

APOSTOLOS TASSIKAS

Dispositives Recht
und Rechtswahlfreiheit
als Ausnahmebereiche der
EG-Grundfreiheiten

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

114

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

114

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Apostolos Tassikas

**Dispositives Recht und
Rechtswahlfreiheit
als Ausnahmereiche
der EG-Grundfreiheiten**

Ein Beitrag zur Privatautonomie, Vertragsgestaltung
und Rechtsfindung im Vertragsverkehr
des Binnenmarkts

Mohr Siebeck

Apostolos Tassikas, geboren 1973; Studium Rechtswissenschaften in Athen und Mainz; 1996 LL.M. (Frankfurt); 2002 Promotion in Frankfurt; seit 1997 zugelassener Anwalt in Athen; seit 2002 als europäischer Rechtsanwalt („*Digikoros*“) in Frankfurt niedergelassen.

978-3-16-158453-4 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148281-6

ISSN 0720-1147 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2004 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2002 von der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/M. als Dissertation angenommen.

Für die Druckfassung konnten noch Rechtsprechung und (insbesondere) deutschsprachiges Schrifttum bis August 2002 berücksichtigt werden.

Meinem verehrten Doktorvater Prof. Dr. Manfred Wolf bin ich zu tiefstem Dank verpflichtet. Er hat die Bearbeitung des Themas sowie mein Interesse an den Problemen der Wirtschaftstransaktionen im europäischen Binnenmarkt angeregt und mich stets in vielfältiger Weise wissenschaftlich und persönlich gefördert. Herrn Prof. Dr. Eckard Rehbinder danke ich nicht nur für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Seine kritischen Bemerkungen haben für eine spannende Disputation gesorgt.

Für die Annahme in die Schriftenreihe danke ich Herrn Prof. Dr. Jürgen Basedow. Ebenso verpflichtet bin ich Frau Irene Heinrich (Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht) für ihre redaktionelle Hilfe. Herrn RA Thorben Sundström hat die Endfassung kritisch und mit Sorgfalt gelesen und für die Druckvorlage korrigiert. Dafür gilt ihm, wie allen Kollegen und Freunden, die mir als unermüdliche Gesprächspartner zahlreiche Anregungen gegeben und mich vor Irrwegen bewahrt haben, mein besonderer Dank.

Insbesondere danken möchte ich allen Freunden, die über ihre Hilfsbereitschaft und Unterstützung in meinem Forschungs- und Universitätsalltag hinaus, während meines Forschungsaufenthaltes Frankfurt für mich zu einem zweiten Zuhause gemacht haben.

Meinen Forschungsaufenthalt hat die großzügige Hilfe des griechischen staatlichen Stipendienträgers (I.K.Y.) wesentlich erleichtert, wofür ich auch ihm gegenüber sehr verpflichtet bin.

Die Arbeit widme ich meinen Eltern, Maria und Dimitrios, für ihre langjährige und vielseitige Unterstützung und Förderung.

Frankfurt, August 2002

Apostolos D. Tassikas

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 Ausnahmebereiche der Grundfreiheitenkontrolle bei grenzüberschreitenden Verträgen im Binnenmarkt	
Abschnitt 1: .	
Die Rechtswahlfreiheit als Ausnahmebereich 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 Binnen- markt	11
I. Die materiellrechtliche Verweisung im Sinne des <i>Alsthom Atlantique</i> -Urteils.	12
II. Die Rechtswahlfreiheit als Rechtssicherheit im Vertragsverkehr des Binnen- markts	13
III. Besondere Rechtswahlgestaltungen aus der Sicht der h.M.	14
1. Stillschweigende bzw. konkludente Rechtswahl: Bewusste Gestaltungs- möglichkeit?	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 Vertragsverkehrs 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 Vertragsverkehrs 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

Abkürzungsverzeichnis

a.	auch
a.A./A.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
abl.	ablehnend
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
AG	Aktiengesellschaft, Amtsgericht
AGB-RiLi	Richtlinie 93/13/EWG über die missbräuchlichen Klausel in Verbraucherverträge, ABl. EG v. 21.4.1993, Nr. L 95, S. 29 ff.
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AK-BGB	Alternativkommentar-BGB, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
AktG	Aktiengesetz
All E. R.	The All England Law Reports
AmEcRev.	American Economic Review
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Am.Rev.Int.Arb.	American Review of International Arbitration
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv für öffentliches Recht
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeitung, Bearbeiter
Beih.	Beiheft
Ber.	Bericht

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BörsG	Börsengesetz
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
bzw.	beziehungsweise
Cal.L.Rev.	California Law Review
Cc	Codice civile (Italien)
cc	code civile (Frankreich)
CC	Código Civil (Spanien)
CCom	Código de Comercio (Spanien)
CDE	Cahiers de droit européen
cic	culpa in contrahendo
CISG	Convention on the International Sale of Goods
CLJ	Cambridge Law Journal
CLR	Consumer Law Review
CMLR	Common Market Law Review
Col.L.R.	Columbia Law Review
Columbia J.Eur.L.	Columbia Journal of European Law
Contract L.J.	Contract Law Journal
Cornell Int.L.J.	Cornell International Law Review
D.	Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation; Recueil Dalloz et Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBİ	Deutsches Verwaltungsblatt
DZWİR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ebd.	ebenda
ed.	editor, edition
EEA	Einheitliche Europäische Akte (ABl. EG 1987 L 169, S. 1)
EEmpD	Epitheorisi Emporikou Dikaiou (=Revue des Handelsrechts) (griechisch)
EG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (nach Amsterdam)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemein-

	schaft
Einl.	Einleitung
ELJ	European Law Journal
ELR	European Law Review
EMRK	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ERPL	European Review of Private Law
EU	Europäische Union
EuG	Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift
EuGVÜ/EuGV-VO	Europäisches Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen / Verordnung (EG) Nr. 44/2001 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (früher EuGVÜ), ABL. EG 2001 L 12 (22.12.2000)
EUI	European University Institute
EuR	Europarecht
Eur.J.L. Reform	European Journal of Law Reform
Europäisches Übereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit	Europäisches (Genfer) Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit v. 21.4.1961 (BGBl. 1965 II 107)
Euro-VO II	Verordnung Nr. 1103/97 des Rates über bestimmte Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des Euro (ABl. EG L 162/1, v. 19.06.1997)
EurZGB	Europäisches Zivilgesetzbuch
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (konsolidierter Text in: ABl. EG 1998 C 27/34)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	folgende, fortfolgende
Factoring-Übereinkommen	UNCITRAL Übereinkommen zum Factoring von 1988, Ottawa
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FernAbsG	Fernabsatzgesetz v. 27.06.2000, BGBl I 897, S. 1139, in Kraft getreten am 30.06.2000 (Gesetz über Fernabsatzvertrag und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro)
Fordham Int.L.J.	Fordham International Law Journal
Foro.ital.	Il Foro italiano

FS	Festschrift
G/T/E	Kommentar zum E(W)G-Vertrag, hrsg. von Groeben, Hans von der/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter, 5. Aufl., Baden-Baden 1997 ff.
GA	Generalanwalt/Generalanwälte
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
griech.	griechisch
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Auslands- und internationaler Teil
GS	Gedächtnisschrift
h.M.	herrschende Meinung
Hdb.	Handbuch
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg., hrsg.	Herausgeber, herausgegeben
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in dem Sinne
i.e.S.	im engeren Sinne
i.Erg.	im Ergebnis
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG (öster.)	Österreichisches Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht v. 5.6.1978, österreichisches BGBl 1978/304, in Kraft seit 1.1.1979
IPRG (schweiz.)	Schweizerisches Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht v. 18.12.1987, BBl II 1988, S. 5 ff., in Kraft seit 1.1.1988
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des Internationalen Privatrechts
ital.	italienisch
IVR	Internationales Vertragsrecht
IZPR	Internationales Zivilprozessrecht
IZVR	Internationales Zivilverfahrensrecht
J. L. & Com.	The Journal of Law and Commerce
J. Legal Stud.	The Journal of Legal Studies
JBl.	Juristische Blätter (Österreich)
JCP	Juris Classeur Périodique
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristische Zeitung
KG	Kammergericht, Kommanditgesellschaft
krit.	kritisch
Krit.E.	Kritiki Epitherorisi tou Dikaiou (=Kritische Revue des Rechts) (griechisch)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift

KSchG	Konsumentenschutzgesetz (Österreich)
KUM	Kleine und Mittlere Unternehmen
L. Contemp. Probl.	Law and Contemporary Problems
LG	Landgericht
List Forum	List Forum für Wirtschafts- und Finanzpolitik
lit., litt.	litera (-ae) (Buchstabe)
LQR	The Law Quarterly Review
LS	Leitsatz, Leitsätze
m.a.W.	mit anderen Worten
m.Anm.	mit Anmerkung
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Mich.L.Rev.	Michigan Law Review
MietrechtsreformG	Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts v. 19.06.2001 BGBl. I, S. 1149, 1174, in Kraft ab 01.09.2001
Mitt.	Mitteilungen
Mod.L.Rev.	The Modern Law Review
n.F.	neue Fassung
N.J.	Nederlandse Jurisprudentie
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NoB	Nomiko Vima (=Juristische Tribüne) (griechisch)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
OR	Obligationenrecht (Schweiz)
ORDO	ORDO Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
öst.	österreichisch
Oxf.J.L.St.	Oxford Journal of Legal Studies
PECL	Principles of European Contract Law (Lando-Kommission)
PICC	UNIDROIT Principles of International Commercial Contract Law
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdC	Recueil des Cours (Académie de Droit international)
Reg.Ent.	Regierungsentwurf
Rev.crit.dr.int.pr.	Revue critique de droit international privé
Rev.dr. affaires / Int.Bus.L.	Revue de droit des affaires / International Business Lawyer

Rev.dr.unif.	Revue de droit uniforme
Rev.int.dr.comp.	Revue internationale de droit comparé
RG	Reichsgericht
RGRK-BGB	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, früher Kommentar der Reichsgerichtsräte
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiLi	Richtlinie
Riv.dir.int.priv.proc.	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
RMC	Revue du Marché Commun et de l' Union Européenne
RMUE	Revue du Marché Unique Européen
Rs.	Rechtssache
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Seite, Satz
s.	siehe
s.a.	siehe aber
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
SA	Schlussantrag
SchuldrechtsmodernisierungG	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138), in Kraft getreten am 01.01.2002
schweiz.	schweizerisch
sec.	section
SEW	Sociaal Economische Wetgeving
SGA	Sales of Goods Act (1979)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofes
Soc.Phil. & Pol'y	Social philosophy and policy
str.	strittig
stRspr	ständige Rechtsprechung
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
TranspR	Transport- und Speditionsrecht
Tul.J.Int.Comp.L.	Tulane Journal of International and Comparative Law
Tul.L.Rev.	Tulane Law Review
u.	und
u.a.	und andere, unter anderem
u.ä.	und ähnlich
U.S.	United States, United States Supreme Court Reports
u.U.	unter Umständen
UCC	Uniform Commercial Code
UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit	UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, v. 31.12.1985 (BT-Drucks. 13/5274)
UNCITRAL-Regeln für internationale Schiedsverfahren	UNCITRAL Arbitration Rules (UAR) 15.12.1976 (abgedruckt etwa in International Legal Materials 15

	(1976), S. 701 ff.)
UNIDROIT Principles	UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
Uniform L.Rev.	Uniform Law Review, Revue de droit uniforme
Univ.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
v.	von, vom
Va.J.Int.L.	Virginia Journal of International Law
Va.L.Rev.	Virginia Law Review
verb.	verbundene
VerbrSchG	griechisches Verbraucherschutzgesetz (Gesetz Nr. 2251/94)
VersR	Versicherungsrecht
VersRdsch	Der Versicherungsrundschau
VertragsG	Gesetz zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11.4.1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, sowie zur Änderung des Gesetzes zu dem Übereinkommen vom 19.5.1956 über den Beförderungsvertrag im internationalen Straßengüterverkehr
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vol.	volume
Vorb.	Vorbemerkung
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
WG	Wechselgesetz
WiB	Wirtschaftsrechtliche Beratung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Yale L.J.	The Yale Law Journal
YEL	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfIR	Zeitschrift für Insolvenzrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer

ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZLR	Zeitschrift für das gesamte Lebensmittelrecht
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZvgIRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZWS	Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

§ 1 Einleitung

I. Zum Gegenstand der Untersuchung – Eingrenzung

Seit Inkrafttreten des EG-Vertrages haben die Verkehrsfreiheiten eine immer größere Bedeutung für den grenzüberschreitenden innergemeinschaftlichen Rechtsverkehr erlangt¹. Viele stellen diese Bedeutung aber für den Bereich des Privatrechts sowie die Fortbildung der Grundfreiheiten durch die EuGH-Rechtsprechung in Frage. In Anbetracht der Tatsache, dass es immer noch nicht gelungen ist, das umfangreiche Material zur richterlichen Anwendung der Grundfreiheiten im Hinblick auf das Privatrecht nach Fallgruppen zu ordnen, diese Anwendung zu konturieren und die Substantiierung einer Beschränkung der Grundfreiheiten (im Folgenden nur noch als Freiheitsbeschränkung bezeichnet) auf plausible Kriterien zurückzuführen², setzt vorliegende Arbeit sich mit dem Begriff der Maßnahmen gleicher Wirkung auseinander und versucht, ihn in einer Weise zu bewerten, die das beschränkende Potential des Privatrechts für den innergemeinschaftlichen Vertragsverkehr trotz der Abweichungsmöglichkeiten der Rechtswahlfreiheit oder der Abbedingbarkeit ans Licht bringt. Unter Berücksichtigung des auf die grenzüberschreitenden Verträge im Binnenmarkt anwendbaren Rechts wird zudem versucht, diese Problemlage vollständig darzustellen und sachgerecht zu beantworten. Es soll an dieser Stelle auch versucht werden, Gedanken für die Weiterentwicklung der Systematik bzw. Dogmatik der Grundfreiheiten, insbesondere für das Privatrecht, fruchtbar zu machen³.

