Was weiß Dogmatik?

Herausgegeben von
GREGOR KIRCHHOF,
STEFAN MAGEN und
KARSTEN SCHNEIDER

Recht – Wissenschaft – Theorie
7

Mohr Siebeck

Recht – Wissenschaft – Theorie

Standpunkte und Debatten

Herausgegeben von

Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius,
Christoph Möllers und Andreas Voßkuhle

7

Was weiß Dogmatik?

Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?

Herausgegeben von

Gregor Kirchhof, Stefan Magen und Karsten Schneider

Mohr Siebeck

Gregor Kirchhof ist Professor am Institut für Politik und Öffentliches Recht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Stefan Magen ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Rechtsphilosophie und Rechtsökonomik an der Ruhr-Universität Bochum.

Karsten Schneider ist akademischer Rat an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, von dort abgeordnet als Mitarbeiter an das Bundesverfassungsgericht.

Gedruckt mit Unterstützung der Fritz Thyssen Stiftung

ISBN 978-3-16-151731-0 / eISBN 978-3-16-160630-4 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1864-905X (Recht – Wissenschaft – Theorie)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.d-nb.de* abrufbar.

© 2012 Mohr Siebeck, Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Das Verhältnis der deutschen Rechtswissenschaft zur Dogmatik ist auf bemerkenswerte Weise ambivalent. Rechtsdogmatik wird als Herzstück der Rechtswissenschaft, zugleich aber auch als deutscher Sonderweg begriffen. Ihr Systemdenken gilt als Schlüssel zum Verständnis des Rechts und dessen konsistenter Anwendung, aber auch als Steigbügel einer Selbstermächtigung von Wissenschaft und Praxis gegenüber dem demokratischen Gesetzgeber. Manche kritisieren Dogmatik als Kommunikationshindernis und Abschottung gegenüber anderen Disziplinen, während sie andere als unerlässlichen Ausgangspunkt für jeden Austausch und Dialog verstehen. Dogmatik erscheint als Besonderheit des deutschen Rechtsdenkens, aber auch als Charakteristikum funktionierender Rechtssysteme. Was angesichts dessen der Auftrag und die Funktion von Dogmatik ist, welcher Art das Wissen ist, das sie zur Verfügung stellt, und was gute Dogmatik auszeichnet und von hypertrophen Entwicklungen unterscheidet, war Gegenstand eines Kolloquiums, das im Herbst 2009 vom KölnBonner Forum im Max-Planck-Institut für Gemeinschaftsgüter in Bonn veranstaltetet wurde und auf das die in diesem Band versammelten Beiträge zurückgehen.

Das Thema der Tagung fand den Zuspruch vorzüglicher Referenten, denen wir sehr herzlich für ihre Bereitschaft danken, mit den Mitgliedern des KölnBonner Forums und auswärtigen Diskutanten zu debattieren. Grundlagen für die Frage nach dem spezifischen Wissen der Dogmatik legte der Vizepräsident des BVerfG a. D. *Winfried Hassemer*, der in seinem einführenden Referat die „Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik“ untersuchte. *Christian Waldhoff* referierte zur „Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung“. Sein sich daran anschließendes Referat „Kritik der Dogmatik“ widmete *Oliver Lepsius* einer Analyse des Zusammenwirkens von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft. Die Funktion von Dogmatik vor dem Hintergrund der Systemtheorie *Niklas Luhmanns* untersuchte BVerfRi. *Udo Di Fabio* sodann in dem Beitrag „Systemtheorie und Rechtsdogmatik“. *Martin Eifert* referierte „Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswisssenschaft“. Daran schloss *Bernd Grzeszick* an mit seinen Ausführungen zur Frage „Steuert die Dogmatik?“. Der Präsident des BVerfG *Andreas Voß-*

kuhle übernahm es am Ende des Kolloquiums, die Diskussion in Thesen zusammenzufassen und einen Ausblick zu wagen.

Herzlich danken wir *Frank Schorkopf*, der als Diskutant an dem Kolloquium teilgenommen und auf unsere Bitte einen Text über Dogmatik und Kohärenz beigesteuert hat. Nicht weniger dankbar sind wir *Matthias Jestaedt* für die Bereitschaft, seinen bereits erschienen Beitrag über die Dogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Wissenschaft und Praxis auch für diesen Band zur Verfügung zu stellen, sowie dem Verlag Manz für die freundliche Genehmigung zum Wiederabdruck. Zu unserer Freude haben *Matthias Jestaedt*, *Oliver Lepsius*, *Christoph Möllers* und *Andreas Voßkuhle* den Band in der Reihe „Recht – Wissenschaft – Theorie" aufgenommen.

