JAN D. LÜTTRINGHAUS

Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht
120

Mohr Siebeck

Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht

120

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann

Jan D. Lüttringhaus

Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung im Europäischen Binnenmarkt

Die Verbürgung und Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit im Zusammenspiel von EU-Privatrecht, BGB und ZPO

Mohr Siebeck

Jan D. Lüttringhaus, geboren 1980; Studium der Rechtswissenschaft in Passau, Aix-en-Provence, Bonn, New York; 2009 Promotion; 2011 Otto-Hahn-Medaille der Max-Planck-Gesellschaft; 2017 Habilitation; 2007–09 Assistent sowie seit 2011 Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht und Lehrbeauftragter an der Universität Hamburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-155766-8
ISBN 978-3-16-155765-1
ISSN 0340-6709 (Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

„Die Jungfer Europa ist verlobt
Mit dem schönen Geniusse
Der Freiheit, sie liegen einander im Arm,
Sie schwelgen im ersten Kusse“.

Heinrich Heine, Deutschland.
Ein Wintermärchen (1844), Vers 60

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Habilitationsschrift angenommen. Das Manuskript ist auf dem Stand von September 2017.

Mein tiefempfundener Dank gilt meinem Habilitationsbetreuer und langjährigen Förderer, Herrn *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow,* der am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht optimale Rahmenbedingungen für die Entfaltung akademischer Freiheit geschaffen hat. In diesem Umfeld war es ebenso naheliegend wie erfüllend, die Rolle und die Funktionsbedingungen einer anderen Freiheit zu erforschen. Mein herzlicher Dank gilt Herrn *Prof. Dr. Peter Mankowski* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Von Herzen danke ich Herrn *Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel,* der mir gerade in Zeiten der Ungewissheit immer mit wertvollem Rat und aufmunternden Worten zur Seite stand.

Großer Dank gebührt allen Freunden und Kollegen, mit denen ich das Vergnügen hatte, ein Stück des Weges in die Wissenschaft gemeinsam gehen zu dürfen. Unter den zahlreichen Wegbegleitern möchte ich nur einige wenige nennen, die sich durch ihre Diskussionsfreunde besonders um die Vertragsfreiheit im Binnenmarkt verdient gemacht haben: *Dr. Konrad Duden, Prof. Dr. Anatol Dutta, PD Dr. Matteo Fornasier, Dr. Samuel Fulli-Lemaire, Dr. Tobias Gauer, Jakob Gleim, Prof. Dr. Christian Heinze, Eike Hosemann, Dr. Stefan Korch, PD Dr. Rainer Kulms, Brooke Marshall, Dr. Friedrich Rosenfeld, Prof. Dr. Hannes Rösler, Cara Warmuth, Dr. Johannes Weber* und *Dr. Denise Wiedemann*.

Dem Max-Planck-Institut und seinen Direktoren schulde ich Dank für die Übernahme der Druckkosten und für die Aufnahme der Arbeit in die „Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht“.

Für die Unterstützung bei der Fertigstellung des Manuskripts danke ich sehr herzlich *Janina Jentz, Dr. Christian Eckl, Theresa Richter* und *Cara Warmuth*. Ohne sie hätte diese Arbeit niemals so zeitnah erscheinen können.

Das Werk widme ich meiner Familie, die durch ihre Liebe und bedingungslose Unterstützung das Fundament gelegt hat, auf dem diese Arbeit ruht.

Hamburg, im November 2017 *Jan D. Lüttringhaus*

Inhaltsübersicht

Vorwort VII
Inhaltsverzeichnis XI
Abkürzungsverzeichnis XXIX

Einleitung 1

Erster Teil – Grundlegung der Vertragsfreiheit im Unionsrecht 29

Kapitel 1 – Ausgangsbedingungen und Legitimation unionaler Vertragsfreiheit 31
Kapitel 2 – Unionale Vertragsfreiheit als Mehrebenenphänomen 93

Zweiter Teil – Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung als Richtschnur des Schuldvertragsrechts der EU und ihrer Mitgliedstaaten 251

Kapitel 3 – Privatrechtswirkungen und Funktionsmodell unionaler Vertragsfreiheit 253
Kapitel 4 – Materialisierung der Vertragsfreiheit durch Unionsrecht 323
Kapitel 5 – Indienstnahme des BGB zur Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit 395
Kapitel 6 – Materialisierung durch Zivilprozessrecht 459
Kapitel 7 – Kompass- und Schrankenfunktion der Vertragsfreiheit 527

Zwölf Thesen zur Vertragsfreiheit im Binnenmarkt 621

Literaturverzeichnis 635
Verzeichnis wichtiger Entscheidungen 671
Sachverzeichnis 675

Inhaltsverzeichnis

Vorwort VII
Inhaltsübersicht IX
Abkürzungsverzeichnis XXIX

Einleitung

A. Ausgangslage und Anlass der Untersuchung 1
I. Hypotrophie der Vertragsfreiheit im Unionsrecht 2
II. Orientierungsarmut und interventionistische Tendenzen des Unionsprivatrechts 4
III. Zurückdrängung mitgliedstaatlicher Garantien der Vertragsfreiheit durch Unionsprivatrecht 7
1. Unionsgrundrechte überlagern nationale Freiheitsrechte 7
2. Vorrang unionsprivatrechtlicher Rechtsgrundsätze 10
IV. Einseitige Konstitutionalisierung des Unionsprivatrechts 12
V. Zwischenfazit: Vertragsfreiheit als Leitlinie und Selbstbehauptungsinstrument des Privatrechts 15
B. Forschungslücke, Gegenstand und Ansatz der Untersuchung 16
I. Forschungsstand: Insulare und diffuse Gewährleistung 16
II. Ausgangshypothesen zur Verbürgung und Materialisierung der Vertragsfreiheit 18
1. Doppelköpfigkeit der Vertragsfreiheit im geltenden Unionsrecht 18
2. Materialisierung durch Unionsprivatrecht, BGB und ZPO 19
III. Methodik und Bezugsrahmen 20
1. Unionsrechtsimmanente, rechtsaktsübergreifende und rechtsvergleichende Untersuchung 21
2. Unionale Vertragsfreiheit in drei Schwerpunktbereichen 22
3. BGB und bürgerlich-rechtliche Dogmatik als Referenzrahmen 25
C. Gang der Darstellung entlang sieben Erkenntniszielen 26

Erster Teil

Grundlegung der Vertragsfreiheit im Unionsrecht

29

Kapitel 1 – Ausgangsbedingungen und Legitimation unionaler Vertragsfreiheit 31

§ 1 Ideengeschichte der Vertragsfreiheit und Entwicklung des Unionsrechts 31

A. Triebkräfte vom römischen Recht bis in das 18. Jahrhundert 33
   I. Römisches Recht 33
   II. Römisch-kanonisches Recht 35
   III. Von Naturrechtslehre und Aufklärung bis zur klassischen Ökonomie 37
B. Verabsolutierung und Kritik im 19. und 20. Jahrhundert 40
   I. Vertragsfreiheit auf dem Scheitelpunkt? 41
   II. Bedrohung der Vertragsfreiheit durch wirtschaftliche Macht 43
   III. „Soziale Aufgabe“ und „Krise“ des Vertragsrechts 45
C. Ausgangsbasis und Herausforderungen im Unionsrecht 48

§ 2 Vertragsfreiheit und Wirtschaftsverfassung der Union 51

A. Begriff und Gestalt der EU-Wirtschaftsverfassung 51
B. Verhältnis zur Vertragsfreiheit und zu ihren Funktionsvoraussetzungen 53
C. Fazit 55

§ 3 Selbstbestimmung und Vertrag als unionsrechtliche Kategorien 56

A. Prämisse der Selbstbestimmungsfreiheit und Selbstverantwortung 57
B. Vertragsbegriff des Unionsrechts 63
   I. Unionsrechtsimmanente Begriffsbildung 64
      1. Vertragsbegriff des Sekundärrechts 65
         a) Internationales Unionsprivatrecht 65
         b) Materielles Unionsprivatrecht 70
      2. Vertragsbegriff des Primärrechts 76
         a) Art. 101 AEUV 76
         b) Art. 340 Abs. 1 AEUV 80
         c) Art. 272 AEUV 82
      3. Zwischenfazit 83

II. Rechtsvergleichendes Spektrum der Vertragsbegriffe 84
1. Minimalkonsens der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen 84
2. Ausklammerung von „Seriositätsindizien“.....85
3. Kein Erfordernis der Schadensersatzbewehrung 88
III. Ertrag 89
C. Summe des ersten Kapitels 90

Kapitel 2 – Unionale Vertragsfreiheit als Mehrebenenphänomen.....93

§ 1 Lückenhafter Schutz und Postulat umfassender Vertragsfreiheit.....93

A. Lückenhafte Gewährleistung im geschriebenen Primärrecht.....94
I. Wirtschaftsverfassung und Grundfreiheiten 94
1. Keine subjektiv-rechtliche Garantie durch Art. 119 Abs. 1 AEUV.....94
2. Keine umfassende Gewährleistung durch die Grundfreiheiten 96
a) Begrenzung auf Binnenmarktsachverhalte 96
b) Beschränkungen sind regelmäßig „zu ungewiss und zu mittelbar“.....98
c) Grundfreiheiten als Schranken der Vertragsfreiheit.....99
II. Insularer Schutz durch kodifizierte Unionsgrundrechte 101
1. Keine Anbindung an Menschenwürde oder Handlungsfreiheit 103
2. Nur kontextspezifischer Schutz der Vertragsfreiheit in der GRCh 107
a) Recht auf Eigentum nach Art. 17 GRCh 107
b) Unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 GRCh 108
III. Zwischenfazit und Kritik.....110
B. Fazit 111
C. Postulat umfassender Vertragsfreiheit im Unionsrecht 113
I. Sieben anerkannte Facetten unionaler Vertragsfreiheit.....114
1. Abschluss- und Vertragspartnerwahlfreiheit 114
2. Inhaltsfreiheit 117
3. Typenfreiheit 121
4. Änderungsfreiheit 122
5. Aufhebungsfreiheit 124
6. Formfreiheit.....125
7. Parteiautonomie 126
II. Beschränkung als implizite Anerkennung der Vertragsfreiheit.....129
1. Abschluss- und Vertragspartnerwahlfreiheit 130

2. Inhaltsfreiheit 136
3. Typenfreiheit 142
4. Änderungsfreiheit 143
5. Aufhebungsfreiheit 145
6. Formfreiheit 146
7. Parteiautonomie 148

§ 2 Vertragsfreiheit als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts 150

A. Allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsrechts 150
I. Arten und Funktionen 151
1. Allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsprivatrechts 152
2. Allgemeine Grundsätze i.S.d. Art. 6 Abs. 3 EUV 158
II. Induktive Gewinnung allgemeiner Rechtsgrundsätze 161
1. Zweistufiges Begründungsverfahren 161
2. Unionsrechtsimmanente Betrachtung 162
3. Rechtsvergleichung und Völkerrecht 163
III. Zwischenfazit 165
B. Unionsrechtsimmanente, völkerrechtliche und rechtsvergleichende Bestandsaufnahme 167
I. Unionsrechtsimmanente Betrachtung 167
1. Unionsprivatrecht 167
2. Grundrechtliche Verbürgung 168
II. Umschau in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen 171
1. Frankreich 171
a) Allgemeiner Grundsatz des Privatrechts 171
b) Grund- und verfassungsrechtliche Verbürgung 172
2. Deutschland 175
a) Allgemeiner Grundsatz des Privatrechts 175
b) Grund- und verfassungsrechtliche Verbürgung 175
3. Belgien 176
a) Allgemeiner Grundsatz des Privatrechts 176
b) Grund- und verfassungsrechtliche Verbürgung 177
4. Österreich 178
a) Allgemeiner Grundsatz des Privatrechts 178
b) Grund- und verfassungsrechtliche Verbürgung 178
5. Vereinigtes Königreich 180
a) Allgemeiner Grundsatz des Privatrechts 180
b) Grund- und verfassungsrechtliche Verbürgung 181
6. Spanien 183
a) Allgemeiner Grundsatz des Privatrechts 183
b) Grund- und verfassungsrechtliche Verbürgung 184

7. Portugal 185
a) Allgemeiner Grundsatz des Privatrechts 185
b) Grund- und verfassungsrechtliche Verbürgung 185
8. Italien 187
a) Allgemeiner Grundsatz des Privatrechts 187
b) Grund- und verfassungsrechtliche Verbürgung 187
9. Ungarn 188
a) Allgemeiner Grundsatz des Privatrechts 188
b) Grund- und verfassungsrechtliche Verbürgung 188
10. Polen 189
a) Allgemeiner Grundsatz des Privatrechts 189
b) Grund- und verfassungsrechtliche Verbürgung 190
11. Litauen 190
a) Allgemeiner Grundsatz des Privatrechts 190
b) Grund- und verfassungsrechtliche Verbürgung 191
12. Schweden 192
a) Allgemeiner Grundsatz des Privatrechts 192
b) Grund- und verfassungsrechtliche Verbürgung 192
III. Verankerung der Vertragsfreiheit im Völkerrecht 193
1. Allgemeiner völkervertragsrechtlicher Grundsatz 193
2. Vertragsfreiheit als Grundprinzip privatrechtsrelevanter völkerrechtlicher Abkommen 194
3. Grundrechtliche Dimension völkerrechtlicher Abkommen 196
C. Vertragsfreiheit als Grundsatz des Unionsprivatrechts und Unionsgrundrecht i.S.d. Art. 6 Abs. 3 EUV 197
I. Unionsprivatrechtlicher Rechtsgrundsatz 197
II. Vertragsfreiheit als Grundrecht im Sinne des Art. 6 Abs. 3 EUV 199
III. Fazit 201

§ 3 Gewährleistungsgehalt unionaler Vertragsfreiheit 202

A. Inhalt 203
I. Autonomer Schutzbereich 203
II. Gegenstand, Gehalt und Kernbereich unionaler Vertragsfreiheit 206
1. Entscheidung über den Vertragsschluss und Vertragspartnerwahl 207
2. Bestimmung der *essentialia negotii* 209
3. Wesensgehalt, Funktionsbestimmung und Menschenwürdekern 214
III. Abwägung und Beschränkbarkeit 216
1. Grundrechtliche Schrankensystematik 216

a) Erfordernis einer Rechtsgrundlage 217
b) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 218
c) Wahrung des Wesensgehalts 221
2. Abwägung unionsprivatrechtlicher Grundsätze 223
3. Ergebnis 224
B. Anwendungsbereich 226
I. Persönlicher Anwendungsbereich: Jedermanns(grund)recht 226
II. Unionsgrundrechtliche Bindung der EU und ihrer Mitgliedstaaten 227
1. Durchführung des Unionsrechts 227
2. Erweiterungen des „Anwendungsbereichs" des Unionsrechts und der EU-Grundrechte 229
a) Vertragsfreiheit als Schranke und „Schranken-Schranke" bei Verkürzungen der Verkehrsfreiheiten 233
b) Ausdehnung des Anwendungsbereichs durch den Effektivitätsgrundsatz 236
c) Bindung an die unionale und Überlagerung der nationalen Vertragsfreiheit im Schuldvertragsrecht 240
aa) Einheitlicher Schutzgegenstand und unteilbare Vertragsfreiheit 240
bb) Grundsätzlicher Vorrang unionaler Vertragsfreiheit 243
III. Wirkbereich als privatrechtlicher Rechtsgrundsatz 245
C. Summe des zweiten Kapitels 247

Zweiter Teil

Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung als Richtschnur des Schuldvertragsrechts der EU und ihrer Mitgliedstaaten

251

Kapitel 3 – Privatrechtswirkungen und Funktionsmodell unionaler Vertragsfreiheit 253

§ 1 Einwirkungsachsen im Privatrecht der EU und ihrer Mitgliedstaaten 253

A. Privatrechtswirkungen der Vertragsfreiheit als Unionsgrundrecht 254
I. Autarkie und Grundrechtsbindung des Privatrechts 255
II. Unionsgrundrechtliche Triebfedern der Privatrechtswirkung 258
1. Abwehrgrundrecht 258

2. Schutzpflichtdimensionen unionaler Vertragsfreiheit 259
3. Grundrechtsnotwendige Institutionen und objektiv-rechtliche Dimension 261
III. Methodische Einwirkungsebenen 263
1. Ausgestaltungsvorgaben bei der Rechtsetzung 264
2. Durch Vorlageverpflichtung flankierte unionsgrundrechtskonforme Auslegung und Rechtsanwendung 265
3. Mittelbare horizontale Drittwirkung in Privatrechtsbeziehungen 269
B. Privatrechtswirksamkeit der Vertragsfreiheit als Rechtsgrundsatz 272
I. Prinzipiengeleitete Auslegung und Rechtsfortbildung 273
II. Ausgleich mit gegenläufigen Prinzipien und der „prima facie-Vorrang des Prinzips der rechtlichen Freiheit“ im Unionsrecht 275
C. Multidimensionalität der Privatrechtswirkungen 279
I. Privatrechtlicher Rechtsgrundsatz und Unionsgrundrecht 279
II. Interaktion individual-rechtlicher und binnenmarktbezogener Vertragsfreiheit 280

§ 2 Vertragsfreiheit als Begründung und Begrenzung der Vertragsbindung 283

A. *Pacta sunt servanda* im Unionsprivatrecht 283
I. Vertragsfreiheit als Fundament von Vertragstreue und -bindung 285
II. Leistungstreue als zentrales Element 287
1. Verbrauchervertragsrecht und Leistungstreue 287
2. Leistungs- und Zahlungstreue im Wirtschaftsvertragsrecht 289
III. Zwischenfazit 291
B. Personale Relativität vertraglicher Schuldverhältnisse 291
I. Grundsatz der Relativität im Unionsrecht 291
II. Verbot von Verträgen zulasten Dritter 294
III. Verträge zugunsten Dritter und unionale Vertragsfreiheit 298
C. Ergebnis 301

§ 3 Vertrags- und Marktmechanismus als prozedurales Funktionsmodell 302

A. Freiheitsverwirklichung durch den Vertrags- und Marktmechanismus 303
I. Prozedurale Freiheitsentfaltung durch den Vertragsmechanismus 305
II. Markt- und wettbewerbsgestütztes Funktionsmodell 308
B. Richtigkeitsgewähr des Vertrags- und Wettbewerbsmechanismus 311

I. Vertragsmechanismus und Richtigkeitsvermutung 312
II. Wettbewerbsmechanismus und Richtigkeitsvermutung 316
C. Summe des dritten Kapitels 320

Kapitel 4 – Materialisierung der Vertragsfreiheit durch Unionsrecht 323

§ 1 Begriff, Gegenstand und Ziel der Materialisierung 324

A. Evolution des Materialisierungsverständnisses und seiner Bezugspunkte 325
I. „Sozialmodell“ und „soziale Gerechtigkeit“ 328
II. Rückanbindung an die Vertragsfreiheit im Unionsrecht 329
B. Werthaltige Selbstbestimmungschancen als Ziel und Schutzpflichten als Antrieb 331
I. Gewährleistung tatsächlicher Selbstbestimmungschancen 331
II. Schutzpflichtendimension der Vertragsfreiheit als Triebfeder 334
III. Materialisierung *ex ante* und *ex post* 337
C. Zwischenfazit 338

§ 2 Marktkonstitutive und wettbewerbsschützende Materialisierungsinstrumente des Wirtschaftsrechts 338

A. Kartellrecht 340
B. Lauterkeitsrecht 341
C. Zwischenfazit 344

§ 3 Materialisierung durch Unionsprivatrecht 346

A. Informationsmodell 347
I. Elemente und Funktionen 347
1. Informations-, Transparenz- und Formanforderungen 348
2. Markt- und vertragsfreiheitsermöglichende Funktion im gesamten EU-Schuldvertragsrecht 351
II. Ausrichtung und Systematisierung anhand der unionalen Vertragsfreiheit 353
III. Grenzen der Materialisierung durch das Informationsmodell 356
B. Restriktionen der Vertragsschlussmodalitäten 358
C. Diskriminierungsverbote und Kontrahierungszwänge 360
I. Binnenmarkt- und wettbewerbsbezogene Diskriminierungsverbote 361
1. Primärrechtliche Verbote 361
a) Wettbewerbsrecht 361

b) Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit.....362
2. Dienstleistungsrichtlinie 363
3. Konvergenz der Diskriminierungsverbote im Bereich der Staatsangehörigkeit? 364
II. Gesellschaftspolitische Diskriminierungsverbote 365
III. Binnenmarkt- und wettbewerbsbezogene Kontrahierungszwänge.....367
IV. Gesellschaftspolitische Kontrahierungszwänge 369
D. Klauselkontrolle 370
I. Inhaltskontrolle 371
1. Materialisierung negativer Vertragsfreiheit.....372
2. Erhaltung positiver Vertragsinhaltsfreiheit bezüglich des angestrebten Äquivalenzverhältnisses.....373
3. Unionsrechtlich-autonome und nationale Maßstabbildung.....374
a) Leitbildfunktion dispositiven Rechts.....375
b) Herausbildung unionsrechtliche-autonomer Maßstäbe 377
aa) Hypothetischer Vertragsmechanismus 377
bb) Wertungen des Anhangs zur Klauselrichtlinie 378
c) Zwischenfazit 380
II. Transparenzkontrolle und „Markttransparenzgebot“ 380
E. Zwingendes Vertragsrecht und Unwirksamkeitstatbestände.....383
F. Materialisierung durch Aktualisierung der Vertragsfreiheit 384
I. Vertragsbeseitigungsrechte 385
II. Höchstbindungsdauern im Verbraucher-, Finanzdienstleistungs- und Wirtschaftsvertragsrecht.....388
G. Summe des vierten Kapitels 392

