

Jahrbuch
Junger Zivilrechtswissenschaftler
2008

**Einheit des Privatrechts,
komplexe Welt:
Herausforderungen durch
fortschreitende
Spezialisierung und
Interdisziplinarität**

Zürcher Tagung
3. – 6. September 2008

Für die Gesellschaft Junger Zivilrechtswissenschaftler e. V.
herausgegeben von

Tanja Domej
Bianka S. Dörr
Urs H. Hoffmann-Nowotny
David Vasella
Ulrich Zelger



RICHARD BOORBERG VERLAG
STUTT GART • MÜNCHEN
HANNOVER • BERLIN • WEIMAR • DRESDEN

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

ISBN 978-3-415-04217-9

© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 2009
Scharrstraße 2
70563 Stuttgart
www.boorberg.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Thomas Schäfer, www.schaefer-buchsatz.de
Druck und Verarbeitung: e. kurz + co druck und medientechnik gmbh
Kernerstraße 5, 70182 Stuttgart

Die Einheit des Privatrechts in der europäischen Integration – Palladion oder Relikt einer vergangenen Epoche?

Carsten Herresthal

Inhalt

I.	Einleitung	140
II.	Die Konkretisierung des Postulats der „Einheit des Privatrechts“	142
1.	Das Kriterium der „Einheit“ des Privatrechts	142
a)	Die Beseitigung von lokalen oder temporalen Geltungsdivergenzen	143
b)	Die kodifikatorische Einheit des Privatrechts	145
c)	Die Wertungseinheit des Privatrechts	147
2.	Die Wertungseinheit des „Privatrechts“ als zentrales Element der Wirtschaftsordnung	150
III.	Die aktuellen Gefährdungen der Wertungseinheit des Privatrechts	151
1.	Die Gefährdung durch die Europäisierung des Privatrechts	151
2.	Die Gefährdung durch die Berücksichtigung der Erkenntnisse von Nachbarwissenschaften	156
IV.	Die Bedeutung der Wertungseinheit des Privatrechts für die Rechtsgewinnung	157
1.	Die fundamentale Bedeutung für die Methoden des Privatrechts	157
2.	Die Folgen einer Wertungspluralität im Privatrecht	160
V.	Die normative Grundlage der Wertungseinheit des Privatrechts in der europäischen Integration	161
1.	Unzureichende Begründungsansätze in der integrierten Staatlichkeit	162
a)	Der hypothetische Einheitlichkeitswille eines Gesetzgebers bzw. mehrerer Gesetzgeber	162
b)	Die Widerspruchsfreiheit der nationalen Rechtsordnung (Art. 3 I GG)	164
c)	Die Einheit der Rechtsordnung	165
d)	Der Stufenbau der Rechtsordnung	166
2.	Die Ableitung der Einheit und Folgerichtigkeit aus der Rechtsidee	166
a)	Die normative Grundlage in der Rechtsidee	166
b)	Der Bezugsrahmen für die Systembildung	169
3.	Zwischenergebnis	171

VI. Die Folgerungen aus der Sach- und Regelungsstruktur des Privatrechts in der integrierten Staatlichkeit für das Postulat der Wertungseinheit des Privatrechts	172
1. Die Bedeutung der Sachstrukturen und der Ordnungsstruktur	172
2. Die Verpflichtung der Judikative zur Auflösung von Wertungswidersprüchen	174
3. Die Auflösung unerträglicher Wertungswidersprüche	175
4. Die Möglichkeit zum privatautonomen Ausgleich von Wertungswidersprüchen	176
VII. Zusammenfassung	176

I. Einleitung

Die europäische Integration bringt es mit sich, dass die Grundfragen der Rechtswissenschaft unter geänderten Vorzeichen neu zu stellen sind und vielfach neue Antworten erfordern. Dies gilt auch für die Frage nach der Gültigkeit und der normativen Grundlage des Postulats der „Einheit des Privatrechts“, mithin ob es sich bei dieser Einheit um eine Hinterlassenschaft einer vergangenen Rechtskultur oder um ein Unterpfand von Funktionalität, Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im Privatrecht handelt, das wie das Schnitzbild der Städteschirmerin *Pallas Athene*, auf das der Titel dieses Beitrages anspielt, stellvertretend für diese fundamentalen Ziele des Privatrechts steht und als solches weiterhin zu verteidigen ist. Während *Engisch*, dessen Name dauerhaft mit dem Terminus „Einheit der Rechtsordnung“ verbunden bleiben wird, noch eine unzureichende Befassung des methodologischen Schrifttums mit diesem Thema konstatiert,¹ sind Untersuchungen zur „Einheit der Rechtsordnung“ bzw. zur „Einheit des Privatrechts“ in der jüngeren Vergangenheit Legion.² Dabei oszillieren die Ansichten zwischen zwei Extremen: einerseits der Bewertung als Anachro-

1 Einheit der Rechtsordnung, 1935; unveränd. Nachdruck 1985, S. 1 f.

2 Vgl. nur die Beiträge in: *K. Schmidt* (Hrsg.), *Vielfalt des Rechts – Einheit der Rechtsordnung?*, 1994; *Felix*, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1998, mit zahlreichen weiteren Nachw. auf S. 8 ff.; *Sandrock*, *Die Einheit der Wirtschaftsordnung*, 1971; *Vorstand der Münchener Juristischen Gesellschaft e. V.* (Hrsg.), *Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung*, FS zum 30jährigen Bestehen der Münchener Juristischen Gesellschaft, 1996; für eine rechtshistorische Analyse *Baldus*, *Die Einheit der Rechtsordnung*, 1995; aus der Aufsatzliteratur vgl. *Martens*, *Die Einheit des Privatrechts und das Arbeitsrecht*, JuS 1987, 337; *Tilmann*, *Das AGB-Gesetz und die Einheit des Privatrechts*, ZHR 142 (1978), 52; *Eichler*, *Die Einheit des Privatrechts*, ZHR 126 (1964), 181; *Schnapp*, *Hans Kelsen und die Einheit der Rechtsordnung*, RTh Beiheft 5 (1984), 381; *Bleckmann*, *Die Einheit der Europäischen Gemeinschaftsrechtsordnung*, EuR 1978, 95; *R. Schmidt*, *Widerspruchsfreiheit als rechtlicher Maßstab*, FS Canaris, II, 2007, S. 1353; *Haverkate*, *Rechtseinheit als Aufgabe*, HStR IX, 1997, § 209 Rn. 29; aus der Rechtsprechung vgl. nur BVerfGE 98, 106, 118 f. (Abstimmungsgebot aller rechtssetzenden Organe unter der Verfassung) sowie BVerfGE 108, 168, 181 f. (rechtsstaatlicher Grundsatz der Widerspruchsfreiheit).

nismus der im Zuge der europäischen Integration und der „postnationalen Konstellation“³ zu überwindenden Nationalstaatlichkeit,⁴ d. h. als juristische Redensart, die – wenngleich knapp und sprachlich griffig – einer früheren Epoche des Rechts verhaftet ist, und andererseits als „größte juristische Schöpfung“ der „liberalen Wirtschaftsgesellschaft“⁵, als Element des „gesicherten Standes der rechtsphilosophischen Einsichten“,⁶ das vom konkreten politischen System unabhängig ist⁷ und angesichts der wirtschaftsliberalen Grundlagen der EG⁸ weiterhin Gültigkeit beansprucht. Diese Diskussion ist nicht auf *Deutschland* und die übrigen Mitgliedstaaten der EG beschränkt,⁹ sondern wird auch in der *Schweiz* geführt.¹⁰

Abweichendes gilt für den dogmatischen Diskurs. Dort wird sehr oft ein Spannungsverhältnis zwischen der sektoriellen Ausdifferenzierung des Privatrechts im Zuge der europäischen Integration und dem Ideal der Einheit des Privatrechts beklagt, da Erstere zu Wertungswidersprüchen und Systembrüchen im Privatrecht führe. Implizit werden also derartige Wertungswidersprüche und Systembrüche negativ, jedenfalls aber als rechtfertigungsbedürftig bewertet. Das Ideal der „Einheit des Privatrechts“ wird somit dort unausgesprochen vorausgesetzt.

3 Zu diesem Terminus *Habermas*, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation, Politische Essays, 5. Aufl. 1998, S. 91–169.

4 *Baldus* (Fn. 2), S. 197 (Einheit der Rechtsordnung ist eine „Chimäre“); *Fezer*, Die Pluralität des Rechts, JZ 1985, 762, 767 ff.; *Wilhelmsson*, The Ethical Pluralism of Late Modern Europe and Codification of European Contract Law, in: Smits (ed.), The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives, 2005, S. 121, 136, 141; krit. auch *R. Schmidt*, FS Canaris, II, 2007, S. 1353, 1365 f.; unentschieden *Michaels/Jansen*, Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization, 54 Am.J.Comp.L (2006) 843, 878; zu weiteren ablehnenden Stimmen, auch ohne Bezug zum Gemeinschaftsrecht, vgl. die Nachweise bei *Felix* (Fn. 2), S. 8 f. (zur Einheit der Rechtsordnung).

5 *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 543; *Badura*, Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Bodenrecht, AcP 176 (1976), 119, 128.

6 *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 16; zu weiteren positiven Stimmen vgl. *Felix* (Fn. 2), S. 5–7 (bezogen auf die Einheit der Rechtsordnung).

7 So bereits *Engisch* (Fn. 1), S. 5 f.

8 Vgl. zu diesen u. a. *Ophüls*, Grundzüge Europäischer Wirtschaftsverfassung, ZHR 124 (1961/2), 136 ff.; zum Einfluss des Konzepts der Wirtschaftsverfassung auf die Grundsätze der EG näher *Mestmäcker*, Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, FS Böhm, 1965, S. 345 ff.; s. a. *Oppermann*, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 13 Rn. 1 ff.; *Möschel*, Wettbewerbspolitik aus ordoliberaler Sicht, in: Strafrecht, Unternehmensrecht, Anwaltsrecht, FS Pfeiffer, 1988, S. 707.

9 Vgl. *Losano*, Das „Systemdenken“ in den romanischen Ländern und die Rezeption des Buches von Canaris, FS Canaris, II, 2007, S. 1201.

10 Vgl. nur *Huguenin/Hermann*, Europäisches Vertragsrecht und Obligationenrecht – Herausforderungen für die schweizerische Zivilrechtswissenschaft, in: Remien (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht, 2008, S. 279 ff.

Die zentralen Fragen, ob das Ideal der „Einheit des Privatrechts“ im Zuge der europaweiten Harmonisierung des Privatrechts sowie angesichts seiner bereichsspezifischen Ausdifferenzierung überhaupt noch sachgerecht ist, woraus es in der integrierten Staatlichkeit¹¹ seine Legitimation erfährt und anhand welchen Maßstabes Abweichungen von ihm zu bewerten sind, wurden hingegen bislang überwiegend ausgeblendet. Immerhin hatte *Engisch* die „innere Zusammengehörigkeit der Rechtsnormen *einer und derselben Rechtsordnung*“ in Blick genommen,¹² sodass die fundamentale Änderung, welche die Struktur der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung durch die Integration in die EG erfährt, und die Bedeutung einer „immer engeren Union“ (Art. 1 II EU) nicht unberücksichtigt bleiben können.¹³ Ob sich im Zuge der europäischen Integration und der unter Berücksichtigung der Erkenntnisse von Nachbarwissenschaften erfolgenden Ausdifferenzierung des Privatrechts weiterhin eine *normative* Grundlage für das Gebot der „Einheit des Privatrechts“ und damit für das Ideal einer regel- und wertungswiderspruchsfreien Rechtsordnung finden lässt, oder ob Regel- und Wertungswidersprüche nunmehr strukturimmanent hinzunehmen sind, harret demnach bislang einer eingehenden Untersuchung.

II. Die Konkretisierung des Postulats der „Einheit des Privatrechts“

Vor der Suche nach einer normativen Grundlage, aufgrund derer das Gebot der Einheit des Privatrechts weiterhin Gültigkeit besitzt, ist der Inhalt eines solchen Postulats näher zu bestimmen. Hiervon ist abhängig, ob es sich um eine bloße Anregung für den Normgeber, um ein Erkenntnismittel bzw. Erkenntnisziel der Rechtswissenschaft oder um ein materielles Gebot bei der Rechtssetzung und Rechtsgewinnung handelt.

1. Das Kriterium der „Einheit“ des Privatrechts

Das Kriterium der „Einheit“ des Privatrechts wird mit unterschiedlicher Konnotation und bisweilen sogar ohne vorausgehende Präzisierung in der Diskussion verwendet. Eine inhaltliche Vorklärung ist indes erforderlich, wirkt sich doch die europäische Integration auf die wesentlichen Teilaspekte aus und führt dort jeweils zu eigenständigen Problemkreisen.

11 Ausf. zu dieser *Herresthal*, Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen, 2006, S. 123–142.

12 Vgl. *Engisch* (Fn. 1), S. 29 (Hervorhebung vom Verf.).

13 Auch nach *Engisch* (Fn. 1), S. 80, bedarf es in Zeiten durchgreifender Rechtsreformen einer Besinnung auf die allgemeinen und grundlegenden Gedanken der Rechtsordnung.

a) Die Beseitigung von lokalen oder temporalen Geltungsdivergenzen

Die Einheit des Privatrechts kann zunächst als Beseitigung von lokalen oder temporalen Geltungsdivergenzen privatrechtlicher Normen verstanden werden. Insoweit steht die rechtstatsächliche Geltungsreichweite von Normen inmitten. Die Analyse der Geltungsdivergenzen erfolgte bislang im Kern auf rechtshistorischer Grundlage.¹⁴ Mit diesem Verständnis der „Einheit“ des Privatrechts konzentriert sich die Diskussion auf die Vor- und Nachteile der einheitlichen Geltung privatrechtlicher Normen bzw. einer vereinheitlichenden Kodifikation innerhalb eines bestimmten Territoriums. Im Vordergrund stehen dabei die Analyse der sozialen und ökonomischen Geltungsbedingungen sowie Zweckmäßigkeitserwägungen; vielfach werden hier auch rechtspolitische Überlegungen vorgebracht. Paradigmatisch sind insoweit die Rechtslage in Europa vor der Bildung der Einzelstaaten, u. a. die Kodifikation des Privatrechts in Deutschland,¹⁵ sowie die Herstellung der Rechtseinheit in Deutschland nach der Wiedervereinigung.¹⁶

Diesem Teilaspekt der „Einheit“ ist die im Zuge der europäischen Integration aufgeflammete Diskussion über die Sach- und Wertungsgerechtigkeit einer gemeinschaftsweiten Vereinheitlichung oder Harmonisierung des Privatrechts zuzuordnen.¹⁷ In ihrem Mittelpunkt steht die Frage, ob ein vereinheitlichtes bzw. harmonisiertes Privatrecht ein „besseres Recht“ ist als miteinander konkurrierende mitgliedstaatliche Regelungssysteme. Für die Sachgerechtigkeit einer Vereinheitlichung wird bekanntlich die Überlegung angeführt, dass die Normsetzung im Privatrecht durch das Ziel einer möglichst wertungsgerechten Abbildung der Sachstruktur und einer wertungsgerechten Lösung des Realgeschehens inhaltlich vorgeprägt wird. Aufgrund

14 Ausführlich dazu *Landwehr*, Die Einheit der Rechtsordnung in der Rechtsgeschichte, in: K. Schmidt (Fn. 2), S. 31–60; *Baldus*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995.

15 Zur Kodifikation des BGB vgl. *Bürkel*, Über die Erzielung der Einheit des Privatrechts im deutschen Reiche, AcP 55 (1872), 145; *Horn*, Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch, NJW 2000, 40.

16 Vgl. dazu *Luchterhand*, Was bleibt vom Recht der DDR?, in: K. Schmidt (Fn. 2), S. 165–198; *Horn*, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet, 2. Aufl. 1993 sowie die Beiträge in *Jayme/Furtak* (Hrsg.), Der Weg zur deutschen Rechtseinheit – Internationale und interne Auswirkungen im Privatrecht, 1991.

