

Ulrich K. Preuß

Nachträge zur Theorie des Rechtsstaats

I.

Die deutsche rechtsstaatliche Doktrin kreist, worauf eindringlich Franz L. Neumann hingewiesen hat, um die Begriffe der Gewalt und der Freiheit; beide sind Ableitungen der Frage nach der Souveränität: der politischen Souveränität als Ausdruck höchster politischer Herrschaft, der individuellen Souveränität als Ausdruck der Möglichkeit individueller Disposition über Sachen und Personen (letzteres im Wege des Vertragsrechts). Das eine ist, juristisch betrachtet, (öffentliche) Gewalt, das andere Freiheit. Daß sie sich nicht wie Feuer und Wasser zueinander verhalten, muß hier nicht ein weiteres Mal klargestellt werden. Am Begriff des Gesetzes ist wiederholt gezeigt worden, daß das Gesetz der institutionell-herrschaftliche Rahmen der Entfaltung individueller Freiheit ist, und daß die Doktrin seiner Abstraktheit und Generalität der Ausdruck der auf Kalkulierbarkeit und Rechenbarkeit zielen Ansprüche einer frühkapitalistischen, politisch liberalen Bourgeoisie sei. Diese Auffassung läßt sich in folgendem Zitat zusammenfassen: »Das Substrat des durch seinen generellen Charakter bestimmten Gesetzesbegriffs ist die Wirtschaftsordnung des Konkurrenzkapitalismus. Der Konkurrenzkapitalismus setzt eine unbestimmt große Zahl von Konkurrenten voraus, denen vom Staat und von der Rechtsordnung eine gleiche Chance gewährt wird. Solange die Rechtsordnung von der Annahme ausgeht, daß jedermann die gleiche Möglichkeit im Rahmen der kapitalistischen Wirtschaftsordnung haben soll, sein Gewerbe zu betreiben, ist ein Gesetzesbegriff, der durch die Generalität seiner Norm charakterisiert ist, nicht nur sinnvoll, sondern auch dieser Wirtschaftsordnung gemäß.«¹ Neumann hat diesen Zusammenhang einige Jahre später systematisch und ausführlich analysiert².

Genauere, auch empirische Untersuchungen haben ergeben, daß das »rechtsstaatliche Gesetz« im Sinne einer abstrakten und generellen Norm weder praktisch noch theoretisch jemals in Deutschland allgemeine oder auch nur vorherrschende Geltung beanspruchen konnte³. Die gegenteilige Annahme, von der namentlich auch Neumann ausgegangen zu sein scheint, ist einer Verwechslung der lautstarken liberalen Propaganda der frühkonstitutionellen Zeit mit der

¹ E. Fraenkel, Die Krise des Rechtsstaats und die Justiz (1931), wieder abgedruckt in: derselbe, Zur Soziologie der Klassenjustiz und Aufsätze zur Verfassungskrise 1931–1932. Darmstadt 1968, S. 42–56, Zitat S. 49.

² Franz L. Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: derselbe, Demokratischer und autoritärer Staat. Studien zur politischen Theorie. Frankfurt/M. – Wien 1967, S. 31–81.

³ Vgl. insbesondere für die frühkonstitutionelle Zeit K. Zeidler, Maßnahmengesetz und »klassisches« Gesetz. Karlsruhe 1961, S. 120 ff.

herrschenden sozialen Realität zum Opfer gefallen. In der Sicht eines zeitgenössischen Beobachters der politischen Kämpfe des Vormärz »hielt sich die deutsche Bourgeoisie in ihrer großen Mehrheit von dem kleinlichen Gezänk in den Parlamenten der Kleinstaaten fern, denn sie wußte sehr wohl, daß ohne grundlegende Änderung in der Politik und Verfassung der beiden deutschen Großmächte alle Kämpfe und Siege von zweitrangiger Bedeutung zwecklos sein würden. Gleichzeitig aber kam in diesen kleinen Parlamenten eine Art liberaler Advokaten auf, die berufsmäßig Opposition machten: die Rotteck, Welcker, Römer, Jordan, Stüve, Eisenmann, jene großen ›Volksmänner‹, die nach zwanzig Jahren mehr oder minder lärmender, immer aber erfolgloser Opposition durch die revolutionäre Sturmflut von 1848 auf den Gipfel der Macht getragen, sich, nachdem sie dort ihre völlige Unfähigkeit und Nichtigkeit gezeigt, rasch wieder ins Nichts zurückgeschleudert sahen. Diese ersten Exemplare von Geschäftspolitikern und Berufsoppositionellen in Deutschland gewöhnten das deutsche Ohr durch ihre Reden und Schriften an die Sprache des Konstitutionalismus und verkündeten durch ihre bloße Existenz das Nahen einer Zeit, in der die Bourgeoisie die politischen Phrasen, mit denen diese geschwätzigen Advokaten und Professoren um sich zu werfen pflegten, ohne ihren ursprünglichen Sinn groß zu verstehen, aufgreifen und ihnen damit ihre eigentliche Bedeutung zurückgeben würde«.⁴

In der Tat kann man bis etwa 1840 kaum von einer deutschen Industrie- und Handelsbourgeoisie sprechen. Die politisch-geographische Zerstückelung Deutschlands nach dem dreißigjährigen Krieg, die durch ihn verursachten Devastierungen, die geographische Entfernung von den großen europäischen Handelszentren und den internationalen Handels-Wasserwegen und in der Folge die geringe Bevölkerungskonzentration in größeren Städten hatten auf deutschem Boden eine sozial-ökonomische Struktur geschaffen, die man als Dissoziation untereinander unverbundener oder kaum verbundener sozialer Gruppen beschreiben könnte. Eine auch politisch relevante Bourgeoisie entstand erst mit dem Aufbau der Bürokratie des modernen Staatsapparates. Das ist allerdings nicht so zu verstehen, daß der Aufbau eines fürstlich gelenkten Bürobetriebes (in Preußen im Jahrhundert zwischen 1640 und 1740) bereits eine politisch bewußte Mittelklasse geschaffen hätte; vielmehr läßt sich erst im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts eine gewisse Emanzipation der Verwaltungsbürokratie vom fürstlichen Willen, die Entwicklung eines sozialen Selbstwertgefühls und einer bestimmten, auf Personalität und Bildung beruhenden Ideologie feststellen, die sich freilich zunächst unter Schulmeistern, Pfarrern, Professoren und anderen kleinbürgerlichen Intelligenzberufen ausbreitet und dann seit den Reformen von 1806 die inzwischen zum Souverän aufgestiegene gesamte höhere Verwaltungsbürokratie ergreift. Marx und Engels sprechen von der »Ohnmacht, Gedrücktheit und Misère der deutschen Bürger, deren kleinliche Interessen nie fähig waren, sich zu gemeinschaftlichen, nationalen Interessen einer Klasse zu entwickeln . . . Diesen kleinlichen Lokalinteressen entsprach einerseits die wirkliche lokale und provinzielle Borniertheit, andererseits die kosmopolitische Aufgeblähtheit der deutschen Bürger«⁵.

Dort, wo es eine Manufakturbourgeoisie, insbesondere im Rheinland, gab, war sie abhängig von der rein fiskalisch orientierten Wirtschaftspolitik und den Versorgungswünschen der fürstlichen Höfe, von denen es auf deutschem Boden über

⁴ F. Engels, Revolution und Konterrevolution in Deutschland (1851/52), in: Marx/Engels, Werke, Band 8. Berlin 1960, S. 5–108, Zitat S. 14/15.

⁵ K. Marx/F. Engels, Die Deutsche Ideologie (geschrieben 1945/46), in: Marx/Engels, Werke, Bd. 3. Berlin 1959, S. 177.

dreißig gab, und sie war zudem in der Entfaltung weiträumiger Verkehrs- und Handelsverhältnisse durch eine noch größere Zahl von Zollgrenzen gehindert, die ihrerseits den Ausbau von Land- und Wasserwegen verhinderten⁶. Hinzu kommt ein weiteres: aus dem Frankreich des 17. und 18. Jahrhunderts ist bekannt, daß große Kapitalmengen durch den Kauf von Ämtern im Interesse sozialer Sekurität der nachwachsenden Familienangehörigen unproduktiv festgelegt wurden, ohne daß dadurch allerdings die Entstehung einer städtischen Bourgeoisie insbesondere in Paris und Lyon verhindert wurde. Auch in Deutschland gab es, wenn auch in erheblich geringerem Umfange, Kapitalinvestitionen in Amtsstellen⁷. Eine ähnliche sozialökonomische Funktion hatte in Preußen die spekulative Anlegung von Kapital in Landgütern, deren Preis in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in einem Maße stiegen, das nicht annähernd der gleichzeitig durch neue Technologien und Verwaltungstechniken herbeigeführten Produktivitätssteigerung entsprach⁸. Generell läßt sich sagen, daß die politischen Verhältnisse eine kapitalistische Verwendung des spärlichen gesellschaftlichen Reichtums eher hinderten als förderten.

In diesen, die Situation im letzten Drittel des 18. Jahrhunderts skizzierenden Verhältnissen lagen die sozialökonomischen Bedingungen für die Entstehung der Bürokratie, die in der deutschen Geschichte ihrerseits von Anbeginn ihrer Existenz einen wesentlichen Teil der institutionellen und politischen Bedingungen gesetzt hat, die für die Entfaltung der kapitalistischen Wirtschaft maßgebend waren⁹.

Dies ist nicht so zu verstehen, als sei die Bürokratie gleichsam die Grundlage und die tragende Klasse der preußischen Gesellschaft im letzten Drittel des 18. und der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts gewesen. Das Spezifische der preußischen Situation in jener Epoche bestand vielmehr darin, daß das fürstlich-absolutistische Regime nicht mehr in der Lage war, die ökonomischen und politischen Widersprüche, die sich aus der Entfaltung neuer Produktivkräfte ergaben, im ökonomisch-institutionellen Rahmen dieses Regimes aufzufangen, ohne daß aber gleichzeitig bereits die neue ökonomische Klasse der kapitalistisch arbeitenden Industriellen und Händler stark genug war, um eine ihren objektiven Interessen entsprechende politische Ordnung durchzusetzen. Die Bürokratie emanzipierte sich vom absoluten Monarchen und objektivierte die politische Herrschaft; sie schuf mit der innerhalb der Sphäre der Regierungsgewalt von ihr eroberten politischen Macht die legalen und sonstigen institutionellen Voraussetzungen für eine Entfaltung der Produktivkräfte, die überhaupt nur auf der Grundlage kapitalistischer Wirtschaftsweise möglich war. »Die Ohnmacht jeder einzelnen Lebenssphäre (man kann weder von Ständen noch von Klassen sprechen, sondern höchstens von gewesenen Ständen und ungeborenen Klassen) erlaubte keiner einzigen, die ausschließliche Herrschaft zu erobern. Die notwendige Folge davon war, daß während der Epoche der absoluten Monarchie, die hier in

⁶ Vgl. zum ganzen J. H. Clapham, *The Economic Development of France and Germany, 1815-1914*. 4th ed. Cambridge/Engl. 1936; H. Böhme, *Prolegomena zu einer Sozial- und Wirtschaftsgeschichte Deutschlands im 19. und 20. Jahrhundert*. Frankfurt/M. 1968.

⁷ Vgl. zu diesem Komplex C. Tweten, *Der preußische Beamtenstaat*, in: *Preußische Jahrbücher*. Band XVIII (1866), S. 1-39, 109-148, hier S. 120; O. Hintze, *Der Beamtenstand. Unveränderter photomedianischer Nachdruck aus: Vorträge der Gehe-Stiftung zu Dresden. Band III*. Leipzig 1911, S. 93-170. Darmstadt 1963, S. 29.

⁸ Vgl. hierzu im einzelnen M. Weyermann, *Zur Geschichte des Immobiliarkreditwesens in Preußen. Mit besonderer Nutzanwendung auf die Theorie der Bodenverschuldung*. Karlsruhe 1910.

⁹ Vgl. hierzu Böhme, S. 12; F. Facius, *Wirtschaft und Staat. Die Entwicklung der staatlichen Wirtschaftsverwaltung in Deutschland vom 17. Jahrhundert bis 1945*. Boppard/Rhld. 1959.

ihrer allerverkrüppeltesten, halb patriarchalischen Form vorkam, die besondere Sphäre, welcher durch die Teilung der Arbeit die Verwaltung der öffentlichen Interessen zufiel, eine abnorme Unabhängigkeit erhielt, die in der modernen Bürokratie noch weiter getrieben wurde. Der Staat konstituierte sich so zu einer scheinbar selbständigen Macht und hat diese in anderen Ländern nur vorübergehende Stellung – Übergangsstufe – in Deutschland bis heute behalten. Aus dieser Stellung erklärt sich sowohl das andernwärts nie vorkommende redliche Beamtenbewußtsein wie die sämtlichen in Deutschland kursierenden Illusionen über den Staat wie die scheinbare Unabhängigkeit, die die Theoretiker hier gegenüber den Bürgern haben – der scheinbare Widerspruch zwischen der Form, in der diese Theoretiker die Interessen der Bürger aussprechen, und diesen Interessen selbst... Kant sowohl wie die deutschen Bürger, deren beschönigender Wortführer er war, merkten nicht, daß diesen theoretischen Gedanken der Bourgeoisie materielle Interessen und ein durch die materiellen Produktionsverhältnisse bedingter und bestimmter Wille zugrundelag...«¹⁰.

Diese »verkrüppelten« gesellschaftlichen Verhältnisse, die der Bürokratie eine spezifische Machtstellung im Prozeß der Entfaltung einer kapitalistischen Gesellschaft einräumten und deren Wirkungs- und Lebensweise daher auch einen besonders hohen Einfluß auf diesen Prozeß ausgeübt haben, bedingten auch jene Theorie und Praxis des Rechtsstaates, der für Deutschland charakteristisch ist.

Die Konsequenz dieses Tatbestandes ist, stärker als bisher die Bedingungen von Gewalt und Freiheit – sprich: des Rechtsstaates aus den Existenzbedingungen der Bürokratie – zu erklären. Hier sind zwei Gesichtspunkte zu nennen, auf die bereits Eckart Kehr hingewiesen hat¹¹: erstens der Prozeß der Emanzipation der Bürokratie vom individuellen Monarchenwillen durch »rechtsstaatliche« Institute, zweitens die Auseinandersetzung zwischen Justiz- und Verwaltungsbürokratie. Beide Tatbestände sind folgenreich für die rechtsstaatliche Doktrin geworden und sollen kurz in Erinnerung gerufen werden.

Es geht hierbei nicht um den Nachweis eines strukturellen Zusammenhangs zwischen bürokratischer Herrschaft und Formalität beziehungsweise Technizität des Rechts im Sinne Max Weber'scher Analysen¹². Vielmehr sollen die konkreten historischen Bedingungen des deutschen Rechtsstaats, dessen Charakteristikum mehr als anderswo auf der historischen Rolle der Bürokratie in Deutschland, speziell in Preußen, beruht, unter dem analytischen Gesichtspunkt einmal der Sozialökonomie der Bürokratie, zum anderen der Beziehung bestimmter gesellschaftlicher Klassen und Gruppen zu den einzelnen Bürokratien, das heißt dem Gesichtspunkt des »bürokratischen Pluralismus« skizziert werden.

