

Peter A. Windel

OMG – German Legal Dogmatics!

Beiträge zum Internationalen Rechtsdialog



Nomos

Bochumer Juristische Studien zum Zivilrecht

herausgegeben von

Prof. Dr. iur. Markus Fehrenbach

Prof. Dr. iur. Matteo Fornasier

Prof. Dr. iur. Jacob Jousen

Prof. Dr. iur. Arndt Kiehle

Prof. Dr. iur. Fabian Klinck

Prof. Dr. iur. Andrea Lohse

Prof. Dr. iur. Karl Riesenhuber

Jun.-Prof. Dr. iur. Frank Rosenkranz

Prof. Dr. iur. Renate Schaub

Prof. Dr. iur. Katharina Uffmann

Prof. Dr. iur. utr. Peter A. Windel

Prof. Dr. iur. Martin Zimmermann

Band 8

Peter A. Windel

OMG – German Legal Dogmatics!

Beiträge zum Internationalen Rechtsdialog



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7812-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-2215-5 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für Eva

Vorwort

Der internationale Rechtsdialog lebt von persönlichen Begegnungen. Es ist eine Ironie des Schicksals, dass ausgerechnet die COVID-19-Pandemie, die dies seit nun schon geraumer Zeit verhindert, die Gelegenheit geboten hat, diejenigen meiner Vorträge auch hierzulande zugänglich zu machen, die bisher nur in Übersetzungen veröffentlicht waren. Dazu haben mich meine Mitherausgeber dieser Schriftenreihe vielleicht nicht zuletzt deshalb ermuntert, weil so wahrscheinlich am besten gezeigt werden kann, welche allzu oft unterschätzte Bedeutung unserer Rechtsdogmatik im internationalen rechtswissenschaftlichen Diskurs nach wie vor zukommt. Ich hoffe sehr, dass wir uns künftig wieder in das Getümmel des Marktes globaler Rechtskonzepte werden stürzen können, um die Früchte unserer langen zivilistischen Tradition auszurufen. Denn beim persönlichen Austausch erfährt man mit Sicherheit ebenso viel von fremden Rechten, wie man kritische Distanz zu eigenen, vermeintlich unverrückbaren Vorstellungen entwickelt; ich jedenfalls habe immer gut dazugelernt, wenn ich in der Fremde Fragen zum deutschen Recht beantworten sollte.

Alle hier zusammengestellten deutschen Basaltexte wurden für die jeweilige Hörerschaft in detaillierter Abstimmung sorgfältig übersetzt oder – wohl treffender – interpretiert. Dieses Verfahren mag umständlich und unzeitgemäß erscheinen. Ich halte es für den rechtswissenschaftlichen Austausch aber nach wie vor für gewinnbringender als das Unternehmen, unser Recht in englischer Sprache darzustellen: Deren Rechtsterminologie scheint mit unserer Systematik auf absehbare Zeit nicht kompatibel. Deshalb, und nicht etwa, weil ich mich zu deutsch fühlte oder scheute, mit fremder Zunge zu sprechen, halte ich meine Vorträge und meine Lehrveranstaltungen im Ausland nur ausnahmsweise auf Englisch, und deshalb ermutige ich alle meine Gäste und Schüler, es hier in Bochum tunlichst auf Deutsch zu wagen: Je mehr man angloamerikanische Rechtsterminologie verinnerlicht, desto weiter entfernt man sich vom deutschen Recht – je mehr man an der deutschen Systematik festhält, desto ungelenker drückt man sich auf Englisch aus.

Ich habe bewusst darauf verzichtet, die einzelnen Beiträge zu aktualisieren. Dies nicht nur, weil ich sonst an des Flusses Ufern gleich jenem Toren hätte warten müssen, bis die Wasser abgeflossen, die doch ewig fließen,

sondern vor allem deshalb, weil meine Stellungnahmen jeweils in ganz spezifischen Kontexten standen: Die meisten Berichte für die Volksrepublik China sind im Zuge der Gesetzgebungsarbeiten zum dortigen Zivilgesetzbuch zu sehen, das am 28. Mai 2020 verabschiedet wurde und zum 1. Januar 2021 in Kraft treten wird, eine Reform des Zivilprozessrechts steht dort noch an; die Vorträge auf Taiwan dienten der dort derzeit noch nicht abgeschlossenen Schuldrechtsmodernisierung sowie einigen kleineren Novellen des Gerichtsverfassungs- und Prozessrechts, die teils erfolgt, teils noch in der Diskussion sind; der erste Teil der großen Novelle des japanischen Zivilgesetzes, den ich teilnehmend begleiten durfte, ist zum 1. April 2020 in Kraft getreten; der europäische Restrukturierungsrahmen schließlich, dessen Planungsphase Kollegen aus Tours mit mir diskutiert haben, wird mittlerweile schon durch die nationalen Gesetzgeber umgesetzt. All diese genetischen Bezüge wären bei einer Aktualisierung verloren gegangen.

Ich schulde vielfältigen Dank, nämlich meinen Gastgebern und Interpreten im Ausland, den Gästen des Kolloquiums *International Legal Dialogue* hier an der Ruhr-Universität, das sie als ausländische Kollegen, Doktoranden oder Masterstudenten in den letzten Jahren bereichert haben, sowie dem Verlag für das Entgegenkommen hinsichtlich der Veröffentlichung. Vor allem aber bin ich meinem Lehrmeister *Ludwig Häsemeyer* für immer verbunden, der mir den Weg zur Rechtsdogmatik nicht nur gewiesen, sondern auch geebnet hat. Um sein Andenken zu bewahren, rundet sein bisher unveröffentlichter Vortrag zur *Bedeutung der Rechtsdogmatik* diesen Band posthum ab.

