

RUDOLF HENNING

## Rechtsstaat und Richterstaat

### I.

Das vom Liberalismus hochgespielte, heute allseitig tiefer begriffene Problem einer »Freiheit vom Staat« stellt sich im Rechtsstaat als Frage nach der verantwortlichen Freiheit der Person im Staat. Eine positive Antwort wäre hierauf kaum zu geben, wenn grundsätzlich die These von *G. Less* Geltung hätte, Demokratie und Rechtsstaat beruhen auf »antinomischen Ideologien«<sup>1</sup>. Doch kann einerseits nur eine »totale« Demokratie darauf ausgehen, auch das nicht im Volkswillen Gründende nach dem Mehrheitsprinzip zu entscheiden. Andererseits gewährt der Rechtsstaat seiner Struktur nach keine schrankenlose Freiheit vom Staat. Der »soziale« Rechtsstaat stellt in seiner Verfassung bewußt auf das Gesetz des Gemeinwohls ab, d. h. auf eine Ordnung der Einheit durch die »Autorität« und eine Ordnung der Freiheit auf Grund der »natürlichen Rechte«<sup>2</sup>. Da demnach der Verfassungsgesetzgeber wie die Verfassung durch die Anerkennung überpositiven Rechts eine dauernde Bindung erfahren<sup>3</sup>, stehen der einzelne, die Staatsorgane und das Staatsvolk insgesamt bei der Frage nach ihren Rechten zugleich vor der Frage nach ihrer Verantwortung.

Man sollte es deshalb nicht mit *G. Less* bedauern, daß die Demokratie den Bürger der »organisierten Unruhe des Politischen« unterwirft<sup>4</sup>. Die lange Zeit vorherrschende Doktrin des Positivismus, politische Entscheidungen seien reine Machtansprüche und als solche ohne inneren Bezug zu der (bei der Justiz aufbewahrten) »unpolitischen« Gerechtigkeit, hat sich, wie *A. Arndt* zu Recht betont, ebenso als gefährliche Ideologie erwiesen wie die naive Selbsttäuschung der Regierten, daß sich politische Macht »durch die Herrschaft des Gesetzes aufheben lasse«<sup>5</sup>. Zumindest seit der nationalsozialistischen Herrschaft wissen wir, »daß gerade das Gesetz es ungewiß lassen kann,

<sup>1</sup> *G. Less*, Die Verantwortung des einzelnen im Rechtsstaat. In: Deutsche Richterzeitung 1961, 134.

<sup>2</sup> *J. Messner*, Das Naturrecht. <sup>3</sup>Innsbruck / Wien / München 1958, 739.

<sup>3</sup> Vgl. BVerfGE 1, 18.

<sup>4</sup> *G. Less*, a. a. O. 135.

<sup>5</sup> *A. Arndt*, Das Bild des Richters. Karlsruhe 1957, 9.

was Recht ist«<sup>6</sup>. Das Postulat der »Gesetzmäßigkeit« der Verwaltung bedeutet nichts für eine Regierungsgewalt, die sich selbst Gesetz ist.

Die Bundesrepublik, die sich als »Rechtsstaat« (Art. 28, Abs. 1 GG), d. h. als ein Staat versteht, dessen Zweck die »Schaffung und Erhaltung eines materiell gerechten Rechtszustandes ist«<sup>7</sup>, hat wie die Wiedergutmachung nazistischer Unrechts auch den Ausgleich für Kriegs- und Kriegsfolgeschäden sorgfältig in Gang gesetzt. Bei diesem Bemühen trifft die Staatsgewalt auf einen Wandel des Rechtsgefühls: Was ehemals als »Schicksal« ein Problem von Philosophie und Theologie war, ist heute, wie *Fritz Werner* formuliert hat, zum »einklagbaren Rechtsverlust« geworden<sup>8</sup>. Der Staat weiß sich verpflichtet, die Ungleichheit der Schicksalsbetroffenheit zu nivellieren<sup>9</sup>. Nimmt man zu solchen Erwartungen die Fülle von gesetzgeberischen Aufgaben hinzu, die dem Staat wie selbstverständlich daraus erwachsen, daß immer mehr Interessen politisch erheblich und rechtlich befriedigt werden wollen, so kann die viel beredete Hypertrophie der Gesetze wohl beunruhigen, aber nicht überraschen. Sie gerät allgemein dann in eine gewisse Zwielfichtigkeit, wenn ein Gruppeninteresse sich offen »zu einseitig« des Mediums der Staatsapparatur bedient<sup>10</sup> – etwa so, daß der Gesetzgeber dann »schweigt«, wenn hinter einem Gesetzesvorhaben nicht oder nicht mehr der »genügende Druck mächtiger pressure groups« steht<sup>11</sup>.

