

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](http://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 tiefempfunderer 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 <i>Ideengeschichte der Vertragsfreiheit und Entwicklung des Unionsrechts</i> .....	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 <i>Vertragsfreiheit und Wirtschaftsverfassung der Union</i> .....	51
A. Begriff und Gestalt der EU-Wirtschaftsverfassung .....	51
B. Verhältnis zur Vertragsfreiheit und zu ihren Funktionsvoraussetzungen .....	53
C. Fazit .....	55
§ 3 <i>Selbstbestimmung und Vertrag als unionsrechtliche Kategorien</i> .....	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 <i>essentialia negotii</i> .....	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 <i>Einwirkungsachsen im Privatrecht der EU und ihrer Mitgliedstaaten</i> .....	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
 <i>§ 2 Vertragsfreiheit als Begründung und Begrenzung der Vertragsbindung.....</i>	 283
A. <i>Pacta sunt servanda</i> 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
 <i>§ 3 Vertrags- und Marktmechanismus als prozedurales Funktionsmodell.....</i>	 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	<i>Begriff, Gegenstand und Ziel der Materialisierung</i> .....	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 <i>ex ante</i> und <i>ex post</i> .....	337
C.	Zwischenfazit .....	338
§ 2	<i>Marktkonstitutive und wettbewerbsschützende     Materialisierungsinstrumente des Wirtschaftsrechts</i> .....	338
A.	Kartellrecht .....	340
B.	Lauterkeitsrecht .....	341
C.	Zwischenfazit .....	344
§ 3	<i>Materialisierung durch Unionsprivatrecht</i> .....	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 Maßstababbildung .....	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 <i>effet utile</i> 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 <i>Interaktion der Materialisierungsinstrumente des BGB und des EU-Privatrechts</i> .....	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 <i>effet utile</i> .....	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. <i>Culpa in contrahendo</i> .....	424
I. Voraussetzungen der Inanspruchnahme des § 311 Abs. 2 BGB als Materialisierungsinstrument .....	425
II. Anordnung vorvertraglicher Informationshaftung bei Versicherungsverträgen und Kapitalanlageprodukten .....	426
III. <i>Culpa in contrahendo</i> 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 <i>Das BGB im hybriden Materialisierungssystem</i>	
<i>des Unionsprivatrechts</i> .....	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 <i>Triebkräfte und Ziele der verfahrensrechtlichen Dimension der</i>	
<i>Materialisierung</i> .....	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 <i>Materialisierungstendenzen und Prozessmaximen der ZPO</i> .....		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: An- wendung 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-, Kenntnisanahme- 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 durch 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 <i>Vertragsfreiheit als Leitprinzip und Schranke des unionalen Materialisierungssystems</i> .....	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 Informationspflichten 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 <i>Vertragsfreiheit als Grenze der Kontrolle von Vertragsinhalten</i> .....	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 <i>essentialia negotii</i> .....	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 <i>essentialia negotii</i> .....	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 <i>essentialia negotii</i> .....	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 Wirkungsbereich 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
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen