

# Buchbesprechungen

*Gert Brüggemeier, Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus, Materialien zum Wirtschaftsrecht, Band 1: Von der Gründerzeit bis zur Weimarer Republik; Frankfurt/M 1977, Syndikat, 426 S., 28,- DM*

Von dem zweibändigen Werk liegt seit fast einem Jahr der erste Band, der sich mit dem Spätkonstitutionalismus und der Weimarer Republik beschäftigt, vor. Der zweite Band, der die Zeit des Nationalsozialismus und die Bundesrepublik Deutschland behandelt, erscheint demnächst. Es handelt sich bei diesem Werk um ein Arbeitsbuch, das anhand von zahlreichen Materialien und umfangreichen sozialhistorischen Strukturskizzen den Entstehungs- und Entwicklungsprozeß des Wirtschaftsrechts im gesellschaftlichen Kontext auch für Studenten bearbeitbar macht. Die Materialien »wollen die sozialen Bedingungen angeben, die es für die bürgerliche Rechtsordnung notwendig machten, modernes Wirtschaftsrecht auszubilden« (S. 18). Diese Rekonstruktion von Sozial- und Rechtsentwicklung soll zugleich ein Propädeutikum für eine »zeitgemäße Wirtschaftsrechtstheorie« sein.

Der beschränkte Anspruch des Buches ist damit beschrieben. Er ist in seiner Beschränkung auch dem Stand der Theoriebildung in der Rechtswissenschaft in bezug auf die Entwicklung von Zivil- und Wirtschaftsrecht angemessen. (Dabei sollte nicht vergessen werden, daß Brüggemeier einer der Wenigen ist, die an einer Theorie der Entwicklung des Wirtschaftsrechts arbeiten; vgl. seine Arbeit: Vorstudien zu einer Wettbewerbsrechtstheorie, Diss. Frankfurt/M 1973, sowie seinen Aufsatz: Probleme einer Theorie des Wirtschaftsrechts, in: R. Wiethölter (Hrsg.), Seminar: Wirtschaftsrecht, Frankfurt/M ( voraussichtlich 1978).)

Als grundlegendes Defizit einer heutigen

Wirtschaftsrechtslehre (und Wirtschaftsrechtstheorie, würde ich ergänzen) benennt Brüggemeier das »Fehlen einer zugrundeliegenden Gesellschaftstheorie« (S. 18). Er geht davon aus, daß die der klassischen bürgerlichen Wirtschaftsgesellschaft entsprechende Gesellschaftstheorie einer »mixed economy« nicht mehr adäquat ist, gleichwohl aber beruht »unser geltendes Recht immer noch auf den strukturellen und institutionellen Voraussetzungen der bürgerlichen Gesellschaft« (S. 18). Für die spezifische Entwicklung in Deutschland kommt hinzu, daß »deutsches bürgerliches Recht ... von Anbeginn an Privatrecht ohne Privatrechtsgesellschaft (war). Bürgerliche Gesellschaft konstituierte sich in Deutschland – sieht man von liberalen konkurrenzkapitalistischen Ansätzen 1866–1873 ab – immer schon als spätbürgerliche, die kapitalistische Produktionsweise immer schon als organisierter Kapitalismus« (S. 18). Was Brüggemeier hier beschreibt, ist zwar von einigen Zivilrechtswissenschaftlern ebenso schon aufgezeigt worden (vgl. u. a. schon 1953 von Wieacker, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher, jetzt abgedruckt in: ders., Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Ffm 1974), aber bisher in der Zivilrechtswissenschaft nicht zum Zentrum der Theoriebildung geworden. Die Konsequenzen des »säkularen Strukturwandels Deutschlands im 19. Jahrhundert von einer nachabsolutistischen, agrarkapitalistischen Gesellschaft zum autoritär-staatlichen, organisiert-kapitalistischen reichsdeutschen Wohlfahrtsstaat« (S. 18 f.) für das Rechtssystem nimmt Brüggemeier zum theoretischen Ausgangspunkt seiner Darstellung sowohl in den sozialhistorischen Strukturskizzen als auch in der Präsentation der Materialien:

»1. Im Staats- und Verfassungsrecht des deutschen Spätkonstitutionalismus die Zu-

rücknahme des liberal-rechtsstaatlichen, abstrakt-generellen Gesetzes in die spezifisch deutsche Dichotomie von »materiellem« und »formellem« Gesetz.

2. Grundsätzlicher und bis heute folgenreich – die zunehmende Substitution von bürgerlichem Privatrecht von Anbeginn an durch modernes Wirtschaftsrecht. Materialisierung, Partikularität, Richterrecht (der »Justizstaat« verdrängt den Rechtsstaat), »Recht ohne Methode« (Krise der juristischen Dogmatik: die Interessenjurisprudenz bedeutet den vorläufigen und problematisch gebliebenen Versuch, »juristische Methode« und sozialen Wandel in rechtswissenschaftlicher Methodik kompatibel zu machen) sind die Kennzeichen dieses Wirtschaftsrechts. Die infolge von Krisen- und Konzentrationsprozessen ausbleibenden Ordnungsleistungen des Marktes bei der Kontrolle wirtschaftlicher Macht, der Gewährleistung wirtschaftlichen Wachstums u. a. m. fallen als ökonomische Regelungsaufgabe auf das politisch-administrative System – den Staat – zurück. Verkürzt ausgedrückt ist Materialisierung die Strategie, mit der Staat, bürgerliche Rechtsordnung und Privatrechtspraxis diese sozio-ökonomische Entwicklung reaktiv zu bewältigen suchten; positives Wirtschaftsrecht ist das Symptom dieser »Rechts-Pathologie«, d. h. der Diskrepanz zwischen bürgerlicher Privatrechtsstruktur und spätkapitalistischer Gesellschaft, zwischen Rechtsstruktur und (sozialer) Rechtsfunktion. Die sozial gestaltenden, ordnungsrelevanten Akte der Rechtsprechung lassen sich nicht mehr konsistent und nachprüfbar aus Rechtssätzen, dem »Geist der Rechtsordnung« (Flume), einem Prinzip des Rechts bzw. einer Rechtsidee begründen – sie bedürften einer metadogmatischen Ausweisung, außerlegaler Richtigkeitskriterien. Die Legitimation metadogmatischer Rechtsanwendung/Rechtsfindung – in ihren beiden Hauptdimensionen judiziellen und administrativen Handelns – stellt heute das Problem dar, an dem sich die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft zu bewähren hat« (S. 19).

