

Hat Dogmatik eine Zukunft?

Mit dem Thema »Dogmatik« ist ein Begriff aufgerufen, der der Theologie ebenso wie der Rechtswissenschaft vertraut ist. Die Übereinstimmung ist nicht zufällig: Beide Disziplinen haben es mit dem Verstehen von Texten zu tun, die Autorität beanspruchen. Beide wollen dieses Verstehen als Vorgang und Ergebnis einsehbar gestalten, systematisch ausformen und kontrolliert vermitteln.¹ Dazu bedarf es zwischen Primärtexten und Praxisvollzügen einer *Zwischenschicht* von Instituten und Verfahrensweisen, die auf Konsistenz und Transparenz angelegt sind und damit auf Rationalität und Überprüfbarkeit zielen.

Dass auf diesem Felde ein anregender Austausch zwischen den Disziplinen stattfinden kann, haben *Klaus Tanner* und ich in einem Gesprächskreis erfahren, zu dem sich Mitglieder der theologischen und der juristischen Fakultät in Heidelberg vor einiger Zeit zusammengefunden hatten. Die dabei gewonnene Grunderkenntnis lautet:

- Vorsicht vor vorschneller Beobachtung »paralleler« oder »analoger« Entwicklungen!
- Interdisziplinäres Arbeiten verlangt zunächst einmal, dass die beteiligten Fächer jeweils für sich in ihren Strukturen präsentiert werden.
- Vergleichbare Fragestellungen, Denkansätze oder Grundannahmen und andere Ähnlichkeiten lassen sich allenfalls am Ende interdisziplinären Bemühens ausmachen.

Strukturen werden oft an Spannungen deutlich. Mit diesem Ziel will ich im Folgenden drei *aktuelle Diskurse* vorstellen,² die *Spannungen* zwischen unterschiedlichen Ausrichtungen von Rechtsdogmatik aufzeigen und sich als Ausdruck gebotener *Selbstreflexion* interpretieren lassen.

1 Zum Verhältnis der rechtswissenschaftlichen zur theologischen Dogmatik aus jüngerer Zeit PHILIPP SAHM, *Elemente der Dogmatik*, Weilerswist 2019, bes. 48 ff.

2 Vgl. SAHM, *Elemente*, 34 ff.; PATRICK HILBERT, *Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft*, Tübingen 2015, bes. 223 ff.; sowie die Beiträge in: *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, hg. von Gregor Kirchhof, Stefan Magen und Karsten Schneider, Tübingen 2021.

Der erste der Diskurse betrifft die Akteure, der zweite die Arbeitsweise und der dritte die Funktionen von Dogmatik. Dogmatik präsentiert sich so in dreifacher Gestalt, nämlich als Disziplin, als Methode und als Produkt dieser Methode.³

1 Der Akteurs-Diskurs: Dogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis

Rechtsdogmatik gilt als eine »Gemeinschaftsleistung« oder (wie es auch heißt) als »gemeinsamer Kommunikationsraum« von Wissenschaft *und* Praxis.⁴ Sie ist also nicht nur eine Sache der Universitäten, sondern auch eine Sache der Rechtsanwender, vor allem der Gerichte. Beide Seiten erbringen allerdings durchaus unterschiedliche Beiträge – die Gerichte die konkreten fallbezogenen Aussagen, die Wissenschaft eher das Aufzeigen systematischer Zusammenhänge und längerfristiger Entwicklungslinien. Wichtig ist, dass beide aufeinander bezogen arbeiten und dazu auch eine gemeinsame Sprache finden.⁵

(a) Gegen dieses »Gemeinschaftsparadigma« hatte schon *Hans Kelsen* Einwände erhoben, die von *Oliver Lepsius* jetzt zum Vorwurf doppelter »Selbstermächtigung« gesteigert worden sind:⁶ Dogmatik diene nämlich den Gerichten dazu, sich mit dem Rückgriff auf Argumente der Wissenschaft für ihre Urteile einen Reputationsgewinn zu verschaffen, während die Wissenschaft durch die Nutzung ihrer dogmatischen Konstruktionen bei der gerichtlichen Urteilsfindung Einfluss auf staatliche Entscheidungen usurpiere, die in einer Demokratie nur von den dazu legitimierten Staatsgewalten (Parlamenten, Exekutiven, Gerichten) getroffen werden dürften.

