
Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler

München 2016

**Behme | Fervers | Hofmann | Maute
Röder | Sattler | Schmidt | Seibl [Hrsg.]**

Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft



Nomos

Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
München 2016

Herausgegeben von der Gesellschaft Junger
Zivilrechtswissenschaftler e.V.

Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler

München 2016

Caspar Behme | Matthias Fervers | Franz Hofmann | Lena Maute
Erik Röder | Andreas Sattler | Patrick Schmidt
Maximilian Seibl [Hrsg.]

Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft



Nomos

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

ISBN 978-3-8487-4056-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-8355-5 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die 27. Jahrestagung der Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler, die vom 14. bis 17. September 2016 in München stattfand, stand unter dem Generalthema „Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft“.

Die GJZ-Tagung hat sich als Forum des fachlichen und persönlichen Austausches zwischen jungen Wissenschaftlern längst etabliert und ihre eigenen Traditionen und Gepflogenheiten entwickelt. Diesen Gepflogenheiten folgte auch die diesjährige Tagung in München, entwickelte sie aber behutsam weiter.

Erstens: Traditionell wird die GJZ von Assistenten des Fachbereichs Zivilrecht zumeist einer Universität im deutschsprachigen Raum ausgerichtet. Wir waren der Überzeugung, dass zwei Universitäten vielleicht nicht doppelt so viel, aber gewiss mehr leisten können als eine Universität allein. Deshalb fand die 27. Jahrestagung der GJZ als Gemeinschaftsprojekt der Ludwig-Maximilians-Universität München und der Technischen Universität München statt. Im Rückblick auf die Zeit der Vorbereitung und auf die Tagung selbst lässt sich festhalten, dass diese Zusammenarbeit äußerst ertragreich war.

Zweitens: Traditionell steht die GJZ-Tagung unter einem Rahmenthema. Dieses sollte einerseits so weit formuliert sein, dass es eine Vielzahl potentieller Referenten und Teilnehmer anspricht. Andererseits sollte es eng genug formuliert sein, um sich nicht dem Vorwurf der Beliebigkeit auszusetzen und als roter Faden die verschiedenen Tagungsbeiträge zu verbinden. Die 27. Jahrestagung der GJZ blickte – anders als in den Jahren zuvor – zumindest im Schwerpunkt nicht auf das geltende (Zivil-)Recht. Wir widmeten uns vielmehr den inhaltlichen und methodischen Herausforderungen, denen sich die „jungen“ Repräsentanten einer europäischen Privatrechtswissenschaft im 21. Jahrhundert stellen müssen und werden. Damit wagten wir in gewisser Weise den Blick in die Glaskugel. Die damit zugleich verbundene Hoffnung, dass die 27. Jahrestagung der GJZ in noch stärkerem Maße durch Methodenoffenheit, Interdisziplinarität und Internationalität geprägt sein würde als frühere Veranstaltungen, hat sich voll und ganz erfüllt.

Drittens: Traditionell lebt die GJZ-Tagung nicht nur von wissenschaftlichen Vorträgen, sondern auch von einem vergnüglichen Rahmenprogramm. Dass dieses Rahmenprogramm in den letzten Jahren immer vielschichtiger und aufwendiger wurde, ist nicht nur auf Zustimmung gestoßen. Wir haben uns bemüht, einerseits den Charakter der GJZ-Tagung als wissenschaftliche Veranstaltung wieder stärker in den Vordergrund zu stellen, sie andererseits aber nicht jenes festlichen Glanzes zu berauben, der diese Tagung in unseren Augen auch prägt und prägen soll. Deshalb waren bei der 27. Jahrestagung der GJZ der Donnerstag und der Freitag ganztägig den wissenschaftlichen Vorträgen gewidmet. Am Freitagnachmittag fand erstmals eine abschließende Podiumsdiskussion statt, in der die wesentlichen Erkenntnisse der Tagung zusammengefasst und die „Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft“ kontrovers diskutiert wurden. Gleichzeitig gewährleistete die Gestaltung der Abendveranstaltungen, dass die GJZ-Tagung nicht nur ein wissenschaftliches, sondern auch ein gesellschaftliches und nicht zuletzt ein kulinarisches Ereignis blieb.

Zuletzt galt auch für die 27. Jahrestagung der GJZ in München, dass ihre Ausrichtung nicht ohne die finanzielle Unterstützung zahlreicher Förderer möglich gewesen wäre. Allen voran sind hier die Kanzlei CMS Hasche Sigle und der Verlag C.H. Beck zu nennen; zu Dank verpflichtet ist die GJZ aber auch advocado, Brandhoff Legaltech, der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung, Talent Rocket sowie den Verlagen Duncker & Humblot, Gieseking, Mohr Siebeck, Nomos und Springer.

Die 28. Jahrestagung der GJZ wird 2017 in Innsbruck stattfinden.

Für das Münchener Organisationsteam

Dr. Caspar Behme

Inhalt

| | |
|---|-----|
| Überwindung von Inkohärenzen zwischen Unionsrecht und nationaler Rechtsordnung im Wege der Rechtsfortbildung <i>Dr. Hannes Wais</i> | 9 |
| Kohärenz des Europäischen Privatrechts: Zusammenspiel vertraglicher und außervertraglicher Kräfte in einem Europäischen Zivilgesetzbuch <i>Dr. Lukas Rademacher</i> | 41 |
| Gemeinschaftsprivatrecht und Methode – Der Einfluss der Auslegungsmethoden des EuGH auf die nationale Methodenlehre und die Privatrechtsintegration <i>Dr. Thomas Raff</i> | 67 |
| Verbrauchervertragsrecht als Motor einer europäischen Privatrechtswissenschaft <i>Dr. Matthias Amort</i> | 97 |
| Informationsrechte der Compliance-Funktion in Wertpapierfirmen: Gesellschaftsrecht und Aufsichtsrecht im Konflikt? <i>Dr. Mona Philomena Ladler</i> | 133 |
| Transformation einer europäischen Rechtsfigur in das deutsche Recht – Das Wagnis der Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs in das nationale Deliktsrecht <i>Dr. Daniel Könen</i> | 159 |
| Das Potential gesellschaftsrechtlicher Modellgesetze: Der European Model Company Act – ein Vergleich zum US-amerikanischen MBCA <i>Lena Schmidt</i> | 197 |

Inhalt

| | |
|---|-----|
| Spezifische Regelungen der Bereitstellung von digitalen Inhalten im europäischen Recht? – Ein Beitrag zur europäischen Vertragstypenlehre | 235 |
| <i>Jun.-Prof. Dr. Frank Rosenkranz</i> | |
| Präzedenzfall versus Machterhalt – eine kritische Rekonstruktion der EuGH-Rechtsprechung zum gewöhnlichen Aufenthalt | 273 |
| <i>Dr. Bettina Rentsch</i> | |
| Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts | 303 |
| <i>Dr. Frederick Rieländer</i> | |
| Wohlerworbene Rechte im europäischen Kreditsicherungsrecht | 335 |
| <i>Felix Berner</i> | |
| Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und europäische Harmonisierung – unlösbare Friktion oder perspektivenreiche Zukunft? | 369 |
| <i>Michael Komuczky</i> | |
| Verfahrensautonomie der Mitgliedstaaten im Zivilverfahrensrecht – Grundsatz des Unionsrechts oder Phantom? | 407 |
| <i>Dr. Malte Kramme</i> | |

Überwindung von Inkohärenzen zwischen Unionsrecht und nationaler Rechtsordnung im Wege der Rechtsfortbildung

Dr. Hannes Wais, LL.M. (Cambridge), Universität Heidelberg

I. Einleitung

Rechtsfortbildung beginnt mit dem ersten Eindruck des Richters, dass an einer bestimmten Stelle das Gesetz anders lauten müsste, als dies der Wortlaut hergibt. Dieser erste Eindruck ist häufig auf einen (als solchen empfundenen) Wertungswiderspruch im Gesetz zurückzuführen. Der Wertungswiderspruch kann etwa darin zu sehen sein, dass das Gesetz ähnliche Sachverhalte auf höchst unterschiedliche Weise regelt, eine Regelung eine Rechtsfolge vorsieht, die wertungsmäßig nicht mit dem übereinstimmt, was in den übrigen Normen des Gesetzes zum Ausdruck kommt, oder eine solche Regelung ganz fehlt. Indes rechtfertigt dieser Befund allein nicht die Rechtsfortbildung. Es ist zwar diese Aufgabe und Befugnis zu einer solchen schöpferischen Rechtsfindung dem Richter – jedenfalls unter der Geltung des Grundgesetzes – im Grundsatz nie bestritten worden.¹ Als Teil der Judikative darf der Richter das Recht aber nicht schon allein deswegen anpassen, weil etwas nicht so ist, wie es nach eigener Ansicht sein müsste.

Hier kommt die Methode ins Spiel.² Sie entscheidet, ob der erste Eindruck, dass das Gesetz anders lauten müsste, sich bewahrheitet. Dabei ist oberstes Ziel und Errungenschaft der Methode, zu bestimmen, woraus sich ergibt, welchen Inhalts das Gesetz eigentlich sein müsste. Aus der Methode folgt also, ob die Annahme, dass etwas im Gesetz nicht so ist, wie es sein sollte, bloß ein erster Eindruck bleibt, oder das Recht tatsächlich fortzubilden ist. Dazu bedient sich die Methode solcher Kriterien, die den Richter vom Willkürvorwurf befreien sollen.³ Sind die methodischen Vor-

1 Grundlegend BVerfG NJW 1973, 1221 (1225).

2 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 190.

3 Dass der Methode dies nicht immer gelingt, ist nicht ihr Versäumnis, sondern liegt darin begründet, dass jedem Begriff gleichwohl ein bestimmter Deutungsspielraum innewohnt, den der Richter in seinem Sinne nutzt. Es handelt sich um ein Phäno-

aussetzungen gegeben, so diktiert meist die Methode das Ergebnis, lässt also dem Richter keine Wahl.⁴ Er darf dann vor der Rechtsfortbildung nicht zurückweichen.⁵

Die Frage, der in diesem Beitrag nachgegangen werden soll, betrifft nun die Methode der Rechtsfortbildung, wenn der Eindruck, dass das nationale Recht anders lauten müsste, daraus entsteht, dass im Verhältnis zum jüngeren Unionsrecht (genauer hier: das im Vordringen befindliche Verordnungsrecht⁶) ein Widerspruch vorliegt. Dabei gilt besonderes Augenmerk dem Gleichheitssatz, d.h. dem Gebot, Gleiches gleich zu behandeln und Ungleiches ungleich.⁷ Von der nationalen Methode wird, wie noch darzulegen sein wird,⁸ der Gleichheitssatz regelmäßig herangezogen, um zu ermitteln, wie der dem Gesetze zugrunde liegende Regelungsplan lautet. Der Gleichheitssatz entscheidet damit auch über die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung. Da der Gleichheitssatz ein rein normatives Kriterium ist, sichert er im nationalen Bezugsrahmen die Funktionsfähigkeit der Methode, wenn sich andere Hinweise auf den tatsächlichen Inhalt des Gesetzes – insbesondere aus den Gesetzesmaterialien – nicht auf tun.

Diese Methodenproblematik wird vorliegend zunächst anhand eines Beispiels verdeutlicht (dazu unten II.), darauf folgen einige Klarstellungen im Hinblick auf die zugrunde zu legende Methode (III. – IV). Sodann werden Funktion und Bedeutung des Gleichheitssatzes für die nationale Methode näher beleuchtet (V.) Anschließend wird untersucht, ob und inwieweit der Gleichheitssatz in der nationalen Methode auch im Verhältnis zum europäischen Verordnungsrecht Geltung beansprucht (VI. – VII.). Der Beitrag schließt mit einer Würdigung der gefundenen Ergebnisse und einem Ausblick auf mögliche Lösungsansätze (VIII. – IX).

Es wird dabei festgestellt werden, dass der Gleichheitssatz, der ein wesentlicher Eckpfeiler der nationalen Methode der Rechtsfortbildung ist, im

men, das dem Recht als solchen innewohnt; entscheidend ist, wo man die Grenzen eigener Deutung zieht; vgl. auch *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 9.

4 Wenn man eine Regelung analog anwenden kann, dann korrespondiert damit auch ein entsprechendes Müssen.

5 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 188 (eine Ausnahme soll allerdings bei der sog. gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung zu machen sein).

6 *Riesenhuber*, GPR 2016, 158.

7 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 195; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre (Fn. 3), S. 53; *Wiedemann*, NJW 2014, 2407, 2411.

