

VIKTORIA KRAETZIG

Dogmatikblindheit im Mehrebenensystem

Jus Privatum

293

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 293



Viktoria Kraetzig

Dogmatikblindheit im Mehrebenensystem

Mohr Siebeck

Viktoria Kraetzig, geboren 1990; 2021 Promotion und 2025 Habilitation an der Goethe-Universität, Frankfurt am Main;
Privatdozentin ebendort.
orcid.org/0000-0003-2509-3453

ISBN 978-3-16-200046-0 / eISBN 978-3-16-200045-3

DOI 10.1628/978-3-16-200045-3

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2026 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Laupp und Göbel, Gomaringen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Für Jannis

Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde an der Goethe-Universität im Sommersemester 2025 als Habilitationsschrift angenommen. Mein größter Dank gilt meinem akademischen Lehrer Prof. Dr. Alexander Peukert für die wohlwollende Betretung dieser Arbeit sowie die Unterstützung und Förderung während meiner Zeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an seinem Lehrstuhl. Besonders dankbar bin ich ihm für die Freiräume, die er mir verschafft hat. Danken möchte ich auch Prof. Dr. Katja Langenbucher für das zügig erstellte und anregende Zweitgutachten. Für die großzügige Unterstützung der Drucklegung danke ich der Studienstiftung *ius vivum* sehr.

Prof. Dr. Maciej Szpunar, Erster Generalanwalt am Gerichtshof der Europäischen Union, bin ich dankbar für die herzliche Aufnahme in sein Kabinett und bereichernde Monate am EuGH. Ich habe während dieser Zeit viel gelernt und unsere Gespräche über das Verhältnis von Privat- und Unionsrecht waren ein großer Gewinn. Besonders bedanken möchte ich mich auch bei Prof. Dr. Henning Grosse Ruse-Khan. Er hat mir nicht nur zwei Forschungsaufenthalte an der Universität Cambridge ermöglicht und mich dort herzlich empfangen, sondern sich auch viel Zeit für wertvolle Gespräche zur Interaktion von Recht in Mehrebenensystemen genommen. Judith Schamell bin ich sehr dankbar für wertvolle Impulse zur Dogmatikblindheit des Unionsrechts. Über das Verhältnis vom Unionsrecht zum nationalen Recht habe ich viel von ihr gelernt. Abschließend bedanke ich mich bei meinen Eltern, meiner Schwester Charlotte sowie PD. Dr. Jannis Lennartz.

Berlin, Oktober 2025

Viktoria Kraetzig

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
 Einleitung: System und höherer Wille	 1
 1. Teil: Privatrechtsdogmatik als Vertikaldogmatik	 17
§ 1 Privatrechtsdogmatik im europäischen Mehrebenensystem	19
§ 2 Die Kopplung der Systeme	55
 2. Teil: Die Dogmatikblindheit des Unionsrechts	 75
§ 3 Blindheit für Fächerdichotomien der Mitgliedstaaten	77
§ 4 Blindheit für Horizontaldogmatiken der Mitgliedstaaten	163
 3. Teil: Der Dialog mit dem EuGH	 275
§ 5 Das Vorabentscheidungsverfahren als prozeduraler Kopplungsmechanismus	277
 Schluss: Dogmatikblindheit in der Vertikaldogmatik	 317
 Zusammenfassung in Thesen	 319
 Literaturverzeichnis	 325
Materialverzeichnis	361
Register	367

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
 Einleitung: System und höherer Wille	 1
 1. Teil: Privatrechtsdogmatik als Vertikaldogmatik	 17
§ 1 <i>Privatrechtsdogmatik im europäischen Mehrebenensystem</i>	19
A. Vertikaldogmatik im europäischen Mehrebenensystem	19
I. Dogmatik als Erbe des Systembegriffs	19
1. System als Kohärenz	20
2. Dogmatik: Richtigkeit ohne Rechtfertigung	22
II. Privatrechtliche Vertikaldogmatik	25
B. Unruhe in der Privatrechtsdogmatik	26
I. Konstitutionalisierung des Privatrechts	31
1. Grundrechtsdogmatik und Privatrechtsdogmatik	32
2. Inhaltlicher Bannstrahl aus Karlsruhe	34
a) Karlsruher Verständnis der Bindungswirkung	35
b) Beschränkung der Bindungswirkung auf den materiellen Aussagegehalt	37
c) Judikatur zur mittelbaren Drittwirkung	40
d) Judikatur zur Kunstfreiheit	44
3. Ermessensreduktion auf Null auf Ebene des Fachrechts	48
II. Europäisierung des Privatrechts	49
1. Inhaltlicher Kohärenzanspruch für die eigene Ebene	50
2. Rechtsangleichung ohne Systemanspruch	51
§ 2 <i>Die Kopplung der Systeme</i>	55
A. Methodologisch: <i>Contra-legem</i> -Judizieren als Grenze unionsrechtskonformer Auslegung	56
I. Die <i>Contra-legem</i> -Grenze in der Rechtsprechung des EuGH	58
II. Kein Zugriff auf <i>Dogmatik als Methode</i>	62
B. Materiell-rechtlich: Programmierung auf den Inhalt des Unionsrechts	64

C. Prozedural: Dekontextualisierung an der Schnittstelle	66
I. Rechtsprechung ohne Fallbezug	66
II. Kein Transport von Dogmatiken durch Dekontextualisierung . . .	67
D. Matrix für die Interaktion der Systeme: Inhalt, Form, Dogmatik	70
 2. Teil: Die Dogmatikblindheit des Unionsrechts	75
§ 3 <i>Blindheit für Fächerdichotomien der Mitgliedstaaten</i>	77
A. Relativierung der Fächeraufteilung in der Vertikaldogmatik	79
I. Von der Horizontale in die Vertikale	79
1. Die Fächerdichotomie als Horizontaldogmatik	80
2. Kein Fächerdenken auf Ebene des Unionsrechts	83
a) Recht zwischen Privaten, ohne „Privatrecht“ zu sein	85
b) Keine Gesetzgebungskompetenz für „Privatrecht“	90
c) Ein Rechtsweg: zum EuGH	92
II. DSA, DMA und AIA als Chimären des Rechts	93
1. DSA	96
a) Der DSA als Mischwesen	96
b) Die Blindheit des DSA für Fächergrenzen der niederen Ebene	97
aa) Rechtswidriger Inhalt, Art. 3 lit. h DSA	97
bb) Anordnungen zum Vorgehen gegen rechtswidrige Inhalte	
und zur Auskunft in den Art. 9 und 10 DSA	98
2. DMA	100
3. AIA	102
a) Zentrale und dezentrale Rechtsdurchsetzung des AIA	103
b) Zentrale Durchsetzung subjektiver Rechte Privater	104
B. Unionsrechtliche Verpflichtung zum <i>private enforcement</i> ?	106
I. Verpflichtung zum <i>private enforcement</i> wegen des <i>effet utile</i> ? . . .	110
1. Der Effektivitätsgrundsatz als Wirksamkeitsgebot	110
a) Der Effektivitätsgrundsatz als unionale Vertikaldogmatik . .	111
b) <i>Private enforcement</i> als private Rechtsdurchsetzung	112
c) Verpflichtung zu irgendeinem wirksamen <i>enforcement</i>	115
2. Verdichtung des <i>effet utile</i> auf nationaler Ebene	119
a) Data Act	121
b) AIA	123
3. Engführung des Effektivitätsgrundsatzes durch den EuGH . . .	124
a) Phase 1: <i>private enforcement</i> von unmittelbar geltendem	
Unionsrecht	125
b) Phase 2: <i>private enforcement</i> von Unionsrecht	128
aa) Vorlagefrage aus nationaler Dogmatik heraus	129
bb) Verengung auf Schadensersatzanspruch des Käufers . . .	131
II. Sekundärrechtliche Programmierung auf ein <i>private enforcement</i>	136

