

# Gewerkschaftliche Monatshefte

Herausgegeben vom Bundesvorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes

SIEBZEHNTE JAHR  
SEPTEMBER 1966

9

RICHARD S C H M I D

## Politik und Justiz

### I

Der Gegenstand ist so umfassend und komplex, daß ich nur einzelne Fäden aus dem Knäuel ziehen werde, solche nämlich, die eine Beziehung zu aktuellen Fragen oder Vorgängen haben.

Wenn ich von Politik und Justiz spreche, so habe ich dabei durchaus nicht nur die politische Justiz oder gar nur die politische Strafjustiz im Auge, bei der ja die Beziehungen von Politik und Justiz offen zutage liegen — von dieser Justiz wird allerdings auch die Rede sein —; mein wichtigstes Vorhaben ist vielmehr, deutlich zu machen, wie untrennbar, wie sehr miteinander verschweißt und verzahnt *die Justiz im Ganzen* mit der Politik ist, und daß erst die Erkenntnis dieses Zusammenhangs, dieser intimen Koexistenz, ja dieser teilweisen Identität, uns in den Stand setzt, den Kern von Gerechtigkeit zu entdecken und bloßzulegen, den wir bei allen Veranstaltungen der Justiz so mühsam suchen.

Nichts ist nach meinen langen Erfahrungen illusorischer und deshalb schädlicher als jene oberflächliche Meinung, man könne die beiden Inbegriffe Recht und Politik in der Praxis des Rechts auseinanderhalten; man könne etwa sagen: Diese oder jene Rechts- oder Verfassungsfrage liege „rein rechtlich“ so oder so; ein Richter müsse eine Entscheidung vom „rein rechtlichen“ Gesichtspunkt aus prüfen. Dieses „rein rechtlich“ gibt es nicht; ich warne vor dieser falschen Formel. Sicherlich läßt sich das rein-rechtliche theoretisch isolieren und darstellen; aber wie es in der Chemie Elemente gibt, die sich an der Luft zersetzen oder verändern, so ähnlich mag man sich's mit dem Recht vorstellen, sobald es von Menschen angewendet wird; es geht alsdann mit vielen anderen Elementen, mit Politik und mit sonstigen mehr oder minder irrationalen Elementen geradezu naturgesetzliche Verbindungen ein. Die Wissenschaft von diesen Verbindungen ist noch stark vernachlässigt.

Es gibt das „rein rechtlich“ ebensowenig, wie es den unpolitischen Richter gibt. In der Weimarer Zeit hat sich jahrelang die Ablehnung der Republik und der Demokratie bei den Richtern und Staatsanwälten als unpolitische Haltung ausgegeben; in Wirklichkeit war es zuerst vorwiegend monarchistische, später mehr nationalistisch-völkische Opposi-

tion. Das war noch unaufrichtiger als die Haltung der *Seeckt-Geßler'schen Reichswehr*, die dieses Kunststück der unpolitischen Distanz vom Staat auch zu beherrschen vorgab. Der „unpolitische Richter“ war erst recht politisch; er war es entweder unbewußt oder getarnt, und dieser Zustand hatte die übelsten Folgen für den Staat, den Schutz dieses Staates und seine politischen Grundideen Demokratie — Parlamentarismus — Toleranz — sozialer Fortschritt. Ein großer Teil der Beamten- und Richterschaft glaubten diese Ideen verachten zu dürfen, weil es politische Ideen waren und weil sie selbst doch „unpolitisch“ waren. Die Formel hieß damals so, man bejahe den Staat, aber nicht diesen Staat.

In Wirklichkeit steckt in der Justiz und im Justizakt grundsätzlich immer ein politisches Element; und sei es nur ganz allgemein die der Justiz innewohnende Eigenschaft, nach festen, früher gegebenen Regeln zu entscheiden, womit bereits das konservative Moment gegeben ist, nämlich die Entscheidung, daß es so bleiben soll, wie es war. Schon das ist eine *politische* Entscheidung. *Goethe* hat einmal gesagt, daß eine Einrichtung, die heute eine Vollkommenheit sei, schon in fünfzig Jahren vielleicht ein Gebrechen sei. Nun liegt es aber im Wesen der Justiz, die bestehenden Regeln, Einrichtungen, Anschauungen für gut und gültig zu halten und durchzusetzen. Diese Tendenz ist ungemein stark. Noch heute sind unsere Lehrbücher und Kommentare voll von Entscheidungen des alten Reichsgerichts, sogar aus der Kaiserzeit.

