

---

## D

*Demokratie, Methodik*  
*Demokratieprinzip*  
*Dezision*  
*Dezisionismus*  
*Dogmatik, Begriff*  
*Dogmatik, juristische*  
*Dogmatik, positivistische*  
*Dogmatik, rationale*  
*Dogmatik, sektorale*  
*Dogmatik, strukturierende*  
*Dogmatik, undogmatischer Begriff*  
*Dogmatik, Voraussetzungen juristischer*  
*Dogmatische Elemente*

### **Demokratie, Methodik**

Juristische Methodik und Politik brauchen nicht in Beziehung gesetzt zu werden. Sie sind in Beziehung. Rechtshandeln ist rechtsnormorientiertes politisches Handeln — mag es als Normtextsetzung auftreten, als Rechtskonkretisierung durch Verwaltung, Judikatur, Regierung, Rechtswissenschaft, als Rechtskontrolle, Rechtspolitik und erneute Normtextsetzung, schließlich auch gleichrangig als Rechtsbeachtung im Befolgen, im Arrangement, im Kompromiss. Funktionen gesehen, gilt dasselbe für den Rechtsbruch: Er ist nicht Norm Verwirklichung, sondern Normverstoß; aber auch in ihm aktualisiert sich das Bezogensein von „Politik“ und „Recht“ unmittelbar. Das rechtsstaatliche System funktioniert solange, als Störungen, Abweichungen, Verletzungen mit den Mitteln des Systems lokalisierbar, bestimmbar und beherrschbar sind.

Recht ist eine (im Rechtsstaat gesteigerte und charakteristisch artikulierte) Sonderform von Politik. Juristische Methodik ist demnach Methodik der Arbeitsbedingungen und Arbeitsformen eines bestimmten Bezirks politischer Aktion und Organisation.

Diese grundsätzliche Feststellung bleibt noch abstrakt; ebenso abstrakt wie der (inhaltlich zutreffende) Slogan, das Leugnen politischer Erheblichkeit ihres Tuns durch gesetzespositivistische Rechtsexperten sei selbst bereits eine entschiedene politische Stellungnahme. Juristische Methodik kann sich mit Sätzen von derart allgemeiner Richtigkeit nicht zufrieden geben, da sie die Bedingungen und Formen juristischer Arbeit im einzelnen herauszuarbeiten hat. Diese Aufgabe ist alles andere als unpolitisch. Sie ist aber nicht mit Hilfe pauschaler Formeln zu bewältigen, sondern nur auf „methodische“ Art und Weise.

Die Grenzen des Verfahrens sind funktionellrechtlicher Art. Sie betreffen das Verhältnis der Verfassungsgerichtsbarkeit zu den übrigen Gerichtsbarkeiten und zur Gesetzgebung. Mit seinem Ansatz, durch Vermutung der Verfassungsmäßigkeit demokratisch zustande gekommener Gesetze deren Nichtigkeitserklärung nach Möglichkeit zu vermeiden, betont das Verfahren den Vorrang des Gesetzgebers bei der Konkretisierung der Verfassung und verlangt richterliche Zurückhaltung. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenze am Wortlaut des Normtextes. Diese Grenze ist verletzt, wenn die mit Hilfe der verfassungskonformen Auslegung gewählte Verständnisvariante auf eine Korrektur des vom Gesetzgeber geschaffenen Normtextes hinausläuft. Eine solche Korrektur ist Aufgabe des Gesetzgebers. Wird sie kurzerhand - eben durch „verfassungskonforme Auslegung“, die ihre Grenzen überschreitet - vom Gericht ausgeführt, so greift dies noch stärker als eine Nichtigkeitserklärung in legislative Kompetenzen ein. Dann wird nämlich ein Quasi-Normtext an die Stelle des amtlichen Normtextes gesetzt. Das positive Recht ermächtigt das Gericht dagegen nur dazu, in den dafür vorgesehenen Fällen amtliche Normtexte als verfassungswidrig zu annullieren.

Hier kann nun auch die vom Demokratieprinzip herkommende Seite richterlicher Gesetzesbindung neu formuliert werden. Die ‚ausführenden‘ Gewalten Exekutive und Rechtsprechung sind nicht nur rechtsstaatlich konstituiert, eingerichtet und kontrolliert, sie sind auch demokratisch gebunden. Der einerseits legislative, andererseits judikative und bürokratische Anteil an der Erzeugung von

Recht im allgemeinen kann mit den Begriffen von Volksrecht und Amtsrecht gebündelt werden. „Volksrecht“ soll demokratisch erzeugtes Recht heißen. Hierfür gibt es die Möglichkeit des Referendums, des Volksentscheids: je nach verfassungsrechtlicher Konstruktion kann es sich um Streitentscheidung, das heißt um Rechtsnorm- und Entscheidungsnormsetzung handeln, normalerweise aber um einen materiellen Beschluss ohne Orientierung an schon vorhandenen Normtexten. Wo diese Möglichkeit, wie unter dem Grundgesetz, weitestgehend ausgeschaltet ist, wo es auch keine Richter- und Beamtenwahl durch das Volk gibt und wo kein imperatives Mandat vorkommt, dort ist die einzige durch einen realen politischen Vorgang demokratisch verankerte Möglichkeit der Rechtsetzung eben das Bilden von Eingangsdaten für Rechtsentscheidungen, das parlamentarische Formulieren und Setzen von Normtexten.

