

# Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Schutzgüter der Grundrechte

Teil 1: Begriff, Erscheinungsformen und verfassungsrechtliche Verortung

## A. Einleitung

Privatautonomie und insbesondere die Vertragsfreiheit gelten als Grundpfeiler unserer heutigen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung<sup>1</sup>, als *primus principum* der Privatrechtsordnung und der sich auf ihr konstituierenden Privatrechtsgesellschaft.<sup>2</sup> Die Privatautonomie ist konstituierendes Element einer am Individualprinzip ausgerichteten Wirtschaftsordnung, nicht zuletzt deshalb, weil sie Ausdruck eines größtmöglichen Minderheitenschutzes ist.<sup>3</sup> Eine Gesellschaft ohne sie ist – gerade für die Generation, die nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion und der Wiedervereinigung Deutschlands geboren wurde – nur sehr schwer vorstellbar.<sup>4</sup> Während der letzten 100 Jahre deutscher und europäischer Wirtschaftsgeschichte, angefangen beim korporativen nationalen Liberalismus des Kaiserreichs bis zur heutigen „europäisch integrierten, sozial-marktwirtschaftlichen, post-modernen Dienstleistungsgesellschaft“, konnte sich der Vertrag „als die wichtigste privatrechtliche Institution individueller Selbstbestimmung“ behaupten.<sup>5</sup>

In der Vergangenheit waren Privatautonomie und Vertragsfreiheit immer wieder Gegenstand von Diskussionen, die etwa aus Anlass der Umsetzung von Vorgaben der EU durch den deutschen Gesetzgeber entbrannt waren, so z. B. das aus

---

\* Der Verfasser ist Doktorand an der Universität des Saarlandes.

<sup>1</sup> Brenner in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 115 Rn. 28; vgl. auch BVerfGE 81, 242 (254) das von der Privatautonomie als „Strukturelement einer freiheitlichen Gesellschaftsordnung“ spricht sowie Bruns, der die Vertragsfreiheit zum „gemeinsamen rechtskulturellen Erbe der westlichen Welt“ zählt, vgl. Ders., JZ 2007, 285 (286).

<sup>2</sup> Vgl. Isensee, in: Ders. (Hrsg.), Vertragsfreiheit und Diskriminierung, 2005, S. 239 (240).

<sup>3</sup> Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 2007, S. 275.

<sup>4</sup> Ähnlich auch Canaris, der den Zusammenbruch des „real-existierenden Sozialismus“ als Grund für die Wiederentdeckung des Interesses an der Vertragsfreiheit und an der Privatrechtsgesellschaft als „Gegenentwurf“ zu den Wirtschafts- und Rechtssystemen der ehemaligen Ostblock-Staaten herausstellt, vgl. Ders., in: Padua/Scholz (Hrsg.), FS Lerche, S. 873 (873).

<sup>5</sup> So Martinek, Vertragsrechtstheorie und Bürgerliches Gesetzbuch, Vortrag anlässlich der Saartage 2005 an der Keio-University Tokyo, abrufbar unter [archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=375](http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=375) (zuletzt aufgerufen am 19.12.2020).

verschiedenen EU-Richtlinien hervorgegangene<sup>6</sup> Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)<sup>7</sup> oder die zahlreichen Verbraucherschutzvorschriften des BGB. Unter Titeln wie „Das Ende der Privatautonomie“<sup>8</sup>, „Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?“<sup>9</sup> oder „Die Totenglocke des Privatrechts läutet“<sup>10</sup> wurde vor einer Entwertung von Privatautonomie und Vertragsfreiheit als Wesenselemente unserer Rechtsordnung und insbesondere vor einem Angriff auf die Fundamente der Privatrechtsordnung gewarnt,<sup>11</sup> die „vor den Toren einer sozialen Gleichmachungsethik“<sup>12</sup> enden. Dies belegt eindrücklich, dass Privatautonomie und Vertragsfreiheit durchaus Themen von hoher Aktualität und Brisanz sind.<sup>13</sup> Zuletzt entfachte sich die Diskussion um die Reichweite der Vertragsfreiheit anhand der Frage nach der Zulässigkeit einer Differenzierung privater Leistungserbringer anhand des Kriteriums einer Impfung gegen das SARS-CoV2-Virus.<sup>14</sup> All diese Entwicklungen zeigen auf, dass die Trennlinien zwischen privatrechtlicher Freiheit und staatlicher Intervention immer wieder neu infrage gestellt werden.

Jede staatliche Einmischung in die Freiheit des Einzelnen bedarf dabei nach überkommener Dogmatik einer Rechtfertigung, soweit in Grundrechte eingegriffen

<sup>6</sup> Vgl. *Reppen*, in: Isensee (Hrsg.), *Vertragsfreiheit und Diskriminierung*, 2007, S. 11 (20) mit Nachweisen zu den einzelnen Richtlinien.

<sup>7</sup> Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz) vom 14.08.2006, BGBl. I, S. 1897.

<sup>8</sup> *Baer*, ZRP 2002, 290.

<sup>9</sup> Diesen Titel trägt die entsprechende Monographie von *Medicus*.

<sup>10</sup> *Reppen* (Fn. 7), S. 11.

<sup>11</sup> So etwa *Isensee* (Fn. 3), S. 239 (242): „kein anderes Gesetz des letzten Jahrzehnts dränge die Vertragsfreiheit so weit zurück wie das AGG“; vgl. zur mittlerweile schwer zu überblickenden Diskussion im Übrigen etwa *Neuner*, JZ 2003, 57; *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit, 2000, passim; *Mahlmann*, ZEuS 2002, 407; v. *Westphalen*, ZGS 2002, 283; *Adomeit*, NJW 2002, 1162; *Reppen* (Fn. 7), S. 11 (16 dort Fn. 17) m.w.N.

<sup>12</sup> *Martinek* (Fn. 6).

<sup>13</sup> Dies äußert sich auch in der kaum mehr zu überblickenden Fülle von Monographien, Fest- und Zeitschriftenbeiträgen sowie Abhandlungen in einschlägigen Handbüchern. Der vorliegende Beitrag erhebt daher keine Anspruch auf Vollständigkeit, was die Einbeziehung dieser umfangreichen Literatur angeht.

<sup>14</sup> Diese Diskussion wurde terminologisch verfehlt häufig unter dem Schlagwort der „Sonderrechte“ oder „Privilegien“ für Geimpfte geführt, die es aus Sicht einzelner Mitglieder der Bundesregierung zu verhindern galt, siehe zu dieser verfassungsrechtlich fragwürdigen Moralisierung rechtlich implizierter Auswahlentscheidungen etwa *Lindner*, Verfassungsblog 2020/12/29, online abrufbar unter <https://verfassungsblog.de/privilegien-oder-lockdown> (zuletzt abgerufen am 03.01.2021); vgl. ferner zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen im Rahmen der Covid19-Impfkampagne der Bundesregierung zuletzt etwa *Wolff/Zimmermann*, NVwZ 2021, 182 ff.

wird. Der folgende Beitrag soll daher aufzeigen, inwieweit auch Privatautonomie und Vertragsfreiheit zu den grundrechtlich geschützten Freiheiten des Einzelnen gehören und unter welchen Voraussetzungen sich der Staat zum Wächter über die „Vertragsgerechtigkeit“ machen darf. Hierfür soll insbesondere der sog. Bürgerschaftsbeschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) dargestellt werden. An ihm soll aufgezeigt werden, wie sich das Verständnis der Vertragsfreiheit als verfassungsrechtlich geschützte Freiheit verändert hat. Ferner soll der Frage nachgegangen werden, ob hieraus grundsätzliche Schlussfolgerungen für den Freiheitsbegriff des Grundgesetzes gezogen werden sollten.