Noch mehr gibt zu denken, daß es dem einzelnen nur schwer gelingt, einer wachsenden Fülle von Gesetzen die Autorität des Rechts »anzuempfinden«<sup>12</sup>. Das mißlingt nicht nur, sobald wegen der Gesetzesfülle die ratio legis nicht mehr einsichtig ist, sondern auch deshalb, weil der einzelne inzwischen selbst schon recht weitgehend von Rechts wegen unter die »Sachen« und deren »Ablauf« subsumiert ist<sup>13</sup>. Nicht ohne Grund vertritt *Werner Weber* die Ansicht, daß das Rechtsschutzbedürfnis des einzelnen gegenüber Verwaltungshandlungen und Gesetzen außerordentlich gewachsen ist<sup>14</sup>. Ohne Zweifel steht hierzu

---

<sup>6</sup> *H. Welzel*, Naturrecht und Rechtspositivismus. In: Festschrift H. Niedermeyer. Göttingen 1953, 280.

<sup>7</sup> *H. v. Mangoldt–F. Klein*, Das Bonner Grundgesetz. Berlin/Frankfurt 1957, 600.

<sup>8</sup> *F. Werner*, Das Problem des Richterstaates. Berlin 1960, 22 f.

<sup>9</sup> Vgl. ebd. 23.

<sup>10</sup> Vgl. etwa *W. Weber*, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem. In: Festschrift C. Schmitt. Berlin 1959, 263.

<sup>11</sup> *F. Werner*, a. a. O. 20.

<sup>12</sup> Vgl. *H. Freyer*, Theorie des gegenwärtigen Zeitalters. Stuttgart 1955, 98.

<sup>13</sup> Ebenda 104. – <sup>14</sup> *W. Weber*, a. a. O. 264.

der »Aufstieg« der Dritten Gewalt in lebhafter Entsprechung. Der Ruf nach dem Richter mündet heute in die Forderung, den »Gesetzesstaat« durch einen »Richterstaat« abzulösen, um der politischen Freiheit noch eine Zukunft zu sichern<sup>15</sup>.

## II.

Der Ruf nach dem Richter vollzieht sich als Wende zu der Macht, »die noch über einen unzerstörten Mythos verfügt«<sup>16</sup>. Dieser Ruf pflegt darum von dem Hinweis begleitet zu sein, der Gesetzgeber habe »von seiner fachlichen und moralischen Qualität viel eingebüßt«<sup>17</sup>. Man sieht dabei die Frage nach der Legitimation der gesetzgebenden Gewalt auf dem Hintergrund einer verfassungsgeschichtlichen Entwicklung, die für den modernen Staat nach *C. Schmitt* eine »antithetische Aufspaltung von Legalität und Legitimität« gezeitigt hat<sup>18</sup>. Der Gesetzgeber wäre danach, gefolgt und angetrieben vom Inhaber der »regierenden« Gewalt, in eine Krise der legitimierenden Kraft des Gemeinwillens geraten, die allein oder vornehmlich den Richter ausgespart hätte.

Dieser Ansicht ist in etwa *O. Dibelius*, der in seiner Obrigkeitsschrift unter Berufung auf Röm13 der Staatsgewalt eines totalitären Regimes die Legitimation für jede Art von Gesetzgebung und Verordnungsgewalt bestreitet. In den westlichen Demokratien kommt nach *Dibelius* zwar noch eine gewisse Legitimität zum Zuge, aber wegen der parteidemokratischen Spielregeln nicht mehr »ungebrochen«<sup>19</sup>. Am ehesten soll noch der Richter obrigkeitliche »Autorität« sein, eben durch das, was er »in seinem Amte ist«<sup>20</sup>.

