

Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung

Herausgegeben von
ROLF STÜRNER

*Freiburger
Rechtswissenschaftliche
Abhandlungen*

6

Mohr Siebeck

FREIBURGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Band 6



Die Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Rechtsentwicklung

Ein japanisch-deutsches Symposium

herausgegeben von
Rolf Stürner

Mohr Siebeck

ISBN 978-3-16-150440-2 / eISBN 978-3-16-160439-3 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 1864-3701 (Freiburger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Dieser Band enthält die Beiträge eines japanisch-deutschen Symposiums, das vom 18.02.–21.02.2009 an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg stattgefunden hat. Dieses Symposium steht in einer längeren Tradition ähnlicher Veranstaltungen, die im Wechsel an der städtischen Universität Osaka und der Universität Freiburg stattgefunden haben. Auf japanischer Seite waren und sind dabei auch stets Referenten beteiligt, die von anderen japanischen Universitäten kommen. Die deutsch-japanischen Beziehungen hatten für die Rechtsentwicklung in Japan über lange Jahrzehnte grundlegende Bedeutung. In den letzten Jahren sind auch für Japan die Auswirkungen der angloamerikanischen Rechtshegemonie stetig gewachsen, und das neue politische Gewicht Chinas beginnt die kontinentaleuropäische Interessenausrichtung im ostasiatischen Raum mehr und mehr zu beeinflussen. Gleichwohl bleiben die Vertreter der japanischen Rechts- und Wirtschaftskultur für Deutschland und Europa ein ganz wesentlicher Gesprächspartner. Dabei vermag gerade die Autonomie, welche die japanische Rechtskultur nach eher rezeptiven Epochen voll erreicht hat, zu besonders interessanten Fragestellungen und Analysen zu führen, die für die Rechtsentwicklung in Deutschland und Europa sorgfältige Aufmerksamkeit verdienen. So lohnt es sich ganz besonders, gerade in der Gegenwart den Dialog mit der japanischen Rechtswissenschaft fortzuführen.

Freiburg, November 2009

Rolf Stürner

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1

Grundlagenforschung und Dogmatik

Thomas Würtenberger

Grundlagenforschung und Dogmatik aus deutscher Sicht 3

Kenichi Moriya

Ein japanisches Beispiel für die Suche nach einer verlässlichen
Dogmatik. Der Werdegang der Rechtstheorie Tetsu Isomuras 23

Kapitel 2

Rechtstheorie und Gesetzgebungslehre in der jüngeren und älteren Rechtsgeschichte

Takahisa Sugimoto

Die Bedeutung der Rechtstheorie Suehiros in der japanischen
Zivilrechtsdogmatik 47

Wolfgang Kaiser

Abhilfe für gescheiterte Gesetze. Zur Novelle Justinians
vom 1. Mai 538 65

Kapitel 3

Rechtsdogmatik und neuere Rechtsfragen staatlichen Verwaltungshandelns

Friedrich Schoch

Die Rolle der Rechtsdogmatik bei der Privatisierung staatlicher
Aufgaben. 91

Shigeki Nakahara

Verwaltungsrechtliche Sanktionen und Rechtsdogmatik 113

Kapitel 4

Rechtspolitik und Rechtsentwicklung

Rainer Wahl

Rechtsdogmatik und Rechtspolitik im Öffentlichen Recht. 121

*Shogo Noda*Japanische Gerichte und politische Einflussnahme. Eine politik-
wissenschaftliche Analyse 137

Kapitel 5

Einfluss der Dogmatik auf die Rechtsentwicklung
im Strafrecht*Wolfgang Frisch*Zur Bedeutung der Rechtsdogmatik für die Entwicklung
des Strafrechts. 169*Kazushige Asada*Die Rolle der Rechtsprechung und der Gesetzgebung im Strafrecht –
Ein Beispiel zur Japanisierung der europäischen Dogmatik 189

Kapitel 6

Materielles Recht und Verfahrensrecht in der Dogmatik
des Zivilprozesses*Hiroyuki Matsumoto*Materielles Recht und Prozessrecht in der Dogmatik
des Zivilprozessrechts 203*Alexander Bruns*Materielles Recht und Verfahrensrecht in der Dogmatik
des deutschen Zivilprozesses. 227

Kapitel 7

Gleichbehandlung im Gesellschaftsrecht

Uwe Blaurock

Gleichbehandlungsgrundsatz und Treuepflicht
im Gesellschaftsrecht. 245

Eiji Takahashi

Gleichbehandlungsgrundsatz und Treuepflicht
im japanischen Gesellschaftsrecht. 261

Kapitel 8

Rechtsentwicklung und Dogmatik im Arbeits- und Sozialrecht

Sebastian Krebber

Der Einfluß der Rechtsdogmatik auf Wissenschaft und Praxis
des Arbeitsrechts 279

Itaru Nemoto

Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Wirkungen
der arbeitsrechtlichen Gesetzesvorschriften 295

Ursula Köbl

Die Bedeutung der Dogmatik im Sozialrecht 319

Autorenverzeichnis. 345

Kapitel 1

Grundlagenforschung und Dogmatik

Grundlagenforschung und Dogmatik aus deutscher Sicht

Thomas Würtenberger

Die Naturwissenschaften unterscheiden zwischen der Grundlagenforschung, die allein dem Fortschritt wissenschaftlicher Erkenntnis dient, und angewandter Forschung, die Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung in die Produktion von Waren und Dienstleistungen umsetzt. Der Stellenwert beider Forschungsrichtungen ist ambivalent. Bekanntlich hängt die ökonomische Leistungs- und internationale Konkurrenzfähigkeit einer Volkswirtschaft in hohem Maß davon ab, dass die Innovation von Produktion und Warenketten durch angewandte Forschung vorangetrieben wird. Aus dem politischen und vor allem aus dem hochschulpolitischen Bereich wird daher nachdrücklich eine verstärkte angewandte Forschung angemahnt. Institutionell und organisatorisch droht damit die Grundlagenforschung, die seit dem 19. Jahrhundert wesentliche Aufgabe der deutschen Universität war, in das Hintertreffen zu gelangen. Gleichwohl bleibt Grundlagenforschung ein wichtiges Element im deutschen Forschungssystem. Vor allem bringen die Deutsche Forschungsgemeinschaft und die Institute der Max-Planck-Gesellschaft die Grundlagenforschung voran¹. Dabei sei nicht übersehen, dass Ergebnisse der Grundlagenforschung potentiell immer auch von der angewandten Forschung genutzt werden können. Ein wesentliches Beispiel hierfür ist die Forschung im Bereich der Lasertechnik. Über lange Zeit hinweg wurde diese Grundlagenforschung ohne jegliche Überlegung zu deren Vermarktung betrieben. Erst nach und nach hat sich die Grundlagenforschung im Bereich der Lasertechnik auch vermarkten lassen und hat mittlerweile zu einem bedeutsamen Industriezweig geführt.

Diese Vorbemerkungen wollen eine Vergleichbarkeit der naturwissenschaftlichen und rechtswissenschaftlichen Forschungsansätze nahe legen: Überträgt man die aus den Naturwissenschaften bekannten Fragestellungen auf den Bereich der Rechtswissenschaft, so mag man die rechtswissenschaftliche Dogmatik als angewandte Forschung, alle nicht auf den Fortschritt der Dogmatik zielenden wissenschaftlichen Arbeiten demgegenüber als

¹ Zum System der staatlichen Transferleistungen in den Bereich der Grundlagenforschung und der Forschungsselbstverwaltung in der Form des Privatrechts: *Streiter, Wissenschaftsforschung durch Mittlerorganisationen*, 2008.

Grundlagenforschung bezeichnen. Rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung² erfolgt damit ohne Blick auf konkrete dogmatische Ergebnisse.

Das Verhältnis von Grundlagenforschung zur Dogmatik lässt sich aus der Innensicht des Rechts und aus dem Außenbereich des Rechts betrachten: Aus der Innensicht des Rechts lässt sich, ähnlich wie in den Naturwissenschaften, systemimmanent nach der Verknüpfung von rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung und Dogmatik fragen. Aus der Perspektive des Außenbereichs des Rechts³ geht es darum, ob und wie Erkenntnisse der gesellschaftswissenschaftlichen und der naturwissenschaftlichen Grundlagenforschung in der Rechtswissenschaft berücksichtigt werden und sodann zum Gegenstand der Rechtsdogmatik gemacht werden. Hier geht es um das heikle Problem, ob und wie Theorien gesellschaftlichen Wandels, die ihrerseits die Rechtsordnung im Blick haben, sich rechtswissenschaftlich verarbeiten und in die Rechtsdogmatik einbeziehen lassen. Ebenso heikel ist die Antwort auf die Frage der Steuerung naturwissenschaftlicher Forschung durch Recht und Rechtsdogmatik sowie vice versa⁴.

I. Das Verhältnis von Grundlagenforschung und Dogmatik aus der Innensicht des Rechts

Die Frage nach dem Verhältnis von Grundlagenforschung und Rechtsdogmatik ist ungewohnt. Der Rechtswissenschaft ordnet man traditionell eine Vielzahl unterschiedlicher Disziplinen mit unterschiedlichen Fragestellungen zu: Neben der Rechtsdogmatik seien Rechtstheorie, Rechtsphilosophie, Rechtspsychologie, Rechtsvergleichung, Allgemeine Staatslehre, Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie, Gesetzgebungslehre, Methodenlehre etc.⁵ genannt. Die Rechtswissenschaft ist also das große Dach, das ein Gebäude zusammenhält, in dem die Räume der einzelnen rechtswissenschaftlichen Disziplinen, die in Nachbarwissenschaften hinüberreichen, ineinander

² Zum Konzept einer angewandten rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung: Alexy, Vorwort, in: ders. (Hg.), *Juristische Grundlagenforschung*, Beiheft 104 zum ARSP, 2005, S. 7.

³ Zu dieser externen Sicht auf das Recht: *Cheffins*, *Cambridge Law Journal* 58 (1999), 197f. („the study of law from the „outside“ ... implies the use of intellectual disciplines, external to law, to carry out research on its economic, social or political implications“).

⁴ Ähnlich *Jestaedt*, *Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie*, in: ders./Lepsius (Hg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 185, 190f.

⁵ *Hoffmann-Riem*, *Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft* in: Schmidt-Aßmann/ders. (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 9, 14.

übergehen. Der besondere Reiz der Bestimmung des Verhältnisses von Grundlagenforschung und Rechtsdogmatik liegt darin, diese vielfach verwobene Einheit der Rechtswissenschaft aufzulösen und die Rechtsdogmatik in den Mittelpunkt der Betrachtung zu rücken.

1. Abgrenzung von Grundlagenforschung und Rechtsdogmatik

Grenzen wir also zwischen rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung und Dogmatik ab:

a) Zur Rechtsdogmatik

Die Normativität und damit die Geltung des Rechts ist Gegenstand der Rechtsdogmatik⁶. Als praktische und angewandte Wissenschaft zielt sie auf die Lösung konkreter Rechtsfragen⁷, wobei die im Rechtsstaat gebotene Rechtssicherheit gestiftet wird. Ohne Rechtsdogmatik gibt es, überspitzt formuliert, keinen Rechtsstaat. Zu den Voraussetzungen einer rechtsstaatlichen Ordnung gehören nicht allein klare gesetzliche Regelungen, sondern auch deren Ordnung in klaren rechtsdogmatischen Systemen. Dabei ist das Richterrecht ein zentraler Gegenstand der Rechtsdogmatik. Letztere ist die Spange, die Gesetzes- und Richterrecht zusammenhält.

aa) Aufgaben der Rechtsdogmatik

Nach Paul Labands⁸ berühmtem Diktum liegt die „wissenschaftliche Aufgabe der Dogmatik eines bestimmten positiven Rechts in der Konstruktion der Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtssätze auf allgemeine Begriffe und in der Herleitung der aus einzelnen Begriffen sich ergebenden Forderungen“. Laband knüpft hier an die klassische Dogmatik des 19. Jahrhunderts an: Im Sinne der Konstruktionsjurisprudenz werden Rechtsbegriffe systematisch geordnet, wie es in systematischer Vollendung einem Puchta oder Windscheid gelang⁹. Erste grundsätzliche Zweifel an dieser „Konstruktionsdogmatik“ äußerte Jhering in seinem „Der Zweck im Recht“ (1872), überwunden wurde sie durch die neuen dogmatischen Ansätze im 20. Jahrhundert. Trotz der vielfach kritisierten begriffsjuristischen

⁶ *Brohm*, Kurzlebigkeit und Langzeitwirkung der Rechtsdogmatik, in: FS für Maurer, 2001, S. 1079, 1080.

⁷ *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1977, S. 1

⁸ *Laband*, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl., 1. Bd. 1901, S. IX.

⁹ *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, 8. Aufl. 1996, S. 133 ff.

und rechtspositivistischen Verengung des Feldes der Rechtsdogmatik wird zutreffend gesehen:

Rechtsdogmatik verfolgt einen axiologischen¹⁰ Ansatz. Sie arbeitet jene Wertungen, Rechtsgrundsätze und Ableitungszusammenhänge heraus, die der Rechtsordnung insgesamt sowie einzelnen Rechtsbereichen zugrunde liegen. Rechtsdogmatik ist keine „wertungsneutrale Begriffsarbeit“¹¹. In einer konstitutionalisierten Rechtsordnung, wie sie sich in Deutschland in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat, werden zunächst aus dem Verfassungsrecht jene grundlegenden Wertungen und Rechtsprinzipien hergeleitet, die ihrerseits die Auslegung und Fortbildung des einfachen Rechts lenken und beeinflussen. Hinzu treten im einfachen Recht jene Rechtsgrundsätze und Wertungen, die den einzelnen Rechtsbereichen zugrunde liegen und bei der Klärung von Einzelfragen der Auslegung des einfachen Rechts heranzuziehen sind. Nur wer im System¹² der rechtsdogmatisch entwickelten Wertungen, Prinzipien und Ableitungszusammenhänge zu argumentieren weiß, kann mit Aussicht auf Erfolg Prozesse führen und am juristischen Diskurs teilnehmen.

Zu den übergeordneten Prinzipien, die der Rechtskonkretisierung vorausliegen, gehören etwa aus der Sicht des öffentlichen Rechts der Gewährleistungsstaat, das Verhältnismäßigkeitsprinzip, die Gleichheit, der Vertrauensschutz, das nicht unumstrittene Optimierungsgebot etc. Wie Kollisionen zwischen den übergeordneten Prinzipien, etwa Vertrauensschutz und Gestaltungsfreiheit des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, aufgelöst werden, gehört zum Alltagsgeschäft der Rechtsdogmatik. Dabei weist die Rechtsdogmatik den Weg zu wertungs- und systemgerechten Lösungen alter und neuer Rechtsfragen¹³.

Eng mit dieser axiologischen Funktion verbindet sich die Systematisierung¹⁴ als zweite traditionelle¹⁵ Aufgabe der Rechtsdogmatik. Auf den ersten Blick und in sich neu entwickelnden Rechtsbereichen allzumal erscheint

¹⁰ Zum Unterschied zwischen axiomatischem, auf eine Begriffs- oder Normenpyramide und axiologischem, an obersten Werten orientiertem System: *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, S. 416.

¹¹ So *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 54.

¹² Zum logischen, in sich widerspruchsfreien System als Ziel der Rechtsdogmatik: *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl. Studienausgabe, 1980, S. 181.

¹³ Dass Dogmatik nichts mit Kritikunterbindung zu tun hat, ist eine Selbstverständlichkeit (vgl. *Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, 1974, S. 15).

¹⁴ Zum „systematischen Proprium“ der Rechtswissenschaft: *Frisch*, Wesenszüge rechtswissenschaftlichen Arbeitens, in: Engel/Schön (Hg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 156, 160ff.

¹⁵ *Coing*, Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, 1956, S. 30ff.

die Rechtsordnung als ein Normengefüge ohne ein einigendes Band. Für Einzelfragen finden sich jeweils rechtliche Regelungen, die auf erstem Blick in wenig kohärenter Weise nebeneinander stehen. Hier hat die Rechtsdogmatik die Aufgabe, die einzelnen rechtlichen Regelungen in ein kohärentes System zu bringen. Aus den übergeordneten großen Prinzipien und zentralen Wertungen werden bereichsspezifisch und orientiert am Gesetzes- ebenso wie am Richterrecht weitere immer detailliertere Rechtsprinzipien entwickelt, damit die Rechtsordnung als Einheit begriffen werden kann.

Rechtsdogmatik hat eine Entlastungsfunktion. Die Gerechtigkeit und Richtigkeit dessen, was rechtsdogmatisch konsentiert ist, muss nicht immer wieder von neuem geklärt werden. Die Arbeit von Generationen am Schliiff der Dogmatik kann getrost übernommen werden¹⁶. Dies ist feste Grundlage eines weiterführenden rechtlichen Argumentierens¹⁷. Nach dem Motto „Die Alten waren auch keine Dummen“ lässt sich an das anknüpfen, was aus einem früheren Prozess des „trial and error“¹⁸ an konsentierten rechtlichen Prämissen hervorgegangen ist.

