

# Rechtsgeschichte

[www.rg.mpg.de](http://www.rg.mpg.de)

<http://www.rg-rechtsgeschichte.de/rg9>  
Zitiervorschlag: Rechtsgeschichte Rg 9 (2006)  
<http://dx.doi.org/10.12946/rg09/222-225>

Rg **9** 2006 222 – 225

**Benjamin Lahusen**

## Irritationspotential: unsicher

rationalen – und insoweit jedenfalls in der Tendenz »formalen« – Rechtsfindung nie aufzugeben.<sup>11</sup> Aber selbst so sind die Bindungen an ein *Case Law* dort und jene an ein *Code Law* hier so andersartig, dass sie einfache Transfers rechtstheoretischer Einsichten schwer, vielleicht sogar unmöglich machen. Denn maßgeblich bleibt, dass trotz aller rechtstheoretischen Ernüchterung jedenfalls nach deutschem Recht die Aufgabe positiver Rechtsanwendung zugunsten eines nicht mehr methodisch sondern rechtspolitisch angeleiteten Hantierens mit theoretischen Antinomie-Bausteinen schlicht verfassungswidrig ist. Marietta Auers Arbeit gehört dagegen zu einer neuen Generation von Arbeiten, die (mal mehr, mal weniger entspannt) über die alten Dichotomien von Positivismus und Naturrecht pragmatisch hinweggehen,<sup>12</sup> und so zwar das berüchtigte Gorgonenhaupt hinter dem Recht mutig (und zu Recht) freilegen, zugleich aber die Unterscheidung zwischen Recht und Rechtslehre, zwischen positivem Text und Meta-Ebene, zwischen juristischen und nicht-juristischen Argumenten völlig einebnen, ja gar nicht mehr beachten. »Akzeptieren« will man stattdessen, dass »Aussagen über den ... zulässigen Anwendungsbereich der Generalklauseln nur bedingt möglich« seien (179). Akzeptiert man so auch, dass,

wie Auer selbst (nochmal im Anschluss an Wieacker) freimütig einräumt, ein ganz wesentlicher Teil der richterlichen Generalklausel-Anwendung *contra legem* erfolgt (174 f.), hat man einen bedenklichen Schritt gemacht, der, anders als der Hinweis auf die jeder Rechtsentscheidung zugrunde liegenden politisch-moralischen Implikationen, zur Rationalität der Rechtsfindung nichts beiträgt, sondern sie im Gegenteil noch mit dem Mäntelchen der rechtstheoretischen Notwendigkeit behängt. So ist zu befürchten, dass »jenseits von Naturrecht und Positivismus« ein Pragmatismus lauert, der nach dem Ende der Methode nur noch »Wertungen«, »Wertungsstrukturen« und »Privatrechtsdenken« verhandelt – und so letztlich wenig pragmatisch Recht-Fertigung weiterhin über Glaubenssätze erreichen will. Das Problem der Gesetzesbindung ist dann endgültig nicht mehr eines der Demokratie,<sup>13</sup> sondern des »Privatrechtsdenkens«, das von akademischen Rechtswissenschaftlern verwaltet wird – auf die es dann *sehr* ankommt. Die Furcht hier vor wird freilich mit der Rechtsgeschichte des letzten Jahrhunderts im Nacken wohl größer empfunden werden als ohne sie.

Viktor Winkler

## Irritationspotential: unsicher\*

622 Seiten, 44 Seiten Literaturverzeichnis, über 1000 zitierte Werke – eine »Untersuchung, die sich in Umfang und technischer Ausführung wohl eindeutig als Habilitationsschrift zu erkennen gibt«. Schrieb Alexander Somek 1992 über

seine eigene Arbeit *Rechtssystem und Republik*. Und nun: 801 Seiten, 87 Seiten Literaturverzeichnis, wahrscheinlich mehr als 2000 zitierte Werke – »dass der ein oder andere sich versucht sieht, das Buch trotz seines leider nicht uner-

11 VIKTOR WINKLER, In Memoriam Roscoe Pound (1870–1964), in: Zeitschrift für europäisches Privatrecht (2005) 105 ff.

12 S. nur THOMAS OSTERKAMP, Juristische Gerechtigkeit. Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht, Tübingen 2004.

