

de Gruyter Studium

Europäische Methodenlehre

Handbuch für Ausbildung und Praxis

Herausgegeben von

Karl Riesenhuber

2., neu bearbeitete und stark erweiterte Auflage

De Gruyter

Herausgeber:

Professor Dr. *Karl Riesenhuber*, M.C.J., Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht an der Ruhr-Universität Bochum.

Zitiervorschlag:

Kirchner, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 2. Aufl., § 5 Rn 55

broschierte Ausgabe:

ISBN 978-3-89949-634-5

gebundene Ausgabe:

ISBN 978-3-89949-633-8

eISBN 978-3-89949-845-5

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

© 2010 Walter de Gruyter GmbH & Co. KG, Berlin/New York

Datenkonvertierung/Satz: Werksatz Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen

Druck: Hubert & Co. GmbH & Co. KG, Göttingen

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier

Printed in Germany

www.degruyter.com

Vorwort

Die freundliche Aufnahme der ersten Auflage und die Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und, besonders, in der Literatur ließen eine Neuauflage des Werkes ratsam erscheinen. Fragen der europäischen Methodenlehre beschäftigen die Rechtsanwender in der Praxis zunehmend häufig, und auch die wissenschaftliche Erörterung der damit verbundenen Grund- und Einzelfragen hat in den vergangenen Jahren deutlich zugenommen.

Das Grundkonzept des Handbuchs ist unverändert. Einem allgemeinen Teil, in dem Grundfragen der Methodenlehre systematisch erörtert werden, ist ein besonderer Teil nachgestellt, der diese für einzelne Rechtsgebiete exemplarisch erörtert und, wo angezeigt, rechtsgebietsspezifisch vertieft. Die Rechtsprechung der obersten deutschen Bundesgerichtshöfe wie des EuGH ist anschließend systematisch ausgewertet. Alle Kapitel sind indes aktualisiert und überarbeitet, teilweise auch völlig neu verfasst. Anregungen aus dem Leserkreis und von Rezensenten haben Herausgeber und Autoren dabei gern berücksichtigt. Auf die Anregung einer Rezension geht auch die Aufnahme von Länderberichten zur Methodendiskussion in anderen Mitgliedstaaten zurück. Das Handbuch behält damit seine in der ersten Auflage bewusst gewählte Perspektive des „deutschen Rechtskreises“, weist aber zugleich auf – teils signifikant andere – Perspektiven anderer Mitgliedstaaten hin. War schon mit der ursprünglichen Perspektive keine Verengung auf eine rein nationale Lehre intendiert, so sollen die Länderberichte zu einer weiteren Intensivierung der internationalen Diskussion beitragen.

Der Vertrag von Lissabon ist umfassend berücksichtigt, auf die bisherige Rechtslage wird aber durchgehend ebenfalls noch Bezug genommen, um die Arbeit mit älteren Urteilen, Rechtsakten und Dokumenten zu erleichtern.

Für die Mitwirkung an der Neuauflage danke ich meinen Mitarbeitern, die mich bei der Redaktion tatkräftig unterstützt haben, Frau Referendarin Sarah Rohde, Herrn Assessor Frank Rosenkranz, Herrn Referendar Johannes Schmiegel, Frau cand.iur. Ulrike Koch, Frau cand.iur. Sina Krefft, Frau cand.iur. Sandra Rösler und Frau stud.iur. Eva Strippel. Herrn Assessor Alexander Jüchser, jetzt Mitarbeiter in Bonn, danke ich für seinen spontanen und selbstlosen „Feuerwehreinsatz“. Besonderen Dank möchte ich Herrn Assessor Stefan Wichary aussprechen, der die Fäden der Redaktion zuverlässig in den Händen gehalten und die Verzeichnisse selbständig überarbeitet hat und mit dem ich zahlreiche inhaltliche wie redaktionelle Fragen erörtert habe.

Bochum, im Juni 2010

Karl Riesenhuber

Inhaltsübersicht

Vorwort V
Inhaltsverzeichnis IX
Autorenverzeichnis XXIX
Abkürzungsverzeichnis XXXI
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur LI

§ 1 Europäische Methodenlehre – Einführung und Übersicht *Riesenhuber* 1

1. Teil: Grundlagen

§ 2 Juristenmethode in Rom *Harke* 9
§ 3 Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie:
Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts *Baldus* 26
§ 4 Die Rechtsvergleichung *Schwartze* 112
§ 5 Die ökonomische Theorie *Kirchner* 132
§ 6 Vom Wert ökonomischer Argumente bei Gesetzgebung und Rechtsfindung
für den Binnenmarkt *Franck* 159

2. Teil: Allgemeiner Teil

Abschnitt 1 Rechtsquellen

§ 7 Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts *Köndgen* 189

Abschnitt 2 Primärrecht

§ 8 Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts *Pechstein/Drechsler* 224
§ 9 Die primärrechtskonforme Auslegung *Leible/Domröse* 250

Abschnitt 3 Sekundärrecht

§ 10 Systemdenken und Systembildung *Grundmann* 285
§ 11 Die Auslegung *Riesenhuber* 315
§ 12 Die Konkretisierung von Generalklauseln *Röthel* 349
§ 13 Die Rechtsfortbildung *Neuner* 373

Abschnitt 4 Mitgliedstaatliches Recht

§ 14 Die richtlinienkonforme Auslegung *Roth* 393
§ 15 Die überschießende Umsetzung von Richtlinien *Habersack/Mayer* 425
§ 16 Die Vorwirkung von Richtlinien *Hofmann* 462

3. Teil: Besonderer Teil

Abschnitt 1 Methodenfragen in einzelnen Rechtsgebieten

§ 17 Europäisches Vertragsrecht <i>Schmidt-Kessel</i>	487
§ 18 Europäisches Arbeitsrecht <i>Rebhahn</i>	511
§ 19 Europäisches Gesellschaftsrecht <i>Windbichler/Krolop</i>	554
§ 20 Kapitalmarktrecht <i>Kalss</i>	605
§ 21 Europäisches Kartellrecht <i>Ackermann</i>	631

Abschnitt 2 Methodenfragen in der Rechtsprechung

§ 22 Die Rechtsprechung des EuGH <i>Stotz</i>	653
§ 23 Die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (OGB) <i>Schmidt-Räntsch</i>	679

Abschnitt 3 Perspektiven anderer Mitgliedstaaten

§ 24 Frankreich <i>Babusiaux</i>	720
§ 25 Vereinigtes Königreich <i>Schillig</i>	748
§ 26 Die Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Italien <i>Caponi/Piekenbrock</i>	778
§ 27 Spanien <i>Albiez Dohrmann/Sánchez Lorenzo</i>	797
§ 28 Polen <i>Ernst</i>	816

Stichwortregister	837
-----------------------------	-----

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Autorenverzeichnis XXIX
Abkürzungsverzeichnis XXXI
Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur LI

§ 1 Europäische Methodenlehre – Einführung und Übersicht

Karl Riesenhuber

I. Europa und Methodenlehre 1
II. Gegenstände einer Europäischen Methodenlehre 2
III. Begriff der Europäischen Methodenlehre 5
IV. Der Vertrag von Lissabon 5

1. Teil: Grundlagen

§ 2 Juristenmethode in Rom

Jan Dirk Harke

I. Intuition oder Plan? 9
1. Entscheidungsbegründungen und Fallanknüpfung 9
2. Systematische Rechtsfindung 12
II. Deduktion 13
1. Juristenregeln als Subsumtionsbasis 13
2. Gesetzesauslegung 16
III. Rechtsfortbildung 19
1. Fortentwicklung des Juristenrechts 20
2. Fortbildung des Gesetzesrechts 23
IV. Zusammenfassung 24

§ 3 Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie:
Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts

Christian Baldus

I. Einführung 28
1. Problemstellung: Entscheidungsmechanismen und Transparenzmechanismen 28
2. Rechtsvergleichender Überblick 29
3. Untersuchungsgegenstand und Grenzen 32
II. Römische Tradition 37
1. Normbildung und *interpretatio* 37

Inhaltsverzeichnis

2. Der klassische Jurist als Ausleger	40
3. Aussagen der klassischen Jurisprudenz	41
III. Hermeneutische Positionen um 1800	45
1. Spätes Gemeines Recht und geistiges Umfeld	45
2. Veränderungen zwischen Aufklärung und Romantik: Grundlinien der Methodenlehre Savignys	46
3. Überblick: Folgeentwicklungen im deutschen und französischen Rechtsdenken	51
IV. Kernpunkte der Methodenlehre Savignys	52
1. Vorlesungen	53
2. Der „Beruf“	60
3. Das „System“	64
V. Deutsche Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert	73
1. Voraussetzungen	73
2. Überblick zu einzelnen Autoren	74
3. Grundlinien	84
VI. Fortwirkungen im 20. Jahrhundert	84
VII. Französische Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert	88
VIII. Überschneidungsbereiche	92
1. Auswahl und Problemstruktur	92
2. Nicht behandelte Rechtsordnungen	93
3. Italien	96
IX. Folgerungen für Europäisches Privatrecht und Gemeinschaftsprivatrecht	100
1. Fragen	100
2. Perspektiven: Systembildung und differenzierte Integration	102
3. Zur Rolle der Rechtsgeschichte	105
X. Zusammenfassung	109
XI. Epilog: Was kann historische Auslegung sein?	109

§ 4 Die Rechtsvergleichung

Andreas Schwartze

I. Einleitung – Stellung und Funktionen der rechtsvergleichenden Methode	113
II. Der Einsatz der Rechtsvergleichung bei der Entstehung von Europäischem Privatrecht	115
1. Primärrechtliche Ebene	116
2. Sekundärrechtliche Ebene	117
a) Herkömmliche Rechtsangleichung	118
b) Neuartige Regelungsinstrumente	121
III. Der Einsatz der Rechtsvergleichung bei der Anwendung von Europäischem Privatrecht	123
1. Auslegung von Europäischem Privatrecht durch den EuGH	123
2. Auslegung von Europäischem Privatrecht durch nationale Gerichte	126
IV. Der Einsatz der Rechtsvergleichung in Forschung und Lehre zum Europäischen Privatrecht	128
1. Wissenschaftliche Projekte	129
2. Juristische Ausbildung	130
V. Ausblick – Rechtsvergleichung in einem zunehmend integrierten Rechtsraum	131

§ 5 Die ökonomische Theorie

Christian Kirchner

I. Problemstellung und Gang der Darstellung	134
II. Grundüberlegungen zur Integration ökonomischer Theorieansätze in Interpretationsansätze rechtlicher Regelungen	135
III. Grundüberlegungen zur am Normzweck ausgerichteten Interpretationsmethode rechtlicher Regelungen	136
IV. Ökonomische Zielorientierung europäischen Unionsrechts: Implikation für die Methodik der Interpretation	137
1. Ökonomische Zielorientierung europäischen Unionsrechts	137
2. Methodische Implikationen der ökonomischen Zielorientierung des Unionsrechts	138
3. Methodische Antworten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und in der Literatur	139
V. Methodische Defizite herkömmlicher Ansätze	140
1. Methodische Defizite des Zweck-Mittel-Paradigmas	140
2. Methodische Defizite von Wirkungsanalysen	141
3. Zwischenfazit	142
VI. Ein ökonomischer Ansatz für vergleichende Wirkungsanalysen	143
1. Hypothesenbildung	143
2. Unabhängige und abhängige „ökonomische“ Variable	143
3. Wirkungsweise der Änderung von Restriktionen (unabhängigen Variablen)	143
4. Rechtliche Regelungen als unabhängige Variable	143
5. Änderung von Restriktionen bei Konstanz der Präferenzen	144
6. Annahme eigennutzorientierten Rationalverhaltens	145
7. Methodologischer Individualismus/Prinzipal-Agent-Verhältnis	145
8. Wirkungsanalyse auf der Grundlage des ökonomischen Theorieansatzes	146
VII. Integration des ökonomischen Ansatzes in den rechtswissenschaftlichen Interpretationsansatz	146
VIII. Wahl des ökonomischen Ansatzes	147
1. Vorüberlegungen	147
2. Ökonomische Analyse des Rechts: Verwendung des neoklassischen Ansatzes	148
3. Ökonomische Theorie des Rechts: Institutionenökonomischer Ansatz	149
a) Vorüberlegungen	149
b) Annahmen der Institutionenökonomik in der positiven Theorie	150
c) Unterschiedlicher normativer Ansatz	151
IX. Zwischenfazit: Eine institutionenökonomische Interpretationsmethode für das europäische Unionsrecht	153
X. Legislative Rechtsfortbildung: Der Beitrag der ökonomischen Theorie	154
1. Vorüberlegungen	154
2. Positive Analyse von Normsetzungsverfahren	155
3. Normative Fragestellung aus institutionenökonomischer Sicht	156
4. Ökonomische Problematik von Komitologieverfahren	157
XI. Ausblick	157

§ 6 Vom Wert ökonomischer Argumente bei Gesetzgebung und Rechtsfindung für den Binnenmarkt

Jens-Uwe Franck

I. Einführung	160
II. Grundlagen	162
1. Utilitarismus und Wohlfahrtsökonomik	162
2. Posners „everyday pragmatism“	163
3. Kritik konsequentialistischer Denkweise (<i>Hayek</i>)	164
4. Ausdifferenzierung des ökonomischen Ansatzes	164
a) Neue Institutionenökonomik	164
b) Behavioural Law and Economics	165
c) Economics of Happiness	166
5. Zwischensumme	167
III. Ausgestaltung der Rechtsregeln für den Binnenmarkt	168
1. Wirtschaftsverfassung und Wohlfahrtsgewinne durch die Integration der mitgliedstaatlichen Märkte	168
2. Aussicht auf Wohlfahrtsgewinne und Binnenmarktkompetenz	172
3. Zur Wahl der Regelungsebene	174
a) Vorteile einheitlicher Regelungen	176
b) Vorteile dezentraler Rechtsetzung	176
4. Verarbeitung verhaltenswissenschaftlicher Erkenntnisse (<i>Behavioural Economics</i>)	178
IV. Ökonomische Argumente und Rechtsfindung für den Binnenmarkt	181
1. Grundfreiheiten	181
2. Sekundärrecht	183
3. Zur Zögerlichkeit des EuGH, explizit ökonomisch zu argumentieren	186

2. Teil: Allgemeiner Teil

Abschnitt 1 Rechtsquellen

§ 7 Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts

Johannes Köndgen

I. Grundlagen	191
1. Die Autonomie der europäischen Rechtsquellenlehre	191
2. Mehrstufigkeit und Mehridirektionalität: einige Grundbegriffe	193
3. Grundfragen einer Rechtsquellenlehre des Europäischen Privatrechts	195
a) Der Marktbürger als Adressat europäischer Rechtsquellen: von der „Drittwirkung“ zur „Horizontalwirkung“	195
b) Vom klassischen zum „regulatorischen“ Privatrecht – und wieder zurück?	197
II. Das Primärrecht, insbesondere die Grundfreiheiten als Rechtsquelle des Privatrechts	199
1. Die Grundfreiheiten als Grenze und Inpflichtnahme mitgliedstaatlicher Privatrechtsgesetzgebung	199
2. Die Geltung der Grundfreiheiten unter Privatrechtssubjekten (Horizontalverhältnis)	202
3. Die Geltung sonstigen Primärrechts in Privatrechtsbeziehungen	204

III. Das Privatrecht in der sekundärrechtlichen Rechtsquellenproduktion	205
1. Richtlinien	205
a) Richtlinien als „unvollkommene“ Rechtsquelle	205
aa) Richtlinien als „medialisierte“ Rechtssetzung	205
bb) Richtlinien als fragmentarische Rechtssetzung	207
b) Die Unvollkommenheit des Richtlinienprivatrechts	208
aa) Mindestharmonisierung oder Vollharmonisierung?	208
bb) Defizite bei den Sanktionen	209
cc) Unmittelbare Wirkung von Richtlinien als Ausnahme	210
c) Die Bedeutung der Begründungserwägungen	212
2. Verordnungen	214
a) Die Verordnung über Gebühren beim grenzüberschreitenden Geldtransfer und bei grenzüberschreitender Mobilfunknutzung	215
b) Die Verordnung über die Societas Europea	215
c) Ein Europäisches Vertragsgesetzbuch als Verordnung?	216
3. Gemeineuropäische Rechtsprinzipien des Privatrechts	217
IV. „Indirekte“ Wirkungen von Unionsrecht: primär- und sekundärrechtskonforme Auslegung mitgliedstaatlichen Rechts	218
V. Europäisches Soft Law	220
1. Mitteilungen und Aktionspläne	220
a) „Interpretative“ Mitteilungen der Kommission	220
b) Empfehlungen und Aktionspläne	220
2. „Expertenrecht“	221
a) Delegation auf Fachleute: Ausführungsrichtlinien unter dem sog. Lam- falussy-Prozess	221
b) „Koregulierung“: Codes of Best Practice	221
VI. Résumé und Ausblick	223

Abschnitt 2 Primärrecht

§ 8 Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts

Matthias Pechstein/Carola Drechsler

I. Einleitung	225
II. Rechtliche Unterscheidung zwischen intergouvernementalem und supranationalem Europarecht	226
1. Rechtsnatur des supranationalen Unionsrechts	227
2. Rechtsnatur des intergouvernementalen Unionsrechts	228
III. Anzuwendende Methodengrundsätze im Unionsrecht	229
IV. Auslegungsmethoden im supranationalen Unionsrecht	230
1. Stellung des EuGH im Rahmen von Auslegungsfragen	231
2. Einzelne Auslegungsmethoden	232
a) Grammatikalische Auslegung bzw. Wortlautauslegung	232
b) Systematische Auslegung	234
c) Teleologische Auslegung	236
d) Historische Auslegung	238
e) Rechtsvergleichende Methode	239
3. Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander	240

V. Auslegungsmethoden im intergouvernementalen Unionsrecht	241
1. Auslegung völkerrechtlicher Verträge	242
2. Auslegungsmethoden gem. Art. 31 WVK	242
a) Grammatikalische Auslegung bzw. Wortlautauslegung	243
b) Systematische Auslegung	243
c) Teleologische Auslegung	243
3. Ergänzende Auslegungsmittel Art. 32 WVK	244
a) Historische Auslegung	244
b) Rechtsvergleichende Auslegung	244
4. Verhältnis der Auslegungsmethoden zueinander	245
VI. Rechtsfortbildung	246
VII. Zusammenfassung	248
 § 9 Die primärrechtskonforme Auslegung	
<i>Stefan Leible/Ronny Domröse</i>	
I. Funktion, Begriff und Spielarten der primärrechtskonformen Auslegung	252
II. Die primärrechtskonforme Auslegung des abgeleiteten Unionsrechts	255
1. Das primäre Unionsrecht als Maßstab für die Auslegung abgeleiteten Unionsrechts	255
a) Die möglichen Bezugspunkte im primären Unionsrecht	255
b) Die Auswahl des richtigen Bezugspunkts im Primärrecht: grundfreiheiten- und grundrechtskonforme Auslegung	256
aa) Bindung der Unionsorgane an die Grundfreiheiten	257
bb) Grundfreiheitenkonforme Auslegung und Mindestharmonisierung	257
cc) Grundfreiheitenkonforme Auslegung bei Totalharmonisierung	258
(1) Feststellung einer beschränkenden Wirkung totalharmonisierender Maßnahmen	258
(2) Unterscheidung zwischen grundfreiheiten- und grundrechtskonformer Auslegung	258
2. Der Geltungsgrund der primärrechtskonformen Auslegung abgeleiteten Unionsrechts	261
a) Die Rechtmäßigkeitsvermutung abgeleiteten Unionsrechts	261
b) Der Systemgedanke, der Vorrang des primären Unionsrechts und die Respektierung der Autorität des Unionsgesetzgebers	262
3. Das Verhältnis der primärrechtskonformen Auslegung zu den übrigen Auslegungskriterien und ihre Stellung im System der juristischen Methodenlehre	264
4. Die Reichweite des Gebots primärrechtskonformer Auslegung abgeleiteten Unionsrechts	265
5. Die methodologischen Grenzen des Gebots primärrechtskonformer Auslegung abgeleiteten Unionsrechts	266
a) Zulässigkeit und Mittel der primärrechtskonformen Fortbildung abgeleiteten Unionsrechts	266
b) Das Verbot des <i>contra-legem</i> -Judizierens als Schranke der primärrechtskonformen Fortbildung abgeleiteten Unionsrechts	269
III. Die primärrechtskonforme Auslegung des nationalen Rechts	269
1. Das primäre Unionsrecht als Maßstab für die Auslegung nationalen Rechts	270
a) Die möglichen Bezugspunkte im primären Unionsrecht	270
b) Die Begrenzung des Gebots primärrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts auf den Anwendungsbereich des primären Unionsrechts	271

2. Der Geltungsgrund der primärrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts	272
a) Der Wille des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers bei der „Umsetzung“ primärrechtlicher Vorgaben	272
b) Begründung auf der Grundlage des Systemdenkens?	273
c) Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts und die Rücksichtnahme auf die mitgliedstaatliche Souveränität	274
3. Das Verhältnis der primärrechtskonformen Auslegung zu den übrigen Auslegungskriterien und ihre Stellung im System der juristischen Methodenlehre	275
4. Die Reichweite des Gebots primärrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts	275
a) Nationales Recht des <i>forum</i>	275
b) Nationales Recht anderer EU-Mitgliedstaaten	275
5. Die methodologischen Grenzen des Gebots primärrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts	276
a) Zulässigkeit und Mittel der primärrechtskonformen Fortbildung nationalen Rechts	276
b) Das Verbot des <i>contra-legem</i> -Judizierens als Schranke der primärrechtskonformen Fortbildung nationalen Rechts?	279
IV. Exkurs: Das primäre Unionsrecht als Gegenstand der Konformauslegung?	280
1. Primärrechtskonforme Auslegung des Primärrechts	281
2. Sekundärrechtskonforme Auslegung des Primärrechts	282
3. National-verfassungskonforme Auslegung des Primärrechts	283

Abschnitt 3 Sekundärrecht

§ 10 Systemdenken und Systembildung

Stefan Grundmann

I. Einleitung	286
II. Gesamtsystem	287
1. Zweiebenensystem	287
a) Phänomen	287
b) Zuordnung zentrale und dezentrale Regelsetzung: Bewertung und Zukunft	288
2. Eckpunkte-, zunehmend auch Alternativmodell	290
a) Eckpunktemodell	290
b) Alternativmodell	291
3. Modell der materiellen Freiheit	292
a) Freiheit – vom liberalen Freiheitskonzept zum Konzept materieller Freiheit	292
b) Beispiele	293
4. Einführung zu den Einzelgebieten	296
III. Wichtige Systemfragen im Europäischen Vertragsrecht	297
1. Von der Vertragsrechtsregulierung zum flächendeckenden Vertragsrechtsansatz	297
a) Vertragsrechtsregulierung	297
b) Auf dem Weg zum flächendeckenden Vertragsrecht	297
2. Ausstrahlwirkung: Frage der Generalisierbarkeit	298
a) Vom Verbraucherrecht zum allgemeinen Vertragsrecht	298
b) Vom Besonderen Teil zum Allgemeinen Teil	299
c) Der Beitrag des Akademischen Referenzrahmens	300
d) Wettbewerb der Formen?	300
3. Einzelne Systemgedanken, vor allem: Besonderes Gewicht des Informationsmodells	301

Inhaltsverzeichnis

a) Besonderes Gewicht des Informationsmodells	301
b) Überblick zu weiteren Systemgedanken	302
IV. Wichtige Systemfragen im Europäischen Gesellschaftsrecht	303
1. Leitidee: Standardisierung des Außenverhältnisses von Kapitalgesellschaften und Verbürgung von Verfassungsrechten in (Publikums-)Aktiengesellschaften	303
a) Standardisierung des Außenverhältnisses von Kapitalgesellschaften	303
b) Betonung des Außenverhältnisses auch durch prononcierte Kapitalmarkt- orientierung	306
c) Verbürgung von Verfassungsrechten in (Publikums-)Aktiengesellschaften	307
2. Ausstrahlwirkung: Wettbewerb und Kompatibilität der Formen	310
a) Wettbewerb der Formen	310
b) Kompatibilität der Formen	311
c) Generalisierbarkeit?	312
3. Besonderes Gewicht des Informationsmodells	312
V. Ausblick	314

§ 11 Die Auslegung

Karl Riesenhuber

I. Autonome Auslegung	317
II. Ziel der Auslegung	320
III. Kriterien der Auslegung	322
1. Die grammatikalische Auslegung	322
a) Ausgangspunkt für die Auslegung	322
b) Wortlaut und Sprachenvielfalt	322
c) Relativität der Rechtsbegriffe	325
2. Die systematische Auslegung	326
a) Der sprachliche Bedeutungszusammenhang	326
b) Der rechtlich-systematische Bedeutungszusammenhang	326
c) Systematische Auslegung unter Berücksichtigung von Regelungs- vorschlägen und -entwürfen?	328
3. Die historische und genetische Auslegung	330
a) Der Gesetzgeber	330
b) Zugängliche Materialien	331
c) Exkurs: Die Rechtsnatur der Begründungserwägungen	332
d) Grundsätzliche Irrelevanz eines „Vorbildrechts“	333
e) Die Beachtung der vorbestehenden Regelungssituation in den Mitglied- staaten	333
4. Die teleologische Auslegung	334
a) Regelungszweck und Angleichungszweck	334
b) Teleologische Auslegung und „praktische Wirksamkeit“ (effet utile)	336
c) Die „Dynamik“ des Europäischen Privatrechts	338
d) Leitbilder als Hilfsmittel der teleologischen Auslegung	339
IV. Rangfolge der Auslegungskriterien	340
V. Einzelne Auslegungsregeln	342
1. „In dubio pro consumente“?	343
2. Sind Ausnahmeregeln „eng“ auszulegen?	345

§ 12 Die Konkretisierung von Generalklauseln*Anne Röthel*

I. Methodengerechtigkeit und Kompetenzordnung	351
II. Konkretisierung in der gemeinschaftlichen Kompetenzordnung	352
1. Institutionelle Ordnung	352
a) Auslegungsbefugnis des EuGH	353
b) Rechtsfortbildungsbefugnis des EuGH	354
2. Materielle Begründung der Konkretisierungskompetenz	354
a) Begriffliche Verweisungen auf das mitgliedstaatliche Recht	356
b) Rechtsangleichungsintention	357
c) Anwendung auf die Klausel-Richtlinie	358
III. Aufgabenwahrnehmung durch den EuGH	358
1. Océano	359
2. Freiburger Kommunalbauten	360
3. Grundannahmen der EuGH-Rechtsprechung	360
4. Weiterführungen: Konkretisierung und Vollharmonisierung	361
IV. Konkretisierungsmethoden	364
1. Gemeinschaftsautonome Konkretisierungsmethode	364
2. Konkretisierung durch Auslegung am Beispiel der Klausel-Richtlinie	365
3. Maßstäbe der Rechtsgestaltung	366
a) Referenzordnungen	366
aa) Erfordernis einer gemeinschaftsautonomen Referenzordnung	367
bb) Sekundärrechtliche Referenzordnungen	368
b) Prinzipien und Leitbilder	369
c) Auf dem Weg zum Referenzrahmen	370
V. Konkretisierung als Prozess	371

§ 13 Die Rechtsfortbildung*Jörg Neuner*

I. Grundlagen	374
1. Zur Terminologie des Gemeinschaftsrechts	375
2. Zur Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts	376
3. Zur Besonderheit des Gemeinschaftsrechts	377
II. Die Befugnis zur Rechtsfortbildung	377
1. Die rechtsprechende Gewalt	377
2. Die gesetzgebende Gewalt	378
3. Die faktische Gewalt	378
III. Die Schranken der Rechtsfortbildung	379
1. Die Bindung an das Gesetz	379
a) Die kompetentielle Dimension	379
aa) Das institutionelle Gleichgewicht	379
bb) Die konkurrierende Regelungszuständigkeit	379
b) Die inhaltliche Dimension	380
aa) Die Wortsinnngrenze	380
bb) Die gesetzgeberische Regelungsabsicht	381
c) Die zeitliche Dimension	382
aa) Die Vorwirkung	382
bb) Die Rückwirkung	382

