

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XV
§ 1 Einleitung	1
I. Zum Gegenstand der Untersuchung – Eingrenzung	1
II. Zum Aufbau und Gang der Untersuchung	3
III. Zur Bedeutung der Fragestellung bzw. zu ihrer praktischen Relevanz	4
Erster Teil:	
Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmereiche der Grundfreiheitenkontrolle bei grenzüberschreitenden Verträgen im Binnenmarkt	
Abschnitt 1:	
Die Rechtswahlfreiheit als Ausnahmereich der Grundfreiheiten und als Umgehung des beschränkenden zwingenden Rechts	
§ 2 Die Rechtswahlmöglichkeit im Sinne des <i>Alsthom Atlantique</i> -Urteils. Ihre Rolle und ihre Grenzen bei der Vertragsgestaltung im Binnenmarkt	11
I. Die materiellrechtliche Verweisung im Sinne des <i>Alsthom Atlantique</i> -Urteils.	12
II. Die Rechtswahlfreiheit als Rechtssicherheit im Vertragsverkehr des Binnenmarkts	13
III. Besondere Rechtswahlgestaltungen aus der Sicht der h.M.	14
1. Stillschweigende bzw. konkludente Rechtswahl: Bewusste Gestaltungsmöglichkeit?	15
2. Teilrechtswahl und Vertragsspaltung (<i>dépeçage</i>) als Argumente für die h.M.	16
3. Rechtswahl im Prozess als Argument für die h.M.	17
4. Spezielle Formen der Rechtswahlgestaltung: Betrachtung aus der Sicht der h.M.	18
IV. Rechtswahleinschränkungen: Reduzierte Bedeutung des <i>Alsthom Atlantique</i> -Urteils	21
1. Binnensachverhalte und außerstaatliche Regelwerke bzw. <i>lex mercatoria</i>	21
2. Zwingende Sonderanknüpfungen	23
3. Sonderanknüpfungen der Eingriffsnormen – <i>Ordre public</i>	24
V. Zwischenergebnis	26

§ 3 Die Rechtswahlfreiheit als Umgehungsmöglichkeit des zwingenden, freiheitswidrigen Rechts bei den Vertragsverhandlungen	27
I. Die Rechtswahlfreiheit bei den Vertragsverhandlungen: Informationsbeschaffung, Kosten und Verhandlungsgleichgewicht bei der Auswahl des anwendbaren Rechts	27
1. Misslungene Rechtswahlgestaltung und Fehlschlagen der Rechtswahl	27
a) „Passive“ kollisionsrechtliche Vertragsgestaltung: Unterlassen einer Rechtswahl	27
(1) Die Schwierigkeiten der Anknüpfung an die charakteristische Leistung	28
(2) Die Ausweichklausel der „engeren“ Verbindung mit einem anderen Staat	30
b) „Aktive“ kollisionsrechtliche Vertragsgestaltung und ihre Vereitelung bzw. Fehlschlagen	31
(1) Missachtung der ausdrücklichen Rechtswahl	31
(2) Unterstellte bzw. „aufgezwungene“ Rechtswahl	32
(3) Die Vereitelung einer stillschweigenden Rechtswahl	35
(4) Die Schwierigkeiten einer Teilrechtswahl bzw. dépeçage	36
(5) Die Probleme einer nachträglichen Rechtswahl vor Gericht	39
aa) Die nachträgliche Rechtswahl als Lösung für eine freiheitskonforme Vertragsgestaltung	39
bb) Rechtswahl im Gerichtsprozess	40
(6) Die Gefahr der lex fori: Ihre willkürliche Anwendung zulasten der Rechtswahl	43
(7) Komplikationen der Rechtswahlgestaltung durch eine (Schieds-) Gerichtsstandsklausel	45
(8) Negative Rechtswahl	47
2. Das „Privileg“, das anwendbare Recht bestimmen zu können: „Rechtswahlmöglichkeit“	48
a) Einbeziehung der Rechtswahlvereinbarung in den Vertrag und ihre Transparenz	49
b) Informationsgefälle und Parteiwille bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts	51
c) Klarstellung des übereinstimmenden Rechtswahlwillens	54
d) Angemessener Interessenausgleich der Rechtspositionen der Parteien ...	56
e) Trägt die Rechtswahl des Herkunftslandrechts zur Ausräumung der Beschränkungen bei?	58
II. Kann die Rechtswahl den Verkehr von Beschränkungen entlasten? Die Problemaspekte	60
1. Der Aspekt der Drittbeziehungen	60
2. Die Anwendung von zwingenden Normen bzw. die Wirksamkeitserfordernisse in der gewählten Rechtsordnung	65
a) Die unvermeidliche Anwendung von zwingenden Sachnormen	65
b) Die Wirksamkeitserfordernisse in der gewählten Rechtsordnung	74
3. Der „Irrtum“ der „weniger belastenden Rechtsordnung“ und deren Auswahl ..	78
4. Die Rechtswahlfreiheit als „Gemeinschaftsphilosophie“ und allgemeine Umgehungsmöglichkeit	83
III. Eigene Stellungnahme	87
IV. Zwischenergebnis	94

