

wird mit dem Plan eine wirtschaftliche Entscheidung aufgezwungen, die sie so nicht getroffen hätte und zugleich verlieren ihre Mitglieder den Schutz aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der nur gruppenbezogen gilt. Hier zwingt Art. 14 Abs. 1 GG den Gesetzgeber dazu, die überstimmte Gruppe vor der Rechtsverkürzung durch die Mehrheit der übrigen Gruppen zu sichern.⁹¹ Diese Aufgabe übernehmen die beiden substantiellen Kriterien in § 245 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO. Während § 251 InsO den Minderheitenschutz des Einzelgläubigers in der Gruppe wahrt, sichern § 245 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO den Minderheitenschutz der Gruppe innerhalb der Gruppengemeinschaft.⁹²

Die aus Art. 14 Abs. 1 GG fließende Schutpflicht verlangt, dass das realisierbare Forderungsrecht des Gläubigers unmittelbar vor dem Zugriff der Mehrheit gesichert werden muss. Wie dieser Schutz ausgestaltet wird, überlässt die Verfassung dem Gesetzgeber. Dieser entscheidet sich zunächst dafür, ihn über den Gleichbehandlungsgrundsatz zu verwirklichen. Dort, wo er ihn zurückdrängt, muss er den Minderheitenschutz unmittelbar freiheitsrechtlich sicherstellen. Dieses Zusammenspiel belegt die hier aufgestellte These über die Funktion des Gleichbehandlungsgrundsatzes:⁹³ Es ist ein Freiheitsrecht zweiter Ordnung.

VI. Kontrahierungzwang

1. Grundlagen

Besteht eine Gleichbehandlungspflicht und kann der Normadressat die von ihm vorgenommene Differenzierung nicht sachlich rechtfertigen, hat der Begünstigte regelmäßig einen Anspruch darauf, den von ihm gewünschten Vertrag mit dem ungleich Behandelnden abzuschließen. Gleichbehandlungspflichten können also zum Kontrahierungzwang führen. Die mittlerweile klassische Definition des Kontrahierungzwangs stammt von *Hans Carl Nipperdey*:

„Kontrahierungzwang ist die auf Grund einer Norm der Rechtsordnung einem Rechts-subjekt ohne seine Willensbindung im Interesse eines Begünstigten auferlegte Verpflich-tung, mit diesem einen Vertrag bestimmten Inhalts oder von unparteiischer Seite zu be-stimmenden Inhalts zu schließen.“⁹⁴

Weil damit lediglich eine Mittel-Zweck-Beziehung beschrieben wird, ergänzte *Wolfgang Kilian* die Definition um einen funktionalen Aspekt:

91 Dazu vertiefend *Lepa*, Insolvenzordnung und Verfassungsrecht, 2002, 255 ff.

92 Vertiefend zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden *Jungmann*, KTS 2006, 135 ff.

93 Dazu oben § 1 III.

1 *Nipperdey*, Kontrahierungzwang, 1920, 7. Zu Nipperdeys Einfluss auf die Gleichbehandlungsthema-tik siehe oben § 4 I 2 b).

„Kontrahierungszwang ist aufzufassen als ein Korrektiv für das marktbedingte Fehlen einer zumutbaren Handlungsalternative für den Begünstigten beim Vertragsschluss über wichtige Güter oder Dienstleistungen.“²

Ein Kontrahierungszwang weist, darauf machte bereits *Ludwig Raiser* aufmerksam, lediglich „auf eine bestimmte Lösung eines rechtlichen Problems hin, für das auch andere Lösungsmöglichkeiten denkbar“ sind.³ Das eigentliche Problem ist dem Kontrahierungszwang vorgelagert:

„Kann ein Unternehmer, der als Produzent oder Händler Waren oder Dienstleistungen anbietet, sich seine Abnehmer selbst aussuchen, also auch einzelnen Nachfragern den Geschäftsabschluß und damit die begehrte Leistung verweigern? Nur wenn diese Frage generell oder in bestimmten Fällen verneint werden muß, und wenn die Gründe der Verneinung klargestellt sind, erhebt sich die weitere Frage, welche Mittel die Rechtsordnung bereitstellt, um einen solchen Unternehmer auch gegen seinen Willen zum Geschäftsabschluß zu veranlassen. Eines dieser Mittel ist das, was wir Kontrahierungszwang nennen [...].“⁴

Der Kontrahierungszwang setzt also voraus, dass die Vertragsbegründungsfreiheit (Abschlussfreiheit) begrenzt werden kann. Besonders deutlich wird der Zusammenhang von „Kontrahierungszwang und Diskriminierungsverbot“⁵ im Kartellrecht.⁶ Kontrahierungszwang ist also eine *Rechtsfolge*, mit der das Recht auf eine soziale Störung im Markt reagiert. Mit dieser Einschränkung kann man „Kontrahierungszwang“ ein die Vertragsabschlussfreiheit und die Vertragsinhaltsfreiheit⁷ begrenzendes Rechtsinstitut des Privatrechts verstehen.⁸ Damit werden Vertragsbeziehungen erzwungen, soweit am Markt die Voraussetzungen für einen gleichberechtigten Gebrauch der Vertragsfreiheit beider Parteien nicht gegeben sind.⁹ Der Rechtszwang kann mit einer an den Normadressaten gerichteten Verpflichtung zu einer bestimmten Handlung ausgedrückt werden. *Nipperdey* sprach plastisch von der „Verpflichtung, sich zu verpflichten“¹⁰. Die Rechtsordnung kann stattdessen auch dem begünstigten Vertragsinteressenten ein subjektives Recht auf die konkrete Leistung zuweisen.¹¹ Der Kontrahierungszwang ist nach wie vor kein nach Voraussetzungen, Inhalt und Rechtsfolgen ein-

2 *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 52.

3 *Raiser*, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausländ. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523; zu *Raiser* oben § 4 I 1.

4 *Raiser*, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausländ. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523.

5 So die Abschnittsüberschrift bei *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 443.

6 Siehe dazu den vorherigen Abschnitt, § 5 IV 3 c) (5).

7 Darauf weist schon *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 31 hin; aus der aktuellen Literatur siehe statt aller *Bork*, BGB AT, 2011, Rn. 665. Dass die Eingriffe in die Vertragsinhaltsfreiheit unterschiedlich intensiv ausfallen können, betont *Busche*, Privatautonomie, 1999, 251 ff, 589 ff.

8 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 111.

9 Vgl. *Mestmäcker*, JZ 1964, 441, 444.

10 *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 87.

11 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 111f.

heitliches Rechtsprinzip.¹² Man kann zwei Kategorien unterscheiden:¹³ den „besonderen Kontrahierungzwang“ als Sammelbegriff spezialgesetzlich geregelter Erscheinungsformen¹⁴ und einen darüber hinausgehenden „allgemeinen Kontrahierungzwang“ als selbstständiges Rechtsprinzip.¹⁵

Die praktisch wichtigsten Anwendungsfälle spezialgesetzlicher Kontrahierungzwänge bilden die wettbewerblichen Missbrauchs- und Diskriminierungsverbote.¹⁶ Daneben gibt es eine Reihe von gesetzlichen Kontrahierungspflichten¹⁷ im Versicherungsrecht,¹⁸ im Telekommunikationsrecht und – praktisch bedeutsam – im Energierecht¹⁹. Ein spezialgesetzlicher Kontrahierungzwang verfolgt idR drei Ziele:²⁰ (1.) Der „leistungssichernde Kontrahierungzwang“ soll sicherstellen, dass bestimmte Leistungen an die Allgemeinheit diskriminierungsfrei erbracht werden (§§ 17, 18 EnWG). (2.) Der „zugangsermöglichtende Kontrahierungzwang“ verhindert, dass Eigentums- und Ausschließlichkeitsrechte missbräuchlich eingesetzt werden und sichert einen diskriminierungsfreien Zugang im überwiegenden Interesse der Öffentlichkeit (§ 24 PatG,²¹ § 5 Abs. 3 S. 2 UrhG²², 87 Abs. 5 UrhG²³). (3.) Der „wettbewerbspolitische Kontrahierungzwang“ setzt das Gleichbehandlungsgebot ein, um wettbewerbswidrige Zustände zu beseitigen (§ 42a UrhG²⁴). Dazu kommt (4.) eine Versorgungsfunktion („Daseinsfürsorge“), die den im jeweiligen Landesrecht vorgesehenen Kontrahierungzwang für Sparkassen erklärt.²⁵ § 5 Abs. 1 Sparkassengesetz NW (SpkG)²⁶ verpflichtet beispielsweise die Sparkassen des Landes dazu, Spareinlagen iHv 1 € anzunehmen und § 5 Abs. 3 SpkG sieht einen Kontrahierungzwang für Girokonten auf Guthabensbasis vor.

12 Busche, Privatautonomie, 1999, 117; in der Sache schon Nipperdey, Kontrahierungzwang, 1920, 6.

13 Busche, Privatautonomie, 1999, 301 ff. Anders dagegen Schmidt, AcP 206 (2006), 169, 189, der zwischen dem wettbewerblichen und dem sonstigen auf Spezialtatbeständen basierenden Kontrahierungzwang differenziert.

14 Vgl. dazu die Auflistung einschlägiger Spezialgesetze bei Ellenberger in: Palandt, Einf v § 145 Rn. 8 und die Systematisierung bei Kilian, AcP 180 (1980), 47, 53f; Bork in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145-156 Rn. 17.

15 Busche, Privatautonomie, 1999, 119; Kramer in: MünchKomm-BGB, § 145 Rn. 10, 13.

16 Schmidt, AcP 206 (2006), 169, 190; dazu oben § 5 IV.

17 Siehe die Auflistung bei Bork in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145-156 Rn. 17; Kramer in: MünchKomm-BGB, Vor § 145 Rn. 10; Armbrüster in: Erman, Vor § 145 Rn. 28.

18 Dazu vertiefend Jannott, FS E. Lorenz, 1994, 341 ff und Richter, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung 2010, 64 ff.

19 Dazu vertiefend Buntscheck, WuW 2006, 30 ff und Busche, Privatautonomie, 1999, 405 ff.

20 Terminologisch angelehnt an Busche, Privatautonomie, 1999, 578 ff, der diese Kategorien allerdings streng trennen will.

21 Dazu näher Scheffler, GRUR 2003, 97 ff.

22 Dazu Bubrow/Nordemann, GRUR Int. 2005, 407, 411.

23 Dreier in: Dreier/Schulze, UrhG, § 87 Rn. 26.

24 Zu dieser Rechtfertigung des § 42a jetzt instruktiv Hilty, GRUR 2009, 633, 639 f.

25 Dazu näher Günnewig, ZIP 1992, 1670 f; Reifner, ZBB 1995, 243, 248 ff; Busche, Privatautonomie, 1999, 634 ff; Grünekle, Der Kontrahierungzwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen, 2001, 34 ff.