¹ Das gilt nicht nur für die Warenverkehrsfreiheit, sondern ebenfalls für die anderen, mittlerweile konvergierten Verkehrsfreiheiten. Siehe § 7 II. Zur historischen Entwicklung siehe *Pfeil*, Historische Vorbilder (passim).

² Die Grenzen, insbesondere im Bereich des Privatrechts, sind immer noch fließend. Vgl. *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht (passim); *Franzen*, Privatrechtsangleichung (passim); *Gebauer*, Grundfragen der Europäisierung (passim); *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts (passim); *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (passim); *M. Hoffmann*, Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags, S. 17 ff.

³ Zur Dogmatik bzw. Systematik der Grundfreiheiten, *C. Wolf*, JZ 1994, 1151, 1154 ff.; *Jarass*, EuR 2000, 705 ff.; *ders.*, EuR 1995, 202 ff.; *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 53 (Grundfreiheiten als negativer Rechtsschutz); *Mojzesowicz*, Möglichkeiten und Grenzen einer einheitlichen Dogmatik (passim). Zum Begriff der Dogmatik siehe *Alexy*, Grundrechte, S. 22 ff.; *Müller*, Juristische Methodik, S. 230 ff.; *Harenburg*, Rechtsdogmatik (passim). Vgl. § 7 VIII.

Nach herrschender Meinung in der Literatur gibt es keinen Grund für eine Anwendung der Grundfreiheiten, wenn eine Rechtswahlmöglichkeit besteht oder das anzuwendende Recht dispositiven Charakter aufweist⁴. Den Ausgangspunkt dieser Ansicht bildet hierbei die Aussage der Entscheidung *Alsthom Atlantique*, nach der sich Freiheitsbeschränkungen der Grundfreiheitenkontrolle entziehen können, wenn es den Parteien vorbehalten bleibt, eine beliebige Rechtsordnung als anwendbare auszuwählen⁵. Verbunden mit dem in dieser Entscheidung geschaffenen Ausnahmebereich ist ferner die Ablehnung einer Grundfreiheitenkontrolle des abdingbaren dispositiven Rechts⁶. Es soll jedoch nachgewiesen werden, dass auch die Normen ein erhebliches Beschränkungspotential für die Grundfreiheiten enthalten, welche zur Disposition der Parteien stehen, indem die Parteien durch Rechtswahl oder durch inhaltliche Gestaltungsänderung, wie beim dispositiven Recht möglich, diese Normen abwählen bzw. inhaltlich ändern können.

Die Arbeit strebt an, diese nicht immer unmittelbar einsichtigen Beschränkungen und ihre Folgen für den Binnenmarkt und die grenzüberschreitend tätigen Marktteilnehmer aufzuzeigen. Die dogmatische Konstruktion der verbreiteten Meinung über Ausnahmereiche in der Anwendung der Grundfreiheiten weist inhaltliche Schwächen auf, die durch eine Untersuchung des Charakters des dispositiven Rechts, sowie der Vertragsverhandlungspraxis bei grenzüberschreitenden Verträgen nachgewiesen werden sollen. In diesem Zusammenhang ist nämlich die Abgrenzung zwischen international zwingenden Normen als alleinigen Behinderungsnormen und solchen, die einer Rechtswahl bzw. einer inhaltlichen Abdingbarkeit zugänglich sind, bislang in vielen Einzelfragen nicht völlig überzeugend gelöst und, wenn nicht völlig unzutreffend, auf jeden Fall sehr pauschal formuliert worden⁷.

⁴ In beiden Fällen gilt die den Marktteilnehmern zur Verfügung stehende „Disponibilität“ – ein anderes Recht als anwendbar zu bestimmen bzw. eine Rechtsnorm abzubedingen – als hinreichend, um potentielle Beschränkungen der Grundfreiheiten des EG-Vertrages zu vermeiden. Dagegen s.u. § 3, § 5.

⁵ Der Gerichtshof ging davon aus, dass eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit des Exporteurs (in dem konkreten Fall stand die Anwendung des Art. 34 EGV in Frage) durch die strenge französische Sachmängelhaftung nicht vorlag, weil ein anderes Recht hätte gewählt werden können, EuGH (*Alsthom Atlantique*), Slg. 1991, I-107 ff.

⁶ Die Problematik des dispositiven Rechts als potentieller Ausnahmereich der Anwendung der EG-Freiheiten stellt sogar in der Arbeit den Hauptteil dar, denn die Disposition der Vertragsparteien rückt hier noch stärker in den Vordergrund.

⁷ Ausführlich *Fetsch*, Eingriffsnormen, S. 190 ff. Die für die Anwendung der Grundfreiheiten bedeutungslose Unterscheidung zwischen dispositiven und zwingenden einerseits und zwischen national und international zwingenden Normen andererseits führt zu schwerwiegenden Folgen für ihre Dogmatik. Siehe § 3, § 5. Zur Disponibilität der EG-Freiheiten, s.u. § 3 III, § 5 II 2 c (1), II 2 c (2).

Wie bereits hieraus ersichtlich, ist es nicht Aufgabe der Arbeit, eine in den Spuren des *Keck*-Urteils des EuGH wandelnde allgemeine Kategorisierung bestimmter Normen als „kaum die EG-Freiheiten beschränkende Normen“ oder doch „die EG-Freiheiten beschränkende Normen“ vorzunehmen. Den Schwerpunkt bildet vielmehr die aus der Entscheidung *Alsthom Atlantique* abzuleitende Problematik der zweifelhaften Reichweite der Grundfreiheiten, welche an ihre Grenzen dort zu stoßen scheint, wo die Rechtswahlfreiheit und die Anwendung des dispositiven Rechts einsetzen⁸. Um die geschilderte Problematik darzustellen und entsprechend zu bearbeiten, bedarf es daher zunächst einer Analyse der Rolle der Rechtswahlfreiheit und des dispositiven Privatrechts. Die insoweit angeführten Beispiele stammen überwiegend aus den Bereichen des vertraglichen Schuld- bzw. des Handels- und Unternehmensrechts⁹. Anhand beider Fallgruppen soll aufgezeigt werden, dass trotz der Möglichkeit der Rechtswahl bzw. Abdingbarkeit dispositiver Normen bei grenzüberschreitenden Transaktionen im Binnenmarkt Beschränkungen entstehen.

II. Zum Aufbau und Gang der Untersuchung

Die Annäherung an vorstehend umschriebene Problemstellung erfolgt in drei Schritten. Im *Ersten Teil* steht die Untersuchung der „Ausnahmebereiche“ im Vordergrund, insbesondere des beschränkenden dispositiven Rechts (Abschnitt 2), sowie der Rechtswahlmöglichkeit als vermeintlicher Ausweg aus den Beschränkungen (Abschnitt 1). Um die Eigenart der „Störfälle“ zutreffend zu erfassen, bedarf es zunächst einer Erörterung der Rolle der Rechtswahlfreiheit im grenzüberschreitenden Vertragsverkehr,

⁸ Eine Prüfung des mitgliedstaatlichen Privatrechts wird demnach abgelehnt, wo Rechtswahlfreiheit oder Recht mit dispositivem Charakter der Parteiendisposition zur Verfügung steht.

⁹ Leistungsstörungsrecht, z.B. specific performance (§ 4 III 1 b (1), § 8 III 2); Haftungsausschlüsse bzw. -begrenzungen, z.B. *action directe* oder Haftung der Gehilfen (§ 3 II 2 a, § 8 II 2); Aufrechnungsnormen, z.B. § 391 II BGB (§ 3 II 2 a); Vertragsstrafeherabsetzung, z.B. Art. 1152 II CC (§ 9 I); Kündigungsrecht im Bauwerkvertrag, z.B. § 649 BGB (§ 9 II); Handelsvertreterrecht, z.B. § 354a HGB oder Ausgleichsansprüche (§ 3 II 1, § 8 III 2); Verjährungsnormen, z.B. Art. 1792 cc, 554 a.F. griech. ZGB (§ 3 II 2 a, § 8 V); Abtretungs(ausschluss)- bzw. Klauselverbote (§ 3 II 1, II 2 a), Naturalobligationen, z.B. §§ 762, 764 BGB, Börsendifferenz- bzw. Termingeschäfte (§ 8 II 2, V); Kauf mit Eigentumsvorbehalt (§ 4 III 2 b (1), III 2 b (3)). Ferner Wertpapierrecht (§ 3 II 1); Gesellschafts- bzw. Unternehmensrecht, z.B. gesetzliche Wettbewerbsverbote im Recht der Personenhandelsgesellschaften, §§ 112, 113 HGB (§ 9 III) oder Regelungen, die die Kapitalbeteiligung tangieren (Vinkulierungsvorschriften, Mehrfachstimmrechte, § 9 IV). Regelungen über die Verzinsung der Verbraucher kreditgeschäfte (§ 3 II 2 a); Formvorschriften im Beweisverfahren, z.B. Art. 1341 cc, 393 I, II griech. ZPO (§ 3 II 2 b).

sowie der Rolle und Grenzen der Rechtswahlgestaltung bei den Vertragsverhandlungen (§ 2, § 3). In diesem Zusammenhang ist eine Erörterung der Funktion des dispositiven Rechts bzw. seiner Annahme oder Änderung bei den Vertragsvereinbarungen und seiner Anwendung im Vertrag erforderlich: Einerseits werden dadurch die dogmatischen Schwächen der kritisierten h.M. aufgezeigt, andererseits wird das Maß der Störung der Grundfreiheiten im Vertragsrechtsverkehr des Binnenmarkts dargestellt (§ 4, § 5, i.V.m. § 9).

Im Mittelpunkt des *Zweiten Teils* der Arbeit steht, nach einer Darstellung der Grundzüge des Binnenmarkts und der Dogmatik der Grundfreiheiten des EG-Vertrags (Abschnitt 1, § 6, § 7) der Versuch, aus der Rechtsprechung des EuGH und dem aktuellen Literaturstand bezüglich der Verkehrsfreiheiten Probleme und Fragestellungen für das Privatrecht nachzuzeichnen und zu entwickeln. Der Begriff der „Maßnahme gleicher Wirkung“, sowie die Anwendung und Reichweite der Grundfreiheiten werden hier im Hinblick auf das Privatrecht dargestellt. Gleichzeitig wird versucht, die Vorteile einer negativen, anhand der Effizienz der Grundfreiheiten vollzogenen Harmonisierung aufzuzeigen und eine Skizze der Grundfreiheitenkontrolle für das Privatrecht zu entwickeln (Abschnitt 2, § 8). Diese Skizze ist anschließend auf das dispositive Privatrecht anhand von beispielhaften Fallgestaltungen anzuwenden und diese Anwendung sodann einer Bewertung zu unterziehen (Abschnitt 2, § 9). Anhand der eigentlichen Beispielfälle erfolgt somit im *Zweiten Teil* die Darstellung des dispositiven Rechts im grenzüberschreitenden Verkehr als unentbehrliche Komponente der Dogmatik der Grundfreiheiten.

Im *Dritten Teil* gilt es sodann, den Versuch zu unternehmen, neue Methodenansätze für die Grundfreiheitsdogmatik, sowie für das Recht des Privatrechtsverkehrs im Binnenmarkt zu entwickeln. Hierbei sind die Konsequenzen der Grundfreiheitenkontrolle für das (dispositive) Privatrecht darzustellen und insbesondere der Problematik der Schließung der entstehenden Gesetzeslücken möglichst klare Grenze zu ziehen. In diesem Zusammenhang ist die Bildung einer einheitlichen Wertordnung für den Vertragsverkehr als Lösung besonders hervorzuheben. Ebenfalls sind hier Ansätze für die noch offenen Probleme der Dogmatik der Grundfreiheiten zu entwickeln.

