaat nach innen⁴. Zu beidem hat es auch die höchstentwickelte vorstaatliche Stufe von politischer Herrschaftsorganisation, die der antiken römischen Republik, nicht gebracht; viel weniger noch eine politische Herrschaftsorganisation feudalen Typs.

Die Entfaltung des Staates als der modernen Form politischer Herrschaftsregulierung begleitet geschichtlich die Heraufkunft des neuen *Erwerbsbürgertums*. Es ist hierbei von großer Bedeutung: die Konzeption des modernen Verfassungs- und Amtsstaates, die Theorie der Volkssouveränität, der überpersönlichen Hoheitsgewalt des Staates, der generellen Auswechselbarkeit aller Amtsträger, der Gewaltenteilung sind einer Epoche entsprungen, da das moderne Erwerbsbürgertum noch nicht selbst Träger der politischen Herrschaft war. Sein Interesse war daher auf ein Höchstmaß an Kontrollierbarkeit und Voraussiehbarkeit des Staatshandelns gerichtet. Dies entspricht 1) der noch nicht gewährleisteten Interessen-Übereinstimmung der Träger (oder: des monarchistischen Trägers) der Staatsgewalt und des neuen Erwerbsbürgertums; 2) dem allgemeinen Bedürfnis der neuen Repräsentanten einer kommerziellen – und vollends einer unternehmerischen – Ordnung nach *Kalkulierbarkeit der Chancen*. Auch der Staat soll, in seiner Gesetzgebung wie in seiner Verwaltung, ein Maximum an Voraussiehbarkeit seines Handelns bieten, er soll an Normen gebunden, er soll kontrollierbar, er soll selbst verklagbar sein. (Man vergleiche das System der subjektiven öffentlichen Rechte, der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit!) Wie das Verhältnis zwischen den Angehörigen der Erwerbswelt selbst ein solches der wechselseitigen Interessenabgrenzung ist, der wechselseitigen Berechtigung, auch: des normierten, regelhaften Handelns, so ist auch der moderne Staat der Erwartung und dem eigenen Anspruch nach der *Rechtsstaat* schlechthin.

Der gewollte Rechtsstaat-Charakter der modernen öffentlichen Gewalt entspringt noch aus einem weiteren gesellschaftlichen Sachverhalt: In allen früheren Gesellschaftsformationen der Geschichte sind die Träger sozio-ökonomischer Herrschaft zugleich auch persönliche Inhaber der politischen Gewalt gewesen. Erst im modernen *Staat* treten ökonomische und politische Herrschaft dem Prinzip nach personell auseinander. Erst hier entsteht ein spezifisches Problem: Wie übersetzt sich, transformiert sich ökonomische Herrschaft in politische Herrschaft? Der Rechtsstaat setzt seinem Gedanken nach überall die *Distanz* zwischen dem Hoheitsträger und allen Einzelnen. Das Verhältnis wechselseitiger Abgrenzung der Interessen- und Befugnis-Sphären gilt, wie in der Erwerbswelt, so auch hier. Und damit stellt sich ein Problem, das in seiner vollen Größe nur das moderne Staatswesen kennt.

⁴ Vgl. H. Heller, Staatslehre, Leiden 1963, S. 125 ff.

Es ist nun offenbar eben dieser Anspruch des über allen Einzelnen stehenden, streng regulierten Rechtsstaates, der heute in Gefahr geraten ist. Dies führt mich zu einer dritten These.

