

Jannis Lennartz: Dogmatik als Methode. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2017. (Grundlagen der Rechtswissenschaft; Bd. 35.), XIII, 198 S.; Leinen: 64.– €. ISBN 978-3-16-155627-2.

I. Die von meinem Namensvetter Christoph Möllers in Berlin betreute Doktorarbeit von *Jannis Lennartz* ist jüngst von den Kollegen um Reinhard Zimmermann zu den Büchern des Jahres 2018 prämiert worden.¹ Der Autor behandelt das bisher noch wenig beleuchtete Verhältnis von Juristischer Methodenlehre und Rechtsdogmatik. Der bisher herrschenden Methodenlehre wirft der Autor vor, sich auf eine Interpretationslehre zu beschränken, die große Bereiche der Rechtsdogmatik nicht erklären kann. Die Grundrechtsprüfung von Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung oder der Staatsbegriff kämen etwa ohne konkreten Normbezug aus. In der täglichen Prüfung würden dogmatische Figuren dominieren, ohne dass die Methodenlehre diese ausreichend erklären könne. Die Methodenlehre müsse aber auch eine Theorie der Dogmatik sein und vor allem den gesellschaftlichen Erwartungen an juristische Praxis Rechnung tragen (S. 3). Nach diesem Auftakt gliedert der Autor seine Arbeit in drei Teile auf gut 180 Seiten.

II. In einem ersten Teil beschreibt *Lennartz* den bisherigen Stand der Methodenlehre als Umgang mit normativen Texten. Er kritisiert den fehlenden Dialog der juristischen Teildisziplinen und die fehlende gemeinsame methodische Klammer. Dogmatische Fragestellungen, wie etwa der Umfang des Schutzbereichs bei der Prüfung der Grundrechte, würden nicht mehr mit den Mitteln der herkömmlichen Methodenlehre bearbeitet. Umfangreich beschäftigt sich der Autor dann mit der historischen Schule des 19. Jahrhunderts und zeigt auf, dass Jhering, Puchta und Windscheid aus dem römischen Recht Rechtssätze ableiteten, konstruierten. Konstruktion will damit über einzelne Rechtsnormen hinaus Recht neu entwickeln und in das bestehende Recht einpassen.² Auch wegen der Bezüge zur Begriffsjurisprudenz ist der Begriff heute, wie der Autor betont, desavouiert; stattdessen wird von System und Dogmatik gesprochen. Im Folgenden beschreibt der Verfasser dann das methodische Vorgehen der höchsten Gerichte und kritisiert den Methodenpluralismus und die fehlende Begründungstiefe zahlreicher Entscheidungen. Dem *BVerfG* wirft er Maßstabslosigkeit vor, weil es die Grenze zulässiger Rechtsfortbildung methodisch wenig konsistent herausarbeitet und selbst dogmatisch ohne methodisches Instrumentarium arbeite (S. 55).

III. In einem zweiten Teil thematisiert der Autor die Kritik am Subsumtionsideal und beschreibt die Erweiterungen um die Begriffe Interesse, Vorverständnis, Hermeneutik, insbesondere des Sachverhaltes. Er zeichnet dann die Methodendiskussion der letzten Jahrzehnte nach, die Unterscheidung von Typus und Begriff durch Larenz und den Systemgedanken durch Canaris, und wirft beiden vor, die gesellschaftlichen Erwartungen an die juristische Praxis nicht zu berücksichtigen. Sodann thematisiert er die rechtstheoretischen Ausführungen von F. Müller zur Konkretisierung und die Topik-Diskussion, die mit den Namen Viehweg und Kriele verbunden ist. Esser kritisierte das Auseinanderfallen von Theorie und Praxis und betone, „daß unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet“.³ Alexys juristische Argumentation zielt auf rationale Argumentation im Rahmen eines juristischen Diskurses. Auch die sprachphilosophischen Äußerungen von Derrida hülften nicht weiter, weil Gesetze nun einmal rechtlich binden. Methodenlehre verarbeite die gesellschaftlichen Erwartungen an die juristische Praxis. Dies käme durch die Gesetzesbindung und das Subsumtionsideal zum Ausdruck (S. 104).

