

ZfRv

[Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht]
Mit Euro-Info ZER

- Beiträge**
- 3 Neues Kaufrecht in England**
Florian Linder
 - 14 Pauschalreiserecht im Vereinigten Königreich nach Umsetzung der Pauschalreise-RL**
Christoph Kietzibl
 - 22 Gerichtliche Europäisierung des Vertragsrechts**
Heinrich Foglar-Deinhardstein
- Leitsätze**
- 32 Nr 1 – 6**
- Rechtsprechung**
- 33 Auslegung des Begriffs „Verbrauchersache“ gem Art 5 Abs 1 EVÜ**
 - 35 Arbeitsvertragsstatut und Kollektivvertrag**
 - 39 Stärkere Beziehung bei außervertraglichem Schadenersatz**

Begründet von
Fritz Schwind

Herausgeber
Hans Hoyer
Michael Schweitzer
Willibald Posch
Manfred Straube

Redaktion
Institut für Rechtsvergleichung
der Universität Wien

Februar 2005

01

MANZ 

ISSN 0514-275X

Gerichtliche Europäisierung des Vertragsrechts

ZfRV 2005/4

Art 28, 29 EGV

EuGH, 24. 1. 1991
– Rs C-339/89,
Alsthom Atlantique/Sulzer SA;
EuGH, 13. 10.
1993 – Rs C-93/
92, CMC Motorradcenter/Pelin Baskiciogullari;
EuGH, 24. 11.
1993 – Rs C-267
und 268/91,
Keck und Mithouard

gerichtliche
Europäisierung
des Privatrechts;
freier Waren-
verkehr;
Zivilrecht und
Binnenmarkt;
Spürbarkeits-
kriterium;
Rechtfertigungs-
gründe

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob auch Regelungen des mitgliedstaatlichen Zivilrechts, insbesondere des nationalen Vertragsrechts, die Freiheit des Warenverkehrs beeinträchtigen können. Ausgehend von dem Umstand, dass der EuGH dies grundsätzlich bejaht hat, wird für die Anwendung eines „Spürbarkeitskriteriums“ plädiert.

Von Heinrich Foglar-Deinhardstein

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Vertragsrecht im Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit?
 1. Die Warenverkehrsfreiheit als Pionierfreiheit
 2. EuGH zu Zivilrecht und Binnenmarkt
 - a) EuGH 24. 1. 1991, Rs C-339/89, Alsthom Atlantique/Sulzer SA, Slg 1991, I-107
 - b) EuGH, 13. 10. 1993, Rs C-93/92, CMC Motorradcenter/Pelin Baskiciogullari, Slg 1993, I-5009
 - c) Zwischenergebnis
 3. Kritik der Lehre
 - a) Wurzel der Kritik
 - b) Die Kritik im Einzelnen
 4. Stellungnahme
 - a) Überzogene Kritik
 - b) Berechtigte Skepsis
- C. Anwendungsbereich der EuGH-Rechtsprechung
 1. Dispositives Vertragsrecht als Prüfungsgegenstand
 2. Rechtswahlmöglichkeit als Ausweg?
- D. Harmonisierungsgrad
 1. Auswirkungen der Keck-Rechtsprechung
 - a) Verkaufsmodalitäten nach der Keck-Formel
 - b) Alternativen zur Keck-Formel
 2. Rechtfertigungsgründe
 - a) Rechtfertigende Ausnahmen nach Art 30 EGV
 - b) Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse

A. Einleitung

Es gibt mittlerweile eine unüberschaubare Flut von Publikationen zum Themenbereich des zwar eingängig bezeichneten, aber keineswegs scharf abgegrenzten „Europäischen Privatrechts“.

Dieses Rechtsgebiet wird meistens unter dem Aspekt der legislativen Rechtsangleichung gesehen. Die Harmonisierung durch Richtlinien steht daher im Zentrum der Überlegungen, seit Längerem wird dem Projekt eines einheitlichen europäischen Zivilrechts besondere Aufmerksamkeit geschenkt.¹⁾ Die legislative Europäisierung des Privatrechts bleibt hier jedoch völlig außer Acht und mit ihr die Streitfrage „kultivatorische oder kodifizierende Rechtsfortbildung des europäischen Privatrechts“.²⁾ Gegenstand dieser Untersuchung sind die Probleme, die sich aus einer allfälligen Kollision von mitgliedstaatlichem Zivilrecht – insbesondere nationalem Vertragsrecht – mit der Warenverkehrsfreiheit des Europäischen Binnenmarkts ergeben können.

1) Statt vieler Handig, Europäisches Vertragsrecht, ÖJZ 2004, 130; Posch, Auf dem Weg zu einem europäischen Vertragsrecht? wbl 2003, 197; aus rechtsökonomischer Sicht Manhart, Braucht Europa ein Einheitsprivatrecht? AnwBl 2003, 588. Vgl auch van Gerven, Harmonization Of Private Law: Do We Need It? CML Rev 2004, 505ff; Grundmann, Die Aufgabe einer nationalen Kodifikation vor dem Hintergrund der Europäisierung des Privatrechts, in Fischer-Czermak/Hopt/Schauer (Hrsg.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend (2003) 19ff.

2) Dieses Begriffspaar wurde von Lando, Guest Editorial – European Contract-Law after the Year 2000, CML Rev 1998, 827, geprägt; zitiert nach Kilian, Äußeres und inneres System in einem noch fragmentarischen Europäischen Schuldvertragsrecht?, in Grundmann (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts – Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht (2000) 437.

Dabei geraten zwei scheinbar unantastbare Werte miteinander in Konflikt: einerseits die Warenverkehrsfreiheit, die unter den Grundfreiheiten eine Vorreiterrolle einnimmt und an deren Verwirklichung der EuGH die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts misst; und andererseits das nationale Vertragsrecht als „vielleicht die letzte Bastion vor einem Angriff durch die Grundfreiheiten“.³⁾

Es geht hier also um *gerichtliche*, nicht um legislative Europäisierung des Privatrechts, um gemeinschaftliche Privatrechtsbeschränkung, nicht um Privatrechtsschöpfung, oder – anders gesagt – um die Konsequenzen der Negativ-Integration durch die Gerichtsbarkeit, nicht der Positiv-Integration durch den Richtlinienggeber.⁴⁾ „Wenngleich Entscheidungen des EuGH nicht eine gemeinschaftsweite Rechtsangleichung zur Rechtsfolge haben, so bewirken sie diese manchmal doch tatsächlich“⁵⁾ und tragen somit ihren Teil zur Europäisierung des Rechts bei.⁶⁾

B. Vertragsrecht im Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit?

1. Die Warenverkehrsfreiheit als Pionierfreiheit

Der freie Warenverkehr ist die vom EGV an erster Stelle behandelte Grundfreiheit, deren fundamentale Bedeutung für die Verwirklichung des Binnenmarkts vom EuGH immer betont wurde.⁷⁾

Sedes materiae sind Art 28 (ex-Art 30) und Art 29 (ex-Art 34) EGV, nach denen mengenmäßige Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen sowie alle Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten sind.

Angesichts des Wortlauts dieser Bestimmungen müsste die Frage nach einer möglichen Kollision von nationalem Vertragsrecht mit der Warenverkehrsfreiheit überraschen, weil solche Regeln eher im öffentlichen Recht und nicht im Vertragsrecht vermutet würden. Brisanz erhielt diese Frage erst durch die rechtsfortbildende Judikatur des EuGH.

Zur Warenverkehrsfreiheit, der „Pionierin“ unter den Grundfreiheiten, hat der EuGH seine Judikatur schon früh weit entwickelt. Die grundlegende Definition der „Maßnahmen gleicher Wirkung“ nach Art 28 ist die sog *Dassonville*-Formel, die der Gerichtshof in seiner gleichnamigen Entscheidung geschaffen hat.⁸⁾ Als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen gilt nach dieser Formel „jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.⁹⁾ Nach dieser Formel verstoßen also schon bloß drohende Beeinträchtigungen gegen die Warenverkehrsfreiheit; der Zweck einer Regelung und das Ausmaß der Beeinträchtigung sind unbeachtlich.

Mit seinem *Cassis-de-Dijon*-Urteil¹⁰⁾ wandte sich der EuGH in einer „klassischen Streitfrage“ gegen die Ansicht, die Warenverkehrsfreiheit richte sich nur gegen diskriminierende Maßnahmen, also nationale Maßnahmen, die zwischen inländischen und ausländischen Waren unterscheiden. Auch Maßnahmen, die In- und Aus-

länder gleichermaßen behindern, kollidieren nach Ansicht des EuGH mit der Warenverkehrsfreiheit, aus der daher nicht lediglich ein Diskriminierungsverbot, sondern ein darüber hinausgehendes generelles Beschränkungsverbot folgt.

