

### Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts

Rüthers, Bernd

Veröffentlichungsversion / Published Version

Vortrag / lecture

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

SSG Sozialwissenschaften, USB Köln

#### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Rüthers, B. (2003). *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik unter dem Einfluß des Richterrechts*. (Rechtspolitisches Forum, 15). Trier: Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-321724>

#### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

#### Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

## Gliederung

I.	Was ist Rechtsdogmatik?	5
1.	Die Unsicherheit des Begriffs	5
2.	Die Scheu vor dogmatischer Erstarrung	5
3.	Der Funktionsverlust der Rechtsgeschichte	7
4.	Dogmatik als Dienerin der Herrschenden?	8
5.	Versuch einer Begriffsklärung	9
6.	Dogmatik und Gesetz	10
	a) Die Unsicherheit der Sprache	11
	b) Dogmatik als Aufgabe und Produkt der Auslegung	11
7.	Die Zeitgebundenheit/Vergänglichkeit juristischer Dogmen- Unterschiede zwischen juristischer und theologischer Dogmatik	12
II.	Wie entsteht Rechtsdogmatik?	14
1.	Der Zwang zu schnellen Entscheidungen	14
2.	Die Irrtumsrisiken	15
3.	Die „Wahrheit“ und Gültigkeit dogmatischer Sätze	15
III.	Der Wandel der Dogmatik in der Wende vom Gesetzesstaat zum Richterstaat	17
1.	Die Führungsrolle der letzten Instanzen	17
	a) Der Siegeszug des Richterrechts	17
	b) Verfassungswandel und Dogmatikbegriff	19
2.	Dogmatische Irrtümer im Richterrecht	22
3.	Die Rolle der Rechtswissenschaft	22
	a) Die veränderte Dienst- und Angebotsfunktion	23
	b) Die Kritikfunktion	25
	c) Dogmatik und Geschichte	25
	d) Dogmatik und Methodenwahl	26
IV.	Was leistet Rechtsdogmatik für die juristische Praxis?	27
1.	Ordnungs- und Systematisierungsfunktion	27
2.	Stabilisierungsfunktion	28
3.	Entlastungsfunktion	28
4.	Negationsverbot	28

5. Kritik- und Fortbildungsfunktion	29
V. Rechtsdogmatik und Rechtspolitik	30
1. Was heißt Rechtspolitik?	30
2. Rechtsdogmatik als „kristallisierte Rechtspolitik“	30
3. Rechtspolitik und Folgenverantwortung	31
VI. Erosion der Dogmatik durch das Richterrecht?	32

## RECHTSDOGMATIK UND RECHTSPOLITIK UNTER DEM EINFLUSS DES RICHTERRECHTS

Prof. Dr. iur. Dres h.c. Bernd Rüthers  
Universität Konstanz

### I. Was ist Rechtsdogmatik?

#### 1. Die Unsicherheit des Begriffs

Wenn Juristen von Dogmatik sprechen, ist der Bedeutungsgehalt, die Intension des Begriffs oft unklar. In den grundlegenden Handbüchern, Lexika und Einführungen in die Rechtswissenschaft fehlt bisweilen sogar das Stichwort, auch wenn die Autoren es beiläufig eifrig benutzen. Der Begriff wird als bekannt vorausgesetzt, aber selten und meistens spärlich definiert.<sup>1</sup>

Auch der eingehende Aufsatz von E. Picker „Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte“<sup>2</sup> setzt den Begriffsinhalt von Rechtsdogmatik als geklärt voraus und wendet sich sogleich dem höchst billigen Ziel zu, eine „geschichtlich denkende Rechtsdogmatik“ und eine „dogmatisch fragende Rechtsgeschichte als Wissenschafts- und Ausbildungsziel“ zu verbinden.<sup>3</sup>

#### 2. Die Scheu vor dogmatischer Erstarrung

Der Dogmatikbegriff löst im juristischen Diskurs bisweilen negative Emotionen aus. Dogmatik gilt vielen, besonders in bewegten Zeiten einschneidender Veränderungen oder gar Umwälzungen der Fakten oder der Wertbilder, als „Dogmatismus“, als das Kleben an fragwürdigen Traditionen, als Fremdheit des Rechts und der Juristen gegenüber der Lebenswirklichkeit und ihren Erfordernissen.<sup>4</sup>

Der Streit um die Befreiung der jeweils „gültigen“ Dogmatik von ihren historischen Wurzeln ist ein zyklisch wiederkehrendes Problem. Es wird vor allem in Epochen ökonomischer, kultureller, gesellschaftlicher und politischer Umbrüche aktuell. Die in der Regel historisch geprägte juristische Dogmatik

---

<sup>1</sup> Beispielhaft etwa *W. Fikentscher*, *Methoden des Rechts*, Bd. 1-5, Tübingen 1975-1977, passim. Vgl. ferner *F. v. Hippel*, *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, Frankfurt a. M. 1964, passim.; *K. Schmidt* (Hrsg.), *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, Hamburger Ringvorlesung, Berlin 1990, 289 S.; dazu *E. v. Hippel*, *RabelsZ* 54 (1990), S. 766-770; *ders.* *Richtiges und unrichtiges Recht*, in: *Recht und Politik*, 2/2002, S. 63-69.

<sup>2</sup> *E. Picker*, *AcP* 201 (2001), S. 763-859.

<sup>3</sup> a.a.O., S. 848 ff.

<sup>4</sup> Vgl. die umfangreichen Nachweise bei *E. Picker*, a.a.O., S. 771 ff., 780 ff.

erscheint ihren Kritikern oft wie ein Bollwerk der prinzipiell konservativ eingestellten Juristen gegenüber neuen Sichtweisen und Wertvorstellungen, welche die hergebrachten Rechtsvorstellungen in Frage stellen oder verändern könnten.<sup>5</sup>

Die Serie solcher Debatten begann in Deutschland um die Wende zum 20. Jahrhundert mit den Kampfschriften der Freirechtsschule. Sie forderten die Trennung von Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte.<sup>6</sup> Der Diskurs begann mit der These, daß Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte völlig verschiedene Aufgaben hätten und folgerichtig zu getrennten, ja geradezu „umgekehrten“ Disziplinen geworden seien.<sup>7</sup> Die Geschichtlichkeit des Rechts sei zwar für die Rechtsgeschichte wichtig und wertvoll. Das gegenwärtige Recht werde aber nicht von der Geschichte, sondern von den realen wirtschaftlichen, politischen, sozialen und ethischen Machtfaktoren bestimmt.

Dem Freirecht gingen allerdings die Dogmatiker des Gesetzespositivismus voraus, die, in der Fixierung auf die jeweils neue Gesetzgebung, oft in eine reine Buchstabeninterpretation verfielen und den Blick für die historischen Zusammenhänge verloren oder verdrängten. In reiner Form findet sich das in der insoweit fast steril zu nennenden Auslegungslehre des großen Hans Kelsen, des Schöpfers der „reinen Rechtslehre“.

Eine neue Welle grundsätzlicher Kritik an der Rechtsdogmatik begann mit dem Vordringen neomarxistischer Strömungen in die Rechtswissenschaft in den späten sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts. Der für menschenfeindlich und morbid erklärte „Spätkapitalismus“ (Habermas) und die liberalistische „Übergangsgesellschaft“ der Bundesrepublik sollte durch einen neuen Sozialismus ersetzt werden. Zutreffend wurde wiederentdeckt, daß die Rechtswissenschaft auch eine Sozialwissenschaft sei. Das hatte Lorenz von Stein bereits im 19. Jahrhundert der wirklichkeitsfremd gewordenen deutschen Rechts- und Staatswissenschaft entgegengehalten und hatte sich aus der Jurisprudenz verabschiedet.<sup>8</sup> Nun wurde die herkömmliche

---

5 Vgl. etwa *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1972, S. 90 ff.

6 *H. Kantorowicz* (Gnaeus Flavius), Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, S. 104 ff.; *ders.*, Monatsschrift für Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform, 1907/8, Heft 4, S. 108; *ders.*, Recht und Wirtschaft 1, 1911, S. 47 ff.; *E. Fuchs*, Juristischer Kulturkampf, 1912, S. 98 ff.; *ders.*, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 1918/19, S. 17. Für die polemische Schärfe dieser Debatte vgl. *E. Picker* (oben Fn. 2) S. 767.

7 *C. Bergbohm*, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. 1, 1892, S. 531 ff.; *V. Ehrenberg*, Die deutsche Rechtsgeschichte und die juristische Bildung, 1894, S. 6.

8 *L. v. Stein*, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, Stuttgart 1876.

juristische Dogmatik erneut, diesmal von marxistischen Grundpositionen aus kritisiert.<sup>9</sup>

Bei der Auseinandersetzung mit der Rolle des Rechts und der Juristen in der Hitler-Diktatur zeitigte die unkritische Übernahme marxistischer Sichtweisen bemerkenswerte Ergebnisse. So kamen manche überzeugte Neomarxisten bei ihren Analysen der Situation in den siebziger Jahren nicht zur Anerkennung der Grundrechtsdemokratie als Gegenposition zu NS- und SED-Diktatur, sondern sie empfahlen die marxistische Diktatur als Therapie gegenüber der des Hitlerreiches.<sup>10</sup>

Die Beispiele zeigen: Dogmatische Grundsatzdebatten sind regelmäßig Begleiterscheinungen von wirklichen oder erwünschten Umbruchsituationen. Dafür gibt es in Deutschland und in Europa während des 20. Jahrhunderts eine Fülle von Belegen. Diese Vorgänge und Diskurse haben einen weitgehenden Trennungsprozeß zwischen Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte eingeleitet und zunehmend vorangetrieben. Heute sind dies in Deutschland nach Gegenstand, Methode und Forschungsinteressen getrennte Disziplinen.<sup>11</sup>

Das hat weitere Gründe: In der Geschichtswissenschaft, in der Philosophie und in der Rechtsgeschichte hat sich die Überzeugung verbreitet, man könne ohnehin aus der Geschichte nichts lernen.<sup>12</sup>

### 3. *Der Funktionsverlust der Rechtsgeschichte*

Das Programm einer geschichtlichen Rechtsdogmatik, so meinen viele, sei mit der Abkehr von der historischen Schule endgültig zu Grabe getragen worden.<sup>13</sup> Folgerichtig spielt die Rechtsgeschichte in der gegenwärtigen deutschen Juristenausbildung heute eine Rolle, die mit „marginal“ noch euphemistisch bezeichnet ist. Mit der weitgehenden Verdrängung von Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie aus der Ausbildung wird (bewußt?) darauf verzichtet, die großen Zusammenhänge der Rechts-

---

<sup>9</sup> Beispielhaft *H. Rottleuthner*, Klassenjustiz, Kritische Justiz (KJ) 1969, 1 ff.; *ders.*, Richterliches Handeln – Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt a.M., 1973; *ders.*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt a.M. 1973.

<sup>10</sup> Nachweise bei *W. Fikentscher*, Methoden des Rechts, Bd. 3, Tübingen 1976, S. 327 unter Hinweis auf *H. Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, 1973, S. 209 ff. Rottleuthners Kritik am Rechtsstaat des Grundgesetzes war 1973 härter als die am Recht des NS-Staates.

<sup>11</sup> *E. Picker*, AcP 201 (2002), 763 ff.

<sup>12</sup> Vgl. etwa die Kontroverse *A. Lübbe/B. Rüthers*, in: Rechtshistorisches Journal 7 (1988), S. 417 ff. und 8 (1989), 387 ff.; ferner *M. Stolleis*, Festschrift Kempner, 1989, S. 385 f.; *R. Dahrendorf*, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, 1965, S. 33; *Schieder*, Festschrift Heimpel, 1971, S. 1 ff., 25 f.; *E. Picker*, Gedächtnisschrift Knobbe-Keuk, 1997, S. 953.

<sup>13</sup> *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S. 423.

entwicklung aufzuzeigen, bleibende, historisch gewachsene und veränderte Erkenntnisgewinne wahrzunehmen und festzuhalten, sich der schlichten Einsicht zu stellen, daß es „ohne Herkunft keine Zukunft“ gibt: Das Wissen um die Herkunft ist eine unverzichtbare Bedingung für die zutreffende Einschätzung der Gegenwart und für eine humane Gestaltung der Zukunft.

Auf den uralten interdisziplinären Theorienstreit, ob Menschen aus der Geschichte etwas lernen können, will ich hier nicht eingehen, aber soviel bekennen: Ich meine mancher ja, sicher nicht alle. Die Deutschen hätten nach ihrer wechselvollen jüngeren politischen Geschichte Anlaß, unbeirrt von theoretischen Spitzfindigkeiten nach praktischen Möglichkeiten des Lernens aus Geschichte zu suchen. Das belegt nicht zuletzt die Verfassungsgeschichte. Was ist jede neue Verfassung anderes als der Versuch, nach leidvollen Erfahrungen der Vergangenheit eine bessere politische Ordnung zu suchen? Das Grundgesetz kann bisher als ein erfolgreiches Beispiel verfassungsdogmatischen Lernens aus Geschichte aufgefaßt werden.

Solches Lernen setzt die Fähigkeit und Bereitschaft voraus,

- die maßgeblichen Wirklichkeiten unbefangen wahrzunehmen und
- aus dem Erkannten Schlüsse nach den Regeln der praktischen Vernunft zu ziehen.

Man muss also lernen wollen und lernen können. Der Glaubenssatz, man könne aus der Geschichte nichts lernen, vernichtet die Chance, aus Erfahrungen wenn nicht klug, so doch klüger zu werden. Das gilt auch für das Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik.

#### 4. *Dogmatik als Dienerin der Herrschenden?*

Die juristische Dogmatik ist vielen Juristen – und nicht nur Juristen – gerade durch die Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts fragwürdig, ja unheimlich geworden. Sie hat maßgeblich dazu beigetragen, daß im Nacheinander der schnell wechselnden politischen Systeme, Rechtsideen und Verfassungsideologien aus denselben unveränderten Rechtssätzen ganz unterschiedliche, oft gegensätzliche Entscheidungen für dieselben Interessenkonflikte hervorzuzaubern und zu begründen. Was für eine Dogmatik ist das, die als rechtstheoretischer Zauberstab unbegrenzte „Auslegungen“ oder besser „Einlegungen“ ermöglicht?

Eines scheint auf den ersten Blick offenkundig zu sein: Die juristische Dogmatik erweist sich als außerordentlich elastisch und anpassungsfähig an sich wandelnde gesellschaftliche, politische und ökonomische Rahmenbedingungen und Wertmaßstäbe. Sie kann sogar der Motor für rechtspoliti-

sche Entwicklungen werden, hat also neben den konservierenden auch dynamische Elemente.

##### 5. Versuch einer Begriffsklärung

Gerade die bisweilen gegensätzlichen Funktionsweisen dessen, was als Rechtsdogmatik bezeichnet wird, lassen eine möglichst genaue Begriffsbestimmung geraten erscheinen.

Das Wort Dogma kommt aus dem Griechischen. Es hat ein Spektrum von möglichen Bedeutungen, wie „festgelegte Meinung“, „Verfügung“ einer zuständigen Instanz oder gefestigter „Lehrsatz“.

In der spätantiken Philosophie bezeichnet das Wort die lehrhafte Formulierung von „Grundwahrheiten“ oder „feststehenden, gültigen Lehrsätzen“. Von dort wurde das „Dogma“ in die christliche Theologie übernommen. In der katholischen Kirche ist es ein feierlich verkündeter und verpflichtender Glaubenssatz.

Im weiteren Sinne bezeichnet das Wort eine „Grundüberzeugung“, die gegen Zweifel nicht durch einen rationalen Beweis, sondern durch autoritative Deklaration und durch glaubensgestützte Akzeptanz gesichert ist.<sup>14</sup> Das Dogma in diesem Sinne erhebt Anspruch auf Gültigkeit und Anerkennung.

Dogmatik ist dann die Lehre von diesen Dogmen, die in den einzelnen Disziplinen eine unterschiedliche Bedeutung und Funktion haben. Die gemeinsame Bedeutung besteht darin, daß die Dogmen die als verbindlich oder gültig anerkannten Grunderkenntnisse eines Lehrgebietes darstellen. Die Art der Verbindlichkeit kann sehr verschieden sein.

Was besagt dieser philosophisch-theologisch entwickelte Begriff der Dogmatik, wenn man ihn in die Rechtswissenschaft überträgt?

Ein Blick in die Rechtsgeschichte zeigt, daß es zu allen Zeiten das Bedürfnis gegeben hat, allgemein anerkannte juristische Grundsätze zu formulieren. Es handelt sich dabei überwiegend nicht um rational beweisbare Aussagen, sondern um solche Grundannahmen („Axiome“), die als gültig vorausgesetzt werden, aber nach unseren Erfahrungen im Wechsel der jeweils herrschenden Rechtsanschauungen jederzeit revidiert werden können. Dazu gehört etwa die Entscheidung für einen Kanon und eine Rangfolge von Grundwerten, wie sie im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes verankert sind. Das Grundgesetz wird daher vom Bundesverfassungsgericht und der h. L. folgerichtig, wenn auch nicht unwidersprochen, als eine verbindliche „Wertordnung“ verstanden. Werturteile sind zwar rational diskutierbar, etwa unter dem Gesichtspunkt, welche normativen Regelungen dem Gedeihen

---

<sup>14</sup> Der große Brockhaus in 12 Bänden, Bd. 3, Wiesbaden 1978, S. 219.

einer Gesellschaft dauerhaft dienlich sind. Aber sie sind nicht „logisch beweisbar“. Deshalb gehört die Festlegung und Durchsetzung von Werturteilen in der Rechtsordnung zu den unverzichtbar notwendigen Aufgaben der Gesetzgebung.

Dogmatik bedeutet, angewendet auf das Recht, demnach die Erläuterung der für das geltende Recht maßgebenden Grundwerte, Begründungen und Problemlösungen. Erst daraus lassen sich die Lösungen von Einzelfragen sinnvoll und möglichst widerspruchsfrei ableiten. Sie umfaßt alle Grund- und Lehrsätze, Grundregeln und Prinzipien der Rechtsordnung. Das sind einmal diejenigen, die in Gesetzen festgeschrieben sind und durch Auslegung gewonnen werden, aber auch diejenigen, die Justiz und Rechtswissenschaft mit allgemeiner Anerkennung den gesetzlichen Regeln hinzugefügt haben.

(Beispiele: „Informationelles Selbstbestimmungsrecht“;  
„Allgemeines Persönlichkeitsrecht“, § 823 I BGB)

Die Dogmatik soll das geltende Recht mit rationaler Überzeugungskraft und unter Berufung auf allgemein anerkannte Grundwerte (Wertüberzeugungen) erklären. Sie ist gleichsam das *innere System* einer in verschiedenen Entwicklungsstufen gewachsenen, unübersichtlichen und oft nicht widerspruchsfreien geschriebenen Rechtsordnung.

## 6. Dogmatik und Gesetz

Die erste Quelle der Dogmatik sind die geltenden Gesetze. Sie entwickelt sich aus der verfassungsgemäßen Auslegung der gesamten Rechtsordnung als einer widerspruchsfrei gedachten Einheit, die nicht in den Gesetzen vorhanden ist, sondern durch eine harmonisierende Interpretation („Konkordanz“) der real vorhandenen Lücken und Widersprüche hergestellt werden muß. Insoweit ist die Jurisprudenz eine Textwissenschaft.<sup>15</sup> Sie hat es, wie andere Textwissenschaften, (Philosophie, Literaturwissenschaft, Geschichte, Theologie u. a.) mit Texten zu tun. Das sind vor allem Gesetzestexte, amtliche Gesetzesbegründungen, Gerichtsentscheidungen, Darstellung von Problemlösungen für die Schaffung von Rechtssätzen, rechtswissenschaftliche Diskurse in Fachzeitschriften etc.

Ihre Texte haben, soweit es sich um *geltendes Recht* handelt, gegenüber anderen Textwissenschaften eine besondere Art von Verbindlichkeit: Sie beanspruchen „Geltung“. Juristen sind bei der Rechtsanwendung an „Gesetz und Recht“ gebunden (Art. 20 III GG).

---

<sup>15</sup> B. Rütters, Willkür in den Worten, FAZ v. 23.12.02, S. 8; ders., Rechtstheorie, München 1999, Rdnr. 150 ff., 156 ff.

a) *Die Unsicherheit der Sprache*

Gesetze sind in Rechtssätzen, also in Sprache gefaßt. Die Sprache ist ein unsicheres, ungenaues Medium. Ihre Begriffe sind oft mehrdeutig (wie etwa das „Amt“ oder die „Batterie“) oder unbestimmt. Was ist etwa eine „Waffe“ i. S. von § 224 I Nr.2 StGB (gefährliche Körperverletzung) oder was bedeutet „Nachtzeit“ bei der schweren Jagdwilderei nach § 292 II Nr.2 StGB? Was ist ein wesentlicher Bestandteil („zur Herstellung eingefügt“) nach § 94 II BGB?

Wortbedeutungen („Intensionen“) sind darüber hinaus im historischen Verlauf, im Wandel der herrschenden moralischen und politischen Wertvorstellungen und Systeme veränderlich, etwa „Treu und Glauben“, „gute Sitten“, „wichtiger Grund“. Alle zentralen juristischen Begriffe sind auch gesellschaftlich geprägt und bedeuten deshalb je nach der bestehenden Gesamtordnung Verschiedenes.<sup>16</sup> Die Begriffe haben nämlich, ebenso wie die Individuen, ihre Geschichte und vermögen ebenso wenig wie diese, der Gewalt der Zeit zu widerstehen.<sup>17</sup>

b) *Dogmatik als Aufgabe und Produkt der Auslegung*

Damit wird deutlich: Juristische Dogmatik kann nicht im Gesetz allein gefunden werden. Zu den genannten Unsicherheitsfaktoren der Sprache (Mehrdeutigkeit, Unbestimmtheit, Wandelbarkeit) kommt als weiteres Auslegungsproblem hinzu, daß Gesetze in aller Regel lückenhaft sind.

Schon im 19. Jahrhundert wußte man, daß Gesetze – im Gegensatz zur Idee der vollständigen und perfekten Kodifikation –, nur als unvollständig und unfertig hervorgebracht werden können. Schon deshalb ist die *generelle* Definition der Gesetzeslücke als einer „*planwidrigen* Unvollständigkeit“ (Larenz) problematisch. Sie läßt die von der Gesetzgebung *geplanten* wie auch die sekundären Lücken, die nach dem Inkrafttreten entstehen, außer Betracht.

Die unvermeidbare Lückenhaftigkeit gilt bereits für den Zeitpunkt der Verabschiedung eines neuen Gesetzes, denn die Gesetzgebung kann nur selten alle regelungsbedürftigen Einzelfragen erkennen („primäre Lücken“). Mit dem Alterungsprozeß eines Gesetzes (BGB von 1900) und den gesellschaftlichen Veränderungen werden die Lücken immer zahlreicher. Die Gerichte müssen ständig Rechtsfragen entscheiden, welche die Gesetzgebung nicht kennen und regeln konnte („sekundäre Lücken“). Die neu zu

---

<sup>16</sup> L. von Stein, Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands, Stuttgart 1876, S. 135.

<sup>17</sup> S. Kierkegaard, dän. Philosoph und Theologe, 1813-1855.

entscheidenden Probleme müssen aber in das System, in die Dogmatik der geltenden Rechtsordnung, „eingepaßt“ werden.