1. Sekundärrechtliche Haftungstatbestände	137
2. Nationalstaatliche Haftungstatbestände	139
a) DSA	141
b) DMA	144
C. Arbeit an den Vertikalschnittstellen des Privatrechts	147
I. Renaissance der Generalklausel im Mehrebenensystem	148
II. Die Vertikalschnittstelle des § 823 Abs. 2 BGB im Mehrebenensystem	152
1. Individualschutzzweck der übertretenen Sekundärrechtsnorm	154
a) Individualschutz als Wortlautargument	155
b) Individualschutzzweck sekundärrechtlicher Vorschriften	157
2. Systematisches Tragbarkeitskriterium	159
3. Lehre vom Schutzzweck der Norm	161
§ 4 Blindheit für Horizontaldogmatiken der Mitgliedstaaten	163
A. Verordnungsrecht: Dogmatikblindheit als Paradigma für die Anwendung von Unionsrecht	164
I. DSGVO: immaterieller Schadensersatz vs. immaterieller Schadensersatz	165
1. Art. 82 Abs. 1 DSGVO als eigenständige Haftungsnorm	165
2. Keine nationale Erheblichkeitsschwelle für unionale Anspruchsgrundlage	167
II. DSGVO: Unionsrechtliche Missbrauchsprüfung vs. nationale Inhaltskontrolle	171
1. ErwGrd. 42 S. 3 DSGVO als Scharnier zur Klausel-RL	172
2. Prüfprogramm der unionsrechtlichen Missbrauchsprüfung	174
3. Prüfprogramm der nationalen Inhaltskontrolle	177
4. Projektion nationaler Dogmatik auf die europäische Missbrauchsprüfung	178
B. Richtlinienrecht: Dogmatikblindheit als Paradigma für die Umsetzung von Unionsrecht	182
I. Verbrauchsgüterkauf-RL: Keine Projektion nationalstaatlicher Horizontaldogmatik auf Richtlinienrecht	184
1. Verbrauchsgüterkauf-RL: unentgeltliche Ersatzlieferung ohne Unannehmlichkeiten	185
2. Die deutsche Umsetzung: entgeltliche Ersatzlieferung mit Unannehmlichkeiten	186
a) Wertersatz für Gebrauchsvorteile	187
b) Harmonisierung von Rücktrittsrecht durch Richtlinienrecht zur Ersatzlieferung	188
3. Die <i>Quelle</i> -Entscheidung: Kein Wertersatz für Nutzungen bei Ersatzlieferung	190

a) Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung ohne Lücke?	191
b) Einreißen der <i>Contra-legen</i> -Grenze zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung?	192
II. Digitale-Inhalte-RL: Fehlgeschlagener Dogmatikimport	196
1. Objektbezogene Regelungskonzeption der Digitale-Inhalte-RL	197
2. Leistungsbezogene Vertragstypologie des BGB	199
3. Umsetzung der Digitale-Inhalte-RL im Schuldrecht AT	200
a) Rechtsunsicherheit für Verbraucher als Normadressaten	202
aa) Mühsame Vertragstypologisierung	203
bb) Im Labyrinth überkomplexer Verweisungen	204
b) Gescheiterte Richtlinienumsetzung	206
aa) Leerstelle bei der primären Leistungspflicht beim Kaufvertrag	206
bb) Friktionen in der Binnenkohärenz: Gewährleistung im Dienstvertragsrecht?	207
4. Umsetzungsalternative: Gesonderter Abschnitt „Verträge über digitale Produkte“	209
III. Klausel-RL und UGP-RL: Formenkongruenz ist nicht gleich Dogmatikkongruenz	211
1. Ausfüllungsbedürftige Richtlinienbegriffe als horizontale Zuwei- sung?	214
a) Zuständigkeit des EuGH zur „Auslegung“ von Unionsrecht	215
b) Richtlinien spezifische Zuständigkeit am Beispiel der Klausel-RL	218
2. Wortpaare als <i>falsche Freunde</i>	223
a) Generalklausel ist nicht gleich Generalklausel	224
b) Begriffsauffüllung ist nicht gleich Konkretisierung	227
aa) Nationale Ebene: Rahmen zur Verarbeitung der Gewaltenteilung	228
bb) Unionsebene: Rahmen zur Verarbeitung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung	229
3. Die mitgliedstaatliche Umsetzung ausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe des Sekundärrechts	231
a) Verarbeitung materieller Nachprogrammierung durch den EuGH	232
b) Programmierung auf Einzelfallgerechtigkeit	235
4. Generalklausel der UGP-RL gleich Generalklausel im UWG?	236
a) Konzeption der UGP-RL: Auffangtatbestand für Unterlauterkeit	237
b) Umsetzung 1.0: Generalklausel für Unlauterkeit	240
aa) Art. 5 Abs. 1 UGP-RL als „Generalklausel“?	240
bb) Art. 5 Abs. 2 UGP-RL als „Generalklausel“?	243

c) Umsetzung 2.0: Auffangtatbestand für Unlauterkeit	245
IV. Warenkauf-RL und InfoSoc-RL: Mitharmonisierung divergierender nationaler Formen und Dogmatiken	246
1. Warenkauf-RL: Gewährleistungsfrist vs. Verjährungsfrist	248
a) Harmonisierung der zeitlichen Begrenzung von Verbraucherrechten in der Warenkauf-RL	248
b) Mitharmonisierung nationaler Konzepte zur zeitlichen Anspruchsbegrenzung	251
2. InfoSoc-RL: Ausnahmen und Beschränkungen vs. Schranken	253
a) Ausnahmen und Beschränkungen sind nicht gleich Schranken	253
aa) Harmonisierung von Inhalt ungeachtet der dogmatischen Konzeption	254
bb) Mitharmonisierung divergierender nationaler Konzepte	257
b) Die freie Benutzung als Ausnahme und Beschränkung	260
aa) Die freie Benutzung als deutsches Konzept	261
bb) Ausnahme und Beschränkung im Gewand einer Schutzbereichsbegrenzung	263
V. DSM-RL: Die mutmaßlich erlaubte Nutzung als dogmatisches Meisterstück	267
1. Algorithmisierung der Rechtsdurchsetzung im Anwendungsfeld von Art. 17 DSM-RL	267
2. Mechanismus der mutmaßlich erlaubten Nutzung nach §§ 9 ff. UrhDaG	269
3. Teil: Der Dialog mit dem EuGH	275
§ 5 <i>Das Vorabentscheidungsverfahren als prozeduraler Kopplungsmechanismus</i>	277
A. Einleitung des Vorabentscheidungsverfahrens durch die nationalen Gerichte	282
I. Keine Spuren nationaler Dogmatik	284
II. Die Rechtssache <i>Metall auf Metall</i> als Lehrstück	286
1. Erste Vorlage: „immanente Beschränkung“ als nationales Konzept	286
2. Zweite Vorlage: „Auffangtatbestand“ als nationales Konzept	288
B. Das Vorabentscheidungsverfahren in Luxemburg	293
I. Umformulierung von Vorlagefragen	294
II. Multikulturalität am Gerichtshof	300
1. Schlussanträge	303
a) Einbindung der <i>direction de la recherche et documentation</i>	304
b) Die Arbeit in den Kabinetten der Generalanwälte	305
2. Urteile des EuGH	308

C. Einarbeitung der Luxemburger Antworten in das eigene System	311
I. Der Vorabentscheid als Zwischenschritt	312
II. Dogmatikblindheit der Luxemburger Entscheidungen	313
Schluss: Dogmatikblindheit in der Vertikaldogmatik	317
Zusammenfassung in Thesen	319
Literaturverzeichnis	325
Materialverzeichnis	361
Register	367

Einleitung

System und höherer Wille

Dogmatikblind. So verhält sich im europäischen Mehrebenensystem die höhere zur niederen Ebene.¹ Es liegen mehrere Ebenen übereinander: Völkerrecht, Unionsrecht und nationales Recht. Die höhere Ebene gibt materielle Zielvorgaben vor, die nach unten ausstrahlen. Doch hat jede Ebene ihre eigene Dogmatik. So auch das Unionsrecht im Verhältnis zum nationalen Privatrecht: Die Dogmatik der höheren geht nicht in der Dogmatik der niederen Ebene auf. Die Systeme des Unionsrechts und nationalen Privatrechts sind miteinander verbunden: methodologisch durch das Gebot richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts,² materiell-rechtlich durch die unmittelbare Wirkung und den Anwendungsvorrang,³ prozedural durch den Vorabentscheidungsmecha-