2. Die Bindung an das Präjudiz	383
a) Der Grundsatz der Entscheidungsfreiheit	383
b) Der Grundsatz des Vertrauensschutzes	383
IV. Die Methodik der Rechtsfortbildung	384
1. Die Rechtsfindung praeter legem	385
a) Die Lückenfeststellung	385
aa) Das externe System	385
bb) Das interne System	386
b) Die Maßstäbe der Lückenausfüllung	386
aa) Der Gleichheitssatz	386
bb) Das Primärrecht	388
c) Die Grenzen der Lückenausfüllung	389
aa) Analogieverbote	390
bb) Unausfüllbare Lücken	390
2. Die Rechtsfindung contra legem	390
a) Die Feststellung der Nichtigkeit	391
b) Die Folgen der Nichtigkeit	391
c) Die Einzelfallgerechtigkeit	392
V. Schlussbetrachtung	392

Abschnitt 4 Mitgliedstaatliches Recht

§ 14 Die richtlinienkonforme Auslegung

Wulf-Henning Roth

I. Unionsrechtliche Vorgaben	395
1. Grundlagen im Unionsrecht	395
a) Auslegung der lex fori	395
b) Auslegung des Rechts eines anderen Mitgliedstaats	396
2. Richtlinien- und unionsrechtskonforme Auslegung	398
3. Zeitpunkt	399
4. Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Anwendbarkeit	400
5. Anwendungsbereich	401
6. „Auslegung“ und Rechtsfindung	402
7. Methodische Vorgaben für die nationalen Gerichte	404
a) „So weit wie möglich“	405
b) Umsetzungsgesetzgebung	405
c) Methodische Gleichbehandlung	407
8. Schranken einer richtlinienkonformen Auslegung	409
a) Allgemeine Rechtsgrundsätze	409
b) Richtlinienkonforme Auslegung auch zu Lasten des Einzelnen?	409
c) Schranken des nationalen (Verfassungs-)Rechts	410
II. Die Umsetzung im nationalen (deutschen) Recht	411
1. Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung kraft nationalen Rechts	411
a) Art. 20 Abs. 3, Art. 23 Abs. 1 GG	411
b) Wille des deutschen Gesetzgebers	412
2. Berücksichtigung im Rahmen der klassischen Auslegungsmethoden	412
3. Richtlinienkonforme Auslegung als interpretatorische Vorrangregel	413
4. Richtlinienkonforme Auslegung und ihre Grenzen im nationalen Recht	414
5. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	415

a) Grundlage: Bindung an die Richtlinie über Art. 20 Abs. 3, Art. 23 Abs. 1 GG	415
b) Lücke als Voraussetzung der Rechtsfortbildung?	416
c) Die Instrumente der Rechtsfortbildung	418
d) Die Grenzen der Rechtsfortbildung	419
e) Normenkollisionen	421
aa) Unmittelbar anwendbares Richtlinienrecht	422
bb) Nicht unmittelbar anwendbares Richtlinienrecht	422

§ 15 Die überschießende Umsetzung von Richtlinien

Mathias Habersack/Christian Mayer

I. Einleitung	426
1. Der Grundtatbestand der überschießenden Umsetzung	426
2. Die überschießende Umsetzung als Rechtsproblem	429
II. Tatbestand und europarechtliche Zulässigkeit der überschießenden Umsetzung	430
1. Fallgruppen überschießender Umsetzung	430
a) Persönlicher Anwendungsbereich	430
aa) Verbraucherschutz	430
bb) Handels-, Bilanz- und Gesellschaftsrecht	431
cc) Lauterkeitsrecht	432
b) Sachlicher Anwendungsbereich	432
c) Örtlicher Anwendungsbereich	433
2. Abgrenzung der überschießenden Umsetzung gegenüber verwandten Konstellationen	434
a) Inhaltliche Übererfüllung von Richtlinien	434
b) Fakultative Umsetzung, opt-out	435
c) Textgleiche Normen	436
3. Zur europarechtlichen Zulässigkeit von überschießender Umsetzung und inhaltlicher Übererfüllung von Richtlinien	436
III. Die Auslegung des nationalen Rechts	438
1. Problemstellung	438
2. Pflicht zu einheitlicher Auslegung aus Gemeinschaftsrecht?	441
a) Unmittelbare gemeinschaftsrechtliche Pflicht zu richtlinienkonformer Auslegung auch im Überschussbereich?	441
b) Mittelbare gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung	442
c) Rechtsprechung des EuGH zu TRIPS	446
3. Keine Pflicht zu einheitlicher Auslegung aus nationalem Recht	448
4. Kriterien zur Auslegung der Norm im Überschussbereich	449
a) Auslegung als interpretatorische Gesamtabwägung	449
b) Bedeutung des gesetzgeberischen Willens	450
c) Vermutung für einheitliche Auslegung	452
d) Gründe für eine gespaltene Auslegung	453
aa) Verfassungskonforme Auslegung	453
bb) Überwiegende Bedeutung der Sachentscheidung und erhebliche Abweichung von dieser durch die richtlinienkonforme Auslegung	454
cc) Zusätzliche Auslegungsgesichtspunkte, die nur im überschießenden Bereich der Norm vorhanden sind	454
IV. Überschießende Umsetzung und Internationales Privatrecht	457
V. Zur Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs	458

1. Rechtsprechung des EuGH	458
2. Präzisierung der Fragestellung	459
3. Vorlagemöglichkeit?	459
VI. Zusammenfassung und Ausblick	460
 § 16 Die Vorwirkung von Richtlinien	
<i>Christian Hofmann</i>	
I. Einleitung	463
II. Allgemeine Grundsätze zur Wirkung von EU-Richtlinien	464
1. Umsetzungspflicht nach Ablauf der Umsetzungsfrist	464
2. Graduelle Entfaltung von Rechtswirkung	464
3. Keine Bindungswirkung durch Richtlinienvorschläge	465
III. Das sog. Frustrationsverbot	466
1. Die Rechtsprechung des EuGH	466
a) Die Vorgaben in der Rechtssache Inter-Environnement Wallonie	466
b) Die Vorgaben in den Rechtssachen ATRAL, Mangold und Stichting	467
2. Keine generelle Sperrwirkung	469
3. Rechtsfolgen des Frustrationsverbots	470
4. Keine Auswirkungen auf die Horizontalwirkung von Richtlinien	471
IV. Die Bedeutung der Vorwirkung für die Auslegung nationalen Rechts	473
1. Umsetzung durch den Gesetzgeber vor Ablauf der Umsetzungsfrist	473
2. Auslegung während des Laufs der Umsetzungsfrist vor legislativem Tätigwerden	474
a) Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Adeneler	474
b) Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs	475
3. Berechtigung und Verpflichtung der Rechtsprechung zu richtlinienkonformer Auslegung	477
a) Geteiltes Meinungsbild	477
b) Richtlinienumsetzung durch die Rechtsprechung	478
c) Nationale Vorgaben	480
d) Europäische Vorgaben	481
V. Die Vorwirkung von Richtlinien bei der Anwendung nationaler Vorschriften durch die Verwaltung	484
VI. Zusammenfassung	485

3. Teil: Besonderer Teil

Abschnitt 1 Methodenfragen in einzelnen Rechtsgebieten

§ 17 Europäisches Vertragsrecht

Martin Schmidt-Kessel

I. Vertragsrecht als Topos im Europäischen Rechtssystem	489
1. Vertragsrecht statt Obligationenrecht	489
2. Begriffskern und Unschärfen am Begriffsrand	490
II. Methoden des Unionsrechts im Vertragsrecht	492
III. Normative Besonderheiten des Vertragsrechts und deren Konsequenzen für das methodische Instrumentarium	495

1. Instrumentarium des Vertragsrechts	495
2. Ergänzungsfunktion des dispositiven Rechts	495
3. Zwingendes Recht als Grenze der Vertragsfreiheit	496
IV. Vertragsauslegung	497
1. Parteiwille als maßgebliches Kriterium	497
2. Objektivierungen	498
a) Bestimmung des Auslegungsmaterials	498
b) Risikozuweisungen	499
V. Zum Umgang mit dispositivem Vertragsrecht	500
1. Anpassung der Methodik	501
2. Beschränkte Bedeutung des klassischen Kanons	501
a) Wortlaut und Entstehungsgeschichte	501
b) Telos der Norm	502
c) Systemgestützte Erwägungen	503
3. Auswirkungen auf die Rechtsquellenlehre	504
4. Parteidispositives, aber staatenzwingendes Vertragsrecht	505
VI. Anwendungsfragen bei zwingendem Vertragsrecht	505
1. Vertragsfreiheit als Auslegungsdirektive	505
2. Anwendung des etablierten Kanons?	506
3. Zur Leitbildfunktion des dispositiven Rechts	507
4. Verbot der Analogie?	507
VII. Ausblick: Methodenfragen im Umgang mit dem Gemeinsamen Referenzrahmen	508
1. Funktionen des Gemeinsamen Referenzrahmens	508
2. Systembildung durch den Gemeinsamen Referenzrahmen	508
3. Zur künftigen Auslegung des Instruments	509

§ 18 Europäisches Arbeitsrecht

Robert Rebhahn

I. Einleitung	512
II. Allgemeines	515
1. Unterschiede je nach Rechtsquelle oder Rechtsgebiet?	515
2. Verweis auf Vorjudikatur	516
3. Schlussanträge der Generalanwälte	517
4. Einheitliche Auslegung	518
III. Zu den verschiedenen Argumenten	520
1. Wortlaut	520
2. Rechtstextzusammenhang	522
3. Kompetenzkonforme Interpretation?	524
4. Regelungszweck	526
5. Inneres System und <i>favor laboris</i> als Argumente?	529
6. Pragmatische Schlüsse	533
7. Entstehungsgeschichte und Rechtsvergleichung	534
8. Allgemeine Rechtsgrundsätze	536
a) Grundrechte	536
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	538
c) Vertrauensschutz	539
9. Rechtsfortbildung	540
IV. Ausgewählte Entscheidungen und Fragen	541
1. Begriff des Arbeitnehmers	541

2. Verbot der Diskriminierung	542
3. Grundfreiheiten und Arbeitsrecht	545
4. Individualarbeitsrecht: Arbeitszeit, Betriebsübergang, Nachweis	547
5. Kollektives Arbeitsrecht und Mitwirkung der Sozialpartner	549
6. Unmittelbare Wirkung von Richtlinien	550
V. Richter und Urteilsstile	551
VI. Schlussbemerkungen	552

§ 19 Europäisches Gesellschaftsrecht

Christine Windbichler/Kaspar Krolop

I. „Gesellschaftsrecht“ im europäischen Recht	556
1. Eingrenzung	556
2. Europäische Regelungsdichte	558
a) Primärrecht	558
b) Sekundärrecht	560
aa) Verordnungen	560
bb) Richtlinien	562
3. Dynamik der Rechtsentwicklung	563
a) Aktuelle Entwicklung	563
b) Allgemeine Tendenzen	565
c) Methodische Aspekte der aktuellen Entwicklung	567
4. Besonderheiten des Gesellschaftsrechts und die Frage der Systemkonvergenz	569
II. Anwendungsbeispiel: Die verdeckte Sacheinlage	570
1. Praktisches Ausgangsproblem	570
a) Interessenlagen	570
aa) Inferent	570
bb) Die Gesellschaft selbst	571
cc) Gläubiger	571
dd) Übrige Gesellschafter	571
b) Ökonomische Implikationen	572
2. Rechtlicher Einstieg: Nationales Gesellschaftsrecht	572
a) Forderungseinbringung als Sacheinlage	572
b) „Lästigkeit“ des Sacheinlageverfahrens und der Versuch der Vermeidung	573
c) Die Lehre von der verdeckten Sacheinlage als Reaktion	573
3. Erschließung der europäischen Dimension	577
a) Vorlage beim EuGH	577
aa) 1. Fragenkreis: Mindest- oder Höchstnorm	578
bb) 2. Fragenkreis: Rechtfertigung allgemeinen Umgehungsschutzes	579
b) Methodische Erträge	581
III. Europäische und nationale Entwicklungsperspektive	583
1. Europäische Ebene	583
a) Gesellschaftsrecht allgemein	583
b) Kapitalaufbringungsschutz im Besonderen	584
2. Kollisionsrechtliche Ebene: Wahlfreiheit hinsichtlich des Gesellschaftsstatuts	586
a) Gewährleistung der Wahlfreiheit des Gesellschaftsstatuts	587
b) Bestimmung der Reichweite des Gesellschaftsstatuts	589
aa) Die Einordnung nach nationalem Kollisionsrecht: Fallbeispiel Insolvenzverschleppungshaftung	590
bb) Die europarechtliche Dimension	592
cc) Folgerungen	594

3. Verzahnung von europäischer und nationaler Ebene: Methodenfragen bei der SE	595
a) Das Verhältnis der Vorgaben in der SE-VO zum nationalen Recht	595
b) Die doppelte Dimension von Satzungsstrenge und Satzungsautonomie bei der SE	596
c) Stellung der Vereinbarung über die Beteiligung der Arbeitnehmer bei der SE in der Normenhierarchie	598
4. Nationale Ebene	599
a) Gesellschaftsrecht allgemein	599
b) Kapitalaufbringungsschutz im Besonderen	600
c) SE als besondere Herausforderung im Wettbewerb der Rechtsordnungen	603
5. Ausblick	603

§ 20 Kapitalmarktrecht

Susanne Kalss

I. Einleitung	606
II. Junges dynamisches Rechtsgebiet	606
1. Dramatische Änderung des Markts	606
2. Das neue kapitalmarktrechtliche Normsetzungsverfahren	608
3. Die Rolle von CESR bei der Normsetzung und -auslegung	609
4. Besonderheiten für die Interpretation der Normen	611
5. CESR – Dritte Regelungsebene	617
6. Exkurs: Internationale Rechnungslegungsstandards	618
III. Effizienz als Maßstab des Kapitalmarktrechts	622
IV. Kapitalmarktrecht – Eine Querschnittsmaterie	622
1. Öffentliches – Privates Recht	622
2. Wohlverhaltensregeln – eine Doppelnatur	623
3. Auslegung der Regelungen mit Doppelnatur	626
4. Vertragliche Regelungen	626
5. Schutzgesetzcharakter von Normen	626
6. Gespaltene Interpretation	628
V. Resümee	629

§ 21 Europäisches Kartellrecht

Thomas Ackermann

I. Die Quellen des EU-Kartellrechts	633
1. Primärrecht	633
2. Sekundärrecht	634
a) Die Kartellverordnung	634
b) Gruppenfreistellungsverordnungen	635
c) Die Fusionskontrollverordnung	636
3. Bekanntmachungen und Leitlinien der Kommission	637
II. Die Interpretation EU-kartellrechtlicher Normen	638
1. Autonome Begrifflichkeit	639
2. Die Bedeutung ökonomischer Erkenntnisse für die Kartellrechtsanwendung	641
3. Das Verhältnis der europäischen zur nationalen Anwendungsebene: Das Kohärenzgebot	644
4. Die Rolle der europäischen Judikative: Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte durch Beurteilungsspielräume?	645

III. Die Ausstrahlung des EU-Kartellrechts auf das mitgliedstaatliche Kartellrecht . . .	647
1. Vorrang des EU-Kartellrechts und autonome Anpassung des mitgliedstaatlichen Rechts	647
2. Die europarechtsorientierte Auslegung des deutschen Kartellrechts	649
a) Europarechtsorientierung als Resultat der Auslegung angeglicherer GWB-Normen	649
b) Vorlagemöglichkeit?	650
3. Dynamische Verweisung auf Sekundärrecht	651

Abschnitt 2 Methodenfragen in der Rechtsprechung

§ 22 Die Rechtsprechung des EuGH

Rüdiger Stotz

I. Die Herausforderung – Über Heterogenität zur Einheitlichkeit	654
II. Die Auslegung nationalen Rechts	658
III. Die Auslegung des Unionsrechts	659
1. Der Auslegungskanon	659
2. „Auslegung“ durch den Gerichtshof und „Anwendung“ durch das nationale Gericht	663
3. Unionsrechtskonforme Auslegung	672
IV. Die Bedeutung von Präjudizien	675
V. Ausblick	677

§ 23 Die Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes (OGB)

Jürgen Schmidt-Räntsch

I. Mögliche Gegenstände der Auslegung durch die OGB	681
1. Öffentliches Recht	681
2. Zivil- und Arbeitsrecht	682
3. Strafrecht	683
II. Auslegungskompetenz der OGB	685
1. Auslegungsmonopol des EuGH	685
a) Auslegung des Gemeinschaftsrechts	685
b) Anwendung des Gemeinschaftsrechts	685
c) Gültigkeit des Gemeinschaftsrechts	686
2. Vorlagerecht	687
a) Entscheidungserhebliche Fragen	687
b) Vorlagezeitpunkt	688
c) Vorlageberechtigte Gerichte	689
d) Vorlageermessen	690
3. Vorlagepflicht der OGB gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV/234 Abs. 3 EG	691
a) Grundsatz	691
b) Ausnahmen von der Vorlagepflicht	692
aa) Klärung durch den EuGH	692
bb) Offenkundigkeit der Auslegung des EU-Rechts	693
cc) Klärung anhand der Rechtsprechung des EuGH	694
c) Verstöße gegen die Vorlagepflicht	696
4. Vorlageverfahren vor den OGB	697

a) Form und Anlass der Vorlage	697
b) Inhalt des Vorlagebeschlusses	698
aa) Tenor	698
bb) Begründung	698
cc) Praxis der OGB	699
c) Technische Abwicklung	700
5. Vorlageverfahren vor dem EuGH	700
a) Schriftliches Vorverfahren	700
b) Mündliche Verhandlung	700
c) Urteil des EuGH	701
III. Auslegungssituationen	701
1. Vorabentscheidungsersuchen	701
2. Abwehr von Vorabentscheidungsersuchen	702
3. Anwendung unmittelbar geltenden Gemeinschaftsrechts	703
a) Primäres Gemeinschaftsrecht	703
b) Verordnungsrecht	703
aa) Öffentliches Recht	703
bb) Zivilrecht	704
c) Richtlinien und (Rahmen-)Beschlüsse	706
4. Anwendung von Umsetzungsvorschriften	706
a) Umsetzungspflicht	706
b) Auslegung von Umsetzungsvorschriften	708
aa) EU-konforme Auslegung	708
bb) Überschießende Umsetzung	709
c) Sonderfall: Umsetzung durch Generalklauseln	711
5. Anwendung ausfüllungsbedürftiger nationaler Vorschriften	712
6. Haftung für verspätete Umsetzung von EU-Recht	712
a) EU-rechtliche Haftung	712
b) Amtshaftung	713
7. Überbrückung von Umsetzungsdefiziten	714
a) Allgemeine Folgen von Umsetzungsdefiziten	714
b) Überbrückung durch Rechtsprechung	715
IV. Auslegungsmethoden	716
1. Vorbemerkung	716
2. Wortlautauslegung	716
3. Systematische Auslegung	716
4. Historische Auslegung	717
5. Teleologische Auslegung	717
V. Fazit	719

Abschnitt 3 Perspektiven anderer Mitgliedstaaten

§ 24 Frankreich

Ulrike Babusiaux

I. Die europäische Rechtsangleichung als Rechtsquellenfrage	721
II. Zum Verhältnis von nationalem französischen Recht und Gemeinschaftsrecht	723
1. Primäres Gemeinschaftsrecht	723
2. Sekundäres Gemeinschaftsrecht	725

III. Die Veränderung der richterlichen Funktion als Methodenproblem	729
1. Das traditionelle Verständnis der jurisdiktionalen Funktion	729
2. Der nationale Richter als Anwender des Gemeinschaftsrechts	730
a) Unmittelbarkeitsgrundsatz (<i>immédiateté</i>) und Auslegungshoheit des EuGH	730
b) Anwendungsvorrang (<i>primauté</i>) des Gemeinschaftsrechts	732
aa) Gewaltenteilung im Gerichtswesen und Gemeinschaftsrecht	732
bb) Die Parteiautonomie und die Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts von Amts wegen	734
3. Die (notwendige) Koordination von Rechtsquellen nationalen und gemein- schaftsrechtlichen Ursprungs	735
a) Die primärrechtskonforme Auslegung	736
b) Die sekundärrechts-, insbesondere richtlinienkonforme Auslegung	737
c) Das Gemeinschaftsrecht als Inspirationsquelle der Rechtsfortbildung	743
IV. Zusammenfassung und vergleichende Bemerkungen	746

§ 25 Vereinigtes Königreich

Michael Schillig

I. Vorbemerkung	749
II. Fallrecht	750
1. Vertikale und horizontale Dimension der Präjudizienbindung	751
2. Methodik des Fallrechts	752
3. Rechtsschöpfung durch die Gerichte?	754
III. Gesetzesrecht	754
1. Die klassische Auslegung nach dem Wortlaut	755
2. Die moderne Auslegung nach Sinn und Zweck	756
3. Auslegung und Präjudizienbindung	758
IV. Innerstaatlicher Anwendungsbefehl	759
V. Europäisches Privatrecht und nationale Gerichte	760
1. Die Auslegung Europäischen Privatrechts	761
2. Vorlagepraxis	763
VI. Richtlinienkonforme Auslegung nationalen Rechts	765
1. Spezifisches Umsetzungsrecht	767
2. Sonstiges Recht im Anwendungsbereich einer Richtlinie	770
3. <i>Common law</i>	773
4. Überschießende Umsetzung	775
5. Vorwirkung	775
VII. Fazit	776

§ 26 Die Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Italien

Remo Caponi/ Andreas Piekenbrock

I. Vorwort	779
II. Die Akzeptanz der EU in Italien	779
1. Die Teilnahme Italiens am Aufbau Europas	779
2. Bedeutung der gubernativen Rechtsetzung in Italien	780
3. Jedes Europa rettet Italien!	780

4. Gemeinschaftsrecht in Theorie und Praxis	780
5. Informationslücken	781
III. Gemeinschaftsrecht und italienisches Recht	781
1. Der Standpunkt des Verfassungsgerichtshofs	781
2. Die Doktrin der „ <i>controlimiti</i> “: Stand der Dinge	783
3. Die Doktrin der „ <i>controlimiti</i> “: Kritische Aspekte	784
IV. Die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts durch nationale Rechtsakte	786
1. Das „Gemeinschaftsrechtsgesetz“	786
2. Die Rolle der Regionen	786
V. Auslegung von Rechtsnormen: Grundlagen und aktuelle Tendenzen	787
1. Gesetzliche Auslegungsregeln	787
2. Die Wissenschaft	788
3. Die Rechtsprechung	789
a) Die Rechtsprechung des italienischen Kassationshofs	789
aa) Erster Fall: Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsrechtsverletzung	789
bb) Zweiter Fall: Beendigung lebenserhaltender Maßnahmen bei Wach- komapatienten	790
b) Gemeinsamkeiten und Unterschiede	791
c) Der Kassationshof als „faktischer Verfassungsgerichtshof“	792
d) Notwendigkeit einer Verfassungsbeschwerde	793
VI. Auslegung des Gemeinschaftsrechts	793
VII. Schluss	796

§ 27 Spanien

Klaus Jochen Albiez Dohrmann/Sixto Sánchez Lorenzo

I. Einleitung	798
II. Europäische Methodenlehre in Spanien	799
1. Vorrang des Gemeinschaftsrechts	799
2. Der besondere Rechtspluralismus	800
3. Auslegung und Rechtsfortbildung des Gemeinschaftsrechts	802
4. Die Rolle der Lehre	804
5. Soft Law	805
III. Einzelfragen	806
1. Primärrecht	806
a) Nicht-legislatorische und präventive Harmonisierung	806
b) Die primärrechtskonforme Auslegung	807
2. Sekundärrecht	808
a) Umsetzungstechniken	808
b) Wirkungen nach der Umsetzungsfrist	813
c) Die Vorwirkung von Richtlinien	814
d) Die nichtrichtlinienkonforme Auslegung	815

§ 28 Polen

Ulrich Ernst

I. Polen – Junger Mitgliedstaat und Transformationsland	816
II. Rechts- und Gerichtssystem	817

Inhaltsverzeichnis

III. Beschäftigung mit Methodenfragen in Wissenschaft und Praxis	818
1. Organisation von Forschung und Lehre	818
2. Abstrakter Ansatz der überkommenen Rechtstheorie	819
3. Verhältnis von Rechtsprechung und Lehre	821
IV. Allgemeine Fragen europäischer Methodenlehre	822
1. Europarecht als Untersystem des polnischen Rechts	822
2. Vorlage nach Art. 267 AEUV/234 EG	824
3. Zeitliche Wirkungen	827
4. Sprachprobleme	829
5. Europakonforme Rechtsanwendung	831
V. Europäische Methodenfragen in ausgewählten Rechtsgebieten	833
VI. Fazit	836
Stichwortregister	837

Autorenverzeichnis

<i>Thomas Ackermann</i>	Dr.iur., LL.M., Professor an der Ludwig-Maximilians-Universität München
<i>Klaus Jochen Albiez Dohrmann</i>	Dr.iur., Professor an der Universität Granada
<i>Ulrike Babusiaux</i>	Dr.iur., Professorin an der Universität Zürich
<i>Christian Baldus</i>	Dr.iur., Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
<i>Remo Caponi</i>	Dr.iur., Professor an der Universität Florenz
<i>Ronny Domröse</i>	Wiss. Mitarbeiter an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)
<i>Carola Drechsler</i>	Dr.iur., Juristin am Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein
<i>Ulrich Ernst</i>	Dr.iur., magister prawa, adiunkt an der Jagiellonen-Universität Krakau
<i>Jens-Uwe Franck</i>	Dr.iur., LL.M., LL.M.oec., Akademischer Rat an der Ludwig-Maximilians-Universität München
<i>Stefan Grundmann</i>	Dr.iur. Dr.phil., LL.M., Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Mathias Habersack</i>	Dr.iur., Professor an der Eberhard Karls Universität Tübingen
<i>Jan Dirk Harke</i>	Dr.iur., Professor an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Richter am Oberlandesgericht Nürnberg
<i>Christian Hofmann</i>	Dr.iur., LL.M. oec.int., Privatdozent an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Susanne Kalss</i>	Dr.iur., LL.M., Professorin an der Wirtschaftsuniversität Wien
<i>Christian Kirchner</i>	Dr.iur., Dr.rer.pol., LL.M., Professor an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Johannes Köndgen</i>	Dr.iur., Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn
<i>Kaspar Krolop</i>	Dr.iur., wiss. Assistent an der Humboldt-Universität zu Berlin
<i>Stefan Leible</i>	Dr.iur., Professor an der Universität Bayreuth
<i>Christian Mayer</i>	Dr.iur., M.Jur., Richter am Amtsgericht Mainz
<i>Jörg Neuner</i>	Dr.iur., Professor an der Universität Augsburg
<i>Matthias Pechstein</i>	Dr.iur., Professor an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)
<i>Andreas Piekenbrock</i>	Dr.iur., Professor an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Autorenverzeichnis

