

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungen	XXXI
Einleitendes Kapitel: Einführung in die Thematik	1
§ 1 Privatrecht und vertragsrechtliche Sonderordnungen	2
§ 2 Die handels- und verbraucherrechtliche Sonderrechtsbildung	8
§ 3 Dreiteilung der Vertragsrechtsordnung	19
§ 4 Die Systembeeinflussung durch Einheits- und Gemeinschaftsrecht	24
§ 5 Suche nach dem »inneren« System und Aufbau der Arbeit	41
1. Kapitel: Ausgangsproblematik der vertragsrechtlichen Dreiteilung	43
§ 6 Geschichtsrelevanz als systemteilungsbedingte Ausgangskoordinate	45
§ 7 – BGB –: Basis und Vergleichsmaßstab der Vertragsrechtsdivergenz	46
§ 8 – Recht der Handelsverträge –: Kausalfaktoren und Chronologie	54
§ 9 – Verbrauchervertragsrecht –: Chronologie und Sondergehalt	78
§ 10 Zusammenfassung des Bisherigen und Programmthese	101
2. Kapitel: Sondervertragliche Systemvorgaben der Rechtsordnung	103
§ 11 Begriff der Sonderprivatrechte – Systembegriff des Vertragsrechts?	103

§ 12 Etatismus und Dualismus – makrojuristische Weichenstellung	122
§ 13 Vertragsrechtsdivergenz und Einheit der Wirtschaftsverfassung	140
§ 14 Zusammenfassung und grundsätzliche Maßstabsbildung.	159
3. Kapitel: Sonderrechtlicher Gleichheits- und Freiheitsausgleich.	161
§ 15 Dogmatische Aufbereitung von Gleichheit und Freiheit.	162
§ 16 Prämissen und Maßstab der Gleichheits- und Freiheitsdivergenz	167
§ 17 Das Verhältnis zwischen Ausgestaltung und Einwirkung	177
§ 18 Zusammenfassende Auswertung und weiterer Prüfungsbedarf	237
4. Kapitel: Leitbilder – Legitimation ungleicher Ausgestaltung?	239
§ 19 (Un-)Mittelbare Drittwirkung – Vorgaben für die Normgestaltung?	239
§ 20 Die vertragsrechtlichen Schutzpflichten des Staates	247
§ 21 Rechtsprinzipien – Maßstab freiheitlicher Ungleichbehandlung	256
§ 22 Privatrechtliche Leitbilder als legislative Differenzierungsgebote	304
5. Kapitel: Typisierungskonvergenz des Handels-/ Verbraucherrechts	307
§ 23 Leitbildkongruenz des Verbrauchervertragsrechts.	307
§ 24 Die Begriffsspaltung des deutschen Kaufmannstypus.	358
§ 25 Zwischenresultat und vorläufige Auswertung.	399
6. Kapitel: Grundfreiheiten und Marktliberalisierung	403
§ 26 Unternehmerleitbild und Freiheitsschutz der Grundfreiheiten. .	403
§ 27 Der Rechtsfortbildungsstand der Grundfreiheiten	408
§ 28 Binnenmarktkonvergenz des Privatrechts	422
§ 29 Verbrauchervertragsrecht und Grundfreiheiten	432
§ 30 Die gruppenspezifische Sonderbehandlung im Handelsrecht .	455
§ 31 Zusammenfassung und Résumé der Grundfreiheitenprüfung. .	491

Abschließendes Kapitel:	
Zusammenfassung und Thesenbildung	493
§ 32 Die Ausgangsproblematik der Vertragsrechtsdivergenz	493
§ 33 Die Geschichtsrelevanz der (sonder-) privatrechtlichen Dreiteilung	495
§ 34 Der Bedeutungsgehalt des Begriffs »Sonderprivatrecht«	497
§ 35 Die Sonderprivatrechte im Lichte der Systemvorgaben	498
§ 36 Begriffssimmanenz des Gleichheits- und Freiheitsausgleichs?	499
§ 37 Drittwirkungsgehalt und Schutzpflichtenlehre	502
§ 38 Prinzipienbildung durch Leitbilderwägungen	504
§ 39 Typisierungskonvergenz des Handels- und Verbraucherrechts	505
§ 40 »Privatrechtliche Marktliberalisierung« und Grundfreiheitenkonvergenz	507
§ 41 Resümierende Thesen zur Vertragsrechtsdivergenz	511
Literatur	513
Register	561