17 Die Beiträge hierzu sind Legion, vgl. nur *Schulze*, Ein Jahrhundert BGB – deutsche Rechtseinheit und europäisches Privatrecht, DRiZ 1997, 369; *Sandrock*, Die Europäischen Gemeinschaften und die Privatrechte ihrer Mitgliedstaaten – Einheit oder Vielfalt, EWS 1994, 1 sowie die Beiträge in *Hartkamp* et al. (ed), Towards a European Civil Code, 3. Aufl. 2004; *Hesselink* (ed.), The New European Private Law, Essays on the Future of Private Law in Europe, 2002; *Müller-Graff* (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1993; zu den wissenschaftlichen Initiativen der Harmonisierung ausf. *Riedl*, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa: Wissenschaftliche Initiativen im Prozess der Privatrechtsvereinheitlichung, 2004.

des Erkenntnisfortschritts könne daher (nur) eine Neukodifikation die wertungsgerechtere („modernere“ bzw. „bessere“) Abbildung der Sachstrukturen und die Berücksichtigung auch aktueller Wertungsgesichtspunkte gewährleisten.¹⁸ Gegen eine Vereinheitlichung werden u. a. der national geprägte Charakter des Privatrechts (eigene Sprache, spezifisch nationale Wertungsentscheidungen, nationaler institutioneller Rahmen)¹⁹ und das Abschneiden eines weiteren Wettbewerbs der nationalen Rechtsordnungen angeführt.²⁰ Bislang noch nicht hinreichend in das Blickfeld getreten sind zudem die Gefahr eines zwischenstaatlichen Kompromisses im Rechtssetzungsverfahren zu Lasten der Wertungsgerechtigkeit neuer Normen sowie die Auswirkungen der Kompetenzzuweisungen in der EG auf den materiellen Gehalt privatrechtlicher Gemeinschaftsnormen, da in der EG selbst vielfach heterogene Regelungsziele mit privatrechtlichen Normen verfolgt werden.

Inhaltlich sehr eng mit der Beseitigung lokaler Geltungsdivergenzen verbunden ist die Frage nach der *zeitlichen Kontinuität* privatrechtlicher Normen, also die Begründung und Sicherstellung der „Einheit“ des Privatrechts im Falle einer zeitlichen Sukzession von Rechtsgemeinschaften.²¹ Gegenstand ist insoweit die Legitimität der Zusammenschau privatrechtlicher Normen mit ihren Vorgängern, wenn Letztere nach dem Wechsel des Normgebers wortgleich bzw. äußerlich im Wesentlichen unverändert unter einem neuen Normgeber fortgelten. Auch dafür liefert das BGB einen wichtigen Anwendungsfall. Denn die Geltung seiner Normen erstreckt sich über verschiedene politische Systeme und Verfassungsordnungen, die jeweils den Wortlaut eines Großteils der privatrechtlichen Regelungen unverändert ließen, obwohl sich die Sozialmodelle und die zentralen verfassungsrechtlichen Wertungen auf das Deutlichste unterschieden.²² Ziel einer Analyse mit diesem Verständnis der „Einheit“ ist es, die als aktuell geltendes Privatrecht zusammenzufassenden Normen einzugrenzen, indem die Voraussetzungen für die Anerkennung von Normen zeitlich vorausgehender Normgeber formuliert werden. Im Zentrum stehen folglich die

18 Vgl. dazu *Basedow*, Grundlagen des europäischen Privatrechts, in: Kieninger/Remien (Hrsg.), Privat- und Wirtschaftsrecht im Zeichen der Europäischen Integration, 2004, S. 101, 104 ff.; *Jansen*, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität, 2004, S. 19 ff.

19 Ausf., wenngleich krit. dazu *Basedow*, Grundlagen des europäischen Privatrechts, JuS 2004, 89, 90 f.

20 Vgl. *Streit*, Systemwettbewerb im europäischen Integrationsprozess, FS Mestmäcker, 1996, S. 521, 522 ff.; *Merkt*, Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des „Wettbewerbs der Gesetzgeber“, RabelsZ 59 (1995), 545 ff.; ausf. dazu *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt, 2002, passim.

21 Grundlegend dazu schon *Engisch* (Fn. 1), S. 22 ff., m. w. N. zum älteren Schrifttum.

22 Aus diesem Grunde krit. *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 6. Aufl. 2005, S. 477.

Auswirkungen der Sukzession politischer Systeme bzw. von Verfassungsordnungen für das Privatrecht.

Auf die europäische Integration übersetzt sind insoweit die Folgen grundlegender Wertungsentscheidungen auf Verfassungsebene der Mitgliedstaaten durch deren Integration in die EU für das Privatrecht näher zu betrachten, also der Übergang der Einzelstaatlichkeit zur integrierten Staatlichkeit durch die Einfügung des Art. 23 GG. Dies betrifft u. a. die Folgen der Anerkennung einer wettbewerbsverfassten Marktwirtschaft im Gemeinschaftsrecht, die an die Stelle der (vermeintlichen) wirtschaftspolitischen Neutralität des deutschen Grundgesetzes tritt.

b) Die kodifikatorische Einheit des Privatrechts

Des Weiteren kann die „Einheit“ des Privatrechts als kodifikatorische Einheit verstanden werden, also als lokale Verortung von Regelungen bzw. Regelungskomplexen, indem gesetzessystematische Aspekte in Blick genommen werden. Ausgehend von der Kodifikationsidee²³ werden dabei das Für und Wider der Ausgliederung bestimmter Regelungskomplexe des Privatrechts in sondergesetzliche Rechtsakte erörtert.²⁴ Wichtiger Untersuchungsgegenstand ist die Legitimität eines sondergesetzlich geregelten Handelsrechts neben dem allgemeinen Privatrecht.²⁵ Auch die Sachgerechtigkeit (Gemeinsamkeiten und Unterschiede) eines Arbeitsgesetzbuches anstelle der Verortung arbeitsrechtlicher Regelungen im allgemeinen Privat-

23 Allg. zu dieser *K. Schmidt*, Die Zukunft der Kodifikationsidee. Rechtsprechung, Wissenschaft und Gesetzgebung vor den Gesetzeswerken des geltenden Rechts, 1985; *F. Wieacker*, Aufstieg, Blüte und Krise der Kodifikationsidee, FS G. Boehmer, 1954, S. 35 ff.; *ders.* (Fn. 5), S. 322 ff.; *Sacco*, Riv. dir.civ. 29 (1983), 117 (der sogar ein Kodifikationsfieber nach dem Zweiten Weltkrieg konstatiert); zum englischen Recht ausf. *Teubner*, Kodifikation und Rechtsform in England, 1974; aus jüngerer Zeit vgl. *Jayme/Kohler*, Europäisches Kollisionsrecht 2006: Eurozentrismus ohne Kodifikationsidee, IPRax 2006, 537; *Zimmermann*, Konturen eines Europäischen Vertragsrechts, JZ 1995, 477 (zur Kodifikationsidee heute auf S. 479); *Schreckenberger*, Die Gesetzgebung der Aufklärung und die europäische Kodifikationsidee, in: *Merten/Schreckenberger* (Hrsg.), Kodifikation gestern und heute, 1995, S. 87 ff.

24 Ausf. *Ebel*, Kodifikationsidee und zivilrechtliche Nebengesetze, ZRP 1999, 46; *Basedow*, Hundert Jahre Transportrecht – Vom Scheitern der Kodifikationsidee und ihrer Renaissance, ZHR 161 (1997), 186 ff.; für die Schweiz vgl. nur *Jäggi*, Grundfragen der Privatrechtsentwicklung, in: *Schweizer Juristenverein* (Hrsg.), Das schweizerische Recht – Besinnung und Ausblick, 1964, S. 153, 165 ff.

25 Zum Verhältnis von Handelsrecht und allgemeinem Privatrecht näher *Nussbaum*, Die Auflösung des Handelsrechtsbegriffs, ZHR 76 (1915), 325; *Eichler*, ZHR 126 (1964), 181 ff.; *Müller-Freienfels*, Zur „Selbständigkeit“ des Handelsrechts, FS von Caemmerer, 1978, S. 583; *F. Bydlinki*, Handels- oder Unternehmensrecht als Sonderprivatrecht, 1990; *Heinemann*, Handelsrecht im System des Privatrechts, FS Fikentscher, 1998, S. 349; *Canaris*, Handelsrecht, 24. Aufl. 2006, § 1 Rn. 14 ff.

recht unterfällt diesem Verständnis.²⁶ In der jüngeren Vergangenheit stellte sich zudem die Frage, ob die Ausgliederung verbraucherschützender Regelungen aus dem allgemeinen Privatrecht gerechtfertigt ist.²⁷ Die kodifikatorische Einheit muss nicht stets die gesamte Rechtsordnung betreffen, sondern kann sich auch auf einzelne Regelungskomplexe beschränken: So erfolgte die judikative Kontrolle vorformulierter Vertragsklauseln in Deutschland zunächst auf der Basis der §§ 242, 138 BGB, bevor sie in ein Sondergesetz ausgegliedert wurde;²⁸ im Zuge der Schuldrechtsreform fand sodann eine Reintegration in das BGB statt.

Die Frage nach der kodifikatorischen Einheit wird zunächst durch „weiche“ Faktoren geprägt, genannt seien nur die Übersichtlichkeit der Bestimmungen sowie das Ziel des Normgebers, Regelungen in das Bewusstsein des Rechtsverkehrs zu heben.²⁹ Auch kann die Singularstellung von Regelungen in einer gesonderten Teil-Kodifikation aktuell-politische Gründe haben (politisch motivierte „Leuchtturmgesetzgebung“), u. a. um politischen Nutzen aus der Konnotation einer eigenständigen Kodifikation zu ziehen („Arbeitsgesetzbuch“, „Umweltgesetzbuch“, „Anlegerschutzgesetz“). Neben diesen Überlegungen der Gesetzesästhetik bzw. der Zweckmäßigkeit ist die Vermutung gerechtfertigt, dass eine sondergesetzliche Regelung einem spezifischen Zweck dient, der Gesetzgeber also die Regeln

26 Vgl. ausf. MünchHdBArbR/*Richardi*, 2. Aufl. 2000, § 1 Rn. 18 ff.; zur Betonung der Einheit des Privatrechts als Systemprinzip in Bezug auf das Arbeitsrecht vgl. *Martens*, JuS 1987, 337; zuvor schon *F. Bydlinski*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht, 1969, S. 7 ff.; *Reuter*, Gibt es eine arbeitsrechtliche Methode? Ein Plädoyer für die Einheit der Rechtsprechung, FS Hilger-Stumpf, 1983, S. 573 ff.; *Lieb*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, III, 1983, S. 183, 221 ff.

27 Vgl. zu der umfassenden Debatte in Deutschland nur *Westermann*, Sonderprivatrechtliche Sozialmodelle und das allgemeine Privatrecht, AcP 178 (1978), 150; *ders.*, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, III, 1983, S. 1 ff.; *Lieb*, Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen?, Überlegungen zum Anwendungsbereich der sogenannten Inhaltskontrolle privatrechtlicher Verträge, AcP 178 (1978), 196; *ders.*, Grundfragen einer Schuldrechtsreform, AcP 183 (1983), 327, 348 f.; *Mertens*, Deliktsrecht und Sonderprivatrecht – Zur Rechtsfortbildung des deliktischen Schutzes von Vermögensinteressen, AcP 178 (1978), 228; *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher?, 1983; *Joerges*, Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrechts, AG 1983, 57 ff. (der auf das Entdeckungsverfahren Praxis setzt); MünchKomm/*Micklitz*, 5. Aufl. 2006, I, Vorbemerkung zu §§ 13, 14 BGB, Rn. 1 ff.

28 Ausf. dazu *Tilman*, ZHR 142 (178), 52, 53 ff.

29 Vgl. zu Ersterem das Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts v. 19. 6. 2001, BGBl. I, 1149; zu Letzterem die Aussage, die bisherigen Generalklauseln seien durchaus effizient, aber nicht hinreichend augenfällig, in: BMJ, Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht (Stand 10. 12. 2001), S. 17 f.; anders sodann zum AGG, wonach der Diskriminierungsschutz nicht ausreiche, was v.a. auf der unzureichenden Nutzung des Rechtsschutzes beruhe, vgl. Reg. Begr. BT-Drucks. 16/1780, S. 23.

(zumindest auch) unter einem Leitgedanken aufgrund gemeinsamer Wertungsgrundlagen, Prinzipien oder mit einem einenden Regelungsziel zusammengefasst hat. Denn Normsetzung ist die intentionale Steuerung der Rechtswirklichkeit, sodass die gesetzgeberische Regelungsentscheidung grundsätzlich an den Spezifika der Normen bzw. des Regelungsbereichs anknüpfen wird, also an einem einenden Charakter, an einem einheitlichen Prinzipienkanon oder an einem eigenständigen inneren Teilsystem. Paradigmatisch hierfür ist die Auseinandersetzung über das Verhältnis der handelsrechtlichen Normen zu jenen des BGB.³⁰

Auch dieser Teilaspekt der „Einheit“ des Privatrechts erlangt in der europäischen Integration eine gesteigerte Bedeutung, denn die Mitgliedstaaten werden im Zuge der Harmonisierung des Privatrechts vielfach mit der Fragestellung konfrontiert, ob sie die umzusetzenden Vorgaben des Gemeinschaftsrechts in das allgemeine Privatrecht integrieren oder sondergesetzlich kodifizieren sollen. Bei Letzterem können die eigenständigen mitgliedstaatlichen Rechtsakte entweder nur jeweils einen Gemeinschaftsrechtsakt oder aber sachlich zusammengehörige Rechtsakte umsetzen („Verbrauchergesetzbuch“³¹, AGG – Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz³²). Die Entscheidung muss der mitgliedstaatliche Gesetzgeber entsprechend der kodifikatorischen Einheit, also nach Maßgabe der Sachstruktur des Regelungsbereichs und des Harmonisierungsbedarfs im allgemeinen Privatrecht sowie der Prinzipien- und Wertungseinheit (zu diesen sogleich) treffen.

c) Die Wertungseinheit des Privatrechts

Im Zentrum der Diskussion über die „Einheit“ des Privatrechts steht indes bislang vollkommen zu Recht die normative Ausrichtung von Rechtssetzung und -gewinnung auf eine *Wertungseinheit des Rechtsstoffes im Privat-*

30 Die entsprechende Vermutung ist nach *Canaris* (Fn. 25), § 1 Rn. 22 widerlegt; a. A. noch *Eichler*, ZHR 126 (1964), 181, 188, nach dem neben den Handelssitten und -gebräuchen sowie dem eigenständigen Gewohnheitsrecht ein einender Charakter handelsrechtlicher Normen besteht (frei, beweglich und universell geltend).

31 Vgl. zum französischen Code de la Consommation *Witz/Wolter*, Das neue französische Verbrauchergesetzbuch, ZEuP 1995, 35; zum österreichischen Konsumentenschutzgesetz *Koschnick-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz (KSchG), 2. Aufl. 2004; zum griechischen Verbraucherschutzgesetz von 1991 *Alexandridrou*, Die gesetzgeberische Entwicklung des Verbraucherschutz- und Wettbewerbsrechts in Griechenland, GRUR Int. 1992, 120; zu spezifischen Problemen eines Verbrauchergesetzbuches auch *W.-H. Roth*, Europäischer Verbraucherschutz und BGB, JZ 2001, 475, 485 f.

32 Vgl. zur Umsetzung von vier Richtlinien durch das AGG näher *Thüsing/v. Hoff*, Vertragsabschluss als Folgenbeseitigung: Kontrahierungszwang im zivilrechtlichen Teil des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, NJW 2007, 21; *Armbrüster*, Kontrahierungszwang im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz?, NJW 2007, 1494; *Meier-Reimer*, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz im Zivilrechtsverkehr, NJW 2006, 2577.

recht.³³ Ausgangspunkt ist die schon bei *Rudolf Stammler* und *Philipp Heck* anzutreffende und von *Karl Engisch* in seinem Werk „Die Einheit der Rechtsordnung“³⁴ aufgegriffene Erkenntnis, dass derjenige, der eine bestimmte Norm anwendet, im Grunde die gesamte Rechtsordnung anwendet, da diese nach der Wertungsjurisprudenz ein Gefüge von miteinander verflochtenen Wertungsentscheidungen darstellt und ein inneres System enthält. Das Privatrecht wird dabei nach zutreffender Ansicht als eine teleologische, also auf Werte und Zwecke bezogene Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien verstanden.³⁵ Dieses Verständnis will das Privatrecht nicht nur auf der *Erkenntnisseite* systematisch darstellen, also „die Fülle des Rechtsstoffes unter einheitlichen Gesichtspunkten erfassen“,³⁶ sondern das Privatrecht soll eine *möglichst widerspruchslöse Sollensordnung* bilden.³⁷ Alle Sollenssätze des Privatrechts stehen danach untereinander und mit der Rechtsordnung als Inbegriff des Rechts in einer funktionellen Beziehung.³⁸ Die Erkenntnisse der Wertungsjurisprudenz einbeziehend nehmen die Normen des Privatrechts ihren Ausgangspunkt bei gemeinsamen Grundwertungen.³⁹ Ziel der Rechtsgewinnung ist es hiernach, die möglichst weitgehende Wertungskonsistenz und -konsequenz des Privatrechts durch die in sich schlüssige Optimierung seiner Prinzipien zu erreichen. Der Gesetzgeber wie auch die Judikative haben bestehende gesetzgeberische Wertungen aufzunehmen, um sie konsequent zu Ende zu denken oder sach-

33 Zu diesem zentralen Inhalt auch *Felix* (Fn. 2), S. 142 ff. (dort bezogen auf die Einheit der Rechtsordnung); in diesem Sinne u. a. *Schilling*, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994, S. 372; grundlegend schon *Canaris* (Fn. 6), S. 16 ff. (wertungsmäßige Folgerichtigkeit und innere Einheit); *Coing*, System, Geschichte und Interesse an der Privatrechtswissenschaft, JZ 1951, 481; *Dworkin*, Law's Empire, 1986, S. 94 ff., 164 ff., 167 („commitment to consistency“, zudem soll das von ihm herauskretisierte Prinzip der Integrität verlangen, dass die Rechtsnormen ein einziges kohärentes System bilden, a. a. O., S. 219, 184); s.a. *Sodan*, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, 864; *Raisch*, Vom Nutzen der überkommenen Auslegungskanonens für die praktische Rechtsanwendung, 1988, S. 35 ff. (Widerspruchsfreiheit); für die Schweiz *Jäggi*, Grundfragen der Privatrechtsentwicklung, in: Schweizer Juristenverein (Hrsg.), Das schweizerische Recht – Besinnung und Ausblick, 1964, S. 153, 168 ff.