3 Vgl. ALEXANDER STARK, *Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik*, Tübingen 2020, 76 ff.

4 Nachweise bei WOLFGANG KAHL, *Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht*, Tübingen 2020, 16 ff.; EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik in der Entwicklung: Eine Zwischenbilanz zu Bestand, Reform und künftigen Aufgaben*, Tübingen 2023, 1 ff.

5 Literarischer Ausdruck dieser »Gemeinschaftsleistung« sind die im Rechtsleben beliebten Kommentare, in denen Wissenschaftler und Praktiker die EU-Verträge, das Grundgesetz, das Strafgesetzbuch, das BGB und viele andere praxisrelevanten Gesetze, der Reihenfolge der §§ entsprechend, sozusagen »Wort für Wort« erläutern. Vgl. dazu nur DAVID KÄSTLE-LAMPARTER, *Die Welt der Kommentare*, Tübingen 2016.

6 OLIVER LEPSIUS, »Kritik der Dogmatik«, in *Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?*, hg. von Gregor Kirchhof, Stefan Magen und Karsten Schneider, Tübingen 2021: 39 ff., bes. 43–45; weitere Nachweise bei KAHL, *Wissenschaft*, 128 f.

Die Kritik betont mit dem Blick auf die Akteure von Dogmatik zutreffend *Machtfragen*. Dogmatik ist kein interessen-neutrales Geschäft.⁷ Es geht nicht nur darum, die fest vorgegebene Bedeutung eines Primärtextes mittels dogmatischer Werkzeuge gleichsam in mathematischer Exaktheit ans Licht zu heben. Mit *Horst Dreier* gesprochen: »Schon wegen der unentrinnbaren Offenheit und Unbestimmtheit des sprachlichen Ausdrucks« stehen bei jeder Gesetzesauslegung Alternativen zur Verfügung, die dem Interpreten Spielräume eigenen Gutdünkens eröffnen.⁸ Mit ihren dogmatischen Konstruktionen kann die Rechtswissenschaft die Entscheidungsfindung der Gerichte und der anderen demokratischen Amtsträger also durchaus vorprägen, indem sie Argumentationsmuster entwickelt und den Kreis der plausibel erscheinenden Rechtsgründe absteckt.

Freilich bleiben dogmatische Figuren *Vorschläge*. Ob sie akzeptiert werden und in die Rechtsfindung der Gerichte eingehen, entscheiden allein Letztere. Bei dieser Distanz muss es bewenden. Sie ist notwendig, aber auch ausreichend, um die Machtfrage der Dogmatik vertretbar zu lösen. Mehr an Abstinenz gegenüber dogmatischen Beiträgen kann der Rechtswissenschaft nicht abverlangt werden. Rechtsanwendung ist in der Demokratie auf *Kommunikation* angelegt. Dazu gehört auch der Austausch der Argumente zwischen wissenschaftlicher Dogmatik und Praxis. Die selbstverständliche Pflicht der Gerichte zur Begründung ihrer Urteile unterstreicht das. Hier wird etwas von dem Kontrollpotential deutlich, das Dogmatik bietet und das auf eine akademische Spiegelung angewiesen ist.

(b) So ist das, was manche heute befürchten, auch nicht ein zu großer, sondern eher ein zu geringer Einfluss der Wissenschaft auf die Praxis. Nach der von *Wolfgang Kahl* sogenannten »Zwei-Welten-These« reden Wissenschaft und Praxis zunehmend aneinander vorbei.⁹ Anzeichen einer solchen »Entfremdung« werden etwa darin gesehen, dass gerichtliche Urteile nur (noch) selten auf wissenschaftliche Publikationen Bezug nehmen. Das Bundesverfassungsgericht bildet hier eine Ausnahme; es zitiert juristische Literatur häufig. Bei den meisten anderen Gerichten ist das aber deutlich anders. Befragt, inwieweit

7 Dazu nur aus jüngster Zeit GUNNAR F. SCHUPPERT, »Rechtsdogmatik als herrschaftsaffines Wissensregime«, in *Konsistenz und Dogmatik des Rechts: Gedächtnisschrift für Michael Sachs*, hg. von Christian Coelln u. a., München 2024: 79–96.