8 Siehe unten, V.1.

Verhältnis zum europäischen Verordnungsrecht keine Geltung beansprucht. Seine Beachtung wird insoweit, d.h. im Verhältnis zum europäischen Verordnungsrecht, vom Unionsrecht nicht verlangt und vom nationalen Recht nicht erlaubt. Das hat erhebliche Auswirkungen auf die nationale Rechtsfortbildung im unionsrechtlichen Bezugsrahmen. Allein bestehende Ungleichheit oder Inkohärenz zwischen den Rechtsordnungen kann hier keine Rechtsfortbildung rechtfertigen, mag auch das nationale Recht zu einer Zeit erlassen worden sein, zu der das Unionsrecht noch in weiter Ferne lag.

II. Beispiel

1. Vorbemerkung

Das folgende Beispiel dient zur Veranschaulichung und Verdeutlichung der Methodenproblematik, insbesondere ihrer praktischen Relevanz. Dem Beispiel folgt außerdem eine ergebnisbezogene Zusammenfassung.

2. Der Mehrparteiengerichtsstand nach Art. 8 Nr. 1 EuGVO und das nationale Recht

Angenommen, F verbringt seinen Sommerurlaub in Griechenland. Er wird dort Opfer eines Betruges. An dem Betrug sind der in Deutschland ansässige D, der in Griechenland ansässige G und der in der Türkei ansässige T beteiligt. Möchte F nun gerichtlich gegen die Schädiger vorgehen, hat er ein Interesse daran, möglichst alle drei Schädiger gemeinsam zu verklagen. Ein gemeinsamer Prozess erspart dem Kläger Kosten und beugt der Gefahr vor, dass einander widersprechende Entscheidungen gegen D, G und T ergehen. Diesem Interesse trägt Art. 8 Nr. 1 EuGVO Rechnung. Nach Maßgabe des Art. 8 Nr. 1 EuGVO⁹ kann F mehrere Beklagte zusammen vor ein und demselben Gericht verklagen, wenn dieses Gericht zu-

⁹ Art. 8 Nr. 1 EuGVO lautet: Eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, kann auch verklagt werden: 1. wenn mehrere Personen zusammen verklagt werden, vor dem Gericht des Ortes, an dem einer der Beklagten seinen Wohnsitz hat, sofern zwischen den Klagen eine so enge Beziehung gegeben ist, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu

gleich für einen der Beklagten auch als Wohnsitzgericht zuständig ist.¹⁰ Allerdings findet Art. 8 Nr. 1 EuGVO seinem ausdrücklichen Wortlaut nach nur auf solche Beklagte Anwendung, die ihren Wohnsitz jeweils in einem Mitgliedstaat haben. Das bedeutet, dass F vorliegend den D in Deutschland an dessen Wohnsitz verklagen könnte und dieses Gericht zugleich auch für die Klage gegen den in Griechenland ansässigen G zuständig ist. Nicht anwendbar ist Art. 8 Nr. 1 EuGVO hingegen auf den T, denn dessen Wohnsitz liegt in einem Drittstaat.

Die Zuständigkeit für die Klage gegen T muss ein deutsches Gericht daher nach Maßgabe der nationalen Regelungen über die internationale Zuständigkeit bestimmen. Indes kennt die ZPO keinen Art. 8 Nr. 1 EuGVO entsprechenden Mehrparteiengerichtsstand. Die ZPO enthält nur ganz vereinzelt ausdrückliche Regelungen über die internationale Zuständigkeit.¹¹ Überwiegend werden die Regelungen über die örtliche Zuständigkeit angewendet. Diese sind nach h.M. doppelfunktional: ist ein deutsches Gericht örtlich zuständig, so soll auch die internationale Zuständigkeit gegeben sein.¹² Einen Mehrparteiengerichtsstand, der dem Kläger das Recht einräumt, jeweils am Wohnsitzgerichtsstand eines Streitgenossen seiner Wahl auch die übrigen Streitgenossen zu verklagen, kennt indes das nationale Recht nicht.

Entfernt vergleichbar ist § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO, wobei allerdings diese Regelung dem nächsthöheren Gericht die Bestimmung des zuständigen Gerichts überlässt. Abgesehen davon kann aber nach höchstrichterlicher Rechtsprechung § 36 Abs. 1 Nr. 3 ZPO die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte gar nicht begründen. Diese Vorschrift regelt allein die örtliche Zuständigkeit, und setzt damit voraus, dass deutsche Gerichte für die Beklagten bereits international zuständig sind.¹³ Das Fehlen einer mit Art. 8 Nr. 1 EuGVO vergleichbaren Regelung im nationalen Recht führt dazu, dass trotz des insoweit einheitlichen und zusammengehörigen Sachverhalts das Gericht am Wohnsitz des D nur für die Klage gegen D und den in Griechenland ansässigen G zuständig ist, nicht aber für die Klage

vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten.

10 Zum Erfordernis der Konnexität zwischen den Klagen ausführlich *Leible*, in: Rauscher, EuZPR, 4. Aufl. 2016, Art. 8 Rn. 10 ff.

11 §§ 98 bis 106 FamFG.

12 *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Aufl. 2014, S. 266.

13 BGH NJW 1980, 2646.

gegen T. Diesen müsste F wohl in Griechenland oder in der Türkei verklagen.¹⁴

3. Zusammenfassung

Streitgenossen aus verschiedenen Mitgliedstaaten können nach Maßgabe von Art. 8 Nr. 1 EuGVO gemeinsam vor ein und demselben Gericht in Deutschland verklagt werden, wenn einer der Beklagten im Sprengel dieses Gerichts seinen Wohnsitz hat; sind unter Beklagten dagegen auch Streitgenossen mit Wohnsitz in Drittstaaten, so muss sich ein deutsches Gericht im Hinblick auf diese Beklagten für unzuständig erklären, weil das nationale Zuständigkeitsrecht nicht auf Art. 8 Nr. 1 EuGVO abgestimmt ist. Das kann man einmal unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung näher beleuchten, einmal unter dem Gesichtspunkt der Kohärenz, wenn damit ein einheitlicher zuständigkeitsrechtlicher Sachverhalt auseinandergezerrt wird.

III. Vorrang des Unionsrechts und seiner Methode

Bei der methodischen Analyse der Rechtsfortbildungsproblematik ist, ebenso wie bei der unmittelbaren Rechtsanwendung, der Vorrang des Unionsrechts zu beachten. Dabei werden in Grenzbereichen der geteilten Zuständigkeit nach Art. 4 Abs. 1, 2 AEUV die Kompetenzgrenzen des nationalen Gesetzgebers und damit auch die Reichweite der nationalen Methode durch die unionsrechtliche Methode konkretisiert.

1. Maßgeblichkeit der unionsrechtlichen Kompetenzverteilung

Aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts¹⁵ folgt, dass Rechtsfortbildung auf der Ebene der nationalen Rechtsordnung nur stattfinden kann, wenn der zu regelnde Sachverhalt nicht in die Regelungszuständigkeit des

14 Die Zuständigkeit dieser Gerichte bestimmt sich insoweit jeweils nach nationalem Recht.

15 EuGH v. 9.3.1978, Rs 106/77 (Simmenthal); EuGH v. 19.6.1990, Rs C-213/89 Rn. 18 (Factortame).

Unionsgesetzgebers fällt. Denn bei der Rechtsfortbildung wird der Sache nach dem Gesetzgeber vorgegriffen;¹⁶ Aufgabe der Methode ist es, die Rechtsfortbildung rechtsstaatlich abzusichern.¹⁷ Was danach zulässig ist und was nicht, entscheidet die betroffene Rechtsordnung selbst. Maßgeblich ist dabei insbesondere, wie die Grenzen zwischen Legislative und Judikative jeweils gezogen sind.¹⁸ Es kommt daher auf das Recht an, in dessen Anwendungsbereich der zu regelnde Sachverhalt fällt. Da der nationale Richter, der das Recht fortzubilden sucht, keine weiterreichenden Befugnisse als der nationale Gesetzgeber hat,¹⁹ sind damit die im AEUV verankerten Kompetenzgrenzen auch bei der Rechtsfortbildung maßgeblich.²⁰ An der Schnittstelle zwischen Unionsrecht und nationaler Rechtsordnung ist daher eine Kompetenzzuordnung des zu regelnden Sachverhaltes vorzunehmen, die eine Abgrenzung der Kompetenzbereiche erfordert.

2. Ausschließliche Zuständigkeiten der Union

Im Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit nach Art. 3 AEUV erfolgt diese Abgrenzung der Kompetenzbereiche nach dem Gesetz. Geht es um einen Sachverhalt, der in diese Kompetenz fällt, bestimmen sich die Voraussetzungen einer darauf bezogenen Rechtsfortbildung nach unionsrechtlicher Methode.²¹ Der EuGH unterscheidet zwar seinerseits nicht zwischen Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung, sondern spricht nur all-

16 BVerwG NVwZ 2005, 964, 966, sowie BVerwG BeckRS 2008, 34007.

17 Vgl. etwa für das nationale Recht *Hassemer*, ZRP 2007, 213, 215; *Gaier*, in: *Lo-binger/Piekenbrock/Stoffels*, Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik, S. 85, 96; für das Unionsrecht vgl. *Buerstedde*, Juristische Methodik des Europäischen Gemeinschaftsrechts (Diss. 2005), S. 7.

18 Vgl. *Riesenhuber*, GPR 2016, 158, 159.

19 Vgl. *Neuner*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, S. 375, 385.

20 *W. H. Roth*, *RabelsZ* 75 (2011), 787, 834.

21 Dazu ausführlich *Neuner*, in: *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre (Fn. 19), S. 373 ff.; vgl. aber auch die Einwände von *Zoll*, GPR 2013, 317, 318.

gemein von *interprétation*.²² Es ist aber anerkannt, dass diese *interprétation* auch Rechtsfortbildung meint.²³

Dass freilich deren begriffliche und tatsächliche Voraussetzungen nicht ohne weiteres jenen gleichgesetzt werden können, die die nationale Methode diktiert, zeigt der Beschluss des EuGH in der Rs. *Germanwings*:²⁴ Das vorliegende deutsche Gericht sah in einer bestimmten Auslegung der Fluggastrechteverordnung durch den EuGH in der Rs. *Sturgeon*²⁵ einen möglichen Verstoß gegen den Grundsatz der Gewaltenteilung, da der ausdrückliche Wortlaut der Verordnung gegen eine solche Auslegung sprach (es ging dort um die Frage, ob nach Maßgabe der Fluggastrechteverordnung Ausgleichsansprüche des Fluggastes nur bei Flugausfällen oder auch bei Verspätungen bestehen).²⁶ Der EuGH verwarf diese Bedenken. Die Auslegung sei zulässig, sie gehe auf eine „Analyse des Kontexts [...] sowie des [...] verfolgten Ziels unter gleichzeitiger Berücksichtigung des allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatzes der Gleichbehandlung“ zurück.²⁷ Auf eine mögliche Wortlautgrenze wie auch ein etwaiges Erfordernis einer Regelungslücke ging der EuGH nicht ein.

Ungeachtet des konkreten, auch durch unionsrechtliche Besonderheiten geformten Inhalts²⁸ der unionsrechtlichen Methode gilt indes für die vorliegende Problematik, dass hier allein maßgeblich ist, ob der zu regelnde Sachverhalt in die ausschließliche Unionskompetenz fällt. Er wäre dann der Regelungskompetenz des nationalen Gesetzgebers und damit auch nationaler Methode entzogen.

22 Das wird darauf zurückgeführt, dass sich der Gerichtshof diesbezüglich stark an der französischen Methodenlehre orientiert, die diese Unterscheidung ebenfalls nicht vornimmt, vgl. BGH NJW 2009, 427 (428); *Neuner*, in: Riesenhuber, Methodenlehre (Fn. 19), S. 373, 375; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts (2013), S. 503.

23 *Neuner*, in: Riesenhuber, Methodenlehre (Fn. 19), S. 373, 375.

24 EuGH v. 18.4.2013, C-413/11 (*Germanwings*).

25 EuGH v. 19. 11. 2009, C-402, 432/07 (*Sturgeon*).

26 LG Köln BeckRS 2011, 27370, Rn. 14, 30.

27 EuGH v. 18.4.2013, C-413/11, Rn. 20 ff. (*Germanwings*).

28 *Zoll*, GPR 2013, 317, 318; vgl. auch *Stürner*, AcP 214 (2014), 7, 23.

