

JÜRGEN BASEDOW

## Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung – Das Schicksal der Vertragsfreiheit

### I. Einleitung

„Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites“ – die rechtmäßig abgeschlossenen Verträge treten für die Parteien an die Stelle des Gesetzes. Die Verbindung von privater Autonomie oder Willensmacht, Freiheit und Bindungswirkung der Verträge ist wohl in keinem Gesetzbuch der Welt konziser und mit größerem liberalen Pathos zum Ausdruck gebracht als im Code Napoléon von 1804.<sup>1</sup> Ihr zugrunde liegen philosophische Überlegungen, die Immanuel Kant nur zwei Jahrzehnte zuvor in seiner Grundlegung der Metaphysik der Sitten vorgestellt hatte.<sup>2</sup> Noch ein Jahrzehnt davor hatte Adam Smith das „Verhandeln, Tauschen und Kaufen [als] das Mittel [bezeichnet], uns gegenseitig mit fast allen nützlichen Diensten, die wir brauchen, zu versorgen“.<sup>3</sup> Von Philosophie und Nationalökonomie untermauert, hat sich das Prinzip der Vertragsfreiheit seit dem 19. Jahrhundert zu einem grundlegenden Ordnungsmodell des Wirtschaftslebens in allen europäischen Staaten entwickelt. Während der Jahrzehnte des Sozialismus ist dieses Prinzip zwar in den Ländern des sowjetischen Machtbereichs durch eine zentralistische Wirtschaftsplanung stark zurückgedrängt worden, hat aber seine Bedeutung nicht einmal damals vollständig verloren. Nach dem Zusammenbruch des sozialistischen Regimes hat es auch in Osteuropa erneut generelle Anerkennung gefunden, wie dies besonders deutlich aus Art. 421 des neuen Zivilgesetzbuches der Russischen Föderation hervorgeht: „Bürger und juristische Personen sind frei im Abschließen von Verträgen.“<sup>4</sup>

Danach mag es so aussehen, als habe sich der Kreis geschlossen und als sei Europa zu den liberalen Wurzeln des 19. Jahrhunderts zurückgekehrt. Doch scheint die Gesetzgebung der Europäischen Gemeinschaft eher in eine andere Richtung zu weisen. Gleich, ob es um das Unternehmensrecht oder Arbeitsrecht, um das Verbraucherrecht oder Diskriminierungsverbote geht, die privatrechtlichen Rechtsakte der Gemein-

---

<sup>1</sup> Art. 1134 Code Civil.

<sup>2</sup> Immanuel Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, 1785, hier zitiert nach der 2. Aufl. Riga 1786. Neudruck Stuttgart 1984, S. 103 ff.

<sup>3</sup> Adam Smith, Der Wohlstand der Nationen, nach der 5. Auflage aus dem Englischen übertragen von Horst Claus Recktenwald, München 1978, S. 17.

<sup>4</sup> Stefanie Solotych, Das Zivilgesetzbuch der Russischen Föderation – Erster Teil. Textübersetzung mit Einführung, Baden-Baden 1996.

schaft enthalten fast ausschließlich zwingende Bestimmungen und damit Einschränkungen der Vertragsfreiheit. Ein Teppich wort- und detailreicher Vorschriften legt sich über die privaten Transaktionen, und Jahr für Jahr treten weitere Bestimmungen hinzu. Mancher fragt sich, ob die Initiative der einzelnen Wirtschaftsakteure und mit ihr die Innovation der privaten Transaktionen unter diesem Teppich nicht zu ersticken droht. Und ob das Gesellschaftsmodell, das die vielen Gesetzesinitiativen der Gemeinschaft inspiriert, wirklich noch auf Vertragsfreiheit und Marktwirtschaft aufbaut.

Dieser Frage sind die folgenden Ausführungen gewidmet. Sie sollen zunächst die Rolle der Vertragsfreiheit in einer privatrechtstheoretischen Perspektive beleuchten, siehe sogleich II. Danach soll eine Bestandsaufnahme offen legen, welche Rolle der Vertragsfreiheit in der Gesetzgebung der Gemeinschaft, unten III, und der Rechtsprechung der europäischen Gerichte, unten IV, zukommt. Eine Deutung der europäischen Regulierungstendenzen unter dem Gesichtspunkt eines Mehrebenen-Systems, unten V, und Schlussfolgerungen für die künftige europäische Rechtsentwicklung bilden den Abschluss, unten VI.

## II. Die Vertragsfreiheit als solche

### 1. Vertragsfreiheit und private Macht, Wettbewerb und Regulierung

In der deutschen Rechtswissenschaft wird die Vertragsfreiheit als wichtigster Ausfluss der Privatautonomie und damit als individualrechtliche Verbürgung verstanden.<sup>5</sup> Ihre Begründung wird positivistisch in der allgemeinen Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG gesucht<sup>6</sup>, zum Teil wird sie darüber hinaus als Ausdruck der personalen Selbstverantwortung der Bürger gesehen, die sich ihrerseits wiederum aus der Menschenwürde ergebe, Art. 1 GG.<sup>7</sup> Die Ableitung aus dem allerhöchsten und unverrückbaren Rechtsgut der Verfassung passt freilich wenig zu den Myriaden von Einschränkungen, denen die Vertragsfreiheit im positiven Recht unterliegt. Sie passt auch nicht dazu, dass die Vertragsfreiheit auch schon vor der Entstehung der Bundesrepublik Deutschland als zentrales Prinzip des deutschen Privatrechts anerkannt war.<sup>8</sup> Gegen eine positivistische Rückführung von Privatautonomie und Vertragsfreiheit auf

<sup>5</sup> Siehe *Karl Larenz/Manfred Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., München 1997, § 1, Rz. 2; ähnlich *Dieter Medicus*, Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 16. Aufl., München 2005, Rz. 63; *Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann*, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rz. 110.

<sup>6</sup> BVerfG, 12.11.1958, BVerfGE 8, 274; siehe auch die Autoren in Fn. 5.

<sup>7</sup> Siehe *Larenz/Wolf* (oben Fn. 5), § 1, Rz. 2; ähnlich *Werner Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Berlin 1979, S. 1, 6 f.; siehe auch *Claus-Wilhelm Canaris*, Verfassungs- und europarechtliche Fragen der Vertragsfreiheit, in: *Peter Badura/Rupert Scholz* (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens – Festschrift für Peter Lerche, München 1993, S. 873, 881, 889.

<sup>8</sup> Siehe etwa *Philipp Heck*, Grundriss des Schuldrechts, 2. Neudruck der Ausgabe Tübingen 1929, Aalen 1974, § 2, Abschn. 3, S. 5 f., wo Privatautonomie und Vertragsfreiheit „unmittelbar aus der Bestimmung des Rechts, den Lebensbedürfnissen auch der Einzelnen zu genügen und aus der Erkenntnis, dass kein Gesetzgeber heute im Stande ist, die Mannigfaltigkeit des Lebens zu überschauen,“ abgeleitet werden.

die nationale Verfassung spricht schließlich, dass die Vertragsfreiheit auch in anderen europäischen Staaten als Grundprinzip der wirtschaftlichen Ordnung anerkannt ist. Beispielsweise führt *Ghestin* sie auf die Deklaration der Menschenrechte in der Französischen Revolution zurück.<sup>9</sup> Und auch in England wird die Vertragsfreiheit als ein „reasonable social ideal“ bezeichnet; sie spiele eine bedeutsame Rolle in jeder Volkswirtschaft und sei zum Fundament der Laissez-faire-Ökonomie des 19. Jahrhunderts geworden.<sup>10</sup>

Die individualrechtliche Konzeption von Vertragsfreiheit und privater Autonomie weist zugleich auf deren Schwächen und Grenzen hin. Das Regime privater Willensmacht wird als Instrument für die Zuordnung volkswirtschaftlicher Ressourcen nur so lange akzeptiert, wie die Beteiligten ungefähr auf gleicher Höhe miteinander verhandeln, was aber oft nicht der Fall ist. Sehr viel häufiger sind Ungleichgewichtslagen, die durch die Wirkungen der privaten Autonomie unter Umständen noch verstärkt und vermehrt werden. Dies zu verhindern, ist in erster Linie die Funktion des Wettbewerbs, von dem eine „willensbeugende und entmachtende Wirkung“ ausgeht.<sup>11</sup> Aus der Verbindung von Vertragsfreiheit, privater Willensmacht und begrenzender Wirkung des Wettbewerbs ergibt sich eine Optimierung der wirtschaftlichen Abläufe und der Allokation von Ressourcen, die dem Gemeinwesen auch dort zugute kommt, wo die Wirtschaftsteilnehmer von ungleicher Stärke sind. Auch der marktmächtige Anbieter kann seinen Kunden – beispielsweise im Lebensmitteleinzelhandel – nicht ausbeuten, solange er durch die Konkurrenz anderer Anbieter diszipliniert wird. Der Schutz des Wettbewerbs erweitert insofern die Spielräume der Vertragsfreiheit. Die Strukturprinzipien des europäischen Binnenmarkts – Marktöffnung durch Verkehrsfreiheiten und Wettbewerb – legen für den europäischen Bereich dieses ordnungspolitische Verständnis der Vertragsfreiheit nahe.

