

Alexander Stark

Über Kritikpotenziale und blinde Flecken der Rechtsdogmatik

I. Einleitung

Rechtsdogmatik ist Gegenstand vielfältiger Kritik.¹ Die Zuschreibungen reichen von abgeschottet, strukturell affirmativ, irrational und autoritätshörig bis hin zu unkritisch. Gemeinsamer Nenner dieser Kritik ist die Annahme, Rechtsdogmatik blende bestimmte Gründe und Gesichtspunkte aus, obschon gute Gründe für deren Berücksichtigung sprächen. Je nach rechtstheoretischem Standpunkt wird diese Abgeschottetheit – unterstellt, sie besteht – auch als Errungenschaft theoretischer Rationalität eingestuft. In diesem Beitrag geht es darum, ob die Kritik, Rechtsdogmatik sei strukturell unkritisch, überzeugt, und damit um die Frage, ob und ggf. inwieweit Rechtsdogmatik eine Ressource für (Rechts)Kritik darstellt. Ich beschränke mich auf die Frage nach dem Potenzial für substantielle Kritik, für die nach einer verbreiteten Ansicht – anders als für formale Kritik – innerhalb der Rechtsdogmatik kein Platz bestehen soll. In einem ersten Abschnitt versuche ich, Gesichtspunkte, die gegen ein Kritikpotenzial der Rechtsdogmatik sprechen, zu plausibilisieren (II.). Anschließend zeige ich verschiedene Charakteristika und Differenzierungen innerhalb der Rechtsdogmatik auf (III.), anhand derer die Frage nach dem Kritikpotenzial der Rechtsdogmatik sodann untersucht wird (IV.). Der Beitrag endet mit einem knappen Fazit (V.).

II. Gründe gegen ein Kritikpotenzial der Rechtsdogmatik

Zunächst sind zwei Vorbemerkungen erforderlich. Zu klären ist – wenn auch nur in groben Zügen –, was hier zum einen unter (Rechts)Kritik, zum anderen unter Rechtsdogmatik verstanden wird. Ich verwende „Kritik“ in einem vortheoretischen Sinn. Wenn jemand etwas kritisiert, bringt die Person eine negative Evaluation zum Ausdruck. Gegenstand von Kritik können sowohl individuelle als auch Arten von Handlungen sowie Praxen und Institutionen sein. Rechtskritik kann sich sowohl auf konkrete rechtliche Handlungen wie ein spezifisches Gerichtsurteil als auch etablierte Praxen innerhalb des Rechtssystems und das Recht als solches beziehen. Das spezifisch Negative von (Rechts)Kritik beinhaltet einen Vorwurf, der zum Ausdruck bringt, dass das Objekt der Kritik bestimmten normativen Maßstäben nicht gerecht wird. Ob Kritik gerechtfertigt ist, hängt davon ab, ob die Maßstäbe, anhand derer etwas kritisiert wird, bestehen und

1 Vgl. nur Christoph Schönberger, *Der „German Approach“*, Tübingen 2015, 32-35, 41: „Selbstreferentialität“, 42-44: „Introvertiertheit“; Philipp Sahn, *Elemente der Dogmatik*, Weilerswist 2019, 34-36.

die kritisierten Personen bei deren Verfehlung ggf. rechtfertigende Gründe vorbringen können. Rechtsdogmatik verstehe ich im Folgenden als eine Disziplin und allgemein als juristische Deliberation.² Wenn die affirmative bzw. unkritische Eigenart von Rechtsdogmatik im Raum steht, geht es nicht um die rechtsdogmatischen Begriffe, Kategorien und Unterscheidungen – die rechtsdogmatischen Produkte –, sondern die Disziplin bzw. die als Rechtsdogmatik bezeichnete Vorgehensweise.

Zurück zur Ausgangsfrage: Welche Gesichtspunkte sprechen für ein fehlendes Kritikpotenzial der Rechtsdogmatik? Verbreitet sind die folgenden vier Gesichtspunkte, die aus Platzgründen nur cursorisch dargestellt werden können: Rechtssatzbezug; Normakzeptanz qua Teilnehmerperspektive; Systemkohärenz statt Richtigkeit; Kontinuität als Argument.³

Rechtssatzbezug: Ein fehlendes Kritikpotenzial der Rechtsdogmatik wird teilweise mit dem Rechtssatzbezug der Rechtsdogmatik⁴ begründet. Rechtsdogmatik sei von vornherein auf den Kosmos des Rechtlichen verkürzt, weil die Bezugnahme auf Rechtssätze bzw. Rechtsnormen eine notwendige Bedingung der Rechtsdogmatik sei. Das beschränke den argumentativen Möglichkeitsraum und das kritische Potenzial der Rechtsdogmatik.

Normakzeptanz qua Teilnehmerperspektive: Der unkritische Charakter der Rechtsdogmatik wird zweitens mit der Teilnehmerperspektive der Rechtsdogmatik begründet. Das dogmatische Erkenntnisinteresse impliziere eine affirmative Einstellung gegenüber dem Recht. Der Rechtsdogmatik fehle damit die für (Rechts)Kritik erforderliche Distanz.

Systemkohärenz statt Richtigkeit: Ein dritter Grund für den unkritischen Charakter der Rechtsdogmatik wird in dem Systembezug der Rechtsdogmatik gesehen. Die rechtsdogmatische Vorgehensweise bestehe in der „Erarbeitung innersystematischer Beurteilungsmerkmale in einem Ordnungssystem“.⁵ Die argumentative Stoßrichtung der Rechtsdogmatik sei, so die zugrunde liegende Annahme, auf Konsistenz und Kohärenz innerhalb eines bestimmten Systems eines Rechtsbereichs gerichtet. Konsistenz und Kohärenz seien insoweit jedoch keine externen Maßstäbe für Rationalität und Richtigkeit, sondern systemrelative. Indem systeminterne Argumentation und Kohärenz prämiert würden, werde systemexterne und systemintern nicht anschlussfähige Kritik blockiert.

Kontinuität als Argument: Ein weiterer Grund gegen ein Kritikpotenzial der Rechtsdogmatik wird in der Aufgabe von Rechtsdogmatik gesehen, Recht und Rechtsanwendung zu stabilisieren. Rechtsdogmatik solle die Rechtspraxis bei der Gewährleistung einer einheitlichen, kontinuierlichen Rechtsanwendung unterstützen. Vor diesem Hintergrund wird teilweise ein *pro tanto*-Grund für die Fortführung bewährter dogmatischer Beurteilungen, Kategorisierungen und Begriffe gesehen. Innerhalb der rechtsdogmatischen Deliberation bestehe, mit Oliver Lepsius, eine „Beweislast zugunsten des Bewähr-

2 Vgl. auch Christian Bumke, Rechtsdogmatik, Tübingen 2017, 15 ff.; Jannis Lennartz, Dogmatik als Methode, Tübingen 2017, der für eine Rehabilitation der „Konstruktion“ argumentiert; Nils Jansen, Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis, AöR 143 (2018), 623–658 (631 ff., 638 ff.); Alexander Stark, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik, Tübingen 2020, 77 ff.

3 Vgl. zu diesen Gesichtspunkten mit Fokus auf den Vorwurf der disziplinären Introvertiertheit Stark (Fn. 2), 331 ff.

4 Dazu Bumke (Fn. 2), 56–99; Stark (Fn. 2), 30–60.

5 Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt a.M. 1970, 88, vgl. auch 91.

ten“.⁶ Um von bekannten und bewährten Wegen abzurücken, bedarf es demzufolge gewichtiger Gründe – Gründe, die im Normalfall nicht vorliegen und demzufolge in der Beibehaltung des Bestehenden resultieren.

Die Erläuterung der möglichen Gründe gegen ein Kritikpotenzial ist notgedrungen verkürzt. Sie dürfte die wesentlichen Ideen, die innerhalb der Rechtswissenschaft verbreitet und vielen Ausführungen und gelebten Praxen zugrunde liegen, jedoch hinreichend plausibel veranschaulichen.

III. Charakteristika und Binnendifferenzierungen

Vor dem Hintergrund der knapp skizzierten Anknüpfungspunkte für den potenziell unkritischen Charakter von Rechtsdogmatik, soll „Rechtsdogmatik“ nunmehr näher ausdifferenziert werden. Ich gehe auf drei Unterscheidungen ein: Recht und Rechtsdogmatik; deskriptive und normative Rechtsdogmatik; anwendungsnahe und anwendungsentrückte Rechtsdogmatik.

Trennung von Recht und Rechtsdogmatik: Recht und Rechtswissenschaft (Rechtsdogmatik) sind voneinander zu unterscheiden. Vorschläge von Rechtswissenschaftlerinnen und Interpretationen von Rechtswissenschaftlern geben rechtliche Vorgänge wieder und werden ggf. von Rechtsakteuren in deren Rechtsetzungen aufgegriffen und integriert, sie selbst stellen jedoch kein Recht dar.⁷ Eine Rechtsdogmatikerin imaginiert rechtliche Handlungen, vollzieht sie jedoch nicht. Sie entwickelt Recht nicht unmittelbar, sondern allenfalls mittelbar – durch eine entsprechende Handlung von Gerichten etc. – fort. Dem Minus an Rechtsetzungskompetenz korrespondiert jedoch ein Mehr an deliberativer Freiheit. Dort, wo der Rechtspraxis aufgrund einer bestehenden sozialen Praxis alternative Wege *faktisch* verschlossen sind, steht die Rechtsdogmatik als Disziplin vor der freien Wahl zwischen jeweils rechtlich gerechtfertigten Interpretationsoptionen.

Unterscheidung von deskriptiver und normativer Rechtsdogmatik: Zweitens ist zu berücksichtigen, dass sich unter dem Dach der Rechtsdogmatik mehrere Erkenntnisinteressen befinden. Als zwei Enden eines Spektrums sind die deskriptive und die normative Rechtsdogmatik zu nennen.⁸ Von einem deskriptiven⁹ Erkenntnisinteresse kann dann gesprochen werden, wenn es um die Ermittlung des Inhalts des geltenden Rechts sowie die Erarbeitung von rechtssysteminternen Strukturähnlichkeiten geht.¹⁰ Deskriptiv sind diese Vorgänge, weil das dargestellte Recht nicht evaluiert und keine Vorschläge über zu setzendes Recht gemacht werden. Der deskriptiven Rechtsdogmatik geht es um die rechtlichen Gründe,¹¹ also die handlungsleitenden Gründe, die ihren Grund in rechtlichen Tatsachen haben. Eine normative Rechtsdogmatik greift über die Explikation, Erläuterung und Strukturierung der rechtlichen Handlungsgründe hinaus. Ein normatives Erkennt-

6 Oliver Lepsius, Problemzugänge und Denktraditionen im Öffentlichen Recht, in: Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, Tübingen 2015, 53-92 (75).

7 Vgl. nur Schönberger (Fn. 1), 47 f.

8 Stark (Fn. 2), 89-99.

9 Jede Theorie basiert auf evaluativen Urteilen, indem deren Gegenstand anhand spezifischer Kriterien ausgewählt wird, und ist insoweit evaluativ und nicht deskriptiv (vgl. Jansen [Fn. 2], 651 f.). Dieser evaluative Gehalt ist hier nachrangig.