3. Geteilte Zuständigkeiten

Anders verhält es sich, wenn der Sachverhalt in den Bereich der geteilten Zuständigkeit nach Art. 4 AEUV fällt. Hier verdrängt die Unionskompetenz die Kompetenz des nationalen Gesetzgebers nur, soweit der Unionsgesetzgeber von seiner Kompetenz auch tatsächlich Gebrauch gemacht hat, andernfalls liegt gem. Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV die Kompetenz bei den Mitgliedstaaten.²⁹ Das bedeutet aber nicht, dass aus der Warte des Unionsrechts nationale Rechtsfortbildung bereits dann zulässig ist, wenn sich für einen Sachverhalt, der in den Bereich der geteilten Kompetenz fällt, im Unionsrecht keine Regelung findet. Entscheidend ist, ob die Auslegung ergibt, dass der Unionsgesetzgeber, wengleich nicht ausdrücklich, auch im Hinblick auf den nicht geregelten Sachverhalt von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat.³⁰ Liegen insoweit die Voraussetzungen der Rechtsfortbildung auf der Ebene des Unionsrechts vor, ist der fragliche Sachverhalt dem Unionsrecht zugeschlagen. Wird der betreffende Sachverhalt dagegen in keiner Weise vom Unionsrecht geregelt, fällt er den nationalen Rechtsordnungen zu.

4. Anwendung dieser Grundsätze

Diese Grundsätze sind auch bei der Analyse des Beispiels des Mehrparteiengerichtsstands nach Art. 8 Nr. 1 EuGVO zu berücksichtigen. Bevor es um die Frage geht, ob Inkohärenzen aus dem Wirken von Unionsrecht und nationaler Rechtsordnung durch Rechtsfortbildung auf der Ebene der nationalen Rechtsordnung aufzuheben sein könnten, muss diesbezüglich das Unionsrecht untersucht werden. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass der Sachverhalt keinem ausschließlichen Kompetenzbereich der Europäischen Union zugewiesen ist. Vielmehr fällt das europäische Zivilverfahrensrecht in den Bereich der geteilten Zuständigkeit nach Art. 2 Abs. 2 und Art. 4 AEUV, wobei die Kompetenzzuweisung an die EU aus Art. 67 Abs. 4, 81 Abs. 2 lit. a, c und e AEUV folgt.

Aus dem Vorrang des Unionsrechts folgt, dass kein Raum für die Fortbildung des nationalen Rechts bestünde, wenn der Mehrparteiengerichts-

²⁹ *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 4 Rn. 1.

³⁰ Vgl. auch das Protokoll über die Ausübung der geteilten Zuständigkeit vom 13. Dezember 2007, ABl. Nr. C 306, S. 156.

stand des Art. 8 Nr. 1 EuGVO selbst derart fortzubilden wäre, dass er auch auf drittstaatliche Beklagte Anwendung finden würde. Ebenso wenig bestünde Raum für die Fortbildung, wenn aus der EuGVO selbst folgte, dass Streitgenossen aus Drittstaaten nicht nur nicht nach Art. 8 Nr. 1 EuGVO am Wohnsitz eines Streitgenossen verklagt werden *können*, sondern dort generell nicht verklagt werden *dürfen*.³¹ Nur wenn die EuGVO die Zuständigkeit im Hinblick auf den drittstaatlichen Streitgenossen generell nicht regelt und dies auch nicht bezweckt, kann nach Maßgabe der geteilten Gesetzgebungszuständigkeiten nach Art. 4 und Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV der Sachverhalt durch nationales Recht geregelt werden.

Dies ist vorliegend zu bejahen, denn wie der EuGH festgestellt hat, findet die EuGVO ausweislich ihres Wortlauts und ihrer Konzeption auf drittstaatliche Beklagte nur in einigen speziell genannten Ausnahmefällen Anwendung, die aber hier nicht einschlägig sind.³² Art. 6 Abs. 1 EuGVO statuiert ausdrücklich: „Hat der Beklagte keinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats, so bestimmt sich [vorbehaltlich besonderer Regelungen]³³ die Zuständigkeit der Gerichte eines jeden Mitgliedstaats nach dessen eigenem Recht.“ Damit zeigt sich, dass die Regelung dieser Drittstaatsverhalte nicht vom Unionsrecht beansprucht wird.³⁴ Für den Beispielsfall gilt daher, dass eine Fortbildung des nationalen Rechts zur Überwindung der bestehenden Inkohärenzen zum Unionsrecht nicht gegen die unionsrechtliche Kompetenzverteilung verstieße.

IV. Die zugrundeliegende maßgebliche Methode im nationalen Recht

Diese Untersuchung baut auf der maßgeblich von *Larenz* und *Canaris* entwickelten Methodenlehre auf. Danach setzt die (gesetzesimmanente) Rechtsfortbildung grundsätzlich eine Lücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes voraus, wobei der Maßstab für die Unvollständigkeit der Regelungsplan des Gesetzgebers ist.³⁵ Diese Methodenleh-

31 In der nationalen Methodenlehre spräche man insoweit von einem beredeten Schweigen; vgl. *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 191.

32 EuGH v. 11.4.2013, Rs. C 645/11 (Sapir).

33 Einfügung durch Verf.

34 *Wais*, LMK 2013, 347220.

35 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 191 ff.

re wird von den Gerichten und insbesondere vom BGH regelmäßig herangezogen.³⁶

1. *Regelungsplan und Lücke*

Der dem Gesetz zugrundeliegende Regulationsplan muss durch Auslegung ermittelt werden und ergibt sich somit auch aus dem Gesetz selbst.³⁷ Umgekehrt wird aber das Gesetz ebenso durch den Regulationsplan konkretisiert, sodass eine Wechselbeziehung zwischen Regulationsplan und Gesetzesinhalt besteht. Der Begriff des Regulationsplans ist dabei allerdings bisweilen irreführend. Das liegt vor allem daran, dass der Regulationsplan mit dem ursprünglichen Willen des historischen Gesetzgebers nicht übereinstimmen muss, sich vielmehr davon unterscheiden kann.³⁸ Ist die konkrete Ausgestaltung des Regulationsplans auf keinen konkreten Gesetzgeber zurückzuführen, ist der Regulationsplan auch von niemandem tatsächlich „geplant“.³⁹ Zu der tatsächlichen Objektivität dieses Begriffs passt daher dessen subjektive Konnotation nicht. Im unionsrechtlichen Bezugsrahmen kommt noch hinzu, dass der Inhalt des nationalen Rechts mittelbar auch durch die Normsetzung eines weiteren Gesetzgebers mit eigenen Regulationsabsichten beeinflusst wird.⁴⁰ Gleichwohl ist dies kein Grund, am Begriff des Regulationsplans nicht mehr festzuhalten. Dieser Begriff hat sich in der nationalen Methodenlehre eingebürgert und zugleich ändert sich nichts an seiner Funktion.⁴¹ Der Regulationsplan ist gewissermaßen die „DNA“ des Gesetzes, die seine konkrete Ausgestaltung vorgibt. Infolge der unionsrechtlichen Überlagerung kommen nun lediglich weitere externe Faktoren hinzu, die bei dieser Inhaltsbestimmung zu berücksichtigen sind.

36 Vgl. nur aus neuerer Zeit BGH NJW 2009, 427 (429); NJW 2010, 2585 (2588); NJW 2012, 1073 (1076); NJW 2014, 3779 (3780).

37 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 194.

38 Zur Rolle der subjektiven Gesetzesauslegung nach dem Willen des historischen Gesetzgebers sogleich unter IV. 2.

39 Vgl. sogleich IV.2.

40 Vgl. dazu *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, S. 221.

41 Anders *Herresthal*, Rechtsfortbildung (Fn. 40), S. 221, der aufgrund der subjektiven Konnotation des Begriffs Regulationsplan diesen im unionsrechtlichen Bezugsrahmen ablehnt.

Der Regelungsplan bestimmt nun auch darüber, ob eine bestimmte Regelungssituation, also die wortlautgetreue Anwendung des bestehenden Rechts auf einen Sachverhalt und das sich daraus ergebende Ergebnis, sich als Planwidrigkeit des Gesetzes herausstellt.⁴² In diesem Zusammenhang wird von einer Lücke gesprochen. Indes kann ein Gesetz einen planwidrigen Inhalt aufweisen, ohne dass sich das Fehlerhafte im Gesetz als Lücke im eigentlichen Wortsinn erweist. Lücken kann man ausfüllen; wenn aber ein Sachverhalt durch eine Vorschrift geregelt wird, die ihrerseits planwidrig ist, besteht im wörtlichen Sinne schon kein Raum zum Ausfüllen. Es ließe sich nur dann von einer Lücke sprechen, wenn man annähme, dass die Regelung nicht die erforderliche Regelungstiefe aufweist, den Rahmen also nicht *voll* ausfüllt. Wenn schließlich die Regelung über das Regelungsniveau hinausgeht, spricht man von „verdeckten Regelungslücken“, aber auch das ist in der Sache nicht zutreffend.⁴³ Es ginge wohl nichts verloren, wenn man schlicht von der Planwidrigkeit der Regelung spräche, solange man nur den Regelungsplan als Gesamtmaßstab zur Bestimmung des tatsächlichen Gesetzesinhalts versteht.

Problematisch ist freilich an den verwendeten Begrifflichkeiten und der vermeintlichen Aufspaltung der Rechtsfortbildung in Lückenfeststellung und Lückenschließung, dass sie verbergen, worum es in der Sache geht: Auch Rechtsfortbildung ist in der Sache ebenso eine Form der „Gesetzesinterpretation“, die zum Ziel hat, den wahren Inhalt des Gesetzes zu ermitteln.⁴⁴ Anders als bei der Auslegung im klassischen Sinne sieht sich eine solche Inhaltsbestimmung, wenn es um Rechtsfortbildung geht, freilich mit dem Problem konfrontiert, dass der wahre Inhalt nicht im Wortlaut einer konkreten Gesetzesnorm angelegt ist. Der Richter muss das Gesetz also umformulieren, wenn sein wahrer Inhalt im Wortlaut zum Ausdruck kommen soll. Aber auch wenn der Richter den Inhalt des Gesetzes jenseits seines Wortlauts aufzudecken versucht, legt er das Recht aus, um den Regelungsplan und damit seinen wahren Inhalt zu bestimmen.⁴⁵ Dieser Regelungsplan des Gesetzes deckt dann die Regelungslücke auf und gibt zugleich vor, wie sie zu schließen ist.⁴⁶ Führt man sich dies vor Augen, so

42 In diese Richtung auch *Wiedemann*, NJW 2014, 2407, 2411: „Maßgeblich ist nicht die Art der Lücke, vielmehr die Absicht des Gesetzgebers.“

43 *Wiedemann*, NJW 2014, 2407, 2411.

44 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 187.

45 Vgl. auch *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 194.

46 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 220.

erscheinen auch die Unterschiede zur unionsrechtlichen Methode, die – jedenfalls in ihrer Ausgestaltung durch den EuGH – nicht zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung differenziert, weniger gravierend.⁴⁷

2. *Regelungsplan und Wille des historischen Gesetzgebers*

Der Wille des historischen Gesetzgebers ist bei der Bestimmung des aktuellen hinter dem Gesetz stehenden Regelungsplans nicht unbeachtlich, aber das letzte Wort hat nicht zwingend der historische Gesetzgeber.⁴⁸ Der Inhalt des Rechts ist nicht starr, Gesetze sind in ihrem aktuellen Kontext auszulegen, auch mit Rücksicht auf sich wandelnde sozialen Verhältnisse und gesellschaftlich-politische Anschauungen.⁴⁹ Gesellschaftlicher Umschwung wirkt sich auf den Inhalt des Rechts aus, auch solche Veränderungen, die das Normgefüge betreffen und die Systematik des Gesetzes modifizieren. Deswegen ist auch ein etwaiger Funktionswandel zu berücksichtigen.⁵⁰ Verändert sich eine Gesetzesvariable, kann es sein, dass die ursprüngliche Rechtsfolge sich nicht mehr auf die ursprünglich konzipierte Weise bewirken lässt oder die Rechtsfolge selbst nicht mehr den ursprünglichen Zweck erreicht. Das führt zu einer Wandelbarkeit des Gesetzesinhalts und des Regelungsplans.⁵¹

Um aber zu bestimmen, inwieweit sich Veränderungen außerhalb des Rechts oder im Normgefüge auf seinen Inhalt auswirken, muss man das Recht vor dem Hintergrund dessen betrachten, was das Recht ursprünglich bezweckte.⁵² Das Neue ist im Verhältnis zum Ursprünglichen zu bestimmen; eine rechtspolitische Verfehlung wird damit nicht unweigerlich zur

47 Vgl. dazu oben, III.2. Auch die in der nationalen Methode proklamierte *contra legem*-Grenze gilt nicht unumstößlich, wie die Existenz der „gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung“ belegt; dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 245 ff.; aus jüngerer Zeit *Wiedemann*, NJW 2014, 2407, 241.

48 *Herresthal*, Rechtsfortbildung (Fn. 40), S. 319; *Zippelius*, Methodenlehre (Fn. 3), S. 21 ff.; dagegen *Maunz/Dürig/Hillgruber*, GG, 70. Ergänzungslieferung 2013, Art. 97 Rn. 57.

49 BVerfG NJW 1973, 1221 (1225).

50 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 1991, S. 587.