Aus dieser fortentwickelten Judikatur ergibt sich der mögliche Ansatzpunkt im nationalen Zivilrecht, insbesondere im Vertragsrecht,¹¹⁾ weil es vorstellbar scheint, dass die mitgliedstaatlichen Zivilrechte aufgrund ihrer Unterschiedlichkeit zumindest mittelbar zu einer Beschränkung des innergemeinschaftlich grenzüberschreitenden Warenverkehrs führen. Eine Norm, die in einem Mitgliedstaat existiert, in einem zweiten ganz ähnlich gestaltet ist, in einem dritten völlig abweichend gesetzt ist und in einem vierten überhaupt fehlt, könnte möglicherweise nicht nur den Anreiz zum grenzüberschreitenden Verkehr rauben, sondern den Warenverkehr sogar im Sinne von *Dassonville* und *Cassis de Dijon* beschränken.

Tatsächlich hat der EuGH über die Rechtmäßigkeit vertragsrechtlicher Bestimmungen abgesprochen.

2. EuGH zu Zivilrecht und Binnenmarkt

a) EuGH 24. 1. 1991, Rs C-339/89, *Alsthom Atlantique/Sulzer SA*, Slg 1991, I-107

→ *Sachverhalt*

Das französische Unternehmen *Alsthom Atlantique* kaufte von der französischen *Compagnie de construction mécanique Sulzer SA* zwei Schiffsmotoren, mit deren Fertigung *Sulzer* einen deutschen Subunternehmer beauftragt hatte. Der niederländische Abnehmer machte später gegen *Alsthom Atlantique* Gewährleistung wegen Funktionsmängeln an den Motoren geltend. In der Folge begehrte *Alsthom* Haftungsfreistellung von *Sulzer*, die wiederum vom deutschen Subunternehmer Haftungsfreistellung forderte. →

3) *Langner*, Das Kaufrecht auf dem Prüfstand der Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages, *RabelsZ* 2001, 223.

4) Zu den Begriffspaaren *Furrer*, Zivilrecht im gemeinschaftlichen Kontext – Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht (2002) 77 mwN; *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts – Der EuGH als Zivilrichter (1998) 23; *Gamerith*, Das nationale Privatrecht in der Europäischen Union – Harmonisierung durch Schaffung von Gemeinschaftsprivatrecht, *ÖJZ* 1997, 166; *Remien*, Denationalisierung des Privatrechts in der Europäischen Union? – Legislative und gerichtliche Wege, *ZfRV* 1995, 117. *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999) 10f mwN lehnt den Begriff „negative Rechtsangleichung“ für die gerichtliche Anwendung der Grundfreiheiten ab.

5) *Remien*, Grenzen der gerichtlichen Privatrechtsangleichung mittels der Grundfreiheiten des EG-Vertrages, *JZ* 1994, 350; ausführlicher *Leible*, Die Rolle der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bei der europäischen Privatrechtsentwicklung, in *Martiny/Witzleb* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch (1999) 63ff.

6) Auch auf dem Gebiet der privatrechtsbeschränkenden Rechtsprechung kann in dieser Untersuchung ein großer Bereich keinen Raum finden, nämlich die EuGH-Judikatur zum unverfälschten Wettbewerb. *Kilian in Grundmann*, Systembildung 433, weist darauf hin, dass „wohl keine anderen Vorschriften des EG-Vertrags [...] das Schuldvertragsrecht nachhaltiger beeinflusst [haben] als das EG-Wettbewerbsrecht“.

7) Dazu überblicksartig *Mayer*, Die Warenverkehrsfreiheit im Europarecht – eine Rekonstruktion, *EuR* 2003, 793ff. Vgl. auch *Oliver/Roth*, The Internal Market And The Four Freedoms, *CML Rev* 2004, 407ff.

8) EuGH Rs 8/74, *Dassonville*, Slg 1974, 837.

9) EuGH Rs 8/74, *Dassonville*, Slg 1974, 837, Rz 5.

10) EuGH Rs 120/78, *Cassis-de-Dijon*, Slg 1979, 649.

11) *Klauer*, Europäisierung 64, spricht von einer „Weichenstellung“ durch die EuGH-Rechtsprechung.

Nach der Rechtsprechung des französischen Cour de cassation gilt für den gewerblichen Hersteller oder Verkäufer die unwiderlegliche Vermutung, dass er die Mängel der verkauften Sache kannte. Haftungsbeschränkende Klauseln sind nach dieser Rechtsprechung grundsätzlich unzulässig.

Das Gericht beurteilte das Vertragsverhältnis zwischen *Alsthom* und *Sulzer* nach französischem Recht und hielt die von *Sulzer* gegenüber *Alsthom* vereinbarten Haftungsausschlussklauseln daher für ungültig. Den vom deutschen Subunternehmer gegenüber *Sulzer* vereinbarten Haftungsausschluss beurteilte das Gericht hingegen nach deutschem Recht und daher als wirksam. *Sulzer* musste den Schaden also allein tragen.

Sowohl *Sulzer* als auch *Alsthom* machten daher geltend, aus dieser Rechtsprechung folge, dass *Sulzer* den Schaden nicht hätte tragen müssen, wenn sie statt des deutschen einen französischen Subunternehmer beauftragt hätte. Da eine solche Rechtsprechung in keinem anderen Mitgliedstaat bestehe, liege eine faktische Diskriminierung der dem französischen Recht unterworfenen Unternehmen vor. Diese Rechtsprechung verstoße daher gegen die gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Beseitigung von mengenmäßigen Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen Mitgliedstaaten.

→ Urteil

Der EuGH stellte in seinem Urteil fest, dass das Verbot mengenmäßiger Ausfuhrbeschränkungen sowie aller Maßnahmen gleicher Wirkung nach ständiger Rechtsprechung nur Maßnahmen betreffe, „die spezifische Beschränkungen der Ausfuhrströme bezwecken oder bewirken und damit unterschiedliche Bedingungen für den Binnenhandel innerhalb eines Mitgliedstaats und seinen Außenhandel schaffen, so dass die nationale Produktion oder der Binnenmarkt des betroffenen Staates zum Nachteil der Produktion oder des Handels anderer Mitgliedstaaten einen besonderen Vorteil erlangt.“¹²⁾ Die fragliche französische Rechtsprechung gelte jedoch unterschiedslos für alle dem französischen Recht unterliegenden Handelsbeziehungen. Weder bezwecke noch bewirke sie speziell eine Beschränkung der Ausfuhrströme. Im Übrigen könnten Parteien eines internationalen Kaufvertrags eine Unterwerfung unter das französische Recht vermeiden, da es ihnen frei gestanden wäre, das auf ihren Vertrag anwendbare Recht zu bestimmen.

b) EuGH, 13. 10. 1993, Rs C-93/92, CMC Motorradcenter/Pelin Baskiciogullari, Slg 1993, I-5009

→ Sachverhalt

Die *CMC Motorradcenter GmbH* handelte mit Motorrädern der Firma *Yamaha*. Die Motorräder importierte das Unternehmen – keine Vertragshändlerin – „grau“ aus Frankreich, um am deutschen Markt zu besseren Preisen als deutsche *Yamaha*-Vertragshändler anbieten zu können. *CMC Motorradcenter* hatte beim Verkauf eines solchen Motorrads die Käuferin nicht über den – der Verkäuferin bekannten – Umstand aufgeklärt, dass deutsche Vertragshändler im Allgemeinen ihrer vertraglichen Verpflichtung nicht nachkamen, Gewährleistungsreparaturen an parallel importierten Motorrädern

durchzuführen. Als der Käuferin diese Praxis bekannt wurde, machte sie eine Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten durch *CMC Motorradcenter* geltend, wollte das Motorrad nicht mehr abnehmen und wurde daraufhin von *CMC Motorradcenter* geklagt.

Dem EuGH wurde die Frage vorgelegt, ob die Aufklärungspflicht der Verkäuferin in contrahendo der Warenverkehrsfreiheit widerspreche.

→ Urteil

Der EuGH griff in seinem Urteil auf die *Dassonville*-Formel zur Definition der Maßnahmen gleicher Wirkung zurück. Die vorvertragliche Aufklärungspflicht des deutschen Schuldrechts gelte unterschiedslos für alle dem deutschen Recht unterliegenden Vertragsverhältnisse und regle nicht den Handelsverkehr. Die Gefahr einer Behinderung des freien Warenverkehrs werde keinesfalls durch die Aufklärungspflicht erzeugt, sondern vielmehr durch die Weigerung eines Teils der Vertragshändler, Gewährleistungsarbeiten an parallel importierten Motorrädern durchzuführen.

Die allfälligen restriktiven Wirkungen der Aufklärungspflicht auf den freien Warenverkehr seien zu ungewiss und zu mittelbar, als dass diese Verpflichtung zur Behinderung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten geeignet sei.

c) Zwischenergebnis

Die grundlegende Bedeutung dieser beiden EuGH-Entscheidungen liegt darin, dass der EuGH hier rein vertragsrechtliche Regelungen einer Prüfung anhand des Maßstabs der Grundfreiheiten unterzogen hat. Wenn auch der Gerichtshof in beiden Fällen eine Unvereinbarkeit mit den Grundfreiheiten verneint hat, so ändert das nichts an dem Faktum der vorgenommenen Prüfung an sich.