26 Gesetz v. 18.11.2008, GVBl. S. 696.

2. Allgemeiner Kontrahierungszwang

a) Inhalt und Rechtsfolgen

Daneben gibt es einen „allgemeinen Kontrahierungszwang“. Dieser wird traditionell auf § 826 BGB iVm § 249 Abs. 1 BGB gestützt.²⁷ Danach sind bestimmte Unternehmen zum Vertragsabschluss verpflichtet, wenn die Vertragsverweigerung zu den für alle geltenden oder zu den angemessenen Bedingungen nach den Umständen des Einzelfalls eine sittenwidrige Schädigung ist. Rechtsgrundlage dafür ist nach der Rechtsprechung § 826 BGB iVm § 249 Abs. 1 BGB.²⁸

Diese Konstruktion ist denselben Bedenken ausgesetzt wie die Begründung des wettbewerblichen Kontrahierungszwangs.²⁹ Vereinzelt wird dies damit begründet, dass der Kontrahierungszwang keinen „Schaden“ ausgleichen könne, weil er den Rechtskreis des Anspruchstellers im Vergleich zum *status quo ante* der Vertragsverweigerung erweitere.³⁰ Überzeugender ist es, auf das Anspruchsziel abzustellen: Begehrt wird nicht die Kompensation eines eingetretenen Schadens. Angestrebgt wird vielmehr die zukunftsgerichtete Beendigung des Verhaltens.³¹ Die dann nahe liegende Lösung über einen quasinegatorischen Unterlassungsanspruch (§ 1004 BGB analog iVm § 826 BGB)³² führt allerdings zum „Anspruch auf Unterlassung der Unterlassung“.³³ Deshalb müsste man sich auf einen „positiven Handlungsanspruch“ stützen, der analog zur vorbeugenden Unterlassungsklage zu entwickeln sei.³⁴ Diese Vorschläge können nicht überzeugen, weil sie den gesetzlich vorgesehenen Beseitigungsanspruch vernachlässigen. Jedenfalls für die gleichbehandlungsrelevanten Fallkonstellationen lässt sich der Kontrahie-

27 Grundlegend RGZ 48, 114, 126 ff – *Dampfschiffahrtsgesellschaft*; RGZ 155, 257, 283 ff; RGZ 115, 253, 258 f – *Branntweinmonopol*; RGZ 132, 273, 276 – *Stromsperrre II*; RGZ 133, 388, 392 f – *Theaterkritiker*; RGZ 148, 326, 334 – *Wasserleitung II*; BGHZ 93, 151, 152 ff; BGHZ 63, 282, 284 ff – *Deutscher Sportbund*; BGH GRUR 1979, 788 – *Anwaltsverein*; BGH NJW 1990, 761, 762 f; BGH NVwZ 1994, 1240, 1241. Aus der Literatur grundlegend Nipperdey, Kontrahierungszwang, 1920, 53 ff und in jüngerer Zeit Bydlinski, AcP 180 (1980), 1 ff; Kilian, AcP 180 (1980), 47 ff; Grunewald, AcP 182 (1982), 181, 186 ff und jetzt vor allem Busche, Privatautonomie, 1999, 151 ff.

28 RGZ 48, 114, 126 ff – *Dampfschiffahrtsgesellschaft*; RGZ 155, 257, 283 ff; RGZ 115, 253, 258 f – *Branntweinmonopol*; RGZ 132, 273, 276 – *Stromsperrre II*; RGZ 133, 388, 392 f – *Theaterkritiker*; RGZ 148, 326, 334 – *Wasserleitung II*; BGHZ 93, 151, 152 ff; BGHZ 63, 282, 284 ff – *Deutscher Sportbund*; BGH GRUR 1979, 788 – *Anwaltsverein*; BGH NJW 1990, 761, 762 f; BGH NVwZ 1994, 1240, 1241.

29 Dazu oben § 5 IV 3 c) (5).

30 Vgl. Grunewald, AcP 182 (1982), 181, 97; Bartodziej, ZGR 1991, 517, 519; Oechsler in: Staudinger, § 826 Rn. 432; dagegen mit Recht Busche, Privatautonomie, 1999, 221 ff; Grüneklee, Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen, 2001, 157 f.

31 Grundlegend Nipperdey, Kontrahierungszwang, 1920, 98.

32 Vgl. dazu Bork in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145–156 Rn. 20, 27; Schmidt, AcP 206 (2006), 169, 191 mwN.

33 Bydlinski, AcP 180 (1980), 1, 11; zustimmend Busche, Privatautonomie, 1999, 229 f.

34 Bydlinski, AcP 180 (1980), 1, 13; Bezenberger, AcP 196 (1996), 395, 428 f; Heinrich, Formale Freiheit, 2000, 231 f; idS bereits Nipperdey, Kontrahierungszwang, 1920, 96 f, 99.

rungszwang unproblematisch auf einen quasinegatorischen Beseitigungsanspruch (§ 1004 BGB analog iVm § 826 BGB) stützen.³⁵ Der störende Zustand liegt nicht allein im fehlenden Vertragsschluss, sondern in der vorgelagerten Ungleichbehandlung. Setzt man bei der Ungleichbehandlung an, wird deutlich, dass man die Vertragsverweigerung nicht als ein Unterlassen qualifizieren kann.³⁶ Liegen die Voraussetzungen des Kontrahierungszwangs vor, besteht zwischen dem Anbieter und dem Vertragsinteressenten daher ein gesetzliches Schuldverhältnis,³⁷ gerichtet auf Abschluss eines Vertrages. Es kommt dann zur Anwendung des allgemeinen Zivilrechts.³⁸

b) Geltungsgrund und Tatbestandsvoraussetzungen

Die genaue Herleitung des allgemeinen Kontrahierungszwangs und dessen Voraussetzungen im Einzelfall sind nicht abschließend geklärt.³⁹ § 826 BGB ist nach traditioneller Auffassung nur Bestandteil der Anspruchsgrundlage.⁴⁰ Den eigentlichen Rechtsgrund für den Kontrahierungszwang eines Privatrechtsakteurs in einer vom Grundsatz der Vertragsbegründungsfreiheit geprägten Rechtsordnung könne er nicht enthalten.⁴¹ Möglich ist eine Gesamtanalogie zu den spezialgesetzlich geregelten Tatbeständen.⁴² Das hat sich wegen der heterogenen Regelungsziele der Spezialtatbestände⁴³ nicht durchgesetzt. In der Rechtsprechung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof und im Schrifttum werden eine ganze Reihe von Aspekten genannt, mit denen im Einzelfall ein Kontrahierungszwang legitimiert werden könne.⁴⁴ Interessanterweise bilden sie zugleich auch die Tatbestandsvoraussetzungen. Ausgangspunkt dafür ist die Entscheidung des Reichsgerichts im *Dampfschiffahrtsgesellschaftsfall* aus dem Jahr 1901, dem eigentlichen

35 Einzelheiten bei *Busche*, Privatautonomie, 1999, 230 ff; kritisch dazu bereits *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 12.

36 Generell *Busche*, Privatautonomie, 1999, 232 f, ohne allerdings auf die gleichbehandlungsrechtliche Komponente einzugehen.

37 Insoweit zutreffend *Armbräster* in: Erman, Vor § 145 Rn. 31; nicht überzeugend ist dagegen seine schadensersatzrechtliche Konstruktion der Vertragsabschlusspflicht aus § 280 BGB.

38 Zu den damit zusammenhängenden Konstruktionsproblemen im Einzelnen *Bydlinski*, JZ 1980, 378 ff; *Heinrich*, Formale Freiheit, 2000, 235 ff.

39 BGH NJW 1990, 761, 762.

40 Kritisch dazu *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 196.

41 Ähnlich auch *Oechsler* in: Staudinger, § 826 Rn. 429; grundlegend anders dagegen die von *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 54 ff begründete Tradition; dazu kritisch *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 58.

42 *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts – Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1987, 48 (für Unternehmen der „öffentlichen Hand“); zustimmend *Kramer* in: MünchKomm-BGB, Vor § 145 Rn. 14; weitergehend *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil, 2012, § 48 Rn. 13; *Oechsler* in: Staudinger, § 826 Rn. 433; *Ellenberger* in: *Palandt*, Einf. v. § 145 Rn. 10.

43 Näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 597 f; in der Sache schon *Raiser*, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausländ. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523, 526 f.

44 Dazu im Überblick *Busche*, Privatautonomie, 1999, 162 ff mwN.

*leading case.*⁴⁵ Diese Entscheidung benutze ich als Leitfaden, um daran Gel-tungsgrund und Tatbestandsvoraussetzungen zu strukturieren.

(1) Der leading case – Die Entscheidung Dampfschiffahrtsgesellschaft von 1901

Ein Speditionsunternehmen verklagte eine Dampfschiffahrtsgesellschaft, es zu unterlassen, ihr höhere als die bekanntgemachten und den übrigen Kunden angebotenen Frachttarife zu berechnen. Indem die Beklagte der Klägerin die bisherigen Tarife „kündigte“, wollte sie diese vom Markt verdrängen, weil die Klägerin mit Segelschiffunternehmen zusammenarbeitete, die der Beklagten auf einer Linie Konkurrenz machten.⁴⁶ Während die Klage am Landgericht Erfolg hatte, gab das Oberlandesgericht der dagegen eingelegten Berufung statt. Das Reichsgericht hob dieses Urteil auf. Es stützte seine Entscheidung auf zwei Erwägungen: (1.) den Gedanken eines Kontrahierungszwangs und (2.) der wettbewerbswidrigen Ausübung wirtschaftlichen Drucks. Obwohl die Kündigung als solche „an und für sich noch kein rechtswidriger [Akt]“ sei, ergebe sich „ein gewisser Berührungs-punkt zwischen § 826 B.G.B. und den Grundgedanken, welche auf anderen Rechtsgebieten zu einem Kontrahierungszwange geführt haben“.⁴⁷ Das Reichsge-richt bezog sich damit auf die im zeitgenössischen Schrifttum rezipierten⁴⁸ Kontrahierungszwänge im französischen und im anglo-amerikanischen Recht. Insbe-sondere die Bezugnahme auf die Rechtslage in den U.S.A. entbehrt nicht der Ironie, weil der aus dem *common law* abgeleitete Gleichbehandlungsgrundsatz just zu dieser Zeit in den U.S.A. einem weiten Verständnis der Vertrags- und Dis-kriminierungsfreiheit weichen musste.⁴⁹ Das war aber nur der vom Gericht ge-wählte Einstieg in die eigentliche Begründung, aus der sich mosaikartig die Tat-bestandsvoraussetzungen (im Folgenden *kursiv* gesetzt) herausdestillieren lassen:

„Ein derartiger Zwang möchte im allgemeinen Interesse hauptsächlich gegenüber Unter-nehmungen, welche rechtlich oder tatsächlich ein Monopol besitzen, welche eine öffentli-che Zweckbestimmung haben, als Verkehrsbedürfnis erscheinen. Die wirtschaftliche An-forderung, daß diejenigen Gewerbe, die für das Gemeinwohl oder den Geschäftsverkehr unentbehrlich sind, niemanden ihre Dienstleistung versagen sollen, bringt, zum Rechtsge-bot ausgestaltet, auch eine Gebundenheit bezüglich der Vertragsbedingungen mit sich. Ein Transportzwang verpflichtet den Unternehmer, welcher dem Publikum seine Dienste un-ter bestimmten Bedingungen öffentlich anbietet, die auf ihn angewiesenen Interessenten mit gleichem Maße zu messen, und spricht demselben das Recht ab, willkürlich oder aus illoyalen Gründen den Einzelnen von den dem Publikum sonst dargebotenen Transport-

⁴⁵ Vgl. die prominente Bezugnahme darauf in RGZ 115, 253, 258 – *Branntweinmonopol*. Ich folge hier im Wesentlichen der Einschätzung von Kilian, AcP 180 (1980), 47, 57.