51 Vgl. etwa die Beispiele bei *Reimer*, Juristische Methodenlehre, S. 255; sowie *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 201.

52 Ähnlich *Baldus/Raff*, in: *Gebauer/Teichmann*, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht, § 3 Rn. 222 f.

Planwidrigkeit, sondern kann durchaus als dem Regelungsplan entsprechend zu akzeptieren sein. Darin zeigt sich die Relevanz des historischen Gesetzgebers. Eine solche Methode zeigt freilich der Rechtsfortbildung Grenzen auf. Denn „alles ist möglich“ ist damit gerade nicht möglich. Damit muss mitunter auch die „beste Lösung“ ausscheiden. Was das Beste ist, juristisch üblicher: das Angemessenste, hängt in erheblichem Maße vom persönlichen Dafürhalten ab. Ein solcher Entscheidungsspielraum steht allgemein der Legislative zu, nicht aber der Judikative. So betont auch das BVerfG: „Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt.“⁵³ Hier ist es die Aufgabe der Methode, eine Grenze zu ziehen.⁵⁴

3. Regelungsplan und unionsrechtliche Überlagerung

Im Zuge der grundlegenden Veränderungen im Normgefüge durch die unionsrechtliche Überlagerung ist auch das Vertrauen in die Planmäßigkeit des nationalen Rechts erschüttert. Denn es kann als gesichert gelten, dass die Überlagerung und Durchdringung des nationalen Rechts durch das Unionsrecht und das Ausstrahlen unionsrechtlicher Prinzipien am nationalen Recht nicht spurlos vorübergeht, das nationale Recht sich an mancher Stelle verändert haben muss.⁵⁵ Zugleich ist aber unbekannt, wie das Gesetz formuliert gewesen wäre, wenn der historische Gesetzgeber um die Existenz der anderslautenden unionrechtlichen Regelungen gewusst hätte. Schwierigkeiten bereitet es daher, die *konkreten* Stellen im Gesetz, an denen es zu Inhaltsänderungen gekommen ist, zu identifizieren. Dabei ist ein zentrales Problem bei der Bestimmung des aktuellen Regelungsplans die mangelnde oder begrenzte Verfügbarkeit von Hinweisen, die den Ausgangspunkt der Auslegung in die eine oder die andere Richtung bilden können. Bei Inkohärenzen, die zum Zeitpunkt des Gesetzeserlasses schon bestanden haben, kann man noch darauf hoffen, in den Gesetzesmaterialien Hinweise darauf zu finden, was der Gesetzgeber wollte, gerade im Hinblick auf ein mögliches Hinzutreten von solchen Inkohärenzen. Dieser

53 BVerfGE 82, 6 (12); BVerfGE 8, 10 (14).

54 Larenz/Canaris, Methodenlehre (Fn. 2), S. 190; besorgt dagegen Rütters, JZ 2006, 53 ff.

55 Vgl. auch Herresthal, Rechtsfortbildung (Fn. 40), S. 232.

Wille des historischen Gesetzgebers wäre bei der objektiven Bestimmung des aktuellen Regelungsplans als Ausgangspunkt selbstverständlich zu berücksichtigen. Wenn es dagegen um die Frage geht, wie nach ursprünglicher Konzeption das Verhältnis des betreffenden Gesetzes zum damals noch gar nicht existenten Unionsrecht einzustufen gewesen wäre, wird man in den Gesetzesmaterialien kaum fündig werden. Besser stehen dagegen die Aussichten, wenn das fragliche nationale Gesetz selbst reformiert oder aktualisiert worden ist, nachdem es bereits zu der unionsrechtlichen Überlagerung gekommen ist oder diese jedenfalls bevorstand. Aber auch damit ist nicht gesagt, dass der Gesetzgeber in den Materialien auch tatsächlich Stellung bezogen hat. Fehlt eine – auch abstrakte – Stellungnahme, kann daraus auch nicht geschlossen werden, dass der gesetzgeberische Wille alle Implikationen unionsrechtlicher Überlagerung erfasste. Ohne das Hinzutreten weiterer Umstände ist auch dem Schweigen des Gesetzgebers kein Erklärungswert beizumessen.

V. Der Gleichheitssatz in der nationalen Methode

1. Der Gleichheitssatz als Grundlage der Ermittlung des Regelungsplans

Eine zentrale Rolle für die Bestimmung des Regelungsplans spielt in der nationalen Methode der Gleichheitssatz. Wenn formal betrachtet das Recht nur für einen Sachverhalt eine Regelung bereithält, für den anderen vergleichbaren Sachverhalt dagegen nicht, kann dieser Umstand für die Planwidrigkeit des Gesetzes sprechen, soweit die fehlende Regelung betroffen ist. So setzt nach der Rspr. des BGH die Rechtsfortbildung durch Analogie voraus, „dass das Gesetz eine Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen.“⁵⁶

Anders als man aus dieser Formulierung schließen könnte, kommt allerdings der Gleichheitssatz nicht erst zum Tragen, wenn es um die Beseiti-

56 BGH NJW 2007, 992 (993).

gung der Planwidrigkeit des Gesetzes geht, sondern bereits bei deren Feststellung.⁵⁷ Sowohl diese Funktion als auch die grundlegende Bedeutung des Gleichheitssatzes lassen sich an dem folgenden Beispiel verdeutlichen: Das BGB kennt keine Erfüllungshaftung des Boten ohne Botenmacht, wohl aber eine solche des *falsus procurator* (§ 179 BGB). Wenn aber der Gesetzgeber eine solche Regelung geschaffen hat, muss er das – so folgert die h.M. – angesichts der Vergleichbarkeit der Interessenlagen auch für den Boten gewollt haben.⁵⁸ Die Bestimmung des gesetzgeberischen Regelungsplans ist hier vor allem auf den Gleichheitssatz gestützt.⁵⁹ Er ist das tragende Element der rechtsfortbildenden Analogie. Dabei handelt es sich in der Regel um ein rein normatives Kriterium, denn regelmäßig gibt es keinen Beleg dafür, dass der Gesetzgeber auch tatsächlich zwei vergleichbare Sachverhalte in gleicher Weise regeln wollte. Ferner ist auch die Rechtsprechung des BVerfG ausreichender Beleg dafür, dass der Gesetzgeber mitunter nicht einmal den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der nur die wesentliche Ungleichbehandlung verbietet,⁶⁰ beachtet.⁶¹ An diesem Beispiel lässt sich ferner die Bedeutung der historischen Auslegung veranschaulichen. Ließe sich aus den Gesetzesmaterialien folgern, dass der historische Gesetzgeber eine Haftung des Boten ohne Botenmacht gerade ausschließen wollte, so müsste die objektive Auslegung, die die Ermittlung des wahren Gesetzesinhalts zum Ziel hat, stets im Lichte dieser Regelungsabsicht erfolgen. Allein die mögliche Unangemessenheit einer solchen Regelung ließe hier den Schluss auf die Planwidrigkeit des Gesetzes auch in heutiger Sicht noch nicht zu. Es müssten daher zusätzlich Veränderungen etwa innerhalb des Normengefüges oder auf gesellschaftlicher oder rechtspolitischer Ebene die Fortgeltung dieses Gesetzeszwecks in Frage stellen. Diese Hürden sind ungleich höher als bei An-

57 Vgl. auch Zippelius, Juristische Methodenlehre (Fn. 3), S. 53.

58 OLG Oldenburg NJW 1978, 951; Medicus/Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, § 59 Rdn. 997; MüKo/Schubert, BGB, 7. Aufl. 2015, § 177 Rn. 7; Jauernig/Mansel, BGB, 16. Aufl. 2015, § 177 Rn. 9.

59 Vgl. dazu auch die Begründung einer analogen Anwendung von § 166 BGB im Verhältnis von Besitztter und Besitztziener mit dem Gleichheitssatz, ohne Bezugnahme auf Gesetzesmaterialien, in BGH NJW 1960, 860 (861); sowie zur „entsprechenden“ Anwendung des § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG auf GmbH-Satzungen, BGH NJW 2000, 2819 (2820).

60 Dazu sogleich unter V.

61 Exemplarisch BVerfG NJW 2012, 1711; BVerfG NJW 2010, 1439; BVerfG NVwZ 2011, 1316.

wendung des Gleichheitssatzes in Fällen eines (vermuteten) Regelungs-
versehens des historischen Gesetzgebers, das insbesondere beim Fehlen
einer ausdrücklichen Regelung bisweilen ohne weiteres angenommen
wird.

Die Bestimmung des Regelungsplans nach Maßgabe des Gleichheits-
satzes hat gleich mehrere Vorzüge. Sie bewirkt zunächst eine gesteigerte
Gleichheit im Recht als Folge der Rechtsfortbildung. Das führt zu mehr
Gerechtigkeit, fördert außerdem die Vorhersehbarkeit des Rechts und trägt
zu seiner gesteigerten Akzeptanz bei. Der Gleichheitssatz kann außerdem
dazu beitragen, die Aktualisierung des Rechts außerhalb des gesetzgeberi-
schen Fokus voranzutreiben. So liegt es dann, wenn Teilbereiche des be-
stehenden Rechts erneuert werden und sich in der Folge das Recht in an-
deren Bereichen als planwidrig erweist. Hier kann die gleichheitssatzge-
stützte Rechtsfortbildung zu Übertragung und Integration der neuen Rege-
lungsideen in andere Teilbereiche des Rechts führen.

Die Rechtsfortbildung auf der Grundlage des Gleichheitssatzes ist au-
ßerdem häufig zweckmäßig. Denn soweit Sachverhalte vergleichbar sind,
ist auch die Anwendung einer zur Erfüllung des Regelungszwecks geeig-
neten Regelung auf den nicht geregelten Sachverhalt ebenso zweckmäßig.
Auch dadurch wird die Akzeptanz des Rechts gesteigert. Diese Zweckmä-
ßigkeit des Ergebnisses ließe sich auch beobachten, wenn im obigen Bei-
spiel zu Art. 8 Nr. 1 EuGVO das nationale Recht dergestalt fortgebildet
würde, dass es auch für drittstaatliche Beklagte einen Streitgenossen-
schaftszuständigkeit bereithielte. Über die Klage könnte von einem einzi-
gen Gericht entschieden werden und es bestünde keine ernstzunehmende
Gefahr, dass die Entscheidungen im Hinblick auf die einzelnen Beklagten
sich widersprechen. Es ginge gleichwohl zu weit, die Angemessenheit die-
ses Ergebnisses allein aus der Gleichheit abzuleiten, vielmehr wird oft die
Frage der Zweckmäßigkeit bereits bei der Beurteilung der Gleichheit der
Sachverhalte berücksichtigt werden. Denn ob die Sachverhalte vergleich-
bar sind, hängt auch davon ab, ob die Rechtsfolge im Hinblick auf den
verfolgten Regelungszweck ebenso angemessen erscheint.⁶²

Ein weiterer Vorteil der gleichheitssatzgestützten Bestimmung des Re-
gelungsplans ist die Objektivität des Gleichheitskriteriums. Zwar verlangt
auch die Beurteilung der Vergleichbarkeit zweier Sachverhalte die Vornah-
me einer Wertung, aber gegenüber einer reinen Angemessenheitsprüfung

62 In diese Richtung auch *Zippelius*, Juristische Methodenlehre (Fn. 3), S. 62.

erfordert die Ermittlung der Gleichheit der Sachverhalte eine strukturierte Prüfung, die die Möglichkeit einer allein auf dem persönlichen Dafürhalten des Richters beruhenden Entscheidung deutlich einschränkt.⁶³

2. Folgerichtigkeit (Kohärenz) als abgeleitete Gleichheit

Um Aspekte der Gleichheit geht es auch, wenn dem Recht fehlende Kohärenz zu attestieren ist. Kohärenz meint dabei die Folgerichtigkeit des Gesetzes. Die Ungleichbehandlung zeigt sich hier erst auf höherer Abstraktionsebene, wenn etwa unterschiedliche Teilaspekte eines Sachverhalts nicht wertungseinheitlich im Hinblick auf die zugrundeliegende gleiche Interessenlage geregelt werden. So läge es beispielsweise, wenn in einem Bereich, in dem typischerweise ein Machtungleichgewicht zwischen den Parteien besteht, einerseits bei Ansprüchen der schwächeren Partei die volle Beweislast der mächtigeren Partei auferlegt und andererseits die Frist der Verjährung dieser Ansprüche auf eine Woche herabgesetzt würde. Hier würden unterschiedliche Fragen, d.h. Teilaspekte, geregelt: einmal die Beweislast, einmal die Verjährung. Die Ungleichbehandlung erfolgt nun erst im Hinblick auf die unterschiedlichen Wertungen bei gleicher Interessenlage. In beiden Teilaspekten ist die schwächere Partei möglicherweise schutzwürdig, aber die Anerkennung dieser Schutzwürdigkeit kommt nur in der Beweislastregelung zum Ausdruck, nicht hingegen in der Verjährungsregelung. An diesem (fiktiven) Beispiel zeigt sich freilich zugleich, weshalb eine solche Widersprüchlichkeit nicht einmal im Ausgangspunkt als Gesetzesfehler aufgefasst werden muss (und ähnlich verhält es sich tatsächlich bei der Mängelgewährleistung im Verbrauchervertragsrecht). Der Gesetzgeber kann damit gerade auch bezwecken, verschiedene widerstreitende Interessenlagen auszubalancieren.

