

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. In unserer dritten Ausgabe erwidert Volker Rieble mit seinen Thesen zu Dogmatik.

Methodische Rechtserkenntnis: Irgendwie und sowieso

Volker Rieble*

Wozu Dogmatik, Methodik und Systemdenken in der Rechtswissenschaft? Ist das nicht aufwendige Selbstbeschäftigung einer ohnehin zweifelbehafteten »Wissenschaft«? Läßt sich der Bedeutungsgehalt von Rechtssätzen nicht mit »gesundem Menschenverstand« ergründen? Sollte die denkerische Aufmerksamkeit und Energie nicht wichtigeren Fragen zugeführt werden?

Scheinstreit

In dieser Zeitschrift haben Jens Kersten und Oliver Lepsius scheinbar gegensätzliche Standpunkte eingenommen. Kersten spricht sich für eine »rechtshistorisch, rechtstheoretisch und rechtsvergleichend kontextualisierte[n] Dogmatik« aus (Kersten, Warum Dogmatik?, *rescriptum* 2012, S. 67 (68)). Lepsius fordert ein Maßhalten und kritisiert vor allem die ausufernde Begriffsverwendung. Zugleich sieht er in der herkömmlichen Dogmatik eine Methodenverengung, die andere »gleichberechtigte Zugänge« zur Rechtserkenntnis ausblende: »der entwicklungs-geschichtliche, der strukturelle und an den Kompetenzen der Rechtserzeuger orientierte, der prozessuale, der zweckmäßige, der gerechtigkeitsorientierte«, aber auch den »klassischen Alternativkanon [...]: der rechtshistorische, rechtsvergleichende, rechtssoziologische, rechtsphilosophische, rechtsökonomische, heute aber auch: der geschlechts- oder minderheitenorientierte, der literaturwissenschaftliche, der psychologische« (Lepsius, Maßhalten mit der Dogmatik im Recht, *rescriptum* 2013, S. 71 (76); mit Verweis auf die Kritik des Wissenschaftsrats: www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf [15.9.2013]). Mit seiner Hinwendung zur von der Dogmatik vernachlässigten Rechtspraxis greift er ein altbackenes Argument Kirchmanns auf. Lepsius fasst Dogmatik so eng, daß er sie leicht als verengt kritisieren kann. Jene Dogmatik der Nachkriegszeit ist lange überholt, so wie die Begriffsjurisprudenz, die von Ihering formuliert und selbst verworfen hat. Kersten verwendet ein deutlich (er)weiter(t)es Dogmatik-Konzept. Im Wirtschaftsrecht wird – ausgelöst durch das Kartellrecht und verfeinert im Regulierungsrecht – auf faktische Wirkungen von Wettbewerbsbeschränkungen und Marktmacht geachtet, aber eben auch auf die verhaltenslenkende Wirkung von Recht (Folgenabschätzung, ökonomische Analyse, behavioral law). Seit geraumer Zeit also wendet sich das Recht einer »funktionalen Methode« zu, die danach fragt, wie das Recht seine vergangenheitsbezogene Konfliktlösungsaufgabe

und seinen zukunftsorientierten Verhaltenssteuerungsauftrag möglichst wirksam erfüllen kann. Dabei werden selbst rechtssoziologische Fragen wie diejenige nach der »Akzeptanz des Rechts« bei den Normadressaten aufgearbeitet (Herzog, Festgabe 10 Jahre Gesellschaft für Rechtspolitik, 1984, 127).

Was aber ist und soll Dogmatik?