Kapitel 5 – Indienstnahme des BGB zur Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit.....395

§ 1 Einwirkungsebenen des unionalen Materialisierungsgebots 395

A. Effektivitätsgrundsatz als Einfallstor 396
I. Wirksamkeitsorientierte Auslegung und Äquivalenz- sowie Effektivitätsgrundsatz 397
II. Erweiterungen der unionsgrundrechtskonformen Interpretation durch *effet utile* und Äquivalenz- sowie Effektivitätsgrundsatz 399
B. Vertragsfreiheit als unionsgrundrechtliche Triebfeder der Materialisierung 400
I. Gebot äquivalenter und effektiver Entfaltung unionaler Vertragsfreiheit im nationalen Privat- und Zivilprozessrecht.....400

II. Erfüllung unionsgrundrechtlicher Schutzpflichten durch mitgliedstaatliches Privatrecht 402
C. Zwischenfazit 403

§ 2 Interaktion der Materialisierungsinstrumente des BGB und des EU-Privatrechts 404

A. Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB 404
I. Konflikte mit Materialisierungsinstrumenten des Unionsprivatrechts 406
1. Anfechtung und Diskriminierungsschutz im Schuldvertragsrecht 406
2. Unternehmerseitige Anfechtung und Verbraucherwiderruf 408
a) Lösung im Lichte des *effet utile* 408
b) Kipp'sche „Doppelwirkung im Recht": Widerruf des gemäß § 142 BGB nichtigen Vertrags 409
c) Einschränkungen bei arglistiger Täuschung durch den Verbraucher 411
3. Zwischenfazit 413
II. Koexistenz bei gleicher Zielsetzung unionaler und nationaler Instrumente 413
1. Grundsatz elektiver Konkurrenz 414
2. Fortbestand des Vertragsbeseitigungsrechts mangels Belehrung 415
3. Rechtssicherheit, Vertrauensschutz und Verbot des Rechtsmissbrauchs als Schranken 416
III. Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit durch §§ 119, 123 BGB 418
1. Vertragsschlussrelevante Informationspflichten 418
2. Inhalts- und Erklärungsirrtum im Kontext der E-Commerce-Richtlinie 421
3. Anwendungsbeispiele aus dem Finanzdienstleistungs- und Verbrauchervertragsrecht 422
B. *Culpa in contrahendo* 424
I. Voraussetzungen der Inanspruchnahme des § 311 Abs. 2 BGB als Materialisierungsinstrument 425
II. Anordnung vorvertraglicher Informationshaftung bei Versicherungsverträgen und Kapitalanlageprodukten 426
III. *Culpa in contrahendo* als Sanktion von Verstößen gegen die Bonitätsprüfungspflicht im Verbraucherkreditvertragsrecht 428
1. Verletzung der Bonitätsprüfungspflicht und ihre Folgen 429
2. Unionsrechtliche Vorgaben mit Blick auf § 311 Abs. 2 BGB 430

IV. Informationshaftung im allgemeinen Verbrauchervertragsrecht 433
1. Kategorien vertragsentschlussrelevanter Informationspflichten 433
2. Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz sowie Einwirkung unionaler Vertragsfreiheit 434
3. Keine Kompensation durch andere privatrechtliche Instrumente 435
V. Information über Verbraucherwiderrufsrecht als Sonderfall 436
C. §§ 138, 242 BGB als Generalklauseln des Bürgerlichen Rechts 438
I. Unionsrechtsoffenheit der Generalklauseln des BGB 438
1. Berücksichtigung im Geltungsbereich des Unionsrechts 439
2. Heranziehung als Werteordnung jenseits des Anwendungsbereichs des EU-Rechts 441
II. Sittenwidriges Rechtsgeschäft und Wucher i.S.d. § 138 BGB 443
1. Unionale Vertragsfreiheit und „Bürgschaftsfälle“ 443
a) Bürgschaftsverträge im Anwendungsbereich des Unionsrechts 443
b) Unionale Vertragsfreiheit als Maßstab i.R.d. § 138 Abs. 1 BGB 446
2. Kein genereller Vorrang der Materialisierungsinstrumente des Unionsprivatrechts vor § 138 BGB 447
III. § 242 BGB als Ergänzung unionaler Materialisierungsinstrumente 449

§ 3 Das BGB im hybriden Materialisierungssystem des Unionsprivatrechts 452

A. Komplementarität der Materialisierungsinstrumente 452
I. Determinanten des unionsprivatrechtlichen Materialisierungssystems 452
II. Drei Funktionen des Bürgerlichen Rechts 454
1. Unionsprivatrechtsakzessorische Ergänzung 454
2. Teilautonomes Materialisierungsinstrument 454
3. Unionsgrundrechtsoffene Auffangordnung 455
B. Summe des fünften Kapitels 456

Kapitel 6 – Materialisierung durch Zivilprozessrecht 459

§ 1 Triebkräfte und Ziele der verfahrensrechtlichen Dimension der Materialisierung 461

A. Zwei zentrale Einfallstore unionsrechtlicher Wertungen 462

B. Verwirklichung unionaler Vertragsfreiheit durch nationales Prozessrecht 463
I. Pflicht zur zivilprozessualen Durchsetzung unionsrechtlich determinierter Verträge 463
II. Kompensation fehlender rechtsgeschäftlicher Selbstbestimmungschancen 465

§ 2 Materialisierungstendenzen und Prozessmaximen der ZPO 467

A. Unionsrechtliche Anerkennung von Dispositions-, Verhandlungs- und Beschleunigungsgrundsatz 467
I. Dispositionsmaxime und Antragsgrundsatz als „Vertragsfreiheit im Prozess“ 468
II. Verhandlungsgrundsatz 469
III. Konzentrations- und Beschleunigungsgrundsatz 470
B. Unionsrechtliche Überlagerung der Prozessmaximen in Verfahren mit Verbraucherbeteiligung 470
I. Durchbrechung des Dispositions- und Antragsgrundsatzes: Anwendung der Materialisierungsinstrumente von Amts wegen 471
1. Drohende Erosion des Antragsgrundsatzes zugunsten einer Legalitätskontrolle anhand des EU-Verbrauchervertragsrechts 472
2. Sachgerechte Eingrenzung durch den Streitgegenstand 475
3. Verwirklichung des Effektivitätsgrundsatzes sowie unionsgrundrechtlicher Schutzpflichten über § 139 ZPO 476
II. Partielle Abkehr vom Verhandlungs- und Hinwendung zum Untersuchungsgrundsatz 479
1. Unionsrechtliche determinierte Untersuchungsmaxime 479
2. Umsetzung im Rahmen der ZPO 481
a) Materielle Prozessleitung nach §§ 139 ff. ZPO 481
b) Anordnung der Urkundsvorlage nach § 142 ZPO 482
c) Inaugenscheinnahme von Amts wegen nach § 144 ZPO 484
3. Reichweite und Folgefragen der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes 485
III. Einfluss auf den Konzentrations- und Beschleunigungsgrundsatz 487
1. Präklusion nach § 296 ZPO 487
2. Tatsachenerfassung und -bewertung im Rechtsmittelverfahren 488
C. Sicherung der kontradiktorischen Verfahrensgestaltung 490
I. Unionsrechtlich gebotene Hinweis-, Kenntnisnahme- und Erörterungspflichten 490
II. Einpassung in das System der deutschen ZPO 491

§ 3 Zwangsvollstreckungsrecht im Bannkreis unionaler Materialisierungsvorgaben 493

A. § 767 Abs. 2, § 796 Abs. 2 ZPO und die Ausübung unionsprivatrechtlicher Gestaltungsrechte 494
B. Keine umfassende Korrektur über das Zwangsvollstreckungsverfahren 498
I. Vorrang der Materialisierung im Erkenntnisverfahren und Schutz der Rechtskraft 498
II. Voraussetzungen und Instrumente der subsidiären Materialisierung durch Zwangsvollstreckungsrecht 500
C. Zwischenergebnis 501

§ 4 Mahnverfahren und Materialisierung 503

A. Amtswegige Prüfung des EU-Verbrauchervertragsrechts 504
B. Kein Untersuchungsgrundsatz im Mahnverfahren 505
C. Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben bei Mahnverfahren 508
I. Lösungsmöglichkeiten vor Titelschaffung 509
1. Mahnverfahrenssperre für Verbrauchersachen analog § 688 Abs. 2 Nr. 1 ZPO 509
2. Herausnahme der Verbraucherfälle aus dem automatisierten Mahnverfahren? 510
II. Nachgelagerte Kontrolle über § 767, § 796 Abs. 2 ZPO und § 826 BGB 511
III. Zwischenergebnis 514

§ 5 Zivilprozessrecht als Baustein des unionalen Materialisierungssystems 515

A. Funktion und Entwicklungstendenzen der Materialisierung durch Zivilverfahrensrecht 516
I. Ineinandergreifen materiellrechtlicher und prozessualer Materialisierungsinstrumente 516
1. Durchsetzung privatrechtlicher Materialisierungsinstrumente 516
2. Zivilprozessrecht als mehrstufige Auffangordnung 517
II. Materialisierung duch Zivilprozessrecht im Antidiskriminierungs- und Finanzdienstleistungsvertragsrecht 519
1. Antidiskriminierungsrecht 519
2. Versicherungsvertragsrecht 521
B. Summe des sechsten Kapitels 523

Kapitel 7 – Kompass- und Schrankenfunktion der Vertragsfreiheit 527

§ 1 Vertragsfreiheit als Leitprinzip und Schranke des unionalen Materialisierungssystems 528

A. Grenzen der Materialisierungsinstrumente 528
I. Vertrags- und Wettbewerbsmechanismus als Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsmaßstab 528
1. Unionsgrundrechtlicher Rahmen 529
a) Erforderlichkeit, Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit i.e.S. 529
b) Typisierende Materialisierungstatbestände und ihre Grenzen 531
2. Privatrechtliche Anwendungsbeispiele 532
a) Selbstbestimmungschancen durch den Vertrags- und Wettbewerbsmechanismus bei „umgekehrten“ Verbraucherverträgen 533
aa) Fernabsatzverträge 535
bb) Außergeschäftsraumverträge 536
b) Keine Stärkung des Vertrags- und Wettbewerbsmechanismus durch bestimmte Informationpflichten des Finanzdienstleistungsvertragsrechts 539
II. Unionsprivatrechtliche Rechtsgrundsätze als Schranken der Materialisierung 541
1. Rechtsmissbrauchsverbot und Treu und Glauben 542
a) Rahmensetzung durch Unionsrecht 542
b) Autonomes Rechtsmissbrauchsverbot in der EuGH-Judikatur 545
c) Ausstehende Konturierung des Grundsatzes von Treu und Glauben 548
2. Begrenzung von Vertragslösungsrechten im Verbraucher- und Finanzdienstleistungsvertragsrecht 551
a) Ausschluss bei Schädigungs- und Missbrauchsabsicht 551
b) Instrumentalisierung des Widerrufs zur Erzielung günstigerer Vertragskonditionen 554
aa) Preisnachlässe bei Fernabsatzverträgen 555
bb) Nachverhandlung von Kredit- oder Versicherungskonditionen 557
c) Anwendungsfälle des „halbautonomen“ Grundsatzes von Treu und Glauben 559
aa) Verwirkung unionaler Materialisierungsinstrumente 560

bb) Vortäuschen gewerblicher Verwendung 563
3. Rechtsmissbrauch als Schranke des Diskriminierungsschutzes 564
III. Unionale Prozessgrundsätze und -rechte als Grenze der Materialisierung durch Zivilverfahrensrecht.....565
1. Parteidisposition als prozessuale Facette der Privatautonomie.....566
2. Grundsatz des fairen kontradiktorischen Verfahrens 567
3. Zwischenfazit 568
B. Stufenbau des Materialisierungssystems.....569
I. Drei konzentrische Schutzwälle der Vertragsfreiheit.....569
II. Kaskade der Materialisierungsinstrumente.....571
1. Abstufung der privatrechtlichen Instrumente 571
2. Materialisierungskaskade im Bereich des Zivilprozessrechts.....574
III. Materialisierung und Vermutung der „Richtigkeit“ des Vertrags 575
1. Gesteigerte Richtigkeitsgewähr des Vertrags- und Wettbewerbsmechanismus.....575
2. Prozedurale Gerechtigkeit durch materialisierte Vertragsfreiheit.....576
3. Schutz gegen „Extremabweichungen“ zwischen BGB und allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Unionsprivatrechts 580
C. Partielle Disponibilität der Materialisierung 583
I. Disposition über Materialisierungsinstrumente im Zivilprozess 583
II. Erweiterte materiellrechtliche Dispositionsbefugnis als Folge der Materialisierung durch Prozessrecht.....584
1. „Einwilligung“ in missbräuchliche Klauseln.....585
2. Einpassung in die Rechtsgeschäftslehre des BGB.....585
3. Folgen für die Kontrollfähigkeit der Klausel und die Bindung des anderen Vertragsteils.....586
III. Disponibilität materiellrechtlicher Materialisierungsinstrumente jenseits des Zivilverfahrens?.....587

§ 2 Vertragsfreiheit als Grenze der Kontrolle von Vertragsinhalten.....589

A. Inhaltskontrolle jenseits der Klauselrichtlinie 591
I. Mindestharmonisierung durch die Klauselrichtlinie 592
II. Art. 8 Klauselrichtlinie und unionale Vertragsfreiheit.....593
B. Schranken der Inhaltskontrolle von Individualvereinbarungen und der *essentialia negotii*.....595

I. Unionale Vertragsfreiheit als Maßstab angesichts der Bedrohung der Vertragsfunktion durch die pauschale Inhaltskontrolle 595
II. Individuell ausgehandelte Vertragsbestimmungen 598
1. Bedarf es eines pauschalen Kontrollvorbehalts? 598
2. Vorrang einer anlassbezogenen Individualkontrolle 599
3. Rückausnahme bei typisierbarem Versagen des Vertrags- und Markmechanismus 600
III. Inhaltskontrolle der *essentialia negotii* 600
C. Folgen für die pauschale Inhaltskontrolle im Schuldvertragsrecht der EU und ihrer Mitgliedstaaten 603
I. Vertragsfreiheitskonforme Handhabung der mitgliedstaatlichen Inhaltskontrolle 603
1. Beispiele für die Kontrolle von Individualvereinbarungen und der *essentialia negotii* 603
2. Einschränkung der Inhaltskontrolle im Lichte unionaler Vertragsfreiheit 605
a) Frankreich: Fragwürdigkeit unwiderleglicher Missbräuchlichkeit von Individualvereinbarungen 607
b) Spanien: Vertragsfreiheitskonforme Begrenzung der Inhaltskontrolle durch das Tribunal Supremo 609
3. Auswirkungen i.R.d. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB: Das Beispiel der Differenzierung zwischen Preisvereinbarungen und Preisnebenabreden 610
II. Kontrolle von Individualvereinbarungen nach Art. 7 Zahlungsverzugsrichtlinie und § 271a, § 286 Abs. 5 BGB 613
1. Erforderlichkeit unter institutionellen Gesichtspunkten 614
2. Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes 615
III. Zwischenfazit 616
D. Summe des siebten Kapitels 617

Zwölf Thesen zur Vertragsfreiheit im Binnenmarkt

I. Vertragsfreiheit als Unionsgrundrecht und als allgemeiner Rechtsgrundsatz des EU-Privatrechts 621
II. Autonomer Gewährleistungsgehalt und Wirkbereich unionaler Vertragsfreiheit 622
III. Privatrechtliche Einwirkungsebenen des Unionsgrundrechts 623
IV. Privatrechtswirksamkeit als allgemeiner Rechtsgrundsatz 623
V. Freiheitsentfaltung und Richtigkeitsgewähr durch den Vertrags- und Wettbewerbsmechanismus 624
VI. Materialisierung der Vertragsfreiheit im Binnenmarkt 625

VII. Interaktion der Materialisierungsinstrumente des BGB und des Unionsprivatrechts 626
VIII. Indienstnahme des BGB zur Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit 627
IX. Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit durch Zivilprozessrecht 628
X. Entwicklung eines Materialisierungssystems um die unionale Vertragsfreiheit 630
XI. Vertragsfreiheit als Grenze der mitgliedstaatlichen und unionalen Kontrolle von Vertragsinhalten 631
XII. Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung als Richtschnur des Schuldvertragsrechts der EU und ihrer Mitgliedstaaten 632

Literaturverzeichnis 635
Verzeichnis wichtiger Entscheidungen 671
Sachverzeichnis 675

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AJDA	L'actualité juridique, droit administratif
a. F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union/Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AC	Law Reports, Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
al.	alinéa
Alt.	Alternative
ABA J.	American Bar Association Journal
Abt.	Abteilung
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
Am. Econ. Rev.	The American Economic Review
Am. J. of Legal Hist.	American Journal of Legal History
Anm.	Anmerkung
An. Der. Civ.	Anuario de Derecho Civil
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbG	Arbeitsgericht
Archives Phil. dr.	Archives de Philosophie du Droit
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BOE	Boletín Oficial del Estado
BAG	Bundesarbeitsgericht
BeckOGK	beck-online Großkommentar
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen

BISD	Basic Instruments and Selected Documents
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
c.	chapter
CA	Cour d'Appel
Cass.	Cour de Cassation/Corte di cassazione
Cass. ass. plén.	Cour de Cassation, Assemblée Plénière
Cass. civ.	Cour de Cassation, Chambre civile
Cass. crim.	Cour de Cassation, Chambre criminelle
Cass. soc.	Cour de Cassation, Chambre sociale
Ch.	Chapter/Chambre
CISG	(United Nations) Convention on Contracts for the International Sale of Goods
CMLR	Common Market Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Current Leg. Probl.	Current Legal Problems
D.	Recueil Dalloz
D. chron.	Receuil Dalloz Chronique
DB	Der Betrieb
DC	Contrôle de constitutionnalité des lois
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ders.	derselbe
dies.	dieselbe, dieselben
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
éd.	édition/éditeur/éditeurs
ed.	edition/editor
eds.	editors
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
EGMR	Europäische Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EJIL	European Journal of International Law
ELJ	European Law Journal
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
ERCL	European Review of Contract Law
ERPL	European Review of Private Law
EU	Europäische Union
EuConst	European Constitutional Law Review

EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuErbVO	Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses
EuGVÜ	(Europäisches) Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuGVVO	(Europäische) Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EUVR	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVÜ	(Europäisches) Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EWCA Civ	England and Wales Court of Appeal (Civil Division)
EWHC (QB)	England and Wales High Court (Queen's Bench Division)
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f., ff.	folgende
Foro it.	Il foro italiano
FS	Festschrift
GA	Generalanwalt
GLJ	German Law Journal
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
Giust. civ.	Giustizia civile
Giur. cost.	Giurisprudenza costituzionale
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GrdstVG	Grundstückverkehrsgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
G.U.	Gazzetta Ufficiale
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Harv. Int. L.J.	Harvard International Law Journal
Herv. d. Verf.	Hervorhebung des Verfassers
HK-BGB	Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch
HKK	Historisch kritischer Kommentar zum BGB
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.V.m.	in Verbindung mit

IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JA	Juristische Arbeitsblätter
JbJZWiss	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JBl	Juristische Blätter
JCP	La semaine juridique (juris classeur périodique)
JherJb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JORF	Journal Officiel de la République Française
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
L.	Loi
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
lit.	litera
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LR Eq	Law Reports, Equity Cases
M.B.	Moniteur Belge
Mercer L. Rev.	Mercer Law Review
Mich. J. Int. L.	Michigan Journal of International Law
Mod. L. Rev.	Modern Law Review
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n.	numero
n°	numéro/número
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
No.	Number
NomosKomm	Nomos Kommentar
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
Pasic.	Pasicrisie belge
PWW	Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.): BGB Kommentar
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité

R.	Règlement
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RC	Recurso
RdA	Recht der Arbeit
Rec.	Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
red.	redigerad av
Rép. dr. civ.	Répertoire de droit civil
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
Rom I	Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rom II	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
Rs.	Rechtssache
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	section
S.	Satz
S.I.	Statutory Instrument
SchwarzArbG	Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und illegalen Beschäftigung
SCAN	Social Cognitive and Affective Neuroscience
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs
StGG	Österreichisches Staatsgrundgesetz
SASTJ	Sumários de Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça
u. a.	unter anderem/und andere
UKHL	United Kingdom House of Lords
UKPC	United Kingdom Privy Council
UKSC	United Kingdom Supreme Court
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von/vom
verb. Rs.	verbundene Rechtssachen
VersR	Versicherungsrecht
VfGH	Verfassungsgerichtshof Österreich
VfSlg.	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes/Ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes (seit 2012)
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume

VUR	Verbraucher und Recht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Yale L. J.	Yale Law Journal
Y.B. ILC	Yearbook of the International Law Commission
z.B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZKG	Zahlungskontengesetz
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRG GA	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Germanistische Abteilung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

Nur wenige Erfindungen dominieren und erleichtern den menschlichen Alltag in gleicher Weise wie der Vertrag: „Comme la roue, le contrat est l'une des créations les plus utiles et les plus simples de l'Humanité".[1] Statt auf das Recht des Stärkeren oder eine prästabilierte Gesellschaftsordnung baut der Vertrag bei der Organisation privatrechtlicher Rechtsverhältnisse zuvörderst auf den Konsens seiner Parteien.[2] Konsens kann indes regelmäßig nur über Inhalte erzielt werden, die den Interessen beider Seiten Rechnung tragen. Das Instrument des Vertrags entfaltet somit besondere Überzeugungskraft, weil es eine autonome und bedürfnisgerechte Ordnung der Rechtsbeziehungen ermöglicht. Vor diesem Hintergrund gilt auch die Freiheit, Verträge zu schließen und zu gestalten, vielen als „principe qui va de soi".[3] Warum also ist die Vertragsfreiheit in der Europäischen Union ebenso wie im deutschen Bürgerlichen Recht überhaupt ein Thema?

