ANDREAS VON ARNAULD

Rechtssicherheit

Jus Publicum
148

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 148

Andreas von Arnauld

Rechtssicherheit

Perspektivische Annäherungen an eine *idée directrice* des Rechts

Mohr Siebeck

Andreas von Arnauld, geboren 1970. Studium der Rechtswissenschaft in Hamburg und Bonn. Promotion 1998 in Hamburg. Habilitation 2005 in Berlin. Privatdozent an der Freien Universität Berlin.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort.

ISBN 3-16-148870-9
ISBN-13 978-3-16-148870-2
ISSN 0941-0503 (Jus Publicum) 978-3-16-158041-3 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

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

© 2006 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts 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 Textservice Zink in Schwarzach aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Studie wurde im Februar 2005 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin als Habilitationsschrift angenommen. Es ist dies der Ort, Dank zu sagen. Dieser gilt an erster Stelle *Albrecht Randelzhofer*, nicht nur als Betreuer und Erstgutachter dieser Arbeit. Er hat mir in den Jahren, die ich als Wissenschaftlicher Assistent an seinem Lehrstuhl verbringen durfte, stets wohlwollend mit seinem Rat zur Seite gestanden und mir großzügig Raum zur Entfaltung gelassen. Hierfür stehe ich in seiner Schuld. Auch *Philip Kunig* verdanke ich weit mehr als sein Zweitgutachten, dessen verständnisvoller Kritik ich wertvolle Hinweise und Anregungen entnehmen konnte. Verbunden bin ich ihm auch und vor allem wegen seines Rats und seiner Unterstützung in vielem. Desgleichen gilt meinem Doktorvater und ersten akademischen Lehrer, *Ingo von Münch*, einmal mehr Dank. Nicht nur, weil diese Arbeit ihren Ausgang in einem Dissertationsprojekt genommen hat, das wir seinerzeit im Einvernehmen beiseite gelegt hatten, sondern auch für ungezählte Gespräche und Ideen, für sein beharrliches Interesse und seine interessierte Beharrlichkeit. Danken möchte ich schließlich der VG Wort, die die Drucklegung dieser Schrift in großzügiger Weise unterstützt hat.

Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von September 2004. Aus dem Jahre 2005 wurden noch vereinzelte Publikationen und Entscheidungen eingearbeitet. Die zitierten Internetquellen wurden zuletzt im November 2005 aufgerufen. Vieles konnte ich berücksichtigen, allzu vieles nicht. Hierfür bitte ich um Nachsicht.

Berlin, im Dezember 2005 *Andreas von Arnauld*

Inhaltsübersicht

Vorwort V

Abkürzungsverzeichnis XXI

Einleitung 1

1. Kapitel: Phraseologisch
Stationen einer Begriffsgeschichte

I. Begriffshistorischer Überblick 9
II. Rechtssicherheit im Verständnis des Schrifttums der frühen NS-Zeit 22
III. Rechtssicherheit in der Rechtslehre der DDR 52
IV. Zusammenfassung 60

2. Kapitel: Genealogisch
Sicherheit und Rechtssicherheit

I. »Sicherheit« in der etymologischen Entwicklung 63
II. Zur politischen Idee der Sicherheit 65
III. Von der Sicherheit zur Rechtssicherheit 76
IV. Zusammenfassung 97

3. Kapitel: Physiognomisch
Charakteristika der Rechtssicherheit

I. Strukturelemente der Rechtssicherheit 101
II. Bedeutung der Rechtssicherheit für Individuum und Gesellschaft 109
III. Anwendungsfelder der Rechtssicherheit 115
IV. Grenzziehungen 143
V. Zusammenfassung 161

Vorbemerkung zu Kapitel 4–6:
Zur topologischen Perspektive 165

4. Kapitel: Topologisch I
Erkennbarkeit des Rechts im öffentlichen Recht

I. Erkennbarkeit des Rechts als Kommunikationsproblem 167
II. Topoi der Erkennbarkeit von Recht 168

5. Kapitel: Topologisch II
Verlässlichkeit des Rechts im öffentlichen Recht

I. Verlässlichkeit durch Beständigkeit und Effektivität des Rechts 271
II. Beständigkeit des Rechts 273
III. Effektivität des Rechts 352

6. Kapitel: Topologisch III
Berechenbarkeit des Rechts im öffentlichen Recht

I. Die Prognose künftiger Rechtsakte 391
II. Inhaltliche Bindungen 395
III. Prozedurale Methoden 458
IV. Außerrechtliche Determinanten 472

7. Kapitel: Komparatistisch
Rechtssicherheit in Europa

I. Ein deutsches Phänomen? 493
II. Rechtssicherheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht 495
III. Die Rechtsprechung des EGMR 534
IV. Nationale europäische Rechtsordnungen 543
V. Zusammenschau: Rechtssicherheit als gemeineuropäische Idee 625

8. Kapitel: Antinomisch
Rechtssicherheit und Gerechtigkeit

I. Rechtssicherheit versus Gerechtigkeit 637
II. Der Beitrag der Gerechtigkeit zur Rechtssicherheit 641
III. Der Beitrag der Rechtssicherheit zur Gerechtigkeit 645
IV. Die Koinzidenz von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit 653
V. Zusammenfassung 658

9. Kapitel: Morphologisch Normativität von Rechtssicherheit

I. Rechtssicherheit als idée directrice des Rechts 661
II. Positivierung der Rechtssicherheit 662
III. Rechtssicherheit als Verfassungsprinzip des Grundgesetzes 664
IV. Rechtswirkungen eines Verfassungsprinzips Rechtssicherheit 676
V. Vom Wert des Rechtssicherheitsarguments für das Verfassungsrecht 688
VI. Zusammenfassung 691

Literaturverzeichnis 693

Personenregister 781

Sachregister 785

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V

Einleitung 1

1. Kapitel: Phraseologisch
Stationen einer Begriffsgeschichte

I. Begriffshistorischer Überblick 9
1. Frühe Begriffsverwendungen 9
2. Rechtswissenschaftliche Literatur zur Rechtssicherheit: ein Überblick 15

II. Rechtssicherheit im Verständnis des Schrifttums der frühen NS-Zeit 22
1. Rechtssicherheit bei Carl Schmitt 1933–1936 23
2. »Totaler Staat« und Rechtssicherheit: Ernst Forsthoff 1933–1934 31
3. Rechtssicherheit als »Grundlage der Volksgemeinschaft« 34
4. Rechtssicherheit im »völkischen Rechtsstaat«: Otto Koellreutter und andere 36
5. Normativismus versus »konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken« 39
6. Theorie und Wirklichkeit 43

III. Rechtssicherheit in der Rechtslehre der DDR 52
1. Rechtssicherheit im Verständnis der DDR-Rechtslehre 52
2. Die »sozialistische Gesetzlichkeit« 55

IV. Zusammenfassung 60

2. Kapitel: Genealogisch
Sicherheit und Rechtssicherheit

I. »Sicherheit« in der etymologischen Entwicklung 63

II. Zur politischen Idee der Sicherheit 65

III. Von der Sicherheit zur Rechtssicherheit 76
1. Vom Bedürfnis nach Sicherheit zur Sicherheit durch Recht 76
2. Von der Sicherheit durch Recht zur Sicherheit des Rechts 79
3. Die Transposition auf die staatliche Ebene 80
4. Rechtssicherheit und Rechtsstaat 83
5. Rechtssicherheit als Sicherheit des staatlich gesetzten Rechts . . . 87
6. Rechtssicherheit zwischen Sicherheit durch Recht und Sicherheit des Rechts 89

IV. Zusammenfassung 97

3. Kapitel: Physiognomisch Charakteristika der Rechtssicherheit

I. Strukturelemente der Rechtssicherheit 101
1. Definitionsversuche 101
2. Strukturelemente: Verlässlichkeit, Berechenbarkeit und Erkennbarkeit 104

II. Bedeutung der Rechtssicherheit für Individuum und Gesellschaft 109

III. Anwendungsfelder der Rechtssicherheit 115
1. Die Sicherung eines autonomen Eigenbereichs 115
2. Die Pflicht zur Gewährleistung sicheren Rechts 119
a) Die Voraussetzung der anfänglichen Ungleichheit 119
b) Die Voraussetzung des status subiectionis 122
3. Anwendungsfelder jenseits des Verhältnisses zwischen Privatem und Hoheitsträger 126
a) Rechtssicherheit im Privatrecht 126
b) Rechtssicherheit in internationalen und staatlichen Verbänden 137

IV. Grenzziehungen 143
1. Abgrenzung zur Zweckmäßigkeit 143
2. Rechtssicherheit als objektives Prinzip 147
3. Rechtssicherheit und Vertrauensschutz 150

V. Zusammenfassung 161

Vorbemerkung zu Kapitel 4–6:
Zur topologischen Perspektive 165

4. Kapitel: Topologisch I
Erkennbarkeit des Rechts im öffentlichen Recht

I. Erkennbarkeit des Rechts als Kommunikationsproblem 167

II. Topoi der Erkennbarkeit von Recht 168
1. Bekanntgabe und Bekanntmachung von Recht 168
a) Kundgabe als Bedingung sicheren Rechts 168
b) Formelle und materielle Dimension der Kundgabe 173
c) Adressaten der Kundgabe 174
d) Bekanntgabe oder Bekanntmachung? 181
e) Mittel der Publikation 184
f) Inkurs: Rechtspublikation und die Fragmentierung von Öffentlichkeit 188
g) Zusammenfassung 196
2. Schriftlichkeit 198
a) Schriftformgebote im öffentlichen Recht 198
b) Inkurs: Schriftlichkeit und Gedächtnis 200
c) Zeichen und Symbole im Recht 203
d) Zusammenfassung 204
3. Überschaubarkeit der Rechtsinformation (I) 204
a) Eindämmung der Normenflut 205
b) Kodifikation 209
c) Präsentation der Rechtsinformationen 214
d) Zusammenfassung 218
4. Überschaubarkeit der Rechtsinformation (II) 219
a) Vermeidung überkomplexer Rechtsakte 219
b) Strukturierung der Rechtsakte 221
c) Zusammenfassung 225
5. Klarheit der Rechtsakte 226
a) Sprachliche Klarheit 226
aa) Verständlichkeit und Auslegungsbedürftigkeit 226
bb) Die Forderung nach Allgemeinverständlichkeit des Rechts 228
cc) Adressatenverständlichkeit 230
dd) Fiktionen im Recht 235
b) Formale und prozedurale Klarheit des Rechts 236
c) Zusammenfassung 239
6. Inhaltliche Bestimmtheit 240
a) Bestimmtheit von Verwaltungsakten 240
b) Bestimmtheit von Rechtsnormen 242

aa) Verfassungsrechtliche Maßstäbe 242
bb) Aspekte hinreichender Bestimmtheit 245
(1) Zwischen Abstraktion und Kasuistik 245
(2) Rechtsfolgeermessen und Optimierungsgebote 249
c) Zusammenfassung 251
7. Widerspruchsfreiheit und Konsistenz des Rechts 252
a) Widerspruchsfreiheit, Systemgerechtigkeit und Einheit der Rechtsordnung 252
aa) Systemdenken als Axiom im Recht 253
bb) Parameter des Stimmigkeitspostulats 255
cc) Widerspruchsfreiheit des Gesetzes 255
dd) Stimmigkeit von Regelungskomplexen (Systemgerechtigkeit) 257
ee) Die »Einheit der Rechtsordnung« 259
b) Insbesondere: Kollisionsregeln im Spannungsfeld der Regelungsebenen 263
c) Zusammenfassung 269

5. Kapitel: Topologisch II
Verlässlichkeit des Rechts im öffentlichen Recht

I. Verlässlichkeit durch Beständigkeit und Effektivität des Rechts 271

II. Beständigkeit des Rechts 273
1. »Absolute« Beständigkeit 274
a) Inhaltlich: Ewigkeitsgarantien 274
b) Zeitlich: Endgültigwerden, Konsolidierung 277
aa) Insbesondere: Rechtskraft und Bestandskraft 278
bb) Konsolidierung »unrichtiger« Rechtsakte 283
c) Zusammenfassung 284
2. Relative Beständigkeit 284
a) Gewaltenübergreifende Bindungen 286
aa) Bindungen der Gerichte an Verwaltungsentscheidungen . . 286
bb) Bindungen der Verwaltung an Gerichtsentscheidungen . . 288
b) Gewalteninterne Bindungen 289
aa) Gerichtsentscheidungen 289
bb) Verwaltungsakte 290
c) Grenzüberschreitende Bindungen 292
d) Zusammenfassung 294
3. Prozedurale Beständigkeit 295
4. Bedingte Beständigkeit 298
a) Fehlerhafte Rechtsakte 298
b) Abstufungen bei der Fehlerhaftigkeit von Gesetzen 300

c) Insbesondere: Die verfassungskonforme Auslegung 303
d) Unbeachtlichkeit und Heilung von Fehlern 304
e) Rechtserhaltung zwischen Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit 306
f) Zusammenfassung 307
5. Befristete Beständigkeit 308
a) Befristungen von Einzelakten und Rechtsvorschriften 308
b) Befristung zwischen Beständigkeit und Klarheit 309
c) Aufhebung befristeter Regelungen vor Fristablauf 311
d) Sinn und Unsinn befristeter Rechtsvorschriften 314
e) Insbesondere: Befristete Hochschulverträge 316
f) Zusammenfassung 317
6. Insbesondere: Planung 318
7. Regelung des intertemporalen Rechts (Rückwirkung) 324
a) Rückwirkung (»echte« Rückwirkung) 325
aa) Der fiktive Gehalt der Rückwirkung 325
bb) Rückwirkung im Strafrecht 327
(1) Rückwirkung zu Lasten des Täters 327
(2) Rückwirkung zu Gunsten des Täters 329
cc) Rückwirkung jenseits des Strafrechts 332
b) Neuregelung laufender Rechtsbeziehungen (»unechte Rückwirkung«) 336
aa) Schaffung von Übergangsgerechtigkeit 336
bb) Insbesondere: Sofortwirkung neuen Verfahrensrechts 339
cc) Unechte Rückwirkung, Rechtssicherheit und Grundrechte 340
c) Abgrenzung zwischen echter und unechter Rückwirkung 343
aa) Die Rechtsprechung der beiden Senate des BVerfG 343
bb) Abschied vom Unterschied? 345
cc) Versuch einer Rekonstruktion aus der Perspektive der Rechtssicherheit 346
d) Zusammenfassung 351

III. Effektivität des Rechts 352
1. Effektivität des Rechts als Thema der Rechtssicherheit 352
2. Rechtskenntnis 357
a) Bedeutung von Rechtskenntnis 357
b) Phänomenologie von Rechtskenntnis 358
c) Die zu vermittelnden Inhalte 360
d) Wege der Vermittlung 361
e) Umgang mit Rechtsunkenntnis 364
3. Durchsetzbarkeit und Durchsetzung des Rechts 367
a) Ahndung von Rechtsverstößen 368

b) Gerichtlicher Rechtsschutz 369
c) Konsequente Rechtsdurchsetzung 371
4. Rechtsbeachtung 373
5. Rechtsakzeptanz 374
a) Rechtsakzeptanz und sozialer Rückhalt des Rechts 374
b) Motive für die Akzeptanz von Recht 377
aa) Akzeptanz des Regelungsinhalts 378
bb) Akzeptanz durch Verfahren 383
cc) Rechtsethos und Rechtsgesinnung 384
6. Zusammenfassung 387

6. Kapitel: Topologisch III
Berechenbarkeit des Rechts im öffentlichen Recht

I. Die Prognose künftiger Rechtsakte 391

II. Inhaltliche Bindungen 395

1. Fremdbindungen 395
a) Tiefenstaffelung im Stufenbau des Rechts 396
aa) Berechenbarkeit durch Stufung von Rechtsnormen 396
bb) Die Lehre vom Stufenbau des Rechts 397
cc) Der Stufenbau in der deutschen Rechtsordnung 400
b) Insbesondere: Gesetzesbindung 404
aa) Inkurs: Möglichkeit der Gesetzesbindung 404
(1) »Soziologisch-realistische« Kritik an der Gesetzesbindung 404
(2) Linguistische Kritik an der Gesetzesbindung 409
(3) Versuch einer Rekonstruktion der Gesetzesbindung . . 412
bb) Gefährdungen der Gesetzesbindung 415
(1) Rechtsfindung contra legem 415
(2) Dynamische Gesetzesinterpretation 418
c) Zusammenfassung 420
2. Selbstbindungen 421
a) Selbstbindungen des Gesetzgebers 422
b) Selbstbindungen der Verwaltung 423
aa) Abstrakt-generelle Bindungen 424
(1) Bindung an eine Verwaltungspraxis 424
(2) Bindung an Verwaltungsvorschriften 428
bb) Konkret-individuelle Bindungen 433
(1) Bindung durch Erklärungen 434
(2) Bindungen durch Verwaltungspraxis im Einzelfall . . . 438
c) Selbstbindungen der Rechtsprechung 443
aa) Rechtsanwendungsgleichheit und Einheitlichkeit der Rechtsprechung 443

bb) Änderung der bisherigen Rechtsprechung 445
(1) Richterliche Tätigkeit und Intertemporalität des Rechts 445
(2) Die Notwendigkeit spezifischer Regeln 446
(3) Positionen der höchstrichterlichen Rechtsprechung . . . 449
(4) Kriterien der Problemlösung 451
(5) Mittel zur Problemsteuerung 454
d) Zusammenfassung 456

III. Prozedurale Methoden 458
1. Transparenz des Verfahrens 460
2. Informationen und Hinweise 463
3. Zeitlicher Aufschub 467
4. Zusammenfassung 471

IV. Außerrechtliche Determinanten 472
1. Faktische Präjudizienorientierung in der Rechtsprechung 472
a) Das Phänomen einer Präjudizienorientierung der Dritten Gewalt 472
b) Mittelbare Einflüsse rechtlicher Regelungen 474
c) Präjudizienorientierung und juristische Argumentation 474
2. Kulturalität des Rechts 476
a) Recht im Kontext der Kultur 476
b) Erwartungssicherung durch subsistente Normen 479
c) Das Gemeinschafts-Paradigma 481
d) Der Verlust subsistenter Strukturen in der pluralen Gesellschaft 485
e) Die Orientierungsfunktion von Rechtswerten für die Rechtsordnung 489
3. Zusammenfassung 492

7. Kapitel: Komparatistisch Rechtssicherheit in Europa

I. Ein deutsches Phänomen? 493

II. Rechtssicherheit im Europäischen Gemeinschaftsrecht 495
1. Rechtssicherheit als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Gemeinschaftsrechts 497
2. Bekanntgabe von Rechtsakten 501
3. Bestimmtheit und Klarheit von Rechtsakten 502
4. Bindung an Entscheidungen des Gerichtshofs 504
5. Endgültigkeit und Aufhebbarkeit von Entscheidungen 508
6. Grundsatz der Nichtrückwirkung 514

a) Echte Rückwirkung 515
b) Unechte Rückwirkung 520
7. Begrenzung der Folgen einer Nichtigerklärung von Rechtsakten . 522
8. Selbstbindungen der Gemeinschaftsorgane 525
9. Vertrauensschutz 529
10. Zusammenfassung 531

III. Die Rechtsprechung des EGMR 534

IV. Nationale europäische Rechtsordnungen 543

1. Die sécurité juridique im französischen Recht 544
a) Ein zwiespältiges Verhältnis 544
b) Vorbehalte gegenüber dem Vertrauensschutz 548
c) Europarechtliche Einflüsse 550
d) Entwicklungen in der Spruchpraxis des Conseil constitutionnel 551
e) Die mögliche normative Basis der Rechtssicherheit 556
f) Anzeichen eines Wandels 557
g) Zusammenfassung 559
2. Die seguridad jurídica im spanischen Recht 560
3. Die certezza del diritto im italienischen Recht 568
a) Flavio Lopez de Oñates »La certezza del diritto« 568
b) Inhalt und Stellung der certezza del diritto im italienischen Recht 571
c) Zusammenfassung 579
4. Legal certainty und rule of law in England 580
a) Recht und Sicherheit im englischen Rechtsdenken 580
b) Rule of law und die Kontrolle der Exekutive 586
c) Rule of law und der Gesetzgeber 595
d) Faktischer Verfassungsrang der rule of law? 604
e) Zusammenfassung 610
5. Rechtssicherheit in der polnischen Rechtsordnung 612
a) Entstehung und Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen 612
b) Rechtsstaat und Rechtssicherheit als zentrale Bausteine der Verfassungsjudikatur 614
c) Elemente der Rechtssicherheit in der Verfassungsrechtsprechung 616
d) Einordnung der Verfassungsrechtsprechung in den Transformationskontext 622
e) Zusammenfassung 624

V. Zusammenschau: Rechtssicherheit als gemeineuropäische Idee 625

1. Die gemeinsame Basis 625

2. Recht (Gerichte) versus Politik (Parlament) 627
3. Die Integrationsfunktion axiologischer Normen 629
4. Der sanfte Druck des Europäischen Gemeinschaftsrechts 635

8. Kapitel: Antinomisch Rechtssicherheit und Gerechtigkeit

I. Rechtssicherheit versus Gerechtigkeit 637

II. Der Beitrag der Gerechtigkeit zur Rechtssicherheit 641

III. Der Beitrag der Rechtssicherheit zur Gerechtigkeit 645
1. Rechtssicherheit und personale Gerechtigkeit 645
2. Ein Begriff der politischen Gerechtigkeit 646
3. Der Beitrag der Rechtssicherheit zu Freiheit und Autonomie . . . 651

IV. Die Koinzidenz von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit 653

V. Zusammenfassung 658

9. Kapitel: Morphologisch Normativität von Rechtssicherheit

I. Rechtssicherheit als idée directrice des Rechts 661

II. Positivierung der Rechtssicherheit 662

III. Rechtssicherheit als Verfassungsprinzip des Grundgesetzes . . . 664
1. Die Rechtsprechung des BVerfG 664
2. Verankerung der Rechtssicherheit im Grundgesetz 667
3. Begriff des Prinzips 674

IV. Rechtswirkungen eines Verfassungsprinzips Rechtssicherheit 676
1. Die Gefahr einer materiellen Konstitutionalisierung 676
2. Die Gefahr einer übermächtigen Verfassungsgerichtsbarkeit 681
3. Das Prinzip Rechtssicherheit: unvereinbar mit der Rechtssicherheit? 687

V. Vom Wert des Rechtssicherheitsarguments für das Verfassungsrecht 688

VI. Zusammenfassung 691

Literaturverzeichnis 693

Personenregister 781

Sachregister 785

Abkürzungsverzeichnis

Hinweis: Geläufige Abkürzungen, die sich in den gängigen Wörterbüchern finden, werden hier nicht berücksichtigt.

a.A.	anderer Ansicht/Auffassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
ABl.	Amtsblatt
A.C.	Appeal Cases
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ADL	Annales du droit luxembourgeois
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AFD	Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Epoca
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Die Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle
AJDA	Actualité Juridique: Droit Administratif
AJS	American Journal of Sociology
AK-GG	Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl. 2001 ff.
AK-StGB	Alternativ-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1990
AktG	Aktiengesetz
All E.R.	All England Law Reports
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
AT	Allgemeiner Teil
AtomG	Atomgesetz
AtVfV	Verordnung über das Verfahren bei der Genehmigung von Anlagen nach § 7 Atomgesetz
AuAR	Arbeit und Arbeitsrecht (bis 1990)
AuslG	Ausländergesetz
AVR	Archiv des Völkerrechts
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungssammlung des Bundesarbeitsgerichts
BauGB	Baugesetzbuch
BauO	Bauordnung
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
BDGV	Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch

BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs, Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs, Zivilsachen
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BImSchV	Bundes-Immissionsschutzverordnung
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BSG	Bundessozialgericht
BStBl.	Bundessteuerblatt
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation, Chambres civiles
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BWahlG	Bundeswahlgesetz
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cardozo L. Rev.	Cardozo Law Review
CC	Conseil Constitutionnel
CDE	Cahiers de droit européen
CE	Conseil d'Etat
Ch.	Chancery Division
Chicago-Kent LR	Chicago-Kent Law Review
CLJ	Cambridge Law Journal
CMLR	Common Market Law Review
CR	Computer und Recht
D.	Digesten
Dalloz	Recueil Dalloz Sirey
DAJV-Newsletter	Newsletter der Deutsch-Amerikanischen Juristen-Vereinigung
DB	Der Betrieb
Déc.	Décision
Dir. economia	Il diritto dell'economia
DJ	Deutsche Justiz (bis 1945)
DJZ	Deutsche Juristenzeitung (bis 1936)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht (bis 1945)
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Dr. polonais contemp	Droit polonais contemporain
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft (bis 1943)
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EG	Europäische Gemeinschaft
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
EGV	EG-Vertrag
EJIL	European Journal of International Law
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht Erster Instanz

EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuGVÜ	Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	EU-Vertrag
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	EWG-Vertrag
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FFH-Richtlinie	Flora-Fauna-Habitat-Richtlinie (Richtlinie 92/43/EWG vom 21.5.1992)
FGO	Finanzgerichtsordnung
F.I.D.E.	Fédération Internationale pour le Droit Européen
Finnish YBIL	Finnish Yearbook of International Law
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Generalanwalt
GenTG	Gentechnikgesetz
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung
GOBT	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestags
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Harv. LR	Harvard Law Review
HB UmweltR	Rengeling (Hrsg.), Handbuch zum europäischen und deutschen Umweltrecht
HbStR	Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1987 ff.
HbVerfR	Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. 1994
h.M.	herrschende Meinung
HochschulG	Hochschulgesetz
ICJ Reports	International Court of Justice: Reports of judgments, advisory opinions and orders
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILC	International Law Commission
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
IStR	Internationales Steuerrecht
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbRSoz.	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie
JCP, éd. G	Juris-classeur périodique: La semaine juridique, édition générale
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JOR	Jahrbuch für Ostrecht
JR	Juristische Rundschau
JRP	Journal für Rechtspolitik
Jura	Juristische Ausbildung

JuS	Juristische Schulung
JuSchG	Jugendschutzgesetz
JW	Juristische Wochenschrift (bis 1939)
JZ	Juristenzeitung
K.B.	King's Bench Division
KrimJourn	Kriminologisches Journal
KritJ	Kritische Justiz
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
Law&Soc. Rev.	Law and Society Review
LBauO	Landesbauordnung
LGBl.	Landesgesetzblatt
LIEI	Legal Issues of European Integration
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LQR	The Law Quarterly Review
LSA	Land Sachsen-Anhalt
LVerfG	Landesverfassungsgericht
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
m.w.N., m.z.w.N.	mit (zahlreichen) weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
N.F.	Neue Folge
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NuR	Natur und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OVG	Oberverwaltungsgericht
PaßG	Paßgesetz
PflVG	Pflichtversicherungsgesetz
Q.B.	Queen's Bench Division
RdA	Recht der Arbeit
RdC	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
RDC	Rivista di diritto civile
RDIDC	Revue de droit international et de droit comparé
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec. du CE	Recueil du Conseil d'Etat/Recueil Lebon
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RhistJ	Rechtshistorisches Journal
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDPC	Rivista italiana di diritto pubblico comunitario

RivDE	Rivista di diritto europeo
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RMUE	Revue du marché unique européen
ROG	Raumordnungsgesetz
ROW	Recht in Ost und West
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RVBl.	Reichsverwaltungsblatt (bis 1943)
Rz.	Randziffer
Scand Stud Law	Scandinavian Studies in Law
ScheckG	Scheckgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung (1946–50); Schweizerische Juristen-Zeitung
Slg.	Sammlung
Staat	Der Staat (Zeitschrift)
Stanford JIL	Stanford Journal of International Law
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StraFo	Strafverteidiger-Forum
StuR	Staat und Recht (DDR, bis 1991)
StuW	Steuer und Wirtschaft
StVG	Straßenverkehrsgesetz
StVO	Straßenverkehrsordnung
StWuStPrax	Staatswissenschaften und Staatspraxis
SVN	Satzung der Verreinten Nationen
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter
UKHL	United Kingdom House of Lords
U Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
UrhG	Urheberrechtsgesetz
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VermG	Vermögensgesetz
VersG	Versammlungsgesetz
Verwaltung	Die Verwaltung (Zeitschrift)
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VfSlg.	Erkenntnisse und Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes (Österreich)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VO	Verordnung
VR	Verwaltungsrundschau
VRÜ	Verfassung und Recht in Übersee
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwZG	Verwaltungszustellungsgesetz

WechselG	Wechselgesetz
WehrPflG	Wehrpflichtgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
W.L.R.	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WTO	World Trade Organisation
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale LJ	The Yale Law Journal
YBEL	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZgStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht (Österreich)
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
Zs. der ADR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht (bis 1944)
ZSR/RDS	Zeitschrift für Schweizerisches Recht/Revue de droit suisse/Rivista di diritto svizzero

Einleitung

Ein Buch über »die« Rechtssicherheit zu schreiben, ist eine große, vielleicht eine zu große Aufgabe, zumal, wenn ein noch junger Rechtswissenschaftler sie sich stellt. Ohne Frage ist die Rechtssicherheit eines der »Ewigkeitsthemen« im Recht. *Gustav Radbruch* hat sie bekanntlich zu einem der Hauptzwecke des Rechts erhoben[1], und so bedarf es in dieser Einleitung denn auch nicht der ansonsten üblichen Begründung der besonderen Bedeutung des Themas. Die Rechtssicherheit ist im juristischen Diskurs in Deutschland allgegenwärtig, und ihre feste Verankerung als ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Europäischen Gemeinschaftsrechts dürfte dafür bürgen, dass ihr diese Allgegenwart nicht nur in Deutschland gesichert ist. Gerade diese Allgegenwart aber hat dazu geführt, dass sich vor das Thema ein Berg von Geschriebenem, Gesagtem und Gedachtem geschoben hat, der das anvisierte Ziel in immer weitere Ferne rückt und das Vorhaben, die *eine* Geschichte erzählen zu wollen, als vermessen erscheinen lässt. Rechtfertigungsbedürftig ist demnach nicht der Gegenstand, sondern vielmehr der Mut, oder besser: der Übermut, sich mit ihm zu befassen: Die Rechtssicherheit kann als Thema nicht erfunden werden; sie ist schon da.

Diesen Umständen dürfte es geschuldet sein, dass sich in den letzten Jahrzehnten die rechtswissenschaftliche Behandlung der Thematik in Deutschland vornehmlich auf Teilaspekte und Seitenaspekte des Rechtssicherheitsgedankens verlagert hat. Monographien zum Vertrauensschutz (als einem noch relativ jungen und wegen seiner Bürgerperspektive »näheren« Grundsatz) erscheinen in schneller Folge[2]; als Dauerthema erweist sich die Rückwirkung[3]. Auch zwei unlängst

[1] *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 171 ff.; *ders.*, Der Zweck des Rechts, S. 39 ff.; *ders.*, SJZ 1946, S. 105 ff.; *ders.*, Rechtsphilosophie, S. 164 ff.

[2] Aus jüngerer Zeit, ohne jeden Anspruch auf Vollständigkeit, *Borchardt*, Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1988; *Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989; *Michels*, Vertrauensschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht, 1997; *Berninghausen*, Die Europäisierung des Vertrauensschutzes, 1998; *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2000; *K.-A. Schwarz*, Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip, 2002; *Altmeyer*, Vertrauensschutz im Recht der Europäischen Union und im deutschen Recht, 2003. Aus der Schweiz ist zu erwähnen *Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, 1983. Die größere Attraktivität des Themas erklärt sich nicht allein aus der gemeinschaftsrechtlichen Bedeutung: Auch die Rechtssicherheit ist ja als allgemeiner Rechtsgrundsatz vom EuGH seit langem anerkannt.

[3] Monographisch behandelt z.B. von *Pieroth*, Rückwirkung und Übergangsrecht, 1981; *Iliopoulos-Strangas*, Rückwirkung und Sofortwirkung von Gesetzen, 1986; *Heukels*, Intertemporales Gemeinschaftsrecht, 1990; *Th. Berger*, Zulässigkeitsgrenzen der Rückwirkung von Gesetzen, 2002. Hinzu kommen freilich ungezählte Aufsätze und Festschriftenbeiträge.

erschienene Habilitationsschriften zur Steuerplanungssicherheit[4] und zur Kontinuität[5] könnten bestätigen, dass man sich der Rechtssicherheit vorzugsweise in Gestalt ihrer neuen Ableger widmet und vielleicht auch widmen sollte. Dabei soll nicht der Eindruck erweckt werden, »die« Rechtssicherheit komme nicht vor. Im Gegenteil: Von der Rechtssicherheit und über sie wird praktisch täglich nachgedacht, gesprochen, geschrieben; auch Rechtsprechung und Schrifttum zu ihren Teilaspekten und Subprinzipien fügen weitere Farben und Schattierungen zu dem Bild hinzu, das wir uns von der Rechtssicherheit machen.

