

Berichte und Kommentare

Abschied von der Rechtsstaatsillusion

I. In der BRD zeigt sich eine alle Bereiche der Gesellschaft erfassende Formierung der Reaktion.¹ Die staatlichen Erscheinungsformen² bedienen sich sämtlicher Variationen der rechtlichen Überhöhung politischer Machtausübung. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit seien die wichtigsten Aktivitäten und Vorhaben kurz zusammengestellt, weil erst der Gesamtüberblick eine ungefähre Vorstellung von dem Ausmaß der Reaktion ermöglicht.

Durch Änderung des GG³ wird der innerstaatliche Einsatz des Bundesgrenzschutzes ermöglicht, und zwar zur Erfüllung von Aufgaben, die herkömmlicherweise im »Normalfall« der Polizei überlassen wurden, einer Polizei, die durch »Verbesserung« der Organisation und Ausbildung ohnehin mehr und mehr militarisiert wird. Ebenfalls durch Änderung des GG⁴ wird den Verfassungsschutzämtern eine gesteigerte »Überwachungstätigkeit« erleichtert. Durch Änderung einfachgesetzlicher Vorschriften wird die Liberalisierung des U-Haftrechts partiell beseitigt und werden erste Ansätze zu einer umfassenden Vorbeugehaft legalisiert.⁵ Ohne ausdrückliche Normenänderung, gleichsam auf kaltem juristischem Weg, wird von den fast unbegrenzten Möglichkeiten juristischer Interpretation Gebrauch gemacht, von Möglichkeiten, die überall vorhanden sind, nur im Ausländerrecht wegen dessen Gummiparagraphen auch von wenig mit der juristischen Auslegungs»kunst« Vertrauten leicht erkannt werden können. Durch Setzung von Quasi-Rechtsnormen werden schließlich die Loyalität fordernden Beamten Gesetze in der gewünschten Richtung gegen »verfassungsfeindliche Kräfte« inhaltlich aufgefüllt.⁶

¹ Das Postulat des Präsidenten des BVerfG, es müsse eine der »Strategie der Systemüberwindung« adäquate, möglichst geschlossene Gegenstrategie entwickelt werden, ist bereits erfüllt; vgl. Benda, Das Dilemma des Rechtsstaates, FAZ v. 25. 10. 1972, S. 14 f. (15). Benda reiht sich – wie nicht anders zu erwarten war, vgl. schon Perels KJ 1972, 174 ff. – ausdrücklich in die Reihe der selbsternannten Verfassungsschützer namens Löwenthal, Schelsky »und anderen« (so Benda selbst, a. a. O., Sp. 3) ein. Nur: Löwenthal – mit Namen erwähnt ist nur Richard, nicht Gerhard (»und anderen«?) – und Schelsky haben das liberale Gedankengut mehr oder minder aufgegeben, vgl. Schelsky, FAZ v. 10. 12. 1971, S. 11 Sp. 5, wozu er nach Art. 5 III GG offenbar befugt ist. Benda aber fungiert auch als Präsident des Staatsorgans, das er für den »Hüter der Verfassung« hält (a. a. O., S. 15 Sp. I). Wenn er sich literarisch äußert, handelt es sich nicht mehr um einen Diskussionsbeitrag, sondern um manifeste Beeinflussung und Einschüchterung etwaiger »Linksabweichler« unter den Juristen.

² Einen Überblick über Parallelmaßnahmen im »privaten« Bereich geben Brückner/Krovoza, Staatsfeinde, 1972, S. 22 ff.

³ Vgl. Art. I Z. 1 des 31. (in Worten: einunddreißigsten!) Gesetzes zur Änderung des GG, BGBl. I, 1972, 1305.

⁴ Vgl. Art. I Z. 4 (FN 3); nebenbei wurde indirekt die in der »Auslegung« des Ausländergesetzes umstrittene Frage, ob die dort auftauchende Formel »erhebliche Belange« der BRD auch die auswärtigen Belange betreffen, zugunsten der behandelnden Ansicht präjudiziert.

⁵ Vgl. Art. 1 des Gesetzes zur Änderung der StPO, BGBl. I, 1972, 1361.

⁶ Vgl. »Wortlaut und Kritik der verfassungswidrigen Januarbeschlüsse«, Pahl-Rugenstein Verlag, 1972, S. 6 (im folgenden als Sammelband zitiert).

Neben die Planung einer James-Bond-Brigade Genschers, in offiziöser, aber dennoch eindeutig militaristischer Formulierung heißt das Planung einer Spezialtruppe(!) zur Bekämpfung von Terroristen⁷, neben die ebenfalls zu diesem Zweck in Aussicht gestellte Wiedereinführung der Ausweispflicht⁷ in Hotels⁸, treten hohe und höchstrichterliche Entscheidungen, wie die des BGH gegen Schily⁹, die bisher hochgehaltene rechtsstaatliche Maximen angesichts der weitgehenden Berücksichtigung der Gesinnung doch etwas zu vernachlässigen scheinen¹⁰. Daß die rechte »Interpretation« der Grundrechte auch beim BAG Anklang gefunden hat, verwundert nicht. Jetzt aber wird dessen Parteinahme für die Unternehmerinteressen nicht mehr als Allgemein-Interessen entsprechend verkleidet¹¹; vielmehr werden gemäß dem Geist der Zeit offen die besonderen Interessen der Unternehmer, die in der bezeichnenden Sprachdeformierung als Arbeitgeber erscheinen, bevorzugt.¹² Kern der Entscheidung des BAG vom 28. 9. 1972 ist in dogmatischer Sprache: Wer sich als Arbeit»nehmer« im Wahlkampf mit dem Inhalt eines von ihm verteilten Parteiblattes (der DKP) identifiziert hat, in dem »der Berufsstand (!) seines Arbeit»gebers« im allgemeinen und der Arbeit»geber« selbst (!) diskriminiert (!) und in der Öffentlichkeit herabgesetzt wird«, der kann ohne Verstoß gegen die guten Sitten (!) gekündigt werden. Kern der politischen Maßnahme: Meinungsfreiheit besteht nur außerhalb der Interessen der Unternehmer.

