

Ist das rechtsdogmatische Zeitalter vorbei?

Die Vielfalt des Rechts kann auch Juristen überfordern – Rechtsdogmatik als Mittel für ein besseres Recht*

Professor Dr. Peter A. Windel, Bochum

Wenn aus Dogmata Dogmatismus wird, hat die Dogmatik verspielt. Wenn Anwältinnen und Anwälte das Recht anwenden, führen dogmatische Argumente immer seltener zum Ziel. Denn auch Richterinnen und Richter scheuen inzwischen Rechtsdogmatik. Und selbst in der Juristenausbildung ist Rechtsdogmatik heute verrufen und nur noch etwas für Liebhaber – gelehrt, aber folgenlos. Der Autor wirbt dafür, den Wert der Rechtsdogmatik im Recht wieder zu erkennen – und gerade da fruchtbar zu machen, wo Recht als undogmatisch erscheint. Denn wenn die Juristen die Strukturen des Rechts erkennen, kann das Recht besser werden – und der Rechtspolitik den Reformbedarf aufzeigen. Ein theoretisches Thema für Praktiker.

I. Was ist Rechtsdogmatik?

Meine Fakultät hat vor einiger Zeit eine Erklärung zur Juristenausbildung und deren Reform verabschiedet.¹ Im Vorentwurf fehlten die positiven Aspekte der Rechtsdogmatik (nahezu²) völlig. Als ich dies angemahnt hatte,³ wurde mir unter anderem entgegnet, die Bedeutung des Ausdrucks „Rechtsdogmatik“ sei unklar und umstritten. Diese Reaktion spiegelt eine sehr verbreitete Unsicherheit wider.⁴ Versuchen wir, ein bisschen Klarheit zu schaffen.

1. Versuch einer Umschreibung

Ein *Dogma* ist eigentlich nur ein Lehrsatz. Lehrsätze sind notwendig, wenn man jemandem etwas beibringen will, weil sie Erkenntnis konkretisieren.⁵ Dies gilt zunächst vom Kochen, vom Autofahren, vom Lesen und Schreiben sowie vom Recht gleichermaßen. Ein *Beispiel*: Frankfurter Grüne Soße sollte immer mit mindestens sieben frischen Kräutern angerichtet werden, als da wären Borretsch, Kerbel, Kresse, Petersilie, Pimpinelle, Sauerampfer und Schnittlauch. Je nach Geschmack kann man Liebstöckel und Zitronenmelisse dazu nehmen. Alle Kräuter kurz und schnell in kaltem Wasser waschen, abtropfen lassen und mit Haushaltspapier trocken tupfen. Anschließend werden die Kräuter mit einem Messer oder Wiegemesser, eventuell auch mit einer Schere, geschnitten, keinesfalls mit Maschine oder Wolf zerkleinert. Denn hierbei würden die Pflanzenfasern zerquetscht, der Saft liefe aus und der Geschmack könnte sich nicht entfalten.

Noch ein *Beispiel*: Die Sache als Tatobjekt des Diebstahls muss beweglich im natürlichen Sinne sein; beweglich sind auch Teile von unbeweglichen Sachen, die zum Zweck der Wegnahme losgelöst werden; es reicht also aus, dass die Sache mit der Wegnahme beweglich gemacht wird.

Kulturen existieren, wenn und weil Wissen weitergegeben werden kann. Man kann zugespitzt auf unser Thema überdies behaupten, dass speziell die „modernen“⁶ Rechtskulturen ohne rationale Befassung mit der (systematischen) Zuordnung von Einzelfällen zum Recht als Entscheidungsgrundlage nicht auskommen.⁷ Ob man dies „Rechtsdogmatik“ nennt, ist irrelevant; irrelevant ist auch, ob man dem „Wissenschaftlichkeit“ zuspricht. Auch kommt es nicht darauf an, wie das Recht strukturiert ist (Kodifikationsprinzip oder *case law*) und womit es legitimiert wird: Ein Textbook oder ein gut zusammengestelltes Casebook zum angloamerikanischen Recht sind einer systematischen Darstellung des schottischen Rechts völlig funktionsäquivalent. Ein Rechtsstaat⁸ und eine funktionsfähige *rule of law* sind ohne solche – nennen wir sie – „Rechtsdogmatik“ vollends undenkbar.

Denken Sie jetzt bitte einmal an die Anfänge Ihres Jurastudiums zurück; Sie erinnern sich doch an Ihr Erschrecken über das quantitative Missverhältnis zwischen dem positiven Recht und seiner Dogmatik, das sich am Verhältnis von Gesetzestext und Lehrbuch beziehungsweise Kommentierung zeigt. Kurz: Warum ist ein juristischer Großkommentar eigentlich so viel dicker und so anders als etwa ein Kochbuch?

Hierfür gewinnt die historische Entwicklung⁹ der Rechtsdogmatik Bedeutung, für die die *katholisch-theologische Dogmatik* sehr bedeutsam war.¹⁰ Ohne dass es auf Einzelheiten ankäme,¹¹ musste sich die Jurisprudenz durch die Komplexität des theologischen Lehrgebäudes ebenso herausgefordert wie angeregt fühlen. Denn Juristen stehen ähnlich wie Theologen in Erklärungsnot, warum ihre Grundsätze und Regeln so und nicht anders lauten. Folglich ähnelt Rechtsdogmatik als „Lehre“¹² oder „Wissenschaft vom geltenden Recht“¹³ der dogmatischen Theologie stark. Juristen stehen daneben aber noch unter einem weiteren Legitimationsdruck, der Theologen nicht in gleicher Weise trifft: Juristen müssen in jedem Einzelfall angeben, warum sie so und nicht anders entscheiden. Deshalb „hat Rechtsdogmatik mit dem geltenden Recht und seiner Anwendung zu tun“,¹⁴ liegt ihr Wesen in der systematischen Zuordnung des Einzelfalles zu Regeln (und dahin-

* Der Beitrag geht auf einen Vortrag bei der WisteV-wistra-Neujahrstagung 2018 in Frankfurt a. M. zurück.