Bochum, im September 2020

Peter A. Windel

Inhaltsverzeichnis

OMG – German Legal Dogmatics! Was nützt deutsche Rechtsdogmatik?	11
Deutsche Kommentarkultur – ein Beispiel für China?	31
Symposium zum Allgemeinen Teil des BGB bei der Rechtsarbeitskommission des Ständigen Komitees des Nationalen Volkskongresses der VR China am 14. und 15. April 2016 in Peking	53
Die rechtliche Behandlung von Willensmängeln	97
Allgemeines Schuldrecht im System des Zivilrechts	129
Haftung aus Vertrag und aus Delikt	141
Die Rechtsbehelfe bei verspäteter Leistung nach deutschem BGB – modernes oder marodes Schuldrecht?	157
Mehrheiten von Schuldern und Gläubigern	177
Brauchen wir ein Handelsgesetzbuch?	193
Beweislast im Zivilprozess	209
Die Ermittlung von Gewohnheitsrecht und Observanzen im Zivilrechtsstreit	233
Un droit des faillites franco-allemand 2024?	249
Ein deutsch-französisches Insolvenzrecht 2024?	257
Die Bedeutung der Rechtsdogmatik (Ludwig Häsemeyer)	265
Weitere Beiträge zum Internationalen Rechtsdialog	283

OMG – German Legal Dogmatics! Was nützt deutsche Rechtsdogmatik?*

I.	Was ist Rechtsdogmatik?	12
1.	Versuch einer Umschreibung	13
2.	Typisch deutsch?	14
II.	Wo steht die Rechtsdogmatik?	16
1.	Rechtsdogmatik und Recht	16
2.	Rechtsdogmatik, Nachbarwissenschaften und Grundlagenfächer	17
a)	Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie	18
b)	Rechtsdogmatik und Methodenlehre	19
3.	Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis	21
III.	Wie erscheint Rechtsdogmatik?	21
1.	Teilrechtsdogmatiken	21
2.	Qualitätsstufen und Stilfragen	23
IV.	Was verheißt Rechtsdogmatik?	24
1.	Rechtsentfaltung	24
2.	Systementwicklung	25
3.	Entlastung und Erleichterung	26
4.	Selbstreflexion	27
V.	Was verlangt Rechtsdogmatik?	28
VI.	Literaturverzeichnis	29

* 《天啊，德国的法释义学！—德国法释义学有何之用》(OMG, German Legal Dogmatics! Was nützt deutsche Rechtsdogmatik?), 载《月旦法学杂》(Taiwan Law Review) Nr. 288, 05/2019, S. 154–176, übersetzt von Ass. Prof. Dr. Sung-Mao Huang.

In Deutschland werde ich oft gefragt, was ich auf Taiwan eigentlich mache. Wenn ich antworte, dass ich verschiedene Vorträge und Vorlesungen zum deutschen Recht halte, will man sofort wissen, ob ich dabei einen rechtsvergleichenden Ansatz verfolge. Meine etwas verlegene Antwort ist dann: Nein, ich behandle meine Themen „rechtsdogmatisch“. Diese Antwort löst viele Folgefragen aus. Denn der Wert der Rechtsdogmatik wird bei uns in Deutschland heftig diskutiert.

Neben Zweifeln daran, ob Rechtsdogmatik für die deutsche Rechtswissenschaft selbst das Richtige ist, wird vor allem auch darüber nachgedacht, ob sie die Internationalisierung des deutschen Rechts nicht eher behindert. Wenn Sie beim Vortrag eines deutschen Kollegen schon einmal einen Stoßseufzer gehört, wenn nicht selbst ausgestoßen haben sollten, wissen Sie, was ich meine: “O my God! German Dogmatism!” Dies alles sollte Grund genug sein, einmal von einer Metaebene aus den Nutzen deutscher Rechtsdogmatik zu hinterfragen.

I. Was ist Rechtsdogmatik?

Meine Fakultät hat vor einiger Zeit eine Erklärung zur Juristenausbildung und deren Reform verabschiedet.¹ In deren 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 in Deutschland sehr verbreitete Unsicherheit wider.⁴

1 Professorium der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum, Erklärung zur Reform der Juristenausbildung, ZDRW 2017, 90 ff.

2 A. a. O., B. II, 1. Spiegelstrich (92), war schon vorhanden.

3 Jetzt findet sich eine Passage a. a. O., A. (91 oben). Der Absatz 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?, S. 17, 22–26; speziell zu den Konzepten von Wieacker und Behrends *Zaczyk*, FS Küper, S. 723, 726 f.

1. Versuch einer Umschreibung

Ein *Dogma* ist eigentlich nur ein Lehrsatz. Lehrsätze sind notwendig, wenn man jemandem etwas beibringen will, weil sie Erkenntnis in einzelnen Sätzen konkretisieren.⁵ Dies gilt zunächst vom Kochen, vom Autofahren, vom Lesen und Schreiben sowie vom Recht gleichermaßen. Ein *Beispiel*: Dim Sum werden im Bambuskorbchen gedämpft. Dabei dürfen sie nicht in Kontakt mit der Flüssigkeit kommen.

Lehre ist schwierig. Lehre sollte sich *einerseits* nicht allzu sehr von vermeintlich unverrückbaren Vorgaben leiten lassen, und sie sollte sich *andererseits* auch nicht zu sehr auf sich selbst beziehen. *Im ersten Falle* entsteht *Dogmatismus*,⁶ wie er von der europäischen Aufklärung an der älteren Theologie, aber auch an der damaligen Jurisprudenz kritisiert wurde. *Dogmatismus*⁷ 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).

Im zweiten Falle, dem übersteigerten Selbstbezug, wird das Dogma zur Doktrin und Dogmatik zum *Doktrinarismus*, weil an einmal formulierten Lehrsätzen um ihrer selbst willen und *ohne Wirklichkeitsbezug* festgehalten wird. Am schlimmsten wird es, wenn beide Fehlerquellen zusammenfließen und nur noch ein erstarrtes Lehrgebäude zur Rechtfertigung höherer Autoritäten ständig wiederholt wird.

Rechtsdogmatik muss Dogmatismus ebenso wie Doktrinarismus vermeiden. Selbst wenn dies gelingt, bleibt speziell für Lehrsätze, die über das Recht aufgestellt werden, ein weiteres grundlegendes Problem:⁸ Dogmata werden ja *über* den zu vermittelnden Gegenstand aufgestellt, sie sind mit dem Gegenstand also *nicht identisch*. Was also berechtigt uns, Recht durch *außergesetzliche Sätze* (und Begriffe) auszudrücken? Und weiter: Warum gibt es eigentlich ein so großes quantitatives Missverhältnis zwischen dem positiven Recht und seiner Dogmatik? Um das Problem zu erkennen, vergleiche man nur das Verhältnis von Gesetzestext und Kommentierungen.