Freilich stößt auch das Wettbewerbsrecht an seine Grenzen, wo Marktprozesse aufgrund von Marktunvollkommenheiten ihre Wirkung nicht entfalten können. Zu den Gründen eines solchen Marktversagens gehört die Existenz natürlicher Monopole, etwa auf den Strom- und Gasmärkten, die Produktion externer Effekte und öffentlicher Güter oder die Asymmetrie der Informations- und Motivationsverteilung zwischen den Parteien, beispielsweise hinsichtlich mancher Vertragsaspekte auf den Verbrauchermärkten. Solche Marktunvollkommenheiten haben zur Folge, dass der Ablauf der Marktprozesse auf den betreffenden Märkten gerade nicht zur optimalen Allokation volkswirtschaftlicher Ressourcen und damit zur Effizienzsteigerung führt. Soweit zur Kompensation der Marktunvollkommenheiten erforderlich, sind daher staatliche Eingriffe in Vertragsfreiheit und Privatautonomie legitimiert.<sup>12</sup> Freilich sind

---

<sup>9</sup> *Jacques Ghestin/Gilles Goubeaux/Muriel Fabre-Magnan*, *Traité de droit civil – Introduction générale*, 4. Aufl., Paris 1994, Tz. 134 f.

<sup>10</sup> *Jack Beatson*, *Anson's law of contract*, 27. Aufl., Oxford 1998, S. 4.

<sup>11</sup> *Ernst-Joachim Mestmäcker*, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, *Juristenzeitung* 1964, 441 ff., hier zitiert aus *ders.* (Hrsg.), *Recht und ökonomisches Gesetz*, Baden-Baden 1978, 325, 337.

<sup>12</sup> *Jürgen Basedow*, *Wirtschaftsregulierung zwischen Beschränkung und Förderung des Wettbewerbs*, in: *Andreas Fuchs/Hans-Peter Schwintowski/Daniel Zimmer*, *Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung*, Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, München 2004, S. 3 ff.

staatliche Regulierungen dann auf die Aspekte der Transaktionen zu fokussieren, bei denen sich Marktunvollkommenheiten zeigen. Wo der Preiswettbewerb funktioniert, aber der Bedingungs-wettbewerb nicht, sind die Regulierungen folglich auf die Vertragsbedingungen zu beschränken.

Die voran stehenden Erwägungen führen zu einem ordnungspolitischen Verständnis von privater Autonomie und Vertragsfreiheit, das beide in den Kontext wettbewerblich verfasster Märkte stellt. Der gesamtheitliche Ansatz hat zur Folge, dass die Bewertung von Einschränkungen der privaten Willensmacht zu einem komplexen Unterfangen wird. Denn manchmal hat erst der regulatorische Eingriff zur Folge, dass die Vertragsfreiheit ihre wohltuenden Wirkungen für die Allgemeinheit entfalten kann.

## 2. Formen der Vertragsfreiheit

Die Vertragsfreiheit bezieht sich auf mehrere Aspekte des Leistungsaustausches.<sup>13</sup>

*Abschlussfreiheit.* Der eigentlichen Vertragsfreiheit gleichsam vorgelagert ist die Entscheidung einer Partei darüber, ob sie ihre Leistungen einem anderen überhaupt zukommen lassen oder sie nur selbst nutzen will – *Angebotsfreiheit* – bzw. ob sie als Nachfrager ein Bedürfnis durch Nachfrage am Markt oder durch Eigenproduktion befriedigen will – *Nachfragefreiheit*. Einschränkungen der Nachfragefreiheit finden sich zum Beispiel dort, wo der Staat eine Versicherungspflicht statuiert oder wo er die Wirksamkeit eines Vertrages von der notariellen Beurkundung abhängen lässt und damit von Gesetzes wegen eine Nachfrage nach Versicherung bzw. nach notariellen Leistungen erzeugt. Eingriffe in die Angebotsfreiheit sind seltener. Im Allgemeinen kann, wer eine Leistung produziert, dies für den eigenen Bedarf tun, ohne damit rechnen zu müssen, dass er sie auch Dritten anbieten muss. Beispielsweise wird im Eisenbahnrecht zwischen Privatbahnen und öffentlichen Eisenbahnen unterschieden; die Pflicht, diskriminierungsfreien Zugang zum eigenen Gleisnetz zu gewähren, gilt im Wesentlichen nur für die öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmen.<sup>14</sup> Ausnahmsweise eingeschränkt wird die Angebotsfreiheit aber für so genannte wesentliche Einrichtungen oder „essential facilities“. Dies sind Infrastruktureinrichtungen, ohne deren Nutzung es Unternehmen nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Eigentümers der Infrastruktureinrichtung tätig zu werden.<sup>15</sup>

*Freiheit der Vertragspartnerwahl.* Wenn der Anbieter oder Nachfrager sich einmal für den Zutritt zum Markt entschieden hat, kann er als Zweites frei darüber befinden, mit wem er einen Vertrag abschließt. Die Freiheit der Vertragspartnerwahl wird aller-

<sup>13</sup> Zum Folgenden *Medicus* (oben Fn. 5), Rz. 64 ff.; *Fikentscher/Heinemann* (oben Fn. 5), Rz. 111.

<sup>14</sup> Vgl. § 14 Abs. 1 Satz 4 des Allgemeinen Eisenbahngesetzes (AEG) vom 27.12.1993, BGBl. I, S. 2378, 2396; zuletzt geändert durch Gesetz vom 8.11.2007, BGBl. I, S. 2566.

<sup>15</sup> Vgl. § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB; die Pflicht zur Zugangsgewährung ist im Allgemeinen auf den Abschluss einer Vereinbarung gerichtet, vgl. *Wernhard Möschel*, in: *Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker* (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2: GWB, 4. Aufl., München 2007, § 19, Rz. 211.

dings im europäischen Gemeinschaftsrecht und – ihm folgend – auch im Recht der Mitgliedstaaten durch vielfältige Diskriminierungsverbote eingeschränkt.<sup>16</sup>

*Typen- und Inhaltsfreiheit.* Den Kern des rechtswissenschaftlichen Interesses an der Vertragsfreiheit bildet traditionell die Typen- und Inhaltsfreiheit. Im Recht der Schuldverhältnisse sind die Parteien anders als im Sachen- und Familienrecht nicht an die gesetzlich ausgestalteten Typen von Rechtsverhältnissen gebunden; sie können zusätzliche Vertragstypen kreieren, so genannte Innominatverträge. Sie bilden gleichsam das rechtliche Gewand für neuartige Geschäfte, die von der Dynamik der Märkte ständig hervorgebracht werden.<sup>17</sup> Darüber hinaus sind die Parteien auch grundsätzlich frei, Mengen, Preise und Konditionen ihres Leistungsaustausches festzulegen und so auf die spezifischen und wechselnden Knappheiten der Güter auf den Märkten zu reagieren.

*Formfreiheit.* Im Grundsatz anerkannt ist die bindende Kraft des Konsenses der Parteien. Von der Einhaltung einer bestimmten Abschlussform hängt die Wirksamkeit des Vertrages im Allgemeinen nicht ab. Allerdings finden sich für Spezialbereiche vielfach Ausnahmen, so zum Beispiel das Erfordernis der notariellen Beurkundung für Grundstücksgeschäfte in § 311 b BGB. Ferner verlangen manche Rechtsordnungen objektive Indizien für die Ernsthaftigkeit der Bindung, so insbesondere das common law die consideration.<sup>18</sup>

*Änderungsfreiheit.* Die Parteien bleiben auch während der Laufzeit des Vertrages dessen Herren. Sie können den Vertrag jederzeit aufheben oder abändern. Insofern reicht die Vertragsfreiheit über die Planungsfunktion für die Zukunft hinaus und schließt auch die Möglichkeit ein, auf einen Wandel der Märkte oder sonstige veränderte Umstände zu reagieren.

Alles in allem wohnt der Vertragsfreiheit damit eine bedeutende private Regelungsmacht inne, die dem Grunde nach und auch in ihren verschiedenen Facetten in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten anerkannt ist. Sie stellte die Ausgangslage bei Gründung der Europäischen Gemeinschaft dar. Im Folgenden ist nun der Frage nachzugehen, ob und in welchem Umfang das Gemeinschaftsrecht diese Prinzipien in sich aufgenommen hat.

### III. Die Vertragsfreiheit in der Europäischen Gesetzgebung

#### 1. Die Vertragsfreiheit im primären Gemeinschaftsrecht

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit hat im EG-Vertrag keine ausdrückliche Erwähnung gefunden. Allerdings erschließt sich der Sinn mancher Regelungen des Vertrages

---

<sup>16</sup> Siehe näher Jürgen Basedow, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2008, 230-251.

<sup>17</sup> Medicus (oben Fn. 5), Rz. 66; Heck (oben Fn. 8), S. 6.