Mit gleicher Entschiedenheit, jedoch unter Berufung auf naturrechtliche Einsichten, versucht *R. Marcic* den Nachweis zu führen, daß der Richter »in Zukunft die Zentralrolle im Staat wird übernehmen müssen«<sup>21</sup>. Die Abkehr der Gegenwartsphilosophie vom Abstrakten, ihre »Konzentrierung um das geschichtliche Moment des Hier und Jetzt«<sup>22</sup>,

<sup>15</sup> *R. Marcic*, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Wien 1957, 241.

<sup>16</sup> *Th. Ramm*, Die Freiheit der Willensbildung. Stuttgart 1960, 52.

<sup>17</sup> *R. Marcic*, a. a. O. 244.

<sup>18</sup> *C. Schmitt*, Das Problem der Legalität. In: Verfassungsrechtliche Aufsätze. Berlin 1958, 440 ff.

<sup>19</sup> *O. Dibelius*, »Obrigkeit?« In: Dokumente zur Frage der Obrigkeit. Darmstadt 1960, 26.

<sup>20</sup> Ebenda 27. – <sup>21</sup> *R. Marcic*, a. a. O. 244. – <sup>22</sup> Ebenda 244.

rückt die »Gestalt des Richters ins Zentrum«<sup>23</sup>. Allerdings bekommt nach *Marcic* diesen Sachverhalt nur ein Rechtsdenken in den Blick, das sich am Naturrecht orientiert. So soll schon *Thomas von Aquin* mit seiner Lehre, daß erst im konkreten Fall das »Maß« für das Rechte zu finden sei, die Gerechtigkeit vom Gesetzgeber weg an den Richter verwiesen haben<sup>24</sup>.

Dieser Interpretation entgeht offensichtlich, daß *Thomas* den »judex« keinesfalls so unmittelbar im Zentrum sah wie etwa den »princeps«<sup>25</sup>, weshalb der einzelne Bürger die Gerechtigkeit des Regierens nicht vor dem Richterstuhl einer unabhängigen Instanz hätte erzwingen können<sup>26</sup>. *Thomas* versteht unter »judex« nicht einen »schöpferischen«, sondern eher den »konservativen« Richter, der den Rechtsfrieden wahrt, wenn er »inter aliquos duos«<sup>27</sup> entscheidet. Zur Erfüllung dieser gewiß bedeutsamen, aber doch auch begrenzten Aufgabe soll der Richter, wieder nach *Thomas von Aquin*, der »Sache«, um die es geht, auf zweierlei Weise gerecht werden: allgemein aus seinem Wissen um die »öffentlichen Gesetze«, im besonderen durch die Würdigung der Beweismittel<sup>28</sup>. Der Gerechtigkeit wird demnach »eher« gedient mit dem Rückgriff auf ein Gesetz, in dem sich die Summe der an der Sache gewonnenen Rechtserfahrungen ausdrückt, als durch eine isolierte Betrachtung des einzelnen Tatbestandes<sup>29</sup>. Zur Beweiswürdigung bedarf es dann des »schöpferischen« Richters, seines Spürsinnns »für das Leben und die Wahrheit«<sup>30</sup>.

### III.

Für *O. Dibelius* kann eine demokratisch legitimierte Staatsgewalt nicht im Vollsinn obrigkeitliche Autorität sein, denn Obrigkeit kommt ungebrochen nur noch im »Präteritum« vor: »Wilhelm, von Gottes Gnaden . . . Das ist Obrigkeit!«<sup>31</sup>. *R. Marcic* versteht demgegenüber Obrigkeit im »Futur«, wenn er die Ablösung des vor der Geschichte diskreditierten Gesetzesstaates durch den schöpferischen Richter erwartet. *Dibelius* erinnert unausgesprochen an die These *C. Schmitts*,

<sup>23</sup> Ebenda VII. – <sup>24</sup> Ebenda 252. – <sup>25</sup> Vgl. z. B. S. th. II – II, 60, 1 ad 4.

<sup>26</sup> Vgl. *J. Pieper*, Über die Gerechtigkeit. München 1953, 87.

<sup>27</sup> S. th. II – II, 67, 3. – <sup>28</sup> Vgl. S. th. II – II, 67, 2. – <sup>29</sup> S. th. I – II, 95, 1 ad 2.