Doch der Schritt von dieser zwar präzisen, aber doch äußerst knappen Analyse zu der von Brüggemeier grob skizzierten Sozialgeschichte des Wirtschaftsrechts ist zu groß, als daß er von einem uninformatierten Leser (z. B. Studenten der Anfangssemester) nachvollzogen werden könnte. Der oben zitierte Aufsatz von Brüggemeier »Probleme einer Theo-

rie des Wirtschaftsrechts« wäre eine ausgezeichnete komplementäre Lektüre; nur ist er leider noch nicht publiziert.

Umgekehrt ist jedoch die Präsentation des Materials in den ausgewählten Dokumenten im Zusammenhang mit den Strukturskizzen vorzüglich zu einer induktiven Arbeitsweise geeignet, die es auch Studenten erlaubt, die herrschenden Varianten »unpolitischer« privatrechtlicher Wirtschaftsrechtstheorien zu kritisieren. Denn das Material dokumentiert in der Tat »die Interdependenz des bürgerlichen (Privat-)Rechts, das sich an seinem Anfang im emphatischen Sinne als independent definiert hat und das auch heute noch tut; schärfer: (Es) zeigt seine Instrumentalisierung durch die politische und ökonomische Macht« (S. 20).

Das methodische Problem metajuristischer Legitimation juristischer Dogmatik konnte von Brüggemeier in diesem Buch lediglich angerissen werden. Zunächst kritisiert er in einer tour d'horizon die verschiedenen Ansätze (systemtheoretische, sprachanalytische, Folgendiskussion, diskursive Dogmatik, Universalpragmatik), die sich mit diesem Problem beschäftigen, und zeigt ihre Defizite auf (S. 23 f.), um dann die Notwendigkeit einer »Verfassungstheorie des Sozialstaats (... als Gesellschaftstheorie)« (S. 25) zu begründen. Er versucht dies anhand einer Gegenüberstellung von Rechtsstaat (vergangenheitsorientierte Konditionalprogramme, normative Ausgrenzung von Freiheitsbereichen des Eigentümerindividuums, hermeneutisch-exegetische Methode) und Sozialstaat (zukunftsorientierte Zweckprogramme, politische Steuerung und Planung des politischen Prozesses, sozialwissenschaftliche Analyse) (S. 25).

»Die Verfassungstheorie (des Sozialstaats – W. V.) betont die Verfassungswirklichkeit. Sie ist sozialwissenschaftliche Analyse, ihre Grundkategorie ist – Planung. Sie thematisiert das Versagen der Verfassung in ihrer Regulierungsfunktion und analysiert die Bedingtheit der Rechtsentwicklung durch die weitgehend naturwüchsige soziale Entwicklung« (S. 25).

Das Dilemma dieser Verfassungstheorie des Sozialstaats nun ist es, daß sie nicht existiert. Denn gemeint ist die Verfassungstheorie einer lernenden offenen Transformationsgesellschaft, »der Entwurf eines gesamtgesellschaftlichen Rahmenplans, der eine konsistente Entwicklung von privatem und öffent-

lichem Sektor markiert, um dadurch ökonomische und soziale Entwicklungen zu koordinieren und damit zu einem Ansatz bewußt gesteuerter und geplanter Sozialentwicklung zu gelangen« (S. 27). Es soll ein »strukturelles Reformmodell der BRD-Gesellschaft (entworfen werden), dessen Schwerpunkte . . . in der Ersetzung/Ergänzung der quantitativen ökonomischen Indikatoren durch qualitative soziale Indikatoren für gesellschaftliche Entwicklung« (S. 26 f.) liegen. »Damit ist gleichzeitig impliziert, daß der evolutionäre Primat von der Ökonomie auf das planende politisch-administrative System übergeht« (S. 27). Derartige Entwürfe einer »guten Ordnung« der Gesellschaft existieren allenfalls als Hoffnungen in unseren Köpfen, ihnen kommt jedoch (wenigstens zur Zeit) keine gesellschaftliche Realität zu. Denn die Durchsetzung einer derartigen Verfassungstheorie »ist letztlich eine soziale Machtfrage« (S. 29), wie Brüggemeier selbst feststellt. Die Bedingung der Möglichkeit derartiger Transformationsprozesse einer spätkapitalistischen Gesellschaft in einen demokratischen Sozialstaat wäre gegenüber der sich bisher immer noch naturwüchsig durchsetzenden Rationalität kapitalistischer Verwertungsgesetzlichkeit erst noch theoretisch zu begründen. Es zeigt sich hier eigentlich der einzige Mangel des Buches, nämlich der Verzicht auf die Diskussion der verschiedenen staatsrechtlichen Ansätze, ohne die die Zukunftsperspektive juristischer Arbeit, die Brüggemeier hier in seiner »Verfassungstheorie des Sozialstaats« entwirft, leerer Wahn bleiben muß. Allein die »strukturelle Diskrepanz zwischen dem objektiven gesellschaftlichen Bedarf an staatlicher Planung und Steuerung und dem ungebrochen evolutionären Primat der kapitalistischen Wirtschaft für die Gesamtgesellschaft« (S. 28) reicht nicht aus, die Möglichkeit eines demokratischen Transformationsprozesses zu begründen, sondern zeigt allenfalls die Form der Krisenhaftigkeit kapitalistischer Vergesellschaftung auf. Die gegenwärtig praktizierte Alternative gesteigerter Repression in politischen und ökonomischen Krisenzeiten, ein altbewährtes Rezept des kapitalistischen Staates, macht dies deutlich. Gerade auch gegenüber den heute vertretenen ökonomistischen Ableitungen des kapitalistischen Staates (prototypisch: Flatow-Huisken, Zum Problem der Ableitung des bürgerlichen Staates, ProKla 7/1973, S. 83 ff.) oder Theorien einer Metaphysik des Kapitals, des

