



KONTINUITÄTEN IV NEUES RECHT IM BEWÄHRTEM SYSTEM

Kontinuitätsargumente

- I. Gewohnheitsrecht
- II. Ständige Rechtsprechung
- III. Lateinische Prinzipien
 - Referenz ‚Rom‘; Europäische Rechtsgrundsätze; Klassik
 - Kann auch neu sein
- IV. Neues Recht im bewährten System**
- V. Altes Recht in neuem (Gesetzes)Gewand
- VI. Wahre Zwecke eines Rechtsinstituts

Streitpunkt: Kontrahierungszwang als Rechtsfolge aus § 21 AGG

pro

- für das Arbeitsrecht nach § 15 VI AGG ausdrücklich ausgeschlossen, daher im Umkehrschluss ansonsten möglich
- Grundsatz der Naturalrestitution

contra

- Schaden ist nicht der unterbliebene Vertrag, sondern die ‚persönlichkeitsrechtliche Kränkung‘
- Kontrahierungszwang immer nur in ‚notstandsähnlichen Situationen‘

Kontrahierungszwang außerhalb des AGG

- § 826 BGB iVm § 249 Abs. 1 BGB
 - RGZ 115,253, 258 – Dampfschiffahrtsgesellschaft
- § 20 Abs. 2 GWB iVm § 249 Abs. 1 BGB
- Art. 3 GG
 - BVerfG, Beschluss vom 11. April 2018 - 1 BvR 3080/09

- § 5 Abs. 3 SpkG
- §§ 17, 18 EnWG; §§ 16-26 TKG; § 22 PBefG
- § 24 PatG
- § 42a UrhG

Argumentationslinie in Lobinger, AcP

- AGG ist eine Herausforderung für die Privatrechtsdogmatik
- Lesart (Verortung im Gesamtsystem)
 - Persönlichkeitsrechtsschutz
 - Kein Fremdkörper, fügt sich ohne weiteres ein
 - Verhaltenssteuerung
 - Gesinnung einfordern ist nicht Aufgabe der Rechtsordnung
 - Umverteilung
 - Arbeitsteilige Grundstruktur des geltenden Rechts: primär öffentliches Recht
- Passt zu wesentlichen Regelungen des AGG und Vorgaben des Europarechts
 - Kontrahierungszwang (-), da Beeinträchtigung mit Vertragsverweigerung abgeschlossen
 - Schaden = Kränkung

... ist im Zweifel diejenige Lesart zu wählen, die den **neuen Stoff** dem **bestehenden System** möglichst harmonisch **einfügt** und so die Entstehung von Wertungsinkonsistenzen von vornherein vermeidet. Dogmatik entfaltet dadurch in der Tat auch eine **stabilisierende Wirkung**. Im Zweifel werden die **überkommenen Grundwertungen gewahrt**. Durch die politische Brille betrachtet zeigt sich so ein durchaus konservativer Zug dogmatischer Rechtswissenschaft.
Lobinger, AcP 216, 2016, 28, 81f.

Gegenüberstellung von
Neuem und Bestehendem

Neues muss sich einfügen

Stabilisierungsfunktion der
Dogmatik

- Verbreitet in jüngerer
Rechtstheorie
- Betrifft in der Regel nicht
die Gesetzgebung, sondern
Rechtssystem

Weitere Beispiele

- § 844 III BGB (in Kraft seit 22.7.2017)
 - „Hinterbliebenengeld“
 - Kein immaterieller Schaden

Diese systematischen Bedenken müssen es jedoch nicht ausschließen, einen solchen Anspruch zu schaffen, wenn das geboten ist. Er könnte als ein Anspruch eigener Art aufzufassen sein, ähnlich wie die Geldentschädigung beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht, das ebenfalls nicht zu den in § 253 Abs. 2 BGB aufgezählten Rechtsgütern gehört, jedoch von der Rechtsprechung als in so hohem Maß schutzwürdig betrachtet wird, dass sie den hierfür erforderlichen Anspruch außerhalb Deliktssystems unmittelbar aus Art. 1 und 2 GG hergeleitet hat. **Erst recht muss dem Gesetzgeber die Schaffung eines als notwendig erkannten Anspruchs freistehen, auch wenn er systematische Schwierigkeiten bereitet.**

(Gerda Müller, VersR 2017, 321, 323)

Die Gewährung einer Geldentschädigung (auch) für immaterielle Schäden in Tötungsfällen **ist kein Systembruch**, sondern im Gegenteil systematisch geboten. Allerdings beruht das deutsche Deliktsrecht auf der Grundwertung, dass die allgemeine Fahrlässigkeitshaftung auf Rechtsgutsverletzungen beschränkt ist (§ 823 I BGB), so dass nur die Träger dieser Rechtsgüter aktivlegitimiert sind, nicht aber Drittbetroffene, die als „victimes par ricochet“ reflexhaft durch die Verletzung eines anderen geschädigt werden. **Seit jeher wird** die Fokussierung der Aktivlegitimation auf das Primäropfer indessen durchbrochen, wenn der Rechtsgutsträger getötet wird und dadurch als Anspruchsteller ausfällt. In diesem Fall sind gem. § 844 BGB auch mittelbar betroffene Sekundäropfer aktivlegitimiert. Damit soll vermieden werden, dass der für eine Tötung Verantwortliche von jeder Schadensersatzpflicht freigestellt wird. Dieser Gesichtspunkt gilt ohne Abstriche auch für immaterielle Schäden.