10 Vgl. auch Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1994, 23-25.

11 Vgl. dazu Jochen Rauber, Strukturwandel als Prinzipienwandel, Heidelberg 2018, 196-199.

nisinteresse verfolgen dogmatische Akteure, soweit sie untersuchen, welche rechtliche Handlung bestimmte Rechtsakteure vornehmen *sollen*. Hier geht es darum, rechtliche Handlungen zu evaluieren und unverbindliche Handlungsvorschläge für die auf rechtlicher Ebene verbleibenden Handlungsspielräume zu erarbeiten.¹² Welche Handlung Rechtsakteure vornehmen sollen, ergibt sich aus einem Zusammenspiel von rechtlichen Gründen – die hinreichend für die Rechtmäßigkeit sind – und sonstigen normativen, nicht-rechtlichen Gründen.¹³ Weil rechtliche Gründe aus der Sicht des Rechts – und demzufolge aus der Perspektive der dogmatischen Akteure (Teilnehmerperspektive) – gegenüber kollidierenden Gründen vorrangig sind,¹⁴ kommen die nicht-rechtlichen normativen Gründe nur dort zum Zuge, wo das Recht Handlungsspielräume belässt.

Unterscheidung von anwendungsnaher und anwendungsentrückter Rechtsdogmatik: Für die Kritikpotenziale von Rechtsdogmatik ist schließlich die Unterscheidung zwischen einer anwendungsnahen und einer anwendungsentrückten¹⁵ Rechtsdogmatik von Bedeutung („praktische Rechtsdogmatik“; „theoretische Rechtsdogmatik“).¹⁶ Die Unterscheidung anwendungsnah/anwendungsentrückt bezieht sich auf das Kriterium der Teilnehmerperspektive. Dass die Teilnehmerperspektive eingenommen werden muss, ist meines Erachtens eine notwendige Bedingung der Rechtsdogmatik; die Einnahme der Teilnehmerperspektive ist allerdings abstufbar und kann in unterschiedlichen Intensitätsgraden erfüllt werden.¹⁷ Besonders anwendungsnah ist rechtsdogmatisches Vorgehen, wenn neben den rechtlichen Gründen auch die für die Rechtspraxis relevanten autoritativen Gründe nicht-rechtlicher Art in die rechtsdogmatische Betrachtung einbezogen werden. Anwendungsnahe Rechtsdogmatik bezieht somit die auf faktischer Grundlage stehenden Pfadabhängigkeiten, Argumentationszwänge und Konventionen der Rechtspraxis ein und bricht insoweit weitergehende Reflexionen ab.¹⁸ Anwendungsentrückt ist hingegen eine Rechtsdogmatik, die die Bedingungen von Rechtsdogmatik erfüllt – beispielsweise Rechtssatzbezug aufweist und ausgehend von einer Teilnehmerperspektive vorgeht –, jenseits der rechtlichen Gründe jedoch nur Gründe kraft ihres Inhalts einbezieht. Nicht-rechtliche autoritative Gründe, die für die Rechtspraxis von großer Bedeutung und diskursprägend sind – wie z.B. die bestehende Praxis, Inhalte von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auch jenseits der rechtlich angeordneten Verbindlichkeit (insb. § 31 BVerfGG) als verbindliche Vorgabe einzuordnen – spielen hier keine Rolle. Etwas genauer: Sie spielen nur dann eine Rolle, wenn und soweit sie inhaltliche Gründe zum Ausdruck bringen, nicht jedoch, weil es der sozialen Praxis entspricht. Anwendungsentrückte Rechtsdogmatik nimmt insoweit keine Rücksicht auf die nicht-rechtlichen Be-

12 Vgl. Ralf Dreier, Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?, in: ders., Recht – Moral – Ideologie, Frankfurt a.M. 1981, 17-47 (22); Alexy (Fn. 10), 25; Hubert Rottlenthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt a.M. 1973, 204 f.

