

## 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 Freiheits- ausgleich. . . . .	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 Begriffsimmanenz 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 Grundfreiheiten- konvergenz . . . . .	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 Widerrufsrechte . . . . .	15
III. Das Verbraucherschutzinstrument der Inhaltskontrolle	17
IV. Sonderanknüpfung – Verhinderung der Rechtswahlflucht . . . . .	18

§ 3 <i>Dreiteilung der Vertragsrechtsordnung</i> . . . . .	19
A. Sondervertragsrechte und Diskrepanz der Freiheitsgewähr .	21
B. Subsidiaritätsprinzip und Vertragsrechtsdivergenz. . . . .	22
§ 4 <i>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 Pauschalreiserichtlinie . . . . .	39
§ 5 <i>Suche nach dem »inneren« System und Aufbau der Arbeit</i> . . .	41
 1. Kapitel: Ausgangsproblematik der vertragsrechtlichen Dreiteilung . . . . .	43
§ 6 <i>Geschichtsrelevanz als systemteilungsbedingte Ausgangskoordeinate</i> . . . . .	45
§ 7 – <i>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 Handels- rechts (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 Außen- beziehungen? . . . . .	64
D. Die mangelnde Adaptionfähigkeit 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 Einheits- betrachtung . . . . .	71
2. <i>Goldschmidts</i> entwicklungsgeschichtliche Innovationsbetrachtung . . . . .	72
3. Die »Dreistufen«-Ursachendefinition von <i>Gareis</i> . . . . .	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 Verbraucherrechts- entwicklung . . . . .	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 Modellsplaltung im Schrifttum . . . . .	98
§ 10	<i>Zusammenfassung des Bisherigen und Programmhese</i> . . . .	101
2. Kapitel:	Sondervertragliche Systemvorgaben der Rechtsordnung . . . . .	103
§ 11	<i>Begriff der Sonderprivatrechte – Systembegriff des Vertragsrechts?</i> . . . . .	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 Pandekten als Systematisierungsfaktor – Herkunft und Überlieferung . . . . .	114
II.	F. Bydlinskis sonderprivatrechtliche Integrationsvorstellungen . . . . .	116
D.	Die Stellung des Handels- und Verbraucherrechts zu den Pandekten . . . . .	118

I. Das Handelsrecht als Sonderprivatrecht mit defizitärer Abgrenzung. . . . .	118
II. Fehlender Sonderprivatrechtsgehalt des Verbraucherprivatrechts? . . . . .	119
E. Pandektenexterne Freiheits- und Gleichheitstypisierung. . .	120
 § 12 <i>Etatismus und Dualismus – makrojuristische Weichenstellung</i>	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. Registersubsidarität und »Pufferfunktion« des Wettbewerbs(-rechts) . . . . .	138
 § 13 <i>Vertragsrechtsdivergenz und Einheit der Wirtschaftsverfassung</i>	140
A. Supranationale Einflussenebene 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: substanzielle Verbindungsfaktoren. . . . .	157
I. Freiheitspostulate der Grundrechte – einheitsstiftender Faktor. . . . .	157
II. Die Grundfreiheiten – wirtschaftsverfassungsrechtlicher Referenzrahmen . . . . .	159
§ 14 Zusammenfassung und grundsätzliche Maßstabsbildung . . .	159
 3. Kapitel: Sonderrechtlicher Gleichheits- und Freiheitsausgleich. . . . .	 161
§ 15 Dogmatische Aufbereitung von Gleichheit und Freiheit . . . .	162
A. Dienende Funktion der Gleichheit zur Freiheitsausgestaltung	163
B. Privatautonomie – Ausgestaltung und Gewährleistung . . .	164
§ 16 Prämissen und Maßstab der Gleichheits- und Freiheitsdivergenz	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