Endes systemsprengender Widersprüche durch die Totalität kapitalistischer Vergesellschaftung (prototypisch: Breuer, Politik und Recht im Prozeß der Rationalisierung, Leviathan 1/77, S. 53 ff.) scheint es notwendig, in den Widersprüchen des kapitalistischen Verwertungsprozesses selbst die Potentiale aufzuzeigen, die der allseits festgestellten Krisenhaftigkeit des kapitalistischen Vergesellschaftungsprozesses erst ihre Ambivalenz geben. Es müßte die Notwendigkeit der Entwicklung von Verkehrsformen aufgezeigt werden, über die nicht eindimensional die Rationalität der Kapitalverwertung sich durchsetzt und die im Prozeß ihrer Entstehung und Veränderung Widersprüche hervorbringen, aus denen Perspektiven für politisches Handeln entstehen und an denen politisches Handeln ansetzen kann. Die bloße Hoffnung auf die Möglichkeit demokratischer Transformationsprozesse hätte lediglich Alibifunktion für die Fortentwicklung eines autoritären Sozialstaats. Eine nach diesem Arbeitsschritt herausgearbeitete spezifische Ambivalenz der Krisensituation wird dann auch nicht durch die Ausarbeitung einer Verfassungstheorie der reformierten Gesellschaft aufgelöst, sondern umgekehrt: Die Auflösung der Ambivalenz der Krise zugunsten demokratischer Transformationsprozesse in gesellschaftlichen Auseinandersetzungen bestimmt, welche Verfassungstheorie sich durchsetzt, die eines autoritären oder eines demokratischen Sozialstaats.

Die hier vorgebrachte Kritik an Brüggemeiers Vorstellungen über demokratische Transformationsprozesse schmälert jedoch nicht den Wert des Buches, sondern relativiert lediglich den Rahmen, innerhalb dessen die Strukturskizzen und Materialien ihren Stellenwert erhalten. Denn der eigentliche Anspruch des Buches ist ja die Analyse der Entwicklung der gesellschaftlichen Realität der Wirtschaftsverfassung. Und dies ist den Strukturskizzen und Materialien gelungen. Ich will dazu lediglich auf einige Hauptentwicklungslinien hinweisen, die Brüggemeier in seinen Strukturskizzen herausarbeitet und mit Materialien belegt.

Die wichtigste ist wohl, daß von Anfang an – mit Ausnahme der kurzen Periode des freihändlerischen Konkurrenzkapitalismus' 1850–73 – der Staat seine Funktionen nicht im zur Verfügung Stellen von einheitlichen Rechtsformen (vgl. die großen Kodifikationen Ende des 19. Jahrhunderts), im Herstel-

len eines zusammenhängenden Marktes (vgl. die gewaltsame kriegerische Herstellung der deutschen Einheit im 19. Jh.) und einer Infrastruktur (Ausbildung, Verkehr) erschöpfte, – schon um diese Voraussetzungen kapitalistischer Produktionsweise herzustellen, bedurfte es einer gewaltsamen Revolutionierung der Verhältnisse *von oben* –, sondern daß der Staat aktiv in den Wirtschaftsprozess intervenierte. Der Umschwung vom freihändlerischen Liberalismus zum System des Solidarprotektionismus der ostelbischen Großagrarien und der rheinischen Schwerindustriellen 1878 ff. läßt den Zusammenhang von Schutzzollgesetzgebung, gerichtlicher Unterstützung der Kartellierung der Wirtschaft, Sozialisten- und Sozialgesetzgebung gut darstellen. Das »Interessengemeinschaftskartell Rhein-Ostelbien«, das schon auf 1848 zurückgeht, seine Herrschaft aber erst richtig 1878/79 antrat, führte zu einer Refeudalisierung der deutschen Gesellschaft, die der politische Ausdruck der ökonomischen Machtverhältnisse war. Das Problem des bürgerlichen Formalrechts, die Kontrolle ökonomischer Macht, wird so in Deutschland mit der »Ausbildung des politischen industriellen, staatskapitalistischen Komplexes«, mit der »grundlegenden autoritär-staatlichen Prädisposition des deutschen Industrie- und Finanzbürgertums« immer in machtaffirmativer Weise angegangen. Darin ist eine der wesentlichen Bedingungen für den Erfolg des Faschismus begründet. Brüggemeier zeigt dies deutlich an der Entwicklung des Kartellrechts, des Boykottrechts, der Zurückdrängung der Rätebewegung, dem Durchschlagen autoritär-staatlicher Vorstellungen in gemeinwirtschaftlichen Konzeptionen etc.

Eng damit im Zusammenhang steht der Wandel der juristischen Methode vom Rechtspositivismus zur Interessenjurisprudenz in dem Moment, wo der gesellschaftliche Status quo in der Weimarer Republik über die Gesetzgebung angegriffen wurde (vgl. die Usurpation der Kompetenz, Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen, durch die Rechtsprechung des RG in der Aufwertungsfrage).

Weiterhin wird gut dokumentiert der Funktionswandel des Gesetzes vom tatbestandlich fixierten Konditionalprogramm zum general-klauselartigen Formelkompromiß eines zu inhaltlicher Gesetzgebung zunehmend unfähigeren Parlaments und zum politischen

Zweckprogramm von Rechtsprechung und reichspräsidentialer Diktatur. Dies läßt sich deutlich machen an der Rechtsprechung zum Aufwertungsproblem, zum Boykott, an der präsidentialdiktatorischen »Bewältigung« der Wirtschaftskrisen 1923 und 1931.

Beide Momente, Usurpation von Kompetenzen gegenüber einem den Status quo angreifenden Gesetzgeber durch die Rechtsprechung und Aufgreifen von Problemen, die ein zunehmend unfähigerer Gesetzgeber nicht mehr bewältigt, führten zu einer folgenreichen Verlagerung politischer Entscheidung auf die Rechtsprechung, die bis heute politische Entscheidung im Gewande »unpolitischen« Privatrechts erscheinen läßt.