III. Zur Bedeutung der Fragestellung bzw. zu ihrer praktischen Relevanz

Bei der hier aufgeworfenen Fragestellung handelt es sich keinesfalls um ein rein theoretisches Problem, für das im Rechtsalltag kein Klärungsbedürfnis besteht. Mit seinem obiter dictum in der Entscheidung *Alsthom At-*

lantique hat der EuGH versucht, das Problem des beschränkenden (zwingenden) Privatrechts zu lösen, indem er dessen Lösung den Marktteilnehmern und ihren Vertragsverhandlungen überlassen hat¹⁰. Dennoch haben die Vertragspartner an alle möglichen Beschränkungen der Grundfreiheiten zu denken und verschiedene IPR-Anknüpfungen in Betracht zu ziehen, sowie alle die Verkehrsfreiheiten belastenden Normen abzubedingen, um so ihren gesamten Spielraum auszunutzen und potentielle Belastungen des Verkehrs zu vermeiden.

In Zukunft ist jedoch eine Zunahme des Handelsvolumens und eine Banalisierung der grenzüberschreitenden Verträge, sowie eine wachsende Bedeutung des grenzüberschreitenden Verkehrs zu erwarten, was auch mit den hohen Erwartungen an einen schrankenfreien Verkehr aufgrund der Einführung des Euro zusammenhängt¹¹. Die Privatrechtsnormen sollten insoweit eine grundfreiheitskonforme Basis bieten bzw. sollte der mitgliedstaatliche Gesetzgeber auch binnenmarktskonforme Lösungen bereithalten, anstatt diese Last auf die Marktteilnehmer zu delegieren. Die Untersuchung geht also nicht davon aus, dass die Privatrechtsordnung „an sich“ vernünftig ist und es mithin nur gehöriger Anstrengungen bedarf, um das „richtige Recht“ zu erkennen. Vielmehr geht die Untersuchung davon aus, dass der bloße Vertragsschlussmechanismus eine freiheitskonforme Vertragsgestaltung nicht gewähren kann und alle Privatrechtsnormen dem Konformitätszwang der EU-Vorgaben unterstehen. In dieser Erkenntnis könnten sich Europarecht und bürgerliches Vertragsrecht treffen, um – wo nötig – ausgewogenen Schutz zu gewähren, und – wo möglich – neue Freiheitsräume zu eröffnen.

Die schon beschriebenen Probleme der Dogmatik der Grundfreiheiten in Verbindung mit der Möglichkeit, dispositives Recht abzubedingen und das anwendbare Recht auszuwählen, insbesondere die seitens der h.M. ange deutete Skepsis gegenüber den Integrationsbestrebungen, bestimmen die Vorgehensweise der vorliegenden Untersuchung. Nach der h.M. sehen sich die Vertragsparteien nämlich gezwungen, trotz der bei ausländischen, dispositiven Regelungen entstehenden Informations- und Beratungskosten, die grundfreiheitskonformste Vertragsgestaltung zu erreichen. Falls dies den Marktteilnehmern jedoch nicht gelingt, ist das nicht abbedungene dispositive Recht, sowie die zur Anwendung kommende Rechtsordnung allerdings nicht ohne weiteres als „harmlos“ für die Grundfreiheiten zu be-

¹⁰ Der Gerichtshof hat die Vertragspartner des grenzüberschreitenden Vertrages darauf hingewiesen, dass sie bei den Verhandlungen die ihnen offen bleibende Rechtswahlfreiheit ausnutzen und eine andere Rechtsordnung vereinbaren mögen.

¹¹ Ein offener Handels- und Rechtsraum mit einheitlicher Währung erhöht die Erwartungen der Marktteilnehmer auf Mobilität und Wohlstand. Die auslandsbezogenen privatrechtlichen Fälle mit europäischer Dimension häufen sich und die Zahl bzw. die Komplexität der grenzüberschreitenden Verträge nimmt stark zu.

trachten. Denn damit wäre nichts anderes erreicht, als die Pflicht der Konformität mit EU-primärrechtlichen Vorgaben den Vertragspartnern als Obliegenheit bei den Verhandlungen aufzuerlegen.

Natürlich bietet der Vertrag, besonders bei expliziter Einigung der Parteien auf bestimmte Punkte (z.B. auf die Rechtswahl), eine „Richtigkeitsgewähr“ und korrespondiert mit ihrer Eigenverantwortung. Der Vertrag ist und bleibt aber lediglich eine „Richtigkeitschance“ für die Grundfreiheiten, wenn z.B. dispositives Recht im Vertragsalltag des Binnenmarktes *selbstbestimmungsfremd* Anwendung findet¹². Man darf nicht einfach annehmen, dass das Freiheitskonformitätsgebot seinen Anwendungsanspruch mit dem Vertragsabschluss einbüßt. Das Gebot wirkt auch während des Vertragsabschlusses und -abwicklung und führt zur Unanwendbarkeit der für die Grundfreiheiten der Marktteilnehmer beschränkenden (nicht abbedungenen) dispositiven Normen. Mit seiner *Alsthom Atlantique*-These gibt der Gerichtshof demzufolge zu, dass das Recht unfähig ist, den Binnenmarkt zu schaffen. Der Binnenmarkt hat seine Grenzen dort, wo die Rechtswahlmöglichkeit und das abdingbare Recht beginnen. Auf diesem Wege wird es jedoch unmöglich werden, einen von Hindernissen freien Binnenmarkt bzw. ein aussichtsreiches Konzept für das europäische Vertragsrecht zu schaffen. Gerade zur Erfüllung dieser Ziele will die vorliegende Untersuchung einen Beitrag leisten.

¹² Vgl. *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, S. 73 f., 119 zur „Richtigkeitschance“. Auch *Hönn*, Kompensation, S. 99; *Drexl*, Selbstbestimmung, S. 35 ff., 282 ff. Eingehend *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 174 ff., 190 ff.

Erster Teil:

**Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als
Ausnahmebereiche der Grundfreiheitenkontrolle bei
grenzüberschreitenden Verträgen im Binnenmarkt**

Abschnitt 1:

Die Rechtswahlfreiheit als Ausnahmereich der Grundfreiheiten und als Umgehung des beschränkenden zwingenden Rechts

„Der Staat, der die Anwendungsnorm erlässt, will den Parteien, ..., nicht verwehren, den Rechtsstreit unter sich auch nach beliebigen anderen Grundsätzen zu erledigen.“

„Wenn nun die verschiedenen in Betracht kommenden materiellen Rechtsordnungen in den für die Beurteilung des Falles maßgebenden Sätzen übereinstimmen, so ist freilich die Ungleichheit der Anwendungsnormen bedeutungslos.“

Zitelmann, IPR I (1897), S. 18, 8.

Die h.M. verweist auf das obiter dictum des EuGH¹ im Fall *Alsthom Atlantique*² und vertritt die These, dass die zwingenden mitgliedstaatlichen Normen (jus cogens) durch Rechtswahl einer anderen Rechtsordnung kaum beschränkend für die Verkehrsfreiheiten wirken. Die Begründung dafür lautet, dass keine Freiheitsbeschränkung vorliegt, wenn die Parteien potentielle Beschränkungen der EG-Grundfreiheiten beseitigen können, indem sie die im internationalen Schuldrecht herrschende Rechtswahlmöglichkeit nutzen, sowie die am meisten freiheitskonforme Rechtsordnung auswählen³. Erheblich hindernd wirken demgegenüber die international zwingenden nationalen Normen (Eingriffsnormen)⁴.

¹ Zum Urteilstil des EuGH, *Schulze-Osterloh*, FS Zöllner, S. 1245 ff. Vgl. *Everling*, EuR 1994, 127 ff.; *Röttgen*, Die Argumentation des Europäischen Gerichtshofs (passim); *Anweiler*, Die Auslegungsmethoden (passim); *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 115 ff. (zu induktiven und deduktiven Methoden des EuGH).

² EuGH (*Alsthom Atlantique*), Slg. 1991, I-107, 124, Rn. 15. Vgl. *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht, S. 264. Zum im Urteil geprüften französischen Haftungsausschlussverbot, *Sonnenberger*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, Rn. VI 53; *Ferid/Sonnenberger*, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, Rn. 2 G 633 f.; Cour de Cassation, Dalloz Affaires 1998, 329 m.Anm. J.F.

³ Aus der Sicht der Möglichkeit einer Teilrechtswahl hieße das auch, dass diverse, von verschiedenen Rechtsordnungen stammende Sachnormen anstelle von beschränkenden zwingenden Normen als anwendbar bestimmt werden können. Vgl. dazu § 2 III 2, § 3 I 1 b (4).

⁴ Besonders *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, Rn. 27 ff. Ausführlich *Fetsch*, Eingriffsnormen, S. 144 ff., 198 ff. Dazu näher sogleich im Text § 2 IV 3.

Selbst in ihrem internationalprivatrechtlichen Kern hinkt aber diese Meinung, da die Frage nach der Abgrenzung zwischen *international* zwingenden Normen und *innerstaatlich* zwingenden Normen, die einer Rechtswahl zugänglich sind, in Art. 5–7 EVÜ in mancher Hinsicht nicht völlig überzeugend beantwortet ist⁵. Dabei bleibt besonders die Gefahr der Informationskosten und der Vertragsdisparität bei der Abwahl des anstehenden Rechts unbeachtet bzw. ihre Bedeutung wird zumindest unterschätzt⁶. Ferner wird beim Fehlen einer Rechtswahl regelmäßig das heimische Recht des Exporthändlers zum anwendbaren Recht⁷. Somit scheint der grenzüberschreitende Verkehr nach dem Herkunftslandprinzip geregelt und aufgrund eines *favor offerentis*-Prinzips kollisionsrechtlich leicht gestaltbar zu sein⁸. Kleine und mittlere Unternehmen als Exporteure bzw. Anbieter können jedoch nicht immer eine günstige Rechtswahlklausel bestimmen oder werden selbst durch das objektiv anwendbare Recht nicht begünstigt, sondern sogar beschränkt oder müssen mit Schwierigkeiten bei den Verhandlungen „im Schatten ihres eigenen Rechts“ rechnen⁹. Demzufolge gilt es, auch die grenzüberschreitenden Nachfrager freiheitsrechtlich zu schützen, welche als „passive“ Grundfreiheitsträger dem Recht des Vertragspartners unterliegen, wenn sie bei den Verhandlungen ihre eigene Rechtswahl nicht durchsetzen können¹⁰.

Unter *Abschnitt 1* soll die vermeintliche Ausnahme für die Grundfreiheitenkontrolle in den Bereichen mit Rechtswahlfreiheit kritisch überprüft werden und das obiter dictum des *Alsthom Atlantique*-Urteils abgeschwächt werden, indem der schon erwähnte Ansatz beleuchtet wird, nämlich die Ineffizienz und Unzulänglichkeit der Rechtswahlmöglichkeit als Alternative zu den für die EG-Freiheiten beschränkenden zwingenden Normen (§ 3 II). Eine umfassende Darstellung der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie erübrigt sich insoweit, wichtig ist vielmehr, das Prinzip der Parteiautonomie im Sinne des obiter dictum nur kurz zu durchleuchten, um die Problematik für die Dogmatik der Grundfreiheiten fruchtbar zu machen (§ 2).

⁵ Grundmann, a.a.O., Rn. 30. Zur kollisionsrechtlichen Harmonisierung, ebd., Rn. 45. Vgl. § 2 IV 2, IV 3, § 3 II 2.

⁶ Remien, ZfRV 1995, 116, 129 und Grundmann, JZ 1996, 274, 278 f., meinen, die Rechtswahl sei die Alternative. Dagegen aber selbst Mülbart, ZHR 159 (1995), 2, 10, sonst ein Verfechter der Ausnahme des Privatrechts aus der Grundfreiheitenkontrolle. Insgesamt Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, Rn. 68 f. m.w.N.

⁷ Zur Anknüpfung des Art. 4 EVÜ und zur charakteristischen Leistung, siehe unten § 3 I 1 a (1), § 7 IV 2.

⁸ Siehe nur Drasch, Herkunftslandprinzip (passim). Grundsätzlich Basedow, RabelsZ 59 (1995), 1 ff. Vgl. § 3 I 1 a (1), § 7 IV 2.

⁹ Siehe Basedow, FS Mestmäcker, S. 347 ff.; ders., 33 CMLR 1169 ff. (1996).

¹⁰ Zur Nachfragerfreiheit siehe § 7 VII.