<i>Robert Rebhahn</i>	Dr.iur., Professor an der Universität Wien
<i>Karl Riesenhuber</i>	Dr.iur., M.C.J., Professor an der Ruhr-Universität Bochum
<i>Wulf-Henning Roth</i>	Dr.iur., LL.M., Professor an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn
<i>Anne Röthel</i>	Dr.iur., Professorin an der Bucerius Law School, Hamburg
<i>Michael Schillig</i>	Dr.iur., LL.M., Rechtsanwalt in London, Lecturer am King's College London
<i>Martin Schmidt-Kessel</i>	Dr.iur., Professor am European Legal Studies Institute der Universität Osnabrück
<i>Jürgen Schmidt-Räntsch</i>	Dr.iur., Richter am Bundesgerichtshof
<i>Andreas Schwartze</i>	Dr.iur., LL.M., Professor an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck
<i>Sixto Sánchez Lorenzo</i>	Dr.iur., Professor an der Universität Granada
<i>Rüdiger Stotz</i>	Dr.iur., LL.M., Honorarprofessor an der RWTH Aachen, Generaldirektor der Generaldirektion Bibliothek, Wissenschaftlicher Dienst und Dokumentation am Gerichtshof der Europäischen Union
<i>Christine Windbichler</i>	Dr.iur., LL.M., Professorin an der Humboldt-Universität zu Berlin

Abkürzungsverzeichnis

A.A./a.A.	andere(r) Ansicht
A.C.	Law Reports, Appeal Cases ([Jahr] ggfs. Teilband – Seite)
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
A.M./a.M.	anderer Meinung
aaO	am angegebenen Ort
ABGB	(österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
abgedr.	abgedruckt
ABI.	1. für Veröffentlichungen vor dem 1. Februar 2003: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (Jahr Reihe Nummer des Dokuments/Seite); 2. für Veröffentlichungen ab dem 1. Februar 2003: Amtsblatt der Europäischen Union (Jahr Reihe Nummer des Dokuments/Seite)
Abl./abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Jahrgang [Jahr], Seite)
ADC	Anuario de Derecho Civil (Jahr, Seite)
AEGR	Akademischer Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens; s.a. DCFR
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, konsolidierte und umbenannte Fassung des Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft mit den Änderungen durch den Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007
AG	1. Aktiengesellschaft; 2. Amtsgericht; 3. als Fundstelle: Die Aktiengesellschaft (Jahr, Seite)
AGB	Allgemeine(n) Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz
AHGB	(österreichisches) Allgemeines Handelsgesetzbuch
ähnl.	ähnlich/e
AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif (Jahr, Seite)
AktG	Aktiengesetz
All E.R.	All England Law Reports ([Jahr] Teilband, Seite)
Am. Econ. Rev.	American Economic Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
AN-	Arbeitnehmer-
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt (Jahr, Seite)

Abkürzungsverzeichnis

AöR	Archiv für öffentliches Recht (Jahrgang [Jahr], Seite)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis (Nummer zu Norm)
Appl.	Application; s. EGMR
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater (Jahr, Seite)
ARC	Accounting Regulatory Committee
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (Band [Jahr], Seite)
Art.	Artikel
ARUG	Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie
ASCOLA	Academic Society for Competition Law
Ass.	Assemblée du contentieux, s.a. C.E.
AuAS	Ausländer- und asylrechtlicher Rechtsprechungsdienst (Jahr, Seite)
Aufl.	Auflage
ausdr.	ausdrücklich
ausf.	ausführlich
Ausg.	Ausgabe
AuslInvestmG	Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen
Außenwirtschaft	Außenwirtschaft – Schweizerische Zeitschrift für internationale Wirtschaftsbeziehungen (Jahrgang [Jahr], Seite)
AWD	Außenwirtschaftsdienst (Jahr, Seite); seit 1975 RIW (siehe dort)
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
AWV	Verordnung zur Durchführung des Außenwirtschaftsgesetzes
B.C.C.	British Company (Law) Cases ([Jahr] – Seite)
B.I.M.J.	Boletín Informativo del Ministerio de Justicia (Nummer, Monat Jahr)
b2b	business to business
b2c	business to consumer
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesarbeitsgerichts (Band, Seite)
BB	Betriebs-Berater (Jahr, Seite)
Bd.	Band
Bde.	Bände
BE	Begründungserwägung(en) (vgl. Art. 296 AEUV/253 EG)
bearb.	bearbeitet
BeckRS	Beck-Rechtsprechung (Jahr, Nummer)
Begr.	1. Begründung; 2. bei Literaturangaben: Begründer
BEHG	(schweizerisches) Börsen- und Effektenhandelsgesetzes
Beil.	Beilage
Benelux	Belgien, Niederlande, Luxemburg
ber.	berichtigt
bes.	besonders

Beschl.	Beschluss, s.a. Urt.
BeschlE	Beschlussempfehlung
Bespr.	Besprechung
BFH	Bundesfinanzhof
BFH/NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs (Jahr, Seite)
BFHE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesfinanzhofs (Band, Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt (ggfs. Jahr Teil, Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGH-Report	BGH-Report, Schnelldienst zur Rechtsprechung des BGH (Jahr, Seite)
BGHSt	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Band, Seite ggf. Randnummer)
BGHZ	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite ggf. Randnummer)
BGer	(schweizerisches) Bundesgericht
BIZ	Bank für Internationalen Zahlungsausgleich
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (Jahr, Seite)
Blutalkohol	Blutalkohol (Jahr, Seite)
BörseG	(österreichisches) Börsegesetz
Brüssel I-VO	identisch mit EuGVVO (siehe dort)
Brüssel IIa-VO	identisch mit EuEheVO (siehe dort)
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts (Band, Seite)
Bsp.	Beispiel
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache (Legislaturperiode/Nummer der Vorlage, Seite)
Buchholz	Sammel- und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Ordnungsziffer Norm, Nummer)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation en matière civile (ggf. Band, Nummer, ggf. Seite)
Bull. d'information	Bulletin d'information de la Cour de cassation (Datum, Seite)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation en matière criminelle (ggf. Band, Nummer, ggf. Seite)
BÜRL	Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen (Betriebsübergangsrichtlinie)
BÜRL 1977	Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14. Februar 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (Betriebsübergangsrichtlinie 1977)

Abkürzungsverzeichnis

BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	amtliche Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts (Band, Seite)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C.A.	(französischer) Cour d'appel
C.civ.	(französischer) Code civil
C.E.	(französischer) Conseil d'État
C.trav.	(französischer) Code du travail
CA	Companies Act 2006
ca.	circa
Cambr.L.J.	Cambridge Law Journal (Jahrgang [Jahr], Seite)
Cass.	1. (französische) Cour de Cassation; 2. (italienischer) Corte di cassazione
Cass. Ass.	(französische) Cour de Cassation, Assemblée plénière
Cass. civ.	(französische) Cour de Cassation, Chambre civile (ggf. unter Angabe der Zahl der Kammer)
Cass. crim.	(französische) Cour de Cassation, Chambre criminelle
Cass. com.	(französische) Cour de Cassation, Chambre commerciale
Cass. mixte	(französische) Cour de Cassation, Chambre mixte
Cass. soc.	(französische) Cour de Cassation, Chambre sociale
Cc	(spanischer) Código Civil, s.a. port. CC
CCE	Communication et Commerce électronique (Jahr, Nummer)
CCom	(spanischer) Código de Comercio
CE	(spanische) Constitución Española
CESR	Comitee of European Securities Regulators (= Ausschusses der EU-Wertpapierregulierungsbehörden)
CFR	Common Frame of Reference (= Gemeinsamer Referenzrahmen), s.a. GRR und DCFR
Ch.	Law Reports, Chancery Division ([Jahr] ggfs. Teilband – Seite)
CISG	Convention on the International Sale of Goods vom 11. April 1980; auch UN-Kaufrecht oder Wiener Kaufrecht genannt
CISG-online	Urteilsdatenbank unter www.cisg-online.ch (Nr.)
Cl. & Fin.	Clark & Finelly's House of Lords Reports ([Jahr] ggfs. Teilband – Seite), s.a. H.L.C.
CLOUT	Case Law on UNCITRAL Texts
CMLR	Common Market Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
Colum. J. Transnat'l L.	Columbia Journal of Transnational Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
Concurrences	Revue des droits de la concurrence (Jahr, Seite)
Cons. const.	(französischer) Conseil constitutionnel

Cons. Stato	(italienischer) Consiglio di Stato
Const.	(französische) Verfassung der Fünften Republik von 1958
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
Corr. giur.	Corriere giuridico (Jahr, Seite)
Corte cost.	(italienischer) Corte costituzionale
CPI	Competition Policy International (Jahrgang [Jahr], Seite)
CYELP	Croatian Yearbook of European Law and Policy (Jahrgang [Jahr], Seite)
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
DCFR	Draft Common Frame of Reference, s.a. CFR und AEGRR
déc.	décision (Nummer Datum), s.a. Cons. const.
Der Konzern	Der Konzern, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht, Steuerrecht, Bilanzrecht und Rechnungslegung der verbundenen Unternehmen (Jahr, Seite)
ders.	derselbe
DGRN	(spanische) Dirección General de los Registros y del Notariado
dies.	dieselbe/n
diff.	differenzierend(en)
Dig.	Digesten
Dir. pubbl. comp. europeo	Diritto pubblico comparato europeo (Jahr, Seite)
Diss.	Dissertation
DLRL	Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie)
DM	Deutsche Mark
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr, Seite)
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Jahr, Seite)
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
Dr Soc	Droit Social (Jahr, Seite)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (Jahr, Seite)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Jahr, Seite)
dt.	deutsch(e)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr, Seite)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (Jahr, Seite)
E.H.R.L.R.	European human rights law review (Jahr, Seite)
E.L.Rev.	European Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
E.L.Rep.	European Law Reporter (Jahr, Seite)
E.R.	Englisch Reports ([Jahr] Band – Seite)
E-SPE-VO	Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft vom 25. Juni 2008
EB	Erläuternde Bemerkungen (Gesetzesbegründung, Österreich)
ebd.	ebenda

Abkürzungsverzeichnis

EBLR	European Business Law Review (Jahr, Seite)
EBOR	European Business Organization Law Review (Jahr, Seite)
ECA	European Communities Act 1972
ECJ	European Competition Journal (Jahr, Seite)
ECLR	European Competition Law Review (Jahr, Seite)
ecolex	ecolex – Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
EComRL	Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“) (E-Commerce-Richtlinie)
Economica	Economica (Jahr [Jahr], Seite)
ECTIL	European Centre of Tort and Insurance Law
EDP	Europa e diritto privato (Jahr, Seite)
EFRAG	European Financial Reporting Advisory Group
EFSL	European Financial Services Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
EG	1. Europäische Gemeinschaft; 2. nach Bezeichnung eines Artikels: EG-Vertrag, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, konsolidierte Fassung mit den Änderungen des am 16. April 2003 unterzeichneten Vertrags von Athen
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	EG-Vertrag, Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, konsolidierte Fassung mit den Änderungen des am 7. Februar 1992 unterzeichneten Vertrags über die Europäische Union (Maastrichter Fassung)
EGZPO	Gesetz betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung
EHUG	Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister
Einl.	Einleitung
EJ L. & Econ.	European Journal of Law and Economics (Jahrgang [Jahr], Seite)
EKG	Einheitliches Kaufgesetz
ELJ	European Law Journal (Jahrgang [Jahr], Seite)
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (Europäische Menschenrechtskonvention) vom 4. November 1950, idF der Bekanntmachung vom 17. Mai 2002
endg	endgültig (als Zusatz zu KOM- und SEK-Dokumenten), s.a. KOM und SEK
engl.	englisch(e)
EPA	Equal Pay Act 1970
EPS	Europejski Przegląd Sądowy (Heftnummer/Jahr, Seite)
ERA Forum	Europäische Rechtsakademie Forum (Jahr, Seite)
ERCL	European Review of Contract Law (Band [Jahr], Seite)

ERPL	European Review of Private Law – Revue européenne de droit privé – Europäische Zeitschrift für Privatrecht (Jahrgang [Jahr], Seite)
ESC	European Securities Comittee (= EU-Wertpapierausschuss)
EU	1. Europäische Union; 2. nach Bezeichnung eines Artikels: EU-Vertrag, Vertrag über die Europäische Union, konsolidierte Fassung mit den Änderungen des am 16. April 2003 unterzeichneten Vertrags von Athen
EuEheVO	Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates vom 27. November 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000; s.a. Brüssel IIa-VO
EuG	Gericht Erster Instanz; s.a. EuGH
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, s.a. EuG
EuGH-Satzung	Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Union
EuGH-VerfO	Verfahrensordnung des Gerichtshofes des Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrecht-Zeitschrift (Jahr, Seite)
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 27. September 1968
EuGVVO	Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen; s.a. Brüssel I-VO
EuInsVO	Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates vom 29. Mai 2000 über das Insolvenzverfahren
EuR	Europarecht (Jahr, Seite)
EuroAS	Informationsdienst Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (Jahr, Seite)
EUV	EU-Vertrag seit Vertrag über die Europäische Union, konsolidierte Fassung mit den Änderungen durch den Vertrag von Lissabon vom 13. Dezember 2007; s.a. EU, EUV a.F., AEUV
EUV a.F.	EU-Vertrag, Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 (Maastricht-Vertrag); s.a. EU, EUV
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
EvBl	(österreichisches) Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, veröffentlicht in der ÖJZ (Jahr/Nummer)
evtl.	eventuell(en)
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht aufgelegt zur Unterzeichnung am 19. Juni 1980 in Rom
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions (neutral citation) ([Jahr] – Fallnummer)

Abkürzungsverzeichnis

EWG	1. Europäische Wirtschaftsgemeinschaft; 2. nach Bezeichnung eines Artikels: Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-Vertrag) vom 25. März 1957; s.a. AEUV, EG, EGV
EWHC (Comm)	England & Wales High Court (Commercial Court) Decisions (neutral citation) ([Jahr] – Fallnummer)
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-VO	Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 des Rates vom 25. Juli 1985 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Jahr, Seite)
EZB	Europäische Zentralbank
f., ff.	folgende (singular/plural)
F.	bei Entscheidungen eines U.S. Courts of Appeals: Federal Reporter (Band – Serie Seite [Gericht Entscheidungsjahr])
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Jahr, Seite)
FARL	Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie)
FFH	Fauna-Flora-Habitat
FG	Festgabe
FGO	Finanzgerichtsordnung
FIW	Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.
FKVO	Fusionskontrollverordnung
FMA	(österreichische) Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fußnote
Fordham Int'l LJ	Fordham International Law Journal
Foro it.	Il Foro italiano (Jahr Abteilung, Seite)
fortgef.	fortgeführt
franz.	französisch(e)
frdl.	freundlicher
FS	Festschrift
FSAP	Financial Services Action Plan
FSMA	Financial Services and Markets Act
G. it.	Giurisprudenza italiana (Jahr, Seite)
GA	Generalanwalt, Generalanwältin
Ga. J. Int'l & Comp. L.	Georgia Journal of International and Comparative Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GD	Generaldirektion (der Europäischen Kommission)
GeS	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht (Jahr, Seite)
Ges.	Gesetz

GesRZ	Der Gesellschafter – Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht (Jahr, Seite)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenfalls
Giur.cost.	Giurisprudenza costituzionale (Jahr Abteilung, Seite)
Giur. it.	Giurisprudenza italiana (Jahr Abteilung, Seite)
GLJ	German Law Journal (Jahrgang [Jahr], Seite)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Jahr, Seite)
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (Jahr, Seite)
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung
grds.	grundsätzlich
GRR	Gemeinsamer Referenzrahmen; s.a. AEGR und CFR
grundl.	grundlegend
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart (Jahrgang [Jahr], Seite)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil (Jahr, Seite)
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Jahr, Seite)
GS	Gedächtnisschrift
GSVP	Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
H.L.C.	Clark & Finelly's House of Lords Reports New Series ([Jahr] ggfs. Teilband – Seite), s.a. Cl. & Fin.
h.L.	herrschende(n) Lehre
h.M.	herrschende(n) Meinung
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch
HLL	Handbuch der Lateinischen Literatur der Antike
HRA	Human Rights Acts 1998
Hrsg.	Herausgeber(in)
hrsgg.	herausgegeben
HtWRL	Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (Haustürgeschäftsrichtlinie)
HVertrRL	Richtlinie 86/653/EWG des Rates v. 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten betreffend die selbstständigen Handelsvertreter (Handelsvertreterrichtlinie)

Abkürzungsverzeichnis

HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften
I.C.R.	Industrial Cases Reports ([Jahr] – Seite)
i.d.F.	in der Fassung
i.E.	im Einzelnen
I.Erg./i.Erg.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
i.O.	im Original
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des/der
i.Ü.	im Übrigen
i.w.S.	im weiteren Sinne
IAS	International Accounting Standard (ggf. Nummer); International Accounting Standards
IAS-VO	Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards
IASB	International Accounting Standards Board
ICC	International Chamber of Commerce
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
IFRIC	International Financial Reporting Interpretations Committee
IFRS	International Financial Reporting Standards
IFRS-VO	Verordnung (EG) Nr. 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Juli 2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsstandards
IGH	Internationaler Gerichtshof
IJ	Institutiones des Justinian
ILJ	The Industrial Law Journal (Jahr, Seite)
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
Int'l Comp. Corp. LJ	International and Comparative Corporate Law Journal (Jahrgang [Jahr], Seite)
Int'l Rev. L. & Econ.	International Review of Law and Economics (Jahrgang [Jahr], Seite)
Internat.	Internationales
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht (Jahr, Seite)
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts (Entscheidungssammlung) (Jahr, Nummer)
IStR	Internationales Steuerrecht (Jahr, Seite)
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
IVRA	Rivista internazionale di diritto romano e antico (Jahrgang [Jahr], Seite)

IVU	Integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung
J. Econ. Bahav. & Org.	Journal of Economic Behavior & Organization (Jahrgang [Jahr], Seite)
J. Int'l Econ. L.	Journal of International Economic Law
J. L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics and Organization (Jahrgang [Jahr], Seite)
J. Law & Econ.	Journal of Law & Economics (Jahrgang [Jahr], Seite)
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies (Jahrgang [Jahr], Seite)
JbFfSt	Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht (Jahr, Seite)
JbJZ	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler (Tagungsjahr, Seite)
JBl.	Juristische Blätter (Jahr, Seite)
JBL	The Journal of Business Law (Jahr, Seite)
JCE	Journal of Comparative Economics (Jahrgang [Jahr], Seite)
JCLE	Journal of Competition Law & Economics (Jahr, Seite)
JCLS	Journal of Corporate Law Studies (Jahrgang [Jahr], Seite)
JCP	1. Journal of Consumer Policy (Jahrgang [Jahr], Seite); 2. Juris-Classeur périodique (la semaine juridique) (Jahr, Sektion Ordnungsziffer, ggfs. Seite)
Jh.	Jahrhundert
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Jahrgang [Jahr], Seite)
JR	Juristische Rundschau (Jahr, Seite)
JuMoG	Justizmodernisierungsgesetz
JUR	Repertorio de resoluciones no publicadas en CD/DVD – Aranzadi/Westlaw (Jahr/Nummer, ggfs. Randnummer)
juris	Urteilsdatenbank im Online-Rechtsportal www.juris.de
Jura	Juristische Ausbildung (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
K.B.	The Law Reports, King's Bench (England and Wales) ([Jahr] ggfs. Teilband – Seite)
K&R	Kommunikation und Recht (Jahr, Seite)
Kap.	Kapitel
KapRL	Zweite Richtlinie des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten (77/91/EWG) (Kapitalrichtlinie)
KG	Kammergericht (Berlin)
KGRL	Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Kaufgewährleistungs-Richtlinie)

Abkürzungsverzeichnis

KOM	KOM-Dokumente: Legislativvorschläge und sonstige Mitteilungen der Europäischen Kommission an den Rat und/oder die anderen Organe sowie die entsprechenden vorbereitenden Dokumente ([Jahr] Nummer, ggf. Seite)
KPP	Kwartalnik Prawa Prywatnego (Heftnummer/Jahr, Seite)
krit.	kritisch
KSchG	(österreichisches) Konsumentenschutzgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
L.Q.R.	Law Quarterly Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
La Notaría	La Notaría ([Heftnummer] Jahr, Seite)
LEC	(spanisches) Ley de Enjuiciamiento Civil
LeGes	Gesetzgebung & Evaluation – Mitteilungsblatt der Schweizerischen Gesellschaft für Gesetzgebung und der Schweizerischen Evaluationsgesellschaft (Jahr, Seite)
LG	Landgericht
LGDCU	Ley para Defensa de los Consumidores y Usuarios vom 19. Juli 1984
LIEI	Legal Issues of European Integration (Jahrgang [Jahr], Seite)
Lit.	Literatur
lit.	litera
LJ	Lord Justice; Lady Justice
LMG	(österreichisches) Bundesgesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Verzehrsprodukten, Zusatzstoffen, kosmetischen Mitteln und Gebrauchsgegenständen (Lebensmittelgesetz)
LOPJ	(spanisches) Ley Orgánica del Poder Judicial
LRE	Sammlung lebensmittelrechtlicher Entscheidungen (Band, Seite)
LS	Leitsatz; Leitsätze
LSA	ley de sociedades anónimas = (spanisches) Aktiengesetz
Ltd.	Company Limited by Shares
LugÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, geschlossen in Lugano am 16. September 1988
LVersRL	Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen (Lebensversicherungsrichtlinie)
m.	mit
M.E./m.E.	meines Erachtens
M.P.	Dziennik Urzędowy Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski“ (Jahr / Heftnummer / Positionsnummer)
m.umf.N.	mit umfangreichen Nachweisen
MaBV	Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehens- und Anlagenvermittler, Anlageberater, Bauträger und Bautreuer
maW	mit anderen Worten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Jahr, Seite)

MERL	Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20.6.1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massentlassungen (Massentlassungsrichtlinie)
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
Mio.	Millionen
MLR	The Modern Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MR	Master of the Rolls
Mskr.	Manuskript(s)
mwN	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
N.F.	bei Universitätsreden: Neue Folge (Jahrgang, Seite)
Nachw.	Nachweis(e)
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NCPC	Nouveau Code de Procédure Civile
Ndr.	Nachdruck
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift (Jahr, Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport (Jahr, Seite)
NotBZ	Zeitschrift für die notarielle Beratungs- und Beurkundungspraxis (Jahr, Seite)
NS	Nationalsozialistisch(en)
NuR	Natur + Recht (Jahr, Seite)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Jahr, Seite)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht – Rechtsprechungsreport (Jahr, Seite)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht (Jahr, Seite)
ÖBA	Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen (Jahr, Seite)
OG	(polnisches) Oberstes Gericht (<i>Sąd Najwyższy</i>)
OGB	Oberste Gerichtshöfe des Bundes
OGH	(österreichischer) Oberster Gerichtshof
oHG/OHG	offene Handelsgesellschaft
OIR	Orbis Iuris Romani (Jahrgang [Jahr], Seite)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Jahr, Seite); s.a. EvBl
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Jahrgang [Jahr], Seite)
Orig.	Original
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna (Heftnummer/Jahr, Seite)
OSNP	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych (Heftnummer/Jahr, Seite)

Abkürzungsverzeichnis

OSP	Orzecznictwo Sądów Polskich (Heftnummer/Jahr, Seite)
OTK-A	Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego – Serie A (Heftnummer/Jahr, Seite)
Pace Int'l L. Rev.	Pace International Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
para.	paragraph
PECL	Principles of European Contract Law
PEICL	Die Principles of European Insurance Contract Law
PHRL	Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte (Produkthaftungsrichtlinie)
PIN	Persönliche Identifikationsnummer
PiP	Państwo i Prawo (Heftnummer/Jahr, Seite)
PJZS	Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
PKG	(österreichisches) Pensionskassengesetz
plc.	public limited company
plnVerf	polnische Verfassung von 1997
port. CC	(portugiesischer) Código Civil, s.a. Cc
pr.ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
PRRL	Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen (Pauschalreiserichtlinie)
Q.B.	Law Reports, Queen's Bench ([Jahr] ggfs. Teilband – Seite), s.a. Q.B.D., K.B.
Q.B.D.	Law Reports, Queen's Bench Division ([Jahr] ggfs. Teilband – Seite), s.a. Q.B., K.B.
QJE	The Quarterly Journal of Economics (Jahrgang [Jahr], Seite)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Jahrgang [Jahr], Seite)
RdA	Recht der Arbeit (Jahr, Seite)
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo (Jahr, Seite)
RdL	Recht der Landwirtschaft (Jahr, Seite)
RDT	Revue de Droit du Travail (Jahr, Seite)
RDUE	Revue du Droit de l'Union Européenne (Jahr, Seite)
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Jahr, Seite)
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel (Seite); Recueil des décisions du Conseil d'Etat (Seite)
Rec. Dalloz	Recueil Dalloz (Jahr, Seite); seit 1999: Recueil le Dalloz (Jahr, Seite)
Rec. Dalloz Chron.	Recueil Dalloz (Jahr) Chronique (Seite)
RefE	Referentenentwurf
RefE-EGBGB	EGBGB nach dem Referentenentwurf eines Gesetzes zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen; s.a. EGBGB
Reg.	Register
reg.	regulation
RegE	Regierungsentwurf
Rép. droit civil	Répertoire de droit civil ([Jahr], Nummer)

Rép. droit communautaire	Répertoire de droit communautaire ([Jahr] Nummer)
Resp.civ.e prev.	Responsabilità civile e previdenza (Jahr, Seite)
RFDA	Revue française de droit administratif (Jahr, Seite)
RFDC	Revue française de droit constitutionnel (Jahr, Seite)
RG	Reichsgericht
RGD	Revista General de Derecho
RGZ	amtliche Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft – Betriebs-Berater International (Jahr, Seite)
RJ	Repertorio de Jurisprudencia (Jahr/Nummer, ggfs. Randnummer)
RJCA	Repertorio de Jurisprudencia de lo Contencioso-Administrativo (Jahr/Nummer, ggfs. Randnummer)
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer (s.a. Tz.)
Rom I-VO	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I)
Rom II-VO	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny (Heftnummer/Jahr, Seite)
RRa	ReiseRecht aktuell (Jahr, Seite)
RRJ	Revue de la Recherche Juridique (Jahr, Seite)
Rs.	Rechtssache(n)
Rspr.	Rechtsprechung
RTC	Repertorio del Tribunal Constitucional – amtliche Entscheidungssammlung des spanischen Tribunal Constitucional (Jahr, Nummer, ggfs. Randnummer)
RTD civ.	Revue trimestrielle du droit civil (Jahr, Seite)
S.	1. Satz; 2. Seite; 3. Siehe
s.	siehe
s.a.	siehe auch
s.o.	siehe oben
S.r.o.	Společnost s ručením omezeným (tschechische GmbH)
s.u.	siehe unten
s.v.	sub verbo
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr, Seite)
SARG	Standards Advice Review Group
SavZRG – Germ. Abt. –	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Germanistische Abteilung – (Jahrgang [Jahr], Seite)
SavZRG – Rom. Abt. –	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung – (Jahrgang [Jahr], Seite)
sc.	scilicet (nämlich, gemeint ist)