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Abkürzungen	XXXI
Einleitendes Kapitel: Einführung in die Thematik.	1
§ 1 <i>Privatrecht und vertragsrechtliche Sonderordnungen</i>	2
A. Die typisierende Ungleichbehandlung durch Sonderprivatrechte.	4
B. Der Repräsentationsgehalt des Handels- und Verbraucherrechts.	6
§ 2 <i>Die handels- und verbraucherrechtliche Sonderrechtsbildung</i>	8
A. Die Charakteristika des Handelsvertragsrechts	8
I. Die gesteigerte Selbstverantwortlichkeit der Kaufleute	8
II. Die Vermutung der Entgeltlichkeit des Geschäftsverkehrs.	10
III. Sorgfaltsmaßstab und Beschleunigung des Handelsverkehrs.	11
IV. Der ausgeprägte Verkehrs- und Vertrauensschutz des Handelsverkehrs	12
B. Die Umsetzungsinstrumente des Verbraucherrechts	13
I. Informationspflichten – marktkomplementäre Schutzinstrumente	14
II. Die Verlängerung der Überlegungsfrist durch Widerufsrechte	15
III. Das Verbraucherschutzinstrument der Inhaltskontrolle	17
IV. Sonderanknüpfung – Verhinderung der Rechtswahlflucht	18

<i>§ 3 Dreiteilung der Vertragsrechtsordnung</i>	19
A. Sondervertragsrechte und Diskrepanz der Freiheitsgewähr	21
B. Subsidiaritätsprinzip und Vertragsrechtsdivergenz.	22
<i>§ 4 Die Systembeeinflussung durch Einheits- und Gemeinschaftsrecht</i>	24
A. Der Integrationsansatz des internationalen Einheitsrechts	25
B. Eingriffscharakter und fehlendes Eigensystem des EG-Rechts	27
I. Vorrang der Richtlinie – Angleichung vor Vereinheitlichung	27
II. Die gemeinschaftsrechtliche Ignoranz der Kaufmannsdogmatik	29
C. Bestrebungen für ein europäisches Zivilgesetzbuch	30
I. Der gemeinsame Referenzrahmen (GRR).	31
II. Das Netzwerk der Exzellenz (CoPECL)	33
D. Die verbraucherrechtliche Remanipulation des bürgerlichen Rechts	36
I. Die Auseinandersetzung mit der bürgerlich-rechtlichen Remanipulation.	38
II. Der unechte Verbraucherschutz der Pauschalreisegerichtlinie	39
<i>§ 5 Suche nach dem »inneren« System und Aufbau der Arbeit</i>	41
 1. Kapitel: Ausgangsproblematik der vertragsrechtlichen Dreiteilung	43
<i>§ 6 Geschichtsrelevanz als systemteilungsbedingte Ausgangskoordinate.</i>	45
<i>§ 7 – BGB –: Basis und Vergleichsmaßstab der Vertragsrechtsdivergenz</i>	46
A. Die Schrittmacherfunktion der Grundrechte als objektive Ordnung	48
B. Der exemplarische Rechtsprechungswandel bei Bürgschaften und Eheverträgen	50
C. Keine Typisierung eines bürgerlich-rechtlichen Schwächerenschutzes	52

§ 8 – Recht der Handelsverträge –: Kausalfaktoren und Chronologie	54
A. Rezeption und handelsrechtliche Kodifikationen	56
B. Handelsrechtliche Entwürfe und Kodifikationsgenese	57
I. Die Kodifikation des Allgemeinen Deutschen Handelsrechts (ADHGB)	59
II. Aufbau und Inhalt des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs.	60
III. Empfehlung zur Weiterführung eines gesonderten Handelsgesetzbuchs.	61
IV. »Kleine« Kodifikationslösung und Systemwechsel zur Sonderkodifikation	62
C. Handelsrecht: (Standes-) Sonderrecht der Außenbeziehungen?	64
D. Die mangelnde Adoptionsfähigkeit der HGB-Dogmatik	65
E. Kritik des Kaufmannsbegriffs und Systemanalysen des Handelsrechts	68
I. Kausale Erklärungsmodelle der handelsrechtlichen Literatur	69
1. Die relative Theorie des Handelsrechts	70
a) Einheitstheorie und Korrelationsthese	70
b) Die Reaktionen des Schrifttums auf die Einheitsbetrachtung	71
2. Goldschmidts entwicklungsgeschichtliche Innovationsbetrachtung	72
3. Die »Dreistufen«-Ursachendefinition von Gareis	73
II. Auswertung der Thesen zur Existenzberechtigung des Handelsrechts	75
§ 9 – Verbrauchervertragsrecht –: Chronologie und Sondergehalt	78
A. Anfänge der Verbraucherrechtskodifikation und Systemspaltung.	78
B. Die EG-rechtliche Beeinflussung der Verbraucherrechtsentwicklung	83
I. Die Verbraucherprogramme des Rates	84
II. Verbraucherschutz in der EuGH-Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten	84
III. Verbraucherschutz im liberalen Binnenmarktkonzept	85
IV. Etablierung der Verbraucherpolitik durch den Vertrag von Maastricht	86