IV. Nach diesen Ausführungen ist das theoretische Fundament gelegt um in einem dritten Teil zum eigentlichen Thema der Arbeit vorzustoßen, dem Verhältnis von Methode und Dogmatik. In einem ersten Schritt beschreibt der Verfasser Juristisches Arbeiten als juristische Argumentation (S. 112 ff.). Diese Argumentation würde von Wissenschaft und Rechtsprechung gleichermaßen betrieben. Sie verlange nicht zwingend einen Normbezug, aber immer eine Diskussion mit *juristischen* Begriffen über das geltende Recht (S. 119). Wann ein Begriff ein juristischer ist, bestimmt sich nach *Lennartz* allein nach dessen Gebrauch, dessen Verwendung in bestimmten Praktiken (S. 122). Das Ausscheiden nichtjuristischer Überlegungen diszipliniert und erhöht die Rechtssicherheit (S. 126). In der juristischen Praxis verwendet man zahlreiche juristische Begriffe, die nicht immer auf einen Rechtstext rückführbar sind und sich nicht unmittelbar mit der Methodenlehre erklären lassen. Diese Tiefenstruktur oder Grammatik des Rechts könne die Methodenlehre nicht erklären (S. 134).⁴ Beispielhaft nennt *Lennartz* den Wegfall der Geschäftsgrundlage, das subjektiv öffentliche Recht oder den Verwaltungsakt. Alle diese Rechtsinstitute wurden von der Lehre, nämlich Oertmann, Jellinek und O. Mayer entwickelt und dann von der Rechtsprechung bzw. Gesetzgebung später übernommen. Damit sei Interpretation auf einen dogmatischen Rahmen und Begriffe angewiesen, die

¹ Zimmermann, Juristische Bücher des Jahres, NJW 2018, 2999, 3000.

² von Jhering, Geist des römischen Rechts, Bd. II/2, 4. Aufl. 1883, S. 357 ff.; Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1., 2. Aufl. 1888, S. V, XI: „Die wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik eines bestimmten positiven Rechts liegt aber in der Konstruktion der Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtssätze auf allgemeinere Begriffe und andererseits in der Herleitung der sich aus diesen Begriffen ergebenden Folgerungen.“

³ Esser, Vorverständnis und Methodenwahl, 1970, S. 7.

⁴ Vorher schon Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 26: „Die Tiefenstruktur der Rechtsordnung wird aus einer Vielzahl miteinander verbundener Ordnungsbegriffe, Lehrsätze, Typologien, Figuren, Leit- und Strukturgedanken und vor allem aus einer Gemengelage diffus offener Überzeugungen und Anschauen gebildet. (...) Nicht die Auslegungs- oder Interpretationsmethode, sondern diese Tiefenstruktur bestimmt maßgeblich unser Verständnis von Recht und der Bedeutung einzelner Rechtsnormen.“

selbst nicht das Ergebnis von Interpretation seien (S. 137). Ausführlich zeichnet der Autor die verschiedenen Differenzierungen nach, die Jellinek zum subjektiven öffentlichen Recht entwickelt hatte. *Lennartz* beschreibt das Verhältnis zwischen Dogmatik und Methode wie folgt: Dogmatik bildet den Rahmen, in welchem dann Auslegung erst stattfinden kann; umgekehrt ist Dogmatik nur eingeschränkt auf Auslegung zurückzuführen (S. 145). Sodann wendet er sich gegen die Differenzierungen von Recht durch Kaarlo Tuori. Zutreffend arbeitet *Lennartz* heraus, dass Dogmatik als praktisches Bedürfnis nicht ausreicht, weil Recht den Geltungsanspruch einer Rechtsquelle verlange. Erst jetzt setzt er sich mit verschiedenen Definitionen zur Rechtsdogmatik auseinander, die in der Literatur geprägt wurden. Für ihn ist Dogmatik auch ein Erkenntnisverfahren, Figuren wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind Dogmatik wie Methode zugleich. Im Ergebnis gibt es verschiedene fachspezifische Dogmatiken: Während das Zivilrecht sich mit judikativen Fallgruppen relativ nah am Subsumtionsideal bewege, bedürfe das Verwaltungsrecht weiterer juristischer Figuren, während die Grundrechtsprüfung einen mehrstufigen Prüfungsparcours durchlaufe.