Daneben gibt es mit dem Funktionswiderspruch noch eine besondere Form des Wertungswiderspruchs. Ein solcher Funktionswiderspruch liegt vor, wenn ein Sachverhalt von mehr als nur einer Regelung erfasst wird und dieselbe Rechtsfrage unterschiedlich entschieden wird. So läge es beispielsweise, wenn Regelung A anordnete, dass der Verkäufer nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, und Regelung B, dass der Verkäufer in derselben Si-

63 Zum Wert „rationaler Strukturierung rechtlicher Erwägungen“ Zippelius, Juristische Methodenlehre (Fn. 3), S. 10.

tuation für jegliche Form des Verschuldens einzustehen hat. Der Auspruch der Rechtsfolge verstieße mitunter gegen die jeweils andere Vorschrift.⁶⁴ Genaugenommen liegt hier ebenfalls eine unmittelbare Ungleichbehandlung vor, die aber noch über die gängigen Fälle hinausgeht, weil nicht nur Gleiches sondern gar ein und dasselbe unterschiedlich geregelt wird. Kein Widerspruch liegt dagegen vor, wenn Kollisionsregeln (etwa *lex specialis derogat legi generali*; *lex posterior derogat legi priori*) im konkreten Fall vorgeben, was gelten soll.⁶⁵

3. Geltungsgrund im einfach-nationalen Kontext

Im Schrifttum gibt es verschiedene Ansätze, wie die Geltung des Gleichheitssatzes innerhalb der nationalen Rechtsordnung zu begründen sei. Es wird die Auffassung vertreten, der Gleichheitssatz sei auf die „Rechtsidee“ zurückzuführen.⁶⁶ Gleichbedeutend ist die Auffassung, es handle sich um ein dem Recht innewohnendes Prinzip.⁶⁷ Der Gleichheitssatz wird dabei als eine rechtsethische Forderung aufgefasst.⁶⁸ Daneben ist die Frage aufgeworfen, ob der methodische Gleichheitssatz auf den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, der gem. Art. 1 Abs. 3 GG auch die Judikative bindet,⁶⁹ zurückgehe.⁷⁰ Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach dem BVerfG die Ungleichbehandlung nicht willkürlich sein darf, sich also jedenfalls irgendein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst sachlich einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung finden lassen muss.⁷¹ Nach der „neuen Formel“ des BVerfG spielt auch die Verhältnismäßigkeit von

64 Vgl. (ausdifferenziert) zum Ganzen *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 15 ff.

65 *Höpfner*, Systemkonforme Auslegung (Fn. 64), S. 27.

66 *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 18; *Herresthal*, Rechtsfortbildung (Fn. 40), S. 228, *Bydlinski* (Fn. 50), S. 456; vgl. insoweit auch *Stürner*, JZ 2012, 10, 11 („grundlegendes Element menschlicher Gerechtigkeit“).

67 So noch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl. 1992, S. 262.

68 *Canaris*, Systemdenken, S. 18; *Herresthal*, Rechtsfortbildung (Fn. 40), S. 228; zur Kritik vgl. statt vieler aus neuerer Zeit *Höpfner*, Systemkonforme Auslegung (Fn. 64), S. 39 f. (Rechtsidee als „scheinrationale Leerformel“).

69 Vgl. etwa *Gusy*, NJW 1988, 2505, 2507.

70 *Höpfner*, Systemkonforme Auslegung (Fn. 64), S. 40 ff.

71 BVerfG NJW 1951, 877 (878 f).

Rechtfertigungsgrund und Gewicht der Ungleichbehandlung eine wesentliche Rolle.⁷² Aus diesen erhöhten Hürden wird überwiegend abgeleitet, dass der methodische Gleichheitssatz nicht mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG deckungsgleich sei; ebenso, weil Art. 3 Abs. 1 GG nicht jede Ungleichbehandlung verbiete, sondern nur eine „wesentliche“.⁷³ Soweit es um den Funktionswiderspruch⁷⁴ geht, gilt nochmals anderes; dieser verstößt nicht nur gegen den Gleichheitssatz, sondern zugleich gegen das aus Art. 20 Abs. 3 und Art. 19 Abs. 4 GG folgende rechtsstaatliche Prinzip der Normenklarheit.⁷⁵ Das lässt sich allerdings nicht auf den Funktionswiderspruch im Mehrebenensystem übertragen, weil dieser durch die Kollisionsregel „Vorrang des Unionsrecht“ aufgelöst wird.⁷⁶

VI. Geltung des nationalen Gleichheitssatzes im Verhältnis zum Unionsrecht

1. Das Potential des Gleichheitssatzes für die Rechtsfortbildung im Mehrebenensystem

Geht es nun um die Überwindung von Inkohärenzen im Verhältnis zum Unionsrecht, ist der Zweck der Untersuchungen zur Rechtsfortbildung kein anderer als im rein nationalen Bezugsrahmen. Es geht also ebenso darum, den wahren Inhalt des Gesetzes zu ermitteln, bzw. den (aktualisierten) Regelungsplan, wobei Anlass der Untersuchung die Überlegung ist, dass infolge der unionsrechtlichen Überlagerung sich der Inhalt des nationalen Rechts verändert haben könnte. Das allgegenwärtige Problem ist dabei freilich, dass allein das Dafürhalten des Richters die Rechtsfortbildung nicht rechtfertigt. Die Geltung des Gleichheitssatzes auch im Verhältnis zum Unionsrecht würde dagegen ein objektiveres⁷⁷ und gewichtiges Kriterium bei der Auslegung bereitstellen, das im Zweifel auch die Rechtsfort-

72 BVerfG NJW 1993, 1517.

73 So im Ergebnis *Höpfner*, Systemkonforme Auslegung (Fn. 64), S. 44 ff; zweifelnd auch *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 8.

74 Siehe oben, V.3.

75 BVerfG NJW 2008, 822 (828).

76 Vgl. oben, V.3.

77 Zu den Einschränkungen vgl. oben, V.2.

bildung auf den Plan rufen kann. In Anbetracht dessen könnte dem Gleichheitssatz eine ebenso zentrale Bedeutung für die Methode der Rechtsfortbildung im unionsrechtlichen Bezugsrahmen zukommen.

2. Nationaler Geltungsanspruch des Gleichheitssatzes im Verhältnis zum Unionsrecht?

Dabei gilt es insbesondere zu klären, inwieweit Gerechtigkeitserwägungen, die nach hM im nationalen Recht den Gleichheitssatz tragen, sich auch im unionsrechtlichen Bezugsrahmen behaupten können. Vor dem Hintergrund der oben⁷⁸ beschriebenen möglichen Verankerung des Gleichheitssatzes in übergesetzlichen Gerechtigkeitsforderungen mag man *a priori* einwenden, dass es für den Gesetzesunterworfenen und „die Gerechtigkeit“ keinen Unterschied mache, ob sich die Ungleichbehandlung von gleichen Sachverhalten allein aus dem nationalen Recht oder aus dem Wirken des nationalen und des ebenso geltenden Unionsrechts ergeben. Dem ist zuzugeben, dass die Ungleichbehandlung durch das Wirken zweier Gesetzgeber für den Gesetzesunterworfenen nicht weniger nachteilig wird. Bei näherem Hinsehen wird sich allerdings zeigen, dass sich die Geltung des Gleichheitssatzes im Verhältnis zum Unionsrecht nicht begründen lässt; hier stehen nationale Kompetenzerwägungen im Wege.

a) Implikationen der Geltung des Gleichheitssatzes im Verhältnis zum Unionsrecht

Dabei ist es für die Erörterung der angesprochenen Problematik hilfreich, wenn man sich die Implikationen der Geltung des Gleichheitssatzes im Verhältnis zum Unionsrecht vor Augen führt. Festzuhalten ist zunächst, dass der Gleichheitssatz als auslegungsleitendes Element der Rechtsfortbildung zu einer Angleichung des Rechts führt. Im unionsrechtlichen Bezugsrahmen würde er dazu führen, dass sich das nationale dem Unionsrecht angleicht. Das ist nicht allein Folge des Gleichheitssatzes, denn Gleichheit könnte ebenso durch Angleichung des Unionsrechts an das nationale Recht erreicht werden, sondern auch des Vorrangs des Unions-

78 Vgl. oben, VI.1.

rechts. Dabei gilt freilich einschränkend: Nicht in jedem Fall führt der Gleichheitssatz im Wege der Rechtsfortbildung zu einer Angleichung, denn der Gleichheitssatz ist nicht das einzig tragende Element der Auslegung, die der Bestimmung des Regelungsplans dient. Sind aber diese Voraussetzungen gegeben und wird auf seiner Grundlage der Regelungsplan bestimmt, ist die Angleichung die Folge. Unterschwellig würde damit der Gleichheitssatz einen steten Angleichungsdruck auf das nationale Recht ausüben, weil im Zweifelsfall, wenn andere Kriterien keine Rückschlüsse auf den aktualisierten Regelungsinhalt zuließen, die Gleichbehandlung von Gleichem in den Regelungsplan zu integrieren wäre.

b) Verletzung der Kompetenzgrenzen

Diese Assimilierungswirkung des Gleichheitssatzes ruft nun im Zusammenhang mit Art. 23 GG Kompetenzbedenken auf den Plan, wobei allerdings der Verweis auf allein diese Verfassungsnorm an dieser Stelle zu kurz gegriffen ist. Begrenzt wird die Geltung des Gleichheitssatzes im Mehrebenensystem durch das nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG erforderliche nationale Zustimmungsgesetz. Mit diesem Zustimmungsgesetz⁷⁹ verschafft zwar der nationale Gesetzgeber dem Unionsrecht auf nationaler Ebene Geltung. Allerdings erklärt er sein Einverständnis zur Übertragung der Hoheitsbefugnisse gerade nur in dem im Vertrag von Lissabon vorgesehenen Umfang und sichert damit dem nationalen Recht jenseits der unionsrechtlichen Kompetenzen dessen eigenen und ausschließlichen Geltungsanspruch. Mit diesem Geltungsanspruch des nationalen Rechts wäre es nicht zu vereinbaren, wenn nun der Gleichheitssatz als auslegungsleitendes Prinzip auch im Verhältnis zum Unionsrecht zu berücksichtigen wäre. Der dadurch mittelbar bewirkten Angleichung des nationalen Rechts an das Unionsrecht steht die Kompetenzaufteilung zwischen nationalem und Unionsgesetzgeber entgegen. Das bedeutet nicht, dass eine Rechtsfortbildung nach unionsrechtlichem Vorbild immer ausscheiden muss. Es verbietet sich aber der Rückgriff auf den Gleichheitssatz zur Bestimmung des Regelungsplans, weil und wenn er ebendiesen Automatismus in Gang setzt.

⁷⁹ Gesetz zum Vertrag von Lissabon vom 13.12.2007, vom 8.10.2008, BGBl II 2014, S. 1038 ff u. insb. auch S. 1098.

Man wird ferner auch nicht sagen können, dass der Gleichheitssatz als Erfordernis der Rechtsidee über die Kompetenzgrenzen hinweg Geltung beansprucht. Denn beinhaltet die Kompetenzübertragung nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG notwendig die Möglichkeit zur punktuellen Andersregelung auf der Unionsebene und ist insoweit die Kompetenz bewusst beschränkt übertragen, kann sich aus der Realisierung dieses Zwecks – der punktuellen Andersregelung im Unionsrecht – nicht zugleich die Planwidrigkeit in der nationalen Rechtsordnung ergeben. Es sind gerade diese potentiellen Wirkungen, die der Gesetzgeber mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung verhindern wollte. Dieser konkreten Regelungsabsicht des Gesetzgebers ist auch im Sinne einer objektiven Auslegung uneingeschränkt Vorrang einzuräumen vor systemtheoretischen Forderungen nach Einheit und Folgerichtigkeit.⁸⁰ Da der Gesetzgeber gerade keine Einheit und Folgerichtigkeit zwischen beiden Ebenen wollte, ist es fehlerhaft, wenn man diese beabsichtigte Eigenständigkeit des nationalen Rechtssystems übergeht. Jedenfalls solange keine grundlegenden Änderungen im nationalen Normgefüge eine andere Deutung erzwingen, ist die mit dem Zustimmungsgesetz bezweckte Systembegrenzung uneingeschränkt zu berücksichtigen.