13 ALEXANDER SOMEK, Gesetzesbindung als Problem der Demokratie,

in: Journal für Rechtspolitik 6 (1998) 41 ff.

\* ANDREAS VON ARNAULD, Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine *idée directrice* des Rechts (Jus Publicum, Bd. 148), Tübingen: Mohr Siebeck 2006, XXVI, 801 S., ISBN 3-16-148870-9

heblichen Umfangs insgesamt zu lesen, hoffe ich sehr«. Schreibt Andreas von Arnould 2006 über seine Habilitationsschrift *Rechtssicherheit*.

Ob diese Hoffnung in Erfüllung geht, wird sich zeigen. Der Zugang zu von Arnoulds Werk wird jedenfalls durch gut gelungene Zusammenfassungen am Ende der einzelnen Kapitel erheblich erleichtert. Allerdings gibt von Arnould vor, es gehe ihm in seiner Arbeit um die »Rekonstruktion einer Leitidee des Rechts, die gerade wegen ihrer Allgegenwart im juristischen Diskurs Gefahr läuft, verschüttet zu werden« (2). Die Sicht auf die Regionen hinter dem »Berg, der sich vor das Thema geschoben hat« (3), dürfte dem Leser jedoch kaum dadurch freier erscheinen, dass ihm eine 800 Seiten dicke Brille aufgesetzt wird.

Immerhin: Rechtssicherheit ist überall und (deshalb) nirgends. Eine vertiefte und ausführliche Auseinandersetzung mit dem Thema scheint daher ein lohnendes und ertragreiches Unterfangen. Auch die Herangehensweise, die von Arnould gewählt hat, ist prinzipiell geeignet, das Interesse des Lesers zu wecken: Statt einer herkömmlichen Monographie habe man ein »stärker tastend[es], induktiv[es], phänomenologisch[es]« Vorgehen zu erwarten, perspektivische Annäherungen, die »Grundriss (wie Außenwände) des Gebäudes Rechtssicherheit erkennbar werden lassen« (3).

Ein nicht unerheblicher Rest an herkömmlich-monographischem Systematisierungseifer leitet jedoch auch diese »Reihe einzelner Blickwinkel« (3). Denn inmitten der historischen, genealogischen, definitorischen, medientheoretischen, rechtsphilosophischen, rechtsvergleichenden und öffentlich-rechtlichen Perspektiven eine alles umfassende Klammer ausfindig machen zu wollen, setzt doch ein dogmatisches Urvertrauen voraus, das auch durch methodische Neuerun-

gen und hier und da eingestreute Postmodernismen (»Daher wird hier bewusst nicht die eine, große, Erzählung zur Rechtssicherheit angeboten«, 3) nur teilweise verdeckt wird.

Entsprechend hat der Autor seine Untersuchungen um einen materiell-rechtlichen Kern herum angeordnet, genauer: um einen öffentlich-rechtlichen (»Die juristische Heimat des Verfassers ist das deutsche öffentliche Recht«, 166). Ausgehend von der Überlegung, sicheres Recht sei »solches, das beständig ist und noch in seinem Wandel oder seiner künftigen Anwendung berechenbar« (105), gelangt von Arnould zur Sicherheitstrias von Erkennbarkeit, Verlässlichkeit und Berechenbarkeit (104–109), deren jeweiligen Erscheinungsformen und Ausprägungen im öffentlichen Recht er je ein Kapitel gewidmet hat (165–492). Dazu gesellen sich zwei verfassungsrechtliche Kapitel (über Deutschland [661–692] und Europa [493–636]), die insgesamt ein solches Übergewicht materiell-rechtlicher Betrachtungen erzeugen, dass die historischen und philosophischen Kapitel eher als schmückendes Beiwerk daherzukommen scheinen.

Den derart dekorierten und ins Zentrum der Arbeit gerückten öffentlich-rechtlichen Sicherheitskatalog hat von Arnould mit bemerkenswerter Gründlichkeit und Sorgfalt erstellt. Insbesondere der vergleichende Überblick über die Rechtssicherheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in Frankreich, Spanien, Italien, England und Polen erweitert den Analyserahmen in ergiebiger (und zeitgemäßer) Weise. Es bleibt jedoch die Frage, ob die Versammlung von klassischen Themen wie Bekanntgabe, Bestimmtheit, Beständigkeit, Vermittlung und Verständlichkeit von Recht, Normenflut, Ewigkeitsgarantien, Fristenregelungen, Gesetzesbindung, Rückwirkung, Rechtskraft, Rechtsdurchsetzung, Rechtsbeachtung, Rechtsakzeptanz, Selbstbindung der

Verwaltung oder Präjudizienorientierung unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit wirklich erhellend wirken kann. Ernstzunehmendes Problemlösungspotential wird dem Topos Rechtssicherheit auf diese Weise jedenfalls kaum verliehen. Dies entspricht der Zurückhaltung, mit der von Arnauld abschließend die Frage bewertet, inwieweit dem Verfassungsprinzip Rechtssicherheit normative Kraft bei der Formung der Rechtsordnung insgesamt zugebilligt werden sollte (664 ff., 676 ff.).

Konkret bedeutet das aber auch, dass aus dem Blickwinkel der Rechtssicherheit nur wenige Aspekte sichtbar werden, die einer rechtsdogmatischen Sicht der Dinge verborgen geblieben wären. Dies zeigt sich an von Arnaulds (nicht eben zahlreichen) Versuchen, dogmatische Streitfragen aus der Perspektive der Rechtssicherheit zu rekonstruieren. Eine Unterscheidung zwischen echter und unechter Rückwirkung etwa nimmt von Arnauld anhand des Kriteriums vor, ob nur »in die Zukunft gerichtete Erwartungen an das Recht enttäuscht werden« oder ob »einem das im Einklang mit dem Recht Ergriffene nicht nur für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit« genommen wird (346 f.). Im Ergebnis dürfte dies kaum trennschärfer oder wertungsfreier sein als die Rechtsprechung des Zweiten Senats des BVerfG.

Bedauerlich ist, dass die bewundernswerte Beharrlichkeit, mit der sich von Arnauld um die Zusammenstellung und Bearbeitung der materiell-rechtlichen Themen rund um die Rechtssicherheit bemüht hat, manche interessante Entdeckung im Rahmen seiner theoretischen Erkundungen ein wenig an den Rand gedrängt hat. Der Wandel etwa von einer wohlfahrtstaatlichen Sicherheit *durch* Recht in die liberale Vorstellung einer Sicherheit *des* Rechts, wie ihn von Arnauld im 19. Jahrhundert ausmacht (insb. 79 f.), deutet

darauf hin, dass Rechtssicherheit im 19. Jahrhundert sehr viel eher Sicherheit der Rechtsgeltung als Vorhersehbarkeit richterlicher Entscheidungen bedeutete. Die häufig mit dem Positivismus assoziierten methodischen Ideale von möglichst enger Gesetzesbindung und blinder Wortlautverehrung verlieren dadurch einiges an Plausibilität.

Jedenfalls zeigt sich an solchen Prozessen die schwer zu fassende Vielgestaltigkeit des Prinzips Rechtssicherheit. Insofern ist von Arnauld zuzustimmen, wenn er meint, »die Befassung mit der Rechtssicherheit [verlange] stets, aus dem Recht ›herauszutreten‹« (354). Freilich wird dann sichtbar, dass die Beschreibung der Rechtssicherheit als »Ausfallbürgschaft« (691) wohl in erheblich mehr Zusammenhängen als nur dem verfassungsdogmatischen zutreffend ist. Gerade im Hinblick auf die individuelle Autonomie, der die Rechtssicherheit zu dienen bestimmt ist (insb. 109 ff., 115 ff., 667 ff.), wird die Allgegenwart der Rechtssicherheit im juristischen Diskurs dort zum Problem, wo sie als nicht mehr hinterfragbarer Letztbegriff eine politische Funktion erfüllt: wenn in einer Rechtsordnung, die dem Einzelnen immer unbekannter wird, die vermeintliche Bekanntheit des Rechts immer häufiger als Begründung für Einzelfallentscheidungen dient, oder wenn Rechtskunde der Rechtsunterworfenen mitunter fingiert und mitunter als irrelevant bezeichnet wird – Probleme, die für von Arnauld nur eine untergeordnete Rolle spielen, weil er die Rechtssicherheit früh zum Ideal erhoben hat, das »als nicht abschließend definierbar [erscheint] – sonst wäre das Ideal kein Ideal mehr« (103).

