

Recht – Wissenschaft – Theorie
Standpunkte und Debatten

herausgegeben von

Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius,
Christoph Möllers und Andreas Voßkuhle

9



Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft

herausgegeben von

Jan C. Schuhr

Mohr Siebeck

Jan C. Schuhr, geboren 1975; Studium der Rechtswissenschaft in Erlangen; 2005 Promotion; Akad. Rat a. Z. am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie in Erlangen sowie tätig als Rechtsanwalt.

ISBN 978-3-16-153577-2

ISSN 1864-905X (Recht – Wissenschaft – Theorie)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp und Göbel in Nehren aus der Minion gesetzt und von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Rechtssicherheit hervorzubringen ist ein Kernziel rechtlicher Überlegungen und rechtlicher Praxis. Gleichwohl wurde die Frage, was gerade die Rechtswissenschaft zur Förderung von Rechtssicherheit beitragen kann, bislang kaum behandelt. Die Rechtswissenschaft sieht sich traditionell als Interpretin rechtlicher Texte. Dem Streben nach Rechtssicherheit begegnet sie bisweilen naiv affirmativ, oft aber auch äußerst skeptisch. So überschreibt z. B. *Kelsen* in der 1. Aufl. (1934) seiner Reinen Rechtslehre Kap. 39 mit „Die Illusion der Rechtssicherheit“.

Gerade die Wissenschaftstheorie und Sprachphilosophie haben im letzten Jahrhundert bedeutende Fortschritte erzielt, die in der Rechtswissenschaft bislang noch bei weitem nicht aufgearbeitet sind. Sie ermöglichen es, die Fragen nach Objektivität, Berechenbarkeit, Bedeutung, Gewissheit und Vorausssehbarkeit auch mit Blick auf das Recht neu zu stellen und dabei zu untersuchen, was die Rechtswissenschaft aktiv zu mehr Rechtssicherheit beitragen kann.

Diesen Fragen nachzugehen, ist das Ziel des vorliegenden Bandes. Ihm ging eine Tagung voran, auf der die Autoren ihre Überlegungen vorgestellt und diskutiert haben. Sie fand vom 20. bis 22. Februar 2014 an der Friedrich-Alexander-Universität in Erlangen statt. Diese und der vorliegende Band wurden unterstützt von der Dr. German Schweiger-Stiftung und dem Universitätsbund Erlangen-Nürnberg e.V., denen dafür an dieser Stelle herzlich gedankt sei. Dank gebührt auch Tina Bönig und Jana Kuhlmann für ihre Unterstützung bei der Durchführung sowie ganz besonders den Referenten bzw. Autoren und Teilnehmern für ertragreiche Vorträge und konstruktive Diskussionen. Ich freue mich über die Aufnahme dieses Bandes in die Reihe Recht-Wissenschaft-Theorie. Den Herausgebern der Reihe sei dafür an dieser Stelle herzlich gedankt, ebenso den Mitarbeitern des Verlages für die hervorragende Betreuung.

Erlangen, im September 2014

Jan C. Schuhr

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
---------------	---

Jan C. Schuhr

Projektskizze: Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft	1
--	---

Rechtssicherheit, Richtigkeit und Gerechtigkeit

Susanne Beck

Die Suggestion einzig richtiger Entscheidungen im Recht – notwendig oder vermeidbar?	11
---	----

Carsten Bäcker

Rechtssicherheit oder Gerechtigkeit – Von der Radbruchschen Formel zurück zum Primat der Rechtssicherheit	33
--	----

Rechtssicherheit, Logik und Rechts- bzw. Wissenschaftstheorie

Andreas Funke

Die Konstellation der Rechtssicherheit – Zwei Thesen des Rechtspositivismus im Lichte pragmatischer Hermeneutik	49
--	----

Kyriakos N. Kotsoglou

Der normative Zugang zur Welt – Zur Theorie rechtsdogmatischer Strukturen	73
--	----

Jan C. Schuhr

Rechtswissenschaft und axiomatische Methode – Logik und Theoriebildung als Beitrag zu mehr Rechtssicherheit	123
--	-----

Rechtssicherheit, Methodik und Dogmatik

<i>Hans Kudlich / Mustafa Temmuz Ođlakciođlu</i> Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen kurz- und langfristiger Rechtssicherheit	171
<i>Adrian Künzler</i> Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld zwischen ökonomischer Einzelfallbeurteilung und Rechtssicherheit – Bemerkungen zur Wissenschaftsorientierung und den Grenzen einer ‚Verwissenschaftlichung‘ des Rechts	193
<i>Benno Zabel</i> Rechtssicherheit und Prävention – Über ein Dilemma des modernen Strafrechts	219
Autoren	243

Projektskizze: Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft

Jan C. Schuhr

I.

Die Bestimmtheit rechtlicher Regeln, ihre Systematik und Allgemeinheit, die Vorhersehbarkeit auf ihnen beruhender Entscheidungen und die Bindung an diese Regeln sind Grundlage, aber auch Ausdruck von Rechtssicherheit. Diese Eigenschaften beziehen sich zum Teil auf einzelne rechtliche Regeln, zum Teil auf die Regeln einer Rechtsordnung insgesamt. Über sie wird das Ziel, Rechtssicherheit zu fördern, einerseits konkretisiert und eventuell enthalten sie – das ist zu untersuchen – den Schlüssel zu seiner Operationalisierung. Andererseits wirft schon ihre Formulierung zahlreiche Fragen auf: Was ist eine rechtliche Regel? Gibt es Kriterien der Bestimmtheit? Wann stehen rechtliche Regeln in einem System? usw. Diese Fragen können nicht isoliert geklärt werden, sondern verweisen ihrerseits auf Zwecke: Wie weit oder eng die Begriffe der Regel, der Bestimmtheit, des Systems etc. verstanden werden – und ob man sie evtl. besser durch andere Begriffe ersetzt –, kann davon abhängen, welche Anwendungsfälle des Rechts (z. B. welches Rechtsgebiet) man vor Augen hat. Auch wenn der Wunsch nach einer einheitlichen Begrifflichkeit besteht, wäre es nicht sinnvoll, diese von Anfang an – mehr oder minder willkürlich – vorzugeben. Die Ausgangsfrage ist daher nicht mit einer verbindlichen Definition von „Rechtssicherheit“ verbunden. Das Wort hat vielmehr ein Bedeutungsspektrum, und die verschiedenen möglichen Antworten auf die skizzierten Einzelfragen spannen dieses Spektrum auf.