¹ Der Begriff des „europäischen Mehrebenensystems“ wird in dieser Arbeit verwendet, um das Verhältnis zwischen nationalem Recht und Unionsrecht zu beschreiben. Während die „Ebene“ deren geschichtetes Verhältnis artikuliert, bringt das „System“ zum Ausdruck, dass die jeweiligen Akteure den Anspruch haben, das Recht einer Ebene in ein sinnvolles Ganzes zu bringen. Dass die Ebene des Völkerrechts mit diesem Modell nicht umfassend beschrieben werden kann, ist für diese Arbeit genauso irrelevant wie der Umstand, dass nationales Recht in einigen föderal organisierten Mitgliedsstaaten – wie in Deutschland – Gegenstand weiterer Untergliederungen ist. Zur Verwendung des Begriffes des „europäischen Mehrebenensystems“ in der Politik- und Rechtswissenschaft Metzger, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, S.115ff.; Gsell, AcP 214 (2014), 99, 101; Grundmann, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, S.243, 246ff.; in der Rechtswissenschaft hat den Begriff insbesondere etabliert Joerges, in: Furrer (Hrsg.), Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs, S.133, 180ff.; ders., ELJ 1997, 378, 386ff. („multi-level system of governance“); zum Ursprung in den Politikwissenschaften Marks/Hoogbe/Blank, Journal of Common Market Studies 1996, 341 („Multi-level Governance“); zum Begriff als Modeerscheinung Timmermans, RabelsZ 77 (2013), 368, 369 („multilevel“-expression als eine Begrifflichkeit „très à la mode“).

² Grundlegend zum Gebot der richtlinienkonformen Auslegung EuGH NZA 1984, 157 – von Colson und Kamann/Land Nordrhein-Westfalen; grundlegend dazu bereits Brechmann, Die richtlinienkonforme Auslegung; für einen Überblick zur Rechtsprechung des EuGH zur richtlinienkonformen Auslegung Kamanabrou, Richtlinienkonforme Auslegung im Rechtsvergleich, S.24ff.

³ Zur unmittelbaren Wirkung EuGH NJW 1963, 974 – Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen; grundlegend zum Anwendungsvorrang EuGH NJW 1964, 2371 – Costa/E.N.E.L (zu deutschen Reaktionen auf den Anwendungsvorrang BVerfG NJW 1974, 1697 – Solange I; BVerfG NJW 1987, 577 – Solange II; BVerfG NJW 1993, 3047 – Maastricht; BVerfG NJW 2009, 2267 – Lissabon); zu den beiden Prinzipien Basedow, EuZW 2022, 1146, 1149f.; Stone Sweet, in: Slaughter/ders./Weiler (Hrsg.), The European Court and National Courts, S.305, 306; Tridimas, in: Charlmers/Arnulf (Hrsg.), The Oxford Handbook of European

nismus.⁴ Doch sind die Kopplungsmechanismen zwischen den Systemen so angelegt, dass das Unionsrecht dem nationalen Recht nur materielle Zielvorgaben einschreibt, nicht den dogmatischen Weg dorthin. Dies hat Konsequenzen für den Umgang des Privatrechts mit dem Unionsrecht. Das Unionsrecht kann für das nationale Privatrecht Vorgaben zum Inhalt, teils zur Form, aber nie zu *dessen* Dogmatik aufstellen. Sofern der vom Unionsrecht vorgegebene Inhalt auf nationalstaatlicher Ebene nur mit einer Dogmatik verwirklicht werden kann, findet die Verdichtung auf bestimmte dogmatische Bausteine im mitgliedstaatlichen Recht statt. Weil die Dogmatiken nur für *ih*r System konstruiert werden und nicht miteinander interagieren, darf auf die Rechtsquellen des Unionsrechts keine nationalstaatliche Privatrechtsdogmatik projiziert werden. Legen die nationalen Akteure privatrechtsdogmatisches Denken des eigenen Systems als Folie über das Unionsrecht, unterstellen sie ihm einen Willen, der ihm nicht innewohnt. Der höhere Wille des Unionsrechts wird verkannt, wenn Vorgaben zum dogmatischen *Wie* und dessen Versprachlichung in ihn hineingelesen werden. Die Folge kann die Herstellung eines unionsrechtswidrigen Zustandes sein, wenn ein klarer Blick auf den Inhalt des Unionsrechts durch die Brille der nationalen Dogmatik verschleiert ist. Aber es ist auch schon bedauerlich und geht etwas verloren, wenn der eigene Möglichkeitenraum nationaler Gestaltung nicht gesehen wird. Dogmatik ist umso besser, je einfacher sie ist.⁵ Die Einfachheit und Schlüssigkeit des eigenen Systems zu erhalten,⁶ dem Anspruch juristischer Schönheit gerecht zu werden,⁷ ist aber schwer, wenn Freiheitsgrade verkannt werden. Ebenso wie das Unionsrecht als solches verhalten sich auch die zu ihm ergangenen Judikate indifferent gegenüber nationaler Dogmatik. Der EuGH spricht seine Urteile als dogmatikblinde Instanz. So sind sie von den

Union Law, S. 403, 404; die beiden Prinzipien werden ergänzt um den Grundsatz der Staatshaftung (EuGH NJW 1992, 165 Rn. 37 – *Francovich und Bonifaci/Italien*; EuGH NJW 1996, 1267 – *Brasserie du pêcheur*).

⁴ *Buchheim*, AöR 148 (2023), 521, 522f.: „Instrument der Verzahnung unionaler und nationaler Rechts- und Gerichtsordnung“; *Schneider*, Die Durchsetzung von Normenkontrollentscheidungen, S. 44; *Buchheim/Möllers*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, Rn. 11 f. und 86.

⁵ *Jarass*, AöR 120 (1995), 345, 346: „Allgemein gilt, daß die Dogmatik so einfach wie möglich und so kompliziert wie nötig sein muß.“

⁶ Mit Beispielen für Gesetzesänderungen im BGB, bei denen dies nicht gelungen ist, *Zimmermann*, Current Legal Problems 58 (2005), 415, 458 ff. (*ebenda*, 460: „The new provisions amending the BGB are easily recognizable in view of the fact that they tend to be long-winded, badly drafted and also, not rarely, ill-considered.“).

⁷ *v. Jhering*, in: Krawietz (Hrsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, S. 11, 75 (siehe auch *ebenda*, S. 22: „Die Rechtssätze verwandeln sich in Rechtsbegriffe, das ganze Recht tritt in einen höheren Aggregatzustand, aus dem niedern eines rein positiven Geltens in den eines begrifflichen und künstlerischen *Daseins*, das Recht wird *Kunstwerk*. Diese Metamorphose des Rechts [...] verwandelt die Arbeit in Genuss ...“); zum „Kunstelement des Rechts“ bei *v. Jhering Möller*, JZ 2017, 770, 774 f.

Akteuren des nationalen Rechts auch zu lesen.⁸ Das Unionsrecht in seiner Auslegung durch den Luxemburger Gerichtshof kann keinen Zugriff auf die nationale Konstruktion zur Verwirklichung seines Willens nehmen. Zusammen lässt sich dieses Methodenparadigma des Unionsrechts beschreiben als *Dogmatikblindheit im Mehrebenensystem*. Sie gibt eine Sprache für den juristischen Hochbau dieser Ebenen: für die Vertikaldogmatik.⁹

Unsere Aufgabe

Die Vertikale, in der sich das Privatrecht heute wiederfindet, bedeutet Unübersichtlichkeit. In der Gegenwart sieht sich das Bürgerliche Recht mit der gleichen Unübersichtlichkeit an Rechtsquellen konfrontiert wie zu Zeiten des Pandektenrechts,¹⁰ bevor der Gesetzgeber es in einer allumfassenden Kodifikation band. Nur in einem kurzen Moment der Rechtsgeschichte war für das Bürgerliche Recht *ein* Gesetz die Quelle: Das Inkrafttreten des BGB markiert den Anfangspunkt,¹¹ *Lüth* den Endpunkt.¹² Seitdem operieren Privatrechtler nicht mehr unter einem freien Himmel. Sie müssen höherrangige Vorgaben als Leit-

⁸ *Hummel*, GS Sachs, S. 41, 43: Aufgrund der Tradition der deutschen Rechtswissenschaft, auch ihrer dogmatischen Juristenausbildung, neige gerade sie zu einer „Überinterpretation“ von Luxemburger Entscheidungen, die kontraproduktiv für die Auslegung des nationalen Rechts und des Unionsrechts seien.

