

Lohnabhängigen zu begreifen, wie es teilweise in der Diskussion um das Recht auf Arbeit geschieht? Hier verschwimmt dann freilich die Grenze zwischen rechtlicher Verbürgung und politischer Forderung. Aber hat die Sozialstaatsformel nicht ohnehin ihre größeren Potenzen im Bereich der *politischen* Auseinandersetzung? Die politisch-legitimierende Sprengkraft dieser und anderer Verheißungen (Gebote, Aufträge) wird von konservativer Seite denn auch deutlich gesehen: Herzog warnt davor, daß der »Sozialstaat« zum »archimedischen Punkt einer ideologisch ausgerichteten Umwertung der Verfassungswerte« werden könne⁸², und Isensee konstatiert: »Das soziale Staatsziel ist unersättlich und uneinholbar. . . Die unerfüllte und unerfüllbare Verfassung wird zum Rechtstitel für Revolutionäre«.⁸³

Nun, momentan freilich geht es um viel weniger: die politische Verteidigung sozialer Errungenschaften gegen deren Abbau.

Martin Kutscha

Ein Richter als Anwalt der Unterprivilegierten

William Douglas: Gegenbild zur konservativen Justiz

Das Bild, das die Vereinigten Staaten von Amerika zur Zeit bieten, scheint sich verändert oder gar verzerrt zu haben. Der Geist der Gründerväter, der großen Aufklärer und Humanisten Jefferson und Madison, der Geist der Unabhängigkeitserklärung, der Virginia Bill of Rights von 1776, der Bundesverfassung von 1789 und 1791, wonach alle Menschen gleich frei seien, und wo bestimmt ist, daß der Kongreß kein Gesetz machen dürfe, das diese Freiheit einschränke, und wo eine strenge Trennung des Staates von religiösen Dingen verfügt ist – dieser radikale Geist scheint verdunkelt. Solche Verdunkelungen hat es allerdings schon mehrfach im öffentlichen Leben und in der Rechtspflege dieses Gemeinwesens gegeben. Schon in seinem Anfang lag der Schatten der versklavten Neger darauf; heute ist die Regierung der Vereinigten Staaten zum Protektor von grausamen Militärdiktaturen geworden. Diese Schatten treffen uns umso stärker, als der kulturelle Einfluß Amerikas auf vielen Sachgebieten und auf hohen, mittleren und unteren Ebenen seit dem zweiten Weltkrieg bei uns und im ganzen europäischen Westen, ja sogar überall, ungemein stark ist. Man könnte statt von Einfluß geradezu von Überflutung sprechen; und sicherlich ist diese kulturelle Überflutung gerade jener Freiheit, Toleranz und Mannigfaltigkeit zu verdanken, die in der amerikanischen Verfassung vorgebildet sind. Diese Gleichheit in der Freiheit war schon das große Erlebnis des französischen Aristokraten Alexis de Tocqueville bei seiner Amerika-Reise im Jahre 1832. Und deshalb war dieses Land das Ziel und die Zuflucht von Menschen aus aller Welt vor Not, Armut und Unterdrückung. Das gab es zwar auch in Amerika selber, nicht nur

82 R. Herzog, a. a. O., Rdn. 3. Eine sehr eindeutige (und für die Betroffenen oftmals folgenschwere) Kategorisierung nimmt K. D. Bracher vor, der die »Überstrapazierung der Verfassungsnormen« durch die »von links vorgebrachte Kritik an der angeblichen »Nichterfüllung« des Grundgesetzes« wie auch die »rigorose Konfrontation von Norm und Wirklichkeit« als »verfassungsfeindlich« bezeichnet, weil sie gegen die Existenz und Funktion des Verfassungssystems selbst wirken könne (Bewährung und Anfechtung: Zum Streit um Demokratie und Verfassung in der Bundesrepublik, in: M. Funke (Hrsg.), Extremismus im demokratischen Rechtsstaat, Bonn 1978, S. 422 (425)).

83 J. Isensee, Wo etwas fehlt . . ., a. a. O. (Anm. 34); auch W. Leisner klagt in einer Bestandsaufnahme der Verfassungsentwicklung (Flexibilität als Bewährungsprobe? BayVBl 1979, 518), daß es nicht gelungen sei, den vom Grundgesetz geschaffenen Rahmen für »Regimeveränderungen« einzuengen.

im Verhältnis zu den Indianern und Negern, sondern auch zur Arbeiterschaft in der Zeit des frühen und brutalen Kapitalismus. Aber der Kampf und die Auseinandersetzung darum ist im Innern ausgetragen worden, nicht wie in Deutschland durch verlorene Kriege und Revolutionen in Gang gesetzt worden. Aus dem bewegten Auf und Ab dieses Jahrhunderts sei nur die Überwindung der McCarthy-Periode und die Auseinandersetzung um den Krieg und die Kriegführung in Vietnam angeführt. Dabei hat die Justiz eine führende und im Ergebnis positive Rolle gespielt – im Unterschied zu Deutschland, wo sie den ersten Anlauf zur Demokratie in der Weimarer Republik fremd und feindlich geblieben ist.

Der letzte Präsidentschaftswahlkampf in den Vereinigten Staaten und die neue Führung scheint nun schlecht in dieses Bild zu passen. Im Wahlkampf sind Kräfte und Tendenzen zu Tage getreten und haben zum Siege beigetragen, die deutlich faschistisch und intolerant gewesen sind. Es zeigte sich eine Aggressivität und eine böse Feind-Suche, die, wenn auch unter religiös sektiererischem Vorzeichen, die Kundigen fast an das Hitlersche Muster erinnerten – und kundig sind wir Deutsche ja geworden. Auch ein Heils-Glaube an ein Tausendjähriges Reich der Erwählten und Gläubigen tauchte auf, der die Verwerfung und Verdammung der Ungläubigen verkündete, getarnt durch einen biblischen Offenbarungsglauben primitivster Art, und wohl zu unterscheiden von den sonstigen religiösen Gemeinschaften jenes Landes, die politisch nicht expansiv und aggressiv sind. Auch ist die siegreiche republikanische Partei selbst nur insofern davon betroffen, als sie sich diese Wahlhilfe gefallen ließ und um diese Stimmen geworben hat. Aber die Aggressivität und Börsartigkeit der Feind-Hetze erinnerte stark an die sogenannte Kampfzeit Hitlers. Das Freund-Feind-Prinzip tarnt sich hier religiös und nicht rassistisch, und das Wort feindseligkeit enthüllt hier einen schauerlichen Doppelsinn. Da dieser Bewegung der sogenannten Fundamentalisten und »moralischen Majorität« auf der Suche nach agitatorisch wirksamen Feindfiguren dort weder die Juden noch die Neger mit Propagandaerfolg verwendbar waren, verfiel sie je nach Publikum entweder auf die Abortionisten (die Abtreiber), die Homosexuellen, die Leugner der biblischen Schöpfungsgeschichte, die Kommunisten, die weltlichen Humanisten (secular humanists) nicht bedenkend, daß diese letzteren eben jene ungläubigen Aufklärer waren, die die amerikanischen Verfassungsdokumente inspiriert und formuliert hatten und vor allem für die rigorose Trennung von Staat und Religion gesorgt hatten.

Der neue Präsident mußte diese Fundamentalisten auch bei seiner Kabinettsbildung berücksichtigen. Zu ihnen gehört unter anderem der neue Innenminister James Watt, dessen Ressort den Umweltschutz umfaßt. In einer Sitzung des zuständigen Senatsausschusses hat er auf die Frage eines Senators, wie er zu der Sorge für künftige Generationen bezüglich der Erhaltung der natürlichen Umwelt stehe, geantwortet: »Ich glaube nicht, daß es bis zur Wiederkehr Christi – second coming – noch viele Generationen geben wird.« Tatsächlich hat er auch eine Lockerung des Umweltschutzes zu Gunsten der Industrie durchgesetzt. Sorgen um die Verfassung braucht sich ein solcher Innenminister ohnehin wegen des bevorstehenden Endes der weltlichen Herrschaft nicht zu machen.