Schon die römischen Juristen wußten, daß die Gesetze nicht fertige Lösungen für alle Rechtsfragen bereithalten können. Bei Pomponius (Dig. 1, 2, 2, 12) finden wir eine bemerkenswerte Definition der Dogmatik, sie sei

„...quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit.“

Dogmatik ist danach dasjenige, was ohne im Gesetz geschrieben zu sein, auf kluger Interpretation beruhe.

Andererseits legt der Gesetzgeber für alle Rechtsgebiete Grundwerte und „oberste Grundsätze (H. Coing) fest, die, zumal wenn sie in der Verfassung verankert sind, absoluten Geltungsanspruch besitzen, also unverrückbare „Säulen der Dogmatik“ bilden und das Gesamtgefüge der Rechtsordnung tragen. Erst die Dogmatik deckt dieses innere System der Gesamtrechtsordnung auf.

Aus diesem Grund ist das von der Dogmatik entwickelte System aussagekräftiger und „gültiger“ als die einzelne, immer interpretationsbedürftige Gesetzesbestimmung. Die Gesetze geben der Dogmatik allerdings die maßgeblichen Fixpunkte für die Erkenntnis des inneren Wertungszusammenhangs.

Was allerdings „kluge Interpretation“ genannt werden kann und was nicht, das bleibt nach aller historischen Erfahrung nicht selten umstritten. Entscheidend ist im Ergebnis, welche Auffassung sich jeweils als „herrschend“ durchsetzt, als „gültig“ akzeptiert wird. Beispiele:

- a) Sicherungseigentum versus Faustpfandrecht;
- b) Geldersatz bei Persönlichkeitsverletzung versus § 253 BGB.

Es geht regelmäßig um einen Konkurrenzkampf unterschiedlicher Auffassungen in der Frage, welches die „angemessene“, „richtige“, „systemgerechte“, „dogmatisch saubere“, „gültige“ Lösung für systemrelevante Regelungsprobleme sei.

#### *7. Die Zeitgebundenheit / Vergänglichkeit juristischer Dogmen – Unterschiede zwischen juristischer und theologischer Dogmatik*

Hier deutet sich ein wichtiger Unterschied zwischen juristischer und theologischer Dogmatik an, der für unser Thema („Rechtsdogmatik und Rechtspolitik“) zu beachten ist. In der katholischen Theologie ist das Dogma eine durch Bibel oder Überlieferung offenbarte, unverrückbare („ewige“) Glaubenswahrheit, die vom kirchlichen Lehramt mit „Unfehlbarkeit“<sup>18</sup> de-

benswahrheit, die vom kirchlichen Lehramt mit „Unfehlbarkeit“<sup>18</sup> definiert wird. Die Verkündung durch das Lehramt begründet die durch den Glauben verbürgte Wahrheit und Unabänderlichkeit. Zwar kann die Interpretation eines kirchlichen Dogmas dem jeweiligen geschichtlichen Verständnis angepaßt werden. Der Inhalt aber soll nach der Lehre von der kirchlichen Dogmatik unverändert bleiben und begründet eine Glaubensverpflichtung für alle Kirchenmitglieder. Der von Hans Küng erneut aufgeworfene Streit über den Inhalt des Dogmas von der Unfehlbarkeit des päpstlichen Lehramtes und die Wandlungen der kirchlichen Lehren etwa zu Fragen der Religionsfreiheit und der Grund- und Menschenrechte zeigen die Probleme, die entstehen, wenn mit sprachlichen Formulierungen zeitlos gültige Aussagen „für die Ewigkeit“ festgeschrieben werden sollen.

Der *juristischen* Dogmatik liegt ein grundlegend anderer Dogmenbegriff zugrunde. Juristische Gesetze und die auf ihnen beruhenden Rechtsordnungen sind historische Erscheinungen. Sie entstehen aus ethnischen, geographischen, klimatischen, kulturellen, ökonomischen, religiösen, gesellschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen und Gestaltungsfaktoren. Sie sind zeitbedingt, vielfältig veränderbar und müssen das sein. Damit ist klar: Juristische Dogmen sind kein „Ewigkeitsprodukt“. Juristische Dogmatik ist keine dauerhafte, starre Gegebenheit, sondern auf temporäre Geltung und Veränderung angelegt. Sie drückt zwar den Willen zu einer normativ verfestigten Ordnung aus, den Wunsch nach Kontinuität und Verlässlichkeit, ist aber gleichwohl zeitbedingt und variabel.

Das Grundgesetz der Bundesrepublik macht an einer Stelle eine Ausnahme von der prinzipiellen Veränderbarkeit allen Rechts. Es enthält in Art. 79 III eine „Ewigkeitsklausel“ für einige Grundelemente der Verfassung. Der Versuch einer solchen unveränderlichen Festschreibung fundamentaler Grundwerte (föderativer Staatsaufbau, Menschenwürde, demokratischer Rechtsstaat) ist auf dem Hintergrund der Erfahrungen mit der NS-Diktatur zu sehen. Rechtsgeschichte, zumal Verfassungsgeschichte kann als Beweis dafür genommen werden, daß Lernen aus der Geschichte möglich ist. Die Reichweite der Ewigkeitsklausel ist allerdings umstritten, zumal das Grundgesetz selbst von seinen Schöpfern 1949 als eine vorläufige Verfassung verstanden wurde. Abgesehen von dieser Ausnahme sind staatliche Gesetze zeitbedingt, können altern und ganz oder teilweise obsolet werden.

Juristische Dogmatik ist daher, anders als theologische Dogmatik, eine Lehre auf Zeit, nicht auf Ewigkeit. Sie ist die systematische Zusammenfas-

---

<sup>18</sup> Vgl. kritisch H. Küng, *Unfehlbar? – Eine Anfrage*, 5. Aufl. 1975; dazu K. Rahner (Hrsg.), *Antworten auf die Anfrage von H. Küng*, 1972.

sung des überwiegend anerkannten, „geltenden“ Rechts zu bestimmten Problem- und Regelungsbereichen, die auf Entwicklung und Weiterbildung angelegt ist.

Diese vorläufige Antwort auf die Frage „Was ist juristische Dogmatik?“ führt zu weiteren Fragen:

- Wie entsteht juristische Dogmatik?
- Worauf gründet sich ihr Gültigkeitsanspruch?
- Welche Funktionen hat sie?

## II. *Wie entsteht Rechtsdogmatik?*

### 1. *Der Zwang zu schnellen Entscheidungen*

Das Leben, mit dessen Beurteilung und Steuerung es die Juristen zu tun haben, ist immer bunter, vielfältiger und dynamischer als das Gesetz und als die Regelungsphantasie aller menschlichen Normsetzer. Der Rechtsverkehr und seine Teilnehmer sind auf allen Lebens- und Rechtsgebieten unendlich erfindungsreich.

Entwickelte Gesellschaften zeichnen sich durch ihre rasante Veränderungsgeschwindigkeit und die wachsende Komplexität aller Lebensbereiche, ihrer Organisationsformen und ihrer Steuerungsmittel aus. Die Rechtsordnung eines Rechtsstaates muß für alle, auch für die der Gesetzgebung noch unbekannt und ungeregelten Interessenlagen eine „passende“, systemgerechte Lösung bereitstellen. Das ist in dem damit angedeuteten Bereich der Gesetzes- und Rechtslücken die verfassungsmäßige Aufgabe der Justiz.<sup>19</sup>

Die Gerichte müssen im Rahmen ihrer Zuständigkeit alle ihnen vorgelegten Streitfälle entscheiden. Insoweit gilt das Rechtsverweigerungsverbot.<sup>20</sup> Es gibt also keine rechtshängigen Streitfälle, die unentschieden bleiben oder von den Gerichten an die Gesetzgebung verwiesen werden können. Jede Rechtsfrage muß in nützlicher, prozeßrechtlich geregelter Frist vom zuständigen Gericht beantwortet werden. Dieser Zeitzwang unterscheidet die Jurisprudenz, vor allem die Justiz, von vielen anderen Wissenschaften; nur in der Medizin ist es ähnlich (SARS, HIV, etc).

---

<sup>19</sup> Ganz h. L., BVerfGE 34, 269; 65, 182; 69, 188; 75, 223, 243 f.; zu den Grenzen vgl. BVerfGE 69, 315, 371 f.; 82, 6.

<sup>20</sup> Dazu näher *E. Schumann*, Das Rechtsverweigerungsverbot, ZZP 81 (1968), S. 79 ff.; *B. Rütters*, Rechtstheorie, München 1999, Rdnr. 314, 823.

## 2. Die Irrtumsrisiken

Andererseits sind weder die Gerichte noch die juristische Dogmatik allwissend. Sie sind aber dazu verpflichtet, auch solche Streitfälle und Rechtsfragen zu entscheiden, die ihnen neu und unbekannt sind. Für sie gilt eine besondere Gesetzmäßigkeit des Handelns, die sonst eher in der Politik zu beobachten ist:

„Die Notwendigkeit, zu entscheiden, geht weiter als die Möglichkeit, zu erkennen.“<sup>21</sup>

Der Satz drückt die Vorläufigkeit und die mögliche Irrtumsbefangenheit juristisch-dogmatischer Problemlösungen aus. Die Juristen tasten sich, wie die Mediziner, unter dem Zwang unaufschiebbarer Entscheidungen von Fall zu Fall an sachgerechte Antworten auf neue Fragen heran. Die juristische Dogmatik speichert, analysiert und bewertet die Erfahrungen und Folgen der bisher verwendeten Lösungsmodelle.

Die Komplexität entwickelter Gesellschaften, die begrenzte Regelungsfähigkeit der Gesetzgebung und das Rechtsverweigerungsverbot steigern die Schwierigkeiten bei der Ausarbeitung einer dem jeweiligen Entwicklungsstand entsprechenden juristischen Dogmatik. Soviel ist klar: Mit dem Veränderungstempo der ökonomischen, technischen, gesellschaftlichen und politischen Systeme ist unvermeidbar eine permanente Dynamisierung der Dogmatiken in den betroffenen juristischen Teildisziplinen verbunden. Ihre „Verfallzeiten“ werden unter dem Einfluß der genannten Faktoren kürzer.

## 3. Die „Wahrheit“ und Gültigkeit dogmatischer Sätze

Für offene Regelungsfragen gibt es kaum je allein „wahre“ oder „richtige“ normative Antworten. Sie lassen nach der Erfahrung der Juristen in Geschichte und Rechtsvergleichung, nicht zuletzt im Blick auf das Ringen um „gerechte“ Lösungen in den Parlamenten demokratischer Staaten, in aller Regel verschiedene Lösungsmöglichkeiten zu, die von ihren Vertretern jeweils als besonders „gerecht“ empfunden werden. Es geht dabei letzten Endes um das Problem von „Recht und Gerechtigkeit“.<sup>22</sup>

Der Streit der Rechtsmeinungen in der juristischen Literatur und der Parteien im Parlament sowie die vielfältig abweichenden Entscheidungen in der Justiz, nicht selten von Senaten im selben obersten Bundesgericht, beweisen die Relativität juristischer Lösungsansätze. In diesem Widerstreit der Meinungen benötigt die juristische Praxis Orientierungen für ihr berufliches Handeln. Das sollte eine sorgfältig ausgearbeitete juristische Dogmatik bie-

---

<sup>21</sup> A. Gehlen, *Der Mensch*, 1. Aufl., Berlin 1940, 12. Aufl., Wiesbaden 1978, S. 303.

<sup>22</sup> Dazu B. Rütters, *Rechtstheorie*, München 1999, Rdnr. 343 ff., 349, 400.

ten. Sie kann zeigen, welche sinnvollen, systemverträglichen Lösungen und Begründungen es für die Antwort auf eine Rechtsfrage gibt und welcher der konkurrierenden Vorschläge den Vorzug verdient.