Abkürzungsverzeichnis

SCE	Societas Cooperativa Europaea
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren (Jahr, Seite)
SchLA	Schlussanträge(n)
SDA	Sex Discrimination Act 1975
SDHI	Studia et Documenta Historiae Iuris (Jahrgang [Jahr], Seite)
SE	Societas Europea
SECOLA	Society of European Contract Law
SE-VO	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE)
SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft (SE-Beteiligungsgesetz)
sec.	section
SEEG	Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft
SEK	SEK-Dokumente: interne Arbeitsdokumente der Europäischen Kommission ([Jahr] Nummer, ggf. Seite)
SGA	Sale of Goods Act 1979
SGG	Sozialgerichtsgesetz
SIC	Standing Interpretations Committee
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs (Teil I) und (seit dem 15. November 1989) des Gerichts Erster Instanz (Teil II) (bis zum 14. November 1989: Jahr, Seite ggf. Randnummer, ab dem 15. November 1989: Jahr, Teil-Seite ggf. Randnummer)
SLIM	Simpler Legislation for the Internal Market
sog.	sogenannte(n)
SPE	Societas Privata Europaea
SPE-VO	Verordnung des Rates über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft; s.a. E-SPE-VO
Sps.	Spiegelstrich
SS	Sommersemester
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
Stat.L.R.	Statute Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig, strittig
stud.iur.	studiosus iuris
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft (Jahr, Seite)
sub	(lat.) unten
SUP	Strategische Umweltprüfung
SVN	Satzung der Vereinten Nationen
Syst. Darst.	Systematische Darstellung
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen (Band/Nummer)
TA	(französisches) Tribunal administratif
TC	(spanisches) Tribunal Constitucional
TGI	(französisches) Tribunal de grande instance
TS	(spanisches) Tribunal Supremo
tschech. HGB	tschechisches Handelsgesetzbuch

TSJ	(spanisches) Tribunal Superior de Justicia
TSRL	Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitanutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen (Timesharingrichtlinie)
TUPE	Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981
TVG	Tarifvertragsgesetz
Tz.	Textziffer; s.a. Rn.
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
u.a.	1. unter anderem; 2. und andere
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review (Jahrgang [Jahr], Seite)
u.ö.	und öfter
U.Pa.J.Int'l Econ.L.	University of Pennsylvania Journal of International Economic Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
U.S.	1. United States; 2. als Fundstelle: (Jahrgang) United States Supreme Court Reports (Seite [Jahr])
u.U.	unter Umständen
UAbs.	Unterabsatz
uam	und andere(s) mehr
UCC	Uniform Commercial Code
UCTA	Unfair Contract Terms Act 1977
UG	Unternehmersgesellschaft
UGP	unlautere Geschäftspraktiken
UKHL	United Kingdom House of Lords Decisions (neutral citation) ([Jahr] – Fallnummer)
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen
UKSC	United Kingdom Supreme Court Decisions (neutral citation) ([Jahr] – Fallnummer)
umstr.	umstritten
UN	United Nations
UN-Kaufrecht	identisch mit CISG (siehe dort)
UNIDROIT	Institut international pour l'unification du droit
unstr.	unstreitig
unveröff.	unveröffentlichte
UP	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts; s.a. UNIDROIT
UPR	Umwelt- und Planungsrecht (Jahr, Seite)
UrhG	Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte
Urt.	Urteil(s)
USA	United States of America
Usf./usf.	Und so fort.
UTCCR	Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999

Abkürzungsverzeichnis

UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVR	Umsatzsteuer- und Verkehrssteuer-Recht (Jahr, Seite)
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	1. bei Datum: vom; 2. bei Namen: von; 3. bei angloamerikanischen Gerichtsentscheidungen: versus
v.a.	vor allem
Vaugh.	Vaughan's Common Pleas Reports (Jahr – Seite)
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen; s.a. Rs.
verb. SchlA	verbundene Schlussanträge; s.a. SchlA
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VerfGH	(polnischer) Verfassungsgerichtshof (<i>Trybunał Konstytucyjny</i>)
VfGH	(österreichischer) Verfassungsgerichtshof
VfSlg	amtliche Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des (österreichischen) Verfassungsgerichtshofes (Nummer/Jahr)
Vgl./vgl.	vergleiche
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht (Jahr, Seite)
VO	Verordnung (ggfs. [Organisation] Nummer/Jahr)
Vorbem	Vorbemerkung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwGH	1. ohne Ortsangabe: (österreichischer) Verwaltungsgerichtshof; 2. mit Ortangabe:
VwSlg	amtliche Sammlung der Erkenntnisse und Beschlüsse des (österreichischen) Verwaltungsgerichtshofes (Nummer Teil/Jahr)
W.L.R.	Weekly Law Reports ([Jahr] ggfs. Teilband – Seite)
WAG	(österreichisches) Wertpapieraufsichtsgesetz
wbl.	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Jahr, Seite)
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung (Jahr, Seite)
WIRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa – Zeitschrift zur Rechts- und Wirtschaftsentwicklung in den Staaten Mittel- und Osteuropas (Jahr, Seite)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr, Seite)
World Comp	(Jahrgang) World Competition (Seite [Jahr])
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Jahr, Seite)
WS	Wintersemester
WSA	Wirtschafts- und Sozialausschuß
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht (Ordnungsziffer Rechts- und Teilgebiet §/Art. Rechtsakt Ordnungsziffer der Entscheidung)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Jahr, Seite)
WuW/E DE-R	Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungssammlung Deutschland Rechtsprechung (Seite ggfs. Randnummer)
WVG	(polnisches) Woiwodschaftsverwaltungsgericht

WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969
Yale L. J.	Yale Law Journal (Jahrgang [Jahr], Seite)
YEL	Yearbook of European Law (Jahrgang [Jahr], Seite)
z.B./Z.B.	zum Beispiel/Zum Beispiel
z.T.	zum Teil
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft (Jahr, Seite)
ZDRL	Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungs-dienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG (Zahlungsdiensterichtlinie)
ZESAR	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (Jahr, Seite)
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien (Jahr, Seite)
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr, Seite)
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht (Jahr/Beitragsnummer, ggfs. Seite)
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie (Jahrgang [Jahr], Seite)
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Jahr, Seite)
ZfVB	Zeitschrift für Verwaltung Judikaturbeilage (Jahr/Nummer)
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung (Jahr, Seite)
ZGB	1. (polnisches) Zivilgesetzbuch; 2. (schweizerisches) Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Jahrgang [Jahr], Seite)
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (Jahr, Seite)
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht (Jahr, Seite)
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (Jahrgang [Jahr], Seite)
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht (Jahrgang [Jahr], Seite)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSchwR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Jahr, Seite)
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (Jahr, Seite)
Zust./zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend
ZVerzRL	Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. Juni 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft (Jahrgang [Jahr], Seite)

Abkürzungsverzeichnis

zw.	zweifelnd
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht (Jahr, Seite)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess (Jahrgang [Jahr], Seite)

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Adrian, Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre*
- Adrian, Axel, Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre – Die begrifflichen und („fuzzy“-)logischen Grenzen der Befugnisnormen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, Berlin 2009*
- AnwaltKommBGB-Bearbeiter*
- Dauner-Lieb, Barbara/Heidel, Thomas/Ring, Gerhard (Hrsg.), AnwaltKommentar zum BGB*
– Band 1: Allgemeiner Teil und EGBGB, hrsgg. v. Thomas Heidel, Rainer Hübtege, Heinz-Peter Mansel und Ulrich Noack, Bonn 2005
– Band 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§ 241 bis 610 BGB, hrsgg. v. Barbara Dauner-Lieb und Werner Langen, Bonn 2005
- Anweiler, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs*
- Anweiler, Jochen, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/New York/Paris/Wien 1997*
- Bamberger/Roth-Bearbeiter*
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: §§ 1–610 BGB, CISG, 2. Auflage, München 2007*
- v. Bar/Clive/Schulte-Nölke, Principles, Definition and Model Rules of European Private Law – Outline Edition*
- v. Bar, Christian / Clive, Eric / Schulte-Nölke, Hans u. a. for the Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR), München 2009*
- v. Bar/Clive, Principles, Definition and Model Rules of European Private Law – Full Edition*
- v. Bar, Christian / Clive, Eric (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, 6 Bände, München 2009*
- Bengoetxea, Legal Reasoning*
- Bengoetxea, Joxerramon, The Legal Reasoning of the European Court of Justice – Towards a European Jurisprudence, Oxford 1993*
- Bleckmann, Europarecht*
- Bleckmann, Albert, Europarecht: das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, bearb. von Martin Coen, Rolf Eckhoff und Hanns Eiden, 6. Auflage, Köln u.a. 1997*
- v. Bogdandy/Bast-Bearbeiter*
- v. Bogdandy, Armin/Bast, Jürgen (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht – Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Auflage, Heidelberg 2009*
- Buck, Auslegungsmethoden des EuGH*
- Carsten Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main 1998*

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Bydlinski*, Juristische Methodenlehre
Calliess/Ruffert-Bearbeiter
- Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz
- Canaris*, Systemdenken und Systembegriff
- Dederichs*, Die Methodik des EuGH
- Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers
- Ehlers-Bearbeiter
- Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip
- Engisch*, Einführung in das juristische Denken
- Erman-Bearbeiter
- Fikentscher*, Methoden des Rechts I
- Fikentscher*, Methoden des Rechts II
- Fikentscher*, Methoden des Rechts III
- Fikentscher*, Methoden des Rechts IV
- Franzen*, Privatrechtsangleichung
- Gebauer/Wiedmann-Bearbeiter
- Bydlinski*, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien, New York 1991
- Calliess*, Christian/Ruffert, Matthias, Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 3. Auflage, München 2007
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz – Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Auflage, Berlin 1983
- Canaris*, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz – entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin 1983
- Dederichs*, Mariele, Die Methodik des EuGH. Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, Baden-Baden 2004
- Drexl*, Josef, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers – Eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Tübingen 1998
- Ehlers*, Dirk (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Auflage, Berlin 2009
- Eidenmüller*, Horst, Effizienz als Rechtsprinzip, 3. Auflage, Tübingen 2005
- Engisch*, Karl, Einführung in das juristische Denken, hrsgg. und bearb. von Thomas Würtenberger und Dirk Otto, 10. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 2005
- Erman*, Walter (Begr.), BGB – Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, hrsgg. von Harm Peter Westermann, 12. Auflage, Köln 2008
- Fikentscher*, Wolfgang, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band I: Frühe und religiöse Rechte – Romanischer Rechtskreis, Tübingen 1975
- Fikentscher*, Wolfgang, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band II: Anglo-amerikanischer Rechtskreis, Tübingen 1975
- Fikentscher*, Wolfgang, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band III: Mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976 (Nachdruck 2002)
- Fikentscher*, Wolfgang, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Band IV: Dogmatischer Teil, Tübingen 1977
- Franzen*, Martin, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, Berlin 1999
- Gebauer*, Martin/Wiedmann, Thomas (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluß – Die richtlinienkonforme Auslegung des BGB und anderer Gesetze – Erläuterung der wichtigsten EG-Verordnungen, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2005

- Grabitz/Hilf-Bearbeiter *Grabitz, Eberhard* (Begr.), Das Recht der Europäischen Union, fortgef. von Meinhard Hilf, Loseblattsammlung, Stand: Oktober 2009, München
– Band I–III: EUV/EGV, hrsgg. von Martin Nettesheim
– Band IV: Sekundärrecht – A. Verbraucher- und Datenschutzrecht, hrsgg. von Manfred Wolf, B. Öffentliches Auftragswesen, hrsgg. von Kay Hailbronner
- v. d. Groeben/Schwarze-Bearbeiter *Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen* (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Auflage, Baden-Baden 2004
- GroßkommAktG-Bearbeiter *Hopt, Klaus J./Wiedemann, Herbert* (Hrsg.), Aktiengesetz – Großkommentar, begründet von Wilhelm Gadow und Eduard Heinichen, 4. Auflage, Berlin/New York seit 1992 in Einzellieferungen
- Gruber, Methoden des internationalen Einheitsrechts *Gruber, Urs Peter*, Methoden des Internationalen Einheitsrechts, Tübingen 2004
- Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht *Grundmann, Stefan*, Europäisches Schuldvertragsrecht – Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte, Berlin/New York 1999
- Grundmann, Europäisches Gesellschaftsrecht *Grundmann, Stefan*, Europäisches Gesellschaftsrecht – Eine systematische Darstellung unter Einbeziehung des Kapitalmarktrechts, Heidelberg 2004
- Grundmann, European Company Law *Stefan Grundmann*, European Company Law – Organization, Finance and Capital Markets, unter Mitarbeit von Florian Möslin, Antwerpen/Oxford 2007
- Grundmann/Kerber/Weatherill, Party Autonomy *Grundmann, Stefan/Kerber, Wolfgang/Weatherill, Stephen* (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, Berlin/New York 2001
- Hager, Rechtsmethoden in Europa *Hager, Günter*, Rechtsmethoden in Europa, Tübingen 2009
- Mathias Habersack, Europäisches Gesellschaftsrecht *Habersack, Mathias*, Europäisches Gesellschaftsrecht – Einführung für Studium und Praxis, 3. Auflage, München 2006
- Heiderhoff, Gemeinschaftsprivatrecht *Heiderhoff, Bettina*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Auflage, München 2007
- Henninger, Europäisches Privatrecht und Methode *Henninger, Thomas*, Europäisches Privatrecht und Methode – Entwurf einer rechtsvergleichend gewonnenen juristischen Methodenlehre, Tübingen 2009
- Hüffer *Hüffer, Uwe*, Aktiengesetz, 8. Auflage, München 2008
- Jauernig-Bearbeiter *Jauernig, Othmar*, Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar, 13. Auflage, München 2009
- Kieninger, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen *Kieninger, Eva-Maria*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt – Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts, Tübingen 2002
- Kilian, Europäisches Wirtschaftsrecht *Kilian, Wolfgang*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 3. Auflage, München 2008

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

- Koch/Rüßmann*, Juristische Begründungslehre
- Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht
- Kramer*, Methodenlehre
- Langenbucher-Bearbeiter*
- Larenz*, Methodenlehre
- Larenz/Canaris*, Methodenlehre
- Lenz/Borchardt-Bearbeiter*
- Müller/Christensen*, Juristische Methodik I
- Müller/Christensen*, Juristische Methodik II
- MünchKommAktG-Bearbeiter*
- MünchKommBGB-Bearbeiter*
- Koch, Hans-Joachim/Rüßmann, Helmut*, Juristische Begründungslehre – Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982
- Körber, Torsten*, Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen 2004
- Kramer, Ernst A.*, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, Bern/Wien/München 2005
- Langenbucher, Katja* (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, 2. Auflage, Baden-Baden 2008
- Larenz, Karl*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York/London/Paris/Tokyo/Hongkong/Barcelona/Budapest 1991
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (Studienausgabe), 3. Auflage, 1995
- Lenz, Carl Otto/Borchardt, Klaus-Dieter* (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag. Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 4. Auflage, Köln 2006
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik, Band I: Grundlagen, Öffentliches Recht, 10. Auflage, Berlin 2009
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik, Band II: Europarecht, 2. Auflage, Berlin 2007
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*
 – Band 1: §§ 1–75, 3. Auflage, hrsgg. von Wulf Goette und Mathias Habersack, München 2008
 – Band 2: §§ 76 – 117, MitbestG, DrittelbG, 3. Auflage, hrsgg. von Wulf Goette und Mathias Habersack, München 2008
 – Band 7: §§ 222–277, 2. Auflage, hrsgg. von Bruno Kropff und Johannes Semler, München 2001
 – Band 9 Halbband 2: §§ 329–410 AktG, SE-VO, SEBG, Europäische Niederlassungsfreiheit, Die Richtlinien zum Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, hrsgg. von Bruno Kropff, Johannes Semler, Wulf Goette und Mathias Habersack, München 2006
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Auflage
 – Band 1/Teilband 2: Allgemeiner Teil: §§ 1–240. ProstG, München 2006
 – Band 1/Teilband 2: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – AGG, München 2007
 – Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil: §§ 241–432, München 2007
 – Band 3: Schuldrecht – Besonderer Teil I: §§ 433–610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, München 2007
 – Band 4: Schuldrecht – Besonderer Teil II: §§ 611–704 EFZG, TzBfG, KSchG, München 2009
 – Band 6: Sachenrecht: §§ 854–1296, Wohnungseigentumsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, München 2009

- Neuner, Die Rechtsfindung contra legem*
Neuner, Privatrecht und Sozialstaat
Oppermann/Classen/Nettesheim, Europarecht
- Palandt-Bearbeiter*
- Pawlowski, Methodenlehre*
- Pechstein/Koenig, Die Europäische Union*
Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht
Rauscher-Bearbeiter
- Richter/Furubotn, Neue Institutionenökonomik*
Riesenhuber, System und Prinzipien
Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht
Riesenhuber, Europäisches Arbeitsrecht
Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre
- Rüthers, Rechtstheorie*
- Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse*
- Schlechtriem/Schwenzer-Bearbeiter*
- Schmidt-Kessel, Der Gemeinsame Referenzrahmen*
- Schuppert/Pernice/Haltern, Europawissenschaft*
- Schwarze-Bearbeiter*
- Band 10: Internationales Privatrecht, Rom I-Verordnung, Rom II-Verordnung, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24), München 2010
Neuner, Jörg, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Auflage, München 2005
Neuner, Jörg, Privatrecht und Sozialstaat, München 1999
Oppermann, Thomas/Classen, Claus Dieter/Nettesheim, Martin, Europarecht – ein Studienbuch, 4. Auflage, München 2009
Palandt, Otto (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 69. Auflage, München 2010
Pawlowski, Hans-Martin, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage, Heidelberg 1999
Pechstein, Matthias/Koenig, Christian, Die Europäische Union, 3. Auflage, Tübingen 2000
Potacs, Michael, Auslegung im öffentlichen Recht, Baden-Baden 1994
Rauscher, Thomas (Hrsg.), Europäisches Zivilprozessrecht mit Insolvenzverordnung und Vollstreckungsverordnung – Kommentar, 2 Bände, 2. Auflage, München 2006
Richter, Rudolf/Furubotn, Eirik G., Neue Institutionenökonomik, 3. Auflage, Tübingen 2003
Riesenhuber, Karl, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, Berlin 2003
Riesenhuber, Karl, Europäisches Vertragsrecht, 2. Auflage, Berlin 2006
Riesenhuber, Karl, Europäisches Arbeitsrecht, Heidelberg 2009
Röhl, Klaus F./Röhl, Hans Christian, Allgemeine Rechtslehre – Ein Lehrbuch, 3. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2008
Rüthers, Bernd, Rechtstheorie – Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 4. Auflage, München 2008
Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage, Berlin/Heidelberg/New York/Barcelona/Hongkong/London/Mailand/Paris/Singapur/Tokio 2005
Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg (Hrsg.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG, 5. Auflage, München 2008
Schmidt-Kessel, Martin (Hrsg.), Der Gemeinsame Referenzrahmen – Entstehung, Inhalte, Anwendung, München 2009
Schuppert, Gunnar Folke / Pernice, Ingolf / Haltern, Ulrich (Hrsg.), Europawissenschaft, Baden-Baden 2005
Schwarze, Jürgen, (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Auflage, Baden-Baden 2009

Verzeichnis der abgekürzt zitierten Literatur

Staudinger-Bearbeiter

v. *Staudinger, Julius* (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

– Buch 1: Allgemeiner Teil, §§ 164–240, Neubearbeitung, Berlin 2009

– Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht; §§ 241–243, Neubearbeitung, Berlin 2009

– Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 305–310; UKlaG, Neubearbeitung, Berlin 2006

– Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 433–487; Leasing, Neubearbeitung, Berlin 2006

– Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung, Berlin 2005

Streinz-Bearbeiter

Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, München 2003

Streinz, Europarecht

Streinz, Rudolf, Europarecht, 8. Auflage, Heidelberg 2008

Schübel-Pfister, Sprache und Gemeinschaftsrecht

Schübel-Pfister, Isabel, Sprache und Gemeinschaftsrecht – Die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtstexte durch den Europäischen Gerichtshof, Berlin 2004

Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent

Vogenauer, Stefan, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent – Eine vergleichende Untersuchung der Rechtssprechung und ihrer historischen Grundlagen, 2 Bände, Tübingen 2001

Walter, Rechtsfortbildung durch den EuGH

Walter, Konrad, Rechtsfortbildung durch den EuGH. Eine rechtsmethodische Untersuchung ausgehend von der deutschen und französischen Methodenlehre, Berlin 2009

Zippelius, Methodenlehre

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 10. Auflage, München 2006

Zweigert/Kötz, Rechtsvergleichung

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Auflage, Tübingen 1996

§ 1 Europäische Methodenlehre – Einführung und Übersicht

Karl Riesenhuber

Übersicht

	Rn.
I. Europa und Methodenlehre	1
II. Gegenstände einer Europäischen Methodenlehre	2–9
III. Begriff der Europäischen Methodenlehre	10
IV. Der Vertrag von Lissabon	11–13

Literatur: *Axel Adrian*, Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre – Die begrifflichen und („fuzzy“-)logischen Grenzen der Befugnisnormen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes (2009); *Joxerramon Bengoetxea*, The Legal Reasoning of the European Court of Justice – Towards a European Jurisprudence (1993); *Wolfgang Buerstedde*, Juristische Methodik des Europäischen Gemeinschaftsrechts – Ein Leitfaden (2006); *Christoph Busch u.a.* (Hrsg.), Europäische Methodik: Konvergenz und Diskrepanz europäischen und nationalen Privatrechts, JbJZ 2009; *Axel Flessner*, Juristische Methode und europäisches Privatrecht, JZ 2002, 14–23; *Günter Hager*, Rechtsmethoden in Europa (2009); *Thomas Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode – Entwurf einer rechtsvergleichend gewonnenen juristischen Methodenlehre (2009); *Martijn Hesselink*, A European Legal Method? – On European Private Law and Scientific Method, ELJ 15 (2009), 20–45; *Clemens Höpfner/Bernd Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), 1–36; *Katja Langenbucher*, Europarechtliche Methodenlehre, in: dies. (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts (2. Aufl. 2008); *Thomas M.J. Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration – Zur Notwendigkeit einer europäischen Gesetzgebungs- und Methodenlehre (1999); *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Band II: Europarecht (2003).

I. Europa und Methodenlehre

Der zur ersten Auflage hervorgehobene Befund gilt auch heute noch: In vielen Lehrbüchern zum nationalen Recht sucht man das Stichwort Europa nach wie vor vergebens, ebenso in vielen Büchern zur Methodenlehre. Manchmal findet sich dort nicht mehr als ein Hinweis oder die Erörterung von Einzelfragen auf wenigen Seiten oder sogar nur in einer Fußnote. Auf der anderen Seite stoßen Lehre und vor allem die Praxis immer häufiger auf Methodenfragen im Zusammenhang mit dem Europäischen Recht. Tatsächlich findet man in der Literatur zunehmend Hinweise auf eine spezifische Methodenlehre. So ist schon in den 1970er Jahren der „Beginn einer

Methodenlehre des Rechts der EWG“ beobachtet worden.¹ Gerade auch im Hinblick auf die Rechtsangleichung in Europa ist von einer „harmonisierenden Auslegung“² sowie von einer „international brauchbaren Auslegung“³ gesprochen worden. Man hat ein „europäisches Gemeinrecht der Methode“⁴ gefordert. Eine „europarechtliche Methodenlehre“, zu der neben methodischen Fragen wie der Auslegung und Rechtsfortbildung auch materiell-rechtliche Fragen gerechnet werden, ist konzipiert und näher ausgeführt worden.⁵ Man hat auf das Verhältnis von „juristischer Methode und Europäischem Privatrecht“ hingewiesen⁶ und die Ausbildung einer „gemeineuropäischen Methodenlehre“ gefordert und als Programm formuliert.⁷ In der Rechtsprechung des EuGH stellt man die Entwicklung einer eigenständigen Methodik fest.⁸ Gleichzeitig ist indes gerade auch die Rechtsprechung des Gerichtshofs immer wieder Anlass für Kritik wegen eines Mangels an Methode, damit auch eines Mangels an Rationalität, Vorhersehbarkeit und Nachvollziehbarkeit.⁹

II. Gegenstände einer Europäischen Methodenlehre

- 2 In der Tat wirft das Europäische Recht – wie jedes Recht – seine eigenen Methodenfragen auf.¹⁰ Bevor diese im Einzelnen erörtert werden, sind zunächst einige Grundlagen zu legen. Nur in Einzelpunkten kann dabei freilich auf die reiche und vielfältige Geschichte des Rechtsdenkens in Europa eingegangen werden.¹¹ Exemplarisch dafür stehen hier zwei Kapitel, die freilich grundlegende Fragen von andauernder Bedeu-

1 *Fikentscher*, Methoden des Rechts III, S. 784–786: „Es kann nicht ausbleiben, dass auch das Recht der EWG eine eigene Methodik entwickelt.“ Als Forderung formuliert von *Behrens*, EuZW 1994, 289; auch *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration (freilich weithin rechtspolitisch; zu Einzelfragen der Methodenlehre S. 66–76).

2 *Odersky*, ZEuP 1994, 1–4.

3 *Berger*, FS Sandrock (2000), S. 49–64.

4 *Berger*, ZEuP 2001, 4–29.

5 *Langenbucher*, in: Ackermann u.a. (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, JbJZ 1999, 65, 67; *dies.*, in: *dies.* (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts (2. Aufl. 2005), S. 1–40; auch *Müller/Christensen*, Juristische Methodik II.

6 *Flessner*, JZ 2002, 14–23. S.a. *Gruber*, Methoden des internationalen Einheitsrechts.

7 *Häberle*, EuGRZ 1991, 261, 272; *ders.*, Europäische Rechtskultur (1994), S. 66; ähnlich *Kramer*, in: Assmann/Brüggemeier/Sethe (Hrsg.), Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens (2001), S. 31–47; jetzt *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234–263.

8 *Herresthal*, ZEuP 2009, 600, 602 f.

9 Eindringlich *Rebhahn*, in diesem Band, § 18 Rn. 77; auch *Hesslink*, ELJ 15 (2009), 20, 36 ff. (der freilich der Methodenlehre ein Hegemoniestreben im „power struggle between judges, legislators and professors“ unterstellt [mir zweifelhaft] und sich [zustimmungswürdig] für einen Dialog aller beteiligter Gruppen, „an open method of coordination“, ausspricht).

10 *M. Schmidt*, RabelsZ 59 (1995), 569–597; jetzt *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 235–240, mit Hinweis auf die Notwendigkeit einer einheitlichen Methodenlehre.

11 S. dazu noch *Fikentscher*, Methoden des Rechts I (S. 375–586 – Romanischer Rechtskreis), II (S. 1–150 – Englischer Rechtskreis), III (Mitteleuropäischer Rechtskreis); *Larenz*, Methodenlehre, S. 9–185; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967).

tung betreffen. Zum einen wird die „Juristenmethode in Rom“ erörtert: Fragen des Systemdenkens, der Auslegung und der Rechtsfortbildung im römischen Recht (§ 2). Zum anderen wird die zentrale Frage der Gesetzesbindung und des Verhältnisses von Auslegung und Analogie in historischer und vergleichender Sicht erörtert (§ 3).

Zu den Grundlagen der Methodenlehre des Europäischen Rechts gehört weiterhin die Rechtsvergleichung (§ 4). In einem Rechtssystem das auf den vielfältigen Traditionen der Mitgliedstaaten aufbaut und an dessen gesetzgeberischer Gestaltung und richterlicher Anwendung und Fortbildung Juristen aus verschiedenen Ländern mitwirken, ist die Rechtsvergleichung ein naheliegendes Werkzeug. Doch ist umstritten, welche Rolle sie im Rahmen der Methodenlehre spielt. Ähnlich verhält es sich bei der ökonomischen Theorie (§§ 5, 6). Soweit das Recht der Europäischen Union primär auf die Herstellung eines Binnenmarktes ausgerichtet ist, so versteht sich, dass ökonomische Erwägungen eine verhältnismäßig größere Rolle spielen können. Doch auch hier wird die Bedeutung für die Methodenlehre kontrovers diskutiert.

Nach diesen Grundlagen sind die Rechtsquellen des Europäischen (Privat-) Rechts zu bestimmen (§ 7). Sie finden sich im Primärrecht und im Sekundärrecht. Beide Bereiche weisen Besonderheiten auf und sind daher auch gesondert zu untersuchen. Zunächst ist die Auslegung und Fortbildung von primärem Unionsrecht zu erörtern (§ 8). Ebenfalls dem primärrechtlichen Bereich kann man auch die primärrechtskonforme Auslegung zurechnen (§ 9). Sie betrifft zwar nicht das Primärrecht selbst, sondern das Sekundärrecht und das nationale Recht, doch ist sie primärrechtlich determiniert.