Dem modernen Staat wohnt von Anbeginn an ein tiefer Widerspruch inne: Seinem Entwurf, seiner Idee, schließlich seiner Ideologie nach ist er der Staat des ganzen Volkes, die potentielle Demokratie. Seiner »Realverfassung« nach ist er Herrschaftsstaat, genauer: herrschaftsvermittelnder Staat. Der Widerspruch zwischen dem Staat als der ideellen Gesamtgesellschaft und dem realen Herrschaftsstaat findet seinen Niederschlag in einem eigenartig gespaltenen Staatsbewußtsein unserer Zeitgenossen: Auf der einen Seite wird der nobel sich zurückhaltende oder auch der wohlwollende Gefälligkeitsstaat beschworen, auf der anderen Seite jener Staat, der als Hoheitsträger legitime Forderungen gegenüber den Staatsbürgern zu erheben hat. Dieses Nebeneinander von »liberaler« und autoritärer Variante im Staatsdenken der Gegenwart löst sich freilich: Den freundlichen Staat beanspruchen die Träger der Gesellschaft für sich selbst, den fordernden und disziplinierenden rufen sie gegenüber dem sozial unterlegenen Teil der Gesellschaft an. – Eigenartig schillernd sind daher auch die Vorstellungen, die sich mit dem Begriff der Demokratie verbinden. Bis in die heutige Staatslehre hinein ist die Überzeugung allgemein, Demokratie sei eine spezifische Form der Herrschaftsbestellung⁵. Die Gestaltbarkeit, Regulierbarkeit einer solchen Form der Herrschaftsbestellung (wie sie sich im gegenwärtigen Bemühen um ein Mehrheitswahlrecht in unserem Lande ausdrückt) ergibt sich dann zwanglos aus der Invarianz des eigentlichen Inhalts und Zweckes solcher Herrschaftsbestellung. Allerdings kann eine solche Gestaltung soweit gehen, daß der elementare Widerspruch zwischen ideeller Demokratie und realem Inhalt des Staates selbst aufreißt. *Der Herrschaftsgehalt des Staates drängt nach außen; er kann die ihm entgegenstehenden rechtsstaatlichen – und das heißt auch etwa: die parlamentarischen – Formen der Herrschaftsdomestikation durchbrechen.* Eben dies ist heute offenbar weithin der Fall. Und hierin ist die gegenwärtige Krise des Staates – wie des Staatsbewußtseins – zu sehen.

IV

Daß der ursprüngliche Herrschaftscharakter des Staates heute allenthalben sich durchprägen will – mit allen Konsequenzen für die Rechtsordnung –, hat allerdings seinen letzten, eigentlichen Grund nicht in der Sphäre von Staat oder Recht selbst, sondern vielmehr in dem urtümlichen Herrschaftsraum der Gesellschaft. An die Stelle des einstigen Erwerbssystems einer relativ freien Konkurrenz, eines relativ chancengleichen, offenen Wettbewerbs ist seit langem ein System der machtgeordneten Konkurrenz getreten. Innerhalb des sozio-ökonomischen Herrschaftsverhältnisses verlängert sich damit die Machtpyramide. Und wie das gesellschaftliche Grundverhältnis selbst sich allemal im politischen Raum fortzusetzen neigt, so drängen auch die neuen *Machtverhältnisse*, sich in den

⁵ Vgl. u. a.: Th. Eschenburg, Staat und Gesellschaft in Deutschland, 4. Aufl., Stuttgart 1960, S. 276 f.; Th. Maunz, Deutsches Staatsrecht, 13. Aufl., München, Berlin 1964, S. 60 f.

politischen Raum hinein zu verlängern⁶. Die Gründe hierfür sollen hier nur andeutungsweise und unvollständig bezeichnet werden:

1. Im Zuge der Konzentration hat eine wachsende Zahl von Großgebilden der Privatwirtschaft Dimensionen erlangt, die nicht nur einzelne Städte und Regionen auf Gedeih und Verderb mit dem Schicksal solcher Unternehmensgeflechte verbinden, sondern diesen auch geradezu gesamtwirtschaftliche Bedeutung verleihen.

2. Seit der Weltwirtschaftskrise ist offenbar geworden, daß die moderne hochmonopolistische Wirtschaft eines ständigen Eintritts des Staates in den Wirtschaftsprozess bedarf. Aus Gründen, in die ich hier nicht eintreten kann, entwickelt eine hochmonopolisierte Wirtschaft in der Zeit eines ernsthaften Konjunkturverfalls nicht mehr jene Kräfte eines spontanen Wiederaufschwungs, über welche das System der freien Konkurrenz geschichtlich verfügt hat. Großaufträge des Staates, der Eintritt der öffentlichen Gewalt als Ersatznachfrager in den Wirtschaftsprozess und ihr dauernder Verbleib hierin sind damit zur zwingenden Notwendigkeit geworden, soll nicht aus einem konjunkturellen Rückschlag eine allgemeine Strukturkrise der Gesamtwirtschaft werden⁷.