Vertragsrechtliche Regelungen stehen damit – zumindest nach dem damaligen Entwicklungsstadium der Warenverkehrsjudikatur, insb vorbehaltlich der noch zu behandelnden *Keck*-Rechtsprechung – auf dem Prüfstand des EuGH.¹³⁾

3. Kritik der Lehre

a) Wurzel der Kritik

Die Entscheidung des EuGH, auch rein vertragsrechtliche Fragen der Warenverkehrskontrolle zu unterziehen, hat zahlreiche kritische Stellungnahmen hervorgerufen. Eine Grundfreiheitenkontrolle des Privatrechts wurde sogar als „unerwünschter Vorgang“¹⁴⁾ bezeichnet. Die Wurzel dieser Skepsis kann darin gesehen werden, dass die Entwicklung der Warenverkehrsfreiheit zu einem generellen Beschränkungsverbot bis dahin fast ausschließlich in der Auseinandersetzung mit öffentlich-rechtlichen Normen erfolgt ist.

12) EuGH 24. 1. 1991, Rs 339/89, *Alsthom Atlantique*, Slg 1991, I-107, Rz 6.

13) *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages (2003) 185, 567. Zum gesamten Privatrecht *Franzen*, Privatrechtsangleichung 122f mwN.

14) *Mülbert*, Privatrecht, die EG-Grundfreiheiten und der Binnenmarkt – Zwingendes Privatrecht als Grundfreiheitenbeschränkung im EG-Binnenmarkt, ZHR 1995, 10.

b) Die Kritik im Einzelnen

→ *Kein Zivilrecht ohne nationale Rechtskultur?*

Das Gemeinschaftsrecht sei letztlich trotz seiner Eigenständigkeit auf das Substrat der nationalen Rechtsordnungen gegründet. Das Zivilrecht sei immer eng mit der nationalen Rechtskultur verwoben, während auf der anderen Seite nur wenige gemeinschaftsrechtliche Normen Privatrecht regelten. Eine Zivilrechtsordnung ohne gemeinsame Tradition und Sprache einer Nation, ohne umfassende Kommunikation in Praxis und Wissenschaft, ohne Diskurs, ohne einheitliche Rechtswissenschaft und Ausbildung der juristischen Berufe könne es vielleicht gar nicht geben. Sei die Bewahrung tradierter staatlichen Zivilrechts nicht ein ausreichender Grund, um eine Minimierung der Auswirkungen der Grundfreiheiten auf das Zivilrecht anzustreben?¹⁵⁾

→ *Vertragsrecht als Voraussetzung des Binnenmarkts*

Ohne die Institute des bürgerlichen Rechts könne wirtschaftlicher Verkehr doch gar nicht stattfinden. Das Vertragsrecht bilde daher überhaupt erst die Voraussetzung für den Gebrauch der Grundfreiheiten; es mangle ihm mithin im Hinblick auf die Warenverkehrsfreiheit am beschränkenden Charakter, vielmehr sei es den Grundfreiheiten vorgelagert.¹⁶⁾

→ *Kohärenzzerstörung*

Überhaupt könne eine durchgreifende Grundfreiheitskontrolle nationalen Zivilrechts bis hin zu dessen Demolierung führen.¹⁷⁾ In einem ersten Schritt würden ausländische Rechtsinstitute in das nationale Recht „importiert“. Es beginne ein „race to the bottom“: Da höhere Schutzniveaus den Warenverkehr belasten, setze sich jeweils das Institut oder die Regelung mit der geringeren Schutzwirkung – also der geringeren Belastung des freien Verkehrs – durch. In einem zweiten Schritt bewirke diese Durchlöcherung des nationalen Zivilrechts die Zerstörung seiner Kohärenz und eine „Systemspaltung“.¹⁸⁾ Das habe nicht nur mit der Tatsache zu tun, dass die Grundfreiheiten eben primär auf Beseitigung von Verkehrsbeschränkungen und nicht auf Rechtsharmonisierung abzielen, sondern liege auch daran, dass die Grundfreiheitenkontrolle immer nur vereinzelt und schrittweise, also punktuell auf nationales Recht einwirke.

Die Gefahr dieser Kohärenzzerstörung gehe über die Beschädigung einer den Wissenschaftler faszinierenden Gesamtschönheit eines Rechtsgebiets hinaus. Sie verhindere vielmehr eine gerechte und vorhersehbare Rechtsfortbildung, da eine solche nur fußend auf einem bestehenden einheitlichen System möglich sei. Weiters könnten die allgemeinen Teile des Zivilrechts und mit ihnen rationelle Rechtsetzung und -anwendung in Gefahr geraten.

Eine extensive Grundfreiheitenkontrolle, die immer nur Regelungen beseitigen, aber niemals solche – selbst wenn sie gerade durch ihr Fehlen verkehrsbehindernd wirken sollten – nachliefern kann, lasse das nationale Zivilrecht zu einer Ansammlung von Regelungen degenerieren, deren jeweilige Aufrechterhaltung oder Aufhebung aus der Perspektive des nationalen Rechtssystems rein zufallsbedingt sei.

Aufgabe des Zivilrechts sei es, den Privaten überhaupt erst die Möglichkeit zu gesichertem wirtschaftlichen Verkehr untereinander zu verschaffen. Werde die

Systematik des nationalen Zivilrechts beeinträchtigt oder gesprengt, könne das bürgerliche Recht dieser zentralen Funktion nicht mehr nachkommen.

Richterrecht taue eben nicht dazu, eine Rechtssicherheit gewährleistende und an Demokratie und Föderalismus orientierte Rechtsfortbildung voranzutreiben.¹⁹⁾

→ *Subsidiaritätsprinzip versus Zentralismus*

Das Subsidiaritätsprinzip²⁰⁾ zur Abgrenzung der gemeinschaftlichen Kompetenzen müsse auch für den EuGH und zur Beschränkung der Anwendung der Grundfreiheiten gelten. Dem nationalen Gesetzgeber sei zur Schaffung einer ausbalancierten Verwirklichung von Grundfreiheiten und Verbraucherschutz ein gewisser Freiraum bei der Gestaltung des Zivilrechts zu überlassen, dessen allenfalls strenge Normen ja dem Sozialschutz dienen.²¹⁾

Zweck der Grundfreiheiten sei lediglich, jenen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Rahmen vorzugeben, der keinesfalls durch nationale Regelungen gestört werden dürfe. Die Harmonisierung des Rechts zur Verwirklichung des Binnenmarkts sei demgegenüber nach dem System des EG-Vertrags in erster Linie durch das Instrument der Richtlinie zu erwirken.²²⁾ Die jederzeit abänderbaren Richtlinien seien dazu auch besser geeignet als die zumindest der Idee nach unveränderliche Judikatur zu den Grundfreiheiten in ihrer fundamentalen Bedeutung, die – weil sie auf höchster Ebene des Stufenbaus der Rechtsordnung ansetzt – auch den Richtliniengeber binde.²³⁾ Mit einer umfassenden Grundfreiheiten-Judikatur zum Zivilrecht würde der gemeinschaftlichen Legislative vorgegriffen und der legislative Gestaltungsfreiraum bei der Schaffung eines gemeinschaftsweit einheitlichen und kohärenten Zivilrechts eingeengt.²⁴⁾ Erst dem Richtliniengeber komme es zu, jene Hindernisse für die Grundfreiheiten zu beseitigen, die aus der bloßen Unterschiedlichkeit mitgliedstaatlicher Gesetzregelungen erwachsen.²⁵⁾ Es sei ein dem Wesen des Bin-

15) *Steindorff*, EG-Vertrag und Privatrecht (1996) 50, 52f mwN; vgl. *Steindorff*, JZ 1994, 95; zu *Steindorffs* Vorschlägen einer Lockerung der Grundfreiheitenkontrolle differenzierend *Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union (2002) 270ff; vgl. auch *Roth*, Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht, ZEuP 1994, 28.

16) *Müller-Graff*, Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht, NJW 1993, 13. Ergänzende Stellungnahme dazu von *Wilmowsky*, EG-Freiheiten und Vertragsrecht, JZ 1996, 592.

17) Zum folgenden *Steindorff*, EG-Vertrag 51f; *Mülbert*, ZHR 1995, 6f; vgl. auch *Schmid*, Anfänge einer transnationalen Privatrechtswissenschaft in Europa, ZfRV 1999, 214.

18) *Mülbert*, ZHR 1995, 6.

19) *Remien*, ZfRV 1995, 132.

20) *Armbrüster*, *RabelsZ* 1996, 77; *Remien*, ZfRV 1995, 132; *Fezer*, Anmerkung zu EuGH, 13. 10. 1993, CMC Motorradcenter GmbH/Pelini Baskiciogullari, JZ 1994, 625; *Remien*, JZ 1994, 353; aA *Lurger*, Grundfragen 274f mwN.

21) *Steindorff*, Privatrecht und Europäischer Binnenmarkt, in *Brügge-meier* (Hrsg), Verfassungen für ein ziviles Europa (1994) 141, 142f; dazu auch *Lurger*, Grundfragen 280f.

22) *Armbrüster*, Ein Schuldvertragsrecht für Europa? – Bemerkungen zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach „Maastricht“ und „Keck“, *RabelsZ* 1996, 89.

23) *Sack*, Staatliche Regelungen sogenannter „Verkaufsmodalitäten“ und Art 30 EG-Vertrag, EWS 1994, 46.