II.

Der Prozeß der Emanzipation der Bürokratie vom individuellen Monarchenwillen wurde 1755 beziehungsweise 1770 mit der Einführung von Examina als Voraussetzung für den Zugang zu einer Beamtenstellung eingeleitet; dieses Ver-

¹⁰ K. Marx/F. Engels, Die deutsche Ideologie, S. 178/179.

¹¹ Vgl. E. Kehr, Zur Genesis der preußischen Bürokratie und des Rechtsstaates, in: derselbe, Der Primat der Innenpolitik. Gesammelte Aufsätze zur preußisch-deutschen Sozialgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert (hrsg. von H.-U. Wehler), S. 31–52.

¹² Vgl. M. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie. 1. Halbbd. Köln/Berlin 1964, S. 160 ff.

fahren erlaubte die Zurückdrängung der krassesten Fälle des Nepotismus, der allemal zugunsten der adligen Schichten ausfiel, und eröffnete damit die Chance für Angehörige inferiorer sozialer Schichten, insbesondere von Kleingewerbetreibenden, Domänenverwaltern, geistlichen Angestellten usw., sowohl ein wenn auch schmales, so doch konjunkturabhängiges Einkommen als auch ein Minimum an geburtsunabhängiger sozialer Geltung zu erlangen. Diese Zugangsregulierung eröffnete zudem Konkurrenz- und Karrieremöglichkeiten, die institutionell insbesondere durch ein unübersehbares Gestüpp sowie die provinzielle Enge von Funktionen und Zuständigkeiten begrenzt wurden; durch einen überschaubar organisierten Staatsapparat, der unter einheitlichen Gesichtspunkten das gesamte Territorium strukturierte, vor allem durch Ausschaltung von externen Willkürlichkeiten, konnte ein Feld gesicherten sozialen Aufstiegs geschaffen werden, das in dem Bedürfnis nach Unabhängigkeit vom autokratischen Willen des Monarchen durchaus mit den Bestrebungen der Kleinbourgeoisie des Handwerks, des Handels und der Intelligenz nach Abschaffung lästiger Bevormundung konvergierte¹³.

Nach dem preußischen ALR aus dem Jahre 1794 durften Richter nur durch Urteil, Verwaltungsbeamte allein aufgrund eines Kollegialbeschlusses des Geheimen Staatsrats entlassen werden. Im Jahre 1807 wurde das Realsystem in der Verwaltung eingeführt, das heißt statt der Verwaltung nach einzelnen Provinzen wurde nun nach Fachressorts, die für ganz Preußen galten und die den Beamten reichliche Karrieremöglichkeiten eröffneten, verwaltet. 1825 schließlich wurde die Pensionsberechtigung für Beamte eingeführt.

In diesen äußereren Daten spiegelt sich eine Entwicklung, in der lange vor der verfassungsmäßigen Sicherung von staatsbürgerlichen Rechten die Bürokratie die sozialen Bedingungen ihrer Wirksamkeit und Herrschaft rechtlich gesichert hatte. Die Hierarchie ist der Markt der Bürokratie, der Karrierismus ihr Konkurrenzprinzip, Versorgung ihre sozial-ökonomische Perspektive, kurz: »Examen und Brot der Beamten sind die letzten Synthesen (scil. der Regierungsgewalt – U. K. P.)«¹⁴. Man kann sagen, daß historisch das staatsbürgerliche Recht des Art. 33 Abs. 1 GG am Anfang der rechtsstaatlichen Entwicklung Deutschlands gestanden hat, ein Tatbestand, der dieser Entwicklung möglicherweise eine wenigstens teilweise Erklärung gibt.

Die allenthalben beschriebene, für Deutschland charakteristische Trennung von Rechtsform und politischer Struktur des Staates ist zwar sicherlich eine Folge der ökonomischen und politischen Schwäche des deutschen Bürgertums in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts; aber dieser historische Tatbestand gibt keine Antwort auf die Frage, wieso die politische Potenz des Bürgertums zur Erringung rechtsstaatlicher, das heißt explizit gegen die Bürokratie gerichteter Garantien ausreichen sollte, nicht aber zur politischen Machtübernahme, die doch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts auch in erster Linie die Bürokratie hätte entmachten müssen. Denn es ist evident, daß beispielsweise der Zwang auf die Verwaltungsbehörden, ihnen unliebsame und unbequeme Zeitgenossen nur unter sehr engen und förmlichen Voraussetzungen in ihren Gewahrsam nehmen zu dürfen und sie zur endgültigen administrativen Behandlung einer Bürokratie übergeben zu müssen, die ihrerseits sowohl nach ihrer sozialen Zusammensetzung

¹³ Vgl. zur Einführung der Examina O. Hintze, *Der Beamtenstand*, S. 31 ff.; im übrigen H. Gerth, *Die sozialgeschichtliche Lage der bürgerlichen Intelligenz um die Wende des 18. Jahrhunderts. Ein Beitrag zur Soziologie des deutschen Frühliberalismus*. Berlin 1935, insbesondere S. 109 ff.

¹⁴ Karl Marx, *Kritik des Hegelschen Staatsrechts* (§§ 261–313), in: Marx/Engels, *Werke*. Band 1. Berlin 1961, S. 203–333, hier S. 256.

zung – dazu unten – als ihrer politischen Funktion keinesfalls die Interessen der Verwaltungsbürokratie teilt, nämlich den Gerichten¹⁵, einen bedeutenderen Einbruch in die Machtfülle dieser Verwaltungsbürokratie darstellt als beispielsweise die parlamentarische Bestätigung oder gar Wahl eines verantwortlichen Ministers als Spitze der Bürokratie. Dennoch ist das erstere gelungen, das letztere nicht. Dies erklärt sich vermutlich damit, daß der Zugang zur Bürokratie und ihre Sicherung gegen die Ambiance der Zeitläufte insbesondere in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts für die bürgerliche Intelligenz gewährleistet war und damit der Zugang zur politischen Macht. »Rechtsstaatliche« Sicherungen und die Garantie der Ausübung politischer Macht, das heißt Rechtsform und politische Struktur waren in der Bürokratie vereinigt.

Auch die oben erwähnte Einführung der Examina – die im Jahre 1807 übrigens auch für die Lehrer eingeführt wurden – hat für die spezifische Struktur des deutschen Rechtsstaates eine äußerst folgenreiche Bedeutung. Examina sind die Gewerbefreiheit der subalternen Intelligenzberufe, und es ist kein Zufall, daß die Einführung der Gewerbefreiheit in Preußen im Jahre 1810 nicht nur über eine Generation später als die Einführung von Examina, sondern auch durch die – erst durch Examina zu einer selbständigen Größe gewordene – Bürokratie durchgesetzt wurde¹⁶. Die Bürokratie kam damit zweifellos einem sozialökonomischen Bedürfnis nach Entfaltung der damaligen Produktivkräfte nach, ohne daß allerdings behauptet werden könnte, es habe eine kräftige bürgerliche Emanzipationsbewegung gegeben, die diese Entwicklung erzwungen hätte. Vielmehr stand auch diese Maßnahme noch primär unter dem fiskalischen Gesichtspunkt, den durch Reparations- und Kriegsschulden ruinierten Staatshaushalt unter Wahrung der politischen Suprematie der Bürokratie durch kalkulierte Freisetzung kapitalistischer Energien wieder ins Gleichgewicht zu bringen – ein Unterfangen, dessen widersprüchliche Tendenzen bekanntlich durch die Bildung von Korporationen diszipliniert werden sollten¹⁷ und das Karl Marx folgendermaßen kennzeichnete: »Die Korporation ist der Versuch der bürgerlichen Gesellschaft, Staat zu werden; aber die Bürokratie ist der Staat, der sich wirklich zur bürgerlichen Gesellschaft gemacht hat«¹⁸.

Beide »Rechtsinstitute« – Examina und Gewerbefreiheit – stellten Versuche der Bürokratie zur Selbstkonsolidierung dar: Examina hatten nicht nur den bereits erwähnten Vorteil der Ausschaltung eines großen Teils der adeligen Konkurrenz, sie waren auch der angemessene bürokratische Ausdruck für die Entwicklung der Produktivkräfte und der ihnen entsprechenden personalistischen und individualistischen Ideologie des letzten Drittels des 18. Jahrhunderts, insofern sie

¹⁵ Vgl. zum Beispiel Abschnitt IV § 8 der bayerischen Verfassung von 1818; § 15 der bad. Verfassung von 1818; § 26 der württ. Verfassung von 1819.

¹⁶ Vgl. Marx' Bemerkungen über das Examen in der Kritik des Hegelschen Staatsrechts, a. a. O., S. 253: »Die ›Verknüpfung‹ des ›Staatsamts‹ und des ›Individuums‹, dieses objektive Band zwischen dem Wissen der bürgerlichen Gesellschaft und dem Wissen des Staats, das Examen ist nichts anderes als die bürokratische Taufe des Wissens, die offizielle Anerkenntnis von der Transubstantiation des profanen Wissens in das heilige (es versteht sich bei jedem Examen von selbst, daß der Examinator alles weiß). Man hört nicht, daß die griechischen oder römischen Staatsleute Examina abgelegt. Aber allerdings, was ist auch ein römischer Staatsmann contra einem preußischen Regierungsmann!«.

¹⁷ Vgl. § 236, 250 ff. der Grundlinien der Philosophie des Rechts von G. W. F. Hegel, nach der von J. Hoffmeister herausgegebenen Ausgabe, 4. Auflage. Hamburg 1955, S. 197, 203 ff.; W. Treue, Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands im 19. Jahrhundert; B. Gebhardt, Handbuch der deutschen Geschichte. Band 3, Von der französischen Revolution bis zum ersten Weltkrieg (hrsg. von H. Grundmann). 8. Auflage. Stuttgart 1960, S. 314–413, S. 349 f., 358.

¹⁸ K. Marx, Kritik des Hegelschen Staatsrechts, a. a. O., S. 248.

individuelle Konkurrenz, individuelle Leistung, besser: Individualisierung der Leistung und ihre Zurechnung zu einem Individuum erzwangen.

Wenn einhundert Jahre später Lorenz v. Stein ein staatlich geordnetes Prüfungswesen als eine der Grundlagen des deutschen Bildungswesens bezeichnete¹⁹ und fast ein weiteres Jahrhundert später die Schul- und Hochschulverfassungskämpfe wohl um keinen Gegenstand verbissener geführt werden als um die Frage, ob die Individualisierung von Leistung und ihre Zurechnung zu Individuen aufrechterhalten sei oder nicht – wobei sich das herrschende System für die Aufrechterhaltung auf die demokratisch-rechtsstaatliche Verfassung zu berufen pflegt –, dann läßt sich daran unschwer ablesen, daß ein derartiges rechtsstaatliches Institut eine nicht unerhebliche sozialökonomische und ideologische Bedeutung haben muß. Die Bezeichnung als »rechtsstaatlich« rechtfertigt sich dabei weniger aus verfassungsrechtlichen Qualifizierungen – die juristisch ohnehin selten entscheidend sind – als vielmehr aus der Struktur von Examina, individuelle Ansprüche zu eröffnen und zu verbürgen und damit ein Kriterium für die Abgrenzung individueller Lebensphären darzustellen. Auf Art. 33 Abs. 1 GG wurde bereits verwiesen.

Die bürokratisch überwachte Gewerbefreiheit war eine andere Form administrativ kalkulierter Freisetzung von Leistungsenergien, insofern sie die Produktion für den Markt institutionell sicherte, ohne daß auf eine bürokratische Intervention in das Marktgeschehen verzichtet wurde, wofür die Gründung des preußischen Ministeriums für Handel, Gewerbe und das gesamte Bauwesen im Jahre 1817 einen Beleg darstellt²⁰. Hierbei haben, wie erwähnt und wie aus dem Finanz-Edikt vom 27. Oktober sowie dem Gewerbesteuer-Edikt vom 28. Oktober 1810 leicht zu ersehen ist²¹, fiskalische Gründe eine größere Bedeutung gehabt als die sich formulierenden Interessen einer durch den Krieg reich gewordenen Stadtbourgeoisie.

Dieser Gesichtspunkt ist insofern bedeutungsvoll, als sich aus der durch die fiskalische Motivation angezeigten bürokratischen Herrschaft über die ökonomische Entwicklung bis etwa 1840 für die Zeit danach eine institutionell-ökonomische Struktur entwickelte, innerhalb der kapitalistisch-ökonomische und fiskalische Interessen eine unentwirrbare Gemengelage bildeten, die dem rechtsstaatlichen Prinzip einer Trennung von Fiskal- und Wirtschaftspolitik widersprach. Das Prinzip einer derartigen Trennung ist rechtsstaatlich, insofern die Fiskalpolitik in der Einnahmeseite auf einen Numerus clausus von Steuer- und damit Eingriffstatbeständen, auf der Ausgabenseite allein auf die Deckung der in den öffentlichen Haushalten ausgewiesenen Ausgabenposten beschränkt ist, während staatliche Wirtschaftspolitik auf ökonomische Entwicklungen reagieren muß, für die es noch heute keine tatbestandlich umschriebenen und vorweg bestimmten Reaktionsmittel gibt. Mit anderen Worten: die Fiskalpolitik kennt nur ein Mittel des Eingriffs in den ökonomischen Prozeß: die Steuer, diese ist tatbestandlich fixiert und zwingt daher zur Festlegung des Haushaltsbedarfs im voraus, damit der Steuersatz fixiert werden kann; die Wirtschaftspolitik kennt die verschiedenen Instrumente der Beeinflussung des ökonomischen Geschehens, die so variieren, wie die ökonomischen Situationen selbst und sich daher jeglicher

¹⁹ L. von Stein, *Die Verwaltungslehre*. Teil V. Leipzig 1883. Abschnitt: Das Bildungswesen, S. 139.

²⁰ Vgl. F. Facius, *Wirtschaft und Staat. Die Entwicklung der staatlichen Wirtschaftsverwaltung in Deutschland vom 17. Jahrhundert bis 1945*. Boppard/Rhld. 1959, S. 44 ff.

²¹ Die Edikte sind auszugsweise abgedruckt bei E. R. Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*. Band I. Stuttgart 1961, S. 41 ff.

Abschätzung entziehen²². Grob gesprochen ist der Rechtsstaat Steuerstaat; unter dem Gesichtspunkt dieses strukturellen Zusammenhangs ist es wichtig zu zeigen, daß von Anbeginn der kapitalistisch-ökonomischen Entwicklung in Deutschland eine derartige Konstellation nicht bestanden hat: zunächst war Wirtschaftspolitik Fiskalpolitik, seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde Fiskalpolitik zunehmend Wirtschafts- und Sozialpolitik²³.