Christoph Engel gebührt unser herzlicher Dank, dass er das Kolloquium vielfach unterstützt und ihm in den Räumen des Max-Planck-Instituts eine Herberge geboten hat. Dankbar sind wir auch Brigitte Martin, die am Max-Planck-Institut die redaktionelle Betreuung des Manuskripts vorbildlich besorgt hat. Der Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung danken wir schließlich, dass sie das Forschungskolloquium und den vorliegenden Tagungsband durch ihre großzügige finanzielle Unterstützung möglich gemacht hat.

Bochum, Bonn und München, November 2011

Gregor Kirchhof, Stefan Magen, Karsten Schneider

Inhalt

Vorwort V

Tagung

Winfried Hassemer
Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik:
Einführende Bemerkungen 3

Christian Waldhoff
Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld
von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung 17

Oliver Lepsius
Kritik der Dogmatik 39

Udo Di Fabio
Systemtheorie und Rechtsdogmatik 63

Martin Eifert
Zum Verhältnis von Dogmatik und pluralisierter Rechtswissenschaft 79

Bernd Grzeszick
Steuert die Dogmatik? Inwiefern steuert die Dogmatik des
Öffentlichen Rechts? Gibt es eine rechtliche Steuerungswissenschaft
jenseits der Rechtsdogmatik? 97

Andreas Voßkuhle
Was leistet Rechtsdogmatik?
Zusammenführung und Ausblick in 12 Thesen 111

Ergänzungen

Matthias Jestaedt
Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis –..... 117

Frank Schorkopf
Dogmatik und Kohärenz..... 139

Gregor Kirchhof und Stefan Magen
Dogmatik: Rechtliche Notwendigkeit und Grundlage fächerübergreifenden Dialogs – eine systematisierende Übersicht..... 151

Die Tagungsteilnehmer/innen 173

Tagung

Dogmatik zwischen Wissenschaft und richterlicher Pragmatik

Einführende Bemerkungen

Winfried Hassemer

I. Gegenstände ... 3
1. Einführung ... 3
2. Öffentliches Recht, Strafrecht ... 3
3. Verortung und Verheißung ... 4
II. Verortungen ... 5
1. Juristische Methodenlehre ... 5
2. Richterrecht ... 8
3. Rechtswissenschaft ... 10
4. Gesetzgebung ... 12
III. Verheißungen ... 13

I. Gegenstände

1. Einführung

Das hier sind nicht mehr als einführende Bemerkungen zu Beginn eines Kolloquiums, das sich unter dem Titel „Was weiß Dogmatik?“ mit einem spezifischen Instrument der Findung, der Ordnung oder auch der Setzung von Recht beschäftigt hat. Diese Bemerkungen wollen keine Diskussionen weiterführen oder gar anzetteln; sie wollen vielmehr einen Rahmen vorstellen, innerhalb dessen solche Diskussionen einen Ort und vielleicht auch eine Ordnung finden können. Sie haben ihren Zweck erfüllt, wenn sie die Gegenstände, über die unter einem solchen Titel zu reden ist, vollständig benannt und in ein System gebracht haben, das durchsichtig und stimmig ist, mit dem man arbeiten und weiterkommen kann.

2. Öffentliches Recht, Strafrecht

Die meisten Teilnehmer des Kolloquiums sind Wissenschaftler des Öffentlichen Rechts, und die Referate spiegeln diese wissenschaftliche Ausrich-

tung in Titel und Inhalt. Das liegt daran, dass der Veranstalter des Kolloquiums „KölnBonnerForum: Grundlagen des Öffentlichen Rechts“ sich zum Ziel gesetzt hat, „über den Auftrag und das System des Öffentlichen Rechts neu nachzudenken“ und „Erkenntnisse über die Eigenart des öffentlich-rechtlichen Denkens“ zu gewinnen, wie es in der einleitenden Stellungnahme von Kirchhof, Magen und Schneider heißt.