24) *Steindorff*, Anmerkung zu EuGH, Urteil 2. 8. 1993, Alluë II, JZ 1994, 95; *Steindorff* in *Brügge-meier*, Verfassungen 142, 145ff.

25) *Kieninger*, Wettbewerb der Privatrechtsordnungen im Europäischen Binnenmarkt – Studien zur Privatrechtskoordinierung in der Europäischen Union auf den Gebieten des Gesellschafts- und Vertragsrechts (2002) 345; *Lurger*, Grundfragen 298; *Bleckmann*, Europa-

nenmarkts nicht entsprechender Zentralismus, jeden gewichtigen Rechtsunterschied als Beschränkung der Grundfreiheiten zu sehen.²⁶⁾

4. Stellungnahme

a) Überzogene Kritik

Viele dieser Argumente haben ihre Berechtigung. Grundsätzlich ist aber zunächst festzuhalten, dass es die Aufgabe des EuGH und seiner Rechtsprechung ist, die Legitimation mitgliedstaatlicher Handlungsziele im Hinblick auf die Vertragskonformität des Verhaltens der Mitgliedstaaten zu kontrollieren. Warum diese Kontrolle vor dem nationalen Zivilrecht Halt machen soll, ist nicht einsichtig. Die unmittelbare Wirkung und der Anwendungsvorrang des Europarechts gelten nämlich allgemein gegenüber mitgliedstaatlichem Recht. Dass davon das Zivilrecht ausgenommen sein sollte, ist dem EG-Vertrag nicht zu entnehmen. Und auch über eine Ausnahme des Zivilrechts von der Kompetenz des EuGH findet sich keine gemeinschaftliche Rechtsvorschrift.²⁷⁾

Dass das Zivilrecht einer gerechten Ordnung gegenläufiger Interessen von Rechtssubjekten dient, ist richtig. Allerdings unterscheidet dies das Zivilrecht nicht prinzipiell von anderen Rechtsgebieten, namentlich nicht vom öffentlichen Recht, an das die Anforderungen des Binnenmarkts mit großer Selbstverständlichkeit angelegt werden.²⁸⁾ Gerade das Zivilrecht, das den wirtschaftlichen Verkehr regelt und ordnet, ja sogar steuert, kann selbstverständlich in Widerstreit mit den wirtschaftsordnenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts geraten.

Dass es Instrumentarien des Zivilrechts gibt, die für einen funktionierenden Markt unabdingbar sind und die daher den Grundfreiheiten vorgelagert sein müssen,²⁹⁾ ändert nichts an der Tatsache, dass auch „regulative“ Zivilrechtsnormen vorstellbar sind. Der Gesetzgeber hat zur Erreichung eines angestrebten Ziels oft die Wahl, in welchem Rechtsgebiet er eine entsprechende Norm verankert: eine öffentlich-rechtliche Überprüfung oder eine privatrechtliche Haftpflicht können möglicherweise die gleiche Wirkung erzielen. *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*³⁰⁾ konstatieren sogar eine Tendenz des Gesetzgebers, ins Privatrecht auszuweichen, und damit eine Häufung „regulativer“ Elemente im Zivilrecht. Dadurch verschwimmen einerseits die schon an sich schwierig zu bestimmenden Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht, andererseits würde eine Ausnahme einzelner Bereiche des Privatrechts von der Grundfreiheitenkontrolle einen funktionstüchtigen Binnenmarkt gefährden, wenn nicht gar verunmöglichen.³¹⁾ Das Etikett „Schuldrecht“ darf nicht entscheidend für die Anwendung der Grundfreiheitenkontrolle sein.

Auch wenn man mit *Müller-Graff* eine eigene „Logik des Privatrechts“ annimmt, ist das gemeinschaftsrechtlich geprägte Privatrecht zweifellos – in ausbalancierter Weise – auch einer „Logik der Integration“ verpflichtet. Das Gemeinschaftsprivatrecht dient also nicht ausschließlich dem Ausgleich gegenläufiger Interessen von Rechtssubjekten, es ist auch an der Funktionstüchtigkeit des Binnenmarkts zu messen.³²⁾

Der Gedanke eines systemzerstörenden Effekts des Europarechts auf das Zivilrecht scheint übertrieben. Wer meint, der Wegfall beliebiger einzelner Normen würde das Zivilrecht in seinen Grundfesten erschüttern, hat erstaunlich wenig Vertrauen in die Vitalität des Zivilrechts. Im Übrigen unterscheidet eine störende Wirkung auf die Kohärenz des Zivilrechts gemeinschaftsrechtliche Fortbildungen des Rechts nicht von anderen. Vorstellbar scheint auch – freilich nach vielleicht etwas zu optimistischer Ansicht – die genau gegenteilige Entwicklung: eine „Läuterung“ zivilrechtlicher Systeme – zumindest in Teilbereichen –, herbeigeführt durch den Rechtfertigungsdruck der Grundfreiheiten.³³⁾

Jedenfalls können allein die Historizität und die Tradition einer bestimmten Rechtsnorm selbstverständlich keine Ausnahme von der Grundfreiheitenkontrolle rechtfertigen. Dahingehende Forderungen müssten als Wunschdenken qualifiziert werden.

Mit der durch den EuGH vorgenommenen Weiterentwicklung der Warenverkehrsfreiheit zu einem Beschränkungsverbot ist vielmehr klar, dass auch Regelungen mit einem nur dünnen Zusammenhang mit der Warenverkehrsfreiheit den Binnenmarkt einzuschränken vermögen. Jede Regelung, die den Gebrauch der Warenverkehrsfreiheit erschwert, stellt auch eine Einschränkung dieser Grundfreiheit dar. Daher berühren schon die bloßen Unterschiede zwischen den Zivilrechtsordnungen den freien Warenverkehr. Bereits die „Andersartigkeit“ einer nationalen Zivilrechtsordnung hat das Potenzial, erhöhte Transaktionskosten, zB Informationsbeschaffungskosten oder Kosten für neue Rahmenbedingungen des Vertriebs, zu bewirken. Dieses Potenzial hat aber wirtschaftlich eine abschreckende Wirkung und ist daher als mittelbare Einschränkung der Grundfreiheiten zu sehen.³⁴⁾

Wer die Belastung des wirtschaftlichen Verkehrs durch unterschiedliche Zivilrechte zugesteht, die Beseitigung dieser Hindernisse aber der legislativen Rechtsangleichung vorbehalten will, übersieht, dass die Ausnahme solcher Hindernisse aus der Kontrolle des EuGH mit dem Verständnis der Warenverkehrsfreiheit nach der *Dassonville*- und *Cassis-de-Dijon*-Formel nicht vereinbar ist. Es ist Sache des EuGH, über die Einhaltung des fundamentalen Grundsatzes des freien Warenverkehrs zu wachen. Jede Abschwächung dieser Kontrolle

recht – Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften⁶ (1997) Rz 1523.

26) *Remien*, ZfRV 1995, 129.

27) In diese Richtung aber *Steindorff*, EG-Vertrag 267 f., der in dieser Monographie für einen „judicial restraint“ argumentiert. Als Instrument der „Infrastruktur des Binnenmarktes“ sei das Privatrecht der unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten im Wesentlichen entzogen.

28) *Mülbert*, ZHR 1995, 11.

29) *Von Wilmsky*, JZ 1996, 592.

30) *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnung (1996); weitere Nachweise bei *Furrer*, Zivilrecht 71 f.

31) *Furrer*, Zivilrecht 70 f.

32) *Klauer*, Europäisierung 25 f.

33) *Von Wilmsky*, JZ 1996, 591.

34) *Langner*, *RebelsZ* 2001, 226; *Von Wilmsky*, JZ 1996, 595; *Steindorff*, EG-Vertrag 67 f.; *Mülbert*, ZHR 1995, 10, 13; zum Problem vgl auch *Roth*, ZEuP 1994, 26 f. Dem wenig überzeugenden Argument, dass auch die Rechtsvereinheitlichung erhebliche Kosten verursacht, ist mit *Furrer*, Zivilrecht 78, entgegenzuhalten, dass die Rechtsvereinheitlichungskosten zeitlich befristet und gleichmäßiger anfallen.

wäre mit der Einheit und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts unvereinbar. Zurück blieben eine „zahnlose“ Grundfreiheitenkontrolle und letztlich ein Binnenmarkt ohne Inhalt.

„Im Prinzip ist jede Einschränkung der vollen Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes durch nationales Recht rechtswidrig.“³⁵⁾

b) Berechtigte Skepsis

Freilich kann eine gewisse Skepsis gegenüber dem „EuGH als Zivilrichter“ nicht verübelt werden. Diese Skepsis wird auch durch den knappen, forschenden, wenig argumentativen Begründungsstil des EuGH genährt.³⁶⁾ Den Kritikern ist zuzubilligen, dass gerade die beiden Entscheidungen *Alsthom Atlantique* und *CMC Motorradcenter* insgesamt wohl wenig geeignet sind, das Unbehagen von Teilen der Lehre gegenüber dem „Zivilrichter EuGH“ zu entkräften, weil in ihnen der EuGH erstaunlich wenig Problembewusstsein gezeigt hat.