## B. Privatautonomie und Vertragsfreiheit

Zunächst ist es notwendig, die Begriffe der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit zu erläutern und insbesondere ihr Verhältnis zueinander zu klären.

### I. Privatautonomie als Grundstein einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung

Typischerweise wird Privatautonomie verstanden als die Befugnis des Einzelnen, entsprechend seinen Bedürfnissen die eigenen Rechtsverhältnisse selbstverantwortlich und ohne staatliche Intervention ordnen zu können<sup>15</sup> und damit zuvörderst als Garantie einer persönlichen Freiheit, d. h. eines rechtlichen Spielraums.<sup>16</sup> Damit erlangt das Moment der *Nichteinmischung des Staates* grundlegende Bedeutung für die Begriffsdeutung der Privatautonomie.<sup>17</sup> Die Rechtsordnung verzichtet darauf, mit Ge- und Verboten in diesen Raum persönlicher Gestaltungsfreiheit einzudringen. In einer auf dem Zusammenschluss einzelner Personen basierenden Gesellschaft ist Selbstbestimmung jedoch nur denkbar, wenn der Wille des Einzelnen von den anderen Mitgliedern der Gesellschaft respektiert wird. Selbstgestaltung ist daher – jedenfalls bei gleichzeitiger Anerkennung eines staatlichen Gewaltmonopols – nur dort möglich, wo die Rechtsordnung durch Bereitstellung materieller und auch prozessualer<sup>18</sup> Regelungsmechanismen dem Willen des Einzelnen gem. dem

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 81, 242 (254); Hönn (Fn. 16), 57 (57); ähnlich auch Schapp, JuS 1992, 537 (544) der von der Fähigkeit der Person spricht, ihre Verhältnisse *vernünftig* zu regeln. Meistzitiert dürfte die prägnante Formulierung von Flume sein, wonach Privatautonomie zu verstehen ist als die Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem eigenen Willen, vgl. Ders., in: FS 100 Jahre DJT Bd. 1, S. 135 (136).

<sup>16</sup> Siehe Merz, Privatautonomie heute, S. 1 f. Instruktiv zur Privatautonomie als Rechtsbegriff: Busche, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, S.13 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Busche (Fn. 17), S. 14.

<sup>18</sup> Zwar könnte der Einzelne etwa eine Kaufpreisforderung aus einem entsprechenden Rechtsgeschäft auch selbst, etwa unter Zuhilfenahme von Gewalt durchsetzen. Da jedoch der

Grundsatz *pacta sunt servanda* (rechtliche) Geltung verschaffen kann.<sup>19</sup> Zum passiven Moment der Nichteinmischung tritt so ein aktives Moment, in dem der Staat die Ausübung subjektiver Freiheit effektuiert. Das Prinzip der Selbstbestimmung findet in Gestalt der Privatautonomie auf diese Weise seine rechtserhebliche Bestätigung. Richtigerweise ist damit jedoch keine Ableitung einer bestimmten Befugnis vom Staat gemeint, sondern die rechtsverbindliche Anerkennung *natürlicher* Fähigkeiten und Befugnisse im Sinne eines dem Einzelnen zur Verfügung stehenden Rechtsgestaltungsfreiraums.<sup>20</sup> Der „Weg“ vom Selbstbestimmungsprinzip hin zum rechtlichen Institut der Privatautonomie verläuft dabei über den von den Mitgliedern der Privatrechtsgesellschaft<sup>21</sup> demokratisch legitimierten Gesetzgeber, der durch die Bereitstellung rechtlicher Instrumentarien entscheidet, in welchem Umfang privatautonome Rechtsgestaltung möglich sein soll,<sup>22</sup> etwa durch Festlegung eines Typenzwangs für absolut geltende Rechte an körperlichen Sachen.<sup>23</sup> Im Ergebnis einleuchtend daher die Feststellung des BVerfG, Privatautonomie bestehe nur im Rahmen der geltenden Gesetze.<sup>24</sup>

## II. Die rechtlichen Dimensionen der Privatautonomie

„Privatautonomie“ ist als solche Oberbegriff für eine Vielzahl von Rechtsinstitutionen, welche die Privatrechtsgesellschaft prägen. Im Wesentlichen zählen hierzu die

---

Staat das Gewaltmonopol für sich beansprucht, korrespondiert dem grundsätzlichen Verbot der Selbsthilfe ein *Justizgewährungsanspruch* des Einzelnen gegenüber dem Staat, vgl. nur BVerfGE 54, 277 (291); *Papier*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 176; *Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 235; *Gottwald/Rosenberg/Schwab*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 3 Rn. 1 ff.

<sup>19</sup> Siehe BVerfGE 89, 214 (231); *Leenen*, Allgemeiner Teil des BGB, 2. Aufl. 2015, § 1 Rn. 10; *H. Huber*, Die verfassungsrechtliche Bedeutung der Vertragsfreiheit, 1966, S. 19 („Vertragsfreiheit kann nicht anders als nach Maßgabe der Rechtsordnung gewährleistet sein“); gem. *Flume* fordere die Vertragsfreiheit die Rechtsordnung als ihr Korrelat, vgl. *Ders.* (Fn. 16), S. 136 (137); *Busche* (Fn. 17), S. 63.

<sup>20</sup> In diesem Sinne *Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts, 1967, S. 127; *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (218) m.w.N.; missverständlich *Habersack*, AcP 189 (1989), 403 (411) („Kompetenzübertragung“); *Merz* (Fn. 17), S. 3; treffend formuliert *Gysin*, Rechtsphilosophie und Grundlagen des Privatrechts, 1969, S. 301: „Die Autonomie wird doch ebensowenig die Persönlichkeit des Menschen durch das Gesetz erzeugt, sondern vom ihm bloß ‚anerkannt‘, normiert und geschützt.“

<sup>21</sup> Siehe zu diesem Begriff *Riesenhuber*, Privatrechtsgesellschaft, 2007, passim.

<sup>22</sup> Siehe *H. Huber* (Fn. 20), S. 18: „Die Einzelnen können nur Rechtsverhältnisse gestalten, die als Rechtsfiguren der Rechtsordnung eigen sind.“

<sup>23</sup> Sog. Numerus Clausus der Sachenrechte, vgl. *Lüke*, Sachenrecht, § 1 Rn. 28; *Gaier* in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), MüKoBGB Bd. XI, 8. Aufl. 2020, Einl. SachenR Rn. 11.