Der Leser meiner einführenden Bemerkungen wird sich die Augen reiben, denn diese Bemerkungen fügen sich weder in ihren dogmatischen Schwerpunkten noch in den Beispielen, an denen sie sich verständlich machen wollen, in die öffentlich-rechtliche Wahrnehmung der Welt. Sie leben vielmehr vom Strafrecht; deshalb entgeht ihnen beispielsweise die rechtstheoretische und rechtssoziologische Fragestellung der „Steuerung“, welche die öffentlich-rechtlichen Diskussionen und deshalb auch die Beiträge in diesem Band derzeit doch stark beschäftigt.

Es wäre mir nicht leicht gefallen, mit diesem Handicap in Bonn aufzutreten, als wäre die Verschiebung der dogmatischen Betrachtungsweisen vom öffentlichen Recht auf das Strafrecht nicht weiter der Rede wert. Ich berufe mich zu meiner Rechtfertigung auch nicht auf das Ziel des Forums, die Grundlagenfächer in die wissenschaftlichen Betrachtungen einzubeziehen und den Blick damit über das öffentliche Recht hinaus zu richten, und ich mache schon gar nicht den Versuch, das Strafrecht ohne Weiteres als einen Teilbereich des öffentliches Rechts zu präsentieren und mich auf diesem Weg davonzustehlen. Nein, der Grund ist simpel: Auch zwölf Jahre Lehrgang zum Verfassungsrecht in Karlsruhe haben mich nicht instand gesetzt, so viel gesättigtes Gefühl und so viel verlässlichen Überblick im öffentlichen Recht auszubilden wie man braucht, um die Zusammenhänge und die Folgen von Systemen und Strukturen verlässlich einschätzen und dann auch mit Gründen behaupten zu können.

Vielleicht ist die strafrechtliche Ausrichtung des Denkens am Ende gar ein Gewinn – ergänzt sie den Blick auf Dogmatik doch um eine weitere dogmatische Tradition. Vor allem die Beispiele könnten einen Einblick in die besonderen Probleme und Fragestellungen aus dieser Tradition des dogmatischen Strafrechts erlauben oder erleichtern und damit den Rahmen erweitern, in dem das Phänomen Dogmatik hier sichtbar wird.

3. Verortung und Verheißung

Zwei Gegenstände müssen eine jegliche Überlegung zu „Was weiß Dogmatik?“ beschäftigen.

Zuerst muss man wissen (dazu hier unter II.), was man unter „Rechtsdogmatik“ zu verstehen hat und wie sich dieses Feld zu anderen verhält, die ihm benachbart sind. Dazu gehört auch eine Antwort auf die Frage, wer als Produzent von Dogmatik gelten darf und warum. Erst dann macht es

Sinn, sich zu fragen, was die Rechtsdogmatik verspricht und was davon sie halten kann (dazu hier unter III.); zu dieser – für das Kolloquium zentralen – Überlegung gehört auch die Frage, welche Kosten man zu zahlen bereit ist, um überhaupt in den Genuss dogmatischer Verheißungen zu kommen.

II. Verortungen

„Dogmatik" ist den Juristen ein geläufiger Begriff und eine vertraute Erscheinung. Was Dogmatik ist, wo sie liegt und wozu man sie verwenden kann, lässt sich in der rechtlichen Betrachtungsweise ziemlich klar bestimmen; andere Dogmatiken, etwa aus der Theologie oder der Heilkunde, bleiben bei diesem Unternehmen hier außer Betracht, obwohl sie uns in der Sache etwas zu sagen hätten.

Der Weg einer Verortung von rechtlicher Dogmatik ist besonders gut ausgebaut in einem Gelände, in dem Dogmatik von Nachbarn umgeben ist, die sich, als Nachbarn, von ihr unterscheiden, mit ihr aber auch, als Nachbarn, Gemeinsamkeiten haben. Die Opposition rechtlicher Dogmatik und ihrer Nachbarn führt in meiner Einschätzung nicht nur zu klareren Einteilungen, sondern auch zu reicheren inhaltlichen Erkenntnissen. Vier Nachbarn stelle ich vor: die juristische Methodenlehre, das Richterrecht, die Rechtswissenschaft und die Gesetzgebung.

1. Juristische Methodenlehre

Die juristische Methodenlehre siedelt in meinen Augen näher an der Rechtsdogmatik als sie das selber weiß. Beide Felder ähneln einander in ihren zentralen Aufgaben und Zielen, also in fundamentalen Hinsichten. Sie unterscheiden sich in ihrem Status und in Einzelheiten, also in einer eher zweitrangigen Perspektive.