Das Europäische Privatrecht findet sich überwiegend im Sekundärrecht. Gerade für den Bereich des Privatrechts ist hier zunächst das grundlegende Thema der Systembildung zu untersuchen (§ 10), denn es ist nach wie vor umstritten, ob die Rechtsetzung der Europäischen Union im Privatrecht als System begriffen werden kann. Zudem weist das System aber durch seine Verbindung mit dem nationalen Recht Besonderheiten auf. Und nicht zuletzt ist es geradezu andauernd in der Entwicklung befindlich.

Für die Praxis stehen drei methodische Einzelfragen im Vordergrund. Praktisch jeder europarechtlich beeinflusste Fall wirft Fragen der Auslegung des Sekundärrechts auf; sie sind in vielem ähnlich zu beantworten wie im nationalen Recht, doch gibt es schon hier Besonderheiten (§ 11). Öfter finden sich im Sekundärrecht Generalklauseln; prominente Beispiele sind die Klauselrichtlinie, die Handelsvertreter-Richtlinie und jetzt die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken. Auch bei der Konkretisierung von Generalklauseln im Gemeinschaftsrecht stellen sich teilweise besondere Fragen, der EuGH beginnt hier, eine eigene Methodik zu entwickeln (§ 12). Und endlich wirft auch die Rechtsfortbildung im Sekundärrecht Fragen auf. Hier gilt es besonders, die Legitimation der Rechtsfortbildung zu ergründen und ihre Grenzen zu bestimmen (§ 13).

Da es sich bei dem System des Europäischen (Privat-) Rechts um ein „Zwei-Ebenen-System“ handelt, bei dem das Unionsrecht und die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zusammenwirken, wirft auch die Umsetzung des Unionsrechts im nationalen Recht spezifische Fragen auf. Das betrifft besonders die Umsetzung von Richtlinien.

Vor allem stellt sich die Frage, ob und inwieweit das mitgliedstaatliche Recht richtlinienkonform ausgelegt werden kann und muss (§ 14). Hier wirken europarechtliche Anforderungen und mitgliedstaatliche Methodenlehre zusammen. Darüber hinaus wirft aber auch die sogenannte überschießende Umsetzung von Europarecht neben rechtlichen auch methodische Fragen auf (§ 15). Es geht insbesondere darum, ob nationales Recht, dass über den Anwendungsbereich der Richtlinien hinaus diesen entsprechend geregelt ist, europarechtskonform auszulegen ist und ob die mitgliedstaatlichen Gerichte dem EuGH Auslegungsfragen im Hinblick auf die überschießende Umsetzung vorlegen dürfen. Ein Querschnittsthema, das primär im nationalen Recht Bedeutung entfaltet, ist schließlich die Frage nach der Vorwirkung von Richtlinien (§ 16): Inwieweit sind sie schon vor Ablauf der Umsetzungsfrist auch für die Rechtsfindung von Bedeutung?

8 Fragen der Methodenlehre werden in diesem Band nicht nur theoretisch untersucht, sondern in einem Besonderen Teil auch exemplarisch für einzelne Teilgebiete des Privatrechts vertieft: für das Europäische Vertragsrecht (§ 17), das Europäische Arbeitsrecht (§ 18), das Europäische Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (§§ 19, 20) sowie das Europäische Kartellrecht (§ 21). Weiterhin wird erörtert, wie der Europäische Gerichtshof (§ 22) und die obersten deutschen Gerichtshöfe (§ 23) mit Methodenfragen des Europäischen Rechts umgehen. Das bietet nicht nur die Möglichkeit, Methodenaussagen zu überprüfen. Darüber hinaus stellt sich auch die Frage, inwieweit spezielle Rechtsgebiete spezielle Methodenfragen aufwerfen. Bei alledem geht es nicht nur darum, die vorgefundene Praxis zu resümieren.¹² Auch an dieser Stelle soll „der Verzweigung der Rechtswissenschaft zur Rechtsprechungskunde“ entgegengewirkt werden.¹³ Methodenlehre wird – wie aus dem nationalen Bereich bekannt – nicht als eine empirische Beschreibung verstanden, sondern vielmehr als eine Lehre von der rechtlich richtigen, rationalen, überzeugenden und vorhersehbaren Rechtsfindung.

8a Europäische Methodenlehre ist kein deutsches Reservat. Mit Recht wird im Schrifttum hervorgehoben, dass sich ein „Wettstreit der nationalen Methoden“ herausbilden muss.¹⁴ Institutionell angelegt ist ein solcher Wettstreit in der mitgliedstaatlich-pluralen Besetzung: „Der Gerichtshof besteht aus einem Richter je Mitgliedstaat“, Art. 19 Abs. 2 S. 1 EUV/221 Abs. 1 EG (jetzt ähnlich für das EuG Art. 19 Abs. 2 UAbs. 1 EUV). Ein solcher Wettstreit setzt zuerst voraus, die mitgliedstaatlich unterschiedlichen Herangehensweisen offenzulegen. Zu diesem Zweck sind mit dieser Auflage Kapitel mit Länderberichten über Frankreich (§ 24), England (§ 25), Italien (§ 26), Spanien (§ 27) und Polen (§ 28) eingefügt. Hier werden die Grundlagen der nationalen Methodenlehre vorgestellt und die europarechtliche Methodendiskussion der Länder erörtert.

9 Methodenlehre ist damit – ungeachtet mancher Vorurteile – eine ausgesprochen praktische Disziplin. Methodenfragen stellen sich schon den Organen der Europäischen

¹² Das kritisiert mit Recht *Vogener*, ZEuP 2005, 234, 243.

¹³ So für das nationale Schuldrecht *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2 (13. Aufl. 1994), S. V f.

¹⁴ *Herresthal*, ZEuP 2009, 600, 602.

Union, wenn sie das Primärrecht anwenden, z.B. das Kartellrecht und die Grundfreiheiten. Methodenfragen stellen sich aber auch den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern, z.B. wenn sie Richtlinien umsetzen: Wie sind diese auszulegen? Welche Folgen hat eine überschießende Umsetzung? Vor allem muss der Rechtsanwender mit Methodenfragen umgehen. Welche Anforderungen stellt das Primärrecht, und sind Sekundärrecht oder mitgliedstaatliches Recht ggf. primärrechtskonform auszulegen? Was bedeutet das Sekundärrecht und ist das mitgliedstaatliche Recht etwa richtlinienkonform auszulegen? Wem steht die Befugnis zu, Generalklauseln zu konkretisieren: Kommt eine Vorlage an den EuGH in Betracht? Usf.

III. Begriff der Europäischen Methodenlehre

Diese Methodenfragen werden am besten mit dem Begriff der Europäischen Methodenlehre umschrieben.¹⁵ Dass es dabei um eine Methodenlehre des Europäischen *Rechts* geht, wie der Begriff der „europarechtlichen Methodenlehre“ hervorheben soll, versteht sich hier so wie bei dem allgemeinen Begriff der Methodenlehre. Die Kennzeichnung als „gemeineuropäisch“ weist auf der anderen Seite eher auf die Gemeinsamkeiten der *nationalen Methoden* europäischer Staaten (oder auch der Mitgliedstaaten) hin.¹⁶ Das ist zwar insoweit treffend, als das Europäische Recht weithin¹⁷ eine einheitliche (all-„gemeine“) Methodenlehre verlangt. Indes könnte der Begriff zu der Fehlvorstellung verleiten, es ginge um eine in den europäischen (Mitglied-) Staaten einheitliche Methodenlehre, die auch für das autonom-nationale Recht Geltung beansprucht. Ist auch nicht auszuschließen, dass es zukünftig zu einer solchen Konvergenz der nationalen Methoden kommen wird, so ist das doch derzeit nicht abzusehen.

10

IV. Der Vertrag von Lissabon

Mit dem am 1. Dezember 2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon erfahren Europa und das Europarecht grundlegende Änderungen. Schon äußerlich ist der bisherige EU-Vertrag (EU) in den EU-Vertrag Lissaboner Fassung (EUV) aufgegangen, der bisherige EG-Vertrag (EG) im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen

11

15 Ebenso Häberle, Europäische Verfassungslehre (4. Aufl. 2006), S. 270–272; Köndgen, GPR 2005, 105. Auch Henninger, Europäisches Privatrecht und Methode, S. 323 ff. *et passim*, spricht von einer „europäischen Methodenlehre“, möchte sie aber stärker rechtsvergleichend fundieren, nämlich auf gemeinsame Grundsätze der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen stützen.

16 Ungeachtet weithin bestehender Übereinstimmung unterscheidet sich daher die von Vogenauer, ZEuP 2004, 234–263 skizzierte „gemeineuropäische“ Methodenlehre von dem vorliegenden Ansatz darin, dass dort Rechtsvergleichung und Rechtsgeschichte zentrale Bedeutung beigemessen wird (S. 246–252) und die „konstruktiv-dogmatischen“ Elemente erst „zu guter Letzt“ eine Rolle spielen (S. 253).

17 Bei der richtlinienkonformen Auslegung geht es hingegen um die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die mitgliedstaatliche Methodenlehre.

Union (AEUV). Dahinter stehen sachliche Gründe. Die Europäische Union hat nunmehr eigene Rechtspersönlichkeit (Art. 47 EUV) und tritt als Rechtsnachfolgerin an die Stelle der Europäischen Gemeinschaft (Art. 1 Abs. 3 S. 3 EUV). Damit wird jedoch nicht etwa das gesamte Unionsrecht zu einer eigenständigen supranationalen Rechtsordnung, als welche das Recht der Europäischen Gemeinschaft mit seinem Anwendungsvorrang gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen anzusehen war. Vielmehr bleibt mit der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik auch weiterhin ein – wenn auch kleinerer – Teil der Unionspolitiken der intergouvernementalen Zusammenarbeit vorbehalten.¹⁸

- 12** Mit den Änderungen durch den Vertrag von Lissabon sind teilweise neue methodische Fragen verbunden. Darüber hinaus haben wir es aber auch mit neuen Begriffen zu tun. Bezeichnete man das Recht der Europäischen Gemeinschaft als Gemeinschaftsrecht, so liegt es nahe, nunmehr vom Unionsrecht zu sprechen. Da freilich das Unionsrecht Lissaboner Fassung nicht dieselben Gegenstände hat wie vordem das Gemeinschaftsrecht (soeben, Rn. 11), können hier Missverständnisse auftreten. Mit dem Oberbegriff des Europarechts kann man sich nicht in jedem Fall behelfen. Abgeleitete Begriffe (gemeinschaftsautonome Auslegung, gemeinschaftsrechtskonforme Rechtsfindung) werfen weitere Fragen auf. Derzeit, kurz nach Inkrafttreten des Lissaboner Vertrags, zeichnet sich eine allgemein akzeptierte Begriffsbildung noch nicht ab. Im Mittelpunkt der Erörterung in diesem Buch steht zudem vielfach die bisherige Rechtsprechung mit ihrer etablierten Diktion; auch künftig werden europarechtliche Methodenfragen in vielen Fällen noch die alte Rechtslage vor dem 1. Dezember 2009 betreffen. Jedenfalls der Bereich des Privatrechts, das in diesem Band besondere Aufmerksamkeit erfährt, wird in vielen Bereichen bis auf weiteres von Rechtsakten beherrscht, die auf der Grundlage des alten EG-Vertrags und seiner Kompetenznormen ergangen sind.
- 13** Diesem Nebeneinander von sachlichen Änderungen und andauernder Relevanz des bisherigen Rechts trägt die Darstellung in unterschiedlicher Weise Rechnung. Vorschriften des Primärrechts werden darin stets in neuer und alter Fassung zitiert, so dass z.B. die Grundnorm über die Rechtsakte der Europäischen Union (bisher: Europäischen Gemeinschaft) zitiert wird als Art. 288 AEUV/249 EG. Im Hinblick auf die Terminologie werden die bisherigen Begriffe – auch aus Gründen sprachlicher Konvenienz – gleichberechtigt neben neuen Kreationen verwandt, also neben Unionsrecht und unionsrechtsautonomer Auslegung auch weiterhin von Gemeinschaftsrecht, gemeinschaftsautonomer Auslegung o.ä. gesprochen. Damit sollen die inhaltlichen Änderungen durch den Vertrag von Lissabon nicht ignoriert, sondern die Arbeit mit diesem Band durch Anlehnung an den bekannten Begriff erleichtert werden. Auch wo die etablierten Begriffe verwendet werden, ist freilich nicht auf das Gemeinschaftsrecht a.F. vor Lissabon Bezug genommen, sondern auf das Primärrecht in der Lissaboner Fassung (Rn. 11). Dort, wo es auf die trennscharfe Unterscheidung ankommt, wie insbesondere in § 8 über die Auslegung und Fortbildung des Primär-

18 Eingehend *Pechstein/Drechsler*, in diesem Band, § 8 Rn. 4.

rechts, wird freilich auf die Abgrenzung von intergouvernementaler Zusammenarbeit und supranationaler Rechtsordnung nicht verzichtet.

Auch die Bezeichnung der Judikative hat sich geändert. Nach Art. 19 EUV „umfasst“ der „Gerichtshof der Europäischen Union“ „den Gerichtshof, das Gericht und Fachgerichte“. Für den „Gerichtshof“ wird trotzdem die Bezeichnung EuGH beibehalten, das frühere „Gericht erster Instanz“ und jetzige „Gericht“ wird unverändert als EuG bezeichnet.

14

1. Teil: Grundlagen

§ 2 Juristenmethode in Rom

Jan Dirk Harke

Übersicht	
	Rn.
I. Intuition oder Plan?	1–7
1. Entscheidungsbegründungen und Fallanknüpfung	1–4
2. Systematische Rechtsfindung	5–7
II. Deduktion	8–17
1. Juristenregeln als Subsumtionsbasis	8–11
2. Gesetzesauslegung	12–17
III. Rechtsfortbildung	18–33
1. Fortentwicklung des Juristenrechts	19–30
2. Fortbildung des Gesetzesrechts	31–33
IV. Zusammenfassung	34

Literatur: *Tomasz Giaro*, Über methodologische Werkmittel der Romanistik, *SavZRG – Rom. Abt.* – 105 (1988), 181–262; *Jan Dirk Harke*, *Argumenta Iuventiana*, Entscheidungsbegründungen eines hochklassischen Juristen (1999); *Franz Horak*, *Rationes decidendi*, Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo (1969); *Max Kaser*, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, in: *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, Philologisch-historische Klasse* (1962), S. 49–78; *Rolf Knütel*, Zur Rechtsfindung der Römer, in: *Alfred Söllner u.a. (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze* (2005), S. 475–499; *Franz Wieacker*, *Römische Rechtsgeschichte. Ein Fragment*, Bd. 2 (2006), S. 45–52.

I. Intuition oder Plan?

1. Entscheidungsbegründungen und Fallanknüpfung

Folgt man der Ansicht zweier der bedeutendsten Romanisten des 20. Jahrhunderts, war die Rechtsfindung in Rom eher eine Sache des Gefühls als das Produkt rationaler Vorgehensweise. *Franz Wieacker* schreibt die Entscheidungen der römischen Juristen in erster Linie ihrem „Judiz“ zu.¹ Dieses sei zwar das Ergebnis eines Lernprozesses,

1 *Wieacker*, *Römische Rechtsgeschichte*, S. 45 f.

unterscheide sich aber doch erheblich von der planmäßigen Entscheidungsfindung moderner Prägung, zumal der römische Jurist in erster Linie Ähnlichkeitsurteile zwischen einem schon entschiedenen und einem noch zu entscheidenden Fall getroffen habe.² Noch weiter geht *Max Kaser*, der den römischen Quellen zwar in vielfacher Hinsicht kohärente Regelungsbereiche entnimmt, ihre Genese jedoch auf die „Intuition“ der römischen Juristen zurückführt.³ Sie hätten den zu lösenden Fall „unmittelbar erfasst“ und sich bei seiner Entscheidung in erster Linie auf ihre Erfahrung und ihr Sachgefühl verlassen.^{4,5} Zwar mache sich in der späten Republik eine gewisse Hinwendung zur Theorie bemerkbar; diese Tendenz sei jedoch rasch zugunsten einer Orientierung an Leitfällen überwunden worden,⁶ die Regeln, soweit sie überhaupt gebildet wurden, nur als Erfahrungsaussagen zugelassen habe.⁷ Wichtiger als das Argument sei für die römischen Rechtswissenschaftler stets die Autorität, also das Ansehen des Juristen gewesen, der denselben oder einen ähnlichen Fall schon entschieden habe.⁸

- 2 Das von *Kaser* und *Wieacker* gezeichnete Bild der römischen Jurisprudenz wird schon durch die bloße Zahl der überlieferten Entscheidungsbegründungen in Frage gestellt. Hätten die römischen Juristen ihre Falllösungen mehr erahnt als abgeleitet, dürfte es in den überlieferten Auszügen aus ihren Schriften kaum Argumentationen geben. Zwar ist nicht zu leugnen, dass es unter den Werken der römischen Jurisprudenz reine Entscheidungssammlungen gab, die sich wie etwa die in der zweiten Hälfte des zweiten Jahrhunderts entstandenen Responsen des *Scaevola* durch eine regelrechte Begründungsabstinenz auszeichnen.⁹ Hieraus auf eine intuitive Rechtsfindung zu schließen wäre gleichwohl ebenso falsch wie anzunehmen, dass die französische *Cour de Cassation* ihre Entscheidungen weniger rational trafe als der deutsche Bundesgerichtshof, der deutlich größeren Begründungsaufwand als das oberste französische Zivilgericht treibt. Im juristischen Diskurs können durchaus auch Entscheidungen, die mit wenigen Argumenten unterlegt oder gar überhaupt nicht begründet sind, einen Beitrag zur planmäßigen Rechtsfindung leisten, sofern sie nur von Fachkollegen rezipiert werden, für die sich alle oder zumindest die meisten Schritte der Falllösung von selbst verstehen. Darf man Begründungslücken also von vornherein nicht

2 *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, S. 48 ff.

3 *Kaser*, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, S. 49, 54.

4 *Kaser*, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, S. 54 f. Ebenso heute noch *Waldstein/Rainer*, Römische Rechtsgeschichte (10. Aufl. 2005), Rn. 33.12.

5 Ähnlich *Bund*, Untersuchungen zur Methode Julians (1965), S. 178 ff., der den römischen Juristen ein konkretes Denken jenseits von Systemzusammenhängen attestiert. Etwas anders ist der Ansatz von *Viehweg*, Topik und Jurisprudenz (5. Aufl. 1974), S. 26 ff., der den römischen Juristen ein zwar rationales, aber unstetes „Problemdenken“ bescheinigt, das im Gegensatz zu einem „Systemdenken“ stehe; hiergegen nachdrücklich *Horak*, Rationes decidendi, S. 44 ff.

6 *Kaser*, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, S. 67.

7 *Kaser*, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, S. 60.

8 *Kaser*, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, S. 55.

9 Hierauf beruft sich denn auch *Kaser*, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, S. 55.

als Zeichen für intuitives Entscheiden ansehen, bedeutet die Existenz von Begründungen durchaus einen Beweis für eine rationale Falllösungstechnik.

Dass es in den Quellen des römischen Rechts viele Entscheidungsbegründungen gibt,¹⁰ konnte im zweiten Drittel des 20. Jahrhunderts, als auch die Theorie von der intuitiven Rechtsfindung der Römer entstand, nur deshalb verborgen bleiben, weil man im Zuge einer völlig übersteigerten Textkritik die meisten der überlieferten Argumente für das Werk nachträglicher Textbearbeitung erklärt hatte.¹¹ War diese Kritik zunächst noch von dem Ziel getragen, die überlieferten Begründungen durch Erwägungen zu ersetzen, die man in der modernen Forschung für die eigentlich ausschlaggebenden Gesichtspunkte hielt, hatte man die klassischen Quellen schließlich doch zu einem Torso gemacht, so dass in dem Moment, in dem man den willkürlichen Charakter der modernen Unterstellungen erkannte, nichts anderes übrigblieb, als die Entscheidungen der römischen Juristen einer weitgehend intuitiven Rechtsfindung zuzuschreiben. Geht man dagegen von der Echtheit des überlieferten Textes als Regel aus, findet man Entscheidungsbegründungen in großer Zahl, die die Rationalität der römischen Jurisprudenz außer Frage stellen. So enthalten die rund 1000 Fragmente, in denen Entscheidungen der bis zur Zeitenwende tätigen Juristen überliefert sind, annähernd 300 Begründungen.¹² Und beim hochklassischen Juristen *Celsus*, der in der ersten Hälfte des zweiten Jahrhunderts wirkte, kommen auf etwa 280 Textauszüge fast 100 Begründungen.¹³ Stellt man in Rechnung, dass viele der Argumente einer Kürzung durch späteres Zitat¹⁴ oder der Redaktion der klassischen Texte im Zuge der byzantinischen Kodifikation zum Opfer gefallen sind, muss man für die Originalschriften der römischen Juristen mit einer noch deutlich höheren Begründungsdichte rechnen.

Dabei sind noch gar nicht die Zeugnisse einer Fallanknüpfung durch unkommentierte Bezugnahme auf einen Vergleichsfall mitgezählt, wie sie auch und gerade in den Werken mit geringerer Argumentationshäufigkeit vorkommt. Zwar kann man sie nicht Entscheidungsbegründung im eigentlichen Sinne nennen, weil ja gerade das *tertium comparationis* zwischen Haupt- und Vergleichsfall unbenannt bleibt.¹⁵ Die Rechtsfindung erfolgt jedoch auch hier nicht intuitiv, sondern planmäßig, weil sich der Jurist, der einen Vergleichsfall heranzieht, ja von der Prämisse leiten lässt, dass wesentlich Gleiches gleich, wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Dies gilt

10 Dies übersehen *Kaser*, Zur Methode der römischen Rechtsfindung, S. 55 und *Wieacker*, Römische Rechtsgeschichte, S. 49.

11 Den Zusammenhang zwischen der Intuitionsthese und der Interpolationenkritik stellt, allerdings mit etwas anderer Tendenz, auch *Knütel*, GS Heinze, S. 477 f. heraus.

12 *Horak*, Rationes decidendi, S. 289.

13 *Harke*, Argumenta Iuventiana, S. 17 f.

14 Dies belegt die Verteilung der Entscheidungsbegründungen im Werk des *Celsus*, wo zwei Drittel der Argumente auf die Originalauszüge aus seinen *digesta* entfallen, die aber bloß die Hälfte des überlieferten Materials ausmachen, während der Rest aus Zitaten durch spätere Juristen, vor allem durch den Spätklassiker *Ulpian* besteht; vgl. *Harke*, Argumenta Iuventiana, S. 18.

15 *Bund*, Untersuchungen zur Methode Julians (1965), S. 124 ff., *Harke*, Argumenta Iuventiana, S. 29.

1. Teil: Grundlagen

sowohl in dem Fall eines gewöhnlichen Analogieschlusses als auch im Fall einer *reductio ad absurdum*;¹⁶ denn hier wie dort strebt der Jurist danach, eine Regel aufzustellen oder zu widerlegen, die zwar nicht als solche benannt ist, sich aber doch am Vergleichsfall bewährt oder durch ihn falsifiziert wird.¹⁷

2. Systematische Rechtsfindung

- 5 Sind nicht nur ausdrückliche Entscheidungsbegründungen, sondern auch Fallanknüpfungen ohne weitere Erläuterung Ausdruck rationaler Rechtsfindung, verwundert nicht, dass wir in den Quellen des klassischen römischen Rechts auch Zeugnisse einer systematischen Ableitung von Entscheidungen finden. Ein gutes Beispiel¹⁸ hierfür bietet *Celsus'* Traktat zu der kaufähnlichen Vereinbarung über den Austausch des Eigentums an einem Sklaven gegen Geld:

- 6 D 12.4.16 Cels 3 dig
Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum [tradidisse] <mancipio dedisse>: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et [pro evictione eius promittere] <mancipare> non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

Ich habe dir Geld gegeben, damit du mir Stichus übereignest. Ist dies zumindest teilweise ein Kauf, oder entsteht keine andere Verpflichtung als die auf Rückgewähr dessen, was zu einem bestimmten Zweck gegeben worden ist, wenn der Zweck nicht eingetreten ist? Hierzu neige ich mehr. Und daher kann ich zurückfordern, was ich dir gegeben habe, damit du mir Stichus gibst, wenn Stichus gestorben ist. Nimm an, der Sklave sei fremd, aber von dir durch *mancipatio* übereignet worden: Ich kann das Geld von dir zurückfordern, weil du den Sklaven nicht zu meinem Eigentum gemacht hast. Und umgekehrt, wenn der Sklave dir gehört, aber du ihn nicht durch *mancipatio* übereignen willst, wirst du nicht davon befreit, dass ich von dir das Geld zurückfordern kann.

- 7 Da der römische Kaufvertrag den Verkäufer nicht zur Übereignung einer Kaufsache verpflichtete (s.u. Rn. 20 ff.), kann *Celsus* die Abrede, gegen Geldzahlung das Eigentum an einem Sklaven zu übertragen, bestenfalls teilweise (*pro portione*) als Kauf gelten lassen und entscheidet sich sogar dafür, es als atypisches Tauschgeschäft anzusehen, das sich nicht den anerkannten Vertragsarten zuordnen lässt. Hieraus folgt, dass der Teil, der Geld vorgeleistet hat, um das Eigentum an dem Sklaven zu erlangen, nur einen Kondiktionsanspruch hat, wenn ihm das Eigentum an den Sklaven nicht verschafft wird.¹⁹ Ist diese Lösung für ihn auch insofern nachteilig, als er ein

16 Hierzu *Giario*, OIR 11 (2006), 31 ff.

17 Anders als *Horak*, *Rationes decidendi*, S. 17 ff. und *Knütel*, GS Heinze, S. 498 würde ich daher die Bedeutung der Intuition auch für den „Entdeckungszusammenhang“ nicht überschätzen wollen.

18 Andere führt *Knütel*, GS Heinze, S. 479 ff. auf, der insbesondere zeigt, wie die römischen Juristen ein Prinzip bis hin zum Grenzfall verfolgen, in dem seine Geltung zweifelhaft wird.

19 Zur Deutung dieser Grundentscheidung und zum Umfang der Textveränderung durch die byzantinischen Redaktoren ausführlich *Harke*, *Argumenta Iuventiana*, S. 49 ff.

Klagerecht erst durch Vorleistung erwirbt, erweist sie sich im Fall der Leistungsstörung doch in mehrfacher Hinsicht als günstiger: Stirbt der Sklave vor der Übereignung, kann er den Geldbetrag zurückfordern, während er als Käufer ab Vertragsschluss die Preisgefahr trüge (*periculum emptoris*)²⁰ und keine Erstattung des Kaufpreises verlangen könnte. Gehört der Sklave nicht dem Veräußerer, kann der Erwerber ebenfalls umgehend eine Rückzahlung des Geldes fordern, wohingegen er als Käufer nur dann einen Anspruch gegen den Veräußerer hätte, wenn ihm der Sklave von seinem wahren Eigentümer wieder abgenommen worden wäre. Derselbe Unterschied besteht schließlich im dritten Fall, in dem der Veräußerer zwar Eigentümer des Sklaven ist, diesen aber nur übergeben und nicht übereignen will: Der Erwerber kann hier ebenfalls den gezahlten Geldbetrag zurückverlangen, während ihm, wenn er Käufer wäre, mangels Anspruchs auf Übereignung ein schätzbares Interesse am Eigentumserwerb fehlte, da der Sklave ihm ja schon übergeben worden ist und ihm nicht mehr mit Erfolg streitig gemacht werden kann. Die Lösungen aller drei Fallgestaltungen ergeben sich aus der Grundentscheidung gegen die Anwendung des Kaufrechts und für die Gewährung einer Zweckverfehlungskondiktion. *Celsus* stellt sie an den Anfang, um dann planmäßig Schlussfolgerungen zu ziehen, die den Unterschied von Kauf- und Kondiktionsrecht deutlich machen.