Amerika wird auch solche Anwandlungen, Krämpfe und Rückfälle überwinden. Es hat sich dort eine Tradition der politischen und weltanschaulichen Auseinandersetzung gebildet, die freier ist als anderswo im Westen. Auch die Auseinandersetzung innerhalb der Justiz war dort von jeher recht frei. Die Institution der abweichenden Meinung bei gerichtlichen Entscheidungen, des Dissents, stammt von dort. Von dort stammt auch die berühmte Holmes'sche Formel, daß die Redefreiheit, die das sogenannte erste Amendment der Verfassung gewährt, gerade für *die* Meinungen zu gelten haben, die wir für falsch oder für shocking, das heißt anstößig, halten.

Es hat sich nun eine Quelle aufgetan, die über das letzte halbe Jahrhundert dieser dramatischen und wechselvollen Kämpfe lebendigen und anschaulichen Aufschluß gibt. Nicht nur über Rechts- und Verfassungsfragen, sondern auch über die politischen, persönlichen, sozialen Vorder-, Hinter- und Untergründe. Dabei tritt zutage, daß in Amerika die hiezulande noch herrschende Fiktion, daß Recht und Politik sich trennen ließen, nicht gilt, wenn sie auch gelegentlich auftaucht; daß vielmehr dort die Rechtsprechung eine höchst wichtige *Inстанz der Politik* ist, die sich von der übrigen Politik nur dadurch unterscheidet, daß ihre Akte in einem förmlichen Verfahren und als Entscheidungen von Einzelkonflikten zustande kommen.

Die Quelle, die ich meine, ist die zweibändige Autobiographie des William Orville Douglas,¹ geboren 1898, Richter am Supreme Court von 1939 bis 1975, gestorben 1979; welcher Autobiographie bald eine von dem New Yorker Universitäts-Professor Simon verfaßte sechshundertseitige Biographie des Douglas gefolgt ist.² Douglas war ein dynamisches, unruhiges Temperament, das ein bewegtes Kielwasser hinter sich ließ. Er scheute keinen Kontakt und keine Reibung mit der Umwelt und hat das amerikanische Terrain wie wenige aufgelockert und dadurch die Möglichkeit der Korrektur, des Wachstums und der Modernität gefördert. Er hatte Ehrgeiz; und seine Ellbogen waren gut entwickelt. Aber er hat sich nicht, nach Art der Nazi oder der Sektierer, bestimmte Feinde gesucht und sie gebraucht und gehaßt. Wenn der Streit ausgestanden war, hat er die Axt begraben. Er verkörpert – zusammen mit seinem Freund und Kollegen Hugo Black – in Amerika den Kampf um die Verwirklichung der individuellen Verfassungsrechte. Verwirklichung heißt dort Durchsetzung im konkreten Einzelfall, weil nur dieser weiterwirkt. Während man hiezulande neuerdings eher dazu neigt, das Recht zwar grundsätzlich und allgemein anzuerkennen, aber im Einzelfall abzusprechen.

Douglas war der Sohn eines armen presbyterianischen Pastors im Staate Oregon. Beide Eltern waren schottischer Abkunft. Der Vater starb als William, das zweite von drei Kindern, fünf Jahre alt war. Die Mutter, ohne Pension und Vermögen, zog in die Kleinstadt Yakima im Staate Washington, im äußersten Nordwesten des großen Landes. Ein kleines Kapital aus der Lebensversicherung hat ein Rechtsanwalt und Treuhänder dort veruntreut. Der Junge erkrankte an Polio; aber der Mutter gelang es mit größter Mühe, die Lähmung und den Muskelschwund der Beine abzuwenden. Die bittere Armut zwang die drei Kinder schon in den ersten Schuljahren, Verdienst für den Unterhalt der Familie zu suchen: Zeitungsaustragen vor Schulbeginn, Hilfsarbeit in Cafés und Ladengeschäften, Gartenarbeiten. Das ging so fort während der ganzen Schul- und Oberschulzeit; zuletzt als Hilfsarbeiter in den umliegenden Vieh-, Obst- und Getreidefarmen. Der hochbegabte Junge bekam schließlich ein Stipendium für ein College der Nachbarstadt Wallawalla und danach eine Lehrerstelle in Yakima, ständig auch in der Freizeit und in Ferien für den Unterhalt der Familie sorgend. Schließlich setzte er durch, aus der fernen westlichen Provinz in das gelobte Land des Ostens an die Law School einer Universität zu kommen – »Go East Young Man« – ist der Titel des ersten Bandes seiner Autobiographie. Die Reise nach New York bestritt er zur einen Hälfte damit, daß er einen für die Schlachthöfe von Chikago bestimmten Transport von zweitausend Schafen auf Güterzügen besorgte. Zur anderen Hälfte illegal nach Art der Tramps in Güterzügen gegen ein Trinkgeld an das Zugpersonal. So kam er – geldlos – nach New York, wo es ihm gelang, in einem privaten Lehrinstitut für Geschäftskorrespondenz etwas Geld zu verdienen und damit, außer seinem Unterhalt, die Studiengebühr für

1 William O. Douglas, Autobiographie, Bd. 1 u. 2 (New York, 1974 u. 1980).

2 James F. Simon, Independent Journey (New York, 1980).

die Law School, die juristische Fakultät der Columbia-Universität, aufzubringen. Dort setzte er sich bald durch. Prüfungen machten ihm, der eine blitzschnelle Auffassungsgabe hatte, keine Schwierigkeiten. »Er war der schnellste Kopf, den ich je erlebt habe«, sagt ein Freund aus jener Zeit. Seine nächste Station war eine der großen Wall Street – Anwaltsfirmen, wo er achtzehn Monate lang schwere juristische Lohnarbeit zu leisten hatte. Sein Kollege in der gleichen Funktion war der uns Deutschen wohlbekannte McCloy, der sich erinnert, daß dem Bill Douglas die Hilfsarbeit im Hintergrund gar nicht zugesagt habe. Die Arbeit sei mehr oder minder eine Schinderei gewesen, und er habe seine eigenen Talente nicht betätigen können. Douglas kehrte an die Columbia Law School zurück, er erhielt 1928, dreißig Jahre alt, den Ruf als Professor an die Juristische Fakultät der Yale Universität, wo er bald im Vordergrund stand und bis 1934 lehrte. Einer seiner damaligen Studenten, der sehr angesehene Harvard-Professor Thomas Emerson, schildert sein Auftauchen so:

»Douglas kam nach Yale mit dem Ruf eines sehr teuren Stars. Er machte den Eindruck von jemanden, den der Universitätspräsident Hutchins zu einem hohen Preis von Columbia gekauft habe. Wir hätten es nicht für möglich gehalten, daß Douglas ein Junge vom Land war, der mit sechs Cents in der Tasche nach New York gekommen ist.«

Sein Hauptsachgebiet war Gesellschaftsrecht, betrieben seit seiner Wall Street-Zeit mit kritischer Note. Hier in Yale erreichte ihn dann der Ruf in den vordersten Vordergrund der Bundespolitik. Zuerst als Mitglied, dann als Vorsitzender der während der Roosevelt-Administration gegründeten Börsenaufsichtsbehörde, die unter seiner Leitung schließlich ein Personal von 1800 Leuten hatte. Und endlich, im Jahre 1939, kam die Ernennung zum Richter am Supreme Court, dem Obersten Bundesgericht, auf Vorschlag und als Nachfolger des berühmten Justice Louis Brandeis, neben Oliver Wendell Holmes die große Figur des so überaus mächtigen amerikanischen Bundesgerichts.