Das BVerfG endlich, das verschiedentlich zum Hüter der Verfassung oder der Freiheit hochstilisiert wurde, schützt diese Verfassung, indem es die partielle Preisgabe ihrer Struktur durch »systemimmanente Modifizierung« eben dieser Strukturen für Recht erklärt¹³; eine Entscheidung, die bisher »Krönung« und Vorbereitung aller sonstigen Aktivitäten darstellt und sich nahtlos in den allenthalben zum Ausdruck kommenden Rechtsruck auch dieses Gerichtes einfügt.¹⁴

II. Eine adäquate Behandlung dieser rechtlichen Erscheinungsformen der Reaktion sieht sich vor ein mehrfaches Dilemma gestellt. Eine materialistische Erklärung ist aus bekannten Gründen nicht zu leisten¹⁵. Noch nicht einmal die Möglichkeit eines ideologiekritischen Vorgehens besteht, d. h. die rechtlichen Erscheinungsformen sind auf die sozialen und ökonomischen Entwicklungen auch nur einigermaßen stringent nicht rückführbar¹⁶. Auch hierfür sind die Ursachen

⁷ Vgl. Frankfurter Rundschau v. 14. 9. 1972 zum Beschluß der Innenministerkonferenz vom Vortage.

⁸ Wenn die – jedenfalls objektiv klare – Stoßrichtung dieser Ausweispflicht nicht so makaber in das Gesamtbild passen würde, wäre man geneigt, eine Glosse über die Verzweigung des »Schwarzen September« und anderer Guerilla-Einheiten zu schreiben, die diese ob dieser Maßnahme empfinden müssen.

⁹ Vgl. KJ 1972, 301 ff.; dort findet sich auch ein Überblick über die Behinderung »linker« Anwälte (S. 270 ff.).

¹⁰ Vgl. KJ 1971, 401–417.

¹¹ Wie etwa in der Rechtsprechung zum Streik BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; BAGE 1, 300.

¹² Vgl. in diesem Heft S. 409 ff.

¹³ Vgl. BVerfGE 30, 1 ff. (S. 25) zum Ausschluß des Rechtswegs bei Abhörmaßnahmen und dazu Preuß, Sammelband (FN 6), S. 47 f., der allerdings reichlich unklar mit einem doppeldeutigen Legalitätsbegriff argumentiert (vgl. S. 47, 49 und 50).

¹⁴ Wer es für Zufall hält, daß der neue Präsident dieses Gerichts seine parlamentarischen Meriten vor allem als einer der wichtigsten politischen Wegbereiter der Notstandsgesetzgebung verdient, mag als Beleg die Terminologie und Ergebnisse jüngerer Entscheidungen in politisch brisanten Fragen betrachten; vgl. z. B. BVerfGE 25, 44 ff.; 28, 36; 28, 51; 28, 191; 28, 282; sowie Dieter-Dirk Hartmann, Sammelband (FN 6), S. 34 ff., dessen Beitrag sich erfreulich gegenüber den meisten formal-juristischen Stellungnahmen abhebt.

¹⁵ Sie setzte eine bisher Desiderat gebliebene materialistische Rechts- und Staatstheorie und diese wiederum eine dem heutigen Stand der kapitalistischen Produktionsweise Rechnung tragende Gesellschaftstheorie voraus.

¹⁶ Zu diesen beiden Methoden vgl. Marx, Kapital I, MEW (Berlin, 1970) 23, 393 FN 89.

hinreichend bekannt und lassen sich schlagwortartig mit dem gegenwärtigen Defizit und Überangebot an Theorie-Ansätzen zur konkreten Bestimmung des Verhältnisses von Politik und Ökonomie kennzeichnen.

Gleichwohl ist es politisch nicht nur legitim, sondern geboten, den sich der Rechtsform bedienenden manifesten politischen Maßnahmen den Schleier der in der Rechtsform liegenden »Dignität« zu zerreißen. Hierzu muß zunächst auf die ideologische Funktion einer am Rechtsstaatsprinzip ansetzenden juristischen Argumentation eingegangen werden. Sodann ist eine – wie auch immer verkürzte – politische Einschätzung der gegenwärtigen Maßnahmen vorzunehmen. Beides ist Voraussetzung zur Klärung der Bedingungen möglicher Gegen-Strategien.

III. Es ist grundfalsch, die staatlichen Aktivitäten in Legislative, Exekutive und Judikative, die sich alle als Abbau von Elementen der bisher hypostasierten Rechtsstaatsideologie ausdrücken, nun ihrerseits als rechtsstaatswidrig zu brandmarken. Damit verfällt man lediglich dem Schein der Rechtsform, vor allem der des Gesetzes, und verdoppelt die ideologische Funktion der Rechtsstaatsidee. Statt in juristische Wehklagen über den angeblichen Schwund formal-rechtlicher Garantien auszubrechen, sollte man endlich die längst vorhandene Erkenntnis ernst nehmen, daß in der Konzeption des Rechtsstaats von Anfang an theoretisch wie praktisch die Möglichkeit der gegenwärtigen Erscheinungen angelegt ist, ja daß die Vereinbarkeit solcher politischer Restriktionen mit der Rechtsstaatsstruktur erst dann verneint werden kann, wenn die staatliche Machtausübung in offenen Faschismus umschlägt¹⁷.