Diese Beharrungstendenz, die sich geradezu zur Berufskrankheit der Juristen auswachsen kann, ist ein durchaus politisches Faktum, genauso wie das entgegengesetzte Faktum, nämlich die Tendenz zur Änderung, die man offen den Politikern, nämlich dem Parlament, anvertraut hat. Aber auch unter und neben dieser Polarität von Beharrung und Veränderung vollzieht sich ein immerwährender Prozeß politischer Art innerhalb der Justiz. Als politisch zum Beispiel ist der unmerkliche und allmähliche, im Ergebnis tiefgehende Wandel der Vorstellung vom Staat anzusehen, etwa auf dem Gebiet der Schadenshaftung, der Fürsorge, der Enteignung. Der Staat und die übrigen Körperschaften mit hoheitlicher Gewalt werden mehr oder minder allgegenwärtig. Die Rolle der verteilenden Gerechtigkeit wird immer bedeutender. Man muß dies als einen zum großen Teil politischen Sachverhalt ansehen, dessen enger Zusammenhang mit der Justiz seinen deutlichen Niederschlag in der berühmten Bestimmung des Artikel 19, Absatz 4, des Grundgesetzes gefunden hat, die sagt, daß jeder, der von der öffentlichen Gewalt in seinen Rechten verletzt wurde, den Rechtsweg habe. Damit versucht man nicht nur, die Politik dem Recht zu unterwerfen, sondern man politisiert das Recht insofern, als die Gerichte bei der Prüfung der Einzelrechte auch der Politik zu ihrem Rechte zu verhelfen haben. Es zeigt sich auch hier, wie falsch die aus der vordemokratischen Zeit herrührende Unterscheidung von rechtlichen und politischen Gesichtspunkten ist. Vor allem sind *verfassungsrechtliche* Entscheidungen ihrem Wesen und Inhalt nach durchaus *politisch*.

Das politische Element ist bei genauer Betrachtung auch in scheinbar ganz unpolitischen *Zivilprozessen* zwischen Privatpersonen gegenwärtig — nicht sichtbar, aber latent; meist durch Routine und Regelhaftigkeit verdeckt, aber in Einzelfällen oder in krisenhaften Situationen plötzlich sichtbar. Wie nach einer guten Formulierung die Generalklauseln die Einbruchsstellen des Verfassungsrechts in das bürgerliche Recht sind, so sind sie es auch bezüglich der Politik. Die mit Politik geladenen Grundrechte, wie zum Beispiel das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit, die Meinungsfreiheit und andere, müssen bei der Begrenzung und Ausfüllung jener Generalklauseln herbeigezogen werden.

Denken wir ferner daran, welche enormen politischen Perspektiven das *Privateigentum* eröffnet, um das sich ein großer Teil der Zivilprozesse dreht, z. B. insbesondere Mietsprozesse und alle jene Streitigkeiten und Verfahren, in denen es sich um die soziale Begrenzung des Privateigentums handelt. Machen wir uns klar, welche große politische Bedeutung, wenn auch begriffsjuristisch eingekleidet, die Erhebung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zum absoluten Recht hat. Damit ist die hohe

Bewertung des rein Gewerblich-Materiellen, die Figur des wilhelminischen Erwerbs- und Besitzbürgers, die unserem Bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde liegt, noch weiter gesteigert. Nicht nur hat man mit jenem absoluten Recht zugunsten dieses Geschäftsmannes und seines Absatzes die freie Meinung und öffentliche Auseinandersetzung über seine Erzeugnisse (einschließlich seiner illustrierten Zeitungen) unmöglich zu machen versucht, und „das tadelnde Urteil“ über gewerbliche Leistungen, das unser liberaleres Strafgesetzbuch in § 193 rechtfertigt, auf dem Gebiet des Zivilrechts wieder rechtswidrig gemacht — während andererseits der Künstler keinen solchen Schutz genießt.

Man hat mit jener Konstruktion auch die *Schadensersatzansprüche gegen streikführende Gewerkschaften* begründet, Ansprüche, die in England schon vor sechzig Jahren in Erkenntnis des drohenden Mißbrauchs durch wirtschaftliche Übermacht *ausgeschlossen* worden sind. Der politische Gehalt solcher Begriffe ist zwar mit begriffsjuristischen Formeln fast unkenntlich gemacht. Von dem schleswig-holsteinischen Fall, der mir vorschwebt, wird noch die Rede sein.