5 Zaczyk, FS Küper, S. 723, 729.

6 Dazu Zaczyk, FS Küper, S. 723, 724 f. 726 f.; Frisch, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 169 f.

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

8 Vgl. Wieacker, FS Gadamer Bd. II, S. 311.

Kurz: Warum ist ein juristischer Großkommentar so viel dicker und so anders als etwa ein Kochbuch?

Hierfür gewinnt die historische Entwicklung⁹ der Rechtsdogmatik Bedeutung, für die die in Europa außerordentlich komplex ausgearbeitete *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 dahinter stehenden Prinzipien),¹⁵ ja lässt sie sich als „Inbegriff der Rechtssätze“ bezeichnen, „nach denen juristische Entscheidungen gefällt werden müssen.“¹⁶

2. Typisch deutsch?

Man kann wohl behaupten, dass „moderne“¹⁷ Rechtskulturen ohne rationale Befassung mit der (systematischen) Zuordnung von Einzelfällen zum Recht als Entscheidungsgrundlage nicht auskommen.¹⁸ Ob man dies „Rechtsdog-

9 Knapper Überblick bei *Waldhoff*, in: *Was weiß Dogmatik?*, S. 17, 28 ff.; speziell zur Entwicklung bei und seit *Savigny Bumke*, *Rechtsdogmatik*, bes. S. 16 ff.

10 *Häsemeyer*, *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik*, 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, S. 181, 182.

13 So *Honsell*, ZfPW 2015, 1.

14 *Riesenhuber*, FS Canaris, S. 181, 182 (Hervorhebung nicht im Original).

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

16 *Häsemeyer*, 6.

17 Archaische Rechtskulturen rekurren demgegenüber auf außerwirkliche Mächte, Gottheiten, Offenbarungen und Weisungen oder weltliche Autoritäten, auch solche mit arbiträrer Funktion: *Wieacker*, FS Gadamer Bd. II, S. 311, 317.

18 Vgl. *Stürner*, ZfP 127 (2014), 271, 275 f.

matik“ 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 Rechtsstaat¹⁹ und eine funktionsfähige *rule of law* sind ohne „Rechtsdogmatik“ vollends undenkbar.

Was also ist der deutsche Sonderweg, mit dem wir uns vermeintlich vom internationalen Wissenschaftsdiskurs abgrenzen,²⁰ was macht Rechtsdogmatik zum „nicht übersetzbaren Begriff“?²¹ Es kann nicht (mehr) daran liegen, dass die Jurisprudenz gemeinsam mit ihrem Geschwisterkind, der Theologie, aufgewachsen ist. Denn längst ist die Rechtsdogmatik säkularisiert²² bis hin zur Dogmatik des Staats der Glaubensfreiheit; unsere Rechtsdogmatik ist auch entpolitisiert, soweit dies eben möglich ist,²³ und gerade dadurch flexibel.²⁴ Zugegeben, vielleicht sind wir manchmal doktrinär. Aber das lässt sich mit einem Lächeln und vor allem dadurch ausräumen, dass man anderen zuhört.

Die Eigenart deutscher Dogmatik liegt demgegenüber im Grad der Verdichtung; man kann geradezu von einer „Zwischenschicht“²⁵ 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,²⁶ aber allgemein wirksamer „Dogmatik“ geprägt.²⁷ 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.²⁸

19 *Württemberg*, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 3, 5.

20 So die Fundamentalkritik von *Lepsius*, in: Was weiß Dogmatik? S. 39, 46–48.

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

22 *Häsemeyer*, 6.

23 Zu den Grenzen *Bumke*, Rechtsdogmatik, S. 221.

24 Dies konzediert auch *Bumke*, Rechtsdogmatik, S. 223 f.; näher unten II.2.a.

25 Anschaulich *Stürner*, ZJP 127 (2014), 271, 276 f.

26 *Wieacker*, FS Gadamer Bd. II, S. 311, 314.

27 *Honsell*, ZFPW 2015, 1.

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

Zum Zweiten fehlten in Deutschland bis zur Gründung des zweiten Reiches im Jahre 1871 sowohl eine zentrale Gesetzgebung wie ein einheitliches, gemeinsames Höchstgericht,²⁹ sodass weder einheitliches kodifiziertes Recht noch einheitliches Fallrecht entstehen konnte.

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.³⁰

Zum Vierten wirkten Rechtswissenschaftler und Praktiker bei den großen deutschen Kodifikationsarbeiten³¹ 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.

Sei es trotz oder wegen dieser Eigentümlichkeiten, offenbar erliegt auch der schärfste Kritiker dem „Faszinosum von Dogmatik“.³² Das Interesse des Auslandes an der deutschen Rechtswissenschaft entzündet sich gerade an unserer dogmatischen Ausdifferenzierung.³³ Für *Mainland China* habe ich das schriftlich,³⁴ und für *Taiwan* erschließe ich es daraus, dass ich hierher immer wieder eingeladen werde. Damit haben wir Grund genug, uns des *Faszinosums* näher anzunehmen.

II. Wo steht die Rechtsdogmatik?

1. Rechtsdogmatik und Recht

Referenzpunkt, ja – wenn man so will – oberste Autorität der Rechtsdogmatik ist das geltende, und zwar das *jeweils* geltende Recht. Ihm ist Rechtsdogmatik verpflichtet, genauer: Es ist ihr Gegenstand. Das bedeutet nun aber nicht, dass ein „Federstrich des Gesetzgebers“ eine bestimmte (Teil-)

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

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

31 Auf die Bedeutung der Rechtsdogmatik für Kodifikationen hat *Frisch*, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 169, 186, zutreffend hingewiesen.

32 *Lepsius*, in: Was weiß Dogmatik? S. 39, 46.

33 *Waldhoff*, in: Was weiß Dogmatik? S. 17, 37.

34 *Bu*, JZ 2016, 382, 385 ff., zuseh. 389 f.