Die theoretische Seite ist schon oft genug dargestellt worden; ein Verweis auf die Analyse von Franz Neumann¹⁸ und dessen immer wieder angeführte These, daß der Staat der bürgerlichen Gesellschaft allemal so stark war, wie es notwendig erschien zur Aufrechterhaltung der politischen und sozialen Situation im bürgerlichen Interesse¹⁹, mag genügen. Anhand einiger der gegenwärtigen, mit dem Etikett der Rechtsstaatswidrigkeit versehenen staatlichen Aktivitäten begnüge ich mich daher im folgenden mit der exemplarischen Erläuterung dieser These. Dabei wird sich herausstellen, daß Vorstellungen einer »Substanz« des Rechtsstaates²⁰ der Illusion der Rechts- und Gesetzesform aufgefressen sind.

1) Am ehesten scheint noch der »Beweis« der Verletzung rechtsstaatlicher Garantien zu führen zu sein bei den Januargrundsätzen über Verfassungsfeinde im öffentlichen Dienst.²¹ Die zahlreichen und meist stereotyp wiederholten juristischen Stellungnahmen konstatieren die Verfassungswidrigkeit dieser Januarbeschlüsse idR unter zwei formalen Aspekten²²: Einmal wegen der Verletzung des

¹⁷ Zur Klarstellung: Die folgenden Erörterungen dienen nicht der juristischen Legitimation der staatlichen Maßnahmen; dies ist schon durch »kompetentere« Juristen geschehen, vgl. etwa Kriele ZRP 1971, 273 ff. Es muß aber vor dem Fehler gewarnt werden, aus dem Text der Verfassung einen angeblich eindeutig rechtlich fixierbaren Inhalt der Verfassung »herauszulesen« und diesen mit der »schlechten« Verfassungswirklichkeit zu konfrontieren. Der Inhalt des jeweils geltenden Rechts wird nicht von Normtexten erzeugt, sondern hängt primär von den *jeweiligen* – letztlich politisch-ökonomisch fundierten – gesellschaftstheoretischen Annahmen ab; vgl. aber die in FN. 22 Genannten, die dieser im Grunde dem Rechtsstaatsmodell verhafteten, irrigen Methode folgen.

¹⁸ Vgl. Neumann, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: ders., Demokratischer und autoritärer Staat, 1967, S. 31 ff. – Zur Legitimationsfunktion bürgerlicher Politiktheorie vgl. auch Willms, Die politischen Ideen von Hobbes bis Ho Tsch Minh, 1971, S. 31 ff. (Hobbes), S. 39 ff. (Locke), S. 44 ff. (Montesquieu).

¹⁹ Vgl. Neumann, a. a. O., S. 31.

²⁰ So z. B. offenbar Brückner/Krovoza, a. a. O. (FN 2), S. 70, auch S. 14 ff. und öfter.

²¹ Vgl. den Beschluß der Ministerpräsidentenkonferenz und die Gemeinsame Erklärung des Bundeskanzlers und der Ministerpräsidenten vom 28. Januar 1972 über »Grundsätze zur Frage der verfassungsfeindlichen Kräfte im öffentlichen Dienst«, abgedruckt im Sammelband (FN 6), S. 6 f.

²² Vgl. dazu die in dem Sammelheft enthaltenen Beiträge von Däubler, Denninger, Gollwitzer,

aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Gebots der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlicher Eingriffe, sodann wegen des Verstoßes gegen das aus Art. 21 Abs. 2 GG gefolgerten sog. Parteiprivilegs.²³

a) Die Hilflosigkeit und die ideologische Verstricktheit eines juristischen Vorgehens, das an dem formalen Erfordernis der Tatbestandsbestimmtheit als Bedingung der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit staatlicher Eingriffe anknüpft²⁴, zeigt sich hier wie in anderen gesetzlich geregelten Materien der sog. inneren Sicherheit, etwa im Polizei-, Versammlungs- und Ausländerrecht, in mehrfacher Hinsicht.²⁵

aa) Schon juristisch immanent ist der Begriff der Tatbestandsbestimmtheit fragwürdig geworden. Er ist bezogen auf eine individualisierende Betrachtung von Einzelnormen. Diese Methode ist untrennbar mit der systematischen Auslegungsideologie verknüpft (die ihrerseits auf dem Rechtsstaatsmodell beruht). Auch unter Juristen setzt sich – wenigstens abstrakt – mehr und mehr die Einsicht durch, daß der Prozeß der Rechts-»Findung« mit dem tradierten deduktiven Modell nicht mehr zu legitimieren ist.²⁶ Sind aber »Auslegung«, »Sachverhaltsfeststellung« und »Anwendung« nicht mehr primär von einer oder mehreren Einzelnormen determiniert, wird also das konkrete Ergebnis nicht durch die Norm gleichsam erzeugt, sondern spielen hier völlig andere Momente die entscheidende Rolle²⁷, dann verliert das Postulat der Tatbestandsbestimmtheit mit

Friedrich Müller, Rinken, Theo Schiller, Hans-Peter Schneider, Staff. Vgl. demgegenüber den erfreulichen Ansatz bei Azzola, Blätter für deutsche und internationale Politik, 1972, 802 ff. und die sprachkritischen Bemerkungen bei Margherita von Brentano, Das Argument, 1972, 656 ff., insbes. 661 f.