⁴⁶ RGZ 48, 114 f – *Dampfschiffahrtsgesellschaft*.

⁴⁷ RGZ 48, 114, 127 – *Dampfschiffahrtsgesellschaft*.

⁴⁸ Vgl. Biermann, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 289 ff; vertiefend Busche, Privatautonomie, 1999, 183 ff.

⁴⁹ Dazu näher oben § 3 III 3 b und 4 b.

*bedingungen auszuschließen. Ein Vorgehen der letzteren Art kann aber dort, wo eine Zwangspflicht gesetzlich nicht besteht, sich als ein Handeln gegen die guten Sitten darstellen.*⁵⁰

(2) Von der Monopolstellung zur Marktmacht

Mit dem Hinweis auf die *Monopolstellung* wurde das zentrale Begründungs- und Tatbestandselement der folgenden reichsgerichtlichen Rechtsprechung eingeführt.⁵¹ Jan Busche hat nachgewiesen, dass damit kein enger Monopolbegriff mit einer Alleinstellung eines Anbieters gemeint war. Ausschlaggebend war vielmehr die fehlende Ausweichmöglichkeit des Kunden.⁵² Diese Ausweitung zeigt sich besonders deutlich in einer Entscheidung aus dem Jahr 1937, in der das Gericht die rechtliche oder tatsächliche Monopolstellung gleich wie eine „sonstige Machtstellung“ wertete und behandelte.⁵³ Der Bundesgerichtshof hielt zunächst an der Monopolstellung fest.⁵⁴ In Übereinstimmung mit dem Reichsgericht ging er davon aus, dass es keine abschließende allgemeingültige Begriffsbestimmung des Monopolmissbrauchs gibt.⁵⁵ Davon rückte er seit den späten 1970er Jahren zunehmend ab.⁵⁶ An die Stelle der Monopolmissbrauchs trat eine überragende Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich einerseits und ein wesentliches oder grundlegendes Interesse der Gegenseite am Vertrag andererseits.⁵⁷ Diese Rechtsprechung bildete sich anhand von Fällen heraus, in denen jeweils über einen Aufnahmewang von Vereinen und damit über einen besonderen Anwendungsfall des Kontrahierungszwangs gestritten wurde.⁵⁸ Damit wird *Marktmacht* zum zentralen Begründungsfaktor.⁵⁹ Das Kriterium der Marktmacht stellt den Rechtsanwender *aufßerhalb* des GWB vor erhebliche Herausforderungen.

Das belegen die kontroversen Einschätzungen zur Pflicht privater Banken, vertragswilligen Kunden ein privates Guthaben-Girokonto – einen Zahlungsdien-

50 RGZ 48, 114, 127 – *Dampfschiffahrtsgesellschaft* (Hervorhebungen hinzugefügt).

51 Vgl. RGZ 155, 257, 283 ff; RGZ 115, 253, 258 f – *Branntweinmonopol*; RGZ 132, 273, 276 – *Stromsperrre II*; RGZ 133, 388, 392 f – *Theaterkritiker*; RGZ 148, 326, 334 – *Wasserleitung II*; Nipperdey, Kontrahierungszwang, 1920, 61; anders dagegen Biermann, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 280, 286 ff, der lediglich den rechtlichen, nicht aber den „faktischen“ Monopolisten mit einem Kontrahierungszwang belegen wollte.

52 Busche, Privatautonomie, 1999, 167 ff.

53 RGZ 155, 257, 284 f.

54 BGHZ 63, 282, 284 f – *Deutscher Sportbund*; BGHZ 41, 271, 276 f – *Werkmilchabzug*.

55 BGHZ 41, 271, 277 – *Werkmilchabzug*; dazu näher Busche, Privatautonomie, 1999, 174 ff.

56 Grundlegend dafür Nicklisch, JZ 1976, 105, 110.

57 Angedeutet in BGH GRUR 1979, 788 – *Anwaltsverein*; grundlegend dann BGHZ 93, 151, 152 f; BGH GRUR 1986, 332 – *Aikido-Verband*; BGHZ 140, 74, 77.

58 Grunewald, AcP 182 (1982), 181, 185; Busche, Privatautonomie, 1999, 173.

59 Dazu grundlegend Raiser, JZ 1958, 1, 8; Mestmäcker, JZ 1964, 441, 443 ff; vgl. auch Bydlinski, AcP 180 (1980), 1, 35; Kilian, AcP 180 (1980), 47, 61 f; Kramer in: MünchKomm-BGB, Vor § 145 Rn. 13; aA Armbriëster in: Erman, Vor § 145 Rn. 29 („faktische Monopolstellung“).

terahmenvertrag iSv § 675f Abs. 1 BGB⁶⁰ – anzubieten.⁶¹ Vielfach wird von einem „faktischen Monopol“ gesprochen, ohne dass näher erklärt wird, wann ein solches vorliegt.⁶² Im Regelfall hat die verweigernde Bank weder ein Monopol noch eine marktbeherrschende Stellung, sondern ist einer von vielen Anbietern privater Girokonten.⁶³ Viele belassen es bei dieser Feststellung und halten die Frage nach dem Kontrahierungszwang privater Banken damit für erledigt.⁶⁴ Damit verfehlt man aber die zentrale Fragestellung dieser Fälle: Besteht trotz theoretischer Angebotsvielfalt tatsächlich ein ausreichender Wettbewerb? Das einheitliche Marktverhalten aller anderen Anbieter drängt den Schluss geradezu auf, dass dem Kunden ein „Ablehnungskartell“ gegenübersteht.⁶⁵ Das Landgericht Berlin verzichtete daher mit Recht auf die Monopolstellung als Tatbestandsvoraussetzung.⁶⁶ Die zutreffende Begründung dafür findet man bei *Jan Busche*: Für die Annahme eines Kontrahierungszwangs genügt bereits die „Vertragsmächtigkeit eines Anbieters“, unter der er eine „Kontrolle über eine konkrete Austauschbeziehung“ versteht.⁶⁷

Damit stellt sich die Gretchenfrage, ob neben einer Monopolstellung oder Marktmacht auch die „Vertragsmacht“ für sich genommen genügt, um den das Schuldrecht beherrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit auszuschalten. Nach ganz allgemeiner Auffassung bedarf es dafür zusätzlicher Voraussetzungen.⁶⁸ Allerdings besteht eine relationale Abhängigkeit beider Faktoren: Je stärker die Marktmacht, desto geringer sind die Anforderungen an die zusätzlichen Voraussetzungen, während sie bei geringer oder nicht vorhandener Marktmacht erheblich ansteigen.⁶⁹

(3) Öffentliche Zweckbestimmung?

Das Reichsgericht betonte im *leading case* die *öffentliche Zweckbestimmung* des vertragsverweigernden Unternehmens. Damit knüpfte es an eine Ende des 19. Jahrhunderts in Deutschland weit verbreitete Überlegung an, einen Kontrahierungszwang als Konsequenz der Übernahme öffentlicher Versorgungsaufgaben

60 Sprau in: Palandt, § 675f Rn. 11, 22.

61 Dazu im Überblick Pieper, ZVI 2008, 457, 459 f mwN.

62 OLG Brandenburg NJW 2001, 450, 451; Reifner, ZBB 1995, 243, 256.

63 LG Berlin WM 2008, 1825, 1827.

64 So eine andere Kammer des LG Berlin Urt. v. 12.8.2008, 10 S 4/08 (juris) Rn. 19 und Köndgen, NJW 1996, 558, 559.

65 Vgl. LG Stuttgart NJW 1996, 3347, 3348; Reifner, ZBB 1995, 243, 256.

66 LG Berlin WM 2008, 1825, 1827; kritisch dazu Pieper, ZVI 2008, 457, 460.

67 Busche, Privatautonomie, 1999, 204 f; ähnlich insoweit auch Grunewald, AcP 182 (1982), 181, 190, wenn sie auf den konkreten nachfrageorientierten Aspekt des Leistungsbegehrrens abstellt.

68 BGH NJW 1990, 761, 763 und aus der Literatur statt aller Busche, Privatautonomie, 1999, 198 ff.

69 Vgl. näher Heinrich, Formale Freiheit, 2000, 233 ff.

und staatlicher Konzessionierung zu rechtfertigen.⁷⁰ Wie bereits in den U.S.A.⁷¹ konnte sich dieser Ansatz gegenüber der ab 1900 zunehmend als Grundsatz ins Feld geführten Vertragsfreiheit nicht mehr behaupten.⁷²

(4) Öffentliches Angebot und Vertragsneigung

Das Reichsgericht stützte sich daher ergänzend auch auf das *öffentliche Angebot* des Unternehmens. Dieser Gedanke war dem 19. Jahrhundert sehr vertraut. So hat *Johannes Biermann* 1893 jedenfalls für Gastwirte, Theater-, Konzert- und Ballanzeigen ein Angebot an die Öffentlichkeit angenommen, aus dem er einen wirksamen Vertrag konstruierte.⁷³ Ein Vertrag komme dann nicht zustande, wenn der Offerent die Annahme eines Mitglieds der Öffentlichkeit *ex justa causa* zurückweisen dürfe.⁷⁴ Die Parallelen zur Gleichbehandlungspflicht im Civil-Rights-Act von 1875⁷⁵ und deren Wurzeln, den Gleichbehandlungspflichten des traditionellen *Common Law*,⁷⁶ sind mit Händen zu greifen.⁷⁷ Durchsetzen konnte sich dieser Gedanke allerdings nicht.⁷⁸ Verzichtete man mit *Biermann* auf die konkrete Feststellung des Rechtsbindungswillens, käme man zu einer vertraglichen Begründung von Kontrahierungspflichten, die mit dem herkömmlichen Verständnis der Vertragsfreiheit als Grundsatz nicht mehr vereinbar scheint.⁷⁹ Das Reichsgericht entschied daher, dass ein staatlich subventioniertes Theater einem ihm unliebsamen Theaterkritiker aufgrund seiner Abschlussfreiheit nicht den Besuch der Vorstellungen gestatten müsse.⁸⁰ Heute würde man am Prinzip festhalten – wie beispielsweise *Busche*:

„Es ist mit einer auf dem Prinzip der Privatautonomie basierenden Rechtsgeschäftsordnung schlechthin unvereinbar, ein Rechtssubjekt nur aus dem Grunde zum Vertragsschluss zu verpflichten, weil es zuvor einen Geschäftsverkehr mit bestimmten Waren oder Dienstleistungen eröffnet hat.“⁸¹

70 Näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 183 ff mwN der zeitgenössischen Quellen.

71 Siehe oben § 3 III 4 b).

72 Vgl. exemplarisch auch hier *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 45 ff.

73 *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 292 ff.

74 *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 311 ff mit Beispielen.

