

MORITZ REICHENBACH

Voraussetzungen und  
Grundzüge unionsrechtlicher  
Systembildung

*Gesellschaft für Rechtsvergleichung e. V.*

*Rechtsvergleichung  
und Rechtsvereinheitlichung*

96

---

**Mohr Siebeck**

# Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung

herausgegeben von der  
Gesellschaft für Rechtsvergleichung e.V.

96





Moritz Reichenbach

# Voraussetzungen und Grundzüge unionsrechtlicher Systembildung

dargestellt am Beispiel ausgewählter  
Bereiche des Unionsprivatrechts

Mohr Siebeck

*Moritz Reichenbach*, geboren 1995; Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg; Rechtsreferendariat im Freistaat Thüringen; Rechtsanwalt in Frankfurt am Main; 2023 Promotion in Heidelberg; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Bundesverfassungsgericht; Postdoktorand am Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie in Frankfurt am Main.  
orcid.org/0009-0000-9533-6399

Diese Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertationsschrift angenommen und zum Druck freigegeben.

ISBN 978-3-16-162533-6 / eISBN 978-3-16-163210-5  
DOI 10.1628/978-3-16-163210-5

ISSN 1861-5449 / eISSN 2569-426X (Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung)

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

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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 Buch wurde von Beltz Grafische Betriebe in Bad Langensalza auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und dort gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Abhandlung wurde im Sommersemester 2021 von der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg als Dissertation angenommen. Im Wesentlichen entstand sie während meines Referendariats in den Jahren 2018 bis 2020; Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur habe ich für die Druckfassung bis Januar 2023, vereinzelt auch darüber hinaus berücksichtigt.

Mein aufrichtiger Dank gilt in erster Linie meinem verehrten Doktorvater, Professor Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff, vor allem für die Betreuung dieser Arbeit sowie seine weit darüber hinausreichende fachliche und persönliche Förderung, aber auch dafür, mich mit seiner einnehmenden und mitreißenden Art für das Unternehmensrecht begeistert und mein Interesse an der wissenschaftlichen Arbeit geweckt zu haben. Professor Dr. habil. Dr. h.c. mult. Peter-Christian Müller-Graff, Ph.D. h.c., MAE, danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens und seine wertvollen kritischen Anregungen. Außerdem bin ich Professor Dr. Justus Meyer für seine großzügige und unkomplizierte Hilfe im Sommer 2020 zu großem Dank verpflichtet.

Schließlich möchte ich meinen Eltern danken, deren liebevolle Unterstützung mir immer mein wichtigster Rückhalt war und bleiben wird. Ihnen widme ich dieses Buch.

Frankfurt am Main, im Januar 2024

Moritz Reichenbach



# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
I. Einführung .....	1
II. Terminologische und begriffliche Grundlagen .....	5
1. <i>Unionsrecht und Unionsprivatrecht</i> .....	5
2. <i>Rechtsbegriff</i> .....	7
3. <i>Begriff der Rechtsgemeinschaft</i> .....	52
III. Entwicklungsgeschichte des Systemdenkens in der deutschen Jurisprudenz .....	55
1. <i>Naturrechtliche Wurzeln</i> .....	56
2. <i>Deutscher Idealismus</i> .....	56
3. <i>Savigny und die Historische Rechtsschule</i> .....	58
4. <i>Neukantianismus</i> .....	60
5. <i>Interessenjurisprudenz</i> .....	63
6. <i>Engischs „Einheit der Rechtsordnung“</i> .....	64
7. <i>Canaris' Systemdenken</i> .....	74
8. <i>Kritik an Canaris' Systemdenken</i> .....	87
9. <i>Zusammenfassung</i> .....	91
IV. Entwicklungsgeschichte des Systemdenkens in der unionseuropäischen Jurisprudenz und Rechtsprechung .....	93
1. <i>Überblick über den Entwicklungs- und Diskussionsstand in         der Literatur</i> .....	93



2. <i>Die Rechtsprechung des EuGH</i> .....	97
3. <i>Desiderate</i> .....	100
V. Theoretische Grundlagen unionsrechtlicher Systembildung	103
1. <i>Prinzipielle Einwände gegen unionsrechtliche Systembildung</i> .....	103
2. <i>Systemeigenschaft des Unionsrechts</i> .....	106
3. <i>Der juristische Systembegriff</i> .....	120
VI. Analyse ausgewählter Teilgebiete des Unionsprivatrechts ...	121
1. <i>Unionales Schuldvertragsrecht</i> .....	122
2. <i>Unionales Gesellschaftsrecht</i> .....	178
3. <i>Unionales Kapitalmarktrecht</i> .....	225
4. <i>Weitere Rechtsgebiete</i> .....	238
5. <i>Ergebnis</i> .....	246
VII. Positivistische Systemkonzeptionen .....	249
VIII. Bedenken aus englischer Perspektive .....	253
IX. Zusammenfassung und Ausblick .....	259
X. Thesen .....	261
Literaturverzeichnis .....	281
Sachregister .....	305

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
I. Einführung .....	1
II. Terminologische und begriffliche Grundlagen .....	5
1. <i>Unionsrecht und Unionsprivatrecht</i> .....	5
2. <i>Rechtsbegriff</i> .....	7
a) Die Definition <i>Radbruchs</i> .....	7
b) Rechtspositivismus .....	8
c) Zweck des Rechts .....	9
aa) Zweck des Rechts nach <i>Radbruch</i> .....	9
bb) Kritik an <i>Radbruchs</i> Philosophie .....	10
cc) Vereinigung der „höchsten“ Zwecke des Rechts in der herrschenden Gemeinwohlvorstellung der Gemeinschaft .....	12
dd) Wesen von Gemeinschaft und herrschender Gemeinwohlvorstellung .....	16
ee) Geschichtlichkeit der herrschenden Gemeinwohlvorstellung .....	21
d) Die anderen Seiten der Rechtsidee .....	22
aa) Gleichheitssatz .....	23
bb) Rechtssicherheit .....	24
e) Spannungen innerhalb der Rechtsidee .....	25
f) Unteilbarkeit der Rechtsidee .....	26
g) Konkretisierung der herrschenden Gerechtigkeitsvorstellung .....	27
h) Internationales Recht .....	31
aa) Internationales Einheitsrecht .....	32
bb) (Punktueller) Synthese der mitgliedstaatlichen Gerechtigkeitsvorstellungen in der Europäischen Union? .....	33
(1) Öffnung der mitgliedstaatlichen Gemeinschaften .....	34
(2) (Unions-)Europäische Identitätsbildung .....	37
(a) Grundlagen .....	37
(b) Triebkräfte .....	41

(c) Aufgegebenheit .....	45
(3) Institutionelle Voraussetzungen für die Konkretisierung einer unionseuropäischen Gerechtigkeitsvorstellung .....	46
(a) Keine „Verfassung“ auf unionseuropäischer Ebene .....	46
(b) Gesetzgebung .....	48
(c) Rechtsprechung .....	50
(d) Europäische Rechtswissenschaft .....	50
(4) Ergebnis .....	51
3. <i>Begriff der Rechtsgemeinschaft</i> .....	52
a) Kein Souveränitätserfordernis .....	53
b) Abgrenzung vom „staatsrechtlichen“ Begriff der Rechtsgemeinschaft .....	53
<b>III. Entwicklungsgeschichte des Systemdenkens in der deutschen Jurisprudenz</b> .....	55
1. <i>Naturrechtliche Wurzeln</i> .....	56
2. <i>Deutscher Idealismus</i> .....	56
3. <i>Savigny und die Historische Rechtsschule</i> .....	58
4. <i>Neukantianismus</i> .....	60
a) Marburger Schule .....	60
b) Heidelberger Schule .....	62
5. <i>Interessenjurisprudenz</i> .....	63
6. <i>Engischs „Einheit der Rechtsordnung“</i> .....	64
a) Objektive und rechtswissenschaftliche Einheit .....	64
b) Bestandteile einer Rechtsordnung .....	65
c) Das einheitsbegründende Element der Rechtsordnung .....	65
aa) <i>Kelsens Grundnormlehre</i> .....	65
(1) Bedenken gegenüber einer fiktiven Grundnorm .....	66
(2) Kontinuität der Rechtsordnung trotz Wechsels der Grundnorm .....	67
bb) Verfassung und Staatsgebiet .....	67
cc) Wille der rechtsetzenden Institution .....	68
(1) Bedenken gegenüber <i>Wenzels</i> Rezeptionsgedanken .....	69
(2) Kein einheitlicher Wille bei Institutionenpluralismus .....	70
dd) Wille der Rechtsgemeinschaft als einheitsstiftendes Element ...	71
d) Die innere Einheit der Rechtsordnung .....	72
e) Zusammenfassung .....	73
7. <i>Canaris' Systemdenken</i> .....	74
a) Der allgemeine bzw. philosophische Systembegriff .....	74