8 HORST DREIER, »Rechtswissenschaft als Wissenschaft: Zehn Thesen«, in *Rechtswissenschaft als Beruf*, hg. von DEMS., Tübingen 2018: 1–66, 51.

9 Zum Folgenden KAHL, *Wissenschaft*, 23 ff.

sie Fachzeitschriften oder sogar Monographien bei ihrer praktischen Arbeit heranziehen, antworten Richter regelmäßig ablehnend.¹⁰

Dieser Befund mag professorale Eitelkeiten verletzen; aber ein Verlust des gemeinsamen Kommunikationsformats »Dogmatik« ist damit keineswegs indiziert. Die Austauschvorgänge zwischen Wissenschaft und Praxis vollziehen sich nämlich selten direkt, indem eine fertige dogmatische Figur in eine gerichtliche Entscheidung übernommen und als solche ausgewiesen wird. In der Regel geht es um mehrfach vermittelte, indirekte Anstoßwirkungen, die sich in Netzwerken entfalten. Hierzu gehören etwa die schon genannten gemeinsamen Kommentare, Tagungen, Fortbildungsveranstaltungen und überhaupt eine Prägung durch eine gemeinsame Ausbildung, wie sie durch das Universitätsstudium und zwei juristische Staatsexamen sichergestellt wird. Dogmatik setzt eine die Akteure verbindende *Infrastruktur* voraus, über die die Beiträge wissenschaftlicher Dogmatik in die Praxis »einsickern«.

Jedenfalls bietet die »Zwei-Welten-These« so wenig wie die gegenläufige »Selbstermächtigungs-These« Anlass, die Rechtsdogmatik zu verabschieden. Aber beide lassen sich als Ansätze nutzen, um das Verhältnis von Wissenschaft und Praxis auf dem Felde der Dogmatik immer wieder zu überdenken und gegebenenfalls neu auszutarieren.

2 Der Methoden-Diskurs: Dogmatik zwischen »Exklusivitäts-These« und Interdisziplinarität?

Der zweite Diskurs betrifft Methodenfragen, genauer: die Frage, welche Argumente bei der Begründung dogmatischer Aussagen verwendet werden dürfen.¹¹

Etwas zugespitzt formuliert, sind nach der Exklusivitäts-These Rechtsnormen streng nach der sogenannte »Juristischen Methode« zu definieren und führen im Anwendungsfall mittels eines logischen Subsumtionsschlusses zu einer eindeutigen Entscheidung darüber, was rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Insofern diese sog. »Theorie der einen richtigen Entscheidung« (in der Tradition eines positivistischen Wissenschaftsverständnisses) mit scharfen Distinktionen arbeitet und zu eindeutigen Ergebnissen zu führen verspricht, hat sie auch heute durchaus ihre Anhänger. Der Rückgriff auf Erkenntnisse

10 Vgl. die Angaben bei PAUL HÜTHER, *Wissenschaft und Praxis im Verwaltungsrecht (1949–2020)*, Tübingen 2023, 359 ff.

11 Umfassend STARK, *Interdisziplinarität*, 313 ff.: »Exklusivitätsthese« versus »Gegenläufigkeitsthese«; ferner KAHL, *Wissenschaft*, 112 ff.

anderer Wissenschaften bei der Entwicklung dogmatischer Rechtsinstitute ist danach unerlaubt, weil er »das Proprium der Rechtswissenschaft« gefährde.¹²

Die Gegenposition betont die Offenheit des Rechts gegenüber den Einflüssen anderer Wissenschaften. Dass sich die juristische Welt nicht hermetisch gegen die Außenwelt abschotten lässt, ist oben bereits mit dem Zitat zur Interpretationsoffenheit von Rechtsbegriffen angedeutet worden und im Grundsatz weitgehend anerkannt.