Das sind die Lebensdaten und Stationen des Justice Douglas. Intelligenz und Willenskraft hätten längst ausgereicht für das gängige Klischee vom armen Jungen, der Milliardär wird. Warum nun die ganz entgegengesetzte Entwicklung zum hartnäckigen Kämpfer für die Rechte der kleinen Leute, der Unterprivilegierten, der Minderheiten? Das ging natürlich nicht ohne Konflikte ab, psychologische, private und weniger private. Und Douglas wäre kein Amerikaner der Intelligenzschicht, wenn er sich nicht auch der Psychoanalyse unterzogen hätte. Er berichtet darüber in seiner Autobiographie ausführlich. Seinen beruflichen Ehrgeiz und seinen Drang nach vorne erklärt er recht plausibel mit dem schlimmen Erlebnis seiner Polio-Erkrankung, aus der er mit dünnen, schwachen Beinchen hervorgegangen sei. Den Spott der Mitschüler darüber habe er durch systematisches, demonstratives Wandern und Bergsteigen bekämpft; dabei ist er sein Leben lang geblieben, er wurde großer Gebirgswanderer zu Fuß und Pferd, und zum leidenschaftlichen Forellenfischer an amerikanischen Flüssen. In seiner Autobiographie heißt es dazu:

»Der Gedanke, daß ich ein Schwächling sei, trieb mich um . . . Aber es gab niemand, dem ich diese innere Qual und Spannung anvertrauen konnte. So wurde ich innerlich immer mehr rebellisch . . . In dieser Periode wurde ich zum Einzelgänger . . . Oft ging ich ganz alleine, selbst bei der so gefährlichen 250 Meilen-Überquerung des Himalaya 1951, und auf meiner langen Wanderung über den 2500 Meilen langen Apalachian Trail von Vermont bis Georgia in den frühen sechziger Jahren.«

So ist er übrigens zum frühen und verdienstlichen Vorkämpfer des Natur- und Umweltschutzes geworden und wohl auch ein bißchen das, was man in Deutschland einen Kraftprotz heißt. Übrigens hat er mehrere Bücher über seine Reisen und Wanderungen geschrieben. Das Wort »Einzelgänger«, amerikanisch *loner*, ist, wenn

man seine lebhaftige Geselligkeit und seine vielen Freundschaften bedenkt, nicht sehr ernst zu nehmen. Wichtiger waren die sozialen Umstände seiner Kindheit und Jugend. Er sagt dazu:

»In Yakima gab es viele Kinder-Partys; aber wir wurden nie zu einer einzigen eingeladen, und wir waren viel zu arm, um selbst eine abzuhalten. Wir wuchsen auf, ohne je die Innenseite eines anderen Heimes zu sehen. In den Jahren danach dachte ich, daß das möglicherweise gar ein Segen sei. Denn wenn ich mit der Oberschicht von Yakima selbst mit einem noch so dünnen Band verbunden gewesen wäre, hätte mich das später schwer behindert. Akzeptiert zu werden, wäre dann möglicherweise in meinem späteren Leben ein Ziel geworden, ein Ehrgeiz, der zur Anpassung verleitet. Akzeptiert zu werden heißt, in der richtigen Gegend zu wohnen, den richtigen Hut zu tragen, die richtigen Gedanken zu denken, und die richtigen Dinge zu sagen.«

Er berichtet weiter, daß ein angesehener, reicher Geschäfts- und Kirchenmann und Sittenwächter in Yakima, mit dessen drei Söhnen er in die Schule ging, ihn für einen Dollar die Stunde engagiert habe, um vor den paar Bordell-Häusern und Kneipen der Bootlegger (es war die Zeit der Prohibition) als Spitzel zu fungieren; seine eigenen Söhne wolle er damit verschonen. Es seien andere, reiche und angesehene Bürger gewesen, denen diese Häuser gehörten. Dazu schreibt Douglas:

»Diese Erfahrung brannte zwei Eindrücke in mein Gedächtnis ein. Der erste war das einzige Klassenbewußtsein, das ich je hatte. Aber auch frühere und spätere Erlebnisse zeigten mir, daß die Gleichheit das überragende amerikanische Thema war und ist . . . Der zweite war ein Rest von Ressentiment, das ich nie ganz los wurde, nämlich gegen die Heuchler in Kirchenkleidern, die die kleinen Sünder verdammten.«

Tiefen Eindruck hatten ihm einige Farmarbeiter gemacht, die Mitglieder der von den Arbeitgebern und der ihr dienstbaren Polizei damals böse verfolgten IWW – International Workers of the World – waren. Das waren die »Wobblies«, die deutschen Lesern aus den Geschichten von Jack London und Traven bekannt sind. Er berichtet begeistert von der Freundschaft mit diesen Menschen; das Unrecht ihrer Verfolgung hat ihm einen bleibenden Eindruck gemacht. Solcher und ähnlicher Art waren die Erlebnisse und Beziehungen des jungen Douglas bis zu seiner abenteuerlichen Fahrt nach New York im Jahre 1922.

Der Student und Professor Douglas ist, so aktiv und gesellig er in dieser Zeit war, für unser Thema wenig ergiebig. Er lehrte Handels- und Gesellschaftsrecht. Erst die große Krise von 1929, die Zusammenbrüche und das wirtschaftliche Elend, die Anfänge des New Deal während der ersten Amtsperiode von Franklin Roosevelt, betrafen nun gerade sein Spezialgebiet und seine kurze Praxis als Wall Street-Rechtsanwalt, wo er speziell mit der Liquidation einer zusammengebrochenen Eisenbahn-Gesellschaft befaßt gewesen war. Schon damals merkte er, daß es dabei einigermmaßen räuberisch (predatory) von statten ging. In einem Brief an die New York Times vom September 1933 forderte er eine verschärfte Börsenaufsicht zum Schutz der kleinen Leute, die ihr Geld investieren, gegen die Banken und großen Gesellschaften, die es haben wollen. In einem Artikel der Yale Review verlangte er, daß die Regierung sich auf die Seite der Hilflosen, der Einfältigen, der Unterschicht stelle und ein entsprechendes Gesetz entwerfe. So stieß er zu der Schar der von den Universitäten hereinströmenden New Deal-Leute; angeworben von Joseph Kennedy, dem Freund und Finanzberater Roosevelts, reicher Bankier und Vater des späteren Präsidenten, der eine Börsenaufsichtsbehörde einzurichten hatte, die auch ein neues Börsenaufsichtsgesetz entwerfen sollte. Damit sollte dem Elend der kleinen Sparer und Geldanleger, das sich in der Krise geoffenbart hatte, abgeholfen werden. Dort war Douglas zuerst Gutachter, dann Abteilungsleiter und von 1937 ab Chef.

Er fuhr kräftig ins Zeug. Unter anderem hat er die mächtigste Figur der New Yorker

Börse, Richard Whitney, wegen Veruntreuung eines großen Pensionsfonds zur Strecke und vier Jahre ins Gefängnis gebracht. Er hat dem Kongreß einen achtbändigen Bericht über die Zu- und Mißstände im Wertpapierwesen vorgelegt, in dem die Manipulationen der großen Banken auf dem Markt für Hypotheken, Obligationen und Aktien und die Mißstände bei den privaten, monopolistischen, oft wucherischen Versorgungsbetrieben dargestellt waren. Sein neuer Gesetzentwurf über die Börsenaufsicht ging durch, und die darauf beruhende Praxis gilt noch heute als die strengste und als vorbildlich für die europäischen Börsen. Der Biograph Simon sagt dazu, daß »die Reform wieder ein öffentliches Vertrauen herstellte, sodaß Anleger sich wieder einigermaßen auf dem Kapitalmarkt sicher fühlen konnten. Seither ist Wall Street ein Faktor geworden, der das Kapital für die Investitionen beschaffen konnte, die die große Expansion der amerikanischen Wirtschaft möglich gemacht haben.«

Douglas hatte nun die Bundesebene erklommen und gehörte zum Kern der *New Deal*-Mannschaft. Es bildeten sich wichtige Beziehungen zu Politikern, vor allem ein freundschaftlicher Verkehr mit der Familie Kennedy und mit Roosevelt selbst, der nicht nur die Eigenschaften von Douglas als Bürokrat, sondern auch seinen geselligen Umgang, sein Poker-Spiel und den Austausch von Witzen und Anekdoten mit ihm schätzte. Zum letzteren nur ein Beispiel, auch zur Charakterisierung Roosevelts und des amerikanischen Humors, und weil es das heute so wichtige Thema der »Ausgewogenheit« in den Medien betrifft. Roosevelt spricht über einen damals sehr einflußreichen Journalisten der New York Times namens Krock. Er schätzt ihn zwar sehr, aber er spottet über dessen Bedürfnis, jeder positiven Meinung irgend eine Einschränkung, irgend etwas Negatives anzuhängen. Wenn Krock im Pariser Louvre die Mona Lisa gesehen habe, werde er zwar deren Schönheit höchlich preisen, aber er werde doch noch dazu sagen müssen, daß sie an üblem Mundgeruch gelitten habe.

Nun beginnt der Teil des Lebens von Douglas, in dem er Rechtsgeschichte gemacht hat – und das war im Amerika dieser Zeit Geschichte. Sein Biograph, James F. Simon, der übrigens durchaus kritisch ist, charakterisiert diese Amtszeit summarisch so:

»Er war mehr daran interessiert, dem Leser seiner Entscheidungsbegründungen seine allgemeine Auffassung, seine Philosophie auseinanderzusetzen, als gelehrte juristische Argumente sorgfältig aufzubauen. Er war kein Richter für Juristen oder für Gelehrte, er war ein Richter fürs Volk, der seine stark egalitäre Philosophie zur Geltung brachte, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch vorausgegangene Entscheidungen auch gestützt war. Während seines ganzen Lebens hat er darüber gebrütet. Während er in den frühen Morgenstunden Zeitungen austrug oder für seine Mutter wusch oder Nachbarn den Rasen mähte, schienen die anderen Kinder ein sorgenfreies Leben zu führen, nur einfach deshalb, weil die Geld hatten. Diese Bitterkeit schlug gelegentlich auch in seinem geselligen Leben durch. Als er als Direktor der Börsenaufsichtsbehörde zum ersten Mal Macht in seiner Hand spürte und die Entwürfe eines Schutzgesetzes gegen betrügerische Konkurse und Liquidationen machte, genoß er die Gelegenheit, mit dem Establishment ins Reine zu kommen.«

Dieses Establishment verkörperte ihm besonders John Foster Dulles, großer Wall Street Lawyer, frommer Kirchenmann und späterer Außenminister Eisenhowers.

Schon in den vierziger und frühen fünfziger Jahren hat Douglas wiederholt solche Entscheidungen des Supreme Court durchsetzen helfen, die rassische Unterscheidungen und Schranken für nichtig erklärten, vor allem betreffend das Wahlrecht für Schwarze und solche Vertragsbestimmungen in Grundstücksgeschäften, die die Weiterveräußerung an Schwarze verbieten wollten oder die schwarze Studenten benachteiligten. In einem seiner frühen Bücher erklärte Douglas, wie wichtig die Bestimmung im 14. Amendment der Verfassung sei, die gleichen Schutz gewährte:

»Gleicher Schutz – equal protection of the law – ist der wichtigste Einzelsatz, den eine Nation als ihr Ideal verfolgen kann. Ihn zu verwirklichen, heißt jeder Minderheit das Bewußtsein der Zugehörigkeit zu geben. Wo dieses Bewußtsein geschaffen ist, dort ist Loyalität und Hingabe, die allen politischen Spannungen gewachsen ist.«

Das war eine Erkenntnis, die für Douglas sowohl die Rassen- wie die Klassenfrage betraf. Ein weiteres Grunderlebnis – diesmal aus dem Anfang seiner Richterzeit – ist nach seiner Autobiographie folgendes: Der Vorsitzende, Chief Justice des Supreme Court, war damals Charles Evans Hughes, früher ein großer Mann der Republikanischen Partei, dessen richterliche Erfahrung und menschliche Qualität Douglas hoch schätzte. Hughes habe bald ein vertrauensvolles Verhältnis zu ihm gefunden; er habe ihm etwas gesagt, was ihn zuerst erschüttert habe, sich aber im Laufe der Jahre als wahr herausgestellt habe:

»Justice Douglas, Sie müssen sich eine Sache merken. Auf der verfassungsmäßigen Ebene, auf der wir arbeiten, sind 90% jeder Entscheidung rein emotional. Der rationale Anteil in uns liefert die Gründe, mit denen wir unsere Gefühle zu stützen suchen ...«

Douglas sagt dazu:

»Ich wußte, daß Richter solche Gefühle (*predilections*) haben. Ich wußte, daß sowohl ihre Launen wie ihre Gedanken Bestandteile ihrer Entscheidungen wurden. Aber ich hatte bisher noch nicht vor mir zuzugeben, daß die reine Gefühlsreaktion eines Richters auf der Ebene des Verfassungsrechts ... vor allem der Freiheitsrechte, die Hauptwurzel seiner Entscheidung sei ...«.

Das Wort Gefühlsreaktion lautet im englischen Text viel derber. Es heißt dort »*gut-reaction*«, was wörtlich heißt: Reaktion aus den Eingeweiden. Vor diesem Punkt wird noch die Rede sein.

Der Supreme Court hatte damals bewegte Zeiten hinter sich. Eine 5:4 Mehrheit – das Gericht hat neun gleichberechtigte Mitglieder – war dem *New Deal* feindlich gewesen und hatte einige wichtige Gesetze des Roosevelt-Programms für verfassungswidrig erklärt: Preiskontrollen, Arbeitszeit-Beschränkungen für Frauen, Aufsichtsrechte der staatlichen Behörden in Finanz-, Agrar- und Wohlfahrtsangelegenheiten. Alles im Namen der »Vertragsfreiheit«; so wie schon die Mehrheit des Gerichts im Jahre 1905 ein Gesetz des Staates New York, das die Arbeitszeit von Bäckergehilfen auf zehn Stunden begrenzte, für verfassungswidrig erklärt hat – als Verstoß gegen das Prinzip der Freiheit. Dagegen hatte nur Holmes gestimmt, sein Dissent wurde bahnbrechend für die spätere moderne Linie des Gerichts. Allerdings mußte Holmes noch einmal, im Jahre 1925 anders als die Mehrheit des Gerichts entscheiden: als nämlich diese Mehrheit das Gesetz eines Einzelstaats für verfassungswidrig erklärte, das einem Arbeitgeber verbot, die Beschäftigung oder Weiterbeschäftigung von Arbeitern von der Nicht-Mitgliedschaft bei einer Gewerkschaft abhängig zu machen! Auch das verstoße, meinte die Mehrheit, gegen die Vertragsfreiheit.

Die Berufung auf die Vertragsfreiheit gegenüber Menschen, die von ihrem täglichen Arbeitslohn leben müssen, war lange Zeit ein von der Rechtsprechung gedeckter Mißbrauch des Begriffes Freiheit und ein Mittel der Entmachtung und Unterdrückung. »Vertragsfreiheit« war das lange wirksame Gegenargument gegen das gesetzliche Verbot der Kinderarbeit. Diese »Freiheit« meinte der amerikanische Rechtsphilosoph Cardozo, der bis kurz vor dem Eintritt Douglas Mitglied des Bundesgerichts gewesen war, wenn er in einer seiner Schriften sagt:

»So mancher Appell an die Freiheit ist nur eine Maskerade von Vorrecht und Ungleichheit, deren jede sich hinter das Schlagwort eines Prinzips zu verbergen sucht.«

Es ist überhaupt irreführend, die Vertragsfreiheit in den Zusammenhang der Freiheiten und Grundrechte zu stellen. In Wirklichkeit bedeutet Vertragsfreiheit nur die Lösung des modernen Zivilrechts von bestimmten altertümlichen Formen und Ty-

pen von Verträgen, wie sie in früheren Rechtsordnungen im bürgerlichen Rechtsverkehr gegolten hatten. Die Rechtsprechung der Bundesrepublik hält allerdings unter Führung des Bundesarbeitsgerichts leider an dem Mißbrauch dieses Begriffes fest.