Viele Konzepte von Wissenschaftlichkeit stützen sich auf ganz ähnliche Eigenschaften: die Bestimmtheit der getroffenen Aussagen, ihre Systematik und Allgemeinheit, die durch sie vermittelte Vorhersehbarkeit von Ereignissen und eine wie auch immer geartete Gültigkeit der Aussagen. Mit der Frage nach der Möglichkeit von Rechtssicherheit und nach zu ihr führenden Wegen wird daher unweigerlich zugleich über die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz verhandelt. Interessant ist dabei nicht, ihr dieses Prädikat pauschal zuzusprechen oder zu verweigern; interessant sind vielmehr differenzierte Fragen danach, in welchem Sinne die Jurisprudenz Wissenschaftlichkeit beanspruchen kann. In der Suche nach Mitteln zur Förderung der genannten Ziele spiegeln sich wissenschaftstheoretische Fragen wieder, die gerade in der juristischen Formulierung eine konkrete und dadurch fruchtbare Gestalt annehmen. Umgekehrt können wissenschaftstheoretische Erkenntnisse nützlich sein, um solche Mittel aufzufinden. Auf Rechtssicherheit zielende Fragen

lassen sich daher oft in wissenschaftstheoretische Fragen übersetzen, und es kann hilfreich sein, ihnen gerade in dieser Fassung nachzugehen.

Rechtssicherheit zu fördern, läuft auf eine aktive Gestaltung von Recht und des Umgangs mit Recht hinaus. Zumindest teilweise lässt sich die Fragestellung daher auch in Begriffen der Gesetzgebungslehre fassen, z. B.: „Wie müssen Gesetze vorbereitet werden und wie lassen sie sich so fassen, dass der Normbefehl möglichst klar erkennbar und ihre Anwendung möglichst vorhersehbar wird?“ Auch das Ziel „guter Gesetzgebung“ steht daher zumindest im Hintergrund der Betrachtungen zur Rechtssicherheit und wird in ihnen mehr oder minder direkt mitverhandelt.

II.

Die Fragestellung soll nicht suggerieren, dass Rechtssicherheit Vorrang vor allen anderen Anliegen einer Rechtsordnung beanspruchen dürfte oder sollte. Das Ideal „guten Rechts“ hat seinen Ort zwischen zahlreichen Polen: Es findet einen Ausgleich zwischen Freiheit, Gleichheit und Sicherheit. Es regelt hinreichend konkret und hinreichend allgemein. Es ist für Fachleute eindeutig und für Laien verständlich formuliert. Die rechtmäßige Entscheidung wird dem Einzelfall gerecht, war aber nicht nur vorhersehbar, nachdem „der Fall“ sich zugetragen hatte, sondern die Betroffenen konnten ihr Verhalten schon im Moment ihres Handlungsentschlusses an den die Entscheidung später tragenden rechtlichen Regeln ausrichten. Die Liste ließe sich fortsetzen und beträchtlich weiter differenzieren. Würde das Recht nur nach einzelnen dieser Gesichtspunkte optimiert, entstünden radikale, den Sinn der Rechtsordnung verfehlende Regelungen. (Eindrücklich zeigt sich dies an einer „Rechtsordnung“, die als einzige Regel enthält: „Die Menschheit ist auszurotten.“ Im Hinblick auf Gleichheit, Konkretheit, Allgemeinheit, Eindeutigkeit und Verständlichkeit der Regelung sowie bzgl. der Vorhersehbarkeit ihrer Anwendung gäbe es an ihr wenig auszusetzen, und doch wäre sie insgesamt katastrophal.) Die genannten Pole enthalten auch kein Kriterium eines Ausgleichs zwischen ihnen; sie geben nicht an, wo ein „guter Kompromiss“ zu suchen wäre. Zunächst lässt sich hier nur ein Zielkonflikt konstatieren.

Methoden der Entwicklung, Analyse und Anwendung des Rechts können auf einzelne oder mehrere dieser Pole ausgerichtet sein. Die Anwendung unterschiedlich orientierter Methoden muss sich auch nicht ausschließen. Die Pole stehen „nur“ in einem praktischen Konflikt, lassen sich nie alle zugleich erreichen, stehen sich aber nicht diametral gegenüber, schließen einander nicht logisch aus. Man kann daher ihrer aller Erreichung „anstreben“, ohne dass darin ein Selbst-Widerspruch läge. Im Idealfall gelingt es, gerade durch Kumulation auf unterschiedliche Ziele gerichteter Methoden, all diese Ziele gleichzeitig zu verfolgen. Ein Ausgleich zwischen den konfligierenden Zielen kann nicht, muss aber auch nicht abstrakt gesucht werden. Entscheidungsbedarf entsteht erst in einem konkreten Konflikt,

wenn verschiedene Methoden tatsächlich zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Wie dann die Auswahl zwischen den Ergebnissen zu erfolgen hat und ob schon zuvor besonderen Methoden Anwendungsvorrang vor anderen zukommt, ist eine gesonderte Frage, die nicht verschwiegen, hier aber auch nicht vertieft werden soll.