Diese dreistufige Prüfung der Grundrechte, die seit dem Lüth- und dem Apothekenurteil durch das *BVerfG* entwickelt wurde, wird dann umfangreich analysiert und kritisiert: Einerseits verweigere das *BVerfG* durch den weiten Schutz- und Eingriffsbereich die erforderliche Konkretisierung und Subsumtion, ja es handle sich beim weiten Eingriffsbegriff um eine Art von Definitionsverweigerung. Die Abwägungsentscheidung sei nicht ohne einen Moment der Dezision. Andererseits käme Abwägung dann zur Anwendung, wenn akzeptanzfähige Subsumtion schwierig ist, weil auch dem unterlegenen Belang eine gewisse Wertigkeit zukäme. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung mit den Voraussetzungen der Geeignetheit und Erforderlichkeit des Eingriffs erfülle die Voraussetzungen des Pareto-Optimums, weil niemand besser gestellt werden kann, ohne dass dies die Schlechterstellung eines anderen mit sich bringt (S. 162, 169).⁵ Solange die Entscheidungen der dominierenden Sozialmoral entsprechen, störe sich kaum jemand am „entgrenzten“ Gericht. Die großzügige Einbeziehung eines Verhaltens in den Schutzbereich eines Grundrechts erhöhe nämlich die Akzeptanz der Entscheidung, wenn erst im weiteren Verlauf der Entscheidung die Einschränkung des grundsätzlich verfassungsrechtlich geschützten Verhaltens gerechtfertigt wird. Leider findet sich Alexys Prinzipientheorie lediglich in einer Fußnote (S. 167 Fn. 226). Dabei erklärt die Prinzipientheorie genau die Fragen, die *Lennartz* aufwirft, zum Beispiel warum der Abwägung gerade bei der Grundrechtsprüfung eine so erhebliche Bedeutung zukommt (S. 166). Die Antwort nach Alexy: Weil Grundrechte vorwiegend⁶ Prinzipien sind und Prinzipien eine besondere Normstruktur aufweisen, bei denen man mit dem klassischen Subsumtionsmodell nicht weiterkommt, sondern die Methode der Abwägung braucht, um eine hinreichend rationale Entscheidung zu erhalten.⁷

Im Ergebnis ist für den Autor Dogmatik die Arbeit mit juristischen Begriffen, die nicht in Normtexten vorkommen (S. 171 f.). Abschie-

ßend fordert *Lennartz* von der Methodenlehre, dass sie die Herstellung von rechtsquellenkonformer Dogmatik erklärt. Dafür soll das Richterrecht allerdings nicht dienen können, da es sich nicht in die Rechtsquellenlehre einfügen ließe. Vielmehr möchte er den Bogen zum Anfang des Werkes schlagen und die Methode der Konstruktion fruchtbar machen, wobei er als Ausgangspunkt nochmals das Zitat von Laband wiederholt.⁸ Dieses Vorgehen des 19. Jahrhunderts sei verlorengegangen. Konstruktion bezeichnet damit die Herstellung von Rechtsbegriffen, die keinen unmittelbaren Bezug zu einer Rechtsquelle aufweisen. Die genauen Kriterien, wann ein Rechtsquellenbezug hinreichend ist, kann er an dieser Stelle nicht entwickeln (S. 176 f.). Im Ergebnis ist Methode auch die Herstellung und Verwendung von Dogmatik. Die Methodenlehre formuliert rechtsübergreifend Techniken des Quellenbezugs. Das Werk schließt mit einer Zusammenfassung der wichtigsten Thesen.