Die widerspruchsvollen Tendenzen einer fiskalisch orientierten Wirtschaftspolitik waren geradezu buchstäblich in dem Staatsschulden-Gesetz vom 17. Januar 1820 niedergelegt²⁴: danach sollte die Aufnahme neuer Staatsschulden, über die in diesem Gesetz festgestellten, nur nach Beratung und Einwilligung der »künftigen reichsstädtischen Versammlung«, sprich eines Parlamentes, möglich sein. Während einerseits durch eine bürokratisch-liberalistische Politik die institutionellen Voraussetzungen einer kapitalistischen Entfaltung der Produktivkräfte geschaffen wurden, verharrte der entscheidende Machträger innerhalb dieser Entwicklung, die Bürokratie, in der Enge der traditionellen fiskalischen Armut und der Grundsätze der Sparsamkeit des Staatshaushalts, der größere Investitionen nicht zuließ²⁵. Sie geriet dadurch in eine äußerst widerspruchsvolle Situation: erweiterte Staatsinvestitionen, insbesondere zum Ausbau des Verkehrssystems und der übrigen Kommunikationsmittel, waren ohne die Schaffung einer parlamentarischen Konstitution nicht zu erlangen, die aber ihrerseits den ersten Schritt zur Entmachtung der Bürokratie bedeuten konnte. Der Widerspruch zwischen den freigesetzten Produktivkräften und der noch schwachen industriellen Bourgeoisie mußte sich dadurch verschärfen. Andererseits: »Die Steuer ist die Lebensquelle der Bürokratie, der Armee, der Pfaffen und des Hofes, kurz, des gesamten Apparates der Exekutivgewalt. Starke Regierung und starke Steuer sind identisch«²⁶. Auch insoweit untergrub die prekäre finanzielle Lage der Bürokratie ihre Machtbasis.

Schließlich gehört ein Gesichtspunkt zur Sozialökonomie der Bürokratie, den Marx im achtzehnten Brumaire für die damaligen französischen Verhältnisse beleuchtet hat und der ungeachtet der im übrigen unterschiedlichen Bedingungen beider Länder prinzipiell auch Geltung für das Preußen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts beanspruchen kann: »Man begreift sogleich, daß in einem Lande wie Frankreich, wo die Exekutivgewalt über ein Beamtenheer von mehr als

²² Vgl. zu diesem Komplex K. H. Friauf, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze*. Tübingen 1966, insbesondere S. 32 ff. mit weiteren Nachweisen.

²³ Vgl. R. Tilly, *The Political Economy of Public Finance and the Industrialization of Prussia 1815–1866*, in: *The Journal of Economic History*, Vol. XXVI (1966), S. 484–497; vgl. W. Treue, *Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands im 19. Jahrhundert*, in: B. Gebhardt, *Handbuch der Deutschen Geschichte*. Band 3: Von der Französischen Revolution bis zum Ersten Weltkrieg (hrsg. v. H. Grundmann). 8. Auflage. Stuttgart 1960, S. 314–413, S. 346: »Gewerbefreiheit war bis in die Revolution hinein (gemeint ist die Revolution von 1848 – U. K. P. nicht die Parole des Handwerkers, sondern die der Bürokratie, die seit 1810 in wachsendem Maße überall die Zunftschranken niederlegen, die Initiative beflügeln, die Technik beleben, den Wohlstand befördern wollte. Dieser bürokratische Wirtschaftsliberalismus war nicht populär« – dies vor allem deswegen, weil er weniger auf den Wohlstand, als auf die Steuerkraft der Bevölkerung zielte, was nicht notwendig konvergierende Zielsetzungen sind; siehe auch H. Böhme, *Deutschlands Weg zur Großmacht. Studien zum Verhältnis von Wirtschaft und Staat während der Reichsgründungszeit 1848 bis 1881*, Köln/Berlin 1966.

²⁴ Auszugsweise abgedruckt bei E. R. Huber, *Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte*. Band I, S. 66/67.

²⁵ Vgl. hierzu den Hinweis von J. Hirsch, *Wissenschaftlich-technischer Fortschritt und politisches System*. Frankfurt/M. 1970, S. 17.

²⁶ K. Marx, *Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte (1851/52)*, in: *Marx/Engels, Werke*. Band 8. Berlin 1960, S. 111–207, hier S. 202.

einer halben Million von Individuen verfügt, also eine ungeheure Masse von Interessen und Existenzen beständig in der unbedingtesten Abhängigkeit erhält, wo der Staat die bürgerliche Gesellschaft von ihrem umfassendsten Lebensäußerungen bis zu ihren unbedeutendsten Regungen hinab, von ihren allgemeinsten Daseinsweisen bis zur Privatexistenz der Individuen umstrickt, kontrolliert, maßregelt, überwacht und bevormundet, wo dieser Parasitenkörper durch die außerordentliche Zentralisation eine Allgegenwart, Allwissenheit, eine beschleunigte Bewegungsfähigkeit und Schnellkraft gewinnt, die nur in der hilflosen Unselbständigkeit, in der zerfahrenen Unförmlichkeit des wirklichen Gesellschaftskörpers ein Analogon findet, daß in einem solchen Lande die Nationalversammlung mit der Verfügung über die Ministerstellen jeden wirklichen Einfluß verloren gab, wenn sie nicht gleichzeitig die Staatsverwaltung vereinfachte, das Beamtenheer möglichst verringerte, endlich die bürgerliche Gesellschaft und die öffentliche Meinung ihre eigenen von der Regierungsgewalt unabhängigen Organe erschaffen ließ. Aber das materielle Interesse der französischen Bourgeoisie ist gerade auf das innigste mit der Erhaltung jener breiten und viel verzweigten Staatsmaschine verwebt. Hier bringt sie ihre überschüssige Bevölkerung unter und ergänzt in der Form von Staatsgehalten, was sie nicht in der Form von Profiten, Zinsen, Renten und Honoraren einstecken kann.«

Auch für Preußen dürfte gelten, daß trotz des seit 1840 verstärkt einsetzenden Kampfes gegen die Bürokratie es dabei nicht um deren Beseitigung ging, da sie innerlich gefestigt war und sich nach außen dadurch gleichsam als Schiedsrichter in die Auseinandersetzungen der Klassen und Gruppen einschalten konnte. »Alle Umwälzungen vervollkommen diese Maschine statt sie zu brechen. Die Parteien, die abwechselnd um die Herrschaft rangen, betrachteten die Besitznahme dieses ungeheuren Staatsgebäudes als die Hauptbeute des Siegers«²⁷.

Es zeigt sich, daß der Steuerstaat als der sozialökonomisch »reinste« Typus des Rechtsstaates, insofern er in wirtschafts- und sozialpolitischer Indifferenz allein einen Katalog von ihm vorgefundener sozialökonomischer Tatbestände zum Anknüpfungspunkt von im voraus festliegenden Geldforderungen macht, in mindestens dem gleichen Umfange, in dem er als liberaler Nachtwächterstaat erscheint, als starker bürokratischer Staat gekennzeichnet werden muß. Dieser Satz entspricht der von Franz Neumann vor über dreißig Jahren getroffenen Feststellung und enthält insofern keine Neuigkeit²⁸; Neumann hat seine Analyse jedoch auf die ökonomischen und politischen Funktionen der Bürokratie als eines *Machtträgers* beschränkt und dabei nicht berücksichtigt, daß die Bürokratie ihre eigene *Sozialökonomie* hat: die Verfügung über hohe Steuereinnahmen ist die Basis der politischen Stärke der Bürokratie und daher ihr erstes Interesse. Gleichzeitig hat der fiskalische Charakter der bürokratischen Sozialökonomie eine rechtsstaatliche Garantiefunktion für die Inhaber von Kapital und den Kapitalverwertungsprozeß, weil anders als im absolutistischen Merkantilsystem keine unvorhersehbaren Interventionen zu erwarten sind. Die Bourgeoisie muß daher den Steuerstaat zugleich wünschen und fürchten. Diese Zwiespältigkeit verschärft sich in der ökonomischen Sphäre durch den Widerspruch zwischen einer am Prinzip der Versorgung orientierten bürokratischen Perspektive und der auf Verwertung beruhenden kapitalistischen Perspektive, der sich an dem Problem konkretisiert, daß die für eine erweiterte Kapitalverwertung notwen-

²⁷ K. Marx, Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte, a. a. O., S. 150/151 und S. 197.

²⁸ Vgl. F. Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, a. a. O., S. 31.

digen staatlichen Investitionen mangels ausreichender Steuerabschöpfung nur mangelhaft getätigten werden können. Schließlich hat die Bürokratie die Funktion, die sonst nicht unterzubringende überschüssige gesellschaftliche Arbeitskraft in ihrem Schoß zu absorbieren und Pfründe für die politischen Gesinnungsgenossen der herrschenden Partei zu schaffen – dies nicht selten in erster Linie.

Mit anderen Worten: der Steuerstaat als der Staat der ökonomischen Nicht-Intervention und der perfektesten rechtsstaatlichen Eigentumsgarantie ist keinesfalls der vollkommene Staat der Kapitaleigentümer, ein Herrschaftsinstrument in ihrer Hand, sondern vom Anbeginn seiner Existenz in Deutschland im ersten Drittel des 19. Jahrhunderts der Ausdruck einer im einzelnen in den verschiedenen Phasen unterschiedlich gewichteten Doppelherrschaft einer konjunkturunabhängigen Beamtenbourgeoisie und einer äußerst konjunkturempfindlichen Kapitalbourgeoisie. Nicht nur im Hinblick auf den oben skizzierten Selbstkonsolidierungsprozeß der Bürokratie, sondern auch im Hinblick auf die Funktion der Bürokratie im Prozeß der Entfaltung einer kapitalistischen Ökonomie auf deutschem Boden ist daher der Rechtsstaat eher als ein Produkt eben dieser Bürokratie als einer bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts ohnehin sehr schwachen liberalen Bourgeoisie anzusehen. Die oben bezeichneten Widersprüche, in denen sich die Bürokratie befangen sah, erklären auch den Tatbestand, daß es ein »klassisches« rechtsstaatliches Gesetz im Sinne abstrakter Allgemeinheit nicht gegeben hat und eine gut gelungene Erfindung eines Teils der Weimarer Staatsrechtslehre war, um die geringfügige Machtfeindlichkeit der Bürokratie zugunsten der politischen Massenparteien rückgängig zu machen²⁹.

III.

Ein weiterer für die institutionelle Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland bedeutsamer Tatbestand ist die bis heute nicht völlig verschwundene Rivalität und Auseinandersetzung zwischen der Verwaltungs- und der Justizbürokratie. Unter Justizbürokratie ist dabei nicht die im heutigen Sprachgebrauch sogenannte Justizverwaltung zu verstehen – sie ist nach meiner Terminologie Verwaltungsbürokratie –, sondern die staatlich angestellten Richter, die in einem bürokratischen Verfahren in Einzelfällen ihnen unterbreitete Rechtsstreitigkeiten entscheiden. Wenn in den bisherigen Ausführungen von der Bürokratie gesprochen wurde, so bezog sich dieser Terminus nur auf die Verwaltungsbürokratie, obwohl ein großer Teil der dort getroffenen Feststellungen auch für die Justizbürokratie gelten dürfte.

Die Auseinandersetzung zwischen diesen beiden Fraktionen der Bürokratie ist für den institutionellen Typus des deutschen Rechtsstaates folgenreich geworden, weil der Kampf des liberalen Bürgertums um die politische Macht und damit um die Beherrschung der bürokratischen Verwaltung mit bürokratischen Mitteln geführt worden ist, nämlich als Kampf um die Unterwerfung der Verwaltungsbürokratie unter die Autorität der Gerichte, einer anderen Bürokratie. Auch hier dürfte die oben aufgestellte Vermutung gelten, daß die Trennung von Rechtsform und politischer Struktur in der deutschen rechtsstaatlichen Dogmatik

²⁹ Zu diesem Komplex vgl. Fr. Dessauer, Recht, Richtertum und Ministerialbürokratie. Eine Studie über den Einfluß von Machtverschiebungen auf die Gestaltung des Privatrechts. Mannheim/Berlin/Leipzig 1928; E. Fraenkel, Die Krise des Rechtsstaats und die Justiz, a. a. O., *passim* (siehe Fußnote 1).

innerbürokratisch im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts durch die Schaffung der Verwaltungsgerichtsbarkeit (wenn auch stark zugunsten der Verwaltungsbürokratie) überwunden war, während sie sich vor dieser Periode innerbürokratisch als Rivalität von Verwaltungs- und Justizbürokratie ausdrückte.

Es versteht sich, daß eine derartige Auseinandersetzung keine juristisch-bürokratische, sondern eine politisch-soziale war, und zwar vom relativ frühen Anbeginn an³⁰. Sie datiert bereits aus den Anfängen des modernen bürokratischen Staates, dessen Aufbau einherging mit dem Kampf gegen die politischen Rechte und Privilegien ständischer Gewalten. Während sich der Territorialfürst auf das zunächst noch von ihm persönlich abhängige Beamtentum stützte, fanden die provinziellen und ständischen Herrschaften in ihren Gerichten eine wichtige bürokratisch soziale Basis ihres Widerstandes. Sie war jedoch eindeutig der neuen staatlichen Verwaltungsbürokratie unterlegen. Gegenüber den subalternen Beamten des Territorialfürsten, die auch meist bürgerlicher Herkunft waren, hatten die adeligen Angehörigen der Gerichte dann aber seit den Justizformen nach 1740 ein höheres soziales Ansehen und dazu ein beträchtliches politisches Gewicht.

Folgt man einer groben Periodisierung Otto Hintzes, so war in dem Jahrhundert von 1640 bis 1740 die Verwaltungsbürokratie das sozial und politische beherrschende Element, von der Mitte bis zum Ende des 18. Jahrhunderts war es die Justizbürokratie, während es infolge der Reformen der Jahre 1806 ff. wieder die Verwaltungsbürokratie war³¹. Für unseren Zusammenhang ist von Belang, daß mit der oben geschilderten Emanzipation der Verwaltungsbürokratie vom Monarchenwillen zum Souverän jedenfalls in der Innenpolitik immer weniger gesellschaftlich inferiore Gruppen wie Kleinbürger, Juden oder Abkömmlinge von kleinen Händlern Zugang zu diesem immer homogener werdenden Herrschaftskorps fanden. Bürokratische Herrschaft immunisierte sich seit 1815 auch zunehmend gegen bürgerlich-liberale Freiheits- und Toleranzansprüche (wie zum Beispiel die Nichtdiskriminierung der Juden), so daß sich angesichts des nicht sehr entwickelten industriellen und kommerziellen Standards in Preußen jene Anhänger liberaler Ideen beziehungsweise Angehörige inferiorer sozialer Gruppen, die eine konjunkturunabhängige Versorgung erstrebten, der Justiz zuwandten, die seit der Verlagerung des Herrschaftszentrums in die Verwaltung eine Lockerung der scharfen Selektion durchzuführen gezwungen war. Die Herrschaft des Rechts als des Inbegriffs von Normen, die nicht von den Zweckmäßigkeitserwägungen und den Machtinteressen der Verwaltungsbürokratie bestimmt sein durfte, war der letztlich mißglückte Versuch der liberalen Bourgeoisie (oder besser Kleinbourgeoisie), durch die Unterstellung der bekämpften Verwaltungsbürokratie unter das Recht, sprich: unter die von ihr weitgehend beherrschte Justizbürokratie, ihre politischen Ansprüche anzumelden.