Diese Entlastungsfunktion der Dogmatik ermöglicht eine Differenzierung des Rechtsstabes. Über den Sinn der etablierten Dogmatik nachzudenken, diese zu korrigieren oder fortzuentwickeln, ist einer nur kleinen Elite von Juristen vorbehalten. Für die Juristen im Alltagsgeschäft der Rechtsberatung oder der Rechtsprechung sind die Festlegungen der Rechtsdogmatik unhinterfragbare Grundlagen des Berufsalltags. Auch derjenige, der die kritische Frage nach dem Richtigen und Gerechten nicht eigenständig zu beantworten vermag, gelangt im Gehäuse der Dogmatik zu richtigen und gerechten rechtlichen Entscheidungen. So gesehen trägt eine an der Rechtspraxis orientierte Rechtsdogmatik zu einer positivistischen Rechtsanwendung bei, die sich aus gutem Grund gegenüber grundsätzlichen Sinn- und Wertungsfragen immunisiert.

Dies führt zu der wichtigen Unterscheidung zwischen rechtspraktischer und rechtswissenschaftlicher Dogmatik: Die rechtspraktische Dogmatik orientiert in Kommentaren, Lehr- und Handbüchern über den Stand des Gesetzes- und Richterrechts und ist damit der Geltung des positiven Rechts verpflichtet. Die rechtswissenschaftliche Dogmatik geht darüber hinaus: Sie fragt nach der Richtigkeit und Gerechtigkeit dessen, was die rechtspraktische Dogmatik entwickelt hat. Sie sucht nach neuer Systematisierung und nach neuen dogmatischen Lösungen.

¹⁶ *Brohm* (Fn. 6), S. 1079, 1083.

¹⁷ *Brohm* (Fn. 6), S. 1079, 1082 f.

¹⁸ Hierzu *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre*, 10. Aufl. 2006, § 12 (zum typisierenden Fallvergleich).

bb) Rechtsdogmatik und Rechtskultur

Ob und wie die Rechtsdogmatik in das Rechtssystem integriert ist, ist eine Frage der Rechtskultur. Die deutsche Rechtskultur ist seit dem beginnenden 19. Jahrhundert dadurch geprägt, dass die historische Rechtsschule und die Pandektistik Rechtssysteme entwickelt haben, deren Gerechtigkeitsideen an historischer Erfahrung orientiert waren¹⁹. Diese hohe dogmatische Leistung der Rechtswissenschaft hat seitdem die Rechtskultur in Deutschland wesentlich geprägt: Bis in jüngste Zeit²⁰ beschränkt sich die Gesetzgebung auf die Regelung des Grundsätzlichen, dem Richterrecht und der Rechtsdogmatik überlässt sie aber die zeit- und sachadäquate Konkretisierung und Fortentwicklung der Rechtsordnung.

Diese besondere Form des Gesetzgebungsstaates ist von einem hohen Vertrauen des Gesetzgebers in die Leistungen des Richterrechts und der Rechtsdogmatik geprägt. Dieses Element einer spezifisch deutschen Rechtskultur ist von Fleiner im Jahr 1906 auf den Punkt gebracht worden: Der Fortschritt des Rechts gehe weniger vom Gesetzgeber, sondern eher „vom Spruch des Richters und der stillen Arbeit der Wissenschaft“ aus²¹. Diese Arbeitsteilung zwischen Gesetzgebung, Richterrecht und Rechtsdogmatik ist dadurch gerechtfertigt, dass Richterrecht und Rechtsdogmatik problem- und zeitadäquat an der Fortentwicklung der Rechtsordnung mitzuwirken bereit und in der Lage sind. Der Gesetzgeber ist sich bewusst, dass Richterrecht und Rechtsdogmatik die gesetzlichen Regelungen mit dem erforderlichen Gesetzesgehorsam zu konkretisieren und fortzuentwickeln wissen.

Die Zusammenschau von Willen des Gesetzgebers, methodengerechter Auslegung des Gesetzes, Rechtskonkretisierung durch Rechtsprechung und dogmatischer Durchdringung geschieht in der Kommentar-Literatur, deren hohes Niveau sich in anderen Ländern kaum findet bzw. bisweilen auch völlig fehlt. Nach dem Werbeslogan „Was im Palandt steht, gilt rechtlich“, ist die Gattung der Kommentarliteratur bzw. -dogmatik Grundlage der Rechtspraxis. Die Praktikerkommentare, nicht aber die Großkommentare, erkaufen sich diese Vormachtstellung durch weitgehende Theoriefreiheit²².

¹⁹ Zur Erstarrung der Pandektistik und Begriffsjurisprudenz im Rechtspositivismus: Schlosser (Fn. 9), S. 128 ff.

²⁰ Dass dieser Stil der Rechtsetzung in einigen Rechtsgebieten, wie etwa im Sicherheitsrecht, verloren zu gehen droht, ist bedauerlich.

²¹ Fleiner, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, 1906, S. 23 f.

²² Lepsius, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: Jestaedt/Lepsius (Fn. 4), S. 6 f.

Die bestimmende Macht von Richterrecht und Rechtsdogmatik in der deutschen Rechtskultur mag auch dadurch mitbedingt sein, dass das gesetzgeberische Belieben zufälliger politischer Mehrheiten durch die stille Arbeit der Rechtsdogmatik in eine am Gerechtigkeitspostulat orientierte Rechtsordnung eingepasst wird²³.

Wo jenes Vertrauen in Richterrecht und Rechtsdogmatik fehlt, sieht sich der Gesetzgeber zu umfassenden und sich in Details verlierenden Regelungssystemen gezwungen. Auch auf die Gestaltung von Verträgen hat dies Rückwirkungen. In Verträgen muss alles detailgenau geregelt sein, weil man nicht darauf vertrauen kann, dass Rechtslücken in Verträgen entsprechend den am Gerechtigkeitsprinzip orientierten dogmatischen Vorgaben geschlossen werden. Zu solchen Rechtsordnungen des Misstrauens²⁴ gegenüber den Leistungen des Richterrechts und Rechtsdogmatik gehören jene Rechtsordnungen, die auf die Regelungen von Details angelegt sind und dem Rechtsstab damit eine Konkretisierung und Fortentwicklung des Rechts vorenthalten.

cc) Rechtsdogmatik im demokratischen Rechtsstaat

Der hohe Rang der Rechtsdogmatik nicht nur bei der Systematisierung und Konkretisierung, sondern auch bei der Fortentwicklung der Rechtsordnung wirft die Frage auf: Wie lässt sich deren rechtsgestaltende Funktion mit der demokratischen Ordnung des Grundgesetzes verbinden? Auf den ersten Blick ist die rechtsgestaltende Funktion der Rechtsdogmatik mit den Prinzipien einer repräsentativen Demokratie und vor allem mit deren Legitimations- und Kontrollketten²⁵ kaum vereinbar. Werden doch durch die rechtsfortbildende Dogmatik wesentliche Fragen gesellschaftlichen Zusammenlebens und individueller Lebensgestaltung bestimmt. Gleichwohl hat sie in einem demokratischen Staat einen legitimen Platz. Die wesentlichen Fragen sind zwar durch den Gesetzgeber zu regeln, die Ausdifferenzierung und Fortentwicklung des Rechts kann und muss er jedoch einem diskursiven Verfahren überlassen. Rechtsdogmatik als „consensus doctorum“, die man

²³ Ein wesentliches Element deutscher Rechtskultur ist zudem, dass Rechtswissenschaftler in aller Regel am Gesetzgebungsverfahren beteiligt sind und so bereits frühzeitig das Gesetzesrecht in dogmatische Strukturen einpassen helfen.

²⁴ Zur Unterscheidung zwischen Gesellschaften des Vertrauens und des Misstrauens vgl. *Peyrefitte*, *La société de confiance*, in: *Würtenberger/Tscheulin u.a. (Hg.), Wahrnehmungs- und Bestätigungsformen des Vertrauens im deutsch-französischen Vergleich*, 2002, S. 11 ff.