V.	Die Komplettierung der Verbraucherpolitik durch Amsterdam	88
VI.	Selbstkritische Überarbeitung des verbraucherrechtlichen »acquis«	89
C.	Entwicklung und sozio-juristische Rahmenbedingungen	91
I.	Wegfall des Zunftwesens und Bedarf nach Verbraucherschutz	92
II.	Die sozio-ökonomische Fortentwicklung seit der Verabschiedung des BGB	95
D.	Verbraucherschutzdebatte und Modellspaltung im Schrifttum	98
§ 10 Zusammenfassung des Bisherigen und Programmthese		101
2. Kapitel: Sondervertragliche Systemvorgaben der Rechtsordnung		103
§ 11 Begriff der Sonderprivatrechte – Systembegriff des Vertragsrechts?		103
A.	Inhaltliche Spezifitäten als sonderprivatrechtliche Normmerkmale	105
I.	Spezialität des Handels- gegenüber dem allgemeinen Vertragsrecht	106
II.	Exklusivität und Spezialität des Verbraucherrechts . . .	107
III.	Exklusivitätsregelungen jenseits der Sonderprivatrechte	108
B.	Aufspaltung in Nebengesetze und Kriterien der äußeren Systembildung	109
I.	Der fehlende Aussagegehalt der formalen Ausgliederung	109
II.	»Dekodifikationsbewegungen« ohne eigenen Systemgehalt	111
III.	Sachliche Durchdringung versus formale Segregation	112
C.	Kriterien des inneren Systems: Sonderprivatrechtliche Kausalfaktoren	113
I.	Die Pandeken als Systematisierungsfaktor – Herkunft und Überlieferung	114
II.	F. Bydlinskis sonderprivatrechtliche Integrationsvorstellungen	116
D.	Die Stellung des Handels- und Verbraucherrechts zu den Pandeken	118

I.	Das Handelsrecht als Sonderprivatrecht mit defizitärer Abgrenzung	118
II.	Fehlender Sonderprivatrechtsgehalt des Verbraucherprivatrechts?	119
E.	Pandektenexterne Freiheits- und Gleichheitstypisierung	120
§ 12 Etatismus und Dualismus – makrojuristische Weichenstellung		122
A.	Staatliche Normenhierarchie und Selbstständigkeit des Privatrechts	123
B.	Die Zweiteilung der Rechtsordnung in öffentliches und privates Recht	125
I.	Traditionelle Verortung des Vertragsrechts	125
II.	Historie und status quo der Rechtsordnungsdichotomie	126
III.	Die Stellung des Vertragsrechts in der Rechtsordnungsdichotomie	129
1.	Verbrauchervertragsrecht und Gemeinwohlbezug . .	130
2.	Verbraucherrecht und subordinative Markterhaltung	131
IV.	Jüngste Entwicklung der rechtsordnungsbezogenen Dichotomie	132
V.	Legitimität der Gemeinwohlorientierung des Verbraucherrechts	134
1.	Dänische Dichotomieproblematik durch die Verbraucherrichtlinien	135
2.	Zweiteilung und Verbraucherrecht aus deutscher Perspektive	136
3.	Registersubsidiarität und »Pufferfunktion« des Wettbewerbs(-rechts)	138
§ 13 Vertragsrechtsdivergenz und Einheit der Wirtschaftsverfassung		140
A.	Supranationale Einflussebene und vertragsrechtliche Dreiteilung	141
B.	Wechselwirkungen zwischen Wirtschafts- und Vertragsrechtsordnung	142
C.	Vertragsfreiheit und Pluralität der Wirtschaftsverfassung . .	144
I.	Das BGB als Modell des Empfängerschutzes prozeduraler Fairness	145
II.	Inhaltliche Fairness – kein Grundsatz des Vertragsrechtsfundaments	147
III.	Materiale Selbstbestimmung und prozedurale Fairness	149
1.	Verlagerung der Selbst- und Fremdverantwortung durch <i>ius cogens</i>	149