A. Ausgangslage und Anlass der Untersuchung

Zunächst ist das „Problem der Freiheit" die zentrale Frage jedes Privatrechtssystems: Wie viel Autonomie ist den Akteuren insbesondere im Vertragsrecht zuzuerkennen und wo sind die Grenzen zu ziehen?[4] Im Schuldvertragsrecht der EU wird die Beantwortung dadurch erschwert, dass die Vertragsfreiheit als Dreh- und Angelpunkt dieses Freiheitsproblems beim derzeitigen Stand in der Unionsrechtsordnung kaum fassbar ist (I). Dies wirkt sich unmittelbar auf die Gestaltung, Auslegung und auf die Handhabung dieser Materie aus: Solange die Vertragsfreiheit als Kompass fehlt, sind Rechtszersplitterung, Inkohärenz und freiheitsbegrenzende Tendenzen ebenso naheliegende wie unerwünschte Folgen (II).

---

[1] *Mousseron,* Technique contractuelle (2010), S. 18.

[2] Bereits *Kant,* Die Metaphysik der Sitten (1797, 1907), AA VI, S. 271 zeigt auf, dass nur durch den Vertrag der Zugang zu fremden Gütern ohne Eigenmacht und ohne äußeren Zwang möglich ist. Dem Gütererwerb durch „eigenmächtig[es]" Handeln und „rechtswidrige That" stellt *Kant* pointiert den konsensualen Erwerb gegenüber: „Der Act der vereinigten Willkür zweier Personen, wodurch überhaupt das Seine des Einen auf den Anderen übergeht, ist der Vertrag".

[3] Vgl. *Jamin,* in: ders./Mazeaud (éd.), La nouvelle crise du contrat (2003), S. 7, 18.

[4] Vgl. *Hallstein,* Wiederherstellung des Privatrechts (1946), S. 6 f.

Diese Entwicklungen betreffen auch das deutsche Bürgerliche Recht, weil das EU-Schuldvertragsrecht tief in das BGB hineinwirkt: Beispielsweise sind weite Teile der Klauselkontrolle, des Kaufrechts, der Verzugszinsregelungen und des Finanzdienstleistungsvertragsrechts unionsrechtlich determiniert. Zudem erfassen die zahlreichen Diskriminierungsverbote des EU-Privatrechts nahezu das gesamte deutsche Vertragsrecht von Arbeits-, Versicherungs- und Bankverträgen über Mietverträge bis hin zu Werk- und Kaufverträgen.

Ein Rückgriff auf mitgliedstaatliche Verbürgungen der Vertragsfreiheit hilft hier kaum weiter, da diese weder den Unionsgesetzgeber noch den zur letztverbindlichen Auslegung des EU-Schuldvertragsrechts berufenen EuGH binden. Vor allem werden solche nationalen Garantien im Anwendungsbereich des Unionsrechts zunehmend überlagert und zurückgedrängt: Je mehr das EU-Privatrecht also seinen Einfluss auf das deutsche Schuldvertragsrecht ausbaut, desto kleiner werden die Bereiche, in denen die mitgliedstaatliche Vertragsfreiheit den Ton angeben kann (III).

Zugleich forciert der EuGH eine einseitige Konstitutionalisierung des Unionsprivatrechts (IV) und trägt Gleichheitsgrundrechte in das Vertragsrecht hinein. Ohne eine sichtbare und umfassende unionsrechtliche Verbürgung der Vertragsfreiheit fehlt dem Schuldvertragsrecht der EU daher nicht nur eine klare Leitlinie, sondern auch ein Gegengewicht zu solchen autonomiebegrenzenden Entwicklungen.

Vor diesem Hintergrund ist die Verortung und Konturierung der Vertragsfreiheit im geltenden Recht der Europäischen Union nicht weniger als die Lebensfrage der – mitgliedstaatlichen und unionalen – Privatrechtsordnungen (V). Von ihrer Beantwortung hängt ab,

> „ob es gelingt, die rechtsgeschäftliche Privatautonomie als Mittel individueller Gestaltung zu bewahren und zugleich ihre Funktionen und ihre Grenzen innerhalb der Rechtsordnung zu bestimmen“.[5]

I. Hypotrophie der Vertragsfreiheit im Unionsrecht

Die Vertragsfreiheit ist in der einer „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ verpflichteten Europäischen Union unverzichtbar: Die Preisbildung entsprechend Angebot und Nachfrage ebenso wie der Wettbewerb setzen voraus, dass die Marktakteure nach ihren individuellen Präferenzen über den Vertragsschluss, die Auswahl ihres Vertragspartners und den Vertragsinhalt frei entscheiden können.[6] Neben der Eigentumsgarantie und den Grund-

---

[5] *Mestmäcker,* JZ 1964, 441, 443. Prägnant formuliert auch *Jamin,* in: ders./Mazeaud (éd.), La nouvelle crise du contrat (2003), S. 7, 18: „[L]a liberté contractuelle […] et sa portée sont au cœur de la problématique du droit des contrats“.

[6] Vgl. GA *Kokott* Schlussanträge v. 17.9.2009 – Rs. C-441/07 P *(Kommission/Alrosa),* Slg. 2010, I-5949 Rn. 225. So zuvor allgemein schon *Mestmäcker,* JZ 1964, 411, 443;

freiheiten zählt die rechtsgeschäftliche Privatautonomie[7] zu den Angeln, in denen die Tür zum Binnenmarkt schwingt: Erst diese Gewährleistungen ermöglichen private Initiative und ungehinderten Verkehr von Waren, Dienstleistungen, Kapital und Personen in der EU.

Obschon das Unionsrecht so offenkundig auf „das Zusammenspiel von Markt und Vertragsfreiheit" setzt[8] und die Grundfreiheiten sowie der Schutz des freien Wettbewerbs an prominenter Stelle in den Verträgen verankert sind, enthalten weder das primäre noch das sekundäre Unionsrecht explizite Garantien der Vertragsfreiheit.[9] Die Bezugnahmen des EuGH wirken bislang eher zufällig, und das geschriebene Unionsrecht bietet allenfalls insularen und reflexhaften Schutz.[10] Insbesondere greift der überkommene Verweis auf

---

Canaris, FS Lerche (1993), S. 873, 890; *Basedow,* AcP 200 (2000), 445, 485 ff.; *G. Wagner,* in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 16 f.

[7] Wenn der an das deutsche Bürgerliche Recht angelehnte Begriff der „rechtsgeschäftlichen Privatautonomie" im Folgenden zur Vermeidung von Wiederholungen synonym zur Vertragsfreiheit gesetzt wird, findet diese Terminologie durchaus eine Stütze im Unionsrecht, da das Rechtsgeschäft dort regelmäßig eine vertragliche Transaktion bezeichnet, vgl. nur Erwägungsgrund Nr. 6, Art. 7 Abs. 4 lit. e Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. 2005 L 149/22; Erwägungsgründe Nr. 20, 34 und Art. 7 Abs. 2 und Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (EG-Fusionskontrollverordnung), ABl. 2004 L 24/1. Ebenso etwa EuG Urt. v. 11.12.2013 – Rs. T-79/12 *(Cisco Systems/Kommission),* EU:T:2013:635 Rn. 93. Dies gilt freilich nicht ausnahmslos, und teilweise variieren die Wortbedeutungen sogar in ein und demselben Rechtsakt, vgl. z. B. einerseits die jeweiligen Sprachfassungen der Erwägungsgründe Nr. 19, 44 und andererseits des Art. 59 Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, ABl. 2012 L 201/107; Art. 18 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6 („Rechtsgeschäft", „contract or an act intended to have legal effect", „actes juridiques").

[8] Vgl. bereits EuGH Urt. v. 13.5.1981 – Rs. 66/80 *(International Chemical Corporation),* Slg. 1981, 1191 Rn. 23.

[9] Diesen Befund teilt bereits mit Blick auf den EWG-Vertrag *Basedow,* Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung (1992), S. 52.

[10] Ebenso *Basedow,* Bitburger Gespräche 2008/I (2009), S. 85, 89 ff.; *Herresthal,* in: Ziegler/Huber (eds.), Current Problems in the Protection of Human Rights (2013), S. 89, 99 und 101. Siehe zur lückenhaften Verbürgung der Vertragsfreiheit im kodifizierten Unionsrecht noch eingehend unten Kapitel 2 § 1.

die europäischen Grundfreiheiten als Hort der Vertragsfreiheit zu kurz: Die Verkehrsfreiheiten vermögen die rechtsgeschäftliche Privatautonomie – wenn überhaupt – nur in binnenmarktrelevanten Konstellationen zu gewährleisten, während das Unionsprivatrecht längst auch „rein" innerstaatliche Sachverhalte umfassend regelt.[11]

Wenn bereits im Ausgangspunkt ungewiss ist, welche Freiheit durch das EU-Privatrecht überhaupt verwirklicht, beschränkt oder in sonstiger Weise ausgestaltet werden soll, drohen nicht nur inkohärente, sondern auch überbordende Beschränkungen.

II. Orientierungsarmut und interventionistische Tendenzen des Unionsprivatrechts

Der privatrechtliche Teil des *acquis communautaire* hat sich zu einer eigenständigen, wenn auch heterogenen Rechtsmaterie, dem Unionsprivatrecht,[12] entwickelt: Es umfasst alle material-privatrechtsrelevanten Regelungen, die ihren Geltungsgrund im Recht der EU haben.[13] Insbesondere das unionale Schuldvertragsrecht überformt das mitgliedstaatliche Privatrecht in mannigfaltiger Weise: Das Spektrum sekundärrechtlicher Regelungen reicht beispielsweise vom Verbraucher-, Arbeits- und Antidiskriminierungsrecht über das Finanzdienstleistungsvertragsrecht bis hin zu Vorschriften, die, wie etwa diejenigen der Zahlungsverzugsrichtlinie,[14] ausschließlich gewerbliche Akteure betreffen. Darüber hinaus wirkt auch das unionale Primärrecht auf das Vertragsrecht ein.[15] Die unterschiedlichen Regelungen verbindet häufig allein

---

[11] Dazu noch eingehend unten Kapitel 2 § 1 A I 2. Wie hier *Basedow,* Bitburger Gespräche 2008/I (2009), S. 85, 90. Für die Herleitung der Vertragsfreiheit aus den Grundfreiheiten plädieren dagegen z.B. *Schmidt-Leithoff,* FS Rittner (1991), S. 597, 606; *v. Wilmowsky,* JZ 1996, 590, 591; *Szczekalla,* DVBl. 2005, 286, 287; *Busseuil,* Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen (2009), S. 202; *Mohr,* Sicherung der Vertragsfreiheit durch Wettbewerbs- und Regulierungsrecht (2015), S. 113 f.

[12] Statt vieler *Müller-Graff,* in: ders./Zuleeg (Hrsg.), Staat und Wirtschaft in der EG (1987), S. 17, 37 ff.; *Basedow,* in: ders./Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009), S. 680; *Herresthal,* ZEuP 2014, 238, 258 f.

[13] Siehe zur Definition des Unionsprivatrechts und zur Abgrenzung gegenüber dem Konventionsprivatrecht sowie dem gemeineuropäischen Privatrecht statt aller *Basedow,* in: ders./Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009), S. 680 ff., der zudem darauf verweist, dass die einheitliche Geltung in allen Mitgliedstaaten schon deshalb kein Wesensmerkmal des Unionsprivatrechts ist, weil den Mitgliedstaaten zum einen oftmals Gestaltungsspielräume verbleiben und Divergenzen zum anderen auch im System der verstärkten Zusammenarbeit gemäß Art. 20 EUV und Art. 326, 327 sowie 329 AEUV angelegt sind.

[14] Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2011 L 48/1.

[15] Vgl. etwa Art. 101 AEUV und Art. 157 AEUV. Wie GA *Dutheillet de Lamothe* Schlussanträge v. 29.4.1971 – Rs. 80/70 *(Defrenne I),* Slg. 1971, 445, 455 f. zu Recht

das Binnenmarktziel als kleinster gemeinsamer Nenner.[16] Dieses Ziel bietet für sich genommen freilich wenig Orientierung für eine umfassende und kohärente Ausdifferenzierung des EU-Schuldvertragsrechts.[17]

Die fragmentarische Natur des Unionsprivatrechts gründet nicht zuletzt darin, dass die EU nur über insulare Rechtsetzungskompetenzen im Privatrecht verfügt, die eng mit bestimmten Politiken verzahnt sind.[18] Entsprechend sucht man im Unionsprivatrecht eine explizite, auf das gesamte Schuldvertragsrecht bezogene Verbürgung der Vertragsfreiheit – wie etwa § 311 Abs. 1 BGB oder Art. 1102 französischer Code civil[19] – vergebens. Und eine auf den jeweiligen Anwendungsbereich des Unionsprivatrechts beschränkte Normierung liegt

---

betont, war das nunmehr in Art. 157 AEUV enthaltene Verbot der Entgeltdiskriminierung ursprünglich wettbewerbspolitisch motiviert. In den 1970er-Jahren trug der EuGH es jedoch unmittelbar in privatrechtliche Beziehungen hinein, vgl. insbesondere die – freilich einen staatlichen Arbeitgeber betreffende – Entscheidung EuGH Urt. v. 8.4.1976 – Rs. 43/75 *(Defrenne II),* Slg. 1976, 455 Rn. 4 ff. Vgl. sodann zur Erstreckung auf private Arbeitgeber nur EuGH Urt. v. 31.3.1981 – Rs. 96/80 *(Jenkins),* Slg. 1981, 911 Rn. 18 ff.; EuGH Urt. v. 17.5.1990 – Rs. C-262/88 *(Barber),* Slg. 1990, I-1889 Rn. 19 f.; EuGH Urt. v. 6.10.1993 – Rs. C-109/91 *(Ten Över),* Slg. 1993, I-4879 Rn. 11 ff.; EuGH Urt. v. 28.9.1994 – Rs. C-200/91 *(Coloroll),* Slg. 1994, I-4389 Rn. 18 ff. Zum Ganzen statt vieler Calliess/Ruffert/*Krebber* (2016), Art. 157 AEUV Rn. 1 und 5 ff.; *Riesenhuber,* in: ders. (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2015), § 10 Rn. 1.

[16] Vgl. zum Binnenmarktbezug als Wesensmerkmal des Unionsprivatrechts statt aller *Jansen,* in: Basedow/Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009), S. 548, 550.

[17] *Basedow,* AcP 200 (2000), 449, 485 f. bemerkt daher treffend, dass es dieser Materie „an einer zentralen Idee bzw. einer grundlegenden Wertung" fehle. Mit Blick auf die Rechtsetzungspraxis im Unionsprivatrecht räumt auch die Europäische Kommission, Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstandes im Verbraucherschutz vom 8.2.2007, KOM(2006) 744 endg., S. 9 f. ein, dass die bisherige „Vorgehensweise […] zu einer Rechtszersplitterung geführt" hat.

[18] Vgl. neben den binnenmarktfokussierten Kompetenznormen in Art. 114 und 115 AEUV nur Art. 19 und 153 (Antidiskriminierungsrecht), Art. 50 Abs. 2 lit. g (Gesellschaftsrecht), Art. 81 (Kollisions- und Zuständigkeitsrecht); Art. 91 und 100 (Transportrecht), Art. 103 (Wettbewerbsrecht) und Art. 118 (einheitliche Schutzrechte des geistigen Eigentums) sowie schließlich auch die Kompetenzergänzungsklausel in Art. 352 AEUV. Siehe hierzu sowie zum grundsätzlichen Marktbezug dieser Kompetenztitel statt aller *Basedow,* in: ders./Hopt/Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009), S. 680, 682; *ders.,* AcP 210 (2010), 158, 164 ff. Kompetenzgrundlagen, die das gesamte Privatrecht umfassen, finden sich nämlich weder in den Gründungsverträgen noch im Vertrag von Lissabon, vgl. statt vieler *Schwartz,* ZEuP 1994, 559, 570; *Basedow,* AcP 210 (2010), 158, 164 ff.

[19] Diese im Zuge der französischen Schuldrechtsreform im Jahr 2016 eingefügte Vorschrift lautet: „Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public".

dem Unionsgesetzgeber wohl nicht zuletzt deshalb fern, weil die Einzelrechtsakte häufig Regelungen enthalten, die in erster Linie auf die *Verkürzung* der Vertragsfreiheit zumindest einer Partei zielen.

So besehen, ist im Unionsrecht die „Geschichte der Vertragsfreiheit […] die ihrer Beschränkung".[20] Nicht selten hebt das EU-Privatrecht dabei die Abschluss- und Vertragspartnerwahlfreiheit sogar vollständig auf: Z.B. dürfen Kreditinstitute nach Art. 15 und Art. 16 Zahlungskontenrichtlinie[21] Verbrauchern den Abschluss bestimmter Kontoverträge grundsätzlich nicht verweigern. Damit wird die Freiheit der Kreditinstitute, ihren Vertragspartner nach kaufmännischen Kriterien – insbesondere nach Bonität – auszuwählen, negiert. Mag es dafür auch gute Gründe geben,[22] so ist es doch frappierend, dass weder im Gesetzgebungsverfahren noch in der Richtlinie die Vertragsfreiheit der Kreditinstitute Erwähnung findet.

Hier offenbart sich ein grundlegender Webfehler im Netz des Unionsprivatrechts, der zum „Problem der Freiheit"[23] zurückführt: Wie kann die Unionsrechtsordnung die rechtsgeschäftlichen Freiheitssphären der jeweiligen Akteure im Vertragsrecht wahren und gestalten, wenn die Vertragsfreiheit als unverzichtbarer Bezugspunkt des EU-Schuldvertragsrechts weder hinreichend konturiert noch überhaupt sichtbar ist? Wo immer das Unionsrecht auf das Vertragsrecht einwirken soll, muss in einem ersten Schritt nach der Gewährleistung und dem Schutzbereich der Vertragsfreiheit und erst in einem zweiten Schritt nach der vor diesem Hintergrund sachgerechten Ausgestaltung und etwaigen Begrenzung der Vertragsfreiheit gefragt werden. Mangels eindeutiger Anbindung der unionalen Vertragsfreiheit ist es wenig überraschend, dass sowohl der Unionsgesetzgeber als auch der EuGH diesen ersten Schritt in aller Regel überspringen und direkt auf die Ausgestaltung und insbesondere die Beschränkung der Vertragsfreiheit, etwa im Namen bestimmter „Schutzanliegen", abstellen. Um zu stimmigen Ergebnissen und einem geschlossenen System des unionalen Schuldvertragsrechts zu gelangen, müsste indes zunächst logisch vorrangig geklärt werden, was überhaupt ausgestaltet und eingehegt werden soll.

Solange Standort und Gewährleistungsgehalt der Vertragsfreiheit im Unionsrecht unklar sind, drängt sich daher die Frage auf, ob die Freiheitsverbürgungen des mitgliedstaatlichen Rechts in die Bresche springen können.

---

[20] *Leisner,* Grundrechte und Privatrecht (1960), S. 323 f.

[21] Richtlinie 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen, ABl. 2014 L 257/214.