75 Dazu oben § 3 III 3 a).

76 Dazu oben § 3 III 3 b).

77 *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 291 f diskutiert sie allerdings in etwas anderem Zusammenhang.

78 Eine Ausnahme ist *Tilmann*, ZHR 141 (1977), 32, 76, der ebenfalls auf die allgemeine Geschäftseröffnung abstellt.

79 Deutlich daher die Kritik von *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 46 ff. Vgl. *Biermanns* Verteidigung *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 314 ff; dagegen wieder *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 40. Zur grundlegenden Kritik am klassischen Vertragsmodell zugunsten einer Selbstbindung, in dem *Biermanns* Ansatz aufgehen könnte, siehe *Köndgen*, Selbstbindung, 1981, 118 ff, 156 ff.

80 RGZ 133, 388 – *Theaterkritiker*; zur zeitgenössischen Diskussion vgl. die Nachweise bei *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 47 Anm. 1.

81 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 205.

- und den Theaterkritikerfall trotzdem anders entscheiden.⁸² Das Prinzip ist also durchlässig geworden. Wie durchlässig, das ist noch nicht abschließend geklärt. Das Problem wurde jüngst im Zusammenhang mit dem „Recht auf ein Girokonto“ neu thematisiert. Den Ausgangspunkt bilden die Selbstverpflichtungen von Banken bzw. Bankenverbänden.⁸³ Gestritten wird darüber, ob daraus ein Anspruch eines potentiellen Kunden auf Abschluss eines Girovertrags folgt. Die Deutsche Kreditwirtschaft (vormals Zentrale Kreditausschuss), der Zusammenschluss der fünf Spaltenverbände der deutschen Kreditwirtschaft, gab 1995 eine „Empfehlung“ zum „Girokonto für jedermann“ ab:

„Alle Kreditinstitute, die Girokonten für alle Bevölkerungsgruppen führen, halten für jede/n Bürgerin/Bürger in ihrem jeweiligen Geschäftsgebiet auf Wunsch ein Girokonto bereit. [...] Das Kreditinstitut ist nicht verpflichtet, ein Girokonto für den Antragsteller zu führen, wenn dies unzumutbar ist.“⁸⁴

Nach mittlerweile gefestigter Auffassung ist die Empfehlung der Deutschen Kreditwirtschaft *als solche* kein Rechtsgrund für eine Bindung der einzelnen Bank.⁸⁵ Es fehlt schlichtweg an einer rechtlichen Zurechnung der Erklärung zur einzelnen Bank. Davon sind die Fälle zu unterscheiden, in denen sich die Bank ausdrücklich selbst zum „Girokonto für jedermann“ verpflichtet. Hier kommt es entscheidend darauf an, ob dieses Verhalten im konkreten Einzelfall⁸⁶ von einem Rechtsbindungswillen der jeweiligen Bank getragen wird. Die besseren Gründe sprechen dafür, diese Möglichkeit jedenfalls im Grundsatz zu bejahen.⁸⁷

Selbst dann ist das öffentliche Angebot einer Leistung keine hinreichende, sondern nur eine notwendige Bedingung des Kontrahierungzwangs: Es indiziert die prinzipielle Vertragsgeneigtheit eines Anbieters.⁸⁸ Wer grundsätzlich leistungsbereit ist und dies der Öffentlichkeit generell anzeigt, begründet eine Vertrauensgrundlage des Publikums, dass man im Bedarfsfall die Leistungen von ihm erwer-

82 Vgl. *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 70 f; *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 193; *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts – Allgemeiner Teil, Bd. 1, 1987, 47 f; *Busche*, Privatautonomie, 1999, 165; *Bork* in: *Staudinger*, Vorbem. zu §§ 145–156 Rn. 23; *Oechsler* in: *Staudinger*, § 826 Rn. 434; aa *Eidenmüller*, NJW 1991, 1439, 1441.

83 *Derleder*, EWiR 2003, 963 f; *Bachmann*, ZBB 2006, 257, 260 ff; *Koch*, WM 2006, 2242 ff; *Kothe*, VuR 2006, 163 ff; *Segna*, BKR 2006, 274 ff.

84 Der vollständige Wortlaut ist zu finden unter <http://www.die-deutsche-kreditwirtschaft.de/die-deutsche-kreditwirtschaft/kontofuehrung/konto-fuer-jedermann/empfehlung.html> [Stand: 31.12.2012]. Zur Umsetzung siehe Bericht der Bundesregierung zur Umsetzung der Empfehlungen des Zentralen Kreditausschusses zum Girokonto für jedermann, BT-Drs. 17/8312.

85 Nachweise bei *Pieper*, ZVI 2008, 457, 458; zur Begründung im Einzelnen siehe *Koch*, WM 2006, 2242, 2244 ff; *Segna*, BKR 2006, 274, 276 ff.

86 Im Fall OLG Bremen ZIP 2006, 798 hat das Gericht aufgrund der spezifischen Präsentation der Selbstverpflichtung im Internet unter der Rubrik „Geschichte“ einen Rechtsbindungswillen verneint; kritisch dazu *Kothe*, VuR 2006, 163 f.

87 Zu den Gründen näher *Bachmann*, ZBB 2006, 257, 261 f; *Koch*, WM 2006, 2242, 2247 ff; aa *Segna*, BKR 2006, 279 f.

88 Dazu grundlegend *Busche*, Privatautonomie, 1999, 136 ff, 206 ff.

ben kann.⁸⁹ Davon ist bei einem Unternehmen idR auszugehen,⁹⁰ wobei das jeweils letzte Verhalten relevant sein soll.⁹¹ Hat der Anbieter gleichartige Verträge mit anderen Interessenten abgeschlossen, kann man daraus die grundsätzliche Vertragsgeneigtheit ableiten.⁹² In den Girokontofällen sind die Banken idR vertragsgeneigt.⁹³ Damit bleibt die Freiheitssphäre des von einem Kontrahierungszwang Betroffenen zunächst gewahrt, weil es allein seine Entscheidung ist, ob er der Allgemeinheit Leistungen anbietet oder nicht.⁹⁴

Diese Grundsätze hat der Bundesgerichtshof im Fall *Udo Voigt* jüngst bestätigt:⁹⁵

Der Betreiber des Hotel Esplanade in Bad Saarow erteilte dem damaligen Vorsitzenden der NPD, Udo Voigt, Hausverbot. Dessen politische Überzeugung sei mit dem Ziel des Hauses, jedem Gast nach Möglichkeit ein exzellentes Wohlfühlerlebnis zu bieten, nicht zu vereinbaren. Im Interview gab der Hoteldirektor auch zu erwägen, dass man insoweit „wirtschaftlich denken“ müsse.⁹⁶ Der Kläger sah sich dadurch diskriminiert und möchte mit der Klage den zukünftigen Widerruf des Hausverbots – in der Sache also einen Kontrahierungszwang des Hotels⁹⁷ – erreichen.

Öffnet der Hausrechtsinhaber die Örtlichkeit für den allgemeinen Publikumsverkehr, gibt er dadurch seine Bereitschaft zu erkennen, „generell und unter Verzicht auf eine Prüfung im Einzelfall jedem den Zutritt zu gestatten, der sich im Rahmen des üblichen Verhaltens bewegt“⁹⁸ Dann „bedarf ein gegenüber einer bestimmten Person ausgesprochenes Verbot, die Örtlichkeit (künftig) zu betreten, zumindest grundsätzlich eines sachlichen Grundes“.⁹⁹ Die Privatautonomie tritt in solchen Fallgestaltungen zurück.¹⁰⁰ Diese Rechtfertigungspflicht folgt allerdings nicht aus der „selbstbestimmten rechtlichen Bindung des Verhaltens“.¹⁰¹ Privatautonomie schützt nämlich – innerhalb der durch die Rechtsordnung gezogenen Grenzen¹⁰² – auch die Befugnis des Anbieters *ad hoc* auf die Zusammensetzung des Publikums Einfluss zu nehmen.¹⁰³ Wenn diese Befugnis allerdings nur

89 Bydlinski, AcP 180 (1980), 1, 38 ff; ähnlich auch BGHZ 124, 39, 43: „Wer ein Geschäft für den allgemeinen Publikumsverkehr öffnet, bringt damit [...] zum Ausdruck, dass er an jeden Kunden Waren verkaufen oder Dienstleistungen erbringen will.“

90 Ähnlich auch Wolf, JZ 1976, 41, 45; kritisch zur Fixierung auf den Unternehmensbegriff Busche, Privatautonomie, 1999, 207 f.

91 Bydlinski, AcP 180 (1980), 1, 38 ff, 40.

92 Busche, Privatautonomie, 1999, 137.

93 Vgl. Bachmann, ZBB 2006, 257, 263.

94 Wolf, FS Raiser, 1974, 597, 611.

95 BGH JZ 2012, 686.

96 Siehe Spiegel Online v. 25.5.2010, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,696666,00.html> [Stand: 31.12.2012].

97 Zutreffend Mörsdorf, JZ 2012, 688, 689.

98 BGH JZ 2012, 686 Rn. 22.

99 BGH JZ 2012, 686 Rn. 22 (Hervorhebung hinzugefügt).

100 BGH JZ 2012, 686 Rn. 23.

101 Anders Gurlit, NZG 2012, 698, 699, 700.

102 BGH JZ 2012, 686 Rn. 24.

103 Zum Problem vertiefend unten § 5 IX 2.

gegenüber einer bestimmten Person – und handle es sich dabei auch um einen rechtsradikalen Politiker – ausgeübt wird, steht „das Gebot der Gleichbehandlung (Art. 3 GG) bei der gebotenen Abwägung einem willkürlichen Ausschluss entgegen.“¹⁰⁴

Im Ergebnis lehnte der Bundesgerichtshof einen Zwang zur sachlichen Rechtfertigung des Hotelbetreibers allerdings ab.¹⁰⁵ Nicht überzeugen kann aber die Begründung dafür, „[w]eshalb diese für Apotheken, Supermärkte, Fußballstadien oder Flughafenterminals bejahte Voraussetzung bei einem Wellnesshotel nicht erfüllt sein soll“.¹⁰⁶ Der Bundesgerichtshof meint, bei Hotels mit Wellnesscharakter solle erkennbar nur ein eingeschränkter Besucher- oder Kundenkreis angesprochen werden. Die potentiellen Gäste wüssten, dass sich der Hotelbetreiber eine individuelle Entscheidung über die Beherbergung vorbehalten wolle.¹⁰⁷ Das ist angesichts der Tatsache, „dass heute kaum noch ein Hotel auf das Werben mit Wellness-Angeboten verzichtet, eine höchst gewagte Annahme.“¹⁰⁸ Die Abgrenzung ist „gekünstelt“.¹⁰⁹ Der Bundesgerichtshof kann sich auch nicht darauf stützen, der konkrete Vorbehalt sei Ausdruck der geschützten Privatautonomie und unternehmerischen Freiheit.¹¹⁰ Jeder Betreiber öffentlich zugänglicher Einrichtungen hat das Interesse „auf die Zusammensetzung des Publikums Einfluss auszuüben“¹¹¹ und trotzdem mutet ihm das Recht im Regelfall eine Rechtfertigungspflicht zu. Die Entscheidung des BGH ist daher gemessen an den eigenen und zutreffenden Grundsätzen inkonsistent.¹¹²

(5) Allgemeinbedürfnis oder Angewiesenheit?