<sup>24</sup> BVerfGE 89, 214 (231).

Eigentumsfreiheit, die Testierfreiheit sowie die Vertragsfreiheit.

## 1. Eigentumsfreiheit

„Eigentum ist gespeicherte Privatautonomie.“<sup>25</sup> § 903 S. 1 BGB steht hierfür exemplarisch: Der Eigentümer ist befugt, mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen. Das Eigentum im grundrechtlichen Sinne reicht dabei bekanntermaßen über das bürgerlich-rechtliche Eigentum hinaus und umfasst alle vermögenswerten Rechte, d. h. nicht nur dingliche Rechte, sondern auch schuldrechtliche Forderungen.<sup>26</sup>

## 2. Testierfreiheit/Erbrechtsgarantie

Die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG sichert die Privatautonomie über den Tod hinaus. Es hat die Funktion, das Privateigentum als Grundlage der eigenverantwortlichen Lebensgestaltung mit dem Tode des Eigentümers nicht untergehen zu lassen, sondern seinen Fortbestand im Wege der Rechtsnachfolge zu sichern. Die Erbrechtsgarantie ergänzt insoweit die Eigentumsgarantie und bildet zusammen mit dieser die Grundlage für die im Grundgesetz vorgegebene private Vermögensordnung.<sup>27</sup> Sie umschließt die Testierfreiheit des Erblassers, der insbesondere von Verfassungen wegen nicht zu einer Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge gezwungen ist.<sup>28</sup> Teil der Privatautonomie ist aber auch das Recht des Erben, selbst darüber zu entscheiden, ob er die Rechtsnachfolge antreten möchte oder das Erbe ausschlagen will.<sup>29</sup>

## 3. Vertragsfreiheit als *pars pro toto* der Privatautonomie

Privatrechtliche Selbstgestaltung erfolgt jedoch vor allem durch den Vertrag. Als Instrument einer selbstbestimmten Abgrenzung von Machtsphären im Prozess des Aushandelns effektiert dieser den Grundgedanken der Privatautonomie in der auf Gütertausch ausgerichteten Welt der Marktwirtschaft. Diese Aufgabe erfüllt der Vertrag, indem er die Individuen anspricht und deren Machtsphären legitimiert und

<sup>25</sup> *Isensee*, in: Ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 150 Rn. 64.

<sup>26</sup> Vgl. BVerfGE 45, 142 (179); BVerfGE 68, 193 (222); umfassend *Deppenheuer*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 111 Rn. 6 ff.

<sup>27</sup> BVerfGE 112, 332 (348); BVerfGE 91, 346 (358).

<sup>28</sup> BVerfGE 112, 332 (349); BVerfGE 67, 329 (345).

<sup>29</sup> Vgl. *Isensee* (Fn. 26), § 150 Rn. 64

gegeneinander abgrenzt,<sup>30</sup> Güter zuteilt sowie Beziehungen schafft, ausgestaltet und löst. Als wesentlicher Eckpfeiler einer freiheitlichen Rechtsordnung verwirklicht die Vertragsfreiheit den freien Willen der Rechtssubjekte, indem er ihre Kompetenzen zur selbstbestimmten Rechtsfolgensetzung anerkennt und ihnen ein Instrumentarium zur Seite stellt, in dessen Rahmen sich dieser Wille in verbindlicher Weise entfalten kann.<sup>31</sup> Denn die Fähigkeit, dem anderen ein Versprechen zu geben und dieses um der Glaubwürdigkeit des Versprechenden wegen auch einzulösen, mag eine „natürliche Freiheit“ sein, doch nur die Qualifizierung des Vereinbarten als rechtsverbindlich sichert dem Einzelnen das notwendige Vertrauen in die vertragliche Absprache zu, auf das er als Grundlage für weitere Dispositionen seiner Güter angewiesen sein wird.<sup>32</sup> Der Vertrag hat damit eine zentrale Ordnungsfunktion in der Privatrechtsgesellschaft. In positiver Hinsicht verhilft die Vertragsfreiheit der Privatautonomie zur Geltung, falls auf beiden Seiten der Wille zur Begründung eines bindenden Rechtsgeschäfts vorhanden ist.<sup>33</sup> In negativer Hinsicht sichert sie die Privatautonomie, indem sie ungewollte rechtsgeschäftliche Beziehungen und hierdurch schließlich auch ungewollte Zugriffe auf zugewiesene Güter verhindert. Der Vertrag verkörpert auf diese Weise „Freiheitsgewinn und Freiheitsverlust im freiwilligen Freiheitstausch“.<sup>34</sup>

Daraus kann folgender Schluss gezogen werden: Wenn man von Vertragsfreiheit spricht, wird stets auch Privatautonomie gemeint.<sup>35</sup> Sie ist deren wichtigste Ausprägung<sup>36</sup> und ist zu verstehen als *pars pro toto* der Privatautonomie<sup>37</sup> bzw. als deren (notwendiges) Ordnungselement.<sup>38</sup> Sie soll daher im Folgenden schwerpunktmäßig

<sup>30</sup> Vgl. *Kant* „Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür einer anderen Person nach einem allgemeinen Gesetz der Freiheit vereinigt werden kann“, *Ders.*, *Metaphysik der Sitten*, 1870, S. 32.

<sup>31</sup> Vgl. BVerfGE 89, 214 (231): „Privatautonomie besteht nur im Rahmen der geltenden Gesetze“.

<sup>32</sup> Private Willenserklärungen ohne gesetzliche Autorisierung blieben Absichten, Versprechungen oder ethische Selbstbindungen, vgl. *Kirchhof*, in: FS Ulmer, 2003, S. 1211 (1211). *Raiser* spricht zutreffend davon, dass sich das materielle Vertragsrecht überhaupt erst „vom Bedürfnis des Rechtsschutzes bei Vertragsbruch her“ entwickelt hat; vgl. *Ders.*, in: FS 100 Jahre DJT, Bd. I, 1960, S. 101 (115).

<sup>33</sup> Wann dies der Fall ist, bestimmt ebenfalls der Gesetzgeber.

<sup>34</sup> *Martinek* (Fn. 6).

<sup>35</sup> Vgl. *Roscher*, *Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem*, 1974, S. 54. Häufig werden die Begriffe auch synonym benutzt, siehe *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* Bd. II, § 1 8 a (S. 12); *Manssen*, *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, 1994, S. 132.

<sup>36</sup> Vgl. *Flume*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Bd. II, § 1; *Hönn* (Fn. 16), 57 (57) m.w.N.

<sup>37</sup> *Flume* (Fn. 16), S. 135 (138).

<sup>38</sup> Vgl. *Manssen* (Fn. 36), S. 132.

Gegenstand der weiteren Darstellung sein.