[22] Dazu statt vieler *Hopt,* Handelsblatt v. 16.7.2013, S. 11.

[23] Vgl. *Hallstein,* Wiederherstellung des Privatrechts (1946), S. 6 f. und siehe erneut oben A.

III. Zurückdrängung mitgliedstaatlicher Garantien der Vertragsfreiheit durch Unionsprivatrecht

Da das Unionsprivatrecht zumeist nur punktuelle Regelungen für bestimmte Sachmaterien trifft, beherrscht das nationale Recht grundsätzlich die verbleibenden Fragen. Damit ist es auf den ersten Blick Sache der Mitgliedstaaten, die rechtsgeschäftliche Privatautonomie auch im Anwendungsbereich des EU-Privatrechts zu gewährleisten, soweit die Unionsrechtsakte zur Vertragsfreiheit schweigen. Doch baut das EU-Privatrecht ebenso wie das durch dieses harmonisierte mitgliedstaatliche Schuldvertragsrecht tatsächlich auf die „Vertragsfreiheit der Parteien, so wie sie im Rahmen des […] nationalen Rechts besteht"?[24] Bei näherer Betrachtung ist mit dem Verweis auf nationale Freiheitsverbürgungen wenig gewonnen, gleichviel, ob es sich um nationale Grundrechte oder aber um die Vertragsfreiheit als Rechtsgrundsatz des mitgliedstaatlichen Privatrechts handelt.

1. Unionsgrundrechte überlagern nationale Freiheitsrechte

In der deutschen Rechtsordnung ist die Vertragsfreiheit als Facette der allgemeinen Handlungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt, sofern nicht speziellere Grundrechte eingreifen.[25] Wo unionsrechtliche Vorgaben bestehen, kann die im deutschen Grundgesetz angelegte Garantie der Vertragsfreiheit jedoch nicht gegen einen Unionsrechtsakt in Stellung gebracht werden: Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind Unionsrechtsakte nicht am Maßstab mitgliedstaatlicher Grundrechte zu prüfen.[26] Dies folgt aus den Ei-

---

[24] Vgl. zu einer solchen Annäherung an die Vertragsfreiheit EuGH Urt. v. 7.9.2006 – Rs. C-125/05 *(Vulcan Silkeborg),* Slg. 2006, I-1451 Rn. 47; EuGH Urt. v. 18.1.2007 – Rs. C-421/05 *(City Motors Groep),* Slg. 2007, I-653 Rn. 24. In diesem Sinne meinte bereits *Rittner,* JZ 1990, 838, 841, die EU baue „auf dem Privatrecht der Mitgliedstaaten, genauer: auf der *privatautonomen Rechtsgestaltung* durch den Einzelnen auf" (Herv. im Original). In diese Richtung deuten auch Streinz/*Leible,* EuZW 2000, 459, 465, wenn sie einerseits meinen, das Unionsprivatrecht beruhe „auf der Privatautonomie als dem gemeinsamen Fundament der mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen", und andererseits ausführen, dass sich der Eigenbeitrag des Unionsrechts zum Schutz der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie darin erschöpfe, die Vertragsfreiheit mithilfe der Grundfreiheiten auch über Grenzen hinweg zu erstrecken.

[25] Z.B. BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 – Az. 1 BvR 567/89 u.a., BVerfGE 89, 214, 229 ff.; BVerfG Urt. v. 6.2.2001 – Az. 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89, 100; BVerfG Beschl. v. 13.5.2015 – Az. 1 BvQ 9/15, NJW 2015, 1815, 1817. Siehe zu spezielleren Verbürgungen der Vertragsfreiheit – z.B. in Art. 12 GG – nur BVerfG Beschl. v. 12.12.2006 – Az. 1 BvR 2576/04, BVerfGE 117, 163, 181; BVerfG Beschl. v. 6.7.2010 – Az. 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286, 300 und 313 ff.

[26] Vgl. nur EuGH Urt. v. 17.12.1970 – Rs. 11/70 *(Internationale Handelsgesellschaft),* Slg. 1970, 1125 Rn. 3. Siehe aus jüngerer Zeit nur EuGH Urt. v. 8.9.2010 – Rs. C-409/06 *(Winner Wetten),* Slg. 2010, I-8015 Rn. 61. Dazu statt aller *Jarass* (2016), Art. 53 GRCh

gengesetzlichkeiten des „ordre juridique propre“[27] der Europäischen Union, die im Interesse ihrer Kohärenz nur ihre autonomen Rechtsinstitute als Leitlinie heranzieht. Würden nämlich Unionsrechtsakte an den nationalen Grundrechten gemessen und gegebenenfalls für unwirksam erklärt, drohte die Einheitlichkeit des Unionsrechts zerstört zu werden.[28] Vorrangiger und oftmals auch alleiniger Kontrollmaßstab ist hier die Unionsrechtsordnung einschließlich der darin verbürgten Grundrechte.[29]

Nunmehr sind die Europäische Union und unter bestimmten Voraussetzungen auch ihre Mitgliedstaaten an die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh)[30] gebunden. Hinzu treten die ungeschriebenen Unionsgrundrechte im Sinne des Art. 6 Abs. 3 EVU.[31] Laut EuGH sind „keine Fall-

---

Rn. 9. Laut EuGH Urt. v. 26.2.2013 – Rs. C-399/11 *(Melloni),* EU:C:2013:107 Rn. 58 f. würde die Kontrolle am Maßstab nationaler Grundrechte „gegen den Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts verstoßen, da sie es einem Mitgliedstaat erlauben würde, die Anwendung von mit der Charta vollständig im Einklang stehenden Unionsrechtsakten zu verhindern, wenn sie den in der Verfassung dieses Staats garantierten Grundrechten nicht entsprächen“.

[27] Diese bekannte Wendung geht auf die französischsprachige Fassung der Entscheidung des EuGH Urt. v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 *(Costa/E.N.E.L.),* Slg. 1964, 1149, 1158, zurück.

[28] Laut EuGH Urt. v. 13.12.1979 – Rs. 44/79 *(Hauer),* Slg. 1979, 3727 Rn. 14 kann „die Frage einer etwaigen Verletzung der Grundrechte durch eine Handlung der Gemeinschaftsorgane nicht anders als im Rahmen des Gemeinschaftsrechts beurteilt werden. Die Aufstellung besonderer, von der Gesetzgebung oder der Verfassungsordnung eines bestimmten Mitgliedstaates abhängiger Beurteilungskriterien würde die materielle Einheit und die Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts beeinträchtigen und hätte daher unausweichlich die Zerstörung der Einheit des gemeinsamen Marktes und eine Gefährdung des Zusammenhalts der Gemeinschaft zur Folge“. Deutlich jüngst auch EuGH Urt. v. 26.2.2013 – Rs. C-617/10 *(Fransson),* EU:C:2013:105 Rn. 29; EuGH Urt. v. 26.2.2013 – Rs. C-399/11 *(Melloni),* EU:C:2013:107 Rn. 60: Durch nationale Grundrechte dürfe „weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden“.

[29] Vgl. wiederum EuGH Urt. v. 17.12.1970 – Rs. 11/70 *(Internationale Handelsgesellschaft),* Slg. 1970, 1125 Rn. 3. Siehe aus jüngerer Zeit nur EuGH Urt. v. 8.9.2010 – Rs. C-409/06 *(Winner Wetten),* Slg. 2010, I-8015 Rn. 61; EuGH Urt. v. 26.2.2013 – Rs. C-399/11 *(Melloni),* EU:C:2013:107 Rn. 59 ff. Siehe mit Blick auf den Schutz der Vertragsfreiheit auch *Herresthal,* in: Ziegler/Huber (eds.), Current Problems in the Protection of Human Rights (2013), S. 89, 94.

[30] ABl. 2007 C 303/1.

[31] Der EuGH zieht in seiner ständigen Rechtsprechung überdies die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) heran und ist hierzu unter Geltung der Charta auch fortan durch Art. 52 GRCh gehalten: Nach dieser Norm sollen zumindest inhaltsgleiche Grundrechte der GRCh und der EMRK in der Regel übereinstimmend ausgelegt werden. Darüber hinaus sieht Art. 6 Abs. 2 EUV den Beitritt der EU zur EMRK vor, jedoch erscheint dieser Beitritt beim derzeitigen Stand unwahrscheinlich, vgl. EuGH Gutachten v. 18.12.2014 – Gutachtenverfahren 2/13 *(EMRK-Beitritt II),* EU:C:2014:2454. Vgl. schon zuvor EuGH Gutachten v. 28.3.1996 – Gutachtenverfahren C-2/94 *(EMRK-Beitritt I),* Slg. 1996, I-1759.

gestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass *diese Grundrechte* anwendbar wären".[32] Soweit eine unionsprivatrechtliche Regelung existiert, wirft sie also einen unionsgrundrechtlichen Schatten. Entsprechend werden mitgliedstaatliche Freiheitsverbürgungen zurückgedrängt[33] und können daher beispielsweise auch keinem der in Art. 21 GRCh normierten zahlreichen Diskriminierungsverbote entgegengehalten werden.[34] Dies hat nun auch das deutsche Bundesverfassungsgericht in seinem *Honeywell*-Beschluss mit Blick auf die Gewährleistung der Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 bzw. Art. 12 Abs. 1 GG bestätigt.[35]

---

[32] EuGH Urt. v. 30.4.2014 – Rs. C-390/12 *(Pfleger),* EU:C:2014:281 Rn. 34 (Herv. d. Verf.). EuGH Urt. v. 15.1.2014 – Rs. C-176/12 *(Association de médiation sociale),* EU:C:2014:2 Rn. 42 verallgemeinert dies dahingehend, „dass nach ständiger Rechtsprechung die in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen Anwendung finden". Dieser lückenlose Schutz durch die Unionsgrundrechte ist nicht zuletzt durch die „Solange"-Rechtsprechungslinie verschiedener mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte motiviert, siehe zu diesem Zusammenhang nur *P.M. Huber,* in: v. Bogdandy/Cruz Villalón/P. M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum II (2008), § 26 Rn. 65 ff. m.w.N.

[33] Insoweit haben auch und gerade die Unionsgrundrechte am Vorrang des Unionsrechts teil, siehe nur EuGH Urt. v. 26.2.2013 – Rs. C-399/11 *(Melloni),* EU:C:2013:107 Rn. 58 f. Deutlich auch *Lenaerts,* EuR 2015, 3, 24: „Unter der Voraussetzung, dass der Unionsrechtsakt […] mit primärem Unionsrecht, insbesondere der Charta, im Einklang steht, müssen nationale Gerichte entgegenstehende nationale Vorschriften, einschließlich solcher von Verfassungsrang, unbeachtet lassen". Nationale Grundrechte können nur dort neben den Unionsgrundrechten herangezogen werden, wo das „Handeln eines Mitgliedstaats nicht vollständig durch das Unionsrecht bestimmt wird", EuGH Urt. v. 26.2.2013 – Rs. C-399/11 *(Melloni),* EU:C:2013:107 Rn. 60. In jedem Fall darf durch den Rückgriff auf nationale Grundrechte „weder das Schutzniveau der Charta, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird, noch der Vorrang, die Einheit und die Wirksamkeit des Unionsrechts beeinträchtigt werden", siehe nur EuGH Urt. v. 26.2.2013 – Rs. C-617/10 *(Fransson),* EU:C:2013:105 Rn. 29. Dazu statt vieler *Wollenschläger,* in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), EnzEuR I: Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (2014), § 8 Rn. 24; *Kingreen,* JZ 2013, 801, 803 f.; *Jarass* (2016), Art. 53 GRCh Rn. 10.

[34] Dies übersehen mitgliedstaatliche Gerichte indes häufig, vgl. z.B. BAG Urt. v. 28.5.2009 – Az. 8 AZR 536/08, NJW 2009, 3672, 3677 (Prüfung anhand von Art. 2 Abs. 1 GG). Gleiches gilt für das Schrifttum, vgl. nur *Regenfuß,* JZ 2016, 1140, 1146 (Prüfung unionsrechtlich fundierter Verbraucherwiderrufsrechte am Maßstab des Art. 2 Abs. 1 GG). Demgegenüber ging im versicherungsvertragsrechtlichen Kontext jüngst BGH Urt. v. 12.3.2014 – Az. IV ZR 295/13, VersR 2014, 567, 570 „*europarechtlichen* Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Vertragsfreiheit" nach (Herv. d. Verf.).

[35] Mit Blick auf die *Mangold*-Entscheidung des EuGH verneint BVerfG Beschl. v. 6.7.2010 – Az. 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 286, 300 ff. ein *ultra-vires*-Handeln der Union und prüft deshalb eine etwaige unverhältnismäßige Verkürzung der durch das Grundgesetz garantierten Vertragsfreiheit nicht. Vgl. aber auch das abweichende Votum des Richters *Landau* in besagtem *Honywell*-Beschluss in BVerfGE 126, 286, 319 ff., wonach die Vertragsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 1 GG als Schranke des im

Wenn die nationalen Verbürgungen der Vertragsfreiheit im unionsrechtlichen Kontext derart zahnlos bleiben, greift eine Konzeption der Vertragsfreiheit im Binnenmarkt notwendig zu kurz, die allein auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zurückfällt. Vor allem lässt sich ein wirksamer und lückenloser Schutz der Vertragsfreiheit in der Unionsrechtsordnung schon deshalb nicht durch mitgliedstaatliche Garantien sicherstellen, weil weder der EU-Gesetzgeber beim Erlass noch der EuGH bei der verbindlichen Auslegung und Anwendung des EU-Schuldvertragsrechts an nationale Freiheitsverbürgungen gebunden sind.

2. *Vorrang unionsprivatrechtlicher Rechtsgrundsätze*

Soweit selbst nationale Grundrechte nicht gegenüber unionsrechtlichen Regelungen in Stellung gebracht werden können, muss dies erst recht auch für einfachgesetzliche mitgliedstaatliche Regelungen und Grundsätze gelten, wie z. B. die in § 311 Abs. 1 BGB und Art. 1102 französischer Code civil explizierte Vertragsfreiheit. Schließlich darf laut EuGH

„die Geltung des Unionsrechts in einem Mitgliedstaat nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass dieser Staat *Vorschriften des nationalen Rechts,* und haben sie auch Verfassungsrang, geltend macht".[36]

Entsprechend können mitgliedstaatliche Gerichte unionsprivatrechtlich determinierte Regelungen selbst bei etwaigen Unklarheiten oder Lücken nicht einfach unter Verweis auf einen das nationale Schuldvertragsrecht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit restriktiv – und damit freiheitsfreundlich – auslegen und anwenden.[37] Vielmehr ist auch hier die

„Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts […] dem System des AEU-Vertrags immanent, da es den nationalen Gerichten dadurch ermöglicht wird, […] die volle Wirksamkeit des Unionsrechts sicherzustellen".[38]

---

unionsrechtlichen Primärrecht angesiedelten – und nunmehr auch in Art. 21 GRCh positivierten – Grundsatzes der Nichtdiskriminierung aufgrund des Alters durchgreifen soll.

[36] EuGH Urt. v. 26.2.2013 – Rs. C-399/11 *(Melloni),* EU:C:2013:107 Rn. 59 (Herv. d. Verf.).

[37] Deutlich bereits EuGH Urt. v. 12.5.1998 – Rs. C-367/96 *(Kefalas),* Slg. 1998, I-2843 Rn. 22 f.: „[J]edoch ist daran zu erinnern, daß die Anwendung einer solchen nationalen Rechtsvorschrift nicht die volle Wirksamkeit und die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten beeinträchtigen darf […]. Insbesondere können die nationalen Gerichte bei der Beurteilung der Ausübung eines sich aus einer Gemeinschaftsbestimmung ergebenden Rechtes nicht die Tragweite dieser Bestimmung verändern oder die mit ihr verfolgten Zwecke vereiteln".

[38] Siehe aus der ständigen Rechtsprechung z. B. EuGH Urt. v. 24.1.2012 – Rs. C-282/10 *(Dominguez),* EU:C:2012:33 Rn. 24; EuGH Urt. v. 10.10.2013 – Rs. C-306/12 *(Spedition Welter),* EU:C:2013:650 Rn. 29. Dieses Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung ist dabei richtigerweise umfassend zu verstehen: Referenzpunkt kann sowohl ein

Jedenfalls soweit die Einheitlichkeit und praktische Wirksamkeit des Unionsrechts in Gefahr sind, verwehrt die Unionsrechtsordnung den Rückgriff auf einfachgesetzliche nationale Freiheitsverbürgungen.

In der Rechtspraxis bemühen Gerichte indes häufig die Vertragsfreiheit als argumentative Stütze und Leitlinie. Ein solcher Bedarf besteht in besonderem Maße bei der Auslegung des nicht selten lückenhaften EU-Schuldvertragsrechts. Statt der Anwendung eines von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat potenziell unterschiedlichen nationalen Grundsatzes liegt es hier nahe, einen autonomen *unionsprivatrechtlichen* Rechtsgrundsatz der Vertragsfreiheit heranzuziehen.[39] Alternativ käme eine unionsrechtskonforme Anwendung der nati-

---

Rechtssatz des Primär- oder Sekundärrechts als auch beispielsweise ein allgemeiner Grundsatz des Unions(privat)rechts sein. In diese Richtung deuten z.B. auch *W.-H. Roth/Jopen,* in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2015), § 13 Rn. 9 f. Diese Lesart der unionsrechtskonformen Auslegung als Oberbegriff, unter den die primär-, sekundär- und potenziell auch unionsgrundrechtskonforme Auslegung fallen kann, hat bereits EuGH Urt. v. 5.10.2004 – verb. Rs. C-403/01 u.a. *(Pfeiffer u.a.),* Slg. 2004, I-8835 Rn. 114 (richtlinienkonforme als Unterfall der unionsrechtskonformen Auslegung) angedeutet und sodann in seiner weiteren Entscheidungspraxis bestätigt: Beispielsweise zieht der Gerichtshof in der Rechtssache *Kücükdeveci* unter dem Banner der unionsrechtskonformen Auslegung nacheinander Sekundärrechtsakte, allgemeine Grundsätze des Unionsrechts bzw. Unionsgrundrechte als Maßstab heran, vgl. EuGH Urt. v. 19.1.2010 – Rs. C-555/07 *(Kücükdeveci),* Slg. 2010, I-365 Rn. 48, 49 und 50. Deutlich auch EuGH Urt. v. 1.3.2011 – Rs. C-236/09 *(Test-Achats),* Slg. 2011, I-773 Rn. 28 und 32: „Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs verlangt der *Gleichbehandlungsgrundsatz,* dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden […]. Eine solche Bestimmung […] läuft der Verwirklichung *des mit der Richtlinie 2004/113 verfolgten Ziels* der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwider und ist mit den *Art. 21 und 23 der Charta* unvereinbar" (Herv. d. Verf.). Siehe zur unionsgrundrechtskonformen Auslegung des Privatrechts noch eingehend unten Kapitel 3 § 1 A III 2.

[39] Dazu noch eingehend unten Kapitel 2 § 2 C I sowie Kapitel 3 § 1 B. Freilich hat der Gerichtshof bei der Herausbildung privatrechtlicher Rechtsgrundsätze bislang Zurückhaltung geübt, siehe nur *Metzger,* Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht (2009), S. 352 ff. In jüngerer Zeit rückt er solche Grundsätze nun allmählich stärker in den Fokus: Wo Regelungslücken oder Auslegungszweifel bestehen, können unionsprivatrechtliche Rechtsakte von den mitgliedstaatlichen Gerichten im Einklang mit den privatrechtlichen Rechtsgrundsätzen angewendet werden, vgl. nur EuGH Urt. v. 10.4.2008 – Rs. C-412/06 *(Hamilton),* Slg. 2008, I-2383 Rn. 42 (Vertragsdurchführung durch vollständige Erfüllung). Vgl. auch EuGH Urt. v. 3.9.2009 – Rs. C-489/07 *(Messner),* Slg. 2009, I-7315 Rn. 29, der mit Blick auf die „Grundsätz[e] des bürgerlichen Rechts wie […] Treu und Glauben oder […] ungerechtfertigt[e] Bereicherung" zugleich betont, dass der Rückgriff auf solche Grundsätze nur insoweit möglich ist, als die „Zielsetzung […] und insbesondere die Wirksamkeit und die Effektivität" des jeweiligen Unionsrechtsakts nicht beeinträchtigt wird. Vgl. ferner nur EuGH Urt. v. 18.7.2007 – Rs. C-277/05 *(Société thermale),* Slg. 2007, I-6415 Rn. 24 f. (Vertragstreue zählt zu den „allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts"); EuGH Urt. v. 30.4.2014 – Rs. C-280/13 *(Barclays),* EU:C:

onalen Rechtsgrundsätze in Betracht, wobei dies kaum zu einem unterschiedlichen Ergebnis führen dürfte, da ebenfalls nach einem der EU-Rechtsordnung eigenen Freiheitsmaß zu fragen wäre. Dessen Gehalt kann in jedem Fall nur der EuGH letztverbindlich bestimmen.