Bleibt die Frage, ob das *Verkehrsbedürfnis* einen Kontrahierungszwang rechtfertigt. Das Reichsgericht formulierte 1935, dass es „grundsätzlich [...] dem Ermessen des Herstellers einer Ware überlassen bleiben müsse, seinen Abnehmerkreis einschränkend festzulegen, soweit dadurch nicht die Belange der Allgemeinheit und der Grundsatz der Volksgemeinschaft verletzt würden.“¹¹³ Sieht man von der zweiten Einschränkung ab, die dem nationalsozialistischen Denken geschul-

104 BGH JZ 2012, 686 Rn. 22 mit Bezugnahme auf BGH NJW 2010, 534 Rn. 13 – *Stadionverbot*. Zur dogmatischen Konstruktion siehe *Gurlit*, NZG 2012, 698, 699. Mit den alervertrauten Argumenten gegen eine in Art. 3 GG verankerte Beschränkung der Privatautonomie aber *Mörsdorf*, JZ 2012, 688, 690.

105 BGH JZ 2012, 686 Rn. 24.

106 *Gurlit*, NZG 2012, 698, 699.

107 BGH JZ 2012, 686 Rn. 24.

108 *Gurlit*, NZG 2012, 698, 699.

109 Zutreffend *Mörsdorf*, JZ 2012, 688, 690.

110 BGH JZ 2012, 686 Rn. 24.

111 BGH JZ 2012, 686 Rn. 24.

112 Zutreffend *Mörsdorf*, JZ 2012, 688, 690.

113 RGZ 148, 364, 371 – *Eau de Cologne*.

det war,¹¹⁴ bleiben die *Belange der Allgemeinheit*. Im „Bedürfnis des Publikums“ sah *Biermann* daher 1893 die Rechtfertigung für einen Kontrahierungszwang der rechtlichen Monopolisten.¹¹⁵ Seiner Überzeugungskraft schadete allerdings, dass er das „bloße wirtschaftliche Bedürfnis“ in anderem Zusammenhang als rechtlich belanglos behandelte.¹¹⁶ Der Gedanke blieb. Das Reichsgericht nahm 1935 an, dass schutzwürdige Belange der Allgemeinheit nur vorliegen bei „Waren, die zur Befriedigung lebenswichtiger Bedürfnisse dienen“.¹¹⁷ Bis heute wird in der Kombination von Marktmacht und dem Bedarf an lebenswichtigen Gütern ein Kontrahierungszwang bejaht.¹¹⁸ Fraglich ist nur, ob es sich immer um lebenswichtige Güter handeln muss, oder ob Güter mit „wichtiger Bedeutung“¹¹⁹ genügen. Der Bundesgerichtshof prüft, ob es im – auch weitgefassten – Allgemeininteresse liegt, dass jedermann Zugang zu der begehrten Leistung hat.¹²⁰ Das wirft natürlich die Frage auf, wer zu entscheiden hat, welche Güter für wen wichtig sind, weil die Ansichten darüber „je nach wirtschaftlichen Interessenkreisen“ sehr auseinandergehen.¹²¹ *Franz Bydlinski* hat deshalb vorgeschlagen, auf den „Normalbedarf“¹²² abzustellen. Danach sollten die Güter und Leistungen,

„die praktisch jedermann zur Verfügung stehen und vom Durchschnittsmenschen tatsächlich im Alltag oder doch regelmäßig in Anspruch genommen werden, [...] auf längere Sicht dem einzelnen nicht vorbehalten bleiben, jedenfalls wenn er willens und in der Lage ist, sie zu den gewöhnlichen Bedingungen zu erwerben.“¹²³

Das Problem ist damit freilich nicht gelöst: Jede Begrenzung des Kontrahierungszwangs auf bestimmte Bedürfnislagen ist im Ansatz ein freiheitsfeindlicher Eingriff in die Vertragsrechtsordnung, weil Dritte bestimmen, was ein Vertragsinteressent zu brauchen hat.¹²⁴ Funktioniert der Wettbewerb gar nicht, kommt es auch nicht darauf an, welches Gut der Vertragsinteressent nachfragen möchte.¹²⁵ Ich sehe keinen überzeugenden Grund dafür, warum man in den übrigen Fällen davon abweichen sollte. Die Befürchtung, der Kontrahierungszwang hänge dann

¹¹⁴ Dieses kommt in der Arbeit von *Bülck*, Vom Kontrahierungszwang zur Abschlußpflicht, 1939, deutlich zum Vorschein, in der weitgehende Abschlusspflichten aus dem Gemeinschaftsdenken der Volksgenossenschaft begründet wurden.

¹¹⁵ *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 278.

¹¹⁶ *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 288 f; darauf machte bereits *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, 1920, 51 f aufmerksam; näher *Busche*, Privatautonomie, 1999, 186 f.

¹¹⁷ RGZ 148, 364, 371 – *Eau de Cologne*.

¹¹⁸ Vgl. *Ellenberger* in: *Palandt*, Einf v § 145 Rn. 10.

¹¹⁹ *Jauernig* in: *Jauernig*, BGB, Vor § 145 Rn. 11.

¹²⁰ BGH NVwZ 1994, 1240, 1241.

¹²¹ So schon treffend *Biermann*, Jherings Jahrbücher 32 (1893), 267, 299; in jüngerer Zeit *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 36.

¹²² *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 36 f; dem folgend *Brinkmann* in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, Vor §§ 145 ff Rn. 23.

¹²³ *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 37; im Ergebnis auch *Wolf*, FS Raiser, 1974, 597, 611 f.

¹²⁴ Zutreffend *Busche*, Privatautonomie, 1999, 200 f.

¹²⁵ Vgl. *Heinrich*, Formale Freiheit, 2000, 234 f.

nur von „ganz persönlichen Wertungen des Nachfragers“ ab,¹²⁶ erweist sich als Scheinproblem: Selbst wenn man jedes rechtlich legitime Interesse des Anspruchstellers genügen ließe, steht damit noch nicht fest, dass dieses auch im Ergebnis zu einem Kontrahierungszwang führt.¹²⁷

Dafür kommt es nach Ansicht vieler zusätzlich darauf an, ob der Vertragsinteressent auf die begehrte Leistung angewiesen ist *und* keine zumutbaren Ausweichmöglichkeiten hat.¹²⁸ Beispieldhaft dafür ist die von *Busche* gegebene Begründung.¹²⁹ Er stützt sich auf die Funktion des Vertrages als Instrument zur Sicherung der beiderseitigen Freiheitsinteressen. Er konstruiert den Kontrahierungszwang nicht als Aufhebung der Vertragsfreiheit, sondern als Instrument ihrer Funktionssicherung und damit zur Durchsetzung des auf beide Parteien bezogenen Selbstbestimmungsprinzips. In der Abschlussverweigerung komme es zum Konflikt zwischen beiden Erscheinungsformen der Vertragsfreiheit:

„Da im Ausgangspunkt weder die positive Vertragsbegründungsfreiheit des Vertragsinteressenten noch die negative Vertragsbegründungsfreiheit des Vertragsverweigerers vorrangig ist, kann der infolge der Vertragsverweigerung entstehende Konflikt nicht einfach zu Lasten des Verweigerers und damit durch dessen Verpflichtung zum Vertragsschluß gelöst werden. Ein Kontrahierungszwang kann, wenn überhaupt, nur im Falle einer ‘qualifizierten’ Vertragsverweigerung in Betracht gezogen werden.“¹³⁰

Darunter fällt die Abhängigkeit des Vertragsinteressenten gerade von dem Vertragsverweigerer:

„Die Sicherung der privatautonomen Betätigungs freiheit des Vertragsinteressenten verlangt nur dann die Inpflichtnahme eines Anbieters, wenn die Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch den Interessenten gerade an der fehlenden individuellen (konkreten) Leistungsbereitschaft des potentiellen Vertragspartners scheitert. Es geht um die Beschränkung der für den Anbieter real bestehenden Freiheit auf das Maß der von der Rechtsordnung zugestandenen Freiheit, um den Vertragsinteressenten das von der Vertragsrechtsordnung als notwendig vorausgesetzte Maß an Freiheit zu gewähren.“¹³¹

Dieser Versuch, den Kontrahierungszwangs aus der Privatautonomie heraus zu legitimieren, ist nicht selbstverständlich.¹³² Nach traditioneller Ansicht ist der Vertrag nämlich – in den Worten *Werner Flumes* – „seines Charakters als einer Institution der Privatautonomie entkleidet, soweit ein Rechtszwang zu seinem

126 Etwa von *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 195 f.

127 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 201 f.

128 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 131 ff., 203 ff.; *Neuner*, JZ 2003, 57, 62; *Bork*, BGB AT, 2011, Rn. 669; ähnlich auch *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 41; *Grunewald*, AcP 182 (1982), 181, 194 ff. und jüngst *Mörsdorf*, JZ 2012, 688, 690 zum Fall Udo Voigt (dazu bereits oben § 5 VI 2 b) (4).

129 Zum Folgenden *Busche*, Privatautonomie, 1999, 124 ff.

130 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 127.

131 *Busche*, Privatautonomie, 1999, 132.

132 Vgl. aber *Raiser*, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausländ. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523, 534: „Das Verbot der Geschäftsverweigerung dient nicht dazu, die Vertragsfreiheit aufzuheben, sondern das gestörte Gleichgewicht wieder herzustellen, in dem die Freiheit sich erst entfalten kann.“

Abschluß besteht.“¹³³ Allerdings war auch *Flume* der Auffassung, der Kontrahierungszwang von Monopolunternehmen entspreche der Ordnung der Privatautonomie, weil es andernfalls zur Fremdbestimmung komme.¹³⁴ Diese Debatte weist auf die genuin freiheitsrechtliche Problematik des Kontrahierungszwangs hin: Wettbewerb und Machtgleichgewicht kristallisieren sich erneut als die ökonomischen Prämissen beiderseitiger Vertragsfreiheit heraus.¹³⁵ Sind sie gestört, hat der Kontrahierungszwang die Aufgabe, gegenzusteuern („Kompensationsfunktion“). Er ist dann ein Instrument, um den Freiheitsspielraum eines Akteurs auf den davon abhängigen Vertragspartner zu verlagern und hat daher „distributiven Charakter“.¹³⁶

Hervorgehoben wird dieser Aspekt in einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in welcher er den vereinsrechtlichen Aufnahmefordung¹³⁷ mit einer aus Art. 9 Abs. 1 GG abgeleiteten Schutzpflicht begründet.¹³⁸ Nachdem der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidungspraxis zunächst darauf abstelle, ob „der Bewerber zur Verfolgung oder Wahrung wesentlicher Interessen auf die Mitgliedschaft angewiesen ist“¹³⁹, genügt es nach jetzt gefestigter Rechtsprechung, dass der Interessent ein „wesentliches oder grundlegendes Interesse am Erwerb der Mitgliedschaft“ hat.¹⁴⁰ Besteht dieses Interesse nur dann, wenn der Verbandszweck in der Förderung wettbewerblicher und wirtschaftlicher Interessen seiner Mitglieder liegt?¹⁴¹ Oder genügt es, dass der Bewerber in keiner anderen geeigneten Form (konkurrierende Organisation, Neugründung, Außenseiterfunktion) gleichermaßen an den vom Verband verfolgten wirtschaftlichen, sozialen oder politischen¹⁴² Zwecken *partizipieren* kann?¹⁴³ Die zweite Variante ist die bessere Lösung. Auch in diesem Fall versagt der Wettbewerb, weil der Verband aufgrund seiner Machtstellung nicht um seine Mitglieder werben muss.¹⁴⁴ Es fehlt die „Zweckmotivation“, weil der Verband nicht mehr auf die Mitgliedermotivation und den Erhalt

¹³³ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 611; vgl. auch *Hönn*, JuS 1990, 953, 961 und *Raiser*, JZ 1958, 1, 8.