Wolfgang Voegeli

*Abendroth / Blanke / Däubler / Düx / Perels / Ridder/Römer/Seifert/Stubby/Wagner/Wahsner/Wierhöller: Der Kampf um das Grundgesetz, Über die politische Bedeutung der Verfassungsinterpretation, Syndikat Autoren- und Verlagsgesellschaft, Frankfurt am Main 1977, 265 S., 20,- DM.*

Am 10. April 1976 trafen sich einige demokratische und sozialistische Juristen, um aus Anlaß des 70. Geburtstags von Wolfgang Abendroth über die Bedeutung der Interpretation verfassungsrechtlicher Normen für Politik und Politikwissenschaft zu diskutieren. Dieses Buch, in dem sowohl die Referate<sup>1</sup> als auch die Diskussionen<sup>2</sup> darüber voll-

<sup>1</sup> Die Referate sind: Thomas Blanke, Repression und Verfassung: Aspekte zur Funktion verfassungsrechtlicher Argumente in politischen Auseinandersetzungen; – Wolfgang Däubler, Einige Überlegungen zur alternativen Rechtsinterpretation; – Heinz Düx, Probleme der Interpretation von Art. 16 Abs. 2 Satz 2, 16 Abs. 1 und 20 Abs. 4 GG (Asylrecht, Strafbarkeit friedensstörender Handlungen, Widerstandsrecht); – Joachim Perels, Die rechtspolitische Strategie der CDU/CSU; – Helmut Ridder, Das Bundesverfassungsgericht. Bemerkungen über Aufstieg und Verfall einer antirevolutionären Einrichtung; – Peter Römer, Kleine Bitte um ein wenig Positivismus. Thesen zur neueren Methodendiskussion; – Jürgen Seifert, Das Auslegungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts bei der Verwirkung von Grundrechten; – Gerhard Stubby, Bemerkungen zum verfassungsrechtlichen Begriff »freiheitliche demokratische Grundordnung«;

ständig abgedruckt sind, umreißt die Themen, die zur Zeit unter kritischen Juristen vorrangig diskutiert werden und bietet insofern einen hervorragenden Überblick über die vertretenen Positionen und vorhandenen Kontroversen.<sup>1</sup>

# I.

Die rechtspolitische Diskussion in der BRD führte in einer durch die politische Ohnmachtserfahrungen im Zusammenhang mit der Durchsetzung der Notstandsgesetze, dem Abklingen der Studentenbewegung und der zunehmenden Stärkung des politischen Repressionsapparates verursachten analytischen Radikalität bei vielen zu rechtsnihilistischen Positionen, die die Auseinandersetzung mit insbesondere verfassungsrechtlichen Argumentationen unter Hinweis auf den Charakter des Rechts als bürgerliche Herrschaftsform ablehnten oder sogar als gefährlich ansahen.<sup>2</sup> Nachdem der gewalttätige, sich selbst illegalisierende Rechtsnihilismus seine politische Perspektivlosigkeit auch praktisch unter Beweis gestellt hat, scheint heute weitgehende Einigkeit über die Notwendigkeit des »Kampfes um Verfassungspositionen« zu bestehen.

Denn der politische Kampf artikuliert sich in juristischen Positionen. Die in Begriffen des Verfassungsrechts symbolisierten Formen sind nicht isolierte, leere Formen, »sondern Ausdruck von politischen und sozialen Kräf-

tekonstellationen, die wir nicht einfach überspringen können. Man kann die Verfassungsfrage nicht ausklammern und gewissermaßen direkt zur politischen Auseinandersetzung übergehen.« (Perels 183/184) Wenn wir an dem Bewußtsein dieser juridifizierten Gesellschaft ansetzen wollen, müssen wir in den Formen der Sprache reden, wie sie dem Verständnis der Massen entspricht. (Abendroth 191) Wir können daher in der politischen Diskussion nicht nur mit Kategorien der politischen Ökonomie argumentieren oder »einfach sagen, der andere ist »Klassenfeind« und deswegen sind wir gegen ihn«, sondern müssen die verfassungsrechtliche Argumentation aufgreifen und »klar argumentieren: Wir stehen auf dem Boden der Verfassung. Die andere Seite verletzt sie.« (Wagner 185) Zwar kann eine verfassungsrechtliche Argumentation entpolitisiert wirken. »Aber Verrechtlichung ist Entpolitisierung immer nur von einem Standpunkt aus, nämlich von dem der herrschenden Klasse, weil sie die Bewußtseinsentwicklung der unterdrückten Klasse damit hindern will. Sie ist es nicht vom Standpunkt der jeweils unterdrückten Klasse aus.« Für sie »ist das Erlangen . . . von Verfassungsrechtsregeln, die zu ihren Gunsten nutzbar sind, ein Problem des Klassenkampfes und nichts anderes, und das Weiterführen, das Austragen dieser Rechtsregeln führt diesen Kampf weiter.« (Abendroth 188) Aus diesen Überlegungen lassen sich Aufgaben kritischer Juristen bestimmen und in das strategische Gesamtkonzept der Klassenkämpfe einordnen: Wenn es richtig ist, daß das Grundgesetz als ein Waffenstillstand zu interpretieren ist, der Formen der politischen Auseinandersetzung zwischen den Klassen festlegt, um die physische Gewaltbarkeit aus dem politischen Kampf auszuklammern und wenn es weiter nicht unserem Interesse entspricht, auf dem Weg zu einer sozialistischen Gesellschaft die Gewaltfrage von uns aus zu stellen, so trifft Juristen die Aufgabe, diesen Waffenstillstand durch ihre Interpretation zu festigen und zu erhalten. (Abendroth 189 und 192)<sup>3</sup> Es gilt zu verhindern, »daß die Gegenseite die in Verfassung und Gesetzen festgelegten Legalitätszwänge nicht weiter

– Heinz Wagner, Probleme der Rechts-, insbesondere der Verfassungsauslegung; – Roderich Wahsner, Bemerkungen zu Art. 15 GG; – Rudolf Wierhölder, Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht.