Festzuhalten bleibt, dass nationale Garantien der Vertragsfreiheit das Unionsprivatrecht nicht leiten können. Doch statt die damit umso dringendere Frage nach unionsrechtlichen Freiheitsverbürgungen zu stellen, treibt der EuGH eine ihrer Stoßrichtung nach eher einseitige Konstitutionalisierung des EU-Schuldvertragsrechts voran.

IV. Einseitige Konstitutionalisierung des Unionsprivatrechts

Die grundrechtliche Durchdringung und Überformung des Privatrechts wird mit dem den Staatswissenschaften[40] entlehnten Begriff der Konstitutionalisierung belegt.[41] Das dahinterstehende Phänomen ist in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen seit längerem bekannt, obschon der Einwirkungsgrad grundrechtlicher Wertungen unterschiedlich ausfällt.[42] Eine unionsrechtliche Dimension gewinnt die Konstitutionalisierung des Privatrechts durch die gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV auf Ebene des Primärrechts angesiedelten Unionsgrundrechte der GRCh sowie durch die Grundrechte gemäß Art. 6 Abs. 3 EVU.[43]

Diese Unionsgrundrechte verlangen auch im gesamten EU-*Privat*recht Beachtung, da die „in der Unionsrechtsordnung garantierten Grundrechte in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen Anwendung finden".[44] In der

---

2014:279 Rn. 43 f. (Verbraucherschutz und ausgewogene Vertragsverhältnisse betreffende Grundsätze des Unionsrechts).

[40] Vgl. zur Bedeutung des Begriffs der Konstitutionalisierung nur *Loughlin,* in: Dobner/Loughlin (eds.), The Twilight of Constitutionalism? (2010), S. 47 ff.

[41] Siehe zur „constitutionalisation of private law" bereits *Markesinis,* Mod. L. Rev. 53 (1990), 1, 10. Siehe ferner nur *Kumm,* GLJ 7 (2006), 341 ff. Siehe zum Unionsprivatrecht statt vieler *Hess,* JZ 2005, 540 f.; *Colombi Ciacchi,* ERCL 2 (2006), 167 ff.; *Busseuil,* Contribution à l'étude de la notion de contrat en droit privé européen (2009), S. 637 f.; *C. Möllers,* in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht (2009), S. 227, 265 ff. Siehe schließlich zum deutschen Privatrecht nur Jauernig/*Mansel* (2015), Vor §§ 241 ff. BGB Rn. 2.

[42] Siehe nur den umfassenden rechtsvergleichenden Überblick in Brüggemeier/Colombi Ciacchi/Comandé (eds.), Fundamental Rights and Private Law in the European Union I (2010).

[43] Obschon ein Beitritt der EU zur EMRK derzeit angesichts EuGH Gutachten v. 18.12.2014 – Gutachtenverfahren 2/13 *(EMRK-Beitritt II),* EU:C:2014:2454 unwahrscheinlich ist, stützt der EuGH seine Grundrechtsrechtsprechung nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Vorgaben in Art. 52 GRCh auch auf die EMRK.

[44] Vgl. aus der ständigen Rechtsprechung nur EuGH Urt. v. 15.1.2014 – Rs. C-176/12 *(Association de médiation sociale),* EU:C:2014:2 Rn. 42; EuGH Urt. v. 30.4.2014 – Rs. C-390/12 *(Pfleger),* EU:C:2014:281 Rn. 34. Von der „participation des droits fondamentaux à la construction d'un droit européen des contrats" spricht daher *Pelissier,* in: Cabrillac/

Tat fordert der Unionsgesetzgeber in jüngeren privatrechtlichen Rechtsakten ausdrücklich, dass diese den Unionsgrundrechten und insbesondere der GRCh genügen müssen.[45] Zu den Gewährleistungen der Charta zählen dabei unter anderem der Verbraucherschutz gemäß Art. 38, die Arbeitnehmerrechte nach Art. 27 ff. sowie der Diskriminierungsschutz gemäß Art. 21, 23 GRCh.

Auch der EuGH stellt das EU-Schuldvertragsrecht zunehmend unter den Einfluss der Unionsgrundrechte und betont in diesem Zusammenhang vor allem die Gleichheitsgrundrechte.[46] So ist beispielsweise das Verbot der Altersdiskriminierung durch die *Mangold*-Entscheidung zu einem allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts erhoben worden.[47] In Anbetracht des unionsgrundrechtlichen Diskriminierungsverbots gemäß Art. 21 GRCh ging der

---

Mazeaud/Prüm (éd.), Le contrat en Europe aujourd'hui et demain (2008), S. 29. Siehe zu den Privatrechtswirkungen der Unionsgrundrechte und insbesondere der unionalen Vertragsfreiheit noch eingehend unten Kapitel 3 § 1.

[45] Vgl z. B. Erwägungsgrund Nr. 5 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16 (Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie 2000/78/EG); Erwägungsgrund Nr. 3 Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 2002 L 269/15; Erwägungsgrund Nr. 46 Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Mai 2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. 2009 L 122/28. Vgl. schließlich auch Erwägungsgrund Nr. 37 des – mittlerweile zurückgenommenen – Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635 endg. Vgl. jüngst auch Erwägungsgrund Nr. 44 Verordnung (EU) 2015/751 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge, ABl. 2015 L 123/1: „Diese Verordnung steht im Einklang mit den Grundrechten und Grundsätzen, die insbesondere mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union anerkannt wurden, vor allem mit […] der unternehmerischen Freiheit sowie dem Verbraucherschutz, und ist im Einklang mit diesen Rechten und Grundsätzen anzuwenden".

[46] Vgl. zum umfassenden Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte im Kontext des EU-Privatrechts nur EuGH Urt. v. 19.1.2010 – Rs. C-555/07 *(Kücükdeveci),* Slg. 2010, I-365 Rn. 22 ff. (diskriminierende Kündigungschutzregelung); EuGH Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-243/09 *(Fuß),* Slg. 2010 I-9849 Rn. 66 (Arbeitsrecht); EuGH Urt. v. 1.3.2011 – Rs. C-236/09 *(Test-Achats),* Slg. 2011, I-773 Rn. 16 ff. (Versicherungsvertragsrecht); EuGH Urt. v. 19.4.2016 – Rs. C-441/14 *(Dansk Industri),* EU:C:2016:278 Rn. 21 ff. (Arbeitsvertrag und Ausschluss der Abfindung nach dem 60. Lebensjahr). Vgl. vor Inkrafttreten der GRCh bereits EuGH Urt. v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *(Mangold),* Slg. 2005, I-9981 Rn. 75 ff. (arbeitsvertragliche Befristung). Siehe zu dieser Entwicklung bereits *Basedow,* Bitburger Gespräche 2008/I (2009), S. 85, 102 und 104.

[47] EuGH Urt. v. 22.11.2005 – Rs. C-144/04 *(Mangold),* Slg. 2005, I-9981 Rn. 75 ff.

EuGH in der Rechtssache *Kücükdeveci* von der Unanwendbarkeit des § 622 Abs. 2 BGB a.F. aus[48] und verbannte durch sein *Test-Achats*-Judikat sodann bestimmte Vertragsgestaltungen und -inhalte gleich ganz aus dem Privatrecht der Union und ihrer Mitgliedstaaten.[49] In den vorgenannten Entscheidungen fokussiert der Gerichtshof allein auf unionsrechtliche Gleichheitsverbürgungen, ohne die Vertragsfreiheit anzusprechen, geschweige denn in eine Abwägung einzutreten.[50]

Diese einseitige Konstitutionalisierung droht nicht zuletzt deshalb die Grundfesten des überkommenen Vertragsverständnisses zu erschüttern, weil Art. 21 GRCh Ungleichbehandlungen aufgrund 16 Kriterien, einschließlich der „sozialen Herkunft" und des „Vermögens", untersagt. Doch welcher Händler möchte schon seine Ware einem Käufer überlassen, der den Kaufpreis aufgrund seiner Vermögensverhältnisse nicht begleichen kann? Welche Bank wird freiwillig einen Kredit- oder auch nur einen Kontovertrag mit einer Partei schließen, die nahezu zahlungsunfähig ist? Vor diesem Hintergrund erkennt das Unionsprivatrecht die Bonität des Vertragspartners als Voraussetzung für einen Vertragsschluss beispielsweise in Art. 8 Verbraucherkreditrichtlinie[51] ausdrücklich an.

Doch diese Gewissheit gerät zunehmend ins Wanken. So trägt der bereits erwähnte Art. 15 Zahlungskontenrichtlinie das unionsgrundrechtliche Diskriminierungsverbot unmittelbar in das unionale Schuldvertragsrecht hinein: Kreditinstitute dürfen künftig den Abschluss eines Zahlungskontovertrags mit Verbrauchern nicht „aus einem in Artikel 21 der Charta genannten Grund" ablehnen. Das in Bezug genommene Unionsgrundrecht erfasst auch das „Vermögen", weshalb nun selbst eine schlechte Bonität keine Verweigerung des Vertragsschlusses mehr rechtfertigt. Obschon hier das Grundrecht des Art. 21 GRCh formal nicht unmittelbar auf die Vertragsbeziehungen Anwendung findet, kommt diese Regelung einer horizontalen (Direkt)Wirkung zwischen Privaten doch sehr nahe: Durch die Verweisungstechnik des Art. 15 Zahlungskontenrichtlinie findet Art. 21 GRCh Eingang in privatrechtliche Ver-

---

[48] EuGH Urt. v. 19.1.2010 – Rs. C-555/07 *(Kücükdeveci),* Slg. 2010, I-365 Rn. 18 ff. Zuletzt mit Blick auf das dänische Arbeitsrecht bestätigt durch EuGH Urt. v. 19.4.2016 – Rs. C-441/14 *(Dansk Industri),* EU:C:2016:278 Rn. 21 ff. und insbesondere Rn. 35.

[49] EuGH Urt. v. 1.3.2011 – Rs. C-236/09 *(Test-Achats),* Slg. 2011, I-773 Rn. 16 ff.

[50] Dabei greift EuGH Urt. v. 1.3.2011 – Rs. C-236/09 *(Test-Achats),* Slg. 2011, I-773 Rn. 16 ff. besonders tief in die Vertragsfreiheit ein: Sollte der Gerichtshof das Verbot der Benachteiligung aufgrund des Geschlechts künftig auch auf die Risikoprüfung im Versicherungsvertragsrecht beziehen, so dürfte unter anderem „nicht mehr auf Grund geschlechtsspezifischer Vorerkrankungen wie Prostata- oder Brustkrebs differenziert werden. Faktisch könnte dies auf einen Kontrahierungszwang hinauslaufen, wenn der Versicherer das Risiko freiwillig nicht übernehmen würde", so treffend *Armbrüster,* LMK 2011, 315339.

[51] Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. 2008 L 133/66.

träge über Bankkonten.[52] Dies könnte indes nur der Anfang sein, da der EuGH jüngst erstmalig explizit betont hat, dass zumindest das in Art. 21 GRCh wurzelnde

„Verbot der Diskriminierung wegen des Alters *dem Einzelnen ein subjektives Recht verleiht,* das er als solches geltend machen kann und das die nationalen Gerichte *auch in Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatpersonen* verpflichtet".[53]

Keine diese Entwicklungen bedeutet für sich genommen, dass das Unionsprivatrecht straff am hoheitlichen Gängelband geführt wird und gesetzgeberische Steuerungsinteressen an die Stelle individueller Willensentfaltung treten. Zu beobachten ist jedoch eine bereichsspezifische und schrittweise Erosion privatautonomer Gestaltungsspielräume. Diese Konstitutionalisierung des Unionsprivatrechts dürfte künftig weiter an Bedeutung gewinnen, so dass sich die Frage aufdrängt, wie ihr die Einseitigkeit genommen werden kann.

V. Zwischenfazit: Vertragsfreiheit als Leitlinie und Selbstbehauptungsinstrument des Privatrechts

Die Hypotrophie der Vertragsfreiheit im Unionsrecht und ihre Folgen für das Privatrecht der EU und ihrer Mitgliedstaaten bilden den Ausgangsbefund der vorliegenden Abhandlung. Anlass für eine umfassende Untersuchung besteht, weil nur eine unionale Verbürgung der Vertragsfreiheit als einendes Leitbild des fragmentierten EU-Schuldvertragsrechts und als sichtbare Schranke für freiheitsverkürzende Regelungen dienen kann. Die Frage nach dem Standort und dem Gewährleistungsgehalt der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie in der Unionsrechtsordnung stellt sich dabei umso dringender, als angesichts der fortschreitenden Konstitutionalisierung des EU-Schuldvertragsrechts ein schleichender „Autonomieverlust des Privatrechts" droht.[54]

---

[52] Darüber hinaus steht zu erwarten, dass die sekundärrechtliche Vorgabe in Art. 15 Zahlungskontenrichtlinie im Falle eines Vorabentscheidungsersuchens zum EuGH explizit um eine unionsgrundrechtliche Dimension erweitert wird. Für diese Lesart spricht, dass der EuGH auch ohne derart eindeutige Bezugnahmen auf die GRCh im Sekundärrecht bereits zuvor die Grenze zwischen unionsprivatrechtlichen Regelungen einerseits und unionsgrundrechtlichen Gewährleistungen des Art. 21 GRCh andererseits verwischt hat: Beispielsweise geht der EuGH Urt. v. 19.1.2010 – Rs. C-555/07 *(Kücükdeveci),* Slg. 2010, I-365 Rn. 18 ff.; EuGH Urt. v. 1.3.2011 – Rs. C-236/09 *(Test-Achats),* Slg. 2011, I-773 Rn. 16 ff. davon aus, dass bestimmte Regelungen des Unionsprivatrechts ein unionsgrundrechtliches Fundament haben und auf diese Weise an der primärrechtlichen Dignität der Unionsgrundrechte teilhaben können.

[53] EuGH Urt. v. 19.4.2016 – Rs. C-441/14 *(Dansk Industri),* EU:C:2016:278 Rn. 36 (Herv. d. Verf.). Allenfalls andeutungsweise zuvor EuGH Urt. v. 15.1.2014 – Rs. C-176/12 *(Association de médiation sociale),* EU:C:2014:2 Rn. 47.

[54] Vgl. *G. Wagner,* in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 77 ff. Mehr „Respekt vor der Eigenständigkeit des Privatrechts und der Privatautonomie" fordert z.B. auch Meyer/*Borowsky* (2014), Art. 51 GRCh Rn. 31.

Je nachdem, auf welcher normhierarchischen Ebene und in welchem Umfang die Vertragsfreiheit im Unionsrecht gewährleistet wird, könnten die interventionistischen Tendenzen ebenso wie die grundrechtliche Überformung des Unionsprivatrechts entweder rasch ihren Schrecken verlieren[55] – oder aber zu einer realen Bedrohung individueller Freiheit erstarken.

B. Forschungslücke, Gegenstand und Ansatz der Untersuchung

So bestechend und offenkundig der Verweis auf die Vertragsfreiheit als Leitprinzip des unionalen Schuldvertragsrechts erscheint, so schwer gestaltet sich beim gegenwärtigen Stand die Verortung dieser Freiheit im Recht der Europäischen Union (I). Um auf Basis des geltenden Rechtsrahmens ein kohärentes System zur Konzeptualisierung der Vertragsfreiheit zu entwerfen (II), verfolgt diese Abhandlung einen unionsrechtsimmanenten und rechtsvergleichenden Untersuchungsansatz und zieht insbesondere das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch als Referenzrahmen heran (III). Im Fokus der Untersuchung steht dabei die unionale Vertragsfreiheit in drei Schwerpunktbereichen.

I. Forschungsstand: Insulare und diffuse Gewährleistung

Glaubt man den bisherigen Stellungnahmen, so teilt die Vertragsfreiheit das Schicksal ihres wohl wichtigsten Anwendungsfeldes: Ebenso wie das EU-Schuldvertragsrecht scheint auch die Vertragsfreiheit in unterschiedliche Rechtsakte und -quellen zersplittert zu sein. Teilweise wird die rechtsgeschäftliche Privatautonomie als Ausfluss der durch Art. 119 AEUV im Binnenmarkt verbürgten freien Marktwirtschaft und Wettbewerbsordnung begriffen.[56] Ferner werden die Grundfreiheiten als Standort einer „grenzüberschreitenden Vertragsfreiheit“ benannt.[57] Im weiteren Verlauf dieser Abhandlung zeigt sich, dass keiner dieser überkommenen Ansätze zu überzeugen und die rechtsgeschäftliche Privatautonomie umfassend zu gewährleisten vermag.[58]

Gleiches gilt, soweit in jüngerer Zeit die kodifizierten Unionsgrundrechte der GRCh herangezogen werden. Denn obschon die Charta partielle Garantien der Vertragsfreiheit enthält, bleibt sowohl der sachliche als auch der persönliche Anwendungsbereich stets eng umgrenzt.[59] So nennt etwa der

---

Gleichsinnig *Herresthal,* in: Ziegler/Huber (eds.), Current Problems in the Protection of Human Rights (2013), S. 89, 96.

[55] In diesem Sinne schon *W.-H. Roth,* FS Medicus (2009), S. 393, 419: „Wird der Privatautonomie auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts das ihr zukommende Gewicht beigemessen […], verlieren die Argumente […] an Gewicht“.

[56] Hierzu unten Kapitel 2, § 1 A I 1.

[57] Vgl. insbesondere *Rittner,* JZ 1990, 838, 841; *Müller-Graff,* NJW 1993, 13 f. Siehe zum Ganzen eingehend unten Kapitel 2, § 1 A I 2.

[58] Dazu näher unten Kapitel 2, § 1 A III.

[59] Ausführlich hierzu unten Kapitel 2, § 1 A II.

Grundrechtskonvent allein die unternehmerische Freiheit gemäß Art. 16 GRCh als Standort der Vertragsfreiheit.[60] Indes kann Art. 16 GRCh die rechtsgeschäftliche Privatautonomie nur für einen bestimmten wirtschaftlich tätigen Personenkreis gewährleisten. Würde dies tatsächlich die einzige oder auch nur die vorrangige Anbindung darstellen, wäre Vertragsfreiheit keineswegs eine „Jedermannsfreiheit", sondern das Privileg einer bestimmten Gruppe.

Wenn demgegenüber von den Generalanwälten des EuGH sowie im rechtswissenschaftlichen Schrifttum eine umfassende Garantie der Vertragsfreiheit im Unionsrecht postuliert wird, bleibt dabei zumeist die normative Qualität dieser Freiheit im Dunkeln. So findet sich teilweise die Bezeichnung als „allgemeiner Rechtsgrundsatz", ohne dass die Herleitung, Natur und Reichweite dieses Grundsatzes spezifiziert werden.[61]

Für die Rechtspraxis und die Fortentwicklung des Unionsrechts unbefriedigend sind schließlich Ansätze, die eine rechtsförmige Garantie der Vertragsfreiheit mit dem Argument für verzichtbar halten, dass es sich bei dieser Freiheit um ein apriorisches Prinzip handle.[62] Nur eine als verbindlicher Rechtssatz verbürgte Vertragsfreiheit kann als Maßstab und damit als Korrektiv zu den zahlreichen im Unionsrecht positivierten Einschränkungen dieser Freiheit fungieren.[63] Das Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung ist entspre-

---

[60] Erläuterungen zur Charta, ABl. 2007 C 303/17, 23. Vgl. sodann z.B. EuGH Urt. v. 22.1.2013 – Rs. C-283/11 *(Sky Österreich),* EU:C:2013:28 Rn. 42 ff.; EuGH Urt. v. 18.7.2013 – Rs. C-426/11 *(Alemo-Herron),* EU:C:2013:521 Rn. 30; EuGH Urt. v. 21.12.2016 – Rs. C-201/15 *(AGET Iraklis),* EU:C:2016:972 Rn. 67 f.

[61] GA *Kokott* Schlussanträge v. 17.9.2009 – Rs. C-441/07 P *(Kommission/Alrosa),* Slg. 2010, I-5949 Rn. 225: „Die Vertragsfreiheit gehört zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts". In diese Richtung bereits GA *Trstenjak* Schlussanträge v. 28.3.2007 – Rs. C-331/05 P *(Internationaler Hilfsfonds/Kommission),* Slg. 2007, I-5475 Rn. 93. Siehe auch *Canaris,* FS Lerche (1993), S. 873, 890; *Bruns,* JZ 2007, 385, 392; *Basedow,* Bitburger Gespräche 2008/I (2009), S. 85, 94 f.; *Safjan/Miklaszewicz,* ERPL 18 (2010), 475, 484 f. Nachdrücklich gegen die Einordnung der Vertragsfreiheit als allgemeiner Rechtsgrundsatz plädiert indes *Prassl,* ILJ 42 (2013), 434, 442.