So gesehen, ist die Form von Topik nicht haltbar, die geltendes Recht im Konfliktfall zugunsten problemangemessener Falllösung übergehen will. Diese Auffassung verletzt, auch abgesehen von der im Einzelfall zu überspielenden Vorschrift, vielfältig geltendes (Verfassungs-)Recht: die Unverbrüchlichkeit der rechtsstaatlichen und demokratischen Verfassung; die Bindung auch an unterverfassungsrechtliche Normen; die Gebote der Rechtssicherheit, der Gleichmäßigkeit und Durchschaubarkeit der Rechtsordnung und nicht zuletzt die verfassungsmäßig festgelegte Verhältnisbestimmung der Funktionen. Erscheint eine Vorschrift im Einzelfall als nicht problemgerecht, so ist es Sache des demokratisch legitimierten und verfahrensmäßig gebundenen, prinzipiell in öffentlicher Diskussion festhaltbaren Gesetzgebers, sie sachgerecht zu ändern. Nicht ist es dagegen Sache eines Rechtsprechungsgremiums. Die Normtexte des Grundgesetzes über die Bestimmung der Funktionen wie die Bindungs- und Bestimmtheitsvorschriften (z. B. Art. 20 III, I III; Art. 19 I 2, 80 I 2, 79 I 1) einschließlich der Kontrollnormen (z. B. Art. 19 IV, 93, 100) zeigen, dass das geltende Verfassungsrecht nicht im Sinn einer primär problemorientierten Topik, sondern in dem einer primär normorientierten Methodik zu verstehen ist. Das Fragwürdige dieser Variante von Topik wird im (allein interessanten) Konfliktfall nie auszuschalten sein: Wer in einem bestimmten Sinn entscheiden will, dies aber nur in Bindung an das geltende Recht, wird nicht immer eine Norm finden, die sein Wollen rechtfertigt. Wer dagegen notfalls auch gegen geltendes Recht bestimmte inhaltliche Entscheidungen durchsetzen will, wird ohne Zweifel immer (verbale) Gründe finden, sein (politisches, ideologisches, interessenbedingtes) Wollen normunabhängig am - im Gegensatz zum Normtext ausschließlich von ihm selbst formulierten - „Problem“ zu rechtfertigen.

Dieser Zusammenhang ist im Blick zu behalten, wenn auch eine verfassungsrechtliche und verfassungstheoretische Funktionenlehre hier nicht eigens zu entwickeln ist. Bedingungen, Möglichkeiten und Begrenztheit juristischer Methodik sind durch die Gestaltung der betreffenden Amts-, Aufgaben- und Arbeitsfunktionen beeinflusst. In einer Gesellschaft mit archaischer Rechtsordnung, ohne ausdifferenzierte Organe der Gesetzgebung, Regierung, Verwaltung und Rechtsprechung (soziale Primärgruppen, Stammes-, Horden- oder Großfamilienorganisationen, Richterkönigtum und ähnliches), wären die Probleme des Normtextverständnisses, der Normumsetzung und der Arbeitsmethodik im ganzen grundlegend anders als in einer ausdifferenzierten, rechtsstaatlich wie demokratisch angelegten Verfassungsordnung wie der des Bonner Grundgesetzes.

*JM I, Rnn. 21 f., 101, 110, 120, 159, 257, 270, 270, 291 f., 301, 312, 407, 427, 538 ff., 565*

### Demokratieprinzip

Demokratie ist ein zentrales Staatsziel der Gemeinschaft. Die Verwirklichung gerade dieses Staatsziels weist noch viele Defizite auf. Gewiss wird man auch im klassischen Konzept der Demokratie über Modifikationen im Hinblick auf die Größe der Gemeinschaft nachdenken müssen. Aber jedenfalls bei der Ausübung richterlicher Gewalt bleibt der Gedanke der Legitimationskette zentral. Trotzdem kann man auch im Europarecht nicht verlangen, dass der Richter seine Entscheidung dem Normtext einfach entnimmt. Als Container ist das Gesetz überfordert. Aber als methodischer Zurechnungspunkt ist der Normtext in der Demokratie unverzichtbar. Das heißt, die Grenze seiner Kompetenz ist dem Richter nicht schon als Bedeutung des Textes vorgegeben; sie ist in der Praxis seiner eigenen Textarbeit einzufordern. Das Ausüben richterlicher Gewalt in einer rechtsstaatlichen Demokratie ist an eine Grundentscheidung für die Grenzen der Praxis gebunden: Die verfassungsrechtlichen Vorgaben verlangen vom Richter, dem engeren, dem spezifischeren Kontext bei der Bedeutungsbestimmung – auf

derselben normativen Ebene – den Vorrang einzuräumen. Der Widerstreit um die Durchsetzung von Wirklichkeits- und Textinterpretationen ist hier besonderen Anforderungen unterworfen. Diese sollen unter den streitenden Parteien Waffengleichheit herstellen und sind sowohl im Primärrecht als auch in den Satzungen der Gerichtshöfe festgeschrieben. Sie werden als methodologische Standards von der Wissenschaft präzisiert. Unter den Vorgaben des mit dem Normtext gesetzten Textformulars und der an die methodenbezogenen Normen des Primärrechts rückgebundenen Standards methodischer Zurechnung sind die Möglichkeiten zur Durchsetzung einer bestimmten Interpretationsweise schon viel stärker eingeschränkt und damit besser kontrollierbar als etwa in der Politik. So wird sich unter den Bedingungen des demokratischen und gewaltenteilenden Rechtsstaats diejenige Interpretation am ehesten durchsetzen lassen, die das von den textuellen Vorgaben bestimmte Gelände am besten zu nutzen weiß. Wenn der Text auch keine objektiv ein für alle Mal feststehende Bedeutung hat, so gibt es doch zu der verkörperten Zeichenkette eine Anzahl von mitgebrachten Verwendungsweisen, welche als früher gewählte Interpretationen in Gestalt von Entscheidungen oder von juristischer Dogmatik die im vorliegenden Fall zu findende Lesart beeinflussen. Wer seine Interpretation des Normtexts gegen eine andere durchbringen will, kann an den mitgebrachten Verwendungsweisen nicht vorbeigehen. Trotzdem haben diese Gebrauchsvarianten des Normtextes aber nicht den fraglosen Status *der* substantiellen Bedeutung. In der juristischen Praxis sieht man das allein schon daran, dass sowohl Entscheidungen anderer Gerichte als auch dogmatische Aussagen nicht einfach "anwendbar" sind, sondern in aller Regel selbstverantwortlich bewertet werden müssen. Zudem können die von der entstehungsgeschichtlichen Interpretation erschlossenen Verwendungsweisen von den Ergebnissen anderer Konkretisierungselemente verdrängt werden. Aber all diese die Durchsetzung einer bestimmten Lesart jeweils erschwerenden Bedingungen sind nicht etwa durch "die" Sprache, sondern durch die eines normierten Sprachspiels vorgegeben: Sie sind legitimatorische Standards eines bestimmten, nämlich des *rechtsstaatlichen und demokratischen* Sprachspiels der Gerichte.