III.

Vor diesem Hintergrund begründet sich das Interesse, Überlegungen gerade unter dem Topos der Rechtssicherheit anzustellen. Rechtssicherheit ist hier Gegenstand bzw. Ziel der Betrachtungen. Ein Vorranganspruch wird damit nicht impliziert, hier ausgeblendete andere Anliegen „guten Rechts“ durch die Ausblendung weder vernachlässigt noch diskreditiert. Jedes der polaren Anliegen kann nur insoweit als Zielsetzung praktisch bedeutsam werden, wie Methoden zur Verfügung stehen, mit denen es sich verfolgen lässt. Zu jeder ernst gemeinten Zielsetzung sind Wege zu suchen, die gerade sie verfolgen.

Diese Suche kann, muss aber keineswegs, auf die Entwicklung neuer Methoden oder den Import fremder Methoden hinauslaufen. Sie kann sich insbesondere in der kritischen Analyse und Fortentwicklung bestehender juristischer Methoden vollziehen. Auf diese Suche begeben sich die Autoren des Bandes mit dem Ziel, Rechtssicherheit zu fördern.

IV.

Wenn sich gerichtliche Entscheidungen auf Rechtssicherheit berufen, geschieht dies nicht selten auch in einer zumindest vordergründig deutlich anderen Weise, als das Konzept eingangs skizziert worden ist. Rechtssicherheit wird argumentativ oft als Figur der Rechtfertigung gerade für Verletzungen rechtlicher Regeln und Prinzipien, insbesondere für gleichheitswidrige Entscheidungen verwendet. So heißt es z. B. in einer jüngeren Entscheidung des BVerfG zur Stichtagsregelung des 2. Erbrechtsgleichstellungsgesetzes (1 BvR 2436/11 vom 18.3.2013, Abs.-Nr. 34):

„Auch verlangt der Grundsatz der Rechtssicherheit klare schematische Entscheidungen über die zeitliche Abgrenzung zwischen dem alten und dem neuen Recht, so dass es unvermeidlich ist, dass sich in der Rechtsstellung der Betroffenen, je nachdem, ob sie dem alten oder dem neuen Recht zu entnehmen ist, Unterschiede ergeben, die dem Ideal der Rechtsgleichheit widersprechen (vgl. BVerfGE 44, 1, 21). Insbesondere kann die der Rechtssicherheit dienende Einführung von Stichtagen zu unter Umständen erheblichen Härten führen, wenn die tatsächliche Situation derjenigen Personen, die durch Erfüllung der Stichtagsvoraussetzung gerade noch in den Genuss der Neuregelung kommen, sich nur geringfügig von der Lage derjenigen unterscheidet, bei denen diese Voraussetzung fehlt (vgl. BVerfGE 3, 58, 148; 13, 31, 38; 44, 1, 21; 58, 81, 126; 101, 239, 270; 117, 272, 301; 122, 151, 178; 126, 369, 399).“

Rechtssicherheit wird hier als Erfordernis der Rechtsklarheit und Vorhersehbarkeit künftiger Entscheidungen und im selben Zuge als Rechtfertigung einer erheblichen Ungleichbehandlung angesprochen. Dieselbe Entscheidung belegt etwas später (in Abs.-Nr. 42) ganz ähnliche Rekurse auf die Rechtssicherheit in der Rechtsprechung des EGMR (Marckx ./ Belgien 1979, Vermeire ./ Belgien 1991, Forrer-Niedenthal ./ Deutschland 2003, Schaefer ./ Deutschland 2007).

Das Rechtfertigungsbedürfnis ergibt sich jeweils aus einer Rückwirkungsproblematik: Subjektiv betrachtet soll berechtigtes Vertrauen auf den Bestand einer Regelung nicht enttäuscht werden; objektiv gewendet soll ein Verhalten (als ein und derselbe historische Vorgang) nicht zu verschiedenen Zeiten an unterschiedlichen Regeln gemessen werden, insbesondere sollen die einer späteren gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Regeln nicht denen im Zeitpunkt der Handlungsentscheidung widersprechen. Über diesen Gesichtspunkt des Schutzes positiv begründeten Vertrauens hinaus gehört zur Rechtssicherheit dabei auch, dass staatliche Eingriffe auf Grund einer entsprechenden Ermächtigung vorhersehbar waren. Es wird also nicht nur das Vertrauen in bestehende Regelungen, sondern auch das Vertrauen in die Abwesenheit nicht bestehender Eingriffsbefugnisse geschützt.

Dies erläutert das BVerfG z. B. zur Verfassungswidrigkeit zeitlich unbegrenzt festsetzbarer kommunaler Abgaben in 1 BvR 2457/08 vom 5.3.2013 (Abs.-Nr. 41). Dort führt es u. a. aus:

„Rechtssicherheit und Vertrauensschutz gewährleisten im Zusammenwirken mit den Grundrechten die Verlässlichkeit der Rechtsordnung als wesentliche Voraussetzung für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und seinen Vollzug (vgl. BVerfGE 60, 253, 267 f.; 63, 343, 357; BVerfG, Beschluss vom 10. Oktober 2012 – 1 BvL 6/07 –, DStR 2012, S. 2322, 2325). Die Bürgerinnen und Bürger sollen die ihnen gegenüber möglichen staatlichen Eingriffe voraussehen und sich dementsprechend einrichten können (vgl. BVerfGE 13, 261, 271; 63, 215, 223).“

In gleicher Weise stellt das BVerfG in seiner Entscheidung zu Verständigungen in Strafverfahren den systematischen Zusammenhang her (2 BvR 2628/10 u. a. vom 19.3.2013, Abs.-Nr. 55):