Doch hierin mag, paradoxerweise, gerade die Rechtfertigung für das Vorhaben liegen, sich monographisch mit dem Thema zu befassen: Es ist bemerkenswert, wie Omnipräsenz und Ubiquität eines Topos unmerklich und unwillentlich zu dessen Dekonstruktion beitragen können. Der Begriff ist in aller Munde, jedem deutschen Juristen seit je vertraut, und doch zeigt er in unterschiedlichsten Kontexten unterschiedlichste Facetten, begegnet einem hier als Synonym für die Rechtskraft[6], dort für Vertrauensschutz[7], einmal als Ausdruck des Positivismus[8], ein anderes Mal als Rechtsgütersicherheit[9]; dem Zivilrechtler werden sich in Teilen andere Assoziationen mit dem Begriff verbinden als dem Verwaltungsrechtler. Mit der zunehmenden Differenzierung des Rechts geht eine Differenzierung auch des Rechtssicherheitsverständnisses einher. Dabei scheint es um die Frage, was Rechtssicherheit sei, ähnlich zu stehen wie um die Frage nach der Zeit, von der *Augustinus* sagt: »Wenn mich niemand danach fragt, weiß ich es; will ich einem Fragenden es erklären, weiß ich es nicht.«[10] Bei dem Versuch, aus diesem Kreislauf der Selbstverständlichkeiten auszubrechen und die verschiedenen Fäden zusammenzuführen, kommt Monographien begreiflicherweise eine besondere Bedeutung zu. Sie widmen sich zentral und ausschließlich »ihrem« Thema und können ihm mehr Raum geben, als dies in einem Aufsatz möglich ist. Fünfzig Jahre nach Erscheinen der letzten Monographie zu »Der Rechtssicherheit« in deutscher Sprache[11] scheint es an der Zeit, einen weiteren Versuch zu unternehmen – und sei es nur, um sich der Rechtssicherheit zu vergewissern. So dient diese Arbeit zugleich der Verdeutlichung wie der Rekonstruktion einer Leitidee des Rechts, die gerade wegen ihrer Allgegenwart im juristischen Diskurs Gefahr läuft, verschüttet zu werden.

---

[4] *Hey*, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, 2002.

[5] *A. Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, 2002.

[6] *Köst*, Juristisches Wörterbuch, S. 373; *Creifelds*, Rechtswörterbuch, S. 1029 f.

[7] Statt vieler *Schlockermann*, Rechtssicherheit als Vertrauensschutz in der Rechtsprechung des EuGH, Diss. München 1984.

[8] In der Diskussion über *Radbruch*, SJZ 1946, S. 105 ff.

[9] *Frankenberg*, AK-GG, Art. 20 Abs. 1–3 IV Rz. 27 f., im Anschluss an *Denninger*, KritJ 21 (1988), 1 ff.

[10] *Aurelius Augustinus*, Confessiones (Bekenntnisse), Buch XI, Kapitel 14 (S. 628/629).

[11] *F. Scholz*, Die Rechtssicherheit, 1955. In italienischer bzw. spanischer Sprache sind seitdem vor allem die beiden hervorragenden Monographien von *Corsale* (Certezza del diritto e crisi di legitimità, 1979) und *Arcos Ramírez* (La Seguridad Jurídica, 2000) erschienen.

Dabei ist mir bewusst, dass ich den Berg, der sich vor das Thema geschoben hat, weder beiseite zu schieben noch zu übersteigen vermag. Jeder wird an eine Arbeit zur Rechtssicherheit Erwartungen haben, die diese nur enttäuschen kann. Daher wird hier bewusst nicht die eine, große, Erzählung zur Rechtssicherheit angeboten. Die hier unternommene Rekonstruktion besteht aus zusammengetragenem Material, das die Architektur der Rechtssicherheit sichtbar machen soll. Das ganze Gebäude ist es nicht. Nun wäre eine Herangehensweise denkbar, bei der nach einem historischen und einem rechtsphilosophischen Vorspann die normative Verankerung eines Prinzips Rechtssicherheit im Recht der Bundesrepublik Deutschland versucht wird, um dieses auf den Stufen des Verfassungsrechts und des einfachen Rechts, gegebenenfalls in einzelnen Referenzgebieten (»unter besonderer Berücksichtigung von ...«), normativ durchzuführen. Ein solcher Ansatz hätte den Vorzug des Herkömmlichen, in einem durchaus positiven Sinn: Erwartungen an eine »klassische« Monographie würden hinsichtlich Struktur und Methodik erfüllt; die Frage, wie die Arbeit abgefasst ist, stünde der Frage, worüber berichtet wird, nicht im Wege.

Wenn hier anders verfahren wird, so geschieht dies nicht um einer bemühten Originalität willen oder um Erwartungen der Leser zu enttäuschen. Ein Ansatz wie der eben beschriebene würde eine Geschlossenheit der Konzeption suggerieren, die der Bandbreite des Themas und des Argumentationstopos Rechtssicherheit nicht gerecht würde. Auch ließe sich durch einen solchen normativ-deduktiven Ansatz nur unvollkommen abbilden, wie differenziert sich das Rechtssicherheitsargument tatsächlich in einer Rechtsordnung präsentiert und dass seine Anerkennung als ein Verfassungsargument nicht sogleich bedeuten muss, dass die Gesamtrechtsordnung im Angesicht der Rechtssicherheit konstitutionell versteinert. Stattdessen ist der hier verfolgte Ansatz stärker tastend, induktiv, phänomenologisch; er nähert sich dem Objekt der Betrachtung über seine Erscheinungsformen, um zu dessen Eigenarten vorzudringen, aber auch um eben diese Erscheinungsformen in ihrer Beziehung zum Objekt darzustellen. Er ist perspektivisch, da Rechtssicherheit im Rahmen dieser Annäherung aus einer Reihe einzelner Blickwinkel betrachtet wird, die für sich genommen notwendigerweise einseitig sind und ihre je eigenen »blinden Flecken« haben. In der Kombination aber sollen sie, wie beschrieben, Grundriss (wie Außenwände) des Gebäudes Rechtssicherheit erkennbar werden lassen. Man mag es sich an dem Bild mehrerer Scheinwerferkegel verdeutlichen, die das Objekt für sich genommen nicht vollständig oder gleichmäßig ausleuchten, aber doch gemeinsam in seinen wesentlichen Umrissen und mit einer gewissen Plastizität vor Augen führen. Auch das Einschalten der Deckenbeleuchtung – sofern jemand Zugang zum Lichtschalter hätte – würde übrigens bestimmte Winkel verschatten.

Um nachvollziehbaren Befürchtungen gleich zu Beginn entgegenzutreten: Bei alledem stehen die einzelnen Kapitel nicht isoliert nebeneinander, sondern bauen aufeinander auf und sind miteinander vielfältig verbunden. In ihrer Abfolge streben sie einen klassischen Spannungsbogen nach dem Muster »Hinführung – Hauptteil – Schluss« an (dies jedoch auch wieder nur bedingt, da das letzte Kapi-

tel allein der Frage der Normativität des Prinzips Rechtssicherheit im deutschen Verfassungsrecht gewidmet ist). Insofern ist das Irritationspotential des hier verfolgten Ansatzes, hoffentlich, nicht so groß, wie es zunächst den Anschein haben könnte. Der Gesamtplan stellt sich danach wie folgt dar: Einer Hinführung dienen die beiden ersten Kapitel, das Dritte Kapitel fungiert im Hauptteil der Kapitel 3–8 als eine Art »Exposition«, deren Themen in den Kapiteln 4–6 auf nationaler, im Siebten Kapitel auf europäischer Ebene durchgeführt werden. Das Achte Kapitel hat, als eine Form von »Reprise«, ähnlich dem Dritten Kapitel Brückenfunktion, während das abschließende Neunte Kapitel, hier allerdings mit der erwähnten thematischen Beschränkung, eine Art Abschluss bildet.

Im Folgenden sei ein etwas detaillierterer Überblick geboten: Die Annäherung beginnt im *Ersten Kapitel* »von außen«. Es wird der Begriffsgeschichte nachgegangen, angefangen von den ersten Verwendungen bis hin zur unmittelbaren Nachkriegszeit, deren Verständnis noch heute prägend für das deutsche Recht ist. Der Schwerpunkt liegt sodann auf der intensiv geführten Diskussion um die Rechtssicherheit in den ersten Jahren des NS-Regimes sowie auf dem Rechtssicherheitsverständnis der DDR, die diesen Begriff in ihre Verfassung aufnahm.

Das *Zweite Kapitel* löst die Rechtssicherheit in ihre Bestandteile Recht und Sicherheit auf und untersucht in genealogischer Perspektive, wie Sicherheit zum gesellschaftlichen Wert werden und wie sich hieraus das Recht als Instrument zur Herstellung von Sicherheit entwickeln konnte. Ferner wird dargestellt, wie diese »Sicherheit durch Recht« mit zunehmender Komplexität der Rechtsverhältnisse zur Forderung nach »Sicherheit des Rechts« leitet. Es ist dieses heute vorherrschende Verständnis der Rechtssicherheit als Sicherheit des Rechts, das dieser Arbeit im Folgenden zu Grunde gelegt wird.

Das *Dritte Kapitel* tritt aus der Außenperspektive der beiden ersten Kapitel heraus und umreißt das Wesentliche der Rechtssicherheit: Zunächst werden als charakterisierende Strukturelemente Erkennbarkeit, Verlässlichkeit und Berechenbarkeit des Rechts ausgemacht; sodann wird der Telos der Rechtssicherheit anhand der Bedeutung sicheren Rechts für Individuum und Gesellschaft untersucht. Es folgen Anwendungsfelder und Grenzziehungen, insbesondere zum Vertrauensschutz.

Vierte, Fünftes und Sechstes Kapitel ordnen als eine Einheit das deutsche öffentliche Recht (Grenzüberschreitungen inbegriffen) aus der Perspektive jeweils eines der drei Strukturelemente: Erkennbarkeit, Verlässlichkeit, Berechenbarkeit. Das Ziel ist einerseits darzustellen, auf welchen unterschiedlichen Ebenen Rechtssicherheit in einer entwickelten Rechtsordnung verwirklicht ist (auf der Ebene von Verfassungsrecht, einfachem Recht, außerrechtlich), andererseits zu verdeutlichen, wie das Rechtssicherheitsargument zur Lösung konkreter Streitfragen nutzbar gemacht werden kann (z.B. zur Behandlung des Rückwirkungsproblems). Während die Erkennbarkeit von Recht vor allem als Kommunikationsproblem gedeutet wird, stehen bei der Verlässlichkeit und Berechenbarkeit Bindungen der Rechtsakteure an einmal getroffene Entscheidungen bzw. an Entscheidungsprogramme im Mittelpunkt. Verlässlichkeit bedeutet aber neben Be-

ständigkeit auch Effektivität des Rechts, weswegen auch Themen wie Rechtsdurchsetzung und Rechtsbefolgung Rechtssicherheitsthemen sind. Durch diese drei »topologischen« Kapitel hindurch werden die Probleme neben der juristischen Sicht auch aus der Perspektive von Sozial- und Kulturwissenschaften in den Blick genommen, um die tatsächlichen Bedingungen von Rechtssicherheit zu beschreiben.

Das *Siebte Kapitel* verlässt die deutsche Rechtsordnung und versucht, Rechtssicherheit als eine gemeineuropäische Idee aufzuspüren[12]. Es geht um den Stellenwert, den die Rechtssicherheit (und eng von ihr abhängig: der Vertrauensschutz) in europäischen Rechtsordnungen besitzt. Ansatzpunkt hierfür ist zunächst das Recht der Europäischen Gemeinschaft sowie die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte; sodann werden ausgewählte europäische Rechtsordnungen (Frankreich, Italien, Spanien, England, Polen) untersucht. Dabei wird erkennbar, wie vor allem das Europäische Gemeinschaftsrecht auch solche Rechtsordnungen zunehmend unter Anpassungsdruck setzt, die bislang einem Verfassungsprinzip Rechtssicherheit noch skeptisch gegenüberstehen.

Das *Achte Kapitel* versucht, vor dem Hintergrund der Einsichten aus den vorangegangenen Kapiteln, den in der Radbruchschen Formel angelegten Widerspruch zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zu relativieren, ohne ihn freilich in Frage zu stellen. Nach einer knappen Skizze der Spannungen innerhalb der Rechtsidee werden der Beitrag der Gerechtigkeit zur Rechtssicherheit und umgekehrt der Beitrag der Rechtssicherheit zur Gerechtigkeit untersucht. Schließlich wird der Blick auf den Punkt gerichtet, an dem Rechtssicherheit und Gerechtigkeit zusammenfallen: auf die Idee der Gleichheit.

Das *Neunte Kapitel* endlich wendet sich dem deutschen Verfassungsrecht zu und fragt nach einem Verfassungsprinzip Rechtssicherheit. Nach dessen grundgesetzlicher Begründung werden vor allem die Rechtswirkungen eines solchen Prinzips betrachtet und anschließend gegen den Vorwurf einer Konstitutionalisierung verteidigt, die droht, wenn allzu großzügig eine ganze Rechtsordnung auf abstrakte verfassungsrechtliche Überprinzipien zurückgeführt wird – verbunden mit einer Übermacht des BVerfG, dem für das Grundgesetz die Auslegung und Anwendung solcher Prinzipien in letzter Instanz obliegt. Abschließend wird versucht, den Wert des Rechtssicherheitsarguments im verfassungsrechtlichen Diskurs zu umreißen.

Die hier gewählte perspektivische Annäherung bedingt, dass am Ende dieser Arbeit keine Zusammenfassung der Ergebnisse steht. Eine solche wäre unvereinbar mit einem Ansatz, der die Vorstellung eines abgeschlossenen Konzepts ver-

[12] Ein eher technischer Hinweis, der vor allem (aber nicht nur) das rechtsvergleichende Siebte Kapitel betrifft: Wo im Haupttext der Arbeit fremdsprachliche Zitate stehen, habe ich diesen in den Fußnoten eine eigene Übersetzung beigegeben, um die Lektüre zu erleichtern. Diese Eindeutschungen sind alles andere als perfekt und sollen nur als Lesehilfe dienen. Fremde Übersetzungen sind, wo diese herangezogen wurden, als solche gekennzeichnet. Sie finden sich regelmäßig im Haupttext.

meiden soll und zugleich Wert auf die Darstellung der Vielfalt der Erscheinungsformen von Rechtssicherheit und deren Beziehung zu dem zu Grunde liegenden Prinzip legt. Stattdessen sollen Zusammenfassungen am Ende der einzelnen Kapitel bzw. Abschnitte (sowie die Einleitungen, insbesondere zu den Kapiteln 4–6) die Lektüre erleichtern. Dass sie diese nicht ersetzen werden, sondern dass der eine oder die andere sich versucht sieht, das Buch trotz seines leider nicht unerheblichen Umfangs insgesamt zu lesen, hoffe ich sehr. Es gibt viele Möglichkeiten, sich mit der Rechtssicherheit zu befassen. Dies ist nur eine von ihnen.

1. Kapitel: Phraseologisch

Stationen einer Begriffsgeschichte

Bei einem Begriff, der sich dem heutigen Leser mit einer solchen Fülle von Assoziationen verbindet wie der Begriff »Rechtssicherheit«, ist es praktisch unmöglich, alle Facetten in ihren historischen Wurzeln und Bezügen darzustellen. Die meisten Gedanken, die sich heute mit dem Begriff verbinden, führen zurück auf Wesenselemente des Rechts, und so erforderte zum Beispiel eine historische Einordnung allein der »Verkörperlichung« des Rechts, einschließlich seiner Verschriftlichung, einen Rückbezug weit über etwa die spiegelnden Strafen des Mittelalters oder der Scharia hinaus bis zum römischen Zwölftafelgesetz, zu den solonischen Drehtafeln und Säulen, zu den Zehn Geboten und zum Kodex des *Hammurabi*. Eine solche *Ideen*geschichte der Rechtssicherheit zu schreiben, erscheint demnach als ein Ding der praktischen Unmöglichkeit[1]. Tatsächlich wäre eine solcher Versuch auch nur bedingt auf eine Ideengeschichte »der Rechtssicherheit« gerichtet. Gewiss vermögen derartige Rückbezüge den einzelnen Elementen des Rechtssicherheitsgedankens, wie wir ihn heute kennen, eine zeitliche Tiefendimension zu verleihen; einen historischen Abriss der Rechtssicherheit als übergeordneter Leitidee indes vermögen sie nicht hervorzubringen. Auch wenn die Elemente, die wir heute unter dem Begriff zusammenfassen oder – weniger deutlich – diesem Begriff zuordnen, wie beispielsweise das Gebot der Bestimmtheit von Rechtsnormen, das Rückwirkungsverbot oder die Rechtskraft, im Recht eine lange Tradition besitzen[2], so ist deren Verklammerung durch den einheitsstiftenden Begriff der »Rechtssicherheit« ein, wie zu zeigen sein wird, relativ junges Phänomen.

In einer derartigen Zusammenfassung semantischer Gehalte unter einem gemeinsamen Begriff offenbart sich, wie *Saussure* erkannte, ein auch gedanklicher Zusammenhang: Phänomene, die der Geist unterscheidet, werden mit unterschiedlichen Begriffen belegt, solche die vom Geist nicht oder nicht mehr unterschieden werden, unter einem gemeinsamen Begriff zusammenge-

[1] Ähnlich *Corsale*, Certezza, S. 127.

[2] Zur »Rechtssicherheit« in altrömischer Zeit siehe z.B. *Sargenti/Luraschi* (Hrsg.): La certezza del diritto nell' esperienza giuridica romana, Padova 1987. Freilich geht es in den dort versammelten Beiträgen nicht um das antike Verständnis der Rechtssicherheit, sondern um eine Beurteilung der altrömischen Rechtsordnung unter dem Aspekt der Rechtssicherheit (präziser: dem der *certezza del diritto* der italienischen Rechtslehre) in heutiger Sicht.

fasst[3]. Dabei kann diese grundsätzliche Beobachtung auch auf das »hierarchische« Verhältnis von Ober- und Unterbegriff übertragen werden[4], dergestalt, dass *soweit* der Geist Phänomene unterscheidet, er ihnen einen je eigenen (Unter-) Begriff zuordnet, *soweit* er sie *nicht* unterscheidet aber diese einem allen gemeinsamen Oberbegriff einfügt. Den Vorgang des Zusammenwachsens mehrgliedriger syntaktischer Konstruktionen zu einem Wort, die Bildung von Komposita, bezeichnet die Linguistik als »Univerbierung«. Wo das neu gebildete Kompositum keinen Gegenstand benennt (hier geht es regelmäßig nur um eine alltagssprachliche Verkürzung), sondern ein nicht gegenständliches Phänomen, wie eben Rechtssicherheit, kann die Univerbierung als Ausdruck einer Idee angesehen werden, die in dem neu geschaffenen Begriff nach einem adäquaten Ausdruck sucht[5]. Die Univerbierung verweist somit auf das Bedürfnis, eine neue gedankliche Einheit begrifflich zu erfassen. Mit anderen Worten: Erst mit der Einführung des Begriffs lässt sich überhaupt von einer Ideengeschichte »der Rechtssicherheit« sprechen. Derartige Konzeptionen sind indes nicht unwandelbar, und so kann eine Begriffsgeschichte zudem Akzentverschiebungen deutlich machen, die sich entwickelnde Vorstellungen von »Rechtssicherheit« hervorbringen und derer man sich bei der Heranziehung historischer Quellen bewusst zu sein hat. Über die Annäherung an den Begriff und seine Geschichte lassen sich demnach Einblicke in die Idee der Rechtssicherheit gewinnen.

Das Kapitel ist nun aber auch mit Bedacht »*Stationen einer* Begriffsgeschichte« überschrieben: Weder geht es um eine lückenlose Darstellung der Geschichte von Verständnis und Verwendung des Begriffs seit seinen Anfängen, noch kann der Anspruch erhoben werden, allen Erwähnungen auch nur für den untersuchten Zeitraum nachgegangen zu sein. Schon die beiden ersten monographischen Arbeiten zur Rechtssicherheit erwähnen die Allgegenwart des Begriffs ebenso wie das Fehlen von Literatur, die sich spezifisch der Rechtssicherheit widmete; auch die phrasenhafte und vielfach wenig reflektierte Verwendung des Begriffs wird betont[6]. Unter diesen Bedingungen erscheint eine systematische Durchforstung unzähliger Publikationen einen bestenfalls begrenzten Ertrag zu versprechen. Abgesehen von den frühesten Quellen wird hier daher nur solche Literatur be-

---

[3] *de Saussure*, Cours, S. 167. Vgl. ferner *Gipper*, Wirkungen, S. 44: der Begriff verweist auf einen »denksystembedingten Inhalt«. Dabei braucht hier nicht der Frage nachgegangen zu werden, in welchem Verhältnis Sprache und Bewusstsein stehen, ob und inwieweit es vorsprachliches Bewusstsein gibt (hierzu *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen, §§ 327–341, passim; ferner *Rorty*, Der Spiegel der Natur, S. 203 ff.; *Sellars*, Science, Perception and Reality, S. 127 ff., insbesondere S. 160 [zum »psychological nominalism«]; *Gipper*, Denken ohne Sprache?, S. 18 ff.); es genügt für die hiesigen Überlegungen, *dass* Sprache und Vorstellung, Begriff und Idee aneinander gekoppelt sind.

[4] Zur wissenschaftlichen Klassifikation (mit anderen Worten: zur wissenschaftlichen Zu-Ordnung) mit Hilfe der Bildung begrifflich gefasster Über- und Unterordnungen nach Maßgabe von *genus proximus* und *differentia specifica* siehe *Gipper*, Problematik, S. 113.

[5] Vgl. *Fleischer/Barz*, Wortbildung, S. 90.

[6] *Bendix*, Rechtssicherheit, S. 162 ff.; *Rümelin*, Rechtssicherheit, S. 2 mit Fn. 2 sowie S. 25 in Fn. 1. Siehe auch *M. Schmidt*, Rechtssicherheit, S. 9.

rücksichtigt, die nicht *mit* der Rechtssicherheit redet, sondern *über* sie. Von besonderem Interesse sind dabei offensichtlich Texte, die den Begriff »Rechtssicherheit« im Titel führen und damit eine bewusste und gezielte Teilnahme am Rechtssicherheitsdiskurs markieren. Hier ergeben sich nun zwei Auffälligkeiten, welche die Schwerpunktsetzung in diesem Kapitel beeinflusst haben: zum einen die markanten Verwendungen des Begriffs in den ersten Jahren des Nationalsozialismus, insbesondere von (rechts-)politischen Größen des Systems (z.B. *Göring* und *Hans Frank*), zum anderen die ausdrückliche Verankerung der Rechtssicherheit in Art. 19 Abs. 1 der Verfassung der DDR von 1968. Dass die Rechtssicherheit hier von offizieller und offiziöser Seite quasi mit einem Ausrufezeichen versehen wurde, lässt die Befassung lohnend erscheinen. Gerade mit einem intuitiv-rechtsstaatlichen Verständnis von »Rechtssicherheit« im Hinterkopf dürften sich Verständnis und Verwendung des Begriffs in totalitären und/oder diktatorischen Systemen näherer Befassung empfehlen. Dies erklärt auch, warum diese erste Annäherung an den Begriff eine »phraseologische« genannt wird. Sie bleibt, noch, an der Oberfläche und tastet sich langsam an ihr Objekt heran. Auf Beobachtungen im Rahmen dieser Annäherung wird aber in späteren Kapiteln noch zurückzukommen sein.

I. Begriffshistorischer Überblick

1. Frühe Begriffsverwendungen

Der Spurensuche nach frühen Verwendungen des Begriffs »Rechtssicherheit« haftet etwas Unbefriedigendes an: Man muss immer damit rechnen, dass eine noch frühere Erwähnung irgendwo auftaucht, wo man nicht mit ihr gerechnet hat. Man hat sich daher von dem Anspruch zu lösen, »die früheste« Erwähnung des Begriffs ausfindig zu machen. Vieles bleibt hier Zufallsfund, ein Verfolgen von Zitaten und Spuren, die sich irgendwann verlieren. Dies gilt insbesondere für den Begriff »Rechtssicherheit«, dessen Ursprünge im Dunkeln bleiben. Dass der »Ruf nach Rechtssicherheit« tatsächlich »zu den Grundforderungen der Aufklärung« gehörte, wie *Wiedemann*[7] bemerkt, trifft aus heutiger Sicht gewiss zu: In der einschlägigen Literatur begegnen einem vielfältig die Begriffe »Recht« und »Sicherheit« (hierzu noch näher im 2. Kapitel), aus denen sich später die »Rechtssicherheit« wie selbstverständlich gebildet hat; den Begriff selbst aber entdeckt

[7] *Wiedemann*, Rechtssicherheit, S. 201. Möglicherweise bezieht sich Wiedemann hier auch nur auf die heute mit dem Begriff verbundenen Inhalte, sofern diese zu den rechtspolitischen Forderungen der Aufklärung zählten. Die im 16. und 17. Jahrhundert geführte Diskussion um die *certitudo iurisprudentiae* war primär auf die Gewissheit der juristischen Erkenntnis gerichtet, wie auch das Streben nach möglichster Rationalität des Rechts bei *Pufendorf* nicht mit dem Streben nach Rechtssicherheit im späteren Sinne verbunden war, sondern vor allem dazu diente, die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz zu belegen, wie *Troje*, Wissenschaftlichkeit, S. 63 ff. ausführlich darlegt (vgl. insbes. S. 68).

man dort zunächst noch nicht. So findet sich bei *Kant* der Begriff der »gesetzlichen Sicherheit«[8], den er im Zusammenhang mit dem Recht der Ersitzung als Eigentumssicherung im Sinne einer öffentlichen Befreiung von Ansprüchen anderer versteht; von »Rechtssicherheit« ist bei ihm jedoch (noch) nicht die Rede. Man wird die Entstehung des Begriffs freilich früher datieren müssen als *Franz-Xaver Kaufmann*, der in ihm eine Schöpfung erst des 20. Jahrhunderts sieht[9], oder *Franz Scholz*, der die Entstehung auf die zweite Hälfte des 19. Jahrhundert datiert[10]. Die Quellenlage deutet viel eher auf den Beginn des 19. Jahrhunderts hin[11], wie sogleich zu zeigen sein wird.

Es gehört zu den bemerkenswerten Charakteristika des Begriffs »Rechtssicherheit«, dass er, obschon gewissermaßen »aus dem Nichts« kommend, frühzeitig weite Verbreitung fand und in den allgemeinen juristischen Sprachgebrauch überging, ohne dass sein Inhalt klar umrissen worden wäre[12]. In der Folge legte nahezu jeder, der sich auf »die Rechtssicherheit« berief, dem Gebrauch sein eigenes apriorisches Begriffsverständnis zu Grunde, das von dem anderer durchaus nicht unerheblich abweichen konnte[13] – ein Befund, an dem sich bis heute wenig geändert haben dürfte. *Max Rümelin* stellte im Jahre 1924 fest:

»So häufig übrigens der Rechtssicherheitsbegriff verwendet wird und so zahlreich gelegentliche Bemerkungen über die Rechtssicherheit sind, fehlt es doch an einer zusammenfassenden Behandlung so gut wie ganz.«[14]

Ein klares Indiz für die weite Verbreitung des Begriffs schon um die Mitte des 19. Jahrhunderts findet sich in *Meyers* Lexikon von 1851:

»Die rechtliche Sicherheit ist derjenige Zustand des Menschen, in welchem er durch den Staat sein Leben, seine Freiheit, seine Ehre und sein Eigenthum, überhaupt sein Recht als Staatsbürger geschützt sieht. Die rechtliche Sicherheit ist einer der großen Hauptzwecke des Staats, ja in gewisser Hinsicht sein Hauptzweck selbst. Die Rechtssicherheit in ihrem ganzen Umfange wird stets nur das Eigenthum freier Staaten seyn; in despotischen Staaten, wo das Recht Aller von der Willkür eines Einzelnen abhängt, ist von einer rechtlichen Sicherheit nicht die Rede.«[15]

Wenn der Begriff wie selbstverständlich in einem Konversationslexikon verwendet wird, spricht dies für seine Geläufigkeit. Rechtssicherheit wird hier verstanden als »rechtliche Sicherheit« und als, mindestens, »einer der großen Hauptzwecke des Staats«. Es geht um die Sicherheit für Leib, Leben, Freiheit, Ehre und Eigentum, die der Staat durch das Recht dem Menschen gewährleistet. Hier besteht

---

[8] *Kant*, Metaphysik der Sitten, Anhang erläuternder Bemerkungen zu den metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre, S. 490 (A 175).

[9] *F.-X. Kaufmann*, Sicherheit, S. 76, insbes. Fn. 64.

[10] *F. Scholz*, Rechtssicherheit, S. 3.

[11] Ähnlich *Conze*, Sicherheit, S. 855: erste Hälfte des 19. Jahrhunderts.

[12] *F. Scholz*, Rechtssicherheit, S. 3.

[13] Diese Beobachtung machte im Jahre 1914 bereits *Bendix*, Rechtssicherheit, S. 162 ff.

[14] *Rümelin*, Rechtssicherheit, S. 25 Fn. 1.

[15] *J. Meyer*, Conversations-Lexicon, Zweite Abtheilung, Band VIII (1851), Stichwort »Sicherheit«, S. 1279.

Übereinstimmung mit *Robert von Mohl*, der in seiner »Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften« (1855) über die Lehren *Kants* schreibt:

»Im Uebrigen baut Kant und seine Schule den Staat auf die subjective Freiheit des Menschen, welche in ihren äusseren Handlungen durch die Nothwendigkeit der Coexistenz mit anderen gleich freien Menschen beschränkt wird. Der Staat ist bestimmt zur Schützung dieses vernunftgemässen äusseren Zusammenlebens; *sein einziger Zweck ist Rechtssicherheit für den Einzelnen*; und was nicht unter diesen Zweck fällt, ist nicht Gegenstand der Staatsthätigkeit.«[16]

Rechtssicherheit hängt auch hier mit der rechtlichen Sicherung gesellschaftlicher Koexistenz durch den Staat zusammen. Zugleich wird aber erkennbar, dass Rechtssicherheit auch eine den Staat begrenzende Dimension hat: Sie markiert in Mohls Kant-Exegese Grund wie Grenze der Staatstätigkeit. Ein den Staat in seine Grenzen weisendes Element tauchte bereits in Meyers Lexikoneintrag auf, indem dort Rechtssicherheit in ihrem ganzen Umfange nur als das Eigentum freier Staaten erkannt wird. In despotischen Staaten besteht eine solche rechtliche Sicherheit nicht.

Dieses »staatszweckorientierte« Verständnis der Rechtssicherheit ist es, von dem schon *Wilhelm Joseph Behr* in seinem »System der angewandten allgemeinen Staatslehre« ausgeht, einem Werk, das 1810 in Frankfurt am Main erschien und in dem sich, soweit ersichtlich[17], die ersten Erwähnungen des Begriffs »Rechtssicherheit« finden. Formuliert Behr den Staatszweck im ersten der drei Bände seines Werks noch als die Aufgabe einer »Sicherung des Rechts«[18], als »Geltung«[19] oder als »Geltendmachung«[20] desselben, begegnen einem bereits die Begriffe der »Sicherheit der Rechte«[21] (des Bürgers) und der »rechtlichen Sicherheit«[22] als Synonyme[23]. Der Staat als »Rechtsanstalt«[24] solle die »Herrschaft des Rechts«[25] garantieren. Den Zusammenschluss von Bürgern im Staat sieht Behr, insoweit ganz unter dem Einfluss Kants stehend, in eben diesem Zweck, rechtliche Sicherheit zu verwirklichen:

---

[16] *von Mohl*, Staatswissenschaften, S. 241 f. (Hervorhebung nicht im Original). Mohl bezieht sich in dem Abschnitt offenkundig auf *Kant*, Metaphysik der Sitten, § 44, S. 430 (A 164 f., B 193 f.). Hier findet sich freilich der Begriff »Rechtssicherheit« selbst noch nicht.

[17] Eine frühere Erwähnung des Begriffs ist mir nicht bekannt; es steht gewiss zu vermuten, dass eine solche existiert. Für den Hinweis auf *Behr* danke ich *Pascale Cancik*.

[18] *Behr*, System, Teil I, Einleitung (S. IV, VI). Ähnlich Teil II, § 419 (S. 154), § 455 (S. 226).

[19] *Behr*, System, Teil I, Einleitung (S. X, XIV-XVI), § 88 (S. 52 f.), § 111 (S. 70), § 114 (S. 72), § 133 (S. 94 f.); Teil II, § 334 (S. 10).

[20] *Behr*, System, Teil I, Einleitung (S. VI-IX, XIV).

[21] *Behr*, System, Teil I, Einleitung (S. X, XV), § 88 (S. 53), § 89 (S. 53 f.), § 92 (S. 55), § 111 (S. 70); Teil II, § 334 (S. 10), § 369 (S. 65: den Bürgern ist die »Sicherheit ihres Rechtsgebiets« zu gewähren).

[22] *Behr*, System, Teil I, Einleitung (S. XVII), § 88 (S. 53), § 111 (S. 70); Teil II, § 359 (S. 48 f.).

[23] Weitere, seltener verwandte, Synonyme sind: »Schutz des Rechts« (Teil I, Einleitung, S. XVI) oder »Schutz der Rechte« (Teil I, § 111 [S. 70]), »Realisirung des Rechts« (Teil I, Einleitung, S. XVIII), »Rechtlichkeit« (Teil I, § 88 [S. 52]).

[24] *Behr*, System, Teil I, § 88 (S. 52 f.).

[25] *Behr*, System, Teil I, § 288 (S. 285).