### III. Der (Rechts-)begriff der Vertragsfreiheit

„Verträgen halte Treu‘! Was du bist, bist du nur durch Verträge.“ So heißt es in *Richard Wagners* „Rheingold“. <sup>39</sup> Nicht nur in dieser dramaturgischen Überhöhung des Vertrages zeigt sich, dass der Begriff ein schillernder ist. Er entstammt dem Mittelhochdeutschen und beschreibt einen Vorgang: Das Sich-vertragen bzw. Übereinkommen. <sup>40</sup> Immer dann, wenn jemand auf ein bestimmtes Verhalten eines anderen angewiesen ist, steht es ihm frei, mit diesem hierzu einen Vertrag abzuschließen. Diese Idee, wonach letztlich jeder Zwang nur durch den vertraglichen Dispens der Selbstbestimmung in diesem Bereich legitim sein kann, gehört nicht nur zum Grundbaustein der Privatrechtsgesellschaft, sondern findet sich auch wieder in den Schriften großer Staatstheoretiker, die unter dem Schlagwort der Lehre vom „Gesellschaftsvertrag“ unser heutiges Staatsverständnis ganz wesentlich prägen <sup>41</sup> Die Vertragsfreiheit ist zudem auch Grundbedingung freiheitlicher Demokratie, die nach Art. 6 Abs. 1 EUV als elementares Grundprinzip auch der Europäischen Union zugrunde liegt. <sup>42</sup>

Dabei ist der Vertrag an bestimmte historisch-politische Voraussetzungen gebunden, allen voran die Anerkennung der Willensfreiheit und der rechtlichen Gleichheit des Einzelnen und unterliegt daher einem geschichtlichen Wandel. <sup>43</sup> Vertragsfreiheit

<sup>39</sup> Diese Worte legt *Wagner* dem Riesen Fasolt in den Mund, der vom Gottvater Wotan den Lohn für die Errichtung der Burg Walhall einfordert, vgl. *Ders.* Das Rheingold, Zweite Szene; hierzu *Martinek* (Fn. 6).

<sup>40</sup> Vgl. *Seebold*, in: Kluge (Hrsg.), *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 24. Aufl. 2002, S. 958.

<sup>41</sup> Die Idee einer freiheitlichen Verständigung dient dabei als Rechtfertigung des Staates, siehe hierzu *Kirchhof*, *Der Vertrag – Instrument der Freiheit*, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 24. 12. 2014, S. 7.

<sup>42</sup> Vgl. *Bruns* (Fn. 2), 385 (390).

<sup>43</sup> Vgl. zur historischen Entwicklung der Vertragsfreiheit und dem wandelnden Vertragsverständnis etwa grundlegend *Kaiser*, *Zum Verhältnis von Vertragsfreiheit und Gesellschaftsordnung während des 19. Jahrhunderts*; *Scherrer*, *Die geschichtliche Entwicklung des Prinzips der Vertragsfreiheit*; *Nanz*, *Entstehung des Vertragsbegriffs*; *Reppen* (Fn. 7), S. 11 (45 ff.); *Arnold*, *Vertrag und Verteilung*, 2014, S. 192 ff.; *Busche*, *Privatautonomie und Kontrahierungszwang*, S. 46 ff.; zum Einfluss des europäischen Privatrechts vgl. *Bruns* (Fn. 2), 385 (391), der davon ausgeht, dass sich die EU auf dem „Weg zur zentral regulierten Privatrechtsordnung mit paternalistisch ausgeformter Vertragsfreiheit befindet; ferner *Kaser/Knütel*, *Römisches Privatrecht*, § 33 Rn. 2 f. (zum Ursprung im Römischen Recht); zum Vertragsverständnis im Nationalsozialismus *Stoll/Felgenträger*, *Vertrag und Unrecht*, S. 43 ff.; *Reiter*, *Vertrag und Geschäftsgrundlage im deutschen und italienischen Recht*, S. 80 ff.; zum Konzept der Vertragsfreiheit im jungen BGB *Limbach*,

meint nach diesem Verständnis die Freiheit des Einzelnen, selbst darüber zu entscheiden, *ob, mit wem* und *mit welchem Inhalt* er einen Vertrag abschließen will.<sup>44</sup> Dies führt zu den verschiedenen Dimensionen der Vertragsfreiheit, die im Folgenden kurz dargestellt werden sollen.

#### IV. Die Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit

Vertragsfreiheit ist nicht eindimensional. Es wird vielmehr zwischen verschiedenen Formen der Ausübung der Vertragsfreiheit unterschieden.<sup>45</sup>

##### 1. Abschlussfreiheit<sup>46</sup>

Unter Abschlussfreiheit versteht man die rechtliche Befugnis bzw. Kompetenz, eigenverantwortlich darüber zu entscheiden, *ob* ein Vertrag geschlossen werden soll und *mit wem*<sup>47</sup>. Dabei kann zwischen positiver und negativer Freiheit in diesem Sinne unterschieden werden: Die negative Abschlussfreiheit gewährleistet ein Betätigungsfeld frei von der Einwirkung anderer, d. h. eine Freiheit, wonach die Rechtsverhältnisse des Einzelnen ohne seinen Willen nicht vertraglich bestimmt werden können.<sup>48</sup> Die positive Abschlussfreiheit hingegen gewährleistet die freie Auswahl des Vertragspartners. Das Gegenteil wäre ein Kontrahierungszwang, wie er nur punktuell vom Gesetzgeber vorgesehen ist. Ein solcher verschafft dem Berechtigten einen Anspruch auf Abgabe eines Angebots durch den Verpflichteten oder die Annahme eines vom berechtigten abzugebenden Angebots (zu jeweils angemessenen Bedingungen), dessen Erfüllung notfalls auf dem Rechtsweg erzwungen werden kann.<sup>49</sup> Ein solcher Abschlusszwang ist vor allem im Bereich der Daseinsvorsorge vorgesehen,<sup>50</sup> wo der Leistungsaustausch zwar im Rahmen privatrechtlicher

---

JuS 1985, S. 10 (11); *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, S. 20 ff. sowie *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher, 1953, S. 22.

<sup>44</sup> Vgl. *Musielak*, JuS 2017, 949 (949).

<sup>45</sup> Vgl. statt vieler *Kötz*, Europäisches Vertragsrecht, S. 11 sowie *Musielak* (Fn. 45), 949 (950 f.).

<sup>46</sup> Diese Aufteilung in Abschluss-, Inhalts- und Formfreiheit findet sich ebenfalls etwa in § 105 S. 1 GewO wieder: „Arbeitgeber und Arbeitnehmer können Abschluss, Inhalt und Form des Arbeitsvertrages frei vereinbaren (...)“; anders etwa *Manssen* (Fn. 36), S. 119, der nur zwischen Abschluss und Gestaltungsfreiheit unterscheiden will und als zusätzliche Form noch die „Auflösungsfreiheit“ nennt.

<sup>47</sup> Dies wird teilweise als eigene Kategorie der „Kontrahentenwahlfreiheit“ gesehen, vgl. *Busche*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *MüKoBGB* Band I, 8. Aufl. 2018, Vorbemerkung zu §§ 145 ff. Rn. 2.

<sup>48</sup> Vgl. *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, § 17 Rn. 661, 664.