3. Eben solche Großaufträge (man vergleiche die Rüstungsnachfrage der öffentlichen Hand), die einen Teil des Marktgeschehens in die öffentlichen Behörden verlegen, schaffen ein elementares Interesse der Privatwirtschaft an der Regierungspolitik. Ferner: Je mehr das privatwirtschaftliche Gedeihen überhaupt vom Handeln der Regierung abhängt, desto dringlicher wird der Wunsch, die eigenen Interessen – und seien sie noch so partial – der Öffentlichkeit als gesamtwirtschaftliche Notwendigkeit zu suggerieren. Die Phänomene einer »Herrschaft der Verbände« sind wohlbekannt. Es sind die Wünsche »der Wirtschaft«, die heute hinter Erscheinungen stehen wie etwa der allgemeinen Schwenkung in der Fiskalpolitik von den »konsumtiven« Sozialleistungen zur Förderung der Unternehmensinvestitionen, und hier wieder von den breitgestreuten Subventionen aller Art zur besonderen Pflege der – gleichzeitig hochkonzentrierten – »Wachstumsindustrien«. Ebenso haben sich seit langem die Bedürfnisse der Wirtschaft durchgesetzt in der Kartellpolitik, die mittlerweile zu einem Hohn auf das Kartellgesetz von 1957 geworden ist. Auch das Bundeskartellamt ist zu einem wahren Freund und Helfer in Kartellsachen geworden. Da wo es gelegentlich etwas anderes sein will, erweist es seine komplette Ohnmacht, wie etwa in der Einstellung des Verfahrens gegen die Preispolitik der Mineralölgesellschaften oder im Streit mit den Zementkartellen. Ebenso entspricht der Abbau des Waretestwesens den Interessen der Industrie. Wie begrenzt der Raum einer wirklich volkswirtschaftlichen Politik geworden ist, zeigt der Streit um den Leber-Plan. Die Handschrift der Interessenten verraten zahlreiche Gesetze wie etwa das »Stabilisierungs«- (besser Expansions-) Gesetz von 1967, das Parteiengesetz mit seinen Bestimmungen über Parteienfinanzierung, das seinerzeitige Betriebsverfassungsgesetz und das »Mitbestimmungsgesetz«, die verschiedenen Vermögensbildungsgesetze, oder schließlich das geplante Gesetz über die Entschädigung für Nachkriegsereignisse wie Demontagen u. a. Bis weit in den nichtökonomischen Raum hinein mischen heute die Wirtschaftsverbände mit: ob es sich nun um Fragen der Schule oder der Hochschulreform, um die Straffung der Verwaltung handelt oder um die von der Privatwirtschaft gewünschte Zu-

⁶ Vgl. J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Neuwied 1962, S. 158 ff.

⁷ W. Hofmann, Die säkulare Inflation, Berlin 1962.

sammenlegung von Rundfunkanstalten, um die Zentralisierung von Hoheitsbefugnissen im Verhältnis zwischen Bund und Ländern oder um die Notstandspolitik. – Der Staat zeigt sich mit alledem als Exponent sozialer *Teilgewalt*. Er ist vollends Partei in jenem grundlegenden gesellschaftlichen Konfliktverhältnis, das mit schlagwortartiger Verkürzung als das Verhältnis von »Kapital« und »Arbeit« bezeichnet werden soll⁸. Parteinahme liegt hier umso näher, als die öffentliche Hand selbst Arbeitgeber im größten Stile ist. Die ganze Vorbereitung für den inneren Notstand, die Selbstschutzgesetzgebung, ferner militärische und polizeiliche Übungen, welche die Auflösung von Streiks und Demonstrationen zum Gegenstand haben, das verabschiedete Arbeitssicherstellungsgesetz sind nur unter diesem soziologischen Aspekt zu begreifen; sie gewähren einen tiefen Einblick in die Auffassung des tragenden Teils unserer Gesellschaft vom eigentlichen Inhalt der Staatsgewalt.