Denken wir ferner an *Ehe- und Familienstreitigkeiten*. Auch der politische Gehalt dieser Justiz ist stark, nicht nur wegen der Frage der Gleichbehandlung der Geschlechter und der kirchlichen und religiösen Aspekte, die dabei entstehen. Noch mehr wegen des Konfliktes zwischen dem Individuum und der Gemeinschaft und der Frage der Rangordnung zwischen diesen. Das politische Leben eines Volkes besteht zu einem guten Teil in der Auseinandersetzung darüber, ob und welche Gemeinschaften, Inbegriffe, Organisationen erstens untereinander und zweitens vor dem Individuum Priorität haben. Das Grundgesetz der Bundesrepublik hat sich nach der berufenen Auslegung durch das Bundesverfassungsgericht dahin entschieden, daß die Würde des Menschen (nämlich des einzelnen Menschen) der oberste Wert ist, daß „die geistige, politische, wirtschaftliche Freiheit des einzelnen nicht in ihrem Wesensgehalt angetastet werden dürfe“ und daß ein letzter unantastbarer Bereich menschlicher Freiheit bestehe, daß die öffentliche Gewalt in ihrer Einwirkungsmöglichkeit auf das freie Individuum grundsätzlich begrenzt sei. Damit ist klargestellt, daß das Individuum, der Mensch, die höchstrangige politische Einheit ist, während der *Bundesgerichtshof* seinerseits noch häufig von „übergeordneten menschlichen Gemeinschaften“, von einem „höheren Ganzen“ spricht.

Es leuchtet ein, daß die Frage der *Rangordnung* das Problem ist, in dem sich Politik und Justiz am engsten und ununterscheidbar vermischen, ein Problem, das auf dem Gebiet des Zivilrechts sehr häufig den entstehenden Konflikten zugrunde liegt, ebenso wie den Konflikten des *Arbeitsrechts*, des *Verwaltungsrechts* und erst recht natürlich des *Strafrechts*. Die Probleme treten häufig als sogenannte reine Rechtsfragen auf und verstecken sich hinter Alternativen der Auslegung von Gesetzestexten oder der Anwendung von Begriffen, die die Rechtswissenschaft geschaffen hat. Aber die eigentlich zur Entscheidung führende Kraft ist nicht die logische Subsumption, auch nicht die Ermittlung des Gesetzgeberwillens, die in den meisten Fällen nicht möglich ist, sondern eine Willensanstrengung des Richters, die bewußt oder unbewußt, ganz oder teilweise Motive oder Gründe hat, die häufig, wenn auch unerkannter Weise, politischer Natur sind.

Ein Musterfall, wie sich solche politischen Entscheidungen hinter ein bloßes Begriffs- und Interpretationsspiel verstecken, ist jene Praxis des Bundesgerichtshofes, die es unmöglich macht, daß ein Ausländer aus einem Land mit kanonisch-katholischem Eherecht eine in Deutschland rechtskräftig geschiedene Frau heiratet, weil nämlich für die Eheschließung das deutsche Gesetz auf das Heimatrecht verweise. Ohne jene Auffassung, die in der Ehe eine dem Individuum übergeordnete Gemeinschaft, ein höheres, geradezu sakrales Ganzes erblickt und die unser weltliches Scheidungsrecht nur mit innerem, ja religiösem Widerstreben und so eng wie nur irgend möglich praktiziert — ohne diese Auffassung wäre jene Praxis nicht denkbar, denn das Gegenargument, daß das deutsche Scheidungsurteil als Gestaltungsurteil respektiert werden muß, läge ohne weiteres bereit.

## II

Aber ehe ich weiter von den einzelnen von der Politik befallenen Rechtsgebieten spreche, will ich noch belegen, daß die Politik sogar übermächtig auf *dem* Gebiet der Justiz ihr Wesen treibt, auf dem sie offiziell und nach den Gesetzen der Logik rein gar nichts zu suchen hat: auf dem Gebiet der *Tatsachenermittlung und Beweiswürdigung*. Das ist historisch schon sehr deutlich geworden. Aber es ist auch psychologisch erwiesen, daß bei der Feststellung der Fakten, kurz dessen, was man die Wahrheit zu nennen pflegt, die Politik auf Schritt und Tritt hereinwirkt.

Das eindrucksvollste Beispiel ist der *Dreyfus-Prozeß*, bei dem es sich von Anfang an nur darum gehandelt hat, ob es Hauptmann Dreyfus gewesen war, der dem deutschen Militärattache militärische Aktenstücke geschickt, und insbesondere, ob er es war, der die Begleiturkunde, das Bordereau, geschrieben hatte. Das schien eine Frage des Ja oder Nein und der reinen Beweiswürdigung. Aber zehn Jahre lang war eine Nation, deren Rechtskultur und Rechtsgefühl dem unseren mindestens ebenbürtig waren, von dieser reinen Tatfrage politisch erschüttert, welche Erschütterung noch heute nachwirkt. Ein respektabler Teil der öffentlichen Meinung ging sogar soweit, die Tatfrage für unwichtig zu erklären wegen des angeblichen politischen Nachteils, der in der Desavouierung der Militärjustiz liege. Auch die ordentliche Rechtspflege hat in einer Zeit, als die Tatfrage längst in dem Sinne geklärt war, daß die Schuldbeweise untauglich waren und daß Dreyfus auch das Bordereau nicht geschrieben hatte, sich nur *zögernd und widerwillig* auf die Seite der Unschuld gestellt — sei es aus Antisemitismus, sei es um das Ansehen der Armee nicht zu schädigen.