³⁰ Vgl. zum ganzen Komplex E. Loening, Gerichte und Verwaltungsbehörden in Brandenburg-Preußen. Ein Beitrag zur preußischen Rechts- und Verfassungsgeschichte. Halle a. d. S. 1914; die von nationalsozialistischem Gedankengut volle, aber einiges Material enthaltende Darstellung von A. Wagner, Der Kampf der Justiz gegen die Verwaltung in Preußen. Dargelegt an der rechtsgeschichtlichen Entwicklung des Konfliktgesetzes von 1854. Hamburg 1936; E. Kehr, Zur Genesis der preußischen Bürokratie und des Rechtsstaats, in: derselbe, Der Prinzipal der Innenpolitik. Gesammelte Aufsätze zur preußisch-deutschen Sozialgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert (hrsg. von H.-U. Wehler). 2. Auflage. Berlin 1970, S. 31–52; H. Heffter, Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert. Geschichte der Ideen und Institutionen. 2. Auflage. Stuttgart 1969, insbesondere S. 322 ff., 339 ff., 623 ff.; O. Hintze, Preußens Entwicklung zum Rechtsstaat (1920), in: derselbe, Regierung und Verwaltung. Gesammelte Abhandlungen zur Staats-, Rechts- und Sozialgeschichte Preußens (hrsg. von G. Oestreich). Band III. Göttingen 1967, S. 97–163.

³¹ O. Hintze, Preußens Entwicklung zum Rechtsstaat, a. a. O., S. 158.

Die erste Station dieses wechselvollen Weges ist das Ressort-Reglement für die nach den polnischen Teilungen von Preußen erlangte und von ihm Neuostpreußen genannte Provinz vom 3. März 1797. Hier bot sich die Möglichkeit, ohne Rücksicht auf preußische Verwaltungstraditionen – die es nicht gab – eine Verwaltungsstruktur aufzubauen, die den damaligen Kräfteverhältnissen entsprach. Angesichts der auch durch das ALR von 1794 anerkannten stärkeren Position der Justiz ließ sich im Reglement nicht nur die Trennung von Justiz und Verwaltung, sondern auch die prinzipielle Kontrolle der Verwaltung durch die Justiz verankern. Dabei ist freilich festzuhalten, daß sogenannte Hoheitsrechte, das heißt Rechte, die unmittelbar aus der Souveränität des Fürsten abgeleitet wurden, nicht justitiabel waren; es gab keine Herrschaft der Justiz über den Monarchen, wohl aber eine justielle Kontrolle seiner Verwaltung. Dieses Ressort-Reglement von 1797 wurde nicht für alle Provinzen Preußens verbindlich, im Gegenteil: die Machtübernahme im Staate durch eine reformfreudige und etatistisch-liberale Beamtenfraktion, ermöglicht durch den Zusammenbruch von 1806 und die hierdurch gestellten Aufbauprobleme, leitete den Prozeß der Zurückdrängung des Justizeinflusses auf die Verwaltung ein: die für ganz Preußen geltende Verordnung vom 26. Dezember 1808 enthält bereits eine Einschränkung des Gerichtsweges gegen alle Polizeiverfügungen, wobei sich der Begriff der Polizei auch, gemäß der absolutistischen Terminologie, auf Angelegenheiten der Wirtschafts- und der Wohlfahrtspflege erstreckte. Finanzstreitigkeiten blieben allerdings weiterhin justitiabel.

Wie wir oben sahen, war die ökonomische Politik der nach 1806 an die Macht gekommenen Verwaltungsbürokratie fast ausschließlich fiskalische Politik, so daß eine gerichtliche Kontrolle der Steuer- und Entschädigungspolitik – letztere insbesondere im Hinblick auf die Kriegsschäden – die empfindlichste Stelle der Verwaltungsbürokratie treffen mußte. Die nach 1808 erlassenen Steuergesetze schlossen dann auch entweder ausdrücklich den Rechtsweg vor die Gerichte aus – es gab nur den Rekurs an die Verwaltungsbehörden selbst – oder erwähnten ihn nicht. Von besonderer ökonomischer Bedeutung war auch die Frage, ob und in welchem Umfange die Bürokratie Kriegsschäden zu ersetzen bereit war. In dieser Frage hatten die Gerichte, gestützt auf eine entsprechende Interpretation der §§ 74 ff. EinlALR, in der Regel Entschädigungsansprüche der Geschädigten gegen den Staat anerkannt – ein Vorgang, der angewischt der sozial-ökonomischen Folgen einer derartigen Rechtsprechung für die politische Herrschaft der Verwaltungsbürokratie nur als Herausforderung an sie aufgefaßt werden kann. Auf ihr Drängen schob dann die Kabinettsordre vom 4. Dezember 1831 dieser Entwicklung einen Riegel vor, indem sie Rechtsstreitigkeiten über Kriegsfolgen überhaupt der Gerichtskompetenz entzog³².

Auch wurden die Ansprüche der Beamten auf ihre Dienstekünfte durch Kabinettsordre vom 7. Juli 1830 der Kompetenz der Gerichte entzogen, ein Vorgang, der sich mit den Versuchen der Ministerialbürokratie erklärt, die Subalternbürokratie fest an sich zu binden. Im wesentlichen vermochte sich die Verwaltungsbürokratie gegenüber der Justiz vor wie nach 1848 durchzusetzen, bis dann

³² Vgl. die Kabinettsordre und das ihr zugrunde liegende Gutachten der Verwaltungsbürokratie bei E. R. Huber, Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte. Band I, S. 67 ff.; zum Komplex der Kriegsentschädigung Ed. Heilbron, Die rechtliche Behandlung der Kriegsschäden. I. Band, Die rechtliche Behandlung der Kriegsschäden in Preußen nach den Freiheitskriegen und die Kabinetts-Order vom 4. Dezember 1831. Mannheim/Berlin/Leipzig 1916; Band II, Die rechtliche Behandlung der Kriegsschäden bis zum Weltkriege. Mannheim/Berlin/Leipzig 1918, insbesondere S. 109 ff.

durch das Verwaltungsgerichtsgesetz vom 3. Juli 1875 und das Zuständigkeitsgesetz vom 26. Juli 1876 ein Kompromiß dahingehend geschlossen wurde, daß die Verwaltung von sachlich unabhängigen Gerichten kontrolliert werden sollte, wobei diese Gerichte aber durch ihre Zusammensetzung (Verwaltungsbeamte und Laien beziehungsweise Verwaltungsbeamte und Richter in der höchsten Instanz) eine hinreichende Gewähr für ein Verständnis der »Sachgesetzlichkeiten der Verwaltung« boten. Hinzu kommt, worauf E. Kehr hingewiesen hat³³, daß nach 1870 von einem liberalen Richtertum kaum noch gesprochen werden kann. Die ursprüngliche liberale Forderung einer politischen Kontrolle der Verwaltung mit dem bürokratischen Mittel ihrer Unterstellung unter die ordentliche Gerichtsbarkeit als eine eher der liberalen Bourgeoisie und Kleinbourgeoisie zuneigende Bürokratie blieb damit endgültig unerfüllt.

IV.

Die weitere Entwicklung des deutschen Herrschaftssystems ist in der Folge durch einen derartigen »bürokratischen Pluralismus« nicht wesentlich beeinflußt worden, obwohl sich Spuren davon in der Weimarer Republik nachweisen lassen³⁴. Ihnen sowie den Auseinandersetzungen zwischen Richter- und Verwaltungsbürokratie über das Ausmaß des richterlichen Kooptationsrechtes unter der Geltung des Grundgesetzes³⁵ nachzugehen, dürfte nur von historischem Interesse sein, da sich politische Auswirkungen dieser Auseinandersetzungen nicht feststellen lassen. Gleichwohl ist das Problem einer Sozialökonomie der Bürokratie sowie das eines bürokratischen Pluralismus historisch keinesfalls erledigt, auch nicht unter dem Gesichtspunkt der institutionellen Bedingungen dessen, was wir heute Rechtsstaat nennen.

Ich möchte hierzu zum Abschluß zwei Anmerkungen machen, die in einem zweiten Beitrag durch Material näher belegt werden sollen.

Der Rechtsstaat kann als der institutionell-juristische Ausdruck einer politischen Ordnung beschrieben werden, die die Entfaltung der Dynamik der kapitalistischen Wirtschaftsweise ermöglicht und schützt; in ihrem Zentrum steht die Eigentums-, Vertrags- und Berufsfreiheit. Zugleich ermöglicht und schützt diese rechtsstaatliche Ordnung – worauf Franz Neumann hingewiesen hat – auch nicht-ökonomische Sphären individueller Entfaltung, weil anders politische und rechtliche Egalität nicht zu realisieren wäre. Franz Neumann hatte seinerzeit unter dem Eindruck des Faschismus analysiert, daß die rechtsstaatlichen Kategorien der kapitalistischen Ökonomie, insbesondere die Kategorie der Person bzw. der Rechtsperson, unter den Bedingungen des Monopolkapitalismus in institutionalistischen Theorien verloren gegangen seien, weil der Monopolkapitalismus insgesamt die Person entrechte. Trotz einer gewissen Beliebtheit institutionalistischer Theorien auch heute noch ist jene Feststellung für die heutige Situation zu modifizieren. Richtig dürfte sein, daß Eigentum und Vertragsfreiheit ihres rechtsstaatlichen, auf Rechtspersonen bezogenen Charakters zunehmend entkleidet sind und lediglich innerhalb umspannender Planungs- und Steuerungs-

³³ Zur Genesis der preußischen Bürokratie . . ., a. a. O., S. 51 ff.

³⁴ Vgl. die oben zitierte Schrift von Fr. Dessauer, Recht, Richtertum und Ministerialbürokratie (Fußnote 29).

³⁵ Vgl. die Rechtsgutachten von H. Ridder, H. P. Ipsen, A. Arndt zu den Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages 1953: »Empfiehlt es sich, die vollständige Selbstverwaltung aller Gerichte im Rahmen des Grundgesetzes gesetzlich einzuführen?«

systeme die Funktion der Zuweisung bestimmter Funktionen innerhalb dieser Systeme haben – Dispositionsfreiheit über das Eigentum im Sinne individueller eigenverantwortlicher Verfügung über Produktionsmittel findet selbst nicht bei jenen statt, die heute die volle Direktion über das ökonomische Potential der Bundesrepublik innehaben: den Beherrschern der ökonomischen Monopole. Auch sie verfügen nicht über Eigentum, wie Art. 14 GG als klassische rechtsstaatliche Garantie voraussetzte, sondern planen, regulieren, steuern innerhalb eines politisch-ökonomischen Herrschaftsfeldes, das ihnen zusätzlich zu der Position des Eigentümers die des Planers der institutionellen Bedingungen der Entfaltung des Eigentums einräumt, wodurch die gesellschaftliche Grundlage des rechtsstaatlichen Eigentums selbst entfällt. Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, daß diese Funktionalisierung der rechtsstaatlichen Eigentums- und Vertragsfreiheit keinesfalls mit einer Minderung der gesellschaftlichen Macht der Verfügungsberechtigten einhergeht – für die konzentrierten Kapitale gilt das Gegenteil.

Eine derartige Funktionalisierung der rechtsstaatlichen Individualgarantien lässt sich auch für die nicht-ökonomische Sphäre feststellen: bisher gilt als plausibelste Erklärung für die tatsächliche Geltung individuell-rechtsstaatlicher Grundrechte die jeweilige organisiert-politische Macht derjenigen gesellschaftlichen Gruppen, für die diese Grundrechte die Basis ihrer gesellschaftlichen Existenz darstellten. Insoweit waren die Träger dieser Rechte Subjekte. Im Zuge der allmählichen Transformation der rechtsstaatlichen Strukturen des Grundgesetzes in eine militante Wertordnung, deren materielle Basis die Entfaltung der Kapitalverwertung unter den oben erwähnten institutionellen Bedingungen darstellt, polarisieren sich die Träger nichtökonomischer rechtsstaatlicher Rechte: in diejenigen Gruppen, die in den Transformationsprozeß integriert werden und statusähnliche Rechtspositionen erlangen – vor allem die parlamentarischen Parteien und die Gewerkschaften – sowie in eine Restkategorie, deren subjektive Rechte zunehmend zu Reflexen der Machtkonstellationen der bürokratischen Apparate reduziert werden und ihren subjektiven Gehalt verlieren. Ihre Chance, »ihr Recht« zu bekommen, liegt zunehmend in der realistischen Einschätzung der Kräftekonstellationen innerhalb der Bürokratie und der geschickten Ausnutzung von Konflikten, Rivalitäten, politischen Situationen, ja personellen Konstellationen als denjenigen Momenten, die die realen Bedingungen der Durchsetzung ihrer Ansprüche darstellen. Ihnen hilft keine Theorie des Rechtsstaats, allenfalls eine Rechtsstaatskunde des Alltags. Um ihre Chancen abschätzen zu können, ist eine Sozialökonomie der Bürokratie erforderlich, aus der die heutigen Erscheinungsformen eines bürokratischen Pluralismus abzuleiten wären.

Arbeitsgruppe*

Ausländerrecht und Fremdarbeit

»Fürsorge auf der einen, die Panzerfaust auf der anderen Seite«
Wilhelm II., Kaiser a. D., zur Sozialpolitik gegenüber der Arbeiterklasse

Der Schleier der Ideologie vom Klassenfrieden in Westdeutschland, gar von der klassenlosen Gesellschaft, scheint nach dem vorläufig gegückten Wiederaufstieg des Kapitalismus wieder durchbrochen. Es gibt noch Ausbeutung, ja selbst der sozial-demokratische »Vorwärts« veröffentlichte diesbezüglich die Erkenntnis, daß es noch ein Proletariat gebe.¹ Aber, und das macht den Grund und den Zeitpunkt der erst jetzt vielerorts kundgetanen Empörung darüber aus: dieses neue Proletariat sind nur die ausländischen Arbeiter, die »Gastarbeiter«.

Eine bundesweite Kampagne zur Integration der ungefähr zwei Millionen Arbeitsemigranten² hat begonnen. Es wird zugegeben, wie auch von offizieller Seite verlautbart, daß es sich hierbei um Menschen handele, was allerlei ökonomische und politische Konflikte begründe. Die zu lösen, ist Aufgabe der vielseitigen Bewegung zur Anerkennung des »ausländischen Mitbürgers«. Diese Bewegung macht auch nicht halt vor dem Recht, und so steht das noch neue *Ausländergesetz von 1965* schon im Kreuzfeuer öffentlicher Kritik. Es erfüllt dem ersten Anschein nach seine historisch-adäquate Aufgabe nicht mehr. Was liegt also näher als die Reform? Zunächst die bürgerliche Kritik und daraus folgende Reformvorschläge.

I. GLEICHHEITSGRUNDSATZ UND FREMDENRECHT – EIN WIDERSPRUCH DER BÜRGERLICHEN RECHTSORDNUNG

Der »erste ausländerrechtliche Leitsatz des geltenden Verfassungsrechts« lautet: »Der Ausländer nimmt an der rechtsstaatlichen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland teil«³.