Was sich mit alledem vollzieht, ist die offene Inanspruchnahme des Staates, als der erklärten Verkörperung der Gesamtgesellschaft, für die Bedürfnisse sozialer Teilgewalten, und damit die *soziale Funktionalisierung der öffentlichen Gewalt*. Es geschieht eine weitgehende *Verhoheitlichung von Privatmacht*, ergänzt durch eine ähnlich weitgehende *Privatisierung von Hoheitsgewalt*. Die Scheidewand zwischen öffentlicher und Privatmacht wird porös.

Es bedeutet dies alles in allem, daß ein geschichtlicher Prozeß, so weit es geht, rückgängig gemacht wird: nämlich die relative Verselbständigung der öffentlichen Gewalt gegenüber der Gesellschaft. Die Realverfassung des Staates tritt in offenen Konflikt zur Idee der Demokratie.

Gewiß: auch die Staaten des 19. Jahrhunderts widersprachen in ihrer tatsächlichen Ordnung vielfach dem Gedanken der Volkssouveränität; sie waren äußerstenfalls Honoratiorendemokratien. Die Wahlrechtsverhältnisse des 19. Jahrhunderts zeugen davon. Und andererseits findet die Tendenz zur Auflösung des gegenwärtigen Staates in die Privatinteressen ihre natürliche und unübersteigliche Grenze in der Nichtübereinstimmung der privaten Teilinteressen selbst. Die vollständige Okkupation des Staates durch beschränkte Teilkkräfte der Gesellschaft – und seien es auch die stärksten – würde die komplette Anarchie bedeuten. Der Vorgang ist vielmehr nur zu werten nach dem Maßstab der Geschichte: Im 19. Jahrhundert konnte so manches dem privaten Interessenausgleich überlassen bleiben, was heute gebieterisch nach gesamtgesellschaftlichen Lösungen verlangt. Gemessen an den ungeheuer gewachsenen Aufgaben der öffentlichen Hand treten die engen Interessengrenzen ihres Handelns ins rechte Licht.

Wenn das bis hierhin Entwickelte zutrifft, so vollzieht sich heute eine Tendenz zum *Rückfall der Staatsgewalt in die Verhältnisse undomestizierter, unkontrollierter sozialer Teilgewalt*⁹. Es zeigt sich hier, wie auch in anderem, ein elementarer geschichtlicher Sachverhalt: Eine Gesellschaft, die alles, was sie vermochte, längst hinter sich hat, fällt hinter ihre geschichtlichen Ursprünge zurück. Und diese Regression kann bisweilen selbst im Bewußtsein der Zeitgenossen archaische Züge annehmen, wie dies in der jüngsten Vergangenheit die teutonische Staatsideologie des Nationalsozialismus, die Auflösung des Staates ins persönliche Führer-Gefolgschafts-Verhältnis bekundet hat.

So entspricht der Monopolisierung der Wirtschaftsmacht die Konzentration der

⁸ R. Schmid, Justiz in der Bundesrepublik, Pfullingen 1967, S. 34 ff.

⁹ Vgl. F. Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: F. Neumann, Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt/M. 1967, S. 31 ff.

öffentlichen Gewalt selbst und ihre Inanspruchnahme durch die privaten Teilmächte. Der Unterhöhnung des Prinzips der Gewaltenteilung – eines Prinzips, das, wie angedeutet, der geschichtlichen Epoche einer Teilung der gesellschaftlichen Gewalten selbst entsprungen ist und das als entbehrlich da erscheint, wo die einstigen Träger des dritten Standes selbst zur ungeteilten politischen Macht gelangt sind – folgt die Aufhebung der freien Konkurrenz unter den politischen Parteien nach. Und in dem Kartell unserer großen einverschworenen politischen Parteien sowie in ihrem gemeinsamen Kampf gegen Außenseiter, wiederholt sich genau das Verhältnis *monopolistischer* Konkurrenz, das seit langem im wirtschaftlichen Raume besteht.