Die juristische Methodenlehre sammelt, ordnet und generiert diejenigen Instrumente, mit deren Hilfe Juristen die Regeln erschließen, die ihnen als Maßstab von Entscheidungen gegeben sind: Gesetzesnormen und Richterrecht. In einer Rechtsordnung wie der unseren, die über Kodifikationen organisiert ist, bestehen diese Regeln vor allem in Gesetzesnormen; richterrechtlich organisierte Rechtsordnungen haben Methodenlehren ausgebildet, die anders ansetzen. Gleichwohl: Es gibt auch bei uns Regeln, die in langer richterlicher Tradition ausgeformt sind und die von den entscheidenden Instanzen jedenfalls faktisch Beachtung verlangen und diese auch regelmäßig bekommen (hier unter II.2.); man wird sagen können, dass in unserer Rechtsordnung die Zahl und das Gewicht dieser richterrechtlich begründeten Regeln zunehmen und dass das auch mit der wachsenden

Komplexität unseres Rechtssystems und dessen Anforderungen geschwinder und möglichst konkreter Reaktion auf Rechtsfragen zusammenhängt.

Jedenfalls derjenige Typ juristischer Methodenlehre, wie er uns tradiert ist, sieht also das Gesetz als Entscheidungsregel im Zentrum der Instrumente zur Herstellung rechtlicher Entscheidungen. „Gesetzesauslegung" oder „Gesetzesanwendung" sind ihre zentralen Topoi, „Auslegungslehren" heißen ihre Anweisungen. Diese beglaubigen die Zentralität der Gesetzesnorm. Sie beginnen beim Wortlaut des Gesetzes, der zu ermitteln und auf den Fall hin zu konkretisieren ist („grammatikalisch"), sie verlangen ein Studium und die Beachtung des gesetzlichen Systems, in das die fragliche Regel eingeordnet ist („systematisch"), sowie auch der Regelungsziele des historischen Gesetzgebers („historisch") und des vernünftigen Zwecks der Regelung („teleologisch"). An der zentralen Rolle des Gesetzes ändern auch drei neuere Formen der Auslegung nichts, die zu den vier klassischen hinzugekommen sind: die verfassungskonforme, die eine Überschreitung des Wortlauts einer Verfassungsnorm verbietet; die folgenorientierte, die das Ergebnis der Auslegung einer Analyse der von ihr bewirkten Folgen und deren Wünschbarkeit unterwirft, und die europarechtsfreundliche, die dem zusammenwachsenden europäischen Rechtsraum und der Rechtsprechung der europäischen Gerichte Rechnung tragen soll: Allemal stehen Gesetze im Zentrum der Auslegungsarbeit.

Bis heute ist die juristische Methodenlehre beißender Kritik ausgesetzt. Ihr wird insbesondere vorgeworfen, sie weise nicht die Rechtsfindung, sondern nur die Rechtfertigung an: nicht die entscheidende Phase, in der das Ergebnis einer Entscheidung unter dem Gesetz hergestellt wird, sondern nur die Ordnung der dann folgenden Darstellung des zuvor gefundenen Ergebnisses könne sie sicherstellen. Dies liege daran, dass sie keine Meta-Theorie habe: keine Anweisung, in welchen Konstellationen und Fällen man welche ihrer vier (oder sieben) Anweisungen anzuwenden habe, die doch typischerweise zu verschiedenen Ergebnissen führten; also hindere sie mit dieser ihrer Erlaubnis einer freien „Methodenwahl" die Umsetzung richterlicher Vorverständnisse nicht, sondern erleichtere bloß deren Einkleidung. Vor allem die teleologische Auslegung öffne richterlicher Willkür Tür und Tor, wenn sie dem Richter erlaube, den „vernünftigen Zweck" eines Gesetzes selber zu bestimmen und das Ergebnis seines Spruchs dann damit zu rechtfertigen; was dieser Zweck sei, lasse sich – anders als der Wortlaut, der systematische Zusammenhang oder der Wille des Gesetzgebers – nicht an empirischen Vorgaben bestimmen und also auch nicht streng widerlegen, die Ergebnisse dieser Methode seien nicht falsifizierbar, sie seien ausgedacht.