<sup>18</sup> Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, § 29, S. 384 ff.; Beatson (oben Fn. 10), S. 88 ff.

von Rom eher, wenn man die Gewährleistung von Vertragsfreiheit unterstellt. Das gilt etwa für Art. 81 Abs. 2 EG, wonach wettbewerbsbeschränkende Verträge nichtig sind. In einer Wirtschaftsordnung, in der die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmen nur aufgrund staatlicher Planung oder kraft hoheitlicher Genehmigung wirksam werden, bedarf es einer Vorschrift wie Art. 81 Abs. 2 EG nicht. Ähnlich verhält es sich mit den Verkehrsfreiheiten. Mit ihnen unvereinbar sind mitgliedstaatliche Regelungen, die den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr im Binnenmarkt beschränken. Daraus ist von manchen gefolgert worden, dass die „zivilrechtliche Vertragsfreiheit (mit ihren sachrechtlichen und kollisionsrechtlichen Ausprägungen) einen Platz im EG-Verfassungsrecht“ habe.<sup>19</sup> Zwingend ist dieser Schluss aber nicht. Nach Auffassung des Gerichtshofs sind die restriktiven Wirkungen, die von nationalen Regelungen des Vertragsrechts wie etwa der vorvertraglichen Aufklärungspflicht des deutschen Schuldrechts auf den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr ausgehen, „zu ungewiss und zu mittelbar, als dass [sie] als geeignet angesehen werden könnte[n], den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu behindern“.<sup>20</sup> Im Ergebnis lässt sich das Ziel des europäischen Binnenmarkts daher zwar leichter verwirklichen, wenn die Vertragsfreiheit gewährleistet ist. Doch lässt sich aus den Verkehrsfreiheiten nicht ablesen, in welchem Umfang dies geschehen muss. Ohne eigenständige supranationale Verbürgung der privatautonomen Gestaltung baut der EG-Vertrag insofern auf dem Privatrecht der Mitgliedstaaten und der dort verankerten Vertragsfreiheit auf.<sup>21</sup>

Durch den Vertrag von Lissabon wird die Charta der Grundrechte der Europäischen Union zum verbindlichen Teil des Unionsrechts erklärt.<sup>22</sup> Die Charta der Grundrechte teilt danach den Rang der Gründungsverträge, gehört also ebenfalls dem primären Gemeinschaftsrecht an. Auch sie verankert die Vertragsfreiheit nicht ausdrücklich. Das allgemeine Recht auf Freiheit in Art. 6 betrifft das Grundrecht auf Freiheit der Person, also die körperliche Bewegungsfreiheit, aber nicht die sonstige Handlungsfreiheit.<sup>23</sup> Einzelne Aspekte der Vertragsfreiheit sind freilich in weiteren Bestimmungen der Charta geschützt. Dies gilt für die Eheschließungsfreiheit in Art. 9, die Vereinigungsfreiheit in Art. 12 und die Berufsfreiheit in Art. 15. Die Freiheit der Berufsausübung, die schon seit langem als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts anerkannt war, schließt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs auch die freie Wahl des Geschäftspartners ein.<sup>24</sup> Für die Vertragsfreiheit von Unternehmen

<sup>19</sup> *Peter von Wilmowsky*, Der internationale Verbrauchervertrag im EG-Binnenmarkt, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 1995, 735, 736 f.; mit ähnlicher Schlussfolgerung auch *Oliver Remien*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Tübingen 2003, S. 178; etwas abgeschwächt auch *Matthias Leistner*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb, Tübingen 2007, S. 347 f.

<sup>20</sup> *EuGH*, 13.10.1993, Rs. C-93/92 (*CMC Motorradcenter*), Slg. 1993, I-5009, Tz. 12.

<sup>21</sup> *Fritz Rüttner*, Die wirtschaftsrechtliche Ordnung der EG und das Privatrecht, Juristenzeitung, 1990, 838, 841; ähnlich *Ulrich Immenga*, Thesen zur Privatrechtsangleichung, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1993, 169.

<sup>22</sup> Art. 6 Abs. 1 des Vertrages über die Europäische Union in der Fassung des Vertrages von Lissabon vom 13.12.2007, ABl. 2007 C 306/1, 13; die Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist mit den Anpassungen durch den Vertrag von Lissabon abgedruckt in ABl. 2007 C 303/1.

<sup>23</sup> *Norbert Bernsdorff*, in: *Jürgen Meyer* (Hrsg.), Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2003, Art. 6, Rz. 11.

<sup>24</sup> *EuGH*, 10.7.1991, Verb. Rs. C-90 und 91/90 (*Jean Neu*), Slg. 1991, I-3617, Tz. 13.

kann darüber hinaus auch Art. 16 bedeutsam werden, wonach „die unternehmerische Freiheit ... nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten anerkannt“ wird.<sup>25</sup> Schließlich ist in der Eigentumsgarantie des Art. 17 auch das Recht jeder Person enthalten, ihr Eigentum zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Sobald also Vertragsgegenstände in den sachlichen Schutzbereich der Eigentumsgarantie fallen, stellen sich die betreffenden Verträge als Formen der Eigentumsnutzung oder Eigentumsverfügung im Sinne des Art. 17 dar.

Alles in allem ist die Vertragsfreiheit danach im primären Gemeinschaftsrecht zwar nicht selbst ausdrücklich, aber doch durch anderweitige Gewährleistungen umfassend abgesichert; es dürfte kaum Verträge geben, die völlig außerhalb der primärrechtlichen Verbürgungen stehen. Umfangreich sind aber auch die Beschränkungsmöglichkeiten. So kann die Nutzung des Eigentums nach Art. 17 „gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist,“ und die unternehmerische Freiheit wird in Art. 16 überhaupt nur „nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften“ anerkannt.

## 2. Die Vertragsfreiheit im sekundären Gemeinschaftsrecht

Das sekundäre EU-Recht ist, soweit es private Verträge zum Gegenstand hat, ganz überwiegend zwingender Natur. Die allermeisten Vorschriften schränken die Vertragsfreiheit ein, nur wenige weisen ausdrücklich auf die Möglichkeit der Parteien hin, einen bestimmten Gegenstand vertraglich zu regeln. Dies ist aber beispielsweise in den Verordnungen zur Einführung des Euro geschehen<sup>26</sup>, ebenso auch in einzelnen Bestimmungen der Handelsvertreter-Richtlinie.<sup>27</sup> Auch der Regress des Letztverkäufers gegen seinen Lieferanten gemäß Art. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist ausdrücklich als dispositiv konzipiert.<sup>28</sup> Sämtliche Gruppenfreistellungsverordnungen des europäischen Wettbewerbsrechts regeln Ausnahmen von dem Vertragsverbot des Art. 81 Abs. 1 EG und verweisen insofern auf die Möglichkeit, entsprechende Verträge abzuschließen.<sup>29</sup> Auch spezifisch kollisionsrechtliche Spielarten der Vertragsfreiheit

---

<sup>25</sup> *Oliver Remien*, Europäisches Privatrecht als Verfassungsfrage, *Europarecht* 2005, 699, 716; *Bernsdorff*, in: *Meyer* (oben Fn. 23), Art. 16, Rz. 12 mit Hinweis auf den Kommentar des Präsidiums des Konvents, *ABl.* 2007 C 303/17, 23.

<sup>26</sup> Vgl. Art. 3 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1103/97 des Rates vom 17.6.1997 über bestimmte Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des Euro, *ABl.* 1997 L 162/1; siehe dazu auch Erwägungsgrund 7, wo es ausdrücklich heißt: „Der Grundsatz der Vertragsfreiheit ist zu gewährleisten.“ Siehe ferner Verordnung (974/98/EG) des Rates vom 3.5.1998 über die Einführung des Euro, *ABl.* 1998 L 139/1; vgl. dort Art. 8 Abs. 2 und Erwägungsgrund 12.

<sup>27</sup> Siehe Art. 6 und Art. 15 Abs. 5 der Richtlinie (86/653/EWG) des Rates vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, *ABl.* 1986 L 382/17.

<sup>28</sup> Richtlinie (1999/44/EWG) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, *ABl.* 1999 L 171/12; in Erwägungsgrund 9 heißt es: „Diese Richtlinie berührt nicht den Grundsatz der Vertragsfreiheit in den Beziehungen zwischen dem Verkäufer, dem Hersteller, einem früheren Verkäufer oder einer anderen Zwischenperson.“

<sup>29</sup> Siehe *Winfried Veelken*, in: *Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht, Bd. 1. EG/Teil 1, 4. Aufl., München 2007, Einl. GFVO, Rz. 19.

wie etwa das Recht zur Prorogation und Derogation eines Forums<sup>30</sup> und die Parteiautonomie im internationalen Privatrecht finden ausdrückliche Anerkennung.<sup>31</sup> In der großen Mehrzahl der zwingenden Rechtsakte fehlt allerdings jeglicher Hinweis auf die Vertragsfreiheit. Lediglich vereinzelt wird in den Begründungserwägungen hervorgehoben, dass es in dem betreffenden Rechtsakt um eine Ausnahme von dem Grundsatz der Vertragsfreiheit gehe<sup>32</sup> oder darum, einen Missbrauch der Vertragsfreiheit zu unterbinden.<sup>33</sup>

Die Ausbeute des Streifzuges durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht ist damit ziemlich inkohärent. Positive Bekenntnisse zur Vertragsfreiheit und damit die Verweisung auf die Eigenverantwortung der Bürger und Unternehmen stehen neben Hinweisen auf die Gefahren der Vertragsfreiheit. Ob die Vertragsfreiheit überhaupt angesprochen wird, bleibt dem Zufall überlassen. Dabei verdichten sich aber in neuerer Zeit entsprechende Hinweise. Alles in allem wird man aus ihnen mit *Reiner Schulze* die Bestätigung dafür finden können, „dass es sich um ein allgemeines, nicht auf einen einzelnen Schutzbereich oder Sektor des Gemeinschaftsrechts beschränktes Prinzip handelt“.<sup>34</sup>

Umso bedauerlicher ist es, dass die *acquis*-Grundregeln des bestehenden Vertragsrechts der Europäischen Gemeinschaft, die in den vergangenen Jahren von einer Wissenschaftlergruppe ausgearbeitet wurden, den Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht niedergelegt haben; lediglich die Formfreiheit ist in Art. 1:303 verankert worden.<sup>35</sup> Die Zurückhaltung wird in Verbindung mit der Zufälligkeit der positivrechtlichen Regelungen der Vertragsfreiheit auf Dauer zu einer gewissen Unsicherheit in der Rechtsanwendung beitragen. Um das Bild abzurunden, ist daher ein Blick auf die Rechtsprechung der europäischen Gerichte erforderlich.