„Das Rechtsstaatsprinzip ist eines der elementaren Prinzipien des Grundgesetzes (BVerfGE 20, 323, 331). Es sichert den Gebrauch der Freiheitsrechte, indem es Rechtssicherheit gewährt, die Staatsgewalt an das Gesetz bindet und Vertrauen schützt (BVerfGE 95, 96, 130). Das Rechtsstaatsprinzip umfasst als eine der Leitideen des Grundgesetzes auch die Forderung nach materieller Gerechtigkeit (vgl. BVerfGE 7, 89, 92; 7, 194, 196; 45, 187, 246; 74, 129, 152; 122, 248, 272) und schließt den Grundsatz der Rechtsgleichheit als eines der grundlegenden Gerechtigkeitspostulate ein (vgl. BVerfGE 84, 90, 121).“

Hier wird deutlich, dass dem Streben nach Rechtssicherheit das Ziel zugrunde liegt, die tatsächliche Ausübbarkeit der Freiheitsrechte zu sichern. Sie hängt in vielschichtiger Weise von der Stabilität des rechtlichen Systems – der rechtlichen Normen und ihrer Anwendung – ab. Das spiegelt sich im Konzept der Rechtssicherheit wieder:

Die Ausübung der Freiheitsrechte wird unmittelbar durch das subjektive Gefühl der Bürger als psychologischem Faktum beeinflusst (die rechtlichen Konsequenzen ihres Handelns absehen zu können und sich der Verlässlichkeit der Prognose, wie Instanzen des Rechtssystems reagieren werden, sicher zu sein). Dieses ist tatsächlich primär abhängig von der Stabilität der anzuwendenden und angewendeten Normen, ihrer Handhabung sowie der Kommunikation von Entscheidungen und staatlichem Handeln, und diese sind auch die durch das Recht zunächst beeinflussbaren Faktoren (während die Psyche der Einzelnen dies nur indirekt ist). Mit diesen Zusammenhängen befasst sich das Konzept der Rechtssicherheit in „kurzfristiger“, „subjektiver“ Perspektive. Hier ist es auf die Rechtfertigung von Entscheidungen gerichtet, die zwar zu Widersprüchen im System führen bzw. diese offenbaren, dabei aber gerade tatsächliches Vertrauen schützen und so Sinn und Ziel des Systems – die Möglichkeit einer tatsächlichen Betätigung der Freiheitsrechte – wahren. Hier geht es gewissermaßen um aktuell relativ beste Entscheidungen.

Im selben systematischen Zusammenhang der Ausübbarkeit der Freiheitsrechte und des Rechtsstaatsprinzips ist das Konzept der Rechtssicherheit aber auch in einer „langfristigen“, „objektiven“ (vom Einzelfall und dem individuellen Subjekt gelösten) Perspektive zu betrachten. In dieser Perspektive rechtfertigt es Widersprüche bzw. Brüche im System gerade nicht: Jeder unaufgelöste Widerspruch bedeutet die Unvorhersehbarkeit von Entscheidungen, denn soweit ein Widerspruch besteht, fehlt es gerade an einer eindeutigen Regelung, ohne dass eindeutig keine Regelung bestünde. Den Widerspruch ertragen und in einem bestimmten Sinne entscheiden kann man nur, wenn man die Entscheidung zum Schutz konkreter Individuen trifft und aus deren konkreter Situation entnimmt, wie eine sie schützende Entscheidung konkret auszusehen hat. Ohne Bindung an ein einzelnes Individuum bedeutet der Widerspruch aber gerade, dass das Recht letztlich nichts darüber sagt, wie zu entscheiden ist, Rechtsbindung unmöglich wird und damit auch die Vorhersehbarkeit von Entscheidungen und staatlichem Verhalten für alle Individuen verloren geht. In der langfristigen Perspektive ist Rechtssicherheit eine Frage der „Berechenbarkeit“ (ohne dass damit Formeln und Numerik gemeint wären).

Diese beiden Perspektiven sind wiederum eng mit ganz klassischen Wissenschaftskonzepten verbunden. In der griechischen Mythologie stehen sich Epimetheus, der Nachdenker im Sinne von nachträglich Denkende, und Prometheus, der Vordenker im Sinne von Vorausdenkender, gegenüber. Der Nachdenker vermag das Aktuelle zu rationalisieren und zu stabilisieren, öffnet dabei aber die Büchse der Pandora. Der Vordenker hingegen stiftet Kultur, bringt dabei aber das Feuer und erhebt sich erst aus der Asche. Beide sind Brüder. Sie sind Exponenten unterschiedlichen Gebrauchs derselben Vernunft. Das Rationalisieren von Systemwidrigem und das den Gegenstandsbereich verändernde Systematisieren von Inkommensurablem sind bis heute Funktionen der Wissenschaft, die sich insbesondere in der Gegenüberstellung von Postmoderne und Moderne zeigen. Erneut zeigt sich hier, dass Aspekte der Rechtssicherheit (bzw. unterschiedliche Varianten des Konzepts der

Rechtssicherheit) und Aspekte der Wissenschaftlichkeit (bzw. unterschiedliche Wissenschaftskonzepte) einander korrespondieren. Und es ist nicht bloß ein Befund, dass der Verstandesgebrauch und wissenschaftliches Arbeiten in unterschiedlicher Weise erfolgen können, vielmehr ist es Aufgabe der Wissenschaft, diese Varianten in sich zu vereinen. Wenn es ein Konzept der Rechtssicherheit gibt und nicht bloß unterschiedliche Begriffe – und die dargelegte einheitliche verfassungssystematische Stellung erfordert ein einheitliches Konzept – so dürfte die Wissenschaft prädestiniert sein, dieses hervorzubringen.

V.