Da die stärkere Vertragspartei in der Regel ihre Vorstellungen über die anzuwendende Rechtsordnung faktisch durchsetzt, benachteiligt dies oft die Ausgestaltung der Rechtswahl derjenigen Vertragspartei, welche als grenzüberschreitender Transaktionsakteur in den Vertragsverhandlungen unterlegen ist (§ 3 I 2). Besonderes Augenmerk ist daher auf die Rechtswahl in AGB zu richten sowie auf die beiderseitige Zustimmung und das Erklärungsbewusstsein bei der Rechtswahl. Bezweckt wird im grenzüberschreitenden Handel die Gewährleistung eines ausreichend – zugunsten des Parteiwillens – schützenden Aushandlungsmechanismus bezüglich der Bestimmung der anzuwendenden Rechtsordnung (§ 3 I 2). Hinzu kommt, dass bestimmte Konstellationen bei den Verhandlungen zu Ergebnissen führen, welche die Rechtswahl u.U. obsolet und unzulänglich für die Vorstellungen der h.M. erscheinen lassen (z.B. Drittinteressen oder Schwierigkeiten bei der Suche nach einer freiheitskonformen Rechtsordnung, § 3 II) bzw. die mit der Rechtswahl von den Parteien verfolgten Ziele unerreichbar machen (§ 3 I).

§ 2 Die Rechtswahlmöglichkeit im Sinne des *Alsthom Atlantique*-Urteils. Ihre Rolle und ihre Grenzen bei der Vertragsgestaltung im Binnenmarkt

Es gilt hier zunächst das begriffliche und theoretische Umfeld der Rechtswahlfreiheit aufzuklären¹¹, um sich dann darauf konzentrieren zu können, wann diese Möglichkeit den Parteien praktisch bei den Verhandlungen im Binnenmarkt eingeräumt worden ist und so nach der h.M. als Mittel zu einer freiheitskonformen Vertragsgestaltung benutzt werden kann (unten § 3). Der Schwerpunkt liegt freilich im internationalen Schuldrecht¹².

¹¹ Zu den Hintergründen der Rechtswahl als „Kampf ums Recht“ in der internationalen Vertragsgestaltung siehe *Oschmann*, FS Sandroock, S. 25 ff. Zur geschichtlichen bzw. dogmatischen Entwicklung und Ursprüngen der Rechtswahlfreiheit siehe *Giuliano/Lagarde*, S. 33, 47 m.w.N.; *Vischer*, IVR, S. 39; v. *Bar*, IPR II, Rn. 412; *Siehr*, FS Keller, S. 485, 487; *Gutzwiller*, Geschichte, S. 74, 78 ff.; *Wicki*, Zur Dogmengeschichte, S. 1 ff.; *Wolff*, Private International Law, S. 14; *Leible*, Rechtswahlfreiheit, S. 245 ff.; *Schwind*, ZfRV 1992, 101 ff. Neulich *Püls*, Die Bedeutung des Parteiwillens (passim). Auch *Kühne*, Liber amicorum Kegel, S. 65 ff.

¹² Das Prinzip der Rechtswahlfreiheit, das im internationalen Schuldvertragsrecht beheimatet ist (in Art. 3 EVÜ, 27 EGBGB positiv-rechtlich verankert), beschränkt sich nicht nur auf dieses traditionelle Feld der materiellrechtlichen Privatautonomie, sondern es gilt auch in Normbereichen, die gerade nur in eingeschränktem Maße dispositiv sind. So *Siehr*, FS Keller, S. 485 ff. Zum Sachenrecht grundlegend *R. Weber*, *RabelsZ* 44 (1980), 510 ff.; *Einsele*, *RabelsZ* 60 (1996), 417, 419; v. *Wilmowsky*, *Kreditsicherungsrecht*, S. 36 ff. Zum Wettbewerbsrecht, *Dethloff*, *Europäisierung des Wettbewerbsrechts*

I. Die materiellrechtliche Verweisung im Sinne des *Alsthom Atlantique*-Urteils

Die kollisionsrechtliche Parteiautonomie erlaubt die Wahl einer Rechtsordnung in ihrer Ganzheit, einschließlich ihrer Kollisionsnormen (Gesamtverweisung) und befreit so auch von den zwingenden Sachnormen des Rechts, das ohne die Vereinbarung gelten würde¹³. Im Gegensatz dazu entbindet die materiellrechtliche Verweisung die materielle Gestaltungsfreiheit nur von dispositiven Normen¹⁴. Das Gericht hat die Streitigkeit in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften zu entscheiden, die von den Parteien durch einen Sondervertrag (Teil- bzw. Verweisungsvertrag)¹⁵ als auf den Inhalt des Rechtsstreits anwendbar bezeichnet worden sind¹⁶.

(passim); *dies.*, JZ 2000, 179 ff. Zum Wechselrecht, *Straub*, Zur Rechtswahl (passim); *ders.*, IPRax 1994, 432 ff. Zum Vertretungsrecht, *Claffen*, Rechtswahl (passim). Zum Deliktsrecht, *Kader*, Gemeineuropäisches IPR, 5. Kapitel, IV.

¹³ Die Bezeichnung des Rechts oder der Rechtsordnung eines bestimmten Staates ist allerdings als unmittelbare Verweisung auf die Sachvorschriften des Staates, nicht jedoch auf sein Kollisionsrecht, zu verstehen, Art. 15 EVÜ, 35 I EGBGB (Sachnormverweisung). Siehe *Kropholler*, IPR, § 24 II, S. 151; *Soergel/Kegel*, Art. 4 EGBGB, Rn. 22; Art. 35 EGBGB, Rn. 5; *Steiner*, Die stillschweigende Rechtswahl, S. 67 f.

¹⁴ Wobei sie sowohl zwingende als auch dispositive Normen einer Rechtsordnung erfasst. Allgemein *Kropholler*, IPR, § 40 I, S. 268; § 52 II, S. 410. Dies spricht gegen das Hauptargument der h.M., dass bloß die internationalen zwingenden Normen die Freiheiten beschränken, da jus cogens per Rechtswahl zu umgehen sei. So v. *Wilmowsky*, Kreditsicherungsrecht, S. 36 ff.; *ders.*, *RabelsZ* 62 (1998), 1 ff. Vgl. § 3 II 2.

¹⁵ Dessen Wirksamkeit wird nach dem in Aussicht genommenen Recht beurteilt, *Jayme*, FS Lorenz, S. 435 ff.; *Kropholler*, IPR, § 40 I, S. 268; § 52 II, S. 410. Die privatautonome Bestimmung des anzuwendenden Rechts ist ein Rechtsgeschäft und nicht lediglich ein Realakt. Seine Wirksamkeit richtet sich daher nach dem Recht, das anzuwenden wäre, wenn der Rechtswahlvertrag wirksam wäre, v. *Bar*, IPR II, Rn. 40, 416; *MünchKomm-Martiny*, Art. 27 EGBGB, Rn. 5. Siehe Art. 3 III i.V.m. 8 I EVÜ, Art. 27 III i.V.m. 31 I EGBGB. Zur Maßgeblichkeit des wirksam als anwendbares ausgewählten Rechts, siehe Art. 10, 14 EVÜ, 32 EGBGB.

¹⁶ Über die Zulässigkeit einer Rechtswahl entscheidet ausschließlich das Kollisionsrecht der *lex fori*. So *Jayme*, FS Lorenz, S. 435, 439; *MünchKomm-Martiny*, Art. 27 EGBGB, Rn. 73; *Steiner*, Die stillschweigende Rechtswahl, S. 31 ff. Wenn das gewählte Recht inhaltliche Anforderungen an eine Rechtswahl stellt, handelt es sich um Kollisionsrecht, das damit unbeachtlich ist, *Mankowski*, RIW 1993, 453, 456; *Roth*, RIW 1994, 275, 277. Vgl. insgesamt *Püls*, JuS 1991, 566 ff.

II. Die Rechtswahlfreiheit als Rechtssicherheit im Vertragsverkehr des Binnenmarkts

Die Rechtswahl als Erscheinung der Parteiautonomie entspricht den Bedürfnissen des internationalen Handels und Verkehrs, da sie den Parteien erlaubt, den Gegebenheiten des Einzelfalles Rechnung zu tragen und den Vertrag flexibel und interessengerecht zu gestalten¹⁷. Zu den genannten praktischen bzw. rechtspolitischen Vorteilen einer Rechtswahl kommen freilich allgemeine Vorzüge, namentlich die Rechtssicherheit und die Voraussesbarkeit für die Parteien¹⁸. Der Hauptvorzug der Rechtswahlfreiheit in fast allen Rechtsbereichen des internationalen Privatrechtsverkehrs liegt hierbei gerade in der dadurch regelmäßig geschaffenen Rechtssicherheit¹⁹. Das von den Parteien gewählte Recht erlaubt einen eindeutigen Anknüpfungspunkt²⁰. Dieser Gewinn an Rechtssicherheit für die Parteien²¹ bleibt auch deswegen erhalten, weil die Anerkennung der Privatautonomie in anderen Rechtsordnungen ebenfalls einen hohen Rang einnimmt²².

¹⁷ Der RegEnt von 1986, BT-Drucks. 10/504, S. 51 spricht von der Unmöglichkeit, „die Vielfalt der zu berücksichtigenden Interessen bei der verallgemeinernden gesetzgeberischen Festlegung angemessen zu beachten“. Hinzu kommt, dass spezielles rechtliches Know-how an bestimmten Orten zentralisiert zugänglich ist, z.B. in New York für internationale Kreditoperationen oder Anwendung des englischen Rechts für Kreditverträge, *Hinsch/Horn*, Das Vertragsrecht der internationalen Konsortialkredite, S. 152.

¹⁸ Rechtssicherheit bedeutet Vertrauensschutz, Vorausses- und Berechenbarkeit der Richterentscheidung, i.d.S., dass die maßgebende Ordnung den Parteien bekannt sein sollte, so dass sie damit rechnen können. *Kropholler*, IPR, § 21 II, S. 134, § 40 III, S. 270 ff. Vgl. *Simitis*, JuS 1966, 209, 210; *Schnyder*, Das neue IPR-Gesetz, S. 13 („es gebe kein besseres Mittel, Rechtssicherheit zu gewährleisten als die Parteiautonomie“).

¹⁹ So hat sich die Rechtswahlfreiheit, auch wenn sie des Öfteren angegriffen worden ist, wegen ihrer offensichtlichen Praktikabilität weltweit durchgesetzt. Siehe *Kegel*, IPR, S. 483 m.w.N. (bloße „Verlegenheitslösung“); *Juenger*, *RabelsZ* 46 (1982), 57, 63 f. Vgl. *Kühne*, *Liber amicorum Kegel*, S. 65 ff.

²⁰ *Roth*, Internationales Versicherungsvertragsrecht, S. 434 ff. Die Rechtswahlfreiheit gewährt „business efficiency“, so das Urteil *Gerli & Co. v. Cunard & Co.*, 28 f., 115, 117 (2nd. Cir. 1931).

²¹ Die Internationalität eines Sachverhalts bedeutet, dass sich die Anwendbarkeit eines bestimmten Rechts nicht mehr von selbst versteht. Nur in seltenen Fällen ist die Verbindung aller Elemente des internationalen Vorgangs mit einer einzigen Rechtsordnung so eng, dass allein diese als einzig angemessene Rechtsordnung für die Beurteilung des Sachverhalts in Betracht kommt, *Roth*, Internationales Versicherungsvertragsrecht, S. 434 ff.; *Schröder*, IPRax 1987, 90, 91; v. *Wilmowsky*, *Kreditsicherungsrecht*, S. 44.

²² So ist für den Fall eines Rechtsstreits in anderen Staaten eine bessere Vorhersehbarkeit des Prozessergebnisses möglich. *MünchKomm-Martiny*, Art. 27 EGBGB, Rn. 1 ff. Skeptisch *Junker*, IPRax 1993, 1 ff. Schon längst nicht nur europa-, sondern auch weltweit durchgesetzt. *Siehr*, FS Keller, S. 485 ff. Siehe neuere IPR-Kodifikationen, z.B. das IPRG der Schweiz (1987/1988). Zu den USA, *Reimann*, 39 *Va.J.Int.L.* 571, 577 (1999); *Schulz*, *Verfassungsrechtliche Vorgaben*, S. 11 ff. Rechtsvergleichend über Pri-

Neben ihrem Hauptanliegen der Gewährleistung der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG)²³, werden hier diese praktischen Vorteile der Privatautonomie im internationalen Bereich hervorgehoben, weil die h.M. auf dieser Vorhersehbarkeit und diesen Rechtssicherheitserwartungen basiert. Sie begründet einen Ausnahmebereich für die Grundfreiheiten damit, dass dadurch den Vertragsparteien die Möglichkeit eingeräumt wird, potentielle grundfreiheitsbeschränkende Sachnormen zwingender Natur auszuschalten. Diese Begründung trifft jedoch nicht zu, wie noch aufzuzeigen sein wird, denn die zwingenden Normen behalten ihre Wirkung²⁴.