II. Deduktion

1. Juristenregeln als Subsumtionsbasis

Die systematische Ableitung von Falllösungen aus der Zuordnung einer Vereinbarung zu einem Geschäftstyp, wie sie *Celsus* für den Austausch von Geld und Sacheigentum vornimmt, beweist, dass die Rechtsfindung auch in einer weitgehend ungeschriebenen Rechtsordnung keineswegs auf die Fallanknüpfung beschränkt oder auch nur konzentriert ist. Deduktive Rechtsfindung ist hier ebenso möglich und häufig,²¹ nimmt ihren Ausgang aber eben nicht vom Gesetzesrecht, sondern von den Regeln, die die Jurisprudenz aufgestellt hat.²² Dass diese auch in Rom nicht völlig losgelöst vom Gesetz tätig wurde, aber weiten Spielraum durch die hiervon gelassenen Lücken hatte, zeigt der Fall des *Celsus*: Die Regel, dass der Austausch zweier Sachen mit dem Ziel des beiderseitigen Eigentumserwerbs kein Kaufvertrag war und auch nicht wie ein solcher behandelt wurde, hat sich in der Diskussion der beiden großen römischen Juristenschulen, der *Sabinianer* und der *Prokulaner*, herausgebildet, die im ersten Jahrhundert n. Chr. entstanden sind. Während die *Sabinianer* für die Anwendung des Kaufrechts eintraten, weil der Tausch die Vor- oder Urform des Kaufs sei, meinten

20 S.u. Rn. 20 ff.

21 Richtig *Giario*, SavZRG – Rom. Abt. – 105 (1988), 180, 207 ff.; vgl. auch *ders.*, Römische Rechtswahrheiten (2007), S. 433 ff. und *Harke*, Argumenta Iuventiana, S. 39 ff.

22 Dass weniger das Juristenrecht als die kaiserliche Rechtsprechung die Ursache für einen regelrechten Rechtspositivismus der hochklassischen Jurisprudenz gelegt habe, glaubt dagegen *Klami*, Sacerdotes iustitiae (1978), S. 70 ff.

die *Prokulianer*, zu denen auch *Celsus* gehörte, der Tausch könne keinesfalls wie ein Kaufvertrag behandelt werden. Denn es sei unklar, wer die Rolle des Käufers und wer die Rolle des Verkäufers übernehmen solle; und es könnten auch nicht beide zugleich jeweils Käufer und Verkäufer sein, da den einen mit der Zahlungspflicht ja auch eine Verpflichtung zur Übereignung treffe, während der andere die Sache nur übergeben müsse:

9

Gai 3.141

Item pretium in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei pretium esse possit, valde quaeritur. nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse; argumento quoque utuntur graeco poeta homero, qui aliqua parte sic ait: ... diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videatur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri. ...

Ebenso muss der Preis in Geld bestehen. Es ist aber sehr umstritten, ob der Preis für eine Sache in etwas anderem als in Geld bestehen kann, ob zum Beispiel ein Sklave oder eine Toga oder ein Grundstück der Preis sein können. Unsere Lehrer sind der Ansicht, dass der Preis auch in einer anderen Sache bestehen kann. Hier liegt der Grund für die landläufige Auffassung, dass auch durch den Tausch von Sachen ein Kauf zustande komme und dass der Tausch die älteste Art des Kaufs sei. Zum Beweis führen sie den griechischen Dichter Homer an, der an einer Stelle sagt: ... Die Lehrer der anderen Schule widersprechen und glauben, dass Tausch und Kauf verschiedene Dinge seien; sonst könne einerseits im Nachhinein nur schwer bestimmt werden, welche Sache verkauft und welche als Preis gegeben sei; andererseits sei es unsinnig, jede der beiden Sachen zugleich als Kaufsache und als Kaufpreis anzusehen. ...

- 10 Einen gesetzlichen Anknüpfungspunkt hat die Auseinandersetzung über die Ähnlichkeit oder Verschiedenheit von Kauf und Tausch nur insofern, als im Edikt des römischen Gerichtsmagistrats Rechtsschutz für die Parteien eines Kaufvertrags verheißen wird und ihnen die Käufer- (*actio empti*) und die Verkäuferklage (*actio venditi*) zugebilligt werden. Alles Weitere und insbesondere die Antwort auf die Frage, was denn ein Kauf sei und wozu er verpflichte, war im Einzelfall dem Richter, im Allgemeinen der Rechtswissenschaft überlassen, die eine Vorgabe bloß dadurch erhielt, dass die Beurteilung der Parteipflichten nach den Klagformularen dem Gebot der guten Treue (*bona fides*) unterlag. Für das Problem, ob der Verkäufer nur die Übergabe und nicht auch die Übereignung der Kaufsache schuldete und wie sich dies auf die Einordnung des Tauschs auswirkte, war diese Vorgabe unergiebig. Die Divergenz von Käufer- und Verkäuferpflicht, die für die *Prokulianer* entscheidend gegen die Anwendung des Kaufrechts sprach, hatte ihre Wurzel in der ursprünglichen Struktur des Kaufvertrags,²³ der anfangs nicht Distanz-, sondern Bargeschäft war, also im sofortigen Aus-

23 Vgl. zum „Barkaufprinzip“ oder „Veräußerungscharakter“ des römischen Kaufs *Ernst*, Sav-ZRG – Rom. Abt. – 96 (1979), 216 ff. und *Wolf*, IVRA 52 (2001), 29 ff., ferner *Harke*, Römisches Recht (2008), Rn. 8.1 ff.

tausch der beiderseitigen Leistungen bestand und die Funktion hatte, einen Rechtsgrund für den Verbleib dieser Leistungen beim jeweiligen Empfänger zu bieten. Als man hieraus allmählich ein Verpflichtungsgeschäft machte, indem man zunächst einer Seite, die schon vorgeleistet hatte, dann unabhängig hiervon aufgrund der bloßen Vereinbarung eine Klage auf die Leistung des anderen Teils einräumte, sparte man den Eigentumserwerb des Käufers von den geschaffenen Obligationen aus und beließ die entsprechende Leistung des Verkäufers gewissermaßen im Rechtsakt des Kaufvertrags: Schon mit seinem Abschluss hatte der Verkäufer das Eigentum an der Kaufsache dem Käufer zugestanden. Zwar hatte dieser so noch keine Rechtsposition erlangt, die Dritten gegenüber wirksam gewesen wäre; im Verhältnis der Vertragsparteien galt er jedoch schon als Inhaber der Kaufsache, so dass den Verkäufer nur noch die Verpflichtung zu ihrer Übergabe traf. Dieser Vorstellung, die sich aus der Weiterentwicklung des Kaufs vom Bar- zum Distanzgeschäft als reines Juristendogma entwickelt hatte, entsprang auch die Zuweisung der Preisgefahr an den Käufer (*periculum emptoris*), die *Celsus* mit seiner Entscheidung gegen das Kaufrecht dem an der Übereignung des Sklaven interessierten Teil gerade ersparte.

Auch die von *Celsus* befürwortete Alternative eines Anspruchs auf Rückzahlung des Geldbetrags war mit dem Gesetz nur über eine Kette von Schlüssen verbunden, die wiederum reines Juristenwerk waren: Im Edikt des Gerichtsmagistrats fand sich lediglich die Klage mit Namen *condictio* aufgeführt, deren abstrakte Formel sie vielfältig verwendbar machte. Statt sie zum Universalinstrument für den Anspruch auf Leistung zu machen, beschränkten die römischen Juristen sie aber auf zwei Grundfälle, zum einen auf die Verpflichtung aus einem Vermächtnis und einem abstrakten Schuldversprechen, für die schon ihr Vorgänger im alten römischen Zivilprozess zuständig war, zum anderen auf die Verpflichtung aus ungerechtfertigter Bereicherung. Diese trat wiederum in zwei Varianten auf: Auf der einen Seite stand die vertragliche Verpflichtung zur Rückzahlung eines Darlehens, dessen Verbleib beim Darlehensnehmer nach dem Ende der Laufzeit des Darlehens ohne Rechtsgrund war; auf der anderen Seite gab es die nicht durch Vertragsschluss begründete Verpflichtung zur Herausgabe dessen, was unberechtigt erlangt worden war. Sie zerfiel wiederum in zwei Tatbestände, einerseits die Rückgewährpflicht aus unberechtigtem Eingriff (*iniusta causa*), insbesondere wegen Diebstahls, andererseits die Pflicht zur Erstattung einer rechtsgrundlosen Leistung (*datio sine causa*).²⁴ Einen Unterfall dieses zweiten Tatbestands, dessen prominenter Anwendungsfall die irrtümliche Leistung auf eine Nichtschuld war, bildete nun die nicht von einer der Vertragsarten erfasste Leistung in Erwartung einer Gegenleistung, die der schon erfolgten Zuwendung ihren Rechtsgrund hätte geben können, dann aber ausblieb. Dass ihr Ausfall einen Rückgewähranspruch auslöst, ist also wiederum das Ergebnis einer Einordnung des zu entscheidenden Falles in ein Dogmensystem, das auf minimaler gesetzlicher Vorgabe durch die römische Jurisprudenz entwickelt worden war. Es verdient die Bezeichnung „Deduktion“ oder

11

24 Hierzu *Harke*, Römisches Recht (2008), Rn. 11.10 ff.

1. Teil: Grundlagen

auch „Subsumtion“ nicht weniger als der heutige Schluss auf eine Falllösung aus dem Gesetzesrecht.²⁵

2. Gesetzesauslegung

- 12** Bestand das römische Recht überwiegend aus Juristendogmen, deren Verständnis sich mangels feststehenden Wortlauts und Kenntnis ihrer Urheberschaft zwangsläufig nur nach ihrem vernünftigen Sinn richten konnte, gab es in Rom – vor allem im Bereich der außervertraglichen Haftung – doch auch Gesetzesrecht,²⁶ bei der sich ein breiteres Interpretationsspektrum eröffnete.²⁷ Genutzt wurde es nicht anders als heute durch Ermittlung des Ziels der gesetzlichen Bestimmung. Dabei war es auch hier der vernünftige Sinn einer Regel, oder modern gesprochen: die objektiv-teleologische Interpretation, die im Vordergrund stand,²⁸ während sich eine Rücksicht auf die konkreten Vorstellungen des Gesetzgebers nur selten findet. Der Grund hierfür ist einfach: Gesetzgeberische Absichten waren entweder wie vor allem in der Gesetzgebung der römischen Kaiser durch Senatsbeschluss zum Teil des Gesetzestextes selbst oder seiner Einleitung gemacht und damit ihrerseits Gegenstand der Interpretation nach objektiven Gesichtspunkten; oder sie waren mangels Dokumentation nur noch schwer oder gar nicht greifbar und bloß aus dem sozialen Kontext der Gesetzgebung zu erschließen. Ein Fall einer solchen Auslegung, die nach moderner Terminologie als subjektiv-teleologisch gelten könnte, ist wiederum im Werk des *Celsus* überliefert, der sich mit der Haftung des Eigentümers eines Sklaven für eine von diesem verübte Untat beschäftigt:

- 13** D 9.4.2 Ulp 18 ed

Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse: si autem inscient, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat. (1) Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur: sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit, in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi: nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit. ... Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset. ...²⁹

²⁵ Zu eng scheint mir daher der Begriff der Subsumtion bei *Horak*, *Rationes decidendi*, S. 84 ff., der deduktive Entscheidungen häufig den abgesonderten „Wahrscheinlichkeitsbegründungen“ zuweist. Dass Fallentscheidungen unscharf sind, bedeutet noch nicht, dass man ihnen den Charakter der Deduktion absprechen kann.

²⁶ Zu dessen Rolle und seiner Bedeutung für die Tätigkeit der Juristen eingehend *Baldus*, in diesem Band, § 3 Rn. 12 ff.

²⁷ Dieses wurde auch ausgenutzt; vgl. *Giario*, *Römische Rechtswahrheiten* (2007), S. 460.

²⁸ Vgl. *Vonglis*, *La lettre et l'esprit de la loi* (1961), S. 180 und *Medicus*, in: ders./Seiler (Hrsg.), *Studien im römischen Recht* (1973), S. 77 ff.

²⁹ Hierzu ausführlich *Harke*, *Argumenta Iuventiana*, S. 70 ff.

Hat ein Sklave mit Wissen seines Eigentümers getötet, macht er diesen in vollem Umfang (aus der *lex Aquilia*) haftbar; denn der Eigentümer wird so angesehen, als habe er selbst getötet. Hat der Sklave dagegen ohne Wissen seines Eigentümers getötet, greift die Noxalhaftung ein, und der Eigentümer haftet für die Untat des Sklaven nur mit der Einschränkung, dass er ihn dem Geschädigten ausliefern und sich so befreien kann. (1) Wer den Sklaven nicht an seiner Tat gehindert hat, haftet mit der Klage (aus der *lex Aquilia*), und zwar unabhängig davon, ob er der Eigentümer bleibt oder diese Rechtsstellung aufgibt; denn es genügt, dass er Eigentümer zu dem Zeitpunkt war, in dem er die Tat nicht verhindert hat. Dies geht, wie *Celsus* glaubt, so weit, dass die Noxalhaftung, wenn der Sklave ganz oder zum Teil veräußert oder freigelassen wird, nicht dem Sklaven folgt. Denn der Sklave, der nur dem Befehl seines Herrn gefolgt sei, habe nichts verbrochen. ... *Celsus* differenziert zwischen der *lex Aquilia* und dem Zwölftafelgesetz. Denn nach dem älteren Gesetz greift auch dann, wenn der Sklave mit Wissen des Herrn einen Diebstahl oder eine andere Untat begangen hat, die Noxalhaftung ein, und der Eigentümer hafte nicht für eigenes Unrecht, während nach der *lex Aquilia* der Eigentümer für die eigene Tat verantwortlich sei, nicht für die des Sklaven. Er gibt auch für jedes der beiden Gesetze den Gesetzeszweck an: Das Zwölftafelgesetz habe gewollt, dass die Sklaven ihren Herrn in diesem Fall nicht gehorchen, die *lex Aquilia* habe einen Sklaven, der dem Befehl seines Eigentümers folgt, entschuldigt, da er zu sterben drohte, wenn er es nicht getan hätte. ...

Nach einem Satz des 450 v. Chr. geschaffenen Zwölftafelgesetzes haftete der Eigentümer eines Sklaven zwar für dessen Delikte, aber nur mit der Einschränkung, dass er sich durch die Auslieferung des Sklaven befreien konnte. Diese sogenannte Noxalhaftung traf ihn nur so lange, wie er Eigentümer des Sklaven war, und ging mit dessen Übereignung auf seinen Erwerber, bei einer Freilassung des Sklaven auf diesen selbst über. Etwas anderes galt, wenn der Sklave die Tat auf Geheiß oder zumindest mit Wissen des Eigentümers verübt hatte. In diesem Fall haftete der Eigentümer, der sich des Sklaven wie eines Instruments bedient hatte, aufgrund der 286 v. Chr. entstandenen *lex Aquilia* selbst. Nach Ansicht von *Celsus*³⁰ konkurrierte diese Eigenhaftung des Sklavenherrn nicht mit der älteren Noxalhaftung, so dass diese auch nicht auf dem Sklaven lasten und mit seiner Veräußerung oder Freilassung übergehen konnte. Als Grund für den Wegfall der Noxalhaftung beruft sich *Celsus* auf die unterschiedliche gesetzgeberische Absicht, die hinter dem Zwölftafelgesetz und der *lex Aquilia* stehe: Während die dem Sklaven anlastende Haftung aus dem älteren Gesetz auf der Erwägung beruhe, ein Sklave solle sich dem Befehl seines Herrn zur Untat widersetzen, liege der Eigenhaftung des Herrn nach der *lex Aquilia* die Erwägung zugrunde, ein Sklave könne sich der Anordnung seines Eigentümers kaum entziehen; er sei deshalb gewissermaßen entschuldigt und von einer ihn betreffenden Haftung ausgenommen. Für diese Auffassung spricht in der Tat der soziale Hintergrund der beiden Gesetze, der in der Behandlung des Sklaven als Objekt eines Delikts zum Ausdruck kommt: Während er im älteren Zwölftafelgesetz immerhin noch als ein – gegenüber einem Freigeborenen freilich geringwertiger – Mensch behandelt wurde,³¹ stand er in

14

30 Sie war, wie der Fortgang des Textes zeigt, nicht durchsetzungsfähig, sondern musste der gegensätzlichen Auffassung *Julians* weichen, die den Beifall *Marcells* und *Ulpians* fand.

31 Vgl. XII-T 8.3: *Manu fustive si os fregit libero CCC, si servo CL poenae sunt.* („Hat jemand mit der Hand oder mit einem Stock einem Freien einen Knochen gebrochen, soll die Strafe 300 Ass betragen, hat er den Knochen eines Sklaven gebrochen, 150 Ass.“)

der *lex Aquilia* auf einer Stufe mit Tieren und Sachen. Diesem Wandel seiner sozialen Rolle entsprach es, wenn ihm zunächst Eigenverantwortung zugemutet, später erspart werden sollte.

- 15** Unter den Zeugnissen objektiv-teleologischer Interpretation gibt es in den römischen Quellen auch solche, die man nach moderner Terminologie einer systematischen Gesetzesauslegung zuordnen würde. Richtig verstanden, handelt es sich bei ihr ebenso wenig um ein eigenständiges Interpretationskriterium wie bei der sogenannten Auslegung nach dem Wortlaut. Die Bedeutung eines Wortes lässt sich stets in zweifacher Weise ermitteln: Entweder man geht vom allgemeinen Sprachgebrauch aus, wie er sich aus der Perspektive des Rechtsanwenders darstellt; dann ist die Wortlautauslegung bloß ein Unterfall der objektiv-teleologischen Interpretation. Oder man geht vom individuellen Sprachgebrauch des Urhebers einer gesetzlichen Bestimmung aus; dann bemüht man sich darum, die subjektive Zwecksetzung des Gesetzgebers zu ermitteln. Entsprechendes gilt für die systematische Gesetzesauslegung: Zieht man eine andere Bestimmung desselben oder eines Gesetzes heran, das mit dem auszulegenden in einem Kontext steht, um hieraus auf seinen Zweck zu schließen, ist man dem Willen des Gesetzgebers auf der Spur. Blickt man auf die korrespondierenden Bestimmungen, um einen Widerspruch zwischen ihnen und der auszulegenden Norm zu vermeiden, trägt man an das Gesetz die Prämisse heran, ein vernünftiger Gesetzgeber widerspreche sich nicht selbst, und forscht so wieder nach dem objektiven Zweck des Gesetzes. Ein hervorragendes Beispiel für diese zweite Variante der systematischen Auslegung bietet die Interpretation des dritten Kapitels der *lex Aquilia* durch die römischen Juristen:

- 16** D 9.2.27.13, 15 f. Ulp 18 ed
Inquit lex ‚ruperit‘. rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt ‚corruperit‘. ... (15) Cum eo plane, qui vinum spurcavit vel effudit vel acetum fecit vel alio modo vitiauit, agi posse Aquilia Celsus ait, quia etiam effusum et acetum factum corrupti appellatione continentur. (16) Et non negat fractum et ustum contineri corrupti appellatione, sed non esse novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subiciat verbum, quo specialia complectatur: quae sententia vera est.

Das Gesetz sagt: ‚zerrissen hat‘. Fast alle alten Juristen haben den Ausdruck: ‚zerrissen haben‘, in der Bedeutung: ‚beschädigt haben‘, verstanden. ... (15) Gegen denjenigen aber, der Wein verschnitten, ausgegossen, zu Essig gemacht oder auf eine andere Weise verdorben hat, kann, wie *Celsus* sagt, aus der *lex Aquilia* geklagt werden, weil auch ausgegossener oder zu Essig gemachter Wein vom Begriff ‚beschädigt‘ erfasst ist. (16) Und er leugnet nicht, dass die Ausdrücke ‚zerbrochen‘ und ‚verbrannt‘ ebenfalls von der Bezeichnung ‚beschädigt‘ erfasst werden. Es sei jedoch nicht ungewöhnlich, dass ein Gesetz erst spezielle Begriffe aufzähle und dann einen generellen Begriff aufführe, der die speziellen umfasse. Diese Ansicht ist richtig.³²

- 17** In ihrem dritten Kapitel, das seit der Rezeption des römischen Rechts im Mittelalter zur Grundlage der Deliktshaftung schlechthin werden sollte,³³ ordnete die *lex Aquilia* an, dass jemand den Schaden zu ersetzen hat, den er einem anderen dadurch zufügt,

32 Hierzu ausführlich *Harke*, *Argumenta Iuventiana*, S. 60 ff.

33 Hierzu etwa *Zimmermann*, *The Law of Obligations* (1996), S. 953 ff.

dass er dessen Sache widerrechtlich verbrennt, zerbrochen oder zerrissen hat. Um die Haftung von diesen Tathandlungen zu lösen, begriffen schon die Juristen der römischen Republik das Verb *rumpere*, das eigentlich „zerreißen“ heißt, im Sinne von *corrumperere*, was „beschädigen“ bedeutet und damit jede körperliche Einwirkung auf die betroffene Sache abdeckt. War *rumpere* damit zu einem umfassenden Tatbestand geworden, stellte sich unweigerlich die Frage nach dem Verhältnis zu den beiden anderen im Gesetz genannten Tatvarianten des Verbrennens (*urere*) und Zerbrechens (*frangere*). *Celsus* beantwortet sie, indem er sie zu Spezialtatbeständen erklärt, die das Gesetz gleichsam als Beispiele der Generalnorm voranstelle. So entzieht er das neue Verständnis der *lex Aquilia* dem Vorwurf, einen Widerspruch in das Gesetz hineinzutragen, und zeigt, dass sie nach wie vor dem Anspruch kohärenter Gesetzgebung gerecht wird.

III. Rechtsfortbildung

Begnügte man sich mit der Feststellung, die römische Jurisprudenz sei, wenn auch auf anderen Grundlagen, ähnlich deduktiv vorgegangen wie die moderne Rechtswissenschaft, wäre dies nur die halbe Wahrheit. Schon um zu den Regeln zu gelangen, aus denen sich später Falllösungen deduktiv entwickeln ließen, bedurfte es rechtsschöpferischer Tätigkeit, die auf die Herausbildung neuer oder die Falsifizierung alter Juristenregeln angelegt war. Anders als das Gesetzesrecht konnten sie unter Berufung auf übergeordnete Wertmaßstäbe wie Güte (*benignitas*)³⁴, Menschlichkeit (*humanitas*)³⁵, Billigkeit (*aequitas*) oder Nützlichkeit (*utilitas*)³⁶ ohne Weiteres vernachlässigt werden.³⁷ Die römischen Juristen machten von dieser Möglichkeit auch tatsächlich Gebrauch, allerdings in höchst unterschiedlichem Maße³⁸ und in ihrer Gesamtheit eher selten. Nicht anders als in der heutigen Rechtsliteratur dienten Wertungen statt zur Rechtsschöpfung oder -kritik eher dazu, das bestehende Normenprogramm plausibel zu machen.

18

34 Hierzu *Wubbe*, FG Herdlitzka (1972), S. 295 ff., *Baldus*, Regelhafte Vertragsauslegung nach Parteirollen im klassischen römischen Recht und in der modernen Völkerrechtswissenschaft (1998), S. 591 ff., *Harke*, Argumenta Iuventiana, S. 114 ff.

35 *Baldus* wie vorige Fn., S. 623 ff.

36 Hierzu *Ankum*, Utilitatis causa receptum, Symbolae juridicae et historicae (1968), S. 1 ff., *Harke*, Argumenta Iuventiana, S. 118 ff.

37 Mit „Vorgegebenheiten“ im Allgemeinen befasst sich *Waldstein*, in: Temporini/Haase (Hrsg.), Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, Bd. II.15 (1976), S. 1 ff.

38 Eine große Rolle spielen offene Wertungen im Werk des Spätklassikers *Papinian*; vgl. *Manthe*, OIR 10 (2005), 143 ff. Verschwindend sind sie dagegen bei *Celsus*, von dem gerade die Definition des Rechts als einer *ars boni et aequi* (D 1.1.1.pr.) stammt; vgl. *Harke*, Argumenta Iuventiana, S. 109 ff. gegen *Scarano Ussani*, Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano (1979) und *Cerami*, Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo. Dipartimento di Storia del Diritto 38 (1985), 5 ff. Eine zeitliche Tendenz hin zu offenen Wertungen beobachtet *Wieacker*, SavZRG – Rom. Abt. – 94 (1977), 1, 13 ff.; vgl. auch *ders.*, Römische Rechtsgeschichte, S. 50.

1. Fortentwicklung des Juristenrechts

- 19 Weitaus größere Bedeutung als dem Rekurs auf Wertmaßstäbe kam im Bereich des Juristenrechts zwei Faktoren zu, die von den römischen Juristen, wenn überhaupt, dann nur ansatzweise als Entscheidungskriterien benannt und in aller Regel einfach vorausgesetzt wurden: zum einen der Rücksicht auf den Geschäftsgebrauch, zum anderen dem Gebot der Gleichbehandlung, das unausgesprochen jeder Entscheidung über die Anwendung oder Vernachlässigung einer Rechtsregel in einem noch nicht entschiedenen Fall zugrunde liegt.³⁹ Wie diese beiden Faktoren zusammenwirkten und die Ausbildung eines neuen Rechtsprinzips zeitigten, zeigt eindrucksvoll die Entwicklung der Rechtsmängelhaftung:⁴⁰
- 20 Dass die römischen Juristen sich zu keiner Zeit dazu durchringen konnten, dem Käufer ein Recht auf Verschaffung des Eigentums an der Kaufsache zu geben,⁴¹ hatte seinen guten Grund darin, dass sich in der Praxis ein Äquivalent herausgebildet hatte, dessen Übernahme in das Kaufrecht weitaus einfacher war als dessen völlige Umgestaltung durch Einführung eines Übereignungsanspruchs: Im Anschluss an eine vermutlich auf das Zwölftafelgesetz zurückgehende Haftung des Verkäufers einer durch Ritualgeschäft veräußerten fremden Sache vereinbarten die Parteien eines Kaufvertrags regelmäßig in Form eines selbständigen Schuldversprechens (*stipulatio*), dass der Verkäufer für einen Rechtsmangel Gewähr zu leisten habe. Dies bedeutete, dass er, wenn dem Käufer die Sache abgenommen wurde, einen Geldbetrag zu leisten hatte, der entweder im doppelten oder einfachen Kaufpreis bestand oder dem Interesse entsprach, das der Käufer daran hatte, die Kaufsache zu behalten. Versprechen dieser Art wurden derart üblich, dass die römischen Juristen ab Beginn des zweiten Jahrhunderts n. Chr. annahmen, mangels abweichender Vereinbarung habe der Käufer kraft des Gebots der guten Treue (*bona fides*) einen Anspruch darauf, dass der Verkäufer eine solche Garantie abgibt. Der Inhalt des zu erzwingenden Versprechens variierte. Wo es dem örtlichen Geschäftsgebrauch entsprach, konnte der Käufer die Abgabe einer Zusage zur Zahlung des doppelten Kaufpreises verlangen:
- 21 D 21.1.31.20 Ulp 1 ed aed cur
Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor Mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudicii debent venire.

