

*Cantürk Kiran*

## NSU-Komplex: Handelt es sich beim Verfassungsschutz um eine Superexekutive?

### Strukturelle Bedingungen der Aufklärungsblockade des Verfassungsschutzes

In vorliegendem Essay wird die Frage behandelt, inwieweit der Rekurs auf das Staatswohl von Seiten des Verfassungsschutzes (VS)<sup>1</sup> die Aufklärung des NSU-Komplexes behindert und in einem Widerspruch zum Aufklärungsversprechen der Bundeskanzlerin steht. Die zentrale Frage hinter diesem Widerspruch lautet: Ist der Mensch für den Staat oder der Staat für den Menschen da? Ist dem eigentlich „obersten Verfassungswert“ des Grundgesetzes (Menschenwürde) also mit dem Staatswohl ein unterschwelliger, oberster Verfassungswert (eine Art „Staatswürde“) auf Grundlage der freiheitlich demokratischen Grundordnung (fdGO) vorangestellt? Hat sich auf dieser Grundlage das Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) verselbständigt? Im Laufe der Arbeit werde ich zeigen, dass es sich beim Staatswohl letztlich um einen Begriff der *politischen Praxis* handelt, der keine allgemeingültige theoretische Ausformulierung vorweisen kann und in letzter Konsequenz (bewusst) hohl ist.

#### *Carl Schmitts langer Schatten*

„Bis heute scheitert die Klärung unserer demokratischen Zustände an der suggestiven Wirkung der Schmittschen Konstruktionen.“<sup>2</sup> Eine dieser wirkmächtigen und für vorliegenden Essay wichtigen Konstruktionen ist Carl Schmitts Unterscheidung in Legalität und Legitimität.<sup>3</sup> Will man den NSU-Komplex und das sich offenbarende, tatsächlich aufklärungshemmende Gebaren des BfV verstehen, muss man also weiter zurück und die politische Geschichte dieses Landes, die Nachkriegssituation, genauso in den Blick nehmen wie die deutsche Sonderkonstruktion der fdGO.

- 1 Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV) und die Landesämter (LfV). Das BfV ist den LfV gegenüber weisungsbefugt und beschäftigt alleine so viele Mitarbeiter\_innen (3.000) wie diese zusammengekommen.
- 2 I. Maus, Vom Rechtsstaat zum Verfassungsstaat, Blätter für d. und int. Politik, Juli 2004, 835 (844). Vgl. I. Maus, Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus. Zur sozialen Funktion und aktuellen Wirkung der Theorie Carl Schmitts, 2. Auflage, München 1980 sowie I. Maus, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus, München 1986, 83–139.
- 3 C. Schmitt, Legalität und Legitimität, 8., korrigierte Auflage, Berlin 2012 [1932]. Siehe auch U. K. Preuß, Legalität und Pluralismus, Frankfurt am Main 1973, insbesondere 12 f.

DOI: 10.5771/0023-4834-2017-3-343

## *Die freiheitlich-demokratische Grundordnung*

Die Verfassungsschutz-Behörden entscheiden selbständig, wer oder was Teil des verfassungsmäßigen, politischen Diskurses bleiben darf bzw. ausgegrenzt werden muss.<sup>4</sup> Sie erklären Menschen und Parteien zu Verfassungsfeinden,<sup>5</sup> die sich zwar auf dem Boden der (rechtspositiven) Verfassung – des Grundgesetzes – bewegen, aber Absichten hegen, diese abzuschaffen. „Verfassungsfeindschaft wird mit anstößigen Gesinnungen und Meinungen begründet.“<sup>6</sup> So kann es sein, dass der heutige Ministerpräsident von Thüringen, Bodo Ramelow, über Jahrzehnte hinweg nachrichtendienstlich überwacht wurde. Die Legitimation für ihr Vorgehen ziehen diese Bundes- und Landesbehörden aus der vom Bundesverfassungsgericht in seinen Parteiverbotsurteilen 1952 (SRP) und 1956 (KPD) „gekerbten“<sup>7</sup> und zum „Fetisch“<sup>8</sup> bzw. „Glaubensbekenntnis“<sup>9</sup> erhobenen „Superlegalität“<sup>10</sup> der fdGO. Diese freiheitlich demokratische Grundordnung ist der „Kernbegriff der wehrhaften Demokratie“ und der „Prüfungsmaßstab der Grundrechtsverwirklung aus Art. 18 GG und dem Parteiverbot aus Art. 21 Abs. 2 GG.“<sup>11</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat in besagten Urteilen den ursprünglichen Sammelbegriff aus dem Grundgesetz substantiiert:<sup>12</sup> Aus der Tatsache, dass es bereits wehrhafte Artikel im Grundgesetz gab, zog es die Schlussfolgerung, dass es eine dem Grundgesetz vorgelagerte,<sup>13</sup> existentielle Entscheidung für eine wehrhafte Werhaftigkeit gegeben haben muss, so dass das Grundgesetz „nur noch“ Ausdruck dieser Wertordnung ist.<sup>14</sup> Preuß bezeichnet die fdGO – die nicht identisch ist mit der Summe der Normen des Grundgesetzes – dementsprechend als „superlegale Verfassung“. Dies wird dadurch ermöglicht, dass man die gesetzte (positivierte) Norm – die Legalität – von ihrem Kern (dem Wert dahinter) – der Legitimität bzw. der Superlegalität – trennt und somit nicht mehr an den genauen Text der Norm gebunden ist, sondern nach dem Wert, der der Norm zugrunde liegt, fragen und sich an diesem orientieren kann.<sup>15</sup> Konrad Hesse warnt noch 1970 in seinem Lehrbuch über die

4 Vgl. Leggewie/Meier, >>Verfassungsschutz<<, Blätter für d. und int. Politik, Okt. 2012, 63-74 und W.-D. Narr, Die „fdgo“ als Fetisch, CILIP 95, Januar 2010, 66 ff. Ein aktuelleres Beispiel findet sich in der Diskussion über eine Beobachtung der AfD und in der unverblümten Aussage eines Sprechers des Bundesinnenministeriums, wonach der Verfassungsschutz selbst entscheide, wen er überwacht. Siehe Gathmann/Hagen, Schusswaffen-Forderung. Warum die AfD kein Fall für den Verfassungsschutz ist – vorerst, SpOn 1.2.2016 (letzter Abruf 26.6.2017), <http://bit.ly/1NMsrgg>.

5 Zum Zusammenhang von bundesrepublikanischer Verfassungsfeindschaft und nationalsozialistischer Staatsfeindschaft: H. Ridder, „Berufsverbot“? Nein, Demokratieverbot!, Das Argument 92/1975, 576 (581 f.); Zur Konstruktion von Verfassungsfeindlichkeit im Sinne Carl Schmitts: R. Nemitz, Die Konstruktion der Verfassungsfeindlichkeit durch den Verfassungs-„Schutz“, Das Argument 92/1975, 585 (589).

6 Leggewie/Meier (Fn. 4).

7 W.-D. Narr, Wer schützt die Innere Sicherheit?, CILIP 105, Mai 2014, 3-9.

8 Narr (Fn. 4).

9 S. Schulz, Die freiheitliche demokratische Grundordnung – strafrechtliche Anwendbarkeit statt demokratischer Minimalkonsens, KJ 2015, 288 (288).