34 Vgl. *Engisch* (Fn. 1), S. 26; s.a. *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft, 1911, S. 24 f.; *Ph. Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 107.

35 Vgl. *Canaris* (Fn. 6), S. 16 ff.; s.a. *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991, S. 487 ff.; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 34; *Zippelius*, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 2007, S. 203 ff.

36 *Larenz*, Über die Unentbehrlichkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1966, S. 12.

37 *Engisch* (Fn. 1), S. 2 f., 7 ff.; s.a. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, I, 1840, S. 263 f. (Herstellung der Einheit und Entfernung von Widersprüchen).

38 Ausführlich *Engisch* (Fn. 1), S. 4 ff.

39 *Canaris* (Fn. 6), S. 16 ff., wonach das Recht als Summe aller Rechtsnormen im materiellen Sinn ein durch Einheit und Ordnung gekennzeichnetes System offenbart.

gerecht zu durchbrechen, also folgerichtig zu verfahren.⁴⁰ Sondermaterien, in denen besondere Prinzipien ergänzend hinzutreten oder die allgemeinen Prinzipien spezifisch zu gewichten sind, sind sachgerecht ab- und einzugrenzen. Dieses zutreffende Verständnis hat freilich in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung auch Kritik erfahren; es wurde (unzutreffend) als bloßes rechtspolitisches Postulat qualifiziert, das dem positiven Recht allenfalls in sehr begrenztem Umfang eigne.⁴¹

Mit der „Einheit“ des Privatrechts verstanden als Wertungseinheit verbinden sich zwei entscheidende Fragen in der europäischen Integration. Zum Ersten bedarf das Postulat einer *normativen Grundlage*: Auch wenn die Wertungseinheit zweifelsohne nicht die gesamte Realität des Privatrechts in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung zutreffend beschreibt, werden Rechtssetzung und Rechtswissenschaft doch auf sie verpflichtet; die Wertungseinheit ist Ziel und Aufgabe.⁴² Die normative Grundlage ist indes umstritten. Mit der Hierarchie der Normgeber und dem verfassungsändernden Gesetzgeber an der Spitze, dem resultierenden konsistenten Stufenbau der Rechtsordnung und der institutionellen Kontinuität der Gesetzgeber bestanden in der prinzipiell geschlossenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung zahlreiche Anknüpfungspunkte für die Verankerung einer normativen Grundlage. Im Zuge der europäischen Integration vermögen diese Legitimationsgrundlagen indes nicht mehr zu überzeugen; die *Wertungseinheit* des harmonisierten Privatrechts als Teil der integrierten Rechtsordnung wird hierdurch in Frage gestellt.⁴³

Zum Zweiten stellt sich das *Problem der Wertungswidersprüche und ihrer Qualifikation* in der integrierten Staatlichkeit: Dabei können vergleichsweise deutlich *technische Normwidersprüche* durch eine unterschiedliche Begriffsbildung bzw. durch die Relativität der Rechtsbegriffe, *Normwidersprüche*, also Widersprüche zwischen einzelnen Normen hinsichtlich der Beurteilung eines bestimmten Verhaltens bzw. bei der Anwendung der Normen auf den konkreten Fall, *normative (Wertungs-) und teleologische Wider-*

40 Vgl. *Canaris* (Fn. 6), S. 16.

41 Zur Betonung der Gefahr, eine Arbeitshypothese zum Gegenstand der Rechtswissenschaft zu erheben, vgl. *Grimm*, Rezension zu Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, AcP 171 (1971), 266 ff.; krit. auch *F. Müller*, Juristische Methodik, 3. Aufl. 1989, S. 216 ff.; s.a. *Krawietz*, Identität oder Einheit des Rechtssystems, Rth 16 (1985), 233, 277, wonach die Einheit der Rechtsordnung Normen allenfalls formal, nicht aber inhaltlich zuordnen kann. Die (abzulehnenden) Gegenauffassungen sind Theorien über das gebotene und vollzogene Auseinanderfallen des Privatrechts in Teilbereiche und eigenständige Teilmaterien, die sich aufgrund wesentlicher Unterschiede eigenständig entwickeln können und müssen; krit. zu diesen auch *F. Bydlinski* (Fn. 35), S. 73 f.

42 Vgl. *K. Schmidt*, Einheit der Rechtsordnung – Realität? Aufgabe? Illusion?, in: *ders.* (Fn. 2), S. 9, 28 f.

43 Vgl. zu diesen Legitimationsgrundlagen und ihrem Versagen in der integrierten Staatlichkeit unten V 1.

sprüche, sowie *Prinzipienwidersprüche* unterschieden werden.⁴⁴ Zentraler Problemkreis ist aber der Maßstab für die *Unterscheidung zwischen tragbaren und untragbaren Wertungswidersprüchen* im Privatrecht der europäischen Integration. Denn die Struktur der Rechtsordnung entscheidet über die Abgrenzung zwischen tragbaren und untragbaren Wertungswidersprüchen; diese Struktur ändert sich im Zuge der Integration grundlegend.⁴⁵

2. Die Wertungseinheit des „Privatrechts“ als zentrales Element der Wirtschaftsordnung

Nachfolgend soll die als *Wertungseinheit* verstandene Einheit des *Privatrechts* im Zuge der europäischen Integration näher in Blick genommen werden. Dabei ist die Einheit des *Privatrechts* in Abgrenzung zur Einheit des *Öffentlichen Rechts* sowie zur Einheit der *Gesamtrechtsordnung* zu sehen, denn die Wertungseinheit kann in Bezug auf jedes Rechtsgebiet und die Rechtsordnung insgesamt analysiert werden.⁴⁶ Die europäische Integration wirkt sich auf die Wertungseinheit des *Privatrechts* am nachhaltigsten aus und rückt sie folglich in das Zentrum des Interesses.

Das *Privatrecht* wiederum steht im Mittelpunkt, weil es das Zentrum der marktwirtschaftlichen Ordnung bildet; in ihm finden sich die zentralen Wertungen und Prinzipien für das Wirtschaften der Bürger und eine seiner wichtigsten Aufgaben ist es, die Funktionsvoraussetzungen der Privatautonomie zu sichern.⁴⁷ Der interessenausgleichende Vertrag ist daher die normative Leitidee. Das Privatrecht ist besonders eng an das Sozialmodell der Rechtsordnung gebunden, da in ihm die zentralen Entscheidungen über Reichweite und Umfang der Privatautonomie der Rechtssubjekte fallen. Eine Aufgabe der Wertungseinheit im Privatrecht hätte demnach weitreichende Folgen für die Wirtschaftsordnung.

Für eine Fokussierung des Privatrechts im Folgenden spricht zudem, dass in der europäischen Integration (bislang) die Entwicklung in Richtung Privatrechtsgesellschaft überwiegt,⁴⁸ da eine steigende Zahl von Regelungs-

44 Vgl. zu dieser Unterscheidung durch *Engisch* (Fn. 1), 43 ff. sowie *dens.*, Einführung in das juristische Denken, 10. Aufl. 2005, S. 210 ff.; aus der jüngeren Rezeption nur *Felix* (Fn. 2), S. 145 ff.; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 15–24.

45 Vgl. dazu näher unten VI.

46 Hiervon ist die Diskussion über die *Einheit der Rechtsordnung als Einheit von Privatrecht und Öffentlichem Recht* zu unterscheiden. Sie hat ihren Schwerpunkt in der Suche nach spezifischen Regelungszielen, Funktionen und Wertungen dieser beiden Regelungskomplexe, die ihre Sonderung rechtfertigen.

47 Der im Zuge der europäischen Integration müßige, weil an den Kernfragen des Rechts in der integrierten Staatlichkeit vorbei schreibende Streit über einen Vorrang des Privatrechts oder des Öffentlichen Rechts soll hier nicht näher beleuchtet werden.

48 Ausführlich dazu *Herresthal*, Die Folgen der Europäischen Integration für die Privatrechtsgesellschaft, FS Canaris, II, 2007, S. 1107 sowie die Beiträge in *Riesenhuber* (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft – Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, 2007.

bereichen aus der staatlichen Regulierung entlassen und dem Privatrecht überantwortet wurde. Die Einheit des Privatrechts markiert daher eine zentrale Fragestellung mit kontinuierlich ausgeweiteter Bedeutungsreichweite in der Wirtschaftsordnung.

Schließlich steht das Privatrecht im Fokus der europäischen Harmonisierungsbestrebungen. Das Gemeinschaftsrecht wirkt mit seinen Rechtsakten zum Schutze der Verbraucher und der Anleger sowie gegen Diskriminierungen in zentrale Regelungsbereiche des Privatrechts hinein. Zugleich werden dem mitgliedstaatlichen Privatrecht von den Gemeinschaftsvorgaben, die nicht zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht unterscheiden, Aufgaben überantwortet, die dem Privatrecht zuvor fremd waren, u. a. die Herstellung und Sicherung des Binnenmarktes.

III. Die aktuellen Gefährdungen der Wertungseinheit des Privatrechts

Legt man als Ideal des Privatrechts ein homogenes, von Wertungswidersprüchen freies und auf Rechtssicherheit bedachtes Rechtsgebiet zugrunde, so ist die Erfahrung eines jeden Juristen, dass dies nicht der Rechtswirklichkeit entspricht, sondern innerhalb des mitgliedstaatlichen Privatrechts Wertungsdivergenzen, eigenständige Begriffsbildungen und Wertungswidersprüche zu konstatieren sind. Nach einem weiteren Gemeinplatz ist eine isolierte Betrachtung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung aufgrund der europäischen Integration nicht möglich, weil sie kein autonomes, von externen Einflüssen isoliertes Wertungssystem mehr darstellt. Jenseits dieser oberflächlichen Betrachtungen erweist es sich als überaus fruchtbar, den Gefährdungen der Wertungseinheit im Privatrecht durch die europäische Integration, der Bedeutung der Wertungseinheit für das methodische Arbeiten sowie einer möglichen normativen Grundlage nachzuspüren.

1. Die Gefährdung durch die Europäisierung des Privatrechts

So kann man bei einer Analyse des integrierten mitgliedstaatlichen Privatrechts zwischen der Einheit der privatrechtlichen Sollenssätze auf der Erkenntnisseite und auf der Gegenstandsseite unterscheiden.⁴⁹ Das Bemühen auf der *Erkenntnisseite* um die Einheit des auf die Rechtsordnung bezogenen rechtswissenschaftlichen Systems ist unabhängig von der Struktur der Rechtsordnung und daher in der integrierten Staatlichkeit weiterhin möglich. Aus Gründen der wissenschaftlichen Durchdringung, inhaltlichen Darstellung und didaktischen Vermittlung kann demnach die Wertungseinheit des Privatrechts insoweit zugrunde gelegt werden.

⁴⁹ Zu dieser Unterscheidung bereits *Engisch* (Fn. 1), S. 2.

Hingegen stellt sich auf der *Gegenstandsseite*, also bei den zusammengefassten Sollenssätzen des Privatrechts, die Frage nach dem Fortbestand der Wertungseinheit des Privatrechts in der integrierten Staatlichkeit in voller Schärfe. Zwar unterliegt das Privatrecht seit jeher den Folgen des rechtlichen, ökonomischen und technischen Wandels und die resultierende Dynamik ist stets der „Keim von Widersprüchen“⁵⁰. Die europäische Integration beeinträchtigt aber in fundamentaler Weise die Wertungseinheit des Privatrechts als Gebot, eine einheitliche Terminologie zu verwenden, Norm- und Wertungswidersprüche sowie teleologische Widersprüche und Prinzipienwidersprüche zu vermeiden.⁵¹

Bereits die *permanente und innerhalb der Teilbereiche unzulänglich abgestimmte Gesetzgebung* im (sekundären) Gemeinschaftsrecht erschwert die Systematisierung des Rechtsstoffes; Folge sind Ungereimtheiten und Wertungswidersprüche auch in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung.⁵²

In der integrierten Rechtsordnung werden die autoritativen Texte nicht nur vervielfacht, sondern auch die *Arten von Sollenssätzen ausgeweitet*, genannt seien nur Richtlinien, Empfehlungen, Verordnungen und Entscheidungen. Folge ist eine wesentlich höhere Komplexitätsstufe der Sollensnormen, denn mit den neuen Arten verbinden sich neuartige Regelungsanordnungen.⁵³ Damit geht die *Auflösung einer strikten Normenhierarchie* in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung einher, denn der verfassungsändernde Gesetzgeber hat die mitgliedstaatliche Verfassung für die höchstrangigen Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts geöffnet und steuert über den Umfang der Zurücknahme mitgliedstaatlicher Kompetenzen die Einwirkungen des höchstrangigen Gemeinschaftsrechts.⁵⁴ Auch wenn die Konzeption vom Stufenbau der Rechtsordnung⁵⁵ in der europäischen Integra-

50 *Engisch* (Fn. 1), S. 67.

51 Wie hier auch *Tröger*, Zum Systemdenken im europäischen Schuldvertragsrecht, ZEuP 2003, 525, 528f., der zugleich ein System im europäischen Privatrecht ablehnt; anders *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 6ff. passim, der unter Zugrundelegung eines Systemverständnisses als Forderung von Einheit und Folgerichtigkeit das System bei der Analyse des „europäischen Vertragsrechts“ heranzieht.

52 Vgl. dazu nur *Basedow*, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex, AcP 200 (2000), 445, 450ff.; *K. Schmidt*, (Fn. 23), S. 39; die Gefahr von Systembrüchen im mitgliedstaatlichen Recht betont schon *Hommelhoff*, Zivilrecht unter dem Einfluß europäischer Rechtsangleichung, AcP 192 (1992), 71, 102; zur fehlenden gemeinschaftsrechtsinternen Abstimmung nur die Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht v. 11. 7. 2001, KOM(2001) 398 endg., Abl. EG Nr. C 255 v. 13. 9. 2001, Nr. 35 f.

53 Paradigmatisch sind die *Rechtssetzungspflicht* aus Richtlinien und die *Befassungspflicht* aus Empfehlungen und Stellungnahmen, ausf. dazu *Herresthal* (Fn. 11), S. 77 ff., 89 f.; zum Folgenden auch *Jansen*, Dogmatik, Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht, ZEuP 2005, 750, 775 f.

54 Ausführlich *Herresthal* (Fn. 11), S. 123 ff.

55 Vgl. zu diesem nur *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, unveränd. Nachdruck 1993, S. 231 ff.; *Öhlinger*, Der Stufenbau der Rechtsordnung, 1975; *Schilling* (Fn. 33), S. 159 ff.

tion nicht vollständig aufzugeben ist,⁵⁶ verbindet sich gleichwohl mit einer weniger strengen Normenhierarchie die Ausweitung von Wertungswidersprüchen in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung.⁵⁷

Die Wertungseinheit wird weiterhin durch die *strukturellen Unterschiede zwischen Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichem Recht* gefährdet. So erfolgt die Abgrenzung der Regelungsbereiche im Gemeinschaftsrecht nicht gegenstands-, sondern funktionsbezogen. Das Gemeinschaftsrecht weist eigenständige Auslegungsregeln auf und bildet seine Terminologie autonom; hinzu tritt eine abweichende Normstruktur. Das punktuell problemorientierte, sektorielle Gemeinschaftsrecht trifft auf systematisch umfassende nationale Kodifikationen mit der Folge von dogmatischen Brüchen und Funktionsverlusten.