Aber der Fall Dreyfus ist nur in seiner historischen Tragweite ein Sonderfall. Der Fall, daß die Wahrheitsermittlung innerhalb der Justiz von politischen Gesichtspunkten und Befangenheiten beeinflusst ist, ist durchaus alltäglich und nicht zu verhindern. Das äußerste, was man tun kann, ist, diese Gefährdung dadurch zu verringern, daß man sie sich *bewußt macht*. Noch ein relativ harmloses Beispiel dazu aus der neueren deutschen Justizpraxis.

Vor ein paar Jahren ist ein Soldat der Bundeswehr während exzessiver Hitze nach einem beim Rückmarsch von einer Übung kommandierten Laufschrift auf schattenloser Strecke zusammengebrochen und gestorben. Es stand fest, daß der Befehl zu diesem Laufschrift gegen eine allgemeine Anordnung verstieß, die gerade den Zweck der Verhinderung solcher Unglücksfälle hatte. Die medizinischen Sachverständigen erklärten in der Verhandlung gegen den Vorgesetzten wegen fahrlässiger Tötung, daß der Soldat einen schweren Herzfehler gehabt habe, an dem er voraussichtlich ohnehin gestorben wäre. Es bestand keinerlei Grund für die unwahrscheinliche, ja geradezu wunderhafte Annahme, daß der Tod zur selben Stunde eingetreten wäre, auch ohne den rechtswidrigerweise befohlenen Laufschrift mit Gepäck. Nun weiß aber jeder Jurist, daß es gerade *darauf* ankam; eine noch so geringe Beschleunigung des Todes hätte zur Kausalität ausgereicht, denn schließlich müssen wir ja alle sterben. Aber die Sachverständigen und das Gericht haben geglaubt, in einem solchen Fall keine Kausalität und deshalb auch keine Schuld feststellen zu dürfen, der Angeklagte wurde freigesprochen. Vielleicht war das vernünftig; aber die Gründe dafür können nur politischer, nicht rechtlicher Art gewesen sein. Auch das ist offensichtlich ein Fall, in dem die politischen Gründe schon auf der Ebene der Fakten, in diesem Falle der Kausalität, wirksam geworden sind.

Daß sie bei der *Rechtsanwendung* wirksam werden, ist ein alltäglicher Vorgang, wobei diese Einwirkung allerdings in der Masse der Fälle von den Beteiligten nicht wahrgenommen, geschweige denn beanstandet wird, weil sie in der Regel in derselben politischen Vorstellungswelt leben. Nur dort, wo sie es nicht tun und wo etwa die sozialen Verhältnisse und Anschauungen der Beteiligten sehr verschieden oder im Fluß sind, wird möglicherweise ein Beteiligter an der herkömmlichen Praxis, die im Zweifel konservativ ist, Anstoß nehmen und eine Änderung des Rechts oder der Rechtsanwendung verlangen.

Ganz besonders deutlich wird der politische Charakter der Justizvorgänge dort, wo die sozialen, politischen und ökonomischen Verhältnisse im Umbruch begriffen sind und

die Anschauungen, Interessen und soziale Praxis des herrschenden Regimes mit einem großen Teil der Bevölkerung in noch nicht gelösten Konflikten stehen. Das ist der Fall der DDR. Hier gewinnt auch ein solcher Justizfall akute politische Bedeutung, der sie in einem Lande nicht gewinnen würde, wo demokratische Mittel des Austrags von politischen Gegensätzen bereitstehen. Deshalb ist dort auch die Justiz, wie im Dritten Reich, unter viel genauerer, auch jeden Einzelfall ergreifender politischer Aufsicht und Überwachung.

Es gibt dazu ein ebenso lehrreiches wie groteskes Beispiel aus dem Jahre 1954, wo ein Verfahren wegen Tierquälerei, das unter viel öffentlichem Beifall zur Bestrafung geführt hatte, auf Intervention der Regierung und Kassationsbeschwerde des Generalstaatsanwalts wieder aufgenommen werden mußte, weil sich ergeben hatte, daß der Täter ein alter Kommunist war und daß der öffentliche Beifall für seine Bestrafung möglicherweise die Form war, in der sich politische Opposition geregt hatte. Der politische Charakter der Intervention und ihrer justizmäßigen Erledigung lag offen zutage.