10 Preuß (Fn. 3), 17.

11 Schulz (Fn. 9), 288.

12 Vgl. Preuß (Fn. 3), 25.

13 Vgl. ebd., 24.

14 Vgl. ebd., 12-16 und 25-27.

15 Preuß' Begriffswahl „Superlegalität“ ist in vorliegendem Kontext leicht verwirrend, hier ist Superlegalität gleichbedeutend mit Legitimität. Vgl. Preuß (Fn. 3), 16.

Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland „vor einer Aufspaltung der politischen Ordnung in legale und legitime Elemente“, und fügt hinzu, dass „die Inanspruchnahme der Legitimität gegen die Legalität das Kennzeichen totalitärer Bewegungen“ sei.<sup>16</sup> In diesem zweistufigen Verfassungssystem manifestiert sich Schmitts antiliberaler Geist. Schmitt war der Überzeugung, dass dem Parlamentarismus, den er abfällig als „ewiges Gespräch“ charakterisierte, die autoritäre Entscheidung – die Dezision – entgegengesetzt werden müsste, um ihn zu zügeln im Sinne sozio-ökonomischer Erfordernisse der bürgerlichen Gesellschaft.<sup>17</sup>

Der Verfassungsschutz entscheidet also in der BRD, worüber politisch legitimerweise gesprochen werden darf und worüber nicht.<sup>18</sup> Bis heute haben es kommunistische Denkweisen in der BRD schwer, als Teil des politisch legitimen Diskurses wahrgenommen zu werden, wie der aktuelle Fall Kerem Schamberger in München zeigt.<sup>19</sup> Die Meinungsfreiheit gilt in der BRD nicht in gleicher Weise für jedermann und jedefrau.<sup>20</sup>

Faktisch haben das BfV und die LfV damit eine ungewöhnlich starke Machtfülle, sie können Menschen, Vereine und Parteien zu Feinden erklären und überwachen lassen, ohne dass diese sich illegal verhalten hätten.<sup>21</sup> Sie können Abgeordnete<sup>22</sup> und Parlamentarische Untersuchungsausschüsse (PUA), wie im Fall des PUA zum NSU in Thüringen bekannt geworden ist,<sup>23</sup> überwachen lassen. Deren „verfassungsfeindliche“ Gesinnung, Meinung oder auch Absicht ist Grund genug.<sup>24</sup> Das BfV konnte aber auch ein ganzes Parteiverbotsverfahren wie das erste gegen die NPD durch sein Gebaren zum Platzen bringen, indem Aufklärung mit Verweis auf das Staatswohl bzw. einen absolut anmutenden Quellenschutz verhindert wurde.<sup>25</sup>

16 Zit. n. Preuß (Fn. 3), 17.

17 Vgl. V. Neumann, Carl Schmitt als Jurist, Tübingen 2015, 262–289 und Preuß (Fn. 3), 13. Maus arbeitet überzeugend heraus, wie sehr Schmitts Furcht vor einer sozialistischen Indienstnahme des Parlamentarismus seine politische Theorie bestimmte. Vgl. Maus, Faschismus (Fn. 2), und passim und Maus, Industriekapitalismus (Fn. 2), 84, 98 ff. und passim.

18 Vgl. Schulz (Fn. 9), 289; D. Liebscher, Wieviel Demokratie verträgt die fdGO?, in: Heinrich-Böll-Stiftung Sachsen/Kulturbüro Sachsen e.V. (Hrsg.), Ordnung und Unordnung (in) der Demokratie, Tagungsband, 2011, 81 (92): „Ein Bekenntnis zu fdGO verkleinert den Bereich des politisch Sagbaren.“.

19 Der Doktorand Schamberger bewarb sich im Juni 2016 um eine Stelle an der Münchner LMU. Im bewerbungsobligatorischen Verfassungstreuebogen gab er an, Sprecher der DKP in München zu sein. Seine Gesinnungsprüfung war monatlang Gegenstand zahlreicher Medienberichte: J. Wetzel, Ein Hauch von Kaltem Krieg geht durch die Münchner Uni, Süddeutsche Zeitung, 21.10. 2016 (letzter Abruf: 26.6.2017), <http://bit.ly/2dG26Dt>, sowie Berufsverbot, Gezerre um LMU-Stelle, Süddeutsche Zeitung, 10.11.2016 (letzter Abruf: 26.6.2017), <http://bit.ly/2rUvrP3>. Letztlich wurde ihm Verfassungstreue attestiert, so dass er die Stelle an der LMU antreten konnte.

20 Vgl. Preuß (Fn. 3), 24.

21 Mit dem Argument des Behördenversagens aufgrund föderaler Strukturen werden immer mehr Kompetenzen in die Bundesbehörde verlagert. Bes. interessant ist, dass das LfV Thüringen konstitutiv für den NSU zu sein scheint.

22 Natürlich steht es ihnen frei, sich dagegen zu wehren wie Ramelow: Vgl. M. Steinbeis, Bodo Ramelows Triumph und die Grenzen der streitbaren Demokratie, VerfBlog 9.10.2013 (letzter Abruf: 26.6.2017), <http://bit.ly/2tNjh7m>.

23 Vgl. V. Schäfer, Das Einmaleins, ND 21.11.2015 (letzter Abruf: 26.6.2017), <http://bit.ly/2tdrTLQ>.

24 Leggewie/Meier (Fn. 4) sprechen von einem „Gesinnungs-TÜV“.

25 Zur Sprengkraft eines absolut gesetzten Quellenschutzes siehe auch H. P. Bull, Widerspruch zum Mainstream, Berlin 2012. In Kapitel 11 beschreibt der Prozessbevollmächtigte der Bundesregierung im ersten NPD-Verbotsverfahren, wie Politiker und hohe Beamte das NPD-Verbotsverfah-

## Die Staatsgefährdung

Betrachtet man die Wurzel der fdGO, landet man beim politischen Strafrecht. Das Bundesverfassungsgericht hat 1952 im Wesentlichen die in § 88 Abs. 2 StGB (heute § 92 Abs. 2 StGB)<sup>26</sup> festgelegten „Verfassungsgrundsätze“ übernommen.<sup>27</sup> Während des Gesetzgebungsprozesses zum neuen Strafgesetzbuchparagraphen wurde „ein neuer Tatbestand geschaffen: die Staatsgefährdung“.<sup>28</sup>

*Dieser Tatbestand sollte auch solche Angriffe gegen den Staat strafrechtlich verfolgbar machen, die nicht, wie im Fall des Hochverrats, Gewalt anwenden. Das Schutzobjekt sollte eben die freiheitliche demokratische Grundordnung sein, die in den Art. 18 und 21 Abs. 2 GG benannt ist, jedoch dort als Rechtsgut nicht inhaltlich gefüllt war. Ausschlaggebend für die Strafverfolgung war dabei vor allem die Absicht der Täter. Auch wenn die unter diesem Tatbestand zu verurteilende Handlung legal und demokatisch sei, verfolge sie, so die Annahme, die politische Absicht, eine Gewalt- und Willkürherrschaft zu errichten. Der Begriff der Staatsgefährdung existierte bereits im nationalsozialistischen Strafrecht.<sup>29</sup>*