*JM II, S. 358 ff*

## Dezision

Wenn die von einer richterlichen Entscheidung formulierten Rechts- und Entscheidungsnormen nicht mehr einem der Normtexte des geltenden Rechts zurechenbar sind, so kann man diesen Typus der Entscheidung als Dezision bezeichnen. Dieser Begriff wird hier als terminus technicus vorgeschlagen; er hat nichts zu tun mit der vom sogenannten Dezisionismus entwickelten Mythologie der „Entscheidung“. Es lassen sich bei Dezisionen zwei Hauptgruppen unterscheiden:

1. Gruppe: Die zu lösende Frage ist rechtlich geregelt (ist also mit den Mitteln rechtsstaatlicher Methodik korrekt auf einen geltenden Normtext rückführbar). Die rechtliche Lösung (also die formulierte Rechts- bzw. Entscheidungsnorm) behauptet aber, sie sei nicht geregelt; oder, so der Normalfall, sie behauptet eine inhaltlich abweichende Regelung. Dieser Typus kann näher bestimmt werden als Dezision durch Rechtsverbiegung.

2. Gruppe: Die Frage ist nicht geregelt (es gibt keinen Normtext in der geltenden Normtextmenge, auf den die gewünschte Entscheidungs- bzw. Rechtsnorm methodisch regulär rückführbar wäre); die Entscheidung (also die Rechts- bzw. Entscheidungsnorm) behauptet aber, sie sei geregelt, und zwar in dem wirtschaftlich oder politisch erwünschten Sin. Dieser Typus kann als Dezision durch Rechtsunterstellung bezeichnet werden.

*JM I, Rnn. 21 f., 101, 110, 120, 159, 257, 270, 270, 291 f., 301, 312, 407, 427, 538 ff., 565*

## Dezisionismus

Die Rechtswissenschaft ist nicht nur in dem Maß eine Entscheidungswissenschaft, in dem Rechtsfälle zu entscheiden sind, in dem also am Ende einer Normkonkretisierung ein juristisch verbindliches Ergebnis zu stehen hat. Der Entscheidungs-Charakter prägt alle Stadien der praktischen Arbeit, jeden Teilabschnitt des Konkretisierens. Neben der Dogmatik hat vor allem eine theoretisch abgestützte Rechtsmethodik die Aufgabe, den Raster generalisierbarer Arbeitselemente so dicht auszuarbeiten, dass alle Teil- Entscheidungen, durch die eine Konkretisierung vorangeht, argumentierte und konsi-

stente sein können. Wo immer so vorgegangen wurde und wird, zeigt sich am praktischen Fall, wie willkürlich und voreilig der Dezisionismus normleer und sachleer vortreten möchte: Dezision aus existentieller Setzung, aus einem außerrechtlichen „Willen“, aus den Konstellationen von „Freund und Feind“. „Dezision“ ist nicht „Entscheidung“. Diese, der Ausspruch der Entscheidungsnorm, setzt methodisch Schritt für Schritt vorgehende partielle Entscheidungen auf jeder Stufe der juristischen Semantisierung voraus: Auswahl der Normtexte, formulierendes Heranziehen der Fakten des Sachbereichs bzw. Fallbereichs, Formulierung von Normprogramm und Normbereich, der allgemeinen Rechtsnorm und - verbindlich abschließend - der Entscheidungsnorm (des „Spruchs“ der älteren Rechtssprache). Jede Einzelheit ist Handeln, nichts tut sich von selbst („die Norm entscheidet“ eben nicht), nichts zwingt sich auf („Klarheit“, „Evidenz“, „Eindeutigkeit“ sind im Rahmen natürlicher (Fach-)Sprachen nur Konstrukte). Alles muss der praktische Jurist argumentierend entscheiden.

*JM I, Rn. 192*

### **Dogmatik, Begriff**

Die Strukturierende Rechtslehre versteht „Dogmatik“ im technischen Sinn der Rechtswissenschaft; dabei aber nicht mit jenem Unterton von „doktrinär“, der sich dem Begriff juristischer Dogmatik nicht selten zugesellt. So gesehen, also gemessen an der Subjektivität von Meinungen, die aus (rechts-)politischen Gründen durchgesetzt werden sollen, ist strukturierende Dogmatik eher undogmatisch. Noch vor dem Inhalt einzelner Standpunkte geht es ihr um die Wissenschaftlichkeit der Aussagen; darum, dass Begriffe und Argumentationen überprüfbar sind, verallgemeinert werden können, dass sie rechtsstaatliche Praxis stabilisieren helfen. Gewiss führt auch ein in diesem Sinn juristisch-dogmatisches Vorgehen zu bestimmten Positionen. Das folgt schon aus der Inhaltlichkeit des positiven Rechts, um dessentwillen Dogmatik erarbeitet wird. Doch bildet die Art des Entwickelns dogmatischer Sätze eine rechtsstaatlich eigens geforderte und auch demokratisch unverzichtbare Schicht rationaler Rechtsarbeit.