Abschnitt 2:

Dispositives Recht bei grenzüberschreitenden Verträgen im Binnenmarkt

§ 4	Dispositives Recht: Sein Gehalt und seine Funktion im Vertragsverkehr des Binnenmarkts	101
I.	„Jus dispositivum“ in Deutschland und im Binnenmarkt: Eine Abgrenzung ...	101
II.	Die Funktion des dispositiven Rechts im Vertragsverkehr des Binnenmarkts .	104
	1. Ergänzendes, auslegendes und ermächtigendes dispositives Recht	104
	2. Die ergänzende Funktion aus der Sicht der kritisierten h.M.	106
	3. Die Leitbild- bzw. Ordnungsfunktion aus der Sicht der kritisierten h.M.	107
	a) Dispositives Recht als Ausprägung des Äquivalenz- und des Treu-und-Glaubens-Prinzips	108
	b) Die Leitbildfunktion am Beispiel von Allgemeinen Geschäftsbedingungen	110
	4. Die Warn- bzw. Präventionsfunktion aus der Sicht der kritisierten h.M.	111
III.	Der Gehalt des dispositiven Rechts im Vertragsverkehr des Binnenmarkts	112
	1. Dispositives Recht als „durchschnittlicher“ bzw. „zu erwartender“ Parteiwille im Binnenmarkt?	112
	a) Dispositives Recht als „normierter“ bzw. „allgemeiner“ Parteiwille im innerstaatlichen Vertragsverkehr	113
	b) Dispositives Recht als „vermutlicher“ bzw. „durchschnittlicher“ Parteiwille im Binnenmarkt?	115
	(1) Dispositives Recht als „common sense“ der Binnenmarktakteure: Gemeinsame Erwartungen	116
	(2) Der Wille der Anwendung von dispositiven Normkomplexen	120
	2. Dispositives Recht als Vertragstypus bzw. -leitbild des Verkehrs im Binnenmarkt	123
	a) Dispositives Recht und Typus im innerstaatlichen Vertragsverkehr	123
	b) Dispositives Recht und (Leitbild-)Typus im Binnenmarkt	125
	(1) Gesetzgeberische Wertungen im Vertragsverkehr des Binnenmarkts: Die Bindungswirkung der typisierten Normkomplexe	125
	(2) Dispositives Recht: „Optimum“ für den Vertragsverkehr im Binnenmarkt?	127
	(3) Zur Bearbeitung von Vertrags- und (Leitbild-)Typen für die Transaktionen im Binnenmarkt	131
IV.	Zwischenergebnis	136
§ 5	Einbeziehung und Anwendung des dispositiven Rechts in die Vertragsgestaltung im Binnenmarkt: Die vermeintliche Entkräftung seines Begrenzungspotentials für die Grundfreiheiten	138
I.	Die Abbedingung des dispositiven Rechts bei den Vertragsverhandlungen	138
	1. Gleichgewicht bei den Vertragsverhandlungen, Kosten- und Informationsfaktor	139
	a) Informationsdefizite und Kosten beim Vertragsabschluss aufgrund des dispositiven Rechts	139
	b) Verhandlungsungleichgewicht und Wissensvorsprung im Binnenmarkt	144
	2. Die Vertragsgestaltung: Mögliche Abänderung des dispositiven Rechts?	148
	a) Verhandeln und Aushandeln	148

b) Kennen und Abbedingen-Können bzw. Abändern dispositiver Rechtsnormen	150
II. Die Einbeziehung des dispositiven Rechts in den Vertrag und seine Anwendung	155
1. Vertragslücken: vollständige und unvollständige Verträge	155
2. Gesetzliche Geltung des dispositiven Rechts: „Normiertes“ Schweigen und Obliegenheit	156
a) „Normiertes“ Schweigen und fingierte Willenserklärung	156
b) Das ergänzende dispositive Recht als „Obliegenheit“ im Konzept der h.M.	159
c) Vertrauens- und Verkehrsschutz bei der Anwendung des dispositiven Rechts	161
(1) Das Argument der Einstandspflicht bzw. der Zurechnung	162
(2) Das Argument der Eigen- bzw. Selbstverantwortung: Selbstbestimmung als Ausgleich der Freiheitsbeschränkung?	164
3. Kennen und Kennenmüssen des dispositiven Rechts	168
III. Zwischenergebnis	170

Zweiter Teil:

Auswirkungen der Grundfreiheiten des EG-Vertrages auf das dispositive mitgliedstaatliche Privatrecht

Abschnitt 1:

