

Editorial: Zivilrechtsdogmatik heute

*Heinrich Honsell**

„In unserer an juristischen Zeitschriften so reichen Zeit die Zahl derselben noch um eine zu vermehren, mag manchem als ein ebenso überflüssiges wie aussichtsloses Unternehmen erscheinen“.

Mit diesen Worten hat Rudolph von Jhering im Jahre 1857 das Vorwort zu seinen Jahrbüchern für Dogmatik¹ eingeleitet, in dem er die Aufgabe der neuen Zeitschrift beschrieb. 150 Jahre später passen sie unverändert für dieses Editorial, um das mich die Herausgeber der neuen *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft* gebeten haben. Auch heute kann man fragen, ob für eine solche Zeitschrift, die als wissenschaftliche Archivzeitschrift konzipiert ist, ein Bedarf besteht.

Es gibt hunderte von Zeitschriften, meist mehrere für jedes der zahllosen Fächer, in die sich Jurisprudenz heute aufspaltet, 10 für Arbeitsrecht, fünf für Computerrecht usw. Vor diesem Hintergrund erscheint, selbst in einem für Neugründungen von Zeitschriften schwierigen Umfeld, eine weitere Archivzeitschrift für das Privatrecht einschließlich seiner Nebengebiete geradezu als Desideratum. Denn diese Zeitschrift will keinen Überblick geben über eine sich täglich ändernde Rechtslage und keine bloße Anleitung für die Anwendung des gerade geltenden Rechts. Vielmehr geht es um eine grundlegende Durchdringung dogmatischer Fragen. Entgegen einem landläufigen Vorurteil heißt ‚wissenschaftlich‘ nicht ‚ungeeignet für die Praxis‘. Gute Jurisprudenz besteht in praktischer Falllösung nicht in abstrakten Theorien.

Im 19. Jahrhundert wurde der Begriff der Dogmatik für den modernen Gebrauch (*usus modernus*) des römischen Rechts als geltendes Recht verwendet im Gegensatz zu seiner historischen Betrachtung als Rechtsgeschichte. Seit der Ersetzung des römischen Rechts durch das BGB ist diese Unterscheidung weggefallen und Rechtsdogmatik wird manchmal missverstanden als unkritische Umsetzung einer gesetzlichen Ordnung, unter Ausklammerung der politischen Implikationen des Rechts. Namentlich das Adjektiv ‚dogmatisch‘ wird auch pejorativ verwendet, im Sinne eines Rekurses auf mangelhaft fundierte Lehrsätze. Wir gebrauchen den Begriff dagegen neutral und synonym für ‚Wissenschaft vom geltenden Recht‘. Rechtsdogmatik lässt sich daher definieren als die begrifflich-systematische Erfassung des Rechts in einer kohärenten und konsistenten Ordnung

* Prof. Dr. Heinrich Honsell ist em. Prof. an der Universität Zürich und Hon.-Prof. an der Universität Salzburg.

¹ Band 1 S 1 (später Jherings Jahrbücher).

übergeordneter Begriffe und Prinzipien. Sie dient der kritischen Analyse von Vorschriften und Entscheidungen und der Aufdeckung des Begründungszusammenhanges, in dem diese stehen. Sie gewährleistet so den Fortbestand einer widerspruchsfreien und ganzheitlichen Rechtsordnung.

In den Zeiten der Begriffsjurisprudenz und des Positivismus war der Inhalt des Rechts mehr oder weniger beliebig. Man proklamierte die Wertfreiheit von Wissenschaften und es galt *Bernhard Windscheids*² berühmte These: ethische, politische, oder volkswirtschaftliche Erwägungen... seien nicht Sache des Juristen als solchem.

Heute gilt die Rechtswissenschaft dem richtigen Recht, das Gerechtigkeit in allen Details verlangt und einem ethischen Minimum genügen muss. Dazu gehört eine die Selbstbestimmung des Bürgers gewährleistende Privatautonomie, in die der Staat nur eingreift, wenn die öffentliche Ordnung oder der Schutz des Schwächeren das erfordert. Das Gebot der Gleichbehandlung gehört ins öffentliche Recht und ist im dispositiven Recht der ‚Privatrechtsgesellschaft‘ ein Fremdkörper. Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (2006) erstreckt Diskriminierungsverbote vom öffentlichen auf das private Recht und gibt so einen Grundsatz preis, der seit der griechischen Isonomia und der iustitia distributiva des Aristoteles Jahrtausende lang in Geltung war.