<sup>30</sup> Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2001 L 12/1; siehe Art. 23 zu Gerichtsstandsvereinbarungen und dazu Erwägungsgrund 14, wonach „die Vertragsfreiheit der Parteien hinsichtlich der Wahl des Gerichtsstands... gewahrt werden“ muss.

<sup>31</sup> Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht („Rom II“), ABl. 2007 L 199/40; im Zusammenhang mit der freien Rechtswahl gemäß Art. 14 heißt es in Erwägungsgrund 31: „Um den Grundsatz der Parteiautonomie zu achten..., sollten die Parteien das... anzuwendende Recht wählen können.“

<sup>32</sup> Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373/37; in Erwägungsgrund 14 heißt es: „Diese Richtlinie sollte die freie Wahl des Vertragspartners durch eine Person so lange nicht berühren, wie die Wahl des Vertragspartners nicht von dessen Geschlecht abhängig gemacht wird.“

<sup>33</sup> Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr; ABl. 2000 L 200/35; die zwingende Anwendung in Beziehungen zwischen Unternehmen wird in Erwägungsgrund 19 damit begründet, dass „der Missbrauch der Vertragsfreiheit zum Nachteil des Gläubigers... nach dieser Richtlinie verboten sein“ sollte.

<sup>34</sup> *Reiner Schulze*, Grundsätze des Vertragsschlusses im *acquis communautaire*, Gemeinschaftsprivatrecht 2005, 56 f.; ähnlich *Bettina Heiderhoff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl. München 2007, S. 100 ff.

<sup>35</sup> Die Grundregeln des bestehenden Vertragsrechts der Europäischen Gemeinschaft finden sich in deutscher Übersetzung in der Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2007, 896 ff. und 1152 ff.

## IV. Die Vertragsfreiheit in der Rechtsprechung der europäischen Gerichte

Obwohl das Modell der offenen Wettbewerbsmärkte, wie es im EG-Vertrag skizziert ist, implizit von der Verbürgung der Vertragsfreiheit ausgeht,<sup>36</sup> finden sich in den Entscheidungen des Gerichtshofs aus den frühen Jahren keine Hinweise auf diesen Grundsatz. Erst seit etwa 1980 erwähnt der Gerichtshof das Prinzip der Vertragsfreiheit, freilich sehr oft eher in einem beschreibenden, als in einem normativen Sinne.<sup>37</sup> Erst in den 90er Jahren mehren sich entsprechende Hinweise, bleiben aber vielfach deskriptiv und in ihrer Tragweite unklar. So finden sich beispielsweise in den Urteilen zum Wettbewerbsrecht wiederholt Passagen, in denen das Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung damit begründet wird, dass die strittigen Absprachen die Vertragsfreiheit einschränken.<sup>38</sup> In diesen Entscheidungen wird die Vertragsfreiheit also nicht als solche angesprochen. Viele andere Entscheidungen lassen offen, ob die Vertragsfreiheit als ein Prinzip des Gemeinschaftsrechts anerkannt ist; manche sprechen sogar ausdrücklich von der „Vertragsfreiheit der Parteien, so wie sie im Rahmen des geltenden nationalen Rechts besteht.“<sup>39</sup>

In jüngster Zeit mehren sich jedoch Fälle, in denen die europäischen Gerichte aus einem normativ verstandenen Grundsatz der Vertragsfreiheit Schlussfolgerungen für die konkrete Auslegungsfrage ableiten. So hat das Gericht Erster Instanz es schon 1992 abgelehnt, die Kommission zur Verhängung eines Kontrahierungszwangs gegenüber Unternehmen zu verpflichten, die gegen das Kartellverbot des Art. 81 EG verstoßen hatten. Zur Begründung führte das Gericht aus, dass „die Vertragsfreiheit die Regel bleiben muss“ und dass es mehrere Mittel gebe, eine Zuwiderhandlung gegen Art. 81 EG abzustellen. Es sei im Übrigen Sache des nationalen Rechts, die Rechtsfolgen eines Verstoßes festzulegen, darunter gegebenenfalls auch eine Verpflichtung zum Vertragsschluss.<sup>40</sup> In einem arbeitsrechtlichen Vorabentscheidungsverfahren wurde dem Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob ein nicht tarifgebundener Erwerber eines Betriebes nach der maßgeblichen Richtlinie 77/187<sup>41</sup> an solche Tarifverträge gebunden ist, die nach Betriebsübergang abgeschlossen wurden und für den Veräußerer maßgeblich wären. Der Gerichtshof verneint eine solche Bindung im Ergebnis und beginnt seine Begründung mit der Feststellung, „dass ein Vertrag im Allgemeinen durch das

<sup>36</sup> Siehe oben Abschnitt III/1.

<sup>37</sup> Die erste Bezugnahme befindet sich, soweit ersichtlich, in EuGH 16.1.1979, Rs. 151/78 (*Sukkerfabriken Nykoebing Limiteret / J. Landwirtschaftsministerium*), Slg. 1979, I, Tz. 19/20.

<sup>38</sup> EuGH 21.1.1999, verb. Rs. C-215 und 216/96 (*Bagnasco / J. Banca Popolare di Novara*), Slg. 1999, I-135, Tz. 45; EuG 18.9.1992, Rs. T-24/90 (*Automec*), Slg. 1992, II-2223, Tz. 45; EuG 22.10.1997, verb. Rs. T-213/95 und T-18/96 (*Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf SCK*), Slg. 1997, II-1739, Tz. 238.

<sup>39</sup> EuGH 18.1.2007, Rs. C-421/05 (*City Motors Groep / J. Citroën Belux*), Slg. 2007, I-653, Tz. 24; EuGH 7.9.2006, Rs. C-125/05 (*Vulcan Silkeborg / J. Scandinavian Motor Co.*), Slg. 2006, I-7637, Tz. 47.

<sup>40</sup> EuG 18.9.1992, Rs. T-24/90 (*Automec*), Slg. 1992, II-2223, Tz. 50-52.

<sup>41</sup> Richtlinie 77/187/EWG des Rates vom 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung der Ansprüche der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl. 1977 L 61/26, geändert durch Richtlinie 98/50/EG des Rates vom 29.6.1998, ABl. 1998 L 201/88.

Prinzip der Privatautonomie gekennzeichnet ist, wonach die Parteien frei darin sind, gegenseitige Verpflichtungen einzugehen. Nach diesem Prinzip gelten in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens, in der die Beklagte nicht Mitglied einer Arbeitgeberorganisation und durch keinen Kollektivvertrag gebunden ist, die Rechte und Pflichten aus einem derartigen Vertrag für sie daher grundsätzlich nicht.<sup>42</sup> Auch in neueren Entscheidungen zum Steuerrecht hat der Gerichtshof bestimmte Abmachungen in den Bereich der Vertragsfreiheit verwiesen und daraus Schlussfolgerungen für das Steuerrecht gezogen.<sup>43</sup> Bemerkenswert ist schließlich eine Äußerung des Gerichtshofs zur Umdatierung von Verträgen im Zusammenhang mit Erstattungen für die Verarbeitung von Zitrusfrüchten. Hierzu stellt der Gerichtshof zunächst fest, „dass das Recht der Parteien, von ihnen geschlossene Verträge zu ändern, auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit beruht und daher nicht eingeschränkt werden kann, wenn es keine Gemeinschaftsregelung gibt, die in dieser Beziehung besondere Beschränkungen festlegt. Daher kann eine solche Änderung nicht als unzulässig angesehen werden, solange der Zweck der Vertragsänderung nicht dem von der anwendbaren Gemeinschaftsregelung verfolgten Zweck zuwiderläuft und keine Betrugsfahr hervorruft.“<sup>44</sup>

Treffender als der Gerichtshof haben zwei Generalanwälte die Anerkennung für den Grundsatz der Vertragsfreiheit im Gemeinschaftsrecht zum Ausdruck gebracht. So schreibt Generalanwalt *Geelhoed*: „Aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit folgt, dass jedermann frei wählen kann, mit wem und worüber er in Verhandlung treten und bis zu welchem Punkt er die Verhandlungen fortsetzen will.“ Unter Berufung auf die UNIDROIT-Grundregeln der internationalen Handelsverträge<sup>45</sup> betont er dann das – freilich eingeschränkte – Recht einer Partei, die Vertragsverhandlungen abzubrechen.<sup>46</sup> Noch umfassender und unter Einschluss der prozessrechtlichen Konsequenzen formuliert Generalwältin *Trstnjak*: „Die Gemeinschaftsrechtsordnung wie auch die Rechtsordnungen ihrer Mitgliedstaaten beruhen ... auf dem Gedanken der Freiheit und der Eigenverantwortung des Individuums. Ihnen ist gemeinsam, dass sie ihm die Entscheidung überlassen, wie es seine schutzwürdigen Interessen am besten wahr. Ausfluss dieser Freiheit bei der Wahrung eigener Rechte ist der Dispositionsgrundsatz als prozessuales Korrelat zur materiellrechtlichen Privatautonomie.“<sup>47</sup>

Fasst man die Äußerungen des Gerichtshofs zusammen, so wird der Grundsatz der Vertragsfreiheit dort nicht nur in einer sehr allgemeinen und beschreibenden Weise bestätigt. Auch wenn der Gerichtshof die Vertragsfreiheit noch nie ausdrücklich zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts gerechnet hat, sind ihre einzel-

<sup>42</sup> EuGH 9.3.2006, Rs. C-499/04 (*Werhof ./. Freeway Traffic Systems*), Slg. 2006, I-2397, Tz. 23.