Aber das Verhältnis von Politik und Justiz ist in der DDR und in den Oststaaten überhaupt kaum problematisch. Die Justiz ist dort ganz offen und ausschließlich ein politisches Instrument der Macht. Problematisch wird das Verhältnis dort, wo die Justiz eine der koordinierten Gewalten darstellt, wo die Idee der Gerechtigkeit noch einen einigermaßen selbständigen Charakter behauptet — also dort, wo der Justiz zur Lösung auch von politischen Konflikten ein gewisser eigener justizmäßiger Raum gewährt ist, wie es bei uns der Fall ist. Hier besteht aber dann die Gefahr, daß sich politische Motive und Befangenheiten bewußt oder unbewußt unter der falschen Flagge von Begriffen und Rechtsfiguren in die Rechtsfindung einschmuggeln und ein Prestige für sich in Anspruch nehmen, das ihnen nicht zusteht.

Ein klassischer Musterfall scheint mir jene Entscheidung des Reichsgerichts vom 15. 1. 1929, wo der Erste Strafsenat darüber zu entscheiden hatte, ob die Bezeichnung schwarz-rot-mostrich oder schwarz-rot-hühnergelb für die Bezeichnung der Reichsflagge in einer öffentlichen Versammlung eine Beschimpfung darstelle. Die Frage wird, wie man heute sagen würde, semantisch, im wissenschaftlichen Tonfall erörtert. Das Reichsgericht kommt zu dem Ergebnis, daß die Worte „hühnergelb“ oder die nicht selten verwendeten Worte „Senf oder Mostrich“ „an sich bedenkenfrei“ seien. Diese alberne, aber scheinbar objektive Überlegung hatte nur den Zweck, die politische Abneigung des Gerichts gegenüber der Republik zu tarnen. Hier sind Justiz und Politik in geheimes, heuchlerisches Einverständnis getreten.

### III

Aber nicht immer ist die Aufdeckung der in Wahrheit politischen Gründe und Hintergründe so einfach. Vor allem dann nicht, wenn es sich um gutgläubige, unbewußte politische oder soziale Befangenheiten handelt, die in juristische Überlegungen umgesetzt und sublimiert werden. Ein besonders günstiges Feld dafür scheint die *Arbeitsgerichtsbarkeit* zu sein. Es ist dies ja ein Gebiet, wo noch deutliche und stark organisierte soziale und Interessengegensätze einander frontal gegenüberstehen und wo deshalb der materielle politische Gehalt des Konflikts oft sehr stark ist. Um so stärker ist dann auch die Bestrebung, ihn „rein rechtlich“ zu formulieren und zu lösen und ihn dadurch vor der politischen Problematik und Anzweiflung abzuschirmen.

Wenn man das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 31. Oktober 1958 gegen die Industriegewerkschaft Metall betrachtet, so reduziert sich der riesige rechtswissenschaftliche Apparat, der aufgebaut wurde, im Kern auf die Bemühung, *den Begriff der Kampfmaßnahme so zu erweitern*, daß auch ein Akt des innergewerkschaftlichen Verkehrs darunter verstanden werden konnte, nämlich der Antrag der Tarifkommission an den Vorstand der Gewerkschaft, eine Urabstimmung zu veranstalten. Damit sei die tarifvertragliche Friedenspflicht verletzt worden, womit eine Schadensersatzpflicht wegen

Beeinträchtigung jenes famos absoluten Rechts am Gewerbebetrieb begründet wird. Dieses Recht wird für gewichtiger gehalten als die historische Legitimation des Streikrechts und der Gewerkschaft, womit der Zugriff auf die markweise abgeführten Beiträge der Arbeiter, aus denen das Gewerkschaftsvermögen besteht, eröffnet ist.

Noch deutlicher ist der politische Gehalt bei der Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts vom 28. 1. 1955, die das *Problem von Streik und Aussperrung* vertritt. Gegenstand der Entscheidung ist der Fall einer sogenannten Sympathie-Aussperrung, das heißt, der aggressiven Aussperrung in einem nicht bestreikten Betrieb. Das Gericht kommt mit Hilfe des Überbegriffs „Kampfmaßnahme“ und des zu diesem Zweck kreierten Stichwortes „Kampfparität“ zu der Auffassung, daß Streik und Aussperrung gleichzusetzen und gleich zu behandeln seien, eine Auffassung, die in keinem der anderen EWG-Länder geteilt wird, wie sich aus einer von der Montan-Union geförderten Untersuchung ergab. Überall werde die Aussperrung ethisch und rechtlich anders gesehen; die Symmetrie sei nur scheinbar.