Mit der Aufstellung dogmatischer Lehrsätze, gegründet auf Gesetz und bewährter Lehre oder begründeter Eigenwertung, ist dann jeweils der Anspruch verbunden, dies sei die sachgerechte, „gültige“ Lösung einer Rechtsfrage. Dabei ist jedoch zu beachten:

Eine „Wahrheit“ dogmatischer Lehrsätze oder Lösungsvorschläge kann es nicht geben. Juristische Regelungsprobleme sind immer *wertbezogen*. Rechtsnormen enthalten Werturteile der Normsetzer, wie das Zusammenleben der Menschen nach ihrer Überzeugung geregelt werden soll. Dasselbe gilt für den Kerngehalt dogmatischer Sätze.

Über die Frage, ob Werturteile und normative Sätze mit dem Anspruch auf wissenschaftliche Objektivität als „wahr“ oder „richtig“ bewiesen werden können, ist seit dem Beginn des 20. Jahrhunderts, maßgeblich angestoßen von Max Weber, eine heftige, teilweise noch andauernde Kontroverse entbrannt, der „Werturteilsstreit“.<sup>23</sup> Ich muß mich hier auf das für mich einleuchtende Ergebnis dieser Kontroverse beschränken:

Bei allen Rechtsnormen und normativen Sätzen, zu denen auch die Lehrsätze der juristischen Dogmatik gehören, geht es darum, was zur Regelung bestimmter Lebensbereiche zu tun ist, welche Handlungsgebote gelten sollen. Solche Sätze sind nicht als „wahr“ oder „richtig“ beweisbar. Sie können nur als angemessen, sinnvoll, systemgerecht diskutiert und begründet werden.<sup>24</sup> Eine absolute Richtigkeit von Gesetzesnormen, richterrechtlichen Fallnormen oder dogmatischen Sätzen scheidet daher aus. Letzteres zeigt schon die Erfahrung, daß immer wieder gleichgelagerte Streitfälle von verschiedenen Gerichten oder auch Senaten desselben obersten Bundesgerichts gegensätzlich entschieden werden. Nicht selten „novellieren“ oberste Bundesgerichte ihre eigene Rechtsprechung zum selben Problem. So hat das BAG etwa in seiner Rechtsprechung zum Begriff des „leitenden Angestellten“ und zur Arbeitnehmerhaftung mehrfach geschwankt. Auch die Gesetzgebung regelt manchmal dieselbe Materie in kurzen Abständen mehrfach neu und unterschiedlich, neuerdings sogar in derselben Regierungskoalition.

---

<sup>23</sup> Vgl. nur *K. Acham*, Sozialwissenschaften und Wertgeschehen, sowie *H. Albert*, Wertfreiheit als methodisches Prinzip, beide in *E. Topitsch*, Logik der Sozialwissenschaften, 12. Aufl., Frankfurt a.M. 1993, S. 165 ff. u. S. 196 ff.; *Th. Adorno*, Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie, 14. Aufl., Darmstadt 1991. – Zur Bedeutung für die Jurisprudenz vgl. *B. Rüthers*, Rechtstheorie, München 1999, Rdnr. 294 ff., 579 ff.

<sup>24</sup> *B. Rüthers*, Rechtstheorie, München 1999, S. 121 ff.

Menschliches Erkennen ist im Bereich der Wissenschaften niemals abgeschlossen. Selbst das Erfahrungswissen der Naturwissenschaften befindet sich nach der Überzeugung des Bundesverfassungsgerichts, das sich insoweit der skeptischen Erkenntnistheorie des „Kritischen Rationalismus“ von Xenophanes und Karl R. Popper anschließt

„immer nur auf dem neuesten Stand des möglichen Irrtums.“<sup>25</sup>

Dieser Vorbehalt muß erst recht für die Aussagen der juristischen Dogmatik gelten. Diese haben wegen ihrer Wertbezogenheit und Geschichtlichkeit keinen höheren, eher einen geringeren Gewißheitsgrad als naturwissenschaftliche Aussagen.

Deshalb gibt es keine absolut wahren oder richtigen dogmatischen Lehrsätze im Sinne zeitlos gültiger Erkenntnisse. Sie stehen in der Regel in einer Konkurrenz zu anderen Lösungsmodellen. Es geht dann um ein Mehr oder Weniger an Zweckmäßigkeit, Vertretbarkeit, Systemrationalität im Hinblick auf die Widerspruchsfreiheit zur Gesamtrechtsordnung und auf die erwartbaren Folgen.

### *III. Der Wandel der Dogmatik in der Wende vom Gesetzesstaat zum Richterstaat*

#### *1. Die Führungsrolle der letzten Instanzen*

Der Zwang der Gerichte, alle systemrelevanten Streitfragen, die ihnen vorgelegt werden, alsbald zu entscheiden, rückt die Autorität der letzten Instanzen in den Mittelpunkt der Betrachtung.

#### *a) Der Siegeszug des Richterrechts*

Die Bundesrepublik Deutschland vollzieht in den letzten Jahrzehnten fortschreitend einen Wechsel vom Gesetzesstaat zum Richterstaat.<sup>26</sup> Das Kodifikationszeitalter des 18. und 19. Jahrhunderts wurde, beginnend mit der Wende zum 20. Jahrhundert und dem 1. Weltkrieg, zunehmend abgelöst durch eine Epoche staatlicher Maßnahmegesetze und richterlicher Normsetzungen. Als erste Schritte dieses Übergangs sind zu nennen die richter-

---

<sup>25</sup> BVerfGE 49, 89, 43 (Kalkar) = NJW 1979, 359, 363. Es fällt auf, daß das Gericht hier die Kernthese der Erkenntnistheorie des kritischen Rationalismus zitiert, ohne ihren Autor Popper zu erwähnen. Vgl. etwa *K. R. Popper*, Auf der Suche nach einer besseren Welt, München 1987, S. 41 ff., 55 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *B. Rüthers*, Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, in: *Picker/Rüthers* (Hrsg.), Recht und Freiheit, Symposium zu Ehren von Reinhard Richardi, München 2003, S. 111-136; gekürzte Fassung in JZ 2002, 365 ff.

liche Zulassung der „Geschäftsgrundlage“ (clausula rebus sic stantibus) als Leistungseinwand gegen den Willen des BGB-Gesetzgebers sowie das Aufwertungsurteil des Reichsgerichts vom 28. November 1923.<sup>27</sup> Die Einzelheiten sind bekannt und können hier dahinstehen. Es genügt die zusammenfassende These:

Der überwiegende Teil des heute geltenden Rechts ist nicht mehr das Gesetzesrecht sondern das Richterrecht der letzten Instanzen.<sup>28</sup>

Sie ist auf allen Rechtsgebieten verifizierbar, besonders aber dort, wo die einschlägigen normativen Regelungen schmal sind (Beispiel: Verfassungsrecht) oder gänzlich fehlen, weil die Regelungsbereitschaft der Gesetzgebung – aus welchen Gründen auch immer – gering ist (Beispiele: Arbeitsgesetzbuch, Arbeitskampfrecht). In allen Bereichen mit geringer gesetzlicher Regelungsdichte, das sind zunehmend fast alle Rechtsdisziplinen, ist für alle Beteiligten und Betroffenen die Frage entscheidend:

Wie wird die letzte Instanz entscheiden?

Danach versuchen sie ihr Verhalten im Rechtsverkehr auszurichten. Meine zweite These:

Der quantitative Vormarsch und der qualitative Vorrang des Richterrechts hat inzwischen den Begriff und die Entstehungsweisen der Rechtsdogmatik inhaltlich verändert.

In den weiten genannten Bereichen sind die Richter der letzten Instanzen in einem früher unbekanntem Ausmaß zu „professionellen“ Normsetzern, zu Ersatzgesetzgebern geworden. Das gibt der Frage, wie juristische Dogmatik entsteht, eine neue Dimension. Wird sie von übergeordneten Instanzen geschaffen und vorgegeben oder ist sie das Produkt eines interaktiven historischen Erfahrungs- und Erkenntnisprozesses, auf dessen Ergebnisse die Gesetzgebung, die Gerichte und das Schrifttum gleichermaßen einwirken? Dogmatik als ausschließliche Emanation autoritärer staatlicher Vorgaben, das erscheint als eine auf den ersten Blick gerade in liberalen Verfassungsstaaten wenig überzeugende Vorstellung.

Andererseits prägen die Entscheidungen der letzten Instanzen mit ihren darin aufgestellten Fallnormen unverkennbar die Inhalte der Rechtsordnung und zugleich damit die Prinzipien der Rechtsdogmatik. Man muß sich nur an die „Mutlangen“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erinnern, in der eine 80-jährige Rechtsprechungstradition mit der Veränderung einer

---

<sup>27</sup> Dazu B. Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl., Heidelberg 1997, S. 13 ff., 36 ff., 66 ff.

<sup>28</sup> B. Rütters, Rechtstheorie, München 1999, Rdnr. 41 ff., 235-258, 822 ff., 865 ff.

Richterstimme im zuständigen Senat entgegen der eigenen früheren Rechtsprechung beiseite geschoben wurde.<sup>29</sup>

Der ursprüngliche Sinn des Wortes „Dogma“ gewinnt mit dem Wandel zum Richterstaat eine gesteigerte Aktualität. Es bedeutete in der Antike und jetzt erneut verstärkt eine *autoritative Verfügung*, einen *verbindlichen Lehrsatz*.

Die letzten Instanzen setzen heute mit ihren Fallnormen gesetzgebungsähnliche rechtspolitische Akte. Sie ändern geltendes und schaffen neues Recht. Die Beispiele sind Legion (c.i.c., p.V.V., „Herrenreiter“, „Mutlangen“, „Arbeitnehmerhaftung“, „informationelles Selbstbestimmungsrecht“, u.v.a.). An diesen Beispielen bewährt sich die Begründung der Rechtsgeltung, die Thomas Hobbes im 17. Jahrhundert in seinem Hauptwerk „Leviathan“ gegeben hat:

„Auctoritas non veritas facit legem.“<sup>30</sup>

Die von Macht getragene Autorität schafft das Recht.

#### b) *Verfassungswandel und Dogmatikbegriff*

Es ist keine Übertreibung, in der hier angedeuteten Wendung zum Richterstaat einen von der Staatslehre wenig beachteten und unterschätzten, einschneidenden Verfassungswandel zu sehen. Die Gewaltentrennung, wie sie Art. 20 III GG vorsieht, hat ein neues Gesicht erhalten. Die Normsetzungsmacht ist faktisch in einem bisher unbekanntem Ausmaß von der Gesetzgebung auf die Justiz übergegangen. Wegen der Unabhängigkeit der Richter scheidet eine politische Kontrolle ihrer Amtsführung aus. Sie werden an den Bundesgerichten auf Lebensdienstzeit, am Bundesverfassungsgericht auf zwölf Jahre gewählt. Die Normsetzung liegt damit in der Bundesrepublik in einem erheblichen Umfang nicht mehr beim Parlament, sondern bei den Richterinnen und Richtern der letzten Instanzen. Sie ist in dem Ausmaß, in dem die Rechtsordnung immer mehr aus Richterrecht besteht, eine Domäne von Juristen geworden. In diesem Bereich kann die Bundesrepublik nur noch sehr eingeschränkt als eine parlamentarische Demokratie bezeichnet werden. Die Normsetzung ist zu erheblichen Teilen in die Hände einer „*Juristenaristokratie*“, besser: „*Richteraristokratie*“ gewandert. Die Kriterien der erforderlichen Ausbildung, Qualifikation und Berufserfahrung, das Wahlverfahren und ein erforderliches Mindestalter bestätigen diese Klassifikation.

---

<sup>29</sup> BVerfGE 92, 1 gegen BVerfGE 73, 206. Vgl. die eingehende Kommentierung bei Tröndle/Fischer, StGB, 49. Aufl. 1999, § 240, Rdnr. 2 b ff.

<sup>30</sup> Th. Hobbes, Leviathan, 26. Kap.

Mit dem Vordringen des Richterrechts hat sich auch die Dogmatik verändert. Solange das Gesetzesrecht den Rechtsbegriff vorrangig prägte, bezeichnete der Dogmatikbegriff jenen übergreifenden Erklärungszusammenhang der Rechtsordnung, der, wie schon Pomponius gesagt hat, aus dem einzelnen Gesetz allein nicht zu entnehmen war. Die Rechtswissenschaft suchte durch „kluge Interpretation“ ein einheitliches „inneres System“, eine in sich stimmige, widerspruchsfreie Gesamregelung des jeweiligen Lebensbereiches zu entwickeln. Zentraler Orientierungspunkt waren dabei die Regelungsziele der Gesetzgebung.

Die Ausweitung des Richterrechts bedeutete zugleich einen Rückzug, mindestens ein Zurücktreten der Gesetzgebung bei der Festlegung der Regelungsziele. Die Leitlinien der Rechtspolitik werden nicht mehr primär von der Gesetzgebung, sondern in zunehmendem, erheblichem Umfang von der Justiz gezogen. Sie bestimmt damit auch Fixpunkte der sich wandelnden Dogmatik. Ein Beispiel dafür ist etwa die Veränderung der Schutzbereiche der Medienfreiheit und des individuellen Ehrenschatzes nach Art. 1, 2, und 5 GG. Ein anderes bildet die fast uferlose richterrechtliche Ausdehnung des Kündigungsschutzes bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen entgegen den gesetzgeberischen Zielen des Kündigungsschutzgesetzes.<sup>31</sup>

Dieser Trend, die Normsetzung über die Grenzen der Gewaltentrennung hinaus auf die Justiz zu verlagern, wird bestärkt durch die Praxis des Bundesverfassungsgerichts, bei der Normenkontrolle nicht mehr nur die Verfassungsmäßigkeit erlassener Gesetze zu prüfen, sondern weit darüber hinaus dem Parlament Richtlinien vorzuschreiben, wie die künftige Gesetzgebung auf dem fraglichen Gebiet auszusehen habe, damit sie vor dem Gericht bestehen könne.<sup>32</sup>

Die Entscheidungen der letzten Instanzen haben für den Rechtsverkehr gesetzesähnliche Wirkungen, gleich ob sie im Lückenbereich ergehen, eine bestehende gesetzliche Regelung oder eine ständige Rechtsprechung abändern. Dieser Effekt wird durch die Verfahrensgesetze aller Rechtsgebiete durch den Zulassungszwang für Rechtsmittel und durch Vorlagepflichten bei abweichenden Entscheidungen der Instanzgerichte untermauert.<sup>33</sup> Den letzten Instanzen werden so Richtlinienfunktionen zugewiesen. Im Ergebnis

---

<sup>31</sup> Nachweise bei *B. Rüthers*, Vom Sinn und Unsinn des geltenden Kündigungsschutzrechtes, NJW 2002, 1601 ff.

<sup>32</sup> Vgl. dazu eingehend *W. Brohm*, Die Funktion des BVerfG – Oligarchie in der Demokratie, NJW 2001, 1-10; ferner *B. Rüthers*, Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, JZ 2002, 365 ff.

<sup>33</sup> *B. Rüthers*, Rechtstheorie, München 1999, Rdnr. 245 ff.

bewirken die Verfahrensgesetze, daß die Gesetzesbindung der Gerichte (Art. 20 III, 97 I GG) weniger wirksam sanktioniert ist als die Bindung der Instanzgerichte an das Richterrecht der letzten Instanzen.

Die obersten Bundesgerichte haben also eine fast absolute Führungsrolle für die Entwicklung der Rechtsordnung und der Rechtsdogmatik übernommen. Sie sind in dieser Funktion zu Konkurrenten der Gesetzgebung geworden, nicht selten zu *überlegenen* Konkurrenten. Insofern hat sich gegenüber der von den Schöpfern des Grundgesetzes angestrebten Kompetenzverteilung nach Art. 20 III und 97 I GG ein stiller, aber tiefgreifender Wandel vollzogen.

Die Parteien haben das längst erkannt. Der leidenschaftlich und oft mit seltsamen Mitteln geführte politische Kampf um die Besetzung hoher Richterämter beweist das.<sup>34</sup> Dieser Kampf hat inzwischen, nicht nur in Einzelfällen, erkennbare, problematische Auswirkungen auf das Gewicht des Kriteriums der fachlichen Eignung der Gewählten. Der Trend geht, wie mehrere Konkurrentenklagen zeigen, bei den großen Parteien dahin, der Parteitreu und der politisch-ideologischen Zuverlässigkeit den Vorzug vor der Fachkompetenz und der richterlichen Unabhängigkeit zu geben.<sup>35</sup> Ein über den Bundesrat eingebrachter Entwurf zur Reform der Richterwahl zu den Bundesgerichten hat geringe Realisierungschancen.

Für die Ausbildung einer einheitlichen Dogmatik bedeutete das Vordringen des Richterrechts in allen Disziplinen ein gesteigertes Risiko der Unübersichtlichkeit und der Widersprüchlichkeit des geltenden, gemischten Normengefüges aus Gesetzes- und Richterrecht. Schon bei der parlamentarischen Gesetzgebung kommt es immer häufiger zu Wertungswidersprüchen („Kollisionslücken“) und Verwerfungen innerhalb eines Gesetzes oder zwischen verschiedenen Gesetzgebungsakten. Aber die Vorarbeiten der beteiligten Ministerien mindern immerhin dieses Risiko. Ganz anders ist das beim Richterrecht. Die Multiplikation der Ersatzgesetzgeber schafft hier erhebliche Gefahrenquellen. Widersprüchliche Auffassungen und Entscheidungen der verschiedenen Senate eines obersten Bundesgerichts, sogar des Bundesverfassungsgerichts sind keineswegs seltene Ausnahmen.

Ein besonderes Kapitel ist in diesem Zusammenhang der sogenannte „horror pleni“. Der Begriff bezeichnet die Scheu einzelner Senate von Bundesgerichten, bei geplanten Abweichungen von der Rechtsprechung ihres Großen Senates, diesen, wie gesetzlich vorgeschrieben, vorher anzurufen. Der erste Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in Fragen des Arbeits-

---

<sup>34</sup> Näher B. Rüthers, Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?, JZ 2002, 365 ff.

<sup>35</sup> Vgl. B. Rüthers, wie vorige Fußnote.

kampfrechts die Rechtsprechung seines Großen Senats in Fragen der Kampfparität und des „ultima ratio“-Prinzips durch seine Rechtsprechung seit 1974 im Ergebnis auf den Kopf gestellt, ohne ein einziges Mal seine zahlreichen Abweichungen von den Grundsätzen des Großen Senats diesem vorher vorzulegen, wie es das Arbeitsgerichtsgesetz in § 45 II vorschreibt. Trotz frühzeitiger, wiederholter Kritik an diesen fortgesetzten Gesetzesverstößen<sup>36</sup>, die im Hinblick auf Art. 101 I 2 GG („gesetzlicher Richter“) zugleich Verfassungsverstöße darstellen, hat der Senat bisher jede Begründung dieser rechtswidrigen Strategie verweigert. Die Folgen der gestörten Kampfparität sind u.a. an der seit 1980 ständig gewachsenen Massenarbeitslosigkeit abzulesen, die auch der Sachverständigenrat in seinen Jahresgutachten seit vielen Jahren wesentlich den verunglückten Regelungen von Teilen des Arbeitsrechts zurechnet.<sup>37</sup>

## 2. *Dogmatische Irrtümer im Richterrecht*

Wahre oder absolut richtige Problemlösungen hat nach allem auch das Richterrecht der letzten Instanzen nicht zu bieten. Es gibt sie nicht. Aber es gibt nachweisbar gesetzwidrige, zweckwidrige, widersprüchliche, auf Denkfehlern beruhende oder unangemessene, also „falsche“ Lösungen und Entscheidungen. Auch Bundesgerichte können irren. Aber sie irren mit einer besonderen, verfahrensgesetzlich gesicherten Eigenart:

Sie irren rechtskräftig.

Die Feststellung ist von erheblicher juristischer Tragweite. Auch irrig, etwa gesetz-, verfassungs- oder systemwidrige Entscheidungen der letzten Instanzen gestalten durch ihre Rechtskraft und Vollziehbarkeit das Rechtsleben, die gesellschaftliche und politische Wirklichkeit. Rechtspolitisch engagierten Bundesrichtern ist diese Eigenschaft ihrer Entscheidungen durchaus bewußt und wichtig.

## 3. *Die Rolle der Rechtswissenschaft*

Die Ausarbeitung der juristischen Dogmatik war – auf der Grundlage der historischen Rechtsschule Friedrich Carl von Savignys im 19. Jahrhundert und später – eine primäre Aufgabe der Rechtswissenschaft, bei der ihr eine unbestrittene Führungsrolle zukam. Das ging soweit, daß den gelehrten Juristen die Kompetenz zukam, kraft ihres Fachwissens „Juristenrecht“ zu schaffen. Das hat sich mit dem angedeuteten Trend vom Gesetzesstaat zum Richterstaat einschneidend geändert.

---

<sup>36</sup> B. Rütters, Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht, Bad Homburg v.d.H. 1996, S. 106 ff.; ders., DB 1990, 113 ff.; ders., NJW 2003, Heft 8.

<sup>37</sup> B. Rütters, Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts?, NJW 2003, Heft 8.

a) *Die veränderte Dienst- und Angebotsfunktion*

Die Jurisprudenz ist diesem Wandel bereitwillig gefolgt. Dabei ist oft die kritiklose Gläubigkeit gegenüber richterrechtlichen Neuschöpfungen der Bundesgerichte auffällig.

*Die Rechtswissenschaft analysiert und konstruiert die juristische Dogmatik nicht mehr primär nach den Wertmaßstäben der Gesetzgebung und in der Tradition bewährter Lehre und Überlieferung, sondern in einer nicht selten dienstfertigen Hürigkeit nach den Normsetzungsakten und Fallnormen der letzten Instanzen. Besonders bemerkenswert ist dabei die jahrzehntelang geübte kritikarme Folgsamkeit der deutschen Rechtslehre, auch des Staatsrechts, gegenüber den vielfachen Neuschöpfungen des Bundesverfassungsgerichts im Bereich der Grundrechte und der gesamten Verfassungsdogmatik.*

Die Dogmatik des geltenden deutschen Rechts wird so eine *zunehmend kurzatmige Dogmatik des Richterrechts*, nicht eine Dogmatik der gesetzlichen Rechtsordnung und schon gar nicht eine solche der Rechtswissenschaft. Was so für Deutschland festzustellen ist, entwickelt sich in ähnlicher Weise für das Europarecht durch die Führungsrolle des EuGH.

Den von der Rechtswissenschaft entwickelten dogmatischen Thesen und Lösungsvorschlägen kommt keine vergleichbare Autorität zu, wie sie dogmatisch bedeutsame Entscheidungen der letzten Instanzen aufweisen. Die moderne Rechtswissenschaft kann allein keine eigenständige juristische Dogmatik „schaffen“, wie das etwa für die Zeit des „Juristenrechts“ der historischen Rechtsschule über Jahrhunderte hin zutraf. Dazu fehlt ihr im modernen Verfassungsstaat die Normsetzungskompetenz. Sie ist an die „Vorgaben“ der Normsetzer (Gesetzgebung und Richterrecht) gebunden auch dort, wo sie diesen kritisch gegenübersteht. Gleichwohl wirkt sie bei der Entstehung und Entwicklung der Dogmatik durch ihre Analysen, ihre systematische Ausarbeitung und Verfeinerung der Begründungszusammenhänge, nicht zuletzt durch die Aufdeckung von Wertungswidersprüchen der Normsetzungsinstanzen mit. Das geschieht nicht kraft ihrer Autorität als normsetzende Instanz, die ihr fehlt, sondern durch die Überzeugungskraft ihrer Argumente. Diese ist besonders dort durchsetzungsmächtig, wo sie dem Richterrecht innere Widersprüche, Denkfehler und zweckwidrige Fehlsteuerungen nachweist.