»Nun ist das Resultat der Beschränkung der Freyheit aller [...], die Rechtlichkeit, oder Geltung des Rechts – denn nach einem allgemeinen Gesetze frey handeln, d.h., so handeln, dass auch die Freyheit anderer ausser und neben uns, mit und neben der unsrigen bestehen könne, heisst: rechtlich handeln, und allgemeingesezliche Freyheit, und Sicherheit der Rechte, sind gleichbedeutende Namen: – folglich muss man annehmen, dass Geltung des Rechts, oder rechtliche Sicherheit, faktisch der Zwek der ersten öffentlichen Vereine oder Staaten gewesen sey [...].«[26]

Im zweiten Band taucht dann, im Zusammenhang mit der Strafrechtspflege, erstmals der Begriff »Rechtssicherheit« als (weiteres) Synonym für diesen Staatszweck auf[27]. Dieser wird im dritten Band zu einer bevorzugten Fassung des Staatszwecks dort, wo es um die Aufgaben der »Polizey« geht[28], die Behr, seinem liberalen Ansatz folgend, von wohlfahrtsstaatlichen Zwecksetzungen frei wissen möchte:

»Normirung und Regulierung alles dessen, wodurch die Erreichung *dieses* ihres *Zweks* bedingt ist, gehört zur *Sphäre* der Polizeygesezgebung; alles andere liegt *ausser* ihren Grenzen. Einheimisch und zulässig in ihrem Gebiethe ist also nur jede (ausser den, durch die Civil- und Strafgesezgebung bereits entschöpften, Rüksichten nöthige) Rüksicht auf alles und jedes, wodurch die *Rechtssicherheit* der Staatsglieder, einzeln und in ihrer Gesammtheit, *gefährdet*, und die möglichst vollkommenste *Beseitigung* jeder *solchen* Gefahr bedingt ist.«[29]

Schaffung von Rechtssicherheit bedeutet bei Behr die Sicherung der (Rechts-) Sphäre des Bürgers, seiner gleichen Freiheit und seines Eigentums, durch staatliches Recht und durch staatliche Institutionen zur Durchsetzung dieses Rechts. Der Staat ist einzig da, »um die Rechtssicherheit der Vereinigten zu verbürgen«[30]. Indem dieser Zweck auch für Behr Grund wie Grenze staatlicher Tätigkeit ist, wird erkennbar, dass der Staat und seine Organe selbst auf die Einhaltung dieser Grenzen festgelegt sein müssen, um Missbrauch der Machtbefugnisse auszuschließen[31].

Dieses Verständnis einer Sicherung des individuellen Lebenskreises durch das Recht auch vor Übergriffen des Staates findet sich 1845/48 im »Staats-Lexikon« von *Carl Theodor Welcker* und *Carl von Rotteck*, wo es im Zusammenhang mit Funktion und Aufgaben der »Polizei« heißt:

»Das Recht keines Bürgers darf misachtet [*sic*] werden, weil er z.B. eine niedere Stellung in der Gesellschaft einnimmt. Nicht nur kann er an sich diese Sicherheit zur Erreichung seines Lebenszweckes fordern, sondern es macht auch das nöthige allgemeine Zutrauen in die Rechtssicherheit einen solchen unbedingten Schutz unerläßlich.«[32]

---

[26] *Behr*, System, Teil I, § 115 (S. 73).

[27] *Behr*, System, Teil II, § 482 (S. 280); siehe auch Teil III, § 513 (S. 7).

[28] *Behr*, System, Teil III, § 517 (Anmerkung S. 16), § 530 (S. 46 f.), § 533 (S. 53), § 592 (S. 206).

[29] *Behr*, System, Teil III, § 517 (S. 15), Hervorhebungen im Original.

[30] *Behr*, System, Teil III, § 591 (S. 203). Auch der Staat selbst kann ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit haben, nämlich dort, wo er im völkerrechtlichen Verkehr mit anderen Staaten um die Wahrung seiner Rechte und die seiner Glieder besorgt ist: Teil III, § 632 (S. 292).

[31] Vgl. *Behr*, System, Teil I, § 54 (S. 34).

[32] *von Rotteck/Welcker*, Staats-Lexikon, Band X (1848), Stichwort »Polizei«, S. 693.

Die Brücke zu einer Begrenzung der Staatsaufgaben ganz im Sinne des klassischen Liberalismus[33] wird geschlagen, wenn an anderer Stelle die Rede davon ist, dass der allgemeine Staatszweck zwischen den Prinzipien der Sittlichkeit und Glückseligkeit harmonisch vermitteln müsse, »jedoch nur soweit er in der rechtlichen Grundform und unter Leitung der constitutionellen Regierung zu verwirklichen ist«. Nur dadurch, dass die Verfolgung des Staatszwecks auf den Weg über das verfassungsmäßig abgesicherte Recht beschränkt sei, werde »die völlige Harmonie mit der Rechtssicherheit begründet«.[34]

Rechtssicherheit als Sicherheit (auch) vor ungesetzlichen Übergriffen der Staatsgewalt, ein Verständnis, das sich in den genannten Quellen abzuzeichnen beginnt, findet sich schließlich bei *Carl Eschwin Albert von Holleuffer*, dessen Schrift über »Rechtssicherheit, unabhängige Justiz, ministerielle Cabinetsjustiz im Fürstenthum Schwarzburg-Sondershausen« aus dem Jahre 1864 vermutlich die erste Publikation darstellt, die den Begriff der »Rechtssicherheit« im Titel führt. Auch Holleuffer erläutert den Begriff nicht, sondern legt ihn als selbstverständlich zu Grunde; das Wort »Rechtssicherheit« begegnet dem Leser überhaupt erst auf der vorletzten Seite der Publikation. Hier resümiert Holleuffer, der zuvor einen gegen ihn geführten Strafprozess wegen Beleidigung minutiös und mit kohlhaasschem Eifer »actenmäßig« dargestellt hat, die von ihm gerügten zahlreichen Gesetzesverstöße wie folgt:

»Wo in einem einzigen Prozesse die Rechtswidrigkeiten so massenhaft vorkommen, wo in allen Instanzen man das richtige Wort nicht fand, um Unrecht wieder in Recht zu verwandeln, [...] da fragt wohl Jeder: Wie mag es in jenem Lande mit der Rechtssicherheit stehen?«[35]

Rechtssicherheit erfordert demnach für Holleuffer vor allem, dass die Verwaltung die Gesetze ordnungsgemäß vollzieht und dass die Gerichte über die ordnungsgemäße Gesetzesanwendung wachen[36].

Eine weitere frühe Erwähnung des Begriffs »Rechtssicherheit« findet sich 1840 in *von Savignys* großem »System des heutigen Römischen Rechts«. Im Kontext seiner berühmten Auslegungslehre geht er auf die Figuren einer teleologischen Extension und Reduktion von Gesetzen ein, die er entschieden ablehnt:

»Indem nun bey diesem Verfahren der Ausleger nicht den bloßen Buchstaben, also den Schein des Gesetzes, sondern den wirklichen Inhalt desselben zu verbessern unternimmt, stellt er sich über den Gesetzgeber, und verkennt also die Gränzen des eigenen Berufs; es ist nicht mehr Auslegung [,] die er übt, sondern wirkliche Fortbildung des Rechts. [...] Dazu kommen aber noch zwey in die Sache selbst eingehende Bedenken. Das erste liegt in

[33] Hierzu noch näher 2. Kapitel III.4.

[34] Ebd., Band I (1845), »Allgemeine encyklopädische Einleitung und Uebersicht der Staatswissenschaften und ihrer Theile«, S. 53.

[35] *von Holleuffer*, Rechtssicherheit, S. 101.

[36] Ausdrücklich rügt Holleuffer die »Beamtensouverainetät« (vgl. S. 49 ff. und Anmerkung auf S. 79) sowie die richterliche »Opportunität« (S. 94 ff., insbesondere S. 97), die im Fürstentum an die Stelle der Gesetzesbindung getreten seien. Zu der hierin offenkundig zu Tage tretenden Verbindung zur formellen Rechtsstaatsidee noch näher im 2. Kapitel III.4.

der häufigen Ungewißheit des Gesetzesgrundes [...]; wo nun über dessen Natur ein Irrthum leicht möglich ist, da muß jenes Verfahren in gänzliche Willkühr ausarten, und alle Rechtssicherheit, wodurch außerdem die Gesetze so wohlthätig werden können, zerstört werden.«[37]

In einer Fußnote fügt er hinzu:

»Das ist der wahre Sinn von L. 20.21 *de leg.* (1.3.). ›*Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. – Et ideo rationes eorum quae constituntur, inquiri non oportet: alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.*‹ Das *inquiri non oportet* ist nicht zu verstehen als Einspruch gegen die Erforschung des Grundes an sich, sondern nur insoferne sie dazu angewendet werden soll, den wirklichen Inhalt zu modificiren.«[38]

Es ist die Suche nach dem »wahren« Grund des Gesetzes, die sich vom Wortlaut löst, die für Savigny der Willkür des Interpreten die Bahn bereitet. Ein solches Gesetz kann dem Einzelnen keine feste Orientierung mehr bieten, in der doch gerade die »Wohlthätigkeit« der Gesetze liegt: die Rechtssicherheit ist zerstört. Während es bei den vorgenannten Quellen um den Beitrag des Rechts zu einer Sicherung des Lebenskreises des Einzelnen (vor Übergriffen Privater oder auch des Staates) geht, Sicherheit *durch* Recht, wird der Begriff der Rechtssicherheit bei Savigny für die Beschreibung eines Zustandes verwandt, in dem das Recht (das Gesetz) selbst sicher, sein Inhalt gewiss (*certum*) ist: Sicherheit *des* Rechts – eine Unterscheidung, auf die noch zurückzukommen sein wird[39]. Dieses Verständnis klingt auch in einer früheren Schrift Savignys an, seiner kaum minder berühmten Denkschrift »Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft« (1814). Hier wird zwar der Begriff der »Rechtssicherheit« nicht selbst verwendet, liegt aber zum Greifen nahe, wenn Savigny zum Streit über eine Kodifikation des Rechts schreibt:

»Für den innern Zustand des Rechts soll dadurch die höchste Rechtsgewißheit entstehen, und damit die höchste Sicherheit gleichförmiger Anwendung. Die äußeren Gränzen der Gültigkeit sollen dadurch gebessert und berichtigt werden, indem an die Stelle verschiedener Localrechte ein allgemeines Nationalrecht treten soll. [...] In dem Zweck sind wir einig: wir wollen Grundlage eines sicheren Rechts, sicher gegen Eingriff der Willkühr und ungerechter Gesinnung; desgleichen Gemeinschaft der Nation und Concentration der wissenschaftlichen Bestrebungen auf dasselbe Object.«[40]

Das »sichere Recht« ist demnach für Savigny »gewisses Recht«, das die »äußeren Gränzen« seiner Gültigkeit erkennen lässt und so »Willkühr und ungerechter Gesinnung« vorbeugt. Der Kreis zur Rechtssicherheit »in ihrem ganzen Umfange« als »Eigenthum der freien Staaten« und damit zum Schutz der »subjectiven Freiheit« ist geschlossen[41].

---

[37] *von Savigny*, System, Band 1, S. 322.

[38] Ebd., Fußnote (g): »Man kann nicht für alles, was von den Ältesten bestimmt worden ist, die Gründe nennen. – Und darum gebührt es sich auch nicht, die Gründe dessen, was bestimmt ist, zu erforschen: Sonst würde vieles von dem, was gewiss ist, zerstört.«

[39] Unten 2. Kapitel, III.2. und III.5.

[40] *von Savigny*, Beruf, S. 20, 161.

[41] Zum Einfluss des Denken Kants auf Savigny siehe statt vieler *Grimm*, Funktion, S. 98.

2. Rechtswissenschaftliche Literatur zur Rechtssicherheit: ein Überblick

Es ist dieses letztgenannte Verständnis einer Sicherheit des Rechts selbst, das im weiteren Verlauf prägend ist und im Mittelpunkt einer kleinen Reihe monographischer Abhandlungen steht, die in 1910er und 1920er Jahren erscheinen. Über das plötzliche Interesse an einer vertieften Auseinandersetzung mit einem Begriff, der seit Jahrzehnten in selbstverständlichem Gebrauch steht, kann hier nur spekuliert werden. Es scheint aber nicht gänzlich unbegründet anzunehmen, dass eine Ursache in der Methodendiskussion dieser Zeit liegen könnte, in der Freirechtsschule und Interessenjurisprudenz, um nur die einflussreichsten Strömungen zu nennen, den bis dahin herrschenden Positivismus herausforderten. Auffällig ist, dass mehrere dieser Schriften aus der Feder von Autoren stammen, die der überkommenen Methodik kritisch gegenüberstehen (*Bendix*, *Rümelin*, *Müller-Erzbach*) und keineswegs von »Begriffsjuristen«, von denen man ein Bekenntnis zur Sicherheit des Rechts in der Tradition Savignys wohl eher erwartet hätte. In gewisser Hinsicht handelt es sich hier um Apologien derjenigen Lager der Rechtswissenschaft, denen man aus traditioneller Sicht die Auflösung des »sicheren« Rechts in richterliche Willkür oder »textfreie« Interessenabwägung vorgeworfen hatte. Es deutet sich ein Zug des gesamten Sicherheitsdiskurses an: stets unter dem Eindruck von Unsicherheit geführt zu werden. Im Angesicht der Unsicherheit wird Sicherheit zum Thema[42]. Auf die hier angeführten möglichen Ursachen deutet auch folgende Bemerkung von *Ludwig Bendix* hin:

»Der Begriff der Rechtssicherheit ist der Zentralbegriff der überlieferten Methode, in der alle die groß geworden sind, die diese Methode jetzt bekämpfen, er ist gleichsam die Luft, in der alle Juristen atmen gelernt haben. Die Atmosphäre, deren Vorhandensein unser überliefertes rechtswissenschaftliches Denken voraussetzt, in Zweifel zu ziehen und damit zugleich die Überlieferung von der sogenannten Wissenschaftlichkeit des juristischen Denkens in Frage zu stellen, wer sollte dazu den Mut haben?«[43]

Mit seiner 1914 erschienen Schrift bewies Bendix den Mut, den Kampf um die – um im Bild zu bleiben – Lufthoheit aufzunehmen und eröffnete den kleinen monographischen Reigen[44]. In Abgrenzung von der »überlieferten Lehre«, zu der er

[42] Vgl. *Brassloff*, Rechtssicherheit, S. 12: »Es ist eine alte Erfahrung, daß die hohe Bedeutung eines Gutes dem Menschen erst dann zum vollen Bewußtsein kommt, wenn er es verloren hat und so ist es begreiflich, daß die Stabilität der Verhältnisse dann besonders hohe Wertschätzung findet, wenn in einer vorangegangenen Periode die staatliche Rechtsschutzorganisation in ihrer normalen Funktion behindert war.«

[43] *Bendix*, Rechtssicherheit, S. 161.

[44] *Bendix*, Das Problem der Rechtssicherheit. Zur Einführung des Relativismus in die Rechtsanwendungslehre, Berlin 1914. Zum Leben von Ludwig Bendix ausführlich dessen Sohn, der Soziologe *Reinhard Bendix*, Von Berlin nach Berkeley, Frankfurt a.M. 1985: Ludwig Bendix (1877–1954), Rechtsanwalt in Berlin, war als Jude und Sozialdemokrat einer der ersten, die im Mai 1933 ihre Anwaltszulassung verloren (a.a.O. S. 186; dokumentiert im Justiz-Ministerial-Blatt für die preußische Gesetzgebung und Rechtspflege, später: DJ 1933, S. 195). Wenige Tage später wurde er für drei Monate in der ehemaligen Garnison Brandenburg inhaftiert (S. 187 ff.). Hiernach in Berlin

insoweit auch die Freirechtsschule rechnete[45], unternahm Bendix den, dem Zeitgeist nicht fremden (*Dilthey, Einstein*)[46], Versuch einer »Einführung des Relativismus in die Rechtsanwendungslehre« (so der Untertitel seiner Publikation). Rechtssicherheit ist für ihn dabei gleichbedeutend mit der Vorhersehbarkeit einer gerichtlichen Entscheidung[47]. Da er diese als von der Persönlichkeit des Richters abhängig sieht, bestehen nur begrenzte Möglichkeiten, die Rechtsanwendung zu rationalisieren und dadurch berechenbar zu machen[48]. Ohne eine Eindämmung unvermeidlicher persönlicher Wertungen durch Verfahren und Organisation und ohne eine Hermeneutik der Rechtsfindung, die auch irrationale Entscheidungsgründe zur Kenntnis nehmen müsse, sieht er die Forderung nach Rechtssicherheit als uneinlösbar an[49].

Zwei weitere Monographien folgen in den 1920er Jahren: Die Publikation von *Max Rümelins* Rede »Die Rechtssicherheit« von 1924[50] und die gleichnamige Schrift des Wiener Ordinarius für Römisches Recht *Stephan Brassloff* (1928)[51]. *Rümelins* Arbeit ist eine umfängliche und gedankenreiche *tour d'horizon* aus Sicht der Interessenjurisprudenz, bei der er nahezu das gesamte Recht in Interessen zergliedert, die er mit der Rechtssicherheit in Verbindung bringt. Im Zentrum stehen für ihn dabei (wohl) das »Freiheitsinteresse« und das »Rechtsbewährungsinteresse«. Während ersteres das Interesse des Einzelnen bezeichnet, die Grenzen der Freiheit zu kennen und Unrechtsfolgen zu übersehen[52], zielt letzteres auf die Durchsetzung des positiven Rechts[53]; beide wiederum stehen in Verbindung zu einem »Rechtsdauerinteresse«[54] und zu einer Vielzahl weiterer Inter-

---

als Rechtsberater tätig, wurde er im Juli 1935 erneut verhaftet und musste bis Mai 1937 im KZ Dachau Zwangsarbeit leisten (S. 250 ff.). Nach seiner Entlassung gelang ihm die Emigration über Israel in die USA.

[45] *Bendix*, Rechtssicherheit, S. 173.

[46] Bendix beruft sich ausdrücklich auf Dilthey (Rechtssicherheit, S. 204).

[47] *Bendix*, Rechtssicherheit, S. 165, 166 ff., passim. In diesem Sinne auch *E. Fuchs*, Juristischer Kulturkampf, S. 10.

[48] An diesem Punkt trennt sich seine Position von der der Freirechtsschule, da diese zwar übereinstimmend mit Bendix die durch die Begriffsjurisprudenz bewirkte Rechtsunsicherheit bemängelte (vgl. *E. Fuchs*, Juristischer Kulturkampf, S. 10 ff.), aber den »soziologisch« vorgehenden Richter im Kontakt mit der »allgemeinen Volksempfindung« sah (a.a.O., S. 120).

[49] *Bendix*, Rechtssicherheit, S. 184 ff.

[50] *Rümelin*, Die Rechtssicherheit. Rede gehalten bei der akademischen Preisverteilung am 6. November 1924, Tübingen 1924. Es handelt sich um einer eher lange Rede (die Druckfassung beträgt 72 Seiten), von der man aus Rücksicht auf die Zuhörer hofft, dass sie erst aus Anlass der Drucklegung ihren endgültigen Umfang erhalten haben möge.

[51] *Brassloff*, Die Rechtssicherheit. Eine Studie aus dem Gebiete der allgemeinen Rechtslehre, Wien u.a. 1928. – Durch eine tragische Koinzidenz der Geschichte gehörte auch Brassloff, wie Bendix, zu den Opfern nationalsozialistischer Verfolgung: Nach dem »Anschluss« Österreichs 1938 von seinem Lehrstuhl entfernt, wurde er 1944 im KZ Theresienstadt ermordet.

[52] *Rümelin*, Rechtssicherheit, S. 10 ff. Dieses zielt insbesondere auf »die Bestimmtheit des Rechts, die Voraussehbarkeit der Entscheidungen« (S. 51), Interessen, die Rümelin zuvor mit dem »allgemeinen Bestimmtheits- und Gleichheitsinteresse« in Verbindung gebracht hat (S. 9).

[53] *Rümelin*, Rechtssicherheit, S. 12 f.

[54] *Rümelin*, Rechtssicherheit, S. 12. Zu dem verwandten »Kontinuitätsinteresse« bzw. »Stabilitätsinteresse« bei *Philipp Heck* siehe *A. Leisner*, Kontinuität, S. 121 f.

essen wie dem Rechtsschutzinteresse, dem Verkehrssicherheitsinteresse usw. Das Verhältnis der Zuordnungen bleibt dabei ebenso unklar wie der Brückenschlag zum »Staatssicherheitsinteresse«, dem Rümelin Notstandsrechte des Staates, Ministeranklage und gesetzliche Bestimmtheit entnimmt, ohne diese Ableitungen stets mit letzter Stringenz darzulegen[55]. Auch wenn im Verlauf der Durchmessung des Rechts die Konturen seines Rechtssicherheitsbegriffs zu verschwimmen drohen, deuten sich doch immerhin über das Freiheits- und das Rechtsbewährungsinteresse zwei Grunddimensionen an, die *Theodor Geiger* später (1947) als Orientierungssicherheit und Realisierungssicherheit bezeichnet hat[56]. Die nämlichen Aspekte finden sich auch beständig wiederkehrend in *Brassloffs* gedankenreicher Schrift[57], der sich besonders eingehend damit befasst, wie durch Organisation der Staatsverwaltung sichergestellt werden kann, dass die Gesetze auch tatsächlich beachtet und durchgesetzt werden[58]; doch auch Techniken der Sicherung privater Rechte beschäftigen ihn[59].

Um eine späte Verteidigung der Interessenjurisprudenz war es *Rudolf Müller-Erzbach* in seiner 1932 erschienen Schrift getan, die sich in ihrem Untertitel auf die Rechtssicherheit bezieht[60]. Den wesentlichen Beitrag der »rechtspolitischen Bewegung« sah er, kaum überraschend, in einer zuverlässigeren Bindung des Richters an den Willen des Gesetzgebers bzw. der Vertragsparteien durch Beachtung der wirklich verfolgten Interessen[61], betonte aber auch die Eignung des Interessengesichtspunkts zu einer wirklichkeitsnäheren und damit eher Orientierung vermittelnden Systembildung[62]. Obwohl 1934 erschienen, ist zu den rechtsstaatlichen Geist atmenden Publikationen zur Rechtssicherheit auch *Hermann von Mangoldts* Schrift »Geschriebene Verfassung und Rechtssicherheit in den Vereinigten Staaten von Amerika« zu rechnen[63]. Zwar ist die Rechtssicherheit hier nicht Gegenstand, sondern vorausgesetzter Maßstab seiner Untersuchung. Es wird aber deutlich, dass er unter Rechtssicherheit an erster Stelle Beständig-

[55] Siehe *Rümelin*, Rechtssicherheit, S. 4, 21 ff., 29 ff.

[56] *Geiger*, Vorstudien, S. 63 ff.

[57] *Brassloff*, Rechtssicherheit, S. 21 ff., zur Erkennbarkeit des Rechts, S. 28 ff. zur Kenntnis vom Recht, S. 32 ff. zur Bestimmtheit der Gesetze; S. 25 f., 59 ff., passim, zur Notwendigkeit der Durchsetzung von Recht.

[58] *Brassloff*, Rechtssicherheit, S. 90 ff., wo er sich mit zeitgenössischen Bestrebungen auseinandersetzt, die vom Berufsbeamtentum geprägten autokratischen durch demokratische Verwaltungsstrukturen zu ersetzen.

[59] *Brassloff*, Rechtssicherheit, S. 40 ff., 62 ff.

[60] *Müller-Erzbach*, Wohin führt die Interessenjurisprudenz? Die rechtspolitische Bewegung im Dienste der Rechtssicherheit und des Aufbaus der Rechtswissenschaft, Tübingen 1932.

[61] *Müller-Erzbach*, Interessenjurisprudenz, S. 83 ff., 125 ff., passim. Ähnlich *Germann*, Rechtssicherheit, S. 58.

[62] *Müller-Erzbach*, Interessenjurisprudenz, S. 117 ff., 129 ff.

[63] *von Mangoldt*, Geschriebene Verfassung und Rechtssicherheit in den Vereinigten Staaten von Amerika, Breslau-Neukirch 1934. Die Arbeit enthält keinerlei Verbeugung vor dem NS-System. In einem vom zeitüblichen Pathos freien Vor- und Nachwort (S. V-VIII und 151 f.) überlässt es der Autor ausdrücklich dem Leser, aus dem Dargestellten für das Deutsche Reich Lehren zu ziehen. Zu der Brisanz der Publikation *Wilms*, DVBl. 2000, S. 1249.

keit des Rechts und möglichste Kontinuität versteht[64], die er in der US-amerikanischen Rechtsordnung durch das Gerichtssystem in hervorragender Weise verwirklicht sieht[65]. Zudem bedeutet Rechtssicherheit für ihn Klarheit des Rechts[66]. Im Mittelpunkt seines Verständnisses von Rechtssicherheit steht, den Bürger vor einem selbstherrlichen Staat, insbesondere vor gesetzgeberischer Willkür, zu schützen[67].

Auf einige dieser Publikationen zurückblickend resümiert *Oscar Adolf Germann* die Ansichten zu dem so facettereichen Begriff der Rechtssicherheit in einem Aufsatz aus dem Jahre 1935 folgendermaßen:

»Bald wird darunter die Sicherheit verstanden im Sinne der Bestimmtheit und Eindeutigkeit von Normen, bald die Sicherheit der rechtlich geschützten Interessen, die Zuverlässigkeit in bezug auf den Rechtsschutz; bald denkt man an die Sicherheit der Voraussicht, wie der Richter materiell den Streitfall entscheiden würde, bald an die Sicherheit der prozessualen Geltendmachung von Rechtsansprüchen (Beweissicherheit).«[68]

Als den gemeinsamen »kulturell bedeutsamen Zweck« dieser Forderungen deutet Germann die Zuverlässigkeit der Geltung von Recht[69] und kommt dann, angelehnt an Rümelin, recht unvermittelt auf den der Rechtssicherheit innewohnenden Konflikt zwischen »Freiheitsinteresse« und »Schutzinteresse« zu sprechen[70], der sich im Strafrecht in der Spannung zwischen dem Grundsatz *nulla poena sine lege* und dem Gebot wirksamer Strafverfolgung manifestiere. Wie das letztere Gebot, die »*raison d'être* des Strafrechts«[71], im Interesse einer »sittlichen Erneuerung« der Gemeinschaft[72] in der Schweiz gestärkt werden könne, ohne die liberal-rechtsstaatlichen Sicherungen aufzugeben, ist Hauptanliegen seines Beitrags.

Der kursorische Überblick über Publikationen zur Rechtssicherheit aus der (noch) nicht vom Nationalsozialismus geprägten Zeit wäre nicht vollständig ohne die Erwähnung einiger rechtsphilosophischer Werke dieser Jahre, die ebenfalls *über* die Rechtssicherheit reden und nicht bloß *mit* ihr. Hier sind zunächst die 1914 erschienenen, einflussreichen »Grundzüge der Rechtsphilosophie« von *Gustav Radbruch* zu nennen[73]. Unter Rechtssicherheit versteht Radbruch hier in Abgrenzung von der Gerechtigkeit als Forderung nach einem bestimmten »So-

[64] *von Mangoldt*, Geschriebene Verfassung, S. 23 f., 98 ff., 125 ff., passim.
[65] Ebd., S. 143 ff.
[66] Ebd., S. S. 26.
[67] Ebd., S. 22.
[68] *Germann*, Rechtssicherheit, S. 59. Germann (1889–1979) war von 1930–1960 Ordinarius für Strafrecht an der Universität Basel. Er gilt als einer der Hauptvertreter und -anreger des herrschenden schweizerischen Schuldstrafrechts und der subjektiven Verbrechenslehre. Der Aufsatz erschien erstmals 1935 in der Schweizerischen Zeitschrift für Strafrecht.
[69] *Germann*, Rechtssicherheit, S. 59 unter Verweis auf S. 54 f.
[70] Ebd., S. 59 f.
[71] Ebd., S. S. 60.
[72] Ebd., S. S. 75, 76 f.
[73] *Radbruch*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914, zur Rechtssicherheit auf S. 171 ff.

sein« des Rechts zunächst das reine »Dasein« von Recht[74], »die Aufgabe eine überindividuelle Ordnung irgendwelcher Art zu schaffen, und so den Streit der individuellen Gerechtigkeitsanschauungen durch eine authentische Entscheidung praktisch zu erledigen«[75]. In dieser Perspektive verbindet sich Rechtssicherheit mit der primären Ordnungsfunktion des Rechts und damit mit der Macht[76]. Freilich darf das Recht hierzu nicht nur »auf dem Papier stehen«, weswegen Rechtssicherheit auch nach realer Wirksamkeit des Rechts verlangt[77]. Zwar sind Rechtssicherheit und Gerechtigkeit für ihn als Elemente der Rechtsidee selbst Bestandteile einer höheren Gerechtigkeit[78], in der Kontrastierung der Rechtssicherheit mit der Gerechtigkeit im engeren Sinne jedoch interessieren ihn vor allem diejenigen Fälle, in denen die Rechtssicherheit die Verbindlichkeit unrichtiger Entscheidungen verlangt: derogierendes Gewohnheitsrecht, Ersitzung, Verjährung und Rechtskraft[79]. Diese Gegenüberstellung von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit findet sich auch bei *Wilhelm Sauer*, der in der Gerechtigkeit den Maßstab für die sozialphilosophische Beurteilung von Recht sieht (der freilich bei der Schließung von Lücken im Recht rechtliche Relevanz erlangen kann), in der Rechtssicherheit aber das »juristische Grundgesetz«. Für ihn verlangt Rechtssicherheit »die Förderung des Staatsganzen und mindestens seine Erhaltung, seinen Bestand«[80]. Eine »kriminalpolitische« Einfärbung erhält hingegen die Rechtssicherheit bei *Leonard Nelson*[81]. Für ihn ist die Durchsetzung des (Straf-)Rechts Synonym der Rechtssicherheit und verbindet sich mit dem Satz: »Die Gesellschaft soll sich einem absichtliche Übertretungen des Gesetzes ausschließenden Zwang unterwerfen.«[82] Diese zwangsweise Durchsetzung belegt *Karl Petraschek* in seinem »System der Rechtsphilosophie« von 1932 mit dem Begriff des »Rechtsschutzes«, der zur »Rechtssicherheit« zwar Verbindungen aufweist[83], aber von diesem doch geschieden wird[84]. Rechtssicherheit ist für Petraschek verbunden mit der Kenntnis des Rechts, welches der äußeren Freiheit Grenzen setzt und sie zugleich verbürgt. Wenn »der Mensch sicher *weiß*, was er zu tun und zu lassen hat, um im Einklang mit dem Recht zu leben«, herrscht Rechtssicherheit[85]. Dabei entwirft Petraschek eine »dreigliedrige Idee der Rechtssicherheit«[86]: Die (eine strafrechtli-

[74] Ebd., S. 176.
[75] Ebd., S. 172.
[76] Ebd., S. 173: »Die Rechtssicherheit, welche immer der stärksten Macht die Weihe erteilt, verlangt aber vor allem, daß *eine* Macht die stärkste sei.« (Hervorhebung im Original). Siehe auch ebd.: »Die Rechtsphilosophie marschiert, wie der liebe Gott, mit den stärkeren Bataillonen.«
[77] Ebd., S. 174.
[78] Ebd., S. 178.
[79] Ebd., S. 174 f.
[80] *Sauer*, Lehrbuch der Rechts- und Sozialphilosophie, Berlin 1929, S. 227 f.
[81] *Nelson*, System der philosophischen Rechtslehre und Politik, Leipzig 1924, § 206 (S. 495 f.).
[82] Ebd., § 28 (S. 79).
[83] *Petraschek*, System der Rechtsphilosophie, Freiburg i.Br. 1932, S. 116, 120 ff.
[84] Ebd., S. 80 f., 107 (ausdrückliche Abgrenzung zu Radbruch).
[85] Ebd., S. 80.
[86] Ebd., S. 116 ff.

che Perspektive einnehmende) »Tatzugewandtheit des Rechts« bedeutet für ihn, dass das Recht – anders als die Moral – bei der Tat ansetzt und erst als sekundärem Faktor nach der Gesinnung des Täters fragt; mit »Typengebundenheit« kennzeichnet er die Schematisierung der Tatbestände, die mit der Bildung rechtlicher Kategorien (und mit einer Orientierung im Recht) notwendig verbunden ist; die »dogmatische Eigenschaft« des Rechts schließlich bedeutet, dass das Recht sich von seinen tatsächlichen Entstehungsbedingungen löst und ein Eigenleben entwickelt. Dies macht dem Rechtsmenschen erkennbar, wo die Grenzen seiner Freiheit verlaufen. Wenig Aufschluss bietet demgegenüber schließlich die 1934 erschienene erste Auflage von *Hans Kelsens* »Reiner Rechtslehre«, in der er die Rechtssicherheit als »Illusion« abtut[87]. Hier begegnet einem Rechtssicherheit reduziert auf das Verständnis einer eindeutigen Vorhersagbarkeit des Urteils aus dem Gesetz. Da für Kelsen die richterliche Tätigkeit sich nur graduell von der Tätigkeit des Gesetzgebers unterscheidet[88], ist ihm die »begriffsjurisprudenzielle« Annahme, dass die Entscheidung des Rechtsfalles schon in der Norm stecke und nur freigelegt werden müsse, leerer Wahn[89].

Die Rechtssicherheit war in den Jahren vor der Machtübernahme der Nationalsozialisten demnach durchaus Gegenstand rechtswissenschaftlicher und rechtsphilosophischer Betrachtung. Freilich blieb die Zahl derjenigen Publikationen, die sich speziell mit dem Thema befassten, insbesondere gemessen an der schon von Bendix betonten Ubiquität des Begriffs, erstaunlich gering. Angesichts dieses Befundes ist die Konjunktur, welche die Befassung mit der Rechtssicherheit im rechtswissenschaftlichen Schrifttum des frühen »Dritten Reiches« erlebte, umso bemerkenswerter. Bereits am 13. November 1934 – nur wenige Monate nach der »Nacht der langen Messer«, der neben Ernst Röhm und anderen Mitgliedern der SA-Führung auch der ehemalige Reichskanzler Kurt von Schleicher und seine Frau zum Opfer fielen – hielt niemand anderes als *Hermann Göring* einen Vortrag vor der Akademie für Deutsches Recht mit dem Titel »Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft«[90]. Auch der Reichsführer des Nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes (NSRB) und spätere Generalgouverneur *Hans Frank* wurde nicht müde, den »Dreiklang« von »Rechtsklarheit, Rechtswahrheit, Rechtssicherheit« zu proklamie-

[87] *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1. Aufl. Leipzig und Wien 1934, S. 99 f.