Auch wenn man den methodischen Gleichheitssatz jedenfalls *auch* in Art. 3 Abs. 1 GG verankert sieht,⁸¹ gilt wohl nichts anderes. Soweit nämlich der nationale Gesetzgeber mit dem Zustimmungsgesetz selbst mittelbar die Ungleichbehandlung ermöglicht, die sich aus dem Nebeneinander des nationalen und des Unionsrechts ergibt, besteht dafür ein nachvollziehbarer Grund. Damit ist die Ungleichbehandlung gerade nicht willkürlich und Art. 3 Abs. 1 GG nicht verletzt. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Einwirkung des Unionsrechts in Teile der nationalen Hoheitsdomänen Bestandteil der Unionszugehörigkeit ist. Die Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen auf den Unionsgesetzgeber soll diesem gerade ermöglichen, eigene Regelungen zu schaffen, die unionsweit einheitlich gelten.⁸² Soweit nun Regelungen des Unionsrechts einen Bereich betreffen, der in einzelnen Mitgliedstaaten mit eigenen nationalen Rege-

80 Vgl. auch *Riesenhuber*, System und Prinzipien (Fn. 73), S. 9, mit Verw. auf *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem (1. Aufl. 1992), S. 123.

81 Dazu ausführlich *Höpfner*, Systemkonforme Auslegung (Fn. 64), S. 40 ff.

82 Teilweise liegt der Regelungszweck allein in der Vereinheitlichung, teilweise werden neben dem Vereinheitlichungszweck noch weitere oder vorrangig kompetenzwidrige Ziele verfolgt; vgl. dazu statt vieler *Nettesheim*, EuZW 2016, 578.

lungen bedacht war, ist ein etwaiger Systembruch gewissermaßen systemimmanent. Denn würde die einheitliche unionsrechtliche Regelung nicht zu einem Widerspruch zu der einen oder anderen nationalen Rechtsordnung führen, so bräuchte es sie nicht, weil dann die Rechtsordnungen bereits übereinstimmen. Abweichungen von nationalen Regelungskonzepten sind damit Teil der Unionsmitgliedschaft. Wären nun aber die Ungleichbehandlungen durch Anpassung des nationalen Rechts zu beseitigen, müsste sich der nationale Gesetzgeber seine Gerechtigkeitsvorstellungen vom Unionsgesetzgeber diktieren lassen. Indes wird der nationale Gesetzgeber regelmäßig einer Regelung ihren konkreten Inhalt deswegen gegeben haben, weil er darin die sachgerechteste Lösung eines konkreten Problems gesehen hat. Die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG würde den nationalen Gesetzgeber verpflichten, von dieser „richtigen“ Lösung abzuweichen und aus seiner Sicht unzutreffende Wertungen des Unionsrechts zu übernehmen.⁸³ Insoweit können auch die durch Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG statuiert verfassungsrechtliche Grenzen der Übertragung von Hoheitsbefugnissen tangiert sein, wenn nämlich eine durch Art. 3 Abs. 1 GG vermittelte Rechtssetzungspflicht einen Kernbereich der nationalen Gesetzgebungszuständigkeit betrifft.⁸⁴ Der Grund für die Ungleichbehandlung ist damit zugleich die notwendige Folge der Bewahrung eigener Gesetzgebungskompetenzen.

c) Zwischenergebnis

Damit fehlt im Bereich der unionsrechtlich induzierten Rechtsfortbildung dem Gleichheitssatz als Fundament der Willensbestimmung der Geltungsgrund. Allgemein und auch für das obengenannte Beispiel des Art. 8 Nr. 1 EuGVO und des nationalen Zuständigkeitsrecht gilt daher, dass bei einer faktischen Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte durch die veränderte Normsituation der Verstoß gegen den Gleichheitssatz nicht als Indiz für die (nachträgliche) Planwidrigkeit der nationalen Regelung gewertet werden kann. Die Auslegung im Sinne der Gleichbehandlung wäre

83 Das erinnert entfernt an den Grundsatz „Keine Gleichbehandlung im Unrecht“ (etwa BVerwG NJW 1970, 675): Das Rechtmäßige muss zur Herstellung von Gleichheit nicht weichen.

84 Zur Ausübung der Identitätskontrolle durch das BVerfG *Burchardt*, ZaöRV 2016, 527.

dann, wenn sich keine anderweitigen Stützen finden lassen, eine methodisch nicht abgesicherte Unterstellung.

d) Exkurs: „Bloße Inländerdiskriminierung“ und Art. 3 GG

Im Kontext der sog. Inländerdiskriminierung wird diskutiert, ob der nationale Gesetzgeber verpflichtet sei, Benachteiligungen von Inländern zu beheben.⁸⁵ Es zeigen sich gewisse Parallelen zu der hier behandelten Problematik. Die Benachteiligungen als Spiegelbild der Inländerdiskriminierung ergeben sich daraus, dass im Inland nur dem Bürger eines anderen EU-Mitgliedstaates aufgrund des Unionsrechts Vergünstigungen zugutekommen, mangels Binnenmarktbezug aber nicht dem Inländer.⁸⁶ Aus unionsrechtlicher Perspektive soll eine solche Ungleichbehandlung unbeachtlich sein, weil sich auch die unionsrechtlichen Gleichheitsgebote nicht auf den Inlandssachverhalt erstrecken.⁸⁷ Im Unterschied zu der Frage der Geltung des methodischen Gleichheitssatzes geht es bei der Problematik der bloßen Inländerdiskriminierung freilich nicht in erster Linie um Rechtsfortbildung, sondern um Rechtssetzungspflichten.

Umstritten ist hier, ob Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 3 GG den nationalen Gesetzgeber verpflichtet, selbst rechtssetzend tätig zu werden und auf diese Weise die Ungleichbehandlung zu beseitigen. Das wird mitunter bejaht; die Unterschiede in der Staatsangehörigkeit zwischen Inländern und ausländischen EU-Bürgern würden keinen sachlichen Grund für eine Differenzierung darstellen.⁸⁸ Nach anderer Auffassung bildet die verfassungsrechtliche Ermächtigung des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG eine Schranke des Art. 3 Abs. 1 GG. Denn Art. 23 Abs. 1 GG setze voraus, dass das Gemeinschaftsrecht in seinem Sachbereich Regelungen und insbesondere Vergünstigungen enthält, die von innerstaatlichen Regelungen im Kompetenzbereich des nationalen Gesetzgebers abweichen; die Anwendung von Art. 3 Abs. 1 GG würde mittelbar zu einer kompetenzwidrig veranlassten

85 *Gundel* DVBL 2007, 269; *Fastenrath*, JZ 1987, 170; *Schilling*, JZ 1994, 8; *Weis*, NJW 1983, 2721.

86 *Fastenrath*, JZ 1987, 170, 171.

87 BVerwG NVwZ 1993, 1195 (1196).

88 Pointiert *Weis*, NJW 1983, 2721, 2726: „überraschte Aufmerksamkeit verdiente [...] eine Verfassung, die Inländern nicht einmal die gleiche Rechtsstellung wie Ausländern zu garantieren vermöchte“.

Angleichung des nationalen Rechts führen.⁸⁹ Das deckt sich im Ergebnis mit der Feststellung des BVerfG, dass „zur Beseitigung [hier: einer steuerrechtlichen] Ungleichbehandlung durch zwei unterschiedliche Normgeber [...] der deutsche Gesetzgeber gem. Art. 3 Abs. 1 GG nicht verpflichtet [sei].“⁹⁰ Eine nähere Begründung bleibt das BVerfG jedoch schuldig. Man wird aber möglicherweise auch insoweit einen nachvollziehbaren Grund für die Ungleichbehandlung in der Bewahrung nationaler Gesetzgebungskompetenzen sehen können.⁹¹

VII. Unionsrechtliche Methodenvorgaben

Bis hierher wurde, da es in erster Linie um nationales Recht und nationale Methode geht, allein ein Geltungsgrund des Gleichheitssatzes im nationalen Recht gesucht. Ebenso ist freilich der Frage nachzugehen, ob das Unionsrecht seinerseits dem Gleichheitssatz zur Geltung verhelfen kann, bzw. diese einfordert.

1. Geltung und Reichweite des unionsrechtlichen Gleichheitssatzes

Im Unionsrecht spielt der Grundsatz der Gleichbehandlung eine ebenso zentrale Rolle. Nach ständiger Rspr. des EuGH verlangt dieser Grundsatz, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist.⁹² Dieser unionsrechtliche Gleichheitssatz ist auch bei der *interprétation* des Unionsrechts zu beachten.⁹³ Dass dieser Grundsatz auch für eine solche Form der *interprétation* gilt, die nach nationalem Methodenverständnis Rechtsfortbildung darstellt, belegt die bereits eingangs erwähnte Entscheidung in der Rs. *Sturgeon*.⁹⁴ Der EuGH entschied hier, dass die Fluggastrechteverordnung entgegen

89 VGH Mannheim NJW 1996, 72 (76).

90 BVerfG NJW-RR 2004, 1657 (1660); Einschub durch Verf.

91 Vgl bereits oben, VI.2.b.

92 EuGH v. 19.11.2009, C-402, 432/07, Rn. 48 (Sturgeon); v. 14.12.2004, C-210/03, Rn. 70 (Swedish Match); v. 10.1.2006, C-344/04, Rn 95 (IATA und ELFAA).

93 EuGH v. 19.11.2009, C-402, 432/07, Rn. 48 (Sturgeon).

94 Siehe oben, III.2.

ihrem Wortlaut einen Ausgleichsanspruch nicht allein bei Flugannullierungen, sondern auch bei größeren Verspätungen vorsehe, da in beiden Fällen den Fluggästen ein Schaden infolge Zeitverlustes entstehe.⁹⁵ Der EuGH begründete also die Rechtsfortbildung auch mit der Vergleichbarkeit der Interessenlagen bei einerseits Annullierungen und andererseits großen Verspätungen.⁹⁶ Soweit es nun um die Frage der Reichweite des unionsrechtlichen Gleichheitssatzes geht, liegt der Unterschied zu der oben behandelten Frage der Geltung des Gleichheitssatzes im nationalen Recht⁹⁷ in der Perspektive: Dort war nach Maßgabe des nationalen Rechts die Absicht des nationalen Gesetzgebers, dem Unionsrecht nur in dem im AEUV geregelten Rahmen Kompetenzen einzuräumen, bei der Frage nach der Geltung des *nationalen* Gleichheitssatzes zu berücksichtigen. Hier geht es nun um die Perspektive des Unionsrechts; darum, ob das Unionsrecht verlangt, dass die nationale Methode im unionsrechtlichen Bezugsrahmen den *unionsrechtlichen* Gleichheitssatz berücksichtigt. Diese Frage ist allerdings ebenso wie auch im nationalen Recht zu verneinen. Auch aus der Perspektive des Unionsrechts sind nämlich die unionsrechtlichen Kompetenzgrenzen in Art. 2 – 4 AEUV zu beachten, die den Anwendungsbereich des Unionsrechts beschränken, um den Mitgliedstaaten eigene Rechtssetzungsbefugnisse zu bewahren. Die Erstreckung eines allgemeinen Prinzips der Gleichbehandlung nach dem Vorbild des Unionsrechts würde diese Kompetenzgrenzen zu Lasten der nationalen Gesetzgeber aufweichen und liefe damit Sinn und Zweck der Kompetenzbeschränkung zuwider.

2. Keine spezifische Methodenvorgaben aus Verordnungen

Daneben ist zu prüfen, ob aus dem Verordnungsrecht *konkrete* Methodenvorgaben an die nationale Rechtsordnung ergehen. Solche Methodenvorgaben sind aus dem Bereich des Richtlinienrechts bekannt. Der Gerichtshof fordert nicht nur, dass ein nationales Gericht bei der richtlinienkonformen Rechtsfindung das Recht so auslegen (interpretieren) müsse, dass

95 EuGH v. 19. 11. 2009, C-402, 432/07, Rn. 53 (Sturgeon).

96 Für diese Rechtsfortbildung wurde der EuGH insbesondere in der deutschen Literatur stark kritisiert, vgl. *Politis*, EuZW 2014, 8, 9 ff. und dort die weiteren Nachw.