13 Stark (Fn. 2), 274 f.

14 Vgl. Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960, 348-350; Joseph Raz, Practical Reason and Norms, 2. Aufl., Oxford u.a. 2009, 28.

15 Die treffende Wendung stammt von Patrick Hilbert, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, Tübingen 2015, 30 u.ö.

16 Stark (Fn. 2), 81-89.

17 Vgl. Ino Augsberg, Kommentar, in: Oliver Lepsius, Relationen: Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, Tübingen 2016, 90.

18 Vgl. Alexander Somek, Rechtliches Wissen, Frankfurt a.M. 2006, 210.

standteile der sozialen Rechtspraxis und versucht unter anderem, Spielräume offenzuhalten, bei denen die Praxis qua autoritativer Gründe Verbindlichkeit sieht.

IV. Kritikpotenziale und blinde Flecken

Stellt Rechtsdogmatik, ausgehend von diesem Verständnis, eine Ressource für materielle Rechtskritik dar? Zunächst ist die Unterscheidung von deskriptiver und normativer Rechtsdogmatik aufzugreifen. Innerhalb der *deskriptiven* Rechtsdogmatik bestehen für die dogmatischen Akteure keine Kritikpotenziale. Wenn der Inhalt des Rechtssystems sowie darin enthaltene Strukturähnlichkeiten erarbeitet werden, bestehen keine Anknüpfungspunkte für Kritik. Kritik ist eine Form der Evaluation und impliziert einen Vorwurf, wohingegen Deskription keine Bewertung zum Ausdruck bringt. Wer Rechtsdogmatik wie Kelsen auf die Deskription des Rechts beschränkt,¹⁹ muss konsequenterweise gegen Rechtsdogmatik als Ressource für Rechtskritik argumentieren. Dass deskriptive Rechtsdogmatik unkritisch ist, ist eine selbst und mit gutem Grund auferlegte Beschränkung des Erkenntnisinteresses. Unabhängig davon, ob die geltende Rechtslage beibehalten oder geändert werden sollte, bedarf Zustimmung und Kritik gleichermaßen einer genauen Kenntnis des Rechts. Deskriptive Rechtsdogmatik bildet insoweit mittelbar eine Voraussetzung für gute Rechtskritik, stellt selbst jedoch keine unmittelbare Ressource für Rechtskritik dar.

Für die Erläuterung des Kritikpotenzials der *normativen* Rechtsdogmatik ist die Bezugnahme auf die unter II. genannten Anknüpfungspunkte hilfreich. Der *Rechtssatzbezug* beschränkt den rechtsdogmatischen Aktionsradius. Ohne Recht gibt es auch keine Rechtsdogmatik, und bei Aussagen ohne Referenz zu Rechtsnormen kann es sich zwar um dogmatische, nicht jedoch um rechtsdogmatische Aussagen handeln. Wirkt der Rechtssatzbezug für kritische Aussagen in besonderer Weise begrenzend? Das Kriterium des Rechtssatzbezugs ist formaler Natur und enthält keine Aussage darüber, ob Rechtsdogmatik potenziell kritisch oder unkritisch ist. Es besagt lediglich, dass Aussagen eine Referenz zu Rechtssätzen aufweisen müssen, für sich betrachtet jedoch nicht, ob diese Referenz affirmativ, neutral oder ablehnend sein soll.

Beinhaltet die *Teilnehmerperspektive* eine solche affirmative Einstellung der dogmatischen Akteure zu ihrem Untersuchungsobjekt, dem Recht? Die Teilnehmerperspektive verhindert nicht jegliche Kritik, sie beschränkt das Kritikpotenzial jedoch erheblich. Die Teilnehmerperspektive besteht darin, die durch rechtliche Tatsachen zum Ausdruck gebrachten Handlungsanleitungen als geltendes Recht in Rechnung zu stellen.²⁰ Insoweit imaginieren dogmatische Akteure die (relative)²¹ Normakzeptanz von Rechtsakteuren, und das bedeutet insbesondere, dass rechtliche Normen als gegenüber anderen Normen

19 Vgl. Kelsen (Fn. 14), 111 f.; dazu mit weit. Nachw. Stark (Fn. 2), 96 ff.; ders., Rechtsdogmatik zwischen Deskription und Präskription. Zur Wandlungsfähigkeit einer Disziplin, in: Sebastian Brettbauer u.a. (Hrsg.), Wandlungen im Öffentlichen Recht, Baden-Baden 2020, 389–407 (392 f.).