<sup>2</sup> Über diese Diskussionen berichtete Hans-Albert Lennartz in DuR 76 Heft 2, S. 187 ff.

<sup>3</sup> Einen solchen Überblick zu geben versucht auch die in H. Rottleuthner (Hg.), Probleme der marxistischen Rechtstheorie, Ffm 1975 abgedruckte Diskussion zwischen W. Abendroth, R. Keßler, J. Perels, H. Rottleuthner und J. Seifert über Probleme sozialistischer Rechtspolitik (S. 392 ff.) und der dort ebenfalls abgedruckte (S. 419 ff.) mehr die theoretische Diskussion referierende Aufsatz von Th. Blanke, Das Dilemma der verfassungspolitischen Diskussion der Linken in der Bundesrepublik.

<sup>4</sup> S. z. B. R. Geulen, Kann man mit einer bürgerlichen Verfassung eine sozialistische Praxis legitimieren? in G. Stuby, Disziplinierung der Wissenschaft, Ffm 1970, S. 192 ff. oder G. Temming, Abschied von der Rechtsstaatsillusion in KJ 1972 Heft 4, S. 395 ff. und die Kritik von F. Hase, Herrn Gerd Temmings Abschied vom Rechtsstaat, KJ 73, Heft 2, S. 212 ff.

<sup>5</sup> S. hierzu auch Abendroth, Die Stellung der Sozialisten zu bürgerlicher Demokratie, autoritärem Staat und Faschismus in: Abendroth, Arbeiterklasse, Staat und Verfassung, Ffm 1975, S. 230 ff.

lockern oder gar beseitigen kann« (Seifert 179) und das Grundgesetz zu einem Organisationsstatut eines autoritären Staates umwandelt. Es gilt, der Arbeiterklasse und dem Einzelnen einen Spielraum politischer Betätigung zu sichern und stets zu zeigen, »daß und wie es möglich ist, durch das Bewegen in diesem Waffenstillstand . . . ihn dazu zu nutzen, daß man ohne physische Gewaltsamkeit durch nichtphysische (aber natürlich auch) Gewalt des Klassenkampfes die Transformation aus der Klassengesellschaft heraus vollziehen kann in Richtung auf eine klassenlose Gesellschaft.« (Abendroth 192)

Ohne diese Überlegungen prinzipiell in Frage zu stellen, weisen Blanke und Wiethölter auf Reflexionsverluste und politische Gefahren eines so bestimmten Verhältnisses von Politik und Verfassungsrecht hin. Wiethölter bezweifelt, daß im Rahmen von Verfassungen Probleme diskutierbar sind, die den Rahmen dieser Verfassungen gesellschaftstheoretisch und verfassungspolitisch vorab erst einmal konstituieren. (185) Für Blanke liegt die Gefahr der Entpolitisierung sehr nahe, wenn allein auf Verfassungsebene die Abwehr gegen staatliche Repression organisiert und die Verfassungsfrage zum Zentrum der eigenen Diskussion der Linken gemacht wird. Denn bei dem Versuch einer politischen Konsensbildung ersetzen verfassungsrechtliche Etikettierungen häufig die notwendige soziologische und politische Analyse. Dies birgt die Gefahr »von den gegenwärtigen real verhandelten politischen Prozessen . . . zu abstrahieren.« (17) »Wenn es (z. B.) . . . richtig ist, daß die Berufsverbote nichts anderes darstellen als den Versuch der herrschenden Klasse, den Zug in Richtung Sozialismus . . . zu stoppen« (23), wäre es kurzfristig, anzunehmen, man könnte durch eine linke Verfassungsinterpretation juristisch legitimer Repression eine Schranke setzen. Zudem verfehlen Bekenntnisse zum Grundgesetz das herrschende politische Feindbild. Denn der »antifreieitliche« und »antidemokratische« Charakter des Kommunismus wird nicht an dem abstrakten Verhältnis der Linken zur Verfassung, sondern an dem Postulat der revolutionären Umwälzung und der Diktatur des Proletariats festgemacht. »Einzig wirkungsvoll, weil offensiv und dadurch glaubwürdig«, kann hier die offene politische und theoretische Diskussion über die Demokratie- und Gewaltprobleme sein. (18 ff. und 175)

Die Stoßrichtung fast aller Diskussionsbeiträge zielt darauf, daß diese Gefahr der Entpolitisierung nicht wieder zu einer theoretischen Rechtsfeindschaft hinführt. Diese Gefahren sind auf andere Weise aufzufangen. So warnt Abendroth zum einen davor, einem platten Legalismus aufzusitzen. Vielmehr müssen wir lernen, existente Rechtsregeln durch Rechtsregeln, die das Interesse der unterdrückten Klasse repräsentieren, zu ersetzen. Zum anderen müssen wir den abstrakten »theologischen« Rechtsglauben aufzuheben lernen, indem wir »Klassenkämpfe um die Interpretation des Rechts als Klassenkämpfe sichtbar machen«. (190/191)

## II.

Bei einer so ambivalenten Verfassung wie dem Grundgesetz beantwortet sich die Frage ihrer politischen Offenheit in der Bestimmung des Verhältnisses der Grundrechte als Minderheitenschutz zu der politischen Regierungsgewalt für jeweilige Mehrheiten. Politische Entscheidungen hängen daher ab von der Rechtsfrage, wie solche Grundrechte zu interpretieren sind. Der inhaltliche Bezug »materieller gesellschaftlicher Verhältnisse zu Rechtskategorien erweist sich somit als das höchststrangige Verfassungsproblem«. (Wiethölter 164)

Bei diesem zweiten in der Diskussion behandelten Problem der Bestimmung juristischer Methoden von Verfassungsinterpretation wird die Differenz und Vielfalt der verschiedenen Positionen deutlich.