Die Entscheidungen erwähnen den zivilrechtlichen Charakter der geprüften Regelungen mit keinem Wort. Überhaupt weist die Durchführung der Kontrolle keinerlei Besonderheit auf. Daher wurde eine „bedauerliche Insensibilität gegenüber privatrechtlichen Fragestellungen und ihren wirtschaftlichen Implikationen“³⁷⁾ konstatiert. Der Gerichtshof habe verabsäumt, die von öffentlich-rechtlichem Gedankengut beeinflusste Ausgestaltung der Warenverkehrsfreiheit für das Privatrecht „operabel“ zu machen.³⁸⁾ Die Kriterien der Grundrechtskontrolle bleiben so diffus und konturenlos, dass man sogar ein gewisses Zurückschrecken des Gerichtshofs selbst vor seiner „neuen Rolle“ angenommen hat.³⁹⁾

Das ändert jedoch nichts am vorläufigen Ergebnis, dass das Vertragsrecht – wie alle anderen Teile der Rechtsordnung – grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheitskontrolle fällt. Daraus darf freilich nicht der Schluss gezogen werden, dass Regelungen, die die Grundfreiheiten behindern, ohne weitere Prüfung zu beseitigen seien. Beeinträchtigungen der Warenverkehrsfreiheit können nämlich auch gerechtfertigt sein.⁴⁰⁾

C. Anwendungsbereich der EuGH-Rechtsprechung

Der EuGH hat eine vertragsrechtsgestaltende Wirkung der Grundfreiheiten festgestellt. Zu erörtern ist, inwieweit zulässige Parteiendisposition eine Ausnahme von der Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten rechtfertigt. In diesem Zusammenhang stellen sich zwei ähnliche Fragen: einerseits, ob nur das zwingende Vertragsrecht an der Warenverkehrsfreiheit zu messen ist und daher das dispositive Vertragsrecht aus ihrem Anwendungsbereich herausfällt (C1.); und andererseits, ob die vom IPR eröffnete Möglichkeit zur Rechtswahl und damit zum Ausweichen vor der Belastung durch eine Rechtsordnung bewirkt, dass die Grundfreiheiten nicht eingeschränkt werden (C2.).

1. Dispositives Vertragsrecht als Prüfungsgegenstand

Auf den ersten Blick erscheint der Gedanke, die Grundfreiheiten auf nachgiebiges Recht nicht einwirken zu

lassen, naheliegend.⁴¹⁾ Die Parteien können die beeinträchtigende Regelung ohnedies abbedingen. Unterlassen sie eine abweichende Vereinbarung, könnte man das als stillschweigende Annahme der Vorschrift deuten und ihnen eine Berufung auf zB die Warenverkehrsfreiheit verwehren. Damit fiel das nachgiebige Vertragsrecht – also der quantitativ weitaus überwiegende Teil des Vertragsrechts – nicht in den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten.

Gegen diese Argumentation ist jedoch Folgendes einzuwenden:

Für die Vertragspraxis würde eine solche Sichtweise die Parteien anhalten, alle nicht mit den Grundfreiheiten zu vereinbarenden dispositiven Vorschriften auszuschließen. Damit würden Vertragsverhandlungen aber bis an die Grenzen der Überforderung verkompliziert. Dispositives Recht soll ja ganz im Gegenteil – als rationalisierendes, ergänzendes und „Richtigkeitsgewähr“ indizierendes Recht – Vertragsverhandlungen vereinfachen und Normen anbieten, auf die sich die Parteien – wenn sie die entsprechenden Bereiche im Vertrag offen lassen – verlassen können.⁴²⁾

Im Übrigen kann das bloße Unterlassen der Abänderung einer dispositiven Regelung noch nicht als deren stillschweigende Annahme gedeutet werden. Kann sich etwa eine Partei mit dem Vorschlag einer abändernden Vertragsbestimmung nicht durchsetzen, entfaltet die nachgiebige Bestimmung aus ihrer Sicht sehr wohl zwingende Wirkung.⁴³⁾

Ganz grundsätzlich bleibt anzumerken, dass die eingangs vorgestellte Ansicht dem Gesetzgeber die Befugnis einräumen würde, Verträge durch allenfalls dem Gemeinschaftsrecht widersprechendes Recht zu ergänzen – eine absurde Konsequenz.⁴⁴⁾

Der dispositive Charakter einer Norm muss also bei ihrer Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten unerheblich bleiben.

2. Rechtswahlmöglichkeit als Ausweg?

Das IPR eröffnet den Vertragspartnern im Bereich des Vertragsrechts die Möglichkeit, die anzuwendende Rechtsordnung zu wählen. Nützen die Parteien diese Möglichkeit, können sie der die Warenverkehrsfreiheit belastenden Rechtsordnung entgehen. Müssen daher nicht Regelungen, die durch Rechtswahl ausgeschlossen werden können, von der Grundfreiheitenkontrolle angenommen sein? →

35) *Furrer*, Zivilrecht 77.

36) *Klauer*, Europäisierung 439; ausf. zur Kritik am Urteilsstil des EuGH zB *Leible* in *Martiny/Witzleb*, Wege 76 ff.

37) *Klauer*, Europäisierung 87; zust. *Furrer*, Zivilrecht 84.

38) *Klauer*, Europäisierung 105 f.

39) *Ranacher*, Grundfreiheiten und Spürbarkeitstheorie, ZfRV 2001, 101; *Leible* in *Martiny/Witzleb*, Wege 68 f., 86.

40) *Lurger*, Grundfragen 277: „Das Konzept der EG-Grundfreiheiten ist einseitig dem Schutz der Privatautonomie und Vertragsfreiheit verpflichtet und kann andere für die Privatrechtsordnung essentielle Grundrechte und -wertungen nicht aktiv berücksichtigen, sondern höchstens passiv dadurch, dass es sich wegen einer bestehenden Rechtfertigung des Eingriffs enthält.“

41) *Roth*, ZEuP 1994, 25, 28; weitere Nachweise bei *Lurger*, Grundfragen 273, FN 844.

42) *Furrer*, Zivilrecht 79; *Steindorff*, EG-Vertrag 78 f.

43) *Lurger*, Grundfragen 274; *Langner*, RabelsZ 2001, 227 f.

44) *Von Wilmsowsky*, JZ 1996, 595.

Die Ansicht, durch die Ausnützung der Rechtswahl könne eine Kollision zwischen Vertragsrecht und Warenverkehrsfreiheit vermieden werden, ist sozusagen eine „Verwandte“ der zuvor geschilderten Meinung, dispositives Recht falle nicht unter die Grundrechtskontrolle. Die Argumente ähneln einander daher. Die Konsequenz einer derartigen Lösung wäre eine Verschiebung des Prüfungsgegenstands.⁴⁵⁾ Nicht mehr das materielle Recht wäre an den Grundfreiheiten zu messen, sondern das Kollisionsrecht, das allenfalls die Möglichkeiten der Rechtswahl begrenzt.

Für diese Lösung wird an erster Stelle das obiter dictum des EuGH in *Alsthom Atlantique* ins Treffen geführt:⁴⁶⁾ „Im übrigen steht es den Parteien eines internationalen Kaufvertrags im allgemeinen frei, das auf ihre Vertragsbeziehungen anwendbare Recht zu bestimmen und so die Unterwerfung unter das französische Recht zu vermeiden.“⁴⁷⁾ Die kollisionsrechtliche Parteiautonomie überlasse also den Parteien die Entscheidung über die staatliche Beschränkung. Lassen die Parteien diese gelten, „liegt keine Beschränkung mehr vor, sondern der Rahmen ihres Handelns, den die Parteien selbst gewollt haben.“⁴⁸⁾

Auch diese Argumentation überzeugt nur auf den ersten Blick.

Die Möglichkeit der Ausschaltung von Normen durch Rechtswahl ändert nichts an der Tatsache, dass die Unterschiede auf der Ebene des Sachrechts beschränkend wirken. Wer von seinem nationalen Recht gegenüber Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten benachteiligt ist, muss sich um die Wahl einer anderen Rechtsordnung bemühen, während den Konkurrenten die günstigere Regelung in den Schoß fällt.⁴⁹⁾ Die Wahl einer komplett neuen Rechtsordnung – gleichbedeutend mit der „Abwahl“ der alten – ist nicht zwangsläufig vorteilhaft.⁵⁰⁾ Selbst wenn eine Rechtsordnung für einen Vertragspunkt eine günstigere Norm anbietet, heißt das noch lange nicht, dass sie insgesamt weniger belastend wirkt. Überhaupt wird nicht in jedem Fall eine weniger belastende Rechtsordnung zur Verfügung stehen.

Zunächst um eine günstigere Rechtsordnung „aufzuspüren“, dann um sich genaue Kenntnis des gewählten Rechts zu verschaffen – das Geschäft soll ja auch im Rahmen der gewählten Rechtsordnung wirksam sein –, fallen Informationskosten an. Je komplexer der Vertrag, desto schwieriger wird es, die Folgen einer bestimmten Rechtswahl in ihrer Gesamtheit einzuschätzen. Die notwendige Abwägung verschiedenster rechtlicher Faktoren und eine zu überwindende „psychologische“ Hemmschwelle lassen die Rechtswahl selbst als Hindernis für den Binnenmarkt erscheinen.