<sup>49</sup> *BeckOKBGB/Eckert*, Stand 01.11.2020, § 145 Rn. 12 f.

<sup>50</sup> Siehe etwa §§ 18, 36 ff. EnWG, §§ 1, 22 PBefG, § 10 AEG, §§ 21 Abs. 2 S. 3 LuftVG, §§ 11,

Verträge stattfindet, der Staat jedoch eine Gewährleistungsverantwortung trägt, der er u. a. mit Vorgaben zum Zustandekommen dieser privatrechtlichen Rechtsbeziehungen gerecht wird. Auch mittelbar kann dem Berechtigten aus gesetzlichen Vorschriften ein Anspruch auf Abschluss eines Vertrages bzw. Abgabe der erforderlichen Willenserklärungen zustehen, etwa aus §§ 18 ff., 33 GWB für Unternehmer oder § 826 BGB für Private.<sup>51</sup> Letzterem kommt vor allem infolge des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG)<sup>52</sup> größere Bedeutung zu, wenn der unzulässig Diskriminierte die Leistung nicht anderweitig erlangen kann.<sup>53</sup> Bei Verletzung dieser mittelbaren Kontrahierungspflichten wird dem Berechtigten von der Rspr. ein Schadensersatzanspruch zuerkannt, der im Wege der Naturalrestitution (§ 249 S. 1 BGB) auf den Vertragsabschluss zielt,<sup>54</sup> eine abweichende Auffassung in der Lit. hält demgegenüber (wegen des fehlenden Erfordernisses eines Verschuldens) einen quasinegatorischen Unterlassungsanspruch für die passende Rechtsfolge.<sup>55</sup>

## 2. Inhaltsfreiheit

Eine wesentliche Manifestation der Vertragsfreiheit ist zudem die Inhaltsfreiheit. Darunter ist die Möglichkeit zu verstehen, den Inhalt des Vertrages (einvernehmlich) so zu bestimmen, wie er der zu regelnden Situation nach dem Parteiwillen am ehesten gerecht wird.<sup>56</sup> Der Gegensatz hierzu wäre eine abschließende und zwingende Regelung von Vertragstypen durch den Gesetzgeber<sup>57</sup> oder eine Vorgabe für den Inhalt der Verträge.<sup>58</sup> Die stärkste Einschränkung findet die Inhaltsfreiheit

---

12 18 PostG, § 5 PflVG, § 31 ZKG, §§ 48, 49 BRAO für beigeordnete Rechtsanwälte oder aus wettbewerbsrechtlichen Gründen in § 19 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GWB. Siehe BeckOKBGB/*Eckert*, Stand 01.11.2020, § 145 Rn. 14 mit weiteren Beispielen.

<sup>51</sup> Siehe etwa BGHZ 44, 279 (283); vgl. BeckOKBGB/*Eckert*, Stand 01.11.2020, § 145 Rn. 15; jurisPKBGB/*Backmann*, 8. Aufl. 2017, § 145 Rn. 34 ff. jeweils m.w.N.

<sup>52</sup> Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.08.2006, BGBl. I, S. 1897.

<sup>53</sup> Siehe etwa jurisPKBGB/*Backmann*, 8. Aufl. 2017, § 145 Rn. 36 m.w.N.

<sup>54</sup> RGZ 155, 257 (283 f.); BGHZ 21, 1 (7 f.); BGHZ 44, 283; LG Oldenburg NJW-RR 1992, 53 f.; vgl. BeckOKBGB/*Eckert*, Stand 01.11.2020, § 145 Rn. 15 m.w.N.

<sup>55</sup> Staudinger/*Bork*, BGB, 2015, Vor § 145 Rn. 20, 27; siehe jurisPKBGB/*Backmann*, 8. Aufl. 2017, § 145 Rn. 38 m.w.N.

<sup>56</sup> Instruktion *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003, S. 564; *Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Aufl. 2011, S. 182.

<sup>57</sup> Zur Beschränkung durch Verbraucherschutzgesetze vgl. *Rittner*, JZ 2011, 269.

<sup>58</sup> So findet beispielsweise im Energiemarkt eine staatliche Regulierung der Entgelte statt, die ein Netzbetreiber für den Transport von Elektrizität oder Gas durch seine Transportnetze verlangen darf, siehe hierzu *Kühling/Rasbach/Busch*, Energierecht, 4. Aufl. 2018, S. 114 ff. Zudem sieht der Gesetzgeber Vorgaben für die Verträge über den Anschluss an das Energieversorgungsnetz vor, siehe etwa die Niederspannungsanschlussverordnung (NAV) auf Grundlage von § 18 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 EnWG.

daher etwa in Gestalt des Typenzwangs, wie er im Sachen-, Familien- und Erbrecht gilt und die Parteien dort auf die vom Gesetz vorgegebenen Vertragstypen verweist.<sup>59</sup> Daneben bestehen die allgemeinen Grenzen von § 134 BGB (gesetzliches Verbot), § 138 Abs. 1 BGB (Sittenwidrigkeit), § 242 BGB (Treu und Glauben) und § 826 BGB (sittenwidrige Schädigung).<sup>60</sup>

### 3. Formfreiheit

Schließlich stellt es die Vertragsfreiheit dem Einzelnen frei, in welcher Form er sein rechtsgeschäftliches Wollen zum Ausdruck bringt, so dass die Rechtsordnung, um eine unkomplizierte und ungehinderte Abwicklung von Rechtsgeschäften zu ermöglichen, ein dahingehend möglichst hindernisfreies System zur Verfügung stellen muss.<sup>61</sup> Gesetzlicher Formzwang, z. B. in Form des § 311b Abs. 1 BGB, bedarf damit besonderer Rechtfertigung im Einzelfall.<sup>62</sup>

## C. Die grundrechtliche Herleitung der Vertragsfreiheit

### I. Die Vertragsfreiheit als Gegenstand des Verfassungsrechts

Anders als die Weimarer Reichsverfassung,<sup>63</sup> in welcher die Vertragsfreiheit in Art. 152 ausdrücklich genannt war,<sup>64</sup> findet sie im Grundgesetz keine explizite Erwähnung.<sup>65</sup> Lediglich in einigen Landesverfassungen<sup>66</sup> finden sich entsprechende Formulierungen. Die Zurückhaltung des Verfassungsgebers kann durchaus mit Verwunderung betrachtet werden angesichts der Tatsache, dass andere wichtige Institutionen der Privatrechtsgesellschaft, wie etwa die Testier- und Eigentumsfreiheit in

<sup>59</sup> JurisPKBGB/*Backmann*, 8. Aufl. 2017, § 145 Rn. 45 m.w.N.

<sup>60</sup> JurisPKBGB/*Backmann*, 8. Aufl. 2017, § 145 Rn. 45 m.w.N.

<sup>61</sup> Wie es etwa der deutsche Gesetzgeber mit den §§ 145 ff. BGB getan hat, die ohne unnötig formalistische Anforderungen zu stellen, Annahme und Angebot der Vertragsparteien anhand von Erklärungen und tatsächlicher Handlungen als rechtlich verbindliche Akte anerkennen.