- 1 *Professorium der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum*, Erklärung zur Reform der Juristenausbildung, ZDRW 2017, 90ff.
- 2 AaO, B. II, 1. Spiegelstrich (92), war schon vorhanden.
- 3 Jetzt findet sich eine Passage aaO, A. (91 oben). Der Abs. vor B. (91) sowie derjenige D. vor I (96) stellen die Eigenständigkeit der Rechtsdogmatik eher in Frage.
- 4 Übersicht über den Meinungsstand bei *Waldhoff*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 17, 22–26; speziell zu den Konzepten von *Wieacker* und *Behrends Zaczky*, FS Küper (2007), 723, 726f.
- 5 *Zaczky*, FS Küper (2007), 723, 729.
- 6 Archaische Rechtskulturen rekurren demgegenüber auf außerweltliche Mächte, Gottheiten, Offenbarungen und Weisungen oder weltliche Autoritäten, auch solche mit arbiträrer Funktion: *Wieacker*, FS Gadamer Bd. II (1970), 311, 317.
- 7 Vgl. *Stürmer*, ZfP 127 (2014), 271, 275f.
- 8 *Würtenberger*, in: *Stürmer* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 3, 5.
- 9 Knapper Überblick bei *Waldhoff*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 17, 28ff.; speziell zur Entwicklung bei und seit *Savigny Bumke*, Rechtsdogmatik (2017), bes. 16ff.
- 10 *Häsemeyer*, Vortrag zur Bedeutung der Rechtsdogmatik (unveröffentlicht), 6.
- 11 Bald mag die Theologie in der Vorhand gewesen sein, bald mag die Entwicklung parallel verlaufen sein. Verknüpft waren Theologie und Jurisprudenz ohnehin über das Kanonische Recht.
- 12 So *Riesenhuber*, FS Canaris (2017), 181, 182.
- 13 So *Honsell*, ZfPW 2015, 1.
- 14 *Riesenhuber*, FS Canaris (2017), 181, 182 (Hervorhebung nicht im Original).

ter stehenden Prinzipien),¹⁵ ja lässt sie sich als „Inbegriff der Rechtssätze“ bezeichnen, „nach denen juristische Entscheidungen gefällt werden müssen.“¹⁶

2. Dogmatik und Dogmatismus

Lehre ist schwierig. Lehre sollte sich insbesondere nicht allzu sehr von vermeintlich unverrückbaren Vorgaben leiten lassen. Sonst entsteht *Dogmatismus*,¹⁷ wie er von der europäischen Aufklärung an der älteren Theologie, aber auch an der damaligen Jurisprudenz kritisiert wurde. *Dogmatismus*¹⁸ stellt sich in den Dienst einer unbezweifelbaren Autorität wie etwa ein offenbartes Wort Gottes, das Lehramt der Amtskirche oder „die Partei“, und legitimiert diese Autorität. *Dogmatismus verfehlt* deshalb die eigentliche Aufgabe der Lehre, nämlich die Vermittlung von *Erkenntnis* (in Gestalt von Wahrheit, Rechtmäßigkeit, vielleicht gar von Gerechtigkeit).

Insoweit ist die Jurisprudenz immer wieder gefährdet, nicht nur, weil sie gemeinsam mit ihrem Geschwisterkind, der scholastischen Theologie, aufgewachsen ist. Derzeit leben wir aber wohl unter Verhältnissen, die es ermöglichen, die Rechtsdogmatik bis hin zur Dogmatik des Staats der Glaubensfreiheit zu säkularisieren;¹⁹ unsere Rechtsdogmatik ist auch entpolitisiert, soweit dies eben möglich ist,²⁰ und gerade dadurch flexibel,²¹ wie sich an vielfältigen sogenannten Rechtstransplantaten deutschen Ursprungs zeigt.

Die Eigenart heutiger *deutscher* Dogmatik liegt nicht in einem angeblichen Dogmatismus, sondern im Grad ihrer Verdichtung; man kann geradezu von einer „Zwischenschicht“²² sprechen, die sich bei uns zwischen das geltende Recht mit seinen Prinzipien und den Einzelfall geschoben hat. In aller Kürze halte ich dafür einige historische Gründe für maßgeblich, die die Entwicklung der deutschen Rechtsdogmatik seit dem ersten Drittel des 19. Jahrhunderts entscheidend beeinflusst haben:

- *Zum Ersten* war die Praxis Ende des 18. Jahrhunderts stark vom *usus modernus pandectarum* als zwar noch nicht wissenschaftlicher,²³ aber ungemein wirksamer „Dogmatik“ geprägt.²⁴ Um sich durchsetzen zu können, musste die Verwissenschaftlichung der Rechtsdogmatik ebenfalls auf Brauchbarkeit im Alltag achten; bezeichnenderweise wurde das AcP 1818 von *Mittermaier* als Archiv für die civilistische *Praxis* ins Leben gerufen.²⁵
- *Zum Zweiten* fehlten in Deutschland bis zur Gründung des zweiten Reiches im Jahre 1871 sowohl eine zentrale Gesetzgebung wie ein einheitliches, gemeinsames Höchstgericht,²⁶ so dass weder einheitliches kodifiziertes Recht noch einheitliches Fallrecht entstehen konnte. Die Dogmatik hat dieses Vakuum gefüllt.
- *Zum Dritten* wetteiferten Romanisten und Germanisten bei der Systembildung; die von *Jhering* und *Gerber* begründeten Jahrbücher wurden als solche „für Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts“ bezeichnet.²⁷ Diese Konkurrenz hat das Geschäft außerordentlich belebt.
- *Zum Vierten* wirkten Rechtswissenschaftler und Praktiker bei den großen deutschen Kodifikationsarbeiten²⁸ des ausgehenden 19. Jahrhunderts zusammen. Die daraus erwachsene Tradition des konstruktiv-kritischen Diskurses von (eher) praktisch und (eher) theoretisch orientierten Juristen hat sich bis heute erhalten.

II. Was verheißt Rechtsdogmatik?

1. Rechtsentfaltung

Bei (so gut wie) jeder Anwendung einer Norm eröffnet sich ein Bewertungsspielraum; die Gesetze als solche (oder das „äußere“ System des Rechts) bieten nicht genügend Prämissen, um diesen Spielraum zu verhindern;²⁹ der Richter ist niemals bloßer Subsumptionsautomat.³⁰ Zur Handhabung dieses Bewertungsspielraums bietet die Rechtsdogmatik intellektuell überprüfbare und damit öffentlich einsichtige Kriterien.³¹ Hierin liegt auch die Legitimation für Rechtsdogmatik überhaupt, die keineswegs selbstverständlich ist.³² Dogmata werden ja *über* den zu vermittelnden Gegenstand aufgestellt, sie sind mit dem Gegenstand also *nicht identisch*. Nur und gerade der unvermeidbare Bewertungsspielraum bei der Entscheidung berechtigt uns, Recht durch *außergesetzliche Sätze* (und Begriffe) auszudrücken.

Dogmatik ermöglicht die Einordnung des Einzelfalles.³³ Als „Inbegriff aller Regeln, Hilfen und Anleitungen, die in den Stand setzen, soziale Sachverhalte rechtlich zu beurteilen und Entscheidungen zu treffen“,³⁴ „verlängert“ sie „das Gesetz in die Entscheidung von Fällen“ hinein.³⁵ Ich möchte dies als *Rechtsentfaltung im Prozess der Rechtsverwirklichung* bezeichnen.

Umstritten ist, ob es sich dabei um einen hermeneutischen Vorgang oder um eine bestimmende Leistung in dem Sinne handelt, dass das Ergebnis als „richtig“ behauptet und verantwortet wird³⁶ beziehungsweise werden soll. Letzteres leuchtet angesichts der Alltagserfahrung, dass es offenbar immer mehrere vertretbare Auslegungen von Gesetzen und mehrere vertretbare Lösungen von Fällen gibt, jedenfalls nicht unmittelbar ein.

2. Systementwicklung

Der Zusammenhang von Dogmatik und System wird mit unterschiedlichem Akzent wohl allgemein anerkannt.³⁷ Klare Festlegungen sind aber selten. Dies mag mit Unsicherheiten

15 Vgl. *Stürmer*, ZfP 127 (2014), 271, 275f.

16 *Häsemeyer*, 6.

17 Dazu *Zaczyk*, FS Küper (2007), 723, 724f., 726f.; *Frisch*, in: *Stürmer* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 169f.

18 Dies ist meines Erachtens die problematische Seite der sogenannten Scholastik (vgl. noch unten II.2.).

19 *Häsemeyer*, 6.

20 Zu den Grenzen *Bumke*, Rechtsdogmatik (2017), 221.

21 Dies konzediert auch *Bumke*, Rechtsdogmatik (2017), 223f.; näher unten II.2. IV.2.

22 Anschaulich *Stürmer*, ZfP 127 (2014), 271, 276f.

23 *Wieacker*, FS Gadamer Bd. II (1970), 311, 314.

24 *Honsell*, ZfPW 2015, 1.

25 Eindrücklich *Gensler/Mittermaier/Schweitzer*, Vorrede, AcP Bd. 1 (1818), III, IV.

26 Sieht man von der kurzen Zeit des Bundesoberhandelsgerichts ab, aus dem sich dann das Reichsoberhandelsgericht und schließlich das Reichsgericht entwickelten.

27 Dazu *Waldhoff*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 17, 28–30; *Bumke*, JZ 2014, 641, 643.

28 Auf die Bedeutung der Rechtsdogmatik für Kodifikationen hat *Frisch*, in: *Stürmer* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 169, 186, zutreffend hingewiesen.

29 *Wieacker*, FS Gadamer Bd. II (1970), 311, 316ff.

30 *Häsemeyer*, 7.

31 *Wieacker*, FS Gadamer Bd. II (1970), 311, 316.

32 Vgl. *Wieacker*, FS Gadamer Bd. II (1970), 311.

33 *Stürmer*, ZfP 127 (2014), 271, 276.

34 *Häsemeyer*, 5.

35 *Häsemeyer*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 3, 14.

36 *Zaczyk*, FS Küper (2007), 723, 730f.

37 Statt vieler *Zaczyk*, FS Küper (2007), 723, 732; *Würtenberger*, in: *Stürmer* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 3, 6; *Honsell*, ZfPW 2015, 1; *Riesenhuber*, FS Canaris (2017), 181, 183.

über Bedeutung und Funktion von Systemen zusammenhängen.³⁸ Zu ängstlich brauchen wir Juristen aber nicht zu sein. Denn wir haben zwei Systeme im Sinne gedanklich geordneter Zusammenhänge von Begriffen³⁹ und Sätzen⁴⁰ vor uns: Das geltende Recht einerseits und die (Teil-)Rechtsdogmatik andererseits. Vom geltenden Recht als „äußerem“ System gehen wir aus; als Ergebnis unserer dogmatischen Leistung streben wir ein gegenüber dem Ausgangsmaterial verfeinertes „inneres System“ an.