Weiterhin lässt sich das nunmehr im Mitgliedstaat geltende *Privatrecht* als Folge der europäischen Integration *nicht mehr auf nur einen Gesetzgeber zurückführen*: Freilich enthielt die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten auch früher Rechtssätze aus unterschiedlichen Verfassungsepochen mit unterschiedlichen Wertvorstellungen und war das Recht im deutschen bundesstaatlichen Mehrebenensystem das Produkt mehrerer mitgliedstaatlicher Gesetzgeber.⁵⁸ Indes konnten unter dem Grundgesetz die Normen aufgrund der systematischen Geschlossenheit der Rechtsordnung stets auf den (wenn auch hypothetischen) Willen eines Gesetzgebers zurückgeführt werden bzw. sorgten die Hierarchie der Normgeber und die überschneidungsfreien Kompetenzen unter dem Wertungsschirm der Verfassung für eine weitreichende Wertungseinheit.⁵⁹ Der EG werden hingegen nur begrenzte Kompetenzen zur Ausübung überlassen, sodass bei der gegenwärtigen Integrationshöhe kein Normgeber – weder der nationale Gesetzgeber noch der Gemeinschaftsgesetzgeber – die Kompetenz hat, das mitgliedstaatlich geltende Privatrecht umfassend zu regeln; vielmehr wirken die – z. T. auch unmittelbar geltenden – Regeln eines Gemeinschaftsgesetzgebers mit jenen des nationalen Gesetzgebers zusammen. Selbst wenn man den Willen und

56 Dafür u. a. *Robbers*, Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit – Möglichkeit und Inhalt von „Formeln“ zur Bestimmung von verfassungsgerichtlicher Kompetenzweite, NJW 1998, 935, 937 ff.; *Weh*, Vom Stufenbau zur Relativität, 1997, S. 213 ff.; krit. auch *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, 2002, S. 205 ff.; eine Aufgabe ablehnend u. a. *Schilling* (Fn. 33), S. 181 ff.; *Herresthal* (Fn. 11), S. 158 ff.

57 Paradigmatisch ist die überaus komplexe Rangordnung der Regelungen bei der SE, vgl. dazu nur *Windbichler*, FS Canaris, II, 2007, S. 1423, 1424 ff.; MünchKommAktG/*Kübler*, 2. Aufl. 2006, EinfEuropGes Rn. 10 ff.

58 Dies betont *R. Schmidt*, FS Canaris, 2007, II, S. 1353.

59 Die deutsche Verfassung kennt zahlreiche Institute, um diese Wertungseinheit zu gewährleisten; genannt seien nur Art. 31 GG, das Prinzip bundestreuen Verhaltens (dazu *Bauer*, Die Bundestreue, 1992; BVerfGE 81, 310, 337; 34, 9, 44) sowie das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Abstimmungsgebot aller rechtssetzenden Organe unter der Verfassung (vgl. BVerfGE 98, 106, 118 f.).

die Fähigkeit eines Gemeinschaftsgesetzgebers *und* des nationalen Privatrechtsgesetzgebers unterstellt, die jeweils von ihnen verantworteten Normen wertungseinheitlich auszugestalten, wird im Privatrecht des integrierten Mitgliedstaates aufgrund heterogener Bewertungen keine Wertungseinheitlichkeit resultieren.⁶⁰ Die Möglichkeiten jedes einzelnen Gesetzgebers, die Wertungseinheit im Privatrecht zu gewährleisten oder auch nur zu fördern, z. B. durch die Formulierung von Konkurrenzregeln und durch die Festlegung von Vorrangverhältnissen, werden in der integrierten Staatlichkeit durch die Pluralität der Normgeber, die Zielorientierung des Gemeinschaftsrechts sowie die (bislang) sektorielle Regelsetzung deutlich beschränkt; rechtstechnische Instrumente mit einheitsstiftender Wirkung sind sehr begrenzt.⁶¹ Zugleich zeigt sich, dass der Frage nach der Grundlage und Reichweite der Wertungseinheit des Privatrechts durch eine Beschränkung der Wertungseinheit auf Teilbereiche, wie z. B. das Verbraucherschutz, den Anlegerschutz, das Kaufrecht, nicht ausgewichen werden kann, da auch diese Teilbereiche nicht mehr auf einen einheitlichen Gesetzgeber zurückgeführt werden können.

Die Gefährdung der Wertungseinheit wird durch die *Pluralität der Normgeber* im Gemeinschaftsrecht selbst weiter verstärkt. Dort kann nicht mehr von nur *einem einheitlichen* Gesetzgeber gesprochen werden, denn der EG-Vertrag sieht eine Vielzahl von – auch neuartigen – Rechtssetzungsverfahren vor, bei denen unterschiedliche Organe mit eigenen Kompetenzen zusammenwirken,⁶² so die neue Konzeption im Recht der technischen Regelungen sowie der Einsatz mehrstufiger Rechtssetzungsverfahren unter Beteiligung der betroffenen Verkehrskreise und privater Fachgremien (sog. *Lamfalussy-Verfahren*). Genannt sei nur der Erlass von Richtlinien unter Beteiligung der europäischen Wertpapierregulierungsbehörde (*CESR – Committee of European Securities Regulators*) sowie des EU-Wertpapierausschusses (*ESC – European Securities Committee*).⁶³ Durch diese Verfah-

60 Freilich kann diese Heterogenität durch informelle und formelle Abstimmungsmodi zwischen den Gesetzgebern reduziert werden und sich der mitgliedstaatliche Gesetzgeber die Wertungen des Gemeinschaftsgesetzgebers umfassend zu eigen machen; Erstere wirken sich indes noch nicht in substantiellem Umfang aus, Letzteres ist aus politischen Gründen unwahrscheinlich.

61 Nicht zielführend ist es insoweit, das normative Postulat der Wertungseinheit aus diesem Grund aufzugeben, so aber wohl *Kadelbach*, Einheit der Rechtsordnung als Verfassungsprinzip der Europäischen Union?, *EuR Beiheft 2/1998*, S. 51, 53 (Einheit des Rechts setzt Einheit des Gesetzgebers voraus).

62 *Streinz*, *Europarecht*, 8. Aufl. 2008, Rn. 438 f.; vom Pluralismus des Privatrechts spricht daher *Schulze*, *DRiZ* 1997, 369.

63 Zu dem Vierstufenkonzept, das Rahmenprinzipien, Durchführungsmaßnahmen, eine institutionelle Zusammenarbeit und die Durchsetzung umfasst, näher *Kallss*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre: Grundfragen der Methoden des Europäischen Privatrechts*, 2006, S. 387, 391 ff.; *Möllers*, *Europäische Methoden- und Gesetzgebungslehre im*

ren steigt die Konkretisierungsdichte der jeweiligen Regelungsgebiete sehr deutlich an, Generalklauseln sowie unbestimmte Rechtsbegriffe werden zurückgedrängt.

Die *Besonderheiten des europäischen Rechtssetzungsprozesses*, v.a. die Kompetenzverteilung in der EG, können dazu führen, dass selbst die Rechtsakte eines einzelnen Normgebers im Gemeinschaftsrecht eine überaus heterogene Normstruktur aufweisen. Daher ist zweifelhaft, inwieweit die einzelnen Rechtsakte noch als Ausdruck übergreifender Wertungen verstanden werden können.⁶⁴ Hiervon legen die vielfachen Definitionen des Verbraucherbegriffs in verbraucherschützenden Richtlinien, höchst unterschiedliche Widerrufsfristen und uneinheitliche Rückabwicklungsregime im Vertragsrecht beredt Zeugnis ab.⁶⁵

Einen weiteren Beitrag zur Gefährdung der Wertungseinheit leistet die unscharfe Grenzziehung beim *Erzeugungszusammenhang von Normen* in der integrierten Staatlichkeit: So sind die Grenzen der mitgliedstaatlichen Kompetenzüberlassung an die EG nicht präzise gezogen. Die *ultra vires*-Grenze ist überaus unscharf; die legitime Reichweite judikativer Rechtsfortbildung durch den EuGH zur Vervollkommnung der regelarmen Gemeinschaftsrechtsordnung im Primärrecht harrt einer näheren Konkretisierung. Diese Unsicherheit im Hinblick auf die Gemeinschaftskompetenzen ist nicht zuletzt auf die politisch bedingte Zurückhaltung zurückzuführen, diese Kompetenzen im nationalen Verfassungsrecht zu präzisieren bzw. ihre Überschreitung durch den EuGH im Wege eines mitgliedstaatlich initiierten Vertragsverletzungsverfahrens feststellen zu lassen. Als Folge können umstrittene Wertungsentscheidungen im Gemeinschaftsrecht in den Grenzbereichen nicht hinreichend eindeutig mit dem Label eines kompetenzwidrigen „Ausreißers“ belegt werden, der bei der Formulierung der Wertungskonstanten des Privatrechts nicht zu berücksichtigen ist.

Aufgrund der Besonderheiten der integrierten Staatlichkeit⁶⁶ *versagen* die *tradierten Instrumente*, mit denen im mitgliedstaatlichen Privatrecht bislang Wertungswidersprüche aufgefangen wurden. Dies gilt u. a. für

Kapitalmarktrecht, ZEuP 2008, 480, 483 ff.; *Schmolke*, Der Lamfalussy-Prozess im Europäischen Kapitalmarktrecht, NZG 2005, 912; *Buchmann*, Umsetzung vollharmonisierender Richtlinien, 2008, S. 55 ff.; krit. vor dem Hintergrund eines etwaigen Demokratiedefizits *Scheel*, Die Neuregelungen der Komitologie und das europäische Demokratiedefizit, ZEuS 2006, 521; *Langenbacher*, Zur Zulässigkeit parlamentsersetzender Normgebungsverfahren im Europarecht, ZEuP 2002, 265, 279 ff.

64 Vgl. dazu *Basedow*, Anforderungen an eine europäische Zivilrechtsdogmatik, in: Zimmermann u. a. (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik, 1999, S. 79, 81 ff.

65 Vgl. zur Bestrebung einer Vereinheitlichung im Gemeinschaftsrecht selbst nun den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM (2008) 614/4 v. 8. 10. 2008.

66 Wesentlich ist insoweit der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht.

Generalklauseln.⁶⁷ Sie bilden ein wichtiges Scharnier zwischen der Vergangenheit und der Gegenwart des Privatrechts, indem sie dem Privatrecht ermöglichen, neue Sachstrukturen bzw. neue Erkenntnisse über die Rechtswirklichkeit im Wege einer Neubewertung aufzunehmen sowie veränderte Wertungen ohne legislative Modifikation des Wortlauts zu berücksichtigen. Doch auch sie können einen Wertungswiderspruch zwischen einer mitgliedstaatlichen Norm und unmittelbar anwendbarem Gemeinschaftsrecht regelmäßig nicht verhindern. Zudem verlangt das Gemeinschaftsrecht vielfach eine *legislative* Umsetzung der (nicht unmittelbar anwendbaren) Gemeinschaftsvorgaben,⁶⁸ ein angepasstes Verständnis der Generalklausel reicht nicht aus. Die Umsetzungsregel kann sodann zu einem Wertungswiderspruch mit bestehenden nationalen Normen führen.

2. Die Gefährdung durch die Berücksichtigung der Erkenntnisse von Nachbarwissenschaften

Des Weiteren wird die Wertungseinheit des Privatrechts in der integrierten Staatlichkeit durch seine Ausdifferenzierung und die Unterscheidung von Teilbereichen gefährdet. Auch diese Ursache ist vielfach der europäischen Integration geschuldet. Denn abweichend von der deutschen Rechtsordnung, die zu Abstraktion und bereichsübergreifender Verallgemeinerung neigt, fördert der bislang überwiegend sektorielle Regelungsansatz des Gemeinschaftsrechts punktuell-begrenzte Regelungsgebiete, bei der die Konkretisierung allgemeiner Rechtsprinzipien in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung außen vor bleibt.

Zugleich verbindet sich mit der resultierenden höheren Regeldichte und -tiefe die Gefahr der Ausweitung von Wertungswidersprüchen, wenn bei der gemeinschaftsrechtlich induzierten Ausgestaltung nur der konkrete Regelungsbereich, nicht aber die Einordnung in den Gesamtzusammenhang der integrierten Rechtsordnung berücksichtigt wird bzw. werden kann.

67 Grundlegend zu den Funktionen von Generalklauseln im jüngeren Schrifttum *Ohly*, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), S. 1, 9 ff.; *F. Bydliński*, Möglichkeiten und Grenzen der Konkretisierung aktueller Generalklauseln, in: *Wieacker-Symposium*, 1990, S. 199; *ders.* (Fn. 35), S. 582 ff.; *Weber*, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516, ff.; *Beater*, Generalklauseln und Fallgruppen, AcP 194 (1994), 81 ff.; *Teubner*, Standards und Direktiven in Generalklauseln, 1971, S. 9 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 112; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2005, S. 240 ff.; *Rüthers*, Rechtstheorie, 3. Aufl. 2007, Rn. 836; zur Generalklausel im Kontext der Europäisierung des Privatrechts vgl. die Beiträge in *Baldus/Müller-Graff* (Hrsg.), Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht, 2006 sowie die Beiträge in *Grundmann/Mazeaud* (ed.): General Clauses and Standards in European Contract Law, Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification, 2006.

68 Krit. hierzu *Herresthal* (Fn. 11), S. 85 ff.

Verstärkt wird diese Wirkung durch den gesteigerten Einfluss von Erkenntnissen von Nachbarwissenschaften bei der Rechtssetzung und -gewinnung. Auch wenn hierdurch eine größere Nähe der Regelungsinhalte zur Sachstruktur des Regelungsbereichs erreicht wird, können sich die Wertungsdifferenzen zwischen den Bereichen vergrößern. Hinzu tritt, dass die Übersetzung der Erkenntnisse von Nachbarwissenschaften in das Juristische bislang mit einer erheblichen methodischen Unsicherheit verbunden ist. Auch wenn vielfach betont wird, dass ökonomische Erkenntnisse in das Juristische zu übersetzen sind und es vornehmste Aufgabe der Rechtswissenschaft bleibe, dabei das spezifisch Juristische herauszuarbeiten und zu übernehmen,⁶⁹ so wird die Frage der Übersetzung nicht beantwortet.

IV. Die Bedeutung der Wertungseinheit des Privatrechts für die Rechtsgewinnung

Bevor die normative Grundlage für die Wertungseinheit des Privatrechts in der integrierten Staatlichkeit formuliert wird, ist die Frage nach der Bedeutung der Wertungseinheit des Privatrechts für die Methoden zu beantworten. Denn sofern für eine Fortführung der Wertungseinheit keine gewichtigen Gründe zu verzeichnen sind, würde das Privatrecht der integrierten Staatlichkeit in das *Prokrustesbett* eines veralteten Ideals gezwängt.

1. Die fundamentale Bedeutung für die Methoden des Privatrechts

Die Wertungseinheit des Privatrechts bildet die *Grundlage der Systembildung im Privatrecht*, sodass ihre Bedeutung für die Auslegung und Fortbildung nicht überschätzt werden kann.⁷⁰ An dem aus der Wertungseinheit resultierenden System von Prinzipien und Wertungen knüpfen zentrale methodische Instrumente unmittelbar und mittelbar an:⁷¹

So ist die Wertungseinheit des Privatrechts für die *Prinzipienstruktur der Rechtsordnung* elementar. Die Formulierung, Konkretisierung und der wechselseitige Ausgleich von Leitprinzipien werden ihres Sinngehaltes beraubt, wenn bei der Rechtssetzung und Rechtsgewinnung nicht das Bemühen um ein einheitliches Ganzes geschuldet ist. Auch die Rückbindung von Normen an fundamentale Prinzipien des Privatrechts als Gewähr-

69 *Fleischer*, Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht als wissenschaftliche Disziplin, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 50, 76.

70 Die überaus enge Verbindung der Einheit der Rechtsordnung mit der Dogmatik betont schon *Engisch* (Fn. 1), S. 69 ff., freilich der objektiv-teleologischen Auslegung kritisch gegenüberstehend (a. a. O., S. 73 f.).