[88] Ebd., S. 97 f. Ähnlich *Germann*, Rechtssicherheit, S. 57 f.

[89] In der 2. Auflage macht diese Position einer differenzierteren Sicht Platz. Hier akzeptiert Kelsen angesichts einer zumindest faktischen Orientierung an Präjudizien die Möglichkeit, »daß die Entscheidung der Gerichte bis zu einem gewissen Grad voraussehbar und so berechenbar ist, daß sich die rechtsunterworfenen Subjekte in ihrem Verhalten nach den voraussehbaren Gerichtsentscheidungen richten können« (Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 256 f.). Näher zur Berechenbarkeit von Recht im Stufenbau der Rechtsordnung 6. Kapitel II.1 a).

[90] Im folgenden Jahr (1935) in der notorischen Hanseatischen Verlagsanstalt Hamburg erschienen. Wer diese Rede für den damaligen Preußischen Ministerpräsidenten, Reichsluftfahrtminister sowie Reichsforst- und Reichsjägermeister verfasst hat, konnte diesseits nicht ermittelt werden.

ren[91]. 1936 folgte auf dem Deutschen Juristentag ein Vortrag *Heinrich Barths*[92]. Die 1938 erschienene, in ihrer Stoßrichtung eher gemäßigte Frankfurter Dissertation von *Martha Schmidt*, die sich um eine Neubestimmung der Rolle der Rechtssicherheit im NS-Staat bemühte, dürfte freilich kaum Aufsehen erregt haben[93]. Auch der Berliner Rechtsphilosoph (und Freund Radbruchs) *Carl August Emge* widmete sich dem Thema in seiner 1940 erschienenen Abhandlung »Sicherheit und Gerechtigkeit«[94]. Daneben finden sich weitere Monographien, die den Begriff »Rechtssicherheit« im Titel führen (aber eben nicht *über* die, sondern *mit* der Rechtssicherheit reden), so die Dissertationen von *Hans-Heinrich Knobloch*[95] und *Heinrich Braukmüller*[96].

Bevor nun dem Schicksal des Begriffs »Rechtssicherheit« in nationalsozialistischer Zeit näher nachgespürt wird, soll noch ein kursorischer Blick auf die Literaturlage nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs geworfen werden[97]. Nach 1945 war es erneut *Radbruch*, der das Thema besetzte, und zwar mit seinem 1946 in der Süddeutschen Juristen-Zeitung erschienenen, vierseitigen (!) Aufsatz »Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht«[98], dessen berühmte Formel vom Spannungsverhältnis zwischen Gerechtigkeit und Rechtssicherheit schon bald den Grundkonsens der bundesdeutschen Jurisprudenz in ihrer Abgrenzung zum Nationalsozialismus definierte. Als wäre diese kurze Schrift das letzte Wort, wiederholt sich nun die Beobachtung eines allgegenwärtigen Begriffs, dem wenig wissenschaftliches Interesse gilt. In den ersten Jahren des Grundgesetzes (1955)

---

[91] So z.B. in einer handschriftlichen Parole aus Anlass des »Anschlusses« Österreichs an das nunmehr »Großdeutsche« Deutsche Reich, als Faksimile in: DR 1938, S. 133: »Rechtsklarheit Rechtswahrheit Rechtssicherheit – im Dienste Adolf Hitlers und seines nationalsozialistischen Großdeutschlands!«

[92] *Barth*, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, in: Sammlung deutscher Juristentage, Band 2, Berlin 1936, S. 137 ff.

[93] *M. Schmidt*, Rechtssicherheit, Frankfurt a.M. 1938.

[94] *Emge*, Sicherheit und Gerechtigkeit. Ihre gemeinsame metajuristische Wurzel. Aus den Abhandlungen der Preußischen Akademie der Wissenschaften, Berlin 1940. Emge (1886–1970) Parteigenosse seit 1931, Inhaber wichtiger Positionen und leidenschaftlicher Verfechter einer nationalsozialistischen Erneuerung des Rechtsdenkens, ging etwa ab 1936 zunehmend auf Distanz zum NS-Staat. Über die erwähnte Schrift, auf die noch zurückzukommen sein wird, existiert ein Brief *Radbruchs*, in dem dieser einige Übereinstimmungen mit seinen, Radbruchs, eigenen Ansichten betont (Brief vom 27. Oktober 1940 aus Heidelberg, Nr. 151, in: *Radbruch*, Briefe, hrsg. von Erik Wolf, Göttingen 1968, S. 138 f.). Die Schrift kann gerade in ihrer Kritik an staatlicher Willkür nicht als Ausdruck des nationalsozialistischen Umgangs mit dem Begriff der (Rechts-)Sicherheit gelten. Zur Biographie Emges, vor allem auch zu seinem Verhältnis zu Gustav Radbruch siehe *Pinter*, Zwischen Anhängerschaft und Kritik, 1994/96, insbes. S. 85 ff.; ferner *Rottleuthner*, Substantieller Dezisionismus, S. 33 ff.; zu Emge auch *U. Klug*, ARSP 72 (1986), S. 130 ff.

[95] *Knobloch*, Stillschweigende Vollmacht und Rechtssicherheit im Spiegel der Rechtsprechung, Würzburg 1935, zugleich Diss. Nürnberg 1935.

[96] *Braukmüller*, Das Ordnungsverfahren des Preisrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtseinheit und Rechtssicherheit, Breslau 1941, zugleich Diss. Göttingen.

[97] Da diese Literatur auf dem Boden des heutigen rechtsstaatlichen Verständnisses entstanden ist, das auch dieser Arbeit zu Grunde liegt, wird auf eine nähere Darstellung einzelner Publikationen an dieser Stelle verzichtet.

[98] *Radbruch*, SJZ 1946, S. 105 ff.

sollte zwar *Franz Scholz*[99] den Kreis der Monographen erweitern. Doch auch wenn eine Reihe von Autoren im Rahmen wissenschaftlicher Arbeiten zu anderen Themen, namentlich zum Rechtsstaat oder in allgemeinen Darstellungen zum Recht, der Rechtssicherheit vertiefende Gedanken gewidmet haben: die Zahl bleibt insgesamt besehen erstaunlich klein. Erst wenn man, wie in der Einleitung erwähnt, die in den letzten Jahrzehnten exponentiell angewachsene Literatur zu verwandten Themen wie Rückwirkung oder Vertrauensschutz einbezieht, wird deutlich, dass dem Problemkreis Rechtssicherheit weiterhin lebhaftes wissenschaftliches Interesse gilt. »Die« Rechtssicherheit aber spielt lediglich den Part des *basso continuo*.

II. Rechtssicherheit im Verständnis des Schrifttums der frühen NS-Zeit

Wenn im Folgenden ausführlicher auf die Diskussion um Rechtssicherheit und Rechtsstaat im rechtswissenschaftlichen Schrifttum der ersten Jahre der NS-Herrschaft eingegangen werden soll, so geschieht dies keinesfalls mit dem Anspruch, die Situation des öffentlichen Rechts und der Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus umfassend darstellen zu wollen[100]. Im Zentrum soll allein die Verwendung des Schlagwortes von der »Rechtssicherheit« in der juristischen Diskussion des NS-Staates stehen. Hierzu ist allerdings eine Einbettung in die in den Anfangsjahren des NS-Regimes intensiv geführte Auseinandersetzung um den Rechtsstaat[101] ebenso notwendig wie am Ende dieser Untersuchungen ein Resümee dazu, welche Funktion die Rechtssicherheit und die Verwendung des Begriffs im rechtswissenschaftlichen und im rechtspolitischen (die Übergänge sind hier fließend[102]) Schrifttum im Nationalsozialismus erfüllten.

Dabei erweist sich dieser historische Rückblick keineswegs als Selbstzweck. Vielmehr wird später in dieser Arbeit auf einzelne Aspekte der Rechtssicherheit zurückzukommen sein, die auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum der NS-Zeit, wiewohl oftmals in ideologischer Verzerrung, thematisiert wurden und die,

---

[99] *F. Scholz*, Die Rechtssicherheit, Berlin 1955.

[100] Vgl. hierzu, neben *Michael Stolleis*' Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band 3, vor allem *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 9 ff.; ferner *Pauly*, ebd., S. 74 ff.

[101] Siehe hierzu jüngst die gründliche Untersuchung von *Christian Hilger* (Rechtsstaatsbegriffe im Dritten Reich, 2003), auf die an dieser Stelle bereits insgesamt hingewiesen sei.

[102] Zu den wissenschaftlichen Standards vgl. als Bericht eines Zeitzeugen *Otto Bachof*, Redebeitrag, VVDStRL 60 (2001), S. 111 f., der angibt, 1933 ein Seminar von *Carl Schmitt* unter Protest verlassen zu haben, da Veröffentlichungen von Nebenbuhlern Schmitts um die Gunst der NS-Gewaltigen nicht berücksichtigt werden durften, und dessen Dissertation im Jahre 1939 von *Ulrich Scheuner* nicht in die von diesem betreute Schriftenreihe »Neue deutsche Forschungen« aufgenommen worden sei, da er dem Führertum und der Rasselehre nicht die nötige Reverenz erwiesen habe. Zu dem Phänomen der juristischen »Flugschriften«, Büchlein mit eher politischem denn im engeren Sinne rechtswissenschaftlichem Gehalt *Voigt*, Die Staatsrechtslehrer und das Dritte Reich, S. 278 ff.

bei aller zu wahrenden Distanz, Kontinuitäten durch die Zeit von 1933 bis 1945 hindurch bewusst machen können. *Bernhard Schlink* schreibt über die NS-Rechtslehre: »Dieses Rechtsdenken hat nichts hervorgebracht, was geblieben wäre, Eigenständigkeit zeigte und die Auseinandersetzung lohnte. Es ist nur peinlich. Mit dem banalen Bösen geht eben auch intellektuell nur Banales einher«[103]. Soweit Schlink in Anlehnung an *Hannah Arendts* viel zitiertes Wort von der »Banalität des Bösen«[104] Banalität auch des Rechtsdenkens konstatiert, ist ihm angesichts der einzigen eigenständigen Gehalte der NS-Rechtslehre, dem auf einer Rassefiktion aufbauenden völkischen Denken und dem Führerprinzip[105], zwar beizupflichten. Gleichwohl ist die Befassung mit der NS-Rechtswissenschaft und hier mit der Begriffsgeschichte von »Rechtssicherheit« zur Verdeutlichung der Mechanismen des Gleichschaltungs- bzw. Anpassungsprozesses sinnvoll und sogar aufschlussreich: Denn wenn hier, ganz bewusst, von Kontinuitäten *durch* die Zeit von 1933 bis 1945 *hindurch* gesprochen wird, soll damit auf Gedanken verwiesen werden, die vor, während und nach der NS-Zeit im Zusammenhang mit der Rechtssicherheitsidee eine Rolle spielten. In manchem, was einem in der Rechtswissenschaft aus der Zeit von 1933 bis 1945 ideologisch verdreht begegnet, steckt ein wahrer Kern. So kann beispielsweise (und im Vorgriff auf noch zu Behandelndes) Recht nur dann stabil sein, wenn es von den Normunterworfenen prinzipiell akzeptiert ist. Soweit zur Begründung dieser Akzeptanz das auf angebliche Rassendifferenzen gebaute »völkische Rechtsempfinden« herangezogen wird, versperrt die NS-Ideologie den Blick auf die dahinter stehende zutreffende Grundeinsicht. Allein die Bewusstmachung dessen aber kann sowohl die »Banalität« des Dualismus von Führer- und Rassegedanken als Grundlage des NS-Rechtsdenkens verdeutlichen als auch zu derjenigen »Relativierung des moralischen Absolutheitsgefühls bei uns Heutigen«[106] führen, die notwendig ist, um gegenüber den Irrwegen des NS-Rechtsdenkens und seiner Wiedergänger wirklich gewappnet zu sein.

1. Rechtssicherheit bei Carl Schmitt 1933–1936

Richtet man den Blick auf die zeitgenössischen rechtswissenschaftlichen Arbeiten, die sich mit der Rechtssicherheit befassen, steht *Carl Schmitt*, in den ersten Jahren des NS-Systems unbezweifelbar dessen »Kronjurist«[107], naturgemäß an

[103] *Schlink*, RhistJ 10 (1991), S. 174.

[104] *Arendt*, Eichmann in Jerusalem. Ein Bericht von der Banalität des Bösen, passim, insbesondere S. 325 ff. Zur Verteidigung gegen Kritiker vgl. Vorrede ebd., S. 9 ff.

[105] Hierzu statt vieler *Rottleuthner*, Rechtsphilosophie, S. 299 ff.; *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 33 ff.

[106] *Rottleuthner*, Rechtsphilosophie, S. 305.

[107] Zu Carl Schmitts Rolle als »Kronjurist« ausführlich *Koenen*, Der Fall Carl Schmitt, 1995. Zum Sturz und zur Entmachtung Schmitts, im Wesentlichen auf Grund von Intrigen seitens Karl-August Eckhardts und Reinhard Höhns ebd., S. 651 ff. (zur indirekten Mitwirkung Otto Koellreutters S. 669 ff.) sowie bei *von Lösch*, Der nackte Geist, S. 429 ff., insbes. S. 448 ff. (dort auch zur

erster Stelle: wegen seiner herausgehobenen öffentlichen Funktionen, aber auch wegen der Dominanz der von ihm geprägten Begriffe, die ihm über seine Entmachtung hinaus erheblichen Einfluss garantierten[108].

Den Begriff »Rechtssicherheit« verwendet Schmitt in seinen Rechtsstaats-Polemiken[109] der Jahre 1933 bis 1935 stets im Zusammenhang mit dem liberalen Rechtsstaat und dem Positivismus des 19. Jahrhunderts, die er erklärtermaßen bekämpft. Schmitt bringt den (aus seiner Sicht) formalistischen »Gesetzesstaat« mit seinem Wunsch nach Berechenbarkeit und gesetzlicher Ordnung in scharfen Gegensatz zu dem »Gerechtigkeitsstaat«[110], den er im Staat Adolf Hitlers erblickt. So polemisiert er insbesondere gegen den Grundsatz »nulla poena sine lege«, den er als »Magna Charta der Hoch- und Landesverräter«[111] verhöhnt und setzt diesem die Parole »nullum crimen sine poena« entgegen: »Demjenigen, der in der Sache gerecht denkt, liegt daran, daß *kein Verbrechen ohne Sühne*

Rolle von Carl Schmitts Assistenten Herbert Gutjahr). Demgegenüber legt *Bendersky*, Carl Schmitt, S. 223 ff., den Schwerpunkt auf die Wirkung der Schriften von Schmitts ehemaligem Schüler Waldemar Gurian, der von der Schweiz aus den Gesinnungswechsel seines früheren Lehrers angeprangert habe.

[108] Es soll an dieser Stelle weder um eine Beurteilung des Menschen *Carl Schmitt* noch um ein Urteil über sein Gesamtwerk gehen, sondern allein um seinen Beitrag zur Diskussion über die Rechtssicherheit, wie sie in den ersten Jahren des NS-Staates im Zusammenhang mit dem Streit um den Rechtsstaat geführt wurde. Die Ausführungen beschränken sich deshalb auf Veröffentlichungen Schmitts aus dieser Zeit sowie auf einzelne Werke aus der Zeit vor 1933. Etwaige »Kurskorrekturen« Schmitts nach 1945, die ohnehin kaum erfolgten und jedenfalls von ihm nicht offen eingestanden wurden (vgl. *Habermas*, Carl Schmitt, S. 118), bleiben unberücksichtigt.

[109] Von solchen spricht zutreffendermaßen *Ule*, VerwArch 81 (1990), S. 4 ff.

[110] Deutlich z.B. bei *Schmitt*, in: Frank, NS-Handbuch, S. 6; *ders.*, ZgStW 95 (1935), S. 192 und 196. Zu den freirechtlichen Wurzeln dieser in der NS-Zeit weit verbreiteten Positivismus-Karikatur ausführlich *Behrends*, Freirechtsbewegung, S. 34 ff., insbesondere S. 45 f. – Es ist eine sprachliche Ironie, dass sich von nationalsozialistisch geprägten oder umgeprägten Begriffen heute allein unter Verwendung jener Anführungszeichen schreiben lässt, deren – höhnisch distanzierende – Verwendung *Victor Klemperer* als Charakteristikum der Sprache des »Dritten Reiches« ausgemacht hat (LTI, S. 78 ff.).

[111] *Schmitt*, DJZ 1934, Sp. 947 (es handelt sich dabei um den berüchtigten Aufsatz »Der Führer schützt das Recht«). Die Ablehnung des Grundsatzes findet sich auch, in weniger scharfen Worten, aber nicht weniger selbstverständlich bei Schmitts Schüler *Ernst Forsthoff*, JW 1934, 538, der in einer Rezension von *Koellreutters* »Der deutsche Führerstaat« das Festhalten Koellreutters am tradierten Rechtsstaatsbegriff kritisiert, das jenen zu dem Schluss führe, dass »das Deutsche Reich doch noch kein vollkommener Rechtsstaat (ist), denn Koellreutter muß einräumen, daß die Konzentrationslager nicht als rechtsstaatliche Einrichtungen gelten können. Von der Kennzeichnung der Konzentrationslager als nicht rechtsstaatlich aber ist es kein weiter Schritt zu dem Satz nulla poena sine lege, von dort zu dem Problem des Rechtsschutzes und damit wäre das gesamte Inventar des liberalen Denkens wieder übernommen«. – Die Formulierung von Schmitt knüpft an die berühmte Sentenz *Franz von Liszts* von der »Magna Charta des Verbrechers« an, verändert aber deren – liberale – Stoßrichtung. Zu dieser Sentenz bemerkt *Schünemann*, Nulla poena, S. 1 in Fußn. 1, treffend, sie sei aus der rechtsstaatlichen Sicht Liszts falsch, »denn weil man ja erst kraft einer Verletzung des Strafgesetzes zum Verbrecher wird, ist das Strafgesetzbuch die magna charta nicht des Verbrechers, sondern des Bürgers!« Die Absurdität, *Rechts*folgen an eine Handlung zu knüpfen, die nicht gegen das Recht verstößt, betont *Legaz y Lacambra*, Rechtsphilosphie, S. 589 f.

bleibt«[112]. Die Frage nach der »Herrschaft des Rechts« kann aus Schmitts Sicht nur zweierlei bedeuten: die Herrschaft der bestehenden positiven Gesetze und damit eine Machtsicherung der Begünstigten eines existierenden Systems oder aber die Herrschaft des »sog. Natur- oder Vernunftsrechts« (dieses sieht er ab 1933 als Grundlage des NS-Staates); dann aber liege darin die Bestätigung der Macht derjenigen, die darüber entscheiden, »was sein näherer Inhalt ist und wie und von wem es angewandt werden soll«[113]: Im Kern steht damit die Dezision. Hinter dem Verlangen nach Rechtssicherheit wittert Schmitt »das allgemeinmenschliche subalterne Streben nach einem Schutz vor Risiko und Verantwortung«, von dem man »nur herabsetzend« sagen könne, dass es »einen unausrottbaren, allgemein menschlichen Typ« repräsentiere[114]. In dem Gedanken der Rechtssicherheit sieht er den – aus seiner Sicht nicht tragfähigen – Rechtfertigungsversuch »der Positivisten« für die Bevorzugung der allgemeinen Norm oder Regel gegenüber der von Schmitt nahezu mystisch verklärten[115] Dezision eines souveränen Führers[116]. Dies ist für Schmitt, für den die Frage, *wie* entschieden wird, gegenüber der Frage, *wer* entscheidet, sekundär ist[117], natürlich unannehmbar. Zwar löst er sich in seiner Schrift »Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens« vordergründig vom reinen Dezisionismus und propagiert stattdessen ein »neues Ordnungs- und Gestaltungsdenken«[118]. Da dieses Modell letztlich aber auf eine Mitarbeit an der Durchsetzung des – erklärten oder antizipierten – Führerwillens hinausläuft[119], handelt es sich auch bei dieser

[112] *Schmitt*, JW 1934, S. 714 (Hervorhebung im Original). Unmittelbar nach Ende des Krieges zeigte sich Schmitts Einstellung gegenüber dieser »Magna Charta des Verbrechers« gewandelt: Nunmehr rügte er mit Blick auf die Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse, dass ein völkerrechtliches Verbot des Angriffskrieges 1939 nicht bestanden hätte, weswegen die Prozesse insoweit der rechtlichen Grundlage entbehrten (Angriffskrieg, S. 17 ff.; so auch *F. Scholz*, Rechtssicherheit, S. 22). Selbst wenn Schmitt darauf abstellt, dass die Alliierten als Gerichtsherren die Geltung des Grundsatzes *für sich* stets anerkannt hätten (Angriffskrieg, S. 18 und Darlegungen auf S. 18 ff.), hätte ihm ein solches Sich-Hinwegsetzen über die rechtlichen Bindungen nach den Maßstäben seiner eigenen »Politischen Theologie« als Akt der Souveränität (*Schmitt*, Politische Theologie, S. 11 ff.) Respekt abnötigen müssen. Zu Widersprüchen Schmitts vgl. insoweit auch *M. Salter*, Res Publica 5 (1999), S. 172 ff. Scharf zur Haltung Schmitts nach 1945, gerade im Zusammenhang mit den Nürnberger Prozessen, *Habermas*, Carl Schmitt, S. 118: »Schmitt war offensichtlich von einer pathologischen Unfähigkeit, die Proportionen des Geschehenen und die eigene Rolle darin zu erkennen; er leugnet und exkulpiert sich, er schäumt gegen die ›Kriminalisierer von Nürnberg‹, gegen die ›Konstrukteure von Menschlichkeitsverbrechen und Genozid‹«.

[113] *Schmitt*, Der Begriff des Politischen, S. 47 f.

[114] *Schmitt*, Drei Arten, S. 39.

[115] Am deutlichsten *Schmitt*, Politische Theologie, passim. Zur »Romantisierung der Entscheidungssituation« bereits in der Freirechtsschule vgl. *Behrends*, Freirechtsbewegung, S. 38.

[116] *Schmitt*, Drei Arten, S. 32 f.

[117] *Schmitt*, Politische Theologie, S. 43 f., 44, 71, passim. Dies folgt aus der, auch aus positivistischer Sicht im Grundsatz zutreffenden, Beobachtung Schmitts, dass Grundlage jeder Norm letztlich ein Akt der Dezision ist.

[118] *Schmitt*, Drei Arten, S. 58 ff.

[119] Vgl. deutlich *Schmitt*, DR 1936, S. 184. Zu den Funktionen des »konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens« *Rüthers*, Entartetes Recht, S. 75 f.; *W. Pauly*, VVDStRL 60 (2001), S. 89 f. Letztlich bewirkte Schmitt hierdurch – bei aller Unklarheit des Begriffs – die Hinwendung zum

Denkfigur um einen verkleideten Dezisionismus. Für (Rechts-)Sicherheit sieht Schmitt allein in Lebensbereichen eine Rechtfertigung, die auf technische Verkehrsregelung angewiesen sind. (Er nennt das Beispiel eines Zugfahrplanes, bei dem ihn oft mehr interessiere, dass die angegebenen Zeiten eingehalten würden als wie die Abfahrts- und Ankunftszeiten im Einzelnen festgelegt seien[120].) Allerdings reduziert er das Interesse an einer solchen Berechenbarkeit allein auf rein technische Fragen und sieht es im Übrigen als Ausdruck einer »individualistisch-bürgerlichen Verkehrsgesellschaft« an[121], die statt einer rechtswissenschaftlichen Ausbildung »zweckmäßiger die technische Schulung guter Weichensteller durchführen« sollte[122].

Schmitt stellt die Schwächen »des Positivismus« und die Grenzen der Rechtssicherheit richtig dar, wenn er darauf verweist, dass bereits die Auslegungsbedürftigkeit eine Norm für gesellschaftliche Veränderungen empfänglich mache und damit die (scheinbare) »Sicherheit, Festigkeit und Unverbrüchlichkeit« des positiven Rechts »in Wirklichkeit überhaupt nicht Vorzüge der legalen ›Norm‹ und der menschlichen Satzung, sondern nur der [...] relativ-stabilen Situation eines Staatswesens« seien, so dass eine Beseitigung des die Norm stützenden Systems zum Untergang der Norm oder zur Veränderung ihres Inhalts führen müsse[123]: »Ohne das Koordinatensystem einer konkreten Ordnung vermag der juristische Positivismus weder Recht noch Unrecht, noch Objektivität und subjektive Willkür zu unterscheiden«[124]. Zutreffend ist ebenso seine Beobachtung, dass auch der Akt der Normsetzung letztlich Dezision ist und damit auf die Frage zurückführt, *wer* das Recht setzt[125]. Wie so oft indes begnügt sich Schmitt,

---

Nachvollzug der herrschenden Machtverhältnisse im Führerstaat. Ausführlicher zum »konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken« unten II.5.

[120] *Schmitt*, Politische Theologie, S. 41. Das von Schmitt geschätzte Fahrplanbeispiel findet sich wieder in: DR 1934, S. 226; in: Frank, NS-Handbuch, S. 6; ZgStW 95 (1935), S. 192 und 196.

[121] *Schmitt*, Drei Arten, S. 19 f.: Schädlich soll ein solches Streben nach Rechenhaftigkeit in allen Lebensbereichen sein, die sich nicht »verkehrsmäßig-technisch, sondern institutionell gestaltet haben«.

[122] *Schmitt*, Drei Arten, S. 34.

[123] *Schmitt*, Drei Arten, S. 33 ff., 40, Zitat oben auf S. 34.

[124] *Schmitt*, Drei Arten, S. 40. Ironischerweise berührt sich hier der Kampf Schmitts gegen den Weimarer Liberalismus mit dem Versuch *Gustav Radbruchs*, nach dem Ende des »Dritten Reichs« die Willfährigkeit der Justiz gegenüber dem NS-Apparat als Folge eines starren Positivismus zu erklären, vgl. maßgebend *Radbruch*, SJZ 1946, S. 105 ff., vor allem S. 105 und 107; *ders.*, Gerechtigkeit und Gnade, S. 329. Die historische Unrichtigkeit dieser verbreiteten These (hierzu *Walther*, Positivismus, S. 323 ff.; *Maus*, »Gesetzesbindung«, S. 80 ff.; *Heun*, Staat 28 [1989], S. 377 ff.) besagt noch nicht, dass nicht der positivistische Modus der Gesetzesanwendung eine wichtige Funktion im Gleichschaltungsprozess spielte (hierzu unten II.6.) und ein starrer Positivismus, der nicht nach Gerechtigkeitsmaßstäben fragt, verheerende Folgen haben *kann* (hieraus bezieht die Schuldzuweisung an den Positivismus gerade ihre besondere Überzeugungskraft). Aus systemtheoretischer Sicht stellt *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 189 f., im Wesentlichen gleichsinnig fest, dass die (positivistischen) Codewerte »Recht« und »Unrecht« nur auf Basis eines spezifischen sozialen Programms zugeordnet werden können.

[125] *Schmitt*, Drei Arten, S. 35, 38. Auch bereits *ders.*, Politische Theologie, S. 15 f.

in seinem fanatischen Freund-Feind-Denken[126] relativierender Einsichten nicht fähig, mit einer radikal-schematischen »Lösung«, indem er kurzerhand »den Positivismus« als weder »originäre« noch »ewige« Erscheinung aus der Jurisprudenz verabschiedet[127].

Dass Schmitt nur scheinbar den Bruch mit dem von ihm öffentlich verachteten Positivismus vollzieht, wird an seiner zunächst unentschlossenen Haltung zur Frage des Rechtsstaatsbegriffs deutlich[128]. Anfangs ist er nur zu bereit, den »Kampf« um den Begriff[129] aufzunehmen und den Rechtsstaatsbegriff für den NS-Staat zu »retten«, wenn auch mit dem Zusatz »nationalsozialistisch«[130]. In dieser Auseinandersetzung bleibt er indes widersprüchlich, übt sich einerseits verbal in scharfer Ablehnung einer vorgegebenen Definition und fordert stattdessen, den Rechtsstaat vom Nationalsozialismus her zu definieren[131], greift aber andererseits auf die überkommenen Einrichtungen des Rechtsstaates zurück, um zu beweisen, dass der NS-Staat tatsächlich ein Rechtsstaat – oder, wie *Ule* mit *Augustinus* pointiert bemerkt[132], eine Verbrecherbande ein Staat – sei[133]. Auch Schmitt muss berücksichtigen, dass der nationalsozialistische Staat Gesetze erlässt, die von den Rechtsanwendern Befolgung und damit eine Gesetzesbindung verlangen; richterliche Tätigkeit ist auch im NS-Staat vonnöten, so dass sich die Frage nach der richterlichen Unabhängigkeit stellt (dem Problem einer über die öffentliche Gewalt urteilenden Verwaltungsgerichtsbarkeit weicht er weitestgehend aus[134]); auch der »Führerstaat« muss sich der Mittel längerfristiger staatlicher Planung bedienen. Den Ausweg sucht Schmitt ab 1935 in einem Rückzug aus dem Begriffskampf, darin, dass er den Streit um den Rechtsstaat für über-

[126] Grundlegend *Schmitt*, Der Begriff des Politischen. Hierzu *Carl August Emge* in seiner 1942 im ARSP erschienenen Aphorismensammlung »Diesseits und jenseits des Unrechts«: »Wer zuerst die Freund-Feind-Kategorie ins Volk warf, hat einen gefährlichen Bazillus auf die Gemeinschaft losgelassen« (S. 480).

[127] *Schmitt*, Drei Arten, S. 39.

[128] Ausführlich hierzu *Ule*, VerwArch 81 (1990), S. 1 ff.; *Ch. Hilger*, Rechtsstaatsbegriffe, S. 93 ff. Zur nie ganz verhohlenen Skepsis Schmitts gegenüber dem Rechtsstaatsbegriff auch *Schellenberg*, Rechtsstaatskritik, S. 83 f., ferner die zeitgenössische Beobachtung von *Tatarin-Tarnheyden*, Werdendes Staatsrecht, S. 162: »C. Schmitt hält den ›Rechtsstaat‹ offenbar für einen schillernden Begriff, denn er schaltet ihn aus seiner Erörterung aus.«

[129] Zu diesem »Wortkampf« *Schmitt*, JW 1934, S. 714: »Ein solcher Kampf ist keine leere Wortspielerei. Es geht um Sieg und Niederlage, Freund oder Feind.« Ähnlich bereits *ders.*, Der Begriff des Politischen, S. 13: »Alle politischen Begriffe, Vorstellungen und Worte haben einen *polemischen* Sinn«, d.h. sie sind nur dann verständlich, wenn man weiß, »wer *in concreto* durch ein solches Wort getroffen, bekämpft und widerlegt werden soll« (Hervorhebungen im Original).

[130] So *Schmitt*, JW 1933, S. 2794, JW 1934, S. 715 f., passim, in: Frank, NS-Handbuch, S. 10.

[131] *Schmitt*, JW 1934, S. 716. Hierzu *Ule*, VerwArch 81 (1990), S. 9: »Damit wird das Verhältnis von Allgemeinbegriff und konkretem Begriff auf den Kopf gestellt.«

[132] *Ule*, VerwArch 81 (1990), S. 9.

[133] Vgl. *Schmitt*, JW 1934, S. 716 f.

[134] Hierzu *Ule*, VerwArch 81 (1990), S. 1 ff. – Vehement gegen eine Verwaltungsgerichtsbarkeit z.B. *Höhn*, DRW 1936, S. 61: »Man kann den Staat nicht vor Gericht zitieren«. Ebenso selbstverständlich dafür hingegen *Helfritz*, DJZ 1934, Sp. 433. Zu Helfritz siehe *Ch. Hilger*, Rechtsstaatsbegriffe, S. 162 ff.

holt[135] und alle Einrichtungen des NS-Staates zu Einrichtungen *sui generis* erklärt: Gesetz sei nicht gleich Gesetz, so dass Gesetzesbindung im liberal-rechtsstaatlichen Sinne nicht Gesetzesbindung im Sinne des Führerstaates sei, der Rechtsanwender sei nicht länger (wie in der Rechtsstaatskarikatur) bloßer gesetzesgebundener Anwendungsautomat, sondern Mitglied des »Rechtsstandes« und als solcher »Mitarbeiter des Führers« usw.[136] Selbst die Kontrolle von Staatsorganen lässt sich für ihn nunmehr prinzipiell denken, denn in der Einheit von Staat, Bewegung und Volk soll der Staat lediglich die Rolle eines Organs des Führers der Bewegung spielen[137]. Damit sind die staatlichen Organe selbst nur Organe eines Organs und können auf die Einhaltung des Führerwillens überprüft werden; der Führer selbst indes bleibt jeder Kontrolle entrückt[138].

Auch wenn Schmitt bei dem Begriff des Rechtsstaates somit letztlich seinen *modus vivendi* gefunden hat, bleibt er der Idee der Rechtssicherheit gegenüber skeptisch. Allzu sehr ist die Rechtssicherheit mit dem von ihm auf das schärfste abgelehnten Grundsatz »nulla poena sine lege« verknüpft. Rechtssicherheit ist, vorbehaltlich weiterer inhaltlicher Annäherungen im Folgenden, von der Gesellschaft, im liberalen Rechtsstaat vom Bürger her gedacht[139]; die Gesellschaft, der Bürger braucht Rechtssicherheit, nicht derjenige, der keiner Gewalt unterworfen ist und souverän-willkürlich entscheiden kann. Trotz aller Ausführungen Schmitts über Gesellschaft und Soziologie[140], über die *trinitas* [141] von »Staat, Be-

---

[135] *Schmitt*, ZgStW 95 (1935), S. 189 ff., 201; *ders.*, DR 1936, S. 185.