Den Widerstand des Supreme Court gegen die Sozial- und Reformgesetzgebung des New Deal versuchte Roosevelt vergeblich durch eine gesetzliche Vermehrung der Richterzahl zu brechen. Die Mehrheitsverhältnisse änderten sich aber bald ohnehin, schon vor dem Eintritt des New Dealers Douglas in das Gericht. Aber Douglas fand den Weg zur radikalen Konsequenz in der Durchsetzung der Verfassungsrechte nicht gleich; es kam zu ein paar Abirrungen, die er später bereute und korrigierte. Die erste ist der Fall *Gobitis*.³ Gobitis war ein Zeuge Jehovas, der sich gegen die Verpflichtung seiner Kinder zum täglichen Flaggengruß in der öffentlichen Schule stellte, unter Berufung auf 2. Moses Kapitel 20, und der bei den unteren Instanzen in seinem Prozeß gegen die Schulbehörde unterlegen war. Es handelte sich um die Frage, ob dieser obligatorische Flaggengruß in der öffentlichen Schule gegen das 1. Amendment verstieß: »Der Kongreß darf kein Gesetz erlassen, das eine Einrichtung einer Religion zum Gegenstand hat oder deren freie Ausübung beschränkt. . .« Der Vater wurde vom Supreme Court mit einer Mehrheit von 8:1 abgewiesen. Douglas stimmte mit der Mehrheit. Der Richter, der dem Grußverweigerer Recht geben wollte, war nun keineswegs ein Linker oder ein zweifelhafter Patriot, sondern vielmehr der von dem konservativen republikanischen Präsidenten Coolidge 1928 ernannte Harlan Stone, der später Chief Justice wurde. Der hatte es nicht nötig, seinen Patriotismus zu beweisen und nahm es deshalb mit der radikalen Trennung aller Glaubensfragen vom staatlichen Leben Ernst, weshalb er den Zwang zur Teilnahme am Flaggengruß für verfassungswidrig hielt. Der Wortführer der Mehrheit und Verfasser der Begründung dagegen war ein von Roosevelt ernannter Richter, der Harvard-Professor Felix Frankfurter, geboren 1884 in Wien, Freund Roosevelts und Beherrscher der juristisch-akademischen Szene in Amerika, der geistreichste Gesprächspartner seiner Generation, sagt Douglas. Von ihm stammt die Form und der Begriff vom »judicial restraint«, das heißt der Selbstbeschränkung der Verfassungsrechtsprechung, der später häufig auftauchte, wenn die Entscheidung zu nahe an politische Konflikte heranzuführen drohte, die das Gericht scheute.⁴ Die Entscheidung bezüglich des Flaggengrußes wurde übrigens von dem besseren Teil der öffentlichen Meinung mißbilligt, auch von Frau Eleanor Roosevelt, der tapferen Wortführerin der Unterdrückten. Die Zeugen Jehovas wurden eben damals von Hitler aufs Böseste verfolgt und genossen darum Sympathien in Amerika.

Die zweite Abirrung war der Fall eines Japaners, der in Kalifornien wohnte, und amerikanischer Bürger war.⁵ Der stritt gegen eine Regierungsmaßnahme, die die an der Westküste wohnenden amerikanischen Japaner evakuierte und in Lagern konzentrierte, weil man nach dem Überfall der Japaner auf Pearl Harbour 1941 eine Invasion der japanischen Wehrmacht auf die damals ziemlich schutzlose kalifornische Küste befürchtete. Das Kriegsministerium machte geltend, daß, wenn die japanische Armee in einer stark von Amerikanern japanischer Abstammung und japanischen Aussehens besiedelten Gegend landete, die Gefahr der Sabotage und Verwirrung groß sei; die japanischen Soldaten könnten sich etwa als Zivilisten tarnen.

³ *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

⁴ Zur Problematik des »judicial restraint« in der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court zum 1. Amendment, vgl. G. Frankenberg/U. Rödel, Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz. Die Freiheit polit. Kommunikation im Verfassungsstaat (Frankfurt, 1981), S. 151 f., 178 ff.

⁵ *Hirabayashi v. U.S.*, 320 U.S. 81 (1942); vgl. auch *Korematsu v. U.S.*, 323 U.S. 214 (1944) und *Ex parte Endo*, 323 U.S. 283 (1944).

Diesem Argument ist Douglas mit der Mehrheit des Gerichts in der Kriegsstimmung dieser Zeit erlegen, übrigens zusammen mit den beiden anderen Liberalen Black und Frankfurter. Douglas tut sich aber darauf etwas zugute, daß er in einer gesonderten Begründung der Entscheidung nur die Evakuierung von der Küste weg, nicht die Haft in einem Lager gebilligt habe. Später hat er sich in ähnlichen Fällen im Gegensinne entschieden und den amerikanischen Japanern Recht gegeben.

In den Zusammenhang der Trennung von Religion und Staat gehört die Entscheidung von 1962, mit der ein Gesetz des Staates New York von 1958 für verfassungswidrig erklärt wurde, das ein vor Schulbeginn von Lehrern und Schülern zu sprechendes Gebet einführte, das mit der Anrede begann: »Allmächtiger Gott . . .« Dagegen hatten mehrere Eltern Klage erhoben, darunter auch solche, die einer in Amerika hochangesehenen christlichen Glaubensrichtung, den Unitariern, angehörten. Die unteren Instanzen hatten die Klage der Eltern abgewiesen. Der Supreme Court erklärte mit 6 zu 1 Stimmen die Einführung des Gebets für einen Verstoß gegen die oben angeführte Verfassungsbestimmung, wonach der Kongreß kein Gesetz über die Regelung von religiösen Dingen machen dürfe. Das gelte auch für die einzelstaatliche Gesetzgebung.⁶ Die Begründung für diese Mehrheitsentscheidung schrieb nicht Douglas, sondern sein liberaler Freund Black. Douglas verschärfte die Begründung durch eine eigene Formulierung, in der er sich unter anderem besonders gegen die Spaltungswirkung, »*divisive influence*« wendet, die jede vom Staat ausgehende bestimmte Religionsausübung habe. Das Urteil des Supreme Court hat übrigens den ausdrücklichen Beifall des damaligen Präsidenten Jack Kennedy, eines praktizierenden Katholiken, gefunden.

Douglas hat auch aktiv mitgewirkt bei wichtigen rechtsstaatlichen Fortschritten im Strafverfahren: betreffend die Rechte des Beschuldigten, des Verteidigers, Zeugnisverweigerungsrechte, Kontrolle elektronischer Abhörung, Durchsuchungen und so weiter. Diese Fortschritte werden abgeleitet aus kurzen, dünnen Worten der Verfassung, wie zum Beispiel *due process of law*, auf deutsch »geregeltes Verfahren«. Diese Sicherung des Rechtsstaats hat vor allem in der Zeit stattgefunden, in der der von Eisenhower ernannte Earl Warren Chief Justice war; Fortschritte, die heute durch eine neue Mehrheit wieder bedroht sind. Nicht bedroht ist aber ein wichtiges, schon vor zweihundert Jahren in die amerikanische Verfassung eingebautes Stück Rechtsstaat, das uns die Rechtsprechung der Bundesrepublik immer noch vorenthält: nämlich, daß der Angeklagte das Recht hat, seinen Belastungszeugen konfrontiert zu werden, das heißt denen, die die ihn belastenden Wahrnehmungen gemacht haben wollen. Unsere Rechtsprechung, neuerdings leider auch die des Bundesverfassungsgerichts, läßt es sich gefallen, daß die Nachrichtendienste die Identität oder den Aufenthalt der Belastungszeugen geheim halten, sodaß sie nicht in der Gerichtsverhandlung vernommen werden können. Solche Geheimhaltung vor dem Gericht wäre in Amerika undenkbar.

Hoch bedeutsam war die Mitwirkung von Douglas in der für die Vereinigten Staaten schicksalhaften Rassenfrage. Im Jahre 1896 hatte der Supreme Court entschieden, daß die Gesetze der Einzelstaaten, die die Trennung von Schwarz und Weiß in öffentlichen Einrichtungen vorschrieben, nicht die Klausel »gleicher Rechtsschutz für alle« verletzen. Das war die berühmte »*separate but equal*« – Entscheidung *Plessy* gegen *Ferguson*, beschlossen von einer Mehrheit von Nordstaatlern gegen die einzige Stimme des damaligen Chief Justice Harlan, der ein Südstaatler und gar früherer Sklaven-Eigentümer gewesen war.⁷ Alle späteren Versuche, diesen verhäng-

⁶ *Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962).

⁷ *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896).

nisvollen Apartheids-Zustand zu Fall zu bringen, waren gescheitert. Die Rassentrennung (segregation) wurde in vielerlei Formen praktiziert: Durch verordnete Trennung in Verkehrseinrichtungen und Ämtern; dadurch, daß Gerichte Vertragsbestimmungen für wirksam hielten, die in Grundstückskaufverträgen den Weiterverkauf an Schwarze verboten, damit gewisse Wohngebiete von Schwarzen freigehalten werden konnten. Ferner, daß Geschäftsleute Neger als Kunden ausschließen konnten. Die Angriffe dagegen waren lange erfolglos. Auch der liberale Justice Frankfurter hielt dies lange Zeit für eine politische Frage, in der die Gerichte Beschränkung zu üben hätten.