71 Zur Bedeutung der Einheit der Rechtsordnung bei der Lösung von „immanenten Problemzusammenhängen“ in der Rechtsordnung vgl. schon *F. v. Hippel*, *Zur Gesetzmäßigkeit juristischer Systembildung*, 1930; jüngst auch *R. Schmidt*, FS Canaris, II, 2007, S. 1353, 1355 f.

träger der inhaltlich-normativen Einheit sowie die Ausbildung spezifischer Prinzipien für bestimmte Teilbereiche ist ohne Wertungseinheit weder sinnvoll noch möglich. Denn es mangelt dann an einem Gebot, die Prinzipien in eine Rangfolge zu bringen, vorrangige Leitprinzipien zu identifizieren und den Ausgleich gleichrangiger Prinzipien zu suchen. Sofern die Wertungseinheit aufgegeben wird, kommt der Prinzipienstruktur über die Aussage hinaus, dass eine bestimmte Norm Ausdruck eines oder mehrerer Prinzipien ist, keine wesentliche Bedeutung zu.

Auch dem Zusammenwirken von induktivem und deduktivem Vorgehen zur normativen Durchdringung eines Rechtsbereichs,⁷² also der Konkretisierung höchster Prinzipien durch Unterprinzipien und der Rückwirkung der legislativen Ausdifferenzierung von Prinzipien auf den Inhalt dieser Prinzipien, liegt die Wertungseinheit des Privatrechts zugrunde; diesen Methoden würde das Fundament ebenfalls genommen. So könnten die gesetzgeberischen Vorstellungen von der Vertragsgerechtigkeit, von der Freiheit der Bürger und vom Schutz und der freien Verfügbarkeit des Privateigentums nicht mehr aus den privatrechtlichen Regelungen abgeleitet und bei der (judikativen) weiteren Ausdifferenzierung des Privatrechts zugrunde gelegt werden. Gleiches gilt für die Reichweite der Privatautonomie, der Selbstverantwortung, aber auch für die Elemente der materialen Verantwortungsethik, z. B. den Verbraucherschutz. Ohne die Wertungseinheit kann das notwendig lückenhafte Netz gesetzgeberischer Regelungen nicht unter Heranziehung der Prinzipienstruktur engmaschiger gezogen werden.

Wichtige Instrumente der Auslegung und Fortbildung knüpfen an einem System von Wertungen und Prinzipien an: So haben weder die Instrumente zur Lückenfeststellung und -schließung noch die systematische⁷³ und die teleologische⁷⁴ Auslegung in der bisherigen Form Bestand, wenn die Wertungseinheit des Privatrechts in der integrierten Staatlichkeit aufgegeben wird. Dies verdeutlicht das Beispiel der Analogie:⁷⁵ Sie rechtfertigt sich aus der Ähnlichkeit der Interessen von unregelmäßigem und regelmäßigem Sachverhalt *sowie* aus der Vermutung, dass die der Regelung zugrunde liegende Wertung auch in der übrigen Privatrechtsordnung wegen der grundsätzlichen Wertungseinheit berechtigt ist. Die Begründungslast liegt hier bei jener Seite, die eine Übertragung der Regelungsanordnung auf den weiteren Sachverhalt trotz der Ähnlichkeit der betroffenen Interessenlage ablehnt. Sie kann dieser Begründungslast mit einem Hinweis auf eine erkennbar

72 Vgl. dazu F. Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, 1996, S. 68 f.

73 Zum Zusammenhang zwischen der systematischen Auslegung und der Wertungseinheit vgl. *Canaris* (Fn. 6), S. 91; jüngst *Höpfner* (Fn. 44), S. 11.

74 Vgl. zu deren Zusammenhang mit der Wertungseinheit *Canaris* (Fn. 6), S. 134; *Riesenhuber* (Fn. 51), S. 27 f.

75 Zur Bedeutung des Systems für die Rechtsfortbildung näher *Canaris* (Fn. 6), S. 97 ff.; *Weinberger*, *Norm und Institution*, 1988, S. 96; *Riesenhuber* (Fn. 51), S. 30.

abweichende gesetzgeberische Wertung oder auf abweichende Sachstrukturen genügen. Ohne die Wertungseinheit des Privatrechts mangelt es indes an einem zentralen Begründungselement für den Analogieschluss. Auszugehen wäre dann von der konzeptionellen Begrenztheit der Wertungen im Privatrecht, aufgrund derer die Übertragbarkeit der Rechtsfolge auf den ähnlichen Fall positiv zu begründen ist; die Begründungslast trägt dann jene Seite, die aufgrund der Ähnlichkeit der betroffenen Konstellationen auch die Wertungen übertragen will. Nachdem die Argumente *a maiori, ad minorem* und *e contrario* ebenfalls auf der Wertungseinheit der Rechtsordnung basieren,⁷⁶ können auch sie nach deren Aufgabe keinesfalls unmodifiziert fortgeführt werden.

Des Weiteren wird die Wertungseinheit des Privatrechts bei der *Konkretisierung von Generalklauseln* fruchtbar gemacht:⁷⁷ Aufgrund des fundamentalen Grundsatzes der Gleichbehandlung gleicher Konstellationen muss der Rechtsanwender die Generalklauseln im Rahmen des jeweiligen Rechtssystems konkretisieren. Die tragenden Prinzipien und Wertungen des Privatrechts oder eines Regelungsbereichs sind daher konkretisierungsleitend. Ohne Wertungseinheit mangelt es an diesem leitenden Umfeld und der judikative Spielraum wird erheblich ausgeweitet.

Entscheidend betroffen wird auch die Behandlung des *Zusammentreffens von Rechtsnormen*: Die tradierten Regeln zur Auflösung von Normkonflikten, z. B. die Spezialität, Subsidiarität sowie die *lex-posterior*-Regel basieren auf der Wertungseinheit, sollen sie doch Regelungs- und damit Wertungskonflikte vermeiden. Mit der Aufgabe der Wertungseinheit bricht ein wesentliches Begründungselement dieser Regeln weg.

Ohne Wertungseinheit ist die *Rangordnung von Rechtsgütern und Wertungen* – vorbehaltlich einer umfassenden ausdrücklichen Reihung durch den bzw. die Gesetzgeber – ausgeschlossen. Mit dieser Rangordnung entfällt der wesentliche Bezugspunkt für die Prinzipien der Gerechtigkeit (*iustitia distributiva*) und der Gleichbehandlung. Zugleich würde insoweit die *Reichweite des judikativen Entscheidungsspielraumes* fundamental ausgeweitet, denn die gesetzgeberischen Wertungen und Prinzipien sind ohne eine Wertungseinheit nur auf begrenzte Teilsysteme bezogen. In der Folge wird die Rechtsgewinnung nicht von einheitsstiftenden Leitprinzipien unterschiedlicher Abstraktionshöhe geleitet, sodass für die judikative Rechtsgewinnung, v.a. für das gesetzvertretende Richterrecht, ein breiter Raum verbleibt.

76 Besonders deutlich *Engisch* (Fn. 1), S. 75 f., wonach diese Methoden einen einheitlichen Plan der Rechtsordnung voraussetzen und zugleich die Norminhalte zu einem solchen zusammenfügen.

77 Vgl. dazu nur *Larenz*, Richtiges Recht, 1979, S. 55; *Kramer* (Fn. 67), S. 242 f.; *Larenz* (Fn. 35), S. 223 f.; *Canaris* (Fn. 6), S. 152 f.; zu Generalklauseln allgemein vgl. die Nachweise oben Fn. 67.

2. Die Folgen einer Wertungspluralität im Privatrecht

Sofern das Ideal der Wertungseinheit im Privatrecht in der integrierten Staatlichkeit nicht weiter verfolgt wird, zeitigt dies zunächst rechtstechnische Folgen: Der Verzicht auf dieses Ideal würde den Druck von den Gesetzgebern nehmen, dem Rechtsanwender ein möglichst kohärentes, wertungseinheitliches Privatrecht bereitzustellen. Weder eine Wertungskonsistenz und -konsequenz noch die in sich schlüssige Optimierung von Prinzipien wären dem Gesetzgeber aufgegeben; auch die Berücksichtigung von Grundwertungen als gemeinsamer Ausgangspunkt der Regelungen würde nicht mehr von ihm verlangt.

Regelungstechnisch wäre mit einer Ausweitung von *Regelungsredundanzen* im Privatrecht zu rechnen, denn die Gesetzgeber würden identische Regelungen für einzelne Regelungsbereiche treffen, anstelle eine übergreifende Regelung zu wählen. In Bezug auf konkrete Regelungsprobleme werden *Funktionsäquivalenzen* zu konstatieren sein, wenn zur Erfassung eines konkreten Regelungsproblems funktionsidentische Normen erlassen werden. Hinzu treten *Zieldivergenzen*, wenn die Wertungen in den verschiedenen Regelungsbereichen eigenständig ausdifferenziert werden ohne eine Harmonisierung durch vereinheitlichende übergreifende Prinzipien. Selbstredend sind *Wertungsinterferenzen* wahrscheinlich, weil die Wertungen nicht mehr in ein hierarchisches Wertungsgeflecht eingefügt, sondern auf den jeweiligen Regelungsbereich beschränkt werden.

Die Überschaubarkeit des Privatrechts und die Vorhersehbarkeit der Rechtsgewinnung und -anwendung werden reduziert. Die Möglichkeiten zur Entscheidungsprognose und zur Richtigkeitskontrolle verringern sich; zugleich wird mit der gesteigerten Unübersichtlichkeit der Rechtsordnung die fehlerhafte Normanwendung zunehmen. Diese Folgen führen zu einer ineffizienten Komplexität und Unübersichtlichkeit der Rechtsordnung verbunden mit einer *deutlich größeren Rechtsunsicherheit*. Die Ermittlung des anwendbaren Rechts wird mit erheblich gesteigerten Informationskosten für den Rechtsanwender verbunden sein. Aus diesen Gründen werden die *Rechtsunterworfenen verstärkt auf neue oder abweichende Rechtsquellen* jenseits des positiven Rechts *ausweichen*, v.a. auf Instrumente privater Regelsetzung.

Das *Denken in Struktur- und Ordnungszusammenhängen* wird ein größeres Gewicht erlangen, da nur noch insoweit eine (von der Sachstruktur vorgegebene) Einheit erkennbar sein wird. Dieser Zusammenhang bildet den verbleibenden Rahmen, in den die gesetzgeberische Einzelmaßnahme eingeordnet werden kann. Die Sachstrukturen werden zum ordnenden Bezugsrahmen und mit ihnen die sie prägenden außerpositiven Eigenschaften. Daher wird das *Gewicht außerpositiver Sachstrukturen steigen*.

V. Die normative Grundlage der Wertungseinheit des Privatrechts in der europäischen Integration

Diese Folgen verdeutlichen, dass das Privatrecht in der integrierten Staatlichkeit ohne das Gebot der Wertungseinheit ein anderes ist: Zentrale Instrumente des Methodenkanons brechen in dieser Rechtsordnung weg, die Kompetenzen der Gewalten müssen grundsätzlich neu bestimmt und neue Methoden gefunden werden, da im Privatrecht anderenfalls eine große Rechtsunsicherheit und wohl auch Ungerechtigkeit drohen. Eine vollkommen neue Methodik wäre erforderlich, deren Inhalte und tragende Grundlagen bislang nicht erkennbar sind. Trotz kritischer Stimmen, die eine Aufgabe der Systembildung und der Wertungseinheit als zentralen Methodenkern propagieren, mangelt es an Alternativen. Freilich lässt sich vertreten, dass die Strukturen der integrierten Staatlichkeit von jenen der tradierten mitgliedstaatlichen Rechtsordnung abweichen und daher für diese Strukturen neue Methoden erforderlich sind. Angesichts der aufgezeigten zentralen Bedeutung der Wertungseinheit des Privatrechts und der noch nicht einmal ansatzweise erkennbaren Alternativen ist eine Aufgabe der Wertungseinheit aber zumindest gegenwärtig verfrüht. Zudem ist äußerste Vorsicht angezeigt, wenn derart zentrale Institutionen aufgrund einer geänderten Rechtsordnungsstruktur aufgegeben werden sollen; zuvor ist besonders genau zu prüfen, ob sie wirklich hinfällig werden oder gegebenenfalls auch modifiziert weitergeführt werden können und müssen.

Für einen Verzicht auf diese wesentliche Errungenschaft der mitgliedstaatlichen Rechtswissenschaft besteht jedenfalls insoweit kein zwingender Grund, als weiterhin eine normative Grundlage für sie aufgezeigt werden kann. Für ihre Fortführung spricht darüber hinaus, dass der gemeinsame funktionale Methodenkerne⁷⁸ der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen die systematische Auslegung enthält, die – wie soeben gezeigt – auf der Wertungseinheit aufbaut. Zugleich gewährleistet die Wertungseinheit des Privatrechts dessen Offenheit und Beweglichkeit, damit es seine Ergänzungs- und Grundlagenfunktion in der integrierten Staatlichkeit erfüllen kann.

Auch die EU strebt eine immer engere Gemeinschaft an und hat demgemäß die auch wertungsmäßig zu verstehende Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Privatrechte auf ihre Fahnen geschrieben. Dabei hat sich die EU von Anfang an vor allem als eine Rechtsgemeinschaft verstanden.⁷⁹ Dies ist als Rekurs auf jenes zu verstehen, wofür das mitgliedstaatliche Recht in den Nationalstaaten steht, also gerade auch die Wertungseinheit. So wird nicht

⁷⁸ Zu diesem näher *Herresthal* (Fn. 11), S. 59 f.

⁷⁹ Vgl. dazu das Dokument über die europäische Identität, angenommen von den Außenministern der Europäischen Gemeinschaften am 14. Dezember 1973 in Kopenhagen, Nr. 1, *Europa-Archiv* 2 (1974), D 50 ff.; s.a. *Hallstein*, Die Angleichung des Privat- und Prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, *ZEuP* 1964, 211, 228 ff.

zuletzt in Bezug auf die Vereinheitlichung des Vertragsrechts vielfach hervorgehoben, dass das Vertragsrecht der Mitgliedstaaten einen großen Fundus gemeinsamer grundlegender Gedanken und Wertungen einschließt und auf diesen eine Vereinheitlichung des Vertragsrechts aufbauen könne.⁸⁰ Freilich zeugt die heterogene, weil sektorielle Rechtssetzung im *Gemeinschaftsrecht* noch von erheblichen Defiziten bei der Umsetzung dieses Zieles; mit dem sog. horizontalen Instrument⁸¹ ist aber ein Ansatz zu einer Entwicklung erkennbar, die auch im Gemeinschaftsrecht der Wertungseinheit besser gerecht wird.⁸² Schließlich leiden auch die Herstellung und Sicherung des Binnenmarktes (Art. 3 I lit. c EG) unter einer wertungsheterogenen Rechtsordnung. Denn eine Wertungsheterogenität des Gemeinschaftsrechts oder der mitgliedstaatlichen integrierten Rechtsordnung führt – wie gezeigt – zu Rechtsunsicherheit⁸³ und diese ist der Herstellung und Sicherung des Binnenmarktes mit einem unverfälschten Wettbewerb überaus abträglich.

Freilich wäre es angesichts der oben⁸⁴ genannten Gründe verwunderlich, wenn die Wertungseinheit des Privatrechts in der integrierten Staatlichkeit nicht von einem Erosionsprozess erfasst worden wäre. Sofern sich eine normative Grundlage aufzeigen lässt, wurde nach dem Vorstehenden aber hinreichend deutlich, dass für dieses normative Ideal weiterhin dringender Bedarf besteht, auch wenn sich die Privatrechtsordnung in der integrierten Staatlichkeit von diesem Ideal weiter entfernen wird als eine gegenüber Einwirkungen von außen geschlossene mitgliedstaatliche Rechtsordnung.

1. Unzureichende Begründungsansätze in der integrierten Staatlichkeit

Nimmt man die denkbaren normativen Grundlagen für die Wertungseinheit des Privatrechts in der europäischen Integration in Blick,⁸⁵ so sind vorab strukturell ungeeignete auszuschließen.

a) Der hypothetische Einheitlichkeitswille eines Gesetzgebers bzw. mehrerer Gesetzgeber

Nicht geeignet ist der Rekurs auf einen *hypothetischen Einheitlichkeitswillen des nationalen Gesetzgebers*. Dabei wird darauf abgestellt, dass die gebräuchlichen Rechtsgewinnungsmethoden einen einheitlichen Plan

⁸⁰ Jansen (Fn. 18), S. 28 ff.; Zimmermann, Konturen eines europäischen Vertragsrechts, JZ 1995, 477 ff.