* Die Arbeitsgruppe ging aus der ehemaligen »Republikanischen Hilfe«, der Rechtshilfeorganisation der Studentenbewegung in Frankfurt/M. hervor. Die Arbeitsgruppe allein ist für den Inhalt des Aufsatzes verantwortlich.

¹ Günther Bartsch, Das neue Proletariat, in: Vorwärts vom 27. November 1963.

² Dieser Begriff bezeichnet die Lage der ausländischen Arbeiter, die aus dem Elend der Arbeitslosigkeit vorübergehend oder sogar auf Dauer in das Elend der kapitalistischen Ausbeutung emigriert sind, besser als die ideologische Verbrämung »Gastarbeiter«. Auch der Begriff »Fremdarbeiter« ist nicht richtig; nicht, weil er unselige Erinnerungen an den nationalsozialistisch organisierten Gebrauch ausländischer Arbeitskräfte für deutsches Kapital wecken könnte – diese Erinnerung könnte zutreffend die historische Tradition der westdeutschen Ausbeutungsverhältnisse erklären helfen –, sondern weil alle Arbeiter Fremdarbeiter sind: Arbeitsmittel, Arbeitsresultat, Arbeitszweck und die Arbeit selbst hat sich das Kapital einverlebt. Dem Arbeiter gehört nichts außer seiner Arbeitskraft, Lohnarbeit ist Fremdarbeit.

³ Schiedermaier, Handbuch des Ausländerrechts, Ffm/Berlin 1968, S. 33.

Doch die Ausländer nehmen zunächst einmal an der kapitalistischen Grundordnung und weniger an Rechten teil. Trefflich hat im Jahre 1919 der Jurist Justus Wilhelm Hedemann dieses Verhältnis beschrieben: »Heute ist zwar grundsätzlich jeder Mensch zur Privatrechtsordnung zugelassen, ist in der Juristensprache ›Person‹, hat ›Persönlichkeit‹. Aber es gibt Einschränkungen, z. B. für Ausländer, für das Kind im Mutterleib«⁴. Und heute, rund 50 Jahre nach der gescheiterten proletarischen Revolution in Deutschland, sind Ausländer grundsätzlich noch nicht als Personen zugelassen, werden gleichsam als Wesen behandelt, die sich wie der menschliche Embryo erst auf einer Vorstufe zum wirklichen Menschen befinden.

1. Die liberale Moral und das Ausländergesetz

Daran entzündet sich nun liberale Kritik, die auch im Ausländer einen Menschen sieht und an das Bonner Grundgesetz glaubt, nach dem alle Menschen gleich sein sollen. Ein Sammelwerk solcher Kritik stellt das Heft 1/1970 der »studentische(n) politik« dar unter dem Titel »Ausländergesetz «65 – Alternativentwurf«⁷⁰. Kritik und Reform«. Es geht davon aus, daß von der amtlich gerühmten »Welt-Offenheit« und »Liberalität« des geltenden Rechts nicht viel zu sehen ist. Darum sei es notwendig, »Grenzbarrieren abzubauen und die rechtliche Gleichstellung des Ausländer mit dem Inländer soweit voranzutreiben, wie es der Respekt vor der Würde und Freiheit des Menschen gebietet und die Interessen der einheimischen Bevölkerung und Wirtschaft zuzulassen scheinen«⁶.

Ihre eigene Grenzbarrieren bauen die Kritiker allerdings nicht ab. Sie wollen ein Ausländergesetz, »das im rechtsstaatlichen Geist des Grundgesetzes die Herrschaft des Rechts und der menschlichen Freiheit für alle Bewohner des Bundesgebietes begründet«⁶. Ihre Moral begreift das Fremdenrecht nur als »Rückfall in den Polizeistaat«, und deshalb streben sie nach vorne, »um die ›Liberalität‹ des Ausländerrechts auch nach internationalem Maßstab zu verwirklichen«⁷.

Die Reform beschränkt sich auf internationale Konkurrenzfähigkeit des nationalen Fremdenrechtswesens. Das Wesen des Fremdenrechts jedoch erhellt keiner der Beiträge der genannten Reformschriften. Sie befassen sich mit dem »Verfall des Asylrechts« (S. 62 ff.), mit der Unberechenbarkeit des Ermessens im Aufenthaltsrecht (S. 72), mit der Tatsache, »daß das deutsche Ausländergesetz auf den meisten . . . Gebieten enger und restriktiver als die Vergleichsrechte gefaßt ist« (S. 56), daß es in der Bundesrepublik »mittlerweile eine alarmierend hohe Dunkelziffer von illegalen Einwanderern, die ohne schriftliche Erlaubnis Beschäftigung und Unterkunft finden«, gibt (S. 50), mit den juristisch verbildeten Sexualkrüppeln, die als Kommentatoren des Ausländergesetzes »bei Ausländern eine besondere Inkarnation zu Verstößen gegen die Sittlichkeit« vermuten (S. 41) – kurz, die Fremdenrechtsreformer beschäftigen sich mit einer chaotischen Vielfalt von Erscheinungsformen der Klassengesellschaft im Lichte des Ausländerrechts. Wie könnten sie also, empört immer nur über Einzelfälle, Wesentliches über die Lage der Ausländer und den Klassencharakter des Fremdenrechts aussagen?

Für sie ist wichtig, »ob überhaupt die nachteilige Ungleichbehandlung des Ausländer notwendig ist; bejahendenfalls: wieweit sie soeben noch notwendig ist«

⁴ Einführung in die Rechtswissenschaft, Berlin/Leipzig 1919, S. 67.

⁵ studentische Politik 1/70, S. 32.

⁶ A. a. O., S. 32.

⁷ A. a. O., S. 56.

(S. 9). Sie fragen nicht, für wen die Ungleichbehandlung notwendig ist oder wie das mit der Gleichbehandlung und Gleichberechtigung der Inländer aussieht. Für sie sind Klassengegensätze Ungleichheiten der Nationalität, und der Klassenkampf ist eine Frage der richtigen Behandlung der Ungleichheiten. Ihre liberale Moral empört sich nur über das Übermaß an Ungerechtigkeit, die nachteilige Ungleichbehandlung des Lohnarbeiters im Produktionsprozeß lässt sie kalt, denn sie ist eben, im bürgerlich-kapitalistischen Staat noch notwendig.

2. Die kapitalistische Gerechtigkeit und die rechtliche Gleichheit

Wir gehen daher nicht davon aus, daß alle Deutschen gleich und die Ausländer demgegenüber ungleich sind oder behandelt werden, sondern davon, wie die rechtliche, also formale Gleichheit aller Menschen geregelt ist. Wir fragen danach, »kraft welcher Ursachen sich der Mensch als zoologisches Individuum in ein juristisches Subjekt verwandelt hat«⁸ und wieso dieser Verwandlungsprozeß für Arbeitsemigranten abgeblockt wird. Wir fragen also nach der Gerechtigkeit, die offensichtlich den Ausländern nicht zuteil wird. Was aber ist gerecht?

»Gerecht ist, was dem Recht gemäß ist. Gerecht ist insbesondere, was der Idee des Rechts entspricht . . . Hier tun sich abgrundtiefe Fragen auf«⁹. So blöd dies klingt, so wahr ist es – für die kapitalistische Gerechtigkeit. Sie beruht auf der Grundlage, daß das Kapital¹⁰ die Macht hat, sich fremde Arbeit ohne Austausch, ohne Äquivalent, aber mit dem Schein des Austauschs, anzueignen. Dieser Austausch, dieses Aneignungsverhältnis ist nicht Ergebnis roher Gewalt, sondern wird durch den Arbeitsvertrag geregelt und eingeleitet. Gerecht ist also, was dem Recht des Arbeitsvertrages gemäß ist. Gerecht ist insbesondere, was der Idee dieses Rechts, der Ausbeutung unter dem Schein des gerechten Austauschs, entspricht. Dieser (Rechts)Schein materialisiert sich als Verfassungsgrundsatz, als emphatisches Bekenntnis zur materialen Gerechtigkeit: »Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich« (Artikel 3, Absatz 1 Grundgesetz).

»Gerecht ist daher, was dieser Rechtsidee entspricht. Daß es eine solche Idee gibt, die sich zudem zu Verfassungsrang empor gewunden hat, geht nicht auf den guten Willen unserer Verfassungsväter oder den der westlichen Alliierten nach 1945 zurück, sondern auf die materielle Ursache der kapitalistischen Produktionsverhältnisse, deren weltgeschichtliche Konstitution politisch und damit rechtlich durch die französische Revolution geschah.

»Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit« und Warenproduktion. Die kapitalistische Produktion ist Warenproduktion. Sie ist ein unpersönlicher, gleichartiger Prozeß. Innerhalb ihres Systems sind die Menschen nicht mehr individuell schöpferisch.

⁸ Paschukanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, Frankfurt 1969, S. 89.

⁹ Schmelzeisen, Recht und Rechtsdenken, Bern 1968, S. 27.

¹⁰ Hier kann und soll nicht dargestellt werden, warum in der BRD kapitalistische Produktionsverhältnisse herrschen und dieser Staat darum Instrument der Kapitalistenklasse ist. Mit dem Hinweis auf den Antagonismus zwischen Lohnarbeit und Kapital ist nichts bewiesen. Die politische Erfahrung lehrt, daß diejenigen, die von der neutralen Rolle des Staates, von der Klassenharmonie und vom Wohlstand der Arbeiterklasse ausgehen, nicht durch die Kraft der Argumente, sondern nur durch die Macht der revolutionären Praxis überzeugt werden können. Die vorliegenden Ausführungen über das Ausländerrecht sind darum nur als Bemerkungen zu einer besonderen Frage des Klassenrechts zu verstehen. In die Auseinandersetzungen um die richtige Taktik und Strategie der Arbeiterbewegung, um die Frage der revolutionären Organisation im Klassenkampf können wir auf der hier vorgegebenen Ebene des materialistischen und auch parteilichen Beschreibens nicht eingreifen. Denn auch die rechts-theoretische Kritik am proletarischen Klassenkampf ist eine logische Unmöglichkeit.

rische Kräfte, wie sie es noch rudimentär in der Handwerksproduktion des Mittelalters waren; die Arbeiter sind vielmehr nur noch Träger von Arbeitskraft, die nur quantitativ am Zeitmaßstab gemessen werden kann, die aber qualitativ gleichwertig ist. Darum gelten die Träger der Arbeitskraft, die Lohnarbeiter, in der kapitalistischen Gesellschaft als untereinander qualitativ gleichwertig. Weiterhin ist aber nur nötig, daß *irgendein* Mensch die Arbeit leistet, die der kapitalistische Produktionsprozeß erfordert – ein Arbeitender. Welcher konkrete Mensch diese Arbeit leistet, das ist gleichgültig. Das Individuelle, das Konkrete des Einzelmenschen spielt gar keine Rolle. Denn der Arbeiter soll ja nicht Individuell-Einmaliges schaffen, was seinen persönlichen Bedürfnissen und Interessen entspricht, sondern *Waren*, ganz unpersönliche Massenprodukte. Und weil so innerhalb des kapitalistischen Produktionsprozesses die menschliche Arbeit keine individuelle, konkrete ist, sondern nur die allgemein-menschliche Arbeit, darum entspricht dieser Produktionsweise eine Ideologie und ein Recht, wonach alle Menschen gleich sind.

Um das zu bleiben, müssen sie auch frei sein. »Die Festsetzung der Verhältnisse zwischen den selbständigen Gewerbetreibenden und den gewerblichen Arbeitern ist, vorbehaltlich der durch Reichsgesetz«, das natürlich für alle Menschen gleichermaßen gilt, »begründeten Beschränkungen, Gegenstand freier Übereinkunft«, belehrt uns hierüber die noch heute gültige Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 in § 105. Denn zur »Verwandlung von Geld in Kapital muß der Geldbesitzer also den freien Arbeiter auf dem Warenmarkt vorfinden, frei in dem Doppelsinn, daß er als freie Person über seine Arbeitskraft als seine Ware verfügt, daß er anderseits andre Waren nicht zu verkaufen hat, los und ledig, frei ist von allen zur Verwirklichung seiner Arbeitskraft nötigen Sachen«¹¹.

Der Lohnarbeiter ist somit frei, weil er gleich ist. Er ist aber auch gleich, weil er frei ist. Denn wer frei über sich einem anderem gegenüber verfügen kann, darf nicht dessen Gewalt unterworfen sein. Der freie Handel, die Gewaltlosigkeit des Vertragsverhältnisses, setzt Gleichberechtigung voraus. Und die kapitalistische Produktion braucht den freien Lohnarbeiter und nicht den Sklaven oder Leibeigenen, der unterhalten werden muß, auch wenn er nicht arbeitet (und zwar über sechs Wochen Lohnfortzahlung hinaus), der, gesellschaftlich als Sache behandelt, sich zumindest zu anderen Sachen als Mensch verhalten und sie beherrschen will, der, kurzgefaßt, die nötige Sorgfalt bei der Arbeit und gegenüber den Produktionsmitteln vermissen läßt. Langatmige Klagen der Sklavenherrn über diese die Rentabilität beeinträchtigenden Störungen sind bekannt. So lenkten denn auch im amerikanischen Bürgerkrieg die Baumwollfarmer des Südens und die Industriellen des Nordens die Armeen nicht deshalb aufeinander, weil sie unterschiedliche Vorstellungen über die Menschenwürde der Schwarzen hatten, sondern weil die sich rasch entwickelnde Industrie der Nordstaaten den von Grund und Boden unabhängigen, frei kaufbaren Lohnarbeiter benötigte; weil sie also unterschiedliche Vorstellungen über den Ausbeutungsgrad der Sklaven im Verhältnis zu dem der Lohnarbeiter hatten – was natürlich nicht die ausschließliche Ursache dieses amerikanischen Konkurrenz- und Sezessionskrieges war.

Brauchen die kapitalistischen Produktionsverhältnisse also den freien Lohnarbeiter, dann braucht die kapitalistische Rechtsordnung den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz. Der Lohnarbeiter muß seine Arbeitskraft als Warenbesitzer verkaufen können. Und aus dem Verkauf muß er einen Anspruch, ein subjektives Recht auf Lohn haben. Dieser Anspruch ist nötig, soll die Klasse der Lohnar-

¹¹ Marx, Das Kapital, Erster Band, MEW Bd. 23, S. 183 (4. Kapitel).

beiter nicht wegen der Willkür des Einzelkapitalisten, der keinen oder möglichst wenig Lohn bezahlen will, physisch zugrunde gehen. »Das subjektive Recht ist rechtlich geschütztes Interesse«, sagte darum Rudolf von Ihering, der Entdecker des Kampfes um das Recht. Das subjektive Recht des Lohnarbeiters, Lohn zu erhalten, ist das rechtlich geschützte Interesse des Kapitals, die Klasse der Lohnarbeiter als Mehrwertschöpfer zu erhalten. Darum ist der Lohnarbeiter Rechtssubjekt, darum sind »alle Menschen . . . vor dem Gesetz gleich«.

3. Die offene Gewalt und der große Betrug

Empörend ist, daß die Ausländer noch nicht einmal vor dem Gesetz gleich zu sein scheinen. Darum kommt es den genannten Reformern darauf an, »die noch ausstehende Übereinstimmung unseres Ausländerrechts mit unserem Verfassungsrecht herbeizuführen« (S. 9), was sie dazu veranlaßte, einen Alternativentwurf zu verfassen. Aber wie soll die Übereinstimmung aussehen?