⁹ Der Begriff stammt von *Lennartz*, in: Peters/Schrott (Hrsg.), *Eine Theorie von der Wissenschaft des Rechts*, S. 137, 151.

¹⁰ Zur Bewältigung durch die Pandektenwissenschaft *Wieacker*, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, S. 430; *Haferkamp*, *Das BGB*, S. 46 spricht eingängig vom „Versuch, eine untergegangene Welt zu rekonstruieren“.

¹¹ Nach *Basedow* folgte aus der Ablösung des römischen Rechts durch die großen nationalen Kodifikationen eine „geistige Verengung [...]“, die mit der Nationalisierung von Recht und Dogmatik eingetreten war ...“, vgl. *ders.*, JZ 2016, 269, 279.

¹² BVerfG NJW 1958, 257 – *Lüth*: „Dieses Wertesystem [...] muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm [dem Wertesystem der Grundrechte], Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muss in seinem Geist ausgelegt werden.“ Das BVerfG folgte der auf *Dürig* zurückgehenden Lehre von der „mittelbaren Drittwirkung“ (hierzu *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, S. 15), siehe *ders.*, FS Nawiasky, S. 157, 158ff.; *ders.*, AöR 81 (1956), 117; *ders.*, in: Betterman/Neumann/Nipperdey (Hrsg.), *Grundrechte*, S. 507, 525; zugleich wurde in *Lüth* die Verhältnismäßigkeitsprüfung auf konfligierende Grundrechte Privater eingestellt, hierzu *Stohlmann et al.*, *Der Staat* 63 (2024), 217, 219; zum *Lüth*-Urteil als Wendepunkt für das Privatrecht *Haferkamp*, AcP 214 (2014), 60, 78; *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171, 175; *ders.*, in: Starck (Hrsg.), *Rangordnung der Gesetze*, S. 39, 45: Hätte das BVerfG mit *Lüth* nicht eine „endgültige Umwandlung des Systems der Grundrechte“ dahingehend vorgenommen, dass sie nicht nur als Abwehrrechte gegen den Staat funktionieren, sondern als objektive Werteordnung auch in die Bereiche zwischen Private ausstrahlen, hätten sich die beiden Bereiche dispat zu einander verhalten.

sterne bei der Auslegung berücksichtigen. Zum nationalen Verfassungsrecht tritt mehr und mehr Unionsrecht dazu. Die Mitgliedstaaten sehen sich mit immer mehr Richtlinien und Verordnungen konfrontiert.¹³ Das fordert das System des Privatrechts ebenso heraus wie seinerzeit die Anwendung des – welchen? – römischen Rechts. Als *Jhering* in den 1860er Jahren „Unsere Aufgabe“ schrieb,¹⁴ ging es darum, das römische Recht den Bedürfnissen einer dynamischen Industriegesellschaft anzupassen.¹⁵ Dies wollte er durch eine Methode ermöglichen, bei der wissenschaftliche Begriffsbildung den Stoff in eine gegenwärtige Form brachte.¹⁶

Heute besteht dieses Bedürfnis wieder. Nur kommt eine Hierarchie zwischen den Rechtsquellen hinzu, die das Privatrecht verarbeiten muss.¹⁷ Deshalb passt das Bild vom Mehrebenensystem auch so gut. Es steht nicht nur für eine Pluralität an Akteuren und Rechtsquellen. Mehrere Ebenen liegen übereinander. Bei allen Verzahnungen zwischen den Ebenen: Jedenfalls beim Inhalt besteht ein hierarchisches Verhältnis der höheren zur niederen Ebene, welches in der Vokabel des Mehrebenensystems, die mit dem Bild aufgeschichteter Ebenen arbeitet, zum Ausdruck kommt.¹⁸ In puncto Inhalt hat der EuGH ein klares Über-/Unterordnungsverhältnis ausgerufen: Oben sticht unten.¹⁹ Der Gerichtshof spricht von einem Kooperationsverhältnis, einem „Dialog“ mit den nationalen Gerichten.²⁰ Die Semantik will uns glauben machen, dass sich gleichberechtigte Dialogpartner begegnen.²¹ Doch ist es für den Gesprächspartner, der immer das letzte Wort hat,²²

¹³ Dazu, dass die EU sich immer mehr der Rechtsform der Verordnung bedient, *Basedow*, EuZW 2018, 1 („vom unaufhaltsamen Drang zur Verordnung“). Heute werden Verordnungen von der Kommission immer öfter als wirkmächtige „Gesetze“ ausgewiesen. Im Englischen werden sie als „Acts“ bezeichnet, so beispielsweise DSA, DMA, EMFA und AIA.

¹⁴ v. *Jhering*, in: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Bd. I, S. 1–52.

¹⁵ *Coing*, Europäisches Privatrecht 1800 bis 1914, Bd. II, S. 48.

¹⁶ v. *Jhering*, in: Krawietz (Hrsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, S. 11, 66 ff.

¹⁷ Zur Verarbeitung dieser „Aufstockung“ *Stürner*, AcP 214 (2014), 7, 22.

¹⁸ A. A. *Metzger*, Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, S. 117 zum Mehrebenenmodell: „Es erweist sich zunächst insofern als neutral, als die Metapher verschiedener Ebenen keine eindeutigen Hierarchien zwischen den Ebenen evoziert.“

¹⁹ EuGH NJW 1964, 2371 – *Costa/E.N.E.L.*

²⁰ EuGH EuGRZ 2020, 195 Rn. 55 – *Miasto Łowicz*; EuGH EuZW 2019, 82 Rn. 41 – *XC u. a./Generalprokuratur*; EuGH BeckRS 2016, 81425 Rn. 15 – *Ognyanov*; EuGH NVwZ 2019, 1109 Rn. 45 – *Kommission/Polen*; Gutachten 2/13 des Gerichtshofs v. 18.12.2014, Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Rn. 176.

²¹ *Hoevenaars/Krommendijk*, E.L. Rev. 2002, 61, 64.

²² *Szpunar*, EuZW 2022, 1139, 1145: „It is important to remember that the Court of Justice is not the only body responsible for applying EU law and shaping the European judicial area. It does so jointly with the courts of the Member States, although the final decision on the interpretation of EU law and the validity of the legal acts of the European Union naturally rests with the Court of Justice.“; *Tridimas*, in: *Charlmers/Arnold* (Hrsg.), *The Oxford Handbook*

leicht, den Dialog zu preisen.²³ Bei aller Europafreundlichkeit:²⁴ Das Sprechen vom „Dialog“ ist nicht mehr als eine joviale Herrschaftsgeste.²⁵

Das Privatrecht befindet sich also nicht in einer nie dagewesenen, sondern nur in einer anderen Unübersichtlichkeit.²⁶ Es läuft heute wieder in seinem „normalen“ *modus operandi*: der Verarbeitung normativer Bindung durch verschiedene Rechtsquellen. Diese Arbeit will helfen, zum Verständnis eines Teilaspekts beizutragen: der Programmierung des nationalen Privatrechts nur auf den Inhalt des Unionsrechts. Diese inhaltliche Ausrichtung auf das Unionsrecht sollte das Privatrecht um seiner selbst willen so leisten, dass eine minimalinvasive Einpassung in das eigene System gelingt. Hierin liegt nun *unsere Aufgabe*: in der Kon-

of European Union Law, S. 403, 407 zum hierarchischen Element des Vorabentscheidungsverfahrens; grundlegend zur Machtposition des EuGH *Rasmussen*, On Law and Policy in the European Court of Justice, XIII, der schon früh die Frage aufgeworfen hat: „Is it acceptable that eleven or thirteen individuals, however wise and well trained, exert such an influence on the developments in Europe?“.