<sup>30</sup> *F. Francke*, Die irrationalen Elemente der richterlichen Entscheidung. In: Das Richteramt. Hrsg. von Th. Heckel. München 1958, 45.

<sup>31</sup> *O. Dibelius*, a. a. O. 25.

die antithetische Aufspaltung von Legalität und Legitimität sei für ein politisches Gemeinwesen unvermeidlich, sobald dieses sich von der Kirche entfernt und sich damit einer »göttlichen Beglaubigung« begeben habe<sup>32</sup>. Das Verständnis von »Obrigkeit« gerät in dieser Sicht leicht an die verkürzte Wahrheit, die Gesellschaft sei wegen ihrer Rückbindung an Gott nur insoweit richtig strukturiert, als sie sich nach dem Prinzip von Über- und Unterordnung verstehen lasse. Gleichsam von selbst liegt dann der Schluß im Bereich des Möglichen, die heutige Gesellschaft oder der Staat und die Staatsgewalt hätten deshalb an Würde und Legitimität eingebüßt, weil »Autorität« nicht mehr oder nicht mehr sichtbar »von oben« auf einen Erwählten fällt.

Das Naturrechtsdenken betont demgegenüber die gottgewollte »Weltlichkeit« des Staatswesens, die gleich weit von einer Verweltlichung wie von einer Verkirchlichung des Staates entfernt ist<sup>33</sup>. Wenn im Maß des geschichtlich Vorhandenen »Staat« ermöglicht wird, ist auch Staatsgewalt da. Sie wurzelt, wie die naturrechtliche Staatslehre nachweist, in der Aufgabe, eine innerlich einheitliche Ordnung zu schaffen und zu sichern<sup>34</sup>. »Ursprünglicher« Träger der Staatsgewalt ist danach das Staatsvolk<sup>35</sup>, bei dem nach *Thomas von Aquin* die geschichtliche Möglichkeit liegt, »Autoritäten« zu berufen, sie hinzunehmen und gegen sie »auctoritate publica« vorzugehen<sup>36</sup>.

Letzteres kann freilich nicht bedeuten, die Staatsgewalt wäre beliebig in dem Sinne teilbar, daß etwa die gesetzgebende oder die regierende Gewalt ihrer öffentlichen Verantwortung mehr oder weniger »enthebbar« und die Einheit der Staatsgewalt allein durch das Richtertum repräsentierbar sei. Eine derart dezidierte Interpretation könnte gewiß in keiner Weise dem Anliegen von *Dibelius* gerecht werden. Auch *Marcic* hat seine Auffassung von der Richtermacht im Staat schließlich neuerdings dahingehend präzisiert, »daß der Richter in demselben Maße, wie er über das Gesetz Macht ergreift, bedingungslos der Verfassung unterworfen wird«<sup>37</sup>. Trotzdem bleibt freilich der »Richter« so lange nur ein Kennwort für »Entscheidung«, als man an einer verfassungsgarantierten Identität von Rechtsstaat und Richterstaat als dem Optimum festhält<sup>38</sup>.

<sup>32</sup> C. Schmitt, a. a. O. 440 ff., 447.

<sup>33</sup> Vgl. dazu R. Henning, Der Maßstab des Rechts im Rechtsdenken der Gegenwart. Münster 1961, 134 ff.

<sup>34</sup> J. Messner, a. a. O. 635. – <sup>35</sup> Vgl. dazu etwa H. Kipp, Staatslehre. <sup>2</sup>Köln 1949, 89 f.

<sup>36</sup> Vgl. De reg. princ. I, 6.

<sup>37</sup> R. Marcic, Der Richter und die Verfassung. In: Juristische Blätter 1961, 394.

<sup>38</sup> Ders., Richterstaat 89.