Die Dogmatik der Grundfreiheiten und der Privatrechtsverkehr im Binnenmarkt

§ 6 Das Privatrecht auf dem Prüfstand der Grundfreiheiten	175
I. Bedeutung und Rolle des Privatrechts für den europäischen Binnenmarkt	175
II. Das Privatrecht als Beschränkung der Grundfreiheiten?	176
III. Binnenmarkt- <i>telos</i> und Subsidiarität: Ein „unvollkommener“ Binnenmarkt? .	181
1. Das Prinzip der Subsidiarität	182
2. Die Wirtschaftsverfassung des EG-Vertrags	184
3. Eigene Stellungnahme zum „unvollkommenen“ Binnenmarkt	184
IV. Grundfreiheiten: Ein effizientes Mittel zur Marktöffnung und für Marktfreiheit	190
V. Zwischenergebnis	192
§ 7 Die Systematik und das Konzept der Grundfreiheiten – Einheitliche Dogmatik	193
I. Die Grundfreiheiten: Beschränkungs- oder Diskriminierungsverbote?	193
1. Die <i>Keck</i> -Wende und ihre Folgen	193
2. Die Grundfreiheiten: Nicht nur einseitige Diskriminierungsverbote	197
3. Neuere Tendenzen in der Wissenschaft	200
4. Eigene Stellungnahme zu Grundfreiheiten als bloßen Diskriminierungsverboten	201
II. Konvergenz bzw. Gleichlauf der Grundfreiheiten	208
1. Reduzierung der Dienstleistungsfreiheit auf ein Diskriminierungsverbot?	209

2. Reduzierung der Niederlassungsfreiheit auf ein Diskriminierungsverbot?	212
3. Reduzierung der Kapitalverkehrsfreiheit auf ein Diskriminierungsverbot?	216
III. Rechtfertigungsgründe und Schranken-Schranken für Freiheitsbeschränkungen	218
1. Rechtfertigungs- und Verhältnismäßigkeitsprüfung	218
2. Der Begriff des Rechtfertigungsgrundes – Legitime staatliche Zwecke	222
a) Wirtschaftliche mitgliedstaatliche Interessen als Rechtfertigungsgründe	222
b) Gemeinschaftsprärogative und Gemeinschaftsgrundrechte	223
3. Die Zurückhaltung des Gerichtshofs bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung	227
a) Auflockerung der Tatbestandsprüfung	227
b) Auflockerung der Verhältnismäßigkeitsprüfung	228
4. Anhaltspunkte für Wertungen in der Zukunft	229
IV. Das Herkunftslandprinzip als Element der Dogmatik der Grundfreiheiten	231
1. Allgemein	231
2. Die kollisionsrechtliche Bedeutung der Grundfreiheiten	234
V. Die „umgekehrte“ Diskriminierung (Inländerdiskriminierung)	238
VI. Unterschiedliche Reichweite der Freiheiten bei Import- und Exportbeschränkungen?	241
VII. „Passive“ bzw. „negative“ Grundfreiheit: Nachfrager- und Abnehmerfreiheit	244
VIII. Zwischenergebnis	248

Abschnitt 2:

Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages und das dispositive Privatrecht

§ 8 (Dispositive) Privatrechtliche Normen als Maßnahmen gleicher Wirkung – Begriff und Substantiierung der Beschränkung: Das Prüfungsschema der Grundfreiheitenkontrolle	250
I. Der Begriff der Beschränkung der Grundfreiheiten im Privatrecht nach dem <i>Keck</i> -Urteil	250
1. Den Marktzugang beschränkende Maßnahmen (market access approach)	251
2. Begleitende Tätigkeiten beschränkende Maßnahmen (Annex- bzw. Begleitrechte)	252
3. In- und Ausländer in gleicher Weise „berührende“ Regelungen: Inlandstatbestand?	252
a) In- und Ausländer in gleicher Weise „berührende“ privatrechtliche Regelungen bzw. Werbe- und Weitervertriebsregeln	252
b) „Inländische“ Tatbestände und grenzüberschreitende Momente	258
II. Kritik an dem anhand der <i>Keck</i> -Formel entwickelten Beschränkungsbegriff für das Privatrecht	262
1. Das Konzept der „Gleichberührung“ bzw. der Nichtdiskriminierung für das Privatrecht	262
2. Die <i>Keck</i> -Wende als „Begriffsjurisprudenz“ für das Privatrecht	264
3. Erweiterung der <i>Keck</i> -Formel für das Privatrecht auf andere Grundfreiheiten?	267
4. Einordnung der privatrechtlichen Normen anhand des Begriffs der „Verkaufsmodalitäten“: Bildung einer eigenen Kategorie	270
III. Kriterien für die Bejahung einer Beschränkung – Die Einzelfallprüfung	274
1. Die durch die Rechtsprechung benutzten bzw. vorgeschlagenen Kriterien	275