2. Kollisionsrechtliche Besonderheiten des Verbraucherrechts	151
IV. Das transzendierte Freiheitsverständnis des Handelsrechts	153
1. Modifizierung von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung	154
2. Verkehrstypisches Verhalten als privatautonome Selbstbestimmung	155
D. Grundrechte und Grundfreiheiten: substanzelle Verbindungs faktoren.	157
I. Freiheitspostulate der Grundrechte – einheitsstiftender Faktor.	157
II. Die Grundfreiheiten – wirtschaftsverfassungsrechtlicher Referenzrahmen	159
<i>§ 14 Zusammenfassung und grundsätzliche Maßstabsbildung</i>	159
3. Kapitel: Sonderrechtlicher Gleichheits- und Freiheitsausgleich.	161
<i>§ 15 Dogmatische Aufbereitung von Gleichheit und Freiheit</i>	162
A. Dienende Funktion der Gleichheit zur Freiheitsausgestaltung	163
B. Privatautonomie – Ausgestaltung und Gewährleistung	164
<i>§ 16 Prämissen und Maßstab der Gleichheits- und Freiheitsdivergenz</i>	167
A. Die individualisierte Willenserforschung im Rahmen des BGB	167
B. Das besitzende Bürgertum als heimlicher Normadressat des BGB	169
C. Das grundrechtliche Anpassungsdefizit der Sondervertragsrechte.	170
I. Die mangelnde Progressionstauglichkeit der Verbraucherrichtlinien	171
II. Die Antiquiertheit der kaufmannsbezogenen Abgrenzung.	173
III. Typisierung und richterliche »Entscheidungsschranken«	174
IV. Die schleichende Ausweitung der EuGH-Kompetenzen	175

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	XIX
§ 17 Das Verhältnis zwischen Ausgestaltung und Einwirkung.	177
A. Vertragsrechtsmodelle in der Literatur.	179
I. <i>Schmidt-Rimpler</i> und die Lehre von der Richtigkeits- gewähr	179
II. <i>Flume</i> – Privatautonome Gestaltung und Wesen der Privatautonomie	182
III. <i>M. Wolfs</i> Theorie der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit	184
IV. <i>Dauner-Lieb</i> – »Liberales Informationsmodell«	187
V. <i>Hönn</i> – Multidimensionale Struktur der gestörten Vertragsparität	190
VI. <i>L. Raiser</i> – Soziale Funktion und Aufteilung nach Lebensbereichen	193
VII. <i>Reifners</i> prinzipielle und symptomatische Zivilrechts- kritik	196
VIII. <i>Reichs</i> sozialwissenschaftliches Verbraucherschutz- modell	198
IX. Ökonomische Analyse des Rechts – Maßstab der Vertragsrechtsordnung?	201
1. Ökonomische Rechtsanalyse und Vertragsrecht	202
2. Ökonomische Analyse – Legitimation der Vertrags- rechtsspaltung?	204
B. (Sonder-) Vertragskonzeption im Rechtsordnungsvergleich	206
I. Die kontinentalen Gesetzgebungen mit dualistischem Privatrecht	207
1. Französisches Vertragsrecht – Willensprinzip und Vertragsfreiheit	207
2. Vertragsrecht in Belgien – französische Wurzeln und Fortentwicklung.	211
3. Vertragsrecht in Spanien – Zentralgewalt und <i>Comunidades Autónomas</i>	213
II. Österreich – Assimilierung von Unternehmerrecht und Verbraucherrecht	217
III. Die kontinentalen Gesetzgebungen mit monistischem Privatrecht	219
1. Das integrierte Zivil- und Handelsrecht in Italien	220
2. Niederlande – <i>Burgerlijk Wetboek</i> und Verbraucher- richtlinien	223
3. Litauen – Marktwirtschaft und monistisches Vertragsrechtssystem.	225
IV. Die Kooperationsgesetzgebung der nordischen Staaten	227

1. Vertragsgesetz und traditioneller Verbraucherschutz in Dänemark	227
2. Schweden – ein weiteres Beispiel nordischer Rechtskultur	229
V. Vertragsrecht und common law – schwache Ansätze einer Systemdivergenz	232
1. Das Vertragsrecht nach <i>common law</i> historisch betrachtet	232
2. Materialisierungstendenzen und Instrumentalisi- erung des Vertragsrechts	234
<i>§ 18 Zusammenfassende Auswertung und weiterer Prüfungsbedarf</i>	237
4. Kapitel: Leitbilder – Legitimation ungleicher Ausgestaltung?	239
<i>§ 19 (Un-)Mittelbare Drittewirkung – Vorgaben für die Normgestaltung?</i>	239
A. Gesetzgeberische Grundrechtsbindung bei (Privatrechts-) Gesetzen	240
I. Die Drittewirkungsproblematik im Handels- und bürgerlichen Recht	241
II. Die EG-rechtliche Drittewirkungsproblematik im Verbraucherrecht	242
1. Unmittelbare Grundrechtsbindung im Verbraucher- recht?	242
2. Grundrechtsdogmatische Besonderheiten im Verbraucherrecht?	244
B. Systemvorgaben durch die Drittewirkung der Grund- freiheiten?	245
<i>§ 20 Die vertragsrechtlichen Schutzpflichten des Staates</i>	247
A. Grundrechtliche Schutzpflichten – symmetrischer Grund- rechtsschutz?	247
I. Der Wirkungsgehalt der grundrechtlichen Schutz- pflichten	248
II. Der Vorrang der dezentralisierten Eigenverantwortlich- keit	249