Die Beratungen zum 1. Strafgesetzmänterungsgesetz machen deutlich, dass der „Verfassungsgrundsatz“ – Ausschluss jeder Gewalt- und Willkürherrschaft – in den Strafrechtsparagraphen aufgenommen wurde, um auch „primitiven Tätern“<sup>30</sup> einen Verstoß bzw. eine Staatsgefährdung „sicher nachweisen“ zu können.<sup>31</sup> Ohne diese Formulierung sah man „den neuen Straftatbestand der Staatsgefährdung sonst in Gänze für nicht praktikabel“ an.<sup>32</sup> So bleibt festzuhalten: „Die fdGO-Formel wurde [...] für das politische Strafrecht und den Verfassungsschutz – die wehrhafte Demokratie – geschaffen.“<sup>33</sup> Sie führt den Straftatbestand der Staatsgefährdung mittels der „Kautschukbestimmung“<sup>34</sup> – Ausschluss jeder Gewalt- und Willkürherrschaft – in die Rechtsordnung ein. Das BfV als institutioneller Ausdruck dieser Werteordnung<sup>35</sup> bzw. als „Dienstleister der Demokratie“<sup>36</sup> entscheidet autokratisch für „seine“ Bürger\_innen, worüber diese legitimerweise „reden“ dürfen und wovor sie bewahrt werden sollen. Die fdGO ist vom „Staate her ge-

ren zu Gunsten des Quellschutzes platzen ließen: „Die politisch Verantwortlichen haben sich zu sehr durch die Geheimniskrämerei der Geheimdienstler beeindrucken lassen und ihnen zuviel Handlungsfreiheit gelassen.“ Ebd., 281.

26 Vgl. Liebscher (Fn. 18).

27 Siehe Gegenüberstellung von § 88 bzw. § 92 Abs. 2 StGB und fdGO-Formel des Bundesverfassungsgerichts in Schulz (Fn. 9), 291.

28 Ebd., 289.

29 Ebd., 289f.

30 Zu den Hintergründen des „Primitive Täter“-Arguments: ebd., 294.

31 Vgl. ebd., 292 ff.

32 Ebd., 293.

33 Ebd., 289.

34 Ebd., 293. Denninger schrieb schon 1977, was sich seitdem immer wieder bewahrheitet hat: „Auch künftig wird nicht etwa die fdGO-Formel die Praxis steuern, sondern umgekehrt werden die aktuellen Bedürfnisse der politischen Ausgrenzungspraxis den Inhalt der juristischen Formel füllen.“ E. Denninger (Hrsg.), Freiheitliche Demokratische Grundordnung, I. Band, Frankfurt am Main 1977, 70.

35 Vgl. T. Kumpf, Die Kontrolle der Nachrichtendienste des Bundes, Hamburg 2015, 42 f.

36 BfV-Präsident Maaßen 2015 anlässlich einer Tagung zur Aufarbeitung des Nazierbes im Bundesamt. Siehe H. Funke, Staatsaffäre NSU. Eine offene Untersuchung, Münster 2015, 301 f.

dacht“.<sup>37</sup> Das höchste Gut ist der Staat, der geschützt werden muss, um dessen Wohl es geht. Hier ist das autoritäre Amtsverständnis der Behörde angelegt.

### Zwischen Entnazifizierung und Renazifizierung

Zieht man neueste Forschungen über den Staatsschutz in Westdeutschland zu Rate, erfährt man, wie das Konzept der streitbaren Demokratie nach und nach von alten NS-Funktionseliten in der BRD implementiert wurde, welche 1945 noch im Zuge der Entnazifizierung reihenweise aus ihren Ämtern scheiden mussten und durch ehemals von ihnen Verfolgte ersetzt wurden.<sup>38</sup> Gemeinhin spricht man vom antifaschistischen Konsens der Gründungsjahre der BRD. Keine fünf Jahre später wurden diese im Zuge einer vom späteren Bundespräsidenten Heinemann und dem ersten Präsidenten des Bundesamts für Verfassungsschutz Otto John als solche bezeichneten Renazifizierung durch ihre ehemaligen Verfolger wieder aus dem Amt gedrängt.<sup>39</sup> Eugen Kogon sprach Anfang 1954 davon, dass die Verfolger nun endgültig über die Verfolgten gesiegt hätten,<sup>40</sup> und in der Tat haben sie die Zeit und ihre politische Organisiertheit in der Bürokratie für entscheidende Weichenstellungen genutzt. Walter Dirks sprach schon 1950 vom restaurativen Charakter seiner Epoche und meinte damit: „Nicht weil die Nazi am Ruder sind, werden reaktionäre Dummheiten gemacht, sondern weil man die Bürokratie restauriert, braucht man die alten Pg.-Beamten.“<sup>41</sup> Und Ulrich K. Preuß verweist 65 Jahre später im Schatten des NSU-Komplexes einerseits und neuer Studien über Nazibelastungen in den Innenministerien West und Ost andererseits zu Recht auf die Pfadabhängigkeit solcher personellen Weichenstellungen.<sup>42</sup> In den letzten Jahren wurden verschiedene Forschungen zu personellen Nazi-Kontinuitäten und -Netzwerkbildungen in Staatsinstitutionen wie dem BKA, BfV sowie Justizministerium veröffentlicht.<sup>43</sup> Auch die frühe Geschichte des Kanzleramts wird momentan auf Belastungen dieser Art hin untersucht, natürlich steht dann der Ex-Pg. Hans Globke im Fokus, der von 1953 bis 1963 Chef des Kanzleramts unter Adenauer war.

37 Schulz (Fn. 9), 302.

38 D. Rigoll, Staatsschutz in Westdeutschland. Von der Entnazifizierung zur Extremistenabwehr, Göttingen 2013, 33-75 und passim.

39 Vgl. ebd. 12 und 22 f. und passim.

40 E. Kogon, Beinahe mit dem Rücken zur Wand, Frankfurter Hefte 9.9.1954, 641-645.

41 W. Dirks, Der restaurative Charakter der Epoche, Frankfurter Hefte 5.9.1950, 942-954. Pg. = NSDAP-Parteigenosse. Siehe auch J. Foschepoth, Staatsschutz und Grundrechte in der Adenauerzeit, in: Niederhut/Zuber (Hrsg.), Geheimschutz transparent?, Essen 2010, 27-58 (55).

42 Auf dem Podium der NSU-Tagung Blinde Flecken vom 11. Dezember 2015 in der HU Berlin.

43 Rigoll (Fn. 38); Goschler/Wala, Keine neue Gestapo. Das Bundesamt für Verfassungsschutz und die NS-Vergangenheit, Reinbeck 2015; Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, München 2016; Zentrum für zeithist. Forschung Potsdam, Abschlussbericht der Vorstudie zum Thema: Die Nachgeschichte des Bundesministeriums des Innern (BMI) und des Ministerium des Innern der DDR (MdI) hinsichtlich möglicher persönlicher und sachlicher Kontinuitäten zur Zeit des Nationalsozialismus, Okt. 2015.

### *Staatswohl: ein juristischer oder ein politischer Begriff?*

Wie kann es nun sein, dass sich dieser „Dienstleister der Demokratie“ mit einer fast arrogent anmutenden Vehemenz nicht nur in Stellung bringen kann gegen den Bundestag und dessen Untersuchungsausschuss (Legislative) sowie gegen das OLG München (Judikative), sondern auch gegen die Kanzlerin (Exekutive),<sup>44</sup> und dies immer mit derselben Begründung mit Hilfe des Staatswohls? Zur Erinnerung: Auf der zentralen Gedenkfeier für die Opfer und Opferangehörigen der NSU-Morde versprach Angela Merkel eine lückenlose Aufklärung. Doch ein bundesbehördlicher Verweis auf das Staatswohl scheint auch dieses Versprechen außer Kraft zu setzen. Was hat es nun mit dem Staatswohl genau auf sich? Handelt es sich hier um einen juristischen oder einen politischen Begriff?