Das wichtigste Erkenntnismittel der Rechtswissenschaft ist der offene Diskurs, der sich an die Thesen und Lösungsmuster der Justiz und der Rechtslehre anschließt und der potentiell auch die Gerichte einschließt. Allerdings ist zu beobachten, daß die Bundesgerichte zunehmend auf eine Auseinandersetzung mit kritischen Stimmen im Schrifttum zu ihren Ent-

scheidungen verzichten. Das gesteigerte Macht- und Selbstbewußtsein der „Ersatzgesetzgeber“ im Siegeszug des Richterrechts führt dazu, daß in den Entscheidungen der letzten Instanzen in den letzten Jahren bevorzugt, bisweilen gar ausschließlich, zustimmende Literaturbeiträge aus den eigenen Reihen der an den Entscheidungen beteiligten Richter zitiert und kritische Stimmen schlicht verschwiegen werden. Eine solche Immunisierungsstrategie in der Form der organisierten „Hofjuristerei“ ist der sachgerechten Funktion der Obergerichte wenig zuträglich.

In dem notwendigen Dialog, bilden sich neben den autoritativen Instanzen (Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit) die über originäre Regelungsmacht verfügen, auch argumentative Kompetenzhierarchien heraus. Die Gegner der jeweils „herrschenden Meinung“ in der Lehre pflegen diese gelegentlich als „herrschendes Zitierkartell“ anzugreifen, solange sie nicht selbst zu dominantem rechtspolitischen Einfluß gelangt sind.<sup>38</sup>

In der Fachwelt werden unterschiedliche Auffassungen in einem Meinungsstreit über rechtspolitische und zugleich dogmatische Fragen nicht nur gezählt, sondern nach der Überzeugungskraft der Argumente und der ihnen zugrundeliegenden Vorverständnisse gewogen.<sup>39</sup> Daneben spielt das auf erbrachte wissenschaftliche Leistungen gegründete Ansehen des jeweiligen Autors einer Meinung eine Rolle. Schließlich wird die Durchschlagskraft einer dogmatischen These auch von der sprachlichen Qualität ihrer Präsentation, vom Ansehen des Verlages oder des Publikationsorgans, also vom Zugang zur und von der Akzeptanz in der wissenschaftlichen Öffentlichkeit beeinflußt.

Auf diese Weise bildet sich im Laufe einer problemorientierten juristischen Diskussion das heraus, was mit Kritik und Vorbehalt eine „herrschende“ oder doch „überwiegende“ Meinung genannt werden kann.<sup>40</sup>

Auch bei diesem Prozeß kommt der Rechtsprechung der zuständigen letzten Instanzen (Bundesgerichte, Bundesverfassungsgericht) bei realistischer Betrachtung die bereits geschilderte Führungsrolle zu.

*Die rechtskräftigen Irrtümer der letzten Instanzen setzen sich in den Kommentaren und Handbüchern ungeachtet ihrer Widersprüche und Fehlsteuerungen als „herrschende Meinung“ durch, auch wenn sie im Schrifttum überwiegend als irrig kritisiert und abgelehnt werden.*

---

<sup>38</sup> Vgl. etwa R. Wahsner, Das Arbeitsrechtskartell, KJ 1974, 369 ff.; W. Däubler, Das Arbeitsrecht I, 8. Aufl., Reinbeck 1986, S. 35 f.; vgl. auch U. Wesel, Juristische Weltkunde, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 1994, S. 159, 189 f.

<sup>39</sup> F. Eckholt-Schmidt, Legitimation durch Begründung, Berlin 1974, S. 16 ff und passim.

<sup>40</sup> Kritisch U. Wesel, Juristische Weltkunde, 7. Aufl., Frankfurt a.M. 1994, S. 159, 189 f.

b) *Die Kritikfunktion*

Dogmatische Sätze haben, wenn sie zur herrschenden Meinung avanciert sind, die Chance allgemeiner Anerkennung und „Gültigkeit“ im wissenschaftlichen Diskurs und, mehr noch, in der Rechtspraxis, weil sie sich in Lehre und Rechtsprechung bewährt haben. Ihre Gültigkeit beruht darauf, daß sie von vielen geprüft und akzeptiert und daß sie über die Judikate der letzten Instanz de facto das Rechtsleben gestalten.

Die Rolle der Rechtswissenschaft besteht demnach u. a. darin, ständig neue und untereinander konkurrierende Entwürfe für Lösungsmodelle und dogmatische Grundsätze bereitzustellen, zu analysieren und kritisch zu bewerten. Die normsetzenden Instanzen, also Gesetzgebung und Gerichte, wählen aus diesem Angebot<sup>41</sup> die ihnen plausibel und zweckgerecht erscheinenden Lösungen aus und wandeln sie durch autoritative Normsetzungsakte in geltendes Recht um.

c) *Dogmatik und Geschichte*

Die Rechtswissenschaft hat bei dieser Angebots- und Kritikfunktion gegenüber den normsetzenden Instanzen eine disziplinübergreifende Kontrollfunktion im Blick auf die Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit des dogmatischen Systems. Sie erschöpft ihr Wissen und ihre Aufgabe nicht in der Tagespolitik aktueller rechtspolitischer Reformvorhaben, die nicht selten von wechselnden, rechtsfremden Erwägungen mitbestimmt werden, etwa den Machterhaltungsinteressen einer Regierungskoalition. Die Geschichte der Rechtsdogmatik hingegen speichert die Erfahrungen und Einsichten der Staats- und Justizpraxis aus Jahrhunderten.

Damit wird die Unverzichtbarkeit historischen Denkens für das Gelingen aller dogmatischen Bemühungen deutlich. Geschichtslose Rechtsdogmatiken und Methodenlehren verführen leicht zu wissenschaftlichen "Blindflügen". Sie steigern das Risiko, das Recht tagespolitischen Beliebigkeiten und vermeidbaren Wertungswidersprüchen zu öffnen. Sie verkennen und verdrängen wichtiges juristisches Erfahrungswissen. Die historisch fundierte Dogmatik ist – wie die gesamte Rechtsgeschichte – eine eigenständige Erkenntnisquelle für die Lösung juristischer Probleme. Sie ist unerlässlich für eine sachgerechte wissenschaftliche Arbeit in Theorie und Praxis.<sup>42</sup>

Die wechselvollen historischen Erfahrungen und Verstrickungen der deutschen Juristen in die Verfassungsumwälzungen des 20. Jahrhunderts lassen es schwer verständlich erscheinen, daß es immer noch gängige Lehr-

---

<sup>41</sup> N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, S. 24.

<sup>42</sup> Zutreffend E. Picker, *AcP* 201 (2001), 763 ff, 821 ff. mit Fn. 206.

und Handbücher für die Juristenausbildung und die Rechtspraxis gibt, welche die historischen Umbrüche, Umdeutungen und Rechtspersionen der deutschen und vieler europäischen Rechtsordnungen verschweigen, vernebeln und verdrängen. Auch für ganze Wissenschaftsdisziplinen gilt der Erfahrungssatz, daß ohne die Erkenntnis und Annahme der historischen Herkunft eine sinnvolle Gestaltung der Gegenwart und der Zukunft nicht gelingen kann.

d) *Dogmatik und Methodenwahl*

Besondere Bedeutung hat das geschichtliche Denken für die Methodenwahl der Gesetzesauslegung und für die zutreffende, verfassungsgemäße Erfüllung des Rechtsstaatsgebotes (Gewaltentrennung) nach Art. 20 III, 97 I GG bei der Rechtsanwendung.<sup>43</sup>

Methodenfragen sind im Kern Verfassungsfragen, nämlich Fragen der Machtverteilung und Kompetenzverschiebung unter den Staatsgewalten.

Die gegenwärtig vom Bundesverfassungsgericht und von allen obersten Bundesgerichten bejahte und geübte, irreführend als "objektive Auslegung" bezeichnete Methode der Rechtsanwendung ist im Kern dezidiert ahistorisch. Sie nimmt nach Belieben und bewußt die Vereitelung von Regelungszielen und Normzwecken der Gesetzgebung in Kauf. Nüchtern gesehen gibt diese Methode den Rechtsanwendern die Möglichkeit, unter dem Etikett einer scheinbar gesetzesgebundenen Operation statt der Auslegung des Gesetzgebungswillens eine Einlegung eigener rechtspolitischer Konzepte zu betreiben.

Jede verfassungsgemäße Gesetzesauslegung hat damit zu beginnen, daß der Rechtsanwender den historischen Normzweck der Gesetzgebung und deren Regelungsziele zu erforschen sucht. Wer darauf verzichtet, wie die scheinbar "objektive" Auslegung im Regelfall, hält den Regelungswillen und das Gestaltungsziel der Legislative (des Parlaments als Repräsentant des Souveräns) für vernachlässigenswert. Er will nicht einmal wissen, wann und warum er vom Willen der Gesetzgebung abweicht.

Verfassungsgemäße Auslegung im Sinne des Demokratiegebots (Normsetzungsprärogative des Parlaments) und der rechtsstaatlichen Gewaltentrennung erfordert also als ersten Schritt immer den Versuch der Erforschung des historischen Normzwecks. Das schließt zwei Fragen ein:

---

<sup>43</sup> Eingehend *B. Rütters*, *Rechtstheorie*, München 1999, Rdnr. 640 ff., 696 ff., 744 ff., 777 ff., 822 ff., 936 ff.

- Welches war die Ausgangslage, welche die Gesetzgebung zum Einschreiten veranlaßte?
- Welche Regelungsziele verfolgte die Gesetzgebung?

Diese Fragen sind nur der erste, nicht der letzte Schritt einer verfassungsgemäßen und methodengerechten Rechtsanwendung. Aber ohne diesen Schritt wird die Rechtsanwendung leicht zu einer Usurpation richterlicher Normsetzungsmacht, zur Verdrängung gesetzlicher Wertungen durch willkürliche Eigenwertung der Gerichte.

Die Frage nach dem ursprünglichen Normzweck zeigt, daß die Jurisprudenz insoweit unverzichtbar eine geschichtliche Wissenschaft ist. Eine Rechtsnorm verstehen heißt zuerst, die Ausgangslage und das Regelungsziel zu erkennen, welches der Anlaß für die Gesetzgebung war.

Daß die Methodenwahl einen entscheidenden Faktor für den unlösbaren Zusammenhang von Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte darstellt, wird nicht immer mit genügender Deutlichkeit gesehen.<sup>44</sup> Nur die Methode, die zunächst die Regelungsziele der historischen Gesetzgebung zu erforschen sucht, kann die Rechtsordnung aus dem Zusammenhang ihrer Ausgangssituation verstehen. Wer die Rechtsdogmatik als ein historisch gewachsenes und veränderbares Ordnungsgefüge anerkennt, muß der historischen Auslegung einen unverzichtbaren Rang, allerdings nicht einen absoluten Vorrang einräumen.

Noch ein anderer Umstand macht geschichtliches Denken für Juristen unverzichtbar. Die Abfolge willkürlicher „unbegrenzter“ Aus- und Einlegungen in Deutschland und in Europa im letzten Jahrhundert zeigt den Lebenswert der Rechtsgeschichte, wie Heinrich Mitteis das genannt hat, nämlich die Notwendigkeit einer historischen Besinnung und Gebundenheit von Wissenschaft und Praxis an bewährte Lehre und Überlieferung.

#### *IV. Was leistet Rechtsdogmatik für die juristische Praxis?*

##### *1. Ordnungs- und Systematisierungsfunktion*

Die Dogmatik ordnet den umfangreichen, ständig wachsenden Rechtsstoff nach systematischen Gesichtspunkten. Er ist heute zunehmend in zahlreichen, oft mangelhaft und widersprüchlich konzipierten Einzelgesetzen und in einer vielfach unübersehbaren Fülle letztinstanzlicher Entscheidungen zersplittert. Ohne die in der Dogmatik geleistete Systematisierung könnte er nicht erfasst, analytisch durchdrungen und einheitlich angewendet werden.