Die juristische Dogmatik trifft auf solche Einwände nicht in dieser Schärfe, obwohl sie sich demselben Ziel verschreibt wie die juristische

Methodenlehre. Das liegt vor allem daran, dass die Dogmatik näher am Gesetz formuliert und dass sie die systemische und semantische Armut der methodischen Anweisungen deutlich hinter sich lässt; sie ist nicht karg, sondern reich. Dogmatiken sind in einem funktionierenden, abgestimmten und lernenden System von Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung wohlgefüllte und wohlgeordnete Speicher juristischen Wissens. Außerdem beherrschen sie den täglichen Auslegungsbetrieb des Praktikers ungleich intensiver, sie sind ihm vertraut.

Wie die juristische Methodenlehre, so siedelt die Rechtsdogmatik auf einer Mittelhöhe zwischen Gesetz und Fall, und wie die Methodenlehre ist sie der Aufgabe verschrieben, Gesetz und Fall einander anzunähern und so eine Entscheidung des Falls aus dem Gesetz leichter sichtbar und präziser diskutierbar zu machen. Wie die Methodenlehre wird die Rechtsdogmatik sowohl von Wissenschaftlern als auch von Praktikern produziert: in Büchern, Aufsätzen, Entscheidungen und Entscheidungskritiken. Beide Instrumente stellen systematisch geordnete Materialien zur Verfügung, in denen derjenige, der das Gesetz auf einen Fall anwenden will, Strukturen und Einzelheiten seines Falls wiederfinden und so Schritt für Schritt entscheiden kann, ob Gesetz und Fall eher zusammenpassen oder nicht.

Beide Instrumente stellen Routinen des Fragens und Entscheidens zur Verfügung und begründen sie; diese Routinen sind in langer Tradition entwickelt, diskutiert, ausgebaut, verändert und verworfen worden: in den Erfahrungen mit möglichen Formen des Verstehens von Sprache und dessen Grenzen, in den dokumentierten Regelungszielen des früheren Gesetzgebers oder in den Grundlinien und den Einzelheiten der Rechtsprechung (und der Kritik an ihr) zu einem bestimmten Regelungsfeld wie etwa den Erscheinungsformen eines Verwaltungsakts im Umweltrecht oder den Mindestanforderungen eines „Schadens“ im Betrugsstrafrecht. Ohne diese Instrumente stünde, wer ein Gesetz auf eine tatsächliche Konstellation anwenden will, vor immer demselben Anfangsproblem: dieses Gesetz im Angesicht der Konstellation zu finden, zu verstehen und es mit der faktischen Konstellation nach und nach zusammenzubringen. Die Instrumente der Methodenlehre und der Dogmatik helfen dem ab; sie bewahren rechtswissenschaftliches und richterliches Wissen und richterliche Routinen der Konkretisierung von Gesetzen und der Herstellung von Fällen auf, ordnen und bearbeiten sie und stellen sie späterer Rechtsanwendung zur Verfügung.

Unterschiedlich hingegen sind die Ebenen, auf die sich Methodenlehre und Dogmatik beziehen. Auch wenn richtig bleibt, dass beide in unserer an Kodifikationen orientierten Rechtskultur die Gesetzesnorm im Fokus haben, richten sich die Blicke beider doch in verschiedener Weise auf die Norm: Die Methodenlehre arbeitet „überhaupt“ an einem – also an jedwe-

dem – Gesetz, die Dogmatik hingegen an einem bestimmten Gesetz. Die Dogmatik entsteht, dauert und geht unter schon mit dem Gesetz, auf das sie bezogen ist, die Methodenlehre erst mit der Orientierung der Rechtsordnung an Kodifikationen überhaupt. Für die Dogmatik ist ein bestimmtes Gesetz überlebenswichtig; denn dessen Inhalt systematisch zu bearbeiten, macht sich die Dogmatik ja zur Aufgabe. Der Methodenlehre hingegen ist, von Einzelheiten abgesehen, ein bestimmtes Gesetz nur von exemplarischem, didaktischem Wert. Das berühmte Wort, wonach drei berichtigende Worte des Gesetzgebers ganze Bibliotheken zu Makulatur werden lassen können, macht nur für die Dogmatik Sinn, nicht aber für die Methodenlehre – die dürfte sich von solchen Korrekturen eher anregen lassen.