Damit ist Referenzpunkt, ja – wenn man so will – oberste Autorität der Rechtsdogmatik das geltende, und zwar das jeweils geltende Recht. Ihm ist Rechtsdogmatik verpflichtet, genauer: es ist ihr Gegenstand. Das bedeutet aber nicht, dass ein „Federstrich des Gesetzgebers“ eine bestimmte (Teil-)Dogmatik zur Makulatur⁴¹ machen könnte oder dass umgekehrt „Rechtswissenschaft“ keiner Dogmatik bedürfe, weil sie sich diese selbst schaffe.⁴² Vielmehr ist schon der Federstrich in seiner Bedeutung nur erfassbar, wenn man ihn rational, d. h. aber: dogmatisch einordnen kann.⁴³ Ein Beispiel bildet die Neufassung des Unterschlagungstatbestandes (§ 246 StGB),⁴⁴ die ohne Kenntnis der früheren sich um die „kleine“ und die „große“ berichtigende Auslegung des § 246 a.F. StGB rankenden Probleme nicht verständlich gewesen sein dürfte.⁴⁵

Selbst wenn die Legislative nicht so eindeutig wie im Beispiel im Gesetz herumstreicht, bedarf es immer eine Sekunde nach der Reform einer *veränderten, kaum einmal einer* von Grund auf *neuen Dogmatik*. Vielmehr baut Dogmatik auf gewachsener Erkenntnis,⁴⁶ auf der Arbeit von Generationen auf,⁴⁷ und entwickelt sich von dort aus unter den jeweiligen gesetzlichen, sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen weiter.

Für die Vorstellung von einer solchen *Systementfaltung nach innen* scheint vielfach das Verständnis abhandengekommen zu sein. Nur so ist etwa der Einwand zu erklären, der Rechtsdogmatiker müsse unterstellen, dass sich das Recht zu einem sinnvollen Ganzen, zu einer Ordnung zusammenfügen lasse⁴⁸ – was natürlich niemals bruchlos gelingen kann. Eine solche Perfektion ist aber auch gar nicht nötig; genug, dass wir das Recht *besser* handhabbar machen.⁴⁹

Es sollte eigentlich unmittelbar einleuchten, dass die Lehrsätze der Rechtsdogmatik den Aussagen, die man dem „äußeren“ System unmittelbar entnehmen zu können glaubt, nicht entsprechen müssen, ja nur selten tatsächlich entsprechen werden. *Dogmatisierung führt* also mit der Verfeinerung auch zur *Rechtsveränderung*. Allgemein ausgesprochen wird diese Wahrheit aber merkwürdigerweise nur für den Grenzfall der Rechtsveränderung, nämlich die *Rechtsfortbildung*,⁵⁰ während die *Rechtsvereinheitlichung* jedenfalls quantitativ die größere Bedeutung haben dürfte.

3. Entlastung und Erleichterung

Der Fundus gewachsener Rechtsdogmatik schafft im Tagesgeschäft *Entlastung*⁵¹ und *Erleichterung*.⁵² Damit werden ein *materieller Rechtsstaat* und *normative Substanz* praktisch ermöglicht und erfahrbar, was sich beim Bürger *vertrauensbildend* niederschlägt. Als Resultat lässt sich im Zivilrecht etwa beobachten, dass sich der *Umfang privater Verträge* umgekehrt proportional zur dogmatischen Verdichtung einer Rechtsordnung verhält: Je weniger Rechtsdogmatik, desto längere Verträge und umgekehrt.⁵³

4. Selbstreflexion

Rechtsdogmatik gibt für rationale Entscheidungen rechtlicher Fragen nicht nur Hilfestellungen, sondern sie zwingt auch dazu.⁵⁴ Für die *juristische Praxis* bedeutet das, dass der zu entscheidende *Einzelfall* immer in einen größeren Zusammenhang zu stellen ist.⁵⁵ Die eigentliche Entscheidung ergeht dann aufgrund einer *Entscheidungsmaxime*,⁵⁶ die sich zwar am äußeren wie am inneren System messen lassen muss, andererseits aber auch die Nagelprobe dafür bildet, ob Gesetz und Dogmatik dem gegebenen Einzelfall auch gerecht werden.

Für die Profession der *Rechtswissenschaft* gilt Entsprechendes: Der Dogmatiker muss immer den *Normbereich* mitbedenken, für den sein Lehrsatz relevant werden soll. Dabei hat er mögliche Entscheidungssituationen vorwegzunehmen und zu prüfen, ob sich aus seiner Dogmatik voraussichtlich tragfähige Entscheidungsmaximen werden ableiten lassen. Fällt diese Probe negativ aus, so taugt (meistens⁵⁷) die Dogmatik nichts.

III. Warum wird Rechtsdogmatik kritisiert?

1. Zu selbstverliebt und unkritisch

Damit hoffe ich, den wohl schwersten Vorwurf gegenüber der Rechtsdogmatik bereits entkräftet zu haben, dass sie nämlich der kritischen Selbstreflexion ermangele.⁵⁸ Man muss die „kritische Kraft“⁵⁹ der Rechtsdogmatik aber auch sinnvoll nutzen. Allzu oft wird konstruktive Kritik nur an der Judikative⁶⁰ und an der Legislative geübt,⁶¹ während sich die Dogmatiker untereinander bestenfalls in gestelzten Hahnenkämpfen üben.