⁸¹ Vgl. dazu den Entwurf für eine Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (Fn. 65).

⁸² Freilich verbinden sich mit der zugrunde liegenden abweichenden Richtlinienkonzeption kompetenzielle Bedenken, die hier nur angemeldet, nicht aber vertieft werden können.

⁸³ Dazu näher oben IV 2.

⁸⁴ Vgl. dazu IV 1.

⁸⁵ Einer solchen bedarf es auch, wenn man wie *Engisch* (Fn. 1), S. 3, 41 ff., die Wertungseinheit als regulative Idee bezeichnet.

voraussetzen, der die Norminhalte zusammenhält.⁸⁶ Dies vermag in der integrierten Staatlichkeit nicht mehr zu überzeugen.

Bereits bei der Annahme einer zeitlichen Kontinuität des Gesetzgebers in der nationalen Rechtsordnung geriet das Konstrukt des gesetzgeberischen Einheitlichkeitswillens an die Grenzen seiner Erklärungsmacht.⁸⁷ Keinesfalls vermag aber der (hypothetische) Einheitlichkeitswille bei einer Pluralität der Normgeber und ihrem Zusammenwirken bei der Ausdifferenzierung des Privatrechts das normative Gebot einer widerspruchsfreien Privatrechtsordnung zu begründen. Denn jeder Gesetzgeber will mit seiner Rechtssetzung der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit als Bestandteile der Rechtsidee entsprechen.⁸⁸ Bei mehreren Gesetzgebern mit nicht überschneidungsfreien Kompetenzen, jeweils eigenständigen Regelungszielen und einer autonomen politisch-lenkenden Gestaltung führt aber gerade dieses mehrfach verfolgte Grundziel zu einer heterogenen Wertungsstruktur des resultierenden Privatrechts, denn der Einheitlichkeitswille bezieht sich nur auf die Normen des jeweiligen Normgebers. Bei mehreren Gesetzgebern muss daher das Ideal der Einheit des Privatrechts in der resultierenden europäischen *Gesamtprivatrechtsordnung* von den Vertretern des (hypothetischen) Einheitlichkeitswillens aufgegeben werden.

Das Bild eines (hypothetischen) „Regelungsplans“ des Privatrechts als Grundlage der Systembildung und der daran anknüpfenden Rechtsgewinnung ist aufzugeben. Weder der (hypothetische) „Regelungsplan“ des nationalen Gesetzgebers noch jener des Gemeinschaftsgesetzgebers noch beide „Pläne“ zusammen kommen als Maßstab für eine konsistente Rechtsgewinnung in Betracht: Die Einzelpläne umfassen jeweils nicht das gesamte innerstaatlich geltende Privatrecht; ein Maßstab aus beiden Regelungsplänen versagt gerade bei Normdivergenzen zwischen nationalem und

⁸⁶ *Engisch* (Fn. 1), S. 75 f.; s.a. *K. Schmidt*, in: ders. (Fn. 2), S. 9, 28; *Riesenhuber* (Fn. 51), S. 9, wonach die Regelungsabsicht des Gesetzgebers regelmäßig fordere, Einheit und Ordnung als Aufgabe zu begreifen; ähnlich *Neuner*, *Privatrecht und Sozialstaat*, 2002, S. 22, wonach die Rechtsfortbildung auch darauf zurückzuführen sei, dass der Wille des Gesetzgebers im Zweifel die normativ vergleichbaren Konstellationen mitumfasse; ähnlich jüngst auch wieder *Höpfner* (Fn. 44), S. 53 f., 60 f. (Regelungsabsichten der Gesetzgebung umfassen Konformität mit ranghöherem Recht, sodass der nationale Gesetzgeber das innerstaatliche Recht an den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts ausrichte).

⁸⁷ Vgl. *Pawłowski*, *Einführung in die Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl. 2000, Rn. 194 f. mit dem Versuch, das System von Wertungen als konsistente Zusammenfassung gesetzgeberischer Zwecke zu verstehen, indem alle Gesetze dem heutigen Gesetzgeber zugerechnet werden, woraus eine „gewisse Einheit und Geschlossenheit“ resultiere; die Vorstellung eines einheitlichen Gesetzgebers ist heute nicht mehr tragfähig (a. a. O., Rn. 174); krit. auch *Ballerstedt*, *Über Rechtsdogmatik*, FS Flume, 1978, S. 257, 278; jüngst *R. Schmidt*, *Widerspruchsfreiheit als rechtlicher Maßstab*, FS Canaris, II, 2007, S. 1353.

⁸⁸ Vgl. *F. Bydliński* (Fn. 35), S. 410 f.; zum Postulat für jeden Gesetzgeber, folgerichtig zu verfahren, auch *Engisch* (Fn. 1), S. 68 und *Canaris* (Fn. 6), S. 16, 18.

Gemeinschaftsprivatrecht. Ein hypothetischer Gesamtplan des mitgliedstaatlichen Privatrechts vermag nicht zu überzeugen, weil in der aktuellen Staatsstruktur keine Legislativgewalt eine derart umfassende Regelungsmacht besitzt.

b) Die Widerspruchsfreiheit der nationalen Rechtsordnung (Art. 3 I GG)

Ungeeignet ist weiterhin die Ableitung der Widerspruchsfreiheit des Privatrechts in der integrierten Rechtsordnung aus einem *Verfassungspostulat*, z. B. aus Art. 3 I GG.⁸⁹ Freilich gebietet die mitgliedstaatliche Verfassung, dass sich eine Norm widerspruchsfrei in die Rechtsordnung einfügt, sofern keine verfassungsrechtlich anerkannten Gründe für einen Systembruch bestehen.⁹⁰ Wertungswidersprüche verletzen daher zumeist den Gleichbehandlungsgrundsatz, weil der Gesetzgeber gleich Erachtetes grundlos verschieden bzw. von ihm selbst als verschieden Erachtetes nicht entsprechend dieser Verschiedenheit behandelt hat.⁹¹ Dieses Postulat kann aber wegen der geänderten Verfassungsstruktur die Einheit des Privatrechts nicht mehr tragen, denn die Norm des *mitgliedstaatlichen* Verfassungsrechts bindet schon nicht den Gemeinschaftsgesetzgeber. Zudem muss die Bindung des einfachen Gesetzgebers durch das Verfassungspostulat der Systemgerechtigkeit mit der Öffnung der Rechtsordnung für gemeinschaftsrechtliche Einwirkungen durch den verfassungsändernden Gesetzgeber ausgeglichen werden. Durch diese Öffnung sind Norm- und Wertungswidersprüche in erhöhtem Maße die Folge und daher in begrenztem Umfang verfassungsrechtlich hinzunehmen. Dogmatische Basis hierfür bildet der konkretisierende Ausgleich („praktische Konkordanz“) des Art. 3 I GG mit dem neuen, in Art. 23 I GG verankerten Strukturprinzip integrierter

⁸⁹ Vgl. z. B. *Rüthers* (Fn. 67), Rn. 145, 147, mit der Kennzeichnung der harmonisierenden Auslegung im Lichte der Verfassung als Grundlage eines einheitlichen Konzepts; wohl auch *Höpfner* (Fn. 44), S. 52; allg. zur Systemgerechtigkeit als Verfassungspostulat *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976; *Müller*, Die Einheit der Verfassung, 1979; *Battis*, Systemgerechtigkeit, FS Ipsen 1977, S. 11; s.a. *Kramer* (Fn. 67), S. 212 f., abstellend auf Art. 8 der schweizerischen BV; zur Aktivierung des Art. 3 I GG als Methodennorm auch *Michael*, Der allgemeine Gleichheitssatz als Methodennorm, S. 39 ff., 223 ff.; ablehnend u. a. *Hanebeck*, Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber, Der Staat 41 (2002), 429.

⁹⁰ Vgl. BVerfGE 34, 103, 115; 45, 363, 375; 59, 36, 49; 60, 16, 43; abweichend nun BVerfGE 85, 238, 247; 76, 130, 140; *Degenhart* (Fn. 89), S. 49 ff., 79 ff.; *Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, I, 5. Aufl. 2005, Art. 3 Rn. 44 ff.; *Badura*, Staatsrecht, 3. Aufl. 2003, F Rn. 14; *Bleckmann*, Die Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes, 1995, S. 97 f.; differenzierend *Stern*, Staatsrecht, I, 2. Aufl. 1984, S. 837 f.; krit. u. a. *Dreier/Heun*, GG, I, 2. Aufl. 2004, Art. 3 Rn. 34; *Peine*, Systemgerechtigkeit, 1985, S. 180 ff.

⁹¹ Vgl. schon *Engisch* (Fn. 1), S. 62 ff.

Staatlichkeit.⁹² Sofern daher Wertungs- und Normwidersprüche in gesteigertem Umfang dem Privatrecht der integrierten Rechtsordnung strukturimmanent sind, kann jenseits dieser Schranke aus einem Postulat der nationalen Verfassung keine normative Grundlage für die darüber hinausgehende Wertungseinheit gewonnen werden.

Entsprechendes gilt *mutatis mutandis* für eine Verankerung im Rechtsstaatsgebot des europäischen Primärrechts. Auch dieses muss vor dem Hintergrund der Heterogenität der resultierenden integrierten Rechtsordnung sowie der strukturimmanenten Pluralität der Normgeber ausgelegt werden und bindet zudem die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber nicht umfassend.

c) Die Einheit der Rechtsordnung

Das Gebot wertungswiderspruchsfreier Norminhalte im Privatrecht lässt sich ebenso wenig aus der *Einheit der Rechtsordnung* als solcher ableiten.⁹³ Diese ist zunächst nur ein funktionales Postulat; ihre materielle Grundlage wird sodann aus der mitgliedstaatlichen Verfassung abgeleitet, wenn sie als Konsequenz der Bindung aller staatlichen Gewalt an die Verfassung bezeichnet wird (Art. 1 III, 20 III GG).⁹⁴ Auch insoweit verfängt aber der Einwand der geänderten Verfassungsstruktur aufgrund des Strukturprinzips integrierter Staatlichkeit.⁹⁵ Zwar liefert die mitgliedstaatliche Verfassung weiterhin eine normative Grundlage für ein Gebot der Einheitlichkeit des vom *nationalen* Gesetzgeber autonom gesetzten Privatrechts. Sie erfasst aber nicht das einwirkende Gemeinschaftsrecht, sodass etwaige Wertungswidersprüche zwischen autonom-nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht durch den Ausgleich des verfassungsrechtlichen Homogenitätsgebots mit der gleichrangigen Option für die Integration normativ hinzunehmen wären.⁹⁶

92 Gleiches gilt, wird der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Element des Rechtsstaatsprinzips (vgl. BVerfGE 98, 83, 97; 98, 106, 118f.) herangezogen, sofern er nicht (unzutreffend) vollumfänglich in dessen Kernbereich (Art. 79 III GG) verortet wird.

93 So aber für die europarechtskonforme Rechtsfortbildung *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft, 1999, S. 413; BGHZ 138, 55, 64; allg. zur Einheit der Rechtsordnung, freilich ohne Berücksichtigung der europäischen Integration *Felix* (Fn. 2), S. 168–187, dort S. 13, 150–152 zur Begründung der Ausblendung des Gemeinschaftsrechts; krit. auch *F. M. Müller*, Die Einheit der Verfassung, 1979, S. 106 ff.

94 So *Felix* (Fn. 2), S. 177 ff.

95 Vgl. oben V 1 b.

96 Vielfach wird die „Einheit der Rechtsordnung“ ohne Rückgriff auf das positive Verfassungsrecht postuliert und ihre materielle Grundlage offen gelassen, vgl. die Analyse bei *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. 2008, S. 451 f.; s.a. *Engisch* (Fn. 1), S. 209 ff. Auch *Schilling*, Art. 24 Absatz 1 des Grundgesetzes, Artikel 177 des EWG-Vertrages und die Einheit der Rechtsordnung, Der Staat 29 (1990), 161, 171 f., bezieht die Einheit auf das nationale Recht und das Gemeinschaftsrecht, ohne die materielle Grundlage näher zu bestimmen.

d) Der Stufenbau der Rechtsordnung

Entsprechenden Einwänden ist auch die Überlegung ausgesetzt, aus dem *Stufenbau der Rechtsordnung*⁹⁷ folge, dass es im positiven Recht keine sich inhaltlich widersprechenden Normen geben dürfe.⁹⁸ Normtheoretisch geht diese Ansicht von einem Geltungsbefehl in der Verfassung oder einer Grundnorm aus.⁹⁹ In der integrierten Staatlichkeit besteht indes die Besonderheit, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber die höchstrangige Einwirkung von Normen des Gemeinschaftsrechts in die Rechtsordnung zulässt. Zudem weicht diese Struktur vom „klassischen“ Stufenbau einer Rechtsordnung ab, denn sie ist nicht nach Abstraktionsebenen abgestuft. Die Normschichten entwickeln sich also nicht mit zunehmender Konkretisierung und Individualisierung aus einer höchsten Norm.¹⁰⁰ Höherrangige Normen weisen in der integrierten Staatlichkeit gerade nicht stets eine größere Abstraktionshöhe auf, sondern sie können wesentlich konkreter sein als Normen niedrigeren Ranges. So gehen z. B. Richtlinien als höherrangige, gleichwohl aber konkretere Normen abstrakteren mitgliedstaatlichen Normen, z. B. dem Grundgesetz, prinzipiell vor. Zu dieser strukturellen Besonderheit treten die aufgezeigten eigenständigen Normstrukturen i. S. v. Rechts(setzungs)pfllichten sowie zielorientierten Kompetenzen hinzu.¹⁰¹ Der Stufenbau der Rechtsordnung kann zwar modifiziert als gültiges und sinnvolles Konzept aufrechterhalten werden,¹⁰² ein normatives Gebot möglichst weitreichender Widerspruchsfreiheit ist ihm in der integrierten Privatrechtsordnung aber nicht zu entnehmen.

2. Die Ableitung der Einheit und Folgerichtigkeit aus der Rechtsidee

a) Die normative Grundlage in der Rechtsidee

Die normative Grundlage des Gebots der Widerspruchsfreiheit des Privatrechts muss nach dem Vorstehenden außerhalb des positiven Rechts der tradierten Rechtsordnungsstruktur und unabhängig von *einem konkreten* Gesetzgeber verankert werden, um auch eine Rechtsordnung mit pluralen Normgebern, einer besonderen und vielfältigen Normenstruktur und nicht überschneidungsfreien Kompetenzzuweisungen zu erfassen.¹⁰³

97 Vgl. dazu die Nachweise oben Fn. 55.

98 So *Röhl/Röhl* (Fn. 96), S. 451, 153 ff.; ablehnend *Hanebeck*, *Der Staat* 41 (2002), 429 ff.

99 Vgl. dazu die Nachweise in Fn. 55.

100 Diese Besonderheiten übersieht *Felix* (Fn. 2), S. 178, nach der die Bindung an die Verfassung über den Stufenbau der Rechtsordnung materielle Grundlage der Einheit der Rechtsordnung wird (zur Ausblendung des Gemeinschaftsrechts vgl. a. a. O., S. 150–152).

101 Vgl. oben III 1.

102 Vgl. oben bei und in Fn. 54 ff.

103 Vgl. schon *Burckhardt*, *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*, 1925, S. 89, wonach die Forderung nach der Widerspruchslöslichkeit über dem gesetzten Recht und dem

Diese Grundlage ist die Rechtsidee, präziser die Einheit und Folgerichtigkeit als grundlegende rechtsethische Forderungen und Ableitungen aus der Rechtsidee.¹⁰⁴

Die Rechtsidee kennzeichnet die Struktur des Gegenstandes „Recht“, also das Wesen des Rechts, den Inbegriff der obersten Rechtswerte.¹⁰⁵ Die Rechtsidee ist daher zugleich der letzte Grund der Normativität des Rechts, sie ist der innere Bezugspunkt, auf den alles Recht ausgerichtet ist: Ihr ist der Grundsinn oder Endzweck allen Rechts zu entnehmen, der zugleich den letzten Rechtfertigungsgrund für den normativen Anspruch des Rechts enthält,¹⁰⁶ den Sinngrund des Rechts als ein Gesolltes. Recht ist demnach jene „Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswert, der Rechtsidee, zu dienen“.¹⁰⁷ Auch wenn nur über einen Mindestinhalt der Rechtsidee Kon-

Gesetzgeber steht. Die gesuchte normative Grundlage ist eine Konkretisierung des allgemeinen Postulats der systematischen Einheit der Verstandeserkenntnisse, vgl. *Kant*, Kritik der reinen Vernunft, 1781, Neudruck 1956, S. 650f., nach dem die systematische Einheit der Verstandeserkenntnisse zugleich zu postulieren und vorauszusetzen ist.