III.	Die mangelnde Generalisierungseignung der Schutzpflichtenlehre	250
B.	Die Deliberalisierungswirkung der Grundfreiheiten	252
I.	Urteil » <i>désordre public</i> « als Anerkennung von Schutzpflichten	252
II.	Grundfreiheitliche Schutzpflichten und Privatrecht.	254
§ 21 Rechtsprinzipien – Maßstab freiheitlicher Ungleichbehandlung		256
A.	Die Peronenbilder als rollenspezifische Rechtsprinzipien.	257
I.	Leitbilder als empirisch-normative Sachgründe.	258
II.	Die Legitimationseignung der sonderprivatrechtlichen Personenbilder	259
B.	Leitbild und Personenbild der (Sonder-) Vertragsrechte	260
I.	Das Personenbild des <i>homo oeconomicus</i> als Vertragsrechtsgrundlage.	260
II.	(Verbraucher-) Personenbild – soziologische Leitbildmodifizierung.	262
1.	Verbraucherleitbild und Verbraucherbegriff	263
2.	Die Notwendigkeit perspektivischer Konzentration .	264
3.	Das Verbraucherleitbild im primärrechtlichen Koordinatensystem	265
a)	Verbraucherschutz als zwingendes Allgemeininteresse der Grundfreiheiten	266
b)	Keine übertriebenen Anforderungen an Produktangaben	268
c)	Zugang zu wahren Informationen und situationsspezifische Leitbildflexibilität	269
d)	Das Leitbild des verständigen Durchschnittsverbrauchers	271
4.	Verbraucherschutz durch die Europäische Grundrechte-Charta (GRCh)	273
5.	Lokalisierung der Normvorgaben für das Verbraucherleitbild.	275
III.	Das Unternehmerleitbild als Personenbild des Handelsrechts	276
1.	Der Aussagegehalt des Unternehmerleitbilds.	277
2.	Ableitung des Unternehmerleitbilds aus den Grundrechten	278
a)	Die unternehmerische Freiheit nach der Europäischen Grundrechtecharta (GRCh)	278

b) Die Rechtsprechung des EuGH zum unternehmerischen Grundrechtsschutz	280
(1) Freiheit zur Ausübung einer Geschäftstätigkeit und Eigenverantwortung	280
(2) Vertrauensschutz und Schutzbereich der unternehmerischen Freiheit	281
(3) Die Privatautonomie als notwendiger Bestandteil der unternehmerischen Freiheit	283
(4) Die Vertragsabschlussfreiheit als Ausfluss der Berufsausübungsfreiheit	284
(5) Vertragsfreiheit und der Eigentumsschutz wohlerworbener Rechte	285
c) Die Unternehmerfreiheit in den EU-Mitgliedstaaten	285
(1) Verfassungen mit ausdrücklicher Unternehmerfreiheitsgarantie	286
(2) Die Unternehmerfreiheit als Konglomerat mehrerer Grundrechtsgarantien	287
3. Der negative Aussagegehalt der <i>Cassis</i> -Grundfreiheitendogmatik	289
4. Die freiheitswahrende Funktion der Wettbewerbsregeln	290
5. Das Unternehmerleitbild des umsichtigen Wirtschaftsteilnehmers	291
6. Keine Gleichsetzung von Leitbild und Kaufmannsprofil	293
7. Leitbildkonkretisierung und Unternehmensbegriff	296
a) Der Umweg der Unternehmensausrichtung	296
b) Die indirekten Leitbildaussagen des Unternehmensbegriffs	298
c) Der Unternehmer als berufs- und gemeinschaftsrechtlich induzierter Leitbegriff	300
8. Lokalisierung der Normvorgaben für das Unternehmerleitbild	301
<i>§ 22 Privatrechtliche Leitbilder als legislative Differenzierungsgebote</i>	304