*JM I, Rn. 401*

### **Dogmatik, juristische**

Dogmatik erscheint hier als eine unverzichtbare (unter anderen, ebenso unverzichtbaren) Art der Stilisierung juristischer Gesichtspunkte: nicht als eine blockhaft gefügte Instanz, der sich andere Rechtswissenschaftler und praktische Juristen tunlichst anzuschließen haben, sondern als der Diskussion geöffnetes, selbst in Diskussion begriffenes Arsenal für eine bestimmte Klasse juristischer Argumente. Die sonstigen Gruppen von Gesichtspunkten (Mittel der Textauslegung im engeren Sinn und der Einbeziehung von Realdaten, Theorie-Elemente, rechts- und verfassungspolitische Faktoren) stehen neben den dogmatischen; bei methodologischen Konflikten stehen sie über oder unter ihnen. Dogmatische Konkretisierungselemente sind in ihrem Verhältnis zu den anderen zu kennzeichnen, zu umgrenzen, für den Konfliktfall vor- beziehungsweise nachzuordnen. Das gehört zu den Aufgaben juristischer Methodik.

*JM I, Rn. 410*

### **Dogmatik, positivistische**

Strukturierende Dogmatik gliedert inhaltliche Aussagen über das positive Recht und die Ergebnisse seiner Konkretisierung nicht auf beliebige Art. In der allgemeinen Tendenz, durch reflektiertere Dogmatik Praxis und Rechtslehre wissenschaftlicher zu machen, stimmt sie mit dem klassischen Gesetzespositivismus überein. Für diesen kam es aber auf „die Aufstellung eines wissenschaftlichen Systems“ an, „in welchem sich die einzelnen Gestaltungen als die Entwicklung eines einheitlichen Grundgedankens darstellen“; die „wissenschaftliche Selbständigkeit“ der Jurisprudenz sollte sich in deren Eigenschaft erweisen, „die Grundlage sicherer juristischer Deduktion“ abzugeben. Den Meistern des Rechtspositivismus ging es darum, „den Dilettantismus zu bekämpfen“, der „mit einer gedankenlosen Zusammenstellung von Gesetzen und Gesetzgebungsmaterialien sich begnügte“ und auf der anderen

Seite „banale Erörterungen der Tagespolitik, oberflächliche Zweckmäßigkeitserwägungen und aus dem Zusammenhang gerissene historische Notizen“ als rechtswissenschaftliche Untersuchungen ausgegeben haben. Positivistische Dogmatik sollte in rationale Begriffe fassen, einheitlich systematisieren, die Antworten auf Fragen des geltenden Rechts verallgemeinerungsfähig konstruieren. Sie blieb dabei aber im Rahmen des positivistischen Normmodells, erfasste also nur Sprachdaten. Realdaten blieben programmatisch ausgespart. Sie waren ihr nur in der unwissenschaftlichen Gestalt von „historischen, politischen und philosophischen Betrachtungen“ vorstellbar und in dieser Form verständlicherweise „für die Dogmatik eines konkreten Rechtsstoffes ohne Belang“. Die Konstruktion von Rechtsinstituten, das Verallgemeinern von Rechtsnormen auf arbeitsfähige generelle, eben auf dogmatische Terme erschienen „als die gewissenhafte und vollständige Feststellung des positiven Rechtsstoffes und die logische Beherrschung desselben durch Begriffe“. Abgesehen von erheblichen historischen Enttäuschungen in bezug auf Vollständigkeit und Logik, ist das ein nach wie vor überzeugendes Dogmatikprogramm. Das dort übersehene Problem liegt allerdings bereits darin, was denn unter dem „positiven Rechtsstoff“ verstanden werden soll. Der Positivismus fasst darunter nur Sprachdaten, weil er Rechtsnormen mit ihren Normtexten zu verwechseln pflegt. Geschieht das nicht, dann bilden Sprachdaten und Realdaten den Rechtsstoff, den es zu strukturieren gilt. Auch wo innerhalb des Positivismus die Notwendigkeit eines Einbezugs von Realdaten erkannt wurde, erfolgte dies - wie bis heute üblich - allein durch unklare rechtspolitische Appelle.

„Strukturierend“ heißt hier dagegen die Dogmatik, welche das Modell der Normstruktur in das Formulieren dogmatischer Aussagen einblendet; die nicht pauschal „die“ Wirklichkeit berücksichtigt, sondern den Normbereich der behandelten Vorschriften (im Unterschied zu deren Sach- beziehungsweise Fallbereich) kontrolliert verarbeitet.

*JM I, Rn. 403*

### **Dogmatik, rationale**

Absicht des Positivismus war es, die Jurisprudenz möglichst weit zu verwissenschaftlichen und eine rationale Dogmatik zu liefern. Diese Ziele haben es nicht verdient, zugunsten geringerer Anforderungen an Rationalität aufgegeben zu werden. Die von der Freirechtslehre, der Interessen- und der soziologischen Jurisprudenz, der Integrationslehre und dem Dezisionismus, der Hermeneutik, Topik und Rhetorischen Rechtswissenschaft sowie anderen Antipositivismen immer wieder versuchte „Überwindung“ des Positivismus ist kein sich selbst legitimierender Zweck. Die Strukturierende Methodik fällt nicht hinter den dogmatischen Standard an Technizität zurück, den der Positivismus anstrebte. Es geht darum, das vom Positivismus unter anderem aufgrund seiner irrigen Normauffassung Verdrängte endlich aufzugreifen und verallgemeinerungsfähig in Dogmatik, Methodik und Theorie auszuarbeiten. Das - zum Teil notwendig innovative - Konzept von Rechtsstaat, das bei diesem Vorhaben in Methodik, Rechtstheorie und Verfassungslehre entwickelt worden ist, wird inzwischen als „(sprach)reflexiver Rechtsstaatsbegriff“ bezeichnet.