2. Richterrecht

Richterrecht ist vor allem eine Quelle von Rechtsdogmatik, und es ist seinerseits auf eine funktionierende Dogmatik angewiesen.

Es besteht aus denjenigen Informationen, die sich aus der professionellen Tätigkeit einer konsistenten, untereinander und mit der Umwelt kommunizierenden und ihrer selbst bewussten Rechtsprechung ergeben und die in ihrer Aussagekraft über die jeweils entschiedenen Einzelfälle hinaus bedeutsam sind. Insofern natürlich den Methodenlehren der common-law-Kulturen (oben II.1. am Anfang) nahe verwandt, destilliert sich unser Richterrecht als dasjenige Allgemeine, das in der Fülle (und bisweilen auch im Chaos) des täglichen Konkreten als Teil eines Maßstabs für künftige Entscheidungen gelten darf. Daraus ergibt sich eine Reihe von Konsequenzen.

Wie Dogmatik und Methodenlehre arbeitet das Richterrecht auf einer mittleren Höhe zwischen Gesetz und Fall, und wir erwarten von ihm, dass es das Gesetz in Richtung auf „dessen" Fälle konkretisiert und dazu verhilft, in den Konstellationen künftig zu entscheidender Fälle die Struktur und die Botschaft derjenigen Gesetze besser sichtbar zu machen, die auf diese Konstellationen „passen".

Damit ist zugleich gesagt, dass Richterrecht näher an der Rechtsdogmatik angesiedelt ist denn an der juristischen Methodenlehre. Gewiss kann es vorkommen, dass das Richterrecht auch methodische Anweisungen aufbewahrt wie etwa die Regel, im auf Bestimmtheit der Gesetze – und damit auf strenge Wortlauttreue – besonders verpflichteten Strafrecht (Art. 103 II GG, § 1 StGB) der grammatikalischen Auslegung ein höheres Gewicht zuzugestehen als etwa im eher richterrechtlich beherrschten Arbeitsrecht; das aber ist, aufs Ganze gesehen, die Ausnahme von der Regel, wonach sich im Richterrecht eher Konkretisierungen von Gesetzen aufhalten und eher nicht methodische Prinzipien.

Zum Richterrecht wird man auch die „informellen Programme" rechnen dürfen, die aus richterlicher Pragmatik stammen und von ihr genährt wer-

den. Diese Programme sind nicht formalisiert, nicht verordnet und zumeist auch nicht aufgeschrieben; sie gelten aber und haben Folgen wie auch formelle Programme sie haben; sie gehören zu den Entscheidungsregeln. Sie regulieren etwa die Kunst der Befragung kindlicher Zeugen im Strafprozess, beantworten die Frage nach dem passenden Zeitpunkt und dem richtigen Zuschnitt einer Richterablehnung oder definieren den Unterschied zwischen einer mündlichen und einer schriftlichen Urteilsbegründung. Ob jemand als Jurist sein Fach beherrscht, entscheidet sich auch an der Beherrschung solcher Regeln; ihre Verletzung kann zu schmerzlichen Sanktionen führen.

Dass Richterrecht eine Quelle von Rechtsdogmatik ist, bedarf keiner tieferen Begründung. Was in der Fülle der täglichen Entscheidungsproduktion als für andere Entscheidungen maßstäblich gelten darf, ist schon deshalb eine Information der Art, wie wir sie gerade als ein Produkt der Rechtsdogmatik bezeichnet haben: die Konkretisierung eines Gesetzes in Richtung von faktischen Konstellationen, wie sie als Fälle künftiger rechtlicher Entscheidungen erwartet werden dürfen. Was aus richterlichen Einzelfall-Entscheidungen „Richterrecht" wird, erlaubt, wie die Dogmatik auch, für die Zukunft eine präzisere Auseinandersetzung über Gesetz und Fall und eine Anreicherung mit einschlägigen Argumenten.