¹³⁴ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1979, 613.

¹³⁵ *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 61.

¹³⁶ *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 64, 74; ablehnend *Busche*, Privatautonomie, 1999, 126, dessen Gegenüberstellung in der jeweiligen Begründung des allgemeinen und besonderen Kontrahierungszwangs die Gemeinsamkeiten beider Erscheinungsformen übersieht und damit den Unterschied erst konstruiert und nicht – wie *Busche* glaubt – ihn rekonstruiert.

¹³⁷ Dazu bereits oben § 5 IV 4.

¹³⁸ BGHZ 140, 74, 77.

¹³⁹ BGH GRUR 1979, 788 – *Anwaltsverein*.

¹⁴⁰ BGHZ 93, 151, 152; BGHZ 140, 74, 77; näher zur Aufweichungstendenz *Bartodziej*, ZGR 1991, 517, 536.

¹⁴¹ So pointiert *Traub*, WRP 1985, 591, 598.

¹⁴² Für politische Parteien hat die Rechtsprechung wegen § 10 Abs. 1 PartG einen Aufnahmefordung grundsätzlich abgelehnt, BGHZ 101, 193, 200 ff mwN.

¹⁴³ So *Bartodziej*, ZGR 1991, 517, 537; ähnlich bereits *Birk*, JZ 1972, 343, 348 f; aus der Rechtsprechung beispielsweise der Fall LG Heidelberg NJW 1991, 927.

¹⁴⁴ BGHZ 105, 306, 319.

bzw. Ausbau des Mitgliederbestands angewiesen ist.¹⁴⁵ Bei Vereinen und Verbänden mit überragender wirtschaftlicher oder sozialer Machtstellung sind die Mitglieder umgekehrt auf die Mitgliedschaft bei den Vereinen angewiesen.¹⁴⁶ Die Abhängigkeit ist dann nichts anderes als die Kehrseite der Machtstellung.¹⁴⁷

Ein anderes aktuelles Beispiel sind die Girokontenfälle. Man ist sich im Wesentlichen darüber einig, dass jedermann auf ein Girokonto angewiesen ist. Die Möglichkeit jeder Person, an Zahlungsdiensten¹⁴⁸ teilzunehmen, zählt zu den wesentlichen Voraussetzungen wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit.¹⁴⁹ Umstritten ist dagegen, ob der Vertragsinteressent zumutbare Ausweichmöglichkeiten hat. Tatsächlich besteht ein Wettbewerb der Banken und (!) Sparkassen um lukrative Kunden. Man mache es sich aber zu einfach, daraus den Schluss zu ziehen, es gebe deshalb zumutbare Ausweichmöglichkeiten.¹⁵⁰ Gerade die Fälle der Girokontenkündigung bei rechtsextremen Parteien oder religiösen Sekten zeigen, dass die Anbieter von Zahlungsdiensten als „Block“ bzw. „Gruppe“ gegenüber dem Vertragsinteressenten auftreten, ohne dass die Voraussetzungen des § 1 GWB vorliegen.¹⁵¹ Berücksichtigt man die Gruppe der Finanzinstitute als Gesamtheit, wird schnell deutlich, dass man für die Zumutbarkeitsprüfung auch darauf abstellen muss.¹⁵² Ungeklärt ist, wieviele Ablehnungen sich der Vertragsinteressent „holen“ muss, bevor er nach seiner Wahl¹⁵³ ein Mitglied der „Gruppe“ verklagen darf: eine oder zwei,¹⁵⁴ sieben¹⁵⁵ oder mehr als 17?¹⁵⁶ Schließlich spitzt sich alles auf die Frage zu, ob man den Vertragsinteressenten zunächst an eine lokale Sparkasse verweisen darf, weil diese entweder einem spezialgesetzlichen Kontrahierungszwang unterliegt oder als Anstalt des öffentlichen Rechts unmittelbar an Art. 3 Abs. 1 und Abs. 3 GG gebunden¹⁵⁷ ist.¹⁵⁸ Das hätte für private Banken die

145 Teubner, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, 275 ff, 37 ff.

146 BGHZ 105, 306, 319; BGH GRUR 1986, 332, 334 – Aikido-Verband.

147 Bartodziej, ZGR 1991, 517, 537.

148 Zum Begriff Sprau in: Palandt, § 675c Rn. 3.

149 Vgl. LG Stuttgart NJW 1996, 3347, 3348; BGH NJW 2004, 1031, 1032; LG Berlin WM 2008, 1825, 1827; Reifner, ZBB 1995, 243, 246 f, 260; Kothe, VuR 2006, 163, 164; Pieper, ZVI 2008, 457, 460 f.

150 Zutreffend LG Stuttgart NJW 1996, 3347, 3348; LG Berlin WM 2008, 1825, 1827; Bachmann, ZBB 2006, 257, 263; anders wohl Köndgen, NJW 1996, 558, 559.

151 Vgl. LG Stuttgart NJW 1996, 3347, 3348 f, wo Scientology die Ablehnung von 17 (!) Banken im Großraum Ulm darlegen konnte.

152 Busche, Privatautonomie, 1999, 638; Bachmann, ZBB 2006, 257, 263; Pieper, ZVI 2008, 457, 462.

153 Busche, Privatautonomie, 1999, 638.

154 Kothe, VuR 2006, 163, 164.

155 OLG Köln NJW 2001, 452 (zur NPD).

156 LG Stuttgart NJW 1996, 3347, 3348 f (zu Scientology); mit Recht kritisch dazu Bachmann, ZBB 2006, 257, 263.

157 Zur unmittelbaren Grundrechtsbindung BGH NJW 2004, 1031; zum Kontrahierungszwang der Sparkassen, der aus ihrem öffentlichen Versorgungsauftrag abgeleitet wird, näher Grincklee, Der Kontrahierungszwang für Girokonten bei Banken und Sparkassen, 2001, 85 ff.

158 Bejahend LG Berlin Urt. v. 12.8.2008, 10 S 4/08 (juris) Rn. 20 f; Segna, BKR 2006, 274, 275 f; Pieper, ZVI 2008, 457, 463 ff; verneinend LG Berlin WM 2008, 1825, 1828.

erfreuliche Konsequenz, dass es praktisch nie zu einem Kontrahierungszwang kommen würde.¹⁵⁹ Darin sehen manche mit guten Gründen eine problematische Wettbewerbsverzerrung.¹⁶⁰ Daraus erklären sich jüngere rechtspolitische Bestrebungen, einen allgemeinen Kontrahierungszwang auch für private Banken einzuführen.¹⁶¹ Ein anderes Beispiel ist die im Fall *Udo Voigt*¹⁶² thematisierte „Kooperationsvereinigung“ zwischen dem Land Brandenburg und dem brandenburgischen Hotelverband, nach der sich dessen Mitglieder verpflichtet hätten, Funktionäre rechtsextremer Parteien nicht zu beherbergen.¹⁶³ „Wäre es dem Kläger aufgrund einer solchen Vereinbarung deutlich erschwert, in der von ihm bevorzugten Region einen Hotelaufenthalt zu buchen, wäre ein Kontrahierungszwang unter dem Aspekt der Bedarfsdeckung wohl zu bejahen.“¹⁶⁴

c) Ein gleichbehandlungsrechtlicher Erklärungsansatz

Die bisherige Analyse verdeutlicht die bisherige Fokussierung der Diskussion auf den freiheitsrechtlichen Aspekt des Kontrahierungszwangs. Diese Engführung ist nach meiner Auffassung verantwortlich dafür, dass man die gleichbehandlungsrechtliche Dimension der Problematik aus dem Blick verloren hat. Der Kontrahierungszwang ist selbst nur die Reaktion auf ein ihm vorgelagertes Problem unterschiedlicher Freiheitsausübung. Dieses hat seine Ursache in der ungleichen Verteilung von Freiheitsmöglichkeiten unter den Akteuren in der Gesellschaft. Daher plädiere ich für eine konsequent gleichbehandlungsbezogene Legitimation des allgemeinen Kontrahierungszwangs.

Historisch gesehen, war die Gleichbehandlung der Ausgangspunkt der reichsgerichtlichen Entscheidungspraxis: In der Entscheidung *Dampfschiffahrtsgesellschaft*¹⁶⁵ war über einen gleichbehandlungsrechtlichen Sachverhalt zu entscheiden: Die Beklagte wollte dem klagenden Speditionsunternehmen höhere – also ungleiche – Tarife als seinen sonstigen Vertragspartnern berechnen, um ihr Verhalten im Wettbewerb zu sanktionieren. Dasselbe gilt für *Nipperdeys* Schulbeispiel:

„Wenn der einzige Fleischer (vor 1914) in einem einsamen weit abgelegenen Gebirgsdorf, dem Lehrer, der dem Sohn des Fleischers eine verdiente Züchtigung erteilt hat, aus diesem Grunde die Abgabe von Fleisch verweigert oder sie ihm nur gewähren will, wenn er das

159 Pieper, ZVI 2008, 457, 465.

160 LG Berlin WM 2008, 1825, 1827; Gschwandtner/Bornemann, NJW 2007, 1253, 1254.

161 Dazu weiterführend Gschwandtner/Bornemann, NJW 2007, 1253, 1255 f; Linnert, ZRP 2009, 37 ff.

162 BGH JZ 2012, 686; zum Sachverhalt oben § VI 2 b) (4).

163 LG Frankfurt (Oder), Urt. v. 22.6.2010, 12 O 17/10 (juris). Dieser Aspekt spielte in der Revision keine Rolle mehr, siehe BGH JZ 2012, 686.

164 Mörsdorf, JZ 2012, 688, 690; anders aber die Berufungsinstanz OLG Brandenburg NJW-RR 2011, 890, 891.

165 RGZ 48, 114.

*Doppelte des Kaufpreises zahlt, den alle anderen zahlen müssen, so würde das eine sittenwidrige Abkehr sein. Daher besteht Kontrahierungzwang.*¹⁶⁶

und – realitätsnäher – für die Girokontenfälle. Bei Vertragsverweigerung oder Kündigung behandeln Banken regelmäßig vermögenslose Personen,¹⁶⁷ rechtsextreme Parteien¹⁶⁸ oder religiöse Sekten¹⁶⁹ ungleich.