Über den Wert von Dogmatik ließe sich also erst sprechen, wenn man ein konkreteres Dogmatikverständnis hat – das es aber in der Rechtswissenschaft nicht geben kann. Lehrstühle für Dogmatik gibt es nicht (anders als in der katholischen und evangelischen Theologie; dort ist Dogmatik ein eigenständiges Lehrfach – der systematischen Theologie). Als Wissenschaft ist die Rechtswissenschaft methodisch offen, ist auf keinen Erkenntnisgewinnungskanon beschränkt, sondern entwicklungsfähig. Das gilt auch für übergeordnete Rechtsprinzipien (*pacta sunt servanda* und dergleichen), deren Wirkkraft nachlassen kann, etwa weil die Bindungswirkung von Verträgen durch Verbraucher- oder Arbeitnehmerschutz relativiert wird. Recht als Regelungsgehalt ist wandelbar und damit sind es notwendig auch die Prinzipien. In eben diesem Punkt trifft die Kirchmannsche Kritik aus 1847 bis heute zu (Von der Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft). Anders als die göttliche Offenbarung ist das weltliche Recht Menschenwerk ohne Ewigkeitsanspruch. Eine dogmatische Sichtung »ewiger Rechtsprinzipien« müsste sich schon die Frage stellen, ob Menschen sich selbst und ihre Nachkommen mit Unveränderlichkeitsanspruch binden können. Das ist nur durch Behauptung eines »übermenschlichen« Rechtsgeltungsgrundes (Naturrechtslehre oder göttliches Recht) denkbar. Als Menschenwerk ist Recht notwendig »soziale Konstruktion«, also von wechselseitiger Verständigung über das als geltend gewollte Regelwerk abhängig – das unterscheidet die Rechts- von den Naturwissenschaften (allgemein Berger, Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit: Eine Theorie der Wissenssoziologie, 1966).

Die materiellen Rechtsprinzipien, also die Dogmata oder Dogmen, sind notwendig veränderlich, auch wenn sie – weil sie sich auf das Prinzipielle beschränken – haltbarer sind als Einzelnormen. So ist der Grundsatz »keine Haftung ohne Verschulden« durch Garantiehafte durchlöchert und inzwischen durch die so europarechtliche wie rücksichtslose *effet-utile*-Doktrin punktuell entleert (etwa in § 15 Abs. 2 AGG: verschuldensunabhängige Entschädigung als Sanktion). Der schadensrechtliche Gedanke der Totalreparation gilt im Arbeitsrecht gar nicht mehr; selbst der vorsätzlich schädigende Arbeitnehmer haftet unbegrenzt nur für den Schaden, den sein Vorsatz umfasst.

Das Wort Dogmatik ist anders als in anderen Fächern nicht mit prinzipiellem Beharrungsvermögen oder gar solchem Starrsinn gleichzusetzen. Selbstredend gibt es (auch) in der Rechtswissenschaft Schulen, die bestimmte Lehrmeinungen mit tiefer Überzeugung vertreten und mitunter monstranzartig vor sich her tragen. So hat Flume eine individualistische Rechtsbindungslehre entwickelt, die dem Vertrauensaspekt wenig Raum lässt. Darüber mag man und kann man streiten. Auch wenn manche Prinzipien zur herrschenden Meinung oder Lehre oder noch besser: Lehrmeinung geronnen sind, sitzen sie nicht ewig auf diesem Thron, sondern können gestürzt oder erodiert werden (dazu Thomas Kuhn, Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, 1967 für naturwissenschaftliche Paradigmenwechsel). »Dogmatismus« zur sturen Kritikablehnung und Gesprächsverweigerung gibt es auch, kann aber im wissenschaftlichen Sprachgebrauch nicht gemeint sein. Keinen Deut besser ist das Verständnis von Dogmatik als weltabgewandter und praxisferner Elfenbeinturmwissenschaft: Rechtswissenschaft deutet Rechtsregeln im prallen Rechtsleben. Dogmatik dient der Erkenntnis für eben diese Lebenswirklichkeit. »Lebensfremd« sind nicht einmal Rechtstheorie und Rechtsphilosophie.

Besser und offener umschreibt man das Gemeinte mit »prinzipienbasierter« Rechtsgewinnung, die »die Rechtsordnung« als Einheit sieht und mit den Prinzipien nach übergeordneten Leitregeln sucht. Eben weil diese Prinzipien helfen

können, das geltende Recht widerspruchsfrei zu verstehen, Lücken zu schließen und Auslegungsfragen zu beantworten. Auch können Rechtsprinzipien der Rechtspolitik wesentliche Hinweise geben und die Richterrechtsschöpfung strukturieren, also vom bloßen Wollen zu strukturierter Erkenntnis leiten.