Sicherlich ist sowohl die eine wie die andere Auffassung politisch determiniert. Interessant ist aber der Aufwand an Begriffsjurisprudenz, den das Bundesarbeitsgericht dabei betreibt. Dabei bleibt allerdings die politische Sympathie für die eine Seite deutlich sichtbar. So werden zum Beispiel ausführlich die Folgen eines Streiks für den Arbeitgeber und seinen Betrieb erörtert; er trage das Risiko steigender Verluste und Schäden und so weiter; mit keinem Wort wird die Wirkung der Aussperrung auf einen Arbeiter und seine Familie erörtert, sie wird nicht einmal wahrgenommen! So sehr verstellt die alles beherrschende Vorstellung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs die Aussicht auf diesen primitiv menschlichen Sachverhalt. Nun wird aber gleich darauf die eben „rein rechtlich“ begründete Gleichsetzung von Streik und Aussperrung gleich wieder zugunsten des Arbeitgebers preisgegeben, indem man die Aussperrung, um sie wirksamer zu machen, im Unterschied zum Streik mit der Wirkung versieht, die Arbeitsverhältnisse ganz zu lösen, nicht nur sie zu suspendieren. Und zwar soll diese Lösung auch über Kündigungsschutzbestimmungen sozialer Art hinweg wirken. Das wird mit einem zu diesem Zweck geschaffenen Recht auf freie Wahl der Kampfmittel gerechtfertigt und mit ausdrücklichen Worten mit dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit des Arbeitgebers nach Artikel 2 des Grundgesetzes gestützt. Von der Persönlichkeit des Arbeitnehmers, der inzwischen mit seiner geringen Unterstützung zu Hause sitzt, ist wieder mit keinem Wort die Rede!

Was ich mit dieser Darlegung beweisen will, ist, daß die politische Orientierung und Sympathie in Fällen dieser Art durch jede noch so gelehrte Argumentierung durchscheint; man muß sich nur die Mühe der Analyse machen. Wer sich für die irrationalen Wurzeln der Rechtsfindung interessiert, wird in dieser Entscheidung übrigens noch manches Interessante entdecken können.

#### IV

Nun noch einiges zur *eigentlichen politischen Justiz*. Sogar auf diesem Terrain hat man in Deutschland geglaubt, die Politik ignorieren und „rein rechtliche“ Standpunkte beziehen zu können. Auch hier war es der bewußte oder unbewußte Zweck, auf diese Weise um so unangefochtener politische Standpunkte durchsetzen zu können. Aber die politische Substanz schlägt hier an allen Ecken und Enden durch, und die rein juristische Methode führt in die größten Schwierigkeiten.

Klassisch geworden ist der Fall der Verfolgung von Funktionären der KPD für ihre Tätigkeit, die zeitlich vor dem Verbot dieser Partei im August 1956 liegt. Das Gesetz, nämlich der frühere Paragraph 90 a StGB, lautete so, daß nach dem Begriffsschema der Strafrechtswissenschaft, also „rein rechtlich“, das Verbot nur eine sogenannte Verfolgungs-

Voraussetzung war. So ist auch in vielen Fällen entschieden worden. Das war ethisch und konstitutionell unmöglich; und das Bundesverfassungsgericht hat dies dann auch korrigiert.

Es liegt auf der Hand, daß der Versuch zu unpolitischer Beurteilung und zur Unparteilichkeit scheitern muß und daß, wenn auf ihm bestanden wird, dies zu größerer, weil kaschierter Parteilichkeit und zu Fehlgriffen führt. *Theodor Mommsen* hat gesagt, daß Unparteilichkeit im politischen Prozeß ungefähr auf einer Linie stehe mit der unbefleckten Empfängnis; man könne sie wünschen, aber nicht schaffen. Die Tatbestandsmerkmale und Begriffe des politischen Strafrechts enthalten so viel politische Bestandteile und sind zudem auch so unbestimmt, daß man ehrlicherweise von vornherein auf die Illusion verzichten sollte, sie rein juristisch zu manipulieren. Sie sind den elementaren, auf politischem Boden gewachsenen Rechten und Freiheiten — Vereinigungsrecht, Meinungsfreiheit und so weiter — unmittelbar benachbart. Die daraus entstehenden Konflikte zu lösen, ist eine vorwiegend politische Aufgabe, wenn sie auch der Justiz anvertraut ist.