[136] *Schmitt*, DR 1936, S. 183 ff.; auch schon *ders.*, Zs. der ADR 1935, S. 438 f.

[137] *Schmitt*, JW 1934, S. 716. In diesem Text, der noch aus der Zeit des Streits um den Rechtsstaat stammt, finden sich bereits Grundgedanken, an die Schmitt nach dem von ihm proklamierten Abschluss dieses Streits bei der Reformulierung des Rechtsstaatsbegriffs anknüpfen konnte.

[138] Dass hier das Führerprinzip quasi axiomatisch vorausgesetzt wird und die Ordnung von Staat, Bewegung und Volk ideologisch statt logisch determiniert ist (so auch *Behrends*, Freirechtsbewegung, S. 63), braucht eigentlich kaum betont zu werden. Wo in derartigen solipsistischen Volten die »gedankliche Stringenz« stecken soll, die *Wilms*, DVBl. 2000, S. 1241, betont, ist nicht recht einsichtig.

[139] So auch, natürlich mit scharfer Kritik, *Schmitt*, in: Frank, NS-Handbuch, S. 6.

[140] *Schmitt*, Politische Theologie, 19 ff., 27 ff. u.a. Allerdings betont *Schmitt*, Zs. der ADR 1935, S. 436, dass sein »Soziologie«-Begriff nicht mit demjenigen »des 19. Jahrhunderts« gleichzusetzen sei. Des Hinweises hätte es kaum bedurft, denn die seinen Rechtsüberlegungen zu Grunde gelegte mystische »Einheit von Staat, Bewegung, Volk« dürfte kaum etwas damit zu tun haben, die soziale Wirklichkeit in die Beschäftigung mit dem Rechtssystem einzubeziehen. Schmitt betreibt Ideologie statt Soziologie. *Koellreutter*, Führung und Verwaltung, S. 104 f., bemerkt spöttisch, man könne nicht im Ernst behaupten, »daß es vor Carl Schmitt kein Rechtsdenken gegeben habe, das mit der Wirklichkeit rechnete« und hält dem »konkreten Ordnungsdenken« Schmitts seine eigene (angeblich) »›wirkliche‹ Kenntnis der Wirklichkeit« entgegen. Zur (vermeintlichen) Rechtssoziologie im Nationalsozialismus *Rottleuthner*, Rechtsphilosophie, S. 309 ff.

[141] Die makabre Gleichsetzung der »Einheit von Staat, Bewegung, Volk« mit der Heiligen Dreifaltigkeit nimmt Schmitt zwar nicht ausdrücklich vor; die Parallelen sind indes deutlich, vgl. *Schmitt*, Staat, Bewegung, Volk, S. 12: »*Jedes einzelne* der drei Worte Staat, Bewegung, Volk kann für das *Ganze* der politischen Einheit gebraucht werden. Es bezeichnet aber gleichzeitig auch *eine besondere Seite* und ein *spezifisches Element* dieses Ganzen« (Hervorhebungen im Original). Schmitt sieht bekanntlich selbst in rechtswissenschaftlichen Begriffen »säkularisierte« theologische Figuren (Politische Theologie, S. 49 ff.). Auf die generellen Parallelen zwischen nationalsozialisti-

wegung und Volk«[142]: Im Zentrum seines Interesses steht wie bereits in der »Politischen Theologie« und anderen Schriften aus der Zeit vor 1933 der souveräne Herrscher, der Führer. Schmitt interessiert nach wie vor primär der permanente Ausnahmezustand[143]. Er wird sich daher in seinen Arbeiten zum »nationalsozia-

---

schen Symbolen und Ritualen mit solchen religiösen Ursprungs (deren christliche Bezüge freilich durch nationalsozialistische ersetzt wurden), weist auch *Klemperer*, LTI, S. 117 ff., hin. Schon 1930 schrieb *Hermann Heller* (Rechtsstaat oder Diktatur?, S. 14) über radikal-nationalistische Bewegungen, deren politische Vorstellungen sich wie »Katholizismus minus Christentum« ausnähmen.

[142] Ausführlich *Schmitt*, Staat, Bewegung, Volk, S. 11 ff.; ferner *ders.*, JW 1934, S. 716.

[143] An dieser Stelle muss der Verfasser bekennen, dass ihm bereits die Lektüre der (noch heute viel gerühmten) »Politischen Theologie« ernste Schwierigkeiten bereitet. Schmitt definiert sein Gedankengebäude vom Ausnahmezustand her; er räumt ein, dass der Normalfall für ihn ohne Interesse sei (a.a.O., S. 22). Zwar trifft *in abstracto* zu, dass die Ausnahme Rückschlüsse auf die Regel erlaubt (ebd.), dies gilt jedoch nicht für den von Schmitt behandelten »letzten« Ausnahmefall, der die bestehende Ordnung vollständig beseitigt (a.a.O., S. 18 ff.) und – in einer »juristischen Sekunde« – einen Moment der Un-Ordnung schafft, aus der allein der Souverän nach seiner Willkür Ordnung gestalten kann (so deutlich *Schmitt*, Drei Arten, S. 28 f.). An diesem Punkt wäre das einzig Ordnende die ungebundene Macht, d.h. die Willkür des Souveräns, eben *dass* entschieden werden *kann*. Rückschlüsse auf den Normalfall, der nach der *konkreten Gestalt* einer (Rechts-)Ordnung fragt, lassen sich hieraus schwerlich ziehen. In der Konsequenz dieser Ausblendung des Normalfalls kann Schmitt folgerichtig nur zu absoluter Dezision und damit letztlich nur zu der durch nichts gebundenen Diktatur gelangen, da er durch den Kult der Letztentscheidungs- und Suspensivgewalt die Negation der bestehenden Ordnung betreibt (deutlich *Gross*, Cardozo L. Rev. 21 [2000], S. 1841: »Schmitt's [...] position eliminates altogether the notion of the normal and replaces it with the exception« und S. 1829: »complete destruction of the normal by the exception«). Der Ausnahmezustand aber ist Ausnahmezustand, eben weil er *Ausnahme*zustand ist (richtig *Gross*, a.a.O., S. 1833 ff.) Bei Schmitt wird, gemessen an der Regel-Ausnahme-Dichotomie, der Ausnahmezustand zum Regelfall. (Da Schmitt diese Dichotomie aber letztlich vollständig ausblendet, spricht *Gross*, a.a.O., S. 1829, 1841, pointiert von einer »exceptionless exception«.) Schmitt berauscht sich an der Permanenz des Ausnahmezustandes, in der sich die für ihn einzig interessante ungebundene, nackte Macht präsentiert.

Nun mag es sein, dass man, wie *Carlo Galli* bemerkt, Schmitt vor dem Hintergrund der politischen Krisen in Deutschland und Europa seit 1914 quasi »apokalyptisch« lesen muss (Cardozo L. Rev. 21 [2000], S. 1615; jüngst auch *Isensee*, Normalfall, S. 67 f.), nur rechtfertigt dies allenfalls ein deskriptives, nicht aber ein präskriptives Verständnis der Texte Schmitts (vgl. *Gross*, a.a.O., S. 1857), wohingegen Galli, wie viele andere, durchaus mehr bei Schmitt sucht als eine bloße Schilderung faktischer Verhältnisse (a.a.O., passim; *Isensee*, a.a.O., S. 68, hingegen betont die Beobachterrolle Schmitts). Allein eine solche Lesart dürfte den Intentionen Schmitts entsprechen, der sich ja nicht mit Analysen begnügt, sondern eine rauschhafte Apotheose der Krise inszeniert; es stellt sich indes die Frage nach dem konstruktiven Wert einer solchen Inszenierung. Ein wahrer Kern mag darin stecken, wenn Galli feststellt, dass für einen »Liberalen« (ähnlich *Isensee*, a.a.O., S. 67, gegen die »neue Mitte«), der an die Möglichkeit einer normativen gesellschaftlichen Ordnung glaube, die Kontingenz im Ausnahmezustand unannehmbar erscheinen müsse (a.a.O., S. 1616). Allerdings legt Galli dabei, wie schon Carl Schmitt selbst in seiner Karikatur von Liberalismus und Positivismus, Extrempositionen zu Grunde: Kontingenz kann demzufolge nur absolut, nicht relativ verstanden werden. Hierdurch wird die Kontingenz, die eine allenthalben geteilte Erfahrung der Moderne darstellen und damit ein gewisses argumentatives Überzeugungspotential haben dürfte, für die Ansichten Schmitts monopolisiert und kurzerhand jeder Versuch moralischer oder kontraktueller (*Rawls*, *Habermas*) Begrenzung des Möglichen und somit einer Reduktion der Kontingenz als ideengeschichtlich kompromittiert angesehen. Eine solchermaßen in äußerster Konsequenz verfochtene Verweigerungshaltung läuft letztlich auf einen Nihilismus hinaus (zu Schmitt vgl.

listischen Rechtsstaat« (bzw. mit dem später von *Hans Frank* eingeführten Begriff: zum »deutschen Rechtsstaat Adolf Hitlers«[144]) auf Einrichtungen berufen, die der bürgerlich-liberale Rechtsstaat als Mittel zur Rechtssicherheit betrachtet hat, diese aber vom Führerprinzip her umdeuten: Der Vorrang des allgemeinen Gesetzes beruht nun nicht mehr (auch) auf dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit, sondern ist der Einsicht geschuldet, dass das nationalsozialistische Gesetz der Umsetzung gebietende »Wille und Plan des Führers« sei[145]. Die verbrämenden Ausführungen zur Rolle von Volk und Gemeinschaft sind bei Schmitt letztlich nur Bemäntelungen dieser Führerideologie.

Allerdings lässt sich auch in Schmitts Verhältnis zur Rechtssicherheit eine gewisse Ambiguität beobachten (wobei ein einmaliges ausdrückliches Bekenntnis zum Wert der Rechtssicherheit eher dem Forum geschuldet als Ausdruck persönlicher Überzeugung sein dürfte[146]): In einem Beitrag aus dem Jahre 1934 sieht er zwar das Verlangen nach Rechtssicherheit im Kontext des »Einströmen(s) des jüdischen Gastvolkes« – wer nicht das rassisch vermittelte völkische Rechtsempfinden teile, müsse nach (formaler) Rechtssicherheit verlangen[147] –, deutet aber zugleich an, worin im neuen Staat »wahre« Rechtssicherheit zu sehen sei, nämlich gerade in der Teilhabe an diesem Rechtsempfinden, darin, dass auch Recht

---

Gross, a.a.O., S. 1851 f. sowie S. 1828: »crude version of nihilism«), dessen Wert für eine Theorie der Gesellschaft, geschweige denn für eine Theorie des Rechts, mehr als zweifelhaft ist. *Isensee*, a.a.O., S. 66 ff., sieht das Verdienst Schmitts in einer Freilegung des Urnervs der Macht im Staat, der Grundbedingung aller Wirksamkeit von Recht. Zu der Trias Recht, Macht, Gewalt soll hier nicht näher Stellung bezogen werden (hierzu näher, v.a. zu *Nietzsche* und *Foucault*, u.a. *Maisuradze*, Tabu, S. 120 ff.; *von Arnauld*, Verantwortung, insbes. S. 204 ff.; *ders.*, Gerechtigkeit und Spiel, S. 144). Nur erscheint es zweifelhaft, ob das, was Schmitt freilegt, mehr ist als die bloße Macht, da die Macht *im Staat* einen Staat voraussetzt, der als solcher, d.h. unabhängig von seiner Einordnung als »Rechtsstaat«, in seinen Strukturen bereits rechtlich determiniert ist.

[144] *Schmitt*, in: Frank, NS-Handbuch, S. 10. Zu dieser Begriffsschöpfung Franks *Ch. Hilger*, Rechtsstaatsbegriffe, S. 87 ff.

[145] *Schmitt*, in: Frank, NS-Handbuch, S. 7 ff.; *ders.*, DR 1936, S. 184. Zum Gesetz als Mittel der Führung auch *E.R. Huber*, Verfassungsrecht, S. 239 ff.; *Köttgen*, JöR 24 (1937), S. 78 (Reichstag und Reichsparteitag [!] als »Parlamente« sind nur »Resonanzboden für Maßnahmen der Führung«). Eingehend auch *Ule*, VerwArch 45 (1940), S. 193 ff., und VerwArch 46 (1941), S. 1 ff., insbes. S. 12 ff., 39 ff., der zwischen Herrschaft und Befehl einerseits sowie Führung und Weisung andererseits unterscheidet. Da die auf »Einsicht in die größeren Zusammenhänge« beruhende Weisung des Führers nicht alle Volksgenossen erreiche, müsse sich die Weisung mit dem Befehl in Gesetzesform verbinden (a.a.O., S. 15 f., 39), Führung sich mit Herrschaft im »autoritären Staat« vereinen (a.a.O., S. 13). Das Element der Weisung könne in der Gesetzessprache, insbesondere durch Gesetzesvorsprüche (a.a.O., S. 42 ff.) zum Ausdruck gebracht werden, indem diese verdeutliche, dass vom Volksgenossen nicht nur Gehorsam, sondern »einsichtige und vertrauende Folge erwartet wird« (a.a.O., S. 39).

[146] *Schmitt*, in: Frank, NS-Handbuch, S. 9 (vgl. aber ebd., S. 6). Das »Nationalsozialistische Handbuch«, in dem der Beitrag erschien, sollte kein Forum für dogmatische Diskussionen sein, sondern sich an »weite Kreise des deutschen Volkes« und an »Rechtsdiener aller Berufe« richten (vgl *Frank*, in: ders., NS-Handbuch, S. V) und hatte daher eher den Charakter eines der Gleichschaltung dienenden offiziösen Nachschlagewerks zur »rechten Gesinnung«.

[147] *Schmitt*, DR 1934, S. 226.

sei, was der Volksgenosse als gerecht empfinde[148]. Den Unterbau für diesen Kunstgriff liefert Schmitt seine bereits früher angestellte Überlegung, dass eine Volksgemeinschaft erst nach der »Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen«[149] eine wahre Gemeinschaft bilden soll, bei der sich im Sinne *Rousseaus* von einer »volonté générale« sprechen lasse, die Grundlage eines Staatswesens sein könne[150]. Diese Konstruktion führte Schmitt seinerzeit zu der »demokratischen Identität von Regierenden und Regierten« und zu der Fiktion einer Homogenität des Rechtsempfindens, an die er 1934 anknüpfen konnte[151]. Ein solches vereinzeltes Aufgreifen der Rechtssicherheitsidee auf »völkischer« Grundlage nimmt sich vor dem Hintergrund der ansonsten geübten scharfen Ablehnung eher als intellektuelle Fingerübung aus, als ein Gedankenspiel. Dem Begriffskämpfer Schmitt blieb der Begriff der Rechtssicherheit letztlich wohl suspekt.

2. »Totaler Staat« und Rechtssicherheit: Ernst Forsthoff 1933–1934

Als (linien-)treuer Schüler erweist sich in diesen ersten Jahren des NS-Staates auch *Ernst Forsthoff*[152]: Neben einem strikten Freund-Feind-Denken[153] und der pseudoreligiösen Phraseologie[154] findet sich bei ihm, wie bei Schmitt und den

[148] *Schmitt*, DR 1934, S. 227, rechte Spalte.

[149] *Schmitt*, Parlamentarismus, S. 14. Die Schrift stammt aus dem Jahre 1923 und wurde 1926 neu aufgelegt.

[150] *Schmitt*, Parlamentarismus, S. 19 f. Die hierauf aufbauende Konstruktion eines den solchermaßen homogenisierten Volkswillen vollstreckenden Führertums bezeichnet *Durner*, Antiparlamentarismus, S. 107 f., als »vulgärdemokratische Umdeutung der Rousseauschen Lehre in eine plebiszitäre Führerdemokratie«.

[151] Insofern ist den Überlegungen Schmitts tatsächlich eine gewisse Stringenz nicht abzusprechen (so auch anerkennend *Wilms*, DVBl. 2000, S. 1241). Angesichts der tragenden Rolle, welche die Homogenitäts-Fiktion in diesen Überlegungen spielt, stellt sich allerdings die Frage nach dem Wert einer solchen Stringenz. Im Übrigen knirscht es – nicht nur mit Blick auf die Integration des Führerprinzips in dieses Modell der Identität von Regierenden und Regierten, sondern auch mit Blick auf die später von Schmitt als notwendig erkannte Kontrolle der staatlichen Organe auf Einhaltung des Führerwillens – vernehmlich in seinem dogmatischen Gebälk (zu dem »eigenartigen Spannungsverhältnis« von völkischem Rassedenken und Führerprinzip auch *Rottleuthner*, Rechtsphilosophie, S. 299 f.). Bedenkt man dann noch die mindestens einseitig zu nennende Rousseau-Rezeption bei Schmitt, ist *Wilms* (a.a.O.) jedenfalls zuzustimmen, soweit er von einem »*Versuch* philosophischer Fundierung« spricht (Hervorhebung hinzugefügt).

[152] Wie bekannt ist, hat sich *Forsthoff* später von der NS-Ideologie entfernt (statt vieler *H. Dreier*, VVDStRL 60 [2001], S. 17 in Fußn. 39). Von seinen Schriften aus jener Zeit soll allerdings an dieser Stelle, in der es um die Einstellung des vom Nationalsozialismus geprägten Schrifttums zum Gedanken der Rechtssicherheit geht, nicht die Rede sein.

[153] *Forsthoff*, Der totale Staat, S. 7, 10, 18, 32, 38 ff. – Auch bei Forsthoff finden sich daher die für Carl Schmitt typischen Schlüsse von Fehlern in der für »feindlich« erklärten Sicht auf die – infolge der radikalen Alternativität des Freund-Feind-Schemas – nicht hinterfragbare Richtigkeit der eigenen Position. Zu diesem Aspekt bei Schmitt auch *Schlink*, RhistJ 10 (1991), S. 168.

[154] *Forsthoff*, Der totale Staat, z.B. S. 30 ff. Der Protestant Forsthoff hat allerdings gegenüber Schmitt eine weniger ausgeprägte Neigung zur Mystik. Er scheint sich eher bei Elementen der Bergpredigt zu bedienen, wenn er schreibt, dass der »Gesetzes-« bzw. »Apparaturstaat« »in seiner Sozialgesetzgebung und -verwaltung die Substanz des Sozialen, die christliche Charitas, zerstörte und aus Liebe Gesetz, aus Christentum Politik, aus freiwilliger Handreichung das einklagbare

meisten Staatsrechtlern der Zeit[155], die Karikatur der liberalen Rechtsordnung als der eines reinen »Gesetzesstaates«, der inhaltlich leer sei und damit im Gegensatz zu einem gerechten Staatswesen stehe[156]. Auch er hält das Streben nach Sicherheit und Berechenbarkeit nur in wenigen Bereichen des öffentlichen Lebens (wie der Sozial-[157] oder Steuerverwaltung) für legitim und plädiert für eine Zweigliederung der Ordnung des »totalen Staates«[158]: in eine bürokratische Struktur für die nach Sicherheit und Regelmäßigkeit verlangenden Gebiete (hier soll das Berufsbeamtentum weiter Verwendung finden) und nach einer autoritären Führungsstruktur für alle übrigen Bereiche des öffentlichen Lebens (hier werden Befehle durch Kommissare vollzogen)[159]. In gewisser Hinsicht zeichnet sich in Forsthoffs

Recht machte, eine Wohltätigkeit mit Kartothek, eine Liebe mit Instanzenzug organisierte« (a.a.O., S. 13). Vor diesem Hintergrund wirkt die Schilderung der neuen Führerkaste des »totalen Staates« (S. 33: »hochqualifizierte, rassisch und geistig überragende Schicht«) auf S. 30 ff. wie eine Mischung aus messianischer Verheißung und nietzscheanischem Herrenmenschendenken.

[155] Zu Antiliberalismus, Antiparlamentarismus und antidemokratischen Tendenzen als der vorherrschenden Grundhaltung der Staatsrechtslehre in der späten Weimarer Zeit *Gusy*, Die Weimarer Reichsverfassung, S. 371 ff.; *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 10 ff., 25 f. m.w.N.; auch *Ch. Hilger*, Rechtsstaatsbegriffe, S. 12 ff. Eindringlich die Worte von *Kelsen* im April 1932 (Verteidigung der Demokratie, S. 61): »In den Kreisen der Staatsrechtslehrer und Soziologen versteht es sich heute beinahe von selbst, von Demokratie nur mit verächtlichen Worten zu sprechen, gilt als modern, die Diktatur – direkt oder indirekt – als das Morgenrot einer neuen Zeit zu begrüßen.« Allgemein zur antiparlamentarischen und antidemokratischen Haltung der intellektuellen Kreise insbesondere in der Spätphase der Weimarer Republik, *Durner*, Antiparlamentarismus, S. 92 ff.; zu den weit in das 19. Jahrhundert reichenden Wurzeln ebd., S. 14 ff., 56 ff.

[156] *Forsthoff*, Der totale Staat, S. 11 ff., insbesondere S. 13 f.

[157] Letztlich scheint damit auch Forsthoff »aus Liebe Gesetz, aus Christentum Politik, aus freiwilliger Handreichung das einklagbare Recht« machen und »eine Wohltätigkeit mit Kartothek, eine Liebe mit Instanzenzug« organisieren zu wollen.

[158] *Forsthoff*, Der totale Staat, S. 13 und 34 ff.; ähnlich auch *Tatarin-Tarnheyden*, AöR 63 (1933/34), S. 347; *ders.*, Werdendes Staatsrecht, S. 163: Der Bereich des Politischen sei überhaupt nicht, derjenige der »sozialen Gefahrenabwehr« nur generalklauselartig normierbar, weswegen in diesen Bereichen die »soziale Voraussehbarkeit« von Staatshandeln nicht oder nur bedingt gewährleistet werden könne. In dieser dualen Struktur offenbart sich der von *Ernst Fraenkel* analysierte »Doppelstaat«, in dem der »Normenstaat« und der »Maßnahmestaat« in beständiger Spannung nebeneinander existieren, wobei über die fortschreitende Politisierung des täglichen Lebens ersterer von letzterem immer weiter zurückgedrängt wird (*Fraenkel*, Doppelstaat, S. 21, 26 ff., S. 96 ff.). Da die Ausdehnung des Bereichs des Politischen nicht justitiabel ist, handelt es sich auch im »Normenstaat« lediglich um eine »Sicherheit auf Abruf«, im Ergebnis um Unsicherheit. Vgl. *Fraenkel*, a.a.O., S. 96: »Im Hintergrund des Normenstaates lauert ständig ein Vorbehalt: Die Erwägung der politischen Zweckmäßigkeit. Dieser politische Vorbehalt gilt für das gesamte deutsche Recht«.

[159] In diesen autoritär gelenkten Bereichen ergibt sich für *Forsthoff* zwar auch eine gewisse Sicherheit für das geführte Volk, allerdings eine Sicherheit, die allein aus einem blind ergebenen »Führer befiehl, wir folgen dir« und damit aus einer vollständigen Aufgabe der Eigenverantwortung resultiert. Zwar betont Forsthoff die Unverzichtbarkeit individueller Verantwortung auch im autoritären Führerstaat; diese Verantwortung besteht für die nicht zur Führerschicht rechnenden Menschen aber allein darin, für »volksschädliches« Verhalten zur Rechenschaft gezogen zu werden (a.a.O., S. 42). Innerhalb des autoritären Systems negiert Forsthoff damit die Freiheit umfassend, indem diese nur darin besteht, sich gegen das System zu stellen (Parallelen zur theologischen Diskussion über die augustinische Gnadenlehre bzw. über die lutherische Rechtfertigungslehre sind vermutlich nicht zufällig) – ein Geist, der i.Ü. nach Forsthoff auch dann »ausgerottet« (a.a.O.,

»Totalem Staat« aber immerhin schon eine gegenüber seinem Lehrer gemäßigtere Position ab, die ihn früher oder später dem NS-System entfremden musste[160]: Bei aller Führerbegeisterung ist der »Etatist«[161] Forsthoff nicht bereit, seine Vorstellung vom autoritären Staat[162] dem einen Führer unterzuordnen. Wenn auch versteckt, so äußert er doch bereits die Auffassung, dass wohl die Bewegung, nicht aber der an »Tradition, Gesetz und Ordnung« gebundene Staat in der Person des Führers aufgehen könne[163], und weicht damit deutlich von der These Schmitts ab, wonach der Staat Organ des Führers der Bewegung sei[164]. Auch die Idee der Führung erscheint bei Forsthoff primär auf eine Führungselite gerichtet, der er sich fraglos selbst zurechnet[165], und erst in zweiter Linie als Personifizierung in dem einen, gottbegnadeten, Führer[166]. Auch konnte die frühzeitig vorgenommene dogmatische Trennung von »Politik« und Verwaltung ihm in der Folgezeit mit dem Verwaltungsrecht ein Betätigungsfeld sichern, in dem er von politischer Einmischung weitgehend unbehelligt blieb[167]. Doch all dies waren erst Ansätze, die noch der Entwicklung bedurften. Zwar war Forsthoff schon bereit anzuerkennen, dass ein durchrationalisierter und berechenbarer Staat vielleicht »die offenbare Willkür, das offenbare Laster, die offenbare Gemeinheit aus dem amtlichen Staatsleben weitgehend ausmerzen« konnte, doch beklagte er zugleich, dass damit »eine Straße des Mittelmaßes« beschritten worden sei. Man habe auf diese Weise »auch die gewaltige Spannweite persönlichen Einsatzes« beseitigt, »die mit dem Laster und der Willkür auch echte Leidenschaft, die Weisheit und die genia-

S. 29) gehört, wenn er sich im Privaten äußert (a.a.O., S. 42). Von »Rechtssicherheit« lässt sich dabei indes nicht sprechen, da der Führerbefehl letztlich selbst ungebunden, d.h. willkürlich bleiben muss. Auch Forsthoff interessiert in erster Linie, *dass* entscheiden wird. Dass »richtig« entschieden wird, ergibt sich für ihn bereits aus der persönlichen und metaphysischen Legitimation des Führers (a.a.O., S. 30 ff.).

[160] Vgl. z.B. die Reaktion von *Roland Freisler*, DJ 1934, S. 43 f.: »Totaler Staat? – Nationalsozialistischer Staat!« Zu Freislers Staatsverständnis siehe *Ch. Hilger*, Rechtsstaatsbegriffe, S. 131 ff.

[161] *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 35.

[162] Ausführlich hierzu *Storost*, Staat und Verwaltung bei Ernst Forsthoff, Frankfurt a.M. 1979.

[163] *Forsthoff*, Der totale Staat, S. 31.

[164] *Schmitt*, JW 1934, S. 716.

[165] Anders als für *Forsthoff* stellt sich für *Schmitt* die Frage, welche Rolle er sich selbst in seinem Modell der Diktatur des wahren Führers und Souveräns zugedacht hatte: die eines Vasallen (wohl kaum), die eines Mitverschworenen (den der Souverän jederzeit beseitigen kann, da er souverän ist), die eines »Gottesnarren« russischer Tradition oder die eines Systembeobachters (im luhmannschen Sinne)? In Anlehnung an Jaspers' Aussage über Heidegger sagt *Habermas* über Schmitt, dieser habe »den Führer führen« wollen (Carl Schmitt, S. 113).

[166] Vgl. *Forsthoff*, Der totale Staat, S. 30 ff., zur Führungskaste des »totalen Staates«. Um einiges extremer in der »Vergottung« des Führers als Person der Staatskirchenrechtler *Johannes Heckel*, Deutsche Verwaltungsblätter 85 (1937), S. 59: »So ist denn das Führeramt überhaupt durch keine irdische Instanz an Adolf Hitler übertragen worden, sondern durch jene höhere Macht, welche die Geschicke der Völker lenkt. [...] Der Glaube an die Vorsehung ist das letzte politisch-religiöse Fundament des Führeramts; denn der Volksführer wird nicht gemacht, ernannt oder gewählt, sondern ist von Gott erwählt«. Für *Heckel*, a.a.O., ist darum auch »der persönliche Eid, der dem Führer zu leisten ist, ein religiöser Eid«.

[167] Ähnlich *Pauly*, VVDStRL 60 (2001), S. 81 f.

len Tugenden des Staatsmanns umgreift«[168]. Man mag bei wohlwollender Lektüre im »Totalen Staat« schon die Forderung nach einer Begrenzung persönlicher Führung erblicken[169], jedoch überwiegen in dieser Schrift noch schmittsche Radikalismen, Führer- und Rassekult. Zu eng noch sind die Anleihen bei dem verehrten Lehrer, auf dessen Fahrplanbeispiel sich letztlich die für Forsthoff grundlegende Zweiteilung des Staatsaufbaus gründet[170]. Traditionell rechtsstaatlichen Bindungen und Rechtssicherheit stand Forsthoff zwar tendenziell aufgeschlossener gegenüber als Schmitt, diese Grundeinstellung musste jedoch erst entwickelt werden. Einstweilen begrüßte er noch, durchdrungen von Autoritätskult und Herrenmenschentum, den nationalsozialistischen Umbruch als die lang ersehnte Befreiung vom autoritätslosen Weimarer »Gesetzesstaat«[171].

3. Rechtssicherheit als »Grundlage der Volksgemeinschaft«

Die weitgehende Ablehnung, welche die Rechtssicherheit als ein bloß »formalistisches« Prinzip bei Carl Schmitt und dem jungen Ernst Forsthoff erfährt, begegnet einem auch in anderen Veröffentlichungen der Zeit. *Erwin Noack* zum Beispiel qualifiziert den Begriff als »Phrase« ab, die der Gerechtigkeit im Wege stehe[172], und auch für *Heinz Hildebrandt* steht, jedenfalls regelmäßig, »Rechtsrichtigkeit vor Rechtssicherheit«[173]. Andere Autoren dagegen begnügen sich nicht mit dem pauschalen Anathema, sondern versuchen, den Begriff entlang der von Schmitt 1934 vorgedachten Linien nationalsozialistisch umzuprägen, nämlich durch Einbindung der Rechtssicherheit in das »völkische Rechtsempfinden«. Wenn man von einer vorherrschenden Meinung zur Rolle der Rechtssicherheit in diesen frühen Jahren des Nationalsozialismus sprechen kann, so dürfte sie wohl hier zu finden sein. So lehnt *Helmut Seydel* zwar den tradierten Begriff der Rechtssicherheit ab, den er aus einem rein individualistischen Denken herleitet, das dem Einzelnen Ansprüche gegen den Staat gewähre, wogegen im Nationalsozialismus Rechte gegen den Staat und gegen die Gemeinschaft undenkbar seien –

[168] *Forsthoff*, Der totale Staat, S. 12. Vgl. zur Forderung, institutionelles Denken durch »personhaftes« Denken zu ersetzen *Heckel*, Deutsche Verwaltungsblätter 85 (1937), S. 55 ff.

[169] So *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 17 in Fn. 39, und wohl auch *Pauly*, VVDStRL 60 (2001), S. 80 ff., indem sie Forsthoffs Schrift vom Ende, *sc.* von Forsthoffs späterer Distanzierung vom NS-Regime, her lesen.

[170] Vgl. *Pauly*, VVDStRL 60 (2001), S. 81, zu Anleihen bei Schmitts Wort vom »Verwaltungsstaat«.

[171] Vgl. nur die bereits erwähnte Rezension von *Koellreutters* »Führerstaat«, JW 1934, S. 538, in der Forsthoff, hierin ganz die Stimme seines Herrn und Lehrmeisters, das Festhalten an rechtsstaatlichen Bindungen scharf geißelt.

[172] *Noack*, JW 1934, S. 3183.

[173] *Hildebrandt*, Rechtsfindung, 1935, S. 31 f.: »Also kurz: *immer* gilt – auch im Recht – *Gemeinnutz vor Eigennutz; regelmäßig Rechtsrichtigkeit vor Rechtssicherheit, Rechtsfortbildung vor Rechtserstarrung*«. In ihrer Überfülle an Betonungen und Hervorhebungen (vorstehend sämtlich im Original), findet diese Schrift eine auffällige Entsprechung in der schrillen Rhetorik der Zeit (hierzu *Klemperer*, LTI, S. 55 ff.).

»es gibt nur ein Recht *der* Gemeinschaft und ein Recht *in* der Gemeinschaft«[174]. Das Wesen der NS-Rechtssicherheit aber erblickt er darin, dass das (»völkische«) Recht der Gemeinschaft »notfalls mit erbarmungsloser Härte« durchgesetzt werde und der »Volksgenosse« sich auf diese Durchsetzung und – sofern er »vollwertiges Mitglied« der Gemeinschaft sei und sich gemeinschaftskonform verhalte – auf den Schutz der Gemeinschaft verlassen könne[175]. Ebenso wendet sich *Heinrich Krüger* gegen das herkömmliche Begriffsverständnis, das allein einer »Sicherung des Unrechtslustigen« gedient habe und sieht die »wahre« Rechtssicherheit, die sich in Übereinstimmung mit dem »gesunden Volksempfinden« weiß, in der »Sicherheit des guten Gewissens, daß Recht auch Recht bleiben wird«[176]. Auf derselben Linie liegt es, wenn Reichsjustizminister *Franz Gürtner* 1934 Rechtssicherheit in dem »Vertrauen auf ein einfaches Gefühl für das, was recht und billig ist« sieht, und vom Richter fordert, dieser solle »über den Rand seiner Akten und die Türe seiner Schreibstube hinaus sich dauernd verbunden fühlen mit dem Strom des Lebens, der ihn umgibt«[177]. Auch *Heinrich Barth* erblickt in seiner Rede vor dem Deutschen Juristentag 1936 Rechtssicherheit darin, »daß die Rechtsordnung im Einklang mit dem Volksgewissen gestaltet« sowie »angewendet und durchgesetzt wird« und betont, dass der deutsche »Volksgenosse« aus der »Tiefe seiner nordischen Seele [...] den lebendigen Inhalt der Rechtsordnung: Erfüllung der völkischen Aufgaben und Durchsetzung der Gerechtigkeit über die Ordnung an sich stellen« werde[178]. Ebenso wenig bedroht der Rechtsmaßstab des völkischen Empfindens die »wahre« Rechtssicherheit aus der Sicht von *Günther Löwisch*, der allerdings neben dem völkischen Moment auch, um einiges realistischer, die vorherrschende Weltanschauung beschwört: »Uns ist die Quelle des Rechts das Gewissen des Volkes selbst, des Volkes, als dessen Glied sich jeder Richter fühlt und mit dem er durch das gleiche Blut und die gleiche Weltanschauung verbunden ist«[179]. Für das Jahr 1940 konstatiert er weiter: »Die Gefahr, daß die Richter bei der freien Rechtsschöpfung in wesentlichen Punkten zu abweichenden Ergebnissen kommen, besteht schon jetzt praktisch nicht mehr und wird noch mehr verschwinden, je mehr die Weltanschauung

[174] *Seydel*, DRW 1936, S. 85.