38 Zur systemtheoretischen Dimension etwa *di Fabio*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 63 ff.
 39 Hier irrelevant ist die Diskussion um Begriff, Typus, Topos usw.
 40 Hier irrelevant ist die Diskussion um Norm, Regel und Grundsatz.
 41 So aber von *Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Originaltext 1848, Springer Berlin, S. 23, abgerufen als Online-Ausgabe der Stadt- und Universitätsbibliothek Frankfurt a.M.
 42 So aber *Hassemer*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 3, 10 f.
 43 *Häsemeyer*, 18; klarstellend zur Relativität der Rechtswissenschaft auch *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 8. Auflage 1983, 9 ff.
 44 Durch das 6. StrRG vom 30.1.1998, BGBl. I, 164.
 45 Statt anderer *Jahn*, in: Irrwege der Strafgesetzgebung (1999), 195 ff.
 46 Diese Formulierung verdanke ich Frau Kollegin *Eva-Maria Seng* von der Universität Paderborn.
 47 *Würtenberger*, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 3, 7.
 48 *Bumke*, JZ 2014, 641, 649.
 49 Diese Systementfaltung nach innen gleicht der „guten“ Seite der Scholastik, die sich insoweit in der Rechtswissenschaft seit der Zeit der Glossatoren erhalten haben dürfte (zu deren „schlechten“ Seite oben I.1.). Denken nach innen als Vertiefung (oder *Versenkung*) wird durch die linear ausgerichtete Fortschrittsgläubigkeit der modernen Welt übrigens nicht eben begünstigt.
 50 Statt anderer *Zaczyk*, FS Küper (2007), 723, 732; *Frisch*, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 169, 170 ff.; *Stürmer*, ZZZ 127 (2014), 271, 276.
 51 So *Würtenberger*, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 3, 7.
 52 So *Hassemer*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 3, 14.
 53 *Würtenberger*, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 3, 8 f.
 54 *Häsemeyer*, 8.
 55 *Häsemeyer*, 10.
 56 Zu ihr und ihrer Bedeutung für die interne Selbstkontrolle *Häsemeyer*, 18.
 57 Die Ausnahme bildet das bindende, aber rechtspolitisch untragbare Gesetz.
 58 *Würtenberger*, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 3, 14; *Lepsius*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 39, bes. 57 ff.
 59 So *Zaczyk*, FS Küper (2007), 723, 732.
 60 Sie nennt *Bumke*, JZ 2014, 641, 643.
 61 Beides nennt *Stürmer*, ZZZ 127 (2014), 271, 276.

2. Zu juristisch und nicht anschlussfähig

Oft heißt es, wir seien „zu juristisch“, also nicht volksnah, allgemeinverständlich und so weiter. Dieser Vorwurf ist recht dümmlich: Natürlich müssen Juristen wie alle anderen Spezialisten auch eine Fachsprache pflegen, was Distanz zu Fachfremden schafft. Unser Nachteil gegenüber anderen Disziplinen besteht insoweit ehestens darin, dass wir überwiegend nach wie vor Deutsch verwenden, was offenbar die Illusion hervorruft, es müsse alles leicht verständlich sein.

Rechtsdogmatik ist eine durchweg *praktische Wissenschaft*.⁶² Dies macht die Bestimmung ihres Standortes im Vergleich mit den Nachbardisziplinen und ihren Grundlagenfächern schwierig. Modern gesprochen ist die *Anschlussfähigkeit* der Rechtsdogmatik in Frage gestellt.⁶³ Wenn man das für „schlimm“⁶⁴ hält, mag man eine Parallele zur für andere Disziplinen gebräuchlichen Unterscheidung zwischen Grundlagenforschung und angewandter Forschung ziehen.⁶⁵ Mehr als eine Sprachregelung dürfte damit aber nicht zu gewinnen sein, weil der Vorwurf mangelnder Anschlussfähigkeit einen berechtigten Kern hat. Er besteht darin, dass die zuvor geschilderte Entlastungsfunktion der Dogmatik immer auch die Gefahr einer Verkürzung der Argumentation in sich birgt.⁶⁶ Damit aber fallen wir in den eigentlichen Fehler der sogenannten Begriffsjurisprudenz zurück, den wir seither überwinden wollten.⁶⁷

Kurz und gut: Manchmal stolpern wir ziemlich betriebsblind durch den akademischen Porzellanladen. Auch dagegen hilft aber kritische Distanz. So steht es der rechtswissenschaftlichen Dogmatik etwa gut an, ihre eigenen *dogmengeschichtlichen Entwicklungslinien* im Blick zu behalten. Zwingend ist dies freilich nicht; oft verhelfen die Beschäftigung mit anderen Grundlagenfächern oder die rechtsvergleichende, ja sogar schon die auslandsrechtskundliche Perspektive zu einem klareren Blick auf das eigene Geschäft.

3. Zu traditionell und doktrinär

Speziell aus der strafrechtlichen *Community* wird auf „eine verbreitete prinzipielle Verweigerungshaltung der Wissenschaft selbst und die fehlende Bereitschaft“ hingewiesen, „neue Bedürfnisse und deutlich gestiegene Gefahren anzuerkennen“, die die Strafrechtspflege heute herausfordern.⁶⁸ Letztlich dürfte darin eine Grundgefahr jeder Art von Dogmatik aufscheinen, nämlich diejenige des übersteigerten Selbstbezuges. Ein übersteigertes Selbstbezug macht den Lehrsatz, also das Dogma, zur Doktrin und die Dogmatik zum *Doktrinarismus*, weil an einmal formulierten Lehrsätzen um ihrer selbst willen und *ohne Wirklichkeitsbezug* festgehalten wird.