20 Stark (Fn. 2), 60 ff.

21 Rechtsakteure müssen keine affirmative Einstellung gegenüber dem Inhalt des Rechts haben. Jedenfalls im Großen und Ganzen ist innerhalb der Gruppe der Rechtsakteure jedoch eine Überzeugung über die normative Wirkung des Rechts erforderlich. Dieser Aspekt kann hier außen vor bleiben; vgl. bspw. Julie Dickson, Methodology in Jurisprudence. A Critical Survey, in: Legal Theory 10 (2004), 117 ff.

vorrangige Normen zu verstehen sind. Durch dieses stipulierte Vorrangverhältnis liegen zahlreiche Ressourcen für Rechtskritik jenseits der Rechtsdogmatik. Jede Kritik, die im Widerspruch zu zwingenden rechtlichen Geboten steht, liegt außerhalb des dogmatischen Diskursraums. Dass ein Gesetz moralisch ungerechtfertigt oder ökonomisch kontraproduktiv ist, ist für sich betrachtet ebenso wenig eine dogmatische Kritik wie die Beurteilung, dass eine gerichtliche Entscheidung negative ökologische Signale zum Ausdruck bringt. Das bedeutet natürlich nicht, dass diese Form der Kritik nicht wichtig ist und nicht ihren Platz findet, es bedeutet nur, dass sie innerhalb des dogmatischen Diskursraums kein Gehör finden wird, jedenfalls nicht als dogmatisches Argument.

Die Teilnehmerperspektive belässt gleichwohl Raum für Kritik. Normative Rechtsdogmatik ist auf die Frage gerichtet, welche rechtliche Handlung Rechtsakteure vornehmen sollen.²² Eine normativ ausgerichtete Rechtsdogmatik nimmt ihren Ausgang bei rechtlichen Gründen, richtet den Blick jedoch auf die auf rechtlicher Ebene verbleibenden Handlungsspielräume und die bestehenden normativen Gründe für deren Handhabung. Soweit rechtliche Gründe nicht entgegenstehen, steht es den dogmatischen Akteuren unter Einhaltung des Rechtssatzbezugs und der Teilnehmerperspektive frei, durch entsprechende Evaluationen und Präskriptionen die *Handhabung von Spielräumen* zu kritisieren. Gegenstand von rechtsdogmatischer Kritik können sowohl rechtswidrige als auch rechtmäßige Entscheidungen sein. Bei rechtswidrigen Entscheidungen liegt die Kritik naheliegender Weise darin, die Nichtbeachtung der rechtlichen Gründe zu kritisieren. Bei rechtmäßigen Entscheidungen wird die Ausübung bestehender Spielräume kritisiert. Hier geht es darum, dass von mehreren Optionen zur Handhabung von Interpretations- und sonstigen Spielräumen eine – rechtlich erlaubte, wenn auch nicht gebotene – Option gewählt wurde, obschon aus Sicht der Kritisierenden für eine andere Option bessere Gründe bestehen. Die Maßstäbe für diese Form der Kritik werden entweder durch nicht zwingende rechtliche Vorgaben oder durch nicht-rechtliche Gründe bereitgestellt.²³ Der Vorrang des Rechts – von dem die dogmatischen Akteure ausgehen, wenn auch nicht überzeugt sein müssen – steht einer Kritik auf der Grundlage nicht-rechtlicher Gründe hier nicht im Weg, weil bei (echten) Spielräumen gerade keine hinreichenden rechtlichen Gründe vorliegen und demzufolge keine Kollision zwischen rechtlichen und nicht-rechtlichen Gründen besteht. Auf Handlungsspielräume bezogene normative Rechtsdogmatik ermöglicht vor diesem Hintergrund beispielsweise die Kritik, dass eine bestimmte Rechtsanwendungspraxis R_1 zwar rechtlich erlaubt, aus moralischen Gründen jedoch R_2 vorzuziehen ist. Wäre R_1 rechtlich *geboten*, wäre die Kritik keine rechtsdogmatische.