§ 17 <i>Das Verhältnis zwischen Ausgestaltung und Einwirkung.</i> . . .	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 Instrumentalisierung des Vertragsrechts . . . . .	234
§ 18 Zusammenfassende Auswertung und weiterer Prüfungsbedarf	237
 4. Kapitel: Leitbilder – Legitimation ungleicher Ausgestaltung? . . . . .	239
§ 19 (Un-)Mittelbare Drittwirkung – Vorgaben für die Normgestaltung? . . . . .	239
A. Gesetzgeberische Grundrechtsbindung bei (Privatrechts-) Gesetzen . . . . .	240
I. Die Drittwirkungsproblematik im Handels- und bürgerlichen Recht . . . . .	241
II. Die EG-rechtliche Drittwirkungsproblematik im Verbraucherrecht . . . . .	242
1. Unmittelbare Grundrechtsbindung im Verbraucherrecht? . . . . .	242
2. Grundrechtsdogmatische Besonderheiten im Verbraucherrecht? . . . . .	244
B. Systemvorgaben durch die Drittwirkung der Grundfreiheiten? . . . . .	245
§ 20 Die vertragsrechtlichen Schutzpflichten des Staates . . . . .	247
A. Grundrechtliche Schutzpflichten – symmetrischer Grundrechtsschutz? . . . . .	247
I. Der Wirkungsgehalt der grundrechtlichen Schutzpflichten . . . . .	248
II. Der Vorrang der dezentralisierten Eigenverantwortlichkeit . . . . .	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 situationspezifische 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 wohlervorbener 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> -Grundfreiheitsdogmatik . . . . .	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

§ 22 <i>Privatrechtliche Leitbilder als legislative Differenzierungsgebote</i>	304
--------------------------------------------------------------------------------	-----

5. Kapitel: Typisierungskonvergenz des Handels-/ Verbraucherrechts . . . . .	307
§ 23 Leitbildkongruenz des Verbrauchervertragsrechts . . . . .	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 Haustürgeschäftsrichtlinie . . . . .	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 Verbrauchsgüterkaufrichtlinie . . . . .	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 leitbildefizitäre 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 Gewerbe-	
	betriebs . . . . .	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 Leit-	
	bilddivergenz. . . . .	364
B.	Defizitäre Umsetzung bei Freiberuflern und Kleingewerbe-	
	treibenden . . . . .	365
I.	Die Sonderbehandlung von Berufsträgern mit frei-	
	beruflicher Tätigkeit . . . . .	365
	1. Die fehlende Rechtfertigung für die Ausklammerung	366
	2. Standesrechtliche Organisation und vertrags-	
	orientierter Marktauftritt . . . . .	368
	3. Bedeutungsgehalt des § 5 HGB – eine Argumenta-	
	tionsgrundlage? . . . . .	369
	4. Verbraucher- und gesellschaftsrechtliche Vergleichs-	
	betrachtung . . . . .	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 Geschäfts-	
	erfahrung? . . . . .	375
	b) § 2 HGB und verbraucherrechtlicher Unternehmer-	
	begriff. . . . .	376
	2. Schutzbedarf des Klein- gegenüber dem Großunter-	
	nehmer? . . . . .	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 Kontokorrenten. . . . .	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
§ 25	<i>Zwischenresultat und vorläufige Auswertung</i> . . . . .	399
6. Kapitel:	Grundfreiheiten und Marktliberalisierung . . . . .	403
§ 26	<i>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
§ 27	<i>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 Binnenmarktkonvergenz des Privatrechts. . . . .	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 Verbrauchervertragsrecht und Grundfreiheiten. . . . .	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 Sprachumsetzungs- 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 produkt-bezogene Regelung? . . . . .	450
2. Der produktregelnde Charakter der Sachmängelregelungen . . . . .	453
C. Zusammenfassung und Auswertung . . . . .	455
§ 30 Die gruppenspezifische Sonderbehandlung im Handelsrecht. . . . .	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 Venrooy's</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. Englisch <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 <i>Résumé</i> der Grundfreiheitenprüfung	491

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