Dogmatik zur Makulatur³⁵ machen könnte oder dass umgekehrt „Rechtswissenschaft“ (wohl gemeint als die Community derjenigen, die rechtswissenschaftlich tätig sind) keiner Dogmatik bedürfe, weil sie sich diese selbst schaffe.³⁶ Vielmehr ist schon der Federstrich in seiner Bedeutung nur erfassbar, wenn man ihn rational, d. h. aber: dogmatisch einordnen kann;³⁷ eine Sekunde nach der Reform bedarf es ohnehin einer *veränderten, kaum einmal einer* von Grund auf *neuen Dogmatik*; wie im Leben wäre es auch in der Jurisprudenz naiv zu glauben, immer wieder ganz von neuem beginnen zu können. Vielmehr baut Dogmatik auf gewachsener Erkenntnis,³⁸ auf der Arbeit von Generationen auf,³⁹ und entwickelt sich von dort aus unter den jeweiligen gesetzlichen, sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen weiter.

2. Rechtsdogmatik, Nachbarwissenschaften und Grundlagenfächer

Rechtsdogmatik ist eine durchweg *praktische Wissenschaft*.⁴⁰ 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.⁴¹ Wenn man das für „schlimm“⁴² hält, mag man eine Parallele zur für andere Disziplinen gebräuchlichen Unterscheidung zwischen Grundlagenforschung und angewandter Forschung ziehen.⁴³ Mehr als eine Sprachregelung dürfte damit aber nicht zu gewinnen sein, weil die Dinge komplexer liegen. Das soll an zwei Grundfragen zu zeigen versucht werden.

35 So aber von *Kirchmann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, S. 23.

36 So aber *Hassemer*, in: Was weiß Dogmatik? S. 3, 10 f.

37 *Häsemeyer*, 18; klarstellend zur Relativität der Rechtswissenschaft auch *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 9 ff.

38 Diese Formulierung verdanke ich Frau Kollegin *Eva-Maria Seng* von der Universität Paderborn.

39 *Würtenberger*, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 3, 7.

40 *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 8 f.

41 *Lepsius*, in: Was weiß Dogmatik? S. 39, 46 f.; 48 ff.

42 Verneinend *Waldhoff*, in: Was weiß Dogmatik? S. 17, 35 f.

43 So *Würtenberger*, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 3 f., 13 f.

a) Rechtsdogmatik und Rechtsphilosophie

Vom Standpunkt der Rechtsphilosophie aus mag die Rechtsdogmatik geradezu als bis ins Detail ausdifferenzierter Beitrag zur Verwirklichung gerechten Rechts⁴⁴ und (gemeinsam mit dem Recht) als *Teil der praktischen Philosophie* erscheinen.⁴⁵ Diese Umarmung des Philosophen muss den Juristen nicht gleich erdrücken. Versteht man den philosophischen Rechtsbegriff nämlich formal als „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann,“⁴⁶ so bleibt dem Gesetzgeber wie dem Dogmatiker genügend eigener Spielraum zur Ausgestaltung der Einzelfragen.

Sind aber auch interkulturelle Diskrepanzen mit diesem formalen philosophischen Ansatz überwindbar? Dies darzutun und damit den universellen Anspruch des ethischen Personalismus zu untermauern, ist das Ziel besagten rechtsphilosophischen Ansatzes.⁴⁷

Wir können wohl unterstellen, das westliche Denken unterliege (eher) dem Blickwinkel des Einzelnen, das östliche dagegen (eher) dem der Gemeinschaft. Nehmen wir weiter zur Kenntnis, dass es auch in der okzidentalen Tradition graduelle Abstufungen unter den einzelnen Modellen gibt. Dann würden wir kaum annehmen, dass vom Wissen, sich als Einzelner zu begreifen,⁴⁸ also von einem (vordergründig) extrem individualistischen Standpunkt aus, ein universeller Anspruch einer westlichen Philosophie begründet werden könnte. Weil dieses Wissen, sich als Einzelner zu begreifen, aber nur durch ein Beziehungsverhältnis zu anderen möglich sei,⁴⁹ wie – anders gesehen – in jedem Weltverhältnis ein Selbstverhältnis liege,⁵⁰ entstehe ein Wechselverhältnis als Verbindung des Selbst zu (s)einer geistigen Kultur.⁵¹ Daraus folge weiter, Autonomie könne mit dem – westlichen – Schwergewicht auf Selbstständigkeit und Selbstbehauptung, aber auch mit dem – östlichen – Schwergewicht auf Sich-in-die-Ordnung-mit-anderen-

44 So *Zaczyk*, FS Küper, S. 723, 726, 732.

45 So *Zaczyk*, FS Küper, S. 723, 729 f.; ihm folgend *Frisch*, in: Stürner (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsdogmatik*, S. 169, 176.

46 So *Kant*, *Die Metaphysik der Sitten*, Akademieausgabe, Bd. 6, S. 230.

47 *Zaczyk*, *Selbstsein und Recht*, S. 27–29, 44–49, und speziell dazu *Gephart*, *Vorwort*, ebd., S. 5 f., 8 f.

48 *Zaczyk*, *Selbstsein und Recht*, S. 17.

49 A. a. O., S. 17.

50 A. a. O., S. 29.

51 A. a. O., S. 42.

Fügen verstanden werden.⁵² Dem folgt das kühne Unterfangen, Buddhismus⁵³ und Konfuzianismus⁵⁴ als Beispiele fernöstlicher Denkungsarten mit dem kantischen Ansatz zu erfassen. Mehr noch: Daraus wird weiter eine Eigenständigkeit der Rechtskulturen gegenüber der Globalisierung hergeleitet,⁵⁵ die man sogar schon als Etablierung eines „Widerstandsrechts gegenüber beliebigem Wandel“ gelesen hat.⁵⁶

Wenn das richtig ist, dann sind die Lehrsätze ebenso wie das Recht, von dem sie handeln, eines gewiss nicht, nämlich „vorpositiv richtig“.⁵⁷ Man sollte sich daher an der klugen Zurückhaltung eines *Friedrich Carl von Savigny* orientieren, der niemals unmittelbar auf die Rechtsphilosophie rekurriert hat,⁵⁸ und die Rechtsdogmatik eigenständig entwickeln. Dabei ist ein rechtsphilosophisches Grundverständnis sicherlich wichtig. *Rechtsdogmatik* wird dadurch aber nicht Teil der praktischen Rechtsphilosophie. Sie ist vielmehr „nur“ *praktische Vernunft*.