39 Mit den theoretischen Stellungnahmen der römischen Juristen zur Rechtsfindung durch Fallanknüpfung und Regelbildung befasst sich vor allem *Vacca*, *Metodo casistico e sistema prudenziale* (2005). Da sich die überlieferten Fragmente aus den Digestentiteln 1.3, 50.16 und 50.17 meist auf einen oder wenige Sätze beschränken und der ursprüngliche Kontext dieser Aussagen unklar ist, darf man ihren Wert für die methodologische Analyse nicht überschätzen.

40 Hierzu *Kaser/Knütel*, *Römisches Privatrecht* (19. Aufl. 2008), Rn. 41.25 ff., *Harke*, *Römisches Recht* (2008), Rn. 8.14.

41 Richtig *Ernst*, *Rechtsmängelhaftung* (1995), S. 12 ff. gegen *Rabel*, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Bd. I: *Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg* (1902), S. 76 ff., der immerhin eine Entwicklung hin zu einer Rechtsverschaffungspflicht erkennt.

Da die Stipulation des doppelten Kaufpreis ständig vorgenommen wird, ist die Ansicht herrschend, dass auch aus dem Kauf geklagt werden könne, falls der Verkäufer eines Sklaven keine Sicherheit in Höhe des Doppelten geleistet hat. Was Sitte und Gebräuchen entspricht, ist nämlich von Klagen auf Treu und Glauben erfaßt.

Im Übrigen hatte er nur ein Recht darauf, dass der Verkäufer ihm durch eine sogenannte *stipulatio habere licere* für den Fall einer Entwehrung der Kaufsache den Ersatz des Interesses versprach, das der Käufer am ungestörten Besitz der Kaufsache hatte: 22

D 19.1.11.8 Ulp 32 ed 23
Idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris, ... ait et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio.

Neraz sagt ferner, es sei allgemein anerkannt, dass auch dann, wenn du einen fremden Sklaven verkauft hast, ... die Kaufklage dafür gegeben sei, dass dem Käufer durch Stipulation der ungestörte Besitz des Sklaven versprochen und dieser übertragen wird.

Hatte der Käufer die Sache schon an ihren wahren Eigentümer abgeben müssen, musste sich das nutzlos gewordene Recht auf Abgabe einer Eviktionsgarantie in einen Anspruch auf Zahlung des Betrags wandeln, den der Verkäufer hätte versprechen müssen. Denn andernfalls hätte er gerade davon profitiert, dass er das geschuldete Versprechen noch nicht abgegeben hatte: 24

PS 2.17.2 25
Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset.

Hat er (der Verkäufer) die Sachen einfach übergeben und sind sie dann (dem Käufer) entwehrt worden, muss der Verkäufer dem Käufer in den Betrag verurteilt werden, in dessen Höhe er dem Käufer durch Stipulation für die Entwehrung Sicherheit geleistet hätte.

Gab es demnach eine regelrechte Garantiehaftung aufgrund des Kaufvertrags, konnte dies nicht ohne Auswirkung auf die Entscheidung der Fälle bleiben, in denen dem Käufer die Kaufsache zwar nicht regelrecht abgenommen worden, der Kauf aber für ihn aber doch ebenso wertlos war. Ein Beispiel bildet der Fall, dass dem Käufer die Kaufsache schon aufgrund eines Vermächtnisses geschuldet war, aus dem ein Anspruch auf ihre Übereignung gegen den Verkäufer bestand. Der Jurist *Julian*, Zeitgenosse des *Celsus* und bedeutendster Vertreter der römischen Hochklassik, sprach sich dafür aus, dem Käufer unter diesen Umständen die Rückforderung des Kaufpreises zu gestatten. Denn nachdem der Verbleib der Kaufsache beim Käufer zum Gegenstand des Kaufvertrags gemacht worden war, stellte er einen wesentlichen Teil der Leistung des Verkäufers dar, so dass er bei ihrem Ausfall auch den Kaufpreis nicht mehr beanspruchen könne, ohne das Gebot der guten Treue (*bona fides*) zu missachten:⁴² 26

D 30.84.5 Iul 33 dig 27
Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet,

42 Hierzu *Harke*, OIR 11 (2006), 63, 76 ff.; anders *Ernst*, Rechtsmängelhaftung (1995), S. 34 ff.

1. Teil: Grundlagen

quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem. quod si pretio soluto ex testamento agere instituerit, hominem consequi debebit, actione ex empto pretium recipere, quemadmodum reciperet, si homo evictus fuisset. quod si iudicio ex empto actum fuerit et tunc actor compererit legatum sibi hominem esse et agat ex testamento, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit et hominem actoris fecerit.

Wer einen Sklaven, der ihm in einem Testament vermacht war, in Unkenntnis dieser Verfügung von dem Erben gekauft hat und, nachdem er von dem Vermächtnis erfahren hat, mit der Testamentsklage vorgegangen ist und den Sklaven erhalten hat, ist von der Verkäuferklage freizusprechen, weil sie auf Treu und Glauben gerichtet und ihr die Arglist inhärent ist. Hat er aber nach Zahlung des Kaufpreises die Testamentsklage angestellt, wird er den Sklaven erlangen; und aus dem Kauf erhält er den Kaufpreis ebenso wie in dem Fall zurück, dass der Sklave evinziert wird. Hat er aber aus dem Kauf geklagt, dann festgestellt, dass ihm der Sklave vermacht ist, und schließlich die Testamentsklage erhoben, ist der Erbe nur freizusprechen, wenn er den Kaufpreis zurückgibt und dem Kläger den Sklaven übereignet.

- 28** Die hinter dieser Entscheidung stehende *ratio* erzwang noch eine weitere Konsequenz: War der Verbleib der Kaufsache beim Käufer wesentliche Gegenleistung für den vom Verkäufer vereinnahmten Kaufpreis, ließ sie sich ohne Verstoß gegen das Gebot der guten Treue auch nicht mehr abbedingen. Dies bedeutete, dass der Verkäufer den Kaufpreis im Fall einer Entwehrung der Kaufsache selbst dann zurückzahlen musste, wenn er ausdrücklich nur Gewähr dafür übernommen hatte, dass die Kaufsache dem Käufer weder von ihm selbst noch von seinen Erben streitig gemacht werde. Und sogar wenn der Verkäufer jegliche Haftung für Rechtsmängel ausgeschlossen hatte, sollte er bei einer Entwehrung der Kaufsache den Kaufpreis nicht behalten dürfen, weil der Käufer ja auch der Gegenleistung entbehrte:

29 D 19.1.11.18 Ulp 32 ed

Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare. et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur. sed Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventionone, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret. ...

Sehen wir zu, wofür einstehen muss, wer eine Sache zum ungestörten Besitz verkauft hat. Ich glaube, dass es einen großen Unterschied macht, ob der Verkäufer lediglich verspricht, dass weder durch ihn noch durch seine Rechtsnachfolger bewirkt werde, dass der Käufer nicht ungestört besitzen kann, oder ob er aber verspricht, dass dies durch niemanden geschehe. Verspricht er nur, dass nichts durch ihn selbst geschehe, steht er nicht dafür ein, dass ein Dritter die Sache evinziert. Julian schreibt jedoch im 15. Buch seiner Digesten, es lasse sich die Ansicht vertreten, dass der Verkäufer mit der Kaufklage auch dann, wenn er ausdrücklich erklärt, es werde weder von ihm noch von seinen Erben bewirkt, dass der Käufer die Sache nicht ungestört besitzen könne, zwar nicht auf das Interesse des Käufers, wohl aber darauf hafte, dass er den Kaufpreis zurückerstatte. An derselben Stelle meint er, dasselbe sei zu sagen, wenn in den Vertrag ausdrücklich aufge-

nommen wird, dass wegen Eviktion nicht gehaftet werde. In diesem Fall werde allerdings nur der Kaufpreis geschuldet, nicht das Interesse. Ein Vertrag nach Treu und Glauben dulde nämlich keine Vereinbarung mit der Wirkung, dass der Käufer die Sache verliert und der Verkäufer den Kaufpreis behält.

Aus dem Geschäftsgebrauch, den Käufer durch eine Garantie gegen das Risiko eines Rechtsmangels abzusichern, war so, vermittelt durch mehrere Schlüsse aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung, ein zwingender Inhalt des Kaufvertrags geworden. Dass der Käufer außer der Übergabe der Kaufsache erwarten konnte, diese zu behalten, war nun Gegenstand einer neuen Juristenregel geworden, die den alten Grundsatz, dass der Käufer keinen Anspruch auf Eigentumsverschaffung hatte, praktisch entwertete.⁴³

30

2. Fortbildung des Gesetzesrechts

Ähnlich frei wie mit den eigens aufgestellten Regeln gingen die römischen Juristen mit dem Gesetzesrecht um. Motor der Rechtsentwicklung war auch hier wieder das Gebot der Gleichbehandlung wesentlich gleichgelagerter Fälle. Es gab den Ausschlag dafür, dass die römischen Juristen dem Gerichtsmagistrat empfahlen, eine Klage nach dem Vorbild eines gesetzlichen Anspruchs zu gewähren, um zu vermeiden, dass eine unerhebliche Abweichung vom gesetzlichen Tatbestand zu einer Rechtsschutzlücke führte. Besonders groß war die Zahl solcher nachgebildeter Klagen im Bereich der außervertraglichen Haftung. War die Schadensersatzpflicht aus der *lex Aquilia* durch das weite Verständnis des Tatbestandsmerkmals *rumpere* im Sinne von *corrumpere* auch von der Festlegung auf bestimmte Tathandlungen gelöst (s.o. Rn. 16 ff.), war sie doch immer noch an das Erfordernis einer körperlichen Einwirkung auf die geschädigte Sache oder den verletzten Sklaven gebunden. Hatte jemand den Schaden ohne eine körperliche Berührung, etwa durch Freiheitsentzug oder durch den Drang zu übermäßiger Anstrengung von Sklaven oder Tieren, verursacht, konnte der Geschädigte gegen ihn mit einer „analogen Klage“ (*actio utilis*) vorgehen, die nach dem Vorbild der „direkten Klage“ (*actio directa*) aus der *lex Aquilia* gewährt wurde:

31

IJ 4.3.16

Ceterum placuit, ita demum ex hac lege actionem esse, si quis praecipue corpore suo damnum dederit. ideoque in eum qui alio modo damnum dederit, utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit ut fame necaretur, aut iumentum tam vehementer egerit ut rumperetur, aut pecus in tantum exagitaverit ut praecipitaretur, aut si quis alieno servo persuaserit ut in arborem ascenderet vel in puteum descenderet, et is ascendendo vel descendendo aut mortuus fuerit aut aliqua parte corporis laesus erit, utilis in eum actio datur. sed si quis alienum servum de ponte aut ripa in flumen deiecerit et is suffocatus fuerit, eo quod proiecerit corpore suo damnum dedisse non difficiliter intellegi poterit ideoque ipsa lege Aquilia tenetur. sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis, misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.

32

⁴³ Dass die Fallanknüpfung der Herausbildung und Bewährung von Juristenregeln dient, macht auch *Knütel*, GS Heinze, S. 488 ff., 497 geltend.

1. Teil: Grundlagen

Im Übrigen hat sich die Meinung durchgesetzt, dass nach diesem Gesetz eine Klage nur gegeben ist, wenn jemand den Schaden vornehmlich durch körperliche Einwirkung zugefügt hat. Deshalb pflegt man gegen den, der den Schaden auf andere Weise zugefügt hat, analoge Klagen zu gewähren. Eine solche wird zum Beispiel gegen den gewährt, der einen fremden Sklaven oder fremdes Vieh einsperrt, so dass sie verhungern, oder ein Zugtier so heftig antreibt, dass es Schaden nimmt, oder Herdenvieh so antreibt, dass es zugrunde geht, oder einen fremden Sklaven überredet, auf einen Baum oder in einen Brunnen zu steigen, wenn der Sklave beim Hinaufklettern oder Hinabsteigen entweder zu Tode kommt oder sich an irgendeinem Körperteil verletzt. Stößt aber jemand einen fremden Sklaven von einer Brücke oder vom Ufer in den Fluss und ertrinkt dieser, kann man unschwer erkennen, dass er, indem er stößt, den Schaden durch körperliche Einwirkung verursacht und deshalb aus der *lex Aquilia* selbst haftet. Wird der Schaden jedoch nicht durch körperliche Einwirkung zugefügt und auch kein Körper verletzt, sondern entsteht jemandem auf andere Weise ein Schaden, haftet der Schuldige, weil weder die unmittelbare noch eine analoge aquilische Klage in Betracht kommt, nach allgemeiner Meinung mit einer auf den Sachverhalt zugeschnittenen Klage: wie zum Beispiel, wenn jemand aus Mitleid einem fremden Sklaven die Fesseln löst, damit er fliehen kann.

- 33** Der byzantinische Kaiser *Justinian*, der von dieser Praxis der römischen Prätores berichtet, ging selbst noch einen Schritt weiter und ließ eine „auf den Sachverhalt zugeschnittene Klage“ (*actio in factum*) zu, falls jemand ohne körperliche Beeinträchtigung einer Sache oder eines Sklaven einen Schaden erlitten hatte. So führt er eine Ersatzpflicht für reine Vermögensschäden ein, die im klassischen römischen Recht eigentlich nur Gegenstand vertraglicher Ansprüche und der Klage wegen arglistiger Schädigung (*actio de dolo*) waren. Die zu diesem Zweck gewährte *actio in factum* ist ein schon im klassischen Recht gebräuchliches Instrument und ebenso wie die *actio utilis* in aller Regel das Produkt eines Analogieschlusses,⁴⁴ der jedoch weiter reicht als bei der *actio utilis* und daher auch nicht durch einfache Umgestaltung des Formulars der gesetzlichen Klage auskommt, sondern auf die Nennung des anspruchsbegründenden Tatbestands im Klageformular angewiesen ist.⁴⁵ Die so eröffnete Freiheit im Umgang mit dem Gesetzesrecht war hier wie dort geborgt von der Rechtssetzungsbefugnis des Gerichtsmagistrats, der das bestehende Gesetzesrecht ergänzen und korrigieren konnte, und von dieser Befugnis auf Empfehlung der ihn beratenden Rechtsgelehrten Gebrauch machte.

IV. Zusammenfassung

- 34** Die Rechtsfindung war in Rom nicht der Intuition überlassen, sondern verlief planmäßig, zuweilen gar systematisch. Ausgangspunkt der Deduktion war weniger das

44 *Wesel*, Rhetorische Statuslehre und Gesetzesauslegung der römischen Juristen (1967), S. 133 f. hält ihn für eine Zwischenstufe zwischen der sogenannten „identifizierenden Interpretation“, bei der man nicht wagte, sich über den Gesetzeswortlaut hinwegzusetzen, und der Argumentationsstufe, bei der man sich mit dem Sinn eines Gesetzes offen gegen dessen Wortlaut stellen konnte.

45 Zu den *actiones in factum* und ihrem Verhältnis zu den *actiones utilis* eingehend *Gröschler*, *Actiones in factum* (2002).

lückenhafte Gesetzesrecht, bei dessen Anwendung die römischen Juristen in aller Regel auf seinen vernünftigen Sinn, gelegentlich aber auch auf die Absicht des historischen Gesetzgebers achteten. Im Zentrum der Entscheidungsfindung standen die Regeln des Juristenrechts, die ein dichtes Netz subsumtionsfähiger Sätze bildeten. Anders als das Gesetzesrecht war diese Regelungsmasse jedoch einem steten Wandel unterworfen, indem die römischen Juristen neue Regeln entwarfen, die ältere entweder ergänzten oder sogar obsolet machten. Triebfeder dieser Rechtsentwicklung waren zwei Faktoren: die Rücksicht auf den Geschäftsgebrauch und der Grundsatz der Gleichbehandlung, der unausgesprochen jeden Schluss von einer feststehenden Entscheidung oder einer schon geschaffenen Regel auf einen noch ungelösten Fall steuerte. Eine vergleichbare Freiheit bei der Fortbildung des Gesetzesrechts erlangten die römischen Juristen dadurch, dass der römische Gerichtsmagistrat auf ihre Empfehlung hin Rechtsschutz in Anlehnung an gesetzliche Ansprüche gewähren konnte, womit die Gesetzesbindung praktisch beseitigt war.

§ 3 Gesetzesbindung, Auslegung und Analogie: Römische Grundlagen und Bedeutung des 19. Jahrhunderts

*Christian Baldus**

Übersicht

	Rn.
I. Einführung	1–11
1. Problemstellung: Entscheidungsmechanismen und Transparenzmechanismen	1
2. Rechtsvergleichender Überblick	2–9
3. Untersuchungsgegenstand und Grenzen	10–21
II. Römische Tradition	22–36
1. Normbildung und <i>interpretatio</i>	22–27
2. Der klassische Jurist als Ausleger	28–30
3. Aussagen der klassischen Jurisprudenz	31–39
III. Hermeneutische Positionen um 1800	40–54
1. Spätes Gemeines Recht und geistiges Umfeld	40
2. Veränderungen zwischen Aufklärung und Romantik: Grundlinien der Methodenlehre Savignys	41–50
3. Überblick: Folgeentwicklungen im deutschen und französischen Rechts- denken	51–54
IV. Kernpunkte der Methodenlehre Savignys	55–110
1. Vorlesungen	56–72
2. Der „Beruf“	73–84
3. Das „System“	85–110
V. Deutsche Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert	111–141
1. Voraussetzungen	111
2. Überblick zu einzelnen Autoren	112–139
3. Grundlinien	140, 141
VI. Fortwirkungen im 20. Jahrhundert	142–149

* Erste Auflage unter Mitarbeit von Dr. *Magnus Dorweiler*, jetzt Rechtsanwalt in Frankfurt, und *Lea Tochtermann*, jetzt Rechtsreferendarin. Unter den kritischen Lesern der ersten Auflage ist außer den Rezensenten vor allem Herrn Kollegen *Jan Schröder* (Tübingen) sehr zu danken. Für die zweite Auflage habe ich außer neuen *Savigny*-Editionen u.a. Ergebnisse eines von Frau Wiss. Mitarbeiterin *Susanne Lösch* organisierten Seminars im SS 2009 sowie eines laufenden Dissertationsprojekts (Wiss. Mitarbeiter *Benjamin Herzog*) verwertet. Für weitere Recherchen und Kritik danke ich neben Herrn *Herzog* namentlich den Wiss. Mitarbeiterinnen *Lena Kunz* und *Johanna Stremnitzer* sowie Frau stud. iur. *Laura Diebold* (alle Heidelberg). Die Nachweise beanspruchen keine Vollständigkeit; sie sind hinsichtlich älterer Werke nicht den allgemeinen Zitierregeln des Bandes angepasst.

VII. Französische Rechtswissenschaft im 19. Jahrhundert	150–159
VIII. Überschneidungsbereiche	160–183
1. Auswahl und Problemstruktur	160–164
2. Nicht behandelte Rechtsordnungen	165–172
3. Italien	173–183
IX. Folgerungen für Europäisches Privatrecht und Unionsprivatrecht	184–211
1. Fragen	184–190
2. Perspektiven: Systembildung und differenzierte Integration	191–201
3. Zur Rolle der Rechtsgeschichte	202–216
X. Zusammenfassung	217
XI. Epilog: Was kann historische Auslegung sein?	218–222

Literatur: *Guido Alpa*, La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano (2000); *Emil Angehrn*, Interpretation und Dekonstruktion. Untersuchungen zur Hermeneutik (2. Aufl. 2004); *Francesco Arcaria* (Hrsg.), IVS e TEXNH. Dal diritto romano all'informatica giuridica. Scritti di Nicola Palazzolo. I. Diritto romano (2008); *Charles Aubry/Charles Rau*, Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae (4. Aufl. 1869); *Christian Baldus*, Historische und vergleichende Auslegung im Gemeinschaftsprivatrecht. Zur Konkretisierung der „geringfügigen Vertragswidrigkeit“, in: Christian Baldus/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive (2006), S. 1–24; *Christian Baldus*, Maxime post constitutionem quae hoc induxit: Vorüberlegungen zur historischen Auslegung bei den römischen Juristen, in: Gedenkschrift für Franciosi: Philia. Studi in memoria di Gennaro Franciosi (2007), Bd. I, S. 167–189; *Christian Baldus*, „Historische Auslegung“ in Rom? Der Umgang römischer Juristen mit dem Normtext als Methodenfrage, in: Seminarios Complutenses de Derecho Romano 20–21 (2007/2008), S. 85–110; *Christian Baldus*, So far as is reasonably practicable oder verschuldens-unabhängige Haftung: Generalklausel und historische Auslegung im Gemeinschaftsprivatrecht. Zugleich eine Anmerkung zu EuGH C-127/05 (Kommission gegen Vereinigtes Königreich), in: Peter-Christian Müller-Graff/Lajos Vékás (Hrsg.), Privatrechtsreform in Deutschland und Ungarn (2009), S. 139–159; *Christian Baldus/Friederike Vogel*, Gedanken zu einer europäischen Auslegungslehre, in: Maximilian Wallerath (Hrsg.), Festschrift für Krause (2006), S. 237–252 (vgl. *dies.*, Annuaire de droit européen 2 (2004, aber 2006), 1013–1026; Anuario de la Facultade de Derecho de la Universidade de La Coruña 10 (2006), 77–89); *Franco Bianco*, Introduzione all'ermeneutica (5. Aufl. 2007); *Carlo Augusto Cannata*, Per una storia della scienza giuridica europea I (1997); *Francisco Cuenca Boy*, Sistema jurídico y Derecho Romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana (1998); *Francisco Cuenca Boy*, Una storia dell'interpretazione, Index 2005, 7–77; *Marcello Maria Fracanzani*, Analogia e interpretazione estensiva nell'ordinamento giuridico (2003); Gedenkschrift für Franciosi: Philia. Studi in memoria di Gennaro Franciosi (4 Bde. 2007); *François Gény*, Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif, Bd. 1 (2. Aufl. 1919); *Alejandro Guzmán Brito*, Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano (2000); *Günter Hager*, Rechtsmethoden in Europa (2009); *Thomas Hemminger*, Europäisches Privatrecht und Methode. Entwurf einer rechtsvergleichend gewonnenen juristischen Methodenlehre (2009); *Clemens Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung (2008); *Clemens Höpfner/Bernd Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), 1–36; *Ulrich Huber*, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht, JZ 2003, 1–17; *Matthias Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation (2004); *Cosimo Cascione/Carla Masi Doria* (Hrsg.), Festschrift für Labruna: Studi in onore di Luigi Labruna (2007); *Dario Mantovani*, L'editto come codice e da altri punti di vista, in: AA.VV., La codificazione del diritto dall'antico al moderno (1998), S. 129–178; *Stephan Meder*, Mißverstehen und Verstehen (2004); *Stephan*

1. Teil: Grundlagen

Meder, Rechtsgeschichte (3. Aufl. 2008); *Stephan Meder*, Grundprobleme und Geschichte der juristischen Hermeneutik, in: Marcel Senn/Barbara Fritschi (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Hermeneutik (2009) S. 19–37; *Massimo Nardozza*, Tradizione romanistica e „dommatica“ moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento (2007); *Elvira Quadrato*, „Tenere ... vim ac potestatem“: l'interpretazione della legge in Celso (D. 1.3.17), *Index* 25 (2007), 141–150; *Filippo Ranieri*, Das Europäische Privatrecht des 19. und 20. Jahrhunderts. Studien zur Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung (2007); *Klaus F. Röhl/Hans Christian Röhl*, Allgemeine Rechtslehre (3. Aufl. 2008); *Joachim Rückert*, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny (1984); *Joachim Rückert*, Savignys Hermeneutik – Kernstück einer Jurisprudenz ohne Pathologie, in: Jan Schröder (Hrsg.), Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie (2001), S. 287–327; *Joachim Rückert*, Die Historische Rechtsschule nach 200 Jahren – Mythos, Legende, Botschaft, *JZ* 2010, 1–9; *Aldo Schiavone*, Ius. L'invenzione del diritto in Occidente (2005), (frz. Ius. L'invention du droit en Occident (2009)); *Jan Schröder*, Analogie in der juristischen Methodenlehre der frühen Neuzeit, *SavZRG – Germ. Abt.* – 114 (1997), 1–55; *Jan Schröder*, Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule (2001); *Jan Schröder*, Entwicklungstendenzen der juristischen Interpretationstheorie von 1500 bis 1850, in: *ZNR* 24 (2002), 52–64; *Jan Schröder*, Gab es im deutschen Kaiserreich einen Gesetzespositivismus?, in: Wolfgang Baumann/Hans-Jürgen von Dickhuth-Harrach/Wolfgang Marotzke (Hrsg.), Festschrift für Otte (2005), S. 571–586; *Jan Schröder*, Rechtsbegriff und Auslegungsgrundsätze im frühen 20. Jahrhundert: Anmerkungen zum Streit zwischen „objektiver“ und „subjektiver“ Interpretationstheorie, in: Ulrich Wackerbarth/Thomas Vormbaum/Hans-Peter Marutshke (Hrsg.), Festschrift für Eisenhardt (2007), S. 125–137; *ders.*, Zur Geschichte der juristischen Methodenlehre zwischen 1850 und 1933, *Rechtsgeschichte* (2008), 160–175; *Wacław Uruszczak/Paulina Swiecicka/Andrzej Kremer* (Hrsg.), *Leges sapere. Studia i prace dedykowane Profesorowi Januszowi Sondlowi w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej* (Studies and Essays dedicated to Professor Janusz Sondel on his 50th anniversary of scientific work), (2008); *Letizia Vacca*, La „svolta adrianea“ e l'interpretazione analogica, in: *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo* (1997), S. 441–479; *Letizia Vacca*, L'interpretazione analogica nella giurisprudenza classica, in: Cosimo Cascione/Carla Masi Doria (Hrsg.), Festschrift für Labruna: Studi in onore di Luigi Labruna (2007), Band VII, S. 5727–5746; *Friedrich Carl von Savigny*, *Pandektenvorlesung 1824/1825*, hrsgg. von Horst Hammen (1993); *Friedrich Carl von Savigny*, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802–1842*, eingeleitet und hrsgg. von Aldo Mazzacane (Neuausg./2. Aufl. 2004); *Friedrich Carl von Savigny*, *Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum „Geist der Gesetzgebung“*. Aus dem Nachlaß hrsgg. von Hidetake Akamatsu/Joachim Rückert (2000); *Friedrich Carl von Savigny*, *Pandekten. Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. Nach Savignys Vorlesungsmanuskript hrsgg. von Martin Avenarius (2008); *Friedrich Carl von Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I (1840); *C.S. Zachariae*, *Cours de Droit Civil Français*, t. premier – Traduction par Aubry et Rau (1839); *Karl Salomo Zachariä*, *Versuch einer allgemeinen Hermeneutik des Rechts* (1805); *Karl Salomo Zachariä*, *Handbuch des Französischen Civilrechts. Erster Band* (4. Aufl. 1837).