III. Besondere Rechtswahlgestaltungen aus der Sicht der h.M.

Der normale bzw. häufigste Zeitpunkt für die Vornahme der Rechtswahl ist der des Abschlusses des Rechtsgeschäfts²⁵. Dabei ist eine nicht ausdrückliche Wahl von Vorschriften mehrerer Rechtsordnungen oder eine nur teilweise Rechtswahl zulässig²⁶. Die h.M. sieht in diesen Formen von Rechtswahlgestaltung²⁷ ein mögliches Mittel für einen schrankenfreien Vertragsverkehr und nimmt die Nichtanwendung der Grundfreiheiten in Kauf. Dabei konzentriert sie sich nur auf die – in der Praxis nicht immer unkomplizierte – explizite Rechtswahl als Umgehung von Freiheitsbeschränkungen. Trotzdem spricht vieles dafür, die stillschweigende und partielle Rechtswahl, sowie die Rechtswahl vor Gericht aus der hier kritisierten Sicht zu untersuchen. Besonders sind beim Schweigen der Parteien die Grenzen für die Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl beim Ver-

vatautonomie als Regel mit objektiven Anknüpfungen als Ausnahmen, *Lando*, RdC 189 (1984 VI), 225 ff.

²³ *Leible*, Rechtswahlfreiheit, S. 245 f., 248; *Neuhaus*, Grundbegriffe, S. 169 f.; *Soergel/v. Hoffmann*, Art. 27 EGBGB, Rn. 5; *Jayme*, IPRax 1992, 339 f.; *Glenn*, 1 ERPL 47, 59 (1993); BGH NJW 1990, 1496 f.; *Jayme*, IPRax 1991, 429 f.; *Junker*, Internationales Arbeitsrecht, S. 54.

²⁴ Vgl. Art. 3 III EVÜ, 27 III EGBGB. S.u. § 3 II 2. Die h.M. vergisst dabei, dass ein solches Ergebnis durch die Rechtswahl nicht zu erreichen ist, weil gerade dadurch auf der Ebene des IPR *nicht*dispositives zu dispositivem Recht gemacht werden würde.

²⁵ Anfängliche im Gegensatz zu nachträglicher Rechtswahl. In der Regel wird die Rechtswahl eine Klausel bzw. eine schriftliche Vereinbarung sein, mündlich beim Vertragsschluss bzw. schriftlich per Fax zusammen mit anderen AGB bzw. in der Bestätigung vereinbart werden. Vgl. *Hartenstein*, Die Privatautonomie im IPR, S. 14 f.

²⁶ Stillschweigende bzw. konkludente oder partielle (Teil-)Rechtswahl, Art. 3 I 2 und 3 EVÜ, 27 I 2 und 3 EGBGB.

²⁷ Spezielle Formen der Rechtswahlgestaltung, wie alternative bzw. bedingte, subsidiäre bzw. zukünftige (Stufenrechtswahl), negative Rechtswahl, Versteinerungsrechtswahlklausel, werden sogleich im Text mit berücksichtigt. Siehe dazu *Kropholler*, IPR, § 52 II, S. 411 ff.

tragsabschluss (anfänglich) oder vor dem Gericht (nachträglich)²⁸ zu überprüfen.

1. Stillschweigende bzw. konkludente Rechtswahl: Bewusste Gestaltungsmöglichkeit?

Feststellbar ist die stillschweigende Rechtswahl anhand des realen Parteiwillens über das anwendbare Recht²⁹. Der Richter braucht weniger Indizien als vor der IPR-Reform³⁰ und, wenn mehrere auf dieselbe Rechtsordnung hinweisen, führt deren verstärkte Wirkung zur Annahme einer stillschweigenden Rechtswahl³¹. Die Problematik, welche die h.M. gar nicht prüft, ist jedoch, ob ein konkludenter Parteiwille voraussetzt, dass die Parteien die kollisionsrechtliche Fragestellung erkannt haben und sie im Bewusstsein ihrer privatautonomen Gestaltungsmöglichkeit entscheiden wollen³². Natürlich machen sich alle Parteien Gedanken darüber, welches

²⁸ Monographisch schon *Buchta*, Die nachträgliche Bestimmung des Schuldstatuts (passim); *Mitterer*, Die stillschweigende Wahl (passim); *Steiner*, Die stillschweigende Rechtswahl (passim). Dazu *Schack*, IPRax 1986, 272 ff.; *ders.*, NJW 1984, 2736 ff.; *Schwenzer*, IPRax 1991, 129 ff.

²⁹ Nicht mit hypothetischer Rechtswahl zu verwechseln. Es gilt nicht den hypothetischen Rechtswahlwillen herauszufinden, d.h. welche Rechtswahl die Parteien getroffen hätten, wenn sie das Problem bei Vertragsabschluss erkannt hätten. Nach 1986 ist keine Abwägung der Interessen auf objektiver Grundlage vorzunehmen, *Giuliano/Lagarde*, S. 33, 49 f.; *MünchKomm-Martiny*, Art. 27 EGBGB, Rn. 46; *Reithmann/Martiny*, Rn. 144; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, § 10, Rn. 32; *Steinle*, ZvgIRWiss 93 (1994), 300, 304 f. m.w.N.

³⁰ Im Gegensatz zur vereinbarten Zahlungswährung, Abschlussort und Vertragssprache, die früher als Indizien im Einzelnen und jetzt nur im Zusammenhang mit anderen Kriterien (wie gewöhnlicher Aufenthalt oder Niederlassung) geprüft wurden, sind nach h.M. die Bezugnahme auf Vorschriften eines Rechts oder Regelwerke oder Usancen, die Verweisung auf einen anderen Vertrag, frühere Rechtsverhältnisse derselben Art oder eine einheitliche ausschließliche Gerichtsstandsvereinbarung – auch Schiedsgerichtsvereinbarung – für sämtliche Streitigkeiten zwischen den Parteien als Indizien zu betrachten, einschließlich eines eindeutigen Prozessverhaltens. Siehe *Kropholler*, IPR, § 52 II, S. 409; *Reithmann/Martiny*, Rn. 72 ff.; *Steinle*, a.a.O., 302 f., 308 ff. m.w.N.; *E. Lorenz*, RIW 1992, 697 ff. Die Währung und die Sprache sind ganz schwache Kriterien. Zur Sprache als Indiz, *Mitterer*, Die stillschweigende Wahl, S. 173; *Sandrock/Steinschulte*, Handbuch, S. 35. Zur Währung, *Müller/Otto*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Rn. 105.

³¹ OLG Celle, NJW-RR 1992, 1126. Verschiedene Hinweise heben sich jedoch gegeneinander auf. Maßgeblich ist dann die objektive Anknüpfung. Dies heißt nicht, dass ein starkes Indiz allein für eine stillschweigende Rechtswahl nicht reicht oder die Kumulation mehrerer schwacher Indizien nicht zur objektiven Anknüpfung führt. Entscheidend ist immer die „hinreichende Sicherheit“ der Art. 3 I 2 EVÜ, 27 I 2 EGBGB. Vgl. *Buchta*, Die nachträgliche Bestimmung des Schuldstatuts, S. 25. Zu kumulierenden und divergierenden Indizien, siehe *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, § 10, Rn. 35.

³² Vgl. als Mindermeinung v. *Bar*, IPR II, Rn. 461, 470.

Recht auf die Rechtsbeziehung anwendbar ist. Es muss aber ein qualifiziertes Bewusstsein im Hinblick auf eine Auswahl aus verschiedenen Rechten bzw. Rechtsordnungen zum Zwecke der Umgehung von Beschränkungen verlangt werden. Dieses Erfordernis stellt keine Einschränkung der praktischen Anwendbarkeit dar, sondern eine Mindestbasis für die Annahme eines konkludent mitgeteilten Rechtswahlwillens, der bloß nicht ausdrücklich geäußert worden ist und darauf zielt, Grundfreiheitsbeschränkungen zu vermeiden³³.

2. Teilrechtswahl und Vertragsspaltung (*dépeçage*) als Argumente für die h.M.

Die Parteien können die Rechtswahl auch nur für einen Teil des Vertragsverhältnisses treffen, während der Vertrag im Übrigen objektive Anknüpfungskriterien für das anwendbare Recht bietet (Teilrechtswahl)³⁴. Teilrechtswahl ist in der Rechtswirklichkeit selten³⁵, denn der Parteiwille wird sich wohl im Regelfall nicht auf eine Spaltung des Statuts richten, sondern auf eine Vereinbarung einheitlichen Rechts³⁶. Den Parteien steht es auch frei, verschiedene Teile des Vertrages unterschiedlichen Rechtsordnungen zu unterstellen (Vertragsspaltung, *dépeçage*)³⁷. Voraussetzung dafür ist die Abspaltbarkeit, d.h. deren Zulässigkeit, die dann nicht gegeben ist, wenn durch die Rechtsordnungen unterschiedliche, einander widersprechende Ergebnisse herbeigeführt werden würden, z.B. die Auflösung des Vertrages für verschiedene Teile nach verschiedenen Rechtsordnungen zu erfolgen hat³⁸.

³³ Gegenteilige Argumente, welche Parallelen zur Unwissenheit der Rechtssubjekte bezüglich des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft zu ziehen versuchen, treffen m.E. nicht zu. Auch in diesem Fall, in dem trotz der Unwissenheit die Vorstellung der Parteien aus den äußeren Umständen und der Interessenlage abgeleitet wird, ist die Erforschung des Bestehens eines nicht ausdrücklichen Willens von anderen Parametern abhängig zu machen, wie vom zurechenbaren Verhalten, vom bewussten typisierten Schweigen usw. *Steiner*, Die stillschweigende Rechtswahl, S. 93.

³⁴ Art. 3 I 3, 4 EVÜ, 27 I 3, 28 EGBGB. Zur Teilrechtswahl siehe § 3 I 1 b (4), II 2.

³⁵ Entgegen der Tatsache, dass sie auch stillschweigend möglich ist, BGH NJW-RR 1990, 248; OLG Hamm, NJW-RR 1996, 1145 (Unterstellung nur der Form eines Grundstückskaufvertrages unter ausländisches Recht).

³⁶ *Ferid/Böhmer*, IPR, Rn. 6-26; *Kropholler*, IPR, § 52 II, S. 411; *Reithmann/Martiny*, Rn. 53.

³⁷ MünchKomm-Martiny, Art. 27 EGBGB, Rn. 53 ff.; *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, § 10, S. 38; *Jayme*, FS Kegel, S. 253 ff. Anders im schweizerischen IPRG, *Schwander*, FS Keller, S. 473, 479.

³⁸ v. *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, § 10, Rn. 84; *Jayme*, FS Kegel, S. 253, 257; *Ferid/Böhmer*, IPR, Rn. 6-26. Die materielle Harmonie, nach der ein Rechtsverhältnis grundsätzlich nach einer einzigen Rechtsordnung am konsequentesten abgewickelt wer-

Kurzum kann aus einem festgestellten Willen, eine Rechtswahl zu treffen, nicht zwingend der Wille geschlossen werden, das gewählte Recht auf das gesamte Rechtsgeschäft anwenden zu wollen³⁹. Falls die vorgenommene Rechtswahl für das Rechtsgeschäft teilweise keine Geltung haben soll, kommt es zu einer objektiven Anknüpfung⁴⁰. Mit all diesen Problemen setzt sich die h.M. überhaupt nicht auseinander, wenn sie behauptet, die Rechtswahlmöglichkeit erlaube den Akteuren grenzüberschreitender Transaktionen, die zwingenden beschränkenden Rechtsnormen auszuschalten, was die Anwendung der Grundfreiheiten entbehrlich mache⁴¹.

3. Rechtswahl im Prozess als Argument für die h.M.

Eine erneute Rechtswahlmöglichkeit bietet sich häufig im Prozess⁴². Eine ausdrückliche Rechtswahl im Rahmen eines anhängigen Prozesses schützt die Prozessparteien davor, dass das Gericht die zwischen ihnen streitigen Fragen nach einer Rechtsordnung beurteilt, die von derjenigen abweicht, die sie selbst – gegebenenfalls auch nur vermeintlich – übereinstimmend für maßgeblich gehalten haben⁴³. Der Verweisungsvertrag kann während des laufenden Verfahrens in der mündlichen Verhandlung, auch außerhalb eines Termins oder zwischen den Instanzen geschlossen werden.

In der Praxis aber ist die im Prozess erfolgende Rechtswahl eine nachträgliche⁴⁴ und häufig nur eine dem Verhalten der Prozessparteien zu ent-

den kann, da eine Rechtsordnung im Regelfall die einzelnen Problemstellungen aufeinander abgestimmt hat, genießt Vorrang vor der Rechtswahlfreiheit. S.u. § 3 II 2, II 3.