Wenig bedacht: Prinzipienleitung als »Schleier des Nichtwissens«

Recht soll gelten ohne Ansehung der Person, gleich ob die Partei nun König oder Müller ist, Arbeitnehmer, Kleinunternehmer oder Großunternehmen, reich oder arm (wenn nicht gerade die Norm an einen persönlichen Status anknüpft). Deswegen trägt Justitia eine Augenbinde: Sie entscheidet grundsätzlich ohne Ansehung der Person. Verallgemeinert gilt: Die Norm soll ohne Ansehung des konkreten Sachverhalts und also ohne emotionale Nähe und Befangenheit zu einer Partei verstanden und angewandt werden. Dieses Abstraktionsgebot findet sich im kategorischen Imperativ und hat es über die Gerechtigkeitslehre von Rawls sogar zum Verfassungsgebot für ein Maßstäbengesetz gebracht (BVerfGE 101, 158). Dieser Schleier des Nichtwissens beim Normverständnis lässt sich durch Orientierung an abstrakten Prinzipien, vor allem aber durch abstrakte Erkenntnismethoden sichern.

Es kommt also weniger auf die Dogmatik, als auf die Methodik an: Das methodisch-abstrakte Vorgehen soll zu jener unparteiischen und unbefangenen Rechtserkenntnis führen, die Rechtssätze ohne Ansehung der Person und einer Zuneigung oder Abneigung erzeugt, konkretisiert und anwendet. Zugleich wird so der intellektuelle und rationale Zugang zu den Rechtsfragen sichergestellt und vermieden, dass eine vorschnell-intuitive Wertung des Rechtsgefühls greift und ein »Gefühlsrecht« produziert wird. Insofern darf auf die psychologische Kognitionsforschung und ihre Unterscheidung des intuitiven Entscheidungssystems 1 und des rationalen Systems 2 verwiesen werden (instruktiv Kahneman, Schnelles Denken, langsames Denken [2012]; dort findet sich S. 60 f ein hübscher Beleg für den Einfluss auf richterliche Entscheidungen).

Das funktioniert nicht immer. Lassen Gerichte die Methodenehrlichkeit außer Betracht, so verfallen sie mitunter in die Rolle des politischen Intervenienten, gelegentlich ruft sogar enthemmte oder unbedachte Wissenschaft hierzu auf.

Zwei harmlosere Beispiele: Der BGH hat vor kurzem entschieden, dass der Wohnungsmieter, für den das Sozialamt die Miete zahlt, nicht gekündigt werden kann, wenn eben dieses Sozialamt jeden Monat unpünktlich zahlt. Das mag man als Ergebnis für sinnvoll erachten; die vom Achten Zivilsenat gegebene Begründung ist indes eine »dogmatische Katastrophe« und beschädigt das Zivilrechtssystem. Das Sozialamt handele öffentlich-rechtlich und sei deshalb nicht Erfüllungsgehilfe des Mieters, seine Säumnis diesem also nicht nach § 278 BGB zurechenbar (BGH NJW 2009, 3781; zur Diskussion Rieble, NJW 2010, 816 und Wiek WuM 2010, 204). Das ist methodisch gleich doppelt falsch: Erstens kommt es für die Erfüllungsgehilfenschaft nicht darauf an, wie das Handeln des Dritten im Verhältnis zum Schuldner rechtlich einzuordnen ist: Für die Fehlverhaltenszurechnung genügt im Verhältnis zum Gläubiger, daß der Schuldner den Dritten in die Erfüllung eingeschaltet hat. Aus eigenem Antrieb, also ohne Antrag und Kontobenennung zahlt kein Sozialamt die Miete an den Vermieter. Zweitens: Hier geht es um ein Unterlassen (rechtzeitiger Zahlung). Dessen Zurechnung ist irrelevant, weil der Schuldner notwendig selbst zur rechtzeitigen Zahlung verpflichtet bleibt, ihm also die eigene Pflichtverletzung zur Last fällt. Das Entlastungsziel des BGH hätte man also nur auf anderem Weg »kunstgerecht« erreichen können: durch modifizierenden Zugriff auf die Unzumutbarkeit des § 543 BGB. Dort aber hätte das Gericht dann unter Gleichheitsaspekten klären müssen, weshalb ein unpünktlich zahlendes Sozialamt dem Vermieter zumutbar, der unpünktlich selbstzahlende Mieter (der etwa seinerseits vom Arbeitgeber unpünktlich bezahlt wird) hingegen nicht.