²³ Das Vorabentscheidungsersuchen preisend als Mechanismus für einen Dialog mit den nationalen Gerichten *Weiler*, Comparative Political Studies 1994, 510, 518ff.; *Lenaerts*, Yearbook of European Law 2019, 1; kritisch *Buchheim*, AöR 148 (2023), 521, 529ff. und 540 („Höchstgerichte dürfen sich in dieses ‚Gespräch‘ überhaupt nicht mit eigenen Positionen und Konzepten einbringen ...“); kritisch zur Semantik des „Dialogs“ *Hoevenaars/Krommendijk*, E.L. Rev. 2021, 61, 63 ff. („horizontal dialogue or a vertical monologue?“); ebenso *Donnelly/de la Mare*, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), The Evolution of EU Law, S. 228, 248 (der Begriff „Diskurs“ sei passender als der des „Dialoges“); zum „Dialog“ zwischen den Gerichten bereits *Mann*, The Function of Judicial Decision in European Economic Integration, S. 383 ff.; *Leczykiewicz*, Eur. Law J 2008, 773, 782.

²⁴ Der Blick auf den EuGH ist oft sehr durch das Verhältnis zur Unionsrechtsordnung geprägt und divergiert deshalb stark. Mit dieser Beobachtung *Jacob*, Precedents and case-based reasoning in the European Court of Justice: unfinished business, S. 1: „... cast the ECJ either in the role of the Machiavellian manipulator or the Solomonic saviour.“

²⁵ Zudem ist es ein Dialog, den die nationalen Gerichte unter bestimmten Umständen führen müssen und bei dessen Nicht-Einleitung im Falle einer Vorlagepflichtverletzung ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet werden kann. Kommt das auch nur äußerst selten vor (für ein Beispiel EuGH NVwZ 2018, 1043 – *Europäische Kommission/Republik Polen*), wird hierdurch das Funktionieren des Vorabentscheidungsverfahrens abgesichert, hierzu *Buchheim*, AöR 148 (2023), 521, 526: „Das Verfahren, das das Unionsrecht letztlich mit Zähnen versieht, ist also das Vertragsverletzungsverfahren.“; *Halter/Bergmann*, in: dies. (Hrsg.), Der EuGH in der Kritik, S. 1, 18 in Bezug auf Vorabentscheidungsmechanismus und Vertragsverletzungsverfahren: „... diese beide [erreichen] in ihrer Kombination und ihren bemerkenswerten *spill-overs* von Rechtsgehorsam auf die Unionsrechtsordnung einen starken normativen Pull, der die Mitgliedstaaten in den Bann der Normativität zieht.“; zu Rechtsfolgen der Nichtvorlage durch Instanzgerichte *Latzel/Strein*, NJOZ 2013, 97, 99; zur verfassungsrechtlichen Durchsetzung fachgerichtlicher Vorlagen *Britz*, NJW 2012, 1313 ff.

²⁶ *Wagner*, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 67, 181; „Dieser Zustand ist weder ein Skandal noch völlig neu. Der seit 1900 bestehende Zustand einer relativ stabilen und in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts in ihren Kernmaterien statischen Zivilrechtskodifikation ist historisch gesehen die Ausnahme und nicht die Regel. Eine wichtige Aufgabe der Juristen ist es seit jeher, das Chaos zu bändigen und die disparaten Rechtsquellen so zu systematisieren, dass einigermaßen konsistente und inhaltlich überzeugende Ergebnisse herauskommen [...] Damit nähert sich die heutige Situation wieder derjenigen vor 1900 mit ihrem Patchwork verschiedener Jurisdiktionen und Zivilrechtsordnungen.“

struktion privatrechtlicher Vertikaldogmatik, die klug am System mit dem arbeitet, was vorhanden ist. Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe erleben im Mehrebenensystem deshalb eine Renaissance.²⁷ Der höhere Wille fährt in sie ein, ohne dass sie ihre Gestalt im nationalen System verändern müssen. Sie reduzieren so Komplexität in der Vertikale statt sie mit einer Verkomplizierung der nationalen Dogmatik zu erhöhen.

Für die Privatrechtswissenschaft ist das *Zurück* zum alten Normalzustand der Unübersichtlichkeit insofern eine gute Nachricht, als hier eine große Aufgabe liegt.²⁸ Ihren Bedeutungsverlust gegenüber der Rechtsprechung²⁹ – er hat das 20. Jahrhundert geprägt³⁰ – wird sie hierdurch nicht mehr wettmachen können. Doch gibt ihr diese neue Quellenvielfalt eine Aufgabe, zu der die Wissenschaft besonders berufen ist. Je disparater der Stoff, desto schwieriger seine Formung. Je schwieriger die Formung, desto wichtiger die Formgebung durch die Wissenschaft. Ihre Schwäche ist hierbei ihre Stärke. Ein Wissenschaftler kann – anders als ein Richter – mit schnellem Fuß, mit leichter Hand über alles sprechen, ohne dass seine Sprache normative Bindung entfaltet.³¹ Sie wirkt aber trotzdem.³² Denn es ist eine Sprache, welche die Rechtspraxis bindet: Dogmatik.

²⁷ So insbesondere die Vertikalschnittstelle des § 823 Abs. 2 BGB, hierzu § 3 C. I.

²⁸ Ackermann, ZEuP 2018, 741, 748: „Das Auseinanderfallen des Materials in Rechtsmassen unterschiedlicher Herkunft und begrenzten Zuschnitts, die vor allem, wenn auch nicht nur auf den Beitrag des EU-Rechts zurückzuführen sind, verlangt mehr denn je nach systematischer Vermittlung oder Kritik und muss jeden Wissenschaftler im Grunde dankbar stimmen.“

²⁹ Zum Prestige und Einfluss von Rechtsgelehrten zu Zeiten des römischen Rechts Vogenauer, Camb. L. J 2005, 481, 485 ff. (siehe auch im Verhältnis zu den anderen juristischen Akteuren *ebenda*, 489: „... the strength of legal scholarship mirrored the weakness of the other actors in the legal system ...“).

³⁰ Vogenauer, Camb. L. J 2005, 481, 500: „... the days when the German law professor literally determined the fate of the law ex cathedra are long gone. From the late nineteenth century onwards there has been a visible transfer of leadership to the judiciary.“

³¹ Vogenauer, Oxf. J. Leg. Stud. 2006, 627, 651 f.; Lepsius, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, S. 40, 44 zur Wissenschaft in Abgrenzung zu Behörden und Gerichten: „Sie leidet nicht unter einem Kompetenzproblem, denn sie ist allzuständig und kann sich mit jeder Rechtsfrage beschäftigen wie sie will. Trotz universeller Kompetenz ‚leidet‘ die Rechtswissenschaft aber unter einer anderen Begrenzung: Alle ihrer Ergebnisse sind rechtlich unverbindlich; ihre normativen Aussagen verfügen über keine normative Geltung. Die Wissenschaft hat folglich kein Kompetenzproblem, sondern ein Geltungsproblem.“; Kuntz, AcP 216 (2016), 867, 903 f. (rechtswissenschaftliche Arbeiten lediglich als „Vorhersage“ zum geltenden Recht); Dreier, in: ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 1, 53: „Die wissenschaftliche Meinung, wie sie sich im Kommentar, in der Monographie, im Aufsatz oder in welchem Publikationsformat auch immer äußert, hat keine normative Kraft, sondern kann höchstens (bestätigende oder alternative) Interpretationsangebote unterbreiten.“