*JM I, Rn. 299*

### **Dogmatik, sektorale**

Die Analyse der Struktur von Grundrechten ergibt: -Grundrechte sind - anders als herkömmlich behauptet wird - keine „Generalklauseln“. Sie sind Normen mit gesteigert sachhaltigen Normbereichen. Ihre Positivität ist eine strukturierte; ebenso wie sich allgemein die Normativität rechtlicher Regeln als strukturiert herausgestellt hat. Zu den Einzelgrundrechten können und sollten sektorale Dogmatiken entwickelt werden. Je genauer diese gefasst und in generalisierbare Teilregeln differenziert sind, desto entbehrlicher werden auch in der Praxis die aus rechtsstaatlichen Gründen bedenklichen bis unzulässigen Doktrinen und Praktiken von „Wertordnung“, „Schrankenübertragung“, „Güterabwägung“ usw. Entsprechend wichtig ist die Diskussion empirischer Methoden für die Analyse grundrechtlicher Normbereiche.

Generalklauseln (wie die §§ 138, 242, 826 BGB, § I UWG, § I GWB usw.) sind im Umkreis der Grundrechte ausnahmsweise, und zwar wegen der besonderen Formulierung des Normtextes, der Allge-

meine Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG, sowie - folgt man der herrschenden Meinung - auch Art. 2 Abs. 1 GG. Sie haben, was an Art. 3 Abs. 1 und - gemäß der herrschenden Auffassung - an Art. 2 Abs. 1 GG unmittelbar zu sehen ist, gesteigert vage Normtexte und weisen einen sachlich bestimmbar Normbereich zunächst überhaupt nicht auf. Gleichwohl werden ihnen, soweit die Praxis sie „anwendet“, normale, d. h. den Einzelfall durchaus fühlbar und bestimmt regelnde Rechts- und Entscheidungsnormen zugeschrieben, zugerechnet. Da diese Rechtsnormen aber beides brauchen, ein „normal“ handhabbares Normprogramm wie einen ebenso funktionierenden Normbereich, werden in der Praxis stets andere positivrechtliche Normtexte hinzugezogen: in aller Regel Rechtssätze des Unterfassungsrechts, an denen etwa die Relevanz der Sachgesichtspunkte des Entscheidungsfalls für die abstrakten und ambivalenten Aussagen „gleich“ bzw. „ungleich“ gemessen werden soll. Die gesamte Judikatur zum Allgemeinen Gleichheitssatz und zum (nicht nach der „Persönlichkeitskerntheorie“ aufgefassten) Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit belegt diese Entscheidungsstrategie. Was in ihr methodisch exakt vor sich geht, ist also: Es werden andere, „normal“ ausarbeitbare Normen hinzugezogen, mit deren Normprogrammen die nach Ansicht der entscheidenden Instanz normativ relevanten Fakten aus dem diffusen Sach- bzw. dem verengten Fallbereich in Hinblick auf den Fall („Sachverhalt“) herausgehoben werden. Diese Fakten, die also - im Gegensatz zu anderen Tatsachen des Entscheidungsfalls - als in relevantem Sinn „gleich“ oder „ungleich“ behandelt werden, übernehmen somit die Rolle, die bei einer Nicht-Generalklausel die Umschreibung ihres Normbereichs übernimmt. Deutlich ist das ebenso für das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG (das nach der Konsequenz der h. M. eben kein Grundrecht mehr ist, sondern eine Generalklausel): Die hier herangezogenen Normtexte sind die Verfassungs- und Unterfassungsvorschriften, mit denen und an denen festgestellt werden soll, ob die fragliche einschränkende Norm zur „verfassungsmäßigen Rechtsordnung“ i. S. der h. M. zu Art. 2 Abs. 1 GG gehört oder nicht.

*JM I, Rn. 489*

### **Dogmatik, strukturierende**

Das hier vertretende Konzept ist nicht auf Grundrechte beschränkt. Es betrifft in der Typologie von Rechtsnormen alle sachgeprägteren Vorschriften. Deren Normbereiche geben in aller Regel besonders wichtige Beiträge zur Entscheidungsarbeit. Das gilt zum Beispiel für Kompetenznormen mit breit angelegten Normbereichen, so bei Vorschriften über die Verteilung von Gesetzgebungszuständigkeiten. In jedem Fall handelt es sich um die normgebundene Spezialdogmatik einer einzelnen Vorschrift beziehungsweise einer eng zusammenhängenden Normengruppe. Die Normbereiche geben der Bereichsdogmatik sachgeprägte Kontur, können sie aber weder allein noch überwiegend bestimmen. Wie stets, sind dogmatische Aussagen auch hier mit allen Konkretisierungselementen zu erarbeiten, nicht nur mit Argumenten aus dem Normbereich.