Hören wir allgemein dazu das Bundesverfassungsgericht, den Hüter unserer Verfassung. Es interpretiert den Gleichheitssatz als Gebot, »weder wesentlich Gleicher willkürlich ungleich, noch wesentlich Ungleicher willkürlich gleich« zu behandeln. Verboten ist also die »willkürliche Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichen«¹². Fragt sich nur, wo das Wesen anfängt und die Willkür aufhört.

Ein Beispiel: Männer und Frauen sind nicht gleich. Das weiß jeder. Aber »Männer und Frauen sind gleichberechtigt« (Art. 3, Abs. 2 GG). Das wußten zum Beispiel die Kapitalisten nicht, die Frauen weniger Lohn als Männer gaben und sie in Frauenlohngruppen einstuften. Folge dieses Mißverhältnisses von Verfassung und Verfassungswirklichkeit war: das Bundesarbeitsgericht entschied 1955, aus Art. 3, Abs. 2 GG ergebe sich der »Grundsatz der Lohngleichheit für männliche und weibliche Arbeitnehmer« auch für Tarifverträge. Die Frauenlohngruppen wurden abgeschafft. Die Frauen werden nun in Leichtlohngruppen eingestuft und erhalten auch nicht mehr Geld. Aber dafür gilt jetzt die Verfassung auch im Tarifvertragsrecht. Das ist bekannt, doch erregt es nur zuweilen den Spiegel (Nr. 5 vom 25. Januar 1971) oder das Feuilleton der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, die feststellte: »Männer und Frauen sind gleichberechtigt, behauptet das Grundgesetz. Kein Geheimnis natürlich, daß dieser Grundsatz allenfalls als Versprechen und guter Vorsatz gelten kann. Wie es in Wirklichkeit aussieht, dazu genügt ein Blick auf die Lohnstreifen von Männern und Frauen, insbesondere dort, wo beide die gleiche Arbeit leisten. Prinzipielle Unterlegenheit, um nicht zu sagen Minderwertigkeit der Frau – dies Denkschema ist in der Vorstellungswelt unserer Gesellschaft tief und fest verankert . . . Die Emazipation, wer möchte das bezweifeln, hat noch einen langen, mühseligen Weg vor sich« (FAZ v. 29. 1. 71).

Einer der wenigen Rechtsdurchblicker vom Fach, Josef Esser, stellt die dazu passende Diagnose für Art. 3, Abs. 2 GG: »Ein konstruktives Prinzip für die Rechtsprechung wird hier nicht aufgestellt . . . Ein konstruktives Prinzip kann freilich ein Verfassungsprinzip niemals sein, und Art. 3 Abs. 2 GG will auch nicht konstruktiv wirken, sondern selektiv. Was im geltenden Recht mit unseren Vorstellungen des paritätischen Rechts von Mann und Frau unvereinbar ist, soll ausgeschieden werden«¹³. Mit den Worten des Rechtspraktikers Ernst Benda,

¹² BVerfGE 4, 155 und E 4, 42.

¹³ Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1964, S. 77, 78.

des ehemaligen Notstandsministers, heißt das: »Im Bereich von Wirtschaft und Gesellschaft könnte man mit dieser Fiktion der Gleichheit aller Menschen nur etwas anfangen, wenn man bereit wäre, den Verfassungsgrundsatz der freien Entfaltung der Persönlichkeit aufzugeben oder ihn auf die Betätigung der Menschen nach Feierabend zu beschränken«¹⁴. Wessen Entfaltung hindert die allgemeine Gleichberechtigung aller Menschen? Unter Berücksichtigung der allgemeinen Gleichwertigkeit der Menschen, ausgehend vom »wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolg« als »Gradmesser der Fähigkeiten oder des Fleißes« der Menschen, ist festzustellen: »Damit ist über den Wert der Arbeit, die jeder an seinem Platz zu leisten hat, überhaupt nichts ausgesagt; die selbstverständliche Feststellung, daß nicht jeder Führungsaufgaben in der Wirtschaft übernehmen kann, weil Führung auch Gefolgschaft voraussetzt, bedeutet durchaus nicht, daß der eine größeren menschlichen Wert als der andere hätte«¹⁵. Führung und Gefolgschaft, Kapital und Lohnarbeit vorausgesetzt, also ohne den Verfassungsgrundsatz der freien Entfaltung der Führungspersönlichkeit aufzugeben, lässt sich über den Gleichheitssatz reden, wie z. B. über den menschlichen Wert der Arbeitsemigranten.

Der rechtsstaatliche Geist des Grundgesetzes, dem die Fremdenrechtsreformer für ein neues Ausländergesetz auf der Spur sind, löst sich in der Realität auf in ein taktisches Verhältnis zum Gesetz. Die Herrschaft des Rechts, die anzustreben sei, begründet keineswegs die menschliche Freiheit für alle Bewohner des Bundesgebietes, sondern legitimiert nur die Herrschaft des kapitalistischen Produktionszweckes und schließt bestenfalls Einzelwillkür aus. »Die Gleichheit, um die es bei der Gerechtigkeit geht, ist sonach die Gleichheit eines zulänglich begründeten und daher nicht willkürlich Unterscheidens«¹⁶.

Da nicht für jeden Bewohner des Bundesgebietes der Unterschied zwischen Lohnarbeit und Kapital zulänglich begründet und daher nicht willkürlich ist, bedarf es für die Feststellung derartiger Begründetheit der Interpretationsherrschaft. Die üben die staatlichen Rechtsagenten in Justiz und Verwaltung aus. Sie dekretieren die Gleichberechtigung von Kapital und Arbeit und alle aus der Natur der Sache folgenden Unterschiede als sachgerecht. Sie bestimmen, warum der griechische Demokrat durch seine praktische Kritik am faschistisch verwalteten NATO-Partner Griechenland die »freiheitliche demokratische Grundordnung oder die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet« (§ 10, Abs. 1, Ziff. 1 AuslG) und deshalb ausgewiesen werden muß^{16a}, während der faschistische Lehrer, der in einer Frankfurter Schule die faschistische Junta in Athen im Unterricht für Griechen verherrlicht, die freiheitlich demokratische Grundordnung nicht gefährdet¹⁷.

Für das geltende Fremdenrecht und seine Reform heißt das: es gibt keine Herrschaft des Rechts, an die sich verfassungsgebundene Staatsorgane und Industrie- und Finanzkapital zu halten hätten. Die bestehenden Herrschaftsverhältnisse

¹⁴ Benda, Industrielle Herrschaft und sozialer Staat, Göttingen 1966, S. 110.

¹⁵ Benda, a. a. O., S. 111.

¹⁶ Schmelzeisen, a. a. O., (FN 9), S. 28.

^{16a} So wie der Griechen Demetre Maracas, der laut Bescheid vom 26. April 1968 »bewußt gegen die demokratische Ordnung in Griechenland (!) gearbeitet« hat, kein Recht auf Asyl hat, obwohl er mit Recht befürchteten muß, dort (gemeint ist Griechenland) wegen seiner politischen Tätigkeit . . . bestraft zu werden. (Studentische Politik 1/70, S. 128 ff.).

¹⁷ Zum ausländerrechtlich nicht erfaßten Treiben eines solchen Faschismuspropagandisten s. die Broschüre »Gegen den Faschismus in der Bildungspolitik – Zur Situation der Kinder ausländischer Arbeiter in deutschen Schulen«, hrsg. von der Neuen griechischen Gemeinde u. a., Frankfurt 1970.

setzen ihr eigenes Recht. Und diese bestehenden Verhältnisse sind Produktionsverhältnisse. Die dadurch vorgegebenen Zwecke, wie etwa Austausch zwischen Lohnarbeit und Kapital, setzen die Rechtsinhalte, wie etwa den Gleichheitssatz als Grundgesetz der bürgerlichen Rechtsordnung. Diese bestehenden Verhältnisse sind Klassenverhältnisse. Die dadurch vorgegebenen Zwecke wie etwa die Aufrechterhaltung der Herrschaft einer Klasse über die andere, setzen die Rechtsinhalte, wie etwa den *Rechtsfrieden*. Denn Rechtsordnung ist Friedensordnung: vom Hausfrieden über den Landfrieden zum Betriebsfrieden soll es friedestiftend wirken.

Das ist der Punkt, an dem die Aufgaben des bürgerlichen Rechts und der Gesetze klar werden. Hier hätten die Reformer fragen müssen, welchem Frieden das Fremdenrecht dient. Wie alles Recht dient es dem Klassenfrieden, jedoch einem nur höchst einseitigen. Der Klassenkampf ist verboten, allerdings nur der Arbeiterklasse¹⁸. Der Rechtsfriede dient dem einseitig geführten Klassenkampf: je friedlicher die Arbeiterklasse, umso größer die Ausbeutungsrate. Der offene Klassenkampf ist unwirtschaftlich, und der »Frieden in den Betrieben ist für den sozialen Frieden im ganzen Lande von ausschlagender Bedeutung«¹⁹.

Zur Aufrechterhaltung dieses Friedens hat die Bourgeoisie zwei Mittel²⁰, »Fürsorge auf der einen, die Panzerfaust auf der anderen Seite«²¹, den großen Betrug und die offene Gewalt. Mittel der Gewalt ist der Einsatz von Polizei, Justiz und Militär, Mittel des Betruges ist die Sozialpolitik, die getragen wird von Kirchen²² über lokale Caritasgruppen (wie dem »Verein zur Förderung ausländischer Arbeitnehmer in der Bundesrepublik« in verschiedenen Städten) bis zu staatlichen Hoheitsträgern. Sozialpolitik hat nämlich den Anspruch, »soziale Spannungen und Widersprüche und die damit verbundenen Wachstums- und Entwicklungsstörungen in unserer Gesellschaft zu mindern«²³. Wenn das nicht ausreicht, wenn die Störungen sich zum proletarischen Klassenkampf ausweiten oder dahinstreben (was in der Rechtssprache Notstand heißt, der nicht nur durch Notstandsgesetze verhindert werden soll, sondern auch zum Beispiel durch ein wirksames Ausländerrecht), dann greift die Gewalt ein. Diese Gewaltenteilung

¹⁸ Dem Juristen, dem das Recht noch heiliger Selbstzweck ist, wird dies ganz absurd erscheinen. Wieso kann der Klassenkampf verboten sein, wo doch selbst die entsprechende Strafvorschrift, nämlich der alte Klassenkampfparagraph 130 StGB, den neuen, klassenlosen Zeiten gemäß geändert wurde? Wir können den Rechtsdenker, der das Recht der herrschenden Klasse, über die lohnabhängige Klasse zu herrschen, täglich verteidigt, hier nicht davon überzeugen, daß er sich dadurch täglich für die Zwecke des Kapitals prostituiert. Daß Recht Klassenrecht ist, muß jedem absurd erscheinen, für den die alltägliche Ausbeutung von Arbeitskraft nicht Klassenkampf, sondern ewig-gültiges Naturgesetz ist.

¹⁹ Paulsen, Rede auf der Veranstaltung der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, deren Präsident er damals war, anlässlich ihres zehnjährigen Bestehens am 29. Januar 1959 in Köln.

²⁰ Es ist klar, daß die materiellen Ursachen für die Tatsache, daß die Arbeiterklasse nicht einfach die ganze Kapitalistenbande zum Teufel jagt und selbst die Produktion und den Staat in die Hände nimmt, nicht in eigens dazu produzierten Ideologien oder Gewaltakten, sondern im Wesen der kapitalistischen Gewaltverhältnisse selbst liegen, in der Mystifikation der Tauschgerechtigkeit, in der vorhandenen Konkurrenzsituation der Arbeiter untereinander. Daraus, und nicht aus selbständig entstandenen Spaltungsstrategien, resultiert letztlich z. B. die Diskriminierung von ausländischen Arbeitern durch ihre deutschen Kollegen, obwohl beide der gleichen Klasse angehören.

²¹ Kaiser Wilhelm II., Ereignisse und Gestalten aus den Jahren 1878–1918, Leipzig und Berlin 1922, S. 33.

²² Daß sich nun auch Kirchenvertreter militant in den Kampf für die Gleichberechtigung unserer ausländischen Mitbürger stürzen, spricht meist für ihre subjektive Ehrlichkeit. Daß die Kirche als Organisation solches duldet, verwundert nicht, wenn man weiß, daß ca. 2 Millionen Arbeitsemigranten Kirchensteuer zahlen müssen.

²³ Sozialbericht 1970 – hrsg. vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, S. 13.

macht die Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland aus. Und da sie rechtens ist, konstituiert sie das geltende Verfassungsrecht²⁴.

Dem Bonner Grundgesetz von 1949 widerspricht das nicht. Es manifestiert nicht den Willen der Verfassungsväter, wie gut er auch immer gewesen sein mag, es ist vielmehr eine auslegungsbedürftige Sammlung demokratisch gedachter Hinweise, um so bedürftiger, je weniger die Ausleger demokratisch denken. Das Grundgesetz kann, wie wir gesehen haben, nicht konstruktiv wirken. Dafür wollen die Fremdenrechtsreformer konstruktiv sein und die »noch ausstehende Übereinstimmung unseres Ausländerrechts mit unserem Verfassungsrecht« (S. 9) herbeiführen.

Was noch nicht übereinstimmt, ist störend. Die gegenwärtige Lage der Arbeitsemigranten in Westdeutschland und Westberlin stört. Darum müssen die Ausländer und die Ausländerbehörden und alle weiteren Verhältnisse so weit in Übereinstimmung gebracht werden, daß wieder Rechtsfrieden herrsche im Land. Die vorgeschlagene Reform des Ausländergesetzes ist also rechtsfriedensstiftend.

II. AUSBEUTUNGSGRUNDSATZ UND GLEICHBERECHTIGUNG – EIN WIDERSPRUCH DER KAPITALISTISCHEN RECHTSVERHÄLTNISSE

Wir haben gesehen, daß die kapitalistische Rechtsordnung wesentlich auf dem Gleichheitsgrundsatz beruht, da gleiche Ausbeutung das erste Menschenrecht des Kapitals ist. Die rechtliche Diskriminierung der Arbeitsemigranten, die insbesondere unter Anleitung des reaktionären Ausländergesetzes von 1965 von den unteren Verwaltungsbehörden besorgt wird, ist Bestandteil ihrer sozialen Diskriminierung. Die Widerspruch nicht grundsätzlich dem Gleichheitssatz, sie ist tragbar und verfassungsrechtlich erträglich, wenn der Vorteil der Diskriminierung (geringe Löhne, schlechte Wohnungen zu Wucherpreisen; ein gesellschaftlicher Sündenbock ist vorhanden, auf den – statt auf den Klassenfeind – diejenigen Aggressionen gelenkt werden können, die die entfremdete Arbeit und die unbefriedigt bleibenden Bedürfnisse erzeugen) ihren möglichen Nachteil überwiegt. Solange ist die Ungleichheit zuläglich begründet, verfassungsrechtlich unbedenklich. Wenn aber die »Ausländerfrage« zu einem brennenden Problem wird, wenn »Wachstums- und Entwicklungsstörungen in unserer Gesellschaft« zu befürchten sind, dann ist die Diskriminierung verfassungsrechtlich bedenklich. Denn dann ist die Ungleichheit möglicherweise nicht mehr zuläglich begründet.