[175] *Seydel*, DRW 1936, S. 85 f.; hiergegen *Jerusalem*, Gesetzmäßigkeit, S. 116 f.

[176] *H. Krüger*, RVBl. 1935, S. 1012. Vgl. auch *Schmitt*, DR 1934, S. 227; *Seydel*, DRW 1936, S. 85. Der Begriff der »Volksempfindung« findet sich bereits bei *E. Fuchs*, Juristischer Kulturkampf, S. 120, freilich nicht mit dem charakteristischen Zusatz »gesund«. Aufschlussreich im Zusammenhang mit dem »gesunden Volksempfinden« die Beobachtung von *Klemperer*, LTI, S. 105 ff., wonach die NS-Ideologie insgesamt die »Organisation«, (miss-)verstanden als das im »Völkischen« wurzelnde »Organische«, an die Stelle aus NS-Sicht lediglich konstruierter »Systeme« setzte. Als charakteristisch kann hier der Titel der 1934 erschienenen Schrift »Werdendes Staatsrecht. Gedanken zu einem organischen und deutschen Verfassungsneubau« des Rostocker Ordinarius *Tatarin-Tarnheyden* gelten.

[177] *Gürtner*, DJ 1934, S. 371. Folgerichtig fordert er eine weltanschauliche Schulung, die allein eine Ausrichtung darauf verbürgen könne, was das »Sittlichkeitsempfinden« des Volkes gebiete. Der Einfluss der Freirechtsbewegung ist hier klar erkennbar.

[178] *Barth*, Rechtssicherheit, S. 139 f. bzw. S. 143.

[179] *Löwisch*, Stellung, S. 123.

des Dritten Reichs sich ausprägen und Gemeingut aller Deutschen wird.«[180] Auch bei dem »erklärten NS-Juristen«[181] *Wilhelm Stuckart*[182] und bei *Justus Danckwerts*[183] finden sich sinnverwandte Bekenntnisse zur Rechtssicherheit, obschon hier kaum Anstrengungen unternommen werden, den Rechtssicherheitsgedanken dogmatisch zu fundieren, »dem Liberalismus« zu entreißen und ihn sodann in die NS-Rechtsideologie einzufügen. In Geist und Wortwahl stehen diese Autoren auf dem Boden, den *Hermann Göring* höchstselbst mit seiner Rede vor der Akademie für Deutsches Recht am 13. November 1934 bereitet hatte: Auch bei Göring ist Rechtssicherheit gleichbedeutend mit der Schaffung und Durchsetzung eines »völkischen« Rechts[184], das »irgendwo im Innern des einzelnen Volksgenossen Anklang und Widerhall findet«[185], in deren Genuss der »Volksgenosse« jedoch nur gelangen soll, »solange er sich in der Volksgemeinschaft als wirklicher Volksgenosse im wahrsten Sinne dieses ehrumkleideten Wortes bewegt«[186].

4. Rechtssicherheit im »völkischen Rechtsstaat«: Otto Koellreutter und andere

Eine andere Gruppe von Autoren befürwortete demgegenüber nicht nur die Beibehaltung des Begriffs des Rechtsstaates, sondern auch seiner wesentlichen Gehalte, indem sie die ideologischen Grundlagen »auswechselte«. Hierzu zählte vor allem *Otto Koellreutter*, der wohl wichtigste Gegenspieler Schmitts[187]. Dieser

[180] *Löwisch*, Stellung, S. 123.

[181] *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 17. *Wilhelm Stuckart* (1902–1953), Mitglied der NSDAP seit 1922 und der SS seit 1936, war maßgeblich an dem Entwurf der Nürnberger Rassengesetze beteiligt und trat auch, gemeinsam mit dem späteren Staatssekretär im Bundeskanzleramt (1953–1963) *Hans Globke*, als Kommentator der NS-Rassengesetzgebung in Erscheinung. Er war Mitbegründer des SS-nahen Instituts für Staats- und Verwaltungswissenschaften in Berlin-Wannsee und Herausgeber der Zeitschrift »Reich, Volksordnung und Lebensraum«. Als Staatssekretär im Reichsinnenministerium nahm der fanatische Antisemit Stuckart am 20. Januar 1942 an der Wannsee-Konferenz teil. Im »Wilhelmstraßen-Prozess« wurde er 1949 nicht zuletzt seiner schlechten Gesundheit wegen zu lediglich drei Jahren und zehn Monaten Haft verurteilt und mit Blick auf bereits verbüßte Haftzeit sogleich auf freien Fuß gesetzt. Er kam kurz nach der Haftentlassung bei einem Unfall ums Leben.

[182] *Stuckart*, Deutsche Verwaltung 12 (1935), S. 354.

[183] *Danckwerts*, in: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 112 f.

[184] *Göring*, Rechtssicherheit, S. 7, 8.

[185] Ebd., S. 10.

[186] Ebd., S. 8 f.

[187] Beide ließen kaum Gelegenheit aus, sich gegenseitig publizistisch anzugreifen. Die Attacken haben dabei fast durchweg einen denunziatorischen Beigeschmack: Dem jeweils anderen wird, vorzugsweise unter Verwendung von Schriften vor 1933, vorgeworfen, sich nur als NS-Parteigänger zu maskieren. Vgl. einerseits *Koellreutter*, Führerstaat, S. 20 Fn. 24 (Schmitt als Anhänger des »liberalen Machtstaates«); *ders.*, Volk und Staat, S. 17 f. Fn. 1 (»a-völkisches« Denken in einer Schrift Schmitts von 1917); andererseits *Schmitt*, in: Frank, NS-Handbuch, S. 5 Fn. 5a, wo – in einem sich an die breite Öffentlichkeit richtenden Nachschlagewerk – ein wörtliches Zitat von Koellreutter angeführt wird, in dem dieser 1932 den »nationalen Rechtsstaat« propagierte und vor

versuchte sich an einer Rekonstruktion des Rechtsstaates mit dessen dogmatischem Inventar[188] auf »völkischer« Basis[189] und betonte, dass der Wert der Rechtssicherheit »gerade im völkischen Staate geachtet und geschützt werden« müsse[190]. Auf ähnlichem Wege[191] versucht 1938 auch *Martha Schmidt* die Überführung des Rechtssicherheitsgedankens in den NS-Staat. Sie arbeitet – nach eingehender und ideologisch weitgehend ungefärbter Darstellung der Entwicklung der Rechtssicherheitsidee seit der Aufklärung[192] – zwei Aspekte des Rechtssicherheitsstrebens heraus: den Schutz subjektiver Rechte und die Garantie der Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit[193]. Sie legt dabei nicht allein (zutreffend) dar, dass Berechenbarkeit und Vorhersehbarkeit staatlicher Entscheidungen wichtige Grundlagen der ökonomischen Planung wie auch der privaten Lebensplanung sind[194], sondern versucht sich auch an der Begründung subjektiv-öffentlicher Rechte des Einzelnen gegenüber dem NS-Staat, was ihr freilich nur unter der –

---

der »gefährlichen Einseitigkeit« *Freislers* warnte. Zu Konkurrenzkampf und Intrigen zwischen Schmitt und Koellreutter auch *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 323 mit Fn. 44, 328 f.; vgl. anekdotisch auch *Bachof*, Redebeitrag, VVDStRL 60 (2001), S. 111 f., wonach in Seminaren Carl Schmitts der Name Koellreutters nicht genannt werden durfte; Koellreutter wiederum verwies 1933 gegenüber der NSDAP darauf, dass er sich im Gegensatz zu Schmitt schon 1932 für die Partei eingesetzt habe (*J. Schmidt*, Otto Koellreutter, S. 14). Zum Anteil Koellreutters an der politischen Kaltstellung Schmitts siehe *Koenen*, Der Fall Carl Schmitt, S. 669 ff.

[188] Für eine Beibehaltung des überkommenen »Handwerkszeugs« ausdrücklich *Koellreutter*, Führung und Verwaltung, S. 98 f.

[189] Zur Ableitung des Rechtsstaats aus dem »völkischen« Geist *Koellreutter*, Volk und Staat, insbes. S. 23: »Aus diesem völkischen Denken heraus erfließt [...] notwendig der Ewigkeitswert des Rechtsstaats«. Zu Koellreutters Rechtsstaatsverständnis *Ch. Hilger*, Rechtsstaatsbegriffe, S. 33 ff. Die Darstellung seines Schülers *Carl Hermann Ule*, Koellreutter habe versucht, den NS-Staat rechtsstaatlich zu domestizieren (VerwArch 81 [1990], S. 12 ff., insbesondere S. 14), wird man wohl zurückhaltend aufnehmen dürfen. In den Schriften Koellreutters tritt einem zwar in der Tat in erster Linie ein autoritärer Rechtskonservatismus militärischer Prägung entgegen (zu Recht warnt *Pauly*, VVDStRL 60 [2001], S. 76, vor einer pauschalen Gleichsetzung jeden autoritären oder gar konservativen Staatsdenkens mit der NS-Ideologie); die »völkische« Ausrichtung seiner Lehren mit ihrer rassistischen und klar antisemitischen Ausrichtung (z.B. Führerstaat, S. 9, 17; Volk und Staat, S. 11 f.) erfordert indes ein dehnbares Rechtsstaatsverständnis. Das Festhalten an staatlichen Strukturen gegenüber den »Volkstums«-Phantasmagorien eines *Reinhard Höhn* (z.B. Wandlung, passim, insbesondere S. 31 ff.; Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, S. 72 ff.; mit Koellreutter gegen Höhn dagegen die Verteidigung des »autoritären Staats« bei *Ule*, VerwArch 45 [1940], S. 255 ff.) lässt Koellreutter zwar nicht als Fanatiker erscheinen, aber auch längst nicht als Mahner und heimlichen Widerständler. Wohl zutreffend ordnet *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 17, Koellreutter der Gruppe derjenigen zu, die sich auf die Seite des neuen Systems stellten, wogegen er Höhn einem »kleine[n], aber publikationsfreudige[n] Kreis von erklärten NS-Juristen« zurechnet.

[190] *Koellreutter*, Führerstaat, S. 21 ff. (Zitat auf S. 21).

[191] Freilich möchte sie, um Missverständnisse zu vermeiden, lieber auf den Begriff des Rechtsstaates verzichten und jedenfalls die Rechtssicherheit losgelöst von ihm betrachten: *M. Schmidt*, Rechtssicherheit, S. 43 f.

[192] *M. Schmidt*, Rechtssicherheit, S. 11 ff., 23 ff.

[193] Ebd., S. 11 ff. und 42 ff., 23 ff. und 47 ff.

[194] Ebd., S. 47 ff.

heftig bestrittenen[195], weil essentiell liberal geprägten – Prämisse gelingt, dass dem Einzelnen ein eigener Interessenkreis zustehe, in den (auch) der nationalsozialistische Staat (im Gegensatz zum »absoluten Staat«) »nicht ohne zwingenden Grund, d.h. wenn die Lebensnotwendigkeiten des Volkes es gebieten« eingreifen dürfe[196]. Diese Rechte stehen bei ihr dem Einzelnen zwar nur als Teil der Volksgemeinschaft zu, da Rechtssicherheit für sie in der wechselseitigen Treue und dem Vertrauen zwischen Führer und Volk wurzelt[197], müssen sich im konkreten Fall aber durchaus als individuelle subjektive Rechte bewähren. Fast elegant umgeht sie die verbreitete ideologische Gleichsetzung von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit in einer »Berechenbarkeit der Gerechtigkeit«, indem sie auf das Gebiet der Empirie wechselt: »In der Praxis der Gerichte ist [...] von einer solchen ›einheitlichen‹ Wertung [...] nicht viel zu spüren.«[198] Auch *Franz W. Jerusalem* geht den Weg über das subjektive Recht, indem er die Idee eines schrankenlosen Staates zurückweist und die Existenz subjektiver öffentlicher Rechte des einzelnen Gesellschaftsgliedes unter Rückgriff auf die Lebenswelt der alten Germanen zu untermauern versucht[199]. In eine ähnliche Richtung zielt der Versuch von *Edgar Tatarin-Tarnheyden*, der an die Stelle subjektiver öffentlicher Rechte »nationale persönliche Rechtsgüter« setzen will, die das Rechtsverhältnis zwischen dem Einzelnen und dem Staat in Gestalt wechselseitiger Verpflichtungen auf das »Wohl und Wehe der ganzen schicksalhaft verbundenen nationalen Gemeinschaft« prägen sollen[200]. In diese Rechtsgüter einzugreifen soll im Interesse der »sozialen Voraussehbarkeit« lediglich durch oder auf Grund eines Gesetzes im materiellen Sinne zulässig sein[201]. Dabei dürften diese Rechtsgüter keine absolu-

[195] Zu diesem Streit *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 363 f., *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 36 f., *Pauly*, VVDStRL 60 (2991), S. 95 f., *Ch. Hilger*, Rechtsstaatsbegriffe, S. 15 ff., alle m.w.N. Polemische Ablehnung subjektiver öffentlicher Rechte vor allem durch *Höhn*, ZgStW 95 (1935), S. 656 ff.; *ders.*, DRW 1936, S. 49 ff.; aber auch durch *H. Krüger*, Deutsche Verwaltung 12 (1935), S. 37 ff. (bei *Dreier*, a.a.O., S. 36 in Fn. 129 unzutreffend als *Herbert Krüger* zitiert; es handelt sich um den Dresdner Oberverwaltungsgerichtsrat *Heinrich Krüger*); *Maunz*, ZgStW 96 (1936), S. 71 ff.; *Scheuner*, in: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 82 ff., 89 ff.; *E.R. Huber*, Verfassungsrecht, S. 359 ff. Symptomatisch für die Idee einer Gliedstellung des Einzelnen, in der sich Rechte und Pflichten gegenseitig durchdringen, ist die Schrift von *Wolfgang Siebert* »Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung« aus dem Jahre 1934, in deren Vorwort es heißt: »Gleichzeitig sollte gezeigt werden, daß diese Lehre den Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken und die Zurückdrängung des Eigennutzes in dem Inhalt der Rechte zu verwirklichen vermag, womit ein wichtiges Stück nationalsozialistischer Rechtsauffassung zu unmittelbarer Geltung gebracht werden kann.« Vgl. zu diesem Ansatz auch *Alexy*, Fortwirkungen, S. 222 ff.

[196] *M. Schmidt*, Rechtssicherheit, S. 44 f.

[197] Ebd., S. 45 f.

[198] Ebd., S. 58.

[199] *Jerusalem*, Gesetzmäßigkeit, S. 116 ff. Inwieweit Jerusalems Schilderung des altgermanischen Rechts historischer Prüfung standhält, kann diesseits nicht beurteilt werden.

[200] *Tatarin-Tarnheyden*, Werdendes Staatsrecht, S. 160 ff. (Zitat auf S. 164); *ders.*, AöR 63 (1933/34), S. 348 f. Im Ansatz ähnlich freilich auch *Stuckart*, Deutsche Verwaltung 12 (1935), S. 162 f.: Einordnung subjektiver Rechte in die Volksordnung, die bei der Störung privater Interessen ebenfalls gestört sei.

[201] *Tatarin-Tarnheyden*, Werdendes Staatsrecht, S. 161 ff. (S. 163: »soziale Voraussehbarkeit«).

ten Rechte sein, sondern könnten vom Gesetzgeber auch gänzlich aufgehoben werden. Da es insoweit aber nicht um subjektive Rechte des Einzelnen, sondern um »volkhaft« begründete Rechtsverhältnisse gehe, müsse die Aufhebung der Rechte zeitlich beschränkt sein, »damit die grundlegende Kulturordnung (Ur-Nomos) des deutschen Volkes alsbald wiederhergestellt werde«[202].

5. Normativismus versus »konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken«

Die Auseinandersetzung um die Rolle der Rechtssicherheit konkretisierte sich in rechtstheoretischer Hinsicht in dem Disput über den »Normativismus«, dem *Carl Schmitt* mit dem Auftakt des »Dritten Reichs« sein »konkretes Ordnungs- und Gestaltungsdenken« entgegengestellt hatte[203]. Wie bei so vielen Begriffsdichtungen Schmitts[204] blieb und bleibt auch hier der sachliche Gehalt nebulös[205], wie bei so vielen Begriffsdichtungen Schmitts fand aber auch dieses Schlagwort rasch Verbreitung, weit über den Zeitpunkt der Entmachtung seines Schöpfers hinaus. Dabei steckte hinter der Formel dieses »konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens«, wie bereits angedeutet, letztlich doch wieder nur ein modifizierter, ein verkleideter Dezisionismus. Dies bedarf der Erläuterung, setzte doch Schmitt selbst sein »neues« Modell nicht nur vom Positivismus, sondern auch vom Dezisionismus ab. Im »konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken« der »Drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens« scheint damit der Dezisionismus der »Politischen Theologie« jedenfalls vorläufig *ad acta* gelegt. Und in der Tat legt der Begriff des »Ordnungsdenkens« ein institutionelles Rechtsdenken nahe[206], das bei entsprechender Handhabung durchaus hätte geeignet sein können, in der Theorie (!) der Entscheidungsmacht des Führers Schranken zu setzen. So kriti-

---

[202] *Tatarin-Tarnheyden*, Werdendes Staatsrecht, S. 160. Zu diesem »Ur-Nomos« auch *ders.*, AöR 63 (1933/34), S. 348 f. Zu Tatarin-Tarnheyden *Ch. Hilger*, Rechtsstaatsbegriffe, S. 167 ff.

[203] *Schmitt*, Drei Arten, S. 58 ff. Hierzu ausführlich *Rüthers*, Entartetes Recht, S. 59 ff.

[204] Zu dem Faszinosum der Begriffswelt Schmitts siehe *Rüthers*, Entartetes Recht, S. 171 ff.; prägnant *Schlink*, RhistJ 10 (1991), S. 167: »Schmitts Schlagworte und -sätze [...] kommen mit knallenden Stiefeln daher, dulden keinen Widerspruch, bieten keine Begründung.« In ihrer charakteristischen Mischung aus (relativer) Unbestimmtheit in der Sache und Bestimmtheit des Auftretens gebärden sich viele seiner Begriffsdichtungen als seltsam nebulöse Imperative. Allgemein zum irrationalen Element der Ideologie und Rechtsideologie des Nationalsozialismus *Anderbrügge*, Völkisches Rechtsdenken, S. 225 ff.; *Lepsius*, Begriffsbildung, S. 229 ff.; *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 35; für den deutschen Nationalismus der Weimarer Zeit insgesamt *Sontheimer*, Antidemokratisches Denken, S. 41 ff., 61 ff.; *Kelsen*, Verteidigung der Demokratie, S. 61 (»zurück zu der für Tiefe gehaltenen Dunkelheit der Metaphysik, zum Kultus eines nebulosen Irrationalen [...] Das ist die Parole von heute.«).

[205] Auch *Koellreutter* zweifelte an der Substanz einer solchen Formel und verwies sie in den Bereich »juristischer Astrologie« (Führung und Verwaltung, S. 98 und 104). Zur Verwirrung um den sachlichen Gehalt des »konkreten Ordnungsdenkens« auch *M. Schmidt*, Rechtssicherheit, S. 49 f.; ferner *Rüthers*, Entartetes Recht, S. 63 f., 70 ff. m.w.N. in Fn. 189; *Lege*, Positionen, S. 35.

[206] Vgl. *Schlink*, RhistJ 10 (1991), S. 166: »nationalsozialistisch eingefärbte Variante institutionellen Rechtsdenkens«; in diesem Sinne auch *Lege*, Positionen, S. 33 ff.

sierte 1937 der Münchner Staatsrechtler und Staatskirchenrechtler *Johannes Heckel*, dass Schmitt der Idee des souveränen Führers nicht gerecht geworden sei, indem er ihn als »Führer der Bewegung« in sein Modell »konkreter Ordnungen« von »Volk, Bewegung, Staat« einbezogen habe: »Jede Ordnungsfigur ist Diener einer Ordnung. [...] Die Ordnungsfigur richtet sich an der Ordnung aus, nicht umgekehrt. [...] [G]ewiß lebt und wirkt der Führer innerhalb der neuen deutschen Volksordnung und im besonderen in der Ordnung der Partei; aber er tut dies nicht als ihr Organ, sondern als ihr Schöpfer. Das ist das Entscheidende.«[207]

Ungeachtet dieser zeitgenössischen Kritik und ungeachtet des eigenen Anspruchs ist dennoch mit der neuen Formel Schmitts eine Domestizierung des Führertums und damit eine Abkehr vom dezisionistischen Denken der »Politischen Theologie« letztlich nicht verbunden. Denn Schmitt fordert nicht allein ein »Ordnungsdenken«, sondern auch ein »Gestaltungsdenken«, das auf eine Anpassung der bestehenden Institutionen an die nationalsozialistische Ideologie zielt[208]. Die »konkreten Ordnungen«, die Schmitt vorschwebten, waren bereits nationalsozialistisch gestaltete[209] oder noch im Sinne der NS-Ideologie zu gestaltende Institutionen. Da nun aber das zu legitimierende System in seiner »konkreten Ordnung« eine Führungsordnung war, in der das Führerwort oberstes Gesetz war und zu sein hatte, musste jeder theoretische Unterbau letztlich doch auf den Führerbefehl und damit auf die Dezision zurückführen. Im Maßnahmestaat des »Führers« konnten die Institutionen nur relativ gesichert sein und waren jederzeit revozierbar[210].

Dass das »konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken« keineswegs dazu gedacht sein konnte, der Dezision durch die Betonung von Institutionen Schranken zu errichten, ergibt sich auch aus dem leerformelhaften Zusatz des »Konkreten« – eine jener in der NS-Zeit überaus populären Rechtsfloskeln (eine andere war der Begriff des »Totalen«), die mit Nachdruck und in philosophischer Bemäntelung vor allem von *Karl Larenz* verfochten wurde[211]. Nach Larenz sollte das Denken in abstrakten Begriffen (und damit, in der Terminologie der Staatsrechtslehre, auch das Denken in »abstrakten Ordnungen«) durch »konkret-allgemeine Begriffe« ersetzt werden: Ein solcher Begriff sollte – in einer Art neuhegelianischer Super-Synthese – die »Totalität« aller seiner besonderen konkreten Momente umfassen: »Die ›Allgemeinheit‹ des Begriffs im Verhältnis zu den besonderen Begriffen besteht eben in dieser umfassenden Totalität, in der die Unter-

---

[207] *Heckel*, Deutsche Verwaltungsblätter 85 (1937), S. 58 und 59.

[208] Vgl. zustimmend zu diesem Aspekt z.B. *Maunz*, Deutsche Verwaltung 12 (1935), S. 68; *ders.*, in: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 34, 44 ff., 51 ff.

[209] *Schlink*, RhistJ 10 (1991), S. 171, stellt zutreffend fest, dass Schmitt sich den »konkreten Ordnungen« zugewandt habe, weil »die Punktualisierung des Augenblicks der Entscheidung der dauerhaften Legitimität der nationalsozialistischen Bewegung nicht gerecht« geworden wäre. Vgl. auch die Differenzierung bei *Heckel*, Deutsche Verwaltungsblätter 85 (1937), S. 51, zwischen der »Legalität des revolutionären Kämpfers« und der »Legalität des revolutionären Siegers«.

[210] *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 316; *Fraenkel*, Doppelstaat, S. 88 f., 96.

[211] Zum »konkret-allgemeinen Begriff« grundlegend *Larenz*, DRW 1940, S. 279 ff.

schiede der letzteren nicht ausgelöscht, sondern [...] enthalten sind«; sie bestehe in der »konkrete[n] Einheit des den Unterschied in sich bewahrenden, gegliederten Ganzen«, das demzufolge »reicher« sein soll als der konkret-besondere Begriff und insbesondere als der abstrakt-allgemeine Begriff, der gegenüber dem konkret-besonderen, den er verallgemeinere, immer ein Weniger an (inhaltlicher) Substanz aufzuweisen habe[212]. Ein solch allgemeiner Begriff, der (nach Ausscheidung des Heterogenen!) alles und in all seiner Unterschiedlichkeit einschließen soll, muss, insbesondere wenn er als Rechtsbegriff gedacht ist und damit auf die Steuerung gesellschaftlicher Prozesse zielt, begreiflicherweise an seiner Komplexität scheitern[213]. Ein solcher Terminus kann letztlich nur auf das Jeweilige, d.h. auf das Individuelle in seiner jeweiligen Gestalt verweisen[214]: »Whatever is, is right.«[215] Die fast schon mystische Sehnsucht der so genannten Neuhegelianer nach der *coincidentia oppositorum* beraubt den Rechtsbegriff seines kritischen Potentials[216]. Damit zielt das »konkrete« Denken letztlich auf eine Einzelfallorientierung des Rechts, die dessen normative Gestaltungskraft aufhebt und dem Recht lediglich die Funktion eines (machterhaltenden) Spiegels gesellschaftlicher Wirklichkeit zuweist[217]. Am Ende steht stets die, nach dem Führerprinzip zu beantwortende, Frage: *quis iudicabit*? – und damit die Dezision[218].

Insofern dient auch *Rottleuthners* paradoxaler Begriff des »substantiellen Dezisionismus«[219] eher einer Charakterisierung des eigenen Anspruchs der NS-Rechtsphilosophie denn einer Beschreibung von außen: Das »Substantielle« in diesem binären Argumentationsmodell (»Rasse-Volk« auf der einen, Führerprinzip auf der anderen Seite), der Rassegedanke, basiert letztlich auf einer Fiktion, die für konkrete Entscheidungssituationen keine Handreiche liefert, und verweist damit auf den dem Führerprinzip innewohnenden Grundgedanken der Dezision zurück. Diesen Zusammenhang lässt Rottleuthner selbst plastisch werden:

»[D]ie Strategie der Kombination beider Elemente [...] führt zu Orientierungsunsicherheit [...] deshalb, weil man ja selbst von seinem eigenen ›Rassegewissen‹, vom Rauschen des Blutes keine Auskunft erhält, wie man sich zu verhalten hat. [...] Weil Blut und Boden schweigen, hält man sich lieber an das, was von oben gewünscht wird«[220].

---

[212] *Larenz*, DRW 1940, S. 279 ff., insbesondere S. 285 (dort auch die Zitate).

[213] Prägnant kennzeichnet *Lege*, Positionen, S. 33, dies als »inhaltsloses Inhaltsdenken«.

[214] *Lege*, Positionen, S. 31; ausführlich hierzu auch *Maus*, Juristische Methodik, S. 183 ff.

[215] *Georg Friedrich Händel*, Jephtha (1751), Schlusschor 2. Akt (nach *Alexander Pope*, Essay on Man, 1732).

[216] In diesem Sinne auch die Diagnose der »gegensatzaufhebenden Begriffsbildung« bei *Lepsius*, Begriffsbildung, S. 146 ff., passim.

[217] *Maus*, Juristische Methodik, S. 186 f.; *Behrends*, Freirechtsbewegung, S. 59 f., 62 f., der »in der am Ende weithin erfolgreichen Reduktion des Rechts auf ein unmittelbar gegebenes Lebensphänomen, und zwar ohne jede verfassungsrechtliche, grundrechtliche oder rechtssystematische Eingrenzung« den Anteil der Freirechtsschule an der Willfährigkeit der Justiz gegenüber dem nationalsozialistischen Rechtsdenken erblickt (ebd., S. 75).

[218] So zutreffend *Lege*, Positionen, S. 36.

[219] *Rottleuthner*, Substantieller Dezisionismus, passim; *ders.*, Rechtsphilosophie, S. 300 f.

[220] *Rottleuthner*, Rechtsphilosophie, S. 300 f. Vgl. auch *ders.*, ARSP 69 (1983), S. 256: »Gewaber von völkischer Substanz« und ebd., S. 262: »völkisch-substanzhaftes Raunen«.

Folgerichtig kennzeichnet er die »ungeschriebenen Grundsätze des völkischen Gemeinschaftslebens«[221] als »Delegationsformeln, indem sie die Dezision auf das jeweilige ›völkische Gewissen‹ des Entscheidenden verlagern«[222].

Gerade in den radikaleren nationalsozialistischen Kreisen der Rechtswissenschaft[223] fand das »konkrete Ordnungs- und Gestaltungsdenken« großen Anklang, in denen vor allem das »Gestaltungs«-Moment als Möglichkeit erkannt wurde, die als »positivistisch« verachtete Gesetzesbindung durch eine »Rechtsbindung« zu ersetzen, bei der Verwaltung und Gerichte auch *contra legem* entscheiden sollten, um dem NS-Gedankengut zu möglichster Durchsetzung zu verhelfen[224]. Diesem nationalsozialistischen Zelotentum hielten indes die »Traditionalisten« die Rede *Adolf Hitlers* an die Reichsstatthalter vom 6. Juli 1933[225] entgegen, in der dieser die Phase der Revolution für beendet und den Beginn der Evolution proklamiert hatte[226]. Ebenso konnten diese zur Begründung einer fortdauernden Bindung auch an Gesetze aus der Zeit vor dem Nationalsozialismus[227] auf einen Runderlass des Reichsministers der Justiz vom 17. Januar 1934 verweisen, in dem es hieß:

»Eine Aufhebung, Abänderung oder Ausdehnung geltender Reichsgesetze steht nur der Reichsregierung selbst zu, nicht aber den diese Gesetze ausführenden Organen. Diese haben vielmehr die Gesetze solange anzuwenden, als sie in Geltung sind und dürfen sich mit ihnen auch dann nicht in Widerspruch setzen, wenn sie vielleicht nationalsozialistischen Auffassungen nicht voll zu entsprechen scheinen.«[228]

---

[221] Begriff nach *Jerusalem*, Gesetzmäßigkeit, S. 113.

[222] *Rottleuthner*, Rechtsphilosophie, S. 320.

[223] So außer bei dem notorischen *Reinhard Höhn* besonders bei *Theodor Maunz*: Deutsche Verwaltung 12 (1935), S. 68; *ders.*, in: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 34, 44 ff., 51 ff.

[224] *Maunz*, Deutsche Verwaltung 12 (1935), S. 66; *ders.*, in: Frank, Deutsches Verwaltungsrecht, S. 34.

[225] In dieser Rede, die sich auch an die SA-Führung richtete, sagte Hitler wörtlich: »Die Revolution ist kein permanenter Zustand«. In einem unmittelbar nachfolgenden Rundschreiben an sämtliche Reichsstatthalter und Landesregierungen stellte Reichsinnenminister Frick klar, dass mit dieser Aussage die »nationalsozialistische Revolution« von Hitler für beendet erklärt worden sei (Abdruck des Auszugs aus der Rede sowie des Rundschreibens bei *Pötzsch-Heffter/Ule/Dernedde*, JöR 22 [1935], S. 24 f.).

[226] Vgl. Hinweis auf diese Rede bei *Jerusalem*, Gesetzmäßigkeit, insbesondere S. 113 ff.

[227] Für eine umfassende Gesetzesbindung der Behörden und Gerichte, die erst enden sollte, wo die Gesetzesanwendung »dem gesunden Volksempfinden ins Gesicht schlagen würde« (a.a.O., S. 54), z.B. *M. Schmidt*, Rechtssicherheit, S. 50 ff.

[228] Zitiert nach *M. Schmidt*, Rechtssicherheit, S. 52 f. Siehe auch *F. Scholz*, Rechtssicherheit, S. 18. In DJ 1934, S. 370 f., präzisiert *Gürtner* zwei Monate später diese Anweisung dahingehend, dass alle Gesetze (auch die aus der Vor-NS-Zeit) im Interesse der Ordnung der Lebensverhältnisse so lange wortgetreu anzuwenden sein sollen, wie der Wortlaut eine klare Aussage enthält. Nur bei Unklarheiten oder Regelungslücken soll der Richter auf sein rechtsschöpferisches Rechtsempfinden zurückgreifen dürfen. Bei der Bewertung dieser Äußerungen muss man zwar gewiss berücksichtigen, dass Gürtner nicht aus den Reihen der NSDAP stammte, sondern dem konservativen Lager angehörte (er war Mitglied der Bayerischen Mittelpartei); es ist aber unwahrscheinlich, dass er in derart zentralen Fragen der Rechtspolitik eine eigene, von der NSDAP-Linie abweichende Politik verfolgt und öffentlich gemacht haben könnte.