Am schlimmsten wird es, wenn diese Fehlerquelle mit derjenigen des Dogmatismus zusammenfließt und nur noch ein erstarrtes Lehrgebäude zur Rechtfertigung höherer Autoritäten wiederholt wird. Rechtsdogmatik muss Dogmatismus ebenso wie Doktrinarismus vermeiden. Ich hatte schon darauf hingewiesen, dass hier und jetzt an die Rechtswissenschaft vergleichsweise wenig Zumutungen seitens Politik und Religion gerichtet werden. Auch der früher manchmal grotesk anmutende *Comment* innerhalb sogenannter akademischer Schulen, gewisse Ansichten vertreten zu müssen oder doch nicht kritisieren zu dürfen, scheint verblasst. Allerdings kehrt die Uniformierung der Jurisprudenz in Gestalt von Gemeinschaftsforschungsprojekten wieder, wo – angefangen bei Graduiertenkollegs – die einzelne Arbeit faktisch nur

noch dazu dient, einen zuvor anonym begutachteten Förderantrag „abzuarbeiten“.

4. Zu deutsch

Häufig wird unsere Rechtsdogmatik als deutscher Sonderweg bezeichnet, mit dem wir uns vermeintlich vom internationalen Wissenschaftsdiskurs abgrenzen,⁶⁹ ja Rechtsdogmatik gilt manchen sogar als „nicht übersetzbarer Begriff“.⁷⁰ Sei es trotz oder wegen aller unserer Eigentümlichkeiten, offenbar erliegt auch der schärfste Kritiker dem „Faszinosum von Dogmatik“.⁷¹ Das Interesse des Auslandes an der deutschen Rechtswissenschaft entzündet sich meiner Erfahrung nach gerade an unserer dogmatischen Ausdifferenzierung.⁷² Für die *Volksrepublik China* etwa habe ich das schriftlich,⁷³ und für zahlreiche andere Staaten erschließe ich es aus einem überaus lebhaften Rechtsdialog. Es scheint also, dass wir uns in Deutschland mit unserem *Faszinosum* grundlos selber schwertun.

IV. Wie macht sich Rechtsdogmatik selbst das Leben schwer?

1. Aufspaltung in Teilrechtsdogmatiken

In einer ausdifferenzierten und zudem mehrschichtigen Rechtsordnung gibt es keine einheitliche Dogmatik, sondern „Variationen in den verschiedenen Rechtsgebieten“.⁷⁴ Dies kann schon deshalb nicht anders sein, weil eine einheitliche Dogmatik ein Mindestmaß an Einigkeit über die Methode voraussetzt⁷⁵ und weil die Methoden variieren: Die *Zivilrechtsdogmatik*⁷⁶ gründet auf dem *Entscheidungszwang*,⁷⁷ der im Zivilrechtsstreit herrscht: Der Zivilrichter mag vom Gesetzgeber im Stich gelassen werden, die Rechtsdogmatik muss ihm immer helfen.⁷⁸ Die *Verwaltungsrechtsdogmatik* wird dagegen vom *Vorrang und Vorbehalt* des Gesetzes (Artt. 20 Abs. 3, 19 Abs. 1 GG), die verschiedenen *Dogmatiken der Verfahrensrechte*⁷⁹ werden von den jeweiligen *Prozessmaximen* beherrscht.

Die *Strafrechtsdogmatik*⁸⁰ schließlich steht unter dem Grundsatz *nulla poena sine lege* (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB). Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob die sicherlich heikelste Anforderung der Verfassung, nämlich Verlässlichkeit, Voraussehbarkeit und Klarheit der Strafandrohung, noch hinreichend respektiert wird: Natürlich lassen sich dezisionistische Elemente nicht vermeiden, aber *dosis fit*

62 *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 8. Auflage 1983, 8f.

63 *Lepsius*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 39, 46f.; 48ff.

64 Verneinend *Waldhoff*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 17, 35f.

65 So *Würtenberger*, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 3f., 13f.

66 *Stürmer*, ZJP 127 (2014), 271, 277.

67 *Häsemeyer*, 8f.; vgl. noch unten IV.2.

68 *Frisch*, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 169, 187.

69 So die Fundamentalkritik von *Lepsius*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 39, 46–48.

70 So *Bu*, JZ 2016, 382f.; vgl. auch *Waldhoff*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 17, 36: „spezifisch deutsche Begriffsprägung“.

71 *Lepsius*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 39, 46.

72 *Waldhoff*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 17, 37.

73 *Bu*, JZ 2016, 382, 385ff., zusf. 389f.

74 Überblick bei *Waldhoff*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 17, 32ff.

75 *Riesenhuber*, FS Canaris (2017), 181, 183.

76 Speziell zu ihr *Wieacker*, FS Gadamer Bd. II (1970), 311, 316ff.

77 Klassisch formuliert im Code Civil, Art. 4: Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

78 *Häsemeyer*, 7, ähnlich auch 19.

79 Paradigmatisch zur Zivilprozessrechtsdogmatik *Stürmer*, ZJP 127 (2014), 217ff.

80 Zu ihr *Zaczyk*, FS Küper (2007), 723ff.; *Frisch*, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 191ff.; *Häsemeyer*, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 3, 4ff.

medicamentum, dosis fit venenum. Und wieso gelingt es, im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Verbraucherverträge eine Unklarheitenregel, im Europarecht ein Transparenzgebot operabel zu machen, während das StGB in einen Abgrund unbestimmter Rechtsbegriffe, ja vielleicht sogar von Generalklauseln gezogen wird?

Ändert man die Methode eines (Teil-)Rechtsgebiets, ändert sich auch seine Dogmatik. Das klarste Beispiel bildet das Grundgesetz, dessen Grundrechtsteil man der klassischen Methode der Gesetzesauslegung entzogen und einer wertphilosophischen Behandlung unterstellt hat. Die Folge war eine weitgehende Umwertung großer Teile der deutschen Rechtsordnung.⁸¹

Kaum weniger Schwierigkeiten bereitet das supranationale Recht der Europäischen Union: Es ist zwar einer eigenen systematisierenden Dogmatik an sich ebenso zugänglich wie jedes andere Rechtsgebiet,⁸² wegen seiner Punktualität aber nur in Form relativ eng begrenzter „Teil-Systeme“,⁸³ vielleicht besser: Theorien. Damit zeigen sich vermehrt Systemlücken, was auf supranationaler Ebene Harmonisierungskonzepte,⁸⁴ auf nationaler Ebene aber nicht selten „Störungen und Irritationen“⁸⁵ hervorruft.