Kein generelles Hindernis für das Kritikpotenzial der Rechtsdogmatik stellen die Aspekte der *Systemkohärenz* und der *Kontinuität* dar (s. II.), auf die ich aus Platzgründen nur knapp eingehen kann. Zu berücksichtigen ist insoweit die angesprochene Differenz von anwendungsnaher und anwendungsentrückter Rechtsdogmatik. Eine anwendungsnahere Rechtsdogmatik, bei der die auf faktischer Grundlage stehenden Gründe einbezogen werden, sucht eher den Weg der Kontinuität und der systeminternen Stimmigkeit als der (systemexternen) Richtigkeit. Hier wird an vorangegangene Interpretationen als alternativlose Bausteine angeknüpft, obschon mitunter keine rechtliche Verbindlichkeit be-

²² Stark (Fn. 2), 95–99, 278 ff.

²³ Vgl. Joseph Raz, On the Autonomy of Legal Reasoning, in: ders., *Ethics in the Public Domain*, Oxford u.a. 1994, 326–340 (335, 339 f.).

steht.²⁴ Für eine anwendungsentrückte Rechtsdogmatik gilt dies hingegen nicht. Ihre deliberativen Grenzen sind die rechtlichen Gründe, nicht jedoch die qua sozialer Praxis bestehenden Pfadabhängigkeiten der sozialen Praxis des Rechts. Auch hier gilt es, die Differenz von Recht und Rechtswissenschaft konsequent aufrechtzuerhalten und die deliberativen Freiheiten zu nutzen.²⁵

V. Fazit

Rechtsdogmatik verfügt über ein gewisses Maß an Kritikpotenzial, ihre konzeptionellen Bedingungen engen dieses Potenzial jedoch erheblich ein.²⁶ Rechtsdogmatik, die ausschließlich deskriptiv verfährt, enthält keinerlei Kritikpotenzial. Dieser Umstand ist kein Defizit, sondern eine Folge des Erkenntnisinteresses der deskriptiven Rechtsdogmatik. Rechtsdogmatik hingegen, die eine normative Perspektive einnimmt, ist eine wichtige Ressource für Rechtskritik. Sie evaluiert vergangene rechtliche Handlungen und erarbeitet Vorschläge für eine aus ihrer Sicht bessere Rechtspraxis. Sie ist der Entfaltungsort für rechtsdogmatische Kritik. Wirkungsvolle rechtsdogmatische Kritik bedarf jedoch des Zusammenspiels von deskriptiver und normativer Rechtsdogmatik – anderenfalls fehlte die Kenntnis, ob und inwieweit eine bestehende Praxis defizitär ist. Schließlich ermöglicht erst eine genaue Grenzziehung zwischen dem rechtlich Gebotenen, dem rechtlich lediglich Erlaubten und dem – aufgrund nicht-rechtlicher Gründe – Wünschbaren, den Raum für rechtsdogmatische Kritik ausfindig zu machen.

24 Vgl. Somek (Fn. 18), 79–82.

25 Jansen (Fn. 2), 657.

26 Vgl. auch Wolfgang Kahl, *Wissenschaft, Praxis und Dogmatik im Verwaltungsrecht*, Tübingen 2020, 92–94, 208.