Die Möglichkeit der Rechtswahl ist nicht geeignet, die Ungewissheit, der sich Parteien beim Abschluss grenzüberschreitender Verträge aussetzen, zu beseitigen. Diese Ungewissheit führt zumindest zu höheren Transaktionskosten, möglicherweise sogar zum Verzicht auf das Geschäft. Denkbar ist nämlich, dass der Versuch eines Vertragspartners, eine für sich günstigere Rechtsordnung zu wählen, das Zustandekommen des Vertrags verhindert, wenn die Rechtswahl für die andere Partei eine neue Belastung bedeutet. Im Übrigen sind Konstellationen vorstellbar, wo die Belastungen andere treffen als jene, die über das anwendbare Recht entscheiden.

Kollisionsrechtliche Parteiautonomie ist also nicht in der Lage, durch Vertragsrecht hervorgerufene Belastungen der Warenverkehrsfreiheit zu beseitigen. Überhaupt ist die vorgeschlagene Lösung aufgrund der oben erwähnten Verschiebung des Prüfungsgegenstands abzulehnen. Rechtswahlfreiheit genügt nicht, um den Binnenmarkt zu verwirklichen.⁵¹⁾ Die Zersplitterung der nationalen Rechte ist ein Hindernis für den freien Warenverkehr, das durch Kollisionsrecht nicht beseitigt werden kann.⁵²⁾ Die Durchsetzung des Binnenmarkts erfordert eine Prüfung der materiellen Regelungen des Vertragsrechts am Maßstab der Grundfreiheiten, der nicht über Kollisionsrecht ausgewichen werden darf.

Interessant ist, dass schon Generalanwalt *van Gerven* in seinen Schlussanträgen zu *Alsthom Atlantique* erklärt hat: „Es ist in dieser Hinsicht unerheblich, ob die in Frage stehende Rechtsvorschrift auf das fragliche Rechtsverhältnis zwingend anwendbar ist oder ob sie bei internationalen Verträgen durch die Vertragsparteien infolge ihrer Wahl des anwendbaren Rechts auf ihr Rechtsverhältnis anwendbar erklärt wird.“⁵³⁾

D. Harmonisierungsgrad

Ungeachtet des Kollisionsrechts steht also das gesamte Vertragsrecht am Prüfstand der Warenverkehrsfreiheit. Nunmehr ist zu überlegen, welchem Prüfmaßstab das nationale Recht zu unterwerfen ist.

1. Auswirkungen der Keck-Rechtsprechung

a) Verkaufsmodalitäten nach der Keck-Formel

In der unmittelbar nach dem *CMC Motorradcenter*-Urteil ergangenen Entscheidung *Keck und Mithouard*⁵⁴⁾ hat der EuGH eine Änderung der *Dassonville*-Formel vorgenommen. In der Entscheidung heißt es, „die Anwendung nationaler Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, auf Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten [ist] nicht geeignet, den Handel der Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *Dassonville* unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse und der Erzeugnisse aus den anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren.“⁵⁵⁾

45) *Langner*, *RabelsZ* 2001, 229; *von Wilmsky*, *JZ* 1996, 595; *Armbrüster*, *RabelsZ* 1996, 76.

46) *Remien*, *Vertragsrecht* 186ff; *Grundmann*, *Europäisches Schuldvertragsrecht*. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (1999) 51f; *Armbrüster*, *RabelsZ* 1996, 76; *Roth*, *ZEuP* 1994, 31; weitere Nachweise bei *Lurger*, *Grundfragen* 273, FN 844.

47) EuGH 24. 1. 1991, Rs 339/89, *Alsthom Atlantique*, *Slg* 1991, I-107, Rz 15.

48) *Remien*, *ZfRV* 1995, 129.

49) *Mülbert*, *ZfR* 1995, 10.

50) Zum folgenden *Langner*, *RabelsZ* 2001, 229f; *von Wilmsky*, *JZ* 1996, 595; *Steindorff*, *EG-Vertrag* 78f.

51) *Kieninger*, *Wettbewerb* 346ff, folgert daraus freilich nur die Notwendigkeit legislativer Rechtsangleichung.

52) *Langner*, *RabelsZ* 2001, 230.

53) Schlussanträge von *van Gerven*, Rs C-339/89, *Slg* 1991, I-118, Z 8, FN 15.

54) EuGH 24. 11. 1993, Rs C-267 u 268/91, *Keck und Mithouard*, *Slg* 1993, I-6097.

55) EuGH 24. 11. 1993, Rs C-267 u 268/91, *Keck und Mithouard*, *Slg* 1993, I-6097, Rz 16.

Diese *Keck*-Formel macht es erforderlich, bei formal unterschiedslos anwendbaren Maßnahmen zwischen Waren- und Verkaufsmodalitäten zu unterscheiden. Jene unterliegen der Kontrolle durch den EuGH, diese nicht. Die Einordnung des Vertragsrechts in diese Kategorien ist daher von großer Bedeutung.

Der EuGH hat die beiden Begriffe nicht präzise definiert, sondern in *Keck* und der Folgejudikatur immer nur Hinweise zur Abgrenzung gegeben. Wie in der gesamten Grundfreiheiten-Rechtsprechung ist die öffentlich-rechtliche Prägung unübersehbar. Zu den Warenmodalitäten gehören Regelungen über die Bezeichnung einer Ware, ihre Form, ihre Abmessung, ihr Gewicht, ihre Zusammensetzung, ihre Aufmachung, ihre Etikettierung und ihre Verpackung, aber etwa auch Werberegulungen, die zusätzliche Kosten für nationale Sonderverpackungen hervorrufen. Unter die nicht mehr erfassten Verkaufsmodalitäten fallen Regelungen, die die Umstände des Vertriebs der Waren regeln, wie etwa Mindestpreisregelungen oder Vorschriften über Ladenöffnungszeiten. Während Regelungen zu Warenmodalitäten unter die Grundfreiheitenkontrolle fallen, weil sie in jedem Fall die Einfuhr von einem erhöhten Aufwand abhängig machen, gilt das für die Normen über Verkaufsmodalitäten grundsätzlich nur, sofern deren praktische Folgen oder deren Durchführung (mittelbare) Diskriminierungen hervorrufen.

Die Entscheidung wurde ursprünglich von Europäisierungsskeptikern begrüßt.⁵⁶⁾ Mit der *Keck*-Formel habe der EuGH auch im Bereich der Rechtsprechung dem Subsidiaritätsprinzip zum Durchbruch verholfen. Weite Teile des Vertragsrechts seien eher als „Verkaufsmodalitäten“ einzustufen. Ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit sei damit zu verneinen, der zivilrechtlichen Grundrechtskontrolle des EuGH sei also „die Spitze genommen“.

Aufgrund der Folgejudikatur und kritischer Diskussion in der Lehre wurde jedoch bald sichtbar, dass die Unterscheidung in Produkt- und Verkaufsmodalitäten keineswegs trennscharf ist, sondern lediglich eine grobe Kategorisierung ermöglicht.

Wurde zwischenzeitlich sogar vertreten, viele Regelungen des Vertragsrechts seien eher zu den Produktvorschriften zu zählen, weil sie die Leistungspflichten und damit das Produkt gestalteten,⁵⁷⁾ ist heute die Ansicht herrschend,⁵⁸⁾ dass die Kategorisierung in zwei Gruppen mit der Komplexität des Wirtschaftslebens nicht Schritt halten kann. Neben Produkt- und Vertriebsvorschriften gibt es einen dritten Bereich von „Zweifelsfällen“, Regelungen, die weder Produktherstellung oder -aufmachung noch Vertriebsorganisation betreffen. In diese Kategorie, für die *Klauer* den Begriff „Marktverhaltensrecht“⁵⁹⁾ geprägt hat, fällt das Vertragsrecht.

Wie aber mit derartigen Normen zu verfahren ist, darüber sagt die *Keck*-Formel nichts – sie ist als Prüfungsmaßstab für das Vertragsrecht ungeeignet, stößt also zumindest hier an ihre Grenzen, hat aber ganz generell viel Kritik hervorgerufen.⁶⁰⁾ Für die Prüfung der Vereinbarkeit von nationalem Vertragsrecht mit der Warenverkehrsfreiheit müssen also andere Kriterien als die *Keck*-Formel herangezogen werden.⁶¹⁾

b) Alternativen zur *Keck*-Formel

Wird die Anwendbarkeit der *Keck*-Formel auf vertragsrechtliche Normen verneint, muss versucht werden, eine hinter der *Keck*-Formel stehende Konzeption herauszuarbeiten⁶²⁾ oder überhaupt eine andere Konzeption zu schaffen, die sich am Telos der Warenverkehrsfreiheit orientiert.