Ob dies der Fall ist, kann man nicht wie die Fremdenrechtsreformer mit dem Bekenntnis zu mehr Demokratie und weniger Polizeistaat beantworten. Ebenso falsch ist aber auch, aus der »politischen Gesamtkonzeption des Herrschaftssystems in der Bundesrepublik« das bestehende Ausländergesetz als diesem System adäquat und folgerichtig abzuleiten, wie es Stephan Baier tut²⁵. Er versucht, das Gesetz und seine Einzelvorschriften wie Aufenthaltserlaubnis und Abschiebung aus dem historischen Zusammenhang »des Fremdarbeitereinsatzes« für

²⁴ »Jedenfalls wäre eine Rechtsordnung, der nicht die Macht zur Verfügung stünde, ein Widerspruch in sich; Recht ohne Macht ist undenkbar, es wäre kein Recht.« – Benda, a. a. O., (FN 14), S. 33.

²⁵ So Stephan Baier am Schluß seines Aufsatzes »Ausländerrecht und Fremdarbeiter« (Rote Rose 3/70, S. 3 ff.; 4/70, S. 11 ff.). Dieser Aufsatz ist der weitaus beste politische Kommentar zum Ausländergesetz, der bisher in Westdeutschland erschien.

das deutsche Kapital und aus den gegenwärtigen ökonomischen und politischen Klassenverhältnissen zu erklären. Er entwirft in groben Zügen das Herrschaftssystem in der Bundesrepublik unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses von Ausländerrecht und Fremdarbeitern. Das spiegelt vor, als gäbe es eine gleichsam abgeschlossene Klassenanalyse, mehr noch, und schlimmer: als sei gleichsam durch theoretisches Spekulieren eines Intellektuellen das Monopolkapital zu analysieren. So wirken, Baier zufolge, »die potentiellen Fremdarbeiter in den Anwerbeländern . . . als ausländische Reservearmee«²⁶. Die Kategorie der industriellen Reservearmee verwendet er mit ausdrücklichem Bezug auf Marx. Im »Kapital« jedoch werden nicht nur die Funktionen einer solchen Reservearmee beschrieben (wie Rolle als Lohndrücker, Streikbrecher usw.), worauf Baier sich beschränkt, sondern Marx erklärt auch die Entstehung einer solchen Reservearmee aus den Gesetzen der Akkumulation des Kapitals, die sich in fortwährendem Wechsel seiner Zusammensetzung, in beständiger Zunahme seines konstanten auf Kosten seines variablen Bestandteils vollzieht. Daraus erst ergibt sich, daß »die kapitalistische Akkumulation . . ., und zwar im Verhältnis zu ihrer Energie und ihrem Umfang, beständig eine relative, d. h. für die mittleren Wertungsbedürfnisse des Kapitals überschüssige, daher überflüssige oder Zuschuß-Arbeiterbevölkerung« produziert²⁷.

Was weiß Baier über Energie und Umfang der kapitalistischen Akkumulation in den westeuropäischen Metropolen, in der Türkei, Spanien, Griechenland, Marokko, über die Veränderung der organischen Zusammensetzung des Kapitals, die die jugoslawischen und portugiesischen Arbeiter in westdeutsche Betriebe treibt? Er sagt darüber nichts. Wir sind darum bescheidener. Wir glauben nicht, daß durch den Zeugungsakt zwischen Nachdenken und Lesen die Analyse des Monopolkapitalismus geboren wird. Es sollen daher nur einige Widersprüche kurz angegeben werden, die sich hinter den gegenwärtigen Kampagnen zur Integration der Arbeitsemigranten verbergen.

1. Das eigennützige Einzelkapital und das gemeinnützige Gesamtkapital

Der Sozialbericht der Bundesregierung faßt sie grob zusammen: »Die jetzt 1,6 Millionen beschäftigten Ausländer stellen der Sozialpolitik neuartige Probleme. Die Einbeziehung in das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht reicht nicht aus. Spezielle Leistungen sind erforderlich von der Wohnungsversorgung über die berufliche Bildung bis hin zu den Inhalten der Freizeit. Viele ausländische Arbeitnehmer bleiben längere Zeit in der Bundesrepublik Deutschland. Viele haben ihre Ehepartner nachgeholt, bzw. deutsche Frauen geheiratet. 1968 lebten in der Bundesrepublik schätzungsweise 400 000 Kinder ausländischer Arbeitnehmer, von denen 36 v. H. in einer Schulausbildung waren. Gerade das Problem der Schulausbildung dieser Kinder ist jedoch noch keineswegs befriedigend gelöst. Die Wohnungsversorgung erfordert noch erhebliche Anstrengungen, die Mithilfe und das Verständnis der Öffentlichkeit.«²⁸

Diese Fragen sollen nun im Interesse unserer Wirtschaft gelöst werden. Sie selbst

²⁶ Rote Rose 3/70, S. 10.

²⁷ Das Kapital, Band I, S. 658; ähnlich wie bei Baier reden auch Huffschmid u. a. über die industrielle Reservearmee und Arbeitsmigration, ohne auf die gegenwärtigen Gesetzmäßigkeiten ihrer Entstehung einzugehen (Die Widersprüche des westdeutschen Kapitals und die Wirtschaftspolitik der SPD, in: Kursbuch 21/1970, S. 37 ff., 47).

²⁸ Sozialbericht (FN 23), S. 10 f.

ist jedoch zerrissen durch ihre eigenen Widersprüche. »In der Wirtschaft besteht eine Spaltung in der Grundhaltung zu unserer Gesellschaft. Teile der Großwirtschaft tun so, als ob das Heil unserer Gesellschaft nur von ihrer ureigenen Prosperität abhängt«²⁹. In der Tat: das Finanzkapital tut nicht immer nur das, was unmittelbar auch Bayer (Leverkusen) hilft. Und auch die Hoechst AG soll nicht immer das Gesamtwohl von BDI, BDA und DIHT im Auge haben. Das Einzelkapital, auch wenn es Monopol ist, sieht zunächst nur seine ureigene Prosperität. Daß die Kapitalisten kurzsichtig sind, daß die ökonomische Entwicklung hinter ihrem Rücken stattfindet, ist nicht neu. Darum vergißt so mancher Lohndrücker und Ausländerhasser z. B., daß die Arbeiter auch Konsumenten sind. Den Präsidenten der Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels erfüllt eine »Quo- te von 2 Millionen Fremdarbeitern« mit Besorgnis, hat er doch auch 800 000 offenen Stellen und drohende Arbeitszeitverkürzung vor Augen³⁰. Er weiß, daß eine gesunde Zahl von ungesunden Arbeitslosen eine gesunde Wirtschaft bedeutet. Ausländer sind Zeichen der bestehenden Überbeschäftigung, und die erregt seine Besorgnis.

Anders der Verband der Mittel- und Großbetriebe des Einzelhandels Baden-Württemberg e. V. Hier kaufen die Ausländer und sind drum gern gesehen. »Zwei Gründe gibt der Verband für das günstige Umsatzergebnis an. Der erste Grund liegt darin, daß auf Grund der enorm hohen Ausländerbeschäftigung die Einwohnerzahl Baden-Württembergs 1969 um 2,2 (Bundesdurchschnitt: 1,1) Prozent zugenommen hat«³¹.

Ahnlich widersprüchlich ist die Ausbildungslage der Kinder der Arbeitsemigranten. Fast 400 000 Kinder sind in Westdeutschland. Ihre vollständige Ausbildung, so wie sie für deutsche Kinder vorgesehen und organisiert wird, wäre enorm teuer. So geht nur etwa ein Drittel dieser Kinder in Schulen. Ihr Unterricht wird zumeist von Lehrern ihrer Heimatländer gehalten, die von den Konsulaten dieser Länder ausgewählt werden. Das alles geschieht im Rahmen der landesrechtlich geordneten Schulverwaltung³², hat aber den Vorteil, daß wenig Aufwand und wenig Kontrolle nötig ist.

Folge davon ist die katastrophale Ausbildungslage der ausländischen Kinder. Die wiederum ist auf längere Sicht für die »Interessen der Wirtschaft« ungünstig, wenn sie auch kurzfristig dem Bedarf an unausgebildeten Hilfsarbeitern entspricht. »In einigen Jahren werden diese Kinder ausländischer Arbeitnehmer erwachsen sein. Gleichgültig, ob sie dann wieder in ihrer Heimat leben oder noch in der Bundesrepublik: ihr Deutschlandbild wird entscheidend von den Eindrücken mitgeprägt sein, die sie jetzt als Kinder oder Jugendliche in der Bundesrepublik empfangen. Ob sie uns morgen helfen werden – wie es ihre Väter gegenwärtig tun – unser wirtschaftliches Wachstum im eigenen Lande zu sichern, unsere Beziehungen zu ihren Ländern zu vertiefen, wird also weitgehend davon abhängen, wie wir uns heute ihnen gegenüber verhalten«³³.

Am deutlichsten wird der Widerspruch zwischen Einzel- und Gesamtinteresse,

²⁹ Fritz Conzen, Präsident der Hauptgemeinschaft des Deutschen Einzelhandels, Ansprache auf der Delegiertenversammlung der Hauptgemeinschaft 1970, zit. nach Handelsblatt vom 2. Nov. 1970.

³⁰ Conzen, a. a. O.

³¹ Industriekurier vom 14. April 1970.

³² S. z. B. Erlass des Hessischen Kultusministers vom 3. Jan. 1967 – »Unterricht für Kinder ausländischer Gastarbeiter« – in: Amtsblatt des Hess. Kultmin. 1967, 87 ff.

³³ »Mitmachen lohnt sich auch für Sie – Hausaufgabenhilfe für Ausländerkinder. Ihr Beitrag zum INTERNATIONALEN ERZIEHUNGSAJAHR 1970 – hrsg. von der Projektleitung Internationales Erziehungsjahr, Bonn und Frankfurt 1970.

wo auch Teile der Kleinwirtschaft »so tun, als ob das Heil der Gesellschaft nur von ihrer ureigenen Prosperität abhängt«. Das betrifft den illegalen Einkauf von Arbeitsemigranten, die viel billiger sind und auch mit allem einverstanden sein müssen, was ihr Käufer von ihnen verlangt, da er sie wegen fehlender Aufenthalts- oder Arbeitsgenehmigung leicht abschieben lassen kann.

»Bekanntlich übt die angespannte Arbeitsmarktsituation in unserem Lande einen starken Sog auf unterbeschäftigte Arbeitnehmer, vor allem aus den Ländern des Mittelmeerraumes aus. Das nach wie vor große Interesse von Ausländern, in deutschen Betrieben Arbeit aufzunehmen, begünstigt die Tätigkeit zweifelhafter Geschäftsmacher, die unter Umgehung der vorgeschriebenen amtlichen Wege immer wieder den Versuch machen, ausländische Arbeitnehmer illegal in die BRD einzuschleusen. Die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände ist der Auffassung, daß derartig dubiosen »Vermittlern« ... mit allen zur Verfügung stehenden Mitteln das Handwerk gelegt werden muß. Die Tatsache, daß über 1,8 Mill. ausländischer Arbeitnehmer bei uns ordnungsgemäß beschäftigt werden, beweist, daß die deutschen Arbeitgeber den wiederholten Appellen der Bundesvereinigung, nur legal eingereiste Ausländer zu beschäftigen und die Dienste der Bundesanstalt für Arbeit in Anspruch zu nehmen, gefolgt sind«³⁴.

»Gegen die illegale Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer will die Bundesanstalt für Arbeit schärfer vorgehen. Gegen Arbeitgeber, die ausländische Arbeitnehmer ohne Arbeitserlaubnis beschäftigen, soll künftig in der Regel ein Bußgeld von 2500 DM verhängt werden. Im Falle einer Wiederholung oder bei Beschäftigung mehrerer Arbeitnehmer erhöht sich das Bußgeld auf 3000 DM. Es kann noch höher liegen, wenn der wirtschaftliche Vorteil des Arbeitgebers diesen Betrag überschreitet.«³⁵

»Die Bundesregierung verurteilt ›aufs schärfste‹ die ›skrupellosen Geschäftsmacher‹, von denen ausländische Gastarbeiter, die sich im Bundesgebiet ohne Arbeitsgenehmigung aufzuhalten, weit unter Tarif in Arbeitsstellen vermittelt werden«³⁶.

Die Konkurrenz auf dem Arbeitsmarkt lässt also einige die Spielregeln der spätkapitalistischen Marktwirtschaft durchbrechen. Da diese Spielregeln jedoch keine Naturgesetze sind, sondern mehr oder minder von dem Angebot der Anarchie des Marktes und der Nachfrage nach Marktfrieden gebildet werden, entschied das Bundesarbeitsgericht in sybillinischer Weisheit: »Besitzt ein ausländischer Arbeitnehmer noch nicht die ... erforderliche Beschäftigungsgenehmigung, so ist ein mit einem inländischen Arbeitgeber geschlossener Arbeitsvertrag deshalb nicht von vornherein richtig, sondern nur schwabend unwirksam, wenn und solange mit der Erteilung der Arbeitserlaubnis noch gerechnet werden kann«. Rechnen kann man lang. Das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit muß gewährleistet sein, »um die Stellenvermittlung durch ungeeignete Personen und eine Ausbeutung der Arbeitssuchenden zu verhindern und die Einflüsse von Interessenverbänden auszuschalten«. Der letzte Satz meint nicht, daß die Auspressung von Mehrwert (Ausbeutung) aus Arbeitskräften hierzulande verboten sei, sondern nur, daß sie nicht durch ein Übermaß soziale Störungen hervorrufen darf³⁷. Denn nicht »das Zustandekommen von Arbeitsverträ-

³⁴ Der Arbeitgeber Nr. 17/22 – 1970.

³⁵ FAZ vom 13. Nov. 1970.

³⁶ FR vom 18. April 1970.

³⁷ Daß es bei uns keine Ausbeutung mehr gibt, beweist schlagend das Urteil des Landgerichts Essen vom 5. Juni 1970, KJ 4/70, S. 479 ff., mit folgender, aus dem Verfassungs- und Rechtsdenken hergeleiteten Grundvoraussetzung: wer einen anderen Ausbeuter nennt, greift ihn in

gen wird mißbilligt, sondern lediglich deren Vermittlung durch unbefugte Personen oder Stellen«³⁸.

Auch der Wohnungsmarkt kennt solche Widersprüche. Im Interesse des Hausbesitzers liegt Mietwucher, im Interesse der »Wirtschaft« liegt es, Konflikte im Wohnbereich zu verhindern (Hausbesetzungen) und – noch langfristiger – den Arbeitsemigranten solche Wohnmöglichkeiten zu gewähren, daß sie sich zu Hause ordentlich für die Anforderungen der Arbeit im Betrieb reproduzieren können.