<sup>43</sup> EuGH 22.3.2007, Rs. C-437/04 (*Kommission ./. Belgien*), Slg. 2007, I-2513 Tz. 51; EuGH 18.7.2007, Rs. C-277/05 (*Société Thermale d'Eugénie-les-Bains*), Slg. 2007, in Slg. noch unveröffentlicht, Tz. 21.

<sup>44</sup> EuGH 5.10.1999, Rs. C-240/97 (*Spanien ./. Kommission*), Slg. 1999, I-6571, Tz. 99 f.

<sup>45</sup> UNIDROIT, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004, Rome 2004, Article 2.1.15.

<sup>46</sup> Schlussanträge des Generalanwalts *Geelhoed* vom 31.1.2002 in der Rs. C-334/00 (*Tacconi ./. Heinrich Wagner*), Slg. 2002, I-7357, Tz. 55.

<sup>47</sup> Schlussanträge der Generalwältin *Trstnjak* vom 28.3.2007 in der Rs. C-331/05 P (*Internationaler Hilfsfonds ./. Kommission*) Tz. 93; ähnlich auch Generalanwalt *Ruiz-Jarabo Colomer* in der Rs. C-106/03 P (*Vedial ./. Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt*), Tz. 28.

nen Erscheinungsformen doch in verschiedenen Urteilen unzweideutig anerkannt.<sup>48</sup> So ist die Vertragsabschlussfreiheit in der *Automec*-Entscheidung des Gerichts Erster Instanz bestätigt worden.<sup>49</sup> Die Freiheit der Vertragspartnerwahl hat der Gerichtshof schon im Falle *Jean Neu* als Ausfluss der Berufsausübungsfreiheit bezeichnet und ihr damit sogar den besonderen Rang des primären Gemeinschaftsrechts verliehen.<sup>50</sup> Auch die Inhaltsfreiheit ist in verschiedenen Entscheidungen zum Ausdruck gebracht worden.<sup>51</sup> Schließlich hat der Gerichtshof im Zusammenhang mit der Umdatierung von Verträgen im Agrarbereich auch ein klares Bekenntnis zur Änderungsfreiheit abgegeben.<sup>52</sup>

Die Vertragsfreiheit genießt in der Rechtsprechung des Gerichtshofs daher eine umfassende Anerkennung. Bemerkenswert ist daran, dass fast alle gerichtlichen Äußerungen hierzu erst aus der jüngsten Vergangenheit stammen. Worauf dies zurückzuführen ist, darüber lässt sich nur spekulieren. Vielleicht dringt in den europäischen Gerichten das Bewusstsein vor, dass mit der Zunahme privatrechtlicher Streitigkeiten auch eine Besinnung auf die Grundsätze des Privatrechts erforderlich ist. Die Vermehrung positivrechtlicher Verweisungen auf die Vertragsfreiheit kann jedenfalls nicht der Grund sein; in der Gemeinschaftsgesetzgebung nimmt vielmehr das zwingende Recht eher an Bedeutung zu.

## V. Regulierungstendenzen im Vertragsrecht der Europäischen Union

### 1. Überregulierung und Inkohärenz

Der bisherige Befund, nämlich die Anerkennung der Vertragsfreiheit als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, steht in auffälligem Gegensatz zur Entwicklung des positiven Vertragsrechts der Europäischen Union. Die Gemeinschaft hat Mitte der 80er Jahre damit begonnen, einzelne Rechtsakte zum Vertragsrecht zu erlassen. Diese Rechtsakte betreffen zum Teil Einzelfragen bestimmter Sektoren wie etwa Informationspflichten in der Lebensversicherung<sup>53</sup>, die Kfz-Haftpflichtversicherung<sup>54</sup> oder

---

<sup>48</sup> Siehe dazu näher *Daniel Thomas Laumann*, Der privatrechtliche Vertragsschluss in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, Frankfurt am Main 2005, S. 68 ff.

<sup>49</sup> Siehe oben Fn. 40.

<sup>50</sup> Siehe oben Fn. 24.

<sup>51</sup> Siehe oben Fn. 42.

<sup>52</sup> Siehe oben Fn. 44.

<sup>53</sup> Art. 36 der Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.11.2002 über Lebensversicherungen, ABl. 2002 L 345/1.

<sup>54</sup> Richtlinie 72/166/EWG des Rates vom 24.4.1972 betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezüglich der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und der Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht, ABl. 1972 L 103/1; Zweite Richtlinie 84/5/EWG des Rates vom 30.12.1983 betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezüglich der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung, ABl. 1984 L 8/17; Dritte Richtlinie 90/232/EWG des Rates vom 14.5.1990 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung, ABl. 1990 L 129/33; Richtlinie 2000/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.5.2000 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung, und zur Änderung der Richtlinien

Rechte von Reisenden in der Luftfahrt<sup>55</sup> oder im Eisenbahnverkehr<sup>56</sup>, viele sind auf Verbraucherverträge schlechthin anzuwenden<sup>57</sup>, nur wenige beziehen sich auf Handelsverträge<sup>58</sup>.

Gemeinsam ist den vertragsrechtlichen Rechtsakten der Gemeinschaft der punktuelle Problemzugriff. Verwandte Regelungen, beispielsweise zu Informationspflichten oder Rücktrittsrechten, sind vielfach nicht aufeinander abgestimmt. Sie verfolgen auch nicht das Ziel einer umfassenden Regelung des jeweiligen Vertragstyps oder Teilproblems; sie sind vielmehr gedacht als gesetzliche Lösungen für spezifische Einzelprobleme von Vertragsverhältnissen, die im Übrigen nach dem jeweils maßgeblichen nationalen Vertragsrecht zu beurteilen sind. Ihr Sinn erschließt sich damit einerseits aus dem gemeinschaftsrechtlichen Kontext, nämlich dem Bezug zu einer bestimmten Gemeinschaftspolitik und den ihr zugrunde liegenden Vorschriften der Gründungsverträge. Andererseits erhalten sie ihre Bedeutung aber auch durch die Einbettung in die nationalen Rechtsordnungen der einzelnen Mitgliedstaaten. Dies impliziert erhebliche Gefahren der Verzerrung der als einheitlich konzipierten Gemeinschaftslösung.

Der punktuelle Ansatz der europäischen Rechtspolitik bei Einzelproblemen hat naturgemäß die zwingende Ausgestaltung der Lösungen zur Folge. Damit diese Lösungen nicht durch die Einbettung in die nationalen Vertragsrechtssysteme verzerrt werden und ihre europäische Identität verlieren, müssen die Regelungen oft zahlreiche Details aufführen. Nach ihrer äußerlichen Gestalt und unabhängig vom konkreten Regelungsinhalt erzeugen die vertragsrechtlichen Rechtsakte der Gemeinschaft daher vielfach den Eindruck einer komplizierten Überregulierung.

Dieser erste Eindruck sollte indessen nicht maßgebend sein für die Bewertung. Erstens ist die Ausführlichkeit und Ausdifferenzierung von gesetzlichen Regelungen eine generelle Begleiterscheinung der modernen Gesellschaft. Darauf hat schon *Zweigert* vor über drei Jahrzehnten hingewiesen, als die Europäische Gemeinschaft sich dem

73/239/EWG und 88/357/EWG des Rates (Vierte Kraftfahrzeug-Haftpflicht-Richtlinie), ABl. 2000 L 181/65; Richtlinie 2005/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005 zur Änderung der Richtlinien 72/166/EWG, 84/5/EWG, 88/357/EWG und 90/232/EWG des Rates sowie der Richtlinie 2000/26/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung, ABl. 2005 L 149/14.

<sup>55</sup> Verordnung (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.2.2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABl. 2004 L 46/1; Verordnung (EG) Nr. 2027/97 des Rates vom 9.10.1997 über die Haftung von Luftfahrtunternehmen bei Unfällen, ABl. 1997 L 285/1, geändert durch Verordnung (EG) Nr. 889/2002 vom 13.5.2002, ABl. 2002 L 140/2.

<sup>56</sup> Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABl. 2007 L 315/14.

<sup>57</sup> Die Richtlinien zum Allgemeinen Verbrauchervertragsrecht sind zusammengestellt im Anhang der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19.5.1998 über Unterlassungsklagen zum Schutze der Verbraucherinteressen, ABl. 1998 L 166/51; siehe auch die viersprachige Textsammlung von *Jürgen Basedow* (Hrsg.), *European Private Law*, vol. 2, The Hague 2000.