V

Die Krise des Staates ist auch die Krise des Rechts. Allgemein gesprochen ist sie eine Krise des überkommenen Gesetzespositivismus. – Der Gedanke des formalen Rechts- und Gesetzes-Positivismus, des theoretischen wie des angewandten, entspricht genau dem Bedürfnis der erwerbenden Schichten nach Kalkulierbarkeit der Chancen, nach einem verlässlichen Recht. Eben diese Verlässlichkeit ist innerhalb unserer Rechtsordnung ins Schwanken gekommen. Darin bekundet sich die Krise des Rechts- und Gesetzes-Positivismus, und damit jene Wende, von der eingangs gesprochen wurde. Der Rechts-Positivismus ist hierbei keineswegs aufgehoben worden. Er wird vielmehr selbst in Dienst genommen¹⁰; und er eignet sich hierzu auch, wie schon seine Funktionalisierung in nationalsozialistischer Zeit gezeigt hat. Dies führt zu einer weiteren These: *Die allgemeine Signatur des Rechtes unserer Zeit ist die Tendenz zum Opportunitätsprinzip*. Zum Opportunitätsprinzip in einem viel umfassenderen Sinn als dem, den es zunächst im politischen Strafrecht erhalten hat. Ein solches Opportunitätsprinzip schließt ein hohes Maß an formal korrektem Rechts- und Gesetzes-Positivismus keineswegs aus. – Gewiß muß immer nach den Umständen gehandelt und entschieden werden. Die Tendenz zur Ausdehnung der Ermessenssphäre bedeutet allerdings einen qualitativen Wandel der Rechtsordnung überhaupt. Dies ist nach mehreren Seiten hin zu verfolgen.

1. Das Opportunitätsprinzip hat seinen Ort teilweise in der Gesetzgebung selbst. Die Gesetze gehen vielfach auf die Initiative von Interessenten zurück, sie tragen also auch den Stempel der Interessentenwünsche. Sie werden bei uns durchwegs als Referentenentwürfe von Organen der Exekutive selbst formuliert, die sich also auch ihren Ermessensspielraum schon sichern können. Sie werden schließlich von parlamentarischen Dilletanten – im ehrenhaftesten Sinne gemeint – verabschiedet, wobei auch die unklare Sprache vieler Gesetze dazu führt, daß die Gewichte sich zu den anwendenden und interpretierenden Instanzen hin verschieben¹¹. (Musterbeispiel: Notstandsverfassung und einfache Notstandsgesetze.) Schon dies bedeutet entsprechende Entwertung des eigentlichen Organs der Volkssouveränität: des Parlaments. – Eine weitere Entwertung vollzieht sich durch Abgabe von legislativen Rechten an überstaatliche Gewalten. Innerhalb der EWG hat sich das »klassische« Verhältnis von legislativer und exekutiver Gewalt, wonach die vom Parlament verabschiedeten Gesetze den Rahmen ab-

¹⁰ Zur Entwicklung des Positivismus: F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 558 ff. (§ 29).

¹¹ Vgl. F. Neumann, a.a.O.

stecken, innerhalb dessen die Exekutive mit Ausführungsverordnungen tätig wird, geradezu umgekehrt: Der Ministerrat der EWG, ein von keinem Parlament wirksam kontrolliertes Organ der Exekutive der Teilnehmerstaaten, erläßt Verordnungen, zu deren Durchführung die nationalen Parlamente ihrerseits Gesetze verabschieden.

Eine weitere Verschiebung der Gewichte zwischen Parlament und Regierung müssen die Notstandsgesetze zur Folge haben, mit der Erweiterung der Befugnisse und des Entscheidungsspielraums der Behörden.

Übrigens zeigt sich der Zug zum Rechts-Opportunismus nicht nur positiv in Charakter und Sprache der vorliegenden Gesetze, sondern auch negativ in den Lücken unserer Gesetzgebung. Die eingestandene Ohnmacht unserer Gerichte gegenüber der grassierenden Wirtschaftskriminalität beruht weithin auf dem Fehlen wirkungsvoller gesetzlicher Handhaben. Ein Musterbeispiel für solche Vernachlässigung der White-Collar-Kriminalität bietet der in unser Wirtschaftsstrafgesetz von 1954 nachträglich eingefügte lendenlahme Paragraph 2a WiStG, der sich gegen »Preisüberhöhung« richtet. Zu untersuchen wäre im vorliegenden Zusammenhang auch etwa die neuere Entwicklung des Steuerstrafrechts.

Unsere Gesetze selbst zeugen also weithin von einem Geist des Rechts-Opportunismus, und sie begünstigen dessen Entwicklung in Rechtsprechung und Verwaltung.