<sup>62</sup> Schreibt der Gesetzgeber eine bestimmte Form vor, verfolgt er damit in der Regel eine Beweis- oder Warnfunktion, so etwa im Fall der §§ 311b Abs. 1 S. 1 oder 766 BGB, vgl. *Musielak* (Fn. 45), 949 (952).

<sup>63</sup> Verfassung des Deutschen Reichs vom 1. 8. 1919, RGBl. S. 1383

<sup>64</sup> Auf die eher geringe Wirkungskraft dieser Vorschrift hinweisend *Huber* (Fn. 20), S. 2.

<sup>65</sup> Interessanterweise gelangte die Vertragsfreiheit dafür in der späten DDR zu förmlichem Verfassungsrang. Dies lässt sich mit dem besonderen Klarstellungsbedürfnis erklären, das dem Vertrag als einem Gegenentwurf zum sozialistischen Wirtschaftssystem innewohnte, vgl. *Isensee* (Fn. 26), § 150 Rn. 48 m.w.N.

<sup>66</sup> So etwa Art. 44 der Saarländischen Verfassung; ebenfalls Art. 52 Abs. 1 der Verfassung für Rheinland-Pfalz; schließlich Art. 151 der Verfassung für den Freistaat Bayern; vgl. hierzu *Isensee* (Fn. 26), § 150 Rn. 45.

Art. 14 GG oder die Vereinigungsfreiheit in Art. 9 GG, ausdrücklich erwähnt sind. Jedoch kann hieraus mitnichten *e contrario* gefolgert werden, die Vertragsfreiheit sei seit Inkrafttreten des Grundgesetzes 1949 nicht mehr verfassungsrechtlich geschützt.<sup>67</sup> Es ist gerade die Eigenart von Verfassungstexten im Allgemeinen und dem Grundgesetz im Besonderen, dass eine grundrechtliche Aussage des Verfassungstextes nicht streng am Wortlaut ausgelegt werden darf, sondern eine einzelne Formulierung häufig eine Mehrzahl normativer Wertungen und damit mehrere subjektive Berechtigungen enthält.<sup>68</sup> Die Abstraktionsintensität verfassungsrechtlicher Normen verhält sich daher nicht selten genau umgekehrt proportional zur Reichweite der ihr entnommenen normativen Aussagen.

## II. Vertragsfreiheit als Gegenstand des einfachen Rechts

Trotz oder gerade wegen dieser begrifflichen Offenheit des Grundgesetzes ist es nicht gänzlich unbestritten, ob die Vertragsfreiheit (überhaupt) Gegenstand grundrechtlicher Gewährleistungen ist. Nach einer vereinzelt vertretenen Auffassung ist die Vertragsfreiheit lediglich eine Erscheinungsform des einfachen Rechts. Parlament und Exekutive können in diesem Rahmen gestaltend tätig werden, ohne einer spezifisch verfassungsrechtlichen Rechtfertigungspflicht unterworfen zu sein,<sup>69</sup> etwa bei Eingriffen aus Gründen des Verbraucherschutzes.<sup>70</sup> Vertragsfreiheitliche Erwägungen seien demnach nicht verfassungsrechtlich veranlasst, sondern in ihrem Kern Ausfluss gesellschafts- und wirtschaftspolitischer Erwägungen. Vertragsfreiheit sei vielmehr die einfachrechtliche Ausformung des verfassungsrechtlichen Prinzips der wirtschaftlichen Selbstbestimmung; die in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Handlungsfreiheit und die Vertragsfreiheit könnten nicht gleichgesetzt werden.<sup>71</sup> Die notwendige Gewährung staatlicher Durchsetzungsmacht sei auch ohne einen verfassungsrechtlichen Schutzschild möglich.<sup>72</sup> Andere wollen der Vertragsfreiheit lediglich die Stellung eines „Abstraktionsbegriffs“ bzw. allgemeinen

<sup>67</sup> Vgl. Höfling, Vertragsfreiheit, 1991, S. 5 (insb. Fn. 29); ebenso bereits E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, 2. Aufl. 1953, S. 661; siehe zur unrühmlichen Rolle des letztgenannten Autors im Verfassungsrecht des Dritten Reichs etwa Wiederin, in: Grothe (Hrsg.), Ernst Rudolf Huber, 2015, S. 199 ff.

<sup>68</sup> Vgl. Isensee (Fn. 26), § 150 Rn. 50.

<sup>69</sup> So Roscher (Fn. 36), S. 56: Vertragsfreiheit bleibe als einfachgesetzlicher Grundsatz jederzeit verfassungsunabhängig abänderbar.

<sup>70</sup> Struck, DuR 1988, 39 (43).

<sup>71</sup> Roscher (Fn. 36), S. 55 f.

<sup>72</sup> Struck, DuR 1988, 39 (47 ff.); vgl. auch die Deutung Repgens, wonach Grund für die abweichende Ansicht Strucks eine „Differenz im Begrifflichen“ sei, siehe Repgen (Fn. 7), S. 11 (47 dort Fn. 93).

Grundsatzes zuerkennen. Vertragsfreiheit sei insoweit zwar von der Gesamtscheidung des Grundgesetzes für eine Privatrechtsordnung getragen, sei selbst aber nicht Teil der grundrechtlichen Gewährleistungen.<sup>73</sup> Auch *Flume* hielt eine grundrechtliche Gewährleistung für verzichtbar und meinte, ein Gesetzesvorbehalt sei insofern selbstverständlich, als sich die Vertragsfreiheit nur „im Recht“ betätigen könne.<sup>74</sup>

### III. Vertragsfreiheit als Ausfluss des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit

Nach der freilich weit überwiegenden Gegenauffassung genießt die Vertragsfreiheit sehr wohl grundrechtlichen Schutz. Dabei ist jedoch streitig, wo genau dieser Schutz im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes zu verankern ist. Die Auslegung des in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit als eine allgemeine Handlungsfreiheit im umfassenden Sinne, also einem Recht, zu tun und zu lassen, was man will,<sup>75</sup> wird von der herrschenden Meinung zum Anlass genommen, auch die Vertragsfreiheit als *Freiheit zur Entscheidung, ob, mit wem und mit welchem Inhalt* man einen *Vertrag schließt*, jedenfalls grundsätzlich als Gegenstand der allgemeinen Handlungsfreiheit und damit als von Art. 2 Abs. 1 GG geschützt anzusehen.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> So *Huber* (Fn. 20), S. 31; ausdrücklich ablehnend steht er insbesondere der Einordnung der Vertragsfreiheit als eine Art Institutionsgarantie gegenüber: „Die Vertragsfreiheit ist weder Institut noch Institution, sondern Abstraktionsbegriff, das heißt ein äußerst allgemeiner Grundsatz. So muss die Verfassung für jene erste Verteilung einfach Vertrauen in den Zivilrechtsgeber haben, daß er an den Stellen seiner Verantwortung Regelung treffe, die insgesamt, wenn man die Addition macht, den Namen Vertragsfreiheit noch verdient. Die Gefahr, daß sie ihn nicht mehr verdiene, ist auch nicht so groß und so aktuell wie beim Eigentum.“, vgl. *Ders.*, ebd.