²⁵ Zu diesem „Kettenmodell“: *Zippelius/Würtenberger*, *Deutsches Staatsrecht*, 32. Aufl. 2008, § 10 Rn. 17 ff.

fast als Treuhänder der „volonté générale“ ansehen kann, erwächst aus einem offenen und diskursiven Prozess²⁶. Sie steht und fällt mit der Überzeugungskraft der Argumente. Was rechtsdogmatisch konsentiert ist, ist aus einem Diskurs rechtlichen Sachverständes erwachsen. Nicht zu übersehen ist allerdings, dass die rechtswissenschaftliche Dogmatik in ökonomisch relevanten Bereichen durch Auftragsarbeiten und damit einseitig durch Interessenstandpunkte beeinflusst wird. Dies untergräbt die lange Zeit gültige hohe Autorität und Wertschätzung der dogmatischen Arbeit.

Rechtsdogmatik entfaltet sich letzten Endes auf dem Resonanzboden der öffentlichen Meinung und des politischen Systems insgesamt²⁷. Rechtsdogmatische Lösungen stehen immer wieder auf dem kritischen Prüfstand, ob sie der Gerechtigkeitsaufgabe des Rechts zu genügen vermögen. Das Gebäude der Rechtsdogmatik ist damit einerseits zwar fest gefügt, andererseits aber immer wieder für Um- und Neubauten offen.

b) Zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung

Fragen wir nun, worum es bei rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung geht. Wie bereits eingangs bemerkt, erfolgt rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung ohne Blick auf konkrete dogmatische Systembildung und Ergebnisse. Zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung gehören die bereits genannten Bereiche. Bisweilen werden diese Bereiche der rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung lediglich als Hilfswissenschaften bezeichnet, die in den rechtsdogmatischen Diskurs einzubinden sind. Dies ist insofern zutreffend, als die Arbeit der Rechtsdogmatik vielfach auf Erkenntnisse dieser Hilfswissenschaften zurückgreifen muss. So kann etwa die Rechtspsychologie für die Dogmatik des Notwehrrechts oder für die Beurteilung der Akzeptanz von dogmatischen Lösungen hilfreich sein.

Die Übergänge von rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung und Dogmatik sind fließend. Um nur einen Bereich zu nennen: Soweit Römische und Deutsche Rechtsgeschichte sowie Verfassungsgeschichte als Dogmengeschichte betrieben werden, zeichnen sie jene historische Entwicklung nach, die die Grundlage heutiger Rechtsdogmatik bildet. Diese Dogmengeschichte geht davon aus, dass das Gegenwärtige immer auch in einer langen rechtlichen Tradition wurzelt. Sie führt zu dem, was die jeweilige nationale Identität einer Rechtsordnung ausmacht und worüber nicht ohne weiteres

²⁶ Zu Richterrecht und Rechtsdogmatik als Treuhänder der *volonté générale*: Würtenberger, *Zeitgeist und Recht*, 2. Aufl. 1991, S. 189 m.Nw.

²⁷ Würtenberger (Fn. 26), S. 189f.

verfügt werden kann²⁸. Eine solche Dogmengeschichte führt aber auch zu der Erkenntnis, dass gesellschaftlicher Wandel mit neuen Verhaltensweisen und Wertvorstellungen alte Dogmen obsolet werden lässt.

Die Rahmenbedingungen dafür, dass eine solche rechtswissenschaftliche Dogmatik in die Rechtspraxis übergeht, haben sich in den letzten Jahrzehnten verschlechtert. Früher waren es die Autoritäten ihres Faches, die mit ihren großen Arbeiten die Grundlage für die Fortentwicklung der Dogmatik gelegt haben. Diese Autoritäten, die die Funktion dogmatischer Trendsetter hatten, gibt es kaum noch. In der Flut von Monographien und Zeitschriftenaufsätzen hat sich die rechtswissenschaftliche Dogmatik atomisiert. Eine Dogmatik, die dem Modell der offenen Gesellschaft der Gesetzesinterpreten und Dogmatiker folgt, kann kaum mehr maßstabsbildend sein.

c) Zum gegenwärtigen Verhältnis von Rechtsdogmatik und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung

Dies führt zum gegenwärtigen Verhältnis zwischen Rechtsdogmatik und Grundlagenforschung. Im internationalen Vergleich ist der hohe Stand der deutschen Rechtsdogmatik im Zivil-, Straf- und öffentlichen Recht²⁹ nach wie vor anerkannt. Gleichwohl wird am Zustand der deutschen Rechtsdogmatik erhebliche Kritik³⁰ geäußert:

aa) Verhältnis der Rechtsdogmatik zum Richterrecht

Diese betrifft zunächst das Verhältnis der Rechtsdogmatik zum Richterrecht. Der Verfassungsrechtsdogmatik wird „Verfassungsgerichtspositivismus“³¹ vorgeworfen. Sie beschränke sich allein auf die Systematisierung der Rechtsprechung der Verfassungsgerichtsbarkeit, lasse aber eine Fundierung in der Grundlagenforschung vermissen. Ob dieser ernst zu nehmende Vorwurf hier und auf andere Bereiche der Dogmatik zutrifft, sei nicht weiter

²⁸ Dies ist für die Auslegung von Art. 4 Abs. 2 S. 1 EUV, wonach die Union die nationale Identität ihrer Mitgliedstaaten achtet, von fundamentaler Bedeutung.

²⁹ Zur Leistung der Verwaltungsrechtsdogmatik der letzten 150 Jahre: *Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007.

³⁰ Hierzu ausführlich: *Pawłowski*, Methodenlehre für Juristen, 3. Aufl. 1999, Rn. 757 ff. m. Nw.

³¹ *Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaften durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989), 161, 163; *Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus, in: FS für Isensee, 2002, S. 182 ff.

vertieft³². Unübersehbar ist jedenfalls, dass jene Kommentare, die Grundlage der Rechtspraxis sind, in erster Linie an der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausgerichtet sind.

Ein weiterer Vorwurf geht dahin, dass sich das Richterrecht zunehmend von der Arbeit der Rechtsdogmatik abkoppelt und damit auch den Anschluss an rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung verliert. Dies gilt für die Billigkeitsrechtsprechung, die um gerechter Entscheidungen willen den dogmatischen Pfad verlässt. Die Rechtsprechung tendiert außerdem dahin, sich an ihren Präjudizien, nicht aber auch an der Rechtsdogmatik und schon gar nicht an einer Rechtsdogmatik, die in rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung wurzelt, zu orientieren³³. Die Rechtsdogmatik ist nicht mehr die Brücke, über die Grundlagenforschung in das Richterrecht einfließt. Die noch von Fleiner³⁴ beschworene Rechtsfortbildung zur gesamten Hand von Rechtsprechung und Rechtsdogmatik droht verloren zu gehen.

bb) Die Rolle der Rechtsdogmatik in der Juristenausbildung

Bereits in der Juristenausbildung wird zwischen Rechtsdogmatik und Grundlagenfächern scharf getrennt³⁵. Dies gilt nicht nur für die Vorlesungen, die sich an Examensrelevanz orientieren. Ein besonders problematisches Kapitel ist die Lehrbuchliteratur und damit der dogmatische Horizont, in den die angehenden Juristen geführt werden. Diese beschränkt sich zunehmend auf eine holzschnittartige Systematisierung der Rechtsprechung und auf eine Vermittlung deren dogmatischen Grundlagen. Sie ist in gutem und in schlechtem Sinn einer rechtspraktischen Dogmatik und einer rechtspositivistischen Methode verpflichtet³⁶. Welche Tradition dem gegenwärtigen Rechtssystem zugrundeliegt und welche großen Entwicklungstendenzen sowie Herausforderungen zu bewältigen sind, bleibt ausgeblendet. In diesem Sinne sind Lehrbücher alten Stils, die Rechtsdogmatik und rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung noch vereinen, die Ausnahme geworden.

³² Vgl. *Rüthers*, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2006, 53, 54: „Richtersprüche der letzten Instanz ... (werden) wie offenbarte Wahrheiten angesehen und übernommen“.

³³ Eine allerdings nicht allgemein geteilte Wahrnehmung: *Fleischer*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön (Fn. 14), S. 50, 55 (mit Hinweis auf entsprechende Diskussionen in den Vereinigten Staaten von Amerika).

³⁴ *Fleiner* (Fn. 21).

³⁵ Unkritisch *Lepsius* (Fn. 22), S. 6.