97 Vgl. oben, VI.2.

sein Inhalt dem Ziel der Richtlinie am besten entspricht.⁹⁸ An anderer Stelle stellte er auch fest, dass die nationalen Gerichte bei der *interprétation* davon auszugehen haben, dass der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung von Richtlinienvorgaben im nationalen Recht die Absicht hatte, den sich aus der betreffenden Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen.⁹⁹ Diese Vermutungsregel greift in den grundsätzlich von der nationalen Methode gesteuerten Interpretationsvorgang des Richters ein.¹⁰⁰ Sie gründet auf der Einsicht, dass die nationalen Gesetzgeber aus dem Grundsatz der Unionstreue und Art. 288 Abs. 3 AEUV zur vollständigen und zutreffenden Umsetzung von europäischen Richtlinien verpflichtet sind. Aus dieser Pflicht leitet der EuGH einen entsprechenden Willen des richtlinienumsetzenden nationalen Gesetzgebers ab. Diese Vermutungsregel ist weithin kritisiert worden.¹⁰¹ In ihrem normativen Ursprung ist diese Regel freilich mit dem Gleichheitssatz vergleichbar. Auch der Gleichheitssatz wird, wie bereits dargelegt, als auslegungsleitender Grundsatz herangezogen, ohne dass sich der Gesetzgeber konkret zum Gleichheitssatz bekannt haben muss.¹⁰²

Im Jahr 2014 ist auch der BGH erstmals diesen Methodenvorgaben gefolgt, indem er in einer Entscheidung, die die richtlinienkonforme Rechtsfortbildung der VVG betraf, schlicht feststellte, dass dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden könne, er habe sehenden Auges einen Richtlinienverstoß in Kauf nehmen wollen.¹⁰³ Der konkrete Nachweis eines Umsetzungswillens in den Gesetzesmaterialien, wie ihn der BGH in früheren, methodisch verwandten Entscheidungen¹⁰⁴ noch zu erbringen suchte, wurde nicht mehr vorausgesetzt. Der im Bereich der Richtlinienumsetzung normativ fundierte Konformitätswille übernimmt damit in vertikaler Richtung dieselbe Funktion, wie im nationalen Bezugsrahmen auf horizontaler Ebene der ebenso normativ fundierte Gleichheitssatz; auch letzterer ersetzt

98 EuGH v. 4.7.2006, Rs. C-212/04, Rn. 124 (Adeneler); EuGH v. 22.12.2008, Rs. C-414/07, Rn. 44 (Magoora); EuGH v. 23.12.2009, Rs. C-305/08, Rn. 50 (CoNISMa).

99 EuGH v. 05.10.2004, Rs. C-397/01, Rn. 112 (Pfeiffer); EuGH v. 16.12.1993, Rs. C-334/92, Rn. 20 (Wagner Miret).

100 *Brenncke*, EuR 2015, 440, 447.

101 *Herresthal*, JuS 2014, 289, 293; *Höpfner*, Systemkonforme Auslegung (Fn. 64), S. 258; *Brenncke*, EuR 2015, 440, 447 (m.w.N.).

102 Vgl. oben, V.1.

103 BGH NJW 2014, 2646 (2648) und ebenso BGH NJW 2015, 1023 (1024).

104 Anders noch BGH NJW 2009, 427; BGH NJW 2012, 1073.

regelmäßig einen konkret nachgewiesenen entsprechenden Willen des Gesetzgebers.

Die für diese Untersuchung wesentliche Frage lautet nun, ob unionsrechtlich diktierte Methode, also besondere Vorgaben zur Bestimmung des Regelungsplans, auch außerhalb des Richtlinienrechts existieren; konkret etwa, ob sie aus der EuGVO folgen könnten. Eine solche Annahme erweist sich freilich im Bereich des Verwaltungsrechts als höchst problematisch. Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass zwar im Bereich des Richtlinienrechts die unionsrechtlichen Methodenvorgaben durchaus als Ausgestaltung der Umsetzungspflicht verstanden werden können.¹⁰⁵ Indes sind Verordnungen – im Gegensatz zu Richtlinien – gerade nicht auf die Umsetzung durch die Mitgliedstaaten angewiesen. Verordnungen verlangen keine Kooperation seitens des nationalen Gesetzgebers, denn soweit das Unionsrecht von sich aus Anwendung findet, werden nicht die nationalen Gesetzgeber verpflichtet, sondern die nationalen Gerichte. Aus dem unionsrechtlichen Anwendungsvorrang folgt, dass nationales Recht nicht angewendet werden darf, soweit es gegen unmittelbar Anwendung findendes Unionsrecht verstößt.¹⁰⁶

Gibt es dagegen keinen Funktionswiderspruch, der die Wirksamkeit des Unionsrechts tatsächlich beeinträchtigen würde, sondern besteht allein ein Wertungswiderspruch, weil etwa in aneinander angrenzenden Bereichen nationale und unionsrechtliche Regelungen verschiedene Zwecke verfolgen, ist im Allgemeinen die Wirksamkeit des Unionsrechts nicht beeinträchtigt. Es ist dann allein auf der Ebene des Unionsrechts zu fragen, ob nach unionsrechtlicher Methode etwaige Unzulänglichkeiten des Verwaltungsrechts im Wege der Rechtsfortbildung zu beheben sein könnten. Dieser Frage ist auch im Fall des Mehrparteiengerichtsstands nach Art. 8 Nr. 1 EuGVO nachgegangen worden.¹⁰⁷ Unabhängig davon, wie diese Frage im Einzelfall zu beantworten ist, kann aber jedenfalls aus unionsrechtlicher Perspektive das nationale Recht nicht in die Pflicht genommen werden. Was das *unmittelbar* Anwendung findende Verwaltungsrecht „möchte“, regelt es selbst. Es hat Vorrang, aber es verpflichtet nicht.

105 Ähnlich *Brenncke*, EuR 2015, 440, 450.

106 EuGH v. 9.3.1978, Rs 106/77, Rn. 21, 24 (Simmenthal).

107 EuGH v. 11.4.2013, Rs. C 645/11 (Sapir); und im Anschluss BGH BeckRS 2013, 21945.

3. Zwischenergebnis

Aus dem Unionsrecht werden sich damit regelmäßig keine methodischen Vorgaben für die Anwendung und Auslegung des nationalen Rechts ergeben, soweit es um Inkohärenzen im Verhältnis zu Verordnungsrecht geht. Der Ansatz des Unionsrechts ist hier klar: Soweit das nationale Recht die Wirksamkeit der Verordnung stört, darf das nationale Recht nicht angewendet werden. Ergibt sich dagegen nur ein Wertungswiderspruch, der aber das Unionsrecht nicht beeinträchtigt, ist das allein Sache des nationalen Rechts.

VIII. Endergebnis und Bewertung

Es ist damit festzuhalten, dass der Gleichheitssatz bei der Rechtsfortbildung im Mehrebenensystem aus nationalem Recht und europäischen Verordnungen grundsätzlich nicht gilt. Das bedeutet für das eingangs geschilderte Beispiel, dass eine Fortbildung des nationalen Rechts in der Form, dass das nach Art. 8 Nr. 1 EuGVO zuständige deutsche Gericht auch für die Klage gegen drittstaatliche Streitgenossen zuständig ist, ausscheidet. Eine solche Rechtsfortbildung würde letztlich allein auf Zweckmäßigkeitserwägungen gestützt sein und entbehrte damit einer methodischen Grundlage.

Für die Fortentwicklung des nationalen Rechts im europäischen Bezugsrahmen ist das Fehlen allgemeiner normativer Leitlinien, die der Gleichheitssatz gewährt, freilich zu bedauern, zumal anerkannt ist, dass mit zunehmendem Alter der Gesetze notwendig die Freiheit des Richters wächst, zur schöpferischen Fortbildung des Rechts zu schreiten.¹⁰⁸ Für Gleichbehandlung im Verhältnis zum Unionsrecht sprechen nicht nur Gerechtigkeitserwägungen. Bereits oben wurde thematisiert, dass Gleichbehandlung in der Regel auch funktional zweckmäßig ist, wenn und soweit auch auf die Vorbildregelung selbst zweckmäßig ist. Die besondere Geeignetheit der unionsrechtlichen Vorbildregelungen zur Erreichung des verfolgten Zwecks kann sich hier daraus ergeben, dass die Regelungen aktueller sind, neue wissenschaftliche Erkenntnisse umsetzen und besser auf die sich verändernden Lebensumstände, Moral- und Wertevorstellungen

108 BVerfG NJW 1973, 1221 (1225).

abgestimmt sein können. Diese Veränderungen ließen sich mithilfe des Gleichheitssatzes auch im nationalen Recht abbilden.

Zugleich ist zu berücksichtigen, dass nicht allgemein ausgeschlossen ist, dass das nationale Recht im Wege der Rechtsfortbildung an Unionsrecht angepasst wird und dadurch vormals bestehende Inkohärenzen überwunden werden. Aus den obenstehenden Untersuchungen folgt lediglich, dass der *Grund* der Rechtsfortbildung nicht in der Ungleichbehandlung durch einerseits das europäische Verordnungsrecht und andererseits das nationale Recht liegen kann. Wird hingegen die Rechtsfortbildung anderweitig begründet, etwa mit Verweis auf Marktfreiheiten¹⁰⁹ oder Grundrechte¹¹⁰, und ergibt sich daraus als „Nebenprodukt“ auch Anwendungsgleichheit, ist das ohne weiteres zulässig. Beim Rückgriff auf andere Prinzipien und Grundsätze¹¹¹ gilt dies ebenso.

Die fehlende Verfügbarkeit des Gleichheitssatzes führt freilich zu einer konservativen Ausrichtung der nationalen Rechtsfortbildung im unionsrechtlichen Bezugsrahmen, obgleich das Unionsrecht und die darin enthaltenen Prinzipien und Gerechtigkeitsmaßstäbe auf die nationalen Rechtsordnungen ausstrahlen. Das ruft Zweifel daran auf, ob dieser methodische Konservatismus sachgerecht ist. Liegt auch der Grund für die methodische Sperre vor allem die Eigenständigkeit der nationalen Rechtsordnungen, ist dieser Zustand gleichwohl durchaus unbefriedigend, denn das Recht ist kein Selbstzweck, sondern hat eine dem Gesetzesunterworfenen gewidmete, dienende Funktion.

IX. Ausblick

Aufgeworfen ist damit die Frage nach den Konsequenzen, die aus diesem Befund zu ziehen sind. Zum einen könnte der Gesetzgeber Klarheit schaffen, indem er überprüft, ob seine Regelungsabsichten im Spiegel des Unionsrechts Bestand haben, sie ggf. bestätigt oder aktualisiert. Insoweit ist auch ein Blick ins Ausland interessant: Der italienische Gesetzgeber hat

109 Zur primärrechtskonformen Fortbildung nationalen Rechts *Leible/Domröse*, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre (Fn. 19), S. 252, 276; sowie *Herres-thal*, Rechtsfortbildung (Fn. 40), S. 246.

110 Etwa BVerfGE 89, 214.

111 *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre (Fn. 50), S. 481, *Larenz/Canaris*, Methodenlehre (Fn. 2), S. 223 ff..

etwa gesetzlich angeordnet, dass das europäische Zuständigkeitsrecht auch im Hinblick auf Beklagte mit Wohnsitz in Drittstaaten entsprechend anzuwenden sei.¹¹² Ein solches Vorgehen wäre auch dem deutschen Gesetzgeber nicht verwehrt. Im Übrigen ist freilich festzuhalten, dass in Anbetracht des Umfangs dieser Aufgabe eine vollumfängliche Revision des nationalen Rechts kaum umzusetzen sein dürfte.

Man könnte aus den Methodendefiziten aber auch auf die Unbrauchbarkeit der Methode schließen und dort, wo es um nationales Recht geht, das der Gesetzgeber in Unkenntnis des späteren Unionsrechts geschaffen hat, den Gerichten einen größerer Freiraum bei der Fortbildung nationaler Regelungen zugestehen. Wäre mangels Verfügbarkeit normativer Mechanismen und tatsächlicher Indizien der aktualisierte Regelungsplan nicht zu ermitteln, könnten allgemeine Angemessenheitserwägungen zum Tragen kommen. Dabei wäre aber besondere Rücksicht auf solche Regelungen zu nehmen, die selbst als Säulen der nationalen Rechtskultur zum (rechtsfortbildend) unveränderlichen Bereich der Rechtsordnung gehören. Gleichzeitig erscheint es aber durchaus fraglich, ob eine solche Kapitulation der Methode die richtige Reaktion auf die gezeigten Defizite wäre. Denn aus den Defiziten der Methode folgt nicht automatisch, dass der Gesetzesunterworfenen ohne die strengen Methodenkriterien besser stünde, schützen diese doch ebenso den Gesetzgeber (also die Gesetzesunterworfenen) vor Kompetenzüberschreitungen der Judikative.