a) Das Kriterium der hypothetischen und potentiellen bzw. mittelbaren Auswirkung	275
b) Das Kriterium der spürbaren Auswirkung (de-minimis Regel)	277
c) Das Kriterium der Finalität bzw. der Zwecksetzung der Maßnahme	279
2. Die unvermeidbare Einzelfallprüfung: „Bewegliches System“ von Kriterien .	281
3. Die Substantiierung der Beschränkung – Eigene Stellungnahme	283
IV. Demokratie- und Wertungsdefizite, Rechtssystematik und -unsicherheit: Grenzen der Grundfreiheitenkontrolle?	289
1. Demokratiedefizit und Bürgernähe	289
2. Systematik und Kohärenz des Privatrechts	292
3. Mangel an Wertungsmaßstäben: Rechtsunsicherheit?	296
V. Ausdifferenzierung bzw. Neugestaltung des Prüfungsschemas beim (dispositi- ven) Privatrecht?	302
1. Privatrechtliche Bestimmungen in der Verhältnismäßigkeitskontrolle des Prüfungsschemas	303
2. Abmilderung der Prüfung im Falle des dispositiven Rechts?	312
VI. Zwischenergebnis	316
§ 9 Beispiele für die Unvereinbarkeit des dispositiven Rechts mit den Grundfreiheiten	318
I. Herabsetzung der Vertragsstrafe in grenzüberschreitenden Verträgen im Bin- nenmarkt	321
1. Die aufgegriffene Regelung: Art. 1154 des spanischen Código Civil	321
2. Die Beschränkungsprüfung	323
3. Die Rechtfertigungsprüfung – Verhältnismäßigkeitskontrolle	328
4. Darstellung der umgekehrten Konstellation	332
II. Vertragsbeendigung (z.B. das Kündigungsrecht des Bestellers beim Werkver- trag, § 649 BGB)	335
III. Gesetzliche Wettbewerbsverbote (z.B. § 112 HGB bei Personenhandelsge- sellschaften)	340
IV. Ermächtigende bzw. erlaubende dispositive Normen im Allgemeinen	344
V. Zwischenergebnis	349
Dritter Teil: Methodenansätze für die Dogmatik der Grundfreiheiten und die richterliche Rechtsfindung – Ein Beitrag zum europäischen Vertragsrecht	
Abschnitt 1:	
Probleme der Rechtsfindung – Eine gemeinsame Wertordnung des Verkehrs im Binnenmarkt und die noch offenen Probleme der Dogmatik der Grundfreiheiten	
§ 10 Das Schließen der Gesetzeslücken als Folge der Grundfreiheiten- kontrolle – Leitbilder und Wertungen des Verkehrs im Binnenmarkt	353
I. Freiheitskonforme Rechtsanwendung bzw. Nichtanwendung der angegriffe- nen Norm	353
II. Lückenfüllung: Alternativen zur Anwendung des Herkunftslandprinzips	355
1. Die Anwendung des Herkunftslandprinzips als Einweglösung?	355

2. Zugriff auf andere Rechtsordnungen?	355
3. Allgemeine Methoden der Lückenfüllung in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung	356
4. Die Rolle der Leitbilder des grenzüberschreitenden Verkehrs bei der Lückenfüllung	357
a) Darstellung der Problematik der verkehrstypischen Leitbilder	357
b) Lückenfüllung durch Leitbilder des Binnenmarktsverkehrs anhand von gemeineuropäischen Projekten	359
c) Ein gemeineuropäischer Kern von Prinzipien und Wertungen des Privatrechts als Wegweiser für die Lückenfüllung durch Leitbildtypen im Binnenmarkt	360
d) Offene (Leitbild-)Typen des Vertragsverkehrs im Binnenmarkt und ihre Entwicklung für die Lückenfüllung	362
e) Abgrenzung und Kriterien	364
III. Zwischenergebnis	366
 § 11 Methodenansätze für die noch offenen Probleme der Dogmatik der Grundfreiheiten: Ambivalenz und positiver Gehalt – Selbstbestimmungsschutz im Binnenmarkt	367
I. Grundfreiheiten und das Problem der Wettbewerbsverzerrungen	368
II. Das offene Problem der Ambivalenz der Grundfreiheiten	370
III. Positiver Gehalt der Grundfreiheiten und ihr Charakter als Garantien	373
IV. Schutz der Selbstbestimmung: Der Fall der klein- und mittelständischen Unternehmen	375
V. Zwischenergebnis	378
 Abschnitt 2: Zusammenfassung der Ergebnisse – Schlussbetrachtung	
 § 12 Thesen der Arbeit	379
 § 13 Schlussbetrachtung: Ein Beitrag zum europäischen Vertragsrecht ...	388
Literaturverzeichnis.....	395
Register	443