³⁶ *Lepsius* (Fn. 22), S. 7.

cc) *Abschottung der Dogmatik von der Grundlagenforschung*

Davon abgesehen umgibt sich die Dogmatik bisweilen mit einem „cordon sanitaire“, der Ergebnisse der Grundlagenforschung ausblendet³⁷. So streitet man etwa darüber, ob eine Videoüberwachung von öffentlichen Plätzen oder Demonstrationen als faktischer Grundrechtseingriff angesehen werden kann. Von vielen und auch in Gerichtsurteilen wird behauptet: Eine solche Videoüberwachung habe rechtspsychologisch zur Folge, dass man bei der Ausübung grundrechtlicher Freiheit, etwa bei der Entscheidung, an einer Demonstration teilzunehmen, beeinträchtigt werde.³⁸ Ob dies rechtspsychologisch überhaupt der Fall ist, wird weder geklärt noch der psychologischen Forschung zur Klärung aufgegeben. Selbst das BVerfG versteigt sich mitunter in unbewiesene rechtspsychologische Annahmen. So hat es etwa die Kreation eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung damit begründet, die Bevölkerung fühle sich durch die modernen Methoden der Datenverarbeitung bedroht³⁹. Hier hat es ohne jegliche empirische Absicherung minoritären Gruppensinn zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht und dessen Etablierung im kollektiven Rechtsbewusstsein erst ermöglicht⁴⁰. Das heute völlig veränderte Kommunikationsverhalten im Internet etc. zeigt im übrigen, dass die Koordinaten der richterrechtlichen und dogmatischen Konstruktion eines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung neu zu bestimmen sind⁴¹.

Gravierender ist, dass die Dogmatik des demokratischen Rechtsstaates mit dogmatischen Hüllen arbeitet, die sich empirisch nicht verifizieren lassen. Uno sono nimmt man an, dass Gesetze so klar gefasst sein müssten, dass ihnen der Bürger entnehmen könne, wie er sich gesetzeskonform zu verhalten und welche Leistungen er zu beanspruchen habe⁴². Und dennoch ist Gemeingut, dass es vielfältige Zweifelsfragen gibt, in denen nur dem Richterrecht und der Rechtsdogmatik zu entnehmen ist, wie man sich in Einzelbereichen legal verhält. Um deutlich zu formulieren: Das Recht steht weniger in den Gesetzen, sondern vielmehr in dem, was das Richterrecht

³⁷ Hierzu Pöcker, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, 2007, S. 153 ff.; Lepsius (Fn. 22), S. 18 f.

³⁸ BVerfGE 65, 1, 43; 69, 315, 349; Dietel/Gintzel/Kniesel, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 14. Aufl. 2005, § 12 a VersG, Rn. 2 f.

³⁹ BVerfGE 65, 1 ff.

⁴⁰ Würtenberger (Fn. 26), S. 214.

⁴¹ Ladeur, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung: Eine juristische Fehlkonstruktion?, DÖV 2009, 45 ff.

⁴² BVerfGE 108, 52, 75: „Auch bei der Gewährleistung von Leistungen müssen die Normen in ihrem Inhalt ... für die Betroffenen klar und nachvollziehbar ... sein“.

und die Dogmatik aus diesen gemacht hat. Historisch gesehen führt die Forderung nach dem für den Bürger und Richter klaren Gesetz in die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts, nämlich zu Montesquieus Konzeption einer strengen Gesetzesbindung des Richters, damit dieser nicht in willkürlicher Form zugleich Richterrecht setzt und dieses vollzieht⁴³. Diese streng gewaltenteilende Konzeption wird nach wie vor gebetsmühlenhaft wiederholt, aber nicht auf ihre Einlösbarkeit im deutschen Modell des Richterstaates empirisch reflektiert⁴⁴.

Dies führt zu dem weiteren bedenklichen Phänomen, dass die Dogmatik oftmals nicht auf eine Dogmengeschichte zurückgreifen kann und sich damit nicht ihres historischen Horizontes zu vergewissern vermag. Im Verfassungsrecht etwa fehlt bis in die jüngste Zeit eine umfassende Dogmengeschichte des Rechtsstaates oder des Bundesstaates. Wann und warum und in welchen Auseinandersetzungen in diesem Bereich dogmatische Neuorientierungen erfolgten, die bis heute fortwirken, bleibt weitgehend ausgeblendet. Hat nicht die Dogmengeschichte jenes aufzubereiten, in dem die heutige Rechtsordnung verwurzelt ist, um zu einer zeitadäquaten Dogmatik zu gelangen?

dd) Keine Selbstreflexion der Dogmatik

All dies verbindet sich letztlich mit einer mangelnden Selbstreflexion der Rechtsdogmatik. Entsprechend dem neuen kulturwissenschaftlichen Ansatz würde es darum gehen, die Rechtsdogmatik in den übergreifenden politisch-rechtlichen Diskurs, in den Wandel von Wertvorstellungen, Verhaltensweisen und von Akzeptanz des Rechts, in die Abhängigkeit von Medien und medialer Vermittlung gesellschaftlicher Wirklichkeit etc. einzuordnen. Gewiss gibt es in den genannten Bereichen wichtige Untersuchungen. Vom rechtsdogmatischen Schrifttum und im Richterrecht wird dies allerdings nicht oder allenfalls am Rande wahrgenommen.

⁴³ Hierzu Würtenberger, Die Idee der Freiheit und ihre Sicherung bei Montesquieu, in: Klein (Hg.), Gewaltenteilung und Menschenrechte, 2006, S. 15, 28 ff.

⁴⁴ Zur pragmatischen und die Verantwortungsteilung zwischen Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung weitgehend ausblendenden „Bestimmtheitsdogmatik“: Zippelius/Würtenberger (Fn. 25), § 12 Rn. 62 ff., § 45 Rn. 113 ff.

II. Der Außenbereich des Rechts

Wechseln wir die Perspektive und wenden wir uns dem Außenbereich des Rechts zu. Gemeint sind hier die gesellschaftswissenschaftliche Forschung sowie die Grundlagenforschung und die angewandte Forschung im naturwissenschaftlich-technischen Bereich. Diese stellen die rechtswissenschaftliche Grundlagenforschung ebenso wie die Rechtsdogmatik vor große Herausforderungen. Auf drei Bereiche sei näher eingegangen:

1. Rechtsdogmatik und Theorien vom gesellschaftlichen Wandel

Rechtsdogmatik schafft keine starren Dogmen. Die Fortentwicklung des Rechts und seiner Grundlagen ist Aufgabe der Politik, aber auch der Rechtsdogmatik. Soll Rechtsdogmatik einer zeit- und sachadäquaten Rechtsordnung verpflichtet sein, ist ihr Wandel in den gesellschaftlichen Wandel einzubetten.

Die Rolle der Rechtsdogmatik im ewigen Prozess gesellschaftlichen Wandels ist ambivalent: Soll Rechtsdogmatik aus besserer Einsicht gegensteuern? Kann sie überhaupt auf längerer Sicht gegensteuern⁴⁵? Und als vielleicht schwierigste Frage: Wie kann sich Rechtsdogmatik überhaupt über den gesellschaftlichen Wandel vergewissern? Rechtsdogmatik muss sich, um auf der Höhe der Zeit zu sein und realitätsadäquate Lösungen zu entwickeln, mit Veränderungen der Wert- und Gerechtigkeitsvorstellungen, mit dem Wandel der Verhaltensweisen, mit einer sich wandelnden Sozialethik, mit neuen Formen der Ökonomisierung etc. auseinandersetzen. Dieser gesellschaftliche Wandel ist eines großen der Themen der Gesellschaftswissenschaften.

Die Gesellschaftswissenschaften stellen zwar nicht die Rechtsordnung in den Mittelpunkt ihres Erkenntnisinteresses, sie betreiben aber Grundlagenforschung, die für die Rechtsdogmatik von Relevanz ist. Genannt seien nur die Politikwissenschaft, deren Erkenntnisse die Verfassungsauslegung, die politische Ökonomie, deren Annahmen dogmatische Konstruktionen⁴⁶, oder die Sozialethik, die die grundsätzlichen Wertungsfragen bestimmt.

Die gesellschaftswissenschaftliche Grundlagenforschung ermöglicht es, sich in einem umfassenden Sinn über Anforderungen an die und den Grund für die Veränderungen der Rechtsordnung zu vergewissern. Sie befasst sich

⁴⁵ Hierzu *Würtenberger* (Fn. 26), S. 229 ff.

⁴⁶ Beispiele bei *Tontrup*, Zum unterschiedlichen Verhältnis der juristischen Teilfächer zu den Sozialwissenschaften, in: *Engel/Schön* (Fn. 14), S. 192, 201 f.; *Fleischer* (Fn. 33), S. 74 f. mit der Frage: „What should lawyers know about economics?“

mit den großen gesellschaftlichen Veränderungen, die ihrerseits zu einer Veränderung der Rechtsordnung führen müssen. Sie fragt nach den neuen Herausforderungen von Europäisierung und Globalisierung des Rechts, nach den Veränderungen in den Wertvorstellungen und Verhaltensweisen, nach den neuen Gefährdungssituationen, nach der Reformfähigkeit des politischen Systems, kurzum nach den sozialen, ökonomischen und politischen Wandlungsprozessen, die die Fortentwicklung der Rechtsordnung erzwingen. Eine Rechtsdogmatik, die Recht als etwas Aufgegebenes begreift und den rechtlichen Wandel zu kanalisieren als ihre Aufgabe ansieht, bedarf einer derartigen Grundlagenforschung. Eingebettet in den gesellschaftlichen Wandel hat sie sich mit diesem Phänomen und den Theorien, die den gesellschaftlichen Wandel erklären, auseinanderzusetzen.

Die Rechtsdogmatik muss an die Ergebnisse der Grundlagenforschung zu gesellschaftlichem oder Wertewandel sowie zu Fragen gesellschaftlicher Akzeptanz anschlussfähig sein⁴⁷. Rechtsdogmatik ohne Einbeziehung derartiger Grundlagenforschung bleibt blind⁴⁸ gegenüber gesellschaftlichen Veränderungsprozessen und verkümmert zu bloßer Rechtstechnologie. Nur eine Rechtsdogmatik, die sich immer wieder offen mit rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung auseinandersetzt, bleibt auf der Höhe der Zeit.

Um nochmals den Topos vom Außenbereich der Rechtswissenschaft zu bemühen: Rechtsdogmatik ist nicht allein in die vielfältigen Disziplinen der Rechtswissenschaft, die man als Hilfswissenschaften der Rechtsdogmatik bezeichnet, eingebettet. Die gesellschaftswissenschaftliche Grundlagenforschung bezieht die Rechtsordnung bei ihren Theorien gesellschaftlichen Wandels in ihre Überlegungen ein, so dass die Rechtsdogmatik sich auch mit diesem gesellschaftswissenschaftlichen Außenbereich befassen sollte⁴⁹. Schritte in diese Richtung sind bereits getan. In der Rechtswissenschaft und in den Gesellschaftswissenschaften werden zunehmend disziplinübergreifende Leitbilder und Schlüsselbegriffe entwickelt, die einen gegenseitigen Theorietransfer ermöglichen und verklammernd wirken⁵⁰. Rechtswissen-

⁴⁷ Dies ist keinesfalls Gemeingut. So fehlt bei *Rüthers* (Rechtstheorie, 2. Aufl. 2005, Rn. 309) jeglicher Hinweis darauf, dass Rechtsdogmatik zur gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagenforschung in einem engen Näheverhältnis steht. Eher zurückhaltend *Frisch* (Fn. 14), S. 183.

⁴⁸ In Anknüpfung an *Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie, 1911, S. 29; hierzu *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 6. Aufl. 2007, 2 III.

⁴⁹ Zur Arbeitsteilung zwischen Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaften: *Engel*, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition, in: Engel/Schön (Fn. 14), S. 205, 238 ff.

⁵⁰ *Jestaedt*, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön (Fn. 14), S. 241, 261.

schaft und Dogmatik werden auf diese Weise durch nachbarwissenschaftliche Erkenntnisse angereichert⁵¹.

2. Zur Begrenzung der naturwissenschaftlichen-technischen Grundlagenforschung durch das Recht und die Rechtsdogmatik

Eine andere Frage ist, in welchem Umfang die verfassungsrechtliche Dogmatik und Rechtsprechung der naturwissenschaftlich-technischen Grundlagenforschung Grenzen zieht. Hier geht es zum Beispiel um die Würde des Menschen, die die verfassungsrechtlich verbürgte Forschungsfreiheit begrenzt. Wo diese Grenzlinien verlaufen, ist alles andere als klar. So halten viele in Deutschland die Forschung an überzähligen Embryonen für unvereinbar mit dem verfassungsrechtlich garantierten Lebens- und Würdeschutz⁵². Wenn diese so weit ausgreifende Würdeschutz-Dogmatik zutreffend sein sollte, würde Art. 79 Abs. 3 GG einer Änderung des Grundgesetzes entgegenstehen, die Forschungsmöglichkeiten in diesem Bereich eröffnen würde. Ein derartiger Verfassungsfundamentalismus müsste auf den Prüfstand der Verfassungsvergleichung gestellt werden. Wenn in anderen Verfassungsstaaten derartige Forschungsfragen nach einem politischen bzw. moralisch-ethischen Diskurs rechtlich geregelt werden, so stellt sich für die Auslegung des Art. 1 Abs. 1 GG die Grundsatzfrage: Was berechtigt, durch eine extensive Interpretation der Menschenwürdegarantie zentrale Fragen der Forschungsfreiheit im naturwissenschaftlichen Bereich und der Forschungspolitik insgesamt einer verantwortungsvollen demokratischen Willensbildung zu entziehen?⁵³

Diese Überlegungen führen zur Sozialethik als einer der Determinanten der Rechtsdogmatik: Jene neuen Entwicklungen, zu denen die naturwissenschaftlich-technische Medizinforschung führen kann, sind von einer sozial-ethischen Grundlagenforschung zu begleiten. Diese sollte die Rechtsdogmatik vor einer inadäquaten Moralisierung bewahren. Rechtsdogmatik ist nicht der Ort, sozial-ethische Positionen zu dogmatisieren. Versuche einer sozial-ethischen Moralisierung von Dogmatik und Richterrecht sind immer wieder kläglich gescheitert. Genannt seien nur die Kuppelei-Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder die erste Abtreibungsentscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁴. Weder der Gesetzgeber, noch der Richter noch die

⁵¹ Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 1 Rn. 71.

⁵² Nw. bei Zippelius/Würtenberger (Fn. 25), § 21 Rn. 19 ff.

⁵³ Losch, Kulturfaktor Recht, 2006, S. 210 ff.

⁵⁴ Würtenberger (Fn. 26), S. 225 ff.

Rechtsdogmatik können Recht schaffen und durchsetzen, das mit dem sozialetischen kollektiven Bewusstsein in Widerspruch steht.

Was aber ist die Alternative? Bleiben wir bei der Medizinforschung: Standards für eine ethisch verantwortungsvolle Forschung werden oftmals in internationalen Regelwerken entwickelt. Auf nationaler Ebene lässt sich ein pluralistischer ethischer Diskurs auf den Weg bringen. Pluralistisch zusammengesetzte Ethikkommissionen auf der Ebene des Bundes erarbeiten sachgerechte Kompromisse in diesem Bereich der Grundlagenforschung, die der Gesetzgebung und der Rechtsdogmatik als Leitlinie dienen. Im operativen Bereich begleiten die jeweils zuständigen Ethikkommissionen die Medizinforschung am Menschen.

Für eine rigide und unhinterfragbare Dogmatisierung dieses Bereichs durch eine fragwürdige Verfassungsauslegung fehlt letztlich dem Juristen und auch der Rechtsprechung die sozialetische Kompetenz. Die Rechtsdogmatik und das Richterrecht haben sich dem gesellschaftlichen Diskurs zu öffnen und diesen zu kanalisieren, mitunter allerdings auch aus besserer Einsicht gegenzusteuern.

3. Angewandte Forschung im naturwissenschaftlich-technischen Bereich und rechtswissenschaftliche Forschung

Vergleichbare Fragen stellen sich für das Verhältnis von angewandter naturwissenschaftlich-technischer Forschung einerseits und rechtswissenschaftlicher Grundlagenforschung sowie Rechtsdogmatik andererseits. Wenden wir uns dem Beispiel⁵⁵ der Sicherheitsforschung zu:

Das Sicherheitsforschungsprogramm der Europäischen Union und Deutschlands⁵⁶ führt zu einer Vielzahl neuer Sicherheitstechnologien. Anlass für dieses Sicherheitsforschungsprogramm waren die Schutzbedürftigkeit der kritischen Infrastruktur sowie die neuen Gefährdungslagen durch nationalen und internationalen Terrorismus, durch die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität sowie durch Naturkatastrophen, die sich infolge des Klimawandels verschärfen. Dieses Sicherheitsforschungsprogramm entwickelt neue Methoden der Beobachtung und Datenverarbeitung, neue Methoden der Sicherung kritischer Infrastruktur und der Rettung bei Unglücksfällen sowie neue Formen der Kooperation, die es ermöglichen, Ge-

⁵⁵ Zu anderen Beispielen: *Stein*, Der technische Fortschritt als Herausforderung für die Systematik verwaltungsrechtlicher Handlungsformen – am Beispiel der automatischen Mauterhebung, DVBl. 2008, 1546ff.