1. Stuby und Däubler vertreten eine im engeren Sinne »alternative« Interpretation, der sie die Funktion zuweisen, »bestimmen in der Arbeiterbewegung vorhandenen innovatorischen Vorstellungen juristischen Ausdruck zu verleihen.« (Däubler 39) Die Methode, mit der diese Aufgabe erfüllt werden soll, schmückt sich allerdings zu Unrecht mit dem Attribut »alternativ«, denn sie zieht ebenso wie die herrschende Meinung »alle Register der Topik« (Däubler 41) und hält, ohne sich auf bestimmte Auslegungsregeln festzulegen, die Vorgehensweise für geeignet, die das richtige Ergebnis bringt. (Stuby 208) Während Däubler in seinem Referat die Anwendbarkeit dieser Methode für das Verfassungsrecht etwas relativiert, verwendet sie Stuby beispielhaft in seiner Interpretation der Formel der »freiheitlichen demokratischen Grundordnung«. Hierbei sieht er nicht die Demokratiefeindlichkeit einer solchen die



Politik durch Rechtsbegriffe begrenzenden Formel, sondern hält diese – mit der richtigen antifaschistischen Interpretation versehene – Formel für eine demokratische Errungenschaft. (127)<sup>6</sup>

Abendroth stimmt insofern mit Stuby überein, als er die Notwendigkeit anerkennt, die schwankenden Teile der Arbeiterklasse in der Terminologie des Grundgesetzes, also auch mittels des Begriffs der »freiheitlichen demokratischen Grundordnung«, die nur richtig zu interpretieren ist, zum Kampf für die Verteidigung der Demokratie zu agitieren.

Blanke weist gegen diese positive Verwendung solcher demokratieverkürzender Begriffe, wie der »freiheitlichen demokratischen Grundordnung«, zu Recht darauf hin, daß dadurch nur der Versuch unternommen wird, die »Systemgrenze« etwas weiter nach links zu verschieben und dadurch anderen linken Gruppen der schwarze Peter der Verfassungsfeindschaft zugeschoben wird. (22) Rechtsmethodisch stellt dieser Versuch der Uminterpretation der »freiheitlichen demokratischen Grundordnung« für Ridder eine weitere Fortsetzung der Zerrüttung der Legalordnung dar. »Jede interpretatorische Überanstrengung des Grundgesetzes in dieser Richtung stärkt nicht, sondern schwächt ... die demokratische Bewegung unseres Landes« (250) und leistet der tendenziell totalitären Verrechtlichung des politischen Prozesses Vorschub. »Viel schlimmer aber ist das damit implizierte Ja zu demokratieverkürzenden Instituten des Grundgesetzes.« (251)<sup>7</sup> Ebenso hält Römer die topische Methode, die die Verfassung dahingehend instrumentalisiert, daß sie jeweils das hergeben soll, was in der konkreten zu entscheidenden Rechtslage den abhängig Arbeitenden günstig ist, nicht vereinbar mit der grundsätzlichen Haltung, die Normativität der Verfassung zu bewahren. Vielmehr wird durch die »alternative« Rechtauslegung »ein bestimmter Interpretationsspielraum, den die herrschende Lehre (und die Rechtsprechung)

ursurpiert hat – bis hin zu freier richterlicher Rechtsschöpfung, bis hin zu contra-legen-Entscheidungen – als gegeben akzeptiert.« (211) Der »verschleierte Rechtsnihilismus« (92) der herrschenden Methodenlosigkeit »kann also nicht die Waffe der Arbeiterklasse sein.« (201)

2. Ähnlich wie Wiethölter (222) bestreitet Blanke ebenfalls wie Stuby und Däubler die Möglichkeit, eine konsistente wissenschaftliche Interpretationsmethode zu finden. Er hält diese gesamten Interpretationsmuster nicht für Formen wissenschaftlicher Hermeneutik mit einem in sich selbst begründbaren Wahrheitsanspruch, sondern lediglich für Darstellungsformen von Plausibilität, »die auf Tautologie rückführbar sind und ihren Begründungszusammenhang außerhalb dieser Darstellungsform haben.« (216) Die Begründungsstrategien wechseln mit gesellschaftlichen Veränderungsprozessen, so daß rechtliche Methoden und Ergebnisse nur durch marxistische Analyse dieses Veränderungsprozesses erklärbar sind.<sup>8</sup>

3. Ebenfalls aus dem verlorenen Glauben an eine in sich konsistente linke Auslegungstheorie heraus wollen Wagner und Seifert die jeweils überzeugendste Methode situativ aus der konkreten gesellschaftlich historischen Situation bestimmen. (133 und 202 ff. bzw. 209 ff.) Die für die Interpretation entscheidende historische Lage ist heute gekennzeichnet durch die Defensive der Linken und durch die geänderte politische Funktion des Bundesverfassungsgerichts, das gegenüber einer CDU-Regierung seinen judicial restraint betonte, heute aber auch nur minimale Reformbestrebungen abblockt. Da das Bundesverfassungsgericht den hierfür notwendigen weiten Interpretationsspielraum und die Kompetenz zur »Leitsatzgesetzgebung« mittels der Methode der Methodenlosigkeit usurpiert, ist auf eine Reduktion der interpretatorischen Möglichkeiten zu insistieren, indem etwa vom Begriff der Gewaltenteilung her die Grenzen der richterlichen Funktion bestimmt werden. Gegenüber der Exekutive ist insbesondere auf die Einhaltung verfassungsrechtlicher oder gesetzlicher Verfahrenssicherungen zu bestehen, da dieser Legitimitätszwang für den Schwächeren eine Schutzfunktion vor willkürlicher Machtaus-

6 S. hierzu auch die sich an diesem Referat Stubys entzündende Kontroverse zwischen W. Borchers u. a., Das Grundgesetz – eine antifaschistische Wertordnung? in DuR 76 Heft 2, S. 153 ff. und P. Römer, Verfassungssubstanz und demokratischer Prozeß in DuR 1976 Heft 4, S. 345 ff.

7 S. hierzu auch die ausführlicheren Analysen Ridders in: Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975, S. 34 ff.