104 Vgl. hierzu und zum Folgenden *Canaris* (Fn. 6), S. 16ff.; ihm folgend u. a. *Degenhart* (Fn. 89), S. 3, 36; s.a. *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 105f., 122; *Riesenhuber* (Fn. 51), S. 6f.; *Coing*, Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft, 1956, S. 29; *F. Bydliński* (Fn. 35), S. 457; ähnlich *Jansen*, ZEuP 2005, 750, 775, sowie *ders.*, Die Struktur der Gerechtigkeit, 1998, S. 300ff., wonach das Postulat konsistenter Wertungen auf dem elementaren Gerechtigkeitsgedanken formaler Gleichheit beruht und die Voraussetzung für die Verständlichkeit und Vorhersehbarkeit der Gesamtheit von Normen bildet; *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, S. 48, 207; in der Tendenz auch *Engisch* (Fn. 1), S. 76, nach dem der „ideale Gesetzgeber“ Gleiches gleich und wesentlich Verschiedenes verschieden behandelt. Der ideale Gesetzgeber setzt aber ideales Recht, sodass auch diese Ansicht dem Rückgriff auf die Rechtsidee sehr nahe kommt; für die Schweiz vgl. *Imboden*, Bundesrecht bricht kantonales Recht, 1940, S. 7f. (Widerspruchslosigkeit gehört zum Wesen des Rechts); ohne überzeugende Gegenargumente *Höpfner* (Fn. 44), S. 39f., der die Rechtsidee als „scheinrationale Leerformel“ kritisiert und dabei den entscheidenden Unterschied zwischen dem funktionalen Verständnis der Rechtsidee, das vorliegend zugrunde gelegt wird, sowie einem materialen Verständnis vollständig verkennt; Letzteres kann zur Ausschaltung des positiven Rechts missbraucht werden und wurde so auch missbraucht.

105 So die Kennzeichnung von *Canaris* (Fn. 6), S. 18; zur bisweilen unterschätzten Bedeutung der Rechtsidee *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2006, S. 357 (Gedanke des Rechts ist allgegenwärtig).

106 So mit Unterschieden im Detail *Larenz* (Fn. 77), S. 29; mit der Terminologie der Rechtsidee auch *Canaris* (Fn. 6), S. 16ff.; *Engisch* (Fn. 1), S. 186ff.; *Kaufmann/Hassemer/Neumann*, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Aufl. 2004, S. 284ff.; mit einer Akzentverschiebung zum Wirklichen *Binder*, Zur Lehre vom Rechtsbegriff, 1929, Logos 18, 1, 32, wonach die Rechtsidee die Bedingung oder der Inbegriff der Bedingungen der Wirklichkeit des Rechts sei; *F. Bydliński* (Fn. 35), S. 294–299, 317ff., integriert sie in seinen wertbezogenen Rechtsbegriff.

107 *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105, 119ff.

sens hergestellt werden kann,¹⁰⁸ so haben sich mit der *Gerechtigkeit*¹⁰⁹ und dem *Rechtsfrieden* doch zwei weitgehend anerkannte Hauptaspekte herauskristallisiert. Bisweilen wird an die Stelle des Rechtsfriedens die *Zweckmäßigkeit* gesetzt¹¹⁰ oder neben der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit die *Rechtssicherheit* als gleichwertiges Element der Rechtsidee identifiziert.¹¹¹

Der *Rechtsfriede* meint eine den Frieden garantierende Ordnung, also jenen Frieden, den das Recht hervorbringen und gewährleisten soll.¹¹² Er schließt die Rechtssicherheit i. e. S. ein, also auch die Möglichkeit, auf die gleichmäßige Anwendung der Rechtsregeln vertrauen zu können. Das Gerechtigkeitsziel¹¹³ umfasst die Elemente des Gleichheitssatzes (einschließlich der wertungsmäßigen Folgerichtigkeit) sowie die Angemessenheit. Das Ziel einer gerechten Regelung ist der Regelbildung immanent, wobei die Verpflichtung der Rechtssetzung und -gewinnung auf die realisierbare Gerechtigkeit lautet, d. h. das hier und jetzt mögliche und erkennbar relativ Gerechte;¹¹⁴ die absolute Gerechtigkeit steht als regulative Idee dahinter.

Die Gerechtigkeit ist somit Bestandteil der Rechtsidee und mit ihr der Gleichheitssatz, aus Letzterem folgt das Gebot der wertungsmäßigen Folgerichtigkeit.¹¹⁵ Eine widersprüchliche Rechtsordnung verletzt folglich das Gebot der Gerechtigkeit, einen einheitlichen, widerspruchsfreien Maßstab anzuwenden.¹¹⁶ Ohne dieses Gebot kann das Recht seine Ordnungsfunk-

108 So zutreffend *Larenz* (Fn. 77), S. 30.

109 Vgl. zu beidem *Larenz* (Fn. 77), S. 33 f., 41; *L. Raiser*, FS von Gierke, 1950, S. 181, 189, 194 ff., nennt u. a. die Verwirklichung von Gerechtigkeit, wenngleich sein Verständnisansatz, der die Werte des Personseins einbezieht (a. a. O., S. 186, 194 f.), durchaus für weitere, oben genannte Inhalte der Rechtsidee offen ist (vgl. auch a. a. O., S. 195 zur Einbeziehung der Vorhersehbarkeit); die Ordnungsfunktion des Rechts für das Zusammenleben betont *ders.*, FS 100 Jahre DJT, 1960, S. 101, 104; s.a. *Habersack*, Richtigkeitsgewähr notariell beurkundeter Verträge, AcP 189 (1989), 403, 409 (Gerechtigkeit als Ziel einer jeden rechtlichen Regelung).

110 So *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 2003, § 9; krit. *Larenz* (Fn. 77), S. 33, da dies kein Endzweck des Rechts sei, sondern nur die Bezogenheit des Rechts auf irgendeinen Zweck kennzeichne.

111 *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105, 142, 164 f., 177; so auch *F. Bydlinski* (Fn. 35), S. 317 ff., bei der Integration der Rechtsidee in seinen wertbezogenen Rechtsbegriff.

112 *Larenz* (Fn. 77), S. 36: „Richtiges Recht‘ ist, so gesehen, auf dem Wege zum Rechtsfrieden“; *Canaris* (Fn. 6), S. 16 f., stellt auf den Teilaspekt der Rechtssicherheit ab.

113 Dazu ausf. *Larenz* (Fn. 77), S. 37 ff.; s.a. *Canaris* (Fn. 6), S. 17 f.

114 Zu verschiedenen Gerechtigkeitskonzeptionen vgl. nur *Larenz* (Fn. 77), S. 38 ff.

115 S. a. *F. Bydlinski* (Fn. 35), S. 72 f. (fundamentales Prinzip des Gerechtigkeitsgleichmaßes spricht für die Einheit des Privatrechts, freilich ohne Bezug auf die europäische Integration).

116 *Coing*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1993, S. 165; i. E. auch *Perelman*, Über die Gerechtigkeit, 1967, S. 53 ff.

tion nicht erfüllen. Auch der Rechtssicherheit, v.a. ihren Aspekten der Vorhersehbarkeit und Kontinuität, entspricht ein systematisches Rechtsverständnis.

Der Systemgedanke als Wertungskürzel für ein solches Verständnis des Rechts wurzelt damit in der Rechtsidee und ist „jedem positiven Recht immanent, weil und sofern dieses deren Konkretisierung (...) darstellt“.¹¹⁷ Dies gilt auch, wenn das positive (Privat-)Recht einer konkreten Rechtsordnung die Einheit und Folgerichtigkeit nur unvollständig verwirklicht¹¹⁸ bzw. aufgrund der Struktur der Rechtsordnung verwirklichen kann.

Diese normative Herleitung erfüllt die oben herausgearbeiteten Anforderungen: Sie knüpft nicht an den (hypothetischen) Willen *eines* konkreten Gesetzgebers an. Sie verpflichtet vielmehr die pluralen Normgeber auf das System, sodass sie auch das Zusammenwirken mehrerer Normgeber in einer Rechtsordnung erfassen kann. Sie ist dem positiven Recht vorgelagert und kann daher auch die besonderen Strukturen des positiven Privatrechts in der integrierten Staatlichkeit erfassen, u. a. die Besonderheit, dass hochrangige Normen großen Detailreichtums in der Rechtsordnung gelten. Schließlich vermag sie auch der strukturbedingten Tendenz der integrierten Staatlichkeit zur Wertungswidersprüchlichkeit normativ gegenzusteuern, ohne dass der normative Anspruch durch die Struktur der Rechtsordnung grundsätzlich in Frage gestellt wird. In der integrierten Rechtsordnung ist der Systemgedanke daher weiterhin gültig.¹¹⁹

b) Der Bezugsrahmen für die Systembildung

Zu präzisieren bleibt vorliegend der *Bezugsrahmen* für diese normative Grundlage der Wertungseinheit. Denn mit der Feststellung, dass dem positiven Privatrecht weiterhin die Einheit und Folgerichtigkeit als normatives Postulat von der Rechtsidee vorgegeben ist, steht noch nicht der Rahmen fest, in dem dieses Postulat umzusetzen ist. Während bislang aufgrund der „geschlossenen“ mitgliedstaatlichen Verfassungsordnung, ihrer strengen Normenhierarchie und der Hierarchisierung der Normgeber die „nationale

117 *Canaris* (Fn. 6), S. 18.

118 Vgl. deutlich *Larenz*, FS Nikisch, 1958, S. 275, 304 f.; hieraus rechtfertigt sich letztlich auch die „Arbeitshypothese der Methodenlehre“ (*Larenz/Canaris* (Fn. 67), S. 65), dass dem Rechtsstoff eine innere Ordnung innewohnt; s.a. *Kischel*, Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 124 (1999), 174, 179, 193; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 10. Aufl. 2006, S. 43, mit der Forderung nach einer Widerspruchsfreiheit des Rechts um der Rechtssicherheit Willen und um Zielkonflikte zu einem schonenden Ausgleich zu bringen; s.a. zum Postulat der Systemeinheit als Grundlage der Verfassungsinterpretation *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, 2002, S. 59 f.

119 Unzutreffend *Joerges*, Europäisierung als Prozess: Überlegungen zur Vergemeinschaftung des Privatrechts, FS Heldrich, 2005, S. 205, 212 f., nachdem „das Recht“ kein System im „europäischen Mehrebenensystem“ einrichten könne; vielmehr besteht der normative Systemanspruch mit dem Recht als solchem.

Rechtsordnung“ als Rahmen des Gebotes zur Wertungs- und Regelkonsistenz erschien,¹²⁰ ist diese Anknüpfung in der integrierten Staatlichkeit begründungsbedürftig geworden. Aufgrund der Öffnung der nationalen Rechtsordnung für höchstrangige Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts und der mittelbaren Verklammerung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen durch das Gemeinschaftsrecht ist das Abstellen auf die „*integrierte nationale Rechtsordnung*“ argumentativ gegenüber den beiden Alternativen, der Gemeinschaftsrechtsordnung *einschließlich* der nationalen Rechtsordnung als Teilsystem oder „das“ europäische Privatrecht, verstanden als Gesamtsystem des Gemeinschaftsrechts mit allen nationalen, gemeinschaftsrechtlich beeinflussten Rechtsordnungen, abzusichern. Bei beiden Alternativen würde das Maß der normativ hinzunehmenden Wertungswidersprüche deutlich ausgedehnt werden.

Die Anknüpfung des Systemgedankens an die *nationale integrierte Rechtsordnung einschließlich der Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts* – sowie daneben eigenständig auch an das Gemeinschaftsrecht – ist angesichts der Struktur der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung (noch) sachgerecht. Die europäische Integration hat bislang keine Höhe erreicht, die ein Verständnis der nationalen Rechtsordnung als bloßes Teilsystem des Gemeinschaftsrechts rechtfertigt. Das nationale System bildet weiterhin ein eigenständiges, wenn auch sehr eng verbundenes und stark beeinflusstes System; eine vertikale oder horizontale Verschmelzung ist noch nicht erfolgt. Seinem eigenen Telos nach beschränkt das Gemeinschaftsrecht seine Einwirkungen in die nationale Rechtsordnung bislang auf eine Modifikation durch punktuelle Vorgaben. Das Gemeinschaftsrecht ist keine umfassend ausdifferenzierte Rechtsordnung, kein umfassendes System; es kann und soll noch nicht alle Regelungsaufgaben der ausdifferenzierten nationalen Rechtsordnung übernehmen.¹²¹ Zudem ist auch die Kompetenz-Kompetenz beim nationalen verfassungsändernden Gesetzgeber verblieben, sodass das nationale System den Umfang der Einwirkungen selbst steuert und kein heteronomes Subsystem bildet. Diesem Verständnis entspricht auch die positiv-rechtliche Ausgestaltung, denn nur die Folgerichtigkeit und Einheit des Gemeinschaftsrechts wird durch die Zuweisung der Kom-

120 Vgl. u. a. die Anknüpfung bei *Canaris* (Fn. 6), S. 40 ff.; *Kramer* (Fn. 67), S. 90 f.; *Raisch*, Juristische Methoden, 1995, S. 148 (Leitbild positiver Konkretisierung von Gerechtigkeit, aber Idealvorstellung); *Engisch* (Fn. 44), S. 177 ff.; *Zippelius* (Fn. 118), S. 50, 52 ff.; zur Forderung der logischen Widerspruchsfreiheit und Übereinstimmung der Wertungen in der Gesamtrechtsordnung auch *Larenz* (Fn. 35), S. 334 f., s. a. S. 377; *Rüthers* (Fn. 67), Rn. 140, 142, der die Widerspruchsfreiheit als systematischen Grundsatz der Rechtsordnung betont und sie als zusammenhängende Sinn- und Wertungseinheit kennzeichnet.

121 Gleichwohl unterliegt es nach dem oben Gesagten als positives Recht unmittelbar dem Postulat der Einheit und Folgerichtigkeit, vgl. dazu auch *Riesenhuber* (Fn. 51), S. 52 ff.; *Tröger*, ZEuP 2003, 525 ff.

petenz (letz-)verbindlicher Auslegung und Fortbildung an den EuGH gem. Art. 234, 220 EG gesichert.¹²²

Schließlich korrespondiert hiermit, dass das nationale integrierte Privatrecht gegenwärtig noch *primärer* Gegenstand der Vorhersehbarkeits- und Kontinuitätserwartung der nationalen Rechtsunterworfenen ist. Rechtstat-sächlich wurde die an den nationalen Gesetzgeber (und die nationale Judi-kative) gerichtete Erwartung, dass die Rechtsgewinnung in ausreichendem Umfang vorhersehbar ist, nicht durch eine entsprechende Erwartung in Bezug auf das „Gemeinschaftssystem einschließlich der mitgliedstaatlichen Systeme“ ersetzt. Vielmehr wird umgekehrt die national verankerte Erwartung durch die Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts erschüttert.

3. Zwischenergebnis

Der Anspruch der Einheit und Folgerichtigkeit erfasst demnach beide Sys-teme eigenständig und damit (weiterhin) auch das nationale integrierte Pri-vatrecht. Es besteht in der integrierten Staatlichkeit das Postulat einer konsistenten Werte- und Prinzipienordnung über die jeweilige Teilkonsistenz der nationalen und der europäisch verankerten Normen hinaus.¹²³ Normative Grundlage bildet die Rechtsidee, aus der die rechtsethische Forderung nach der Einheit und Folgerichtigkeit des positiven Privatrechts in der inte-grierten Rechtsordnung abgeleitet werden kann. Bezugsrahmen für die Fol-gerichtigkeit und damit für die Feststellung eines Regelungsdefizits ist die *nationale Gesamtrechtsordnung* einschließlich der gemeinschaftsrecht-lichen Einwirkungen und der ihnen zugrunde liegenden Prinzipien, soweit diese in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung normativ gelten. Der Maß-stab für die Widerspruchsfreiheit und für die zu erreichende Wertungskon-sistenz der Rechtsordnung als Grundlage der Systembildung bleibt aber nicht vollkommen unverändert, denn die Öffnung der nationalen Rechts-ordnung für Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts führt zu einer hetero-generen Struktur der Rechtsordnung, die auch auf die Kohärenz¹²⁴ des Sys-tems ausstrahlt, in dem strukturbedingt verstärkt Wertungswidersprüche drohen. Die Rechtsgewinnung muss daher in der integrierten Staatlichkeit

122 Vgl. dazu Streinz/*Ehricke*, EUV/EGV, Art. 234 EGV Rn. 4; zur Bedeutung der einheitlichen Auslegung für den Gemeinsamen Markt s.a. EuGH v. 15. 7. 1964, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1141, 1270; zur umstrittenen Reichweite der Bindungswirkung von Vorabentscheidungen des EuGH vgl. nur Streinz/*Ehricke* (a. a. O.), Art. 234 Rn. 64; *Wegener*, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2006, Art. 234 EGV Rn. 33 f.