<sup>58</sup> Siehe etwa die Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18.12.1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter, ABl. 1986 L 382/17; Richtlinie 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.6.2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2000 L 200/35; Richtlinie 2002/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.6.2002 über Finanzsicherheiten, ABl. 2002 L 168/43.

Privatrecht noch nicht zugewandt hatte und die Flut privatrechtlicher Sondergesetze, die auch schon damals verbreitete Kritik hervorrief, rein national begründet war.<sup>59</sup> Die Dynamik der Märkte hat nicht nur eine gewaltige Vielfalt von Geschäftsformen hervorgebracht, sie hat auch den Blick geschärft für die schon oben angesprochenen Grenzen der Vertragsfreiheit.<sup>60</sup> Auf sie hat der nationale Gesetzgeber schon mit dem Erlass zwingender Sondergesetze reagiert, lange bevor die Gemeinschaft dieses Terrain entdeckte. Nicht zuletzt ist die große Schuldrechtsreform des Jahres 2002 auf die Kritik an der Aufsplitterung des Schuldrechts in mehr als 200 Gesetze zurückzuführen. Dabei wurde die Existenz dieser Sondergesetze in der Sache nicht kritisiert, ganz im Gegenteil: Nach den Worten des früheren Bundesministers der Justiz, *Jürgen Schmude*, wird an ihnen „der Regelungsbedarf einer modernen Industriegesellschaft deutlich, die das Sozialmodell des BGB längst hinter sich gelassen hat.“<sup>61</sup> Es sei jedoch ihre Rückführung in die allgemeine zivilrechtliche Kodifikation erforderlich, aus der sich die Grundsätze des geltenden Schuldrechts zuverlässig ergeben müssten.

Ähnlich wird man auch die gegenwärtige Rechtslage auf europäischer Ebene zu bewerten haben. Von einigen Ausnahmen abgesehen<sup>62</sup> sind die Eingriffe des europäischen Gesetzgebers in die Vertragsfreiheit als solche kaum zu kritisieren, ebenso wenig ist es ihre detaillierte Ausgestaltung. Letztere ist vielmehr erforderlich, da es auf europäischer Ebene keine Gerichtsbarkeit gibt, die den Anforderungen der Ziviljustiz an eine hinreichende Dichte von Entscheidungen genügen könnte. Solange es daran fehlt, muss die Einheitlichkeit der Rechtsverwirklichung durch die dezentralen Gerichte der Mitgliedstaaten gewährleistet werden. Dies setzt eine ins Einzelne gehende Regelungstechnik der europäischen Texte voraus. Wo es daran fehlt und sich die Gemeinschaft wie in der Klauselrichtlinie<sup>63</sup> auf den Erlass von sehr allgemein umschriebenen Verbotstatbeständen zurückzieht, ist keine einheitliche Anwendung durch die Mitgliedstaaten zu erwarten. Mehr noch: Auch der Gerichtshof scheint eine Konkretisierung in diesen Fällen abzulehnen.<sup>64</sup>

Kritikwürdig ist dagegen die *Inkohärenz* der zahlreichen vertragsrechtlichen Rechtsakte der Gemeinschaft und ihr mangelnder Bezug zu allgemeinen Prinzipien. Während die nationalen Sondergesetze sich in ihrer Terminologie und Struktur über 100 Jahre lang an der jeweiligen Zivilrechtskodifikation orientiert haben, fehlt ein entsprechender Bezugsrahmen von Begriffen und Prinzipien in der Europäischen Gemeinschaft bislang.

---

<sup>59</sup> *Konrad Zweigert*, Die rechtsstaatliche Dimension von Gesetzgebung und Judikatur, in: Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, Bd. II, München 1976, S. K 1, K 6 f.

<sup>60</sup> Siehe schon oben Abschnitt II/1.

<sup>61</sup> *Bundesminister der Justiz* (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Bd. I, Köln 1981, S. V.

<sup>62</sup> Siehe unten Abschnitt V/3.

<sup>63</sup> Richtlinie des Rates vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29, siehe Art. 3, dem im deutschen Recht § 307 BGB entspricht.

<sup>64</sup> EuGH 1.4.2004 Rs. C-237/02 (*Freiburger Kommunalbauten J. Ludger und Ulrike Hofstetter*), Slg. 2004, I-3403, Tz. 19-22; siehe dazu *Jürgen Basedow*, Der Europäische Gerichtshof und die Klauselrichtlinie 93/13: Der verweigte Dialog, in: Festschrift für Günter Hirsch, München 2008, S. 51-62.

## 2. Eingriffe in die Vertragsfreiheit

Die fragmentierte Gesetzgebung der Gemeinschaft zum Vertragsrecht ist, wie erwähnt, auf den rechtspolitischen Willen zurückzuführen, einzelne Missstände des Wirtschaftslebens mit den Mitteln der Rechtsetzung zu bekämpfen. Von diesem Ansatz her kommen für die gemeinschaftliche Rechtspolitik im Wesentlichen nur zwingende Vorschriften in Betracht. Man kann sie als Eingriffe in die Vertragsfreiheit in ihren verschiedenen Erscheinungsformen interpretieren und kritisieren.

Eingriffe in die *Abschlussfreiheit* kommen im Gemeinschaftsrecht vor. So ist die essential facilities-Doktrin mit einer Bedienungspflicht für die Inhaber marktbeherrschender wesentlicher Einrichtungen auf der Grundlage von Art. 82 EG auch im Gemeinschaftsrecht anerkannt.<sup>65</sup> Auch Eingriffe in die *Nachfragefreiheit* sind anzutreffen, so insbesondere Versicherungspflichten im Bereich der Haftpflichtversicherung.<sup>66</sup> Diese Eingriffe sind aber wohldosiert und gehen nicht wesentlich über das Maß hinaus, das auch in verschiedenen Mitgliedstaaten zuvor anerkannt war.

Eingriffe in die *Änderungsfreiheit* sind im sekundären Gemeinschaftsrecht nicht ersichtlich. Sie wird sogar in Art. 3 Abs. 2 der künftigen Rom I-Verordnung für das internationale Privatrecht der Schuldverträge ausdrücklich bestätigt, wenn es dort heißt, dass eine Rechtswahl *jederzeit* getroffen werden kann.<sup>67</sup>

Auch in die *Formfreiheit* wird durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht nur selten eingegriffen. Zwar wird im Verbraucherrecht oder im Arbeitsrecht vielfach die Schriftform vorgeschrieben,<sup>68</sup> doch im Allgemeinen nur für die Übermittlung gewisser Informationen und nur ausnahmsweise für die Willenserklärungen der Vertragspar-

<sup>65</sup> EuGH 6.4.1995, verb. Rs. C-241 und 242/91 P (*RTE und ITP .J. Kommission*), Slg. 1995, I-743, Rz. 46 ff.; EuGH 26.11.1998, Rs. C-7/97 (*Oscar Bronner .J. Media Print*), Slg. 1998, I-7791, Tz. 39 ff.

<sup>66</sup> Siehe zum Beispiel die Versicherungspflicht für Luftfahrtunternehmen in Art. 7 der Verordnung Nr. 2407/92 des Rates vom 23.7.1992 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen, ABl. 1992 L 240/1 und dazu ergänzend Verordnung (EG) Nr. 785/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 über Versicherungsanforderungen an Luftfahrtunternehmen und Luftfahrzeugbetreiber, ABl. 2004 L 138/1; für die Kfz-Haftpflichtversicherung siehe Art. 3 der Richtlinie des Rates vom 24.4.1972 betreffend die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bezüglich der Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherung und der Kontrolle der entsprechenden Versicherungspflicht, ABl. 1972 L 103/1; für Rechtsanwälte siehe Art. 6 Abs. 3 der Richtlinie 98/5/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.1998 zur Erleichterung der ständigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs in einem anderen Mitgliedstaat als dem, in dem die Qualifikation erworben wurde, ABl. 1998 L 77/36; für Versicherungsmittler siehe Art. 4 Abs. 3 der Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9.12.2002 über Versicherungsvermittlung, ABl. 2003 L 9/3.

<sup>67</sup> Die Rom I-Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht war bei Abschluss dieses Manuskripts zwar schon verabschiedet, aber noch nicht im ABl. veröffentlicht.