³² Vogenauer, Oxf. J. Leg. Stud. 2006, 627, 648 zur Übernahme von der Rechtswissenschaft konstruierter Dogmatik durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung; zur Wissenschaft als „Vorbereiter“ für Verfassungsrechtsprechung siehe die Beispiele bei Grimm, Vorbereiter – Nachbereiter?; ein Beispiel dafür, dass sich die Rechtsprechung wohl bei von der Wissenschaft konstruierter Dogmatik bedient hat, dies aber nicht ausgewiesen hat, ist die vom BVerfG von Friedrich Müller übernommene Dogmatik zum Werk- und Wirkungsbereich der

Dogmatik als Brille

Juristen interpretieren das Recht, bilden Begriffe und konstruieren so Dogmatik.³³ Im juristischen Alltag tragen die juristischen Akteure diese Dogmatik als Brille. Durch ihre Gläser schauen sie auf das Recht.³⁴ So wie die *Kant'sche* Brille die Welt erfahrbar macht,³⁵ wird durch die Brille der Dogmatik das Recht nicht erst, doch aber besser erfahrbar und in der Folge anwendbar. Ist diese Brille auch wertvoll, müssen sich die juristischen Akteure ihrer immerfort bewusst sein.³⁶ In der eigenen Rechtsordnung ist das wichtig, um Möglickeitensinn zu bewahren. Dogmatik ist nicht das Recht selbst. Sie ist – genau wie im demokratischen Verfassungsstaat das Recht – nicht veränderungsfest, sondern entwicklungs offen.³⁷ Im Mehrebenensystem ist es eine der großen Herausforderungen, sich der Brille bewusst zu sein.³⁸ Deutsche Juristen können die nati-

Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG (das Beispiel stammt von *Lennartz*, JZ 2023, 521, 524 unter Berufung auf *Müller*, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, S. 99 ff. und die Übernahme durch BVerfG NJW 1971, 1645 – *Mephisto*). Auch auf Unionsebene ist dieses Phänomen zu beobachten. Für die Übernahme von dogmatischen Bausteinen der Rechtswissenschaft durch den EuGH *Timmermans*, RabelsZ 77 (2013), 368, 377.

³³ Es gibt viele Definitionen von Dogmatik. Hier wird gearbeitet mit der von *Lennartz*, Dogmatik als Methode: Dogmatik bezeichnet danach die Summe der juristischen Begriffe, die sich nicht unmittelbar aus der Rechtsquelle ergeben; hergestellt wird sie durch Interpretation plus Konstruktion. Zum Instrument, mit dem Dogmatik hergestellt wird, nämlich juristischer Konstruktion v. *Jhering*, in: Krawietz (Hrsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, S. 11, 67: „Die juristische Construction ist, so zu sagen, die bildende Kunst der Jurisprudenz, ihr Gegenstand, ihr Ziel ist der juristische Körper.“

³⁴ *Tuori* arbeitet mit einem anderen Bild. Er teilt das Recht in drei Schichten auf: Text und dazu konstruierte Dogmatik, Rechtskultur und juristisches Hintergrundwissen. Nach *Touvi* ist Recht nicht nur das, was im Gesetz steht, sondern das dogmatische Netz, das Juristen darüberlegen, siehe *ders.*, Critical Legal Positivism, S. 191 ff.

³⁵ Nach *Kant* ist die Anschauung als solche „blind“. Es bedarf der Konstruktion von Begriffen, um bloße Anschauungen erfahrbar zu machen. Die konstruierten Begriffe werden wie eine Brille zur Verarbeitung von Wirklichkeit getragen. Hierzu *ders.*, Kritik der reinen Vernunft, S. 40: „Gedanken ohne Inhalt sind leer, Anschauungen ohne Begriffe sind blind. Daher ist es ebenso notwendig, seine Begriffe sinnlich zu machen, (d.i. ihnen den Gegenstand in der Anschauung beizufügen,) als seine Anschauungen sich verständlich zu machen (d.i. sie unter Begriffe zu bringen).“

³⁶ *Möllers/Voßkuhle*, Die Verwaltung 2003, 321, 331 zu nationalen Dogmatiken im globalisierten Diskurs.

³⁷ *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 277: „Die Bindung des Rechtsanwenders an die Dogmatik ist schwächer als die Bindung an das Gesetz, indem eine Abweichung nur überhaupt begründet werden muss und keine besonders gewichtigen Argumente vorgebracht werden müssten, um den etwaigen Wert einer Beibehaltung der Dogmatik zu überwinden [...] die Dogmatik ist entwicklungs offen angelegt und kann von jedem Juristen jederzeit argumentativ fortgebildet werden.“

³⁸ *Riesenhuber*, FS Canaris II, S. 181, 185: „Dem Rechtsanwender liegt regelmäßig die Perspektive des nationalen Rechts näher. Sie ist auf das System des nationalen Rechts gerichtet, das im Mehrebenen-System vom Unionsrecht teils überlagert, teils ergänzt und teils inhaltlich determiniert wird. So können sich für die Dogmatik des nationalen Rechts aus dem Unionsrecht teils Störungen oder Irritationen ergeben.“

onale Brille vielleicht gar nicht mehr abnehmen. Denn sie haben mit dieser Brille lesen gelernt.³⁹ Die Dogmatik prägt ihre Sicht auf das Recht.⁴⁰ Es sind bestimmte dogmatische Figuren, die sie so verinnerlicht haben, dass sie diese nicht einmal als Dogmatik reflektieren werden.

So in den beiden großen Rechtsgebieten: Ein deutscher Jurist denkt die Grundrechtsprüfung im Dreischritt: Schutzbereich, Eingriff, Rechtfertigung.⁴¹ Die Rechtfertigung wiederum fächert sich vor seinem inneren Auge auf in einen Vierschritt: Die Verhältnismäßigkeitsdogmatik arbeitet mit legitimem Ziel, Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit.⁴² Weder die Grundrechts- noch Verhältnismäßigkeitsprüfung ist im Grundgesetz vorgegeben. Doch hat das BVerfG sie zu einer Schablone entwickelt,⁴³ welche die juristischen Akteure wie das Recht selbst anlegen.⁴⁴ Dabei könnte man die Prüfung anders strukturieren.⁴⁵ Den Civilisten ist ihre Bereichsdogmatik „Anspruch entstanden, nicht

³⁹ Wagner, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, S. 67, 91: „Der im Feinsystem erzogene Jurist läuft allerdings Gefahr, die dahinter stehenden Prinzipien nicht mehr zu erkennen und deshalb nicht imstande zu sein, das geltende Recht anders zu erklären als durch Rekurs auf System und Begriff.“; Jansen, ZEuP 2005, 750, 757: „integrative und bedeutungskonstitutive Funktion der Dogmatik“.

⁴⁰ Lobinger, AcP 216 (2016), 28, 52 ff. zur „rechtsprägende[n] Wirkung der Dogmatik“; zur Fixiertheit auf die Rechtsdogmatik der eigenen nationalen Kodifikation Zimmermann, Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung, S. 52.

⁴¹ Lennartz, Dogmatik als Methode, S. 2; diese Grundrechtsdogmatik erlebt ihrerseits eine Auffächerung in spezifischere Bereichsdogmatiken für einzelne Grundrechte, vgl. Volkmann, JZ 2005, 261, 262, der als ein Beispiel die zu Art. 12 GG konstruierte Dreistufentheorie nennt. Diese ist freilich älter als das allgemeine Schema.

⁴² Zum Vierschritt Lepsius, in: Jestaedt/ders. (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, S. 16 ff.; prägend für die Verhältnismäßigkeitsprüfung ist der letzte Prüfungsschritt der Angemessenheit (auch „Verhältnismäßigkeit i. e. S.“ genannt), hierzu Urbina, A Critique of Proportionality and Balancing, S. 2; Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, S. 54.; zur Verhältnismäßigkeitsprüfung als zentraler Figur des öffentlichen Rechts Stohlmann et al., Der Staat 63 (2024), 217, 218.

⁴³ Zu Modifikationen in der Grundrechtsdogmatik Volkmann, JZ 2005, 261, 265 ff.