Auch die Hinweise »Zutritt für Gastarbeiter unerwünscht« an Gaststätten werden zur inadäquaten Diskriminierung. Die nichtintegrierten Ausländer liegen nicht im Interesse der Gesamtwirtschaft, wohl aber im Interesse des Gastwirtes, der Ruhe und Ordnung in seiner Wirtschaft haben will. »Doch die Frage nach der Integration der Gastarbeiter wird dringlicher, je mehr und länger Ausländer hier arbeiten, je unerlässlicher ihre Mitarbeit wird«³⁹.

Trotz Konjunkturabflauen ist dies der Fall. »Die Nachfrage nach Arbeitskräften wird insbesondere in der Industrie spürbar nachlassen . . . (Aber:) Auch künftig ist mit einem Zustrom von ausländischen Arbeitskräften zu rechnen«⁴⁰. Das Interesse der Wirtschaft erfordert dazu die Wirtschaftsplanung, das Interesse des Einzelunternehmens höchstens die Unternehmensplanung. »Sollte es zu einem Beschäftigungsrückgang kommen, so würde er sich zunächst nicht allein zu Lasten der inländischen Beschäftigten auswirken, sondern teilweise durch eine vermindernde Zuwanderung und eine verstärkte Rückwanderung ausländischer Arbeitskräfte aufgefangen werden. Allerdings sollte in einer Volkswirtschaft, die die Vorteile eines offenen Arbeitsmarktes ständig in Anspruch nimmt, die Anzahl der ausländischen Arbeitskräfte nicht als Puffergröße bei einem Beschäftigungs rückgang angesehen und ein hoher Beschäftigungsstand nur für die inländischen Arbeitnehmer angestrebt werden«⁴¹ – ein Widerstreit von Eigennutz und Gemeinnutz, denn »für die Unternehmer ist der Gastarbeiter eine mobile Reserve, die man nach Bedarf auf- und abbaut«⁴².

Braucht das Kapital Arbeitsemigranten, kann es sich nicht auf die Naturwüchsigkeit des internationalen Arbeitsmarktes und die Willkür der Einzelkapitale ver lassen. Aber es kennt seine Grenzen. Kroeber-Keneth, Kapitalpropagandist in der Maske des Personalberaters, weiß: »Eine gar zu langfristige Personalplanung ist nun einmal futurologische Utopie. Sie scheitert an der Mobilität des Arbeitsmarktes und der technischen Entwicklung. Bestimmt wird der Arbeitsmarkt in Zukunft anders aussehen als heute«⁴³. Prophetische Worte, die das Proletariat im Klassenkampf erfüllen wird.

Die Arbeitsemigranten sollen wie alle Arbeiter ausgebeutet werden; wenn sie mehr ausgebeutet werden können, als ihre deutschen Kollegen, steigt das zunächst den Profit; wenn sie aber so sehr ausgebeutet werden sollen, daß sie erst gar nicht ins Gelobte Westdeutschland kommen oder sich hier in Kämpfen gegen die Ausbeutung wehren, dann schadet dies wieder dem Profit. Die Anarchie der

seiner grundgesetzlich geschützten Menschenwürde an. Der Angriff auf die Menschenwürde ist verboten. Also gibt es keine Ausbeutung.

³⁸ BAG NJW 1969, 2111, 2112.

³⁹ Mit diesen Worten leitete die FAZ ihre mehrmonatige Gastarbeiter-Serie im »Blick durch die Wirtschaft« vom 15. Oktober 1970 ein.

⁴⁰ Jahresgutachten 1970 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, S. 59 (Nr. 170).

⁴¹ Jahresgutachten 1970, S. 63 (Nr. 181).

⁴² Blick durch die Wirtschaft vom 15. Okt. 1970.

⁴³ Der Arbeitsmarkt in Bewegung, in: FAZ vom 6. Juni 1970.

Produktionsverhältnisse und die Notwendigkeit der Planung stehen sich gegenüber. Vor diesem Hintergrund erscheint das Ausländergesetz von 1965 in der Tat alt und hausbacken, den Anforderungen des preußischen Polizeistaates, nicht aber den Anforderungen des internationalen Konkurrenzkampfes angemessen.

2. Das nationale Recht und der internationale Arbeitsmarkt

So gesehen, kann der Staat mit seinem Ausländergesetz nicht einfach dafür sorgen, »daß die Interessen der (Kapitalisten)-Klasse gewahrt bleiben, die der einzelne Kapitalist in blinder Profitgier vernachlässigt oder deren Bedrohung er unterschätzt«⁴⁴. Denn das Ausländergesetz ist nationales Recht, das Kapital kooperiert und organisiert sich aber schon international. Das Ausländergesetz, und das ist sein schlimmster Fehler, kann nicht den Anforderungen des internationalen Arbeitsmarktes entsprechen. Die EWG-Vereinbarungen sind wichtiger als ein nationales Gesetz.

Die Reformer untersuchen jedoch nur, ob »unser Ausländerrecht der internationalen Rechtsauffassung« entspricht (S. 50 ff.), nicht aber, ob es den internationalen Klassenverhältnissen entspricht. Die gegenwärtige historische Tendenz des Kapitalismus, die Entwicklung und Vervielfachung der verschiedenartigen Beziehungen zwischen den Nationen, Niederreißung der nationalen Schranken, Herausbildung der internationalen Einheit des Kapitals, des Wirtschaftslebens überhaupt, lässt sie kalt. Auf dieses wichtigste Problem der Kritik des geltenden Ausländerrechts kann hier nicht näher eingegangen werden. Denn die Arbeitsemigration ist eine Frage der Klassenkämpfe in den westeuropäischen Metropolen wie in den Peripherieländern bis hin zur Türkei und zu Marokko. Diese internationalen Verhältnisse entscheiden damit das nationale Fremdenrecht.

Zu erklären versuchen kann man das am Prozeß des spanischen faschistischen Regimes gegen baskische Revolutionäre in Burgos, der eine erstaunliche Empörung in Westeuropa auslöste: Ein Journalist des Bayrischen Rundfunks schloß seinen Fernsehkommentar über diesen Prozeß sinngemäß mit den Worten: »Für ein solches Land ist kein Platz in einem Vereinigten Europa!« Warum wohl soll Spanien nicht integrierter Bestandteil der erweiterten EWG werden? Etwa weil dort selbst bürgerliches Recht mit den Stiefeln der faschistischen Militärs getreten wird? Oder weil dort die reaktionäre Gewalt gegen die Arbeiter- und Bauernklasse nicht mehr verdeckt werden oder als einmaliger Ausrutscher hinweggelogen werden kann? Wohl kaum! Die Interessen des kooperierenden westeuropäischen Kapitals selbst wurden angegriffen. Und da griff es zurück auf seine Ideologien vom demokratischen Rechtsstaat, den es für Spanien auch zu ersteiten gelte.

Nicht die Kapital- und Grundherrninteressen, sondern der alternde Franco, nicht der bürgerliche Staat und sein Recht, sondern einzelne Militärrichter wurden als Schuldige gebrandmarkt. Denn ein solches Spanien bildet eine Gefahr für das »Vereinigte Europa«, für die aktuellen und unmittelbaren Interessen der Großindustrie und des Finanzkapitals, weil es, wirtschaftlich und politisch rückständig, einen Hemmschuh für das vereinigte, kapitalistische, reaktionäre Westeuropa als Konkurrenzmaht neben USA und Japan auf dem imperialistischen Weltmarkt bildet, weil Spanien eher zur Peripherie und nicht zum integrierten Kern dieser neuen imperialistischen Weltmacht zählt. In diesem Zusam-

⁴⁴ Baier, Rote Robe 3/70, S. 6.

menhang stand die bürgerliche Kampagne gegen den Burgos-Prozeß neben der Kampagne zur Integration der Arbeitsemigranten. Denn die Planung des Arbeitsmarktes kann sich, wie wir gesehen haben, nicht mehr ganz auf die Anarchie der Arbeitsmigration verlassen. Die entscheidenden Fragen lauten daher: Welches Land gehört zum westeuropäischen Wirtschafts- und Staatskartell, das gemeinsam die ökonomischen und politischen Widersprüche zu lösen versuchen muß – und welche Länder gehören zur Peripherie, aus der u. a. billige Arbeitskräfte importiert und wohin im Falle der Krise sie wieder mitsamt ihrem Elend exportiert werden können?

Das war die bürgerlich-kapitalistische Gretchenfrage an Spanien: Gehört ihr zu uns, der westeuropäischen Wirtschaftsmacht, dann sprengt die feudalen Fesseln von Staat und Wirtschaft und treibt nicht Fraktionen der Bourgeoisie in ein Bündnis mit den Revolutionären – oder gehört ihr zur Peripherie, dann seid ihr für uns ausbeutbare »Dritte Welt«.

Nicht die Gewalt wurde kritisiert, sondern ihre Unberechenbarkeit. Nicht der faschistische Terror gegen die Angeklagten, sondern die politischen Folgen, die mögliche Ausweitung der revolutionären Bewegung in Spanien erregten den Ärger von Presse, Kirche und Regierung. Nicht die Ermordung oder lebenslange Einkerkerung politischer Häftlinge empört, sondern die Offenheit, mit der dies geschieht. Die Forderung nach Demokratie bedeutete nur Herstellung kapitalistischer Verhältnisse, wo das Instrument der Bourgeoisie zur Unterdrückung der Arbeiter- und Bauernklassen offene Gewalt und großer Betrug sind – und nicht nur offene Gewalt. Denn für eine westeuropäische Vereinigung geht es darum, »die Harmonisierung der Wirtschaftspolitik der einzelnen Volkswirtschaften ... voranzutreiben. Sie zu fördern, erhöht nicht nur die Chance einer Kooperation der Volkswirtschaften auf internationalem Gebiet, sondern stimuliert auch den Produktivitätszuwachs in diesem Gebiet und erleichtert es damit, langfristig Preisniveaustabilität, Vollbeschäftigung und ein angemessenes Wachstum zu sichern«⁴⁵.

In juristischen Gedankengängen: die gesetzgebende Gewalt geht auf supranationale Instanzen über. Das Kapital gibt sich ein Recht nicht mehr allein durch das nationale Parlament, das Ausländergesetz 1965 kann nicht mehr allein die international organisierte Ausbeutung der Arbeitsemigranten in seinen Paragrafengriff bekommen.

III. NATIONALES RECHT UND INTERNATIONALER KLASSEN-KAMPF – EIN WIDERSPRUCH DES KAPITALISMUS

Das Ausländergesetz ist also aus hauptsächlich zwei Gründen »ein Rückfall in den Polizeistaat«⁴⁶. Es vertraut auf die freie Arbeitsmarktwirtschaft des frühen Konkurrenzkapitalismus, dessen Friedensbedürfnisse durch polizeiartige Eingriffe noch befriedigt werden konnten, während heute schon die Planwirtschaft des Monopolkapitalismus ihre Widersprüche auch auf den Arbeitsmarkt trägt. Und es baut auf den Nationalstaat als höchsten Rechtsträger, während die Rechtsentwicklung schon längst der ökonomischen und politischen Vereinigung der westeuropäischen Kapitalmetropolen zu folgen versucht.

Dieser Rückfall ist nicht durch guten Willen und demokratische Reform wieder

⁴⁵ Jahrestafchen 1970 (FN 42), S. 89 (Nr. 315).

⁴⁶ studentische politik 1/70, S. 27.

rückgängig zu machen. Der Widerspruch von Einzelinteresse und Gesamtinteresse innerhalb der bürgerlichen Klasse ist nicht durch Gesetz aufhebbar, auch nicht durch einen Alternativentwurf '70 zum gegenwärtigen Recht. Kein Dekret, und sei es noch so verfassungsgemäß, kann einem Unternehmer verbieten, Arbeitsemigranten auszubeuten. Auf der Ausbeutung von notwendig immer mehr Arbeitskräften beruhen die kapitalistischen Produktionsverhältnisse und ihr widersprüchliches Recht. Ebenso wenig kann ein Gesetz den internationalen Konkurrenzkampf verbieten. Ein neues Ausländergesetz wird auch nicht die Klassenkämpfe in Italien, Frankreich und in der Bundesrepublik verhindern können.

Für die Kritik des Ausländergesetzes gibt es in diesem Zusammenhang zwei Möglichkeiten. Entweder stellt man fest, daß es den gegebenen Anforderungen des Kapitals, den Interessen der Wirtschaft also, nicht mehr entspricht. Das tun, wenn auch nicht ganz so ausdrücklich, die Reformer⁴⁷. Insoweit haben sie recht. Das Ausländergesetz ist einmal zu allgemein: es umfaßt alle Ausländer und differenziert nicht nach den Bedürfnissen, Ausländer aus dem EWG-Bereich anders zu behandeln als andere Ausländer. Es geht nicht ein auf die Tatsache, daß im Zuge der westeuropäischen Wirtschafts- und Staatsvereinigung die Einwohner dieses neuen Gebietes nur Inländer sind (für die Italiener ist die freie Wahl des Arbeitsplatzes in der BRD schon Rechtswirklichkeit), die Ressourcen für billige Arbeitskräfte also in Zukunft in der europäischen, vorderasiatischen und nordafrikanischen Peripherie liegen oder in der Auslagerung der Produktion in arbeitsfriedliche Gefilde. »Die Wahrheit über Nord-Irland – ›Arbeitsfriede‹ ... Konsequenz: Die Arbeitsaufnahme kann auch in Ihrer Zweigfabrik in Nord-Irland kurzfristig erfolgen ... Nord-Irland ist stolz darauf, daß in politisch bewegter Zeit der Arbeitsfriede in den Fabriken gewahrt blieb. Nord-Irland hat zuverlässige Arbeitskräfte«⁴⁸, »... für ihren deutschen Boss gehen sie durchs Feuer«⁴⁹.

Das Ausländergesetz differenziert weiterhin noch zu stark zwischen Inländern und Ausländern, was die notwendige Integration der Arbeitsemigranten stört. Daß eine solche Eingliederung möglich ist, beweisen die polnischen Arbeiter im Ruhrgebiet, die zu Beginn des 20. Jahrhunderts unter der gleichen Diskriminierung wie heute die Arbeitsemigranten zu leiden hatten. Sie blieben fest in Deutschland, wurden Staatsangehörige, einheimische Fremdarbeiter wie alle Lohnarbeiter.

Das westdeutsche Fremdenrecht wird in Zukunft in erster Linie aus bi- und multilateralen Abkommen innerhalb des EWG-Bereichs und seiner integrationsfähigen Nachbarn und aus polizeilichen Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens bestehen. Das gültige Ausländergesetz ist also in Form und Inhalt veraltet.

Aber es gibt auch noch eine andere Möglichkeit der Kritik. Das ist die der internationalen Arbeiterklasse. Diese Kritik wird sich wenig mit juristischen Feinheiten abgeben. Denn Ausländerrecht ist Klassenrecht. Und die richtige Reform des Ausländergesetzes ist darum der proletarische Klassenkampf.

⁴⁷ Man kann ihnen ruhig einräumen, daß sie es gut meinen mit ihrer Kritik und den Ausländern.
Aber es ist eben nicht gut, was sie meinen.

⁴⁸ Ganzseitige Anzeige in der FAZ vom 30. September 1970.

⁴⁹ Anzeige in der FAZ vom 10. Juni 1969.