---

<sup>44</sup> Vgl. E. Picker, AcP 201 (2001), S. 763 ff., 823 mit Fn. 206. Pickers Zitat meiner Rechtstheorie (Rdnr. 383, 385) übersieht die relevanten Abschnitte in Rdnr. 778-821.

Erst diese Ordnung gewährt den Einblick in das innere Wertungssystem der Gesamtrechtsordnung, das den Maßstab bildet, wenn nach „Gesetz und Recht“ im Sinne von Art. 20 III GG entschieden werden soll. Durch die Dogmatik wird das Recht verständlich, lehrbar, lernbar und anwendbar.

## 2. *Stabilisierungsfunktion*

Dogmatische Sätze bieten Lösungsmuster für bestimmte Entscheidungsprobleme in den unterschiedlichen Regelungsbereichen des Rechts. Sind sie als „gültig“ anerkannt, so ermöglichen sie gleiche Entscheidungen für dieselben Fallgruppen über längere Zeiträume. Eine ausgearbeitete Dogmatik bestärkt die Vorhersehbarkeit gerichtlicher Entscheide, also die Rechtssicherheit, besonders in gesetzlich nicht eindeutig geregelten Fragen. Dogmatik fördert und stabilisiert die Einheit der Rechtsordnung.

## 3. *Entlastungsfunktion*

Die Anzahl möglicher und vertretbarer Lösungsansätze für bestimmte Regelungsprobleme ist oft erheblich. Gäbe es keine Dogmatik, so müßten in jedem Streitfall alle denkbaren Lösungen neu diskutiert werden. Die Dogmatik hält für die bekannten Rechtsfragen bewährte und anerkannte Lösungsmuster bereit. Die Gerichtspraxis kann darauf zurückgreifen und deshalb darauf verzichten, bei jeder Entscheidung die Wertungsfragen hinsichtlich aller möglichen Lösungswege erneut zu prüfen. Die Dogmatik bedeutet also für die Alltagspraxis eine erhebliche Entlastung.

## 4. *Negationsverbot*

Dogmatische Sätze sind das Ergebnis vollzogener und bewährter kritischer Analysen und Abwägungen, die deshalb in Rechtsprechung, Lehre und Schrifttum Anerkennung gefunden haben. Sie können deshalb bei rationaler Aufgabenerfüllung in der Praxis nicht einfach negiert werden. Wer abweichend von der Dogmatik entscheiden will, ist dafür begründungspflichtig, muß also seine „besseren“ Argumente darlegen, wenn er fachlich ernstgenommen werden will. Oder er muß nachweisen, daß die bestehende Dogmatik die Intentionen (Normzwecke) der Gesetzgebung verfehlt oder bewußt vereitelt. In jedem Fall gilt das „Negationsverbot“.

Eine Abweichung von der herkömmlichen Dogmatik ist im Interesse der Vorhersehbarkeit der Rechtsprechung (Rechtssicherheit) nicht schon dann gerechtfertigt, wenn für die abweichende Lösung gleich gute Gründe sprechen. Die Argumente für die Abweichung müssen zusätzlich den Bruch mit der bewährten Lehre, also auch den Verlust an Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die bestehende und bisher anerkannte Rechtsordnung rechtfertigen. Wer gegen die geltende Dogmatik entscheidet, trägt dafür also eine beträchtliche Argumentationslast.

Die Dogmatik begrenzt so die Freiheit der Juristen bei der Rechtsanwendung im Umgang mit dem geltenden Recht, also mit dem Gesetzesrecht, dem Richterrecht und den Grundsätzen der Dogmatik selbst. Vor allem begrenzt sie die „Elastizität der Interpretation“ im Sinne der freien Rechtslehre, also die unbegrenzte Dehnbarkeit des geltenden Rechts durch Auslegung und Rechtsfortbildung. Rechtsdogmatik schließt auch die Dogmatik einer verfassungsgemäßen, an die Grundsätze der Demokratie und der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung gebundenen Rechtsanwendung ein. Sie bestimmt also maßgeblich das Verhältnis zwischen Programm (Gesetz, Rechtsprinzipien, dogmatische Grundsätze) und Entscheidung (Urteil). Sie definiert die Bedingungen und Grenzen richterlicher Beurteilungsspielräume, die Zulässigkeit neuer Konstruktionen und Argumentationsmuster für die Lösung von Rechtsproblemen.<sup>45</sup>

In dieser Funktion kann die Dogmatik über die Grenzen des geltenden Rechts hinauswirken. Auch Argumente für notwendige Reformen geltenden Rechts können in der Dogmatik begründet sein, wie Art. 1 II des schweizerischen Zivilgesetzbuches zeigt.

##### 5. *Kritik- und Fortbildungsfunktion*

Juristen gelten in einer verbreiteten Auffassung als konservativ bis reaktionär. Sie lösen die Streitfälle von gestern mit den Gesetzen von vorgestern, weil sie das „immer schon so gemacht haben“. Das ist auch einer der Vorbehalte gegen juristische Dogmatik. Die Dogmatik hat jedoch gerade nicht die Aufgabe, traditionelle Lösungsmuster für immer zu zementieren. Indem sie das geltende Recht systematisch ordnet, schafft die Dogmatik zugleich die Voraussetzungen für eine differenzierte Analyse und Kritik der Rechtsordnung in allen ihren Teilbereichen. Widersprüchlichkeiten werden sichtbar, können aufgedeckt und beseitigt werden. Neue Lösungen lassen sich in das bestehende System einfügen oder geben Anlaß, dieses weiter zu entwickeln.

Erst die in der Dogmatik ausgebreitete Komplexität der rechtlichen Wertungsgesichtspunkte gestattet die Kontrolle der mit ihr erzielten Ergebnisse und Entscheidungen sowie eine sachgerechte Folgenorientierung. Eine ausgearbeitete Dogmatik ist also die Basis der Rechtskritik, der Rechtsfortbildung und der Rechtserneuerung. Ein Erkenntnisfortschritt auf wissenschaftlicher Grundlage ist ohne die Dogmatik nicht möglich, auch wenn er dann mit den besseren Argumenten gegen sie durchgesetzt werden muß.

Die Dogmatik liefert die begrifflichen Instrumente für eine wissenschaftlich durchdachte juristische Praxis. Sie enthält die „gespeicherte Diskussion“

---

<sup>45</sup> N. Luhmann, *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart 1974, S. 24.

der jeweiligen Sachfragen aus der Geschichte und bietet zugleich damit Anregungen für deren Kritik und für die Entwicklung neuer Lösungsansätze. Hier liegt ein Grund für die Freiheit von Forschung und Lehre in der Rechtswissenschaft. Sie hat die Aufgabe, Widersprüche und Scheinargumente in der Lehre und Rechtsprechung zu erkennen und die Offenlegung der verdeckten rechtspolitischen Wertmaßstäbe und Gestaltungsziele, die hinter den Scheinargumenten stehen, zu erzwingen. Eine Ausrichtung der Rechtswissenschaft allein auf die jeweiligen Bedürfnisse der gegenwärtigen Rechtspolitik und Justizpraxis sowie die Orientierung des Rechtsunterrichts allein an den letztinstanzlichen Entscheidungen, wie das Mode ist, verfehlt den wissenschaftlichen Auftrag der Disziplin. Geschichtslose Dogmatik ist ein programmierter Irrweg, besonders im Hinblick auf die kritische Funktion der Jurisprudenz gegenüber einer Justiz, die den Wandel vom Rechtsstaat zum Richterstaat vorantreibt. Kritik und Änderung der fehlgeleiteten Gerichtspraxis sind notwendige Bestandteile rechtswissenschaftlicher Arbeit.

## V. *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*

Damit kommen wir, nach langer Vorbereitung, zum eigentlichen Kern des Themas. Es wird sich zeigen, daß es jetzt nur noch um die Schlußfolgerungen aus dem bisher Dargelegten geht.

### 1. *Was heißt Rechtspolitik?*

Rechtspolitik nennen wir die Gestaltung gesellschaftlichen und politischen Lebens durch staatlich gesetzte und durchgesetzte Normen. Die Steuerungs- und Gestaltungsfunktion des Rechts wird heute in der Rechtstheorie als die wichtigste Aufgabe des Rechts und jeder einzelnen Rechtsnorm allgemein anerkannt.<sup>46</sup>

Recht ist ein spezifisches Herrschaftsinstrument zur Durchsetzung politischer Willensentscheidungen. Jede Rechtsnorm ist ein Stück normativ verfestigter („geronnener“) Politik.

### 2. *Rechtsdogmatik als „kristallisierte Rechtspolitik“*

Rechtsdogmatik ist, wie gesagt, der Versuch, das jeweils geltende Recht widerspruchsfrei und mit rationaler Überzeugungskraft als ein einheitliches Wertungssystem zu erklären.<sup>47</sup> Ihre wichtigste Leistung ist die Erfassung, Ordnung und Systematisierung des gesamten geltenden Rechts in Grundsätzen, die als „gültige“ Aussagen Beachtung verlangen und von den zur Rechtsanwendung wie zur Normsetzung berufenen Instanzen nicht beliebig

---

<sup>46</sup> B. Rüthers, *Rechtstheorie*, München 1999, Rdnr. 72 ff., 91 unter II.

<sup>47</sup> Vgl. oben I.5.

liebig negiert werden dürfen.<sup>48</sup> Die Dogmatik faßt mithin die maßgebenden Prinzipien des Rechts auf einer Metaebene über den Einzelregelungen der verschiedenen Rechtsdisziplinen in gleichsam „kristalliner“ Klarheit, Durchsichtigkeit und Verdichtung zusammen. Sie bildet so die Basis, bietet die Ansatzpunkte und bezeichnet die Grenzen notwendiger oder erwünschter, systemkonformer Rechtsentwicklung.

Rechtsdogmatik ist mehr als ein nur „klassifikatorisches“, formales Ordnungssystem. Alle dogmatischen Begriffe und Grundsätze speichern eine in der Rechtsordnung grundgelegte, von ihr vorausgesetzte Wertordnung.<sup>49</sup>

*Dogmatik ist bei genauem Hinsehen wegen ihrer Abhängigkeit von der Normsetzung mindestens mittelbar ein Produkt der Rechtspolitik.*

Sie ist durch die Anerkennung als „herrschende Lehre“ so etwas wie das innere Gerüst, der juristische „Knochenbau“ jeder Gesellschafts- und Staatsordnung, der ihr den notwendigen dauerhaften Halt gibt oder doch geben soll.

Sie repräsentiert in wissenschaftlich neutraler, generell abstrakter Terminologie die Grundwerte und Regelungsziele der jeweiligen Rechtsordnung. Eine wertfreie, weltanschauungsfreie Dogmatik kann es nicht geben. Sie beruht nie allein auf formaler Logik, sondern sie zielt immer auf die Verfestigung bestimmter materieller Werturteile und Regelungsziele. Sie konserviert eine bestimmte Gesellschafts- und Staatsordnung.

### 3. *Rechtspolitik und Folgenverantwortung*

Die Formulierung dogmatischer Aussagen ist auf mehrere Instanzen verteilt. Die Gesetzgebung kann mit ihren Normierungen in die Grundlagen der Rechtsordnung eingreifen und gültige dogmatische Grundsätze verändern oder aufheben, ohne daß dies in den neuen Vorschriften verbal deutlich werden muß. Die Gerichte letzter Instanz können mit ihren Fallnormen ebenfalls, oft noch unauffälliger als die Gesetzgebung, dogmatische Strukturen einschneidend verändern. Die Beispiele sind Legion. (Ich nenne etwa die Mutlangen-Entscheidung des BVerfG oder die Gewährung von Geldersatz bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch den BGH, aber auch die Liquidation des „ultima ratio“-Prinzips im Arbeitskampfrecht durch den 1. Senat beim BAG gegen den Großen Senat.)