Eine reale Person und ein reales Ereignis ebenfalls bereits aus der griechischen Epoche markieren einen weiteren für das Problemfeld der Rechtssicherheit strukturell wesentlichen Zusammenhang: Sokrates sah sich einerseits als „Hebamme“ für die Einsichten seiner Gesprächspartner, der durch die Methode des systematischen Zweifels im Dialog mit ihnen Widersprüche in deren Überzeugungen und Handlungen aufdeckte und ihnen so im Streben nach Wahrheit zu einem gerechteren Leben verhalf. Andererseits war er sich bewusst, seine Mitmenschen dadurch wie eine Stechfliege zu stören, und die Athener machten ihm wegen dieser Störungen den Prozess. In dem Prozess standen sich ein seine Ruhe, Sitten und Widersprüche verteidigendes Volk und ein die Wahrheit und Gerechtigkeit trotz all ihrer Unbequemheit verteidigender Philosoph bzw. Wissenschaftler gegenüber. Wie Sokrates wendet sich Wissenschaft zwar keineswegs gegen die Demokratie, ordnet sich momentanen Mehrheiten und einem von ihnen favorisierten Status Quo aber auch nicht unter.

Sokrates steht weder für noch gegen das große, konsistente System. Er ist weder modern noch postmodern. Er steht für eine Einsichten suchende Neugier, grundsätzliche Bereitschaft zu Veränderungen, argumentatives Überzeugen statt kriterienlosem Entscheiden und eine inhaltliche Ausrichtung auf Wahrheit und Gerechtigkeit, wobei er gerade nicht vorgibt, es gäbe einen direkten Zugang zu ihnen. Er steht damit für ein Streben nach langfristiger mehr Gewissheit, auch wenn es dafür keine Erfolgsgarantie gibt und sie die Bereitschaft erfordert, vermeintliche Gewissheiten aufzugeben und damit kurz- und mittelfristig mit größerer Ungewissheit zu leben. Gleichzeitig steht er dafür, diesen Weg anderen zwar nicht zu oktroyieren – man musste nicht mit ihm sprechen –, aber offensiv dafür zu werben.

Im Prozess der Athener gegen Sokrates bilden sich wiederum unterschiedliche Formen des Interesses an ungestörten Zuständen ab: auf der einen Seite das Interesse am äußeren Status Quo, auf der anderen das Interesse an intellektueller Redlichkeit (ungestörtem Verstand). Hier steht Wissenschaft nun nicht mehr auf beiden Seiten, sondern teilt die Position des Angeklagten. Historisch hat der Angeklagte gegen die Vertreter des Volkes verloren. Seine Position hat die Wissenschaft

gleichwohl bis heute behauptet. Im Hinblick auf den Schutz von Rechtssicherheit setzt sie sich darin fort, dass keineswegs jeder Status Quo, nicht jedes Vertrauen zu schützen ist. Weder beliebige Individualinteressen noch beliebige Allgemeininteressen begründen einen solchen Schutz. Nur „berechtigtes“ Vertrauen soll geschützt werden. Deshalb aber ist auch die Frage, was eine solche Berechtigung ausmacht, wiederum ein Kernproblem der Wissenschaft. Die Beantwortung dieser Frage ist mit einer Vereinigung eines kurz- und langfristigen Konzepts der Rechtssicherheit untrennbar verbunden.

VI.

Diese Skizze umreißt das Problemfeld der Tagung und des Bandes. Sie zeigt, dass Rechtssicherheit und Rechtswissenschaft in einer weitaus engeren Beziehung zueinander stehen, als ein schneller Blick auf die tagtäglich von Seiten der Rechtswissenschaft am geltenden Recht und seiner praktischen Handhabung geübte Kritik und die Wahrnehmung damit einhergehender „Störungen des sozialen Systems“ (wenn die Kritik überhaupt wahrgenommen wird) erwarten ließe. Sie zeigen zugleich den Facettenreichtum der Begriffe Rechtssicherheit und Wissenschaft sowie die Berechtigung, ohne eine Entscheidung zwischen ihren Varianten an ihnen als einheitlichen Bezeichnungen festzuhalten.

Ziel der folgenden Beiträge kann es nur sein, in dieses Problemfeld Schlaglichter zu werfen, die einige der skizzierten Beziehungen aufhellen. Das hat neben dem Ziel, Rechtssicherheit so tatsächlich zu fördern, auch den Zweck, eine mögliche inhaltliche Ausrichtung der Rechtswissenschaft auf Rechtssicherheit klarer als bisher vorzuzeichnen, ohne sie damit zum alleinigen Leitbild stilisieren zu wollen. Gelingt es, einige Anhaltspunkte dafür zu geben, wie Rechtswissenschaftler in ihren Stellungnahmen unnötige Beeinträchtigungen von kurz- wie langfristiger Rechtssicherheit möglichst vermeiden und auch gerade auf Rechtssicherheit hinarbeiten können, hat der Band seinen Beitrag zum Fortschritt des Rechts und der Rechtswissenschaft geleistet.

Rechtssicherheit, Richtigkeit und Gerechtigkeit

Die Suggestion einzig richtiger Entscheidungen im Recht – notwendig oder vermeidbar?

Susanne Beck

„Die Rechtssicherheit verlangt, daß in jedem Rechtsstreit einmal das letzte Wort gesprochen sei, sei dieses Wort auch unzutreffend.“¹ Auch wenn Radbruch sich hier auf die Diskrepanz zwischen Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit bezieht, ist das Zitat auch für die nachfolgenden Überlegungen zur Suggestion einzig richtiger Entscheidungen relevant: Kann doch das unzutreffende Wort nicht nur im Ergebnis, sondern auch in der Begründung der Entscheidung zu finden, und möglicherweise auch dort durch das Gebot der Rechtssicherheit gerechtfertigt sein.