Freilich ist der juristische Kontext für extra-juridische Erkenntnisse nicht unbegrenzt aufnahmefähig und aufnahmebereit. Dieses Caveat wird oft zu wenig beachtet, wenn über weitgefasste Begriffe (»Menschenwürde«, »Rechtsstaat«, »Demokratie«) diskutiert wird. Nicht alles, was gut, schön oder sonst wünschenswert ist, fällt damit auch unter den juristischen Gehalt eines Rechtsbegriffs. Rechtsnormen ziehen Grenzen und sollen zu klaren Urteilen darüber führen, ob etwas »rechtmäßig« oder »rechtswidrig« ist. Der juristische Argumentationshaushalt kann folglich nicht beliebig erweitert werden, sondern muss auf Gründe beschränkt bleiben, die in den einschlägigen Rechtsgrundlagen eine normative Verankerung finden. Inwieweit solche »Andockstellen« (*Stark*) bestehen, kann nur für das jeweils entscheidungserhebliche Normengefüge und für jede der in Betracht kommenden Wissenschaften eigenständig beantwortet werden.¹³

Das ist ein methodisch anspruchsvolles Programm, das der Interdisziplinarität rechtsdogmatischen Arbeitens zwar nicht per se entgegensteht, aber doch hohe Hürden setzt, also – um eine Formel von Klaus Tanner aufzugreifen – »weder Beliebigkeit noch Letztbegründung« gestattet.¹⁴ Insgesamt jedoch hindert das Recht eine gegenüber extra-juridischen Erkenntnissen anderer Wissenschaften offene Dogmatik nicht; es verlangt sie sogar.

3 Der Funktions-Diskurs: Dogmatik zwischen Statik und Dynamik

Dogmatik wird im landläufigen Sprachgebrauch oft mit Erstarrung und Geschlossenheit assoziiert und ist deshalb in einer Gesellschaft, die auf

12 Was dieses »Proprium« im Detail ausmacht, ist allerdings streitig; vgl. dazu nur die Beiträge in: *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, hg. von Christoph Engel und Wolfgang Schön, Tübingen 2007.

13 Anschaulich CHRISTOPH MÖLLERS, »Methoden«, in *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, hg. von Andreas Voßkuhle, Martin Eifert und Christoph Möllers, Bd. 1, 3. Aufl., München 2022: § 2 Randnummern 44 ff.

14 KLAUS TANNER, *Der lange Schatten des Naturrechts*, Stuttgart, Berlin und Köln 1993, 228.

Offenheit setzt, negativ konnotiert. Den Begriff zu meiden besteht trotzdem kein Anlass; denn man muss nicht auf jede vermeintliche Empfindlichkeit der medialen Welt reagieren. Zu Recht haben die allermeisten Juristen daher auch nichts dagegen einzuwenden, wenn ihre Arbeit als »dogmatisch« bezeichnet wird – nicht selten allerdings ohne sich hinreichend Rechenschaft darüber zu geben, was das eigentlich heißt.

Jedenfalls ist mit einem Bekenntnis zum *Begriff* der Dogmatik das Problem, welche *Funktionen* sie denn für das Recht einer Gesellschaft erfüllen soll, nicht erledigt.

Ein erster Zugang lässt sich so formulieren: Recht will Verhalten stabilisieren. Rechtssicherheit, Vertrauensschutz, Verlässlichkeit und Überschaubarkeit sind daher positive Werte. Sie werden gewährleistet, wenn sich Gerichte und Verwaltungen bei der Rechtsanwendung an die überkommenen dogmatischen Regeln halten. Solche Routinen sind Garanten auch für einen gleichmäßigen Gesetzesvollzug. Das alles legt ein auf Statik ausgerichtetes Verständnis von Dogmatik nahe. Statik unterstützt die Orientierungs- und Kontrollfunktionen, die die Dogmatik für die Praxis haben soll. Das gilt jedenfalls für die unteren Gerichts- und Verwaltungsinstanzen, die schon wegen der Vielzahl der zu entscheidenden Fälle auf Routine setzen müssen.

Anders verhält es sich, wenn man die obersten Gerichte, etwa den Bundesgerichtshof und vor allem das Bundesverfassungsgericht in die Betrachtung einbezieht. Es muss nicht gerade der (in seinen Konsequenzen gelegentlich überschätzte) »Klima-Beschluss« sein, um zu erkennen, dass sich gerichtliche Entscheidungen zwar regelmäßig in den Bahnen der überkommenen Dogmatik bewegen, diese aber immer auch ein Stück überprüfen und gegebenenfalls fortbilden.¹⁵ Dogmatik ist so Systemnutzung und Systembildung zugleich.