V. Die Arbeit bricht ab, wo es spannend wird: Wenn Juristische Methode Dogmatik erklären kann, muss sie die sich aus der Dogmatik ergebenden Figuren auf Rechtsquellen zurückführen. Was sind die Techniken, welche die Herleitung und Rechtfertigung der Dogmatik und ihrer Begriffe methodisch begründen können? Der Hinweis auf eine vermeintliche Logik⁹ ist sicherlich zu knapp. Wie lassen sich deduktiv und induktiv von der Rechtsprechung neu entwickelte Rechtsinstitute wie etwa die Störung der Geschäftsgrundlage methodisch herleiten?¹⁰ Können die klassischen Auslegungsmethoden nicht doch helfen, den Schutzbereich der Grundrechte zu konkretisieren, beispielsweise die historische Auslegung? Hat das Abwägungsmodell der Grundrechte nicht doch einzelne Begriffe geschärft, etwa die Unterscheidung des Persönlichkeitsrechts in Sozial-, Privat- und Intimsphäre?¹¹ Wie ist das Verhältnis von Logik und Juristischer Kreativität bei der Rechtsfindung? Wo hat die Topik als Verfahren zur „Beschaffung sinnvoller Hypothesen“ ihren berechtigten Anwendungsbereich?¹² Um Rechtssicherheit zu erhöhen, müssten vielleicht Argumente kumuliert und gewichtet werden.¹³ Auch die Rolle der Rechtsprechung kommt deutlich zu schlecht weg (etwa S. 115 f., 173), weil sich der Verfasser nicht mit der herrschenden Ansicht zur subsidiären Befolgungspflicht auseinandersetzt.¹⁴ Und welche sonstigen sekundären Rechtsquellen wie etwa Formen der privaten Rechtssetzung dürfen herangezogen werden? Schließlich: Wo verlaufen die Grenzen zulässiger Konstruktion? Leider wird auch gelegentlich das Zitieren vernachlässigt (etwa Nachweise der Literatur und Rechtsprechung auf den Seiten 115, 125, 128, 136 f., 173).

Gleichwohl handelt es sich um eine außerordentlich kenntnisreiche Arbeit, welche die rechtstheoretische Diskussion der letzten zwei Jahrhunderte reflektiert und ideenreich kritisiert. Überzeugend legt *Lennartz* den Finger in die Wunde der klassischen Juristischen Methodenlehre, die sich als reine Auslegungs- und Interpretationslehre versteht. Dass Methodenlehre auch Dogmatik erklären kann und vor allem muss, ist das zentrale überzeugende Petitionum der Arbeit.

Professor Dr. **Thomas M.J. Möllers**, Universität Augsburg

⁵ Hier fehlt im Werk der Quellennachweis; vorher schon nämlich etwa *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, 1990, S. 224 f.; *van Aaken*, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft, 2003, S. 329; *Alexy* 16 Ratio Juris 131, 135 (2003).

⁶ Zum Doppelcharakter von Grundrechten *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 8. Aufl. 2018, S. 122 ff.

⁷ *Alexy* (Fn. 6), S. 75 f., 78 ff.; *ders.* 16 Ratio Juris 131, 133 (2003); *ders.*, in: *Clérico/Sieckmann*, Grundrechte, Prinzipien und Argumentation, 2009, S. 9 f., zur Rationalität der Abwägung insb. S. 13 ff.

⁸ Siehe oben Fn. 2.

⁹ So *von Jhering* (Fn. 2), S. 362 ff.; hierzu *Mecke*, Begriff des Rechts und Methode der Rechtswissenschaft bei Rudolf von Jhering, 2018, S. 570.

¹⁰ *T. M.J. Möllers*, Juristische Methodenlehre, 2017, § 11 Rn. 55 f.

¹¹ *Möllers* (Fn. 10), § 12 Rn. 19 f.

¹² *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung, 1967, S. 148; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999, Rn. 67 ff.; *Möllers* (Fn. 10), § 14 Rn. 49 ff.

¹³ *Möllers* (Fn. 10), § 13 Rn. 3 und § 14 Rn. 3 ff.

¹⁴ *Kriele* (Fn. 12), S. 243 ff.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 506 ff.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 7. Aufl. 2012, S. 339 f.; *T. M.J. Möllers*, in: *Festschrift für Buchner*, 2009, S. 549 ff.