Klauer schlägt eine „alternative Prüfformel“ vor,⁶³⁾ mit der zur Abgrenzung der Anwendung der Warenverkehrsfreiheit drei Kriterien geprüft werden sollen: 1. Handelt es sich um eine produktbezogene Regelung (entsprechend *Keck*)? 2. Beschränkt die Regelung den Marktzugang?⁶⁴⁾ 3. Zwingt die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen zur Diversifikation? Sobald eines der drei Kriterien erfüllt ist, sei ein Konflikt mit der Warenverkehrsfreiheit zu bejahen. *Klauer* geht also von *Dassonville*- und *Keck*-Rechtsprechung aus, erweitert aber den Kreis der in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheit fallenden Maßnahmen gegenüber *Keck*. Mit dem dritten Kriterium ist gefordert, die Warenverkehrsfreiheitskontrolle immer dann anzuwenden, wenn die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen und ihrer Anforderungen den grenzüberschreitenden Vertrieb oder Erwerb von Waren behindert, dies eben auch dann, wenn die betreffende Norm weder produktbezogen ist noch eine Marktabschottung nach sich zieht.

Klauer's Formel hat den Vorteil, sich nahe an der *Dassonville*- und *Keck*-Rechtsprechung zu halten. Zu bevorzugen ist aber mE das Kriterium der „Spürbarkeit“, das ua von *Fezer*⁶⁵⁾ und *Langner*⁶⁶⁾ in die Diskussion eingeführt wurde. Der Vorschlag kann sich auf andere „inhaltlich [...] sehr konvergente“ Literaturbeiträge,⁶⁷⁾ aber va auf Anklänge in der Grundfreiheiten-

56) *Armbrüster*, *RabelsZ* 1996, 74f; *Remien*, *ZfRV* 1995, 130; *Remien*, *JZ* 1994, 352f. Neuerdings *Remien*, *Vertragsrecht* 195f, 197.

57) *Steindorff*, *EG-Vertrag* 99, 107.

58) *Furrer*, *Zivilrecht* 81; *Langner*, *RabelsZ* 2001, 232ff; *Klauer*, *Europäisierung* 67f, 80f, 83; *Mülbert*, *ZHR* 1995, 2 (18); *aA Franzen*, *Privatrechtsangleichung* 130, 133f, 162. *Pfeiffer*, *Auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht*, *EWS* 2004, 101, formuliert vorsichtig, man müsse „manche Regeln des Zivilrechts“ den bloßen Verkaufsmodalitäten zuordnen.

59) *Klauer*, *Europäisierung* 83.

60) *Schwintowski*, *Freier Warenverkehr im Europäischen Binnenmarkt – eine Fundamentalkritik an der Rechtsprechung des EuGH zu Art 28 EGV*, in *Grundmann*, *Systembildung* 457; *Hammer*, *Handbuch zum freien Warenverkehr – Eine Analyse der Rechtsprechung zu Art 30 EGV vor und nach dem Urteil „Keck und Mithouard“* (1998) 151ff.

61) So auch *Lurger*, *Grundfragen* 256; *von Wilimowsky*, *JZ* 1996, 594. Anders *Remien*, *Vertragsrecht* 198f, 573ff, der eine Fortbildung von *Keck* einmahnt. Nach seiner These könnte man als Leitlinie zwischen Regeln über die Vermarktbarkeit von Leistungen und Regeln über die vertragliche Ausführung der Vermarktung unterscheiden, wobei Letztere als Regeln über bloße Verkaufsmodalitäten zu sehen wären.

62) *Mülbert*, *ZHR* 1995, 18.

63) *Klauer*, *Europäisierung* 96ff, 105f, 437.

64) Das Kriterium der Marktzugangssperre oder -beschränkung wurde in den Schlussanträgen von *van Gerven*, *Rs C-145/88 (Torfaen)*, *Slg* 1989, 3874ff, vorgeschlagen. Mitgliedstaatliche Regelungen greifen dann in die Grundfreiheiten ein, wenn sie zu einer „Aufspaltung des gemeinsamen Marktes“ beitragen, „indem sie den Marktzugang für ausländische Händler und Produkte erschweren“.

65) *Fezer*, *JZ* 1994, 624f.

66) *Langner*, *RabelsZ* 2001, 234ff.

67) *Lurger*, *Grundfragen* 256ff, nennt nicht nur die Schlussanträge des Generalanwalts *van Gerven zu Torfaen*, sondern auch *Steindorff*, *EG-Vertrag* 100ff und *Hödl*, *Die Beurteilung von verkaufsbehindernden Maßnahmen im Europäischen Binnenmarkt* (1997) 137ff, 162, 207f. Vgl. auch *Dubach*, *Der freie Warenverkehr in der neuesten*

Judikatur⁶⁸⁾ stützen – zB führte der EuGH im Urteil *CMC Motorradcenter* aus: „Demnach sind die restriktiven Wirkungen, die von der Aufklärungspflicht auf den freien Warenverkehr ausgehen könnten, zu ungewiss und zu mittelbar, als dass diese Verpflichtung als geeignet angesehen werden könnte, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern.“⁶⁹⁾

Eine Spürbarkeitskontrolle entspräche der vom EuGH mit *Keck* gewünschten Einschränkung der uferlosen Ausdehnung des Begriffs „Maßnahmen gleicher Wirkung“⁷⁰⁾ und würde zudem eine wünschenswerte Parallelwertung zwischen Wettbewerbs- und Warenverkehrsrecht bringen. Definiert wird das Kriterium wie folgt: „Es kommt also darauf an, wie sich eine Regelung auf den zwischenstaatlichen Handel auswirkt. Werden durch sie Belastungen hervorgerufen, die in einem direkten Zusammenhang mit der Einfuhr von Waren stehen und zu einer merklichen Belastung der Tätigkeit eines Warenanbieters führen, liegt eine spürbare Beeinträchtigung vor. Das Kriterium der Spürbarkeit in diesem Sinne bezieht sich nicht auf die Höhe des Schadens eines Warenanbieters, sondern auf das Naheverhältnis der Regelung zu der Belastung. Vorschriften, die in einem nur sehr mittelbaren und vagen Zusammenhang mit der Einfuhr von Waren stehen, gefährden den gemeinsamen Binnenmarkt nicht spürbar.“⁷¹⁾ Eine Prüfung anhand dieses Kriteriums würde nach *Langner* die bloße „Andersartigkeit“ von vertragsrechtlichen Normen und die aus ihnen resultierenden Belastungen tolerieren, weil dort der Zusammenhang zwischen Regelung und Belastung zu dünn sei.

Auch dieser Vorschlag bleibt vage und operiert mit auf einer abstrakten Ebene schwer fassbarer Begriffe. Genau das soll aber gezeigt werden: dass es bei der Grundfreiheitenkontrolle im Bereich des Vertragsrechts „um eine wertende Abwägung im Einzelfall“⁷²⁾ gehen muss. Regelungen, deren Wirkung für eine beschränkende Störung des freien Warenverkehrs innerhalb der Gemeinschaft zu schwach ist, fielen damit aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheitenkontrolle heraus.⁷³⁾

2. Rechtfertigungsgründe

Das Gemeinschaftsrecht kennt die Figur der Rechtfertigung einschränkender Maßnahmen. Gerechtfertigte Behinderungen des freien Verkehrs sind ausnahmsweise zulässig. Es wird unterschieden zwischen der Rechtfertigung nach Art 30 EGV (ex-Art 36) und der Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse. Welche Gründe könnten Verstöße gegen die Warenverkehrsfreiheit durch mitgliedstaatliches Vertragsrecht rechtfertigen?

a) Rechtfertigende Ausnahmen nach Art 30 EGV

Art 30 normiert, dass beschränkende Maßnahmen „aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, zum Schutze der Gesundheit und des Lebens von Menschen, Tieren oder Pflanzen, des nationalen Kulturguts von künstlerischem, geschichtlichem oder archäologischem Wert oder des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sind. Diese Verbote

oder Beschränkungen dürfen jedoch weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen.“

Es wäre denkbar, vertragsrechtliche Regelungen als den Zielen der öffentlichen Ordnung verpflichtet zu sehen. Dient nicht der Vertrag mit allen ihn schützenden Bestimmungen des Zivilrechts der öffentlichen Ordnung? Tatsächlich hat aber der EuGH darauf hingewiesen, dass die Gründe der öffentlichen Ordnung eng zu fassen sind. Es geht um den Schutz staatlicher Interessen von fundamentaler Bedeutung, um die Abwehr schwerer Gefährdungen von gesellschaftlichen Grundinteressen. Was sich der EuGH darunter vorstellt, zeigt die Tatsache, dass zB der Verbraucherschutz nach Ansicht des Gerichtshofs kein Bestandteil der öffentlichen Ordnung ist.⁷⁴⁾

Man mag also anerkennen, dass das Vertragsrecht das grundsätzliche Bestehen wertgeleiteter Entscheidungen eines Mitgliedstaats ermöglicht. Der freie Warenverkehr wird aber nicht durch diese grundlegenden Entscheidungen beschränkt, sondern allenfalls durch die inhaltliche Gestaltung der zugehörigen Normen. Diese inhaltliche Ausgestaltung kann daher nicht vom Zugriff der Grundfreiheitenkontrolle ausgenommen sein. Andernfalls wäre die Befugnis des Mitgliedstaats zur Rechtfertigung überhaupt nicht mehr eingrenzbare.⁷⁵⁾

b) Rechtfertigung durch zwingende Erfordernisse

Die „zwingenden Erfordernisse“ sind ungeschriebene Rechtfertigungsgründe,⁷⁶⁾ die in der Judikatur entwickelt wurden. Der EuGH sprach in der *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung aus, dass eine Maßnahme „bereits dann [gerechtfertigt ist], wenn sie notwendig ist, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insb den Erfordernissen einer wirksamen steuerrechtlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.“⁷⁷⁾ Es handelt sich also um Regelungen, die in einem zwingenden Interesse des Allgemeinwohls liegen. Es handelt sich um einen offenen Begriff, die

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, SZW 1994, 219, 224f.