²³ Natürlich ist – entsprechend der Beliebigkeit juristischer Topoi und normativer »Aufhänger« – die Argumentation differenzierter. Die »Feinheiten« juristischer Dogmatik, deren Ausmaß mit dem Grad der Ausblendung entscheidender politischer Aspekte konvergiert – besonders deutlich in dem Beitrag von F. Müller, a. a. O. (FN 6), S. 39 ff. zu erkennen –, stehen hier nicht zur Debatte.

²⁴ Die folgenden Hinweise können schon aus Raumgründen nur äußerst skizzenhaft sein. Die dadurch notwendig eintretende Verkürzung muß den, ebenso beliebten wie unrichtigen, doppelten Vorwurf einerseits der mangelnden Detailkenntnis juristischer Dogmatik und andererseits der damit erzielten »Errungenschaften« rechtsstaatlicher Garantien in Kauf nehmen.

²⁵ Die dogmatischen Schwierigkeiten der Januargrundsätze seien nur angetippt: Nach dem tradierten, allerdings in allen Fugen krachenden und teilweise längst eingestürzten Rechtsstaatsmodell stellen die Grundsätze keine Rechtssätze dar. Die mangelnde Tatbestandsbestimmtheit wäre also auf die beamtenrechtlichen Gesetze zu beziehen, nicht auf die Grundsätze selbst. – Was diese angeht, wer ist im übrigen nicht in der Lage, vorherzusehen, daß von diesen nicht nur die »Brückners«, sondern auch die »Bölls« betroffen werden? Schelsky, dem Benda zustimmt, hat den Kreis der Feinde im Detail genannt; nach FAZ v. 10. 12. 1971, S. 11 Sp. 1 fallen darunter: DKP, Spartakus, »anarchistische Gruppen«, Führung der Jusos und gewichtige Teile der Judos, große Teile der Journalisten, jüngere Theologen etc., etc.

²⁶ Vgl. statt aller Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl. 1972 passim.

²⁷ Vgl. dazu auch die instruktive Untersuchung von Lautmann, Justiz – die stille Gewalt, 1972 passim. – Wohin eine auf halbem Wege verhaltende Analyse des Verhältnisses von Richter und Gesetz führt, die ihr Heil in typisch juristischer Beschränktheit in Verfassungs- und Gesetzespositivismus sucht, zeigt sich abschreckend bei Rüthers. Hatte er noch 1968 in seiner Habilitationsschrift, Die unbegrenzte Auslegung, wenn auch bescheidene kritische Ansätze zur Bedeutung juristischer Methoden erkennen lassen, so bedient er sich heute derselben Methoden, um bestimmte, juristisch durchaus unanfechtbare Tendenzen zu unterdrücken, vgl. Rüthers JZ 1972, 636 f. Dabei dient der Gesetzes- und Verfassungspositivismus wie eh und je der Festschreibung bestimmter – auf der sozio-ökonomischen Entwicklung beruhender – Wertvorstellungen, die von außen an die entsprechenden Normen herangetragen wurden und nun dazu instrumentiert werden, etwaigen sozio-ökonomischen Weiterentwicklungen einen juristischen Maulkorb umzuhängen. Gerade wer – wie Rüthers – die der juristischen Methode immanente Instrumentalisierung von Gesetznormen untersucht hat, kann nur noch um den Preis der theoretischen Schizophrenie oder der bewußten Parteinahme für spezifische gesellschaftliche Interessen behaupten, daß dem GG bestimmte, von der *jeweiligen* sozio-ökonomischen Entwicklung ablösbare Wertanschauungen »entnommen« werden könnten. Stellen die *juristischen* Erkenntnismöglich-

der Einsicht in die geringe Funktion der Gesetzes-Normen bei der Herstellung von Entscheidungen fast völlig an Gewicht.

bb) Die ideologische Bedeutung dieses Begriffs zeigt sich vollends, wenn man die Grundlage des Bestimmtheitsgebots in der Vorstellung des rechtsstaatlichen Gesetzesbegriffs als abstrakter und genereller Norm berücksichtigt.

Preuß hat – bisher wenig beachtet – die Fragwürdigkeit dieses Gesetzesbegriffs in theoretischer wie empirischer Hinsicht für die staatliche Rechtsetzung im ökonomischen Bereich analysiert.²⁸ Erst recht in der hier interessierenden Sphäre der sog. inneren Sicherheit diene und dient das mit dem rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff verknüpfte Postulat der Tatbestandsbestimmtheit der Verschleierung der faktischen Herrschaftsfunktion des Staates zugunsten der Aufrechterhaltung des jeweiligen, den sozio-ökonomischen Notwendigkeiten entsprechenden, politischen status quo.²⁹ Hatte dieses Postulat im ökonomischen Bereich noch eine gewisse reale Erfüllung gefunden, insoweit als die staatlichen Regelungen entweder tatsächlich formal nur Rahmenbedingungen setzten³⁰ oder Vorhersehbarkeit oder Berechenbarkeit durch »funktional äquivalente« institutionelle und personelle Bedingungen gewährleistet wurden, die den ökonomisch relevanten Kapitalfraktionen einen (mit-)entscheidenden Einfluß ermöglichten³¹, so zeigt allein die »klassische« Eingriffsnorm zur »Regelung« innerer Konflikte, die polizeiliche Generalklausel, daß dem Gebot der Tatbestandsbestimmtheit auf dem Gebiet der inneren Sicherheit schon im »Normalfall«³² keine reale Bedeutung zukommt, ganz zu schweigen von den »Sonderfällen« gerade im Beamtenrecht.³³

Die mehrfachen Angriffe auf die Rechtsstaatsgemäßheit dieser Generalklausel, der Nachweis der beliebigen Ausfüllbarkeit der Ausdrücke »Gefahr«, »Sicherheit«, »Ordnung«³⁴ haben die h. M. und die die faktische Interpretationsherrschaft ausübenden Gerichte keinen Deut beeindruckt.³⁵ Neben der angesichts der

keiten doch hierzu gerade nur das von Rüthers als beliebig anwendbar durchschaute Instrumentarium der juristischen Methodenlehre zur Verfügung.