Das Spannungsverhältnis zwischen der notwendigen² Verallgemeinerung rechtlicher Regelungen und der Einzelfallerfassung wird seit langem in unterschiedlichen Kontexten, mit unterschiedlichen Betonungen und zu unterschiedlichen Zwecken diskutiert.³ Im Folgenden soll die Betrachtung dieser Spannung zugespitzt werden durch die Fokussierung auf die Frage, wie mit der Diskrepanz zwischen der Notwendigkeit, die getroffene Rechtsentscheidung als einzig richtige zu kommunizieren und der Unmöglichkeit, eine solche „einzig richtige Entscheidung“ tatsächlich zu treffen, umgegangen wird und umgegangen werden sollte.

So lässt sich vermuten, dass es nicht nur dem „Rechtssicherheitsgefühl“ der konkreten Konfliktparteien, sondern auch der Stabilität des Sozialgefüges insgesamt abträglich wäre, wenn eine solche Unmöglichkeit in der Entscheidung expliziert würde und auch nicht-rechtliche Faktoren oder gar der Zufall als Gründe für das Entscheidungsergebnis genannt würden. Der Rechtsanwender stünde somit selbst

¹ *Radbruch*, Rechtsphilosophie [60], zitiert nach Gustav Radbruch, Gesamtausgabe, Herausgegeben von Arthur Kaufmann, 3. Bearbeitung von Winfried Hassemer, Bd. 3, 1990.

² Normativ notwendig aus Gründen der Gleichbehandlung, funktional notwendig aus Gründen der Handhabbarkeit und Vereinfachung, logisch notwendig aus Gründen der Divergenz von Sprache und Wirklichkeit. Vgl. zur Allgemeinheit von Gesetzen BVerfGE 76, 256 (348); *Schmitt*, Verfassungslehre, 1938, S. 139; *Hofmann*, Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes, in: Starck (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes, 1987, S. 10.

³ *Antoni*, in: Hömig (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, 10. Aufl. 2013, Art. 20 Rn. 11; *Schnapp*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Band 1, 6. Aufl. 2011, Art. 20 Rn. 40; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 Rn. 148 ff.; *Bydlinski*, Allgemeines Gesetz und Einzelfallgerechtigkeit, in: Starck (Hrsg.), Die Allgemeinheit des Gesetzes, Göttingen 1987, S. 49 ff.; *Rüthers*, Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, 3. Aufl. 2009, S. 116 ff.; zu einem historischen Überblick *Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 69 ff.

dann, wenn ihm das genannte Spannungsverhältnis bewusst wäre, vor der Herausforderung, mehr Gewissheit explizieren zu müssen als er es theoretisch vermag.

Dieser Herausforderung soll im Folgenden begegnet werden. Dafür werden zunächst das Konzept der Rechtssicherheit und seine Relevanz für die konkrete rechtliche Entscheidung betrachtet. Im Anschluss werden die Zweifel an der theoretischen Möglichkeit, die allgemeinen Regeln des Rechts ohne Einbindung nicht-rechtlicher Argumente bzw. Faktoren auf den Einzelfall anzuwenden sowie die Zweifel daran, dass juristische Methodik in der praktischen Rechtsanwendung eine zentrale Rolle spielt, näher beleuchtet. Diese beiden Aspekte werden schließlich miteinander verbunden und durch die Perspektive einer prozessorientierten Soziologie angereichert, um sich so möglichen Lösungen anzunähern.

I. Rechtssicherheit – Genealogie, Charakteristika, Konsequenzen

Das Konzept der Rechtssicherheit soll hier, mit *von Arnould*⁴, bezüglich seiner Genealogie und seiner zentralen Charakteristika betrachtet werden.

1. Genealogie

Genealogisch⁵ ist zunächst der Aspekt der „Sicherheit“ zu betrachten. Dieser zahlreiche Bedeutungsrichtungen vereinende Begriff bezieht sich inzwischen vor allem auf das objektive und/oder subjektiv wahrgenommene Frei-Sein von Gefährdungen. Mit der Vorstellung, dass die Zukunft grundsätzlich durch den Menschen gestaltet und kontrolliert werden kann, und dem wachsenden Eindruck von Unsicherheit, wird Sicherheit zu einer Forderung an den Staat. Das Recht spielt hierfür schon früh eine zentrale Rolle: Rechtliche Verpflichtungen machen den Mensch berechenbar, durch Recht kann das Verhalten der Bürger, die Ausrichtung der Gesellschaft, kontrolliert werden. Um diese „Sicherheit durch Recht“ zu erhalten, bedarf es der „Sicherheit des Rechts“. Damit ist in einem liberalen Rechtsstaat aber nicht nur Sicherung des Staates als rechtssetzender Institution, sondern auch Berechenbarkeit des Staatshandelns gemeint, die teilweise wiederum die „Sicherheit durch Recht“⁶ einschränken kann. Insofern ist derzeit allerdings eine verstärkte Betonung der Sicherheit durch Recht zu beobachten („Sicherheitsgesetzgebung“, „Grundrecht auf Sicherheit“⁷), für

⁴ *von Arnould*, Rechtssicherheit, 2006 (insbes. S. 63 ff., 101 ff., 167 ff., 391 ff.).

⁵ Zum Folgenden *von Arnould*, Rechtssicherheit, 2006, S. 63 ff.

⁶ Die Sicherheit durch Recht könnte in gefährlichen oder vermeintlich gefährlichen Situationen gegebenenfalls ein der bisherigen Praxis widersprechendes Verhalten erfordern und somit die Rechtssicherheit erschüttern.