⁴⁴ Beide Dogmatiken haben es geschafft, in der deutschen Rechtsordnung Fächergrenzen zu überschreiten. So wird die Grundrechtsdogmatik vom BGH eins zu eins für privatrechtliche Streitigkeiten übernommen, siehe nur mit einer lehrbuchmäßigen Verhältnismäßigkeitsprüfung BGH GRUR 2020, 853, 857 f. – *Afghanistan Papiere II*; BGH GRUR 2020, 859, 864 f. – *Reformistischer Aufbruch II*; zur Überschreitung der Fächergrenzen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Stohlmann et al., Der Staat 63 (2024), 217, 218; Lang, AöR 145 (2020), 75, 83; Tischbirek, JZ 2018, 421; von der Pfordten, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit, Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, S. 261, 262; Klatt/Meister, Der Staat 51 (2012), 159, 160.

⁴⁵ Die Grundrechtsdogmatik ist insbesondere wegen der Weite des Schutzbereichs kritisiert worden, vgl. Lennartz, Dogmatik als Methode, S. 9; für eine neue Grundrechtsdogmatik sind immer wieder Vorschläge präsentiert worden, vor allem Anfang der Nullerjahre, so von Böckenförde, Der Staat 43 (2003), 165, 174: „Kernpunkt dieses anderen Weges ist, die bisher eingefahrene duale Gegenüberstellung von Schutzbereich und Eingriff durch einen dreigliedrigen dogmatischen Ansatz zu ersetzen: Sach- und Lebensbereich – Gewährleistungsinhalt – Eingriff und Schranken des Grundrechts.“; diesen Vorschlag Böckenfördes hat Rusteberg aufgearbeitet und fortentwickelt, siehe ders., Der grundrechtliche Gewährleistungsinhalt,

untergegangen, durchsetzbar“ in Mark und Bein gegangen.⁴⁶ Im BGB steht sie nicht. Doch denkt und arbeitet der Civilist mit ihr.⁴⁷

Juristen aller Institutionen tragen diese Brille. Im Weinberg des Rechts wird sie von den juristischen Akteuren gemeinschaftlich erarbeitet und sodann verwendet.⁴⁸ Auch der Gesetzgeber trägt eine dogmatische Brille.⁴⁹ Die Beamten im Bundesministerium der Justiz arbeiten mit dem Handwerkszeug, das sie in vielen Jahren juristischer Ausbildung erlernt haben – dazu gehört auch Dogmatik. Für die Gesetzgebung bedienen sie sich eines Sets an Begriffen, die Dogmatik sind. Sie arbeiten am System mit dem System.⁵⁰ Doch wird Dogmatik auch im europäischen Mehrebenensystem immer nur konstruiert für *eine* Rechtsordnung:⁵¹ Die Akteure des Unionsrechts bauen eine Dogmatik für das System

S. 169 ff. mit dem Entwurf eines Gewährleistungsmodells; vgl. auch *Kabl*, Der Staat 43 (2004), 167; *Hoffmann-Riem*, Der Staat 43 (2004), 203; auch an Kritik zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (auch als Teilstück der Grundrechtsdogmatik) fehlt es nicht, siehe insbesondere *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, S. 214 ff.; *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 310 ff.; *Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik; *Leisner*, Der Abwägungsstaat; *Camilo de Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsjudikatur; *Aleinikoff*, Yale LJ 1987, 943.

⁴⁶ *Lennartz*, Dogmatik als Methode, S. 155 (der als Beispiel zudem die dogmatische Konstruktion der Vertrauenshaftung von *Canaris* nennt, *ebenda*, S. 71); *Stürner*, JZ 2012, 10, 11 nennt als Beispiel für „Gebrauchsdogmatik“ die „Einteilung in Anspruchs- und Einwendungsnormen“; für weitere Beispiele *Flohr*, Rechtsdogmatik in England, S. 39; *Lobinger*, AcP 216 (2016), 28, 48 nennt als besondere dogmatische Leistungen der jüngeren Privatrechtsgeschichte v. *Savignys* Abstraktionsprinzip, v. *Jherings* culpa in contrahendo und *Oertmanns* Geschäftsgrundlage; für andere dogmatische Figuren, die aus dem Privatrecht nicht wegzudenken sind, *Jansen*, ZEuP 2005, 750, 757: „Vor allem lässt sich das geltende Privatrecht aber gar nicht zutreffend beschreiben, ohne auf dogmatisch formulierte, technische Begriffe, wie das ‚subjektive Recht‘ oder das ‚Rechtsgeschäft‘, bzw. auf allgemein anerkannte Lehren, wie den ‚Abstraktionsgrundsatz‘ oder die Lehre von den ‚Verkehrspflichten‘, zu rekurren ...“.

⁴⁷ Dem Studenten der Rechtswissenschaft wird das Prüfungsschema schon im ersten Semester derart vermittelt, dass es gar keine andere Möglichkeit gibt, Ansprüche zu prüfen, siehe nur *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, § 38 Rn. 23: „Die Prüfung des einzelnen Anspruchs erfolgt in drei Schritten.“; die Akteure des Privatrechts, insbesondere die Gerichte in ihren Urteilen, präsentieren den Dreischritt dabei gar nicht mehr als Dogmatik, sondern prüfen einfach mit ihm. Zu Problemen, die jedenfalls eine sture Anwendung des Prüfungsschemas „Anspruch entstanden – Anspruch untergegangen – Anspruch durchsetzbar“ mit sich bringen kann, siehe *Fervers*, ZJS 2015, 454.

⁴⁸ *Lepsius*, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, S. 40, 43: Dogmatik als „Gemeinschaftsprodukt“ von Wissenschaft und Praxis.

⁴⁹ *Jansen*, ZEuP 2005, 750, 755: „... die dogmatischen Lehrsätze [werden] bei der gesetzlichen und richterlichen Normsetzung ihrerseits typischerweise vorausgesetzt und damit wieder ‚angewendet‘“.

⁵⁰ *Flohr*, Dogmatik in England, S. 27 zur Idee der deutschen Rechtsdogmatik: „Es geht darum, aus den Begriffen und Normen des geltenden Rechts ein System zu erschaffen, das später zur Schöpfung neuen Rechts verwendet werden kann. Insofern zerfällt dogmatisches Rechtsdenken in eine Phase der Entdeckung und eine Phase der Anwendung.“

⁵¹ Dazu, dass Dogmatiken traditionell für eine konkrete Rechtsordnung bzw. ein bestimmtes Rechtsgebiet entwickelt werden, *Jansen*, ZEuP 2005, 750, 759 f.; *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, S. 306; *Basedow* in: Zimmermann (Hrsg.), Rechtsgeschichte und

des Unionsrechts;⁵² die Akteure des nationalen Privatrechts bauen eine Dogmatik für das System des nationalen Privatrechts. Die Dogmatiken schlagen nicht aufeinander durch.⁵³ Die deutschen Akteure des Rechts müssen sich deshalb immerzu vergegenwärtigen, dass sie höherrangiges Recht durch eine Brille lesen, die nur auf das eigene System eingestellt ist.⁵⁴ Was sie im Unionsrecht sehen, hängt mindestens so sehr an der deutschen Brille als am europäischen Gegenstand selbst.⁵⁵

Arbeiten die Systeme auch mit eigenen Dogmatiken, heißt das nicht, dass ihre Akteure Dogmatiken nicht voneinander abgucken können.⁵⁶ Nur weil ein vertikaler Dogmatikimport nicht stattfinden muss, bedeutet das nicht, dass er nicht möglich ist. Deshalb kann sich die höhere Ebene von einer bewährten Dogmatik auf der niederen Ebene inspirieren lassen.⁵⁷ Das tut sie auch durchaus. Ein Beispiel dafür sind die bundesrepublikanische Grundrechts- samt Verhältnismäßigkeitsdogmatik, die Eingang in das System des Unionsrechts gefun-

Rechtsdogmatik, S. 79, 99 f.: „Die Bezogenheit des dogmatischen Denkens auf ein Rechtssystem und auf das geltende Recht gewinnt in dem mehrdimensionalen europäischen Rechtsraum in der Tat eine ganz andere Bedeutung.“; *Riesenhuber*, FS Canaris II, S. 181, 185 dazu, dass beide Dogmatiken ihre eigene Berechtigung haben und nicht ineinander aufgehen; die Funktion, die Dogmatik auf den Ebenen erfüllt, ist aber identisch, vgl. *Timmermans*, *RabelsZ* 77 (2013), 368, 369.