Weder in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts noch in den einzelnen Artikeln des Grundgesetzes und gesetzlichen Bestimmungen, in denen das Staats-, aber auch das öffentliche Wohl des Bundes oder einzelner Bundesländer angeführt werden, sind Definitionen zu finden. Auch gibt es keine Fachliteratur zum Staatswohl selbst. Richtet sich das Argument Staat auf das Staatswohl?<sup>45</sup> Ist Staatswohl und Staatsräson dasselbe? Was ist damit gemeint, wenn der Staat ein Interesse an sich selbst hat?<sup>46</sup> „Je mehr man ihn [den Staatsbegriff, C. K.] auflädt, desto weniger konsistent wird der Umgang mit ihm. Überhöht man ihn schließlich zu einem Inbegriff, so verliert er seinen Wert völlig.“<sup>47</sup>

Für Micha Brumlik und Hajo Funke wird der „schon längst nicht mehr zeitgemäß[e]“<sup>48</sup> Begriff Staatswohl „im aktuellen Kontext herangezogen, um offene Gesetzesbrüche und Straftaten im Geiste eines nicht mehr demokratischen Maßnahmestaates<sup>49</sup> zu legitimieren.“<sup>50</sup> Beide gehen sogar so weit, in der Bundesrepublik die Existenz eines „tiefen Staates“<sup>51</sup> auszumachen, der in der Blockade der Aufklärung des NSU-Skandals, die mit dem höheren Gut Staatswohl legitimiert wird, gipfelt.<sup>52</sup> Doch ein solcherart verstandenes Staatswohl und demokratische Öffentlichkeit schließen sich gegenseitig aus, denn die Demokratie ist die „Regierung der sichtbaren Macht“.<sup>53</sup> Dennoch spielt „auch heute die Arkan- oder Geheimpolitik in der Praxis demokratisch gewählter Regierungen eine

44 Es ist natürlich nicht auszuschließen, dass das BfV Rückendeckung durch das Kanzleramt erfährt. Nichtsdestotrotz erweckt es den Anschein, als ob das BfV sich über das Versprechen von Merkel hinwegsetzt.

45 C. Möllers, Staat als Argument, 2. unv. Auflage mit akt. Einleitung, Tübingen 2011.

46 C. Offe, Reformpolitik und das Interesse des Staates an sich selbst, in: Borchert/Lessenich (Hrsg.), Strukturprobleme des kapitalistischen Staates, veränd. Neuauflage, Frankfurt am Main 2006, 127-152.

47 Möllers (Fn. 45), 425.

48 Sie datieren den Begriff in die späte Kameralistik ins frühe 19. Jahrhundert. Vgl. Brumlik/Funke, Auf dem Weg zum „tiefen Staat“?, Blätter für d. und int. Politik, August 2013, 77-84 (80).

49 „Unter ‚Maßnahmenstaat‘ verstehe ich das Herrschaftssystem der unbeschränkten Willkür und Gewalt, das durch keinerlei rechtliche Garantien eingeschränkt ist“. E. Fraenkel, Der Doppelstaat, 3. Auflage, Hamburg 2012 [1974], 21.

50 Brumlik/Funke (Fn. 48), 80.

51 „Der Begriff Tiefer Staat wird in der Türkei in der Bedeutung von Staat im Staaate verwendet. Er deutet auf eine, im Verlauf mehrerer Jahrzehnte gewachsene, konspirative Verflechtung von Militär, Geheimdiensten, Politik, Justiz, Verwaltung, Rechtsextremismus und organisiertem Verbrechen (insbesondere Killerkommandos) hin.“ Quelle: Wikipedia.

52 Vgl. Funke/Brumlik (Fn. 48).

53 Vgl. N. Bobbio, Die Zukunft der Demokratie, Berlin 1988, 86-112.

bedeutende Rolle“.<sup>54</sup> „Die Erfolgsgeschichte des Staates ist ganz entscheidend an die erfolgreiche Monopolisierung des politischen Geheimnisses gebunden.“<sup>55</sup> Mit dem Staatswohl werden also Geheimnisse der Herrschenden vor dem Volk – sog. *arcana imperii* – gerechtfertigt. Diese sind aufs Engste mit der Staatsräson verknüpft.<sup>56</sup> Friedrich Meinecke will in der Staatsräson sogar das „Bewegungsgesetz“ des modernen Staates erkannt haben.<sup>57</sup> Für ihn ist das Staatswohl „Wert und Ziel“ der Staatsräson.<sup>58</sup> Um sich dem Begriff zu nähern, ist also ein Blick in die Literatur zur Staatsräson<sup>59</sup> notwendig. Hier ist Herfried Münklers Definition der Staatsräson als politischer Kampfbegriff in den Händen der Bürokratie<sup>60</sup> besonders fruchtbar für das weitere Verständnis dieses zentralen Begriffs. Dabei ist das Staatswohl aufgrund der Entstehungsgeschichte des modernen Staatsystems im Zuge des Westfälischen Friedens besonders gekoppelt an die staatstragenden Institutionen: stehendes Heer und Bürokratie. Da beide Institutionen kostenintensiv waren (und sind), hing folglich der Zusammenhalt, das Wohl der neuen (Territorial-) Staaten wesentlich von der Finanzierung dieser Institutionen ab. Mit Hilfe des Kameralismus, der deutschen Spielart des Merkantilismus,<sup>61</sup> wurden entsprechend Einnahmequellen gesucht und erschlossen, wobei sich der Merkantilismus auf Formen des Geldzuflusses in den Staat und der Kameralismus auf die Förderung der gesellschaftlichen Produktivität im Staat konzentrierte.<sup>62</sup> Während die Staatsräson – fasst man die Ausführungen von Foucault zur Gouvernementalität und von Thomas Simon zur „guten Policey“<sup>63</sup> schematisch zusammen – sich nach außen richtet, um mit Hilfe des Militärs im Machtkampf mit konkurrierenden Staaten bestehen zu können, richtet sich das Staatswohl mit Hilfe der „guten Polizei“, also vor allem mit Hilfe der Bürokratie nach innen und lässt hier Konkurrenz nur auf wirtschaftlicher (nicht auf politischer) Basis zu bzw. fördert diese sogar, um genügend Kräfte für einen potentiellen Kampf mit anderen Staaten zu akkumulieren. Staat und bürgerliches Subjekt konstituieren sich wechselseitig.<sup>64</sup> Zu dieser

54 R. Voigt, Die philosophische Perspektive. Staatsräson: Steht die Macht vor dem Recht?, Baden-Baden 2012, 16.

55 H. Münkler, Vom Nutzen des Geheimnisses, Der Spiegel 49/2010.

56 Siehe M. Stolleis, *Arcana imperii und Ratio status*, Göttingen 1980.

57 F. Meinecke, Die Idee der Staatsräson in der neueren Geschichte, München 1924, 3. Kritisch hierzu: M. Stolleis, Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit, Frankfurt am Main 1990, 134-164.