b)	Ordnung und Einheit des Rechts .....	74
aa)	Ordnung .....	75
bb)	Einheit .....	75
cc)	Ergänzung .....	76
c)	Der juristische Systembegriff .....	79
d)	Allgemeine Rechtsprinzipien als systemtragende Elemente .....	80
aa)	Das Wesen allgemeiner Rechtsprinzipien .....	80
bb)	Die Wirkungsweise allgemeiner Rechtsprinzipien bei der Systembildung .....	81
cc)	Die Gewinnung allgemeiner Rechtsprinzipien .....	82
(1)	Gewinnung aus dem positiven Recht .....	82
(2)	Rückführung auf die Rechtsidee .....	83
(3)	Rückführung auf die „Natur der Sache“ .....	86
8.	<i>Kritik an Canaris' Systemdenken</i> .....	87
9.	<i>Zusammenfassung</i> .....	91
 IV. Entwicklungsgeschichte des Systemdenkens in der unionseuropäischen Jurisprudenz und Rechtsprechung .....		93
1.	<i>Überblick über den Entwicklungs- und Diskussionsstand in der Literatur</i> .....	93
a)	Ablehnende Haltung in früherer Zeit .....	93
b)	Auflockerung des Meinungsbildes .....	94
c)	Aufspaltung des Meinungsbildes .....	95
2.	<i>Die Rechtsprechung des EuGH</i> .....	97
3.	<i>Desiderate</i> .....	100
 V. Theoretische Grundlagen unionsrechtlicher Systembildung .....		103
1.	<i>Prinzipielle Einwände gegen unionsrechtliche Systembildung</i> .....	103
a)	Der „Pointillismus-Einwand“ .....	103
b)	Der „empirische Einwand“ .....	104
2.	<i>Systemeigenschaft des Unionsrechts</i> .....	106
a)	Systemeigenschaft des Unionsrechts als Ausfluss des Gleichheitssatzes? .....	106
aa)	Keine isolierte Existenz des Gleichheitssatzes .....	107
bb)	Verschließung gegenüber rechtsvergleichender Prinzipienengewinnung .....	110
b)	Entscheidend: Existenz einer unionseuropäischen Gerechtigkeitsvorstellung .....	111
c)	Zusammenhang mit den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen .....	112

aa) Mitgliedstaatliche Rechtsordnungen als Medium zur Erkenntnis der unionseuropäischen Gerechtigkeitsvorstellung .....	112
bb) Einordnung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen als Rechtsgewinnungsquelle für die Unionsebene .....	113
cc) Keine Beschränkung auf übereinstimmende Wertungen .....	114
dd) Autonomie der Auslegung und Fortbildung des Unionsrechts .....	115
d) Allgemeine Rechtsprinzipien als systemtragende Elemente .....	115
aa) Gewinnung aus dem positiven Unionsrecht .....	118
bb) Rückführung auf die Rechtsidee .....	119
cc) Rückführung auf die „Natur der Sache“ .....	119
3. <i>Der juristische Systembegriff</i> .....	120
VI. Analyse ausgewählter Teilgebiete des Unionsprivatrechts ...	121
1. <i>Unionales Schuldvertragsrecht</i> .....	122
a) <i>Acquis Communautaire</i> .....	122
aa) Primärrecht .....	122
bb) Sekundärrecht .....	124
cc) <i>Acquis Principles (ACQP)</i> .....	126
dd) Fragmente eines unionseuropäischen Schuldvertragsrechts ...	127
(1) Allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Vertragsschluss und Vertragsbegriff .....	131
(2) Vorvertragliche (Informations-)Pflichten .....	134
(3) Verbraucherwiderrufsrechte .....	136
(4) Regelung von Vertragsinhalten .....	138
(a) Unverbindliche Vertragsklauseln .....	139
(b) Leistungspflichten und -modalitäten .....	143
(c) Leistungsstörungenrecht .....	144
(5) Vertragstypisierung .....	147
(6) Diskriminierungsschutz .....	149
ee) Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (GEK) .....	152
b) Gemeineuropäische Regel- und Prinzipiensammlungen .....	153
aa) <i>Principles of European Contract Law (PECL)</i> .....	154
bb) <i>Draft Common Frame of Reference (DCFR)</i> .....	155
cc) Berücksichtigung bei der Systembildung .....	156
c) Prinzipien und Grundsätze .....	156
aa) Vertragsfreiheit .....	157
bb) Bindungswirkung des Vertrages ( <i>pacta sunt servanda</i> ) .....	159
cc) Informationsprinzip .....	161
dd) Transparenzprinzip .....	163
ee) Gleichbehandlungsprinzip bzw. Diskriminierungsverbot .....	164
ff) Verbraucherschutzprinzip .....	166
gg) Prinzipien des Schadensersatzrechts .....	168

hh) Treu und Glauben	170
ii) Weitere Prinzipien	172
d) Ergebnis	177
2. <i>Unionales Gesellschaftsrecht</i>	178
a) Niederlassungsfreiheit und sonstiges Primärrecht	179
b) Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Gesellschaftsrechte	181
aa) Gründung, Nichtigkeit und handelsrechtliche Publizität	182
bb) Haftungsverfassung	183
cc) Organisationsverfassung	184
dd) Kapitalverfassung	187
ee) Strukturmaßnahmen	191
ff) Rechnungslegung	192
c) Supranationale Rechtsformen	195
aa) Europäische Gesellschaft (SE)	196
bb) Europäische Privatgesellschaft (SPE)	197
d) European Model Companies Act (EMCA)	198
e) Prinzipien und Grundsätze	200
aa) Haftungsrechtliche Grundsätze	201
bb) Informations- und Transparenzprinzip	203
cc) Gläubigerschutzprinzip	207
dd) Gesellschafterschutzprinzip	209
(1) Information	209
(2) Mitwirkung	209
(3) Gleichbehandlung	211
ee) Allgemeine (Verfahrens-)Grundsätze des Rechts der Strukturmaßnahmen	213
(1) Gesellschafterschutz	214
(2) Gläubigerschutz	216
(3) Arbeitnehmerschutz	217
ff) Treu und Glauben	218
gg) Ausrichtung auf Nachhaltigkeit und Gemeinwohl?	219
hh) Weitere Prinzipien	223
f) Ergebnis	225
3. <i>Unionales Kapitalmarktrecht</i>	225
a) Primärrecht	226
b) Sekundärrecht	227
aa) Marktorganisation	227
bb) Primärmarkt	228
cc) Sekundärmarkt	229
dd) Marktaustritt	231
ee) Recht der Finanzmarktintermediäre	231
ff) Investmentrecht	232

gg) Kapitalmarktaufsicht .....	233
hh) Ausblick .....	233
c) Prinzipien und Grundsätze .....	233
d) Ergebnis .....	237
4. <i>Weitere Rechtsgebiete</i> .....	238
a) Unionales Arbeitsrecht .....	238
b) Unionales Zivilprozessrecht .....	241
c) Ausblick .....	245
5. <i>Ergebnis</i> .....	246
VII. Positivistische Systemkonzeptionen .....	249
VIII. Bedenken aus englischer Perspektive .....	253
IX. Zusammenfassung und Ausblick .....	259
X. Thesen .....	261
Literaturverzeichnis .....	281
Sachregister .....	305