³⁹ Wegen der schweren Abgrenzbarkeit bzw. möglichen Unvereinbarkeit der Anwendungsergebnisse der verschiedenen für denselben Vertrag bestimmten Rechtsordnungen, ist es möglich Rechtsordnungen zu bestimmen, die nur unter der Voraussetzung gelten, dass die erste Teilrechtswahl zur Ungültigkeit des Vertrags führt (subsidiäre Rechtswahl oder Stufenrechtswahl), *Wengler*, Parteiautonomie, S. 18, 20. S.u. III 4.

⁴⁰ *Reithmann/Martiny*, Rn. 54; *Giuliano/Lagarde*, S. 33, 49.

⁴¹ Wie noch aufzuzeigen sein wird, schlagen Versuche einer Rechtswahl oft fehl, weshalb auf objektive Anknüpfungen zurückzugreifen ist, von deren beschränkender Wirkung die h.M. selbst ausgeht. Siehe § 3 I 1.

⁴² Art. 3 II 2 EVÜ, 27 II 1 EGBGB. Schon vor der IPR-Reform in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, BGHZ 40, 320, 324; *Reithmann/Martiny*, Rn. 71 ff., 81 ff., 91 ff.; *Raape*, FS Boehmer, S. 111 ff.

⁴³ Zur ursprünglichen, konkludenten Rechtswahl vor dem Gericht, BGH BGHZ 53, 189, 193. Zur nachträglichen, BGH WM 1991, 464 f.; WM 1992, 567 f.; BGHZ 103, 84, 86.

⁴⁴ Die Vertragsparteien können das auf den Hauptvertrag anwendbare Recht vor dessen Abschluss, gleichzeitig mit diesem oder auch danach bestimmen, Art. 3 II 2 EVÜ, 27 II 1 EGBGB. Bis dahin ist das anwendbare Recht nach der objektiven Anknüpfung zu bestimmen, wenn keine andere nachträglich revidierte Rechtswahl getroffen wurde. *Reithmann/Martiny*, Rn. 91; *Schack*, IPRax 1986, 272, 273. Siehe die vergleichbare Regelung des Art. 116 III IPRG (schweiz.). Schon vor der IPR-Reform 1986 und dem EVÜ

nehmende, d.h. stillschweigende⁴⁵. Mit der nachträglichen Rechtswahl tritt sogar ein Statutenwechsel ein, der ex tunc wirkt, d.h. das potentiell unter der Geltung des objektiv angeknüpften Rechts oder der anfänglichen Rechtswahl unwirksame Schuldversprechen ist jetzt wegen der *ex tunc*-Wirkung der nachträglichen Rechtswahl möglicherweise wirksam. Hinzu kommt, dass die *Maxime des „favor negotii“* dadurch verstärkt wird, dass die Formwirksamkeit des Vertrages nach der ursprünglichen *lex causae* durch die nachträgliche Rechtswahl unberührt bleibt (Art. 27 II 2 EGBGB)⁴⁶.

Die Rechtswahl vor dem Gericht könnte auch als Argument für die h.M. dienen, die Parteien könnten letztendlich auch „in letzter Minute“ vor dem Gericht die Freiheitskonformität der Vertragsgestaltung noch „herstellen“ und beschränkende Sachnormen vermeiden. Es gilt jedoch zu beweisen, dass auch diese Art von Rechtswahl vor dem Erlass des Urteils oft fehlschlägt und nicht zum erwünschten Ergebnis der freiheitskonformen Vertragsgestaltung führt⁴⁷.

4. Spezielle Formen der Rechtswahlgestaltung: Betrachtung aus der Sicht der h.M.

Wenn die Vertragspartner trotz einer schon getroffenen Festlegung des maßgeblichen Rechts dieses erneut und anderweitig bestimmen dürfen (rückwirkende Rechtswahl)⁴⁸, gilt, soweit nichts anderes bestimmt ist, die *Auslegungsmaxime*⁴⁹, dass die nachträgliche Rechtswahl auf den Zeitpunkt

hatte die Rechtsprechung zugelassen, dass eine Rechtswahl erst nachträglich u.U. erst im Prozess getroffen wurde, MünchKomm-*Martiny*, Art. 27 EGBGB, Rn. 48, 64.

⁴⁵ Zur nachträglichen Ersetzung des ursprünglich gewählten Rechts durch Vereinbarung im Prozess, *Sandrock*, RIW 1986, 841, 847 f. Die Zulässigkeit und Verwertbarkeit der Rechtswahl im Prozess ist als eine Frage des Prozessrechts zu bewerten, *W. Lorenz*, IPRax 1987, 269, 273. S.o. Fn. 28.

⁴⁶ *Kropholler*, IPR, § 52 II, S. 414. Die nachträgliche Rechtswahlvereinbarung ist, obwohl sie dem Hauptvertrag nicht angehört, aus der Sicht des Zustandekommens und ihrer Wirksamkeit akzessorisch an diesen angeknüpft (Art. 8 I EVÜ, 31 I EGBGB). *Soergel/v. Hoffmann*, Art. 27 EGBGB, Rn. 96–102.

⁴⁷ Z.B. wegen der Anwendung der *lex fori* durch den Richter im Zweifelsfall oder wegen der Nichteinigung der Parteien während des Prozesses auf eine für beide angemessene Anknüpfung. Siehe § 3 I 1 b.

⁴⁸ Art. 3 II 2 EVÜ, 27 II 2 EGBGB. Siehe *Kropholler*, IPR, § 52 II, S. 414; BGH NJW 1991, 1292 f.; OLG München, TranspR 1993, 433, 435.

⁴⁹ Ex lege existiert sowieso keine Rückwirkung, vielmehr kommt es auf die Vereinbarung an, v. *Bar*, IPR II, Rn. 480; *Reinhart*, IPRax 1995, 365 ff.; *Lüderitz*, FS Keller, S. 459, 461; OLG Köln, IPRax 1995, 393, 394.

des Vertragsschlusses zurückwirkt⁵⁰. Es liegt im Interesse der Parteien, dass sich das Vertragsverhältnis von Anfang an nach der nunmehr gewählten Rechtsordnung richtet, da eine Spaltung des Rechtsgeschäfts in rechtlich unterschiedlich zu behandelnde Zeitabschnitte – ebenso wie die Teilrechtswahl bzw. die Vertragsspaltung – nur ausnahmsweise dem Willen der Parteien entsprechen dürfte⁵¹.

Ähnlich wie eine Rechtswahl vor dem Gericht wirkt eine sog. bedingte Rechtswahl, wie sie in Zusammenhang mit einer entsprechenden Gerichtsstandsklausel oder Schiedsabrede vereinbart wird⁵². Die Parteien vereinbaren, dass das angerufene Gericht sein eigenes Sachrecht anwenden soll. Bis zur Klageerhebung ist das anwendbare Recht unbestimmt bzw. gilt die objektive Anknüpfung⁵³. Zu nennen ist auch die sog. alternative Rechtswahl, wonach mehrere Gerichtsstände wahlweise zur Verfügung stehen⁵⁴.

Von Stufenrechtswahl spricht man dagegen, wenn die Parteien primäre und sekundäre Rechtsordnungen vereinbaren, die subsidiär gelten sollen, meistens abhängig von der Bedingung der Wirksamkeit nach einer bestimmten Rechtsordnung⁵⁵. Bei der sog. negativen Rechtswahl beschränken sich die Parteien auf die Abwahl bestimmter Rechtsordnungen⁵⁶. Bei den sog. Versteinerungsklauseln, durch die der Vertrag gegen die richterliche und gesetzgeberische Veränderung der gewählten Rechtsordnung abgesichert werden soll, wird versucht, die Kontinuität und Stabilität des Vertragsverhältnisses zu sichern⁵⁷.

Ob das Potential dieser speziellen Formen der Rechtswahl die Argumentation der h.M. bestärkt, d.h. unter Ausschaltung der Grundfreiheiten

⁵⁰ Schröder, IVR, S. 26 f.; Reithmann/Martiny, Rn. 91; MünchKomm-Martiny, Art. 27 EGBGB, Rn. 66; Reinhart, IPRax 1995, 365, 371. Schon OLG Bremen, VersR 1978, 277 f. So ausdrücklich, Art. 116 III 2 IPRG (schweiz.).

⁵¹ A.A. teilweise die Rechtsprechung und das Schrifttum, OLG Frankfurt/M., IPRax 1992, 314, 317; Palandt-Heldrich, Art. 27 EGBGB, Rn. 10 (im Zweifel keine Rückwirkung, da die Parteien sich in der Regel keine Gedanken darüber gemacht haben, so dass nach ihren Interessen zu entscheiden ist).

⁵² Reithmann/Martiny, Rn. 48; Siehr, FS Keller, S. 485, 500; Kropholler, IPR, § 52 II, S. 411 f. („floating choice of law clause“) m.w.N.

⁵³ Häufig ist nach der Vereinbarung in einem von beiden Staaten, in denen die Vertragspartner ihren Sitz haben, zu klagen. Daher gestaltet sich die Lage nicht anders, als wenn die Parteien zunächst gar keine Rechtswahl getroffen und sich erst nachträglich im Prozess auf die Maßgeblichkeit der *lex fori* geeinigt hätten.

⁵⁴ Siehr, FS Keller, S. 485, 500.

⁵⁵ Schwander, FS Keller, S. 473, 480; Wengler, Parteiautonomie, S. 18 ff., 20.

⁵⁶ Firsching/v. Hoffmann, IPR, § 10, Rn. 28; Schwander, FS Keller, S. 473, 480 f. Ihre Zulässigkeit ist umstritten, Wengler, Parteiautonomie, S. 17. Siehe näher unten § 3 I 1 b (8).

⁵⁷ Reithmann/Martiny, Rn. 65 ff. m.w.N.; Vischer, FS Keller, S. 547, 552; Sandrock, FS Riesenfeld, S. 211 ff.

die Last der Vermeidung der zwingenden beschränkenden Normen den Akteuren und ihrer Rechtswahlmöglichkeit aufzuerlegen, ist zu bezweifeln⁵⁸. Dass bei der rückwirkenden Rechtswahl die Parteien rückwirkend ihre Vertragsgestaltung freiheitskonform gestalten und sich vor zwingenden beschränkenden Normen schützen können, ist später im Hinblick auf die Drittinteressen zu widerlegen, welche durch diese Rückwirkung keinesfalls beeinträchtigt werden dürfen⁵⁹. Ferner ist zweifelhaft, ob die Parteien nachträglich – nachdem sich bestimmte Probleme in der Vertragsabwicklung schon abgezeichnet haben – ihren Vertrag durch Rechtswahl freiheitskonform gestalten können, wenn sie dieses Ziel schon bei den Vertragsverhandlungen nicht erreichen konnten⁶⁰.

Abgesehen davon, birgt die bedingte und alternative Rechtswahl nicht nur die Gefahr des Fehlschlagens der Rechtswahl wegen der *lex fori*. Vielmehr liegt es auch in der Natur der Sache, dass bei diesen Arten von Rechtswahl das Ziel überhaupt nicht eine gemeinsame, angemessene und beide Parteien vor zwingenden Normen schützende Rechtswahlvereinbarung ist, wie sie sich die *h.M.* vorstellt. Oberstes Gebot der Vertragsgestaltung ist hier eine Art Abschreckung vor der Klageerhebung bzw. Sanktionierung der Partei, die als Erste klagt. Demzufolge wird automatisch die *lex fori* des Sitzes des Beklagten oder eines bestimmten Ortes als anwendbar bestimmt, so dass die Hemmschwelle durch „Bestrafung“ mit der Anwendung des fremden Rechts erhöht wird.

Darüber hinaus beweist die Stufenrechtswahl, dass die Parteien bei der Rechtswahl häufig Wirksamkeitserfordernisse übersehen. Ferner ist es schwer, von mehreren Rechtsordnungen die „Beste“ auszuwählen. Der Informations- und Kostenaufwand ist doppelt so hoch, wenn mehrere „ausgewählte“ Rechtsordnungen subsidiär immer parat sein sollen⁶¹. Des Weiteren erscheint es bedenklich, wenn jede spätere Änderung der gewählten Rechtsordnung von vornherein ausgeschlossen werden kann, weil die Parteien sich auf dem Weg einer Versteinerungsklausel den künftig geltenden zwingenden Bestimmungen jeder Rechtsordnung entziehen könnten. Dies ist für Verträge mit erhöhtem Sozialbezug, wie Verbraucher-, Miet- oder Arbeitsverträge besonders bedeutsam⁶².

⁵⁸ Vgl. unten § 3 II 2, III.

⁵⁹ Siehe § 3 II 1. Im Verhältnis der Parteien zum Dritten bleibt das frühere Vertragsstatut maßgebend, *Möllenhoff*, Nachträgliche Rechtswahl, S. 134. Zu Rechten Dritter, *Siehr*, FS Keller, S. 485, 494; *Einsele*, *RabelsZ* 60 (1996), 417, 426. Vgl. *Bauer*, Grenzen nachträglicher Rechtswahl durch Rechte Dritter (*passim*).