8 Ein Beispiel hierfür ist Th. Blanke, Funktionswandel des Streiks im Spätkapitalismus, Ffm 1972.

übung hat und die eindeutig mögliche Wahrnehmung der Verletzung einer solchen Verfahrenssicherung zu einer Gegenbewegung beitragen kann. (Seifert 98 ff. und 237 ff.)<sup>9</sup>

4. Sowohl zu der topischen Methode der »alternativen« Verfassungsinterpretation als auch zu den eher rechtstheoretischen als dogmatisch-methodischen Ausführungen Blankes beziehen Römer und Abendroth eine volle Gegenposition. Die »Funktionalisierung« sich jeweils wechselnd übersteigender angeblicher Auslegungsmethoden gegen den ursprünglichen Sinn der Normen ergibt sich aus den ideologischen und rechtstechnischen Zwängen der herrschenden Rechts»wissenschaft«, stellt aber kein Wesensmerkmal von Rechtswissenschaften dar. Deren Aufgabe bestimmt Römer als Erkenntnis der Wahrheit des zu erkennenden Gegenstandes. Hierin besteht die Parteilichkeit des kritischen Juristen. Denn die Arbeiterklasse hat ein Interesse an der objektiven Erkenntnis der Positivität des Grundgesetzes. (87 ff.) Der objektive Sinn der Normen des jeweiligen Klassenkompromisses läßt sich durchaus objektiv feststellen und erkennen, wenn man ihn exakt sozialhistorisch überprüft und von hieraus seine Wortbedeutung und die Grenzen ihrer Auslegungsfähigkeit bestimmt. (Abendroth 227)<sup>10</sup> Ähnlich dürfte auch die kleine Bitte Römers um ein wenig Positivismus (so der Titel seines Referats) und die Voten zur Methodenfrage von Perels (221) und Wahsner (215) zu verstehen sein.

### III.

Welche Chancen bestehen aber für die eine oder andere Interpretationsmethode, welche Möglichkeiten gibt es für eine linke verfassungsrechtliche Argumentation sich durchzusetzen?

1. Trotz herber Enttäuschungen trauen Teile

<sup>9</sup> Hierauf weist Seifert in verschiedenen Zusammenhängen hin, z. B.: Von den Notstandsgesetzen zum vorverlegten Notstand, in Kursbuch 48, 1977, S. 45 ff.; oder: Wer bestimmt den Verfassungsfeind? in: Brückner, Damm, Seifert, 1984 schon heute oder wer hat Angst vorm Verfassungsschutz? 2. Aufl. 1977, S. 107 ff.; oder: Die Abhoraffare 1977 und der überverfassungsgesetzliche Notstand in: KJ 1977 Heft 2, S. 105 ff.

<sup>10</sup> Als Beispiel s. Abendroth, Das Grundgesetz, 3. Aufl. Pfullingen 1966 und viele seiner Aufsätze zu aktuellen Verfassungsproblemen, die in: Arbeiterklasse, Staat und Verfassung, Ffm 1975 nachgedruckt sind.

der demokratischen Linken dem Bundesverfassungsgericht immer noch oft fantastische Steuerungsleistungen zu, durch die Demokratiedefizite behoben werden könnten. Daß solche »linken« Affirmationen eine Flucht ins Traum- und Wunschdenken darstellen, zeigt Ridder in seinem Referat, in dem er die demokratieverkürzende Funktion der Institution des Bundesverfassungsgerichts und der damit verbundenen Verrechtlichung von Politik nachweist. Neben diesen historischen und strukturellen Bedenken gegen das Setzen auf die Justiz sind auch noch die Ergebnisse der Gerichtssoziologie zu beachten. »Was nützt die ganze alternative Verfassungsinterpretation, wenn man nicht imstande ist, in der Justiz genügend Leute zu präsentieren, die diese alternative Interpretation praktizieren?« (Dix 214) Ansonsten vertraut man sich einem Teil des Staatsapparats an, der homogener und konservativer ist als der Durchschnitt der politischen Kräfte in Staat und Gesellschaft und dies durch seine Personalpolitik absichert, der politisch keiner demokratischen Verantwortlichkeit unterliegt und dessen Entscheidungen stärker als die anderer der Kritik entzogen sind. (Wagner 134) Andererseits ist aber auch hinsichtlich der Durchsetzungsmöglichkeiten für eine demokratische Interpretation unseres Rechtssystems der merkwürdige Widerspruch zu berücksichtigen, daß das Klassenbewußtsein der abhängig Arbeitenden in der BRD zwar schwächer ist als in jedem vergleichbaren Land Westeuropas oder auch zur Zeit der Weimarer Republik, daß es aber Ansätze demokratischen Denkens unter Juristen in einem viel stärkeren Maß als jemals in der deutschen Geschichte gibt, die es lernen gilt zu nutzen. (Abendroth 228/229)

Aufgrund seiner Erfahrungen aus dem Arbeitsrecht glaubt Däubler nicht, daß der Weg über die Ausbildung fortschrittlicher Richter der einzige wäre, um alternative Rechtspositionen durchzusetzen. Er hält es auch für denkbar, daß konservative Richter »dem sozialen Druck aus Einsicht in die Verhältnisse nachgeben«. (218/219)

2. Da sich aus Sozialisation und Zusammensetzung von Parlamenten und Obergerichten ergibt, daß die Gesetzesform im Prinzip die progressivere Rechtsform ist, »sollten progressivere Kräfte sich weniger auf das Richterrecht fixieren.« (Wagner 137 und 204) Das parlamentarische Gesetz ist die Form staatlichen Handelns, »die unter dem Gesicht-



punkt des Demokratiegebots zu verteidigen ist: gegen die Normativakte, die von Regierungs- und Verwaltungsbehörden, von der Justiz und vom Kapital selbst (z. B. in der Form der allgemeinen Geschäftsbedingungen) erlassen werden.« (Römer 91) Die Linke kann daher politisch und hinsichtlich der Interpretationsmethode nur auf den Gesetzgeber setzen.<sup>11</sup>