[62] In diesem Sinne – wenn auch mit dem Fokus auf der Vertragsbindung – zuletzt z.B. *Stöhr,* AcP 214 (2014), 425, 441 ff. und 444 m.w.N. („Vertragsfreiheit und Vertragsbindung [sind] der Rechtsordnung […] apriorisch vorgegeben"). Vgl. zur Gewährleistung der „Privatautonomie […] kraft eines vorgesellschaftlichen, jedenfalls vorstaatlichen Anspruchs" auch *Böhm,* ORDO 22 (1971), 11, 20 f.

[63] Zwar sind Verträge in der Tat schon geschlossen worden, lange bevor rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung im (supra-)nationalen Recht gewährleistet werden konnte. In der Europäischen Union bedarf die Freiheit, Verträge zu schließen, indes notwendig der Anerkennung durch die Unionsrechtsordnung, damit der Ausgangs- sowie der Endpunkt dieser Freiheitsausübung überhaupt als „Vertragserklärungen" und „Vertrag" im *rechtlichen* Sinne gelten können, siehe hierzu allgemein nur *Alexy,* Theorie der Grundrechte (1985), S. 215 f.; *Busche,* Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999), S. 16 ff.; *Repgen,* Kein Abschied von der Privatautonomie (2001), S. 76 f.; *M.-P. Weller,* Die Vertragstreue (2009), S. 171. Mit Blick auf die Unionsrechtsordnung führt *Herresthal,* in:

chend juristisch-dogmatischer und nicht nur ethisch-philosophischer Natur, da es auf die in der supranationalen Unionsrechtsordnung *geltende* Vertragsfreiheit zielt.[64]

Beim derzeitigen Stand ist weitgehend ungewiss, wo die Vertragsfreiheit verbürgt ist, welche Rechtsnatur sie hat und was sie konkret gewährleistet.[65] Diese Forschungslücke sucht die vorliegende Abhandlung zu schließen.

II. Ausgangshypothesen zur Verbürgung und Materialisierung der Vertragsfreiheit

Die beiden zentralen Ausgangshypothesen orientieren sich an den eingangs konstatierten Defiziten der aktuellen Rechtsentwicklung: Während die Vertragsfreiheit in der Unionsrechtsordnung zum einen weder als privat- noch als grundrechtliche Verbürgung sichtbar ist, werden im Anwendungsbereich des EU-Rechts sowohl sämtliche mitgliedstaatliche Freiheitsgarantien zurückgedrängt als auch EU-Gleichheitsgrundrechte überbetont. Zum anderen erscheint das Schuldvertragsrecht der EU nicht zuletzt auch deshalb zersplittert und inkohärent, weil es der Vertragsfreiheit als zentraler privatrechtlicher Leitidee gebricht, die eine Systematisierung erlaubt.

1. Doppelköpfigkeit der Vertragsfreiheit im geltenden Unionsrecht

Vor diesem Hintergrund lautet die erste Hypothese, dass die Vertragsfreiheit in der Unionsrechtsordnung von doppelköpfiger Gestalt ist: Diese Freiheit wird als *allgemeiner privatrechtlicher Rechtsgrundsatz* und zugleich als *Unionsgrundrecht* garantiert. In beiden Erscheinungsformen kann die unionale Vertragsfreiheit zunächst als verbindendes Element und Orientierungspunkt des Schuldvertragsrechts der EU dienen. Eine zentrale Funktion kommt dem

---

Ziegler/Huber (eds.), Current Problems in the Protection of Human Rights (2013), S. 89, 99 treffend aus: „[P]rivately arranged relationships require recognition by a legal system". Eine apriorische Sicht auf die Vertragsfreiheit kann heutzutage daher bezeichnenderweise nur einnehmen, wer die Vertragsparteien in einen – vermeintlich – rechtsfreien Raum verweist: Beispielsweise schickt *Husserl,* Rechtskraft und Rechtsgeltung (1925), S. 39 die Adressaten der Vertragsfreiheit in eine Wüste, und nach dem Ansatz von *Stöhr,* AcP 214 (2014), 425, 445 mischen sich die Vertragsparteien unter indigene Völker Westafrikas.

[64] Vgl. zu dieser Unterscheidung zwischen ethisch-philosophischer und juristisch-dogmatischer Fragestellung nur *Alexy,* Theorie der Grundrechte (1985), S. 160; *M.-P. Weller,* Die Vertragstreue (2009), S. 163. Auch *unverbindliche* akademische Modellregeln zur Vertragsfreiheit, wie beispielsweise Art. 1:102 Principles of European Contract Law (PECL) und Art. II.-1:102 Draft Common Frame of Reference (DCFR), zählen nicht zum *geltenden* Recht der Union. Solche Modellregeln werden im Folgenden zwar berücksichtigt, ohne jedoch im Fokus der Untersuchung zu stehen.

[65] So auch *Herresthal,* in: Ziegler/Huber (eds.), Current Problems in the Protection of Human Rights (2013), S. 89, 97 f.

privatrechtlichen Rechtsgrundsatz bei der Auslegung und Lückenfüllung der Rechtsakte des EU-Schuldvertragsrechts zu.[66]

Durch die unionsrechtliche Verbürgung der Vertragsfreiheit verschiebt sich der Ankerpunkt vieler schuldvertraglicher Regelungen: Sowohl im Unionsrecht als auch in den mannigfaltigen durch das EU-Privatrecht beeinflussten Feldern des mitgliedstaatlichen Rechts wird längst nicht mehr die nationale, sondern vielmehr eine *unionale* Vertragsfreiheit verwirklicht, beschränkt oder auf sonstige Weise ausgestaltet. Daraus folgt, dass beispielsweise im Geltungsbereich der Klauselrichtlinie die Grenzen der Inhaltskontrolle von Verträgen nunmehr durch die unionale Vertragsfreiheit gezogen werden.[67] Selbst die Handhabung des § 138 Abs. 1 BGB mag im Einzelfall unionsrechtliche Vorzeichen erhalten.[68]

Als unionsgrundrechtliche Gewährleistung stellt die Vertragsfreiheit sodann den wohl bedeutendsten „Vorposten des Privatrechts" im Primärrecht der Union dar: So kann sie gegen überbordende Freiheitsverkürzungen in Stellung gebracht werden und insbesondere ein Gegengewicht zu den Privatrechtswirkungen der Gleichheitsgrundrechte bilden.[69] Damit lässt sich der „Autonomieverlust des Privatrechts"[70] paradoxerweise nur verhindern, indem die Konstitutionalisierung des Unionsprivatrechts einerseits als gegeben akzeptiert, diesem Phänomen aber andererseits durch die Betonung der grundrechtlichen Dimension der Vertragsfreiheit die Einseitigkeit genommen wird.

2. Materialisierung durch Unionsprivatrecht, BGB und ZPO

Die grundrechtliche Dimension der Vertragsfreiheit gebietet zudem, dass die Vertragspartner ihre jeweilige Freiheit möglichst umfassend verwirklichen können. Damit bedarf es eines angemessenen Ausgleichs dieser Freiheits-

---

[66] Siehe dazu noch eingehend unten Kapitel 3 § 1 B.

[67] Siehe hierzu näher unten Kapitel 7 § 2.

[68] So ist z.B. zu erwägen, ob das unter bestimmten Voraussetzungen auch auf Bürgschaftsverträge anwendbare EU-Verbrauchervertragsrecht nicht den Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet, so dass z.B. bei der Prüfung von Angehörigenbürgschaften im Rahmen des § 138 BGB womöglich – zumindest auch – die *unionale* Vertragsfreiheit zu berücksichtigen wäre, vgl. zum „doppelten" Verbrauchererfordernis nur EuGH Urt. v. 17.3.1998 – Rs. C-45/96 *(Dietzinger),* Slg. 1998, I-1199 Rn. 18 ff.; EuGH Urt. v. 23.3.2000 – Rs. C-208/98 *(Berliner Kindl),* Slg. 2000, I-1741 Rn. 17 ff. und vgl. zur Berücksichtigung der „grundrechtlichen Gewährleistung der Privatautonomie" im Rahmen des § 138 BGB nur BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 – Az. 1 BvR 567/89 u.a., BVerfGE 89, 214, 229 ff. Siehe hierzu eingehend unten Kapitel 5 und dort insbesondere § 2 C II.

[69] Vgl. bereits *F. Bydlinski,* Das Privatrecht im Rechtssystem einer „Privatrechtsgesellschaft" (1994), S. 75 f. Ebenso zur Rolle der Unionsgrundrechte im Allgemeinen – allerdings ohne die Vertragsfreiheit zu erwähnen – *Perner,* Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013), S. 173.

[70] Vgl. wiederum *G. Wagner,* in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 77 ff.

sphären, wodurch die „Aufgabe der Herstellung praktischer Konkordanz zu einem Thema des Zivilrechts“ wird.[71]

Die zweite Ausgangshypothese lautet, dass sich unter dem Einfluss der unionalen Vertragsfreiheit ein Normkomplex herausbildet, der auf unterschiedlichen Ebenen und mit einer großen Variationsbreite von Instrumenten den Vertragsparteien werthaltige rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung – und damit Vertragsfreiheit „im anspruchsvollen Sinne“[72] – zu ermöglichen sucht. Die unionsprivatrechtlichen Regelungen betreffend den Abschluss, die Durchführung sowie die Durchsetzung von Verträgen sind jedoch lückenhaft, so dass dieses System zwangsläufig auch auf mitgliedstaatliche Normen zurückgreifen muss. Insbesondere unter der Einwirkung des Effektivitätsgrundsatzes werden das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch[73] sowie die Zivilprozessordnung[74] in den Dienst der Verwirklichung unionaler Vertragsfreiheit gestellt.

Dieses Phänomen sowie das daraus im weiteren Verlauf der Untersuchung schrittweise zu entwickelnde System werden im Folgenden unter den changeanten Begriff der *Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit* gefasst.[75]

III. Methodik und Bezugsrahmen

Da die Unionsrechtsordnung einer umfassenden Verbürgung der Vertragsfreiheit bedarf, drängt sich die Folgefrage auf, mithilfe welcher Methoden diese nicht ausdrücklich normierte Freiheit im Recht der EU verortet werden kann. Während bei der Begründung der Vertragsfreiheit im Binnenmarkt notwendigerweise auch ökonomische Argumente einfließen,[76] fokussiert diese Untersuchung auf die rechtliche Verbürgung der unionale Vertragsfreiheit.[77] Dabei legt die Vielfalt der Rechtsquellen sowie die „Multidimensiona-

---

[71] So mit Blick auf die Entfaltung der Vertragsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG in der deutschen Rechtsordnung auch Maunz/Dürig/*Di Fabio* (2016), Art. 2 GG Rn. 112.

[72] *G. Wagner,* in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 19 f.

[73] Siehe unten Kapitel 5.

[74] Siehe unten Kapitel 6.

[75] Siehe zum Begriff und zum Phänomen der Materialisierung eingehend Kapitel 4, Kapitel 5 und Kapitel 6. Siehe mit Blick auf das deutsche Bürgerliche Recht nur *Drexl,* Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998), S. 208 f., 293 ff.; *Canaris,* AcP 200 (2000), 273, 277 ff. Siehe im Kontext des Unionsprivatrechts – allerdings ohne Bezugnahme auf die unionale Vertragsfreiheit – *Riesenhuber,* System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts (2003), S. 553 f.; *Hess,* JZ 2005, 540, 548; *G. Wagner,* ZEuP 2007, 180, 191 ff.; *Fornasier,* Freier Markt und zwingendes Vertragsrecht (2013), S. 77 ff.

[76] Namentlich baut die EU-Wirtschaftsverfassung auf die Vertragsfreiheit und auch ideengeschichtlich bilden ökonomische Bedürfnisse eine entscheidenden Triebfeder des Siegeszuges der Vertragsfreiheit, siehe eingehend unten Kapitel 1 § 1 und § 2.

[77] Siehe zur ökonomischen Begründung der Vertragsfreiheit statt aller *G. Wagner,* in: Blaurock/Hager (Hrsg.), Obligationenrecht im 21. Jahrhundert (2010), S. 13, 16 f. m.w.N., der darauf hinweist, dass die Verbindung zwischen der rechtsgeschäftlichen Privatautono-

lität der Systemzusammenhänge" im Unionsrecht eine Verschränkung unterschiedlicher Methoden nahe.[78] Diese Abhandlung nimmt dabei vor allem drei Sachmaterien in den Blick und stellt die gewonnenen Erkenntnisse in den Kontext der bürgerlich-rechtlichen Dogmatik.

1. Unionsrechtsimmanente, rechtsaktsübergreifende und rechtsvergleichende Untersuchung

Den Ausgangspunkt bildet ein *unionsrechtsimmanenter, rechtsaktsübergreifender* und *rechtsvergleichender* Untersuchungsansatz. Die unionsrechtsimmanente Betrachtung ist durch die Autonomie des „ordre juridique propre" der EU vorgegeben: In erster Linie soll das Unionsrecht aus sich selbst heraus ausgelegt und gegebenenfalls fortentwickelt werden.[79] Bei der Überprüfung der zentralen Hypothesen dieser Abhandlung reicht ein nach innen gewandten Ansatz indes nicht aus, um zu ermitteln, ob die unionale Vertragsfreiheit ein Unionsgrundrecht und zugleich ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsprivatrechts ist.

Vielmehr setzen die Identifikation allgemeiner privatrechtlicher Grundsätze ebenso wie die Herausarbeitung ungeschriebener Unionsgrundrechte im Sinne des Art. 6 Abs. 3 EUV voraus, dass in einem ersten Schritt unterschiedliche Referenzmaterien sowohl unionsrechtsimmanent, rechtsakts- übergreifend als auch rechtsvergleichend untersucht werden.[80] Da Bezugspunkte so-

---

mie und dem ökonomischem Maßstab der Wohlfahrtsmaximierung gerade darin liegt, dass „der Effizienz-Begriff an den Nutzenfunktionen der Individuen orientiert ist". Die unionale Vertragsfreiheit gestattet den Akteuren im Binnenmarkt nun, durch das Instrument des Vertrags entsprechend ebendieser subjektiven Präferenzen zu handeln. Vgl. zur ökonomischen Legitimation der Vertragsfreiheit auch *Schäfer/Ott,* Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts (2012), S. 449 f. sowie mit Blick auf die Parteiautonomie *Rühl,* Statut und Effizienz (2011), S. 343 ff.

[78] Vgl. bereits *Basedow,* in: Zimmermann/Knütel/Meincke (Hrsg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (1999), S. 79, 92. Mit Blick auf das Unionsprivatrecht spricht *Gsell,* AcP 214 (2014), 99, 107 treffend von einer „Methodenpluralität parallel zur Pluralität der Regelsetzer, Rechtsquellen und Rechtsanwender".

[79] Vgl. zur Autonomie des Unionsrechts wiederum grundlegend EuGH Urt. v. 15.7.1964 – Rs. 6/64 *(Costa/E.N.E.L.),* Slg. 1964, 1149, 1158. Siehe auch *Jansen,* ZEuP 2004, 441, 443; *Heinze,* Schadensersatz im Unionsprivatrecht (2017), S. 93 ff. m.w.N.

[80] Siehe zum Ganzen noch eingehend unten Kapitel 2 § 2 A II. Siehe mit Blick auf allgemeine Rechtsgrundsätze des Unionsprivatrechtsrechts *Metzger,* Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht (2009), S. 37 ff. und 545 f.; *Basedow,* FS Hopt I (2010), S. 27, 37 ff. und 41; *ders.,* ERPL 24 (2016), 331, 340 ff. und insbesondere 346. Auch nach Art. 6 Abs. 3 EUV sind ungeschriebene Unionsgrundrechte als allgemeine, den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gemeine, verfassungsrechtliche Gewährleistungen rechtsvergleichend zu ermitteln: „Die Grundrechte, […] wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts". Im Schrifttum wird die Möglichkeit einer

mit das Unionsrecht und das Recht der Mitgliedstaaten sind, werden bei der Gewinnung allgemeiner Rechtsgrundsätze der *acquis commun* und der *acquis communautaire* zusammengeführt.[81] Ausweislich des Art. 6 Abs. 3 EUV ist darüber hinaus auch das Völkerrecht in die Betrachtungen einzubeziehen.[82] Wenn und soweit sich hieraus eine hinreichende Basis ergibt, kann die Zusammenschau der speziellen Regelungen in einem zweiten Schritt gegebenenfalls einen Induktionsschluss auf einen allgemeinen, hinter all diesen Einzelregelungen stehenden Grundsatz tragen.[83]

2. *Unionale Vertragsfreiheit in drei Schwerpunktbereichen*

Um Grund und Grenzen der unionalen Vertragsfreiheit bestimmen zu können, müssen somit unterschiedliche Regelungsbereiche durchmessen und auf die Verbürgung und Ausgestaltung dieser Freiheit hin untersucht werden. Der induktive Ansatz setzt eine möglichst breite und heterogene Basis von Refe-

---

rechtsgebietsübergreifenden Systematisierung des Unionsrechts zwar teilweise mit dem Argument verneint, dass insbesondere die zahlreichen Einzelrechtsakte des EU-Privatrechts auf divergierenden Ermächtigungsgrundlagen fußten: Einheitliche Strukturprinzipien, geschweige denn allgemeine Rechtsgrundsätze könnten auf dieser heterogenen Grundlage nicht gedeien, vgl. *Schmid,* Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union (2010), S. 716. Ähnlich wohl *W.-H. Roth,* CMLR 40 (2003), 937, 946. Diese Annahme ist bereits mit dem Autonomiepostulat des Unionsrechts schwerlich übereinzubringen, weshalb es kaum Wunder nimmt, dass der EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung sehr wohl Elemente aus unterschiedlichen Regelungsbereichen des Unionsrechts ohne Ansehung des jeweils zugrunde liegenden Kompetenztitels betrachtet und zur Fortentwicklung des Unions(privat)rechts fruchtbar macht, vgl. etwa zum Begriff des Versicherungsvertrags im Steuerrecht einerseits und in der Klauselrichtlinie andererseits nur EuGH, Urt. v. 17.1.2013 – Rs. C-224/11 *(BGŻ Leasing),* EU:C:2013:15 Rn. 58; EuGH Urt. v. 23.4.2015 – Rs. C-96/14 *(Van Hove),* EU:C:2015:262 Rn. 33 ff. Innerhalb einzelner Regelungsbereiche wird ein rechtsaktsübergreifender Ansatz sogar explizit durch das Unionsrecht vorgegeben, wie neben Art. 6 Abs. 3 EUV z. B. auch Erwägungsgrund Nr. 7 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. 2008 L 177/6 im internationalen Unionsprivatrecht belegt. Wie hier *Heinze,* Schadensersatz im Unionsprivatrecht (2017), S. 99 ff. m. w. N. aus anderen Sachmaterien.

[81] Vgl. zur Abgrenzung statt vieler *Jansen/Zimmermann,* JZ 2007, 1113, 1115 ff., die insoweit zu Recht hinterfragen, ob das Unionsprivatrecht als privatrechtlicher *acquis communautaire* überhaupt ohne Bezug auf das gemeineuropäische Privatrecht, also den *acquis commun,* vollumfänglich verstanden werden kann.

[82] Art. 6 Abs. 3 EUV verweist ausdrücklich auch auf das Völkervertragsrecht und namentlich die „Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind". Siehe hierzu noch eingehend unten Kapitel 2 § 2 A II 3.

[83] *Metzger,* Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht (2009), S. 37 ff. und 545 f.; *Basedow,* FS Hopt I (2010), S. 27, 37 ff. und 41; *ders.,* ERPL 24 (2016), 331, 346. Siehe dazu umfassend unten Kapitel 2 § 2 A II.

renzmaterien voraus, zumal der EuGH in der Rechtssache *Audiolux* explizit betont hat, dass isolierte, bereichsspezifische Vorschriften

„für sich genommen noch nicht für den Nachweis der Existenz eines allgemeinen Grundsatzes des [Unions]rechts genüg[en], insbesondere wenn ihr Anwendungsbereich auf sehr genau festgelegte und bestimmte Rechte beschränkt ist".[84]

Während solchen speziellen Einzelregelungen damit allenfalls Indizwirkung zukommt, liegt die Annahme eines allgemeinen unionalen Rechtsgrundsatzes näher, wenn ein bestimmter Grundsatz in unterschiedlichen Materien flächendeckend nachweisbar ist.[85] Vor diesem Hintergrund ist das gesamte Unionsrecht in den Blick zu nehmen, wobei der Fokus angesichts der unionsprivatrechtlichen Ausrichtung dieser Abhandlung auf drei Schwerpunktbereichen liegt.