⁵⁶ Federal Ministry of Education and Research (Hg.), *Research for Civil Security. Protection Systems for Security and Emergency Services*, 2009.

fährdungen der Inneren Sicherheit zu vermeiden und eintretende Schadensfälle effektiv zu bekämpfen. Eine Reihe derartiger neuer Sicherheitstechnologien wird in den nächsten Jahren in das Sicherheitsrecht übernommen. Genannt seien nur das Scannen von Containern, der Einsatz von Flugrobotern und von neuartigen Suchsystemen bei Unglücksfällen, biometrische Verfahren zur Identifizierung von Personen, Verfahren zur Erkennung regelwidrigen Verhaltens, Detektion von Gefahrstoffen oder Systeme der Fernerkundung. Soweit neue Überwachungsmethoden entwickelt werden, wird jedenfalls in Deutschland nicht alles (verfassungs-) rechtlich gestattet sein, was technisch möglich ist.

Ein politischer und rechtlicher Diskurs oder eine Dogmatik, die lediglich nach der Legitimation und Begrenzung einzelner Grundrechte beeinträchtigender Überwachungsmaßnahmen fragt, greift zu kurz. Aufgabe der rechtswissenschaftlichen ebenso wie der gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagenforschung ist vielmehr, das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit neu zu bestimmen. Eckpunkte einer derartigen Grundlagenforschung sind die Aufgabe des Staates, Sicherheit zu gewährleisten, die wissenschaftsbasierte Einschätzung der neuen Bedrohungslagen, die Klärung der Effektivität von Maßnahmen der Gefahrenabwehr, die Wahrung von Liberalität und Freiheitlichkeit einer Gesellschaft, die gesellschaftliche Akzeptanz der neuen Sicherheitstechnologien sowie die transnationale sicherheitsrechtliche Kooperation im Mehrebenensystem der offenen Staatlichkeit.

Das Verhältnis von Freiheit und Sicherheit zu bestimmen, war seit jeher Thema der Staatstheorie und der Staatsaufgabenlehre⁵⁷. Hinzu tritt die bereits Mitte des 18. Jahrhunderts⁵⁸ aufgeworfene Frage des Bürgeropfers⁵⁹: Ein betont freiheitliches Staatswesens eröffnet dem Terrorismus und der organisierten Kriminalität weite Betätigungsfelder und führt bei den jeweils betroffenen Bürgern zu Opfern an Leben und Gesundheit. Dem gegenüber führt ein am Sicherheitspostulat ausgerichtete Staatswesen zu Opfern der Bürger im Bereich von Persönlichkeitsschutz und informationeller Selbstbestimmung.

Hier erscheint es problematisch, wenn das Bundesverfassungsgericht von der dogmatischen These einer verfassungsrechtlich aufgegebenen angemess-

⁵⁷ Conze, Art. Sicherheit, Schutz, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. 5, 1984, S. 831 ff., 842 („Sicherheit“ als einer der „Hauptbegriffe“ des europäischen Staatensystems und seines Völkerrechts“).

⁵⁸ Abbt, *Vom Tod für das Vaterland* (1761), Nachdr. 1915, S. 76 zur Verteidigung der Staatsverfassung, weil sie „Schutz und Freiheit“ gewährt.

⁵⁹ *Deppenheuer*, Selbstbehauptung des Rechtsstaates, 2007, S. 75 ff.

senen Balance zwischen Freiheit und Sicherheit ausgeht⁶⁰, ohne diese Balance unter Bezugnahme auf den derzeitigen rechts- und gesellschaftswissenschaftlichen Forschungsdiskurs näher zu begründen. Diese Balance herzustellen, ist Aufgabe eines verantwortungsvollen rechtswissenschaftlichen, gesellschaftswissenschaftlichen und moralisch-ethischen Diskurses. Das Bundesverfassungsgericht allerdings öffnet sich nicht diesem derzeit heftig geführten Diskurs, da es die Balance aus der Verfassung herleiten zu können meint.

Eine Dogmatik der Balance zwischen Freiheit und Sicherheit fordert die Grundlagenforschung zu Antworten auf folgende Fragen heraus: Wie realistisch sind die Bedrohungsszenarien? Welche Maßnahmen sind effektiv bei der Verbesserung der inneren Sicherheit? Wie ist mit der Diskrepanz zwischen psychologisch gefühlter Unsicherheit und realer Bedrohungssituation umzugehen? Welche Rolle spielt die Gewährleistung von Sicherheit in der Sozialethik? Welche Auswirkungen hat das geänderte Kommunikationsverhalten auf die Kommunikationsgrundrechte? Wie muss das Recht mit Kaskaden-Effekten terroristischer Anschläge, nämlich Verunsicherung oder Änderungen der Verhaltensweisen in der Bevölkerung, umgehen? All diese Fragen beginnt die Grundlagenforschung⁶¹ derzeit zu stellen. Wer die verfassungsrechtlich angemessene Balance zwischen Freiheit und Sicherheit ohne die entsprechende gesellschaftswissenschaftliche Grundlagenforschung allein aus der Verfassung herzuleiten versucht, befindet sich in einem Blindflug.

Dies führt zu einem der wichtigen Themen der rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung: Die neuen Sicherheitstechnologien lassen sich nur dann verwirklichen, wenn sie jedenfalls auf längere Sicht auf die Akzeptanz der Gesellschaft stoßen. Wie Gesetze ist auch die sicherheitsrechtliche Dogmatik darauf zu befragen: Werden ihre normativen Vorgaben auf die Akzeptanz oder Akzeptanzbereitschaft der Gesellschaft stoßen? Die erheblichen Fördermittel des Staates, die zur Entwicklung neuer Sicherheitstechnologien eingesetzt werden, wären vergeudet, ließen sich die neuen Technologien mangels Akzeptanzbereitschaft politisch und rechtlich nicht umsetzen.

⁶⁰ BVerfGE 115, 320, 346, 358.

⁶¹ Ein Überblick über die neuen Fragestellungen gesellschaftswissenschaftlicher Grundlagenforschung bei *Würtenberger/Tanneberger*, Gesellschaftliche Voraussetzungen und Folgen der Technisierung von Sicherheit, in: Winzer u. a. (Hg.), Sicherheitsforschung – Chancen und Perspektiven, 2010, S. 221 ff.

III. Schlussbemerkung

Als Ergebnis können wir zusammenfassen:

Zwischen der gesellschaftswissenschaftlichen Forschung, der naturwissenschaftlich-technischen Grundlagenforschung, der naturwissenschaftlich-technischen angewandten Forschung, der rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung und der Rechtsdogmatik bestehen enge Wechselbeziehungen. Blicken wir nochmals auf die Rechtsdogmatik als Schlussstein in dieser Kette: Ihre Antworten auf die konkreten Rechtsfragen der Zeit sind nur so gut, wie sie auf die Ergebnisse der naturwissenschaftlich-technischen und der rechtswissenschaftlichen ebenso wie der gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagenforschung zurückzugreifen vermag. Ein Rechtspositivismus bzw. ein Verfassungsgerichtspositivismus, der sich gegenüber der Grundlagenforschung immunisiert, und damit eine Rechtsdogmatik, die Forschungsergebnisse von Nachbardisziplinen aufzunehmen nicht bereit ist, verfehlt die Gestaltungsaufgaben des Rechts.

Gewiss bleibt Rechtsdogmatik eine eigenständige Disziplin, die der Tradition der Rechtsentwicklung verpflichtet ist. Sie hat eine beharrende Kraft und entzieht sich aus guten Gründen mancherlei Moden, jedenfalls in der gesellschaftswissenschaftlichen Grundlagenforschung. Soweit jedoch Grundlagenforschung die großen Entwicklungslinien im Bereich von Gesellschaft, Ökonomie und Politik auf den Begriff bringt, oder die angewandte Forschung nach einer neuen rechtlichen Lösung verlangt, muss die Rechtsdogmatik ebenso wie die Rechtspolitik die zeit- und sachadäquaten rechtlichen Problemlösungen entwickeln. Rechtsdogmatik ist damit kein „rocher de bronze“, sondern muss zukunfts offen sein.