58 Meinecke (Fn. 57), 3.

59 Siehe H. Münkler, Im Namen des Staates, Frankfurt am Main 1987; T. Simon, „Gute Policey“: Ordnungsbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit, Frankfurt am Main 2004; Stolleis (Fn. 56) und ders. (Fn. 57); M. Foucault, Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Gouvernementalität I, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2015 [2006] und ders., Die Geburt der Biopolitik. Gouvernementalität II, 4. Auflage, Frankfurt am Main 2015 [2006]; Meinecke (Fn. 57).

60 Münkler (Fn. 59), 12.

61 Zum Kameralismus s. v. a. T. Simon (Fn. 59) und ders., Policey im kameralistischen Verwaltungsstaat, in: K. Härter, Policey und frühneuzeitliche Gesellschaft, Frankfurt am Main 2000, 473-496 sowie ders., Merkantilismus und Kameralismus. in: M. Isenmann (Hrsg.), Merkantilismus, Stuttgart 2014, VSWG - Beihefte 228, 65-82; Foucault, Gouvernementalität I und II (Fn. 59); B. Priddat, Kameralismus als paradoxe Konzeption der gleichzeitigen Stärkung von Markt und Staat. Komplexe Theorielagen im deutschen 18. Jahrhundert, in: Berichte zur Wissenschaftsgeschichte, Vol. 31 (2008), Heft 3, 249-263. Kritisch: P. R. Rössner, Kameralismus, Kapitalismus und die Urspünge des modernen Wirtschaftswachstums – aus Sicht der Geldtheorie, VSWG Band 102, Heft 4, 2015, Heft 4, 437- 471.

62 Vgl. Simon (Fn. 59).

63 Foucault, Gouvernementalität I und II (Fn. 59) und Simon (Fn. 59).

64 Vgl. Priddat (Fn. 61).

Zeit bildet sich allmählich die bürgerliche Gesellschaft heraus – mit vorbereitet und begleitet von politischer Gewalt und verschiedenen Disziplinierungstechniken.<sup>65</sup>

### *Die formierte Gesellschaft<sup>66</sup>*

Zusammenfassend lässt sich also sagen: Das Staatswohl ist ein an den gesunden Menschenverstand appellierendes, das Innere eines Staates, dessen Gemeinwesen auf eine Spitze hin ordnendes, Kräfte akkumulierendes, normalisierendes, disziplinierendes und schließlich Gehorsam produzierendes, rein funktionales Prinzip mit Wurzeln in der politischen Ökonomie. Ein aktuelleres, unserer Kontext wesentlich bestimmendes Beispiel für die Gehorsam erzeugende Funktion des Staatswohls bildet die von Dominik Rigoll nachgezeichnete Reetablierung der Treuepflicht für Beamte nach 1945 und die Ausweitung derselben von Beamten auf Staatsbürger\_innen im Zuge des Radikalenerlasses.<sup>67</sup> Bis heute wirkt dieser Punkt fort, wie im bereits erwähnten Vorgang der versuchten Verhinderung einer Anstellung des Kommunisten Kerem Schamberger aufgrund seiner Gesinnung offenbar wird.

### *Das BfV: eine extralegale Institution?*

Es stellt sich schließlich die Frage, ob „der demokratische Staat eine eigene Dignität jenseits seiner Eigenschaft, Sache seiner Bürgerschaft zu sein, besitzen [kann]“<sup>68</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Staatswohl den Gewalten zur gemeinsamen Hand anvertraut. Auch wenn die Regierung einen Vorteil hat, so hat sie nicht das Monopol auf das Staatswohl. In vorliegendem Fall ist die Berufung einer kleinen Behörde wie dem BfV auf das Staatswohl im Kontext der staatlichen Aufklärungsstätten<sup>69</sup> an sich absurd, weil sie damit suggeriert, dass sie allein das Staatswohl im Sinn hat und dieses gegen die Regierungs- und Oppositionsparteien, die in beiden Bundestagsuntersu-

65 K. Marx, *Das Kapital I*, Berlin 2013 [1867], 24. Kapitel; M. Weber: Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus, Vollst. Ausgabe, hrsg. v. Dirk Kaesler, 4. Auflage, München 2013 [1934]; H. Bosch, *Der innere Staat des Bürgertums*, Berlin, Hamburg 1987; Sachße/Tennstedt, Soziale Sicherheit und soziale Disziplinierung, Frankfurt am Main 1986; N. Elias, Über den Prozeß der Zivilisation, Zweiter Band, Frankfurt am Main 1976; Rusche/Kirchheimer, Sozialstruktur und Strafvollzug, Frankfurt am Main 1981, 2., erw. Auflage, 23–102.

66 So auch der Titel des Gesellschaftspolitikkonzepts von Ludwig Erhard: Presse- und Informationsdienst der BReg. (Hrsg.), *Die Formierte Gesellschaft*. Ludwig Erhards Gedanken zur politischen Ordnung Deutschlands. Bonn 1966. Die von ihm und dem Schmitt-Schüler Altmann propagierte „gemeinwohl“-orientierte Formierung der Gesellschaft ist letztlich nichts anderes als eine am Staatswohl orientierte – wie oben von mir beschrieben und unten weiter ausgeführt. Vgl. hierzu R. Opitz, *Der große Plan der CDU*, in: *Blätter 9/1965*.

67 Siehe hierzu Rigoll (Fn. 38), Kap. IV; Ridder (Fn. 5), 581: „[A]uch die Feinde der ‚Verfassung‘ sind nur die Träger, Verbreiter und Verwirklicher missliebiger politischer Gesinnung, mögen sie sich noch so strikt im Rahmen der verfassungsmäßigen Rechtsordnung bewegen, weil Verfassung für das pervertierte Verfassungsverständnis eben nicht die Verfassung, sondern die Staatsräson ist, die nach der Verfassung nicht sein darf.“

68 O. Flügel-Martinsen, *Wir werden, was wir tun. Zum Spannungsverhältnis von Recht, Staatsräson und Gewalt*, in: Voigt (Fn. 54), 225 (226).

69 Damit sind die PUA in Bund und Ländern sowie das sog. NSU-Verfahren am OLG München gemeint.

chungsausschüssen zum NSU gemeinsam an einem Strang gezogen haben und wieder ziehen, gegen die Judikative, gegen die Medien und womöglich sogar gegen die Kanzlerin durchsetzen muss. Doch zieht man die Entstehungsgeschichte der fdGO bzgl. ihrer Wurzel im politischen Strafrecht sowie die weitreichenden, faktischen Befugnisse<sup>70</sup> der Behörde in die Betrachtung mit ein, erschließt sich, warum das BfV agieren kann, als habe es das Staatswohl „gepachtet“. 60 Jahre im Dienst der Verhinderung einer Staatsgefährdung auf Grundlage einer Verfassung der Legitimität, die dem Grundgesetz vorgelagert ist, haben diese Institution mehr und mehr verselbständigen lassen. Preuß spricht zu Recht vom BfV als einer „extralegalen Institution“.<sup>71</sup> So ist es nur logisch, dass der Verfassungsschutz eine Institution ist, die laut § 1 Bundesverfassungsschutzgesetz in erster Linie die fdGO schützt und darüber hinaus auf Grundlage des Opportunitäts- und nicht des Legalitätsprinzips, welches für Polizeibehörden gilt, operiert. Es liegt also im Ermessen des Verfassungsschutzes selbst, ob und wann er die Sicherheitsbehörden über Straftaten informiert. Die Aussage von Klaus-Dieter Fritzsche, seines Zeichens von 1996 bis 2005 Vizepräsident des BfV und für die operative Leitung zuständig, vor dem ersten PUA des Bundestages zum Thema NSU, wonach seine Missachtung des Parlaments den Vorgaben der Verfassung entspreche, ergibt Sinn, wenn man das Attribut „zweistufig“ mitdenkt.<sup>72</sup> „Er brief sich hierbei auf den Staatswohlgedanken im Grundgesetz, den er in einem ‚Spannungsverhältnis‘ zum Aufklärungsgedanken eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses sehe“<sup>73</sup> und der „wichtiger“ sei.<sup>74</sup>