<sup>68</sup> Siehe etwa Art. 4 der Richtlinie (85/577/EWG) des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. 1985 L 372/31; Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie (90/314/EWG) des Rates vom 13.6.1990 über Pauschalreisen, ABl. 1990 L 158/59; Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie (94/47/EG) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl. 1994 L 280/83; Art. 3 der Richtlinie (97/5/EG) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.1.1997 über grenzüberschreitende Überweisungen, ABl. 1997 L 43/25; Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14.10.1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, ABl. 1991 L 288/32; nach Art. 6 bleibt es Sache des nationalen Rechts, die Form des Arbeitsvertrages zu regeln.

teien. Es geht um die Beständigkeit und jederzeitige Abrufbarkeit der Information, die für den Vertrag und seine Durchführung wesentlich ist. Die Authentifizierung einer Vertragspartei und ihre Warnung vor dem Inhalt spielen nur selten eine Rolle, so etwa bei Verbraucherkrediten<sup>69</sup> oder bei Timesharing-Verträgen über Immobilien.<sup>70</sup> Die Schriftform entspricht hier der besonderen Tragweite der Vertragsentscheidung. Andererseits ist die Formfreiheit ausdrücklich vorgeschrieben für die Bestellung von Finanzsicherheiten im Verkehr zwischen den Banken.<sup>71</sup>

Besonders zahlreich sind die Einschränkungen der *Inhaltsfreiheit*, insbesondere bei Arbeitsverträgen und Verbraucherverträgen. Im Arbeitsrecht gehen die Eingriffe in ihrer Dichte und Vielfalt kaum über das hinaus, was seit Jahrzehnten auch im nationalen Recht gang und gäbe ist. Allein im Verbrauchervertragsrecht hat die Gemeinschaft im Vergleich mit dem deutschen Recht in vielen Punkten eine gewisse Vorreiterrolle gespielt. Durchgehende Regelungselemente sind dabei Informationspflichten und Widerrufs- oder Rücktrittsrechte des Verbrauchers, durch die der Zeitpunkt der effektiven vertraglichen Bindung unter Umständen erheblich hinausgezögert wird. Vorvertragliche Informationspflichten sollen die Rationalität des Vertragsschlusses durch den Konsumenten steigern und falsche Erwartungen und Enttäuschungen ausschließen.<sup>72</sup> Die Zwecke der Widerrufs- und Rücktrittsrechte sind vielfältiger, aber oft geht es letztlich darum, die Tragweite uninformatierter und spontaner Vertragsschlüsse zu relativieren.<sup>73</sup> Beide Regelungsstrukturen des europäischen Verbraucherrechts verfolgen also den Zweck, in der Phase des Vertragsschlusses für mehr Information des Verbrauchers und damit für eine Effektivierung des Vertragsschlusses zu sorgen.

Die Eingriffe des Gemeinschaftsrechts in die Ausgestaltung der Rechte und Pflichten aus dem Vertrag sind dagegen seltener und beziehen sich nur auf wenige Vertragstypen, so insbesondere auf den Timesharing-Vertrag über Immobilien<sup>74</sup> und den Verbrauchsgüterkauf.<sup>75</sup> Die Korrektur missbräuchlicher Standardklauseln in den Verträgen, die der europäische Gesetzgeber eigentlich für Verträge aller Art vorgesehen hatte, ist dagegen an einer Verweigerungshaltung des Europäischen Gerichtshofs gescheitert.<sup>76</sup>

Alles in allem sind die Eingriffe der Gemeinschaft in die inhaltliche Gestaltungsfreiheit kaum als überzogen zu kritisieren, sondern eher wegen ihrer Vielfalt und mangelnden Kohärenz.

---

<sup>69</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 der RL 87/102/EWG des Rates vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit.

<sup>70</sup> Siehe Art. 4 der RL 94/47/EG, oben Fn. 68.

<sup>71</sup> Art. 3 der RL 2002/47, oben Fn. 58.

<sup>72</sup> Brigitta Lurger, Vertragliche Solidarität, Baden-Baden 1998, S. 14, 32, 100.

<sup>73</sup> Lurger, Fn. 72, S. 44 ff. und 100.

<sup>74</sup> Siehe die besonderen Vorschriften über Leistungsstörungen in der RL 94/47/EG, oben Fn. 68.

<sup>75</sup> Siehe die RL 1999/44/EWG, oben Fn. 28.

<sup>76</sup> Vgl. oben Fn. 64.

### 3. Eingriffe in die Freiheit der Vertragspartnerwahl

Rechtspolitisch höchst umstritten ist dagegen im Kern die Einschränkung der Freiheit der Vertragspartnerwahl durch die neueren Antidiskriminierungsrichtlinien. Der Vertrag von Rom hatte in Art. 119 (jetzt: Art. 141 EG) lediglich die geschlechtsspezifische Diskriminierung bei den Arbeitsentgelten vorgeschrieben; Mitgliedsländer mit einem höheren Anteil von Frauen in der Erwerbsbevölkerung sollten im Gemeinsamen Markt keine Vorteile dadurch erlangen, dass Frauenarbeit dort geringere Lohnkosten verursacht. Der Gerichtshof hat daraus ein individuelles Recht abgeleitet, das nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch gegenüber privaten Vertragspartnern durchgesetzt werden kann.<sup>77</sup> Die Gemeinschaft hat dieses Prinzip inzwischen für weite Teile des Arbeitsrechts durch Richtlinien durchgesetzt.<sup>78</sup>

Der Vertrag von Amsterdam hat mit Art. 13 EG eine Ermächtigungsgrundlage für Maßnahmen geschaffen, mit denen die Gemeinschaft auch außerhalb des Arbeitsrechts und auch gegen solche Diskriminierungen vorgeht, die nicht nur auf das Geschlecht, sondern auf Rasse, ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Ausrichtung abstellen. Auf dieser Grundlage hat die Gemeinschaft inzwischen drei weitere Richtlinien erlassen, von denen zwei auch jenseits des Arbeitslebens für die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen gelten, also für einen Großteil aller zivilrechtlichen Verträge. Diese beiden Richtlinien sollen dabei einerseits den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen verwirklichen<sup>79</sup> und andererseits die Diskriminierungen nach Rasse und ethnischer Herkunft unterbinden.<sup>80</sup> Des Weiteren ist – begrenzt auf das Arbeitsleben – die so genannte Rahmenrichtlinie zu beachten, die in Beschäftigung und Beruf alle Diskriminierungen wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung bekämpfen soll.<sup>81</sup> Weitere Rechtsakte zur Bekämpfung der Diskriminierung befinden sich in Vorbereitung.

Wenn die Charta der Grundrechte, wie im Vertrag von Lissabon vorgesehen, verbindlich wird,<sup>82</sup> wird ihr noch erheblich weiter reichendes Diskriminierungsverbot möglicherweise von den Gerichten direkt angewendet werden, heißt es doch in Art. 21 Abs. 1: „Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen und sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen An-

<sup>77</sup> EuGH 8.4.1976, Rs. 43/75 (*Defrenne ./. Sabena*), Slg. 1976, 455, Tz. 21/24 am Ende.

<sup>78</sup> Zusammengefasst in Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. 2006 L 204/23.

<sup>79</sup> Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373/37.

<sup>80</sup> Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse und der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 L 180/22.

<sup>81</sup> Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

<sup>82</sup> Siehe oben im Text bei Fn. 22 ff.

schauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten.“

Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Diskriminierungsfragen und der Charakter der Charta rücken eine unmittelbare Anwendung von Art. 21 in den Bereich des Möglichen. Insbesondere ist daran zu erinnern, dass der Gerichtshof aus der Rahmenrichtlinie 2000/78 im Falle *Mangold* ein Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Alters abgeleitet hat, das auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern gelten soll.<sup>83</sup> Mit der anderweitig begründeten Kritik an dieser Entscheidung<sup>84</sup> ist noch einmal zu bekräftigen, dass eine unmittelbare Geltung eines derart weit umschriebenen Diskriminierungsverbotes allenfalls im Bereich des öffentlichen Rechts in Betracht kommt, nicht aber im Privatrecht. Im Übrigen sei daran erinnert, dass die Charta der Grundrechte nach ihrem Art. 51 „ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union“ zu beachten ist. Sie soll ersichtlich gerade nicht Ausdruck allgemeiner Rechtsgrundsätze sein, die ohnehin gelten würden.

Die Unangemessenheit der privatrechtlichen Direktwirkung von Diskriminierungsverboten wird im Falle des Art. 21 der Grundrechte-Charta noch dadurch unterstrichen, dass hier auch die Ungleichbehandlung aus Gründen des Vermögens verboten wird. Die Marktwirtschaft, die in Art. 2 Abs. 3 EU in der Fassung des Vertrages von Lissabon als eines der Ziele der Gemeinschaft genannt wird, steuert die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen über den Preis, der sich aufgrund von Angebot und Nachfrage am Markt herausbildet. Dabei spielt die Zahlungsbereitschaft der einzelnen Marktteilnehmer eine wesentliche Rolle; sie hängt durchweg auch vom Vermögen des Einzelnen ab. Ein privatrechtlich wirkendes Verbot der Diskriminierung nach Vermögen müsste also letztlich die unterschiedliche Bepreisung von Wirtschaftsgütern in Abhängigkeit von der vermögensbedingten Zahlungsbereitschaft der Kunden unterbinden. Der Konflikt zwischen Art. 21 der Grundrechte-Charta und dem Vertragsziel der Marktwirtschaft tritt klar zu Tage.

Dieser Konflikt ist nach den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte nicht gesehen worden, geschweige denn beabsichtigt.<sup>85</sup> Der Konflikt lässt sich am ehesten dadurch vermeiden, dass den Diskriminierungsverboten des Art. 21 keine unmittelbare Wirkung im Privatrecht zuerkannt wird. Damit würde der ordnungspolitische Ansatz des EG-Vertrages auch ganz generell gefördert. Wenn in einer marktwirtschaftlichen Ordnung einzelne Personengruppen vom Bezug von Gütern oder Dienstleistungen ausgeschlossen werden, so ist es nämlich in erster Linie Sache des Wettbewerbs unter den verschiedenen Anbietern, das diskriminierende Verhalten zu ahnden und den Ausschließenden zu disziplinieren. Dies geschieht durch Abwanderung von Kunden.