b) Rechtsdogmatik und Methodenlehre

Die Methodenlehre enthält Regeln, dafür, wie man Gesetze auslegt, lückenhafte Gesetze ergänzt, über ihren Zweck hinauschießende Gesetze einschränkt und wie man das Recht ohne Hilfe des Gesetzgebers fortbildet. Ihr Verhältnis zur Dogmatik ist besonders delikant;⁵⁹ klare Konzepte sind offenbar schwierig und deshalb selten, was den internationalen Rechtsdialog belastet.⁶⁰ Am einfachsten wäre es, wenn sich Dogmatik und Methode vollkommen klar trennen ließen. Dies gelingt aber nicht. Namentlich lässt sich keine Rechtsdogmatik entwickeln, die selbst die tiefsten methodischen Meinungsverschiedenheiten überbrückt,⁶¹ weil unterschiedliche Methoden zu

52 *Zaczyk*, Selbstsein und Recht, S. 43.

53 A. a. O., 44–47.

54 A. a. O., 47–49.

55 A. a. O., 79–87.

56 *Gephart*, a. a. O., Vorwort, S. 8 f.

57 So aber *Frisch*, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 169, 172 ff.

58 Dazu *Bumke*, Rechtsdogmatik, S. 217–220.

59 Vgl. den Überblick bei *Bumke*, Rechtsdogmatik, S. 113 f.

60 Zur Vermengung beider Fragen in China *Bu*, JZ 2016, 382, 383 f.; bezeichnend auch *Yamamoto*, Privatrechtsdogmatik im japanischen Recht – Entwicklung der Diskussion über die Zivilrechtsmethodik in Japan, FS Canaris, S. 1221 (Hervorhebungen nicht im Original).

61 So der Versuch *Wieackers*, FS Gadamer Bd. II, S. 311, 332 ff.

unterschiedlichen Dogmatiken führen. Deshalb weist der Charakter der jeweiligen Rechtsdogmatik von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet Unterschiede auf.⁶²

Nicht sinnvoll ist es auch, Dogmatik und Methode als Instrumente mit gleicher Zielrichtung einzurechnen, die sich durch die Ebene unterscheiden, auf der sie einzusetzen sind.⁶³ Methodenlehre bezieht sich ganz ebenso wie Dogmatik nicht nur auf Gesetze an sich,⁶⁴ sondern gerade auch auf ganz konkrete Gesetze, ja sogar auf einzelne Rechtsfälle. Umgekehrt ist Rechtsdogmatik keineswegs nur auf ein bestimmtes Gesetz bezogen⁶⁵ und damit von dessen Bestand abhängig.⁶⁶ Dies zeigt sich insbesondere daran, dass die Rechtsdogmatik Lehren zu allgemeinen Rechtsbegriffen entwickelt hat, die für das Recht allgemein oder jedenfalls für ein Teilrechtsgebiet Bedeutung haben. Beispiele sind etwa Rechtsverhältnis, subjektives Recht, Person, Vertrag, Delikt bzw. Straftat usw.

Richtig ist, dass Methodenlehre für die Rechtsdogmatik allein nicht zureicht.⁶⁷ Das bedeutet aber nicht, dass sie „keine Arbeitsweise der Rechtsdogmatik“ darstellt.⁶⁸ Vielmehr stellt die *Methode ein Instrument der Rechtsdogmatik wie der konkreten Rechtsanwendung* dar.⁶⁹ Das erklärt die Wechselwirkungen,⁷⁰ die nach beiden Seiten hin auftreten.

62 Unten III.1.

63 So Hassemer, in: Was weiß Dogmatik? S. 3, 5–8.

64 So aber Hassemer, a. a. O., S. 7 f.

65 So aber Hassemer, a. a. O., S. 8.

66 Oben II.1.

67 Ins. zutr. Bumke, Rechtsdogmatik, S. 114 f.

68 So aber Bumke, JZ 2014, 641, 645, ders., Rechtsdogmatik, S. 113–116.

69 Für verwirrend und wohl auch widersprüchlich halte ich die Redeweise von „implizitem“ und „explizitem“ Wissen bei Bumke, JZ 2014, 641, 645 („Die rechtsdogmatische Arbeitsweise existiert zu wesentlichen Teilen nur in der Form impliziten Wissens.“) und dems., Rechtsdogmatik, S. 116 („Die juristische Methode existiert nur in der Form impliziten normativen Wissens. Sie zu explizieren ist eine der Aufgaben einer Theorie der Rechtsdogmatik.“).

70 Riesenhuber, FS Canaris, S. 181, 184.

3. Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis

Rechtsdogmatik ist seit jeher für Rechtswissenschaftler und Praktiker gleichermaßen offen.⁷¹ Dies ist keine Schwäche der Dogmatik,⁷² sondern eine ihrer Stärken. Denn Rechtswissenschaft und Praxis haben beide dieselbe Perspektive,⁷³ und vier Augen sehen mehr als zwei. Freilich unterscheidet sich das Geschäft der Rechtsdogmatik von dem der Praxis in der Distanz und dem höheren Abstraktionsgrad zur (aktuell anstehenden bzw. präsumtiven) Entscheidung.⁷⁴ Rechtspraxis bezieht sich auf den konkreten Fall, Rechtsdogmatik auf den jeweiligen *Normbereich*. Das ist zu beachten, wenn professionalisierte Wissenschaftler mit Einzelfällen und wenn professionalisierte Praktiker mit allgemeinen Fragen konfrontiert werden.⁷⁵

III. Wie erscheint Rechtsdogmatik?

1. Teilrechtsdogmatiken

In einer ausdifferenzierten und zudem mehrschichtigen Rechtsordnung gibt es keine einheitliche Dogmatik, sondern „Variationen in den verschiedenen Rechtsgebieten“.⁷⁶ Dies kann schon deshalb nicht anders sein, weil eine Dogmatik ein Mindestmaß an Einigkeit über die Methode voraussetzt⁷⁷ und weil die Methoden variieren. Die *Zivilrechtsdogmatik*⁷⁸ gründet auf dem *Entscheidungszwang*,⁷⁹ der im Zivilrechtsstreit herrscht: Der Jurist mag vom Gesetzgeber im Stich gelassen werden, die Rechtsdogmatik muss ihm immer helfen.⁸⁰

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

72 In diesem Sinne aber *Lepsius*, in: Was weiß Dogmatik?, S. 39, 60 f.; ins. unklar *Bumke*, JZ 2014, 641, 642.

73 Ins. zutr. *Bumke*, JZ 2014, 641, 650.

74 *Häsemeyer*, 12.