### *Staatswürde versus Menschenwürde*

Wenn es nun aber so etwas wie das Staatswohl im Sinne eines höheren Gutes gibt, verkehrt sich dann nicht die „oberste Wertentscheidung“<sup>75</sup> des Grundgesetzes – Art. 1 – in ihr Gegenteil? Jarass/Pieroth schreiben in ihrem Kommentar zum Grundgesetz, dass die

70 J. Foschepoth zeichnet nach, wie rasch das BfV „als wichtigstes Exekutivorgan der Bundesregierung“ unter Adenauer mit weitreichenden exekutivischen Befugnissen ausgestattet wurde. Vgl. Fn. 41; Auch heute verfügt das BfV über weitreichende exekutivische Befugnisse: Vgl. exemplarisch hierzu Funke/Bucklitsch, Wieso sollte Anis Amri auf freiem Fuß bleiben?, Blogeintrag vom 14.1.2017 (letzter Abruf: 26.07.2017), dort insb. Fn. 3, <http://bit.ly/2vIeb1P>.

71 Funke (Fn. 36), 299.

72 Vor dem PUA zum NSU im Bundestag erklärte er: „Es dürfen keine Staatsgeheimnisse bekannt werden, die ein Regierungshandeln untermindern. [...] Es gilt der Grundsatz ‚Kenntnis nur wenn nötig. Das gilt sogar innerhalb der Exekutive. Wenn die Bundesregierung oder eine Landesregierung daher in den von mir genannten Fallkonstellationen entscheidet, dass eine Unterlage nicht oder nur geschwärzt diesem Ausschuss vorgelegt werden kann, dann ist das kein Mangel an Kooperation, sondern entspricht den Vorgaben unserer Verfassung. Das muss in unser aller Interesse sein.“ (Aust/Laabs, Heimatschutz: Der Staat und die Mordserie des NSU. Bonn 2014, 805.) In der anschließenden Befragung gab er offen seine Haltung preis und unterstrich seine „Ansicht, dass dem Ausschuss manche Informationen – wie etwa die Klarnamen von Informanten in der rechts-extremen Szene – vorenthalten werden müssten.“ (NSU-Untersuchungsausschuss. Staatssekretär beklagt „Skandalisierung“, FAZ 18.10.2012 (letzter Abruf: 26.6.2017), <http://bit.ly/2sJleaZ>).

73 NSU-Ausschuss: Ex-Verfassungsschützer sorgt für Eklat, SpOn 18.10.2012 (letzter Abruf: 26.6.2017), <http://bit.ly/1ba3hFJ>.

74 Fritsches Vernehmung, Der Stern Investigativ-Blog 18.10.2012 (letzter Abruf: 26.6.2017), <http://bit.ly/2tdnubI>.

75 Vgl. BVerfGE 109,279, 311 (2004); H. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 12. Auflage, München 2012, Art. 1 Rn. 2; T. Guthmann, Struktur und

Tatsache, dass die Unantastbarkeit der Würde des Menschen an den Anfang des Grundgesetzes gestellt wurde, nachdem sie in der Verfassung der Weimarer Republik in Art. 151 nur am Rand erwähnt war, deutlich macht, „dass in der Ordnung des Grundgesetzes zuerst der Mensch kommt und erst dann der Staat [...], in Umkehrung des nationalsozialistischen Leitsatzes, der Einzelne sei nichts, der Staat (oder die Gemeinschaft) alles.“<sup>76</sup> So heißt es auch im Entwurf von Herrenchiemsee

*zutreffend in Art. 1 Abs. 1: „Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.“ [...] Der Staat und seine Ziele haben keinen Eigenwert, sondern ziehen ihre Berechtigung allein daraus, dass sie den Menschen konkret dienen. Darin liegt auch eine Abkehr von der Vergötterung des Staats und der Volksgemeinschaft, etwa in der deutschen Romantik.<sup>77</sup>*

Die Würde des Menschen ist demnach „oberste[r] Verfassungswert“ des Grundgesetzes die „Garantie des Art. 1 fungiert als ‚tragendes Konstitutionsprinzip‘ [...], als ‚Grund- und Leitnorm‘ [...], als wichtigste Wertentscheidung des Grundgesetzes.“<sup>78</sup> Ferner verpflichtet Art. 1 die gesamte Staatsgewalt.<sup>79</sup>

Nun ist es also so, dass der Würde des Menschen als oberstem Verfassungswert des Grundgesetzes eine Dignität des Staates, die sich über das Staatswohl ausdrückt, entgegengesetzt werden kann, so dass nicht mehr klar ist, ob der Staat um des Menschen willen oder der Mensch um des Staates willen da ist. Der Schutz der Menschenwürde stand zunächst – und folgt man den Ausführungen von Rigoll und Denninger – „nicht ohne Grund [...] auch an der Basis der ‚amtlichen Definition‘“ der fdGO, und zwar bereits in dem ersten, dieses Prinzip mit Inhalt füllenden Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Oktober 1952.<sup>80</sup> Müsste somit nicht die Menschenwürde auch als oberster Wert der fdGO gelten und das Verhalten des BfV leiten? Die fdGO-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hatte sich jedoch im Zuge der erwähnten Renazifizierung und der damit einhergehenden personellen und strukturellen Veränderungen auch des höchsten Gerichts dahingehend verändert, dass die in den ersten Urteilen befindliche explizite Rückbindung der fdGO an Art. 1 GG aus den nachfolgenden verschwunden war.<sup>81</sup>

### *Der besitzindividualistische Charakter der bürgerlichen Freiheit*

Die mit der freiheitlichen demokratischen Grundordnung geschützte Freiheit ist ausschließlich die bürgerliche Freiheit, also die Rechtsform einer besitzindividualistischen Verfügung über sich selbst.<sup>82</sup> Nicht nur aus „Angst vor der Aufhebung des besitzindivi-

Funktion der Menschenwürde als Rechtsbegriff, Preprints of the Centre for Advanced Study in Bioethics, Münster 2010/7.