Die Frage der Rassentrennung in den Schulen war die wichtigste und auf die übrigen Gebiete am meisten durchschlagende Frage. Sie kam im Jahre 1952 vor den Supreme Court, der zu entscheiden hatte, ob die im Staate Kansas geltende Rassentrennung in den Schulen gegen die Verfassung verstoße. Bei der ersten Verhandlung kam es, gegen den Widerspruch von Douglas und Black, nicht zur Entscheidung, sondern auf Antrag Frankfurters zur Vertagung und weiteren Erhebungen. Kurz darauf starb der damalige Chief Justice Vinson, der zu der reaktionären Mehrheit gehörte und ein anderes Mitglied dieser Mehrheit sich eines besseren belehren ließ. Earl Warren, der neue Chief, erklärte sich deutlich gegen die Rassentrennung; und es bildete sich schließlich 1954 in der 2. Verhandlung eine Mehrheit 8:1 in diesem Sinne.⁸ Die eine Stimme war die des Justice Jackson, der ein paar Jahre vorher Hauptankläger in Nürnberg gewesen war. Mit diesem Urteil in Sachen *Brown* gegen die Erziehungsbehörde Topeka/Kansas war ein Herd der Fäulnis im nationalen Körper Amerikas durch einen Richterspruch endlich beseitigt. In der Begründung steht die eigenartige, von Frankfurter stammende Formel, daß die Aufhebung der Trennung in den Schulen »with all *deliberate speed*«, mit überlegter Eile, durchzuführen sei. Douglas, der ein Mann des »sofort« war, hat hinterher diese Formel bedauert, weil sie den Vorwand zu Verschleppungen bot. Interessant ist noch, daß Eisenhower selbst diese Entscheidung, die unter anderem seinem eben von ihm ernannten Chief Justice zu verdanken war, mißbilligt hat. Er hielt sie für falsch. Douglas sagt dazu in seiner Autobiographie: Eisenhower hat eben zu lange mit den *wrong people*, den falschen Leuten, Golf gespielt. Mit dieser Entscheidung war endlich der erste große Schritt für das Dazugehören der Schwarzen getan.⁹

Nicht nur ein amerikanisches, sondern ein für jede Demokratie wichtiges Problem ist der Stand der Rede- und Pressefreiheit. Dazu ein paar exemplarische Fälle, in denen sich Douglas teils ohne, teils mit Erfolg engagierte.

Anfang der fünfziger Jahre begann, ausgelöst vom Korea-Krieg, der Kalte Krieg und eine heftige, hysterische Kommunistenjagd setzte ein. Es war die *McCarthy*-Periode. Die Justiz trug dem neuen Feindbedürfnis Rechnung und verfolgte zehn führende Funktionäre der amerikanischen kommunistischen Partei, die wegen Befürwortung des Umsturzes zu längeren Gefängnisstrafen verurteilt wurden. Ein neues Gesetz bestrafte solche Befürwortung und Lehre. Die Kommunistische Partei war eine ganz unbedeutende, auch innerhalb der Arbeiterschaft und der Gewerkschaften einflußlose Organisation. Der Fall kam vor den Supreme Court, der die Verurteilung durch die Untergerichte bestätigte.¹⁰ Die marxistische Lehre enthalte eine Anreizung (*incitement*) zum Umsturz. Dies zu bestrafen setzte allerdings nach der Formel von

⁸ *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

⁹ Zur rechtlichen Diskriminierung der Schwarzen in den USA und der neueren einschlägigen Rechtsprechung des Supreme Court vgl. R. Kluger, *Simple Justice* (New York, 1976) und L. A. Graglia, *Disaster by Decree: The Supreme Court Decisions on Race and the Schools* (Ithaca, 1976).

¹⁰ *Dennis v. U.S.*, 341 U.S. 494 (1951); zur »cold war justice« des Supreme Court vgl. Frankenberg/Rödel, a. a. O., S. 164 ff.

Holmes-Brandeis »eine klare und gegenwärtige Gefahr voraus«. Aber die Gefahr wurde trotz der Bedeutungslosigkeit der Kommunistischen Partei bejaht. Der sonst liberale Richter Frankfurter, der sich im Kampf gegen die Verurteilung und Hinrichtung Sacco und Vancetti hervorgetan hatte, schloß sich der Mehrheit an, mit der Begründung, er halte es für notwendig, daß von Seiten der Verfassungsjustiz in politischen Sachen Beschränkung geübt werde, womit er in diesem Fall die Rücksicht auf die allgemeine politische Stimmung meinte:

»Die Geschichte lehrt, daß die Unabhängigkeit der Justiz gefährdet ist, wenn die Gerichte in die Leidenschaften des Tages verwickelt werden und sich vorrangige Verantwortlichkeit zuschreiben für die Wahl zwischen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Bestrebungen.«

Da damit die Verurteilung bestätigt wurde, war das natürlich erst recht eine aktive politische Entscheidung. Die Begründung der Entscheidung hat der Chief Justice Vinson selbst geschrieben, derselbe, an dessen Widerstand die Aufhebung der Rassentrennung zuerst gescheitert war. Nur die beiden Richter Douglas und Black dissentierten. In diesem Dissent heißt es:

»So wie die öffentliche Meinung im Augenblick steht, werden nur Wenige gegen die Verurteilung protestieren. Aber es besteht die Hoffnung, daß in ruhigeren Zeiten, wenn die augenblicklichen Leidenschaften und Ängste abgeklungen sind, dieses oder ein späteres Gericht die Freiheiten der Verfassung wieder an den Platz stellen werden, den sie in einer freien Gesellschaft einnehmen müssen.«

Douglas vermißte jeden Beweis dafür, daß die Angeklagten in irgend einer Form Gewalthandlungen oder aufrührerisches Verhalten gezeigt hätten. Nur eine Lehre zu vertreten, sei von der Verfassung gedeckt. Es sei ironisch, daß gerade die Lehre der kommunistischen Doktrin verantwortlich dafür sei, daß sie in den Vereinigten Staaten allgemein verworfen wurde.

Diese Vorgänge und Meinungen nötigen uns zum Vergleich mit dem parallelen Fall in der Bundesrepublik, dem von dem amerikanischen Verfahren inspirierten Verbotsantrag der Adenauer-Regierung und dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom August 1956 auf Verfassungswidrigerklärung der KPD.¹¹ Allerdings wurde mit dieser letzteren Entscheidung niemand zu Gefängnis verurteilt, sondern nur die Voraussetzung für das Verbot einer Partei geschaffen, aber auch hier einer gänzlich diskreditierten und machtlosen Partei, die in der dem Urteil vorausgehenden Bundestagswahl nicht einen einzigen Abgeordneten mehr in das Parlament gebracht hatte. Wie es Douglas für die amerikanische Partei andeutet, hatte wohl auch die Agitation der KPD geradezu abschreckende Wirkung. Die Gefängnisstrafe für die kommunistischen Funktionäre für ihre Tätigkeit vor dem Zeitpunkt des Verbots hat dann allerdings die Bundesanwaltschaft und der Bundesgerichtshof eifrig nachgeliefert. Dieser peinliche Sachverhalt wurde dann vom Bundesverfassungsgericht wieder beseitigt. Davon wird noch die Rede sein.

Aber kehren wir nach Amerika zurück. Die McCarthy-Periode ging zu Ende. McCarthy wurde wegen seiner lügenhaften Propaganda von den Senatoren selbst seines Senatsitzes für verlustig erklärt. Im Supreme Court bildete sich bald die liberale Mehrheit unter Earl Warren. Zwei auch für uns lehrreiche Entscheidungen zur Freiheit der Presse seien angeführt; in beiden Fällen ergingen in Prozessen gegen die New York Times.

Der erste Fall betraf eine als bezahltes Inserat erschienene Erklärung einer südstaatlichen Bürgerrechtsorganisation.¹² Darin wurde das Verhalten eines Polizeidirektors

¹¹ BVerfGE 5, 85 ff.