<sup>74</sup> Der Einzelne könne zwar bestimmen, ob und welche Rechtsverhältnisse er mit wem gestalten wolle, dies aber nur in der Weise, wie es von der Rechtsordnung anerkannt werde. Daher stünden etwa einem Verbot von Erbverträgen, einer Verringerung der Rechtsfiguren des Sachenrechts oder einer Reduzierung des dispositiven Rechts im Bereich des Schuldrechts keine verfassungsrechtlichen Bedenken entgegen, vgl. *Flume*, in: v. Caemmerer et al. (Hrsg.), FS 100 Jahre DJT Bd. I, S. 135 (136 ff.).

<sup>75</sup> Grundlegend BVerfGE 6, 32 (36 f.); BVerfGE 80, 137 (152 ff.); BVerfGE 90, 145 (171); BVerfGE 91, 335 (338); *Cornils*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 1 ff., 52; *Degenhart*, JuS 1990, 161 (162 f.); v. Münch/Kunig/Kunig/Kämmerer, GG, 7. Aufl. 2021, Art. 2 Rn. 21 ff.; *Sachs/Murswiek*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 42 ff.

<sup>76</sup> St. Rspr.: BVerfGE 12, 341 (347); BVerfGE 65, 196 (210); BVerfGE 70, 115 (123); BVerfGE 89, 48 (61); BVerfGE 95, 173 (188); BVerfGE 117, 163 (181); zuletzt BVerfG NJW 2019,

#### IV. Vertragsfreiheit als Gegenstand verschiedener grundrechtlicher Gewährleistungen

Fraglich ist jedoch, ob Art. 2 Abs. 1 GG nur subsidiär herangezogen werden kann oder ob es die einzige und abschließende Grundlage bildet. Die lange Zeit kaum bestrittene These, die Vertragsfreiheit in allen ihren Erscheinungsformen verfassungsrechtlich in Art. 2 Abs. 1 zu verorten,<sup>77</sup> wird jedoch heute als zu undifferenziert angesehen. Art. 2 Abs. 1 GG sei vielmehr als Auffangtatbestand konstruiert und daher auch in Bezug auf die Vertragsfreiheit nur als ein solcher, subsidiär anwendbarer Grundrechtsschutz zu verstehen.<sup>78</sup> Auch für die Vertragsfreiheit müsse daher danach differenziert werden, welche Erscheinungsformen eines Vertrages von welchem speziellen Grundrecht erfasst werden.<sup>79</sup> Nach der Rechtsprechung des BVerfG und der wohl herrschenden Ansicht in der Literatur soll die Vertragsfreiheit daher nur dann über das Auffangrecht des Art. 2 Abs. 1 geschützt sein, wenn sie nicht Gegenstand eines Einzelgrundrechts ist. Soweit diese nämlich spezifische Formen einvernehmlich rechtsgeschäftlichen Handelns unter ihren besonderen Schutz stellen, würde die nur subsidiär wirkenden Norm des Art. 2 Abs. 1 GG verdrängt werden und sei insofern thematisch verbraucht.<sup>80</sup>

So seien etwa eherechtliche Verträge bzw. Abreden (z. B. betreffend das Güterrecht, den Versorgungsausgleich oder das Unterhaltsrecht) durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt,<sup>81</sup> Verträge zur Gründung einer Gesellschaft (etwa einer OHG oder eines Vereins) hingegen durch Art. 9 Abs. 1 GG<sup>82</sup>. Verträge im Bereich des Arbeitsrechts

---

3054 (3061); Sachs/*Murswiek/Rixen*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 54 ff. sowie *Kahl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 124 Rn. 45 m.w.N.

<sup>77</sup> So etwa BVerfGE 1, 321 (323 f.); *Nipperdey*, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, 1954, S. 11; 661; *Roscher* (Fn. 36), S. 46 ff.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2004, S. 188 f., 469 ff.; *Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992, S. 24; vgl. ferner *Isensee* (Fn. 26), § 150 Rn. 57 (Fn. 117) m.w.N.

<sup>78</sup> Vgl. *Erichsen*: in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts VI, 3. Aufl. 2008, § 152 Rn. 59; *Isensee* (Fn. 3), S. 239 (248).

<sup>79</sup> Vgl. *Manssen* (Fn. 36), S. 133 ff.; *Höfling* (Fn. 63), S. 9 ff. jeweils m.w.N.

<sup>80</sup> So BVerfGE 8, 274 (278): „Als Ausfluß der allgemeinen Handlungsfreiheit schützt Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz auch die Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr und die Vertragsfreiheit, soweit sie nicht durch besondere Grundrechtsbestimmungen gewährleistet sind“; sowie statt vieler *Isensee* (Fn. 26), § 150 Rn. 57 m.w.N. (dort Fn. 117).

<sup>81</sup> BVerfGE 53, 224 (245); BVerfGE 36, 146 (161); BVerfGE 31, 58 (69 ff.).

<sup>82</sup> Vgl. *Scholz*, AöR 100 (1975), 80 (129); Aufgrund des im Gesellschaftsrecht geltenden Typenzwangs ist jedoch anerkannt, dass Art. 9 Abs. 1 GG nicht die Freiheit umfasst, beliebige gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen zu treffen und etwa eine „GbRmbH“ zu gründen, vgl. *Höfling* (Fn. 63), S. 17; für den zugrunde liegenden Fall der GbRmbH siehe BGHZ 142, 315.

sollen dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG unterfallen<sup>83</sup> und Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG erfasse die weiteren vertraglichen Regelungen zur dynamischen Nutzung des Eigentums, z. B. die rechtsgeschäftliche Übertragung<sup>84</sup>. Auch soweit Art. 2 Abs. 1 GG in diesem Sinne „zurücktritt“, bleibe es dennoch bei dem aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten Vorrang der Privatautonomie, so dass die dort enthaltene Grundaussage der allgemeinen Handlungsfreiheit insoweit in die sie effektuierenden speziellen Grundrechtsgewährleistungen ausstrahle.<sup>85</sup> Die Vertragsfreiheit präsentiert sich nach dieser Ansicht als ein „terminologisches Substrat“<sup>86</sup> bzw. ein gemeinsamer Topos verschiedener grundrechtlicher Gewährleistungen. Wird daher vom Schutz der Vertragsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG gesprochen, so steht dies nach dieser Ansicht unter dem stets mitgedachten Vorbehalt des Vorrangs von Spezialgrundrechten.<sup>87</sup>

Kritisiert wird an dieser Ansicht, die Verortung der Vertragsfreiheit in verschiedenen Grundrechten führe infolge des jeweils wechselnden Maßstabs der Rechtfertigung grundrechtlicher Eingriffe zu einem uneinheitlichen Niveau des grundrechtlichen Schutzes. Eingriffe in die Vertragsfreiheit unterlägen somit, je nach thematischer Einordnung, einem mehr oder weniger strengen Vorbehalt. Erforderlich sei daher ein einheitlicher Schutzzumfang, um auch in verschiedenen Bereichen grundsätzlich einen gleichen grundrechtlichen Schutz privatautonomer Vertragsentscheidungen erzeugen zu können und so die Vertragsfreiheit als Wert an sich vor (unberechtigtem) staatlichem Zugriff zu schützen.<sup>88</sup>

## V. Vertragsfreiheit als unbenanntes Freiheitsrecht im Rahmen des Art. 2

### Abs. 1 GG

Dieser Kritik nimmt sich ein Ansatz an, der die Vertragsfreiheit in den Stand eines unbenannten Freiheitsrechts erhebt, einer sogenannten Innominatfreiheit.<sup>89</sup> Die Ent-

<sup>83</sup> St. Rspr.: BVerfGE 68, 193 (223 f.); BVerfGE 95, 173 (188); BVerfGE 123, 186; vgl. ferner *Breuer* in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte, Bd. V, 2013, § 115 Rn. 38 f. m.w.N.