Was aber kann Rechtsdogmatik in ungewisser Situation leisten? Wann kann Rechtsdogmatik etwa von gesellschaftlichem Wandel ausgehen? Nach dem Hegelschen Bild von der Eule der Minerva, die erst in den Abendstunden ihren Flug beginnt, weiß man nur mit erheblicher Zeitverzögerung, welche grundsätzlichen ökonomischen, gesellschaftlichen und politischen Veränderungen wirklich stattgefunden haben. So gesehen mag es durchaus gerechtfertigt sein, dass die Rechtsdogmatik ihre Arbeit der Fortentwicklung und Anpassung des Rechts erst beginnt, wenn sich die Ergebnisse der Grundlagenforschung konsolidiert haben.

Ein japanisches Beispiel für die Suche nach einer verlässlichen Dogmatik

Der Werdegang der Rechtstheorie Tetsu Isomuras*

Kenichi Moriya

1. Einleitung: Probleme mit dem Begriff der Dogmatik

Wie der Begriff der Dogmatik zu verstehen ist, ist eine nicht leicht zu beantwortende Frage.

In der deutschen juristischen Literatur ist das Wort Dogmatik bis heute geläufig. Diese Tatsache besagt indes nicht, dass jedem deutschen Juristen klar wäre, was Dogmatik eigentlich bedeutet. In seiner beachtenswerten Habilitationsschrift, deren Titel schlicht „Dogmatik“ lautet, hat Maximilian Herberger entgegen der weit verbreiteten Ansicht, die Jurisprudenz habe den Begriff der Dogmatik aus der Theologie übernommen, überzeugend nachgewiesen, „daß die Juristen ihren Dogmatik-Begriff aus der medizinisch orientierten Wissenschaftstheorie der Erfahrungswissenschaften übernommen haben.“¹ Nach einem Sprachgebrauch, dessen Tradition bis tief in die klassische Antike reicht, „steht das „dogmatische“ Denken im Zusammenhang mit der Methodenlehre der Erfahrungswissenschaften, und dort vor allem mit den beiden Verfahrensweisen von „resolutio“ (analysis) und „compositio“ (synthesis). Das Verständnis dieser beiden Arten der Wissensgewinnung und Wissensdarstellung hatte sich in Anlehnung an die Einleitung von Galens „Ars parva“ herausgebildet. Dort wurde die Analyse als eine „vom Begriff des Zwecks ausgehende“ Art des Lehrens charakterisiert, die Synthese hingegen als Lehrart, mit der man die durch die Analyse gefundenen Ergebnisse verwertet. Wer von einem Zweck ausgeht, d.h. wer einen Zweck verwirklichen will, sucht nach Mitteln, die geeignet sind, diesen Zweck zu erreichen. Dazu benötigt er die Kenntnis von Ursachen und Wirkungen. Denn nur die Mittel sind geeignet, einen Zweck zu erreichen,

* Herrn Prof. Dr. Dr. h.c. Hiroyuki Matsumoto anlässlich seiner Emeritierung in Dankbarkeit gewidmet.

¹ Herberger, M., Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, 1981, 5.

die als Ursachen die angestrebten Zwecke bewirken können. Diese Überlegung war es dann auch, die dazu führte, „Analyse“ und „Synthese“ im Sinne Galens mit den aristotelischen Beweisarten der „demonstratio quia“ und der „demonstratio propter quid“ in Verbindung zu bringen. Denn da die „demonstratio quia“ von Wirkungen auf Ursachen schließt, gleicht sie der Analyse. Die „demonstratio propter quid“ hingegen erklärt schlußfolgernd die Wirkungen aus Ursachen und ist daher mit der Synthese vergleichbar. Auf dem Boden dieser aristotelisch-galenischen Methodenlehre faßte man die Verbindung von Analyse und Synthese als die in empirischen Wissenschaften anzuwendende Beweisart auf.² Das charakteristische Kennzeichen für das Vorgehen eines „Dogmatikers“ sei in der richtigen Handhabung von „Analyse“ und „Synthese“ zu suchen.³ Ein solches Verständnis der „Dogmatik“ sei aber, so Herbergers Befund, seit etwa 1800 ins Wanken geraten und um 1850 verschwunden, da das dogmatische Denken zunehmend dem historischen bzw. dem empirischen Denken gegenübergestellt wurde.⁴

Herbergers Beobachtung beschränkt sich auf die gelehrte Literatur. Es ist möglich und auch wahrscheinlich, dass der Begriff der Dogmatik auch nach der programmatischen Ausscheidung der empirischen Denkweise im alltäglichen Sprachgebrauch des Juristen mehr oder weniger empirische Untertöne beibehält, da die Jurisprudenz von der Empirie nie völlig abstrahieren kann. Nur ist jenes Traditionsbewusstsein in der gegenwärtigen juristischen Literatur kaum zu spüren.

Erst in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts haben die Japaner angefangen, das europäische, und seit den 1880er Jahren vor allem das deutsche Rechtsdenken intensiv zu lernen. Da war in Europa nicht nur jene Tradition des dogmatischen Denkens bereits gebrochen. Mit dem Vordringen der Massengesellschaft war überhaupt die alteuropäische Semantik tiefgreifend erschüttert worden. Seit 1800 war das Recht in Europa immer weiter nationalisiert worden. In Deutschland war in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts die von der Politik abgekoppelte pandektistische Privatrechtswissenschaft entstanden.⁵ Nach diesem privatrechtlichen Modell gestaltete sich dann in der zweiten Hälfte des Jahrhunderts das vom Privatrecht verselbständigte öffentlichrechtliche System durch Gerber und Laband. Daneben tauchten die sogenannten „sozialen“ Probleme auf. Das Recht wurde nun-

² Op.cit. 2.

³ Loc. cit.

⁴ Op.cit. 345–412.

⁵ Diese Abkoppelung des Privatrechts von der Politik besagt selbstverständlich nicht, dass das Privatrecht tatsächlich apolitisch fungiert.

mehr nicht nur nationalisiert, sondern auch internationalisiert. Rechtsvergleichende Beobachtungen wurden unternommen. Die tradierte Rechtsdogmatik war unvermittelt dem Zwang ausgesetzt, sich grundlegend zu erneuern.

Der hier grob skizzierte, überaus verworrene Zustand des Rechts war es, den die Japaner als modernes deutsches Recht erkannten und zu lernen suchten. Wenn bisweilen die japanische Jurisprudenz einem Europäer etwas seltsam erscheinen mag, so liegt der Grund hierfür nicht ausschließlich in der spezifisch ‚japanischen‘ Kultur. Die japanische Rechtsgeschichte seit der Meiji-Restauration ist ein verzerrtes Spiegelbild der europäischen Moderne.

Es gibt auch in Japan einige ernsthafte Versuche, in dieser undurchschaubaren Rechtslage eine aktuelle *und* fundierte dogmatische Grundlage zu schaffen. Wer versucht, die aktuelle und fundierte dogmatische Grundlage zu erörtern, hat implizit die Absicht, mittels dieser gewonnenen Dogmatik auf die Rechtsentwicklung Einfluss auszuüben. Aus solchen japanischen Versuchen möchte ich als Beispiel die juristischen Überlegungen Tetsu Isomuras herausgreifen. Meines Erachtens ist es kein Zufall, dass auf der japanischen Seite noch zwei weitere Vorträge vorbereitet wurden, in denen jeweils bedeutende japanische Rechtswissenschaftler näher erörtert werden. Denn dadurch wird zugleich versucht, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, wie man dort, wo sich keine europäische Tradition finden lässt, juristisches Denken bewusst gestalten sollte. Ein solcher Versuch ist angesichts der Globalisierung juristischer Kommunikation nicht mehr zu vermeiden. In meinem Teil möchte ich den von einem bedeutenden japanischen Zivilrechtler eingeschlagenen Weg – teilweise mag es auch ein Umweg gewesen sein – darstellen, auf dem dieser Zeit seines Lebens nach der festen Grundlage der Dogmatik suchte.

2. Ausgangspunkt: Ungerechtfertigte Bereicherung

Tetsu Isomura wurde 1914, im Jahr des Ausbruchs des Ersten Weltkrieges, in Hyôgo geboren. Nach dem Abschluss des Jurastudiums an der Kaiserlichen Universität Kyôto im Jahre 1939 wurde er zum Assistenten bei Bunjirô Ishida (1892–1979), Professor für Zivilrecht, an derselben Universität. 1943 wurde er Assistenzprofessor für Zivilrecht an der Universität Kyôto. Ab 1947 übernahm er die Lehrtätigkeit für das bürgerliche Recht. Daneben lehrte er, wenn auch nur unregelmäßig, das deutsche Recht (1948, 1961–1962). 1951 wurde er ordentlicher Professor der Universität Kyôto, 1976 er-