⁷ *Heckmann*, Sicherheitsarchitektur im bedrohten Rechtsstaat. Neue Polizeibefugnisse zwischen gestalterischer Freiheit und grundrechtlicher Statik, in: Blaschke/Förster/Schmidt (Hrsg.): Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, 2005, S. 10.

die scheinbar von einem Teil der Bevölkerung eine Abschwächung der Sicherheit des Rechts in Kauf genommen wird.⁸ Nicht zuletzt an dieser aktuellen Entwicklung, die in einer Gesellschaft stattfindet, in der tatsächlich eine relativ hohe Sicherheit des Einzelnen besteht, zeigt sich, dass es auch um „gefühlte“ Sicherheit geht, um ein subjektives Sicherheitsempfinden und somit auch darum, wie die Gesellschaft, der Staat, das Recht und die Rechtsanwendung wahrgenommen werden.

2. Charakteristika

Fokussiert man sich – gegen diesen aktuellen Trend – auf den liberalen Grundgedanken, dann ergibt sich aus dem Gebot der „Rechtssicherheit“ die „rechtsstaatliche Forderung, daß staatliche Hoheitsakte einerseits so klar und bestimmt und andererseits so beständig sein sollen, daß sich der Bürger auf sie hinreichend verlassen kann“.⁹ Erforderlich ist also „erkennbares, verlässliches und berechenbares Recht“¹⁰, denn wenn das Recht für den Bürger unvorhersehbar – und damit unberechenbar – und unverständlich¹¹ bleibt, wird er (zumindest aus seiner Sicht) zum Objekt einer willkürlichen staatlichen Gewalt.¹²

Folgende Prinzipien werden typischerweise als die Rechtssicherheit prägend angesehen¹³:

⁸ Am Beispiel der Police Private Partnership: *Heckmann*, Sicherheitsarchitektur im bedrohten Rechtsstaat (Fn. 7), S. 16; *Roggan*, Unerhörte Intimsphäre. Zum Erfordernis kernbereichsschützender Regelungen im Sicherheitsrecht, in: *Blaschke/Förster/Schmidt* (Hrsg.): Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen, 2005, S. 57 ff.

⁹ *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), Grundgesetz, 69. Erg.L. 2013, Art. 20 Rn. 50. Aus den Anforderungen, die die Rechtssicherheit an die staatliche Gewalt stellt, ergibt sich schon zwangsläufig ein potentieller Konflikt mit der materiellen Gerechtigkeit im Einzelfall – diese Problematik ist allseits bekannt, vielfach analysiert und Einigkeit besteht wohl nur über die grundsätzliche Notwendigkeit eines Balanceakts zwischen diesen Idealen, erhebliche Uneinigkeit dagegen über die Prämissen (insbesondere bezüglich des Vorrangs eines der Ideale), der einzubeziehenden Aspekte und Interessen, der angemessenen Ergebnisse, vgl. *Huster/Rux*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 Rn. 181.

¹⁰ *von Arnould*, Rechtssicherheit, 2006, S. 162.

¹¹ Wobei man von Laien natürlich kein Verständnis im Sinne eines Expertenwissens erwarten darf. Vgl. hierzu *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 9), Art. 20 GG Rn. 53, in Bezug auf unbestimmte Rechtsbegriffe: *Huster/Rux*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Rn. 182, in Bezug auf Normen, die auf andere Normen verweisen: *Schnapp*, in: *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 39.

¹² Mit Blick hierauf vergleicht etwa Bentham das Common Law mit der Erziehung eines Hundes, der die Regeln durch Schläge nach einem Fehlverhalten beigebracht bekommt – ebenso wisse der Bürger erst durch die Strafe, was er nicht darf; vgl. hierzu *Marschelke*, Jeremy Bentham: Philosophie und Recht, 2008, S. 180; *Bentham*, Truth versus Ashurst, in: *Bowring* (Hrsg.), Works, V, 1823, S. 235.

¹³ *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig* (Fn. 9) Art. 20 GG Rn. 50; *Merten*, Bestandskraft von Verwaltungsakten, NJW 1983, S. 1993 ff.; *Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 254. An dieser Stelle ist anzumerken, dass der letztgenannte Aspekt, der Vertrauensschutz, im Gegensatz zum objektiven (objektivierten) Prinzip der Rechtssicherheit, das Anforderungen

- Klarheit des Rechts
- Bestimmtheit des Rechts
- Vertrauensschutz (in Bezug auf Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung)

Im Folgenden soll der Fokus auf den Aspekt „Vertrauensschutz bei der Rechtsanwendung“ gerichtet werden. Dieser wird zunächst natürlich dadurch hergestellt, dass ein konkreter Konflikt durch einen Rechtsstreit dauerhaft entschieden ist und somit eine gewisse Beständigkeit eintritt¹⁴ – diesbezüglich ist eine Balance mit einer Absicherung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung herzustellen. Das wird etwa durch Regelungen zum Instanzenzug in den verschiedenen Rechtsbereichen zu erreichen versucht.¹⁵

3. Konsequenzen: Die Darstellung als „einzig richtige Entscheidung“?

Diskutiert wird überdies, inwieweit der Grundsatz der Rechtssicherheit Auswirkungen auf die Frage nach Selbstbindung der Gerichte hat.¹⁶ Aufgrund der Unterschiede bei der Tätigkeit von Exekutive, Legislative und Judikative (die Judikative entscheidet im Konfliktfall) kann diese Selbstbindung jedenfalls nicht identisch mit derjenigen der Verwaltung sein¹⁷; ebenso kann das für die Gesetzgebung relevante Rückwirkungsverbot nicht mit demselben Gehalt auch Gerichte betreffen¹⁸. Mit Blick auf das rechtsstaatlich bedeutsame Prinzip der Unabhängigkeit von Richtern ist die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung¹⁹ vielmehr geradezu Programm. Die Gesetzmäßigkeit der Entscheidungen ist grundsätzlich wichtiger als der Vertrauensschutz.²⁰ Dieser Vorrang ist allerdings mit Blick auf den Gleichheitsgrundsatz aus

an die Gestaltung der Rechtsordnung als solche stellt, ein subjektives Element enthält – zugleich fehlt es dem Prinzip am „prinzipiellem Selbststand“, es bedarf vielmehr einer institutionalisierten Ordnung, die festlegt, welches Vertrauen schutzwürdig ist, vgl. von Arnould, Rechtsicherheit, 2006, S. 163.