⁶⁰ Siehe unten § 3 I 1 b (5) aa), § 4 III 2 a.

⁶¹ Siehe § 3 II 2, II 3, III.

⁶² *Vischer*, FS Keller, S. 547, 552. Vgl. Art. 8 der Baseler Resolution des Instituts de Droit international von 1991, wonach das abgeänderte oder aufgehobene Recht grundsätzlich als Vertragsbestimmung weitergelten soll, es sei denn, die Abänderung oder

IV. Rechtswahleinschränkungen: Reduzierte Bedeutung des *Alsthom Atlantique*-Urteils

Um Benachteiligungen schwacher Vertragspartner, Dritter (zwingende Sonderanknüpfungen) oder der Allgemeinheit (Sonderanknüpfungen der Eingriffsnormen) vorzubeugen, sind der Rechtswahl verschiedene Schranken gesetzt. Obwohl die Parteiautonomie theoretisch zwingende und dispositive Vorschriften in gleicher Weise erfasst und als Gegenstand der Rechtswahl theoretisch jede beliebige Rechtsordnung in Betracht kommt, bleiben gleichwohl in einigen Fällen die zwingenden Vorschriften des objektiv ermittelten Vertragsstatuts anwendbar (2). Ferner kommt praktisch nicht immer jede Rechtsordnung in Frage (1) und unabhängig vom Vertragsstatut können bestimmte Eingriffsnormen, insbesondere solche der *lex fori* zur Anwendung gelangen (3).

1. Binnensachverhalte und außerstaatliche Regelwerke bzw. *lex mercatoria*

Art. 3 III EVÜ, 27 III EGBGB lassen eine großzügige Haltung gegenüber der Voraussetzung der Auslandsberührung zu und sehen schon eine gültige Rechtswahl an sich als selbständig hergestellten Auslandsbezug an⁶³. Trotzdem ist die Rechtswahl insoweit eingeschränkt, als die zwingenden Rechtsvorschriften des Staates, in dem alle Teile des Sachverhaltes zu verorten sind, von der Rechtswahl nicht berührt werden und deshalb ohne Rücksicht auf einen entgegenstehenden Parteiwillen weiterhin angewandt werden müssen⁶⁴. Auch ist nicht zu verleugnen, dass sich im EVÜ weitgehend das klassische Verständnis des IPR ausdrückt: Bei Kollision verschiedener staatlicher Rechte ist eines als anwendbar zu bestimmen bzw. das nicht staatliche Recht steht nicht auf der gleichen Ebene wie staatli-

Aufhebung erfolgte durch zwingende Normen. Siehe *Jayme*, IPRax 1991, 429 f.; *Kropholler*, IPR, § 52 II, S. 412 f. Kritisch dazu *Schwind*, ZfRV 1992, 101, 106.

⁶³ Dies erlaubt die Auswahl eines Rechts, das weder einen Bezug wirtschaftlicher, räumlicher noch rechtlicher Art zu den Parteien oder dem Rechtsgeschäft haben muss, *Schröder*, IVR, S. 7 ff.; *Ferid/Böhmer*, IPR, Rn. 6-27, 2; *Palandt-Heldrich*, Art. 27 EGBGB, Rn. 3; *Erman-Hohloch*, Art. 27 EGBGB, Rn. 8. Kein anerkennenswertes Interesse mehr erforderlich, *Firsching/v. Hoffmann*, IPR, § 20, Rn. 27; *Reithmann/Martiny*, Rn. 51; *MünchKomm-Martiny*, Art. 27 EGBGB, Rn. 7 ff., 17 ff. Gegen jegliche Beschränkungen, sogar der willkürlichen Rechtswahl, *Keller/Siehr*, Allgemeine Lehren, S. 381 f. Dies soll der Neutralität der Interessen dienen *Soergel/v. Hoffmann*, Art. 27 EGBGB, Rn. 7.

⁶⁴ Zu sog. Binnensachverhalten, *MünchKomm-Martiny*, Art. 27 EGBGB, Rn. 17 ff., 77 ff.; *Brödermann/Iversen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und IPR, Rn. 713. Vgl. *Palandt-Heldrich*, Art. 27 EGBGB, Rn. 4.

ches⁶⁵. Im Hinblick auf das Regelungswerk der sog. Lando-Kommission und die UNIDROIT Principles⁶⁶ gilt nach allgemeiner Ansicht, die Vertragsparteien bleiben, auch wenn sie sich diesen außerstaatlichen Regelwerken unterstellen, gleichwohl den zwingenden Vorschriften des objektiven staatlichen Vertragsstatus unterworfen⁶⁷. Dasselbe gilt für die *lex mercatoria* als eine Summe von *supranationalen*, verkehrsüblichen Regeln des internationalen Handels⁶⁸.

Dies bedeutet, dass es im positiv-rechtlichen Rahmen des EVÜ den Akteuren im Binnenmarkt nicht gestattet ist, anerkannte nicht staatliche Regelwerke oder allgemeine Prinzipien des internationalen Handelsverkehrs, selbst nicht die ausgearbeiteten gemeineuropäischen Prinzipien des Vertragsrechts, exklusiv auszuwählen. Der Richter muss bei der Wahl von solchen Regelwerken zusätzlich ein allgemeines Vertragsstatut – bei Fehlen einer (zusätzlichen bzw. subsidiären) Rechtswahl gemäß den objektiven Kriterien des Art. 4 EVÜ – feststellen⁶⁹. Der Versuch der h.M. das zwingende Recht wegen der Rechtswahlmöglichkeit bei der Vertragsgestaltung als vermeidbar darzustellen, scheitert somit. Die unvermeidbare Anwendung von staatlichen Normen, die der Gesetzgeber für regulative Zwecke als zwingend ausgestaltet hat, führt zur Kollision mit dem deregulierenden Charakter der Grundfreiheiten und der Logik des Binnenmarkts. Ein Aus-

⁶⁵ *Boele-Woelki*, Uniform L.Rev. 1996, 658, 678; *dies.*, IPRax 1997, 161 ff. 166; *Soergel/v. Hoffmann*, Art. 27 EGBGB, Rn. 12; *MünchKomm-Martiny*, Art. 27 EGBGB, Rn. 26 ff. Vgl. Art. 2, 3 III, 7 I, 4 II EVÜ.

⁶⁶ *Lando/Beale*, Principles, S. 1 ff.; *Berger*, ZvgIRWiss 94 (1995), 217 ff. Zur vergleichenden Darstellung beider Regelwerke, *Bonell*, Rev.dr.unif. 1996, 229; *Canaris*, in: *Basedow*, S. 5 ff. (aus einer *rechtsquellentheoretischen* und -systematischen Sicht).

⁶⁷ Zur Wichtigkeit der UNIDROIT Principles für die Schiedsgerichtsbarkeit, *Vischer*, 1 Eur.J.L. Reform 203, 208 f. (1998/99). Für die Zulässigkeit von UNIDROIT Principles als Wahlstatut vor staatlichen Gerichten, *Wichard*, RabelsZ 60 (1996), 269, 282 ff. Vgl. auch *Grundmann*, FS Rolland, S. 145, 150 ff., 157 f. (das nationale Verbot der kollisionsrechtlichen Wahl üblicher Klauselwerke sei Maßnahme gleicher Wirkung ohne Rechtfertigungsmöglichkeit aufgrund von zwingenden Gründen).

⁶⁸ *Kappus*, IPRax 1993, 137 ff.; *Kropholler*, IPR, § 11 I, S. 85. Dafür sprechen die Lückenhaftig- und Unvollständigkeit der Gerechtigkeitsgarantien dieser nicht staatlichen Regelwerke. Zu diesbezüglichen Problemen der Unsicherheit und Rechtsgewinnung, *MünchKomm-Martiny*, Art. 27 EGBGB, Rn. 31 f.; *Reithmann/Martiny*, Rn. 59 ff.; *Wengler*, Parteiautonomie, S. 3 f., 11 f., 15 f. Vgl. *Grundmann*, FS Buxbaum, S. 213 ff.

⁶⁹ Vgl. aber das Urteil *Zerstegn van der Ahrst BV v. Nortfol'k Lne B.V.*, N.J. 1992, 105 des niederländischen *Hoge Raad*. Gemäß dem Urteil führt die Rechtswahl von Regeln einer internationalen Konvention, die anders nicht hätten angewandt werden können, zur Unanwendbarkeit der zwingenden Normen des Nationalrechts, das bei Fehlen einer Rechtswahl anwendbar sein würde. Dazu *Lando/Weyers*, S. 81, 100 m.w.N.

nahmebereich für die Anwendung der Grundfreiheiten ist hier nach alledem nicht gerechtfertigt⁷⁰.

2. Zwingende Sonderanknüpfungen

Die Rechtsstellung Dritter muss bei der Rechtswahl gewahrt werden, was die von der h.M. vertretene Ansicht über die Rechtswahlmöglichkeit als Mittel zur Vermeidung der zwingenden Normen zusätzlich erschwert. So werden z.B. die dem Schutz Dritter dienenden Regeln des objektiv ermittelten Statuts durch die Rechtswahl nicht berührt⁷¹, oder die getroffene Rechtswahl muss nach außen manifestiert werden⁷². Für bestimmte, von ungleicher Verhandlungsstärke typisch gekennzeichnete Verträge bleibt der Schutz der zwingenden Bestimmungen des objektiv ermittelten Vertragsstatuts erhalten⁷³. Dies führt unvermeidlich nicht nur zur Kollision mit den Grundfreiheiten und zur Kontrolle der objektiven Anknüpfung anhand ihrer Freiheitskonformität; sondern – entgegen der h.M. – auch zur Anwendung von zwingenden Normen⁷⁴.

⁷⁰ Eine andere Frage ist natürlich die nach dem anwendbaren Recht vor dem Schiedsgericht, das seine Entscheidungskompetenzen nicht aus der Übertragung staatlicher Gewalt zieht, sondern aus dem Auftrag der Parteien. Folglich muss es nicht den staatlichen Willen durchsetzen, sondern ist an den Willen der Parteien gebunden. Nach traditioneller Meinung wendet das Schiedsgericht das Kollisionsrecht der *lex fori* an. Im Vordringen befindet sich die Meinung, nach der das anwendbare Recht nach dem billigen Ermessen des Gerichts zu bestimmen ist, *Sandrock*, RIW 1992, 785 ff. m.w.N. Vgl. zur internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Art. 28 UNCITRAL-Modellgesetz; Art. VII Europäisches Übereinkommen; Art. 33 UNCITRAL-Regeln. Siehe *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 553; *Geimer*, IZPR, Rn. 3700 ff. Zum englischen Recht, *Hill*, 46 ICLQ 274, 298–305 (1997). Zum deutschen Recht, *Solomon*, RIW 1997, 981, 990. Zur Befreiung sogar von der Anwendung des dispositiven Rechts, *Kröll*, Ergänzung und Anpassung, S. 222 f. Die Anwendung der *lex mercatoria* oder UNIDROIT Principles durch das Schiedsgericht ist unstrittig, *Spickhoff*, *RabelsZ* 56 (1992), 116 ff. m.w.N.; *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580 ff. m.w.N. in Fn. 64, 67, 69.

⁷¹ *Einsele*, *RabelsZ* 60 (1996), 417, 419; *dies.*, *ZvglRWiss* 90 (1991), 1 ff.; v. *Bar*, *RabelsZ* 53 (1989), 462 ff. Vgl. unten § 3 II 3.

⁷² So bei einem vom Prinzipal gewählten Vollmachtsstatut, wo teilweise sogar eine ausdrückliche Annahme der Rechtswahl durch den Dritten verlangt wird, *Claßen*, *Rechtswahl*, S. 128 ff.; *Reithmann/Martiny*, Rn. 1722 m.w.N.

⁷³ Art. 3 III, 5 I, 6 I EVÜ, 27 III, 29 I, 30 I EGBGB. Siehe *Martiny*, *ZEuP* 1997, 107, 112 ff., 114 ff.; *ders.*, *ZEuP* 2001, 308 ff.; *Mankowski*, RIW 1993, 453 ff.; *Leible*, *Rechtswahlfreiheit*, S. 245 ff.; *Mäsch*, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*, S. 22–25, 117–172; *Grundmann*, *Europäisches Schuldvertragsrecht*, Rn. 74 ff.; *Reich*, *Europäisches Verbraucherrecht*, Nos. 154 ff. Zu Arbeitsverträgen, *Junker*, *Internationales Arbeitsrecht*, S. 1 ff.; *ders.*, *IPRax* 1989, 69 ff. (zu Eingriffsnormen); *Reithmann/Martiny*, Rn. 1321 ff.; *Wichmann*, *Dienstleistungsfreiheit*, S. 26. Zum Anlegerschutz, *Grundmann*, *RabelsZ* 54 (1990), 283 ff., 322.