123 So i. E. auch, wenngleich mit unterschiedlichen Begründungen *Höpfner* (Fn. 44), S. 62; *Sodan*, Das Prinzip der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, JZ 1999, 864, 870; *Riesenhuber* (Fn. 51), S. 52 f.; i. E. auch *Tröger*, ZEuP 2003, 525, 526 f., aber ohne normative Grund-lage (Gebot der Einheitlichkeit und Widerspruchsfreiheit als methodische Verpflichtung).

124 Ausführlich zum Kohärenzbegriff auch *Bracker*, Kohärenz und juristische Interpretation, 2000, S. 166, 219 ff.

die innere Einheit und Folgerichtigkeit normativ zugrunde legen und an diesem Maßstab die Ergänzungsbedürftigkeit des positiven, national geltenden Rechts ermitteln.¹²⁵

VI. Die Folgerungen aus der Sach- und Regelungsstruktur des Privatrechts in der integrierten Staatlichkeit für das Postulat der Wertungseinheit des Privatrechts

1. Die Bedeutung der Sachstrukturen und der Ordnungsstruktur

Die Wertungseinheit des Privatrechts hat nach dem Vorstehenden eine fundamentale Bedeutung für zentrale Instrumente der Rechtsgewinnung; zudem besteht auch in der integrierten Staatlichkeit eine normative Grundlage, aus der die Wertungseinheit abgeleitet werden kann. Allerdings werden die Sachstrukturen und die Ordnungsstrukturen im Zuge der Harmonisierung des Privatrechts für die Rechtssetzung und Rechtsgewinnung bedeutsamer.

Die Bedeutungssteigerung der *Sachstruktur des Regelungsbereichs* folgt aus der wesentlich detailreicheren legislativen Ausdifferenzierung punktueller Regelungsbereiche im Zuge der europäischen Integration. Durch die enge Rückbindung der Normen an die Besonderheiten der Sachstruktur des Regelungsbereichs erhalten die Sachadäquanz und Zweckmäßigkeit der Regelungen ein besonderes Gewicht. In der Folge wächst das Spannungsverhältnis zwischen den Regelungen des allgemeinen Privatrechts und präzise ausdifferenzierter Teilbereiche, denn die Interaktionsfläche zwischen wertungsverschiedenen Rechtsmassen wird deutlich ausgeweitet. Hiermit verbindet sich ein gesteigerter Bedarf für (auch ungeschriebene) Regelungen, die eine flexible Einbindung der Teilgebiete in das allgemeine Privatrecht erlauben.¹²⁶ Auf diese Instrumente der Flexibilisierung muss die Rechtssetzung sowohl im Gemeinschaftsrecht wie auch im nationalen Recht verstärkt zurückgreifen.

Darüber hinaus sind Wertungswidersprüche zwischen Teilbereichen und dem allgemeinen Privatrecht aufgrund der besonderen Regelungsstruktur in der integrierten Staatlichkeit *vorübergehend* in ausgeweitetem Umfang

125 Ähnlich bereits im nationalen Bezugsrahmen *Zippelius* (Fn. 118), S. 43 f.; BVerfGE 34, 269, 286 f.; die Bedeutung der einheitlichen Auslegung eines europäisch gemeinsamen Privatrechts betonen *Kieninger*, 100 Jahre BGB – Zeit für ein Europäisches Zivilgesetzbuch?, *JbZivRWiss* 1996, 1997, S. 245, 257; *Basedow*, Der Raum des Rechts – ohne Justiz, *ZEuP* 2001, 437, 439.

126 Paradigmatisch sind die § 310 I, IV BGB, wonach bei der Anwendung der Klauselkontrolle auf Arbeitsverträge die „im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“ sind bzw. auf „die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche [...] angemessen Rücksicht zu nehmen [ist]“.

hinzunehmen. Grund sind die im Zuge der Integration zu unterscheidenden Entwicklungsstadien: So kann eine gesteigerte wertungsmäßige Eigenständigkeit eines Regelungsbereichs im Stadium der ersten gemeinschaftsweiten Regelung notwendig sein, um die hinreichende Ausbildung eigener (gemeinschaftsweiter) Wertungen für diesen Bereich zu ermöglichen und um die legislative Umsetzung einer „besseren“ Erkenntnis der Sach- und Wertungsstruktur durch „moderne“ Lösungen zu erlauben. Sobald die besonderen gemeinschaftsrechtlichen Wertungen und Strukturkonstanten für einen Teilbereich hinreichend entfaltet und konsolidiert wurden, um sich gegenüber den allgemeinen Prinzipien des Privatrechts behaupten zu können, ist der Teilbereich wieder an das allgemeine Privatrecht (auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts und des mitgliedstaatlichen Rechts) anzunähern. Dabei sind etwaige Wertungsdivergenzen daraufhin zu untersuchen, ob und inwieweit sie einer besonderen Sachstruktur notwendig geschuldet sind. Mit anderen Worten ist zu prüfen, ob den Prinzipien des allgemeinen Privatrechts soweit möglich und geboten zur Durchsetzung verholfen wurde, um dem Ziel der Wertungseinheit möglichst weitgehend Rechnung zu tragen.

Die *Ordnungsstruktur* in der integrierten Staatlichkeit wird durch die Pluralität der Normgeber geprägt.¹²⁷ Dabei besteht für die jeweiligen Gesetzgeber, also die Gemeinschaftsgesetzgeber und die mitgliedstaatlichen Normgeber, durch die oben genannte normative Grundlage das Gebot zur Wertungseinheit; jeder Gesetzgeber muss sich also um eine Wertungskonstanz und -konsequenz der von ihm verantworteten Normen bemühen.

Des Weiteren müssen die Gesetzgeber als Besonderheit der integrierten Staatlichkeit bei ihrer Regelsetzung auch die Prinzipien und Wertungen der nicht von ihnen erlassenen Normen in die Betrachtung einbeziehen. Für den *mitgliedstaatlichen Gesetzgeber* folgt dies in Bezug auf das innerstaatlich geltende Gemeinschaftsrecht schon daraus, dass das in die nationale Rechtsordnung einwirkende Gemeinschaftsrecht, also v.a. das Sekundärrecht, aber auch unmittelbar anwendbare Primärrecht, Bestandteil der nationalen Rechtsordnung ist.¹²⁸ Zudem ist das Gemeinschaftsrecht qua Normenhierarchie vorrangig, so dass dessen Wertungen nicht zur Disposition des nationalen Gesetzgebers stehen.¹²⁹ Auch der *Gemeinschaftsgesetzgeber* muss, dies wird bislang noch zu wenig beachtet, die mitgliedstaatlichen Wertungen bei seiner Normsetzung berücksichtigen und sich um eine wertungseinheitliche Lösung bemühen. Freilich kann er nicht jede einzelne mitgliedstaatliche Rechtsordnung umfassend bei der Regelsetzung beden-

127 Vgl. dazu oben III 1.

128 Vgl. dazu ausführlich *Herresthal* (Fn. 11), S. 163 ff.

129 (Nur) mittelbar können auch die Prinzipien und Wertungen der übrigen Mitgliedstaaten über spezifische Regel- und Prinzipienkataloge Bedeutung erhalten, vgl. *Herresthal* (Fn. 11), S. 90 ff.

ken, aber adäquate Intermediäre sind insoweit die Ergebnisse wertender Rechtsvergleichung mitgliedstaatlicher Rechte, u. a. die *Principles of European Contract Law*, sowie rechtsvergleichende Erkenntnisse über übereinstimmende Wertungen in mehreren Mitgliedstaaten. Trotz dieser Verpflichtung auf das Bemühen um eine gemeinschaftsweite Wertungseinheit ist eine eigenständige, von einzelnen oder von allen mitgliedstaatlichen Lösungen abweichende Bewertung durch den Gemeinschaftsgesetzgeber zweifelsohne zulässig. Allerdings liegt die Begründungslast bei einer Abweichung vom gemeinsamen oder zumindest überwiegenden Kanon der mitgliedstaatlichen Lösungen beim Gemeinschaftsgesetzgeber. Dieser kann er mit dem Hinweis auf seine bessere (aktuellere) Erkenntnis der Sachstruktur, eine abweichende Sachstruktur bei einer gemeinschaftsweiten Regelung oder das abweichende Telos seiner Regelung genügen. Dabei hat er aber auch zu prüfen, ob eine umfassendere, sodann aber wertungseinheitliche Ausdifferenzierung des Regelungsbereichs verglichen mit fortbestehenden Unterschieden im mitgliedstaatlichen Recht zu einem „besseren“ Recht führt.

2. Die Verpflichtung der Judikative zur Auflösung von Wertungswidersprüchen

Wie aufgezeigt erfasst das normative Postulat der Wertungseinheit in der integrierten Staatlichkeit auch die Judikative. Sowohl die mitgliedstaatliche Judikative als auch die Gemeinschaftsjudikative werden auf die Auflösung von Wertungswidersprüchen normativ verpflichtet. Mit diesem Gebot korrespondiert indes bislang keine hinreichend effiziente verfahrensmäßige Absicherung der Wertungseinheit, obwohl die Aktualisierung der Wertungseinheit in der Rechtsordnung auf eine einheitliche Auslegung und Fortbildung des Rechts angewiesen ist. Der EuGH legt nur das Gemeinschaftsrecht aus, dessen Anwendung wiederum dem mitgliedstaatlichen Gericht überantwortet ist. Angesichts der steigenden Zahl an Verordnungen und der vollharmonisierenden Richtlinien bedarf es keiner kühnen Prognose, um vorherzusagen, dass die Kapazität des EuGH zur Wahrung der Wertungseinheit des Gemeinschaftsrechts in Zukunft nicht ausreichen wird. Bereits gegenwärtig mangelt es an einer ernsthaften Prüfung der Kompetenz zum Erlass der Rechtsakte durch den EuGH; auch die Übereinstimmung eines Sekundärrechtsaktes mit den Gemeinschaftsgrundrechten wird nur selten problematisiert. Die an der Wertungseinheit orientierte Auslegung des Gemeinschaftsrechts, die auch den Befund der Mitgliedstaaten erhebt, ist ihm erst recht nicht möglich. Sofern man nicht ein europäisches Kompetenzgericht befürwortet, dem die Prüfung der Einhaltung der Kompetenzgrundlagen und der Vereinbarkeit eines Sekundärrechtsaktes mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht, also die Sicherung der Wertungsein-

heit insoweit, überantwortet wird, wird auch im Gemeinschaftsrecht ein Instanzenzug erforderlich werden, dessen Eingangsinstanz das Gemeinschaftsrecht auslegt, während die nächste (Revisions-)Instanz die Wertungseinheit bei Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung sichert.¹³⁰

Des Weiteren ist auf einen Problemkreis der Gewaltenteilung in der integrierten Staatlichkeit im Zusammenhang mit der Verpflichtung der Judikative auf die Wertungseinheit hinzuweisen. Die Judikative darf die Ausübung der legislativen Kompetenz bei der Ausdifferenzierung spezifischer Regelungsbereiche nicht unter Hinweis auf die Wertungseinheit konterkarieren. Die bewusste Beschränkung einer Wertung auf einen begrenzten Regelungsbereich durch die Legislative darf demnach nicht von der Judikative unter Hinweis auf die Herstellung der Wertungseinheit missachtet werden. Sowohl eine (temporäre) legislative Ausdifferenzierung eigener Werte in einem Teilbereich als auch die durch die Sachstruktur induzierte Ausbildung eigenständiger Wertungen sind von der Judikative zu respektieren. Freilich folgt hieraus kein allgemeines Induktionsverbot, aber bei einem induktiven Vorgehen ist den legislativen Wertungen besondere Beachtung zu schenken. Ebenso darf die nationale Judikative die bewusste Begrenzung oder Nichtumsetzung gemeinschaftsrechtlicher Wertungen durch die nationale Legislative nicht unter Hinweis auf das Gebot der Wertungseinheit ignorieren. Insgesamt bedarf es also einer Neuformulierung und filigraneren Ausgestaltung der Kompetenzgrenze der Judikative, also der *contra legem*-Grenze.¹³¹

3. Die Auflösung unerträglicher Wertungswidersprüche

Die fortbestehende Wertungseinheit des Privatrechts fordert weiterhin, Wertungswidersprüche jenseits der Unerträglichkeitsgrenze aufzuheben; die normative Verpflichtung auf das Ideal einer wertungswiderspruchsfreien Privatrechtsordnung besteht fort. Allerdings kann auch in der integrierten Staatlichkeit für die Feststellung, dass ein Wertungswiderspruch unerträglich ist, keine präzise Grenze aufgezeigt werden. Festzuhalten bleibt aber, dass diese Grenze in der europäischen Integration zu Lasten eines judikativen Eingriffs verschoben wurde. Aufgrund der aufgezeigten Struktur der Rechtsordnung in der integrierten Staatlichkeit und dem modifizierten Ordnungsrahmen sind deutlich weiterreichende Wertungswidersprüche im Privatrecht judikativ hinzunehmen. Die Judikative kann also in Teilbereichen ein im Vergleich zur früheren geschlossenen nationa-

130 Für eine Beschränkung der Gemeinschaftsjudikative auf die Revisionsinstanz und die Verortung der Auslegung des Gemeinschaftsrechts im Übrigen bei den Mitgliedstaaten *Canaris*, Der EuGH als zukünftige privatrechtliche Superrevisionsinstanz?, *EuZW* 1994, 417.

131 Vgl. für den Teilbereich der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung *Herresthal* (Fn. 11), S. 289 ff.

len Rechtsordnung deutlich größeres Maß an Wertungswidersprüchen anzulegen haben. Ein Wertungswiderspruch ist umso eher als unerträglich zu qualifizieren und von der Judikative im Rahmen des methodisch Möglichen und kompetenziell Zulässigen aufzuheben, je näher die betroffenen Regelungsbereiche zueinander liegen, je fundamentaler die einander widersprechenden Wertungen in der Privatrechtsordnung sind, je randseitiger eine der widersprüchlichen Regelungen im Regelungsregime des jeweiligen Gesetzgebers erscheint und je größer die Ähnlichkeit der betroffenen Interessenlage ist.

4. Die Möglichkeit zum privatautonomen Ausgleich von Wertungswidersprüchen

Angesichts der strukturbedingten Ausweitung von Wertungswidersprüchen im Privatrecht der integrierten Staatlichkeit bei fortbestehender normativer Verpflichtung auf das Ideal der Wertungseinheit muss die nationale Legislative wie auch die Gemeinschaftslegislative Instrumente suchen, um zumindest den Parteien zu ermöglichen, privatautonom wertungskonsistente Lösungen zu vereinbaren. Dies entspricht nicht nur der Rechtsidee, sondern auch dem Binnenmarkt, dem die Marktfreiheit inhärent ist. Die Legislative hat vor diesem Hintergrund den Einsatz zwingenden Rechts besonders genau zu prüfen. Sie muss zudem neue Regelungstechniken entwickeln, die den Privatrechtssubjekten eine privatautonome Auflösung der Wertungskonflikte ermöglichen, also z. B. Standards, von denen eine Abweichung zulässig ist, und Möglichkeiten zur (Ab-)Wahl von Vorschriften, d. h. opt-in- und opt-out-Lösungen.

VII. Zusammenfassung

Die „Einheit“ des Privatrechts weist verschiedene Elemente auf; mit der europäischen Integration verbinden sich bei allen Elementen aktualisierte Fragestellungen. Im Zentrum steht freilich die Wertungseinheit des Privatrechts. Ihr kommt auch in der integrierten Staatlichkeit eine entscheidende Bedeutung für zentrale Methodeninstrumente zu. Auch wenn mit der Rechtsidee eine normative Grundlage für dieses Postulat im Zuge der europäischen Integration besteht, ist die Wertungseinheit fern von einer umfassenden Realisierung. Vielmehr weist die Tendenz in die entgegengesetzte Richtung. Die Wertungseinheit des Privatrechts zu fordern und zu fördern bleibt indes auch angesichts der Europäisierung des Privatrechts eine der vornehmsten Aufgaben der Rechtswissenschaft.