5. Kapitel: Typisierungskonvergenz des Handels-/ Verbraucherrechts	307
§ 23 <i>Leitbildkongruenz des Verbrauchervertragsrechts</i>	307
A. (Leit-) Typusabbildung durch die Verbraucherrichtlinien	309
I. Das Verhältnis zwischen <i>b2c</i> -Begegnungen und Leitbilderwägungen.	310
1. Wirtschaftliche Schwäche des Verbrauchers als Leitbilderwägung?	311
2. Die Verneinung einer rollensoziologischen Verbraucherposition	312
3. Marktstruktur und moderne Informationstheorie	314
II. Die objektive Situationseingrenzung als entscheidendes Leitbildventil	315
III. Schutzerforderlichkeit und situationsangemessener Leitbildausgleich	318
1. Verhältnismäßigkeit der haustürspezifischen Ausgleichsmaßnahmen.	318
2. Die verbraucherrechtliche Leitbildtreue der Fern- absatzrichtlinie.	320
a) Die Verhältnismäßigkeit der vor- und nach- vertraglichen Aufklärungspflichten	321
b) Das Widerrufsrecht der Fernabsatzrichtlinie	321
3. Die Verbraucherleitbildkongruenz der Verbraucher- kreditrichtlinie	322
4. Die gegenständliche Leitbildkonvergenz der Klausel- kontrolle	324
a) Das Transparenz- und Informationsdefizit bei » <i>standard forms</i> «	325
b) Einseitige Vertragsgestaltungsmacht bei » <i>adhesion terms</i> «	327
5. Die defizitäre Leitbildkonvergenz der Timesharing- richtlinie	328
a) Verarbeitungskapazitäten und Umfang der Informationspflichten	329
b) Leitbildkonvergenz des timesharingbezogenen Widerrufsrechts	331
6. Die fehlende Leitbildkongruenz der Verbrauchs- güterkaufrichtlinie	334
a) Das Fehlen eines objektiven Schutzauslösers beim Verbrauchsgüterkauf	334

b) Fehlende Schutzsituation und Missachtung des Wettbewerbsvorrangs	336
IV. Leitbildkonvergenz der subjektiven Geltungsbereichseingrenzung (<i>b2c</i>)	337
1. Persönliche Geltungsbereichsbegrenzung der Haustürgeschäfterichtlinie	338
2. Die Beschränkung auf <i>b2c</i> -Situationen bei Fernabsatzgeschäften	340
3. Die persönliche Leitbildtreue der Verbraucherkreditrichtlinie	341
4. Die AGB-kontrollrechtliche Geltungsbereichseinschränkung	342
5. Die Bereichsbegrenzung der Timesharingrichtlinie auf <i>b2c</i> -Situationen	344
V. <i>Ius cogens</i> und Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung	345
1. Kompetenzüberschreitung durch die Verbrauchergüterkaufrichtlinie	345
2. Kompetenzwahrung und zwingende Ausgestaltung bei Haustürgeschäften	346
3. Die zwingende Ausgestaltung durch die Fernabsatzrichtlinie	347
4. Das kollisionsrechtliche Umsetzungsdefizit bei Verbraucherkrediten	348
5. Binnenmarktkonvergenz der (Klausel-) Missbrauchskontrolle	349
6. Die kollisionsrechtlich leitbilddefizitäre Ausgestaltung des Timesharing	350
B. Fehlende Rechtfertigung und Anpassungsbedarf	352
I. Sachliche Rechtfertigung der Leitbilddiskrepanzen?	353
1. Leitbildheterogenität und unterschiedlicher Systemzusammenhang	353
2. Der Unternehmer als alleiniger Normadressat?	356
3. Die Beeinflussung des Verbraucherleitbilds durch situative Elemente	357
II. Gegenständliche Leitbildüberschreitung und Anpassungsbedarf	357
§ 24 Die Begriffsspaltung des deutschen Kaufmannstypus	358
A. Die Grundpfeiler der subjektiven Abgrenzung des Kaufmannsbegriffs.	359

I.	Der materielle Typus des Kaufmanns kraft Gewerbebetriebs	360
II.	Fehlende Leitbildkonvergenz der Registerpflicht bei Einzelunternehmern	361
III.	Formkaufleute (§ 6 HGB) und Handelsgesellschaften	362
	1. (Form-) Kaufmannseigenschaft juristischer Personen	362
	2. Die marginale personengesellschaftsrechtliche Leitbilddivergenz.	364
B.	Defizitäre Umsetzung bei Freiberuflern und Kleingewerbetreibenden	365
I.	Die Sonderbehandlung von Berufsträgern mit frei-beruflicher Tätigkeit	365
	1. Die fehlende Rechtfertigung für die Ausklammerung	366
	2. Standesrechtliche Organisation und vertragsorientierter Marktauftritt	368
	3. Bedeutungsgehalt des § 5 HGB – eine Argumentationsgrundlage?	369
	4. Verbraucher- und gesellschaftsrechtliche Vergleichsbetrachtung	371
II.	Fehlende Kaufmannseigenschaft unselbstständig berufstätiger Personen	373
III.	Kleingewerbetreibende – Eintragungsoption mit konstitutiver Wirkung	374
	1. Sachgrund für die Sonderbehandlung von Klein- gewerbetreibenden?	374
	a) Schutzbedürftigkeit wegen defizitärer Geschäftserfahrung?	375
	b) § 2 HGB und verbraucherrechtlicher Unternehmerbegriff.	376
	2. Schutzbedarf des Klein- gegenüber dem Großunternehmer?	377
	a) Regelungsgehalt und mangelnde Verallgemeinerungsfähigkeit von § 354a HGB	378
	b) Die EG-rechtliche Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU).	379
	3. Eintragungsunabhängige Anwendung der §§ 343 ff. HGB.	380
	4. Letztverkäuferregress – Gebot zur dispositiven Ausgestaltung?.	381
C.	Einseitige Handelsgeschäfte – neuralgischer Punkt der Abgrenzung	383

