

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.dnb.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

Shigeeki 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 politikwissenschaftliche 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, 160 ff.

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

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 Schriff 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. 189 f.