# I. Einführung

In der deutschen Rechtswissenschaft hat sich schon frühzeitig die Erkenntnis durchgesetzt, dass verschiedene Normen einer Rechtsordnung nicht unverbunden nebeneinander, sondern in einem spezifischen Zusammenhang stehen.<sup>1</sup> Bereits *Savigny* sprach im ersten Band seines im Jahr 1840 erschienenen Werkes „System des heutigen römischen Rechts“ von dem „inneren Zusammenhang, welcher alle Rechtsinstitute und Rechtsregeln zu einer großen Einheit verknüpft“.<sup>2</sup> Und auch in der Folge waren rechtswissenschaftliche Untersuchungen stets von der Vorstellung beherrscht, „die Rechtssätze in ihrem systematischen Zusammenhang, als einander bedingende und von einander abstammende, zu erkennen“<sup>3</sup>, sie als ein „System von Werturteilen und Wertideen“<sup>4</sup> zu begreifen oder ihren „inhaltslogischen Zusammenhang“<sup>5</sup> zu ergründen. *Canaris* hat diese Systematisierungsbestrebungen vor rund einem halben Jahrhundert aufgegriffen<sup>6</sup> und hieraus das für die deutsche Jurisprudenz noch heute maßgebliche Systemverständnis entwickelt.<sup>7</sup> Namentlich sei es Sinn und Zweck juristischer Systembildung, „die wertungsmäßige Folgerichtigkeit und innere Einheit der Rechtsordnung darzustellen und zu verwirklichen“.<sup>8</sup> Und in der Tat wird es im heutigen Schrifttum verbreitet als „eine der wichtigsten Aufgaben der wissenschaftlichen Jurisprudenz“ angesehen, „die Sinnzusammenhänge, in denen die einzelnen Rechtsnormen und Regelungen miteinander und mit den leitenden Prinzipien der Rechtsordnung stehen“, aufzudecken und „in der Form eines Systems“ darzustellen.<sup>9</sup> Das „innere System“ der Rechtsordnung zeichnet den inhaltlichen Gesamtzusammenhang vor, in den einzelne Rechtsnormen und -institute einzuord-

---

<sup>1</sup> Für alle *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 437.

<sup>2</sup> *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts I, 1840, S. 214.

<sup>3</sup> *Puchta*, Cursus der Institutionen, 1841, S. 37.

<sup>4</sup> *Heck*, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932, S. 132.

<sup>5</sup> *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 32.

<sup>6</sup> Vgl. *Canaris*, System, 1983, S. 11 ff. Die erste Auflage des Werks stammt aus dem Jahr 1969.

<sup>7</sup> Vgl. zur anhaltenden Aktualität des von *Canaris* entwickelten Systemverständnisses *Ackermann*, ZEuP 2018, 741 (741 f.); *Riesenhuber*, in: FS *Canaris*, 2017, S. 181 (187 f.); *ders.*, System, 2003, S. 10 ff.

<sup>8</sup> *Canaris*, System, 1983, S. 18.

<sup>9</sup> Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 437; vgl. hierzu auch *Ackermann*, ZEuP 2018, 741 (741 f.).



nen sind<sup>10</sup>, und bildet damit das tragende Element der Dogmatisierung des deutschen Rechtsstoffes.<sup>11</sup>

Auf Ebene des Unionsrechts dagegen ergibt sich ein weniger deutliches Bild. Während das Schrifttum hier (noch immer) grundlegend über Möglichkeit und Sinn von Systembildung streitet, betreibt der EuGH eine solche schon seit langem – zum Teil notgedrungen – ohne rechtstheoretisch<sup>12</sup> gesicherte Grundlage<sup>13</sup> und schafft „auf diesem Wege Tatsachen, die durch eine politische Entscheidung der Mitgliedstaaten nur schwer wieder revidiert werden können“.<sup>14</sup> Insbesondere ist die unionsgerichtliche Praxis dort umstritten, wo sie zur Ermittlung allgemeiner Rechtsprinzipien auf eine wertende Vergleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zurückgreift. Während einige Autoren diese Vorgehensweise begrüßen<sup>15</sup> und mitunter sogar für unentbehrlich halten<sup>16</sup>, reicht das übrige Meinungsspektrum von verhaltenen Einwänden aus praktischer<sup>17</sup> und methodologischer<sup>18</sup> Sicht bis hin zum Vorwurf der „Methodenwillkür“<sup>19</sup>. So wird dem EuGH entgegengehalten, dass er allgemeine Rechtsgrundsätze oder tragende Prinzipien nur „erfinde“<sup>20</sup> und damit „eigenmächtige“ Systembildung betreibe.<sup>21</sup> Andere dagegen wollen ihn zu einem mit dem Gesetzgeber „gleichrangigen Ak-

<sup>10</sup> Vgl. *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1 (12).

<sup>11</sup> Vgl. auch *Riesenhuber*, in: FS Canaris, 2017, S. 181 (183); *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 101.

<sup>12</sup> Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird nicht streng zwischen „Rechtstheorie“ und „Rechtsphilosophie“ unterschieden; vgl. auch *A. Kaufmann*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 1 (9); vgl. in diesem Zusammenhang auch *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 191 ff.

<sup>13</sup> Vgl. *Schroeder*, Das Gemeinschaftsrechtssystem, 2002, S. 196.

<sup>14</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2022, Rn. 648b; kritisch auch *v. Arnim*, NJW 2007, 2531 (2534).

<sup>15</sup> So etwa *Hommelhoff*, AcP 192 (1992), 71 (98 f.); wohl auch *Lobinger*, AcP 216 (2016), 28 (78 f.); vgl. auch *Schwartz*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2021, § 4 Rn. 26; *v. Danwitz*, EuR 2008, 769 (784 f.).

<sup>16</sup> So *Basedow*, JZ 2016, 269 (276), wonach die „Konfrontation“ des europäischen Privatrechts „mit der geschichtlichen Vielfalt der nationalen Privatrechtsordnungen“ unvermeidlich und insofern rechtlich auch geboten sei; vgl. auch *Stotz*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2021, § 20 Rn. 24 ff., 30.

<sup>17</sup> Vgl. *Riesenhuber*, AcP 218 (2018), 693 (719 f.) m. w. N.; *Canaris*, in: FS Kitagawa, 1992, S. 59 (83 f.), *ders.*, JZ 1987, 543 (549 f.) erhebt Bedenken in Bezug auf Zweckmäßigkeit und Praktikabilität der Rechtsvergleichung im Allgemeinen.

<sup>18</sup> So insbesondere *Riesenhuber*, in: FS Canaris, 2017, S. 181 (199 f., 202); *ders.*, AcP 218 (2018), 693 (714 f.).

<sup>19</sup> So namentlich *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2022, Rn. 648b, 820a; *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1 (3 f., 16 f.); *Jahn*, NJW 2008, 1788 (1788 f.); vgl. ferner *Preis*, NZA 2006, 401 (406).

<sup>20</sup> Vgl. *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 225; ferner *Klöhn*, LMK 2009, 294692.