2. Es wirken aber auch Kräfte, die überhaupt außerhalb der drei Säulen der Hoheitsgewalt stehen, auf Verwaltung und Rechtsprechung ein: Einerseits sind es die Interessenten, welche die Verkehrsauffassung maßgeblich mitprägen. (Für sie ist es zum Beispiel schwer verständlich, warum Werbegeschenke, die im Verkehr zwischen Kaufleuten weithin üblich geworden sind und als Betriebsausgaben den steuerbaren Gewinn ermäßigen, beim Umgang von Geschäftsleuten mit Behörden den unfeinen Namen der »Beamtenbestechung« erhalten.) – Die Verkehrsauffassung wird aber auch mitgeprägt von den Gesetzeskommentatoren. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang die durch eine gehäufte Zahl von Kommentaren zur »herrschenden« Auffassung gewordene Meinung, daß in unserem Lande der *Beamtenstreik* rechtswidrig sei. (Nur zwei Bundesländer verbieten ausdrücklich den Beamtenstreik. Sonst besteht kein formelles Verbot. Auch andere Länder in Europa denken über die Rechtmäßigkeit des Beamtenstreiks ganz anders.) An die Stelle des Gesetzgebers kann also die normierende Kraft von Kommentatoren treten.

3. Unter diesen Umständen wird auch die Rechtsprechung geradezu dahin erzogen, von sich aus den Spielraum der eigenen Entscheidungsfreiheit zu erweitern. (In welchem Maße im übrigen der Richter innerhalb eines Beförderungsstaates wie des unseren vermeintlichen oder wirklichen Wünschen der Exekutive geneigt bleibt, ist bekannt.) Allgemein besteht ein auffallendes Mißverhältnis zwischen größter Gewissenhaftigkeit in der Beweisaufnahme und erstaunlicher Freizügigkeit in der Urteilsfindung. Die formale Korrektheit im Sinne des Rechts-Positivismus behält hier schließlich nur noch optische Funktion.

Die Neigung zu einseitiger Rechtsprechung zeigt sich im kollektiven Arbeitsrecht. Hierzu hat sich Richard Schmid in seiner Schrift »Justiz in der Bundesrepublik« (1967) folgendermaßen geäußert:

»Es läßt sich der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit nicht der pauschale Vorwurf machen, daß sie unsozial sei und das Interesse des Arbeitnehmers im Einzelfall nicht genügend schütze. Sie tut es vor allem bei der Anwendung der zahlreichen zum Schutze des Ar-

beitnehmers und seiner Rechte ergangenen Sondergesetze. Anders verhält es sich bei Konflikten, die von grundsätzlicher und kollektiver Bedeutung sind und historisch-politische Aspekte haben. Hier ist zum Teil die Gesetzgebung so unbestimmt und lückenhaft, daß eine Ausfüllung durch die Rechtsprechung möglich und nötig ist; und bei dieser Ausfüllung zeigt sich immer noch eine starke soziale Befangenheit.« (S. 34)

»Zu den Konflikten mit sozialer Breitenwirkung und historisch-politischer Tragweite gehören die Fragen, in denen es sich um die Stellung der Gewerkschaften als Verkörperung des gemeinschaftlichen Arbeiterinteresses und um deren wichtigste soziale Errungenschaft, das Streikrecht, handelt. Auf diesem Gebiet nimmt das Bundesarbeitsgericht eine scharf negative Haltung ein, die von der unserer demokratischen Nachbarstaaten deutlich abweicht.« (S. 35)

»Die Rolle der Justiz wird allerdings immer die der Verteidigung des Bestehenden sein; und da die Arbeiterbewegung sowohl in der Frage des Lohns wie der übrigen Arbeitsbedingungen, insbesondere der Arbeitszeit, die bestehenden Zustände seit den schrecklichen Frühzeiten des Kapitalismus und der industriellen Revolution durch Koalition zu verändern versuchte, fand sie zuerst überall die Justiz auf der anderen Seite. Aber nirgends hat diese sich so lange der Entwicklung entzogen wie in Deutschland, wo sie auch noch nach Einrichtung der Arbeitsgerichtsbarkeit als eine ihrer wichtigsten Aufgaben ansieht, die Interessen des einzelnen Unternehmers gegen gewerkschaftliche Forderungen, hinter denen Streikdrohung und Streik stehen, zu schützen.« (S. 36)