Wenn wir das im übrigen ausgezeichnete Werk von *Marcic* recht verstehen, macht der Ruf nach dem Richterstaat einer »existenziellen« Naturrechtslehre Platz, die im Gegensatz zur thomistischen Tradition von der »Unberechenbarkeit« des Rechts fasziniert scheint. Mit jeder »schöpferischen Entscheidung« wird, so heißt es bei *E. Fechner*, »ein Stück Naturrecht«<sup>39</sup>. Der Mensch »wagt diesen immer erneuten Wurf um den Preis seines Seins und seiner Seligkeit«<sup>40</sup>. Der Richter wagt diesen Wurf nicht um den Preis eigener, sondern fremder Seligkeit, sobald er »mit Vernunftkategorien nicht mehr weiter kommt und vor dem Wagnis der irrationalen Überzeugung steht, wenn er nicht in den Freispruch fliehen will«<sup>41</sup>. Solches Reden eines Richters von der »Flucht in den Freispruch« kennzeichnet sich selber zur Genüge. Auf den »schöpferischen« Richter und sein Amt bezogen, besagt es im Ergebnis: Richterliche Urteile werden ex definitione unkalkulierbare Überraschungsmomente enthalten, die alsbald, wie *E. Forsthoff* vermutet, den Rechtsuchenden veranlassen könnten, in die außergerichtlichen Formen der Streiterledigung auszuweichen<sup>42</sup>. Demnach wäre dann »der Prozeß der Irrationalisierung des Rechts zugleich der Prozeß der Selbstdepossidierung des Richters«<sup>43</sup>.

#### IV.

Die »Erscheinungsformen« des Richteramtes sind gegenwärtig keineswegs so einheitlich, wie der Ruf nach dem Richterstaat es in mancher Hinsicht voraussetzt. Von Land zu Land bestehen Unterschiede, »die erstaunlich und oft geradezu bestürzend groß sind«<sup>44</sup>. Nirgendwo findet sich indes das richterstaatliche Prinzip derart verwirklicht, daß »die richterliche Kontrolle des politischen Geschehens den Mittelpunkt des Staates bildet«<sup>45</sup>. Wohl kann man *R. Marcic* darin beistimmen, daß sich, zumal in der Bundesrepublik Deutschland, die »politischen Formen« deutlicher als bisher auf den Richter zubewegen<sup>46</sup>. Das gilt zunächst von der rechtsstaatlichen Anerkennung der Herrschaft des »Rechts« über die »Politik« – wobei freilich sofort anzumerken ist,

<sup>39</sup> *E. Fechner*, Rechtsphilosophie. Tübingen 1956, 261.

<sup>40</sup> *Ders.*, Naturrecht und Existenzphilosophie. In: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 41 (1954/55) 325. – <sup>41</sup> *F. Francke*, a. a. O. 45.

<sup>42</sup> *E. Forsthoff*, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft. In: Neue Juristische Wochenschrift 1960, 1275. – <sup>43</sup> Ebenda 1275.

<sup>44</sup> Vgl. im einzelnen *A. Wagner*, Der Richter. Karlsruhe 1959, 81 ff.

<sup>45</sup> *R. Marcic*, Richterstaat 211. – <sup>46</sup> Ebenda 241.

daß »rechte Politik« bei der Verwirklichung von Gerechtigkeit im Staat dem »Recht« so viel voraus hat wie das »Recht tun« dem »Recht haben«.

Der Richter ist mithin in seinem Amt weder selber das Recht, noch ist sein Amt im eigentlichen Sinne unpolitisch. Das Wort vom »unpolitischen Richtertum« betrifft heute tatsächlich nur noch solche Formen der Rechtsprechung, über die es bei *F. Werner* heißt, daß »in ihnen nicht mehr das Zentrum rechtsprechender Tätigkeit gesehen werden kann«<sup>47</sup>. Eine Gesellschaft, die wie die unsrige durchgängig »in wirtschaftliches Licht getaucht ist«<sup>48</sup>, bedarf für diese ihre wirtschaftliche Verfaßtheit beispielsweise eines Richters, der als Straf-, Verwaltungs-, Sozial-, Arbeits- oder Verfassungsrichter deutlich macht, daß richterliche Tätigkeit »Ausübung eines Stückes Staatsgewalt«<sup>49</sup> und als solche selbstverständlich politische Machtausübung ist. Das sich hierzu einstellende Bedenken fragt nicht nach der »Politisierung« der Justiz, sondern nach der Fähigkeit des Richters, sich über die Ordnung von Gesellschaft und Wirtschaft ein sachgerechtes Urteil zu bilden. Die Antwort wäre bereits gegeben, wenn der Richterstand das sein könnte, wofür *R. Marcic* ihn hält: die »staatspolitische Elite der Gegenwart, die Aristokratie von morgen«<sup>50</sup>. Doch kennzeichnet es vielleicht eher die wirkliche Lage, daß *R. Dabrendorf* die Vermutung äußert, in unseren Gerichten sei »die eine Hälfte der Gesellschaft über die ihr unbekanntere andere Hälfte zu urteilen befugt«<sup>51</sup>. Der Richterstand gehört zu den »Eliten« der Gesellschaft, aber er kann nicht den Anspruch erheben, allein Elite zu sein und die »Ideologie des Ganzen« darzustellen. Soweit dieser Anspruch erhoben wird, liegt eine zu hohe Selbsteinschätzung des Richterstandes vor, mit der er es sich selber schwer macht, im Gericht dem Mitmenschen gerecht zu werden.