²⁸ Vgl. Preuß KJ 1971, 16 ff.

²⁹ Die unterschiedlichen Funktionen des Staates hat bereits Pasukanis herausgearbeitet, vgl. Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, 3. Aufl. 1970, S. 117 ff., 127 ff., 131. Auch wenn seine unmittelbare Gleichsetzung von Waren- und Rechtsform nicht haltbar ist, hätte eine materialistische Rechts- und Staatstheorie die (qualitativ) verschiedene Rolle des Staates bei der Regelung ökonomischer Prozesse und des Eingriffs in soziale und politische Auseinandersetzungen zu berücksichtigen.

³⁰ Die aber im bürgerlichen Recht z. B. durch den Grundsatz von Treu und Glauben eine staatliche Eingriffsmöglichkeit qua Rechtsprechung offenließen.

³¹ Vgl. Hirsch, Wissenschaftlich-technischer Fortschritt und politisches System, 1970, S. 11 ff.; Preuß KJ 1971, 16 ff.; insbes. 21 ff., 25 ff.

³² Entsprechendes läßt sich auch z. B. für das politische Strafrecht feststellen; zur früheren Fassung der einschlägigen StGB-Normen hat Copic, Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art, 1967 das Notwendige ausgeführt. Auch die Neufassung hat daran nicht viel geändert und konnte dies wegen der Funktion solcher Normen auch nicht.

³³ Daß die Januargrundsätze nicht vom Himmel gefallen bzw. aus dem Boden des Grundgesetzes erwachsen sind, zeigt ein Vergleich mit zum Teil wörtlich übereinstimmenden Nazi-Regelungen, ferner mit Bestimmungen, die zu Beginn der von Adenauer ausgenutzten und angeheizten Anti-Kommunistenkampagne erlassen wurden, vgl. dazu die Zusammenstellung bei Benseler, Sammelband (FN 6), S. 15 ff. Das Vorbild der Sozialistengesetzgebung Bismarcks sollte ebenfalls nicht vergessen werden. Die Behauptung, die Januargrundsätze seien »Nebelwerfer gegen die Rechtssicherheit« (so Theo Schiller, Sammelband – FN 6 – S. 62) erweist sich als Bumerang, was die Verneblung der Realität angeht.

³⁴ Vgl. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 202 f. mit FN 328; Mayer DVBl. 1959, 453 f.

³⁵ Vgl. Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Aufl. 1961, S. 45; neuerdings H. H. Klein DVBl. 1971, 236; Erbl DVBl 1972, 175 ff.; aus der Rechtsprechung vgl. z. B. OVG Münster OVG 12, 112 (115); VGH Kassel DVBl. 1960, 780. Implicite hat auch das BVerfG die h. M. anerkannt, indem es E 26,41(43) – § 360 I Z. II StGB (grober Unfug) für verfassungsmäßig

Untersuchung Denningers³⁶ fast zynisch anmutenden »Begründung« für die Bestimmtheit durch die Konkretisierung in »jahrzehntelanger Rechtsprechung«³⁷ – die verfassungsrechtlich das Bismarckregime, die Weimarer Zeit, das Nazi-Reich und die BRD umfaßt³⁸ – beruht denn auch klipp und klar das entscheidende Argument für die Notwendigkeit dieser Regelung eben auf ihrer »Flexibilität«.³⁹

Es ist kein Zufall, daß diese Argumentationsstrategie nicht nur neuerdings bei »Ausschöpfung« des Ausländerrechts benutzt wird, sondern auch im juristischen »Alltag« seit eh und je als Stütze für die Erforderlichkeit unbestimmter Rechtsbegriffe und des Ermessens⁴⁰ fungiert.

cc) Die Fungibilität normativer Aufhänger, die angeblich als Verhaltens- und Entscheidungsnormen zugleich das Verhalten der Rechts-»Unterworfenen« wie der Rechts-»Anwender« determinieren, ist bei Kompetenznormen, d. h. bei Aufgabenzuweisungen innerhalb des staatlichen Institutionen- und Organisationsaufbaus nicht in gleichem Umfang gegeben; jedenfalls solange die politischen Entscheidungen noch in Rechtsform ergehen, institutionelle Gewaltenteilung und föderalistische Grundstruktur nach außen hin also noch aufrecht erhalten – und dadurch gleichzeitig die Erkennbarkeit und Identifizierbarkeit des herrschenden Machtkartells erschweren.

Die Entwicklung in der BRD hat gezeigt, daß die hierdurch auftretenden »Dysfunktionalitäten«⁴¹ nicht ganz so reibungslos beseitigt werden können wie in dem oben beschriebenen Bereich. Nach der trotz aller »Geburtswehen«⁴² gelungenen Notstandsgesetzgebung hat sich dies geändert. Hindert der vorhandene Normenbestand – etwa bei den Kompetenzen des Bundesgrenzschutzes wegen der ehemals ausdrücklich intendierten Trennung der Aufgaben dieser paramilitärischen Organisation von denen der Polizei – eine »notwendige« Kompetenz,

erklärte, weil die vom RG in RGSt 31, 185 (192) geprägte »Definition« allgemein anerkannt sei. Diese »Definition« stellt aber entscheidend auf die Verletzung oder Gefährdung des äußeren Bestandes der – öffentlichen Ordnung ab. Auch dies ein Beispiel für Legendenbildung (allgemein anerkannt?).