Ludwig Raiser wies schon früh darauf hin, dass die eigentliche Problematik „nicht die grundsätzliche Frage der Versorgungspflicht, sondern nur die der Be rechtigung willkürlicher Einzelmaßnahmen gegen bestimmte Kunden“ sei.¹⁷⁰ Der Gleichbehandlungsgrundsatz wirkt in drei Formen auf Inhalt und Begründung des allgemeinen Kontrahierungszwangs ein: (1.) Es ist anerkannt, dass der Kontrahierungszwang für die davon betroffenen Adressaten die Rechtpflicht begründet, mit allen vergleichbaren Interessenten entsprechende Verträge abzuschließen, „sie also hinsichtlich des Vertragsabschlusses gleich zu behandeln“.¹⁷¹ Kontrahierungsgebote sind in der Sache meist nur Diskriminierungsverbote, weil ein Kontrahierungszwang ausscheidet, wenn sachliche Gründe dem Vertrags schluss entgegenstehen.¹⁷² (2.) Besteht eine Abschlusspflicht, folgt daraus notwendigerweise, dass der Adressat den Vertragsinteressenten grundsätzlich gleich behandeln muss; Ungleichbehandlungen sind dann rechtfertigungsbedürftig.¹⁷³ (3.) Die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung eines Vertragsinteres senten indiziert ein mögliches Versagen des Wettbewerbs. Im Kern reagiert das Recht mit dem Kontrahierungszwang auf ein freiheitsrechtliches Problem der Teilhabe einzelner Akteure am Markt.¹⁷⁴ Solange und soweit auf dem Markt Wettbewerb herrscht, stellt sich das Teilhabeproblem nicht.¹⁷⁵ Es wird erst virulent, wenn der Wettbewerb nicht funktioniert. Die Entscheidung darüber beinhaltet zwangsläufig ein Wertungsproblem.¹⁷⁶ Der Grundsatz der Gleichbe handlung hilft dabei, den Spielraum dieser Wertung einzuschränken. Er sichert damit „indirekt“¹⁷⁷ die freiheitswahrende Funktion des Kontrahierungszwanges. Diesem Modell folgt § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB.¹⁷⁸ Es ist in seinen Grundzügen auf

166 Nipperdey, Kontrahierungszwang, 1920, 61.

167 Vgl. LG Berlin Urt. v. 12.8.2008, 10 S 4/08 (juris); LG Berlin WM 2008, 1825.

168 OLG Köln NJW 2001, 452; BGH NJW 2004, 1031.

169 LG Stuttgart NJW 1996, 3347.

170 Raiser, ZHR (111) 1948, 75, 87f [Zitat auf S. 88]; vgl. auch Raiser, JZ 1958, 1, 8; Raiser, Kontrahierungszwang und Monopolrecht, in: Institut f. Ausländ. u. Internationales Wirtschaftsrecht, Univ. Frankfurt, Kartelle und Monopole im modernen Recht, 1961, 523, 531.

171 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 78f; vgl. auch Bezzemberger, AcP 196 (1996), 395, 406.

172 Bachmann, ZHR (170) 2006, 144, 264.

173 Nipperdey, Kontrahierungszwang, 1920, 31; Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 79; Bydlin ski, Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht, 1961, 45f; Heinrich, Formale Freiheit, 2000, 235.

174 Vgl. Wolf, FS Raiser, 1974, 597, 611f.

175 So im Grundsatz auch Raiser, JZ 1958, 1, 8.

176 Hönn, JuS 1990, 953, 957.

177 Raiser, JZ 1958, 1, 8.

178 Dazu oben § IV 3.

den allgemeinen Kontrahierungszwang übertragbar. In beiden Fällen wird die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit eines abhängigen Marktakteurs gesichert. Die jeweils verfolgte Zwecksetzung unterscheidet sich bei genauer Betrachtung weniger, als man zunächst glauben mag: Das Wettbewerbsrecht schützt den Akteur als Agenten des Wettbewerbs und sichert dadurch zugleich seine positive Freiheit, im Wettbewerb handeln zu können. Der allgemeine zivilrechtliche Kontrahierungszwang schützt dagegen nach klassischer Auffassung nur die Freiheitsinteressen des Akteurs um seiner selbst willen.¹⁷⁹ Das greift zu kurz. Indem das Recht sicherstellt, dass jeder Akteur gleiche Partizipationsmöglichkeiten am Markt hat, wird der Wettbewerb als freiheitsermöglichte soziale Institution geschützt.¹⁸⁰ Die Ungleichbehandlung von Marktakteuren ist in beiden Fällen Auslöser einer Rechtfertigungskontrolle. Der maßgebliche Unterschied liegt in der Rechtfertigungslast. Bei § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB indiziert die Ungleichbehandlung die Unbilligkeit der Freiheitseinschränkung, es sei denn, sie ist sachlich gerechtfertigt. Diese Belastung des Normadressaten ist gerechtfertigt, weil das Gesetz nur marktbeherrschende oder relativ marktmächtige Unternehmen zur Gleichbehandlung verpflichtet. Diese Wertung des GWB ist bei der Anwendung des allgemeinen Kontrahierungszwangs zu respektieren.¹⁸¹ Wenn man – wie die Rechtsprechung – darauf verzichtet, den Anwendungsbereich auf „Monopolunternehmen“ zu beschränken, hat das Auswirkungen auf den Rechtfertigungszusammenhang. Die Ungleichbehandlung als solche indiziert nur dann eine Einschränkung der Freiheitssphäre des Vertragsinteressenten, wenn der Normadressat keinen sachlichen Grund geltend machen kann, sondern willkürlich handelt. Dies ist vom Anspruchsteller darzulegen und zu beweisen. Dabei trifft den Vertragsverweigerer allerdings eine sekundäre Behauptungslast, weil er die Gründe seiner Entscheidung offen legen muss. Im Ergebnis ist die sachliche Rechtfertigung als eigenständiger Prüfungspunkt anerkannt, auch wenn sie regelmäßig nicht in die Gleichbehandlungsdogmatik eingebettet wird.¹⁸² Der praktisch wichtigste Rechtfertigungsgrund einer Ungleichbehandlung sind fehlende Leistungskapazitäten.¹⁸³ In den hier beispielhaft behandelten Girokontofällen können der Empfehlung der Deutschen Kreditwirtschaft¹⁸⁴ und den landesrechtlichen Regelungen zum Kontrahierungszwang von Sparkassen¹⁸⁵ ausreichend Anhalts-

179 Busche, Privatautonomie, 1999, 597 f; Schmidt, AcP 206 (2006), 169, 190 f.

180 Auf die rechtstheoretischen Grundlagen dieser These gehe ich in § 8 II 3 ein.

181 Vgl. allgemein zum Einfluss des GWB auf das Zivilrecht Mestmäcker, AcP 168 (1968), 235, 253 ff.

182 Vgl. Bork in: Staudinger, Vorbem zu §§ 145–156 Rn. 22; Wagner in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 137; Brinkmann in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, Vor §§ 145 ff Rn. 22; Ellenberger in: Paßlandt, Einf v § 145 Rn. 10.

183 Wolf, JZ 1976, 41, 42; Wagner in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 137.

184 Dazu oben § 5 V 2 b) (4).

185 Dazu oben § 5 V 1.

punkte für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung entnommen werden.¹⁸⁶ Im Übrigen können die bei § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB anerkannten Rechtfertigungsgründe entsprechend herangezogen werden.¹⁸⁷

d) Anwendungsbereich

Die Parallelen zwischen dem allgemeinen Kontrahierungszwang, dem wettbewerblichen und dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz sind nicht zufällig.¹⁸⁸ Auch diesbezüglich ist die Entscheidung *Dampfschiffahrtsgesellschaft* aufschlussreich. Das Reichsgericht begründete die Sittenwidrigkeit der Ungleichbehandlung des Transportunternehmens damit, dass dieses einen Einzelnen oder eine bestimmte Gruppe ungleich behandelt.¹⁸⁹ Darin sah es ein unautes Verhalten im Wettbewerb:

„Einen illoyalen Wettbewerb aber würde es ausmachen, wenn im vorliegenden Fall die Beklagte lediglich zu dem Zweck, eine ihr unbequeme Konkurrenz zu verdrängen oder zu erdrücken, durch Ausnahmetarife die Interessenten ihrer Konkurrenz zu schädigen unternahm. [...] Es handelt sich also um eine exceptionelle, in den Handelsbetrieb des davon Betroffenen empfindlich einschneidende und auch im Konkurrenzkampf, zumal in den Kreisen des Großhandels und Rhedereiverkehrs, doch wohl ungewöhnliche Maßnahme, wobei das gewählte Kampfmittel durch den an sich erlaubten Endzweck, den eigenen Geschäftsbetrieb lohnender zu gestalten, noch nicht gerechtfertigt würde; es fragt sich, ob nicht in solchem Vorgehen eine wirtschaftliche Vergewaltigung anderer Wettbewerber, unter Mißbrauch der Abhängigkeit der Interessenten von einer überseelischen Transportanstalt, zu finden ist, und ob nicht von der Beklagten die Schranken, welche einem rücksichtslosen Wettkampf durch die gute Sitte gesetzt sind, überschritten worden seien.“¹⁹⁰

Das Gericht argumentierte hier ganz modern mit dem Missbrauch von Marktmacht. Der Fall wäre heute – Marktmacht der Beklagten unterstellt¹⁹¹ – als Behinderungsmissbrauch und Preisdiskriminierung über Art. 102 AEUV bzw. §§ 19 Abs. 4 Nr. 3, 20 Abs. 1 Var. 2 GWB zu lösen. Die Schiffahrtsgesellschaft diskriminiert den Spediteur, um ihn dazu zu bewegen, nicht mehr mit ihren Konkurrenten zu kontrahieren. Damit behindert sie mittelbar ihre Konkurrenten auf der Strecke Hamburg/Bremen/Antwerpen-Brisbane und beeinträchtigt dadurch den unverfälschten Wettbewerb auf diesem Markt. Die Entscheidung enthält im Kern bereits die Wertungen, die das GWB – und später das Wettbewerbsrecht der Union – übernehmen wird. Ironischerweise trägt die Entscheidung, die den Grund-

¹⁸⁶ IE auch LG Berlin WM 2008, 1825, 1827f; *Kothe*, VuR 2006, 163, 165; *Pieper*, ZVI 2008, 457, 465f.

¹⁸⁷ Dazu oben § 4 IV 1 b (3)(dd).

¹⁸⁸ Vgl. dazu bereits *Hueck*, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 77 ff.

¹⁸⁹ RGZ 48, 114, 127 – *Dampfschiffahrtsgesellschaft*.

¹⁹⁰ RGZ 48, 114, 127f – *Dampfschiffahrtsgesellschaft* (Hervorhebungen hinzugefügt).