Eigentümliche Auswirkungen hat die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) auf die nationale Rechtsdogmatik: Der EGMR bemängelt Zustände, die der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) widersprechen, gibt aber keinen Weg vor, wie sie zu verbessern sind. Die nationalstaatliche Dogmatik ist damit an sich völlig frei⁸⁶ – aber vielleicht gerade mit dieser Freiheit überfordert.⁸⁷ Ein Beispiel könnte der deutsche „Ideenwettbewerb“ zur Beseitigung des „strukturellen Problems überlanger Verfahrensdauer“ sein, das der EGMR der deutschen Justiz – ob zu Recht oder zu Unrecht – bescheinigt hat:⁸⁸ Der Gesetzgeber hat darauf mit der Einführung der §§ 198–201 GVG sowie §§ 97–97 e BVerfGG⁸⁹ reagiert, die im Wesentlichen einen Entschädigungsanspruch gewähren. Während man damit in allgemeinen Zivilsachen⁹⁰ noch zurecht kommen mag, waren insbesondere⁹¹ in Strafverfahren weitere Rechtsfolgen bei überlangen Verfahren erforderlich. Heute durchzieht der Beschleunigungsgrundsatz sowohl die Dogmatik der StPO⁹² wie des StGB.⁹³ Dabei hat sich nach heftiger Diskussion herauskristallisiert, dass die Überlänge des Verfahrens erst bei der Strafvollstreckung, nicht schon bei der Strafzumessung oder gar bei der Strafverfolgung zu berücksichtigen ist.

2. Qualitätsprobleme

Rechtsdogmatik unterscheidet sich auch nach Qualität und Stil. Zunächst denken wir wahrscheinlich an die „rechtswissenschaftliche Dogmatik im eigentlichen Sinne“.⁹⁴ Ihr gelingt manchmal sogar der große Wurf, der zuvor finstere Zusammenhänge lichtvoll hervortreten lässt oder „neue“ Rechtsinstitute auf den Begriff bringt. Wieacker hat in dieser Art „höherer Jurisprudenz“ „kreative Kombinationen freigewählter Konstruktionselemente kraft juristischer Phantasie“ gefunden.⁹⁵ Das ist schön formuliert. Auch wer auf den großen Wurf hofft, sollte sich dennoch der „juristischen Virtuosität“ und „esoterischen Selbstgenügsamkeit“⁹⁶ enthalten – schon um nicht ganz bloßgestellt zu sein, wenn es daneben gehen sollte.

Weiter als die wissenschaftliche Dogmatik verbreitet ist die *Gebrauchsdogmatik*,⁹⁷ die das Alltagsgeschäft ebenso wie den akademischen Unterricht erheblich prägt. Für sie ist *Judiz* erforderlich. Darunter verstehen wir mehr als ein sponta-

nes „Rechtsgefühl“, nämlich das durch Ausbildung und Berufserfahrung geschulte Verständnis für rechtliche Zusammenhänge⁹⁸ und deren gesellschaftliche, kulturelle und wirtschaftliche Implikationen.

Gebrauchsdogmatik reduziert den Begründungsaufwand⁹⁹ in besonderem Maße, erhöht aber damit die Gefahr, die rechtliche Argumentation unangemessen zu verkürzen.¹⁰⁰ Wird Gebrauchsdogmatik zu kleinteilig, sinkt sie zur bloßen *Hilfsdogmatik* herab. Fleiß, Gewissenhaftigkeit und Akribie, an sich in der Rechtsdogmatik nichts Schlechtes, stiften hier Schaden, weil es an Weitsichtigkeit wie an Kreativität gebricht. Ist eine Hilfsdogmatik einmal entstanden, sollte man tunlichst versuchen, sie auf eine höhere Ebene zurückzuführen und damit aufzulösen. Sonst, oft aber auch aus schierem Wirrsal oder gar in böser Absicht, entstehen *Scheindogmatiken*, über die sich Kollegen entzweien, die Studenten quälen, Bücher füllen,¹⁰¹ Tagungen und Vorträge zu Wert und Unwert der Rechtsdogmatik veranlassen, aber (hoffentlich) auf die Praxis nicht zu viel Einfluss gewinnen.

Hassemer hat zutreffend darauf hingewiesen, dass sich „das Ganze [...] noch durch die Parameter Temperament, Interessen und Routinen der einzelnen Wissenschaftler“ verkompliziert.¹⁰² Das gebe ich hier mit dem Hinweis weiter, dass Intelligenz offenbar keine entscheidende Rolle spielt.

3. Eutrophierung

Rechtsdogmatik ist seit jeher für Rechtswissenschaftler und Praktiker gleichermaßen offen.¹⁰³ Dies ist keine Schwäche der Dogmatik,¹⁰⁴ sondern eine ihrer Stärken. Denn Rechtswissenschaft und Praxis haben beide vielleicht nicht exakt dieselbe, aber doch eine ganz ähnliche Perspektive,¹⁰⁵ und vier Augen sehen mehr als zwei. Dennoch hat man den Eindruck,

81 Näher Windel, STAAT 37 (1998), 385 ff.

82 Riesenhuber, FS Canaris (2017), 181, 187 ff.

83 Riesenhuber, aaO, 189 f.

84 Riesenhuber, aaO, 191 f.

85 Riesenhuber, aaO, 185 f.

86 Näher Windel, JR 2011, 323, 325 ff.

87 Dies ist ein weiterer Beleg gegen die These, dass Rechtswissenschaft keiner funktionierenden Dogmatik bedürfe, wie Hassemer, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 3, 10, meint.