I. Einführung

1. Problemstellung: Entscheidungsmechanismen und Transparenzmechanismen

- 1 Der folgende Text fragt geschichtlich nach einem zentralen Problem der heutigen juristischen Methode und nach dessen Hintergründen: nach der Gesetzesbindung des Richters und hier nach der Abgrenzung von Auslegung und Analogie. Zentral ist diese Abgrenzung für die Gegenwart aus praktischen wie aus verfassungsrechtlichen

Gründen. Der Richter soll auf seine Funktion als Rechtsanwender beschränkt werden. Er soll sich nicht zum Gesetzgeber aufschwingen dürfen. Doch müssen auch solche Fälle entschieden werden, deren Lösung nicht als eindeutig gilt. Das Gesetz nimmt für sich potentielle Vollständigkeit in Anspruch: Es verspricht umfassenden Rechtsschutz. Für Fälle, in denen das Gesetz nicht zu passen scheint, sieht die Rechtsordnung einen Mechanismus vor, der richterliche Entscheidung und zugleich eine spezifische Kontrolle über die richterliche Entscheidungsfindung ermöglicht. Ein solcher Mechanismus wird auch durch ein noch so präzise gefasstes gesetzliches System nicht entbehrlich. Das lehrt die Erfahrung mit den großen Kodifikationen. Ebenso hat sich gezeigt, dass es nicht genügt, prozedurale Bindung des Richters über die Pflicht zur Rückfrage etwa bei einer Gesetzgebungskommission zu schaffen (*référé législatif*).¹

2. Rechtsvergleichender Überblick

Allgemein kann man diesen Mechanismus als Rechtsfortbildung bezeichnen. Die kontinentalen Rechtsordnungen nennen seine zentrale Erscheinungsform Analogie oder auch „analog(isch)e Auslegung“. Der erste Begriff, sprachlich unterschieden von der Auslegung, ist im deutschen Rechtskreis verbreitet (vgl. Rn. 55–149), die „analoge Auslegung“ im romanischen (vgl. Rn. 150–183). 1958 konnte man alle Rechtsordnungen der soeben gegründeten EWG diesen beiden Rechtsfamilien zuordnen. Daher liegt eine spezifische Prägung des *acquis communautaire* aus diesen Traditionen nahe. Gemeinsam ist ihnen der Versuch, diese Technik von der schlichten Auslegung abzugrenzen; eine Abgrenzung, die vom jeweiligen Verständnis des Rechtssystems und der Auslegungsmethode geprägt ist. Dabei wird zwischen äußerem System als formaler Ordnung (vor allem) der Gesetze und innerem System als Widerspruchsfreiheit der Lösungen und Entscheidungen zu trennen sein.

Nach der im deutschen Rechtsraum heute dominierenden Sicht sieht der Abgrenzungsversuch wie folgt aus: Das – potentiell vollständige – systematisch gesetzte Recht bildet den Regelfall der Norm, der Richter schafft kein Recht; die Analogie operiert in der Gesetzeslücke. Neuerer deutscher Tradition entspricht es, die Auslegung diesseits, die Analogie jenseits der sog. Wortlautgrenze anzusiedeln und beide scharf zu trennen; neuerer französischer Tradition hingegen, eine *interprétation par analogie* von anderen Formen der Auslegung zu unterscheiden.

Beiden Traditionen gelingt die Abgrenzung schlecht. Die Wortlautgrenze bereitet der deutschen Rechtskultur praktische wie theoretische Probleme; im romanischen Den-

1 Das beginnt bereits bei *Justinian* (unten, Rn. 36). Zum *référé législatif* zuletzt *Meder*, JZ 2005, 477, 480 f.; zur Blütezeit des Glaubens an den Wert von Gesetzeskommissionen vgl. *Alvazzi del Frate*, L'interpretazione autentica nel XVIII secolo (2000); *ders.*, Giurisprudenza e *référé législatif* in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico (2005); *ders.*, RHD 2008, 253–262. In deutscher Sprache *Miersch*, Der sogenannte *référé législatif* (2000). Es gab durchaus Gesetzesautoren, die nicht der Illusion folgten, Auslegung könne durch ein gutes Gesetz entbehrlich werden; vgl. zu *Zeiller* und dem ABGB *Mertens*, Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen (2004), S. 259 ff.

ken sind bereits die Grundkategorien der Unterscheidung streitig. Und doch beobachtet man namentlich in Deutschland mit besonderer Skepsis, wie Auslegung und Rechtsfortbildung beim EuGH ineinanderfließen. (Manche flüchten sich gleich in ein anderes, nämlich angloamerikanisch geprägtes Konzept der „Rechtsfortbildung“, das aber für den Kontinent möglicherweise nicht passt).²

- 5 So ist zu prüfen, welche geschichtlichen Umstände das jeweilige Verständnis der Normanwendung prägen. Wir werden sehen, dass deutsche wie französische Sicht auf Vorstellungen der juristischen Neuzeit zurückgehen, grob vereinfacht: die deutsche auf das frühe 19. Jh., die französische auf die davor liegenden Jahrhunderte. Keine von beiden folgt im Ansatz dem römischen Verständnis, wiewohl beide zahlreiche Versatzstücke der römischen Tradition verwerten. Aus dieser Art der Verwertung gemeinsamer Tradition resultieren punktuelle oder auch nur scheinbare Verbindungen, die den Grundunterschied verschleiern.
- 6 Die Distanz zur römischen Methodentradition ist leicht zu erklären: Das römische Recht kreist nicht – wie die heutigen kontinentalen Rechte – um das Gesetz in einer auch äußerlich systematisierten Rechtsordnung. Vielmehr steht das innere System im Vordergrund, entstanden namentlich aus der Gutachtertätigkeit der Juristen (u. Rn. 23–30). Deshalb stellen sich in Rom weithin andere Methodenfragen als heute in den römisch geprägten Privatrechtssystemen.³ Aber auch in die Zukunft führt kein gerader Weg: Beide kontinentalen Traditionslinien sind national gewachsen und daher auch mit den Besonderheiten des Unionsrechts überfordert. In der Integrationsgemeinschaft Europas passen einige Systemvoraussetzungen nicht mehr, die auf nationaler Ebene noch im 19. Jahrhundert realisierbar schienen.
- 7 Die englische Tradition, weniger systemorientiert und stärker jurisprudentiell⁴ geprägt, weist einige Parallelen zur römischen auf und hat sich auch genetisch nicht so isoliert von Kontinentaleuropa entwickelt, wie man lange glaubte;⁵ neuerdings zeigt

2 Emblematisch für die Gefahren eines solchen Vorgehens die Folgeentscheidung des Bundesgerichtshofs zu EuGH v. 17.4.2008, Rs. C-404/06 *Quelle*, Slg. 2008, I-2865; BGHZ 179, 27–43 – *Quelle* (dazu wohlwollend W.-H. Roth, in diesem Band, § 14 Rn. 53 f.); vgl. etwa Pfeiffer, NJW 2009, 412 f.; Gebauer, GPR 2009, 82–86; Baldus, GPR 2009, 53; mit Recht kritisch zur Besprechung des BGH-Urteils von Möllers/Möhring, JZ 2008, 919–924; Höpfner, JZ 2009, 403 ff. (nicht widerlegt im Schlusswort von Möllers, JZ 2009, 405 f.). Abgewogen zu Konzept und Spielarten der modernen Rechtsfortbildung Hager, Rechtsmethoden in Europa. Vgl. in diesem Band noch Pechstein/Möhring, § 8 Rn. 54–59; Neuner, § 13, *passim*; W.-H. Roth, § 14 Rn. 46–60.

3 Vgl. schon hier Vacca, FS Labruna (2007), VII 5727–5746.

4 „Jurisprudentiell“ in einem der kontinentalen Sinne des Wortes: bezogen auf die gelehrte Praxis, ähnlich dem römischen *iuris prudentia*, vgl. dann mit Betonung des praktischen Aspekts frz. *jurisprudence*; nicht wie das stärker theoretisch und universitär konnotierte dt. Jurisprudenz oder erst recht das engl. *jurisprudence* (i.S. etwa von John Austin). Aus der Lit. statt aller L. Lombardi, Saggio sul diritto giurisprudenziale (1967).

5 Grundlegend Zimmermann, ZEuP 1993, 4–51; weitergeführt etwa in Zimmermann, JZ 2007, 1–12 mwN. Umfassend Vogenauer, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent. Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen (2001); vgl. noch die folgenden Fn. Pointierte Gegenposition zu Zimmermann: Osler, The Fantasy Men, Rechtsgeschichte 2007, 169–192.

sich Konvergenz in Methodenfragen; in historischen Zusammenhang mag England aber beiseite bleiben, soweit es um die Frage geht, welche Vorstellungen die Juristen der entstehenden EWG seit den fünfziger Jahren des 20. Jahrhunderts prägen konnten.

Eine weitere Überlegung kommt hinzu: Die Methode der Auslegung und die Rolle der Analogie hängen auch vom Grad der äußeren Systematisierung ab. Der Schritt von der lediglich inhaltlich strukturierten, wertungssensiblen und diskussionsoffenen Kasuistik, also vom inneren System, zur Schaffung einer subsumtionsfähigen Formalstruktur ist dem Kontinent gelungen, dem englischen Recht hingegen bislang nur in Teilen (und dies unter dem Druck gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben). Es verbleibt damit – bei oft großem Pragmatismus der einzelnen Lösung – auf einer Entwicklungsstufe, die gewisse strukturelle Parallelen zum römischen Recht aufweist, verbunden freilich mit historischen Besonderheiten inhaltlicher Art, die einer transparenten Systembildung entgegenstehen. Den auf dem Kontinent gelungenen Schritt zur Kodifikation rückgängig zu machen, verspricht keinerlei Vorteil.⁶ Das ist für die Praxis klar und steht folglich auch politisch nicht in Zweifel.

Man mag also kasuistische Momente dort aufnehmen, wo sie passen: bei den großen Streitfragen, deren Lösung auch der kontinentale Jurist nicht einem rein deduktiv begriffenen System entnehmen will, bei denen in der Tat jedes Instrument transparenter Wertung willkommen ist. Dort entsteht notwendig Kasuistik, jedenfalls bis der Gesetzgeber sich entscheidet nachzukodifizieren. Das bedeutet übrigens auch, dass man den reichen Schatz römischrechtlicher Erfahrungen nicht ignorieren sollte, der hinter den kontinentalen Gesetzbüchern steht – die ja weithin nichts sind als systematisierte römische Kasuistik. Dieser Vorbehalt zugunsten der Kasuistik ist zu machen. Es ist weiterhin zu erinnern an die spezifischen historischen Determinanten der englischen Auslegungslehre.⁷ Hingegen konzentrieren die folgenden Ausführungen sich auf die

6 Vgl. freilich *Meder*, JZ 2005, 477, 483: Das Fortleben von Juristenrecht im *common law* wirke sich unter den Bedingungen von Globalisierung und Funktionswandel des Staates günstig aus.

7 Am Ausgang der Divergenz steht bekanntlich der Umstand, dass in einem richterrechtlich geprägten System gesetzliche Festlegungen (als ausnahmsweise Äußerungen des souveränen Parlamentsgesetzgebers) ursprünglich eng und nicht teleologisch ausgelegt wurden. Hier fand der Satz *statuta sunt stricte interpretanda*, entwickelt für eine ganz andere historische Situation, eine neue Bedeutung. Freilich hat sich die englische Rechtsordnung teleologischen Erwägungen geöffnet, nicht zuletzt unter dem Einfluss des Gemeinschafts-, jetzt des Unionsrechts. Wohin dieser Prozess führt, ist noch nicht abzusehen. Für eine Bestandsaufnahme zum *common law* vgl. *Schillig*, in diesem Band, § 25; *MacCormick/Summers*, *Interpreting Statutes* (1991); *Manchester/Salter/Moodie*, *The Dynamic of Precedent in Statutory Interpretation* (2. Aufl. 2000); *Kramer*, in: *Assmann/Brüggeheimer/Sethe* (Hrsg.), *Unterschiedliche Rechtskulturen – Konvergenz des Rechtsdenkens* (2001), S. 34 ff.; an neueren Entscheidungen vgl. namentlich *Pepper v. Hart* ([1993] 1 All E.R. 42; unter Aufgabe der *exclusionary rule*, so dass Erklärungen bei der parlamentarischen Beratung nunmehr verwertet werden können) und dazu *Manchester/Salter/Moodie*, *The Dynamic of Precedent in Statutory Interpretation* (2. Aufl. 2000), S. 58–76. Parallele Entwicklungen zeigt die Vertragsauslegung (für eine Darstellung der Diskussion über den *shift of interpretation* vgl. *McKendrick*, *Contract Law*

kontinentale, klassisch-systembildende Tradition⁸ – zumal denkbar ist, dass die englische Tradition sich gerade dann in diese systematische Linie stellen wird, wenn ihre Begriffe und Lösungen besondere Bedeutung für das Unionsprivatrecht erlangen sollten.⁹

3. Untersuchungsgegenstand und Grenzen

- 10** Die historisch-vergleichende Umschau kann hier nur punktuell vertieft werden. Es geht für die Zwecke der europäischen Methodenlehre auch nur in zweiter Linie darum, von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat festzustellen, welche Methodentraditionen die Integration beeinflussen.¹⁰ Zunächst ist – wie schon angedeutet – nach den großen Linien zu fragen, die seit Gründung der Gemeinschaft im Hintergrund der Rechtsanwendung stehen, auch wenn die Differenzierungen und Überschneidungen des 20. Jahrhunderts vieles modifiziert haben. Dies sind einerseits die deutsche Pandektenwissenschaft, andererseits die vom *Code Civil* geprägte Rechtskultur.
- 11** Das bedeutet zeitliche Beschränkungen des Untersuchungszeitraumes ebenso wie inhaltliche Schnitte: dass diese beiden Traditionen nicht näher bis ins 20. Jahrhundert hinein verfolgt werden, aber auch, dass die Wege zwischen den gemeinsamen römischen Wurzeln und der Kodifikationsbewegung um 1800 nicht nachgezeichnet wer-

(5. Aufl. 2003), S. 202 ff.). Monographisch jetzt *Gisewski*, Methodik der Auslegung im kontinentaleuropäischen und angelsächsischen Recht (2008). Einen analytischen Überblick zur Analogie mit Bezügen zur Judikatur des EuGH gibt *Langenbacher*, *Cambr.L.J.* 57 (1998), 481–521. Vergleichend aus italienischer Sicht *Ferreri*, *GS Gorla I* (1994), S. 586–605. Insgesamt lässt sich eine gewisse Methodenkonvergenz beobachten: So wie die kontinentale Rechtswissenschaft den Erkenntniswert richterlicher Kasuistik höher schätzt als früher, so öffnet sich die englische einer Zweckorientierung; vgl. *Kramer* (wie vor), *passim*.

8 Auch *Manchester/Salter/Moodie*; *The Dynamic of Precedent in Statutory Interpretation* (2. Aufl. 2000); S. 77 betonen die Prägung des Luxemburger Argumentations- und Urteilsstils durch die sechs Gründerstaaten.

9 Dazu *Schmidt-Kessel*, in diesem Band, § 17 Rn. 50 (problematisch). S. aber unten Rn. 176, 193–197. Das Problem liegt insbesondere darin, dass die traditionelle Terminologie des *common law* aus Sachgründen nicht geeignet ist, klassische Zivilrechtsmaterien in auch für den Kontinent verständlicher Weise zu fassen. (Für ökonomische Aspekte des Kartellrechts, Weinanschen und Fischfang mag anderes gelten.) Mit einem juristischen „Brussels English“ ohne reales Referenzsystem aber ist erst recht niemandem gedient. Das belegen auch diverse in englischer Sprache erarbeitete Rechtssetzungsvorschläge. Aus privatrechtlicher Sicht kann daher dem vereinzelt von deutscher (!) Seite vorgetragenen Plaidoyer für das Englische als Einheitssprache Europas (*Schilling*, *ZEuP* 2007, 754–784; unter dem durchaus irreführenden Titel „Eine neue Rahmenstrategie für die Mehrsprachigkeit – Rechtskulturelle Aspekte“) nicht gefolgt werden. Der Akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen (Vgl. noch *Schwartz*, in diesem Band, § 4 Rn. 36 ff.; *Röthel*, ebd., § 12 Rn. 39a, b; *Schmidt-Kessel*, ebd., § 17 Rn. 45–51.) bemüht sich, diesem Problem durch Definitionen zu ent-rinnen; ob mit Erfolg, ist umstritten (kritisch etwa *Geraldes Ferreira*, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* (2008), S. 501–517; *Vaquier*, *ERPL* 2009, 487–512). S. noch u. Rn. 153–157.

10 Für den Versuch einer umfassenden Bestandsaufnahme jetzt *Henninger*, Europäisches Privatrecht; die Arbeit konnte nur noch punktuell berücksichtigt werden. *Non vidi*: *Walter*, Rechtsfortbildung durch den EuGH; vgl. demnächst die *Rez. Babusiaux* in GPR.

den können; schließlich, dass manche Rechtsquellen und manche wissenschaftlichen Bewegungen, die für die spätere Entwicklung in einzelnen Staaten Bedeutung erlangen sollten, nicht zu diskutieren sind. Für eine umfassende Bestandsaufnahme, die alle diese Lücken nicht aufwiese, namentlich die nationalen Entwicklungen des 20. Jahrhunderts erfasste und systematisierte, fehlt es überdies an hinreichenden Vorarbeiten; darauf ist gegen Ende zurückzukommen (Rn. 184 f.).

Selbstverständlich ist die Untersuchung auch räumlich beschränkt: dem Ausgangspunkt nach auf Deutschland und Frankreich, die beiden Kerne kodifikatorischer Tradition im 19. Jahrhundert. Was aber wird aus einem französisch geprägten Text, wenn man ihn pandektistisch interpretiert? Das geschah vor allem in weiten Teilen Südwesteuropas und Lateinamerikas. (Ähnliche Fragen lassen sich für die Pandektisierung von Naturrechtskodizes stellen, wie in Österreich geschehen.) Diese Überschneidungen versprechen reiche Erkenntnis. Hier können sie nur andeutungsweise thematisiert werden, nämlich am Beispiel Italiens als des historisch ersten dieser Überschneidungsbereiche. Italien hat weiterhin die anderen maßgeblich beeinflusst und wurde (schon wegen der sprachlichen Nähe) geradezu zum Transmissionsriemen für die Verbindung von französisch beeinflusster Gesetzeslage und pandektistischer Dogmatik auf der Iberischen Halbinsel wie in Lateinamerika (näher Rn. 165–183).

Im Mittelpunkt der Betrachtung muss also das 19. Jahrhundert in Mitteleuropa stehen. Die Rechtswissenschaft dieser Zeit arbeitet ältere Elemente auf, vor allem aus der römischen Tradition, und passt sie den neuen Anforderungen an. Sie modernisiert, bündelt und systematisiert die Elemente und Instrumente des Privatrechts. So setzt sie die dogmatischen, konzeptuellen und systematischen Standards für das 20. Jahrhundert. Sie versieht den sich flächendeckend durchsetzenden Nationalstaat mit seinem privatrechtlichen Instrumentarium. Dadurch wirkt (in der Rechtsgeschichte noch stärker als in der allgemeinen Geschichte) das 19. Jahrhundert fort. Das gilt für die deutsche Pandektenwissenschaft ebenso wie für die vergleichbar stilprägenden Bewegungen in anderen Staaten.

Speziell für die juristische Methodenlehre kommt hinzu: Methoden konstituieren Wissenschaften; selbst hängen sie von Erkenntnisziel und sonstigen Aufgaben der jeweiligen Wissenschaft ab. Die Rechtswissenschaft – als textorientierte Geisteswissenschaft wie als praktische, anwendungsorientierte Sozialwissenschaft – kann ihre Methode sicher nicht den Naturwissenschaften entnehmen. Ebenso wenig lassen sich die Methoden empirischer Sozialwissenschaften heranziehen, denn Gegenstand und Anwendung der Rechtswissenschaft sind normativer Art. Aber auch Methoden solcher Geisteswissenschaften, deren Ziel allein im Beschreiben und Verstehen von Entwicklungen liegt,¹¹ passen für die Rechtswissenschaft nicht ohne weiteres: Es geht zwar dem Rechtshistoriker, nicht aber dem Juristen im allgemeinen primär darum nachzuvollziehen, wie eine bestimmte Norm geworden ist. Im Vordergrund steht immer

¹¹ Zum Verständnis der neueren Rechtsgeschichte ist das im 19. Jahrhundert gewachsene Verständnis der Geisteswissenschaften zugrunde zu legen, nicht das (derzeit vorherrschende) Konzept der Kulturwissenschaften. Die Frage nach der Einordnung der Rechtswissenschaft in solche Kategorien ist auch hochschulpolitisch überformt.

die Normanwendung in der Gegenwart (und auch der Rechtshistoriker untersucht auch Normanwendung, nur eben in der Vergangenheit). Das Recht hat seine eigene Realität und will die außerrechtliche Realität beeinflussen, es lebt in der Anwendung. Auch zur Verbesserung dieser Anwendung wird das Werden der Norm untersucht: Die Rechtsgeschichte hat nicht allein, aber auch dienende Funktion. Soweit Auslegung nun einen geschichtlichen Aspekt aufweist, muss entschieden werden (und zwar aus der Sicht der Gegenwart), wieviel Raum das geltende Recht diesem Aspekt geben will.

- 15 Diese Sondersituation der Rechtswissenschaft wirkt sich auf Verständnis und Gewicht der historischen Auslegung aus (dazu Rn. 209 ff., 218–222), aber auch auf die Rezipierbarkeit geisteswissenschaftlicher Methoden. Eine Verstehenslehre, die etwa für die Philologie oder die Theologie entwickelt worden ist, aber auch eine Verstehenslehre, die für alle Wissenschaften oder zumindest alle Geisteswissenschaften gelten will (zu einem solchen Versuch Rn. 180), passt für die Rechtswissenschaft möglicherweise nicht oder nicht unverändert. Das normative Anwendungsmoment ist den meisten anderen Wissenschaften fremd.
- 16 Die Autoren, denen wir die heutige Auslegungslehre im Kern verdanken, vor allem *Savigny*, lebten im frühen 19. Jahrhundert. Sie lebten mitten in der Zeit, in der aus verschiedenen fachbezogenen Hermeneutiken und Auslegungslehren eine allgemeine Auslegungslehre entstand, unter starken philosophischen Einflüssen. Allenthalben wurden Auslegungskanones entwickelt und diskutiert; die Juristen fügten sich mit ihren Entwürfen nur in einen größeren Zusammenhang ein.¹² Wie weit welche juristischen Autoren durch welche nichtjuristischen Einflüsse geprägt waren, ist nicht immer zu ermitteln und kann jedenfalls in einem juristischen Handbuchbeitrag nicht ausgelotet werden. Nur muss man sich klarmachen, dass zwar *Savignys* Privatrecht im Wesentlichen unser Privatrecht ist (weil er es geprägt hat und weil es von seit römischer Zeit durchlaufenden inhaltlichen Kontinuitäten geprägt ist), aber *Savignys* geistige und politische Welt ganz und gar nicht die unsrige. In dieser seiner Welt jedoch sollte das Privatrecht funktionieren – und zwar so, dass auch die Interessen der Juristen selbst gewahrt blieben.
- 17 Das setzt erhebliche Fragezeichen hinter den Versuch, überkommene Auslegungskategorien *tout court* auf die Gegenwart zu übertragen. Zugleich erklärt es, warum wir schlecht neue Kategorien erfinden können. Wenn wir dazu neigen, trotz dieser philosophischen, geschichtlichen und praktischen Fragezeichen Sicherheit in Auslegungskanones zu suchen oder zu postulieren, dann auch wegen der Notwendigkeit, das überkommene Privatrecht in vorhersehbarer und belastbarer Weise weiterzuentwickeln: Dass Juristen sich zumeist weniger auf Methodenreflexion einlassen als Vertreter anderer Fächer, hängt auch mit der legitimen Anwendungsorientierung ihrer Arbeit zusammen. Juristische Methode, soll sie mit dem gelebten Recht zu tun haben, also rechtswissenschaftlich bleiben, kann nicht jeden Zweifel aus den Nachbarwissen-

12 Für eine geschichtlich angelegte Einführung in Hermeneutik und Auslegungslehre vgl. nur *Bianco*, *Introduzione all'ermeneutica*.

schaften aufnehmen. Sie muss im Zweifel der Praktikabilität Vorrang geben; eine nicht praktikable Methode ist in diesem Sinne gerade nicht wissenschaftlich. Das erlangt Bedeutung etwa für die Wortlautauslegung im Gemeinschaftsrecht (u. Rn. 20).

Immer zwingend sind aus juristischer Sicht hingegen Vorgaben aus dem Rechtssystem selbst und hier aus höherrangigen Stufen der Rechtsordnung, also Gemeinschaftsrecht und Verfassungsrecht. Heute stellt sich eine scharfe Trennung von Auslegung und Analogie als im Kern verfassungsrechtlich motiviert dar.¹³ Darin setzt sich aufklärerisches Denken fort. Der Gesetzgeber sichert sein Rechtssetzungsmonopol methodologisch, auf der Verfahrensebene, indem er dem Richter Überschreitungen der Sphäre, innerhalb derer er auslegen darf, nur im gleißenden Licht der Analogieprüfung gestattet. Das betrifft nicht nur Systeme, die von der Wortlautgrenze ausgehen.

Im Kern geht es für jede Tradition um einen Transparenzmechanismus, der die Debatte, namentlich eine Überprüfung durch die Obergerichte und gegebenenfalls durch den Gesetzgeber fördert: Der Richter soll bei der Analogiebildung nach deutschem Verständnis offen sagen, dass und warum er weiter geht als der Gesetzgeber.¹⁴ Er soll einen transparenten Diskussionsprozess eröffnen, in dem die Richtigkeit seines Vorgehens besser überprüft werden kann als bei schlichter Subsumtion: durch Rechtsmittelinstanzen und durch den Gesetzgeber. Dieser kann sodann souverän entscheiden, wie er sich zu der als problematisch angesehenen Rechtsfrage stellt – ob er die Ausdehnung der Rechtsfolge kodifikatorisch nachvollzieht oder durch abweichende Gesetzgebung ausdrücklich missbilligt oder aber der richterlichen Rechtsfortbildung freien Lauf lässt, indem er nichts unternimmt.

Zur Realisierung dieses Transparenzmechanismus scheint sich auf den ersten Blick die Wortlautgrenze durchaus anzubieten; allein die rechtstheoretischen Bedenken gegen sie sind alt (die Aussage, ein Wortlaut sei klar, ist selbst schon ein Auslegungsergebnis).¹⁵ Im Gemeinschaftsrecht kommt die ungelöste, mit jeder Erweiterung zunehmende Problematik der Gleichberechtigung aller Amtssprachen hinzu,¹⁶ weiterhin die Forderung des EuGH, die Grenzen nationaler Methodenlehre auszuschöpfen, wo

13 Der verfassungsrechtliche Aspekt wird zu Recht auch in Schulen betont, die ansonsten zu anderen Ergebnissen kommen als hier vertreten: *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, § 77 I (S. 603 ff.); *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1, 6.

14 Nicht notwendig: weiter als der historische Gesetzgeber. Methodisch lautet die Frage, ob die (planwidrige) Lücke historisch oder teleologisch zu bestimmen ist. Die besseren Argumente (namentlich: Kohärenz mit der Lehre von der Auslegung) sprechen für das teleologische Kriterium; vgl. *Kramer*, Methodenlehre, S. 168; *Börsch*, JA 2000, 117 ff.; deutlich positivistisch geprägte Orientierung am Willen des historischen Gesetzgebers in der österreichischen Tradition hingegen bei *Rüffler*, in: *Jud u.a.* (Hrsg.), Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung, JbJZ 2000, 111–149.

15 Zur Problematik des *sens clair* bei *Savigny* u. Rn. 41 ff., 58, 69; vorab *Meder*, Mißverstehen, S. 18–24; vgl. in rechtstheoretischer Hinsicht *Klatt*, Theorie der Wortlautgrenze (2004). Differenzierend *Kramer*, Methodenlehre, S. 47 ff.

16 Vgl. nur *Baldus*, GPR 2003/2004, 114 f.; weitere Nachweise zum Sprachenproblem bei *Vogel*, GPR 2005, 20 f. sowie 120 f.; näher *Baldus/Vogel*, *Annuaire de droit européen* 3 (2004, aber 2006), 1013–1026; *dies.*, FS Krause (2006), S. 237–252; *Pozzo*, in: *Ioriatti Ferrari* (Hrsg.), *Interpretazione e traduzione del diritto* (2008), S. 73–112.