Der Richter übt sein Amt in öffentlicher Vollmacht aus, d. h. im Auftrag des (relativ) souveränen Staatsvolkes und in den Grenzen einer durch die rechtsstaatliche Gewaltenteilung (relativ) konstanten Ermächtigung. »Sachliche« Unabhängigkeit kann hier nur besagen, der

<sup>47</sup> *F. Werner*, a. a. O. 21

<sup>48</sup> *R. Dabrendorf*, Wandlungen der deutschen Gesellschaft der Nachkriegszeit: Herausforderungen und Antworten. In: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 6 (1961) 88.

<sup>49</sup> Vgl. dazu *W. Geiger*, Von der Aufgabe und der Bedrängnis des Richters. In: Deutsche Richterzeitung 1959, 336.

<sup>50</sup> *R. Marcic*, Richterstaat 268.

<sup>51</sup> *R. Dabrendorf*, Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten. In: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 5 (1960) 275.

Richter dürfe sich den Inhalt seiner Entscheidungen nicht »vorschreiben« lassen, wobei die Bindung an »Gesetz und Recht« (Art. 20 GG) nicht nur bestehen bleibt, sondern die Forderung auf Unabhängigkeit überhaupt erst motiviert.

Um dieser Unabhängigkeit willen wird dem Richterstand ohnehin schon seine Verantwortung von der Gesellschaft »leichter« gemacht als anderen Eliten. Man weiß, daß etwa der echte Wagnischarakter einer ärztlichen Entscheidung, der ohne Zweifel dieser Entscheidung in gleich sachlicher Notwendigkeit anhaftet wie dem richterlichen Urteil, rechtlich durch keine vergleichbar sachliche Unabhängigkeit des Arztes abgedeckt ist. Der Arzt wird zur Entscheidung verpflichtet wie der Richter – wenn nicht aus öffentlicher Vollmacht, so doch u. U. im öffentlichen Interesse. Das kann ihn allerdings nicht davor bewahren, zufolge einer »umstrittenen« Heilmethode vielleicht wegen fahrlässiger Tötung vor den Schranken eines Gerichts zu stehen, das sich selbst ohne Straffolge »irren« darf (§ 336 StGB).

Der Anspruch des Richterstandes, im demokratischen Staat das »aristokratische Element« zu sein<sup>52</sup>, bedeutet endlich eine in der Sache radikale Absage an die heutige repräsentative Demokratie. Man bedenke, daß diese Demokratie gerade wegen der faktischen »Heterogenität« der Oberschicht »eine größere Chance hat als je zuvor in der deutschen Geschichte«<sup>53</sup>. Der Richter sollte es von daher verstehen, daß der Ruf nach dem Richterstaat eine Herausforderung bedeutet, die er nicht leichthin annehmen kann. Es ist jedenfalls nicht seine Aufgabe, nach alttestamentlichem Vorbild als Retter des Volkes »Geschichte zu machen« (vgl. Ri 2,16; 3,9).