<sup>21</sup> Vgl. *Höpfner/Rüthers*, AcP 209 (2009), 1 (12 f.); *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, 2008, S. 224 f.; vgl. ferner *ders.*, JArbR 57 (2020), 69 (89).

teur bei der Systembildung“ erheben.<sup>22</sup> Weite Teile des Schrifttums begnügen sich schließlich damit, die unionsgerichtliche Praxis zu beschreiben; „wissenschaftlich fundierte Lösungsvorschläge“ zu rechtstheoretischen Fragen auf Unionsebene werden nur selten vorgelegt.<sup>23</sup> Einer europäischen Rechtswissenschaft, welche die Reflexion auf ihr eigenes Tun als notwendige Teildisziplin ihrer selbst wahrnimmt und die Bedeutung und Struktureigentümlichkeit des Unionsrechts nicht nur beschreiben, sondern auch verstehen will, wird dies freilich kaum gerecht.<sup>24</sup> Systemfragen sind immer auch rechtstheoretische Fragen.<sup>25</sup> Systembildung darf keineswegs *ad libitum* erfolgen, wenn das Recht nicht der Willkür seines Anwenders preisgegeben werden soll. Für das Unionsrecht als ein „Recht im Werden“<sup>26</sup> gilt dies sogar in besonderem Maße. Denn nicht nur strapaziert unschlüssige Systembildung die bürgerschaftliche Akzeptanz des Unionsrechts.<sup>27</sup> Vielmehr ist das noch immer vergleichsweise schwach ausgeprägte Rechtsgefüge der Union in besonderer Weise auf die Ergänzung durch allgemeine Rechtsprinzipien angewiesen. Umgekehrt setzt es deren beliebigen Aufstellung auch nur wenig entgegen. Die Handhabung dieser ergänzungsbedürftigen Regelungsmaterie lastet in erster Linie auf den Schultern der Unionsgerichtsbarkeit, Art. 19 EUV. Soweit der europäischen Rechtswissenschaft die Aufgabe zukommt, der Rechtsprechung geeignete „Instrumente und Material für die Lösung künftiger Fälle“ bereitzustellen<sup>28</sup>, gilt dies mithin insbesondere auch für die Frage nach Notwendigkeit, Berechtigung, Reichweite und Grenzen unionsrechtlicher Systembildung.

Der hierin begründete Untersuchungsauftrag wird vorliegend zum Anlass genommen, einen Ausschnitt des insoweit aufgeworfenen Fragenkreises näher auszuleuchten. Zu diesem Zweck sollen zunächst die terminologischen und begrifflichen Grundlagen geklärt und damit einhergehend auch das der Untersuchung zugrundeliegende Verständnis von Recht skizziert werden (II.). Hiervon ausgehend werden das juristische Systemdenken und der juristische Systembegriff anhand ihrer Entwicklungsgeschichte in der deutschen Jurisprudenz erschlossen (III.). Nach einer kurzen Darstellung des auf Fragen der Systembildung bezogenen Entwicklungs- und Diskussionsstandes in der unionsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung (IV.) soll zunächst auf die theoretischen Grundlagen unionsrechtlicher Systembildung eingegangen (V.) und das Unionsrecht sodann anhand ausgewählter Teilgebiete des Unionsprivatrechts auf seine Systemeigenschaft untersucht werden (VI.). Abschließend erfolgt eine kurze Auseinanderset-

---

<sup>22</sup> Grundmann, *RabelsZ* 75 (2011), 882 (922).

<sup>23</sup> So namentlich *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 2022, Rn. 648b, 820a; vgl. ferner *Jestaedt*, in: *Herzig/Klamert/Palmstorfer/Puff/Vranes/Weismann* (Hrsg.), *Europarecht und Rechtstheorie*, 2017, S. 1 (18).

<sup>24</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang *Larenz*, *Methodenlehre*<sup>1</sup>, 1960, Vorwort.

<sup>25</sup> Vgl. auch *Schroeder*, *Das Gemeinschaftsrechtssystem*, 2002, S. 26 f.

<sup>26</sup> *Steindorff*, *EG-Vertrag und Privatrecht*, 1996, S. 40 f.

<sup>27</sup> Vgl. *Schroeder*, *Das Gemeinschaftsrechtssystem*, 2002, S. 198 ff.

<sup>28</sup> Vgl. *C. Baldus*, in: *EnzEuR I*, § 6 Rn. 10.

zung mit positivischen Systemkonzeptionen (VII.) sowie mit den Einwänden, die speziell von englischer Seite gegenüber (unions-)rechtlicher Systembildung geltend gemacht werden (VIII.).

## II. Terminologische und begriffliche Grundlagen

Ihren Gegenstand hinreichend präzise zu bestimmen, ist typischerweise der erste und oftmals zugleich der wichtigste Schritt einer wissenschaftlichen Untersuchung – insbesondere dann, wenn es sich um eine systemorientierte Betrachtung handelt. Grund hierfür ist, dass sich die systemorientierte Betrachtung eines bestimmten Gegenstandes – vor allem wenn es sich bei diesem Gegenstand um eine vergleichsweise leicht (ver-)formbare Materie wie Recht handelt – regelmäßig der Gefahr ausgesetzt sieht, diesen Gegenstand entgegen seiner recht eigentlichen Natur in systematische Konturen zu *zwingen*, ihm gewissermaßen „Gewalt anzutun“.<sup>1</sup> Ziel einer wissenschaftlichen Untersuchung ist es jedoch, ihren Gegenstand so zu erfassen, wie er tatsächlich ist. Systembildung kann nur dort zu wissenschaftlicher Erkenntnis führen, wo ihr Objekt – im Rahmen der vorliegenden Untersuchung also das Unionsrecht – die Eigenschaft eines Systems auch tatsächlich aufweist.<sup>2</sup> Um das Unionsrecht auf seine Systemeigenschaft zu untersuchen, muss jedoch zunächst einmal geklärt werden, was überhaupt gemeint ist, wenn im vorliegenden Zusammenhang von „Unionsrecht“ die Rede ist – und zwar sowohl in terminologischer als auch in begrifflicher Hinsicht.<sup>3</sup>

### 1. Unionsrecht und Unionsprivatrecht

In terminologischer Hinsicht soll „Unionsrecht“ hier sämtliche auf Unionsebene geltenden Rechtssätze bezeichnen, d. h. die den Rechtsgeltungsquellen<sup>4</sup> des Unionsrechts entstammenden Vorschriften des primären wie des sekundären, des geschriebenen wie des ungeschriebenen Rechts der Europäischen Union<sup>5</sup>, *nicht* hingegen die Normen der nationalen Rechtsordnungen ihrer Mitgliedstaaten. Von ihnen wird vielmehr als von den „nationalen“ oder den „mitgliedstaatlichen“ Rechten die Rede sein.

---

<sup>1</sup> Vgl. *Canaris*, System, 1983, S. 13.

<sup>2</sup> Vgl. *Canaris*, System, 1983, S. 13.

<sup>3</sup> Vgl. zum Verhältnis von Terminologie und Begriff *Böckenförde*, Gemeinwohlvorstellungen bei Klassikern der Rechts- und Staatsphilosophie, in: Münkler/Bluhm/Fischer (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn III, 2002, S. 43 (43).

<sup>4</sup> Vgl. zum Begriff der Rechtsgeltungsquelle *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 5 (8 f.).

<sup>5</sup> Vgl. hierzu *Herdegen*, Europarecht, 2022, § 8; *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 2018, § 9.

Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung wird ein besonderer Fokus auf dem Unionsprivatrecht liegen. Unter Unionsprivatrecht wird das nach Maßgabe der vorstehenden Ausführungen *unionsrechtliche* Privatrecht verstanden, d. h. das im Primärrecht enthaltene und auf seiner Grundlage gesetzte sowie das ungeschriebene (sekundäre) Privatrecht.<sup>6</sup> Zwar wird die hiermit bezeichnete Materie bislang zumeist unter dem Stichwort des „Europäischen Privatrechts“ erörtert.<sup>7</sup> Von dieser Bezeichnung soll jedoch mit Blick auf ihren ambivalenten Bedeutungsgehalt bewusst abgewichen werden. Bspw. untersucht *Kötz* unter dem Titel „Europäisches Vertragsrecht“ verschiedene Einzelfragen des Vertragsrechts in einem umfassenden Vergleich der *nationalen* Rechtsordnungen Europas.<sup>8</sup> *Flessner* fasst darüber hinaus sämtliche im „Lebensraum“ Europa geltenden privatrechtlichen Normen unter der Bezeichnung des Europäischen Privatrechts zusammen, d. h. über die hier als Unionsprivatrecht bezeichneten Normen hinaus auch das aufgrund internationaler Konventionen vereinheitlichte Privatrecht<sup>9</sup> sowie die mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen.<sup>10</sup> *Langenbucher/Donath* dagegen nähern sich dem Europäischen Privatrecht in erster Linie vom nationalen Privatrecht her bzw. mit Blick auf die Fragestellung, „auf welche Weise [die] unionsrechtlichen Normen Bedeutung für das nationale Privatrecht erlangen“.<sup>11</sup> Darüber hinaus impliziert die Bezeichnung „Europäisches Privatrecht“ die Geltung der hierdurch in Bezug genommenen Rechtssätze in sämtlichen europäischen Staaten, obgleich nicht alle dieser Staaten Mitglieder der Europäischen Union sind.<sup>12</sup> Aus diesem Grund soll hier der von *Müller-Graff* etablierte Terminus des Gemeinschaftsprivatrechts<sup>13</sup> aufgegriffen und unter Anpassung an die Fortentwicklung der Europäischen Gemeinschaft hin zur Europäischen Union verwendet werden.<sup>14</sup>

<sup>6</sup> Ähnlich *Riesenhuber*, System, 2003, S. 31.

<sup>7</sup> Vgl. etwa *Riesenhuber*, System, 2003, S. 31 m. w. N.; vgl. ferner *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht, 2020, Rn. 1, 8 ff.; *Schulze/Zoll*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 1 Rn. 14 ff.; *Stürner*, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 3 Rn. 1 ff.

<sup>8</sup> Vgl. *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, 2015.

<sup>9</sup> Jedenfalls sofern „eine nennenswerte Anzahl von europäischen Staaten den Konventionen beigetreten ist“, vgl. *Flessner*, JZ 2002, 14 (15); vgl. auch *Basedow*, AcP 200 (2000), 445 (456).

<sup>10</sup> Vgl. *Flessner*, JZ 2002, 14 (14 f.).

<sup>11</sup> *Langenbucher/Donath*, in: *Langenbucher* (Hrsg.), Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht, 2022, § 1 Rn. 1.

<sup>12</sup> Insoweit kritisch bereits *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, Rn. 1/3.

<sup>13</sup> Grundlegend *Müller-Graff*, in: *Müller-Graff/Zuleeg* (Hrsg.), Staat und Wirtschaft in der EG, 1987, S. 17 (30 ff.); ferner *ders.*, in: *FS Börner*, 1992, S. 303 (313 ff.); *ders.*, in: *Müller-Graff* (Hrsg.), Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1999, S. 9 (26 ff.); vgl. jedoch auch *Riesenhuber*, System, 2003, S. 31 f., der die Bezeichnung „Gemeinschaftsprivatrecht“ eher im Lichte der „Beziehung“ zwischen den privatrechtlichen Normen des Unionsrechts und denjenigen der mitgliedstaatlichen Rechte deutet.

<sup>14</sup> Die Bezeichnung „Unionsprivatrecht“ verwenden bspw. auch *C. Baldus/Schmidt-Kessel*, GPR 2017, 2; *Heinze*, Schadensersatz im Unionsprivatrecht, 2017; nunmehr auch *Müller-Graff*, in: *EnzEuR VI*, § 2.

## 2. Rechtsbegriff

Freilich kann im Rahmen der vorliegenden Untersuchung keine umfassende Auseinandersetzung mit dem Rechtsbegriff erfolgen, geschweige denn eine Aufarbeitung sämtlicher Probleme, die mit ihm in Zusammenhang stehen. Ohnehin hängt das Verständnis, das der Einzelne von Recht gewinnt, maßgeblich davon ab, aus welcher Perspektive er das Recht beleuchtet bzw. – in den Worten *Henkels* – von der „Art und Weise der Betrachtung, mit der wir an das Recht herantreten“. So wird eine soziologische Betrachtungsweise typischerweise zu einem anderen Verständnis von Recht führen als eine psychologische und eine anthropologische Betrachtungsweise zu einem anderen Verständnis als eine ethische.<sup>15</sup> Allein schon vor diesem Hintergrund wird es verbreitet für unmöglich gehalten, eine einheitlich-abschließende und dabei zugleich detaillierte Theorie über das Recht zu entwickeln.<sup>16</sup> Vielmehr – so heißt es – könne man stets „nur mehr oder weniger genau explizieren, was gemeint ist, wenn wir von Recht sprechen“.<sup>17</sup> Dementsprechend soll im Folgenden der Versuch unternommen werden, die der Untersuchung zugrundeliegende Sichtweise auf das Recht zumindest in ihren wesentlichen Grundzügen zu skizzieren.

### a) Die Definition Radbruchs

Als Ausgangspunkt soll dabei die Definition nach *Gustav Radbruch* dienen, mit der aufgrund ihres hohen Abstraktionsgrades zwar noch nicht allzu viel gewonnen sein mag, über deren Gültigkeit dafür jedoch (nach wie vor) weitgehend Konsens besteht.<sup>18</sup> „Recht ist [hiernach] die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.“<sup>19</sup> Die Rechtsidee ist für *Radbruch* dabei keine andere als die Gerechtigkeit (in einem weit verstandenen Sinne).<sup>20</sup> Dass

<sup>15</sup> Vgl. *Henkel*, Rechtsphilosophie, 1977, S. 15; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Larenz*, Methodenlehre, 1991, S. 189 ff.

<sup>16</sup> Vgl. etwa *Henkel*, Rechtsphilosophie, 1977, S. 14 ff.; *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 146.

<sup>17</sup> *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 146.

<sup>18</sup> Vgl. *Vollmann*, Rechtsphilosophie, 2018, S. 140.

<sup>19</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1932, S. 119. Der Erwähnung des „Rechtswertes“ kommt neben der Rechtsidee keine eigenständige Bedeutung zu; vgl. hierzu *Alexy*, in: Borowski (Hrsg.), *Modern German Non-Positivism*, 2019, S. 7 (8); vgl. ferner *Larenz*, in: FS Nikisch, 1958, S. 275 (305): „Alles sachliche Bemühen um das Recht zielt letzten Endes auf die Erkenntnis und die Verwirklichung der Rechtsidee.“; vgl. auch schon *Binder*, Rechtsbegriff und Rechtsidee – Bemerkungen zur Rechtsphilosophie Rudolf Stammers, 1915, S. 60: „Wir können daher definieren: alles, worin die apriorische Norm des Rechts – oder die Rechtsidee – funktioniert, ist Recht.“

<sup>20</sup> Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1932, S. 119 f.; hierzu *A. Kaufmann/v. d. Pfordten*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 2016, S. 23 (84 ff.); *Dreier/Paulson*, *Einführung in die Rechtsphilosophie*

diese den „Höchstwert“ des Rechts darstellt, ist heute gemeinhin anerkannt.<sup>21</sup> Und auch soweit *Radbruch* diesen Höchstwert in drei Bestandteile – *Radbruch* spricht auch von „Antinomien“<sup>22</sup> – aufgliedert, Gerechtigkeit (in einem engeren Sinne)<sup>23</sup>, Zweckmäßigkeit (Gemeinwohlgerechtigkeit)<sup>24</sup> und Rechtssicherheit, gilt das verbreitet „als eine auch heute noch zutreffende Beschreibung der Funktionen des Rechts, der auf dieser Ebene der Allgemeinheit wenig hinzuzufügen ist“.<sup>25</sup>