---

<sup>48</sup> Vgl. oben V.1-5.

<sup>49</sup> B. Rüthers, Rechtsordnung und Wertordnung – Zur Ethik und Ideologie im Recht, Konstanz 1986; ders., Rechtstheorie, München 1999, Rdnr. 72 ff.

Auch die Rechtswissenschaft wirkt mit ihren Vorschlägen zur Reform oder Fortbildung des Rechts in seinen Teilbereichen *beratend* an der Entwicklung der Dogmatik mit.

Weiterentwicklung und Umbau der Dogmatik sind, gleich von wem sie ausgehen, *rechtspolitische* Tätigkeiten. Diese Teilnahme an der Rechtspolitik bedeutet für alle Beteiligten auch eine Verantwortung für die Folgen ihres Handelns. Das gilt auch und gerade für die Normsetzer des Richterrechts und die Reformvorschläge der Rechtswissenschaft.<sup>50</sup>

Bei der Einführung neuer dogmatischer Grundsätze, Begriffe und Rechtsfiguren gilt ein Folgenabwägungsgebot, denn die Urheber gestalten damit ein Stück gesellschaftlicher und politischer Wirklichkeit. Dogmatische Denkarbeit und Reforminitiative können auf die Folgerorientierung unter dem Aspekt einer professionellen Verantwortungsethik nicht verzichten.

#### VI. *Erosion der Dogmatik durch das Richterrecht?*

Von einem bedeutenden Richter des Supreme Court der USA stammt der Satz:

„Selbstverständlich stehen wir als Supreme Court unter der Verfassung; aber was die Verfassung sagt, entscheiden wir.“<sup>51</sup>

Die Aussage gewinnt, übertragen auf die Rolle der obersten Gerichte der Bundesrepublik, zunehmend an Aktualität. Das gilt auch für ihr Verhältnis zur Verfassung, zur Dogmatik und zur Rechtspolitik.

Schon die römischen Juristen hatten, wie das erwähnte Zitat von Pomponius zeigt<sup>52</sup>, erkannt, daß Dogmatik als das Ergebnis kluger Interpretation zu verstehen ist. Die authentische Interpretation der Rechtsordnung obliegt in der Bundesrepublik den Bundesgerichten, in letzter Instanz dem Bundesverfassungsgericht. Sie spielen daher auch für die Festlegung der gültigen Dogmatik die maßgebliche Rolle.<sup>53</sup>

Da die Gerichte nach Art. 20 III GG Diener von Gesetz und Recht, nach Art. 97 I GG unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen sind, nicht aber Herren und Neuschöpfer der Rechtsordnung sein sollen, kommt der Methodenwahl und Methodentreue der obersten Gerichte eine verfassungsrechtlich wie verfassungspolitisch herausragende Bedeutung zu. Ihre Be-

---

<sup>50</sup> Th. Wälde, Juristische Folgerorientierung, Königstein/Ts. 1979, S. 12 ff.

<sup>51</sup> “We are under a constitution, but the constitution is, what the judges say it is.”, C.E. Hughes, Addresses and Papers of Charles Evan Hughes, New York 1908, p. 139.

<sup>52</sup> Vgl. oben I.6.

<sup>53</sup> Vgl. oben III.1.

reitschaft, der Verfassung und dem Recht zu dienen, ist entscheidend für den Bestand und die Entwicklung des demokratischen Rechtsstaates.

Dabei ist davon auszugehen, daß die Gerichte und ihre Richter das Gebot der verfassungsgemäßen, gesetzesgebundenen Rechtsanwendung grundsätzlich bejahen und zu vollziehen meinen. Schaut man allerdings auf die reale Entscheidungspraxis der Bundesgerichte, ihre methodischen Aussagen und deren praktischen Vollzug, so sind Bedenken und Zweifel schwerlich zu unterdrücken.

In der Sache geht es nicht um formale Kleinigkeiten. Methodenfragen sind Verfassungsfragen. Es geht um die Grundsätze der Demokratie, des Rechtsstaates und der Gewaltenteilung, also um die Machtverteilung im Staat.

Das Bundesverfassungsgericht und in seiner Nachfolge inzwischen alle Bundesgerichte bekennen sich zur sogenannten objektiven Auslegung. Sie ist, wie inzwischen rational kaum noch zu bestreiten ist, das Gegenteil dessen, was sie mit ihrem Namen zu sein vorgibt. Sie öffnet den subjektiven Regelungsvorstellungen der jeweiligen Spruchkörper weite, bisweilen nahezu beliebige Durchsetzungsmöglichkeiten. Die Richter entscheiden im Zweifelsfall, welche Antworten auf die anstehenden Rechtsfragen aus ihrer Sicht „objektiv vernünftig“ sind. Daß diese objektive Vernünftigkeit untrennbar von ihren subjektiven Vorverständnissen abhängt, wird übersehen oder verdrängt.

Die methodische Widersprüchlichkeit der Auslegungspraxis des BVerfG ist vielfach belegt.<sup>54</sup> Darauf angesprochen, welche Methode das Gericht wirklich für zutreffend halte, hat Wolfgang Zeidler, damals Präsident des BVerfG, so geantwortet:

„Ach wissen Sie, bei uns hat eigentlich jeder Fall seine eigene Methode.“

Ergebnisorientierte Beliebigkeit als methodisches Prinzip? Die Praxis des Gerichts spricht nicht gegen die Auskunft des Präsidenten.

Schaut man auf die methodische Praxis der übrigen Gerichtszweige, so wird diese Deutung eher bestätigt als widerlegt. Ein zur Ausbildung an ein Oberlandesgericht abgeordneter Richter hat mir seine Erfahrungen dort so geschildert:

„Eine präzise umschriebene, verlässlich geübte Auslegungsmethode existiert in meinem Senat nicht. Es wird fast ausschließlich im Sinne eines Fallgruppenrechts argumentiert,

---

<sup>54</sup> Hinweise bei *B. Rütters*, *Rechtstheorie*, München 1999, Rdnr. 799 f.

bei dem der zu entscheidende Rechtsstreit mit früher entschiedenen Fällen verglichen wird. Fehlt ein vergleichbares früheres Judikat, so richtet sich das Bestreben nicht auf eine Einordnung des Streitfalles in die geltende Rechtsordnung nach vorhandenen, auch fernwirkenden gesetzlichen Wertungen oder Rechtsgrundsätzen. Vielmehr wird zielbewußt auf eine vermeintlich „objektiv vernünftige“, „praktisch angemessene“ Lösung hin argumentiert. Nicht die Ausarbeitung einer für diese Fallgruppe gesetzeskonforme, allgemeingültige Regel ist das Ziel, sondern der Nachweis einer „Ausnahme“, die unter keinen herkömmlichen Bewertungsmaßstab einzuordnen ist.

Selbst die minimalen Bindungswirkungen der „objektiven Auslegung“ werden häufig nicht einmal geprüft. Die Verfassungsrelevanz der Methodenwahl ist den Kollegen unbekannt oder wird nach dem Vorbild des Bundesverfassungsgerichts<sup>55</sup> geleugnet. Die Sachgründe für die Kontroverse zwischen historischer und „objektiver“ Methode sowie die Notwendigkeit einer Verknüpfung ihrer Kriterien werden nicht erwähnt. Die alternativen Folgen der Methodenwahl für die Inhalte der Rechtsordnung werden nicht einmal erkannt.

Methodische Argumente, wenn sie überhaupt vorkommen, dienen in der Regel nur als Fassade, um das vorgefaßte Ergebnis mit einem rationalen Entscheidungsweg zu tarnen. Tatsächlich werden die verschiedenen Methoden von Fall zu Fall unterschiedlich gehandhabt. So bekommt jeder Fall seine eigene Methode. Auf diese Weise setzen sich diejenigen Argumente gegenüber allen sachlichen und methodischen Einwänden durch, die das vom Senat gewünschte Ergebnis stützen. Ein klares methodisches Konzept, ein Rangverhältnis der Auslegungsmittel bei der Gesetzesauslegung, Lückenfeststellung und -ausfüllung ist ganz überwiegend nicht erkennbar. Das gilt für alle Auslegungsmittel in ähnlicher Weise. Der Wortlaut einer Bestimmung ist, je nach Entscheidungsabsicht, eindeutig oder unklar, die Entstehungsgeschichte klar, unklar oder unbeachtlich, der historische Normzweck bindend, überholt, nicht fest-

---

<sup>55</sup> Vgl. BVerfGE 88, 145, 147.

stellbar oder im Gesetz nicht hinreichend zum Ausdruck gekommen.

Das alles wird mit unverbindlichen „Küchenrezepten“ wie „eindeutiger Wortlaut“, „enge Auslegung von Ausnahmenvorschriften“, „Andeutungstheorie“, „Lückensuche“ und „typologische Rechtsfindung“, notfalls mit der „Natur der Sache“ oder dem „Wesen“ garniert.“

Soweit der wörtliche Bericht des juristisch hochqualifizierten teilnehmenden Beobachters. Die oft bewußt eingesetzte methodisch ungenaue Arbeitsweise hat, von den letzten Instanzen vorexerziert, inzwischen auch und erst recht die Instanzgerichte erfaßt. Sie erweitert in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise die Normsetzungsmacht und die Eigenwertungsspielräume der Justiz gegenüber der Gesetzgebung. Sie trägt massiv zur Rechtsunsicherheit und zur Zersetzung einer verlässlichen Dogmatik bei.

Der Schwund, ja der Niedergang verlässlicher Dogmatik durch schwankendes Richterrecht ist beispielhaft zu besichtigen an der wechselhaften Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in zahlreichen Bereichen, etwa zur Arbeitnehmerhaftung<sup>56</sup>, zum Kündigungsschutz<sup>57</sup> und ganz besonders im Arbeitskampfrecht<sup>58</sup>. Eine Vorhersehbarkeit der Judikate für den Rechtsverkehr ist in diesen Bereichen kaum noch vorhanden. Die Rechtssicherheit als ein Teil der Rechtsstaatlichkeit ist vom BAG im Kündigungsschutz wie im Arbeitskampfrecht de facto beseitigt worden.

Die Rechtswissenschaft hat sich dieser Entwicklung gegenüber weitgehend kritiklos verhalten, ja überwiegend Beihilfe geleistet. Jurisprudenz und Justiz in Deutschland sind von einem klaren Methodenbewußtsein weit entfernt. Richtersprüche der letzten Instanzen werden vielfach wie offenbarte Wahrheiten angesehen und übernommen. Eine systematische Kritik an dem verbreitet praktizierten Methodensynkretismus ist selten geworden.

Das ist angesichts der Erfahrungen der deutschen Juristen mit den unbegrenzten Aus- und Einlegungen nach zahlreichen System- und Verfassungswechseln erstaunlich. Kaum ein Land und wenige Juristengenerationen konnten zwischen 1919 und 1990 soviel methodisches Know-how in der Umdeutung von ganzen Rechtsordnungen gewinnen wie die deutschen

---

<sup>56</sup> Nachweise bei *Brox/Rütters*, Arbeitsrecht, 15. Aufl. 2002, S. 82 f.

<sup>57</sup> *B. Rütters*, Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht, Bad Homburg v.d.H. 1996, S. 57 ff.; *ders.*, NJW 2002, 1601-1609.

<sup>58</sup> *B. Rütters*, Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht, Bad Homburg v.d.H. 1996, S. 104 ff.; *ders.*, Mehr Beschäftigung durch Entrümpelung des Arbeitsrechts?, NJW 2003, 546-552.

Juristen. Sie sind nach den Umwälzungen von 1919, 1933, 1945/49 und 1989/90 geradezu „Wende-Experten“ geworden.<sup>59</sup>

Vielleicht zeitigt die Verdrängung der zahlreichen System- und Ideologiewechsel aus dem Rechtsunterricht in Deutschland hier ihre späten Früchte?

---

<sup>59</sup> *B. Rüthers*, Die Wende-Experten, München 1995.