Wieweit Dynamisierungen gehen dürfen, ohne die Stabilitätsfunktion von Dogmatik aufs Spiel zu setzen, lässt sich allerdings abstrakt nur schwer festlegen. Hier sind Erfahrung und Intuition gefragt: *Erfahrung* wie sie nur der gewinnt, der immer wieder selbst dogmatisch arbeitet, und *Intuition*, die neuen Herausforderungen nachspürt und in die nüchterne Deliberation etwas Schöpferisches bringt. So erweist sich Rechtsdogmatik – vielleicht etwas überraschend – immer auch als ein Produkt von *Handwerk und Kunst*, deren unterschiedliche Rationalitäten sie verarbeiten muss – oder anders gewendet: Dogmatik hat *ratione materiae* einen *Vermittlungsauftrag* zwischen Statik und Dynamik, der als solcher offen gehalten werden muss, um auf die *Anforderungen der Gegenwart* reagieren zu können:¹⁶

15 BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, Beschluss vom 24.03.2021, 157, 30 ff.

16 Nachweise bei SCHMIDT-ASSMANN, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, 4 f.

In den zurückliegenden 30 Jahren ist die dynamische Komponente stark in den Vordergrund gerückt worden. Vor allem die Grund- und Menschenrechte und das Verhältnismäßigkeitsprinzip haben eine große, alle Rechtsgebiete durchdringende innovative Kraft entfaltet. Das alles hat seinen guten Sinn, denn es geht in der Rechtsdogmatik nicht um die Zementierung von Traditionsbeständen, sondern mit Hasso Hofmann gesprochen »um Stabilität der Rechtsordnung bei gleichzeitiger Wahrung ihrer Flexibilität«. ¹⁷ Die Rechtsdogmatik der Gegenwart ist – wie ein Blick in die wissenschaftliche Literatur zeigt – flexibel, weit ausdifferenziert, vielgestaltig und bunt.

Im Blick auf künftige Entwicklungen spricht heute Einiges dafür, dass wir eher umgekehrt wieder mehr darauf sehen müssen, dass die *statische Komponente* nicht zu kurz kommt. Eine Überfülle europäischen und internationalen Rechts (völkerrechtliche Verträge und Verlautbarungen internationaler Gremien, »hartes« Recht und »soft law«) verlangen an allen Ecken und Enden der Rechtsordnung nach Berücksichtigung. Daraus entsteht die Gefahr, dass die Überschaubarkeit und die Vorhersehbarkeit von Rechtsentscheidungen auf der Strecke bleiben. In einer Zeit, in der Institutionen in anderen Bereichen der Gesellschaft (in Politik, Kirchen, Wirtschaftsverbänden und Medien) auf dem Rückzug sind, muss das Rechtssystem als Gegengewicht wieder mehr auf den Wert stabiler rechtlicher Formen und Verfahrensweisen setzen.

Ebenso wie in den anderen beiden Diskursen, geht es auch hier um das immer wieder notwendige *Beobachten* von Entwicklungen und *Austarieren* von Optionen. Mit beidem reagiert die Rechtsdogmatik auf gegenwärtige Herausforderungen im Bewusstsein der eigenen Leistungsfähigkeit und Leistungsgrenzen, indem sie sich – mit Klaus Tanner gesprochen – »reflexiv zu sich selbst und ihren Bedingungen« verhält. ¹⁸ Mit dieser Ausrichtung hat Dogmatik eine Daueraufgabe und damit – um meine Themenfrage zu beantworten – auch eine *Zukunft*.

17 HASSO HOFMANN, »Wissenschaftsgeschichtliche Aspekte des Rechtsdenkens: Acht Thesen zur Rechtsdogmatik, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsgeschichte, Kulturwissenschaft des Rechts und Rechtssoziologie«, in *Juristenzeitung* 74,6 (2019): 265–275.

18 TANNER, *Naturrecht*, 232.