

*Welche Rolle spielt Dogmatik in den einzelnen juristischen (Teil-)Disziplinen? Ist die Orientierung an Dogmatik einer weitergehenden Kontextualisierung der Rechtswissenschaft und der Heranführung an andere wissenschaftliche Disziplinen vorzuziehen? Und falls nicht: Kann es eine von der Dogmatik losgelöste und (die Teildisziplinen) übergreifende Theorie der Rechtswissenschaften überhaupt geben bzw. ist eine solche erstrebenswert?*

*Diesen gegenwärtig wieder stärker in den Vordergrund gerückten Fragen sollen sich in regelmäßiger Folge Beiträge von Vertretern der einzelnen juristischen Teildisziplinen widmen – in der Hoffnung, dies möge einen erneuerten und übergreifenden Blick auf ein Gemeinsames aller drei rechtswissenschaftlichen Zweige – Öffentliches Recht, Strafrecht und Zivilrecht – ermöglichen. Den Anfang macht eine öffentlich-rechtliche Perspektive, mit einem Beitrag von Jens Kersten.*

# Warum Dogmatik?

Jens Kersten\*

Dogmatik begreift das Recht anhand von normativen Leitsätzen. Sie wendet das positive Recht nicht unreflektiert an, sondern nach abstrakten Regeln und in systematischen Zusammenhängen. So werden beispielsweise die Grundrechte nicht schlicht als rechtlich garantierte Freiheiten in jedem Einzelfall unterschiedlich geprüft. Vielmehr werden sie im Hinblick auf Schutzbereich, Schranke und Schranken-Schranke gewürdigt, wobei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auf der letzten dieser drei Ebenen nach Zweck, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit differenziert und sich in seiner konkreten Kontur wiederum danach richtet, ob es sich um einen staatlichen Eingriff oder eine Grundrechtskollision unter Privaten handelt. Je nach Zählweise formuliert der vorstehende Satz zumindest vier dogmatische Leitsätze und drei systematische Schlüsse.

Dabei erfüllt dogmatisches Denken drei Funktionen: Es vermittelt erstens Sicherheit bei der Entscheidung jedes einzelnen Falles mit Blick auf die Lösung aller potentiell möglichen Fälle (Entscheidungsfunktion). Es erlaubt zweitens eine ständige Aktualisierung und Fortentwicklung der Rechtsordnung durch die dynamische Weiterentwicklung der dogmatischen Leitsätze und systematischen Bezüge (Entwicklungsfunktion). Und es ermöglicht drittens die wissenschaftliche Ausdifferenzierung eines abstrakten Normverständnisses, um die Rechtsordnung systematisch zu begreifen (Erkenntnisfunktion). Mit diesem funktionalen Dreiklang aus Rechtsentscheidung, Rechtsentwicklung und Rechtserkenntnis verbindet das dogmatische Denken Rechtspraxis und Rechtswissenschaft. Richter, Anwälte, Beamte und Wissenschaftler argumentieren – trotz ihrer wiederum sehr unterschiedlichen Funktionen im Rechtssystem – rechtsdogmatisch auf gleicher Augenhöhe. Diese Leistung von Rechtsdogmatik prägt unsere Rechts-

---

\*Prof. Dr. Jens Kersten ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften der Ludwig-Maximilians-Universität München.

kultur, die Theorie und Praxis integriert. Sie spiegelt sich in der zweistufigen Juristenausbildung an der Universität und im Referendariat.

In der aktuellen Methodendebatte sieht sich diese rechtskulturelle Leistung dogmatischen Denkens jedoch in Frage und zur Disposition gestellt: Dogmatik wird pejorativ auf die Falllösung reduziert, als repetitorenvermitteltes Bulimiewissen verspottet, als unreflektiertes Kommentar- und Lehrbuchniveau herabgesetzt und schließlich sogar als „verfassungswidrig“ angesehen: „Dogmatiker“ schwängen sich zum „eigentlichen“ Gesetzgeber auf und achteten damit den parlamentarischen Gesetzgeber nicht.

Nun lässt sich kaum leugnen, dass so manches Vorlesungsskript lieber weiterhin lehrbegleitendes Downloadangebot bleiben könnte, statt zum Lehrbuch stilisiert zu werden. Sicherlich wäre es auch wünschenswert, wenn mancher Gesetzeskommentar nicht allgemeine Ansichten dominieren ließe, sondern sich auch eine eigenständig begründete Meinung zutrauen würde. Doch diese Kritik lässt sich nicht verallgemeinern und sie trifft erst recht nicht die Rechtsdogmatik als solche, sondern eine Publikationskultur, die sich dem Instant Publishing verpflichtet fühlt.