¹² *N. Y. Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

namens Sullivan gegenüber einer Bürgerrechtsdemonstration kritisiert. In dieser Kritik waren unrichtige Behauptungen enthalten. Sullivan klagte und erzielte in zwei Instanzen eine Verurteilung der verantwortlichen Leute der New York Times. Diese appellierten an den Supreme Court. Der hob die Verurteilung auf. Debatten über öffentliche Angelegenheiten, so heißt es in der Begründung, müßten unbehindert, robust und offen sein. Auf den Wahrheitsbeweis komme es nicht an; vor allem dürfe dieser Beweis nicht den Beschuldigten auferlegt werden. Nur solche Behauptungen, die »malicious« seien, begründen eine Verantwortlichkeit. Unter *malicious* versteht das Gericht entweder bewußt unwahre oder solche Behauptungen, die leichtfertig, ohne Rücksicht darauf, ob sie wahr oder unwahr sind, aufgestellt wurden. Beides sei in dem zu entscheidenden Falle nicht bewiesen.

Dieses Urteil, das einstimmig war, und in dem sich die Linie Douglas voll durchgesetzt hat, entspricht der heute in Amerika verbindlichen und unbestrittenen Rechtsprechung. Deshalb ist es auch weder von Douglas noch von seinem Biographen als des Aufhebens wert gehalten worden. In der Bundesrepublik hat es nicht Schule gemacht. Der demokratische Sinn des Rechts auf freie Meinung, nämlich Kritik in öffentlichen Dingen zu fördern, hat sich bei uns, trotz einiger guter Ansätze in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der fünfziger und sechziger Jahre, noch nicht verwirklichen können; obwohl das Urteil im Jahre 1971 einmal von einem Professor der Universität Chicago in Karlsruhe in einem Vortrag vor Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs erläutert worden ist.¹³ Die Gerichte wollen in der Bundesrepublik das Recht der freien Meinung bei unrichtigen gutgläubigen Behauptungen nicht gelten lassen. Erst neuerdings hat wieder das Oberlandesgericht Frankfurt ausgesprochen, bei unrichtigen Behauptungen könne man sich nicht auf ein berechtigtes Interesse berufen. Dabei steht fest, daß in anderen demokratischen Staaten Europas, wie zum Beispiel in Frankreich und in der Schweiz, der gute Glaube an die Wahrheit der Behauptung den Beklagten entschuldigt; das steht dort ausdrücklich im Gesetz. Während wir in unserem Strafgesetz noch die Besonderheit haben, daß die Beleidigung von im öffentlichen Leben stehenden Personen, also Politikern oder hohen Beamten, viel schwerer bestraft wird als die Beleidigung irgendwelcher Privatpersonen; es gilt für diese schwerere Beleidigung das Mindestmaß von drei Monaten Freiheitsstrafe. Der Gedanke, daß »die oben« sich mehr Kritik gefallen lassen müssen, ist dem Deutschen immer noch gänzlich fremd!

Der zweite, die New York Times betreffende Fall, ist auch historisch wichtig geworden. Es handelt sich um die von der Zeitung in mehreren Folgen abgedruckten sogenannten Pentagon-Papers, einer bisher geheim gehaltenen Dokumentation über die Geschichte des amerikanischen Engagements in Vietnam.¹⁴ Die Zeitung hatte diesen Bestand von Dokumenten von einem früheren Angestellten des Kriegsministeriums erhalten. Die Bundesregierung versuchte beim Supreme Court ein Verbot des Abdrucks zu erreichen. Da die Verfassung jede Zensur verbot und jede Einschränkung der Pressefreiheit unzulässig war, behauptete die Regierung, die Veröffentlichung gefährde die nationale Sicherheit insofern, als diplomatische Verhandlungen gestört und deshalb weitere Kriegsoffer entstehen würden. Die Regierung wurde mit sechs zu drei Stimmen abgewiesen, weil kein Beweis für einen direkten und irreparablen Schaden für die nationale Sicherheit erbracht sei. Die bloße Möglichkeit eines Schadens genüge dem Gericht nicht, um ein bestehendes Recht zu beseitigen. Douglas hat sich mit großer Schärfe in der mündlichen Verhandlung

13 G. Casper, Redefreiheit und Ehrenschrift (Karlsruhe 1971).

14 *Pentagon Papers* – *N. Y. Times v. U.S.*, 403 U.S. 713 (1971).

geäußert. Er sah in den veröffentlichten Dokumenten die Bestätigung dafür, daß der Nachrichtendienst CIA durch falsche Berichte die Verwicklung Amerikas in den Krieg manipuliert habe; und er hielt die Information der Öffentlichkeit darüber für im nationalen Interesse liegend. Das sei das höhere Interesse, und so sei die Verfassungsbestimmung über die Pressefreiheit gemeint, daß kein Gesetz vom Kongreß verabschiedet werden dürfe, das die Pressefreiheit einschränke. Den Deutschen mit ihrer obrigkeitstaatlichen Tradition geht dieses Argument schwer ein. Es ist aber die Konsequenz der Volkssouveränität.

Das waren ein paar konkrete Fälle aus der Richterzeit des Justice Douglas. Man kann seine Meinungen dabei im Einzelnen für unrichtig halten. Aber sicherlich wahr ist das, wovon ihn sein Chief Justice überzeugt hat: daß die Richter von ihren Emotionen, ihren Neigungen oder Abneigungen motiviert sind, und daß ihr rationales Vermögen eben nur die Gründe dafür zu liefern hat. Nicht anders ist auch die Formel gemeint, der Richter sei vom Ergebnis her bestimmt, auf englisch »*result-oriented*«, das heißt, die Entscheidung sei nicht aus Oberbegriffen oder Gesetzeswortlauten logisch abgeleitet. Man sollte unter vernünftigen und erfahrenen Leuten eigentlich nicht darüber streiten. Die besten Sätze dazu haben schon Blaise Pascal und Arthur Schopenhauer gesagt.

Am einfachsten lautet die Erkenntnis bei Pascal:

»All unsere Vernunftüberlegungen – *tout notre raisonnement* – laufen darauf hinaus, dem Gefühl nachzugeben«.

Schopenhauer wird konkreter: »Jede Leidenschaft, ja jede Neigung oder Abneigung, färbt die Objekte der Erkenntnis mit ihrer Farbe . . . Eine geheime Macht übt unser Vorteil, welcher Art er auch sei, über unser Urteil aus: Was ihm gemäß ist, erscheint uns alsbald billig, gerecht, vernünftig; was ihm zuwider läuft, stellt sich uns . . . als ungerecht und abscheulich, oder zweckwidrig und absurd dar. Daher so viele Vorurteile des Standes, des Gewerbes, der Nation, der Sekte, der Religion.«

An anderer Stelle heißt es bei ihm: »Die Rolle des Intellekts ist so inferior, so lakaienhaft, daß er vor den Entscheidungen, die der Wille unbewußt trifft, oft ausgeschlossen bleibt; er wird vom Willen bisweilen sogar mystifiziert, denn er liefert ihm zwar die Motive, aber in die geheime Werkstatt seiner Beschlüsse dringt er nicht«.

Damit hat Schopenhauer das Unbewußte in den Vorgängen der Urteilsbildung vorweggenommen. Sigmund Freud wiederholt die Erkenntnis fast wörtlich in seiner Schrift »Zeitgemäßes über Krieg und Tod«: »Der Intellekt liefert das Resultat, das ihm vom Willen aufgetragen ist«.

Alles das gilt vom Menschen überhaupt. Aber die Richter bleiben Menschen – Gott sei Dank – auch nachdem sie jene Dienstprüfungen abgelegt haben, die sie zum Richteramt befähigen. Bei manchen allerdings wird dadurch die persönliche Motivation noch tiefer ins Unbewußte gedrängt; umso mehr folgen sie mechanischer begrifflicher Logik in ihren schriftlichen Begründungen. Während andere, die man in Amerika »*legal realists*« heißt, vor sich selbst aufrichtig ihrem Rechtsgefühl trauen und folgen, womit sie am ehesten Motive und Vorurteile persönlicher Art ausschalten, soweit dies menschenmöglich ist.