Eine dritte Möglichkeit könnte die Bildung von Fallgruppen darstellen, in denen man den Gleichheitssatz dennoch zur Anwendung verhilft. In einer ersten Gruppe könnten dabei möglicherweise solche Rechtsbereiche zusammengefasst werden, die mit dem Unionsrecht ständig in Berührung kommen, bereits weitestgehend überlagert werden und einer ständigen Ausstrahlungswirkung des Unionsrechts ausgesetzt sind. Hierzu zählte etwa auch das internationale Zuständigkeitsrecht der ZPO. Unzweifelhaft käme zwar auch in der Herausarbeitung solcher Fallgruppen bisweilen eine gewisse Willkür zum Ausdruck. Soweit aber nach Herausbildung sol-

112 Vgl. Art. 3 (2) L. n. 218/1995: 2. La giurisdizione sussiste inoltre in base ai criteri stabiliti dalle sezioni 2, 3 e 4 del titolo II della Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale e protocollo, firmati a Bruxelles il 27 settembre 1968 [...], *anche allorché il convenuto non sia domiciliato nel territorio di uno Stato contraente*, quando si tratti di una delle materie comprese nel campo di applicazione della Convenzione [Hervorhebung durch Verf.].

cher Kriterien deren Befolgung methodisch verpflichtend wird, wäre eine gewisse Geradlinigkeit und Vorhersehbarkeit der Rechtsfortbildung anzunehmen.

In welche Richtung sich die Rechtspraxis entwickeln wird, ist freilich offen. Fest steht aber, dass dabei auch das Selbstverständnis der höchsten Richter eine maßgebliche Rolle spielen wird. Ein Richter, der sich als Pianist und den Gesetzgeber als Komponist betrachtet,¹¹³ wird wohl eher den flexiblen Kriterien der Rechtsfortbildung das Wort reden, als ein solcher, der sich als Diener des Gesetzgebers versteht.

113 *Hirsch, ZRP 2009, 253.*

Kohärenz des Europäischen Privatrechts: Zusammenspiel vertraglicher und außervertraglicher Kräfte in einem Europäischen Zivilgesetzbuch

Dr. Lukas Rademacher, M.Jur. (Oxford), Universität zu Köln

I. Einleitung: Europäisches Privatrecht?

Der Begriff des Europäischen Privatrechts ist schillernd und vielschichtig.¹ Es lassen sich mindestens vier Bedeutungsebenen mit unterschiedlichem zeitlichem Bezug differenzieren. Aus historischer Perspektive bezeichnet der Begriff den Privatrechtsdiskurs des *ius commune*, der sich in vielen Teilen Europas auf die römischen Quellen bezog und der mit der Kodifikationswelle zwischen dem 18. und 20. Jahrhundert ein Ende fand.² In der Gegenwart begegnen wir dem Europäischen Privatrecht in Form des Primär- und Sekundärrechts der Europäischen Union, die vorwiegend mittels Richtlinien und Verordnungen positives Recht setzt (*acquis communautaire*), das vom EuGH ausgelegt und fortgebildet wird.³ Typischerweise geht es hier um die fragmentarische Regelung von Einzelfragen, wengleich etwa für das Internationale Privat- und Verfahrensrecht bereits eine weitreichende Kodifikation im Wege der Verordnungen vorliegt. Ebenfalls zur Gegenwart zählt der *acquis commun*, also die Gesamtheit der geltenden nationalen Rechtsordnungen, die sich in unterschiedlicher Intensität aus dem *ius commune* speisen. Auf rechtsvergleichender Basis ist hierzu eine ganze Bibliothek entstanden, die zumeist unter Aufgabe der

1 Siehe nur *Jansen*, in: Basedow/Hopt/Zimmermann, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009, S. 548 ff.

2 Dargestellt bei *Coing*, Europäisches Privatrecht, 1985/1989.

3 Dazu vor allem *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 4. Aufl. 2016; *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht, 2013. Zur Umsetzung des harmonisierten Rechts durch die Gerichte *Maultzsch*, Rechtsprechungsvereinheitlichung im Europäischen Privatrecht: Herausforderungen und Lösungsansätze, ZfPW 2015, 282 ff.

altmodischen Methodik isolierter Länderberichte die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der nationalen Rechte aufbereitet.⁴

Nicht immer trennscharf zu unterscheiden vom historischen und gegenwärtigen Begriff des Europäischen Privatrechts ist die vierte Bedeutungsebene, um die es in diesem Beitrag vor allem gehen soll. Immer wieder taucht im politischen wie im wissenschaftlichen Kontext⁵ aus ganz unterschiedlichen Gründen die Idee oder sogar das Vorhaben auf, einen Schritt weiterzugehen, das materielle Vertrags- oder Vermögensrecht also auf europäischer Ebene zu vereinheitlichen und die trotz des harmonisierenden EU-Rechts verbleibenden Unterschiede zu überwinden. Auf dieser vierten Bedeutungsebene ist der Begriff des Europäischen Privatrechts folglich in die Zukunft gerichtet, wenngleich es aus der Vergangenheit und Gegenwart erwachsen würde. Gegenstand des Beitrags ist also »Recht«, das es noch nicht gibt und das dementsprechend noch nicht gilt, das aber potentiell in den nächsten Jahrzehnten entstehen könnte.

Die Chancen des Inkrafttretens eines solchen europäischen Rechts werden unterschiedlich bewertet, überwiegend ist man jedoch aus verschiedenen Gründen pessimistisch.⁶ Politisch jedenfalls scheint der Weg derzeit tendenziell in Richtung „weniger Europa“ als zu einer Intensivierung der Gemeinschaft zu weisen. Nichtsdestotrotz findet sich sowohl in der Wissenschaft als auch in politischen Dokumenten immer wieder die Möglichkeit erwähnt, dass in größerem zeitlichem Abstand vielleicht doch eine eu-

4 *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2. Aufl. 2015; v. *Bar*, Gemeineuropäisches Sachenrecht I, 2015; *ders.*, Gemeineuropäisches Deliktsrecht, 1996/1999; *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, 3. Aufl. 2009; *Schlechtriem*, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, 2000/2001; *Zimmermann*, The Law of Obligations, 1990; *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, 1936/1958. In diesem Zusammenhang sind auch die Bände der International Encyclopedia of Comparative Law sowie der Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe und des Projekts Common Core of European Private Law zu nennen.

5 Zusammenfassend *van den Berg*, in: Milo/Lokin/Smits, Tradition, Codification and Unification, 2014, S. 45 ff.

6 Überblick m.w.N. bei *Kötz* (Fn. 4), S. 15 ff. Nicht überbewerten sollte man jedenfalls die gegenwärtig wohl fehlende EU-Kompetenz zum Erlass eines Europäischen Zivilgesetzbuchs (dazu *Rutgers*, in: Hartkamp/Hesselink/Hondius/Mak/du Perron, Towards a European Civil Code, 4. Aufl. 2011, S. 311 ff.). Sollte sich ein politischer Wille zur weitergehenden Vereinheitlichung herausbilden, wäre das Problem durch Erlass einer entsprechenden Kompetenzvorschrift leicht zu lösen.

ropäische Kodifikation von der Vision zur Wirklichkeit werden könnte.⁷ Die derzeitigen Teilvereinheitlichungen auf dem Gebiet des Vertragsrechts werden dabei als Zwischenschritte auf dem Weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch begriffen.

Der Beitrag wendet sich nicht gegen das Vorhaben der Vereinheitlichung als solches, aber gegen die Vorstellung vom sukzessiven Ausbau eines europäischen Vertragsrechts hin zu einer europäischen Kodifikation des Vermögensrechts. Denn in solchem Stückwerk liegt eine erhebliche Gefahr für die Kohärenz des Privatrechtssystems. Auf einem Teil des Vermögensrechts wie dem Kauf- oder Vertragsrecht aufbauend in Etappen ein ganzes Zivilgesetzbuch zu erschaffen, würde dieses Projekt mit einem anfänglichen strukturellen Mangel infizieren. Bei einem solchen Vorgehen besteht die Erwartung, dass die Elemente des zu errichtenden normativen Systems nicht konsistent als harmonische Einheit zusammenwirken und das Zusammenspiel vertraglicher und außervertraglicher Kräfte⁸ gestört wird. Der Rechtsanwender würde infolgedessen vor mehr Probleme gestellt, als die Vereinheitlichung ihm Vorteile verschaffte.

Zur Begründung dieser These seien zunächst die Entwicklung der bisherigen Vereinheitlichungsprojekte und die dahinterstehenden politischen und wissenschaftlichen Vorstellungen skizziert (II.). Anschließend wird der Frage nachgegangen, warum es aus Sicht vieler Akteure so naheliegend erscheint, mit der Vereinheitlichung des Vertragsrechts zu beginnen und sich zugleich dessen spätere Erweiterung um das Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse und um das Sachenrecht vorzubehalten (III.). Vor diesem Hintergrund verdeutlichen drei Beispiele die zu erwartenden Kohärenzprobleme auf Regel- und Wertungsebene bei nachträglichem Ausbau zu einem gemeineuropäischen Vermögensrecht (IV.). Daran schließt sich die Frage nach Auswegen aus der Kohärenzproblematik an (V.). Adressat des hier im Zentrum stehenden Kohärenzgebots ist also der Rechtssetzer, der Gesetzgeber, der mit einem kohärenten Gesetzbuch eine systemgerechte Rechtsanwendung ermöglicht bzw. erleichtert.

7 Dies sehen auch im Übrigen kritische Beobachter so: *Zimmermann* (Fn. 4), S. X; *Staudinger/Honsell*, BGB (2013), Einleitung zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Rn. 113c.

8 In der Formulierung angelehnt an *Wilburg*, AcP 163 (1964), 346 ff., der damit jedoch die Idee der freien Abwägung von Elementen in einem beweglichen System bezeichnet.

II. Geschichte der europäischen Vereinheitlichungsvorhaben

Der Erlass eines europäischen Zivilgesetzbuchs steht aktuell nicht auf der politischen Agenda, genauer gesagt: nicht mehr, hatte doch insbesondere das Europäische Parlament seit Ende der 1980er Jahre immer wieder entsprechende Forderungen mit Nachdruck erhoben.⁹ Angestachelt durch eine Mitteilung der Kommission aus dem Jahr 2001¹⁰ schlug das Parlament noch im selben Jahr einen nicht nur aus heutiger Perspektive bemerkenswert ambitionierten Zeitplan vor, nach dem ab dem Jahr 2010 ein europäisches Vertragsrecht in Kraft treten sollte.¹¹ In den Folgejahren hatte die Kommission derartige Pläne jedoch zunächst zurückgestellt, um sie schließlich zu verwerfen.¹²

Das zwischenzeitlich verfolgte Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens (*Common Frame of Reference*), von dem nie ganz klar war, was er eigentlich bedeuten sollte,¹³ ist sodann überholt worden von dem Vorhaben einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht,¹⁴ das seinerseits ebenfalls scheiterte. Aktuell stehen zwei Richtlinienentwürfe zur Diskussion, die sich mit Online-Warenhandel bzw. mit Verträgen über digitale Inhalte beschäftigen.¹⁵

9 Resolution A2-157/89, Official Journal C 158, 26.6.1989, S. 400; Resolution A3-0329/94, Official Journal C 205, 25.7.1994, S. 518; Resolution B5-0228, 0229, 0230/2000, Official Journal C 377, 29.12.2000, S. 326; dazu *Heiderhoff* (Fn. 3), Rn. 603 ff.; *Jansen/Rademacher*, in: Smits, Elgar Encyclopedia of Comparative Law, 2. Aufl. 2012, S. 299 f. m.w.N.; siehe auch *Niglia*, *The Struggle for European Private Law: A Critique of Codification*, 2015, S. 7 ff.

10 KOM(2001) 398 endgültig, 11.7.2001.

11 Resolution A5-0384/2001, Official Journal C 140 E, 13.6.2002, S. 541 f.

12 KOM(2003) 68 endgültig v. 12.2.2003; KOM(2004) 651 endgültig v. 11.10.2004.

13 *Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann*, JZ 2008, 529 ff.; *Jansen/Zimmermann*, NJW 2009, 3401 ff.

14 Dazu *Eidenmüller/Jansen/Kieninger/Wagner/Zimmermann*, JZ 2012, 269 ff.; *Mansel*, WM 2012, 1253 ff., 1309 ff.; siehe auch die an *Wagner/Zimmermann*, AcP 212 (2012), 467 ff. anschließenden Beiträge und Berichte der Sondertagung der Zivilrechtslehrervereinigung zum Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.

15 KOM(2015) 634 endgültig v. 9.12.2015; KOM(2015) 635 endgültig v. 9.12.2015. Dazu *Maultzsch*, JZ 2016, 236 ff.; *Smits*, ZEuP 24 (2016), 319 ff.; siehe auch die Beiträge in Wendehorst/Zöchling-Jud, *Ein neues Vertragsrecht für den digitalen Binnenmarkt? Zu den Richtlinienvorschlägen der Europäischen Kommission vom Dezember 2015, 2016*, sowie die Stellungnahme des European Law Institute vom 15.9.2016, verfügbar unter www.europeanlawinstitute.eu.