Hinter dieser Anweisung von Reichsjustizminister *Gürtner* dürfte allerdings nicht allein der Wunsch nach Rechtssicherheit gestanden haben: Vielmehr hätten anderenfalls nicht zu vermeidende divergierende Entscheidungen die Einheitlichkeit »völkischen Rechtsempfindens« und nicht zuletzt auch das Führerprinzip in Frage gestellt. Mit fortschreitender Festigung des Systems konnte dann dazu übergegangen werden, eine größere Freiheit im Umgang mit Gesetzen und einen verstärkten Gebrauch von Generalklauseln auch offiziell zu propagieren[229].

6. Theorie und Wirklichkeit

Dass, ungeachtet aller rechtswissenschaftlichen Kontroversen, Rechtssicherheit im NS-Staat – selbst gemessen an dessen eigenen Maßstäben – faktisch nicht oder nur in sehr begrenztem Maße existierte, lässt sich unschwer feststellen[230]: Die zwar nicht völlig unumstrittene, aber doch im Kern akzeptierte Gesetzesbindung der ausführenden Organe stand stets unter dem Vorbehalt »maßnahmestaatlicher« Übergriffe, wie vor allem die zeitgenössische Charakterisierung des Systems von *Ernst Fraenkel* nachhaltig verdeutlicht:

»Die gesamte Rechtsordnung steht zur Disposition der politischen Instanzen. [...] Es gibt keine Materie, die der Maßnahmestaat nicht an sich ziehen könnte. [...] Im Deutschland der Gegenwart gibt es keine Frage, die nicht als ›politisch‹ qualifiziert werden kann. [...]

[229] Ausführlich *Maus*, »Gesetzesbindung«, S. 80 ff.; *Hattenhauer*, Richterleitbilder, S. 23 ff., 27 ff. *Maus* weist zudem darauf hin, dass später freie richterliche Rechtsschöpfung nicht allein bei der Anwendung vor-nationalsozialistischen Rechts gefordert wurde, sondern sich auch auf die Anwendung von NS-Gesetzen erstreckte (a.a.O., S. 92 f.), die ihrerseits zu diesem Zwecke weitgehend offen und unbestimmt gehalten waren (S. 93 ff.: »Gesetzesattrappen«). Das NS-Regime griff auf andere Mittel der Steuerung zurück, um eine Einheitlichkeit der Rechtsanwendung zu erreichen, wie die »Richterbriefe« (hierzu *Maus*, a.a.O., S. 91), Rechtsverordnungen, gesetzliche Symbolhandlungen und weltanschauliche Gleichschaltung (*Maus*, a.a.O., S. 94 ff.). Letztlich macht »die Gesamtentwicklung deutlich, daß ein politisches System, das eine nur noch symbolische Funktion des Rechts kennt, auch nur noch eine symbolische Funktion der Justiz zuläßt« (*Maus*, a.a.O., S. 96). Nachkriegslegenden, wonach die Richterbriefe Mittel der obrigkeitsstaatlichen Repression gegen eine ihrer Unabhängigkeit verlustig gegangene Richterschaft gewesen seien, dürften indes unzutreffend sein: Keineswegs handelte es sich bei diesen Briefen um verbindliche Anweisungen des Ministeriums gegenüber den Richtern, sondern vielmehr um Mitteilungen und Empfehlungen; auch kam es immer wieder vor, dass zu harte Urteile kritisiert wurden. Die Bedeutung dieser Rundbriefe liegt vielmehr darin, dass sie als indirekte Mittel der Disziplinierung dienten, was einmal mehr verdeutlicht, inwieweit der Prozess der »Gleichschaltung« ein Prozess der (Selbst-)Anpassung der Mitglieder des Rechtsstabes war.

[230] *Fraenkel*, Doppelstaat, S. 22: »Rationale Kontrollierbarkeit ist mit der Ausübung willkürlicher Herrschaftsgewalt, wie sie für das Dritte Reich kennzeichnend ist, schwerlich vereinbar«. Ähnlich *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 59 f: »Recht im allgemeinen und Staatsrecht im besonderen bedeutet immer Formung, Bindung, Limitierung. Ebendies wurde peinlichst vermieden. Charakteristisch für das NS-Regime war hingegen sein Dynamismus und nicht nachlassender Daueraktivismus, sein Unwille und seine Unfähigkeit, eine stabile und reproduktionsfähige Identität auszubilden. Deswegen erwiesen sich die Elemente des völkischen, des Bewegungs- und des Führerstaates als rein ›politische Aktionsbegriffe‹ ohne verläßliches inneres Maß und feste äußere Form.«

Die Grenzen des Maßnahmestaates werden ihm nicht von außen gesetzt; sie liegen in der Selbstbeschränkung, die sich der Maßnahmestaat auferlegt.«[231]

Wie die Einrichtung von Konzentrationslagern, staatlich befohlene Morde (etwa an der SA-Führung) oder das Beispiel der »Schutzhaft« zeigen, kümmerte in der Praxis die Gesetzestreue wenig (zum Teil wurden die gesetzlichen Grundlagen für bisher gesetzwidrige Maßnahmen allerdings nachträglich geschaffen[232]). Das Führerwort war selbst höchstes, ungebundenes Gesetz[233]. Bereits die Verwirrung um den Rechtsquellencharakter von Beschlüssen und Maßnahmen der Parteiorganisationen macht deutlich, dass man eher von erheblicher Rechtsunsicherheit als von Rechtssicherheit sprechen musste[234]. Begreiflicherweise war, wie bereits mit *Rottleuthner* festgestellt wurde, auch das viel beschworene »völkische Rechtsempfinden« nicht in der Lage, den Bürgern Rechtssicherheit im Sinne von Rechtsgewissheit zu vermitteln, da es bloßer ideologischer Fiktion entsprungen war und die notwendige Pluralität von Gerechtigkeitsvorstellungen innerhalb jeder »Gemeinschaft« negierte: Selbst wenn man von einem Wertekonsens in grundsätzlichen Fragen ausgehen sollte, lässt sich hierauf keine umfassende Rechtsordnung gründen[235]. Auch die Durchsetzung der Gesetze war keineswegs so konsequent wie allenthalben propagiert: Unkenntnis bestimmter Sachverhalte oder bewusste Inkonsequenz seitens der Behörden ebenso wie erhebliche Kompetenzkonflikte, vor allem zwischen Parteidienststellen und Verwaltung[236], wieg-

[231] *Fraenkel*, Doppelstaat, S. 88 f.

[232] Z.B. die nachträgliche gesetzliche Rechtfertigung der Röhm-Morde als »Staatsnotwehr« durch Gesetz vom 3. Juli 1934 (RGBl. I, S. 529; *von Münch*, Gesetze des NS-Staates, S. 71 f.) oder das preußische Gestapogesetz vom 10. Februar 1936, das zugleich die Gestapo von gerichtlicher Kontrolle ausnahm (*von Münch*, a.a.O., S. 75 f.; vgl. hierzu *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 336). Erinnert sei in diesem Zusammenhang auch an die Verhängung der Todesstrafe gegen den angeblichen Reichstagsbrandstifter *Marinus van der Lubbe* auf Grundlage des Gesetzes über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe vom 29. März 1933 (RGBl. I, S. 151; *von Münch*, a.a.O., S. 90), der § 5 der sog. Reichstagsbrandverordnung, der »Verordnung zum Schutz von Volk und Staat« vom 28. Februar 1933 (RGBl. I, S. 83; *von Münch*, a.a.O., S. 63 f.; hierzu ausführlich *Bracher*, Stufen, S. 75 ff.), durch den die Todesstrafe für bestimmte Straftaten wieder eingeführt worden war, für rückwirkend anwendbar erklärte, vgl. *H. Wagner*, Strafrecht, S. 146 f.

[233] Vgl. *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 317 f.; *Arendt*, Eichmann in Jerusalem, S. 173 ff., 186 ff.

[234] So auch *Rüthers*, Entartetes Recht, S. 28 ff. Vgl. ferner *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 53 ff. zur »Formindifferenz« des »Führerbefehls«, der sich in den vielfältigsten Inkarnationen präsentieren konnte, sowie den hieraus resultierenden Ordnungsproblemen, die Dreier an vergeblichen Versuchen einer Systematisierung wie bei *E.R. Huber*, ZgStW 101 (1941), S. 548 ff. illustriert (»Parteirecht« neben »Staatsrecht«, »Wehrrecht« und »Gemeinrecht«, Führererlasse in jeder Form, da die Form von untergeordneter Bedeutung sei).

[235] So im Jahre 1938 *Jerusalem*, Gesetzmäßigkeit, S. 110 bei Fn. 16 und S. 113 (zu Jerusalem aufschlussreich *Rottleuthner*, Rechtsphilosophie, S. 316 ff.); ähnlich *Ule*, VerwArch 46 (1941), S. 39, aber auch schon *Gürtner*, DJ 1934, S. 370: »Natürlich kann die Rechtsordnung eines europäischen Volkes im zwanzigsten Jahrhundert nicht nach dem Rechtsgefühl des Volkes praktisch gehandhabt werden. Dazu sind unsere Lebensverhältnisse nicht mehr einfach genug«.

[236] Zu den vielfältigen Reibungen innerhalb der konkurrierenden Apparate von Staat und Partei eingehend, obschon im Schwerpunkt für die Jahre 1939–1945, *Rebentisch*, Führerstaat, passim, der zusammenfassend den »Führerstaat« als »organisiertes Chaos« bezeichnet (S. 533). Am Beispiel

ten manchen in der trügerischen Hoffnung, es werde ihm vielleicht doch nichts geschehen – auch hier also Unsicherheit über das zu Erwartende[237]. Und selbst diejenigen, die sich als eifrige Nationalsozialisten hervortaten und sich ihrer Übereinstimmung mit dem »gesunden Volksempfinden« doch eigentlich gewiss sein durften, mussten befürchten, in Ungnade zu fallen und zum »Volksfeind« gestempelt zu werden. Die Führerideologie mit ihrer primären Betonung eines puren, autoritären und willkürlichen Dezisionismus[238] erwies und erweist sich als unvereinbar mit jeder Idee »sicheren Rechts«.

Was ist aber dann angesichts dieser Realität schon der ersten Jahre des NS-Regimes von den wiederkehrenden Auseinandersetzungen um die »Rechtssicherheit« zu halten? Auffällig ist, dass angesichts der Vielfalt der geschilderten Positionen zu Rechtssicherheit, Berechenbarkeit und Gesetzesbindung, der kaleidoskopartig wechselnden Kombinationen von Begriffen wie Führertum, Gefolgschaft, Volk, Germanentum, Rasse[239] von einer einheitlichen nationalsozialistischen Rechtslehre keine Rede sein kann[240]. Übereinstimmungen bestehen in diesen ersten Jahren allenfalls dort, wo die Begrifflichkeit, sinnentleert, ein Ei-

der Musik- bzw. Literaturpolitik vgl. *Prieberg*, Musik im NS-Staat, S. 78, 261 f., 385 ff., passim; *Barbian*, Literaturpolitik, S. 835 ff., 841 ff.: »Anarchie der Kompetenzen im ›Dritten Reich‹« (a.a.O., S. 846); *Ch. Klein*, Schreiben im Schatten, S. 41 f. Auch *Buchheim*, Totalitäre Herrschaft, S. 43 ff., weist darauf hin, dass die notwendige Unvollkommenheit eines mit einem totalen Machtanspruch auftretenden Staates und die damit verbundene Unsicherheit zu den besonderen Kennzeichen totalitärer Regime zählt. In diesem Sinne stellt auch *G. Schulz*, Gleichschaltung, S. 95, die letztlich durch Willkür verursachte Unsicherheit als »Charakteristikum *katexochen*« des »Führerstaates« dar. Zu der »nationalsozialistischen Polykratie« (Begriff nach *Hüttenberger*, Geschichte und Gesellschaft 2 [1976], S. 417 ff.) auch *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 44 ff.

[237] Vgl. den Bericht von *R. Bendix*, Von Berlin nach Berkeley, S. 255: »Erst sehr viel später erkannte mein Vater [der als Jude und Sozialdemokrat verfolgte Rechtsanwalt *Ludwig Bendix*; *A.v.A.*], daß das Gegeneinander von Staat und Partei, das ihn teilweise zu seinem Protest ermutigt hatte, eine von der Naziführung bewußt verfolgte Strategie war, um sowohl die organisierte ›Volkswut‹ als auch zugleich die offizielle Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung unter Beweis zu stellen. Das Nazi-Regime hatte ein Interesse daran, beides als ›Tatsache‹ zu demonstrieren.«.

[238] *Rottleuthner*, Substantieller Dezisionismus, S. 27 ff., passim; *G. Schulz*, Gleichschaltung, S. 81, 94 ff.; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 316, spricht von einer »Diktatur mit jederzeit revozierbaren offenen Strukturen«.

[239] Vgl. *Klemperer*, LTI, S. 25 f., zu den Charakteristika der LTI, der *»Lingua Tertii Imperii«*: »In all dieser Dauer und Ausbreitung blieb die LTI arm und eintönig, und man nehme das ›eintönig‹ [...] buchstäblich. [...] Ich habe [...] bald den ›Mythus des zwanzigsten Jahrhunderts‹ und bald ein ›Taschenjahrbuch für den Einzelhandelskaufmann‹ studiert, jetzt eine juristische und jetzt eine pharmazeutische Zeitschrift durchstöbert, ich habe Romane und Gedichte gelesen [...], ich habe beim Straßenkehren und im Maschinensaal die Arbeiter sprechen hören: es war immer, gedruckt und gesprochen, bei Gebildeten und Ungebildeten, dasselbe Klischee und dieselbe Tonart.«.

[240] *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, S. 15, formuliert mit Blick auf die Rechtsphilosophie prägnant: »Es gab eben keine NS-Rechtsphilosophie, keine positivistische und keine überpositivistische, es gab nur [...] ein Konglomerat bunt zusammengewürfelter Brocken unterschiedlichster Provenienz«. Übereinstimmend *Alexy*, Fortwirkungen, S. 219; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 320. Zur NS-Ideologie allgemein *Lepsius*, Begriffsbildung, S. 101 ff., sowie *Bracher*, Voraussetzungen, S. 22, der diese als »überaus heterogenes Konglomerat von halbdurchdachten Ideen, nationalistischen und sozialen Ressentiments, romantischen Gefühlsaufwallungen und aggressiv-revolutionären Aktivismustheorien« charakterisiert.

genleben zu entwickeln beginnt. Zwar macht *Horst Dreier* als Elemente einer »nationalsozialistischen Staatsrechtslehre« drei bestimmende Elemente aus: völkischer Staat, Bewegungsstaat, Führerstaat[241]. Letztlich aber präsentieren sich diese Elemente doch nur als Nachvollzug der NS-Rassen- und Führerideologie. (So resümiert Dreier denn auch zu Recht, dass der deutschen Staatsrechtslehre im Nationalsozialismus durch die Zerstörung ordnungsstaatlicher Strukturen ihr Objekt abhanden gekommen sei[242].) Wichtig ist auch zu bedenken, dass sich ein hinlänglich übereinstimmendes Verständnis des völkischen Staates, des Bewegungs- und des Führerstaates erst herausbilden musste[243] (sei es durch Gleichschaltung oder durch Ausschaltung von Abweichlern). Die Jahre der »Rechtsstaatsdiskussion«, d.h. die Jahre von 1933 bis 1934, zum Teil noch bis 1935 zeigen die Staatsrechtslehrer dagegen noch in dem Ringen, sich der neuen Ideologie und das neue Staatsgebilde ihren eigenen Theorien anzupassen[244]. Man kann in dieser realitätsfernen Debatte den Ausdruck der realen Bedeutungslosigkeit der Rechtswissenschaft sehen, deren Einfluss auf die Politik nicht einmal ein mahnender war[245]: Die Wissenschaftler konnten, soweit sie sich prinzipiell auf die Seite der neuen Ordnung stellten, dem Regime nicht ernsthaft gefährlich werden. Die Duldung derartiger Debatten dürfte allerdings nicht allein einem Desinteresse der Führung an der wissenschaftlichen Diskussion zuzuschreiben sein – immer-

---

[241] *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 32 ff.; ähnlich *Wilms*, DVBl. 2000, S. 1244 ff.

[242] *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 59 ff. (deutlich S. 60: »rein ›politische Aktionsbegriffe‹«); ebenso *Wilms*, DVBl. 2000, S. 1249. Für die Staatsrechtslehre dürfte daher in noch stärkerem Maße als für das Zivilrecht gelten, dass die Notwendigkeit, die Lehren den ideologischen »Flaschenhals« (*Haferkamp*, Bemerkungen, Rz. 3, 50 ff.) passieren zu lassen, zu einer »schockartigen Verarmung der wissenschaftlichen Debatten« (*Haferkamp*, a.a.O., Rz. 3) führte.

[243] Vgl. *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 24 ff., zu dem anfänglich ausschließlich bestehenden Negativkonsens von Antiliberalismus, Antisemitismus, Antiparlamentarismus und Antiföderalismus (hierzu auch *Durner*, Antiparlamentarismus, S. 98: »Koalition der Ablehnung«, die Konservative und Kommunisten verband). Vor diesem substanzlosen Hintergrund konnte auch neue Begrifflichkeit nicht darauf rechnen, einheitliche Verwendung zu finden. Ebenso *Majer*, Grundlagen, S. 25; *Pauly*, VVDStRL 60 (2001), S. 79; ähnlich auch *Anderbrügge*, Völkisches Rechtsdenken, S. 34 ff.

[244] Eingehende Darstellung bei *Ch. Hilger*, Rechtsstaatsbegriffe, 2003. Zu dem allenthalben erkennbaren Bestreben, die eigenen Theorien dem neuen Staat anzudienen, *Lepsius*, Begriffsbildung, S. 119; *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 19. Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Grimm*, »Neue Rechtswissenschaft«, S. 394: »Als die Rechtswissenschaft nach der Machtergreifung mit der Forderung konfrontiert wurde, die gesamte Rechtsordnung im Geiste des Nationalsozialismus zu interpretieren, gab es [...] genügend Juristen, für die darin keine wissenschaftlich unvollziehbare Zumutung, sondern Gelegenheit zur Verwirklichung bereits zuvor vertretener Positionen lag.«

[245] *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 318 f.; *Rottleuthner*, Kontinuität, S. 252 ff.; *ders.*, Rechtsphilosophie, S. 302; Dies dürfte vor allem für die Rechts- und Staatsphilosophie zutreffen, wie *Rottleuthner*, Substanzieller Dezisionismus, S. 34, mit Blick auf das ARSP vermutet, in dem dessen Herausgeber, *Carl August Emge*, in den 1940er Jahren (in denen staatliche Mittel zur Unterdrückung kritischer Stimmen fraglos bestanden und für die im »Dritten Reich« jede geistige Liberalität ausgeschlossen werden kann) einige durchaus kritische Veröffentlichungen gelangen (vgl. vor allem 1942 *Emge*, Diesseits und Jenseits des Unrechts: ARSP 35 [1942], S. 183 ff.). Überhaupt dürfte mit der Konsolidierung des Systems die dringende Notwendigkeit entfallen sein, gegen jedes kritische Schrifttum mit Härte durchzugreifen.

hin mischte sich neben dem unvermeidlichen NS-Juristenführer Hans Frank auch Hermann Göring selbst in die Auseinandersetzung ein; die Duldung dürfte auch nicht bloß Begleiterscheinung eines erst im Aufbau befindlichen Repressionsapparats gewesen sein[246]. Vielmehr wird man annehmen dürfen, dass sich die Machthaber der Auseinandersetzung um Rechtsstaat und Rechtssicherheit bedienten. Dem NS-Staat ging es vor allem anderen um die Durchsetzung seines Machtanspruchs[247]. Hierzu aber waren alle Mittel erlaubt. Zweckmäßigkeitserwägungen schlugen daher letztlich auch auf Rechtstheorie und Staatsphilosophie durch[248]. In der Konsolidierungsphase der ersten Jahre des NS-Systems hatten die Machthaber einen Balanceakt zu vollführen: Mit Blick auf das Ausland war die Zerstreuung von Bedenken notwendig, auch wenn man (aus innenpolitischen Motiven) nach außen ein neues Selbstbewusstsein zur Schau trug. Nach innen wurde die Politik der »Gleichschaltung« des Staatsapparates und der Gesellschaft insgesamt betrieben, die dem NS-Staat Stabilität und Durchsetzungskraft verleihen sollte[249].

Gegenüber dem Ausland ließ sich mit offiziellen Bekenntnissen zu »Rechtsstaatlichkeit« und »Rechtssicherheit«, etwa durch Hermann Göring, mit der scheinbaren Gesetzlichkeit und der vordergründigen Beachtung formaler Bindungen[250] Misstrauen zerstreuen, was nach dem Reichstagsbrand-Prozess und der Ermordung des früheren Reichskanzlers Kurt von Schleicher sowie Ernst

[246] Hierzu *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 320.

[247] *G. Schulz*, Gleichschaltung, S. 81, bezeichnet das stetige Drängen der NSDAP und ihrer Organisationen nach Machtgewinn in diesen ersten Jahren des Regimes als die »Dominante in allen Ereignissen – angestrebten wie vorausgesehenen und unvorhergesehenen«.

[248] Zur Skepsis der Machthaber gegenüber dogmatischen Ansätzen *Rüthers*, NJW 2000, S. 2870; ähnlich *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus, S. 15; *Rottleuthner*, Substantieller Dezisionismus, S. 27 ff.; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 320.

[249] Dies soll indes nicht in dem Sinne verstanden werden, dass die äußere und innere Konsolidierung und die »Gleichschaltung«, d.h. die faktische Machtübernahme innerhalb aller gesellschaftlichen Institutionen, mittels eines ausgereiften Plans erreicht worden wäre. Es handelte sich vielmehr um ein Art »latente« Strategie, die sich vor dem Hintergrund des erwähnten »organisierten Chaos« (*Rebentisch*, Führerstaat, S. 533) durch ein Zusammenspiel von Improvisation und taktischer Reaktion auf auftauchende Widerstände ergab und deswegen erfolgreicher war, als ein starr durchgehaltener Plan vermutlich jemals hätte sein können. Die folgenden Ausführungen sollen lediglich beleuchten, wie die Konsolidierung und insbesondere die »Gleichschaltung« (die in hohem Maße nicht ein fremdgesteuerter Prozess, sondern vielmehr ein Prozess der – freilich von den Machthabern geforderten und geförderten – Anpassung war) in der Juristenschaft gerade mit Hilfe der rechtsstaatlichen Begrifflichkeit und Förmlichkeit sich faktisch vollzog und letztlich erreicht werden konnte.

[250] Erinnert sei – *pars pro toto* – an die Verlängerung des (befristeten) Ermächtigungsgesetzes 1937 und 1941, vgl. *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 317; Stolleis verweist auch auf die »beruhigende« Wirkung des weiter erscheinenden Reichsgesetzblatts (auch die Fortführung etablierter Fachzeitschriften, hierzu ebd., S. 299 ff., könnte in diesem Zusammenhang als Signal des Anknüpfens an frühere rechtsstaatliche Traditionen – oder besser: Gewohnheiten – erwähnt werden). In den späteren Jahren des NS-Regimes, in denen sich der Fokus von der Systemstabilisierung auf den Systemerhalt und auf die Erreichung der Kriegsziele verschoben hatte, häuften sich dann in zunehmendem Maße die unveröffentlichten Führererlasse. Vgl. hierzu mit detaillierter Dokumentation *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 56 ff.

Röhms und der übrigen SA-Führung dringend notwendig war[251]. Auch für die Politik der »Gleichschaltung« im Inneren des Reiches hatte der Begriff der »Rechtssicherheit« ebenso wie die juristische Diskussion hierüber eine nicht zu unterschätzende rechtspropagandistische Funktion. Nach innen gerichtet erwies sich das Wort »Rechtssicherheit« – insoweit weniger mehrdeutig als der Begriff des »Rechtsstaates«[252] – als zu propagandatauglich, um es dem politischen Gegner zu überlassen: Nach den Wirren der späten und ungeliebten Weimarer Republik, nach Inflation und Massenarbeitslosigkeit, war es vor allem das Wort »Sicherheit«, von dem man annehmen darf, dass es auf den Großteil der Bevölkerung fast magische Wirkung hatte. Daher eignete sich das Thema Rechtssicherheit auch und gerade für Ansprachen bei solchen Veranstaltungen, die eine große Breitenwirkung auch über die Juristenschaft hinaus besaßen – wie etwa die Rede eines Preußischen Ministerpräsidenten und Reichsministers vor der Akademie für Deutsches Recht oder ein Vortrag auf dem Deutschen Juristentag. Gleichzeitig konnte deutlich gemacht werden, dass man diese Segnungen nur den »Volksgenossen«, und auch unter diesen nur den konformistischen, zuteil werden zu lassen gedachte: eine Kampfansage an alle vom System zu »Feinden« Erklärten, sei es aus rassistischen, politischen oder anderen Gründen. Ein allzu revolutionäres Gebaren hätte hier Unruhe geschaffen und die Entstehung des notwendigen Rückhalts bzw. des notwendigen Stillhaltens in der Gesellschaft verhindert. Die NSDAP war immerhin vom größeren Teil des Wahlvolks nicht gewählt worden[253], und selbst ihre Wählerschaft rekrutierte sich nur zu einem kleinen Teil aus revolutionär Gesinnten. Auch hätte ein sich revolutionär gebender Staat weite Teile der Beamtenschaft und der Justiz verschreckt, auf die er zur Durchsetzung seiner Ziele angewiesen war[254]. Die neuen Machthaber polemisierten daher nicht

[251] *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 331.

[252] Zu dessen »suggestiver Macht« vgl. *Schellenberg*, Rechtsstaatskritik, S. 71. *Baratta*, Entwicklung, S. 5, spricht von einem »Prestigebegriff«.

[253] Bei den Wahlen zum 6. Reichstag am 31. Juli 1932 hatte die NSDAP bei einer Wahlbeteiligung von 84% einen Stimmanteil von 37,3% (13,7 Millionen), bei den Wahlen zum 7. Reichstag am 6. November 1932 nur noch von 33,1% (11,7 Millionen; Wahlbeteiligung von 80,6%) verbuchen können. Die letzten Reichstagswahlen am 5. März 1933 brachten zwar einen Stimmzuwachs auf 17,3 Millionen bzw. 43,9% (die Wahlbeteiligung lag bei 88,7%). Auch diese Wahl brachte der NSDAP jedoch nicht die erwünschte absolute Mehrheit, obwohl sie »aus der Regierung heraus« erfolgte und die Oppositionsparteien im Vorfeld schwersten Behinderungen ausgesetzt waren: Bereits eine Woche vor der Wahl war die gesamte Presse- und Versammlungstätigkeit der politischen Linken unterbunden, waren erhebliche Teile der Führung von SPD und KPD verhaftet oder verfolgt, so dass von einer freien Wahl nicht die Rede sein konnte (*Bracher*, Stufen, S. 88 ff., insbes. S. 92 f.).

[254] Zur Bedeutung der »Legalitätstaktik« für die Gewinnung der Beamtenschaft *Dannemann*, Legale Revolution, S. 3. Rückblickend (aus dem Jahre 1937) zu der in den ersten Jahren des Regimes intensiv geführten Diskussion um die Legalität der »Machtergreifung« *Heckel*, Deutsche Verwaltungsblätter 85 (1937), S. 49 ff., der von »nationalsozialistischer Legalität« spricht (a.a.O., S. 52), die mit der von Weimar nichts gemein habe. Die Machtübernahme in den Formen des Weimarer Verfassungsstaates deutet er als Kapitulation des Parlamentarismus in dessen eigener Sprache (a.a.O., S. 54 f.), die – aus dieser Sicht schwer zu begründende – befristete Verlängerung des Ermächtigungsgesetzes am 30. Januar 1937 als staatssymbolische Einführung des Vier-Jahres-Plans (a.a.O., S. 62 f.).

mit Carl Schmitt gegen das »unausrottbare allgemein-menschliche subalterne Streben« nach Sicherheit, sondern erklärten stattdessen die »Rechtssicherheit« zur »Grundlage der Volksgemeinschaft«[255] und ihre Schaffung zu der »ersten großen Voraussetzung des Staatsaufbaus«[256]; sie betonten, dass der Bürger »ja sein Leben aufbauen, sein eigenes Glück zimmern, [...] für seine Familie arbeiten und [...] in dieser ersten Zelle der völkischen Gemeinschaft den Schutz des Staates und seines Rechtes haben«[257] wolle. Vor diesem Hintergrund dürfte, neben der symbolischen Erklärung des eigenen Sieges, auch die offizielle »Beendigung der Revolution« durch *Adolf Hitler* zu sehen sein.

Gleichwohl hatten im Streit um die Rechtssicherheit auch die sich revolutionär gebenden Stimmen im juristischen Schrifttum ihre Funktion – mochte dies dem jeweiligen Verfasser selbst bewusst sein oder nicht –, indem sie ein Element der Unruhe in die Juristenschaft trugen: Zwar ist für den Juristen schon der mit einem Systemwechsel verbundene plötzliche Wandel des (offiziellen) Wertekanons, der letztlich die Basis der Rechtsanwendung liefert, Ursache erheblicher Verunsicherung; eine ausschließlich beschwichtigende Politik der bloßen »Umfärbung« tradierter Rechtsfiguren jedoch wäre in der Konsolidierungsphase für das System gefährlich geworden. Ein solches Signal hätte von den umsetzenden Stellen in Verwaltung und Justiz als ein »Weiter so« verstanden werden können, was den Aufbau des autoritären Führerstaates behindert hätte. Es musste also zugleich deutlich gemacht werden, dass ein »neuer Wind« wehte. Hier konnte mit Hilfe der nationalsozialistischen Aktivisten unter den Juristen eine Anpassung des Rechts an die neuen Verhältnisse vorangetrieben werden. Gezielte »offiziöse« Unterstützung für die eine wie auch beizeiten für die andere Seite[258] trugen noch hierüber hinaus zu einer Verunsicherung innerhalb des Rechtsstabes bei, die nicht zuletzt schon durch die Konkurrenz von Partei und Staat mit ihren unklaren Folgen für die Rechtsquellenlehre eingetreten war[259]. Zugleich musste man fürchten oder glaubte man fürchten zu müssen – sofern man nicht ohnehin zu den überzeugten Gefolgsleuten des Regimes gehörte, für die sich die Frage systemabweichenden Verhaltens gar nicht erst stellte –, dass es persönliche Konsequenzen (welcher Art auch immer) haben konnte, wenn man die falsche (rechts-) politische Linie einschlug. Diese substantielle Verunsicherung führte dazu, dass sich im Laufe der Zeit der Blick derjenigen Rechtsgelehrten, die nicht den Weg in die äußere oder innere Emigration wählten oder sich »unverdächtigen« Themen

[255] *Göring*, Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft, 1935.

[256] *Frank*, JW 1935, S. 1757.

[257] *Frank*, JW 1935, S. 1757.

[258] Vgl. die bei *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 335, dokumentierten Parteinahmen Roland Freislers, Hans Franks und Alfred Rosenbergs in der Dauerfehde zwischen Carl Schmitt und Otto Koellreutter.

[259] Vgl hierzu *Rüthers*, Entartetes Recht, S. 28 ff.; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 317 f. Zu den ungeklärten Strukturproblemen des NS-Staates, die zu einer erheblichen Unsicherheit durch Un-Ordnung beitrugen – Rechtsquellen-Problem, Kompetenzkonflikte in der Führungsebene, zwischen Partei und Staat sowie Reich und Ländern – zusammenfassend *Rottleuthner*, ARSP 69 (1983), S. 256 f.

zuwandten[260], mehr und mehr auf den jeweils aktuellen Willen des »Führers« richtete[261], dessen Befolgung ja doch allein garantieren konnte, auf der »richtigen« Seite zu stehen[262].

An dieser Tripelstrategie zeigt sich die Funktionsweise der »Gleichschaltung«, d.h. der Sicherung von Konformität bzw. (zumindest) des Ausschlusses nonkonformistischen Verhaltens: Dass ein Ausscheren aus der »Volksgemeinschaft« nicht geduldet würde, wurde oft genug betont[263]. Nun ging es um die Ausschaltung der Bedenken gegenüber einem Mittun bzw. einem Stillhalten. Hierzu mussten dem Einzelnen Mechanismen des Selbstbetruges zur Beruhigung seines

[260] *Karl Peters* machte im Jahre 1965 deutlich, dass es gerade für einen Rechtswissenschaftler nicht notwendig war, »in seinem Amtsbereich Hitler, seine Partei und seine Ziele zu verherrlichen« oder gegen Teile der Bevölkerung zu hetzen. »Der wissenschaftlich arbeitende Jurist war [...] in seiner Themenstellung frei. Er konnte sich in unverfängliche Themenkreise der Geschichte oder der Gegenwart hineinflüchten, auf eine objektive Mitteilung der Gesetzgebung beschränken, vielleicht sogar vorsichtig und versteckt Kritik anbringen« (*Peters*, Umgestaltung des Strafgesetzes, S. 164 f.). Als Beispiele für ein solches Ausweichen auf »systemferne« Themen seien hier genannt: *Hermann von Mangoldt*, der sich dem, in der Sache durchaus brisanten, Verfassungsvergleich mit den USA widmete; *Gustav Radbruch*, der während der NS-Zeit nur zwei Publikationen in Deutschland herausbrachte, die beide historisch-unverfänglich blieben (Verdeutschter Cicero. Zu Johann von Schwarzenbergs Officien-Übersetzung, ARSP 35 [1942], S. 143 ff.; Gestalten und Gedanken, 1944, mit Betrachtungen über Cicero, Michelangelo, Shakespeare, Samuel Johnson, Goethe, Daumier und den Feuerbachs); *Erik Wolf*, der sich nach anfänglicher Begeisterung für das Regime auf philosophiehistorische Schriften und schöngeistige Werke wie »Der Rechtsgedanke Adalbert Stifters« (1941) oder »Vom Wesen des Rechts in der Dichtung Johann Peter Hebels« (1942) zurückzog; schließlich *Carl August Emge*, der nicht nur 1942 die bereits erwähnte Aphorismensammlung »Diesseits und Jenseits des Unrechts« publizierte, sondern der im Jahre 1936 auch in einem ansonsten vorbehaltlos dem Führerkult huldigenden Festschriftenbeitrag, in einer Fußnote versteckt, über Alltagsformen des Führertums schrieb: »Eine besonders interessante, sozusagen völlige ›Präsentation‹ des Kreises durch ihren ›Führer‹ besteht dort, wo alle mit jenem schicksalmäßig verhaftet sind. Kaßner [...] berichtet hierüber Interessantes von der insofern absoluten Rolle oder Bildhaftigkeit eines alten Affen in Schimpansenherden an der Goldküste« (Philosophie des Führertums, S. 38 Fn. 9). Ob hierin nur eine weitere der häufigen Stilblüten des NS-Führerwahns zu sehen ist oder versteckte Kritik an eben diesem, lässt sich mit Blick auf die Themenstellung und den Gesamtduktus des Beitrags nicht mit abschließender Gewissheit sagen; die spätestens ab 1937 bei Emge festzustellende Entfernung vom Regime aber deutet darauf hin, dass die zweite Lesart zutreffen könnte.