I.	Rechtspolitische Bedenken und verfassungsrechtliche Fragestellung	383
II.	Einseitige Handelsgeschäfte zu Lasten des Nichtunternehmers.	385
1.	Die Zinsverbotslockerung in Kontokorrentverhältnissen	385
2.	Akzessorietätslockerung für Sicherheiten bei Kontokurrenten.	386
3.	Pfändung des Zustellungssaldos beim Kontokorrent	388
4.	Einseitige Handelsgeschäfte beim Handelskauf	389
III.	Resümierende Auswertung der einseitigen Handelsgeschäfte	390
D.	Erzeugung von Leitbildtreue: Auslegungs- oder Gesetzeskorrektur?	392
I.	Möglichkeit und Zulässigkeit von Analogiebildungen	392
1.	<i>Canaris</i> : Analogiebildung im Einzelfall	393
2.	Die Generalisierung der HGB-Sondernormen bei <i>Neuner</i>	394
3.	<i>K. Schmidts</i> Plädoyer für eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	396
a)	Ausgangsbetrachtung und Rechtsfortbildungsansatz	396
b)	Die methodologischen Hürden der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung	397
II.	Keine teleologische Reduktion: Appell an den Gesetzgeber	398
<i>§ 25 Zwischenresultat und vorläufige Auswertung</i>		399
 6. Kapitel: Grundfreiheiten und Marktliberalisierung		403
<i>§ 26 Unternehmerleitbild und Freiheitsschutz der Grundfreiheiten</i>		403
A.	Leitbilderwägungen und institutionelle Marktfreiheit	404
B.	Die grundfreiheitliche Stellung des Handelsvertragsrechts.	405
C.	Grundfreiheiten und Verbrauchervertragsrecht	406
<i>§ 27 Der Rechtsfortbildungsstand der Grundfreiheiten</i>		408
A.	Gemeinsamer Rechtsfortbildungsstand der Grundfreiheiten.	409
I.	Stufenbau und Grundfreiheitenbindung	409

1. Grundfreiheiten, Richtlinien und nationales Verbrauchervertragsrecht	410
2. Bindung der Gemeinschaftsorgane an die Grundfreiheiten.	411
3. Die Verbotsdichte der Gemeinschaftsbindung	413
II. Inländergleichbehandlung und Beschränkungsverbot	416
B. Rechtsfortbildungsbesonderheiten der einzelnen Grundfreiheiten	417
I. Freier Warenverkehr: Produktregelungen und Verkaufsmodalitäten	418
II. Die Dienstleistungsfreiheit als allgemeines Beschränkungsverbot	420
III. Freizügigkeit/Niederlassungsfreiheit – allgemeine Beschränkungsverbote	421
 § 28 <i>Binnenmarktkonvergenz des Privatrechts</i>	422
A. Grundfreiheitliche Würdigung der Dreiteilung an sich.	422
I. Rechtsordnungsunterschiede und Maßgeblichkeit der Erlassebene	423
II. Würdigung der vertragsrechtlichen Rechtsordnungsunterschiede	424
B. Die Prüfung privatrechtlicher Normen an den Grundfreiheiten	425
I. Die Beurteilung der mittelbaren Behinderungseignung in der Literatur	425
II. Anhaltspunkte zur Behinderungseignung in der EuGH-Rechtsprechung.	427
III. Die ausschließliche Grundfreiheitenrelevanz zwingenden Rechts	428
C. Verkaufs- und Produktmodalitäten im Vertragsrecht	429
I. Vertragsexistenz und Modalitäten der Vertragsdurchführung.	429
II. Die Konkretisierung vertriebsbezogener Maßnahmen durch den EuGH	430
 § 29 <i>Verbrauchervertragsrecht und Grundfreiheiten</i>	432
A. Die Beurteilung der verbraucherrechtlichen Kollisionsnormen	433
I. Meinungen zum kollisionsrechtlichen Regelungsgehalt der Grundfreiheiten.	434
II. Auswertung des kollisionsrechtlichen Regelungsgehalts	435