Auch in unserer Strafjustiz, und hier wieder besonders in der politischen Judikatur, hat eine gewisse Unsicherheit Platz gegriffen, bei gewiß redlichstem Bemühen der meisten unserer Richter. Sonderbare Disproportionen sind bei der Bestimmung des Strafmaßes im Verhältnis zwischen politischen und gewöhnlichen als strafbar angesehenen Handlungen zu vermerken. Aber auch die Zulassung von V-Leuten, der Beweis vom Hörensagen, die Frage nach den Absichten des vor die Schranken Geladenen, die im Falle von Kommunisten selbst einfachste Bekundungen der Kritik in einem besonderen Lichte erscheinen lassen, müssen eine bedenkliche Aufweichung des Rechtsbewußtseins überhaupt zur Folge haben.

VI

In alledem bekundet sich – und dies ist eine letzte These – eine stille Neigung unseres zeitgenössischen Rechtes, zu seinen geschichtlichen Ursprüngen zurückzukehren, Elemente eines vorrechtlichen Zustands in sich aufzunehmen, Elemente ursprünglicher und domestizierter Herrengewalt.

In dieser Hinsicht gewinnen jüngste Enthüllungen über Vorfälle in einigen unserer Strafanstalten eine symptomatische, auch soziologische Bedeutung: Sie sind Anzeichen eines Rückfalls in Formen von unkontrollierter Gewalt innerhalb eines abgesonderten Bezirkes unseres gesellschaftlichen Lebens, den der formale Rechtsschutz der Person offenbar nicht mehr wirkungsvoll erreicht. Die Sphäre des Strafvollzugs ist allerdings nicht die einzige Stelle, an der sich die Auflösung des Rechtsbewußtseins in die nackte Gewalt vollziehen kann, wie andere Ereignisse im öffentlichen Leben unserer Zeit gezeigt haben.

Solche Auflösung des Rechtsbewußtseins ist heute im großen da zu studieren, wo die Domestikation der Gewalt immer besonders mangelhaft geblieben ist: im Völkerrecht, und allem voran in den Ost-West-Beziehungen. Es kann in diesem Zusammenhang nicht daran vorbeigegangen werden, was etwa ein nun jahre-

lang anhaltender Krieg wie derjenige der USA gegen das gesamtvietnamesische Volk, unter großzügiger Vernachlässigung des Genfer Abkommens von 1954 und aller Regeln des Kriegsrechts, für die allgemeine Verwilderung des Sinnes für Völkerrecht in der ganzen Welt bedeutet.

Es wird hier offenbar: Das Opportunitätsprinzip des Rechts ist selbst die nur noch mühsam kaschierte Form der Auflösung des Rechts überhaupt in die Ausübung eines ungezügelteren Rechtes des Stärkeren. Es vollzieht sich damit die historische Zurücknahme eines ungeheuren und mühseligen Prozesses: Wenn das Recht zu einer gewissen Zeit als eine Form domestizierter Gewalt angesehen werden durfte, so leistet es solche Domestikation heute nicht einmal mehr in dem Bereich, den es einst kontrollierte.

VII

Aus alledem entspringt: Der Kampf um den Rechtsstaat kann heute nicht mehr unter der Losung geführt werden: Rettet den Rechtsstaat! Der Verfall, die Zersetzung, die Auflösung des Rechts entspricht selbst zutiefst den Bedürfnissen des tragenden Teils der Gesellschaft. Das Recht ist damit zum *Oppositionsprinzip* geworden. – Seine Erneuerung allerdings kann nur noch im Prozeß einer Erneuerung des demokratischen Gedankens überhaupt, der inhaltlichen Erfüllung eines noch immer nicht eingelösten historischen Anspruchs, geschehen. Die Hoffnung auf den Rechtsstaat, wie auf die Demokratie, ist heute auf den Teil der Gesellschaft übergegangen, dem das herrschende Recht als das täglich sich wiederholende, sich erneuernde *konstitutionelle Unrecht* begegnet.