Gescheite Justizpraktiker wissen es auch längst. Zum Beispiel Max Hachenburg, der Mann, der die Kritik der Rechtsprechung in der »Juristischen Wochenschrift« eingeführt und betrieben hat; oder Martin Beradt in seinem Buch über den Richter. Oliver Wendell Holmes, der bedeutendste Richter der letzten hundert Jahre, sagt, daß die Entscheidungen von einer Intuition abhängig seien, die subtiler sei als jeder wörtlich bestimmbare Grundbegriff; und daß die Regeln des Rechts (die im angelsächsischen Recht die Richter aufstellen) von bewußten oder unbewußten Vorurtei-

len oder Anschauungen abhängen. Und wer will im Ernst bestreiten, daß Cardozo Recht hat, wenn er sagt:

409

»Tief unter dem Bewußtsein stecken andere Kräfte, Neigungen und Abneigungen, Vorlieben und Vorurteile, ein Bestand von Instinkten, Gefühlen, Gewohnheiten, Überzeugungen, die den Menschen machen, sei er Partei oder Richter.«

Nun besteht die Rechtswissenschaft zu einem guten, oder sagen wir zu einem schlechten Teil darin, diese Erkenntnis zu ignorieren und wörtlich bestimmte Begriffe, Theorien, Grundsätze zu produzieren und anzubieten, aus denen angeblich richterliche Entscheidungen abzuleiten und zu begründen seien. Die sind aber nicht die wirklichen Gründe. Sicherlich gibt es auch rein logisch mechanisch aus Wortlauten ableitbare Entscheidungen. Von denen ist hier nicht die Rede. Vielmehr nur von denen, bei denen ein Richter mit sich zu Rate gehen muß: Etwa über die Glaubwürdigkeit eines Zeugen oder einer Partei, über das Maß einer Strafe, über den Vorrang von Rechten, Rechtsgütern oder Interessen, die einander gegenüber stehen, über die Frage der guten Sitten, der Zumutbarkeit, der Verwerflichkeit oder dergleichen. Hier entscheidet er, ob er es will und weiß oder nicht, nach seinen individuellen, berufs- oder standesmäßigen, politischen Neigungen, Sympathien oder Antipathien, nicht nach den Theorien, Grundsätzen oder Begriffsgebilden, die ihm die Rechtswissenschaft beigebracht hat, und die er in den Gründen anführt, als ob es seine wahren Gründe wären. Mit diesem zum System erhobenen »als ob« lassen sich Lehrbücher füllen. Da werden subjektive und objektive Theorien aufgestellt, oder etwa Oberbegriffe wie der des absoluten Rechts auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geschaffen, oder auch der »Grundsatz der Unauflöslichkeit der Ehe«, wie ihn der 6. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs noch in den sechziger Jahren aufgestellt hat, obwohl das Gesetz eine ganze Serie von Auflösungsgründen gibt. Oder es wird, wohl zu unterscheiden von der Strafbarkeit einer Handlung, der Begriff der »Verfolgungsvoraussetzung« geschaffen, mit dessen Hilfe man nach der Verfassungswidrigerklärung der KPD, deren Funktionäre für ihre bisher ausgeübte Funktion verfolgen und bestrafen konnte.

Hierher gehört auch die »Vertragsfreiheit«, jene falsche Freiheit, von der schon die Rede war, oder gar der »Grundsatz der freien Wahl der Kampfmittel«, aus dem das Bundesarbeitsgericht das Recht der endgültigen Aussperrung abgeleitet hat, auch gegen Arbeiter von Betrieben, die von anderwärts geführten Streiks gar nicht betroffen sind. Dieser Grundsatz ist ein wahres Monstrum. Besteht denn nicht die Rechtsordnung gerade darin, die Wahl der Kampfmittel einzuschränken? In diese Reihe gehört auch der Begriff der »sozialen Adäquanz«, aus dem sich alles und das Gegenteil ableiten und mit dem sich jede persönliche Einstellung drapieren läßt. Die Liste ließe sich beliebig verlängern. Holmes hat in einer Rede an die Harvard Law School-Vereinigung von dem *rag-bag*, dem Lumpensack von allgemeinen Grundsätzen, glitzernden Allgemeinheiten, gesprochen, die man den Studenten nicht mitgeben sollte. Douglas nennt sie an einer Stelle seiner Autobiographie verächtlich »tags«, »Etiketten«; er gibt nichts auf sie.

Daß die wirklichen Gründe intuitiv und emotional und oft unbewußter Herkunft sind, heißt durchaus nicht, daß sie wertlos sind. Es handelt sich vielmehr darum, die Motivationen von richterlicher Qualität von denen zu trennen, die diese Qualität nicht haben. Ein Holmes-Schüler, Freund von Douglas, Rechtsanwalt, Professor und Richter, Jerome Frank, hat diesem Problem ein paar gescheiterte Bücher gewidmet. Er möchte diese Trennung vor allem durch Bewußtmachung zuwege bringen:

»Der Richter ist der Beste, der das volle Bewußtsein seiner eigenen Vorurteile und Schwächen hat . . . Das Verbergen des menschlichen Elements in dem Prozeß der Rechtsfindung verhilft

diesem Element zu übertriebener Wirkung; das Licht des Bewußtseins hiervon hat eine anti-septische Wirkung auf Vorurteile.«

Diese Erkenntnisse über die Natur und Herkunft richterlicher Entscheidungen haben eine durchaus praktische Pointe, auf die es hier besonders ankommt: Die Grundrechte lassen sich nicht mit Allgemeinheiten, mit Grundsätzen und mit theoretischer Interpretation verwirklichen, sondern nur durch Entscheidung konkreter Einzelfälle, die ein um sein Recht kämpfender Mensch vor Gericht bringt. Nur dadurch wird das Recht ernst genommen; nur dadurch dringt es auch ins allgemeine Bewußtsein. Als das Bundesverfassungsgericht in den fünfziger Jahren und Anfang der sechziger Jahre seine ersten verdienstlichen Entscheidungen von Einzelfällen, insbesondere den Fall Lüth betreffend Meinungsfreiheit, getroffen hatte, meldete sich als Wortführer der akademischen Verfassungsrechtler Professor Bettermann, Berlin, in der »Juristenzeitung« von 1964: Das Bundesverfassungsgericht solle nicht Kasuistik und Fallentscheidung an Stelle von Verfassungsinterpretation treiben. Das heißt mit anderen Worten: die Grundrechte sollten im in Deutschland herkömmlichen Sumpf der Abstraktion stecken bleiben. Leider hat sich das Bundesverfassungsgericht in den siebziger Jahren in ein paar Fällen von der eigenen Entscheidung abbringen lassen, ob das Grundrecht wirklich verletzt war oder nicht. Es hat sich damit zufrieden gegeben, zu prüfen, ob das Gericht, dessen Urteil ihm vorlag, »grundsätzlich« die richtige Auffassung vom Grundrecht gehabt habe. Dann komme es nicht mehr darauf an, ob das Grundrecht »möglicherweise« verletzt sei. Das ist unter anderem geschehen in dem von der Wirklichkeit so peinlich überholten Fall des Romans »Mephisto«. Mit dem, was ich aus der amerikanischen Verfassungsjustiz vorgetragen habe, wollte ich davon überzeugen, daß es auf nichts anderes als gerade darauf ankommt. Die Grundrechte werden nur verwirklicht, wenn das Gericht, das zu ihrer Wahrung eingesetzt ist, im Einzelfall darüber entscheidet, ob sie verletzt worden sind.

Richard Schmid

Kritik von Richtern an Polizeimaßnahmen

Eine Dokumentation

Auch die bundesrepublikanische Richterschaft ist etwa seit Beginn der siebziger Jahre kein monolithischer Block mehr mit einheitlich konservativ gefärbten Ansichten. Auf die Existenz einer zwar minoritären, aber dennoch unübersehbaren Gruppe kritischer Richter und Staatsanwälte haben Böttcher¹ und Beer/Bäumer² beispielhaft hingewiesen.

Während besonders in Italien und Frankreich bereits seit etwa 15 Jahren gesellschaftskritische Justizorganisationen bestehen – *magistratura democratica* und *sindicat de la magistrature* –, artikuliert sich in der Bundesrepublik erstmals in einer politisch rückschrittlichen Situation eine Stimme in der Justiz, die sich weder durch Korpsgeist noch durch tradierte Funktionsbestimmungen von Kritik an der Justiz

¹ Böttcher, Zum Selbstverständnis gewerkschaftlich organisierter Richter und Staatsanwälte, KJ2/1981, S. 172 ff.

² Beer/Bäumer, Richterratschlag, KJ2/1982, S. 173 ff.