Wagner, (NJW 2017, 2641, beck-online)

1. Die nationalen Gerichte haben die Verpflichtung, die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (**EMRK**) zu berücksichtigen und in die nationale Rechtsordnung **mittels einer konventionsfreundlichen Auslegung einzupassen**.

2. Lässt sich aus dem nationalen Recht auch nach konventionsfreundlicher Auslegung unter Anwendung der anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation kein Anspruch herleiten, dürfen die Gerichte keine Anspruchsgrundlage annehmen.

3. Die **nationale Zivilrechts- und Zivilverfahrensrechtsdogmatik** stehen der richterrechtlichen Anerkennung eines Wiedereinstellungsanspruchs trotz einer vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte festgestellten Konventionsverletzung durch ein rechtskräftiges klageabweisendes Urteil im Kündigungsschutzverfahren entgegen.

BAG BB 2016, 315-317

Einpassung von
europäischem
Recht in das
nationale Recht:

Kein historisches
Argument!

Es geht aus anders:

Wahrnehmung als
Fremdkörper durch
unzureichende Einordnung
u. unzureichende
dogmatische
Durchdringung

Eine prinzipienorientierte Systembildung ist freilich gerade im Mietrecht nicht einfach, gilt jenes doch aufgrund seiner kausuistischen Prägung und sozialen Überformung gleichsam als enfant terrible der Privatrechtsdogmatik. So heißt es im Vorwort eines Handbuchs zum Mietrecht "(...) nur in wenigen Rechtsgebieten warden rechtliche Grundprinzipien aus sozialpolitischen Gründen heraus so durchbrochen wie im Mietrecht (...). Dies macht das Mietrecht so schwer durchschaubar und unverständlich". Im Folgenden soll gleichwohl der Versuch unternommen warden, die Wohnraummiete in die allgemeine Dauerschuld-Dogmatik einzubetten und ihr dabei den Status des enfant terrible ein wenig abzustreifen.
Weller, JZ 2012, 818

“Fremdkörper” im System

- prägen das System selbst nicht.
- sind daher nicht analogiefähig.
- drücken keine allgemeinen Wertungen aus, die bei der Auslegung anderer Normen zu berücksichtigen sind

Systemargumente

historisch

- bewährtes/
überkommenes System
- neue Norm durchbricht
bekannte Prinzipien

ahistorisch

- Europäische Vorgabe vs.
nationale Norm

„Überkommenes System“ – ein zulässiger Argumentstyp?

contra

- Neues Recht kann neues dogmatisches System erfordern
- Gesetzgebung muss nicht kohärent sein
- Neues Recht darf für Systembildung nicht weniger wichtig sein als altes

pro

- Einheit der Rechtsordnung
- Rechtssicherheit
- Kodifikation ist Ausdruck eines geschlossenen Zivilrechtssystems
- Einpassung ist eine notwendige Übersetzungsleistung

Abschwächen

- Xy ist nicht systemfremd, sondern baut auf schon lange in der Rechtsordnung akzeptierten Ansätzen auf
 - Beispiel 1
 - Beispiel 2
- Auffinden der Beispiele erfordert oft, die Begrifflichkeit zu verändern

Dementsprechend spielen Diskriminierungsverbote **im hergebrachten Privatrecht** im Grundsatz keine Rolle. Da belegen etwa auch die gängigen Kommentare und Lehrbücher, die bis 2004 regelmäßig die **Stichwörter** “Diskriminierung” oder “Gleichbehandlung” entweder nicht enthalten oder diese Themen **nur punktuell** im Hinblick auf die Einwirkung von Art. 3 GG und die Umsetzung europäischer Richtlinien erörtern”
Riesenhuber in: Riesenhuber/Nishitani, 2007, S. 25

Grünberger, Personale Gleichheit, 2013

1. Teil:

Gleichheit als klassisches Thema des Privatrechts

§ 2 Gleichheit als Leitbegriff des Privatrechts seit 1800 ..	• Umfangreiche Darlegung (S. 71-314),	
I. Gleiche Rechtsfähigkeit jeder Person		
1. Gleichheit an „ursprünglichen“ Rechten im jüngeren ..	• Wechselblick	
2. Die Neukonzeption der bürgerlichen Gesellschaft		Deutschland/ USA
3. Gleichheit im Privatrecht – Orientierungsversuche	• Von 1800 bis in die	
a) Die Trennung von Privatrecht und öffentlichem R		Gegenwart
b) Systeme der Freiheit: formelle Gleichheit vs. „gänzlicher Gleichheit“		76
c) Systeme der Gleichheit: Jakob Friedrich Fries (1773-1843) ...		79
4. Allgemeine Rechtsfähigkeit als Konzeption gleicher rechtlicher Freiheit		82
a) Die Rechtsfähigkeit als Grundbegriff des Privatrechts		82
b) Der Vorreiter: Das galizische Bürgerliche Gesetzbuch (GBGB) v. 1798		84
c) Ein Siegeszug im 19. Jahrhundert		86
II. Die Frau auf der „Verlustliste personaler Rechtsgleichheit“		88
1. „Gebrochene Gleichheit“ im Eherecht des BGB		88
a) Ungleichbehandlung der Ehefrau im BCB v. 1896		89

Ausblick

- Nächste Woche: Altes Recht im neuen (Gesetzes)Gewand
- *Lit: Heinemeyer, Susanne, § 817 und das römische Recht, JZ 2017, 918-923*