76 Vgl. Jarass/Pieroth (Fn. 75 ), Art. 1 Rn. 1.

77 Ebd.

78 Vgl. Fn. 75 sowie BVerfGE 115, 118 (Rn. 119) und Jarras/Pieroth (Fn. 75).

79 Vgl. Jarras/Pieroth, ebd.

80 Vgl. Denninger (Fn. 34), 19 sowie Rigoll (Fn. 38).

81 Rigoll (Fn. 38).

82 C. B. MacPherson, Die politische Theorie des Besitzindividualismus. Von Hobbes bis Locke, Frankfurt am Main 1973. „Macpherson bezeichnet mit diesem Begriff den für die Entstehung der bürgerlichen Gesellschaft konstitutiven Prozess, in dem das Individuum sich von den überkomme-

dualistischen Charakters der Freiheit“<sup>83</sup> kam es Anfang 1950 zu Beginn des Kalten Krieges zu einer Entscheidung für ein zweistufiges Verfassungssystem, welches die in der Bundesrepublik vorgefundene Besitz-, Produktions- und Machtverhältnisse zu verteidigen vorsah. Dieses zweistufige Modell ist essentiell für bürgerliche Gesellschaften. Das Staatswohl umschließt hierbei den Kern der bürgerlichen Gesellschaft.<sup>84</sup> Sein Gegenteil bilden Gefährdungen der Prinzipien der bürgerlichen Gesellschaft, die in Form von Streiks, Forderungen nach Abschaffung der Lohnarbeit, Organisation der Arbeiterschaft v. a. von links kommen,<sup>85</sup> welche deshalb aktiv aus dem Weg geräumt bzw. zuallererst verhindert werden müssen. Somit untergräbt eine sich auf das Staatswohl berufende und mit dessen Hilfe nach bürgerlichen Kriterien geordnete Gesellschaft in der letzten Konsequenz ihr eigenes oberstes Prinzip, die Freiheit.

*Was die Situation des bundesrepublikanischen Rechtsstaates charakterisiert und seinen Restriktionen ihre Ambiguität verleiht, ist der Umstand, dass es die Normalität und ihr juristisches Gehäuse, die Legalität selbst ist, die das gegenwärtige Herrschaftssystem bedroht – und welcher Ausnahmezustand könnte auf Dauer der Normalität widerstehen?<sup>86</sup>*

Das Staatswohl ist also letztlich ein Vehikel der *necessitas*, um rechtliche Schranken der Freiheit zu durchbrechen, die wiederum nötig sind, um den Besitzindividualismus, den das Staatswohl schützt, überhaupt zu ermöglichen. Auf dieser Grundlage konnten sich NS-Funktionseliten in die im Entstehen begriffene BRD integrieren,<sup>87</sup> da der antifaschistische Konsens der Anfangsphase der BRD schnell durch einen antitotalitären, sprich antikommunistischen Konsens ersetzt wurde.<sup>88</sup> Grundlage der Konstruktion einer „super-legalen Nebenverfassung“ (Preuß) bzw. einer Verfassung der Legitimität (Schmitt), in vorliegendem Fall der fdGO, sind hinter den gesetzten Normen der Verfassung der Legalität, des Grundgesetzes also, vermutete Werte, die schließlich den sakranten Kern der bürgerlichen Gesellschaft bilden, welcher dem Grundgesetz vorangestellt ist, also noch vor diesem gilt und dieses beherrscht. Erst wenn Ordnung (mittels Gewalt) herrscht, kann eine rechtlich geordnete Normalität (der Legalität) bestehen.<sup>89</sup> Es handelt sich bei diesem Widerspruch also um die logische Konsequenz der bürgerlichen Gesellschaft. Das Staatswohl ist demnach das wertgebundene Positivum der Staatsgefährdung, das mit dem politischen Strafrecht, der Konstruktion der fdGO, der Polizei und schließlich der Bürokratie in Gestalt des Verfassungs- bzw. Staatsschutzes bewehrt ist.

nen gesellschaftlichen Bindungen löst und sich als Eigentümer seiner Arbeitskraft und seiner selbst verhält, d. h. gesellschaftlicher Zusammenhang erst über wechselseitige eigentumsmäßige Verfügung über sich selbst hergestellt wird. Besitzindividualistische Verfügung über Sachen ist als Rechtsform Eigentum; besitzindividualistische Verfügung über sich selbst als Person ist als Rechtsform bürgerliche Freiheit.“ U. K. Preuß, fdGO als Superlegalität, in: Denninger (Fn. 34), 445 (467, dort Fn. 21).

<sup>83</sup> Preuß (Fn. 3), 30.

<sup>84</sup> Vgl. U. K. Preuß, Die Aufrüstung der Normalität, Kursbuch 56 (1979), 15-37.

<sup>85</sup> Ebd., 24.

<sup>86</sup> Ebd., 37.

<sup>87</sup> Vgl. Preuß (Fn. 3), 30.

<sup>88</sup> Vgl. ebd., 29 f. sowie Rigoll (Fn. 38), 33-75.

<sup>89</sup> Preuß (Fn. 3), 28.

### *Der Einfluss der reinkorporierten NS-Eliten*

Aber auch Ferdinand Lassalles historisch-materialistische Überlegungen über das Wesen einer Verfassung scheinen fruchtbar für eine weitere Beleuchtung des deutschen Verfassungssystems zu sein. Lassalle erklärt Mitte des 19. Jahrhunderts, dass eine geschriebene Verfassung die tatsächlichen Machtkonstellationen einer Gesellschaft widerspiegelt, tut sie dies nicht, wird sie – „das Blatt Papier“ – auf Dauer verlieren.<sup>90</sup>

*Wenn Sie in Ihrem Garten einen Apfelbaum haben und hängen an denselben nun einen Zettel, auf den Sie schreiben: Dies ist ein Feigenbaum, ist denn dadurch der Baum zum Feigenbaum geworden? Nein, und wenn Sie ihr ganzes Hausgesinde, ja alle Einwohner des Landes herum versammelten und laut und feierlich beschwören ließen: Dies ist ein Feigenbaum. Der Baum bleibt, was er war, und im nächsten Jahr, da wird sich's zeigen, da wird er Äpfel tragen und keine Feigen.*<sup>91</sup>

Nun scheinen wir in der BRD den Fall zu haben, dass das Grundgesetz eine Verfassung ist, die teilweise gegen die alten, bestens organisierten Kräfte im Land durchgesetzt werden musste. Anstatt nun in einen offenen Konflikt mit dem Grundgesetz zu geraten, nutzten diese – wie von Rigoll kenntnisreich nachgezeichnet<sup>92</sup> – reihenweise aus ihren Ämtern verdrängten NS-Eliten ihren organisierten Einfluss dazu, einerseits die so genannte Renazifizierung selbst voranzutreiben und andererseits sukzessive ihre Wertvorstellungen in der jungen Bundesrepublik zu implementieren, das heißt in vorliegendem Fall: dem Grundgesetz durch die Substantialisierung der fdGO eine nach ihren Vorstellungen konstruierte Nebenverfassung zur Seite zu stellen,<sup>93</sup> die erstere wie beschrieben beherrscht. Nun finden wir also die paradoxe Situation vor, in der die tatsächlichen Machtverhältnisse gegen die geschriebene Verfassung wirkten, indem die von diesen eingesetzten (bzw. später ausgetauschten oder in ihren Kompetenzen beschnittenen) „Hüter der Verfassung“ den vermuteten Geist der Verfassung anriefen, um diese faktisch zu verändern – indem sie sie ergänzten.