### b) Rechtspositivismus

Geht man jedoch noch einen Schritt weiter und fragt nach Bestimmbarkeit und Inhalt dieser drei Bestandteile sowie nach ihrem Verhältnis zueinander, gehen die Ansichten auseinander. Die unter der Bezeichnung „Rechtspositivismus“<sup>26</sup> zusammengefasste Strömung der Literatur vertritt die Ansicht, dass allenfalls das formale Gleichheitsprinzip – also die Gerechtigkeit im engeren Sinne – wissenschaftlich gesichert werden könne, d. h. der Satz, dass das Recht Gleiches gleich und Ungleiches (nach dem Maß seiner Verschiedenheit) ungleich zu behandeln habe. Dagegen gehöre die Frage nach der Gemeinwohlgerechtigkeit des Rechts und damit nach seinem Inhalt (ausschließlich) in den Bereich der Politik.<sup>27</sup> Der Inhalt des Rechts bestimme sich letztlich allein danach, was die hierzu berufene Institution positiv festlege; dementsprechend könne auch „jeder beliebige Inhalt, auch ein solcher der evident gegen fundamentale Prinzipien der Gerechtigkeit verstößt, positives Recht sein“.<sup>28</sup> Kennzeichnend für die Strömung des Rechts-

---

Radbruchs, in: Radbruch, Rechtsphilosophie – Studienausgabe, 2003, S. 237 (241 f., insbesondere Fn. 18); vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre<sup>1</sup>, 1960, S. 144: „Das Recht unterscheidet sich von [anderen menschlichen Sollensordnungen] vornehmlich durch seinen speziellen Sinnbezug auf die Gerechtigkeit [...]“.

<sup>21</sup> Vgl. *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 152.

<sup>22</sup> Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1932, S. 164 ff.

<sup>23</sup> Die Gerechtigkeit im engeren Sinne meint im Kern den formalen Gleichheitssatz; vgl. hierzu *Alexy*, in: Borowski (Hrsg.), Modern German Non-Positivism, 2019, S. 7 (12 f.); ferner *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 153; *ders. v. d. Pfordten*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 23 (85).

<sup>24</sup> Auch als „soziale Gerechtigkeit“ bezeichnet; vgl. hierzu *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 155, 165 ff.; *ders. v. d. Pfordten*, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 23 (84); ferner *Alexy*, in: Borowski (Hrsg.), Modern German Non-Positivism, 2019, S. 7 (13 ff.); vgl. in diesem Zusammenhang auch *Henkel*, Rechtsphilosophie, 1977, S. 459 ff.

<sup>25</sup> *Volkmann*, Rechtsphilosophie, 2018, S. 140.

<sup>26</sup> Als Hauptvertreter des Rechtspositivismus werden heute *Hans Kelsen* und *H. L. A. Hart* betrachtet; vgl. hierzu *Dreier*, NJW 1986, 890 (890 f.); *Volkmann*, Rechtsphilosophie, 2018, S. 163 ff.

<sup>27</sup> Vgl. *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 153.

<sup>28</sup> *Dreier*, NJW 1986, 890 (890); vgl. etwa *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 1960, S. 201: „Daher

positivismus ist damit, dass sie dem Recht jede inhaltliche Rückbindung an (überpositive) Zweckmäßigkeit- bzw. Gemeinwohlerwägungen abspricht. Vereinfacht gesprochen bestehe kein notwendiger Zusammenhang zwischen Recht und „Moral“. <sup>29</sup> Dem wird hier allein schon mit Blick auf die beiden „klassischen“ gegen den Rechtspositivismus vorgebrachten Argumente nicht gefolgt: Das „Unrechtsargument“, wie es u. a. in der *Radbruch*'schen Formel Ausdruck gefunden hat <sup>30</sup>, und das auf *Ronald Dworkin* zurückgehende „Prinzipienargument“ <sup>31</sup>.

### c) Zweck des Rechts

#### aa) Zweck des Rechts nach Radbruch

*Radbruch* selbst blieb nicht bei der Identifikation des Gleichheitssatzes als formales Element der Rechtsidee stehen. Namentlich heißt es in seiner Rechtsphilosophie aus dem Jahr 1932:

„Aus unseren Betrachtungen ergab sich, daß Gerechtigkeit zwar die spezifische Rechtsidee ist, genügend, um aus ihr den Begriff des Rechts zu entwickeln, daß die Idee des Rechts sich aber in der Gerechtigkeit nicht erschöpft. Gerechtigkeit allein erwies sich aus doppeltem Grunde als nicht genügend, inhaltlich bestimmte Rechtssätze aus sich ableiten zu lassen: Gerechtigkeit gebietet zwar, die Gleichen gleich, die Verschiedenen nach Maßgabe ihrer Verschiedenheit verschieden zu behandeln, läßt aber die Fragen offen, wer als gleich oder verschieden anzusehen und wie sie zu behandeln seien. Gerechtigkeit bestimmt nur die Form des Rechtsens. Um den Inhalt des Rechts zu gewinnen, muß ein zweiter Gedanke hinzutreten: die Zweckmäßigkeit.“ <sup>32</sup>

Zweckmäßigkeit bezieht sich dabei nicht (in einem engen Sinne) auf bloße Zweck-Mittel-Verknüpfungen innerhalb einzelner Rechtsvorschriften, sondern vielmehr auf die Verwirklichung eines oder mehrerer höchster, „absoluter“ Zwecke durch die gesamte Rechtsordnung. <sup>33</sup> Es geht um das übergeordnete inhaltliche Programm, an dem das Recht auszurichten ist, weil und soweit es dem gemeinen Besten – dem *Gemeinwohl* – dient, um Gemeinwohlgerechtigkeit. <sup>34</sup> *Rad-*

---

kann jeder beliebige Inhalt Recht sein. Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein.“

<sup>29</sup> Vgl. *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 153; *Dreier*, NJW 1986, 890 (890); *Metzger*, Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht, 2009, S. 82.

<sup>30</sup> Näher *Dreier*, NJW 1986, 890 (891 f.); ferner etwa *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 5 (11).

<sup>31</sup> Näher *Alexy*, in: Krawietz/Opalek/Peczenik/Schramm (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, 1979, S. 59 (59 ff.); *Dreier*, NJW 1986, 890 (892 f.); ferner etwa *Canaris*, in: Basedow (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, 2000, S. 5 (10 f.).

<sup>32</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1932, S. 142; vgl. ferner ebd., S. 164; hierzu auch *Engisch*, Auf der Suche nach Gerechtigkeit, 1971, S. 190 ff.

<sup>33</sup> Vgl. *Alexy*, in: Borowski (Hrsg.), Modern German Non-Positivism, 2019, S. 7 (13); vgl. in diesem Zusammenhang auch *Larenz*, Richtiges Recht, 1979, S. 33.

<sup>34</sup> Vgl. *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 155, 165 ff.; *ders./v. d. Pfordten*, in: Has-



*bruch* unterschied insoweit zwischen drei alternativen „höchsten“ Zwecken, die unverbunden nebeneinander stehen, zueinander in Gegensatz treten und ihre „empirische Verkörperung“ in den politischen Parteien finden: Eine „individualistische“ Auffassung, welche die menschliche Einzelpersönlichkeit in den Mittelpunkt ihrer Gemeinwohlkonzeption rückt (zusammengefasst unter dem Stichwort Freiheit), eine an menschlichen Gesamtpersönlichkeiten ausgerichtete, „überindividualistische“ Auffassung (Stichwort Nation), und schließlich eine auf menschliche Werke gerichtete, „transpersonale“ Auffassung (Stichwort Kultur).<sup>35</sup> Da diese drei Auffassungen nach *Radbruch* miteinander kollidieren und „man [ihnen] gleichermaßen zu dienen nicht in der Lage“ sei, müsse man sich für eine von ihnen entscheiden.<sup>36</sup>

„Die höchsten Zwecke und Werte des Rechts sind nicht nur verschieden nach Maßgabe der sozialen Zustände der verschiedenen Völker und Zeiten, sie werden auch subjektiv von Mensch zu Mensch verschieden beurteilt, je nach Rechtsgefühl, Staatsauffassung und Parteistandpunkt, Religion oder Weltanschauung. Die Entscheidung kann nur aus der Tiefe der eigenen Persönlichkeit geschöpft, kann nur Gewissensentscheidung sein. Die Wissenschaft muss sich darauf beschränken, diese drei Wertgruppen zur Entscheidung bereitzustellen.“<sup>37</sup>