III.	Die Art. 27 Abs. 3, Art. 29 und 29a EGBGB vor den Grundfreiheiten.	436
1.	Art. 27 Abs. 3 EGBGB bei Sachverhaltsverbindung mit einem Staat	437
2.	Die verbraucherrechtliche Sonderverweisung des Art. 29 EGBGB	438
3.	Die EG-bezogene Rückverweisung des Art. 29a EGBGB	441
B.	Die Beurteilung des zwingenden Sachvertragsrechts	442
I.	Die grundfreiheitliche Beurteilung von Informationspflichten	442
1.	Die generelle Beurteilung von Aufklärungspflichten	443
2.	Interdependenz zwischen Sprachregime und Beeinträchtigungswirkung	445
a)	Das Sprachregime der harmonisierten Informationspflichten	445
b)	Das Zusammentreffen von Sprachumsetzungspflichten und Informationspflichten	446
c)	Die Grundfreiheitenwidrigkeit der timesharing-bezogenen Informationspflichten	448
II.	Verlängerung der Überlegungsfrist durch Widerrufsrechte.	448
III.	Grundfreiheiten und verbraucherrechtliche Inhaltskontrolle.	450
1.	Die AGB-Missbrauchskontrolle – eine produktbezogene Regelung?	450
2.	Der produktregelnde Charakter der Sachmängelregelungen	453
C.	Zusammenfassung und Auswertung	455
<i>§ 30 Die gruppenspezifische Sonderbehandlung im Handelsrecht</i>		455
A.	Die Problematik um die Anknüpfung handelsrechtlicher Normen	456
I.	Die Anknüpfung der Kaufmannseigenschaft im europäischen Vergleich	456
II.	Die deutsche Literatur zur Anknüpfung des Kaufmannsbegriffs.	457
1.	Anknüpfung an den Ort der gewerblichen Niederlassung	459
2.	<i>Van Venrooys</i> Anknüpfung an dem Sinngehalt der Sachnorm	462

3. Präferenzbestrebungen zum Wirkungsstatut (<i>lex causae</i>)	465
4. Interessenlage der Vertragsparteien bezüglich der Anknüpfungsfrage	466
III. Kollisionsrechtliche Lösungsmöglichkeiten anderer Rechtsordnungen	467
1. Das französische Handelsrecht – Vergleichbarkeit zu Deutschland	467
2. Das österreichische Handelsrecht: Genereller Unter- nehmerbezug	470
3. Italien – ehemals kaufmannsbezogene Anknüpfung .	472
4. Englisches <i>common law</i> – kein besonderes Handels- recht	475
IV. Kollisionsrechtliche Lösungsmöglichkeiten anderer Rechtsordnungen	477
B. Sondervorschriften zur Vertragsstrafe und zur Formfreiheit	477
I. Die HGB-Liberalisierung bei Vertragsstrafeversprechen (§ 348 HGB)	478
II. Die HGB-spezifische Erweiterung von Erwerb und Abtretbarkeit	479
III. »(Kaufmann-) Erleichterung« von BGB-Form- vorschriften (§ 350 HGB).	480
1. Die Grundfreiheitenrelevanz der bürgschafts- rechtlichen Formvorschrift.	480
a) Die Ermittlung des Bürgschafts- und Formstatuts .	481
b) Die »faktische« Unabdingbarkeit der Form- befreiung	482
2. »Exempel 1«: Bürgschaft eines EU-ausländischen Architekten	483
a) Der Produktcharakter der Bürgschaftsform . . .	483
b) Die Reichweite der Formbefreiung in den einzelnen Mitgliedstaaten.	484
c) Anknüpfung nach dem Ort der gewerblichen Niederlassung	486
d) Anknüpfung nach dem Sinngehalt der Sachnorm bzw. nach der <i>lex causae</i>	487
3. »Exempel 2«: Bürgschaft eines deutschen Architekten	487
4. »Exempel 1 und 2«: Rechtfertigungsmöglichkeit nach Cassis.	488
C. Fehlende Folgerichtigkeit der Kaufmannseigenschaft	490
§ 31 Zusammenfassung und Résumé der Grundfreiheitenprüfung	491

Abschließendes Kapitel: Zusammenfassung und Thesenbildung	493
§ 32 Die Ausgangsproblematik der Vertragsrechtsdivergenz	493
§ 33 Die Geschichtsrelevanz der (sonder-) privatrechtlichen Dreiteilung	495
§ 34 Der Bedeutungsgehalt des Begriffs »Sonderprivatrecht«	497
§ 35 Die Sonderprivatrechte im Lichte der Systemvorgaben.	498
§ 36 Begriffssimmanenz des Gleichheits- und Freiheitsausgleichs?	499
§ 37 Drittwirkungsgehalt und Schutzpflichtenlehre	502
§ 38 Prinzipienbildung durch Leitbilderwägungen	504
§ 39 Typisierungskonvergenz des Handels- und Verbraucherrechts	505
§ 40 »Privatrechtliche Marktliberalisierung« und Grundfreiheitenkonvergenz	507
§ 41 Resümierende Thesen zur Vertragsrechtsdivergenz	511
 Literatur	513
Register	561