75 Näher unten IV.4.

76 Überblick bei *Waldhoff*, in: Was weiß Dogmatik?, S. 17, 32 ff.

77 *Riesenhuber*, FS Canaris, S. 181, 183.

78 Speziell zu ihr *Wieacker*, FS Gadamer Bd. II, S. 311, 316 ff.

79 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.

80 *Häsemeyer*, 7, ähnlich auch 19.

Die *Strafrechtsdogmatik*⁸¹ wird vom Grundsatz *nulla poena sine lege* (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB) beherrscht; die *Verwaltungsrechtsdogmatik* vom *Vorrang und Vorbehalt* des Gesetzes (Artt. 20 Abs. 3, 19 Abs. 1 GG); die verschiedenen *Dogmatiken der Verfahrensrechte*⁸² von den jeweiligen *Prozessmaximen*. Ändert man die Methode, ändert sich auch die 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.⁸³

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,⁸⁴ wegen seiner Punktualität aber nur in Form relativ eng begrenzter „Teil-“Systeme,⁸⁵ vielleicht besser: Theorien. Damit zeigen sich vermehrt Systemlücken, was auf supranationaler Ebene Harmonisierungskonzepte,⁸⁶ auf nationaler Ebene aber nicht selten „Störungen und Irritationen“⁸⁷ 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 frei⁸⁸ – aber vielleicht gerade mit dieser Freiheit überfordert.⁸⁹ Ein Beispiel könnte der „Ideenwettbewerb“ zur Beseitigung des „strukturellen Problems überlanger Verfahrensdauer“ sein, das der EGMR der deutschen Justiz – ob zu recht oder zu unrecht – bescheinigt hat:⁹⁰ Der Gesetzgeber

81 Zu ihr *Zaczyk*, FS Küper, S. 723 ff.; *Frisch*, in: Stürmer (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 191 ff.; *Hassemer*, in: Was weiß Dogmatik? S. 3, 4 ff.

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

83 Näher *Windel*, STAAT 37 (1998), 385 ff.

84 *Riesenhuber*, FS Canaris, S. 181, 187 ff.

85 *Riesenhuber*, a. a. O., S. 189 f.

86 *Riesenhuber*, a. a. O., S. 191 f.

87 *Riesenhuber*, a. a. O., S. 185 f.

88 Näher *Windel*, JR 2011, 323, 325 ff.

89 Dies ist ein weiterer Beleg gegen die These, dass Rechtswissenschaft keiner funktionierenden Dogmatik bedürfe, wie *Hassemer*, in: Was weiß Dogmatik?, S. 3, 10, meint.

90 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.

hat darauf mit der Einführung der §§ 198–201 GVG sowie §§ 97a–97e BVerfGG⁹¹ reagiert, die im Wesentlichen einen Entschädigungsanspruch gewähren. Während man damit in allgemeinen Zivilsachen⁹² noch zurecht kommen mag, waren insbesondere⁹³ in Strafverfahren weitere Rechtsfolgen bei überlangen Verfahren erforderlich. Heute durchzieht der Beschleunigungsgrundsatz sowohl die Dogmatik der StPO⁹⁴ wie des StGB.⁹⁵ 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. Qualitätsstufen und Stilfragen

Rechtsdogmatik unterscheidet sich auch nach Qualität und Stil. Zunächst denken wir wahrscheinlich an die „*rechtswissenschaftliche Dogmatik* im eigentlichen Sinne“.⁹⁶ 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.⁹⁷ Das ist schön formuliert. Normalerweise sollte sich der Rechtswissenschaftler aber weder in „juristischer Virtuosität“ noch in „esoterischer Selbstgenügsamkeit“⁹⁸ verlieren.

Weiter als die wissenschaftliche Dogmatik verbreitet ist die *Gebrauchsdogmatik*,⁹⁹ die das Alltagsgeschäft ebenso wie den akademischen Unterricht erheblich prägt. Für sie ist *Judiz* erforderlich. Darunter verstehen wir mehr als ein spontanes „Rechtsgefühl“, nämlich das durch Ausbildung und

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

92 Dazu *Althammer/Schäuble*, NJW 2012, 1 ff.

93 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.

94 Dazu etwa *Karlsruher Kommentar-StPO/Fischer*, Einleitung Rn. 33 ff.; *Münchener Kommentar-StPO/Kudlich*, Einleitung Rn. 159 ff.

95 *Münchener Kommentar-StGB/Miebach/Maier*, § 46 Rn. 393 ff.

96 *Stürner*, ZZZP 127 (2014), 271, 277; *Württemberg*, in: *Stürner* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 3, 7.

97 *Wieacker*, FS Gadamer Bd. II, S. 311, 323.

98 *Häsemeyer*, 12.

99 *Stürner*, ZZZP 127 (2014), 241, 277; nach *Württemberg*, in: *Stürner* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 3, 7: „rechtspraktische“ Dogmatik.

Berufserfahrung geschulte Verständnis für rechtliche Zusammenhänge¹⁰⁰ und deren gesellschaftliche, kulturelle und wirtschaftliche Implikationen.

Gebrauchsdogmatik reduziert den Begründungsaufwand,¹⁰¹ bringt aber damit die Gefahr mit sich, die rechtliche Argumentation unangemessen zu verkürzen.¹⁰² Dann fällt sie in den eigentlichen Fehler der sogenannten Begriffsjurisprudenz zurück, den die seitherige Rechtsdogmatik eigentlich gerade überwinden wollte.¹⁰³

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,¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵ Das gebe ich hier mit dem Hinweis weiter, dass Intelligenz offenbar keine entscheidende Rolle spielt.