³⁶ Vgl. Denninger, *Polizei in der freiheitlichen Demokratie*, 1968, passim, insbes. S. 12 ff., 25 ff., 30 ff.

³⁷ Vgl. etwa die in FN 35 Genannten.

³⁸ Hier erweist sich die tiefe Einsicht des berühmt-berüchtigten Ausspruchs von Otto Mayer, »Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht«; vgl. *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. 1, Vorwort zur 3. Aufl. 1924.

³⁹ Vgl. etwa die in FN 35 Zitierten.

⁴⁰ Die vorgeblich apolitische Rechtsstaatsideologie wird bei einem der engagiertesten Rechtsstaatsprinzipienreiter als bewußte oder unbewußte Parteiergreifung zugunsten des politischen und sozialen status quo deutlich. H. H. Rupp bekämpft nicht nur seit langem ebenso heftig wie vergeblich rechtsstaatlich angeblich unzulässige »Ausnahmen« von der Gesetzes»bindung« (vgl. seine in FN 34 zit. Habilitationsschrift). Er hat sich aus der gleichen Fixierung an Rechtsstaatsprinzipien ebenso heftig, aber mit mehr Erfolg gegen Versuche gewandt, das Demokratiegebot des GG auf »gesellschaftlichen« Bereichen zu effektuieren; neben seiner Argumentation gegen Demokratisierung im Hochschulbereich (vgl. *VVDStRL* 27 (1969). S. 113 ff., insbes. S. 121 ff.) siehe neuestens seine Übereinstimmung mit Schelsky in *NJW* 1972, 1537 ff. (1538 FN 4).

⁴¹ In diesem Bereich hat unter den gegebenen Bedingungen eine am Rechtsstaatsprinzip orientierte Argumentation noch eine begrenzte Berechtigung. Die nur informell mögliche Beseitigung der durch Gewaltenteilung und Föderalismus bewirkten Aufsplitterung der Machtmittel eröffnet eine – immer geringer werdende – Chance, vorhandene Divergenzen innerhalb und zwischen den jeweiligen Organisationen unter demokratischen und sozialstaatlichen Aspekten gegen eine Mobilisierung des »totalen Staates« zu nutzen. Freilich sollte man auch hier die fortschreitende Gleichschaltung und die Restriktionen einer Fundamentalopposition nicht unterschätzen.

⁴² Die Mobilisierung des beachtlichen Widerstandes des »Souveräns« war im übrigen nicht mit der rechtstechnischen Kategorie der Tatbestandsbestimmtheit möglich, sondern nur durch politische Auseinandersetzung über Prämissen und Konsequenzen der Notstandsgesetzgebung für ein laut GG demokratisch zu verfassendes Gemeinwesen.

so wird, ebenfalls unter Berufung auf diese Notwendigkeit, flugs die Verfassung ein weiteres Mal geändert, natürlich mit der »Sicherung«, daß der Einsatz nur »in Fällen von besonderer Bedeutung« erlaubt ist.⁴³

b) An Kompetenzregelungen knüpft denn auch der zweite Argumentationsstrang der sich gegen die Januargrundsätze aussprechenden Juristen an. In der Tat scheint diese Strategie auch mehr Erfolg zu versprechen⁴⁴, hat doch das BVerfG in seiner früheren Rechtsprechung das aus Art. 21 Abs. 2 GG »hergeleitete« Parteienprivileg in ziemlich eindeutiger Formulierung auch auf die Mitglieder in ihrer Tätigkeit als solche erstreckt.⁴⁵

Hierzu nur einige kurze Bemerkungen:

aa) Die Erfolgsaussichten einer formalen Argumentation sind mit dem Rechtsruck dieses Gerichtes geschwunden.⁴⁶ Der tiefere Grund liegt aber auch hier in der Fragwürdigkeit des formaljuristischen, rechtsstaatsorientierten Bezugsrahmens.⁴⁷ Benda hat bereits die dogmatische Gegentechnik angedeutet.⁴⁸ Die Instrumentalisierbarkeit des rechtsstaatlichen Übermaßverbots ermöglicht eine »Interpretation« – die wohlgemerkt immanent nicht falsch, sondern in der formalen Betrachtung angelegt ist –, daß das Parteienverbot »ein zu drastisches Mittel der Bekämpfung verfassungsfeindlicher Gruppierungen ist«⁴⁹ und dadurch der »Rückgriff« auf »weniger einschneidende, aber elastischere, auf den Einzelfall besser anwendbare Verteidigungsmaßnahmen« erschwert wird.⁵⁰ Politisch ausschlaggebend für dieses bemerkenswerte Lehrstück dogmatischer Möglichkeiten ist die Einsicht, daß Partei- und Vereinigungsverbote als »Instrument« (!) »in der Verfassungswirklichkeit eher an Bedeutung« verlieren.⁵¹

bb) Dem Parteienprivileg steht – selbst wenn das BVerfG trotz dieses Präsidenten an seiner ursprünglichen Tendenz festhalten würde⁵² – kein vergleichbares Vereinigungsprivileg gegenüber. Art. 9 Abs. 2 GG sagt gar nichts aus, § 3 VereinsG nützt de facto nichts, weil – siehe GUPS und GUPA – das Verbot so

⁴³ Schon jetzt läßt sich absehen, wie diese in Art. 35 II GG enthaltene Formulierung von einer größtenteils rechtsstaatlich fixierten Staatsrechtslehre zur Produktion einer Fülle von Aufsätzen, Monographien und Dissertationen über die Bestimmtheit dieser Norm ausgeschlachtet werden wird. Allein der Aspekt der verfassungswidrigen Verfassungsnorm, der in letzter Zeit keine »umfassende Darstellung« mehr erfahren hat, liefert eine unerschöpfliche Fundgrube zur Produktion von »Theorien« und Dokortiteln.