## V.

Durch das Grundgesetz für die Bundesrepublik wurden die richterlichen Kompetenzen im Staat bedeutend erweitert. Erinnerung sei an das materielle Prüfungsrecht des Richters auf Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, wengleich dieses Recht seinerseits an »die Leine des Art. 100 GG gelegt« wurde<sup>54</sup>. Das Bundesverfassungsgericht hat neben den ihm hieraus erwachsenden Aufgaben damit begonnen, Grundrechte sogar gegenüber »reinen Unterlassungen« des Gesetzgebers durchzusetzen<sup>55</sup>. Im Ergebnis führt das dazu, daß das Gericht

<sup>52</sup> R. Marcic, Richterstaat 267 f. – <sup>53</sup> R. Dahrendorf, Wandlungen 89.

<sup>54</sup> F. Werner, a. a. O. 17.

<sup>55</sup> Vgl. W. Geiger, Grundrechte und Rechtsprechung. München 1959, 27.

vom Gesetzgeber den Erlaß von Gesetzen eines bestimmten Inhalts gegebenenfalls erzwingt<sup>56</sup>. Andererseits ist dieses Gericht durch die »rein politische« Wahl seiner Mitglieder<sup>57</sup> an die »Praxis« des Gesetzesstaates gebunden, durch den Modus der Berufung die übrigen Staatsorgane parlamentarisch zu kontrollieren. Indes sollte man hier weder von einem Rückfall in gesetzesstaatliches Denken noch von einem Fortschritt in Richtung auf den Richterstaat sprechen. Wir sehen darin das Bemühen des Rechtsstaates wirksam, die Verteilung der ihm eigentümlichen Macht mit verfeinerten Ordnungs-Gewichten vorzunehmen.

Das gleiche wäre abschließend zu dem Vorhaben anzumerken, im kommenden Strafrecht durch gesetzliche Bemessungsregeln »der richterlichen Strafzumessung eine tragfähige Grundlage zu geben«<sup>58</sup>. Vor drei Jahrzehnten konnte *F. Exner* die inzwischen wohl kaum überholte Feststellung treffen, oft lägen die Ursachen einer unterschiedlichen Strafzumessung »nicht bei den Verbrechern, sondern bei den sie beurteilenden Richtern«<sup>59</sup>. Der Gesetzgeber will nicht zuletzt deshalb den Gerichten Richtlinien an die Hand geben, die dem Richter, der aus mancherlei Gründen sein Amt mit einer höchst persönlichen »Tendenz« angetreten hat und versieht<sup>60</sup>, die Möglichkeit eines »bestimmten« Ermessens eröffnen<sup>61</sup>. Man sollte auch das als Darstellung einer zwar mühsamen, aber doch lohnenden Rechtsstaatlichkeit aufnehmen, statt mit *Fritz Bauer* von »Paragrafenfesseln« zu reden, die den Richter hindern, »das Recht in den weiten Bereich des Sozialen mit Mut und Phantasie einzuordnen«<sup>62</sup>.

Im Rechtsstaat versteht das Staatsvolk die Drei Gewalten als »aufeinander zugeordnet, sich gegenseitig stützend und ergänzend, als aufeinander angewiesene Teilhaber an der einen Staatsgewalt«<sup>63</sup>. Der Rechtsstaat korrigiert sich auf diese Weise fortwährend selber, er ist als solcher das Korrektiv gesetzes-, verwaltungs- oder justizstaatlicher Exzesse. Von der Freiheit des einzelnen im Staat mußte es deshalb zu Anfang heißen, sie sei »verantwortliche« Freiheit.

<sup>56</sup> Vgl. BVerfGE 8, 1 ff.

<sup>57</sup> *W. Weber*, Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem. Stuttgart 1951, 45. – <sup>58</sup> Vgl. EntwStGB (E 1960) 170.

<sup>59</sup> *F. Exner*, Studien über die Strafzumessungspraxis der Deutschen Gerichte. Leipzig 1931, 54.

<sup>60</sup> Dazu *E. Dreher*, Über die gerechte Strafe. Heidelberg 1947, 73 ff.

<sup>61</sup> Vgl. *G. Spendel*, Zur Lehre vom Strafmaß. Frankfurt 1954, 189 f.

<sup>62</sup> *F. Bauer*, Gedanken zur Strafrechtsreform. Wie steht die SPD zum Entwurf der Großen Strafrechtskommission? In: Die neue Gesellschaft 6 (1959) 289.

<sup>63</sup> *W. Geiger*, Von der Aufgabe des Richters 336.