Scheitert diese Strategie aber nicht an der zunehmenden Bedeutungslosigkeit des Parlaments und des parlamentarischen Gesetzes in bezug auf tatsächliche politische Entscheidungsbildung? Hat nicht die westeuropäisch-bürgerlich-rechtliche Verfassungstradition nur der Form nach überlebt, ist aber der Sache nach gestorben? Dieses Problem wird an den Bereichen Wirtschaftsverfassungsrecht und innere Sicherheit weiter verfolgt:

a) Für Wiethölter wird heute vom Wirtschaftsverfassungsrecht her die Verfassungsfrage ganz neu gestellt. Die herrschenden juristischen Theorien versuchen, wirtschaftliche Gegebenheiten mit Hilfe von Grundrechtsinterpretation in Verfassungsrang rückzuübersetzen, indem »Grundrechte auf makroökonomische Systemfragen hin extrapoliert« werden. (223) Hinter dem Grundgesetz wird dann sozusagen das Stabilitätsgesetz als Grundgesetz des Grundgesetzes stilisierbar. Die »Grundlagen des bürgerlichen Rechts werden zu einem diffusen Mosaik einer mixed economy, dessen Hauptsteine gegenwärtig gesetzt werden in den politischen und rechtlichen Entwicklungen hinsichtlich Preis- und Investitionskompetenzen«, in der »Entwicklung der Gewerkschaftsbewegung zu sog. kooperativen Kontraktsparteien« und in der staatlichen Rahmenplanung. (161) »Von der klassischen Verfassung, die Gesetzgebung einerseits und Grundrechte andererseits in ein mixtum compositum zu bringen versuchte, bleibt nichts übrig. Der Gesetzgeber kann auf diese Weise zwar alles tun, was er will, aber er kann nichts mehr wollen, weil er nicht mehr in seinen Zielen freigestellt ist, sondern namens der Grundrechtsinterpretation in seinen Zielen beschränkt wird.« (231) (z. B. Mitbestimmungsdiskussion) Die entscheidenden Fragen gehen daher nicht an den Gesetzgeber, sondern an die Sachzwangproduzenten in Bürokratie und Wirtschaft, die

die makroökonomischen Daten bestimmen. Am Beispiel der Verpflichtung der Exekutive auf die »Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts« in Art. 109 Abs. 2 GG<sup>12</sup> zeigt Ridder (248/249), wie das politisch-ökonomische System über eine affirmative Grundrechtsinterpretation hinaus vor einem eventuellen parlamentarischen Zugriff bewahrt wird. In dem »Ausführungsgesetz« zu dieser Verfassungsänderung, in § 1 des Stabilitätsgesetzes, wurde das »magische Viereck« zum Schutzgut erhoben, dessen Ecken Vollbeschäftigung, Preisstabilität, Wirtschaftswachstum und Außenhandelsgleichgewicht system-immanent nie gleichzeitig mit der gleichen Intensität verfolgt werden können. »Der Gesetzgeber hat somit ein für allemal erklärt, daß unser politisch-ökonomisches System in einem permanenten Notstand ist und . . . daß man diese Dinge nicht nur aus der Zugriffsmöglichkeit des parlamentarischen Gesetzgebers, sondern sogar (weil es sich um wissenschaftliche Fragen handelt A. R.) aus der sonst so geschätzten Justiz herausnehmen muß.« Aufgrund dieses inhaltlichen Legitimationsgrundes des Art. 109 Abs. 2 GG betreibt die Exekutive unangreifbar und elastisch permanentes Krisenmanagement. »Fazit: In Sachen Ökonomie ist der Parlamentarismus weitgehend stillgelegt.« Die Garantie der gesamtgesellschaftlichen Reproduktion und Kontinuität geht über auf die staatliche Bürokratie.

b) Auf dem Gebiet der inneren Sicherheit ist die Entwicklung dadurch gekennzeichnet, daß sich die Exekutive gleichsam entrechtlichte Bereiche selbst schafft, die Seifert (235 ff.) mit dem Begriff »Nebenverfassung« kennzeichnet.<sup>13</sup> »Die rechtsstaatliche und sozialstaatliche Demokratie gilt nur für den Normalfall; daneben aber erfolgt die Bekämpfung des inneren Feindes dadurch, daß einzelne Bereiche der Exekutive in immer größerem Ausmaße sich Befugnisse anma-

<sup>12</sup> Eingefügt durch das 15. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 8. 6. 1967.

<sup>13</sup> Seifert weist in diesem Zusammenhang auch darauf hin, daß der zur Zeit diskutierte andere Ansatz zur Erfassung der im folgenden beschriebenen Entwicklung von U. K. Preuß diese Entwicklung in dem Begriff der »zweistufigen Verfassung« zusammenfaßt, der die spezifische Dialektik von Regel- und Ausnahmerecht (die Superlegalität der freiheitlichen demokratischen Grundordnung) zum Ausdruck bringen soll. S. Preuß, Legalität und Pluralismus Ffm 1973.

<sup>11</sup> S. hierzu auch die umfassenderen Ausführungen Römers (FN 6) S. 352.

ßen<sup>14</sup> oder auch Befugnisse erhalten, Sonderbehandlungen oder Maßnahmen vorzunehmen.« In den so geschaffenen »Grauzonen« des Rechtsstaats wird die normative Verfassung unterlaufen und die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung dadurch außer Kraft gesetzt,

daß die Maßnahmen nicht aufgrund gesetzlicher Ermächtigungen, sondern im wesentlichen mit Hilfe des Begriffs der »freieidlichen demokratischen Grundordnung« als einer Superlegalität legitimiert werden.

*Alexander Roßnagel*

<sup>14</sup> S. z. B. die illegalen Abhörpraktiken in den Fällen Traube und Stammheim und die Kontaktsperre vor Erlass des Kontaktsperregesetzes, die jeweils mit dem überverfassungsgesetzlichen Notstand (§ 34 StGB analog) gerechtfertigt wurden, s. hierzu Seifert, Die Abhöraffäre 1977 und der überverfassungsgesetzliche Notstand in KJ 1977 Heft 2, S. 105 ff.; Roßnagel, Der alltägliche Notstand in KJ 1977 Heft 3, S. 257 ff.; Ellferding, Kontaktsperre ohne Kontaktsperregesetz in KJ 1977 Heft 4, S. 395 ff.