⁴⁴ Die oben skizzierte geringere Fungibilität solcher Normen hat denn auch die CDU und ihren potentiellen Kanzler an Straußschen Drähten wohl früher dazu bewogen, auch hier das sichere und probatere Mittel der Verfassungsänderung in Erwägung zu ziehen (vgl. Die Welt v. 19. 1. 1971).

⁴⁵ Vgl. BVerfGE 12,296 ff., Leitsätze 1–3, sowie S. 305 ff.; BVerfGE 13,46 (53).

⁴⁶ Vgl. oben FN 13, 14.

⁴⁷ Es bedürfte einer Monographie, um dies im einzelnen darzulegen. hier kann ich nur einige Gesichtspunkte nennen. Verfassungslehre und -rechtsprechung preisen als rechtsstaatliche Errungenschaften die Topoi etwa von Übermaßverbot, Verbindlichkeit der Grundrechte, Schaukelttheorie, Drei-Stufen-Lehre, Drittwirkung, praktische Konkordanz, in dubio pro libertate etc. Alle diese Topoi sind beliebig verwendbar, weil sie nur der Darstellung einer vorgängig getroffenen Bewertung kollidierender »Interessen« dienen. Mit der Hypostasierung der Grundrechte als abstraktes, gar überpositives Wertesystem ist der prinzipielle status-quo-Charakter solcher »Wertungen« bereits vorgegeben. An überpositiven, natürlichen Werten kann man mit »profanen« materiellen Erwägungen kaum noch mit Erfolg rütteln.

⁴⁸ Vgl. Benda, a. a. O. (FN 1), S. 15.

⁴⁹ Benda, a. a. O. Dogmatisch: Übermaßverbot oder Erforderlichkeitsgebot.

⁵⁰ Benda, a. a. O. Dogmatisch: Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck.

⁵¹ Benda, a. a. O. Was ist, wenn auch diese »weniger einschneidenden (für wen eigentlich?) . . . Verteidigungsmaßnahmen« kein effizientes »Instrument« in der Verfassungswirklichkeit mehr sind??!!

⁵² Immerhin gibt es noch liberalen Widerstand gegen die autoritäre Entwicklung; vgl. etwa die langsam prophetisch anmutenden dissenting votes der Richter Geller, v. Schlabrendorff und Hans Rupp zu BVerfGE 30,1 ff., insbes. S. 45 ff.

schnell, wie es »notwendig« erscheint, durch die Innenminister der Länder bzw. den Innenminister des Bundes als zuständigen Behörden erlassen wird.

2) Eine erst zu konstituierende Rechtswissenschaft, die schon angesichts der bestehenden Verhältnisse in Theorie und Praxis nur eine kritische sein kann, muß auf Schritt und Tritt die ideologischen Konsequenzen – und nicht nur diese – reflektieren, wenn sie sich die Begriffe und Methoden der zu kritisierenden Theorie und Praxis vorgeben läßt. Vermieden werden können die in der Rechtsstaatsidee angelegten Konsequenzen allenfalls, wenn man die ursprünglich politischen Gehalte der rechtsstaatlichen Begriffe und Methoden⁵³ berücksichtigt und deren Bedeutungswandel unter demokratietheoretischen und sozialstaatlichen Aspekten mit den Bedingungen und Möglichkeiten der sozio-ökonomischen Entwicklung konfrontiert.

Die rechtlichen Erscheinungsformen der Reaktion stellen sich dann in den Januargrundsätzen als Versuch dar, demokratischen Tendenzen in den Sphären der – für die Bewußtseinsbildung kaum überschätzbaren – Sozialisation und Kommunikation entgegenzuwirken. Da dies größtenteils schon durch »subtilere« Methoden qua Ermessensausübung, Beurteilungsspielräume u. ä. Rechtstechniken möglich war, muß das offene Vorgchen (noch) primär als Abschreckung vor einem kritischen Engagement verstanden werden. Hierin offenbart sich eine Krise der Legitimationskraft des bestehenden Systems, die spätestens in den Rezessionen von 1966/7 auch der Arbeiterklasse unmittelbar bewußt wurde und deren ökonomischer Ursprung heute nicht nur durch die Stabilitätskrise – von den rechtsextremen, aber staatstragenden Kräften in CDU und CSU demagogisch ausgespielt – manifest wird, sondern sich auch darin äußert, daß die Wachstumsideologie sich und die natürlichen wie gesellschaftlichen Ressourcen im wahrsten Sinne des Wortes totwächst.⁵⁴ So betrachtet muß befürchtet werden, daß die Ausnutzung des moralischen Aufschreis über den Guerilla-Einsatz in München⁵⁵ durch die »Ausschöpfung« des Ausländerrechts zusammen mit der Ausschlachtung der künstlich erzeugten Baader-Meinhof-Hysterie⁵⁶ objektiv da-

⁵³ Aber nicht unter der verniedlichenden Formulierung des sog. materiellen Rechtsstaatsbegriffs. Mit dieser Begrifflichkeit wird einerseits der Kampfcharakter dieser Inhalte verschleiert, andererseits die einschläfernde Assoziation hervorgerufen, daß diese Inhalte an die spezifischen Formen des Rechtsstaats geknüpft seien. Deshalb ist eine Aufgabenzuweisung für »Rechtsfindung und -anwendung«, »mit dem Widerspruch zwischen formalem und materiellem Rechtsstaatsprinzip dialektisch fertig zu werden«, so Denninger, Art. Rechtsstaat in Görlitz (Hrsg), Handlexikon zur Rechtswissenschaft, 1972, S. 347, ebensowenig hinzunehmen, wie wenn Denninger, ebd., die Auslegung des Grundrechtsteils als »objektive Wertordnung« als »geltendes Staatsrecht hinzunehmende (Verfassungs-)Rechtsprechung« bezeichnet und letztlich die Notwendigkeit der Herrschaft des Menschen über den Menschen in gesellschafts- und geschichtsloser Anthropologie an der Unvollkommenheit und Irrtumsverfangenheit des Menschen (a. a. O., S. 349) verankert.