Erstens wird das weit verästelte Gebiet des Verbrauchervertragsrechts betrachtet. Diese Materie ist zwar einerseits auf die Interessen der Konsumenten ausgerichtet. Andererseits betreffen die Regelungen durchaus sehr unterschiedliche Bereiche, von der Klauselkontrolle über den Verbrauchsgüterkauf bis hin zum Pauschalreiserecht. Auch bewegt sich das Unionsprivatrecht gerade mit der Klauselrichtlinie[86] in Richtung eines allgemeinen unionalen Verbrauchervertragsrechts, das als Querschnittsmaterie einheitliche Regelungen für unterschiedliche Sachbereiche bereithält und diese so miteinander verklammert.

Zweitens wird das unionale Finanzdienstleistungsvertragsrecht und damit insbesondere das Bank- und Versicherungsvertragsrecht untersucht. Freilich umfasst diese Materie ebenfalls verbraucherschützende Vorschriften, wie etwa die Wohnimmobilien-[87] und die Verbraucherkreditrichtlinie. Hierher gehören z. B. auch die Entgeltregelungen für die Nutzung von Zahlungsdiensten in Art. 19 Verbraucherrechterichtlinie.[88] Zugleich finden sich vielfältige Regelungen, die, wie z. B. die Zahlungsdiensterichtline[89] und die Interbanken-

---

[84] EuGH Urt. v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *(Audiolux),* Slg. 2009, I-9823 Rn. 34.

[85] EuGH Urt. v. 15.10.2009 – Rs. C-101/08 *(Audiolux),* Slg. 2009, I-9823 Rn. 34 und 42 spricht hier insoweit von dem „allgemeine[n] übergreifende[n] Charakter, der […] allgemeinen Rechtsgrundsätzen naturgemäß innewohnt". Siehe auch *Basedow,* ERPL 24 (2016), 331, 336 ff.

[86] Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29.

[87] Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. 2014 L 60/34.

[88] Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. 2011 L 304/64.

[89] Vgl. insbesondere Art. 30 ff., Art. 40 ff. Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt,

entgelteverordnung,[90] ausschließlich Vertragsverhältnisse professioneller Akteure erfassen. Damit ist das unionale Finanzdienstleistungsvertragsrecht eine Mischmaterie, die sowohl konsumentenschützende Elemente als auch Züge eines allgemeinen Verkehrsrechts für Finanzdienstleister aufweist.

Schließlich richtet diese Abhandlung ihr Augenmerk, *drittens,* auf die vertragsrechtlichen Implikationen des unionalen Wirtschaftsrechts: Das heterogene Rechtsgebiet des Wirtschafts*vertrags*rechts umfasst den Bestand unionsrechtlicher Normen, die den Rahmen für die Vertragsbeziehungen im unternehmerischen Verkehr ziehen.[91] Diese Materie enthält damit ausschließlich vertragsrechtliche Regelungen für professionelle Wirtschaftsakteure, wobei viele Bestimmungen auch marktordnende Funktionen erfüllen. Insofern hat das unionale Wirtschaftsvertragsrecht eine andere Stoßrichtung als das Verbrauchervertragsrecht sowie das verbraucherschützende Finanzdienstleistungsvertragsrecht.[92] Diese Abhandlung untersucht insbesondere auch die vertragsrechtlichen Implikationen des unionalen Kartell- und Wettbewerbs- sowie des Vergabe- und Infrastrukturrechts, da auch hier die unionale Vertragsfreiheit in vielfältiger Weise betroffen sein kann: So ziehen etwa Art. 101 und 102 AEUV der unternehmerischen Vertragspraxis unmittelbar Schranken.[93] Insgesamt garantiert das unionale Wettbewerbsrecht dank seiner „machtbeugenden Wirkung" tatsächliche Wahlmöglichkeiten am Markt und schafft damit erst die Grundlage für die Ausübung der Vertragsfreiheit.[94] Zugleich statuiert das unionale Kartell- ebenso wie das Infrastrukturrecht,

---

zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG, ABl. 2007 L/1.

[90] Verordnung (EU) 2015/751 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. April 2015 über Interbankenentgelte für kartengebundene Zahlungsvorgänge, ABl. 2015 L 123/1.

[91] Siehe zum Begriff des unionalen Wirtschaftsrechts statt vieler *Plate,* in: Stober/Paschke (Hrsg.), Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht (2012), S. 12 ff. sowie zum Begriff des Wirtschaftsvertragsrechts nur *Paschke,* in: Stober/Paschke (Hrsg.), Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht (2012), S. 74 ff.

[92] Dies darf freilich nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch das zwischen professionellen Akteuren geltende Sonderprivatrecht zuweilen „Schutzmechanismen" enthält, wie etwa die Handelsvertreterrichtlinie und die Zahlungsverzugsrichtlinie belegen, vgl. nur Art. 17 und Art. 19 Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. 1986 L 382/17; Erwägungsgrund Nr. 28 und Art. 7 Richtlinie 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2011 L 48/1.

[93] Statt vieler MünchKomm/*Busche* (2012), Vor § 145 BGB Rn. 4.

[94] Siehe zu dieser Wirkung des Wettbewerbs *Böhm,* in: Institut für ausländisches und internationales Wirtschaftsrecht (Hrsg.), Kartelle und Monopole im modernen Recht I (1961), S. 1, 22; *Mestmäcker,* JZ 1964, 441, 445. *Basedow,* LM § 8 AGB-Gesetz Nr. 30 stellt daher mit Blick auf die Vertragsfreiheit heraus, dass diese Freiheit zur Willkür zu werden droht, wo das „Korrelat der machtbeugenden Wirkung des Wettbewerbs fehlt".

etwa im Kontext des Zugangs zu Telekommunikations- und Energieleitungs- und Transportnetzen, zuweilen Kontrahierungszwänge, die eine empfindliche Beschränkung der unionalen Vertragsfreiheit bedeuten.[95]

Sollte sich die Vertragsfreiheit durchgängig in allen drei heterogenen Materien nachweisen lassen, mag dies eine besonders breite und belastbare empirische Basis für die induktive Herleitung eines allgemeinen unionalen Rechtsgrundsatzes der Vertragsfreiheit bieten.

3. BGB und bürgerlich-rechtliche Dogmatik als Referenzrahmen

Was sodann die Einwirkungsebenen und die Privatrechtsrelevanz der unionalen Vertragsfreiheit anbelangt, bildet das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch einen besonders vielversprechenden Referenzrahmen für die vorliegende Untersuchung: Zahlreiche Elemente des Unionsprivatrechts sind unmittelbar in das BGB inkorporiert worden, so dass die betreffenden Regelungen des BGB potenziell in den Wirkbereich unionaler Vertragsfreiheit gelangen.[96] Auch das bereits angesprochene Phänomen der Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit mithilfe des nationalen Privatrechts wird anhand der Instrumente des BGB eingehend untersucht.[97] In methodischer Hinsicht bedarf dabei stets die bürgerlich-rechtliche Dogmatik und ihr Verhältnis zu den unionsrechtlichen Vorgaben besonderer Aufmerksamkeit.[98]

---

[95] Ferner hat z.B. auch das europäische Vergaberecht insoweit unionsprivatrechtlichen Gehalt, als es das Zustandekommen von Verträgen regelt und die Vertragspartnerwahl- sowie die Inhaltsfreiheit der Parteien beschränken kann, dazu statt aller *Bittrich,* Vergabeverfahren und Bürgerliches Recht (2013), S. 120 und 125 ff. In diesem Sinne auch Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht, KOM(2001) 398 endg., S. 48 f.; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Ein kohärentes Europäisches Vertragsrecht – Ein Aktionsplan, KOM(2003), 68 endg., S. 46 und 51.

[96] Dabei haben Vorgaben aus allen drei untersuchten Sachmaterien Eingang in das BGB gefunden: Neben dem *EU-Verbrauchervertragsrecht,* das unter anderem in §§ 312 ff. und §§ 305 ff. BGB umgesetzt worden ist, sind auch Teilbereiche des *Finanzdienstleistungsvertragsrechts,* etwa in Gestalt der §§ 491 ff., § 511 BGB, unionsrechtlich determiniert. Schließlich betreffen z.B. die in § 271a, § 286 BGB umgesetzten unionsrechtlichen Vorgaben der Zahlungsverzugsrichtlinie allein Verträge zwischen gewerblich handelnden Akteuren und sind damit dem unionalen *Wirtschaftsvertragsrecht* zuzuschlagen, vgl. Art. 1 und Art. 2 Nr. 1 Zahlungsverzugsrichtlinie und siehe zur Abgrenzung erneut oben 2.

[97] Siehe dazu erneut oben B II 2 sowie umfassend unten Kapitel 5.

[98] Vgl. Kapitel 5 und dort beispielsweise § 2 A I 2 b sowie § 2 C II 2 zur „*Kipp'schen* Doppelwirkung im Recht" beim Aufeinandertreffen von §§ 119 ff. bzw. § 138 BGB einerseits und unionsprivatrechtlich fundierten Widerrufsrechten andererseits.

C. Gang der Darstellung entlang sieben Erkenntniszielen

Die vorliegende Abhandlung untersucht erstmals monographisch, welchen Platz und welche Gestalt die für das Privatrecht elementare Vertragsfreiheit im Gefüge des Unionsrechts einnimmt. Damit die Vertragsfreiheit tatsächlich als „Fixster[n] des Privatrechtssystems“[99] der Europäischen Union dienen kann, müssen insbesondere Standort, Inhalt und Konzeption dieser Freiheit bestimmt werden. Die Darstellung gliedert sich in drei Teile und verläuft entlang sieben Erkenntniszielen.

Erster Teil: Grundlegung der Vertragsfreiheit im Unionsrecht

Das *erste Kapitel* legt die Grundsteine der weiteren Untersuchung: So erschließen sich die Triebfedern ebenso wie die Grenzen der Vertragsfreiheit im Unionsrecht vollumfänglich erst vor dem Hintergrund der Ideengeschichte der Vertragsfreiheit einerseits und der Rolle dieser Freiheit in der Wirtschaftsverfassung der Union andererseits. Zudem bedarf der Vertragsbegriff des Unionsrechts der Konkretisierung, da dieser nicht zuletzt den Gewährleistungsgehalt unionaler Vertragsfreiheit mitbestimmt.

Das *zweite Kapitel* spürt der Verbürgung der Vertragsfreiheit im geltenden Unionsrecht nach. Ziel ist es, die Vertragsfreiheit normhierarchisch zu verorten und ihren Inhalt zu bestimmten. Der lückenhaften Gewährleistung der Vertragsfreiheit im geschriebenen Primärrecht wird zunächst der Befund gegenübergestellt, dass die Unionsrechtsordnung sieben Facetten der Vertragsfreiheit anerkennt und schützt. Darauf aufbauend ist nach der Rechtsnatur der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie im Unionsrecht zu fragen. Mithilfe der induktiven Methode wird die zentrale These der Arbeit überprüft, derzufolge die Vertragsfreiheit schon beim gegenwärtigen Entwicklungsstand der Unionsrechtsordnung sowohl ein allgemeiner Grundsatz des EU-Privatrechts als auch ein Unionsgrundrecht ist. Erste Konturen gewinnen der Gewährleistungs- und der Wesensgehalt sowie die Schranken der unionalen Vertragsfreiheit im Rahmen einer detaillierten Analyse der Rechtsprechung des EuGH.

Zweiter Teil: Vertragsfreiheit und ihre Materialisierung als Richtschnur des Schuldvertragsrechts der EU und ihrer Mitgliedstaaten

Im *dritten Kapitel* werden die privatrechtlichen Einwirkungsachsen sowie das Funktionsmodell der unionalen Vertragsfreiheit in den Blick genommen. Als zivilrechtlicher Rechtsgrundsatz und als Unionsgrundrecht entfaltet die Vertragsfreiheit zahlreiche Privatrechtswirkungen. Insbesondere dient die rechtsgeschäftliche Privatautonomie im EU-Schuldvertragsrecht zugleich als Begründung und als Begrenzung der Vertragsbindung. Hier deutet sich bereits

[99] *Mestmäcker,* AcP 168 (1968), 235, 238.

an, dass diese Freiheit ein potenziell wirkmächtiges Bindeglied zwischen den auf unterschiedliche Rechtsakte und -materien verstreuten Normen des EU-Schuldvertragsrechts ist. Verwirklicht wird die Vertragsfreiheit sodann in erster Linie durch den Vertrags- und Wettbewerbsmechanismus, wobei die Unionsrechtsordnung eine Richtigkeitsvermutung an diesen prozeduralen Modus der Freiheitsentfaltung knüpft.

Dieses Funktionsmodell unionaler Vertragsfreiheit kommt indes nicht ohne Flankierungen aus: Wo der Vertrags- und Wettbewerbsmechanismus zu versagen droht, muss er punktuell komplementiert und gestärkt werden, damit alle Akteure werthaltige Selbstbestimmungschancen erhalten. Diese Aufgabe übernimmt das Instrumentarium zur Materialisierung unionaler Vertragsfreiheit, dem sich das *vierte Kapitel* widmet. Zuvörderst ist der schillernde Begriff der Materialisierung konkretisierungsbedürftig. Auch muss das hiermit beschriebene Phänomen rechtsakts- und rechtsgebietsübergreifend systematisiert werden. In der Unionsrechtsordnung deutet sich dabei eine Zweiteilung in marktkonstitutive sowie wettbewerbsschützende Materialisierungsinstrumente einerseits und unionsprivatrechtliche Instrumente andererseits an.

Das *fünfte Kapitel* zeigt auf, dass das deutsche Bürgerliche Recht nicht nur vielfach in den Wirkbereich unionaler Vertragsfreiheit gerät, sondern auch in den Dienst ihrer Materialisierung gestellt werden kann. Die Interaktion bürgerlich-rechtlicher und unionsprivatrechtlicher Instrumente wird an den Beispielen der Anfechtung, §§ 119 ff. BGB, der *culpa in contrahendo,* § 311 Abs. 2 BGB, sowie der Generalklauseln der §§ 138, 242 BGB, untersucht. Hierbei zeigt sich, dass das BGB einen festen Platz im hybriden, weil zwischen unionalem und nationalem Privatrecht aufgeteilten, Materialisierungssystem einnimmt.

Das *sechste Kapitel* zeigt auf, wie insbesondere der EuGH zunehmend auch das nationale Zivilprozessrecht als Materialisierungsinstrument in Anspruch nimmt. Im Lichte der Triebkräfte und Ziele dieser verfahrensrechtlichen Dimension der Materialisierung erschließen sich auch die Einwirkungen auf die Prozessstadien im Rahmen der deutschen ZPO: Vom Erkenntnis- über das Mahnverfahren ziehen sich Materialisierungstendenzen bis in das Zwangsvollstreckungsrecht.

Soweit das heterogene und zuweilen inkohärente Unionsprivatrecht materiell in Einklang gebracht werden muss, um mit dem Privatrecht der Mitgliedstaaten das Fundament eines „gesamteuropäischen Privatrechts" bilden zu können,[100] drängt sich die Frage nach dem verbindenden Element auf. Im Schuldvertragsrecht liegt die Vertragsfreiheit als Antwort nahe. Vor diesem Hintergrund führt das *siebte Kapitel* die bisherigen Erkenntnisse zusammen und untersucht, inwieweit die unionale Vertragsfreiheit als Kompass und

[100] Vgl. *Metzger,* Extra legem, intra ius: Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht (2009), S. 271 und 464 f.

Schranke des Privatrechts der EU und ihrer Mitgliedstaaten dienen kann. Dabei wirkt die rechtsgeschäftliche Privatautonomie zwar auf ihre Materialisierung hin. Zugleich gebietet und gestattet sie Interventionen aber nur, soweit diese Freiheit nicht schon durch den Vertrags- und Wettbewerbsmechanismus entfaltet werden kann. Hieraus ergeben sich zum einen Konturen und Grenzen eines abgestuften Materialisierungssystems in der Unionsrechtsordnung. Zum anderen zieht die unionale Vertragsfreiheit in ihrem Wirkbereich allen freiheitsverkürzenden Privatrechtsnormen, etwa im Kontext der Inhaltskontrolle, Grenzen. Dadurch steckt die unionale Vertragsfreiheit dem Privatrecht der EU und ihrer Mitgliedstaaten insgesamt einen äußeren Rahmen.

Zwölf Thesen zur Vertragsfreiheit im Binnenmarkt

Im Anschluss an die Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse in Thesenform gibt diese Abhandlung einen kurzen Ausblick auf die künftige Bedeutung der Vertragsfreiheit und ihrer Materialisierung im Binnenmarkt.

Erster Teil

Grundlegung der Vertragsfreiheit im Unionsrecht

Die Existenz einer unionsrechtlichen Verbürgung der Vertragsfreiheit wird oft stillschweigend vorausgesetzt.[1] Die Frage nach der Anbindung, Konzeption und Ausgestaltung dieser Freiheit im Unionsrecht ist dagegen nur vereinzelt gestellt worden.[2] Im ersten Teil der Abhandlung werden zunächst die Ausgangsbedingungen und die Legitimation der Vertragsfreiheit im Binnenmarkt untersucht. Auf dieser Grundlage kann die rechtsgeschäftliche Privatautonomie sodann in der Rechtsordnung der Union verortet werden.

---

[1] Deutlich stellt etwa *W.-H. Roth,* FS Medicus (2009), S. 393, 422 heraus: „Privatautonomie ist auf Ebene des Gemeinschaftsrechts angesiedelt". Siehe mit Blick auf die Vertragsfreiheit bereits *Rösler,* Europäisches Konsumentenvertragsrecht (2004), S. 2: „[D]ie europäische Rechtsordnung […] *setz[t] sie implizit voraus*" (Herv. im Original).

[2] So insbesondere von *Basedow,* Bitburger Gespräche 2008/I (2009), S. 85 ff.

Kapitel 1

Ausgangsbedingungen und Legitimation unionaler Vertragsfreiheit

Das Recht der Europäischen Union schöpft in vielerlei Hinsicht aus den gemeinsamen Rechtstraditionen ihrer Mitgliedstaaten: Gerade bei der Herausbildung von Unionsgrundrechten und allgemeinen Rechtsgrundsätzen baut die EU jeweils entscheidend auf die verbindenden Elemente der nationalen Rechte.[1] So nimmt es kaum Wunder, dass sich auch die Entwicklung, Verbürgung und Ausgestaltung der Vertragsfreiheit in der Rechtsordnung der Europäischen Union nur vor dem Hintergrund der Ideengeschichte dieser Freiheit erschließt (§ 1). Diese erste Annäherung zeigt, dass zugunsten der umfassenden Gewährleistung der Vertragsfreiheit sowohl eine ökonomische als auch eine individualrechtliche Triebfeder wirkt. Diese Antriebskräfte durchziehen auch das Unionsrecht: So steht zum einen die Wirtschaftsverfassung der EU in einer intensiven Wechselbeziehung mit der Vertragsfreiheit (§ 2). Eine entscheidende Determinante ist zum anderen die dem Unionsrechtsordnung zugrunde liegende Konzeption der individuellen Selbstbestimmung durch das Instrument des Vertrags (§ 3).

§ 1 Ideengeschichte der Vertragsfreiheit und Entwicklung des Unionsrechts

Die Vertragsfreiheit zählt zum „gemeinsamen rechtskulturellen Erbe der westlichen Welt“ und zum Kern der Vertragsrechtsordnungen aller Mitgliedstaaten der Europäischen Union.[2] Doch wie ist der Siegeszug der Vertragsfreiheit zu erklären und wie tief reichen ihre ideengeschichtlichen Wurzeln? Der hier angestrebten abrissartigen Untersuchung der Ideengeschichte ist ein Verweis auf einige Diskontinuitäten vorauszuschicken.

---

[1] Vgl. nur die ausdrückliche Anlehnung an die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten in Art. 6 Abs. 3 EUV sowie in Art. 340 Abs. 2 AEUV. Siehe hierzu noch auführlich unten Kapitel 2 § 2.

[2] *Bruns,* JZ 2007, 385, 386. Gleichsinnig z.B. *Kleinschmidt,* Delegation von Privatautonomie auf Dritte (2014), S. 20. Siehe aus rechtsvergleichender Perspektive eingehend unten Kapitel 2 § 2 B II.