[261] *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 319. Symptomatisch *Heckel*, Deutsche Verwaltungsblätter 85 (1937), S. 49: Verfassungsrecht als diejenige »Wissenschaft [...], welche der politischen Tat des Führers am nächsten zu folgen berufen ist«, und ebd., S. 58: »Alle Linien der deutschen Verfassung laufen zum Führer hin. Er steht in der Mitte der Volksordnung. Ihm verdankt sie ihre nationalsozialistische Prägung. Er gibt ihr Maß und Ziel. Darum hat das Wort aus der feierlichen Schlußformel des Reichsparteitags 1934 nicht nur einen symbolischen, sondern einen verfassungskonstruktiven Sinn: Adolf Hitler ist Deutschland und Deutschland ist Adolf Hitler.«.

[262] Vgl. *Rottleuthner*, Substantieller Dezisionismus, S. 24 ff., 30 f., sowie *ders.*, Rechtsphilosophie, S. 300 f., zur Sicherung der Konformität des Rechtsstabes mittels Verunsicherung der Juristenschaft. Zu den Auswirkungen tiefgehender Verunsicherung durch Recht auch *Frankenberg*, KritJ 10 (1977), S. 355 f.

[263] Dabei ging es nicht um die tatsächliche ausnahmslose Durchsetzung dieser Ankündigung – das Unterdrückungssystem wies, wie gesagt, oft genug Lücken auf –, sondern vor allem um die Vermittlung des Eindrucks und des Gefühls, dass man Abweichler erbarmungslos verfolgen würde.

Gewissens an die Hand gegeben werden. Dies gelang insbesondere durch das Festhalten an Formalem und an Ritualen[264], innerhalb des Rechtsstabes vor allem durch die formale Gesetzesbindung, mittels derer ein Richter oder Verwaltungsbeamter sich selbst suggerieren konnte, seinen Beruf unverändert auszuüben[265]. So schrieb *Carl Schmitt* im Jahre 1935:

»Es könnte aber auch sein, daß mit dieser Antwort [Beibehaltung rechtsstaatlicher Figuren; *A.v.A.*] nur der praktisch-technische Vorschlag einer Gleichschaltung gemeint ist. Da das komplizierte Behördensystem des heutigen Staates nun einmal seit einem ganzen liberalen Jahrhundert nach liberal-rechtsstaatlichen Grundsätzen und Maßstäben eingerichtet ist und sich die in den Gedankengängen und Begriffen dieser Art Rechtsstaatlichkeit geschulten Beamten an sie als einen Funktionsmodus gewöhnt haben, kann es durchaus zweckmäßig sein, die Methoden und Formen des Rechtsstaates solange beizubehalten und sich ihrer – ohne ihnen geistig und innerlich anheimzufallen – solange zu bedienen, als nicht neue Methoden, neue Begriffe und eine neue Beamtenschulung eingeführt und erprobt sind. Dann wäre das ganze Problem des Rechtsstaates heute nur noch eine praktisch-technische Übergangsfrage.«[266]

Auch wenn das Festhalten an tradierten Formen und Ritualen Kontinuität suggerieren konnte, so war doch die inhaltliche Pervertierung des Rechts nicht zu übersehen. Die daher gleichwohl fortbestehende Verunsicherung in der Sache ließ den Juristen den Blick »nach oben« richten, von wo er weitere Anweisungen erwartete. Für den Rechts*wissenschaftler*, der nicht an der Umsetzung von Befeh-

[264] Vgl. *Buchheim*, Totalitäre Herrschaft, S. 44 ff., zur Strategie der Umdeutung überkommener Begriffe und Verhältnisse durch die neuen Machthaber. Die Wirkung der Rechtfertigung so gravierender (und dem Geist der Verfassung widersprechender) Maßnahmen wie dem Ermächtigungsgesetz und der Reichstagsbrandverordnung am formalen Maßstab der Weimarer Reichsverfassung bezeichnet *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 20, in diesem Sinne treffend als »sedativ«. Zum gewissensentlastenden Effekt von formalem Gesetzes- und Befehlsgehorsam auch *Arendt*, Eichmann in Jerusalem, S. 173 ff., 186 ff.

[265] Hierin dürfte der eigentliche Beitrag des Positivismus zum Gleichschaltungserfolg liegen: Nicht als offiziell dekretierte und als praktizierte Methode der Rechtsfindung, sondern indem der positivistische Modus als gedankliches Instrument eines Selbstbetruges dienen konnte, der es dem Einzelnen ermöglichte mitzutun, ohne in ernsthafte Gewissenskonflikte zu geraten. Für eine solche (Auto-)Suggestion spielt es keine Rolle, ob der Positivismus in der Spätphase der Weimarer Republik tatsächlich noch die vorherrschende Schule der Rechtsfindung darstellte (hiergegen *Maus*, »Gesetzesbindung«, S. 81 ff.). Entscheidend ist die Tauglichkeit zur Gewissensentlastung durch Ausblenden der Verantwortung für die Folgen des eigenen Tuns, worauf nach 1945 erneut zurückgegriffen werden konnte (und wurde), um das Mittun quasi »funktionslogisch« zu rechtfertigen. Zu diesen Strategien der Gewissensentlastung nach 1945 *von Arnauld*, Verantwortung, S. 203.

[266] *Schmitt*, ZgStW 95 (1935), S. 197. Schmitt entwickelt »diese Antwort« (in goebbelsscher Manier) allerdings nur als eine Denkmöglichkeit – solchermaßen möglichen Einwänden von vornherein begegnend –, um dem Leser sodann im Anschluss zu erläutern, worum es im Streit um die Rechtsstaatlichkeit »wirklich« gehe. Drei Jahre später scheint Schmitt den rechtsstaatlichen »Funktionsmodus« dann allerdings nicht mehr bloß als Übergangsfrage zu betrachten: »Das Problem der Legalität läßt sich [...] nicht als eine ›bloß formale‹, juristische Kulissen- oder Etikettenfrage abtun. Richtig verstanden und richtig gehandhabt ist die Legalität in einem modern organisierten Staatswesen eine Realität ersten Ranges, weil wirkliche Größen und Kräfte, wie Bürokratie und Beamtentum, der Gesetzmäßigkeit als eines Funktionsmodus bedürfen« (Leviathan, S. 102). Zu dieser Hinwendung Schmitts zu dem von ihm zuvor leidenschaftlich geschmähten »Normativismus« (so Schmitts eigene Terminologie) *Rottleuthner*, ARSP 69 (1983), S. 255 f.

len beteiligt war, sondern nur kommentierend die Rechtsentwicklung begleiten konnte, bedeutete dies letztlich das Abgleiten in leere Begrifflichkeit, die Verwendung der juristischen »LTI«, der *Lingua Tertii Imperii*[267], mit der die Einstellung gegenüber dem System dokumentiert, Machtansprüche abgesteckt[268] und zugleich die Festigung des Systems über die unerschütterliche Etablierung seiner »Begriffshoheit«[269] vorangetrieben wurde. Mit kritischem Blick auf seine eigene Rolle in der Rechtsmaschinerie des NS-Staates schrieb *Carl August Emge* gegen Ende seines Lebens:

»Bestimmt liegt den ›Machthabern‹ an den wissenschaftlichen Künsten als solchen wenig. Der Machthaber steht schmunzelnd neben dem Automaten, aus dem der Jurist, nach allerlei wichtigen Manipulationen, nach genauem Studium der Gebrauchsanweisung schließlich die Bonbons herauszieht, die der Inhaber des Automaten und Verleiher, der Machthaber[,] vorher hineingesteckt hat.«[270]

III. Rechtssicherheit in der Rechtslehre der DDR

1. Rechtssicherheit im Verständnis der DDR-Rechtslehre

Auf die »Lingua Tertii Imperii« mit ihrer rassistischen und kriegerischen Terminologie folgte in der DDR die »Lingua Quarti Imperii«[271], die ihre nicht weniger phrasenhafte Begrifflichkeit aus dem vorgestanzten Vokabular ihrer Klassen-

[267] Grundlegend zur Verwendung nationalsozialistischer Floskeln und Phrasen, um gesellschaftliche Anpassung und Konformität zu erreichen: *Klemperer*, LTI, passim. Prägnant v.a. S. 29: »Die LTI dient einzig der Beschwörung. [...] Die LTI ist die Sprache des Massenfanatismus«. Zur Rolle der Sprachverwendung als Teil einer gezielten Mythisierung der NS-Politik auch *Cassirer*, Technique, S. 253 ff.

[268] Zu den »außerwissenschaftlichen« Funktionen der neuen juristischen Fachterminologie *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 321; *H. Dreier*, VVDStRL 60 (2001), S. 18 f.; *Kater*, Machtergreifung, S. 55 ff.

[269] Vgl. *Forsthoff*, JW 63 (1934), S. 538: »Jede geistig-politische Epoche entwickelt eine ihrem Denken gemäße Sprache. Die Überlegenheit einer politischen Denkweise erweist sich am sichersten darin, daß es ihr gelingt, ihre Terminologie als die allgemein geltende und mit Selbstverständlichkeit aufgenommene durchzusetzen«. Denselben Vorgang beschreibt – aus kritischer Distanz – *Klemperer*, LTI, S. 21: »[D]er Nazismus glitt in Fleisch und Blut der Menge über durch die Einzelworte, die Redewendungen, die Satzformen, die er ihr in millionenfachen Wiederholungen aufzwang und die mechanisch und unbewußt übernommen wurden. [...] Worte können sein wie winzige Arsendosen: sie werden unbemerkt verschluckt, scheinen keine Wirkung zu tun, und nach einiger Zeit ist die Giftwirkung doch da.« Zu den »neuen Formeln« und der »Begriffsführerschaft« Carl Schmitts siehe auch *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Band 3, S. 323 ff.

[270] *Emge*, Philosophie der Rechtswissenschaft, Berlin 1961, S. 232.

[271] *Victor Klemperer* begann bereits 1945, Ausdrücke und Wendungen der »LQI« zu sammeln, eine Sammlung, die ihn bis zu seinem Tode beschäftigte und die lediglich in Form verstreuter Tagebuchnotizen erhalten ist, vgl. *Klemperer*, So sitze ich denn zwischen allen Stühlen, Band 1, S. 28, 108, 120, 194, 320 (Eintrag vom 20.12.1946: »Man könnte verzweifeln«), 446, 459, passim; Band 2, S. 389, 673, 678, 745, 748, passim. Am 2.9.1949 notierte er in sein Tagebuch: »Und die Kernähnlichkeit des Totalitären bleibt, les extrêmes se touchent« (Band 1, S. 676). Am 5.7.1958 dann: »Material für LQI ist überreichlich vorhanden« (Band 2, S. 689).

kampfideologie bezog. Auch hier tat man sich begreiflicherweise mit dem liberal-rechtsstaatlichen Erbe von Weimar schwer. Innerhalb des sozialistischen Sprachregimes des sich konsolidierenden »Arbeiter- und Bauernstaates« hatte der Begriff der »Rechtssicherheit« angesichts der Notwendigkeit einer Abgrenzung vom überkommenen »bourgeoisen« Rechtsstaat[272] zunächst keinen Platz[273]. Erst mit der 1961 einsetzenden umfassenden Rechtsreform fand eine Neubewertung der politischen wie wissenschaftlichen Haltung zum Rechtsstaatsbegriff statt[274], in deren Gefolge dem Begriff »Rechtssicherheit« sogar der Einzug in die Verfassung der DDR gelang. Deren Art. 19 Abs. 1, der auch die Verfassungsreform von 7. Oktober 1974 unbeschadet überstand, lautete seit dem 6. April 1968:

»Die Deutsche Demokratische Republik garantiert allen Bürgern die Ausübung ihrer Rechte und ihre Mitwirkung an der Leitung der gesellschaftlichen Entwicklung. Sie gewährleistet die sozialistische Gesetzlichkeit und Rechtssicherheit.«

Trotz dieser Aufwertung zum Verfassungsbegriff hielt sich die Rechtswissenschaft in der DDR in ihrer Auseinandersetzung mit der Rechtssicherheit zunächst auffallend zurück[275]; der Aufruf zur Schaffung von Rechtssicherheit ging eher von Parteigremien aus[276]. In rechtswissenschaftlichen Veröffentlichungen nach 1968 finden sich eher beiläufige Erwähnungen der Rechtssicherheit, die kaum Rückschlüsse auf ein einheitliches Begriffsverständnis gestatten. Wenn z.B. zur Beschreibung der Inhalte »sozialistischer Gesetzlichkeit« festgestellt wird, dass diese »nicht nur Gewährleistung von Rechtsschutz und Rechtssicherheit in einem engeren Sinne, im Sinne der gesicherten Realisierung rechtlicher Ansprüche des einzelnen«[277] sei, wird Rechtssicherheit zumindest zum Teil als Synonym effektiver Rechtsgarantie aufgefasst. Ein nachgerade »klassisch«-rechtsstaatliches Verständnis, das auf Gleichmäßigkeit und damit auch auf Berechenbarkeit zielt, deutet sich an, wenn es heißt, dass die »Normativität des Rechts, die jeweils den gleichen Maßstab fixiert, der gleichermaßen auf alle angewendet wird, [...] insbesondere auch die Rechtssicherheit« gewährleiste – wenn auch nur für eine Übergangsphase[278]. Häufig findet sich der Begriff der Rechtssicherheit allerdings le-

[272] Zu dieser Abgrenzung *Benjamin*, StuR 1989, S. 99. Ausführlich zur Auseinandersetzung um den Rechtsstaat in den Jahren 1945–1961 *Sieveking*, Entwicklung, S. 17 ff., 49 ff. und 113 ff.

[273] *F.-Ch. Schroeder*, ROW 1987, S. 23.

[274] *Sieveking*, Entwicklung, S. 61 ff. (die auf S. 124 f. von *Sieveking* im Jahre 1975 festgestellte erneute Abkehr von der Konzeption des »sozialistischen Rechtsstaates« nach 1968 dürfte allerdings spätestens seit der 6. und 7. Tagung des ZK der SED im Jahre 1988 – vgl. hierzu *Benjamin*, StuR 1989, S. 99 bei Fn. 1 – überholt gewesen sein); auch *F.-Ch. Schroeder*, ROW 1987, S. 23 f.; *Rottleuthner*, ZfRSoz 1995, S. 52 ff.

[275] *Basedow*, JZ 1976, S. 298 f.; *F.-Ch. Schroeder*, ROW 1987, S. 24.

[276] *Erich Honecker* im Bericht des ZK an den VIII. Parteitag der SED, Berlin 1971, S. 67 (zitiert nach *Bley*, Sozialistische Gesetzlichkeit, S. 427 bei Fn. 9); Programm der SED, Berlin 1976, S. 43 (zitiert nach *Luge/Schaarschmidt/Toepel*, StuR 1978, S. 683 bei Fn. 1).

[277] *Haney u.a.*, Staats- und Rechtstheorie, S. 395; *Bley*, Sozialistische Gesetzlichkeit, S. 425.

[278] *Joseph*, StuR 1973, S. 1888 f. Joseph verweist auf die »Kritik des Gothaer Programms«, in der *Karl Marx* feststellte, dass in der Übergangsphase von der kapitalistischen zur kommunistischen Gesellschaftsordnung ein gleicher Maßstab, an dem die Leistung der Menschen gemessen

diglich in phrasenhaften Aufzählungen, denen zufolge »Rechtssicherheit, allseitiger Schutz der Würde und der subjektiven Rechte der Bürger sowie Gerechtigkeit [...] wesentliche Merkmale unserer sozialistischen Gesetzlichkeit« sein sollen[279] oder es wird das Augenmerk allein auf die soziale Funktion der (nicht näher definierten) Rechtssicherheit gerichtet, die als »ein wichtiger Faktor« beschrieben wird, »der das Vertrauen der Bürger zu ihrem sozialistischen Staat festigt«[280]. Insgesamt blieb das Interesse der DDR-Rechtswissenschaft an terminologischer und dogmatischer Präzision gering. Der Begriff »Rechtssicherheit« wurde mehr schlagwortartig verwandt und mit einer ganzen Reihe von Trabantenbegriffen umgeben, bei denen unklar blieb, ob es sich um Voraussetzungen, Folgen oder einzelne Aspekte der Rechtssicherheit handeln oder ob sie mit der Rechtssicherheit in einem mehr assoziativen Zusammenhang stehen sollten. In dem wohl einzigen ausführlicheren Beitrag der 1970er Jahre wird der Begriff mit einer ganzen Reihe von Grundsätzen und Einrichtungen der Rechts- und Gesellschaftsordnung der DDR in Bezug gesetzt – von sozialer Sicherheit[281] über Rechtskenntnis der Werktätigen[282] bis zum freundlichen Umgangston in Behörden[283]. Auch wenn sich hier eine gewisse Bedeutungsrichtung (sozialer Schutz durch Recht und möglichst ungehinderte Durchsetzung der Ansprüche durch kooperative Behördenmitarbeiter) andeutet, fehlt es doch an einer dogmatischen Durchdringung.

Die sich in diesen spärlichen Veröffentlichungen abzeichnende Tendenz eines Rechtssicherheitsverständnisses tritt durch Publikationen in den 1980er Jahren deutlicher hervor. Von einer »Konjunktur« des Begriffs zu sprechen, erschiene zwar übertrieben, jedoch veröffentlichte 1985 immerhin mit *Hans-Joachim Heusinger* der Stellvertretende Vorsitzende des Ministerrates und Justizminister der DDR in der an die breite Öffentlichkeit gerichteten Reihe »Recht in unserer Zeit« ein Büchlein mit dem Titel »Rechtssicherheit – garantiert für jeden«[284]. Auch wenn einem in dieser und in anderen Veröffentlichungen der Zeit die »Trabanten« weiterhin begegnen: diese Publikationen tragen dennoch dazu bei, dem Begriff »Rechtssicherheit« im sozialistischen Verständnis mehr Kontur zu verleihen. Während nach westlicher Sicht im Zentrum der Rechtssicherheit die Sicher-

---

wird, unumgänglich sei, auch wenn dies *im Ergebnis* zu ungleicher Behandlung und damit zu einem »Recht der Ungleichheit« führe, bevor in der kommunistischen Gesellschaft gelten könne »Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen« (*Marx*, Kritik des Gothaer Programms, S. 20 f.; vgl. demgegenüber Art. 3 Abs. 3 Satz 3 der DDR-Verfassung von 1974: »Das sozialistische Prinzip ›Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seiner Leistung‹ wird verwirklicht.«).

[279] *Bley/Lekschas/Schüsseler*, Sozialistische Demokratie, S. 93. Eine ähnliche Begriffsverkettung findet sich bei *Büchner-Uhder/E. Poppe*, StuR 1986, S. 679.

[280] *Bley*, Sozialistische Gesetzlichkeit, S. 427 (in Übereinstimmung mit *Erich Honecker* im Bericht des ZK an den VIII. Parteitag der SED, Berlin 1971, S. 67).

[281] *Luge/Schaarschmidt/Toepel*, StuR 1978, S. 683, 684 ff.

[282] *Luge/Schaarschmidt/Toepel*, StuR 1978, S. 687 f.

[283] *Luge/Schaarschmidt/Toepel*, StuR 1978, S. 689.

[284] *Heusinger*, Rechtssicherheit, 1985.

heit *des* Rechts steht, zielte die Verwendung des Begriffs in Recht und Politik der DDR auf Sicherheit *durch* Recht[285]. Für Heusinger erweist sich

»Rechtssicherheit [...] in der gesellschaftlichen Praxis des Sozialismus als die juristische Garantie für politische, ökonomische und soziale Sicherheit. Sie dient der Realisierung der grundlegenden Bedürfnisse der Arbeiterklasse und der mit ihr verbündeten Klasse der Genossenschaftsbauern und anderen Schichten der Werktätigen auf einem dem jeweiligen Entwicklungsstand der Gesellschaft entsprechenden Niveau«[286].

Zu diesem Rechtssicherheitsbegriff gehören folgerichtig – neben der Existenz von Institutionen für die Durchsetzung von Rechten und die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten[287] – das Arbeits-[288] und Sozialrecht[289] ebenso wie die Kriminalitätsbekämpfung[290]. Rechtssicherheit wird immer wieder auch in Zusammenhang mit »Geborgenheit« gebracht[291]. Diese Geborgenheit der Bürger im Recht sollte auch durch die im DDR-Schrifttum viel beschworene »breite Teilnahme der Werktätigen an allen Formen der Rechtsverwirklichung, insbesondere auch der sozialistischen Rechtspflege«[292] gefördert werden, um jene »Volksfremdheit« des Rechts zu überwinden, in der die DDR-Rechtspropaganda ein charakteristisches Element der Rechtsordnung bürgerlicher Staaten sah[293]. Auch hier freilich dürfte sich die spezifisch sozialistische Volkstümlichkeit des Rechts nur denjenigen in vollem Umfange erschlossen haben, die über ein solides ideologisches Fundament verfügten.

2. Die »sozialistische Gesetzlichkeit«

Anforderungen an die Gestaltung des Rechts selbst, d.h. die Forderung nach Sicherheit *des* Rechts finden sich im DDR-Schrifttum nur selten in Verbindung mit dem Begriff der Rechtssicherheit[294]. Diese wurden zumeist mit einem

[285] *Basedow*, JZ 1976, S. 299; *Rottleuthner*, ZfRSoz 1995, S. 53. *Basedow*, a.a.O., S. 302 ff., sieht hierin eine Rückführung des Gedankens der Rechtssicherheit auf seine Wurzeln, ein Rückgängigmachen der reflexiven Abstraktion, die sich statt mit der Sicherheit mit der »Sicherung der Sicherheiten« befasse. Hierzu noch näher 2. Kapitel III.

[286] *Heusinger*, Rechtssicherheit, S. 7 f.

[287] *Heusinger*, Rechtssicherheit, S. 12 ff.

[288] *Luge/Schaarschmidt/Toepel*, StuR 1978, S. 685 f.; *Heusinger*, Rechtssicherheit, S. 22 ff., 46 ff.; ferner *Kranke/Rudelt*, AuAR 1972, S. 451 ff.

[289] *Heusinger*, Rechtssicherheit, S. 16 ff.; *Benjamin*, StuR 1989, S. 104.

[290] *Heusinger*, Rechtssicherheit, S. 5 und 86 ff.; *Benjamin*, StuR 1989, S. 104. Als Merkmal sozialistischer Gesetzlichkeit bei *Bley/Lekschas/Schüsseler*, Sozialistische Demokratie, S. 95 f.

[291] *Büchner-Uhder/Poppe*, StuR 1986, S. 675 ff.; *Bley*, Sozialistische Gesetzlichkeit, S. 425.

[292] *Benjamin*, StuR 1989, S. 104 (»Bedingung sozialistischer Rechtssicherheit«); *Heusinger*, Rechtssicherheit, S. 68 ff. (ohne Klärung des Verhältnisses).

[293] *Benjamin*, StuR 1989, S. 104.

[294] *Basedow*, JZ 1976, S. 301. Vgl. aber *Heusinger*, Rechtssicherheit, S. 49 f. (zur Übersichtlichkeit des Rechts) bzw. S. 18 ff., 30 ff. (zur Bindung an das Gesetz). In welchem Verhältnis diese Forderungen zur Rechtssicherheit stehen, erhellt sich aus Heusingers Büchlein allerdings nicht. *Luge/Schaarschmidt/Toepel*, StuR 1978, S. 684 und 687 f., sehen in der Übersichtlichkeit des Rechts einen »Beitrag zur Festigung der Rechtssicherheit«.

Grundprinzip der sozialistischen Staats- und Rechtstheorie in Verbindung gebracht, das sehr viel intensivere wissenschaftliche Durchdringung erfahren hat als der Grundsatz der Rechtssicherheit: die sog. *sozialistische Gesetzlichkeit*[295]. Dabei bleibt das Verhältnis von Rechtssicherheit und sozialistischer Gesetzlichkeit uneindeutig[296]: Während die einen in der Rechtssicherheit ein wesentliches Merkmal sozialistischer Gesetzlichkeit erblicken[297], leistet für andere die Gesetzlichkeit einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit[298]; bei anderen wiederum deutet sich eine wechselseitige Durchdringung beider Grundsätze an[299]. Die »sozialistische Gesetzlichkeit« umfasst in erster Linie den »Vorrang des Gesetzes«[300] im Sinne einer Gesetzesbindung »aller an den gesellschaftlichen Verhältnissen Beteiligten«[301], wobei die Gesetzesbindung des Bürgers in Abgrenzung zur bürgerlichen Theorie im Besonderen betont wird[302]; dieser hat dabei nicht nur die ihm obliegenden Pflichten gewissenhaft zu erfüllen, sondern ebenso gewissenhaft auch die ihm zustehenden Rechte in Anspruch zu nehmen[303]. Diese seltsam anmutende Pflicht zur »ordnungsgemäßen« Wahrnehmung der eigenen Rechte erhellt sich aus der gesellschaftlichen, d.h. der überindividuellen Fundierung der Rechte des Einzelnen, wie sie insbesondere auch in der sozialistischen Grundrechtstheorie zum Ausdruck kommt[304]. Dieser Gesetzlichkeit im weiteren Sinne wurde zum Teil eine Gesetzlichkeit im engeren Sinne zur Seite gestellt, bei der es um eine strikte Bindung der Staatsorgane an die Gesetze dort gehen sollte, wo der Staat dem Bürger gegenüber tätig wird[305]. Dass auch diese Forderung nicht auf den Schutz des individuellen Rechtskreises zielte, wird daran deutlich, dass mit ihr der Schutz der staatlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung und der Rechtspflege sowie die Wacht über die Einhal-

---

[295] Als verpasste »propagandistische« Chance sieht *Basedow*, JZ 1976, S. 302, die lange fast ausschließliche Konzentration des rechtswissenschaftlichen Interesses auf die sozialistische Gesetzlichkeit.

[296] Diese Beurteilung von *Basedow*, JZ 1976, S. 299 m.w.N., dürfte bis zum Ende der DDR Gültigkeit besessen haben.

[297] *Bley/Lekschas/Schüsseler*, Sozialistische Demokratie, S. 93.

[298] *Heusinger*, Rechtssicherheit, S. 30; *Mampel*, Sozialistische Verfassung, Art. 19 Anm. 6a) (S. 522).

[299] *Luge/Schaarschmidt/Toepel*, StuR 1978, S. 683.

[300] *Haney u.a.*, Staats- und Rechtstheorie, S. 401; *Bley*, Sozialistische Gesetzlichkeit, S. 430.

[301] *Lukaschewa u.a.*, Allgemeine Theorie, S. 80.

[302] *Lukaschewa u.a.*, Allgemeine Theorie, S. 80 f., 85.

[303] *Lukaschewa u.a.*, Allgemeine Theorie, S. 102.

[304] Vgl. z.B. *Büchner-Uhder/Poppe*, StuR 1986, S. 681: Der Bürger übt »im Sozialismus seine Rechte und Freiheiten im Sinne einer gemeinschaftlichen Gesellschafts-, Staats- und Rechtsgestaltung« aus. Zum Verhältnis von Individuum und Gesellschaft auch *Basedow*, JZ 1976, S. 301. Ausführlich zur Grundrechtstheorie *Brunner*, Die Grundrechte im Sowjetsystem, S. 71 ff.; zu den Grundlagen wie zu späteren Ansätzen einer Aufwertung des Individuums gegenüber dem Kollektiv *ders.*, Entwicklungen, S. 15 ff. m.w.N. (mit der Schlussfolgerung dass – im Jahre 1982 – ein Durchbruch nicht in Sicht sei und sich humanistisches Anliegen und propagandistische Absicht nicht ohne weiteres unterscheiden ließen, a.a.O., S. 20).

[305] *Lukaschewa u.a.*, Allgemeine Theorie, S. 80 f.

tung der Gesetze durch alle und über die Bestrafung der Rechtsverletzer verbunden wurden[306].

Im Zentrum der sozialistischen Gesetzlichkeit – darin der Konstruktion des Verhältnisses von Individuum und Volksgemeinschaft in der NS-Rechtsideologie nicht unähnlich – steht nicht der einzelne Bürger, das »Subjekt«, sondern das »objektive Gesetz«, das »die Interessen und den Willen des werktätigen Volkes mit der Arbeiterklasse an der Spitze zum Ausdruck« bringen soll[307]. Durch die Gesetze wird eine »Ordnung gesellschaftlicher Willensverhältnisse«[308] geschaffen, denen alle unterworfen sind. Diese »Willensordnung« ist streng hierarchisch und zentralistisch[309] aufgebaut; an ihrer Spitze steht die Partei, die als Führerin der Arbeiterschaft die Kontrolle über die Staatstätigkeit ausübt[310]. Dieses Über- und Unterordnungsverhältnis kommt deutlich zum Ausdruck, wenn sich im offiziösen Lehrbuch zur Staats- und Rechtstheorie die sozialistische Gesetzlichkeit als »eine grundlegende Methode der Machtverhältnisse des sozialistischen Staates« charakterisiert findet[311].

Vor diesem Hintergrund ist auch die Forderung nach Gesetzesbindung, Klarheit und Eindeutigkeit gesetzlicher Regelung und nach deren relativer Stabilität im rechtswissenschaftlichen Schrifttum der DDR zu sehen: Die Gesetzesbindung, die in den Prinzipien des Vorrangs und Vorbehalts des Gesetzes[312] zum Ausdruck kam, sollte die nachgeordneten Stellen des Staatsapparates ebenso wie die Bürger an den Parteiwillen binden (»Die sozialistische Gesetzlichkeit ist Ausdruck der Parteilichkeit«[313]); ebenso diente die Klarheit der Gesetze nicht dem Bürger[314], sondern der einheitlichen Befolgung des Parteiwillens und dem Ausschluss von »Subjektivismus« der Gesetzesanwender[315]: »Spontaneität, Undiszipliniertheit, Selbstlauf, Anarchie, Subjektivismus, Verantwortungslosigkeit ste-

[306] *Lukaschewa u.a.*, Allgemeine Theorie, S. 81.

[307] Zitat aus *Lukaschewa u.a.*, Allgemeine Theorie, S. 82. Betonung des »objektiven Wesen(s)« und der »objektiven Erforderniss(e) der Entwicklung der sozialistischen Ordnung« ebd., S. 95.

[308] *Lukaschewa u.a.*, Allgemeine Theorie, S. 102.

[309] Zum »demokratischen Zentralismus« *Haney u.a.*, Staats- und Rechtstheorie, S. 398 ff.

[310] *Lukaschewa u.a.*, Allgemeine Theorie, S. 95. Zu den verschiedenen Kontrollmechanismen zur Überwachung der Gesetzlichkeit, z.B. durch Parteiorganisationen in Betrieben: *Haney u.a.*, Staats- und Rechtstheorie, S. 402 ff. Vgl. ferner Art. 1 Abs. 1 der DDR-Verfassung von 1974: »Die Deutsche Demokratische Republik ist ein sozialistischer Staat der Arbeiter und Bauern. Sie ist die politische Organisation der Werktätigen in Stadt und Land unter Führung der Arbeiterklasse und ihrer marxistisch-leninistischen Partei.«

[311] *Haney u.a.*, Staats- und Rechtstheorie, S. 394; *Bley*, Sozialistische Gesetzlichkeit, S. 423.

[312] Hierzu *Lukaschewa u.a.*, Allgemeine Theorie, S. 89 ff.

[313] *Haney u.a.*, Staats- und Rechtstheorie, S. 396; *Bley*, Sozialistische Gesetzlichkeit, S. 426. Vgl. in diesem Zusammenhang den folgenden Tagebucheintrag *Victor Klemperers* vom 26.1.1958 (in: So sitze ich denn zwischen allen Stühlen, Band 2, S. 673): »Mich verfolgte ein Satz der Hilde Benjamin [von 1953–1967 DDR-Justizministerin; *A.v.A.*], den ich am 12.1. aus der Berliner Zeitung für die LQI notierte: ›Dr. H. Benjamin hob hervor, daß das Gesetz (Strafrechtsergänzung) ein kluges, großzügiges und parteiliches Instrument der Rechtsprechung der DDR sei.‹ Parteiliche Justiz!«

[314] Zu diesem Perspektivenunterschied auch *Basedow*, JZ 1976, S. 302.

[315] Zum Kampf gegen den »Subjektivismus« vgl. z.B. *Lukaschewa u.a.*, Allgemeine Theorie, S. 82 f., 86 f., 91, 93 ff.; *Bley/Lekschas/Schüsseler*, Sozialistische Demokratie, S. 95 f.