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat mit seiner 15. Kammer die nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz eigentlich erlaubte, früher sogar pri-

vilegierte Konzernüberlassung als »institutionellen Rechtsmissbrauch« gewertet und in der Rechtsfolge ein Arbeitsverhältnis zum Einsatzunternehmen angeordnet – jenseits des Rechtsfolgensystems des AÜG (ZIP 2013, 840, nicht rechtskräftig, Revision: 9 AZR 268/13). Den normativen Kern seiner Missbrauchswertung legt das Gericht nicht offen, sagt also nicht, worin der konkrete Gestaltungsmissbrauch liegt, weshalb Konzernpersonalführungsgesellschaften »am Markt« auftreten müssten. Argumente zur Tarifflicht liegen von vornherein neben der Sache, weil Vergütungsfragen schon wegen der Entgeltgleichstellung nur zur gesetzlichen Vergütungsanhebung, nie aber zu einem verordneten gesetzlichen Arbeitsverhältnis führen können. Dem Richter genügt für seine soziale Intervention, dass ihm das wirtschaftliche Verhalten nicht gefällt. § 242 BGB wird zur Gesetzeskorrektur nach Richtergeschmack genutzt. Erstaunlicherweise rekurriert er auf einen Sonderfall »unionsrechtlich gebotene(r) Missbrauchskontrolle« (BAG, NZA 2012, 1351), obschon die Leiharbeitsrichtlinie nichts gegen die (vorübergehende) Konzernüberlassung einwendet.

Keine Kadijustiz

Das heißt in beiden Fällen nicht, daß die Entscheidungen im Ergebnis nicht ebenso ausfallen könnten. Doch zeigen die methodischen oder »dogmatischen« Missgriffe der Gerichte, worin der Wert der methodischen Rechtsfindung mit ihrer Suche nach abstrakten Prinzipien (Dogmen) liegt: Erstens und vor allem dient dies der Selbstdisziplinierung des entscheidenden Richters, der die Parteien nicht mit seiner subjektiven Wertung, seiner rechtlichen Intuition, seiner sozialpolitischen Meinung oder auch seinen fragwürdigen Vorurteilen beglücken soll. »Kadi-Justiz« darf im demokratischen und gewaltenteiligen Rechtsstaat nicht sein: Dort entscheidet der charismatische Richter nach persönlichen Vorstellungen, ausgerichtet am Gerechtigkeitsgefüge des Einzelfalls und an seiner Bewertung der streitenden Personen in ihrer Individualität – Gleichheit vor dem Richter kann es nicht geben, mithin auch keinen Instanzenzug (instruktiv: Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage 1999, § 3 Rn 37 ff mwN; zur realen Qadi-Justiz Irene Schneider in Scholler/Tellenbach, Position und Aufgaben des Richters nach westlichem und nach islamischem Recht [2007] S. 55 ff).

Zweitens: Nur durch Abstrahierung von den handelnden Personen und vom entscheidenden Richter können Rechtsregeln (wissenschaftlich) diskutiert werden. Das bloß subjektive Fürrichtighalten ist nicht diskussionsfähig. Augenscheinlich wird das an jenen individuellen Bemessungsfragen (Schadensquoten, Mitverschulden, Höhe immaterieller Entschädigung, Strafzumessung), die niemals Gegenstand einer Klausur sein können, weil über sie nur konkret-individuell gesprochen werden kann, weil sie dem Tatrichterermessen überantwortet sind und die wenigen abstrakten Meta-Regeln (etwa zur Strafzumessung) wenig Erkenntnisgewinn versprechen. Methodik und Dogmatik machen also Recht und Rechtswissenschaft überhaupt erst diskursfähig.

Eben deshalb ist die von Lepsius geforderte Multi-Methoden-Rechtswissenschaft, die alles und jedes als Erkenntnismethode gelten läßt, ihrerseits zu kritisieren: Sie führt in die Beliebigkeit, weil jeder frei entscheidet wie er mag und sodann dasjenige methodische Argument heraussucht, das sein beliebiges und personalisiertes »Urteil« stützt. In einem auf Richterempfinden ausgerichteten System bräuchte man kein universitäres Studium, ja nicht einmal Juristen. Dort genügte ein Grundkurs »Recht mit den Betroffenen fühlen – empathische Rechtsfindung in komplexen Systemen«, gehalten von Margot Käßmann.

PS: »Irgendwie und sowieso« taugt nicht bloß als Motto für den Beliebigkeits-Richter. Vor allem ist das eine hinreißende Serie des BR, die den autoritätsleugnenden bayerischen Hang zur Anarchie feiert.