⁵⁴ Wenn die Analysen des internationalen Forschungsteams am Massachusetts Institute of Technology auch nur annähernd zutreffen, vgl. Dennis Meadows u. a., Die Grenzen des Wachstums, 1972, dann ist spätestens in 100 Jahren das Ende der gegenwärtigen Zivilisation erreicht, wenn nicht bald mit dem »Übergang vom Wachstum zum Gleichgewicht« begonnen wird (a. a. O., S. 17). Trotz Verwendung technokratischer Modelle und Methoden, trotz der Tatsache, daß diese Forscher marxistischer Gesinnung unverdächtig sind (obwohl man bei Strauß; Löwenthal Gerhard usw. ja nie sicher sein kann), kommen sie und das Exekutiv-Komitee des Club of Rome (Zusammensetzung vgl. a. a. O., S. 178 Anm. 39) zur »Notwendigkeit, die grundlegenden Wertmaßstäbe in unserer Gesellschaft zu ändern« (a. a. O., S. 167). Nach Schelsky und Benda, Löwenthal und Strauß machen sich also das MIT-Team und der Club of Rome verfassungsfeindlicher Zielsetzung verdächtig.

⁵⁵ Der sozialpsychologisch wohl nur voll verständlich wird als Ausfluß eines Schuldkomplexes angesichts der kollektiven Verdrängung der bei weitem bestialischeren »Freiheitskämpfe« des westlichen Partners in Vietnam und der zusätzlichen Schizophrenie der mit unverändertem Jubel begleiteten Fortsetzung des olympischen Spektakels.

⁵⁶ Diese Hysterie räumt auch Benda indirekt ein, a. a. O. (FN 1), S. 15 Sp. 3.

zu dient, den »Souverän« der BRD auf einen Notstand vorzubereiten, dessen Beseitigung ohne Stärkung des demokratischen und sozialistischen Potentials nur in faschistischer Weise vorstellbar ist.⁵⁷

403

Gerd Temming

Karl Marx über die ›positiven‹ Seiten des Verbrechens – oder die Folgen einer Glosse in der westlichen Kriminalsoziologie

I.

»Abschweifung¹

(über produktive Arbeit)

Ein Philosoph produziert Ideen, ein Poet Gedichte, ein Pastor Predigten, ein Professor Kompendien usw. Ein Verbrecher produziert Verbrechen. Betrachtet man näher den Zusammenhang dieses letzten Produktionszweigs mit dem Ganzen der Gesellschaft, so wird man von vielen Vorurteilen zurückkommen. Der Verbrecher produziert nicht nur Verbrechen, sondern auch das Kriminalrecht und damit auch den Professor, der Vorlesungen über das Kriminalrecht hält, und zudem das unvermeidliche Kompendium, worin dieser selbe Professor seine Vorträge als »Ware« auf den allgemeinen Markt wirft. Damit tritt Vermehrung des Nationalreichtums ein. Ganz abgesehen von dem Privatgenuß, den, wie uns ein kompetenter Zeuge, Prof. Roscher, [sagt,] das Manuskript des Kompendiums seinem Urheber selbst gewährt.

Der Verbrecher produziert ferner die ganze Polizei und Kriminaljustiz, Schergen, Richter, Henker, Geschworene usw.; und alle seine verschiedenen Gewerbszweige, die ebenso viele Kategorien der gesellschaftlichen Teilung der Arbeit bilden, entwickeln verschiedene Fähigkeiten des menschlichen Geistes, schaffen neue Bedürfnisse und neue Weisen ihrer Befriedigung. Die Tortur allein hat zu den sinnreichsten mechanischen Erfindungen Anlaß gegeben und in der Produktion ihrer Werkzeuge eine Masse ehrsamere Handwerksleute beschäftigt.

Der Verbrecher produziert einen Eindruck, teils moralisch, teils tragisch, je nachdem, und leistet so der Bewegung der moralischen und ästhetischen Gefühle des Publikums einen »Dienst«. Er produziert nicht nur Kompendien über das Kriminalrecht, nicht nur Strafgesetzbücher und damit Strafgesetzgeber, sondern auch Kunst, schöne Literatur, Romane und sogar Tragödien, wie nicht nur Müllners »Schuld« und Schillers »Räuber«, sondern selbst »Ödipus« und »Richard der Dritte« beweisen. Der Verbrecher unterbricht die Monotonie und

⁵⁷ Der sozialpsychologisch notwendige Aufbau eines inneren Feindes ist bereits in vollem Gange, vgl. Brückner/Krovoza, a. a. O. (FN 2), S. 61 ff. Das rechtliche Instrumentarium ist dank der Notstandsgesetzgebung vorhanden. Zur Vorbereitung eignet sich vorzüglich der Einsatz des Bundesgrenzschutzes nach Art 35 Abs. 2 GG.

¹ MEW, Bd. 26.1, S. 363 f. Der in Abschnitt I folgende Text ist ein ironischer Exkurs im Kontext einer ausführlichen Auseinandersetzung mit vulgärökonomischen Auffassungen über die Produktivität aller Berufe in den »Theorien über den Mehrwert«.