#### *bb) Kritik an Radbruchs Philosophie*

Hier setzt denn auch die Kritik an *Radbruchs* Philosophie an. Zunächst einmal wird bezweifelt, dass die drei von *Radbruch* unterschiedenen Gemeinwohlkonzepte (Freiheit, Nation und Kultur) das Spektrum aller denkbaren „höchsten“ Zwecke des Rechts (auch aus heutiger Sicht) vollständig und abschließend abbilden.<sup>38</sup> Noch wichtiger ist jedoch die Erkenntnis, dass diese Zwecke in der Realität keineswegs unverbunden – als Alternativen, zwischen denen sich jeder Einzelne zu entscheiden hat – nebeneinander stehen, sondern „erst in ihrem Zusammenwirken den Inhalt des Rechts gestalten“.<sup>39</sup> „Der Haupteinwand richtet sich gegen die Idee *Radbruchs*, einen aus der Trias möglicher Wertstandpunkte gewählten Wert als ‚den‘ obersten sozialen Richtwert herauszustellen.“<sup>40</sup> In der Realität kann das Recht niemals ausschließlich auf Individuum, Nation oder Werke der Kultur ausgerichtet sein<sup>41</sup>: Ein ohne Rücksicht auf Allgemeininteres-

---

semer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 23 (84); ferner *Alexy*, in: Borowski (Hrsg.), Modern German Non-Positivism, 2019, S. 7 (13 ff.); vgl. in diesem Zusammenhang auch *Henkel*, Rechtsphilosophie, 1977, S. 459 ff.

<sup>35</sup> Vgl. *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1932, S. 142 ff.

<sup>36</sup> *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 1932, S. 144.

<sup>37</sup> *Radbruch*, Vorschule der Rechtsphilosophie, 1947, S. 28 f.

<sup>38</sup> Vgl. *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 171: „[...] (angenommen es gibt nur diese drei) [...]“.

<sup>39</sup> Vgl. *A. Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, S. 171.

<sup>40</sup> *Henkel*, Rechtsphilosophie, 1977, S. 460.

<sup>41</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch *v. d. Pfordten*, JZ 2005, 1069 (1070): „Deskriptiv

# Sachregister

- Acquis Communautaire 93, 122 ff.,  
127 ff., 178 ff., 225 ff., 238 ff., 246 f.,  
249 f.
- Acquis Principles (ACQP) 122, 126 f.,  
155
- Allgemeine Geschäftsbedingungen  
138 f., 142
- Anlegerschutzprinzip 208, 233 ff., 277 f.
- Association Henri Capitant 153 f.
- Basismodell des Rechts der Strukturmaß-  
nahmen 192, 213 ff., 276
- Billigkeit 76 f.
- Binnenmarkt 121, 139, 168
- Brexit 44
- Bundesverfassungsgericht 13, 85, 87,  
90 f., 265
- Christentum 17, 37 f., 39, 56, 265
- Common Law 253 ff., 279 f.
- Corporate Social Responsibility (CSR)  
219 ff., 276 f.
- Deutscher Idealismus 56 ff., 268
- Diskriminierungsverbot *siehe* Gleichbe-  
handlungsgrundsatz, allgemeiner
- Draft Common Frame of Reference  
(DCFR) 155 f.
- Einheit der Rechtsordnung 1, 64 ff.,  
75 ff., 88 ff., 103 ff., 106 ff., 249,  
254 ff., 268 ff., 271 ff., 279 f.
- Empirischer Einwand 87 f., 104 ff., 270,  
272
- Environment – Social – Governance  
(ESG) *siehe* Corporate Social  
Responsibility (CSR)
- EuGH *siehe* unionseuropäische Recht-  
sprechung
- Europäische Gesellschaft (SE) 196 f.
- Europäische Privatgesellschaft (SPE)  
197 f.
- Europäisches Wirtschaftsgesetzbuch  
153 f., 198
- Europaverfassungsrecht 37
- European Model Companies Act  
(EMCA) 198 ff.
- Finanzmarktintermediäre 231 f.
- Gebot der Unionstreue 96
- Gemeinsames Europäisches Kaufrecht  
(GEK) 152 f.
- Gemeinschaft 12 ff.
- Gemeinwohl 12 ff.
- Gemeinwohlgerechtigkeit *siehe* Zweck-  
mäßigkeit
- Gerechtigkeit im engeren Sinne *siehe*  
Gleichheit
- Gerechtigkeit im weiteren Sinne *siehe*  
Rechtsidee
- Gerechtigkeitsvorstellung 22 ff., 41 ff.,  
59, 66, 72, 76 ff., 87 ff., 105, 107 ff.,  
117 ff., 156 f., 176 ff., 222 f., 246 f.,  
250 f., 254 ff., 259 f., 262 ff.
- Gesellschafterschutzprinzip 209 ff.,  
213 ff., 276
- Glaubensgemeinschaft 37, 48
- Gläubigerschutzprinzip 207 ff., 216 f.,  
236
- Gleichbehandlungsgrundsatz, allgemei-  
ner 116 f., 123 f., 164 ff., 212, 275 f.
- Gleichbehandlungsgrundsatz, arbeits-  
rechtlicher 240
- Gleichbehandlungsgrundsatz, gesell-  
schaftsrechtlicher 209, 211 ff.
- Gleichbehandlungsgrundsatz, kapital-  
marktrechtlicher 235

- Gleichbehandlungsgrundsatz, schuldvertragsrechtlicher 149 ff., 158, 164 ff., 177, 275
- Gleichheit 8 f., 22 ff., 27, 75 ff., 87 f., 106 ff., 261 ff., 268 ff., 272 f.
- Gleichheitssatz *siehe* Gleichheit
- Globalisierung 17, 35 f., 43 ff., 139, 259, 267, 280
- GRCh *siehe* Grundrechte, europäische Grundnormlehre 65 ff., 94, 249 ff., 279
- Grundrechte, europäische 99, 115 f., 123, 157, 164, 166, 175, 181, 238, 240 f.
- Grundsatz der Anlegergleichbehandlung *siehe* Gleichbehandlungsgrundsatz, kapitalmarktrechtlicher
- Gründungstheorie, europäische *siehe* Niederlassungsfreiheit
- Haftungsverfassung 183 f.
- Handelndenhaftung 182, 202, 223 f.
- Harmonisierungskonzept 119, 275
- Heidelberger Schule 62
- Herren der Verträge *siehe* Verfassung, europäische
- Historische Rechtsschule 58 ff., 63, 268
- Identität, unionseuropäische 33 ff., 265 ff.
- Information Overload 134 f., 234
- Informationspflichten, vorvertragliche 134 ff., 152, 156, 161, 176
- Informationsprinzip, arbeitsrechtliches 241
- Informationsprinzip, gesellschaftsrechtliches 209, 214 ff., 225
- Informationsprinzip, kapitalmarktrechtliches 233 ff.
- Informationsprinzip, schuldvertragsrechtliches 161 ff., 172
- Inselmetaphorik 94, 121, 225, 259, 270, 280
- Institutionenpluralismus 70 f.
- Integration, europäische 33 ff., 100, 111, 120, 247, 249, 251, 259 f., 265 ff., 275, 279, 280
- Integrationsklausel 36, 265
- Interessenjurisprudenz 63, 268
- Internationales Einheitsrecht 32 ff., 93, 109, 264 f., 270
- Investmentrecht 232 f.
- ius commune* 50 f.
- Kapitalmarktaufsicht 233
- Kapitalverfassung 197 ff.
- Klauselkontrolle 139 ff.
- Kohärenzgebot 107, 109 f.
- Kollektivmoral 12 ff.
- Kultur, europäische 38 ff., 45, 265 f.
- Lando*-Gruppe *siehe* Principles of European Contract Law (PECL)
- Leistungsprinzip 23
- Marburger Schule 60 f.
- Marktaustrittsrecht 231
- Marktorganisationsrecht 227 f.
- Methodenwillkür 2, 97, 271
- Mitteilung 131 f., 155, 160, 173
- Nachhaltigkeit 22, 175 ff., 181, 186, 194 f., 219 ff., 225, 227, 232 ff., 238, 262, 276 ff.
- Corporate Social Responsibility (CSR) 219 ff., 276 f.
  - Environment – Social – Governance (ESG) *siehe* Corporate Social Responsibility (CSR)
  - Nachhaltigkeitsprinzip 175 ff., 223, 234, 238, 277 f.
- Nationalsozialismus 17, 67 ff.
- Natur der Sache 86 f., 119 f., 128, 269 f.
- Naturrecht 27, 50, 56, 268
- Neukantianismus 60 ff.
- Heidelberger Schule 62
  - Marburger Schule 60 f.
- Niederlassungsfreiheit 179 ff., 218, 226
- Ordnung 75
- Organisationsverfassung 184 ff.
- pacta sunt servanda* 78, 81, 159 f., 241