Vielmehr gilt umgekehrt, dass eine gute Falllösung, ein gutes Lehrbuch, ein guter Kommentar, ja gute Rechtswissenschaft überhaupt nicht nur auf einer gekonnten dogmatischen Verbindung von Rechtspraxis und Rechtstheorie beruht, sondern diese dogmatische Verbindung äußerst voraussetzungsvoll ist: Nur wer rechtshistorisch, rechtstheoretisch bzw. rechtsvergleichend informiert ist, wird auch ein guter Rechtsdogmatiker sein, also normative Leitsätze reflektiert anwenden und zugleich auch kreativ weiterentwickeln. Mit anderen Worten: Die Grundlagen- und die „dogmatischen“ Fächer stehen nicht in einem – gerne so genüsslich wie existenzialistisch beschworenen – Konkurrenz-, sondern in einem sehr entspannten Ergänzungsverhältnis. Damit ist nicht gesagt, dass Juristinnen und Juristen die ganze Breite an rechtshistorischen, rechtstheoretischen und rechtsvergleichenden Grundlagenangeboten oder auch nur die ganze Breite eines Grundlagenfachs beherrschen müssten, um für eine kreative rechtsdogmatische Arbeit gewappnet zu sein. Dies ist schon kognitiv nicht möglich. Doch gerade die rechtswissenschaftliche Universitätsausbildung erhebt den Anspruch, die Studierenden für mehrere grundlagenorientierte Rechtszugänge zu interessieren, um auf diese Weise das rechtsdogmatische Verständnis rechtshistorisch, rechtstheoretisch oder rechtsvergleichend kontextualisieren zu können.

Diese Kontextualisierung rechtsdogmatischen Denkens prägt nicht nur die Lehre, sondern auch die Forschung: Die Kritik rechtsdogmatischen Denkens insinuiert, dass Dogmatik gleichförmig, ja uniform sei. Doch dies ist nicht der Fall. Es finden sich beispielsweise im Öffentlichen Recht gegenwärtig diskursive, historische, kulturalistische, narrative, ökonomische, prinzipiengeleitete, sprachkritische, systemtheoretische, strukturalistische und vergleichende Theorieansätze, die sich sehr unterschiedlich in der Rechtsdogmatik auswirken. So macht es – wiederum beispielhaft

– für das dogmatische Verständnis des bereits angesprochenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einen großen Unterschied, ob dieser auf der Grundlage eines prinzipientheoretischen Verständnisses im Sinn eines allgemeinen Optimierungsgebots gefasst oder in einer historisch-politischen Analyse nach Verwaltungs- und Verfassungsrecht sowie nach öffentlichem Eingriffs- und privatem Drittverhältnis dogmatisch differenziert konturiert wird.

Auf dieser rechtshistorischen, rechtstheoretischen und rechtsvergleichenden Kontextualisierung beruht nicht nur die Entscheidungs-, Entwicklungs- und Erkenntnisfunktion der Rechtsdogmatik, sondern auch der methodenkritische Diskurs über die Fächergrenzen des Zivil-, Straf- und Öffentlichen Rechts hinweg. Ob und inwieweit dieser fächerübergreifende Methodendialog gelingen kann, hängt nicht zuletzt vom gewählten Methodenansatz ab, mittels dessen der Brückenschlag zwischen den Fächerdogmatiken erfolgt: Er wird beispielsweise auf der Grundlage der ökonomischen Analyse oder der Systemtheorie einfacher als mit Hilfe demokratisch-diskursiver, vergleichender oder historischer Methodenangebote gelingen. Doch einerlei, welcher Methodenansatz gewählt wird: Ganz wesentlich ist, dass die rechtsdogmatischen Folgen, die ein kontextualisierender Analyseansatz in den einzelnen juristischen Fachsäulen zeitigt, nicht im intradisziplinären Diskurs weichgespült wird. Gerade in den unterschiedlichen Theorierezeptionen können sich die Eigenheiten der Fächer im Spannungsverhältnis von dogmatischer Rigidität und Flexibilität zeigen. Aus der Perspektive des Öffentlichen Rechts ist dies insbesondere im Hinblick auf den gesellschaftlichen Steuerungsanspruch des Rechts wesentlich, wenn es um den Regulatory oder Institutional Choice zwischen Zivil-, Straf- und Verwaltungsrecht oder hybriden Formen der Selbstregulierung geht.