Dogmatik bietet keine Sicherheit für richtiges Entscheiden. Sie ist keine den übrigen Mitteln der Rechtsverwirklichung überlegene Instanz, sondern die Menge einer bestimmten Klasse von Argumenten. Realistisch, und das heißt: linguistisch ausgedrückt, ist Dogmatik das Reservoir der sich zur Zeit durchsetzenden juristischen Bedeutungsfestsetzungen und Referenzfixierungen; also der Positionen zur Bedeutung und zur Art des Wirklichkeitsbezugs des „geltenden Rechts“ (der Gesamtmenge der in Kraft befindlichen Normtexte). Allgemeingültig verifizierbar sind auch die Argumente der Dogmatik nicht, wegen der Bedingungen von Sprachlichkeit und ihrer Eingebundenheit in Situation und menschliches Handeln nicht einmal die Normtexte. Eine derart überzogene Erwartung muss nicht nur von der strukturierenden, sondern von jeder Dogmatik enttäuscht werden. Vor allem bedeutet „strukturieren“ nicht, Konkretisierungselemente wie die dogmatischen oder andere bis in die Einzelheiten vorweg fixieren zu wollen; wegen der dargelegten, dem Vorgang der Konkretisierung wesentlichen Eigenschaft von Rechtsarbeit, fallgebunden zu sein, wäre das ein abwegiges Ziel. Es heißt dagegen: Gesichtspunkte zu entwerfen, von denen aus die Architektur einer Falllösung rational entwickelt werden kann, wodurch dann die sachlichen Einzelheiten Maßstab und Richtung erhalten. Vor allem heißt „strukturieren“, diese Operationen mit Mitteln durchzuführen, die verallgemeinerungsfähig sind. Dadurch werden die Vorgänge gleichheitlicher, als es sonst möglich wäre; und ferner im Dienst von Rechtsstaat und Demokratie besser nachprüfbar, weil in engere und genauere Einzelschritte zerlegt.

*JM I, Rnn. 405 f.*

### Dogmatik, undogmatischer Begriff

Die Strukturierende Rechtslehre versteht „Dogmatik“ im technischen Sinn der Rechtswissenschaft; dabei aber nicht mit jenem Unterton von „doktrinär“, der sich dem Begriff juristischer Dogmatik nicht selten zugesellt. So gesehen, also gemessen an der Subjektivität von Meinungen, die aus (rechts-)politischen Gründen durchgesetzt werden sollen, ist strukturierende Dogmatik eher undogmatisch. Noch vor dem Inhalt einzelner Standpunkte geht es ihr um die Wissenschaftlichkeit der Aussagen; darum, dass Begriffe und Argumentationen überprüfbar sind, verallgemeinert werden können, dass sie rechtsstaatliche Praxis stabilisieren helfen. Gewiss führt auch ein in diesem Sinn juristisch-dogmatisches Vorgehen zu bestimmten Positionen. Das folgt schon aus der Inhaltlichkeit des positiven Rechts, um dessentwillen Dogmatik erarbeitet wird. Doch bildet die Art des Entwickelns dogmatischer Sätze eine rechtsstaatlich eigens geforderte und auch demokratisch unverzichtbare Schicht rationaler Rechtsarbeit.

Die Ergebnisse der Dogmatik versuchen somit, neben anderen Konkretisierungsfaktoren die Vorgänge des Verwirklichens von Recht zu steuern. Gegenüber den Rechtsvorschriften, deren Normativität sie thematisch darzustellen versuchen, haben sie eine dienende Funktion. Dogmatiker neigen aber dazu, die Aussagen des positiven Rechts mit energischem Zugriff festzuschreiben, um welcher Ziele und Strategien willen auch immer. Um so klarer soll hier auf die strukturierende, sich dabei den anderen Konkretisierungselementen einfügende Rolle dogmatischer Sätze hingewiesen werden. Strukturierende Dogmatik gliedert inhaltliche Aussagen über das positive Recht und die Ergebnisse seiner Konkretisierung nicht auf beliebige Art. In der allgemeinen Tendenz, durch reflektiertere Dogmatik Praxis und Rechtslehre wissenschaftlicher zu machen, stimmt sie mit dem klassischen Gesetzespositivismus überein. Für diesen kam es aber auf „die Aufstellung eines wissenschaftlichen Systems“ an, „in welchem sich die einzelnen Gestaltungen als die Entwicklung eines einheitlichen Grundgedankens darstellen“; die „wissenschaftliche Selbständigkeit“ der Jurisprudenz sollte sich in deren Eigenschaft erweisen, „die Grundlage sicherer juristischer Deduktion“ abzugeben. Den Meistern des Rechtspositivismus ging es darum, „den Dilettantismus zu bekämpfen“, der „mit einer gedankenlosen Zusammenstellung von Gesetzen und Gesetzgebungsmaterialien sich begnügte“ und auf der anderen Seite „banale Erörterungen der Tagespolitik, oberflächliche Zweckmäßigkeitserwägungen und aus dem Zusammenhang gerissene historische Notizen“ als rechtswissenschaftliche Untersuchungen ausgegeben habe. Positivistische Dogmatik sollte in rationale Begriffe fassen, einheitlich systematisieren, die Antworten auf Fragen des geltenden Rechts verallgemeinerungsfähig konstruieren. Sie blieb dabei aber im Rahmen des positivistischen Normmodells, erfasste also nur Sprachdaten. Realdaten blieben programmatisch ausgespart. Sie waren ihr nur in der unwissenschaftlichen Gestalt von „historischen, politischen und philosophischen Betrachtungen“ vorstellbar und in dieser Form verständlicherweise „für die Dogmatik eines konkreten Rechtsstoffes ohne Belang“. Die Konstruktion von Rechtsinstituten, das Verallgemeinern von Rechtsnormen auf arbeitsfähige generelle, eben auf dogmatische Terme erschienen „als die gewissenhafte und vollständige Feststellung des positiven Rechtsstoffes und die logische Beherrschung desselben durch Begriffe“. Abgesehen von erheblichen historischen Enttäuschungen in bezug auf Vollständigkeit und Logik, ist das ein nach wie vor überzeugendes Dogmatikprogramm. Das dort übersehene Problem liegt allerdings bereits darin, was denn unter dem „positiven Rechtsstoff“ verstanden werden soll. Der Positivismus fasst darunter nur Sprachdaten, weil er Rechtsnormen mit ihren Normtexten zu verwechseln pflegt. Geschieht das nicht, dann bilden Sprachdaten und Realdaten den Rechtsstoff, den es zu strukturieren gilt. Auch wo innerhalb des Positivismus die Notwendigkeit eines Einbezugs von Realdaten erkannt wurde, erfolgte dies - wie bis heute üblich - allein durch unklare rechtspolitische Appelle.