- Paneuropa-Bewegung 37 f.  
 Pointillismus-Einwand 103 f., 271 f.  
 Primärmarktrecht 228 f.  
 Principles of European Contract Law (PECL) 154  
 Principles of European Tort Law (PETL) 246  
 Prinzip der rationalen Anlegerentscheidung 234, 236 f.  
 Prinzipienargument 9  
 Prinzipieninduktion 82 f., 98, 110, 118 f., 269, 274  
  
*Radbruch'sche Formel* 9, 26, 91  
 Rationalität 12 ff., 89 ff., 150, 262, 270  
 Rechtsanwendungsbefehl 47 f., 53, 267  
 Rechtsbegriff 7 ff., 261 ff.  
 Rechtsbeständigkeit 24 f., 30, 69 f., 84 f., 263  
 Rechtsbewusstsein, allgemeines 31, 34, 83, 264  
 Rechtserkenntnisquelle 122, 126  
 Rechtsformwahlfreiheit *siehe* Niederlassungsfreiheit  
 Rechtsgeltungsquelle 5, 113 f., 122, 273 f.  
 Rechtsgemeinschaft 52 ff.  
 Rechtsgewinnungsquelle 113 f., 273  
 Rechtsgrundsatz, allgemeiner 80 f., 269  
 Rechtsidee 7 ff., 41 f., 62, 76 ff., 83 ff., 87 ff., 107, 119, 261 ff., 266, 268 ff., 275  
 – Gleichheit 8 f., 22 ff., 27, 75 ff., 87 f., 106 ff., 261 ff., 268 ff., 272 f.  
 – Rechtssicherheit 8, 24 ff., 69 f., 76 ff., 84 f., 90, 107, 261 f., 269  
 – Zweckmäßigkeit 8 ff., 12 ff., 76 ff., 107, 261, 268 f.  
 Rechtsklarheit 24 f.  
 Rechtskultur, europäische 54  
 Rechtsmissbrauch 171, 218 f., 223  
 Rechtspositivismus 8 f., 27, 249 ff.  
 Rechtsprechung, unionseuropäische 50, 97 ff.  
 Rechtsprinzip, allgemeines 80 ff., 269  
  
 Rechtsquelle 5, 105, 113 f., 122, 126, 255, 273 f.  
 – Rechtserkenntnisquelle 122, 126  
 – Rechtsgeltungsquelle 5, 113 f., 122, 273 f.  
 – Rechtsgewinnungsquelle 113 f., 273  
 Rechtssicherheit 8, 24 ff., 69 f., 76 ff., 84 f., 90, 107, 261 f., 269  
 Rechtsvergleichung, wertende 95 ff., 110 ff., 271, 273  
 Rechtswissenschaft, europäische 3, 50 ff., 100 f., 260, 280  
 Rezeptionsgedanke 68 f.  
  
 Sekundärmarktrecht 229 ff.  
 Soziale Gerechtigkeit *siehe* Zweckmäßigkeit  
*stare decisis* 253 f., 279  
 Stufenbau der Rechtsordnung 117 f., 274  
 Supranationale Rechtsformen 195 ff., 200  
 – Europäische Gesellschaft (SE) 196 f.  
 – Europäische Privatgesellschaft (SPE) 197 f.  
 System 74 ff., 103 ff., 120, 268 ff.  
 – Systembegriff 74 ff., 120, 268 ff.  
 – Systembildung 74 ff., 103 ff., 268 ff.  
  
 Theorienwettstreit 55, 259, 280  
 Transparenzgebot 140  
 Transparenzprinzip  
 – arbeitsrechtliches *siehe* Informationsprinzip, arbeitsrechtliches  
 – gesellschaftsrechtliches *siehe* Informationsprinzip, gesellschaftsrechtliches  
 – kapitalmarktrechtliches *siehe* Informationsprinzip, kapitalmarktrechtliches  
 – schuldvertragsrechtliches 163 f., 275  
 Treu und Glauben 136, 140, 170 ff., 177, 218 f., 223, 275  
  
 Unionales Arbeitsrecht 238 ff.  
 Unionales Deliktsrecht 245 f.  
 Unionales Gesellschaftsrecht 178 ff.

- Unionales Gesetzgebungsverfahren  
   48 f., 70 f.  
 Unionales Handelsrecht 245  
 Unionales Kapitalmarktrecht 225 ff.  
 Unionales Schuldvertragsrecht 122 ff.  
 Unionales Zivilprozessrecht 241 ff.  
 Unionsgrundrechte *siehe* Grundrechte,  
   europäische  
 Unionsprivatrecht 6, 121 ff., 275 ff.  
   – Unionales Arbeitsrecht 238 ff.  
   – Unionales Deliktsrecht 245 f.  
   – Unionales Gesellschaftsrecht 178 ff.  
   – Unionales Handelsrecht 245  
   – Unionales Kapitalmarktrecht 225 ff.  
   – Unionales Schuldvertragsrecht  
     122 ff.  
   – Unionales Zivilprozessrecht 241 ff.  
 Unionsrecht 5 ff.  
 Unrechtsargument 9  
  
*venire contra factum proprium* 99, 174,  
   224  
 Verbraucherschutz 123, 128 f., 134, 136,  
   166 ff., 177  
   – Verbraucherschutzprinzip 166 ff.  
 Verbraucherwiderrufsrechte 119, 130,  
   132, 136 f., 160  
 Verfassung 28 f., 46 ff., 67 f., 87 f.,  
   249 ff., 267, 270  
   – Verfassung im positiven Sinne 28, 68  
   – Verfassung, europäische 46 ff.,  
     249 ff., 267  
   – Verfassungsgesetz 28 f., 67 f., 87 f.,  
     270  
 Vertrag von Lissabon 107, 249 f.  
 Vertragsabschlussfreiheit 158 f., 162  
 Vertragsausgestaltungsfreiheit 158 f.,  
   162  
 Vertragsfreiheit 73, 81, 118, 157 ff.,  
   165 f., 177, 202, 224, 241, 275 f.  
   – materiale Vertragsfreiheit 129 f., 132,  
     134, 136, 138  
   – Vertragsabschlussfreiheit 158 f., 162  
   – Vertragsausgestaltungsfreiheit 158 f.,  
     162  
 Vertragsgerechtigkeit 130, 138 f.  
 Vertragstypisierung 147 ff.  
*volenti non fit iniuria* 129  
 Volk 16 ff., 47, 52, 59 f., 71 f., 251,  
   266 f.  
   – Volksgeist 59 f.  
   – Volkswille 30, 66, 72  
  
 Werte, europäische 40 ff., 266  
 Willkürverbot 87 f., 109 f., 270  
  
 Zweckmäßigkeit 8 ff., 12 ff., 76 ff., 107,  
   261, 268 f.