Ob dem Individuum und seiner Autonomie mit dieser rechtsinternen Idealisierung wirklich gedient ist, muss dahinstehen. Wer im Vorzimmer des Rechts sitzt, weiß mit den Idealen im

Recht in der Regel nicht viel anzufangen. Für den Bürger dürfte vor allem entscheidend sein, ob, wie und wann er Zugang zum Recht bekommt und seine Positionen auf diese Weise mithilfe des staatlichen Sanktionenapparates in Sicherheit bringen kann. Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit geraten dann andere Themen ins Visier: Justizgewährung, Entscheidungszwang, Rechtsverweigerungsverbot, Zulässigkeitsbeschränkungen, Kammerbeschlüsse, Missbrauchsgebühren, Verkürzungen des Instanzenwegs, kurz: die Sicherheit des Bürgers, dass zu jedem Streit ein Urteil ergeht, und die Versuche

des Rechts, sich seinen Verpflichtungen durch eine Transformation des Entscheidungs- in einen Erledigungszwang zu entziehen.

All dies ändert nichts daran, dass von Arnaulds ein schönes und dickes Buch geschrieben hat. Gleichwohl besteht gewisser Anlass, seiner eigenen Einschätzung (6) nicht zu widersprechen: »Es gibt viele Möglichkeiten, sich mit der Rechtssicherheit zu befassen. Dies ist nur eine von ihnen.«

**Benjamin Lahusen**

## Warnung vor dem Buche\*

Einst, so sagen manche, gab es nur *ein* Gesetz, Gottes Gesetz, das gleichzeitig und ununterschieden in der Natur, unter den Menschen, auf der Erde und im Himmel galt. Dann aber teilte sich das Gesetz vielfach: in die Gesetze der Natur, des Gottes, des Rechts, der Wissenschaft, der Geschichte ... Die Geschichte ist nicht zu Ende. Und so vermag die Frage nach der Pluralität von Gesetzen und Gesetzlichkeiten immer noch zu interessieren, besonders für den Fall, dass die Gesetze miteinander ins Gehege kommen, einander widerstreiten und ihren je eigenen Anspruch auf universale Geltung behaupten.

»Gesetz und Gesetzlichkeit in den Wissenschaften« lautet verheißungsvoll der Titel eines von Wolfgang Bock herausgegebenen Sammelbands. Er verspricht Aufklärung, zumindest Anregung, welche Bedeutung Gesetz und Gesetzlichkeit für die Ingenieurs-, Informatik-, Medien-, Literatur-, Geschichtswissenschaften, für die Medizin, das Recht, die Ökonomie, die Theologie,

die Philologie haben könnten, welche der Wissenschaften mit Zufall und Chaos rechnen, welche auf Gesetzlichkeit setzen, welche nach dem einen Gesetz suchen und welche den Gedanken an die Einheit des Gesetzes aufgeben haben.

Eine Chance, Antworten auf solche Fragen zu erhalten, bekommt man in Bocks Sammelband schon deshalb nicht, weil die Fragen nicht gestellt werden. Ein einziger, einsamer Autor beschäftigt sich – in einem wissenschaftsgeschichtlichen Kurzreferat – mit dem »Wesen physikalischer Gesetze« (Ion-Olimpiu Stamatescu). Alle anderen 13 Beiträge bleiben auf dem Boden klassischer Geisteswissenschaften und zwar ganz überwiegend alter Rechts- und (ein bisschen) Geschichtsphilosophie. Neues ist dabei zu Gesetz und Gesetzlichkeit nicht zu erwarten und tritt denn auch nicht ein. Gesetz bei Hesiod, bei Platon,<sup>1</sup> bei Aristoteles, in der griechischen Polis, bei Thomas, bei Luther, bei Fichte, bei Savigny, Niebuhr, Ranke, Hegel ... »Nach Thomas von

\* WOLFGANG BOCK, Gesetz und Gesetzlichkeit in den Wissenschaften, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 2006, XI, 244 S., ISBN 3-534-18439-4

1 Wiederabdruck eines Artikels des Platon-Experten André Laks von 1996.