„Strukturierend“ heißt hier dagegen die Dogmatik, welche das Modell der Normstruktur in das Formulieren dogmatischer Aussagen einblendet; die nicht pauschal „die“ Wirklichkeit berücksichtigt, sondern den Normbereich der behandelten Vorschriften (im Unterschied zu deren Sach- beziehungsweise Fallbereich) kontrolliert verarbeitet.

Dogmatik erscheint hier als eine unverzichtbare (unter anderen, ebenso unverzichtbaren) Art der Stilisierung juristischer Gesichtspunkte: nicht als eine blockhaft gefügte Instanz, der sich andere Rechtswissenschaftler und praktische Juristen tunlichst anzuschließen haben, sondern als der Diskussion geöffnetes, selbst in Diskussion begriffenes Arsenal für eine bestimmte Klasse juristischer Argumente. Die sonstigen Gruppen von Gesichtspunkten (Mittel der Textauslegung im engeren Sinn und der Ein-

beziehung von Realdaten, Theorie-Elemente, rechts- und verfassungspolitische Faktoren) stehen neben den dogmatischen; bei methodologischen Konflikten stehen sie über oder unter ihnen. Dogmatische Konkretisierungselemente sind in ihrem Verhältnis zu den anderen zu kennzeichnen, zu umgrenzen, für den Konfliktfall vor- beziehungsweise nachzuordnen. Das gehört zu den Aufgaben juristischer Methodik.

Die vorliegende Konzeption versteht sich weder als präskriptiv (im Sinn von pseudo-normativ) noch als doktrinär. Sie schließt Zusammenarbeit mit anderen Konzepten nicht aus, solange nicht gewichtige Gründe dagegen sprechen. Wenn innerjuristischer Dogmatismus möglichst vermieden werden soll, besteht allerdings kaum Anlass, einen der Allgemeinen Wissenschaftslehre zugeschriebenen (und von Popper so offenbar gar nicht gewollten) Dogmatismus einer Rechtslehre aufzupropfen, die sich fähig erweist, eine Rechtsmethodik immanent zu entwickeln. Solche Versuche können und sollen gemacht werden; hier fragt sich, ob sie überzeugen.

*JM I, Rnn. 401 ff., 410, 566*

### **Dogmatik, Voraussetzungen juristischer**

Die Rechtsprechungsanalyse ergab, dass Sachbestandteile der zu konkretisierenden Verfassungsnormen den Vorgang der Konkretisierung vielfach inhaltlich mitbestimmen, dass sie somit in diesem Vorgang neben ändern Elementen als normativ behandelt werden. Dieser Grundsachverhalt juristischer Methodik ist in der Judikatur bisher unreflektiert geblieben. Das entspricht der Fragestellung herkömmlicher Rechtsphilosophie. Sie erörtert die Bauweise von Rechtsnormen im Spannungsverhältnis von „Recht“ und „Wirklichkeit“, in einem Feld „normativer“ und „realer“ oder „empirischer“ Elemente nicht als Problem praktischer Rechtserzeugung. Weder die an den Savignyschen Regeln festhaltenden Auffassungen noch die neueren Versuche, die überkommene Methodenlehre der Rechtswissenschaft und die traditionelle verfassungsrechtliche Methodik fortzuentwickeln, haben das Verhältnis der normativen Anordnung zu dem von ihr geordneten Wirklichkeitssegment differenziert untersucht. Der von der Analyse der Rechtsprechung ausgehende Ansatz fragt dagegen statt nach „Norm und Faktum“ nach der Struktur rechtlicher Normativität, wie sie sich in praktischer Rechtstätigkeit darstellt. „Sein und Sollen“ ist nicht länger ein generelles Problem der Rechtsphilosophie. Es ist eine Frage nach der Struktur rechtlicher Normen im Vorgang ihrer praktischen Umsetzung und damit zugleich nach der Struktur dieses Umsetzungsvorgangs. Dabei ergibt sich, dass nicht nur der Sollensbefehl, das „Normprogramm“, sondern bei einer Reihe von Normtypen auch die Sachstruktur des Regelungsfelds, soweit sie vom Juristen mittels des Normprogramms als fallrelevanter Ausschnitt sozialer Wirklichkeit ausgewählt und zum „Normbereich“ verengt wird, den Fall mitentscheidet. Die Trennung von „Recht“ und „Wirklichkeit“ weicht einer genaueren Analyse direkter und soziale Realität repräsentierender Elemente der Normativität. Das wurde vor allem an den Grundrechten und an sonstigem Verfassungsrecht herausgearbeitet. Es stellt jedoch allen Rechtsdisziplinen die Aufgabe sozialwissenschaftlicher Synthese des „law in action“ und der Jurisprudenz insgesamt die einer neuen Reflexion ihres Wissenschaftstypus. Das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit wird weder in rechtsphilosophischer Allgemeinheit noch nur in Einzelheiten von Fallbearbeitung und Lösungstechnik erfasst. Beide Sichtweisen sind im Sinn einer strukturierenden Rechts(norm)theorie zu verbinden. Dabei gilt es, die Struktur rechtlicher Normativität und der grundsätzlichen Bedingungen juristischer Konkretisierung zu analysieren. Es sind ferner die Voraussetzungen juristischer Methodik, Dogmatik und Falllösung im Blick auf die Rolle der normierten Wirklichkeit für inhaltliche Ausrichtung und Entscheidungsfunktion der Rechtsnorm zu untersuchen. Rationalität wird dabei im Sinn von Transparenz und Kontrollierbarkeit angestrebt: indem die Frage nach „Norm und Faktum“ geändert wird zu der nach Normativität und Normstruktur. Um der Normativität der Norm und um der Rechtswissenschaft als einer praktischen Normwissenschaft willen müssen die Sachgehalte von Rechtsregeln als Bestandteil der Auslegung, Interpretation und Konkretisierung dieser Regeln positiven Rechts erfasst und aufgeschlüsselt werden. Nicht zufällig ist dieser Grundsachverhalt zuerst im Verfassungsrecht entwickelt und an verfassungsgerichtlicher Judikatur belegt worden. „Normbereich“, „Normprogramm“ und „Sach“- bzw. „Fallbereich“ sind Bestandteil oder Vorstufen der zu erstellenden Norm. Sie meinen nicht die Erforschung von „Rechtstatsachen“, die dem Gesetzgeber historisch vorlagen und nach denen er die Interessenkonstellation ordnen wollte. Sie stehen im Dienst objektiv orientierter Normkonkretisierung, nicht traditioneller „Motiv- und Willensaufhellung“. „Normbereich“, „Normprogramm“, „Sach“- und