68) In EuGH 16. 12. 1992, Rs 169/91, *Stoke-on-Trent*, Slg 1992, I-6635, Rz 15 wird zwischen unmittelbarer, mittelbarer oder lediglich hypothetischer Beeinträchtigungen unterschieden; EuGH 7. 3. 1990, Rs 69/88, *Krantz*, Slg 1990, I-583, Rz 11 spricht von einer „ungewissen Gefahr von nur mittelbarer Bedeutung“. Zustimmung zu dieser Tendenz schon *Sack*, EWVS 1994, 40f; 45.

69) EuGH 13. 10. 1993, *CMC Motorradcenter*, Rs C-93/92, Slg 1993, I-5009, Rz 12. Dazu *Fezer*, JZ 1994, 624: „Die Entscheidung „CMC Motorradcenter GmbH“ könnte einen wichtigen Schritt auf dem Weg zu einer solchen allgemeinen Restriktion des Maßnahmeverbots [ie die Berücksichtigung einer Spürbarkeitsgrenze] darstellen.“

70) Ähnlich *Lurger*, Grundfragen 256 (260ff); *Ranacher*, ZfRV 2001, 105, 107.

71) *Langner*, *RabelsZ* 2001, 236.

72) *Langner*, *RabelsZ* 2001, 237; ähnlich *Ranacher*, ZfRV 2001, 105.

73) Ähnlich *Milbert*, ZfHR 1995, 22.

74) EuGH, Rs 177/83, *Kohl*, Slg 1984, 3651, Rz 19.

75) *Langner*, *RabelsZ* 2001, 238f.

76) Nicht verfolgt werden kann hier, ob die „zwingenden Erfordernisse“ tatsächlich Rechtfertigungsgründe oder aber „immanente Schranken“ der Warenverkehrsfreiheit sind.

77) EuGH 20. 2. 1979, *Cassis-de-Dijon*, 649, Rz 9.

Aufzählung der zwingenden Interessen ist nicht abschließend.

Von den bereits vom EuGH anerkannten zwingenden Erfordernissen sind es wohl vor allem Verbraucherschutz und Lauterkeit des Handelsverkehrs – dazu gehört zB die sachgerechte Information des Käufers⁷⁸⁾ –, auf die bestimmte vertragsrechtliche Bestimmungen abzielen.⁷⁹⁾ Darüber hinaus ist angesichts der bisherigen EuGH-Judikatur zum Steuerrecht⁸⁰⁾ denkbar, dass der Kohärenz der Rechtsordnung auch im Bereich des Zivilrechts die Bedeutung eines Schutzziels zugesprochen wird.⁸¹⁾ Gefordert wird auch, Rechtssicherheit und Rechtsfrieden als zwingende Erfordernisse zu akzeptieren.⁸²⁾

Nach der Judikatur des EuGH genügt das Vorliegen zwingender Erfordernisse allerdings noch nicht für die Rechtfertigung einer grundfreiheitswidrigen Abweichung. Zu prüfen ist weiters die Verhältnismäßigkeit der fraglichen Maßnahme. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz soll – als zentrale Figur der EuGH-Rechtsprechung – den Ausgleich zwischen der Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit einerseits und den dadurch geschaffenen Vorteilen für andere geschützte Rechtsgüter andererseits schaffen. Die Prüfung der Verhältnismäßigkeit erfolgt dreistufig nach den Kriterien der Geeignetheit, der Erforderlichkeit und der Angemessenheit. Die Verhältnismäßigkeitskontrolle dient letztlich der Beantwortung der Frage, ob zum Ausgleich eines bestehenden Interessengegensatzes eine „vernünftige Lösung“ gefunden wurde.⁸³⁾

Nach richtiger Ansicht⁸⁴⁾ sind es daher die in gerichtlicher Auslegung entwickelten Rechtfertigungsgründe, die das geeignete Werkzeug darstellen, um Anliegen des nationalen Vertragsrechts zu schützen, die bei einer Überprüfung am Maßstab der Grundfreiheiten zu kurz kämen. „Es geht lediglich darum, überschießende Regelungen im Privatrecht der Mitgliedstaaten zu beseitigen, die zur Behinderung des grenzüberschreitenden Verkehrs führen, ohne dass überzeugende Gründe für ihre Notwendigkeit sprechen.“⁸⁵⁾

Der überwiegende Teil vertragsrechtlicher Regelungen wird daher im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung als gerechtfertigt anzusehen sein.⁸⁶⁾

Trotz der offensichtlich geringen praktischen Relevanz der Grundfreiheitenkontrolle des Vertragsrechts ist diese dennoch prinzipiell zu befürworten. Die Verhältnismäßigkeitskontrolle durch den EuGH ist gut geeignet, der Komplexität des Wirtschaftslebens, die sich im Vertragsrecht widerspiegelt, gerecht zu werden und wertende Lösungen für den Einzelfall zu ermöglichen. Hingegen fehlen überzeugende Abgrenzungskriterien für Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten. Eine Überprüfung des nationalen Vertragsrechts anhand der Grundfreiheiten kann vielleicht sogar die Systematik des mitgliedstaatlichen Rechts bereichern und „positive Richtungsvorgaben“ für Auslegung und Fortbildung des Rechts „im Dienste der Marktintegration“ liefern.⁸⁷⁾ Vielleicht wird es dem EuGH sogar möglich sein, aufgrund in ständiger Rechtsprechung von ihm entwickelter Regelungsmuster und Grundprinzipien schrittweise ein tragfähiges Gesamtkonzept für gemeinschaftsrechtlich geprägtes Zivilrecht vorzubereiten. Damit würde der Gerichtshof einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung eines „Europäischen Privatrechts“, das der „Logik des Privatrechts“ und der „Logik der Integration“ gleichermaßen verpflichtet ist. Auch eine Entscheidung, die zwar eine Behinderung des Binnenmarkts konstatiert, diese allerdings für gerechtfertigt erklärt, hat wichtige Signalfunktion für allfällige legislative Harmonisierungsbestrebungen.

78) EuGH 26. 11. 1985, Rs 182/84, Miro, Slg 1985, 3731.

79) Langner, RabelsZ 2001, 239f.

80) EuGH 14. 2. 1995, Rs 279/93, Schumacker, Slg 1995, I-225; EuGH 28. 1. 1992, Rs 204/90, Bachmann, Slg 1992, I-249.

81) Langner, RabelsZ 2001, 240; Klauer, Europäisierung 72; Steindorff, EG-Vertrag 86f.

82) Langner, RabelsZ 2001, 239.

83) Klauer, Europäisierung 72.

84) Pfeiffer, EWS 2004, 101; Lurger, Grundfragen 261f, 276f, 280f; Schwartze, Die Europäisierung des Privatrechts am Beispiel des Kaufrechts, in Martiny/Witzleb, Wege 47; Klauer, Europäisierung 73f; von Wilimowsky, JZ 1996, 596.

85) Klauer, Europäisierung 72.

86) Lurger, Grundfragen 262, 276; Langner, RabelsZ 2001, 241 ff; Leible in Martiny/Witzleb, Wege 70; Klauer, Europäisierung 73.

87) Schmid, ZfRV 1999, 214.

→ In Kürze

Nationales Vertragsrecht fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Warenverkehrsfreiheitskontrolle des Europäischen Binnenmarkts. Der EuGH ist zuständig, nationales Vertragsrecht auf seine Übereinstimmung mit den Prinzipien des Binnenmarkts zu prüfen.

Nicht nur zwingende Vorschriften nationalen Rechts sind Prüfungsgegenstand. Auch dispositive Normen können der Warenverkehrsfreiheit widersprechen.

Die kollisionsrechtlich vorgesehene Möglichkeit einer Rechtswahl ändert nichts daran, dass das nationale Vertragsrecht den Erfordernissen des Binnenmarktes entsprechen muss.

Die Keck-Formel ist als Prüfungsmaßstab für die Anwendung der Warenverkehrsfreiheitskontrolle auf nationales Vertragsrecht untauglich. Zu befürworten ist, auch hier das Spürbarkeitskriterium heranzuziehen, das sich schon bisher in der EuGH-Judikatur findet.

Ohnehin werden aber die meisten vertragsrechtlichen Normen gerechtfertigte Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit sein. Die Feststellung einer Beschränkung des freien Warenverkehrs hat dennoch wichtige Signalfunktion.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Der Verfasser, Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, war bis September 2004 Rechtsanwaltsanwärter in der Rechtsanwaltskanzlei Foglar-Deinhardstein & Brandstätter und ist derzeit Student am King's College London.

Der Aufsatz stellt die überarbeitete Fassung einer Seminararbeit vom Jänner 2003 bei Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt LL.M. und Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer dar.