---

<sup>83</sup> EuGH, 22.11.2005, Rs. C-144/04 (*Mangold* / *Helm*), Slg. 2005, I-9981, Tz. 74, 77.

<sup>84</sup> Siehe Jürgen Basedow, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2008, 230-251.

<sup>85</sup> Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, ABl. 2007 C 303/17; gemäß Art. 52 Abs. 7 der Charta sind die Erläuterungen „gebührend zu berücksichtigen“.

Der gleiche Wettbewerbsmechanismus sorgt im Übrigen dafür, dass sich in aller Regel andere Anbieter finden, die die ausgeschlossenen Kunden ihrerseits bedienen.

Die unmittelbare Anwendung des Art. 21 der Grundrechte-Charta im Privatrechtsverkehr hätte demgegenüber zur Folge, dass für viele Formen des gesellschaftlichen Lebens ein Rechtfertigungszwang entstünde, der mit einer freiheitlichen Gesellschaft unvereinbar ist. So müssten die Betreiber von Mädchenschulen beispielsweise vor Gericht darlegen, warum sie keine Jungen aufnehmen. Die Jugendorganisationen politischer Parteien müssten begründen, warum es angemessen ist, dass ihre Mitglieder den Status mit Erreichen einer Altersgrenze verlieren. Auch Frauenkneipen oder Landfrauenverbände kämen unter Rechtfertigungsdruck, ebenso die Ausstellung von Seniorenkarten an Bahnkunden, die die Pensionsgrenze überschritten haben. Diese und viele andere Erscheinungen des gesellschaftlichen Lebens bestehen oder vergehen in Abhängigkeit von den Wandlungen des gesellschaftlichen Denkens, das seine Wirkungen am besten auf dem Markt entfalten kann und nicht in Zivilgerichten.

Die Eingriffe in die Freiheit der Vertragspartnerwahl, die von den Diskriminierungsverboten des Gemeinschaftsrechts ausgehen, haben schon gegenwärtig ein bedenkliches Ausmaß erreicht. Mit dem Inkrafttreten der Charta der Grundrechte wird sich die Frage nach ihrer Tragweite auf der Ebene des primären Gemeinschaftsrechts noch verschärfen.

## VI. Schlussfolgerungen

### 1.

Die Vertragsfreiheit ist schon bislang als allgemeiner Grundsatz des europäischen Gemeinschaftsrechts anerkannt. Wie sich aus dem Zusammenhang mit dem Modell der offenen, wettbewerblich strukturierten Märkte des EG-Vertrages ergibt, ist das Prinzip der Vertragsfreiheit dabei im Zusammenhang mit dem Schutz des Wettbewerbs zu interpretieren. Das gemeinschaftsrechtliche Konzept der Vertragsfreiheit ist daher kein rein individualrechtliches, sondern ein ordnungspolitisches: Unter der Bedingung, dass Wettbewerb die exzessive Ausübung wirtschaftlicher Macht begrenzt, liegen Privatautonomie und Vertragsfreiheit im öffentlichen Interesse. Soweit Marktunvollkommenheiten die Herstellung wettbewerblicher Verhältnisse nicht zulassen, sind staatliche Eingriffe in die Vertragsfreiheit legitim.

### 2.

Die Vertragsfreiheit gliedert sich in verschiedene Teilfreiheiten auf: Die Abschlussfreiheit als das Recht, mit einem Angebot oder einer Nachfrage überhaupt an den Markt zu gehen; die Freiheit der Vertragspartnerwahl; die Inhaltsfreiheit in Bezug auf den Leistungstyp, auf Mengen, Preise und Konditionen; die Formfreiheit als Möglichkeit, bindende Verträge durch bloßen Konsens abzuschließen; die Änderungsfreiheit

als das Recht der Vertragsparteien, während der Laufzeit des Vertrages über dessen Regelungen im Einverständnis zu disponieren. Mit Ausnahme der Formfreiheit, die freilich nicht ernstlich in Frage gestellt wird, hat die europäische Rechtsprechung alle Teilfreiheiten ausdrücklich anerkannt.

### 3.

Die europäische Gesetzgebung zum Vertragsrecht zeichnet sich durch große Detailliertheit der Regelungen, durch eine Aufsplitterung in zahlreiche fragmentarische Rechtsakte und durch deren Inkohärenz aus. Dies erweckt den Eindruck der Überregulierung. Er ist freilich, von Eingriffen in die Vertragspartnerwahl, unten (5), abgesehen, im Allgemeinen nur in einem formellen Sinne gerechtfertigt: Die Fülle wortreicher und nicht aufeinander abgestimmter Vorschriften führt zu Wertungswidersprüchen und lässt das Recht als zufällig oder bisweilen sogar willkürlich erscheinen.

### 4.

Diese Inkohärenzen zu beseitigen, ist eine wichtige Aufgabe der gemeinschaftlichen Gesetzgebung, die von der Wissenschaft seit über 20 Jahren erkannt worden ist. Nach der Fertigstellung der Principles of European Contract Law (PECL)<sup>86</sup> hat sich auch die Europäische Kommission seit 2001 dieser Aufgabe angenommen.<sup>87</sup> Auf der Grundlage einer Mitteilung von 2004<sup>88</sup> hat sie verschiedene schon zuvor bestehende Wissenschaftlergruppen zu einem Netzwerk zusammengeschlossen.<sup>89</sup> Zum Jahresende 2007 sind die ersten Ergebnisse an die Kommission abgeliefert worden. Das Ziel ist die Abfassung eines Gemeinsamen Referenzrahmens des Europäischen Vertragsrechts, der den Instanzen der Europäischen Gemeinschaft bei der weiteren vertragsrechtlichen Gesetzgebung eine feste Grundlage geben soll.<sup>90</sup> Zeitgleich hat die Kommission aber auch die Arbeiten an einer Konsolidierung der Richtlinien zum Verbrauchervertragsrecht in Gang gesetzt.<sup>91</sup> Die Weichen sind insofern gestellt für die Rechtsbereini-

---

<sup>86</sup> *Ole Lando/Hugh Beale* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague 2000; *Ole Lando/Eric Clive/André Prüm/Reinhard Zimmermann* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law*, Part III, The Hague 2003.

<sup>87</sup> Mitteilung der Kommission zum Europäischen Vertragsrecht, KOM (2001) 398 endg., ABl. 2001 C 255/1; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht – ein Aktionsplan, KOM (2003) 68 endgültig vom 12.2.2003.

<sup>88</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Europäisches Vertragsrecht und Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands – weiteres Vorgehen, KOM (2004) 651 endgültig, S. 3-6 und 10 ff.

<sup>89</sup> Das Netzwerk soll „Common Principles of European Contract Law“ liefern und trägt daher den Namen Joint Network on European Private Law (CoPECL), siehe die Website: <http://www.copecel.org>.

<sup>90</sup> Zum Gemeinsamen Referenzrahmen siehe die Beiträge des ZEuP-Symposiums 2006 in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2007, 109-223, sowie das Schwerpunktheft 4/2008.

<sup>91</sup> Grünbuch, Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz, KOM (2006), 744 endgültig vom 8.2.2007, wo der Gedanke eines horizontalen Instruments erwogen wird; siehe dazu *Marina Tamm*, Das Grünbuch der Kommission zum Verbraucher-Acquis und das Modell der Vollharmonisierung – eine kritische Analyse, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, 756; *Hans-W. Micklitz/Norbert Reich*, Europäisches Verbraucherrecht – Quo vadis? *Verbraucher und Recht* 2007, 121.

gebung, aber auch für die Unterstützung künftiger Regelbildung durch allgemeine Begriffe und Prinzipien.

## 5.

In substantieller Hinsicht problematisch sind die Eingriffe in die Freiheit der Vertragspartnerwahl durch die seit dem Jahr 2000 erlassenen Antidiskriminierungsrichtlinien. Die Gesetzgebung hat manche Diskriminierungsverbote inzwischen weit über ihren ursprünglichen Anwendungsbereich, das Arbeitsleben, hinaus auf die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, das heißt auf zivilrechtliche Verträge insgesamt ausgedehnt. Damit dringt sie zunehmend in einen angestammten Kernbereich der Privatautonomie vor. Grundsätze, die ihren Ursprung im öffentlichen Recht haben, sind bedenkenlos auf privatrechtliche Beziehungen erstreckt worden und gelten angeblich auch dort, wo funktionierender Wettbewerb als Ausgleichsmechanismus völlig ausreichen würde.

## 6.

Der Konflikt zwischen den Antidiskriminierungsvorschriften einerseits und dem marktwirtschaftlichen Prinzip der freien Vertragspartnerwahl andererseits wird mit Inkrafttreten der Charta der Grundrechte noch verschärft. Sowohl die Vertragsfreiheit wie auch das in seinem Anwendungsbereich noch ausgedehnte Diskriminierungsverbot sind in der Charta verankert. Ihr Verhältnis wird daher auf der Ebene des primären Gemeinschaftsrechts geklärt werden müssen. Hierfür empfiehlt sich eine Rückbesinnung auf die Wurzeln der Diskriminierungsverbote, die in der *iustitia distributiva* des öffentlichen Rechts liegen; eine direkte Anwendung im Privatrecht gefährdet die marktwirtschaftlichen Grundlagen der Europäischen Gemeinschaft und kann daher nur ausnahmsweise in Betracht gezogen werden.