### *Fragen der politischen Praxis*

Insgesamt kann man also schlussfolgern, dass eine kleine politische Elite, ein machtvoller politischer Akteur, eine „extralegale Institution“ (Preuß) wie das BfV – gewohnt, auf Grundlage der fdGO den Staat vor seinen Feinden zu schützen – sich verselbstständigt hat.<sup>94</sup> Wir können zudem auf eine Tradition der Legitimitätsverfassung in der BRD zurückblicken, die unsere Meinungen, Gesinnungen, unser Tun, das politisch Sagbare vorstrukturiert, Wissen ein- und ausschließt. Der Topos der Legitimität kulminierte schließ-

90 F. Lassalle, Über das Verfassungswesen, 1862. Zit. nach F. Jenaczek (Hrsg.), Ferdinand Lassalle. Reden und Schriften, München 1970, 86.

91 Ebd., 84.

92 Rigoll (Fn. 38).

93 Vgl. hierzu die Ausführungen von Rigoll über den langen Weg des Konzepts der streitbaren Demokratie des Ex-Pg. Scheuner, welches sich nach über zehn Jahren und anfänglicher Totalablehnung schließlich durchsetzen konnte: ebd., 94-140 sowie 466 und passim.

94 Siehe auch M. Assall, Verfasstheit, nicht Verfassung. Der Verfassungsschutz als Hegemonieapparat, in: Schminke/Siri (Hrsg.), NSU-Terror: Ermittlungen am rechten Abgrund. Bielefeld 2014, 107-114.

lich im Begriff des Staatswohls, welcher ein Begriff der politischen Praxis ist, keine allgemeingültige theoretische Ausformulierung vorweisen kann und in letzter Konsequenz (bewusst) hohl ist.

### *Verfassungsfragen sind Machtfragen*

Ferdinand Lassalle hat schon vor 150 Jahren richtig erkannt, dass Verfassungsfragen Machtfragen sind.<sup>95</sup> Indem er diesen Sachverhalt so ausdrückt, verweist er auf die prinzipielle Wandelbarkeit von Verfassungen und eröffnet damit einen Handlungsspielraum für den politischen Kampf.<sup>96</sup> In seinen Reden über das Wesen der Verfassung, in denen er Bismarcks Rolle im preußischen Verfassungskonflikt darstellt, zeigt Lassalle, dass es letztlich auf die politische Praxis ankommt. Bismarck hat mit Macht (s)ein Recht durchgesetzt, das es zuvor nicht gab, nämlich auch ohne Zustimmung des Parlaments Ausgaben für das Militär zu tätigen. Lassalle schreibt hierzu sinngemäß: Das erste Mal ist es die Macht, das zweite Mal schon ein Recht.<sup>97</sup>

Für unseren Kontext bedeutet dies, dass der politische Skandal in Sachen NSU darin liegt, dass sich einerseits eine Exekutivbehörde unter der Grundannahme einer Wertentscheidung der Väter und Mütter des Grundgesetzes für eine streitbare Demokratie, wie sie vom Bundesverfassungsgericht ausbuchstabiert worden ist,<sup>98</sup> gegen die Spitze der Exekutive in Stellung bringen kann, und andererseits, dass dies mit Verweis auf einen hohen Begriff geschieht, dessen theoretische Undefiniertheit weder thematisiert, geschweige denn dessen Füllung gefordert wird. Münkler definiert letztlich die Staatsräson als „Verfügungskategorie der politischen Akteure“ und gibt dabei zu bedenken: „Was politisch verfügbar ist, unterliegt dem politischen Kampf.“<sup>99</sup> Das gilt auch für das Staatswohl, den Wert bzw. das Ziel der Staatsräson. Es ist höchste Zeit für einen solchen politischen Kampf – nicht nur zwischen den Gewalten, sondern auch innerhalb der Exekutive. Denn dort offenbart die verhinderte Aufklärung des NSU-Komplexes von Seiten des Bundesamts ebenfalls einen Verfassungskonflikt.

### *Der Verfassungsschutz als Superexekutive*

Aus den bisherigen Anmerkungen kann man den rhetorischen Schluss ziehen, dass es sich beim Verfassungsschutz analog zu Preuß' Konstruktion von Legalität und Superlegalität um eine Superexekutive auf Grundlage einer Superlegalität, der superlegalen Verfassung, sprich der fdGO, einerseits und einer über 60-jährigen politischen Praxis andererseits handelt. So macht auch das vom früheren Bundesinnenminister Friedrich proklamierte Supergrundrecht Sicherheit Sinn; genau so viel Sinn wie folgende, von Staatsrechtler

95 Lassalle, Erster Vortrag, Zit. nach Jenaczek (Fn. 90), 86.

96 Vgl. P. Steinbach, „Verfassungsfragen sind Machtfragen“: Lassalles Verfassungsanalyse – aktive Demokratisierung durch Konfliktbereitschaft, in: Brandt/Lehnert (Hrsg.), Ferdinand Lassalle und das Staatsverständnis der Sozialdemokratie, Baden-Baden 2014, 66 (75).

97 Lassalle, Zweiter Vortrag, Zit. nach Jenaczek (Fn. 90), 91.

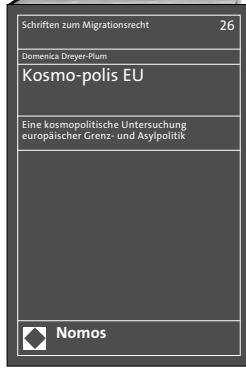
98 Vgl. Maus, Blätter (Fn. 2) zum Thema Selbstprogrammierung der Staatsorgane.

99 G. Hartwig, Interview: Herfried Münkler zur Staatsräson, Südwest Presse 5.6.2012 (letzter Abruf: 26.6.2017), <http://bit.ly/2sJ8bX0>.

Gusy vor dem ersten PUA des Bundestages zum NSU vom 8. Mai 2012 abgegebene Stellungnahme:

*Wenn die parlamentarische Kontrolle vielfach nichts weiß, dann darf ich Ihnen versichern: Die Regierung wusste es in der Regel auch nicht. Von daher ist es so, dass man hier an dieser Stelle sagen muss: Es handelt sich um ein Problem, das nicht allein auf die parlamentarische Ebene durchschlägt, im Gegenteil: Wenn die Regierung nichts weiß, kann sie Ihnen auch nichts erzählen. Da liegen zahlreiche Probleme.<sup>100</sup>*

## Grenzen der kosmopolitischen Europäischen Union



### Kosmo-polis EU

Eine kosmopolitische Untersuchung europäischer Grenz- und Asylpolitik

Von Dr. Domenica Dreyer-Plum

2017, 580 S., brosch., 118,- €

ISBN 978-3-8487-3945-5

eISBN 978-3-8452-8269-5

(*Schriften zum Migrationsrecht, Bd. 26*)

[nomos-shop.de/29233](http://nomos-shop.de/29233)

Kosmopolitische Ideale sind wesentliche institutionelle und normative Bestandteile des EU-Rechts. Die Autorin zeigt in ihrer eindrucksvollen Studie die Diskrepanz zwischen diesen Idealen und der Grenz- und Asylpolitik der EU anhand von Asylrechtsetzung und Grenzschutzpraxis auf.



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar unter:  
[www.nomos-elibrary.de](http://www.nomos-elibrary.de)

Portofreie Buch-Bestellungen unter  
[www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**

<sup>100</sup> C. Gusy, Gutachten für den 2. UA der 17. WP des D. BT zum Beweisbeschluss S 1, Stenograf. Prot. – endg. Fassung – d. 10. Sitzung des 2. UA, Anhörung der Sachverst., 8.5.2012, 28.