⁵² Für das System des Unionsrechts erfüllt die Konstruktion von Dogmatik dabei die gleiche Funktion wie für nationale Rechtssysteme, siehe *Leczykiewicz*, ERCL 2012, 47, 76; in Bezug auf die Methodenlehre (hier verstanden als Instrument zur Konstruktion von Dogmatik) hat *Langenbucher* das bereits früh festgestellt, siehe *dies.*, in: Ackermann et al. (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, S. 65, 67: „Wenn Methodenlehre zur Vereinfachung der Rechtsanwendung durch den nationalen Richter dient, so gilt dies ebenso für alle mit der Anwendung von Europarecht befaßten Gerichte.“; der fragmentarische Charakter des Unionsrechts steht dem nicht entgegen, zu diesem Gedanken *Lobinger*, AcP 216 (2016), 28, 78 f.; zum Stand konstruierter „begriffsdogmatische[r] Schichten“ im europäischen Verfassungsrecht, siehe *v. Bogdandy*, in: *ders./Bast* (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, S. 13, 19; zu „dogmatischen Leistungen“ auf Ebene des Unionsrechts *Schorkopf*, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, S. 139, 145, der insoweit insbesondere die „Entdeckung der Grundrechte“ durch den EuGH nennt.

⁵³ Soweit die Akteure Methodenlehre zur Konstruktion von Dogmatiken einsetzen, gilt dies ebenso; vgl. *Gsell*, AcP 214 (2014), 99, 107: Für das Recht der verschiedenen Ebenen könne keine „one fits all-Methodik“ angelegt werden.

⁵⁴ Das gelingt auch der Rechtswissenschaft nicht immer. Zu deren nationalstaatlicher Brille *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, S. 288 („... allzu häufig [wird] das Europarecht vor dem Hintergrund der jeweiligen nationalen Vorverständnisse gedeutet ...“); entsprechendes gilt auch für Methodenverständnisse, vgl. *Haltern/Bergmann*, in: *dies.* (Hrsg.), Der EuGH in der Kritik, S. 1, 19 f.: „Doch wer sich Urteilen des EuGH zuwendet, kann nun nicht einfach den eigenen nationalen Methodenkanon als ‚universal‘ projizieren und auf die Luxemburger Entscheidungen anwenden. Wer dies tut, verfehlt eine zentrale Interpretationsebene ...“.

⁵⁵ *Hummel*, GS Sachs, S. 41 f.

⁵⁶ *Gebauer/Wiedmann*, Zivilrecht unter europäischem Einfluss, Kap. 4 Rn. 8: Die europäischen Gerichte schöpften für die europäische Begriffsarbeit häufig aus dem nationalen Recht.

⁵⁷ Zu vertikalem Import mitgliedstaatlichen Rechts, insbesondere allgemeiner Rechtsgrundsätze, *Gsell*, AcP 214 (2014), 99, 125 ff.

Register

- AGB-Recht 174, 177
- Inhaltskontrolle nach BGB 177
 - unionsrechtliche Missbrauchsprüfung 174, 211, 218
- Antidiskriminierungsrecht 29, 88
- Anwendungsvorrang 64
- Auffangtatbestand 237, 288
- Ausfüllungsbedürftige Rechtsbegriffe 211, 231
- Auslegung 56
- grundrechtskonforme 34
 - im Unionsrecht 215
 - verfassungskonforme 34
 - richtlinienkonforme 56, 192
- Begriffsausfüllung 227
- Bindungswirkung 37, *siehe auch* Präjudizien
- Contra-legem-Grenze 56, 192
- Datenschutzrecht 165
- Einwilligungserklärung 171
 - immaterieller Schaden 165
 - Schadensersatzanspruch 167, 137
- Deliktische Haftung 132
- Direction de la recherche et documentation 304
- Dispositionsmaxime 296
- Dogmatik 19
- Dogmatikimport 196
 - Funktion 22
 - Horizontaldogmatik 19, 163
 - Privatrechtsdogmatik 19
 - Vertikaldogmatik 17, 19
- Effektivitätsgrundsatz 111
- Effet utile 108, 111
- Einzelfallgerechtigkeit 235
- Ermessensreduktion auf Null 48, 121
- EuGH 275
- Arbeitsweise 291
 - Dialogpartner 275
 - Kabinette 305
 - Kompromisslösungen 308
 - Multikulturalität 300
 - Zuständigkeit 215
- Europäisches Privatrecht 83
- Europäisierung 49
- Fächeraufteilung 75
- Fächerdenken 83
- Fächerdichotomie *siehe* Fächeraufteilung
- Form 70
- Formenkongruenz 211
- Funktionale Subjektivierung 126
- Generalanwalt 305
- Generalklausel 42, 224, 148
- Grundgesetz 32
- Grundrechtsdogmatik 32
- Harmonisierung 50
- Horizontaldogmatik *siehe* Dogmatik
- Hybridisierung 94
- Individualschutzzweck 155, *siehe auch* Schutzgesetzdogmatik
- Institutionelles Gleichgewicht 229
- Kohärenzanspruch 50
- Kompetenztitel 90
- Konkretisierung 227
- Konstitutionalisierung 31
- Koppelungsmechanismus 55
- materiell-rechtlich 64
 - methodologisch 56
 - prozedural 66

- Lauterkeitsrecht 237
 Lüth 31, 40, 43

 Matrix 15, 70
 Mehrebenensystem 1, 18
 Metall auf Metall-Rechtssache 264, 286
 Mischwesen 96
 Mitharmonisierung 251, 257
 Mittelbare Drittwirkung 41

 Öffentliche Interessen 29
 Öffentliches Recht 31, 81

 Präjudizien 34
 Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung 229
 Private enforcement 108
 Private Rechtsdurchsetzung *siehe* private enforcement

 Quelle-Rechtssache 184

 Richtlinie 182
 – richtlinienkonforme Auslegung 56, 192
 – richtlinienkonforme Rechtsfortbildung 191
 – Umsetzung 182

 Schlussanträge 303, *siehe auch* Generalanwalt
 Schutzgesetz 131
 Schutzgesetdogmatik 154, *siehe auch* Schutzgesetz
 Sekundärrechtliche Haftungstatbestände 137
 Staatshaftung 107
 System 19
 Systemanspruch 20, *siehe auch* Kohärenzanspruch
 Systembegriff *siehe* System

 Teilrechtsordnungen 77

 Unbestimmte Rechtsbegriffe 219
 Unionsprivatrecht 83
 Unmittelbare Wirkung 64, 106
 Urheberrecht 253
 – Filter 267
 – Ausnahmen und Beschränkungen 253
 – Schranken 253
 – freie Benutzung 260
 – Schutzbereichsbegrenzung 263
 – Mutmaßlich erlaubte Nutzung 267

 Verbraucherschutzrecht 185
 Verfassungsbeschwerde 38
 Verfassungsdogmatik 32
 Verfassungsinterpretation 34
 Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 47
 Verjährung 248
 Verordnung 164
 – Haftungsnormen 165, *siehe auch* Sekundärrechtliche Haftungstatbestände
 – Wirkung 164
 Vertikaldogmatik *siehe* Dogmatik
 Vertikalschnittstelle 129, 147
 Vertragsrecht 184, 196, 248
 – Vertragstypologie des BGB 199
 – digitale Produkte 196
 – Vertragstypologisierung 203
 Vorabentscheidungsmechanismus 66, 275
 Vorlagefragen 66, 277
 – Formulierung 282
 – Bearbeitung am EuGH 293
 – Umformulierung 294
 – Einarbeitung in das nationale System 311

 Wiener Schule 17
 Wirksamkeitsgebot 115
 Wortpaare 223, 250