Und dass Richterrecht auf eine funktionierende Dogmatik angewiesen ist, lässt sich ebenfalls leicht einsehen: In einer komplexen Rechtsordnung wie der unseren kann Richterrecht seine segensreichen Wirkungen nur entfalten, wenn es leicht zugänglich ist in einem durchsichtigen und wohlgeordneten dogmatischen System. Gerade die hoch entwickelte Darstellungskultur der – nach Gesetzen geordneten und diese Gesetze erklärenden und konkretisierenden – juristischen Kommentare ist ein Beispiel für gute Zugänglichkeit. Vor allem aber: Es muss sich rational und konsistent entscheiden lassen, welche Ergebnisse richterlicher Entscheidungstätigkeit als für künftige Entscheidungen maßstäblich gelten dürfen und welche man mit der Entscheidung dieses Einzelfalls zu vergessen hat. Das steht – schon angesichts der Vagheit des Maßstabs der „Maßstäblichkeit" – nicht in der Zuständigkeit irgendeiner Institution, und schon gar nicht einer formell eingerichteten; es stellt sich – in den komplexen und lange dauernden Prozessen dogmatischer Deliberation – nach und nach heraus, und nicht selten ist es später Gegenstand von Korrekturen in einer sich wandelnden Welt. Was inhaltlich Richterrecht (und nicht bloß vorübergehende Erwägung in der Einzelfallentscheidung) ist, ist – genauso wie beim Konzept Dogmatik – eine in ihrem Kern feste, an ihren Rändern lebendige und zur Zukunft hin offene Bestimmung.

Mit der Konzentration unserer Rechtskultur auf Kodifikationen ist die Frage nach der Geltung von Richterrecht verbunden. Da es nicht aus der

verfassungsrechtlich begründeten und geordneten Gesetzgebung, sondern aus richterlicher Entscheidungstätigkeit und dogmatischer Systematisierung, Kritik und Korrektur stammt, ist seine normative Geltungskraft entscheidend reduziert: Richterrecht kann sich nicht unmittelbar auf das Volk berufen.

Diese Reduktion darf man nicht in pragmatischer Großzügigkeit überspielen, sie ist das zentrale Kennzeichen von Richterrecht im Kontext mit Gesetzesrecht und bestimmt deshalb auch den juristischen Diskurs durch den Umstand, dass sich dort nicht Gesetzesrecht, wohl aber Richterrecht jederzeit als untaugliche Rechtsquelle kennzeichnen lässt.

Gleichwohl nimmt die Reduktion dem Richterrecht nicht seine gesamte Geltungskraft, wenn man bereit ist, neben der „normativen" auch eine „faktische" Geltung anzuerkennen, die sich nicht auf die demokratisch begründete Weihe einer Norm bezieht, sondern sich mit deren Chance begnügt, im Prozess richterlicher Entscheidung Beachtung zu finden. Diese Betrachtungsweise hat einen vernünftigen Grund und liegt deshalb nahe; sie macht mit ihrer Unterscheidung zweier Geltungsweisen von Normen etwa die Frage diskutierbar, ob und unter welchen Voraussetzungen mit welchen Folgen Normen, denen nur noch eine normative, aber keine faktische Geltung zukommt, überleben (dürfen). Fragen dieser Art beschäftigen sowohl die Rechtsphilosophie als auch die Rechtssoziologie; sie sind für den Juristen zentrale Fragen.

Es kann kein Zweifel sein, dass Richterrecht, solange es lebendig ist, faktisch gilt. Es ist tragend und folgenreich für die Entscheidung von Rechtsfällen – auch hier der Rechtsdogmatik verwandt. Die Leistung, die es dem Rechtssystem erbringt, ist – ebenfalls wie die der Rechtsdogmatik – nicht nur eine informierende (über Konkretisierung von Gesetzen), sondern auch eine orientierende: Wie die Unterscheidung einer „herrschenden", einer „früheren", einer „im Vordringen begriffenen", einer „Minder-„ und einer „nicht mehr vertretenen Meinung", so orientieren auch die richterrechtlich formulierten Abstufungen der Mächtigkeit von Rechtsmeinungen den juristischen Diskurs – nicht als Begründungsersatz, wohl aber als – widerlegliches – Anzeichen der Chance, mit einer bestimmten Meinung durchzudringen. Solcher Art Orientierung ist ein wichtiger Bestandteil unserer Diskurse – in Praxis und in Wissenschaft –, dessen Erscheinungsweisen und Funktionen wir uns theoretisch noch nicht hinreichend vergewissert haben.

3. Rechtswissenschaft

Auch die Rechtswissenschaft ist Quelle von Rechtsdogmatik, und auch für sie gelten eigentümliche Besonderheiten. Einer funktionierenden Dogmatik bedarf sie freilich nicht (siehe zum Gegensatz des Richterrechts oben un-