IV. Was verheißt Rechtsdogmatik?

Verschiedene positive wie negative Aspekte der Rechtsdogmatik wurden zuvor bereits berührt. Hier nun die unter funktionalen Gesichtspunkten wichtigsten Nutzenanwendungen der Rechtsdogmatik:

1. Rechtsentfaltung

Bei (so gut wie) jeder Anwendung einer Norm eröffnet sich ein dezisionistischer Bewertungsspielraum; die Gesetze als solche (oder das „äußere“

100 *Häsemeyer*, 11.

101 *Hassemer*, in: *Was weiß Dogmatik?*, S. 3, 14 f.

102 *Stürner*, *ZZP* 127 (2014), 271, 277.

103 *Häsemeyer*; 8 f.; vgl. noch unten III.4.

104 Worte in Anlehnung an *Hassemer*, in: *Was weiß Dogmatik?*, S. 3, 11.

105 *Hassemer*, a. a. O., S. 12.

System des Rechts) bieten nicht genügend Prämissen, um diesen Spielraum zu verhindern;¹⁰⁶ der Richter ist niemals bloßer Subsumtionsautomat.¹⁰⁷ Zur Handhabung dieses Bewertungsspielraums bietet die Rechtsdogmatik intellektuell überprüfbare und damit öffentlich einsichtige Kriterien.¹⁰⁸ Gleichzeitig ermöglicht Dogmatik die Einordnung des Einzelfalles.¹⁰⁹ Als „Inbegriff aller Regeln, Hilfen und Anleitungen, die in den Stand setzen, soziale Sachverhalte rechtlich zu beurteilen und Entscheidungen zu treffen“,¹¹⁰ „verlängert“ sie „das Gesetz in die Entscheidung von Fällen“ hinein.¹¹¹ 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 wird¹¹² bzw. werden soll. Letzteres müssen wir subjektiv anstreben, auch wenn es immer mehrere vertretbare Auslegungen von Gesetzen und mehrere vertretbare Lösungen von Fällen gibt.¹¹³

2. Systementwicklung

Der Zusammenhang von Dogmatik und System wird mit unterschiedlichem Akzent wohl allgemein anerkannt.¹¹⁴ Klare Festlegungen sind aber selten. Dies mag mit Unsicherheiten über Bedeutung und Funktion von Systemen zusammenhängen.¹¹⁵ Zu ängstlich brauchen wir Juristen aber nicht zu sein. Denn wir haben zwei Systeme im Sinne gedanklich geordneter Zusammenhänge von Begriffen¹¹⁶ und Sätzen¹¹⁷ vor uns: Das geltende Recht einerseits

106 *Wieacker*, FS Gadamer Bd. II, S. 311, 316 ff.

107 *Häsemeyer*, 7.

108 *Wieacker*, FS Gadamer Bd. II, S. 311, 316.

109 *Stürner*, ZZP 127 (2014), S. 271, 276.

110 *Häsemeyer*, 5.

111 *Häsemeyer*, in: Was weiß Dogmatik?, S. 3, 14.

112 *Zaczyk*, FS Küper, S. 723, 730 f.

113 Damit sollte dem Hinweis von *Kiehnle*, Das Öffentliche im Privaten, S. 125 f. in Fn. 293, Rechnung getragen sein.

114 Statt vieler *Zaczyk*, FS Küper, S. 723, 732; *Württemberg*, in: *Stürner* (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 3, 6; *Honsell*, ZfPW 2015, 1; *Riesenhuber*, FS Canaris, S. 181, 183.

115 Zur systemtheoretischen Dimension etwa *Di Fabio*, in: Was weiß Dogmatik?, S. 63 ff.

116 Hier irrelevant ist die Diskussion um Begriff, Typus, Topos usw.

117 Hier irrelevant ist die Diskussion um Norm, Regel und Grundsatz.

und die (Teil-)Rechtsdogmatik andererseits. Vom geltenden Recht als „äußeren“ System gehen wir aus; als Ergebnis unserer dogmatischen Leistung streben wir ein gegenüber dem Ausgangsmaterial verfeinertes „inneres System“ an.

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 lasse¹¹⁸ – was natürlich niemals bruchlos gelingen kann. Eine solche Perfektion ist aber auch gar nicht nötig; genug, dass wir das Recht besser handhabbar machen.¹¹⁹

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*¹²⁰, obwohl die *Rechtsvereinheitlichung* durch Dogmatik nicht nur in einem föderalen Staat wie der Bundesrepublik die quantitativ größere Rolle spielen dürfte.

3. Entlastung und Erleichterung

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass der Fundus gewachsener Rechtsdogmatik im Tagesgeschäft *Entlastung*¹²¹ und *Erleichterung*¹²² schafft. Damit werden ein *materieller Rechtsstaat* und *normative Substanz* praktisch ermöglicht und erfahrbar, was sich beim Bürger *vertrauensbildend* niederschlägt. Als Resultat lässt sich etwa beobachten, dass sich der *Umfang privater Verträge* umgekehrt proportional zur dogmatischen Verdichtung einer

118 Bumke, JZ 2014, 641, 649.

119 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.

120 Statt anderer Zaczyk, FS Küper, S. 723, 732; Frisch, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 169, 170 ff.; Stürner, ZZP 127 (2014), 271, 276.

121 So Würtzberger, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 3, 7.

122 So Hassemer, in: Was weiß Dogmatik?, S. 3, 14.

Rechtsordnung verhält: Je weniger Rechtsdogmatik, desto längere Verträge und umgekehrt.¹²³

Auf die Gefahr, dass die Entlastungsfunktion insbesondere der Gebrauchsdogmatik zur Verkürzung der Argumentation führt, wurde schon hingewiesen.¹²⁴ Der rechtswissenschaftlichen Dogmatik steht es daher gut an, immer auch die *dogmengeschichtlichen Entwicklungslinien* im Blick zu behalten. Zwingend ist dies aber nicht; oft verschafft auch die rechtsvergleichende, manchmal sogar schon die auslandsrechtskundliche Perspektive die unverzichtbare kritische Distanz. Daneben hat die Rechtsdogmatik sogar noch eine *interne Selbstkontrollfunktion*. Ihr wollen wir uns jetzt zuwenden.