Diese methodisch kontextualisierte Rechtsdogmatik ist auch nicht „verfassungswidrig“: Kein Richter oder Anwalt, kein Beamter oder Rechtswissenschaftler schwingt sich mittels Rechtsdogmatik dazu auf, den parlamentarischen Gesetzgeber aus seiner demokratisch legitimierten Funktion zu verdrängen. Ganz im Gegenteil trägt gerade die äußerst differenzierte „Dichte“ der Verfassungs- und der Verwaltungsrechtsdogmatik dazu bei, dem verfassungsrechtlichen Demokratiegebot gerecht zu werden: Auf der Ebene des Verfassungsrechts gilt ein „dogmatisches Abstandsgebot“, um den Gestaltungsanspruch des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu respektieren. Dies wirkt sich etwa in der Grundrechtsdogmatik aus, welche die parlamentarische Grundrechtskonkretisierung nicht überdeterminieren darf. Ein weiteres Beispiel bildet das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip, dessen zurückhaltende Anwendung sich in der dogmatischen Anerkennung von weiten Gestaltungsspielräumen und Einschätzungsprärogativen des Gesetzgebers niederschlägt. Demgegenüber ist die „dogmatische Dichte“ im Verwaltungsrecht gerade auch deshalb höher, um den legislativen Steuerungsanspruch gegenüber der Exekutive effektiv sicherzustellen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird hier – seinen dogmatischen Wurzeln im Polizeirecht entsprechend – am Maßstab der

gesetzgeberischen Zwecksetzung nach Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit mit einer im Vergleich zum Verfassungsrecht höheren Kontrolldichte überprüft.

Die These von der „Verfassungswidrigkeit“ der Rechtsdogmatik lässt sich wohl nur historisch nachvollziehen, wenn auch nicht erklären: In der Weimarer Staatsrechtslehre manifestierten sich antiparlamentarische Effekte in Theorieansätzen, die dem Gesetzgeber enge „dogmatisch“ begründete Grenzen setzen wollten. Der politische Gestaltungsanspruch des Deutschen Bundestags sieht sich zwar auch gegenwärtig stark eingeschränkt. Doch die Ursachen der aktuellen Entparlamentarisierungswelle liegen in einer dynamischen Exekutivlastigkeit der Politik im europäischen Mehrebenensystem, die auf einen zunehmend politisch passiven Bundestag trifft, der von dem Bundesverfassungsgericht immer wieder erneut auf seine politischen Gestaltungsrechte und parlamentarische Verantwortlichkeit hingewiesen werden muss. Parlamentarische Gestaltungsfreiheit wird also heute keineswegs durch Rechtsdogmatik gefährdet; auch deshalb erweist sich die These von der „verfassungswidrigen Dogmatik“ einmal mehr als ein Nachhutgefecht zum Weimarer Methoden- und Richtungsstreit – freilich als ein Scheingefecht, dem es an einem Gegner fehlt.

Warum wird dann aber gegenwärtig ein so vehementer Methodenstreit – teilweise in Form eines polemischen Häuserkampfes – um die Frage geführt: Warum Dogmatik? Es

geht vor allem um die wissenschaftliche Erkenntnisfunktion von Rechtsdogmatik. Hier wird teilweise eine „Verwissenschaftlichung“ der Rechtswissenschaft angestrebt, welche die tradierte wissenschaftliche Vermittlung von Rechtslehre und Rechtspraxis an den Juristischen Fakultäten ablösen soll: Nur so könne die Rechtswissenschaft zu einem rein akademischen Fach werden, wie dies bei allen anderen Geistes- und Sozialwissenschaften auch der Fall sei. Selbst wenn die Motive einer solchen „Ver(geistes)wissenschaftlichung“ der Rechtswissenschaft sicherlich wissenschaftlich idealistischster Natur sind, dürfte dieses Plädoyer für mehr „Wissenschaftlichkeit für Juristen“ vor allem in den Verwaltungsetagen der Neuen Wissensökonomie gerne gehört werden: Nach dem tradierten Verständnis der rechtswissenschaftlichen Vermittlung von Theorie und Praxis beruht das individuelle Standing von Forscherinnen und Forschern in erster Linie auf ihrem wissenschaftlichen Beitrag zu einer rechtshistorisch, rechtstheoretisch und rechtsvergleichend kontextualisierten Dogmatik. Demgegenüber werden in einer „ver(geistes)wissenschaftlichen Rechtswissenschaft“ vor allem Drittmittel und Rankings sowie DFG- und SFB-Kompatibilität zählen, welche für das wissenschaftliche Standing in einer dogmatisch fundierten Rechtswissenschaft irrelevant sind, die aber die wissenschaftliche Realität aller anderen Geistes- und Sozialwissenschaften prägen. Dies kann man wollen. – Oder eben nicht!