„Fallbereich" stellen als theoretisch fundierte methodologische Strukturbegriffe weitere Hilfsgesichtspunkte, zusätzliche Elemente der Rationalisierung, der detaillierten Begründungs- und Darstellungsmöglichkeit zur Verfügung.

*JM I, Rn. 131*

### **Dogmatische Elemente**

Die dogmatischen Elemente treten wie die Theorie-Elemente, wie die lösungstechnischen und rechts- bzw. verfassungspolitischen Faktoren in sprachlicher Form auf. Diese Form kann - wie die Textformulierung von Normen, von Materialien und Normvorläufern - für sich genommen „klar" oder „unklar" im Sinn von: leicht verständlich oder schwer verständlich sein. Angesichts eines zu lösenden und insofern selbst noch unklaren Rechtsfalls erweisen auch sie sich aus den untersuchten Gründen meist als (noch) „unklar" - mögen sie bei zusammenhängender, von der Notwendigkeit der Falllösung entlasteter Lektüre noch so einsichtig erscheinen. Dogmatische wie theoretische, lösungstechnische und rechtspolitische Äußerungen pflegen deshalb, soweit der Fall dazu Veranlassung gibt, grundsätzlich mit denselben Mitteln sprachlicher Interpretation verwertet zu werden wie Normtexte und Gesetzgebungsmaterialien. Der Arbeit mit historischen und genetischen Gesichtspunkten entsprechen beim Heranziehen von Rechtsprechung der Vergleich mit früheren Judikaten und das Suchen nach Gründen für abweichende Aussagen. Die Notwendigkeit grammatischer Deutung liegt auf der Hand. Dem Arbeiten mit systematischen Gesichtspunkten analog ist zum einen das Heranziehen sonstiger und abweichende Positionen vertretender Gerichts- und Lehrmeinungen. Zum ändern gilt das noch mehr für das Befragen von Literatur und Praxis zu solchen Vorschriften, die erst auf dem Weg systematischer Interpretation in die Rechtsarbeit einbezogen werden sollen. Bei alledem ist nochmals festzuhalten, dass sich solches Interpretieren auf nicht-normbezogene Texte bezieht, genauer: auf Nicht-Normtexte. Deren praktische Unentbehrlichkeit wird damit nicht bestritten. Diese Aspekte bleiben jedoch dadurch kontrollierbar, dass sie sich als Lösungsbeiträge auszuweisen haben, die der Entscheidungsnorm und dem diese rechtfertigenden allgemeinen Rechtssatz in dienender Funktion zugehören. Die demokratische Pflicht, aus der Fülle der heranziehbaren Texte ganz bestimmte Texte als Ausgangspunkt wie als Grenze zulässiger Entscheidungsmöglichkeiten herauszuheben (nämlich die als einschlägig unterstellten amtlichen Normtexte als Produkte der Legislative) bezieht sich also gleichermaßen auf das Verwerten der dogmatischen, der theoretischen, lösungstechnischen und rechts- bzw. verfassungspolitischen Elemente. Der Charakter dieses Gebots als demokratisch und die Zugehörigkeit des Bonner Grundgesetzes zum Typus rechtsstaatlich „rigider" Verfassung machen es unzulässig, die Mittel rationaler Ergebnisformulierung, Begründung und Darstellung nicht in diesen Funktionen, sondern nur zur sekundären, die Entscheidungsgründe verbergenden Rechtfertigung des gewünschten Ergebnisses zu verwenden. Die Beschreibung von Tendenzen der Praxis, dennoch so zu verfahren, ist zur Schärfung des Bewusstseins von den Möglichkeiten und Grenzen rationaler juristischer Methodik aufschlussreich. Sie ist aber weder im Sinn rechtsstaatlich-normativer bzw. nicht-normativer methodischer Maßstäblichkeit noch in dem demokratischer Zulässigkeit aufzugreifen.

*JM I, Rnn. 21 f., 101, 110, 120, 159, 257, 270, 270, 291 f., 301, 312, 407, 427, 538 ff., 565*

© (Online-Fassung) Ralph Christensen 2004