⁷⁴ Die Rechtfertigung der Beschränkung ist eine andere Frage. Die Sonderanknüpfung nach Art. 29 EGBGB steht unter dem Vorbehalt, dass das durch Konsens der Parteien

Durch den sog. Äquivalenzvergleich kann sich z.B. der Verbraucher unabhängig vom konkret anwendbaren Recht darauf verlassen, jedenfalls im Ergebnis nicht schlechter gestellt zu werden als bei Anwendung des Heimatrechts⁷⁵. Anhand des Günstigkeitsprinzips bleibt die Rechtswahl durchaus möglich und an sich weiter gültig⁷⁶; nur darf sie nicht dazu führen, dass dem Verbraucher die zwingenden Schutzbestimmungen seines eigenen Rechts entzogen werden, sofern sie für ihn ein höheres Verbraucherschutzniveau als das aufgrund der Rechtswahl anwendbare Sachrecht gewährleisten⁷⁷. Als Ergänzung der materiellrechtlichen Vorschriften des im Übrigen berufenen Sachrechts gilt also das zwingende Heimatrecht immer dann, wenn es *in concreto* für den Verbraucher günstiger ist⁷⁸.

3. Sonderanknüpfungen der Eingriffsnormen – Ordre public

Zugunsten der Allgemeinheit lässt sich die Rechtswahlfreiheit durch sog. Eingriffsnormen oder international zwingende Normen einschränken⁷⁹. Die inländischen Eingriffsnormen wirken im Sinne von Art. 7 II EVÜ, 34 EGBGB ohne Rücksicht auf das Wirkungsstatut der zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse und setzen sich auch gegen eine Rechtswahl durch⁸⁰.

bestimmte ausländische Sachrecht keinen äquivalenten Schutz des Verbrauchers bereithält, Palandt-*Heldrich*, Art. 29 EGBGB, Rn. 4 f.; Ulmer/Brandner/Hensen (-H. Schmidt), Anh. § 2, Rn. 2 ff.

⁷⁵ *Mäsch*, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz, S. 23; v. *Wilmowsky*, ZEuP 1995, 735, 738.

⁷⁶ Zur Frage, wann der Schutzmechanismus der Art. 5 EVÜ, 29 EGBGB eingreift, siehe Art. 5 II lit. 1–3 EVÜ, 29 II lit. 1–3 EGBGB. Zur Analogiefähigkeit, MünchKomm-*Martiny*, Art. 29 EGBGB, Rn. 5 ff., 8 ff., 18 ff.; *Roth*, RIW 1994, 275, 277.

⁷⁷ *Leible*, Rechtswahlfreiheit, S. 245, 256; *Mäsch*, Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz, S. 32 ff.; *Mankowski*, RIW 1993, 453, 459; *Kropholler*, IPR, § 52 V, S. 430. Durch diese Art von Günstigkeitsprinzip, mit dem die Freiheit der Rechtswahl verknüpft wird, wird ein Schutzniveau für schwächere Vertragspartner erreicht. Schon *Kropholler*, *RabelsZ* 42 (1978), 634, 644–657; *Keller*, FS Vischer, S. 175 ff.; v. *Hoffmann*, *RabelsZ* 38 (1974), 396, 407–417.

⁷⁸ Die Nationalität oder der Wohnsitz des Verbrauchers können nicht mehr pauschal der beste Schutz sein. Zu dieser sog. „Rosinentheorie“ siehe *Leible*, Rechtswahlfreiheit, S. 245, 257; *Mäsch*, a.a.O., S. 39. Der Günstigkeitsvergleich des Schutzmechanismus im Art. 29 EGBGB betrifft nicht die disponiblen Normen des Heimatrechts, sondern sichert nur die Anwendung zwingender Vorschriften, *Junker*, IPRax 1993, 1, 4 ff.

⁷⁹ Ausführlich zur Unterscheidung zwischen in- und ausländischen Eingriffsnormen, *Kropholler*, IPR, § 52 VIII, S. 441 ff., 444 ff.; *Anderegg*, Ausländische Eingriffsnormen (passim); *Schnyder*, Wirtschaftskollisionsrecht (passim); *Drobnig*, *RabelsZ* 52 (1988), 1 ff. Siehe weitere Beiträge ebd.

⁸⁰ MünchKomm-*Martiny*, Art. 34 EGBGB, Rn. 7; *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, Rn. 87.

Der Charakter einer Norm ist aus dem Sinn und Zweck zu erkennen⁸¹, sie muss daher vor allem einen weitreichenden Anwendungswillen besitzen⁸². Darüber hinaus ist ein Inlandsbezug des zu entscheidenden Sachverhalts erforderlich⁸³. In Bezug auf ausländische Eingriffsnormen gilt dasselbe⁸⁴. Ihre Anwendung verlangt eine enge Verbindung des ausländischen Staates zum Sachverhalt⁸⁵ und die „Berücksichtigung“ ausländischer Eingriffsnormen bei zivilrechtlichen Fällen ist mit beträchtlicher Unsicherheit verbunden⁸⁶.

Die von Art. 34 EGBGB angeordnete Geltung von Eingriffsnormen macht ungeachtet der Rechtswahl die Heimatvorschriften anwendbar. Die Vorschrift wird dazu verwendet, Rechtswahlanknüpfungen so zu verändern, dass die Rechtswahlfreiheit des Art. 27 EGBGB erheblich beschnitten wird⁸⁷. Was speziell den Verbraucherschutz betrifft, so scheidet eine Sonderanknüpfung über Art. 34 EGBGB jedoch dann aus, wenn ein Vertragstyp nach Art. 29 EGBGB vorliegt⁸⁸. Die Beziehung von Art. 34 und 29 EGBGB zueinander ist jedoch dadurch geprägt, dass Verbraucherschutz als überindividueller Gruppenschutz mit marktregulierendem Charakter

⁸¹ Geprägt durch die Wahrung von öffentlichen Interessen, nicht dagegen Interessen der Vertragsparteien, geschweige denn der Vertragsgerechtigkeit. Vgl. *Rehbinder*, JZ 1973, 151, 156 ff.; *Kropholler*, IPR, § 3 II, S. 19, 22.

⁸² *Coester*, ZvglRWiss 82 (1983), 1, 8 ff.; *Reithmann/Martiny*, Rn. 389. Vgl. Art. 18 IPRG (schweiz.) „wegen ihres besonderen Zweckes“.

⁸³ *Palandt-Heldrich*, Art. 34 EGBGB, Rn. 3; *Reithmann/Martiny*, Rn. 383 ff.; *MünchKomm-Martiny*, Art. 34 EGBGB, Rn. 100. Vgl. auch *Kohte*, EuZW 1990, 150, 153, der weniger die zu schützenden Interessen, vielmehr die Intensität des Inlandsbezuges betont. Insgesamt *Fetsch*, Eingriffsnormen, S. 62 ff.

⁸⁴ Art. 7 I EVÜ; Art. 19 IPRG (schweiz.). Vgl. *Dacey/Morris*, Private International Law, S. 1241–1247; Art. 11 der interamerikanischen Konvention. Dazu *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580 ff. m.w.N. Die Problematik der ausländischen Eingriffsnormen ist eine der schwierigsten und kompliziertesten rechtlichen Materien überhaupt. Sie eröffnet weitere Probleme, *MünchKomm-Martiny*, Art. 34 EGBGB, Rn. 9 ff., 54 ff.; *Ebke*, Internationales Devisenrecht, S. 158 ff.; *Ungeheuer*, Die Beachtung von Eingriffsnormen (passim). Der deutsche Gesetzgeber hat einen zulässigen Vorbehalt gegen den Art. 7 I EVÜ bei der Ratifikation eingelegt, *Kegel*, IPR, § 6 I 4 a; *Palandt-Heldrich*, Art. 34 EGBGB, Rn. 1; *Grundmann*, Europäisches Schuldvertragsrecht, Rn. 88; *Droste*, Der Begriff der „zwingenden Bestimmung“, S. 182; *Martiny*, ZEuP 1997, 107, 125 ff. Siehe auch *Fetsch*, Eingriffsnormen, S. 52 ff.

⁸⁵ *MünchKomm-Martiny*, Art. 34 EGBGB, Rn. 32 ff.

⁸⁶ *Kropholler*, IPR, § 3 II, S. 19; *Busse*, ZvglRWiss 95 (1996), 386 ff.

⁸⁷ *E. Lorenz*, RIW 1987, 569, 580; *MünchKomm-Martiny*, Art. 29 EGBGB, Rn. 44 ff.; *Palandt-Heldrich*, Art. 29 EGBGB, Rn. 4, 7; Art. 34 EGBGB, Rn. 3 ff.

⁸⁸ Denn das Kollisionsrecht weist den Verbraucherschutz erkennbar dem Art. 29 EGBGB zu und nimmt ihn damit aus dem Anwendungsbereich des Art. 34 EGBGB aus. *Jayme*, FS Lorenz, S. 435, 439; *Mankowski*, RIW 1993, 453, 460; *Roth*, RIW 1994, 275, 277.

eher dem Art. 34 und nicht dem Art. 29 EGBGB zuzuordnen ist, der sich bloß auf die Belange der Parteien im Einzelfall konzentriert⁸⁹.

Bezüglich international zwingender Normen, erkennt auch die h.M. die Ohnmacht der Rechtswahl im Hinblick auf die Grundfreiheiten an. Sonderanknüpfungen und Eingriffsnormen lassen sich als besondere Ausprägungen des *ordre public*-Vorbehalts des Art. 6 EGBGB verstehen, insbesondere der sog. positiven Funktion des *ordre public*⁹⁰, mit deren Hilfe die Gerechtigkeitsvorstellungen der eigenen Rechtsordnung zum Maßstab für die Beurteilung grenzüberschreitender Sachverhalte werden. Solange die Geltung dieses Vorbehalts, insbesondere in Abgrenzung zur Geltung der Eingriffsnormen, gegenüber anderen Mitgliedstaaten nicht endgültig geklärt ist⁹¹, ist bei Anwendung dieser Vorschriften jedenfalls Zurückhaltung geboten⁹², da die Mitgliedstaaten im Gemeinsamen Europäischen Markt mit der Teilrechtsordnung eines Staates vergleichbar sind.

V. Zwischenergebnis

Nach einer Betrachtung der rechtspolitischen bzw. praktischen Vorgaben der Rechtswahlfreiheit (I, II) und der Rechtswahlgestaltungsmöglichkeiten im Vertragsverkehr (III), sind die Schwächen der h.M. aufgezeigt worden, die eine problemlose Rechtswahl anstrebt, um Ausnahmebereiche für die Anwendung der Grundfreiheiten zu eröffnen. Auf die immanente Grenze der Rechtswahl und die Schwierigkeiten der Vertragsgestaltung nimmt sie jedoch kaum Bezug (III, IV). Für die dem obiter dictum des *Alsthom Atlantique*-Urteils entnommene Feststellung, die Parteien könnten beschränkende zwingende Normen anhand der Rechtswahlmöglichkeit bei Vertragsabschluss vermeiden, fehlen noch klare Kriterien bzw. Richtlinien im Hinblick auf grenzüberschreitende Vertragsgestaltungen.

⁸⁹ Kropholler, IPR, § 3 II, S. 22 f.; Giuliano/Lagarde, S. 33, 57, 60. Zur entsprechenden Problematik im Hinblick auf die zwingende Anknüpfung beim Arbeitsvertrag (Art. 30, 34 EGBGB), Junker, IPRax 1989, 69 ff.; Mankowski, IPRax 1994, 88 ff.; Wimmer, IPRax 1995, 207, 211. Zur seltenen freiwilligen Anwendung ausländischen Eingriffsrechts MünchKomm-Sonnenberger, Einl. EGBGB, Rn. 54 ff.; Kegel, FS Drobnig, S. 315 ff. (Ordnungsinteresse). Vgl. Fetsch, Eingriffsnormen, S. 46 ff.

⁹⁰ Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, Rn. 94; Reithmann/Martiny, Rn. 383–385; Kropholler, IPR, § 36 I, S. 224; Baumert, Europäischer ordre public, S. 84, 125, 281.

⁹¹ Vgl. Jayme, Ordre public, S. 45, 65. Zur Berufung auf „europäisches Gemeingut“, das mit zunehmender Integration der europäischen Staaten gegenüber den nationalen Wertungen an Gewicht gewinnen sollte, schon v. Brunn, NJW 1962, 985 ff.; Reichelt, ZfRV 1975, 217, 225; Martiny, in: v. Bar, S. 211, 219 ff.

⁹² Staudinger/Blumenwitz, Art. 6 EGBGB, Rn. 122 m.w.N.; Kannengiesser, Die Aufrechnung, S. 126 m.w.N. in Fn. 212 ff.