¹⁹¹ Die Angaben im Tatbestand sind diesbezüglich wenig aufschlussreich, vgl. *Busche*, Privatautonomie, 1999, 163 f.

stein zur Karriere des allgemeinen Kontrahierungzwangs legte, damit zugleich auch zur Bedeutungslosigkeit des allgemeinen Kontrahierungzwangs bei. Während der Kontrahierungszwang vermeintlicher oder wirklicher Monopolisten für das Reichsgericht im Anschluss an diese Entscheidung eine erhebliche Rolle spielte,¹⁹² hat sich die Fallgruppe unter den modernen rechtlichen Rahmenbedingungen „praktisch erledigt“.¹⁹³ Grenzt man den Anwendungsbereich vom Wettbewerbsrecht aus gesehen ab, ist sie nur mehr in wenigen Fällen relevant: (1.) Es agiert kein marktbeherrschendes bzw. marktmächtiges Unternehmen, daher ist der Vertragsverweigerer nicht Normadressat der Wettbewerbsverbote. (2.) Der Vertragsinteressent ist kein Unternehmen – daher ist § 20 Abs. 1 oder Abs. 6 GWB nicht anwendbar – und es liegt keine marktbeherrschende Stellung vor, weshalb auch Art. 102 AEUV und § 19 Abs. 1, Abs. 4 GWB ausscheiden. (3.) Der Vertragsinteressent begeht Aufnahme in eine Vereinigung, bei der es sich aber nicht um eine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung (§ 20 Abs. 5 GWB)¹⁹⁴ handelt. Der sachliche Anwendungsbereich des allgemeinen Kontrahierungszwangs ist daher aus kartellrechtlicher Sicht maßgeblich beschränkt. Von der anderen Seite grenzt das spezielle Nichtdiskriminierungsrecht des AGG den Anwendungsbereich ab.¹⁹⁵ Dieses Verhältnis lässt sich anhand einer Entscheidung des LG Karlsruhe beispielhaft darstellen:¹⁹⁶

Der Badische Sängerbund hatte im Jahr 1999 im badischen Landesteil von Baden-Württemberg 2166 Chöre in über 1500 Vereinen mit über 73000 aktiven Sängern als Mitglieder. Er unterhält zahlreiche regionale Untergliederungen, ist seinerseits Mitglied im Deutschen Sängerbund, der wiederum Mitglied im Deutschen Musikrat und im Deutschen Kulturrat ist, und hatte im Jahr 1999 einen zu verteilenden Haushalt von knapp 2,6 Mio. DM. Daneben bestehet noch der Baden-Württembergische Sängerbund, der seinerseits Mitglied im Deutschen Allgemeinen Sängerbund ist, in ganz Baden-Württemberg im Entscheidungszeitpunkt etwa 3000 aktive Mitglieder hatte und damit knapp 2 % der organisierten Chormitglieder in Baden-Württemberg repräsentierte. Drei Chöre begehrten Aufnahme beim Badischen Sängerbund: ein Chor schwuler Männer und lesbischer Frauen in Freiburg, der den Namen „QueerFlöten – Freiburgs lesbisch-schwuler Chor e.V.“ führt und seit 1994 besteht, ein schwuler Männerchor aus Heidelberg, der den Namen „Rosa-Kehlchen e.V.“ führt und seit 1992 besteht und ein schwuler Männerchor aus Karlsruhe, welcher den Namen „Die Schrillmänner – Schwuler Chor Karlsruhe e.V.“ führt und seit 1995 besteht. Nach den jeweiligen Satzungen besteht der Vereinszweck in der Förderung von Kunst und Kultur, bei den „Rosakehlchen“ insbesondere auch in der Pflege des Chorgesangs sowie der Unterstützung der Emanzipation von Lesben und Schwulen und dem Entgegenwirken ihrer Diskriminierung. Der Badische Sängerbund lehnte die Aufnahme-

192 RGZ 155, 257, 283 ff; RGZ 115, 253, 258 f – Brantweinmonopol; RGZ 132, 273, 276 – Stromspur II; RGZ 133, 388, 392 f – Theaterkritiker; RGZ 148, 326, 334 – Wasserleitung II.

193 Wagner in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 134; ähnlich Schmidt, AcP 206 (2006), 169, 190 („zur Studentenmaterie verkümmert“).

194 Dazu oben § 5 IV 4.

195 Vgl. dazu auch Wagner in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 136.

196 LG Karlsruhe NJW-RR 2002, 111.

anträge ab, weil sexuelle Neigungen eine ganz persönliche Angelegenheit seien und nicht mit dem Chorgesang in Verbindung gebracht werden sollten.

Der Aufnahmeanspruch konnte nicht auf § 20 Abs. 6 GWB gestützt werden, weil der Badische Sängerbund keine Wirtschafts- oder Berufsvereinigung¹⁹⁷ ist. § 20 Abs. 1 Var. 2 GWB schied schon deshalb aus, weil keine Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die klagenden Chöre – Idealvereine – unternehmerisch tätig sind. § 19 Abs. 1 GWB kommt nicht in Betracht, weil der Sängerbund seinerseits auch kein Unternehmen ist.¹⁹⁸ Damit war der Anwendungsbereich des allgemeinen Aufnahmeanspruchs eröffnet. Das Landgericht hat sowohl die überragende Machtstellung des Badischen Sängerbundes als auch das wesentliche oder grundlegende Interesse an dem Erwerb der Mitgliedschaft bejaht. Das Landgericht sah auch keinen sachlichen Grund für die Ablehnung:

„Die sexuellen Neigungen der Mitglieder der Kläger sind nur ein identitätsstiftendes Merkmal, wie sie vielfach für die Mitgliedschaft bei Chören – zum Beispiel Männerchöre, Betriebschöre, Innungschöre oder landsmannschaftliche Chöre – anzutreffen sind.“

Darin liegt in der Sache eine Gleichbehandlungsprüfung: Die Ablehnung ist rechtswidrig, weil der Sängerbund vergleichbare Chöre mit identitätsstiftenden Merkmalen aufnahm. Diese Ungleichbehandlung konnte nicht mit dem Chorgesang als Verbandszweck gerechtfertigt werden, weil dieser aufgrund der sexuellen Orientierung der einzelnen Chormitglieder nicht tangiert wird.¹⁹⁹ Der Fall wäre heute über §§ 21 Abs. 1 S. 1, 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG, nach anderer Ansicht über § 18 Abs. 2 AGG zu lösen. Die Mitgliedschaft im Badischen Sängerbund ist eine Dienstleistung, die der Öffentlichkeit zur Verfügung steht, weil grundsätzlich jeder Gesangsverein, der die Satzungsvoraussetzungen erfüllt, die Mitgliedschaft beantragen kann. Der Anwendungsbereich des AGG ist damit wegen § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG eröffnet.²⁰⁰ Angesichts des bisher erfolgten Beitritts von über 2000 Chören ist die Aufnahme in den Badischen Sängerbund ein Massengeschäft (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 AGG). Das AGG kennt auch keine Bereichsausnahme für die Aufnahme in Verbände. Die Aufnahmeverweigerung ist eine unmittelbare Benachteiligung (§ 3 Abs. 1 AGG) wegen der sexuellen Identität der Chormitglieder. Dabei ist es unschädlich, dass mit dem jeweiligen Verein eine (juristische) Person benachteiligt wurde, die selbst nicht Träger des Diskriminierungsmerkmals ist. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern in Bezug auf die in § 19 Abs. 1 AGG genannten Grün-

197 Zu den Kriterien siehe oben § 4 IV b).

198 Vgl. zu ähnlichen Konstellationen BGHZ 63, 282, 286 f – Deutscher Sportbund; BGH GRUR 1986, 332, 334 – Aikido-Verband; Zimmer in: Immenga/Mestmäcker, EG/1, § 1 Rn. 59.

199 Ähnlich auch LG Heidelberg NJW 1991, 927 zur Verpflichtung einer Arbeitsgemeinschaft im Stadtgebiet tätiger Jugendverbände, eine „schwule Jugendgruppe“ aufzunehmen.

200 Zu dieser Voraussetzung siehe Thüsing in: MünchKomm-BGB, § 19 AGG Rn. 4 ff.

de.²⁰¹ Die Zweckmotivation, also der Zusammenhang von Organisationszweck des Verbandes und Mitgliedermotivation,²⁰² führt hier dazu, dass sich der Verband auf die Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Identität seiner Mitglieder berufen kann. Die Benachteiligung kann nicht nach § 20 Abs. 1 AGG gerechtfertigt werden. Die Erwägungen des Landgerichts gelten entsprechend. Die Prüfung zeigt, dass im speziellen Nichtdiskriminierungsrecht die Mächtigkeit des Verbandes und das Aufnahmevermögen irrelevant sind. Die ungerechtfertigte Benachteiligung als solche ist die sanktionierte Rechtsverletzung. Darin unterscheidet es sich von einem gleichbehandlungsrechtlich konzipierten Kontrahierungzwang. Dort indiziert die Ungleichbehandlung lediglich die festzustellende Freiheitsbeschränkung. Dieser unterschiedliche Ansatz rechtfertigt die in § 21 Abs. 3 AGG ausdrücklich vorgesehene Anspruchskonkurrenz zu § 826 BGB.²⁰³

VII. Gleichbehandlung von Gläubiger- und Schuldnermehrheiten

1. Teil- und Gesamtschuld

Agieren mehrere Personen im weitesten Sinne gemeinsam und haben sie keine (vollständige) Regelung ihres Verhältnisses getroffen, muss das Recht einen Maßstab bieten, wie die gegenseitigen Rechte und Pflichten innerhalb der Gruppe verteilt werden.¹ Das Gesetz sieht in diesen Fällen regelmäßig eine gleiche Berechtigung bzw. Verpflichtung vor. Darin wird traditionell eine Ausprägung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gesehen.² Nach meiner Auffassung handelt es sich dagegen um Anwendungsfälle des *Gleichberechtigungsprinzips*.³ Das gilt insbesondere für die Teilschuld (§ 420 BGB).⁴ Das Schuldverhältnis zerfällt dabei in so viele „kleine“ Teile, wie es Personen auf der anderen Seite gibt. Die Regelung zeugt daher – anders als Götz Hueck meinte⁵ – nicht „von echter Gleichbehandlung“. § 420 BGB verpflichtet weder den Gläubiger, seine Teilschuldner gleich zu behandeln, noch den Schuldner, seine Teilgläubiger gleich zu behandeln. § 420 BGB ist vielmehr eine „Gleichverteilungsregel“⁶, die besagt, welcher Gläubiger was zu fordern und welcher Schuldner was zu leisten hat.

201 Vgl. EuGH, Urt. v. 17.7.2008, Rs. C-303/06 – *Coleman v. Attridge Law* = Slg. 2008, I-5603 Rn. 38; dazu näher unten § 6 IV 2 b) (1) aa).

202 Zum Begriff Teubner, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, 37 ff.

203 Dazu Wagner in: MünchKomm-BGB, § 826 Rn. 136; Spindler in: Bamberger/Roth, BGB, § 826 Rn. 79.

1 Siehe den Überblick bei Selb, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern, 1984, 6 ff.

2 Näher Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 24 ff.

3 Zum Unterschied siehe oben § 5 II 1 b). Siehe auch Kainer, Gleichbehandlungsgrundsatz, 2011, § 4 II 2 e) aa), der aus anderen Gründen eine Gleichbehandlungspflicht verneint.

4 Looschelders in: Staudinger, § 420 Rn. 27.

5 Hueck, Gleichbehandlungsgrundsatz, 1958, 24.

6 Medicus, JuS 1980, 697, 698.