Was ich sage, gilt in gesteigertem Maße von unserem heute geltenden *politischen Strafrecht*, das sich durch eine Reihe von ganz besonders vagen Tatbestandsmerkmalen auszeichnet. Schon der Begriff des Verrats, der ja nicht nur den Geheimnisverrat umfaßt, sondern auch den Verfassungsverrat, den verfassungsverräterischen Nachrichtendienst, die verfassungsverräterischen Publikationen, ist höchst unbestimmt. Ferner haben wir die Begriffe der „Beeinträchtigung“, der „Unterdrückung der demokratischen Freiheit“, der „Untergrabung von Grundsätzen“, oder auch bloß die „Förderung von Bestrebungen, die auf eine solche Untergrabung gerichtet sind“, ferner den Begriff der „Beziehungen“, der in der Praxis ungemein weit angewandt wird. Schließlich gehören dazu die Begriffe der „Unterstützung“ und der des „Hintermanns“, beide im neuen Vereinsgesetz.

Diese im Verhältnis zum allgemeinen Strafrecht höchst unpräzisen Begriffe auszufüllen, ist nur scheinbar eine juristische Aufgabe. In Wirklichkeit ist es eine der Justiz anvertraute politische Funktion. Der Staat delegiert die ihm obliegende politische Aufgabe des Staatsschutzes teilweise an die Justiz. Die Funktion bleibt dabei materiell politisch; es handelt sich sozusagen um eine Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln. Bei dieser Delegation nimmt der Staat, wenn er ein Rechtsstaat ist, gewisse Nachteile an Schlagkraft in Kauf, auch vielleicht den Nachteil, seinem Gegner eine gewisse Publizität und Tribüne und moralische Resonanz zu verschaffen; aber er hat auch Vorteile von dieser Publizität, etwa die gesteigerte Wirkung eines Gerichtsverfahrens auf die demokratische Öffentlichkeit. Materiell handelt es sich also um Politik, allerdings um eine Politik, die sich in den Formen der Justiz abspielt; und gerade deshalb, weil der politische Gehalt dieser Vorgänge so evident, die Tatbestandsmerkmale so unbestimmt und die Befangenheit und Subjektivität der Beteiligten so viel stärker sind — gerade deshalb ist die peinliche Beachtung der justizmäßigen Formen und Schranken so ungemein viel wichtiger als bei anderen Verfahren. Das wird leider häufig gerade von denen verkannt und mißachtet, die in der politischen Justiz nur die rechtlichen Aspekte gelten lassen wollen. Denken wir etwa an den Zeugen vom Hörensagen, der eigentlich nur in der politischen Justiz sein Unwesen treibt.

Wenn wir also ehrlicherweise zugeben — anderswo ist das eine Binsenwahrheit — daß die politische Strafjustiz Politik in den Formen der Justiz ist, so löst sich die *Alternative Legalitätsprinzip oder Opportunitätsprinzip ganz einfach*. Aber solch einfache, an der zutage liegenden Zweckmäßigkeit orientierte Lösung, liegt uns Deutschen nicht. Obwohl es auf der Hand liegt, daß durch das Opportunitätsprinzip keine Rechte verletzt werden — das, aber nur das, würde die Zweckmäßigkeitsüberlegung außer Kraft setzen können —, wird die Frage bei uns hochprinzipiell behandelt und man glaubt geradezu den Rechtsstaat in Gefahr und von der Herrschaft der Willkür abgelöst. Da ohnehin von allen begangenen Straftaten nur ein mehr oder minder kleiner Bruchteil verfolgt wird,

sehe ich keine Einbuße an Rechtsstaatlichkeit darin, daß, wie in den meisten anderen demokratischen Ländern, nur die wirklich gefährlichen Taten und Leute verfolgt werden und daß man überhaupt bei der politischen Verfolgung möglichst restriktiv vorgehen und es nicht zu Massenverfolgungen kommen lassen soll.

Es ist in den letzten Zeiten sichtbar geworden, in welche Verlegenheiten wir mit unserer Prinzipienreiterei gekommen sind; der Gesetzgeber mußte bemüht werden, um der automatisch und blind waltenden Verfolgungsmaschinerie in den Arm zu fallen. Wir haben auch die Einzelfälle, in denen man aus Gründen politischer Zweckmäßigkeit (wie ich hoffe) nach längerer Haft plötzlich aus offenbar konstruierten Gründen das Verfahren eingestellt und die Beschuldigten diskret abgeschoben hat. In der Frage des Zeitungsbezugs aus dem Osten ist es zu dem rechtlich unmöglichen Zustand gekommen, daß Innenministerien nach irgendeinem geheimen Ermessen Erlaubnisse zum Bezug erteilen.