88 Vor allem EGMR, Urteil vom 2.9.2010 – 46344/06 (Rumpf vs. Deutschland), NJW 2010, 3355 ff. mit Anmerkung Meyer-Ladewig; vorgängig die Urteile des EGMR in NJW 2001, 213; NJW 2002, 2856; NJW 2006, 2386 (speziell zum Zivilverfahren); NVwZ 2008, 289; ZEV 2011, 139.

89 Durch Gesetz vom 24.11.2011, BGBl. I, S. 2302.

90 Dazu Althammer/Schäuble, NJW 2012, 1 ff.

91 Nach EGMR, Urteil vom 15.1.2015 – 62198/11 (Kuppinger vs. Deutschland), NJW 2015, 1433 ff. mit Anmerkung Steinbeiß-Winkelmann, reicht die heutige deutsche Gesetzeslage auch im Umgangsrechtsverfahren nicht aus.

92 Dazu etwa Karlsruher Kommentar-StPO/Fischer, 7. Auflage 2013, Einleitung Rn. 33 ff.; Münchener Kommentar-StPO/Kudlich, 1. Auflage 2014, Einleitung Rn. 159 ff.

93 Münchener Kommentar-StGB/Miebach/Maier, 3. Auflage 2016, § 46 Rn. 393 ff.

94 Stürner, ZRP 127 (2014), 271, 277; Würtenberger, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 3, 7.

95 Wieacker, FS Gadamer Bd. II (1970), 311, 323.

96 Häsemeyer, 12.

97 Stürner, ZRP 127 (2014), 241, 277; nach Würtenberger, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (2010), 3, 7: „rechtspraktische“ Dogmatik.

98 Häsemeyer, 11.

99 Hassemer, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 3, 14 f.

100 Dazu bereits oben, III.2.

101 Worte in Anlehnung an Hassemer, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 3, 11.

102 Hassemer, aaO, 12.

103 Vgl. schon Gensler/Mittermeier/Schweitzer, Vorrede, AcP Bd. 1 (1818), III, IV; nach Bu, JZ 2016, 382, 386, verfolgt man derzeit in der Volksrepublik China das Ziel, eine Gemeinschaft der Juristen mit gleicher Denk- und Arbeitsform zu bilden.

104 In diesem Sinne aber Lepsius, in: Was weiß Dogmatik? (2012), 39, 60 f.; ins. unklar Bumke, JZ 2014, 641, 642.

105 Ins. zutr. Bumke, JZ 2014, 641, 650.

dass zu viele Leute zu viel schreiben. So gab es bis 1981 zwei genuin strafrechtliche Zeitschriften, *Goldammer's Archiv* (1853) und die *ZStW* (1881), daneben noch die *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* (1904), das *Forum Strafvollzug* (1952) und die *Neue Zeitschrift für Wehrrecht* (1959). Seither sind 18 weitere Zeitschriften dazugekommen. Man möchte *dogmatical self-restraint* anmahnen.

V. Was verlangt Rechtsdogmatik?

Wenn wir am letzten Befund¹⁰⁶ anknüpfen, kann sicher vom Ende des dogmatischen Zeitalters nicht die Rede sein. Rechtsdogmatik gibt uns Juristen – Theoretikern wie Praktikern – überdies viel Spielraum zur Kreativität. Deshalb macht sie – gelegentlich zumindest – Spaß. Dennoch ist sie ein ernstes Geschäft: *res severa verum gaudium*. Deshalb will ich mit ein paar mahnenden Worten schließen: Rechtsdogmatik ist *keine Rechtspolitik*.¹⁰⁷ Wir müssen dem Gesetzgeber lassen, was des Gesetzgebers ist. Die Ausnahme bildet der von Art. 1 Abs. 2 schwZGB formulierte Grenzfall, dass sich dem Gesetz (mit den anerkannten Methoden) keine Regel entnehmen lässt. Dann und nur dann dürfen wir in die Rolle des Gesetzgebers schlüpfen. Auch dort, wo wir als Juristen einen dezisionistischen Spielraum haben, sollten wir nach *Rechtsfindung*, nicht nach *Rechtssetzung* streben. Nur wer *subjektiv* seine Bindung an Gesetz und Recht akzeptiert, verdient den *objektiven* Entscheidungsspielraum, den ihm die Rechtsdogmatik einräumt.¹⁰⁸ Dies alles sei gesagt, weil wir Juristen täglich um das Vertrauen des – ganzen – Volkes werben müssen. Verlieren wir es, stehen genügend Akteure anderer Disziplinen bereit, das entstehende Vakuum zu füllen. Schlimmstenfalls finden wir uns dann in einer „rechtsfernen Gesellschaft“¹⁰⁹ wieder. Um nicht in einer solchen zu leben, sollten wir uns anstrengen, den Glanz unserer Rechtsdogmatik ein bisschen aufzupolieren.

106 Soeben IV.3.

107 Häsemeyer, 3; Riesenhuber, FS Canaris (2017), 181, 182.

108 Häsemeyer, 22 f.

109 Eindrücklich Stürner, ZZP 127 (2014), 271, 328–331.



Professor Dr. Peter A. Windel, Bochum

Der Autor ist Professor an der Ruhr-Universität Bochum und dort Inhaber des Lehrstuhls für Prozessrecht und Bürgerliches Recht.

Leserreaktionen an anwaltsblatt@anwaltverein.de.