4. Selbstreflexion

Zu den schwersten Vorwürfen gegenüber der Rechtsdogmatik gehört es, dass sie der kritischen Selbstreflexion ermangele.¹²⁵ Konstruktive Kritik scheint die Rechtsdogmatik nur an der Judikative¹²⁶ und an der Legislative,¹²⁷ nicht aber an sich selbst üben zu können. Mit diesem Vorwurf wird die „kritische Kraft“¹²⁸ der Rechtsdogmatik indessen erheblich unterschätzt.

Rechtsdogmatik gibt für rationale Entscheidungen rechtlicher Fragen nicht nur Hilfestellungen, sondern sie zwingt auch dazu.¹²⁹ Für die *juristische Praxis* bedeutet das, dass der zu entscheidende *Einzelfall* immer in einen größeren Zusammenhang zu stellen ist.¹³⁰ Die eigentliche Entscheidung muss sich zwar am äußeren wie am inneren System messen lassen, bildet andererseits aber auch die Nagelprobe dafür, ob Gesetz und Dogmatik dem gegebenen Einzelfall 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

123 *Württemberg*, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 3, 8 f.

124 Oben III.2.

125 *Württemberg*, in: Stürner (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik, S. 3, 14; *Lepsius*, in: Was weiß Dogmatik?, S. 39, bes. 57 ff.

126 Sie nennt *Bumke*, JZ 2014, 641, 643.

127 Beides nennt *Stürner*, ZZP 127 (2014), 271, 276.

128 So *Zaczyk*, FS Küper, S. 723, 732.

129 *Häsemeyer*, 8.

130 *Häsemeyer*, 10.

tragfähige Entscheidungsmaximen werden ableiten lassen. Fällt diese Probe negativ aus, so taugt (meistens¹³¹) die Dogmatik nichts.

V. Was verlangt Rechtsdogmatik?

Rechtsdogmatik gibt uns Juristen – Theoretikern wie Praktikern – viel Spielraum zur Kreativität. Deshalb macht sie – mir zumindest – Spaß. Dennoch ist sie ein ernstes Geschäft: *res severa verum gaudium*. Deshalb muss ich mit ein paar mahnenden Worten schließen:

Rechtsdogmatik ist *keine Rechtspolitik*.¹³² Wir müssen dem Gesetzgeber lassen, was des Gesetzgebers ist. Die Ausnahme bildet der von Art. 1 Abs. 2 schwZGB¹³³ 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,¹³⁴ 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.¹³⁵

Speziell die jüngeren Rechtswissenschaftler seien weiter zur Achtung unserer Vorgänger und ihrer dogmatischen Leistungen ermahnt. Vermeintlich innovative dogmatische Schnellschüsse mögen vordergründig karrierefördernd erscheinen – allzu oft entlarven sie sich aber allzu bald als Scheindogmatiken.

Uns etablierten Wissenschaftlern ist ins Stammbuch geschrieben, wissenschaftlich redlich zu bleiben und das Recht nicht in verkappter Rechtspolitik oder (schlimmstenfalls sogar verdeckten) Gutachten zu verdrehen.

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“¹³⁶ wieder. In einer solchen wollte ich nicht leben.

131 Die Ausnahme bildet das bindende, aber rechtspolitisch untragbare Gesetz.

132 *Häsemeyer*, 3; *Riesenhuber*, FS Canaris, S. 181, 182.

133 In Art. 1 S. 2 twZGB erheblich gekürzt.

134 Dazu bereits oben IV.1.

135 *Häsemeyer*, 22 f.

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

VI. Literaturverzeichnis

- Bu, Yuanshi*, Rechtsdogmatik: vom Transfer des deutschen Rechts zum Transfer des deutschen Konzepts der Rechtswissenschaft, JZ 2016, 382–390.
- Bumke, Christian*, Rechtsdogmatik, JZ 2014, 641–65.
- ders.*, Rechtsdogmatik, Tübingen 2017.
- Di Fabio, Udo*, Systemtheorie und Rechtsdogmatik, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, Tübingen 2012, S. 63–78.
- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, 8. Auflage, Stuttgart 1983.
- Frisch, Wolfgang*, Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Entwicklung des Strafrechts, in: Stürmer, Rolf (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung, Tübingen 2010, S. 169–187.
- Gensler, Johann Kaspar/Mittermaier, Carl Joseph Anton/Schweitzer, Christian Wilhelm*, Vorrede, AcP Band 1 (1818) III–IV.
- Gephart, Werner*, Der Nomos der Kulturen. An den Grenzen einer „reinen“ Philosophie des Rechts, in: Zaczyk, Rainer, Selbstsein und Recht, Frankfurt am Main 2014, S. 5–10.
- Häsemeyer, Ludwig*, Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik, Vortrag bei den Reinhäuser Juristenzusammenkünften anlässlich des 70. Geburtstages von *Karl Michaelis*, 1970, in diesem Band, S. 265 ff.
- Hassemer, Winfried*, Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik: Einführende Bemerkungen, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, Tübingen 2012, S. 3–15.
- Honsell, Heinrich*, Editorial: Zivilrechtsdogmatik heute, ZfPW 2015, 1–4.
- Kant, Immanuel*, Gesammelte Schriften: Bd. 6, (Hrsg.) Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin 1914.
- Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, Hannich, Rolf (Hrsg.), 7. Auflage, München 2013.
- Kiehnle, Arndt*, Das Öffentliche im Privaten, Baden-Baden 2020.
- Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan*, Dogmatik: Rechtliche Notwendigkeit und Grundlage fächerübergreifenden Dialogs – eine systematisierende Übersicht, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, Tübingen 2012, S. 151–172.
- Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, Tübingen 2012.
- Kirchmann, Julius Hermann*, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, Berlin 1848 (abgerufen als Online-Ausgabe der Stadt- und Universitätsbibliothek Frankfurt a. M.).
- Lepsius, Oliver*, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof, Gregor/Magen, Stefan/Schneider, Karsten (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, Tübingen 2012, S. 39–62.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Joecks, Wolfgang/Miebach, Klaus (Hrsg.), 3. Auflage, München 2016 ff.
- Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Knauer, Christoph/Kudlich, Hans/Schneider, Hartmut (Hrsg.), 1. Auflage, München 2014.
- Professorium der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum*, Erklärung zur Reform der Juristenausbildung, ZDRW 2017, 90–97.