Es liegt auf der Hand, dass eine durch inhaltliche Richtigkeit definierte Dogmatik der Ergänzung durch eine Reihe anzillarischer Fächer bedarf. Das sind neben Rechtstheorie und Rechtssoziologie namentlich Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung. Auch deren applikative Aspekte zum geltenden Recht fallen in den Aufgabenbereich dieser neuen Zeitschrift.

Das Privatrecht ist gewissen Erosionen ausgesetzt, die sich aus unsystematischen und fragmentarischen, zum Teil auch mangelhaften Regelungen des Europarechts ergeben, die der deutsche Gesetzgeber teils notgedrungen, teils aus freien Stücken übernommen und sogar ins BGB integriert hat, wo sie nun ständigen Änderungen aus Brüssel ausgesetzt sind.

Privatrechtsaverse Einflüsse ergeben sich auch aus der Verfassungsjudikatur. Mit diesen beiden Strömungen, die aus dem öffentlichen Recht auf das Privatrecht einwirken, gehen skeptisch zu beurteilende Bestrebungen zu einer Verselbständigung und Veränderung der Methodenlehre einher: Die Behauptung einer eigenständigen europäischen Methodenlehre³ und die These von der „Konstitutionalisierung“ der Methodenlehre⁴. Es soll nicht bezweifelt werden, dass die wechselnden Verfassungen der letzten hundert Jahre Einfluss auch auf das Privatrecht hatten⁵. Richtig ist auch, dass der Europäische Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht ein Auslegungsmonopol über die ihrer Kontrolle unterliegenden Normen haben. Doch sollte die allgemeine Methodenlehre davon unberührt bleiben. So ist zB das soeben beschriebene, auch für die Zivilrechtsdogmatik zentrale Postulat der Widerspruchsfreiheit ein apriorisches Gebot der Logik, das unabhängig davon gilt, ob sich dazu in der Verfassung etwas Passendes findet⁶. Ein quasi vorpositives Prinzip ist auch die Verhältnismäßigkeit, ein seit Jahrhunderten beachteter Grundsatz der heute von

² Gesammelte Reden und Abhandlungen (1904) 101.

³ Vgl etwa Riesenhuber, Europäische Methodenlehre 2. Aufl. 2010.

⁴ S dazu die Debatte auf der Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung 2013 in Würzburg, AcP 214 (2014) 183 ff.

⁵ Vgl zuletzt *Haferkamp*, zur Methodengeschichte im BGB unter fünf Systemen, AcP 214 (2014) 60 ff.

⁶ Dass das Bundesverfassungsgericht (zB BVerfGE 98, 83; 97 f.; 98, 106, 118 ff., 131 ff.) das Nichtwiderspruchsprinzip als Emanation des Rechtsstaatsprinzips qualifiziert, ist jedoch problematisch, wenn es sich nicht um echte Antinomien, sondern nur um Wertungswidersprüche handelt. Es ist eine Überdehnung des Gebots der Widerspruchsfreiheit iSd Folgerichtigkeit, in solchen Fällen Nichtigkeit anzunehmen; vgl *Sendler*, NJW 1998, 2875 ff.

Verfassungsrechtlern als „wichtigstes Element der verfassungsgerichtlichen Kontrolle“⁷ in Anspruch genommen wird.

Die neue Zeitschrift ist ein Forum für vertiefte Auseinandersetzung mit aktuellen Fragen des Privatrechts, nicht aber für zu komplizierte Differenzierungen, die deutscher Zivilrechtsjurisprudenz manchmal nachgesagt werden. Sie soll dazu beitragen, dass das hohe dogmatische Niveau des deutschen Zivilrechts erhalten bleibt und so zu einem Sprachrohr der *viva vox iuris civilis* werden.

⁷ *Voßkuhle*, Stabilität, Zukunftsorientiertheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das Bundesverfassungsgericht, in; Hillgruber/Waldhoff, 60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung (2010) 97 ff., 97, 110 unter Hinweis auf *Schlink* u.a.; Kritisch zur Verhältnismäßigkeit als grundrechtlichem Verfassungsprinzip etwa *Medicus*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP 192 [1992] 35, 54.