<sup>84</sup> Siehe BVerfGE 24, 367 (390); *Wendt*, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, S. 272; Umstritten ist hierbei indes, ob Art. 14 Abs. 1 GG nur die dinglichen Rechtsgeschäfte umschließt oder auch die diese begleitenden Verpflichtungsgeschäfte. Letzterem Ansatz folgend hat etwa das BVerfG die Grenzen mietrechtlicher Verträge am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 GG erörtert, vgl. BVerfGE 53, 352 (358); vgl. auch *Höfling* (Fn. 63), S. 15.

<sup>85</sup> Vgl. *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, 1999, S. 58.

<sup>86</sup> *Höfling* (Fn. 63), S. 9.

<sup>87</sup> Vgl. *Scholz*, AöR 100 (1975), S. 127 ff.

<sup>88</sup> Vgl. *Knobel*, Wandlungen im Verständnis der Vertragsfreiheit, 2000, S. 120 f.

<sup>89</sup> Ebenso *Manssen* (Fn. 36), S. 187 ff.; *Miethaner*, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung, 2010, S. 9 ff.; *Weischer*, Das Grundrecht auf Vertragsfreiheit, 2013,

wicklung solcher unbenannter Freiheitsrechte verfolgt den Zweck, solche im Verfassungstext nicht explizit unter Schutz gestellte Lebenssachverhalte als besonders schutzwürdig herauszustellen und so – durch „Verfestigen“ der etwa von der Rspr. entwickelten Schutzstandards und „Schranken-Schranken“ – das Ausmaß der Freiheit voraussehbar zu machen.<sup>90</sup> Ihre Privilegierung gegenüber den sonstigen, teilweise „banalen“ Ausprägungen menschlicher Handlungsfreiheit, äußert sich dabei zuvörderst in einer strikteren Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes mit erhöhter Rechtfertigungslast bei Eingriffen seitens des Staates.<sup>91</sup> Die Existenz unbenannter Freiheitsrechte im System des Grundgesetzes ist spätestens seit der Eppler-Entscheidung des BVerfG anerkannt.<sup>92</sup> Als ein solches hat das BVerfG damals das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i. V. m. der Menschenwürdeggarantie des Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt.<sup>93</sup> Dennoch ist die systematische Bedeutung unbenannter Freiheitsrechte bisher eher wenig erforscht worden, so dass von einer festen dogmatischen Struktur (noch) nicht die Rede sein kann.<sup>94</sup>

#### D. Zwischenfazit

„Privatautonomie“ ist als solcher Oberbegriff für eine Vielzahl von Rechtsinstituten, welche die Privatrechtsgesellschaft prägen. Die Vertragsfreiheit verhilft der Privatautonomie einerseits zur Geltung, falls auf beiden Seiten der Wille zur Begründung eines bindenden Rechtsgeschäfts vorhanden ist und sichert sie andererseits ab, indem sie ungewollte rechtsgeschäftliche Beziehungen und hierdurch schließlich auch ungewollte Zugriffe auf zugewiesene Güter verhindert. Vertragsfreiheit ist somit die wichtigste Ausprägung der Privatautonomie.

Diese ist nach heute überwiegender Auffassung auch durch das Grundgesetz verfassungsrechtlich geschützt. Dabei ist sie jedoch weder ein eigenes Grundrecht noch bloßer Bestandteil der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.

---

S. 55; *Höfling*, in: Friauf/Ders. (Hrsg.), Berliner Kommentar GG, Art. 2 Rn. 40; dass dies zumindest „naheliegend“ sei meint auch Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 92. EL 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 101 a. E., relativierend dort Rn. 103; vgl. zur Einordnung als „Innominatfreiheit“ BeckOK-GG/*Lang*, Stand: 15.11.2020, Art. 2 Rn. 2.

<sup>90</sup> Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck/*Ders.*, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Rn. 17 m.w.N.

<sup>91</sup> Vgl. BeckOK-GG/*Lang*, Stand: 15.11.2020, Art. 2 Rn. 5.

<sup>92</sup> BVerfGE 54, 148.

<sup>93</sup> Vgl. nur BVerfGE 54, 148 (153); BVerfGE 35, 202 (220); BVerfGE 27, 1 (6). Ausgangspunkt ist insofern Art. 2 Abs. 1 GG, der den Prüfungsmaßstab vorgibt und durch Art. 1 Abs. 1 als Interpretationsrichtschnur ergänzt wird, vgl. etwa v. Mangoldt/Klein/Starck/*Ders.*, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 2 Rn. 15; ausführlich ferner Maunz/Dürig/*Di Fabio*, GG, 92. EL 2020, Art. 2 Abs. 1 Rn. 127 ff.

<sup>94</sup> Siehe *Manssen* (Fn. 36), S. 187.

Verfassungsrechtlichen Schutz findet die Vertragsfreiheit vielmehr innerhalb derjenigen Grundrechte, die den jeweiligen Lebenssachverhalt thematisch erfassen, so etwa die Berufsfreiheit. Nur in den übrigen Fällen ist die Vertragsfreiheit Teil des „Auffanggrundrechts“ der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG.

Zu klären bleibt, welche Funktionen der so verfassungsrechtlich deduzierten Vertragsfreiheit im System grundrechtlicher Freiheiten zukommen. Handelt es sich bei der Gewährleistung vertraglicher Selbstgestaltung tatsächlich um ein Abwehrrecht des Einzelnen gegen den Staat oder wird nicht vielmehr auch eine Schutzpflicht des Staates abzuleiten sein, die in gewissem Umfang die Gewährleistung einer „Vertragsgerechtigkeit“ sicherstellen soll, wenn diese etwa durch eine übermächtige Stellung eines der beiden Vertragspartner gefährdet wird? Wo verlaufen die Trennlinien zwischen dem Privatrecht, das von der Selbstbestimmung des Einzelnen ausgeht und dem Menschenbild des Grundgesetzes, das durch Elemente wie das Sozialstaatsprinzip auch eine mitunter freiheitsbeschränkende Komponente operationalisiert?