So ist bereits der Terminus „Vertragsfreiheit" eine relativ neue Erscheinung in der Rechtssprache: Bezugnahmen auf die „liberté contractuelle" finden sich in Frankreich etwa dreißig Jahre vor Inkrafttreten des Code civil,[3] während der Begriff „Vertragsfreiheit" erst im 19. Jahrhundert in der deutsche Fachsprache nachweisbar ist.[4] Vor allem aber kann die Vertragsfreiheit über viele Jahrhunderte hinweg kaum als umfassende Gewährleistung im Sinne eines allgegenwärtigen Rechtsprinzips charakterisiert werden: Zum einen verharrte das Vertragsrecht lange im Korsett der Form- und Typenzwänge römisch-rechtlicher Prägung.[5] Zum anderen konnten die Facetten der Vertragsfreiheit gerade in den feudalistisch organisierten Gesellschaften des Mittelalters allenfalls im nicht-agrarischen Bereich aufscheinen, wo der Leistungsaustausch nicht vollständig durch Statusverhältnisse geregelt war.[6] Hinzu kommt schließlich, dass selbst der Bezugspunkt der Vertragsfreiheit im Laufe der historischen Entwicklung keineswegs einheitlich war.[7]

Vor diesem Hintergrund wird im Folgenden zunächst von einem weiten Verständnis der Vertragsfreiheit ausgegangen, um in einem *prinzipiellen Zusammenhang* aufzeigen zu können, dass zugunsten dieser Freiheit zwei Antriebe bis in die heutige Zeit hinein wirken: Erstens verlangten die praktischen Bedürfnisse des Güteraustauschs und des Wirtschaftsverkehrs frühzeitig nach

---

[3] Vgl. insbesondere zum *Décret d'Allarde* sowie der *loi Le Chapelier* nur *Schmoeckel,* Rechtsgeschichte der Wirtschaft (2008), S. 245 sowie 125 f. und 151; *Kaiser,* Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts (1972), S. 93 ff. Vgl. auch *Ranouil,* L'autonomie de la volonté (1980), S. 41 ff. und 84 ff.

[4] *Köbler,* Werden, Wandel und Wesen des deutschen Privatrechtswortschatzes (2010), S. 197 m.w.N.

[5] HKK/*Rückert* (2003), Vor § 1 BGB Rn. 69 f. verweist zudem darauf, dass bis etwa zum Jahr 1800 mit durchgehenden Rechtsprinzipien, wie der Vertragsfreiheit, nicht gerechnet werden könne, weil es bereits an der Konstituierung des Privatrechts als einheitlichem Rechtsgebiet fehle. Ähnlich *Decock,* Theologians and Contract Law (2013), 108 (no „universal principle of 'freedom of contract'"). Weitergehend indes *Di Fabio,* Die Kultur der Freiheit (2005), S. 85: „[A]ls Rechtsinstitution ist die Vertragsfreiheit keine Erfindung des bürgerlichen Zeitalters, aber seine zur Vollendung getriebene Errungenschaft". Vgl. auch die Analyse von *Weber,* Wirtschaft und Gesellschaft (1922), S. 413 ff.: „Der heute normale Zustand weitgehender ‚Vertragsfreiheit' hat keineswegs immer bestanden. Und soweit Vertragsfreiheit bestand, hat sie sich keineswegs immer auf dem Gebiet entwickelt, welches sie heute vornehmlich beherrscht".

[6] Z.B. *Kaiser,* Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts (1972), S. 27; *Busche,* Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999), S. 47; *Kötz,* Europäisches Vertragsrecht (2015), S. 7 ff.

[7] Beispielsweise führten die Kanonisten die vertragliche Bindung auf einseitige Versprechen zurück, so dass diese Freiheit wohl präziser als „Versprechensfreiheit" zu fassen wäre, vgl. zur Entwicklung des Konsensualvertrags *Gordley,* The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine (1991), S. 71 ff. und 79 ff.; *Simpson,* A History of the Common Law of Contract (1975), S. 465 ff.; *Decock,* Theologians and Contract Law (2013), S. 107 ff.

möglichst weitreichender Vertragsfreiheit. Zweitens wurde die Autonomie des Individuums, einschließlich dessen Freiheit zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung und -bindung, zunehmend anerkannt.[8] Die vorliegende Abhandlung skizziert zunächst das Aufkommen und das Zusammenspiel dieser beiden Kräfte vom römischen Recht bis in das 18. Jahrhundert (A). Während die Vertragsfreiheit Mitte des 19. Jahrhunderts noch als Motor der Bewegung „from status to contract" begrüßt wurde,[9] mehrten sich wenig später Stimmen, die eine Verabsolutierung der Vertragsfreiheit beklagten (B). Auf dieser Grundlage entstanden Gegenströmungen, deren Kritik an ungezügelter Vertragsfreiheit bis heute nachhallt. Erst in der Zusammenschau dieser Trieb- und Gegenkräfte der Vertragsfreiheit wird das Fundament erkennbar, welches das Unionsrecht in seiner Geburtsstunde vorfand und auf dem es sich – unter dem Einfluss der unterschiedlichen Strömungen – beständig fortentwickelt (C).

A. Triebkräfte vom römischen Recht bis in das 18. Jahrhundert

Unter dem Eindruck praktischer und insbesondere wirtschaftlicher Bedürfnisse gewinnt die Vertragsfreiheit bereits im römischen Recht zunehmend an Bedeutung (I). Dies manifestiert sich namentlich in der graduellen Lockerung der Typenzwänge sowie der partiellen Abkehr von vertragskonstitutiven Formanforderungen. Entscheidend vorangetrieben wird diese Entwicklung indes erst im kanonischen Recht (II). Zentrale Facetten dessen, was heute als Vertragsfreiheit bezeichnet wird – und insbesondere die Inhalts-, Form-, Typenfreiheit –[10] konnten sich erst voll entfalten, nachdem im Gefolge der Naturrechtslehre sowie der Aufklärung und der klassischen Ökonomie (III) der übereinstimmende Parteiwille als Begründungsquelle des konsensualen Vertrags identifiziert wurde.

I. Römisches Recht

Der Weg zur primär willensgetragenen und sodann konsensualen Konzeption des Vertrags war lang und nahm seinen Anfang bereits im römischen Recht.[11] Das klassische römische Recht engte die rechtsgeschäftliche Gestaltungsfreiheit freilich noch durch konstitutive Formalia und Typenzwänge ein: Zumeist bildete nicht der Parteiwille allein, sondern zuvörderst die Vornahme rechts-

---

[8] Freilich ist eine primär individualistische Konzeption, welche den menschlichen Willen zum Maß aller Dinge und damit auch zur Legitimation der Vertragsfreiheit erklärt, ein vergleichsweise junges Phänomen, siehe dazu unten A III.

[9] *Maine,* Ancient Law (1861), S. 170: „[T]he movement of the progressive societies has hitherto been a movement *from Status to Contract*" (Herv. im Original).

[10] Siehe zu den einzelnen Facetten der *unionalen* Vertragsfreiheit noch eingehend unten Kapitel 2 § 1 B I.

[11] *Zimmermann,* The Law of Obligations (1996), S. 537 ff.; *Decock,* Theologians and Contract Law (2013), S. 107 ff.

begründender Formalakte – wie etwa der *stipulatio* – das Fundament, auf dem die vertragliche Obligation entstand.[12] Hier bricht sich noch ein archaischer Glaube an die magische Bindungswirkung von feierlichen Formeln und Formzwängen Bahn.[13] Eine formlose Übereinkunft der Parteien genügte hingegen nur bei bestimmten, abschließend vorgegebenen Vertragstypen.[14] Entsprechend blieben Obligationen, welche diese Abschlussform- und Typenanforderungen nicht wahrten, undurchsetzbar: *ex nudo pacto non oritur actio*.[15] In dem so gesteckten Rahmen genossen freigeborene, nicht in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkte Personen zwar durchaus die Freiheit, über den Abschluss eines Vertrags sowie die Wahl des Vertragspartners zu entscheiden.[16] Die inhaltliche Gestaltungsfreiheit wurde hingegen dadurch relativiert, dass nur aus Vereinbarungen geklagt werden konnte, welche den erwähnten Form- und Typenzwängen genügten.[17] Die entscheidende Frage lautete insofern, ob von den Parteien nach ihren individuellen Bedürfnissen gestaltete, jedoch von den überkommenen Typen auch nur minimal abweichende Vereinbarungen in die vorgegebenen Kategorien gezwängt werden konnten.[18]

In der weiteren Entwicklung des römischen Rechts lassen sich jedoch Tendenzen zur Lockerung der Formstrenge und zur umfassenderen Anerkennung privatautonomer Vertragsgestaltungen beobachten. Auf der einen Seite stand dabei die Tendenz zur „Subjektivierung", im Zuge derer der individuelle Wille der Vertragsschließenden stärker in den Fokus rückte.[19] Zudem bildete sich unter dem Eindruck der alltäglichen Erfordernisse des Rechtsverkehrs

---

[12] Zum Ganzen statt vieler *Kaser,* Das römische Privatrecht I (1971), S. 477 und 484; HKK/*Thier* (2007), § 311 I BGB Rn. 4 ff.; *M.-P. Weller,* Die Vertragstreue (2009), S. 70 f.

[13] *Zimmermann,* The Law of Obligations (1996), S. 82; *Heinrich,* Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit (2000), S. 16; *v. Mehren,* Formal Requirements, Int. Enc. Comp. L. VII/1 (2008), Ch. 10, S. 6.

[14] Statt aller *Zimmermann,* The Law of Obligations (1996), S. 508.

[15] Vgl. D. 2.14.7.4. Zum Ganzen statt vieler *Zimmermann,* Law of Obligations (1996), S. 508; HKK/*Thier* (2007), § 311 I BGB Rn. 10.

[16] Eingehend *Scherrer,* Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit (1948), S. 9 f.; *Kaser,* Das römische Privatrecht I (1971), S. 477; *Heinrich,* Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit (2000), S. 16 ff. Dagegen meint *Meyer-Cording,* Die Rechtsnormen (1971), S. 12 f. pauschal, es „fehlte die erwünschte Vertragsfreiheit hinsichtlich Inhalt, Abschluß, Partnerwahl".

[17] *Kaser,* Das römische Privatrecht I (1971), S. 477: „Eine Vertragsfreiheit kennt das klassische Schuldrecht zwar als Freiheit sowohl des Abschlusses wie der Inhaltsbestimmung der Verträge (im Rahmen der einzelnen Typen), aber nicht als Freiheit der Parteien in der Schöpfung neuer Vertragstypen".

[18] *Zimmermann,* Law of Obligations (1996), S. 530.

[19] Statt vieler *Zimmermann,* The Law of Obligations (1996), S. 564; *Kegel,* GS Lüderitz (2000), S. 347, 351; *M.-P. Weller,* Die Vertragstreue (2009), S. 72. Beispielsweise konnte der Parteiwille über den formelhaft vorgegebenen Inhalt einer *stipulatio* hinaus Beachtung finden, indem eigentlich undurchsetzbare, weil formunwirksame *pacta* herangezogen wurden, *Zimmermann,* The Law of Obligations (1996), S. 510 f.

allmählich eine immer größere Variationsbreite formloser Vereinbarungen heraus, die rechtliche Anerkennung fanden.[20] Auf der anderen Seite waren die Bedürfnisse eines intensivierten Handelsverkehrs und die Herausbildung des *ius gentium* ein weiterer bedeutender Antrieb des „Zug[s] zur Formfreiheit" und somit zu mehr rechtsgeschäftlicher Autonomie.[21] Da das *ius gentium* auch bestimmte vertragliche Vereinbarungen erfasste,[22] konnte das attraktive Konzept des formfreien Vertrags von hier aus auf andere Bereiche einstrahlen.[23] Wo praktische und insbesondere wirtschaftliche Erfordernisse drängten, wurden die Formzwänge und das Typenkorsett somit zumindest partiell aufgelockert. Freilich lebten die einer umfassenden Anerkennung privater rechtsgeschäftlicher Autonomie hinderlichen Formalismen wie auch die Vertragstypenlehre und das Aktionensystem des römischen Rechts über das *Corpus Iuris Civilis* noch bis in die frühe Neuzeit fort.[24] Dessen ungeachtet deutet sich aber schon in der Entwicklung des römischen Rechts an, dass gerade ein solch „hochentwickeltes Verkehrsrecht" der vertraglichen Selbstbestimmungsfreiheit der Parteien nicht auf Dauer allzu enge Fesseln anlegen kann.[25]

II. Römisch-kanonisches Recht

Die Entwicklung weg vom römisch-rechtlichen Typenzwang hin zur grundsätzlichen Klagbarkeit und Verbindlichkeit aller Verträge ging vom kanonischen Recht aus.[26] Zur Begründung wurde nicht zuletzt auf das biblische

---

[20] Dazu im Einzelnen *Zimmermann,* The Law of Obligations (1996), S. 508 ff. und insbesondere 537; HKK/*Thier* (2007), § 311 I BGB Rn. 8 ff.

[21] *Heinrich,* Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit (2000), S. 15 f. Vgl. zu einer – freilich späteren – Lesart des römischen Rechts auch *Gordley,* Contract in Pre-Commercial Societies and in Western History, Int. Enc. Comp. L. VII/1 (2008), Ch. 2, S. 15: „[C]onsent to any contract creates an obligation under the *ius gentium* although not one the civil law would enforce".

[22] Vgl. nur D. 1.1.5: „Ex hoc iure gentium introducta […] commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae: exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt".

[23] Nach *Baldus,* in: Andrés Santos/Baldus/Dedek (Hrsg.), Vertragstypen in Europa (2011), S. 39 gründet auch das heutige Vertragsverständnis nicht zuletzt darin, dass „schon die römische Klassik den formfreien konsensualen Vertrag aus dem *ius gentium* der Republik übernommen und ausgebaut hat". Siehe zur Förderung der Vertragsfreiheit „in Rom durch die allmähliche Internationalisierung des Rechts" bereits *Weber,* Wirtschaft und Gesellschaft (1922), S. 423.

[24] *Nanz,* Die Entstehung des Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert (1985), S. 12 und 41; *M.-P. Weller,* Die Vertragstreue (2009), S. 72.

[25] In diesem Sinne auch *Scherrer,* Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit (1948), S. 16; *Heinrich,* Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit (2000), S. 16.

[26] *Scherrer,* Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit (1948), S. 26 ff. Siehe auch *Zimmermann,* The Law of Obligations (1996), S. 580 f.: „at the bottom

Gebot verwiesen, dass man zu seinem Wort und damit auch seiner Vertragserklärung zu stehen habe: „Eure Rede aber sei: Ja, ja; nein, nein".[27] Unter Verweis auf das Verbot der Lüge forderte bereits *Thomas von Aquin,* dass Versprochenes grundsätzlich zu halten sei.[28] Das kanonische Recht legte hierdurch das Fundament für die umfassende Anerkennung der Vertragsfreiheit.[29] Da kanonische Gerichte ihre Zuständigkeit auf weltliche Geschäfte ausdehnten, konnte die weitreichende Gewährleistung der Vertragsinhaltsfreiheit auch für Vereinbarungen im Handelsverkehr in Anspruch genommen werden.[30] In der Folgezeit sickerte die von der kanonischen Lehre geprägte Idee der grundsätzlichen Verbindlichkeit aller Verträge in das weltliche Recht ein.[31] Neben den praktischen Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs wird teilweise auch der Herausbildung einer „international lex Mercatoria […] considerable importance in this respect" zugeschrieben.[32] Bereits die Postglossatoren betonten, dass die fehlende Beachtung von Formalitäten im Handelsverkehr nicht die Durchsetzbarkeit eines *nudum pactum* hindere.[33]

---

of […] the principle that all pacts are actionable […] there lies the specific significance attributed by canon lawyers and moral theologians alike to the human will". Siehe darüber hinaus zur besonderen Bedeutung der Spätscholastiker jüngst *Decock,* Theologians and Contract Law (2013).

[27] *Matthäus* 5:37 (Lutherbibel 1912). Vgl. zudem *Jakobus* 5:12 (Lutherbibel 1912): „Es sei aber euer Wort: Ja, das Ja ist; und: Nein, das Nein ist". Diese Passage aus der Bergpredigt bezieht sich auf das Eidesverbot. Aus Letzterem wurde geschlussfolgert, dass bereits das nicht-eidlich bekräftigte Wort verbindlich und damit einzuhalten sei, siehe nur *Zimmermann,* The Law of Obligations (1996), S. 542.

[28] Vgl. z.B. *v. Aquin,* Summa Theologica, II^{a}–II^{ae} q. 110 a. 3 arg. 5: „Praeterea, mendacium est si quis non impleat quod promisit". Siehe auch *Decock,* Theologians and Contract Law (2013), S. 123 f.

[29] Der Ausgangspunkt der Kanonisten war freilich nicht die konsensuale Vertragsbegründung, sondern vielmehr der Austausch einseitiger Versprechen (*promissio*), welche die jeweils versprechende Vertragspartei gegenüber der anderen bindet, siehe nur *Kegel,* GS Lüderitz (2000), S. 347, 354 f.; *Landau,* FS Nörr (2003), S. 457, 460; *Zimmermann,* FS Heldrich (2005), S. 467, 468.

[30] *Scherrer,* Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit (1948), S. 21; *Zimmermann,* The Law of Obligations (1996), S. 542.

[31] *Scherrer,* Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit (1948), S. 21; *Gordley,* Contract in Pre-Commercial Societies and in Western History, Int. Enc. Comp. L. VII/1 (2008), Ch. 2, S. 12. Vgl. auch das Resümee von *Zimmermann,* The Law of Obligations (1996), S. 540: „Already by the end of the Middle Ages, every informal agreement had, for *practical* purposes, become legally binding" (Herv. im Original).

[32] *Zimmermann,* The Law of Obligations (1996), S. 540. Auch *Weber,* Wirtschaft und Gesellschaft (1922), S. 423 nennt in diesem Kontext die „Internationalisierung" und die „Handelsbedürfnisse" als Antriebskräfte. Zurückhaltender mit Blick auf das „Geschichtsbild" einer einheitlichen *lex mercatoria* hingegen z.B. *Scherner,* ZRG GA 118 (2001), 148 ff.; *Cordes,* ZRG GA 118 (2001), 168 ff.

[33] Dazu eingehend statt vieler *Zimmermann,* The Law of Obligations (1996), S. 540; *Landau,* FS Nörr (2003), S. 457, 471 f.

Und im Jahr 1607 stellt *Antoine Loysel* mit Blick auf die zu dieser Zeit in Frankreich vorherrschenden *coutumes* prägnant heraus:

„On lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles; et autant vaut une simple promesse ou convenance, que les stipulations du droit romain.“[34]

Diese Entwicklung war keineswegs auf die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen beschränkt: Auch das *common law* erkannte formlosen Verträgen grundsätzlich Bindungswirkung zu.[35]

III. Von Naturrechtslehre und Aufklärung bis zur klassischen Ökonomie

Den Siegeszug der Vertragsfreiheit trieben die Naturrechtslehre und die Ideen der Aufklärung entscheidend voran, weil sie die Grundlagen für eine individualistische, vom Menschen her gedachte Rechtfertigung dieser Freiheit lieferten. Weitreichende Privatautonomie im Vertragsrecht postulierte bereits *Hugo Grotius,* der den individuellen Willen des Versprechenden in den Mittelpunkt rückte und sich damit gegen den Formalismus des römischen Rechts stellte.[36] Als Ausdruck der naturgegebenen Autonomie des Menschen erscheint die Freiheit, Verträge zu schließen, auch in den Werken *Samuel Pufendorfs,*[37] *Christian Thomasius'*[38] und *Christian Wolffs*.[39] Hier werden erstmals die einzelnen zentralen Facetten der Vertragsfreiheit deutlich: So postuliert *Pufendorf* weitreichende Abschluss- sowie Inhaltsfreiheit und auch das *Wolff'sche* Vertragsverständnis baut auf die Autonomie der Parteien, in freier Selbstbestimmung Verträge auszugestalten.[40] Die Naturrechtslehre ebnet damit den Weg für eine umfassende Anerkennung der Vertragsfreiheit und des Vertrags als Instrumente menschlicher Selbstbestimmung.

---

[34] *Loysel,* Institutes coutumières I (1607, 1846), S. 359. Siehe zu den im Beweisrecht wurzelnden Einschränkungen der Formfreiheit *Scherrer,* Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit (1948), S. 23 f.

[35] Vgl. nur *Winter v. Foweracres* (1618) 2 Rolle Rep. 19, 39: „A contract by parole on good consideration is as binding [fort] as a covenant by deed“ (zitiert nach *Simpson,* A History of the Common Law of Contract (1975), S. 468). Siehe auch *Ibbetson,* A Historical Introduction to the Law of Obligations (1999), S. 74 ff.

[36] Vgl. etwa *Grotius,* De iure belli ac pacis (1625, 1919), Lib. II Cap. XI § 4, 3 (S. 255): „Possunt autem naturaliter deliberati animi alia esse signa praeter stipulationem, aut si quid ei simile ad actionem pariendam lex civilis postulat“. Eingehend zur Autonomieprämisse *Grotius'* z.B. *Heinrich,* Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit (2000), S. 27 ff. Siehe ferner nur *Pound,* Yale L. J. 18 (1909), 454, 455.

[37] Zu nennen ist insbesondere De Iure Naturae et Gentium Libri Octo (1672).

[38] Siehe vor allem Institutiones Iurisprudentiae Divinae (1688).

[39] Siehe insbesondere Institutiones juris naturae et gentium (1750).

[40] Siehe nur *Nanz,* Die Entstehung des Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert (1985), S. 151 f. und 169; *Heinrich,* Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit (2000), S. 30 f.; *Stoffels,* Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge (2001), S. 59 und 61, jeweils m.w.N.