Wenn man das Opportunitätsprinzip für vernünftiger hält, so muß allerdings die Frage gelöst werden, *wer* die Ermächtigung zur Verfolgung zu erteilen hat. Es scheint mir nicht schwer zu sein, ein Gremium zu finden oder zu schaffen, in dem im Zweifel einige vernünftige Leute sitzen und bedächtig das Für und Wider einer Verfolgung erwägen; ich traue die Schaffung eines solchen Gremiums sowohl unserer jetzigen wie auch einer künftigen Regierung zu. Es käme dann nicht mehr zu solchen temperamentvollen Nacht- und Nebelaktionen und sogenannten Randerscheinungen wie im Oktober 1962. Schon die Chance, Dummheiten und politische Schäden zu verhindern, ist Grund genug, eine solche Einrichtung zu schaffen.

In den Vereinigten Staaten sind gar zwei solcher Hemmungen eingeschaltet. Erstens verfolgt der Generalstaatsanwalt nur nach reiner Opportunität; und die Gerichte ihrerseits haben nach der Meinung des Supreme Court noch einmal die Frage zu entscheiden, ob auch wirklich eine klare und gegenwärtige Gefahr besteht und, nach einer berühmt gewordenen Bemerkung des Richters *Learned Hand*, nicht der Narr verfolgt wird, der auf einer Seifenkiste zum Marsch nach Washington aufruft.

Besonders falsch und für die Richterschaft beleidigend ist der Einwand, daß die Exekutive durch ihre Entscheidung, es solle verfolgt werden, Druck auf den Richter im Sinne der Bestrafung ausübe. Gegeben wird nur eine Ermächtigung zu verfolgen. In der Frage der Schuld und des Strafmaßes bleibt das Gericht völlig frei und unabhängig.

Der Streit um das Opportunitätsprinzip mutet mich übrigens als Komödie, ja fast als Versteckspiel an. Denn in Wirklichkeit gilt es in der Praxis längst; nur auf der Ebene der uns so teuren Prinzipien wird mit papierenen Säbeln weiter gefochten. Allerdings entscheidet über die Verfolgung nicht eine demokratisch und parlamentarisch kontrollierte Instanz, sondern es entscheiden geheim *die Nachrichtendienste*. Was sie nicht der Staatsanwaltschaft vorlegen, wird nicht verfolgt, und welche guten oder schlechten Gründe sie dafür haben, wird nicht bekannt. Diese Erfahrung war es zugegebenermaßen, die den Praktiker *Güde* zum Anhänger des Opportunitätsprinzips gemacht hat.

Als ich kürzlich in einer öffentlichen Auseinandersetzung den gleichen Standpunkt vertreten und die Aufrechterhaltung des Legalitätsprinzips für eine Unaufrichtigkeit erklärt hatte, wurde mir von einem Gegner erwidert, die Verfassungsschutzämter seien nach dem Gesetz nicht zur Anzeige verpflichtet. Dieser Polemiker hat nicht erkannt, daß er damit ja nur meinen Standpunkt stützt, nämlich daß das Legalitätsprinzip erstens gar nicht praktiziert wird und zweitens daß darüber, ob verfolgt werden soll, eine politisch qualifizierte Instanz zu entscheiden haben sollte. In der Schweiz ist es bekanntlich die Bundesregierung selbst.

Aber wie ich schon zu Beginn sagte: nicht nur bei der politischen Straf Justiz, wo es jedem ins Auge fällt, sondern bei der Rechtspflege überhaupt, ist die Politik in der einen oder anderen Form, wenn auch nur latent, gegenwärtig; und wir können die Justiz von dieser Allgegenwart nicht befreien, indem wir sie ignorieren oder bestreiten. Im Gegenteil, wir können die Werte, die die Justiz zu wahren hat, nur erkennen und wahren,

wenn wir ihre Verkettung mit den politischen, sozialen und ökonomischen Sachverhalten und Kräften genau und aus der Nähe erkannt haben. Meine langen und wechselvollen Beziehungen zur Justiz und zu den Menschen, die sie betreiben, haben mir beigebracht, daß der Sinn für die Gerechtigkeit, das Rechtsgefühl und die Fähigkeit, sich über das Unrecht zu ärgern und zu entrüsten, gerade von dem Blutkreislauf mit der politischen und sozialen Umwelt leben und daß sie bei ausschließlicher Beschäftigung mit Rechtsproblemen, bei der rein rechtlichen Betrachtungsweise, in die Binsen gehen. Unsere Sache kann deshalb nicht sein, die ohnehin nicht zu verhindernde Koexistenz der Justiz mit der Politik zu leugnen oder zu lösen, sondern dafür zu sorgen, daß diese Politik gut und anständig ist. Davon wird auch die Justiz ihren Nutzen haben.