¹⁴ BVerfGE 47, 146 ff. (159 ff.).

¹⁵ BGH, NJW 1999, 2290, Rennert, Die Verfassungswidrigkeit „falscher“ Gerichtsentscheidungen, NJW 1991, S. 12 (16); Antoni, in: Hömig (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, 10. Aufl. 2013, Art. 19 Rn. 16; Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 Rn. 188; Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Abs. 3, Rn. 321 f.; Hammacher, Rechtliches Verhalten und die Idee der Gerechtigkeit, 2011, § 28 S. 215.

¹⁶ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 20 GG Rn. 103 ff.

¹⁷ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 20 GG Rn. 103.

¹⁸ BVerfGE 18, 224 ff. (240); 38, 386 ff. (396); 59, 128 ff. (165); 84, 212 ff. (227); 87, 273 ff. (278).

¹⁹ BVerfGE 78, 123 ff. (126).

²⁰ BVerfGE 78, 123 ff. (126 f.); Kunig, Das Rechtsstaatsprinzip, 1986, S. 431 ff.; Ziegler, Selbstbindung der Dritten Gewalt, 1993, S. 34, 98 ff., 161 ff., 242 ff. et passim; Schwarz, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002, S. 369 ff., 373 ff.; Leisner, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002, S. 536 ff. (mit Folgerungen bezüglich einer „Kontinuität“ aus Art. 3 Abs. 1 GG, S. 632 ff.).

Art. 3 Abs. 1 GG zu relativieren, aus dem sich die Notwendigkeit einer zumindest gewissen Kontinuität ergibt.²¹ Das hat nicht zur Folge, dass keine Änderungen der Rechtsprechung zulässig wären – erforderlich ist aber, dass sich diese entweder „im Rahmen der vorhersehbaren Entwicklung“²² bewegt²³ oder die Gerichte die Änderung „hinreichend begründen“²⁴.

Rechtssicherheit als Folge eines gerichtlich entschiedenen Konflikts beinhaltet auch, dass die Parteien die Entscheidung als Verwirklichung des Gleichheit herstellenden Rechts anerkennen, dass sie die mit der Entscheidung herbei geführte Rechtssicherheit auch als eine solche wahrnehmen. Die Judikative ist insofern nicht unabhängig von der Legislative zu sehen, denn die Erstgenannte wendet das von der Letztgenannten erlassene Recht auf den Einzelfall an, und in dieser Rückbindung auf das Recht liegt eine wichtige Garantie der Rechtssicherheit und der Gleichbehandlung gleicher Fälle.²⁵ Rechtssicherheit bedeutet nicht nur Vertrauensschutz im Sinne von Kontinuität, sondern auch, dass die Rechtsanwendung für die Parteien nachvollziehbar am Recht²⁶ angebunden ist und sich aus dem Recht – also den Gesetzen und deren allgemein anerkannter Anwendung – „sicher“ diese konkrete Entscheidung des Falls ergibt.

Gerade das verbirgt sich auch hinter der Notwendigkeit einer „hinreichenden Begründung“ einer Rechtsprechungsänderung: Die Rechtssicherheit erfordert, dass sowohl den betroffenen Parteien als auch der Bevölkerung kommuniziert wird, wie sich der konkrete Fall von den bisherigen Fällen unterscheidet bzw. wie sich die Notwendigkeit einer Rechtsprechungsänderung aus dem Recht ableiten lässt. Für die Richtigkeit einer Entscheidung reicht es also nicht, dass der Rechtsanwender

²¹ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 20 GG Rn. 105; Riggert, Die Selbstbindung der Rechtsprechung durch den allgemeinen Gleichheitssatz, 1993, S. 42 ff. et passim; v. Arnould, Rechtssicherheit, 2006, S. 452 ff.

²² Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 20 GG Rn. 106. Das kann etwa bedeuten, dass die Gerichte „die Änderung nur ankündigen und noch nicht vornehmen, sondern erst ab dem nächsten Urteil. Unabhängig davon können abrupte Änderungen einer jahrelang geübten Praxis, wenn sie nicht angekündigt werden, nach Ansicht des BVerfG im Einzelfall gegen den *Grundsatz des fairen Verfahrens* verstoßen (BVerfGE 78, 123 ff. (126 f.)).

²³ BVerfGE 84, 212 ff. (227 f.).

²⁴ Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Fn. 9), Art. 20 GG Rn. 106 m. w. N.

²⁵ „In Bezug auf Einzelakte (Verwaltungsakte, Gerichtsurteile) und deren Bestandskraft ist vorrangig der Gesetzgeber aufgerufen, das Spannungsverhältnis von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit unter Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu lösen (vgl. BVerfGE 3, 225, 237 f. = NJW 1954, 65; BVerfGE 15, 313, 319 f. = NJW 1963, 851; BVerfGE 59, 128, 164 ff.).“ (Huster/Rux, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Grundgesetz, Art. 20 Rn. 188).

²⁶ „Recht“ in diesem Sinne meint natürlich nicht zwingend nur das geschriebene Gesetz, sondern das gesamte materielle Recht. Vgl. hierzu etwa Sommermann, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 15), Art. 20 Abs. 3 GG, Rn. 285; Denninger, „Rechtsstaat“ oder „Rule of law“ – Was ist das heute?, in: Prittwitz u. a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 45; zur Anwendung auf den Einzelfall: Bydlinski, Allgemeines Gesetz und Einzelfallgerechtigkeit (Fn. 3), S. 51.