

Kontrahierungszwang

von

Mag.^a Dr.ⁱⁿ Martina Schickmair
Assoziierte Universitätsprofessorin,
Johannes Kepler Universität Linz



Wien 2020

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	III
Verzeichnis der wichtigsten Abkürzungen	XV
Literaturverzeichnis	XXV
I. Einleitung	1
A. Problemaufriss	1
B. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes	3
1. Begriff des Kontrahierungszwangs	3
a) Definition und Abgrenzungen	3
b) Allgemeiner und besonderer Kontrahierungszwang	5
c) Mittelbarer (indirekter) und unmittelbarer (direkter) Kontrahierungszwang	6
d) Weitere Abgrenzungen	7
aa) Diktierter Vertrag	7
bb) Öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse	8
2. Begriff des Monopols	9
3. Begriff der Daseinsvorsorge	10
C. Gang der Untersuchung	11
II. Die Privatautonomie	15
A. Verhältnis zum Kontrahierungszwang	15
B. Grundprinzip des bürgerlichen Rechts	16
1. Inhalt und Funktion der Privatautonomie	16
2. Vertragsfreiheit als Teil der Autonomie	17
a) Bedeutung und Ausübungsformen	17
b) Interessendurchsetzungsgarantie?	19
c) Gesetzliche Schranken	21
d) Historische Entwicklung	22
aa) Römisches und gemeines Recht	22
bb) Kodifikation des ABGB	25
cc) Liberalismus des 19. Jahrhunderts	27
(1) Ausgangslage	27
(2) Formelles Vertragsverständnis	29
dd) Soziale Gerechtigkeitsidee des 20. Jahrhunderts	31
(1) Ausgangslage	31
(2) Einfluss auf die Jurisprudenz	32
(3) Materielles Vertragsverständnis	34
e) Theorien zu den Funktionsvoraussetzungen der Vertragsfreiheit	35
aa) Theorie der Richtigkeitsgewähr	35
bb) Theorie der Vertragsparität	37
cc) Theorie der tatsächlichen Entscheidungsfreiheit	39
dd) Theorie institutioneller Schranken und sozialer Verantwortung	40
ee) Theorie der vertragsgebundenen Selbstbestimmung	42
f) Bewertung: Vertragsfreiheit und Schrankensystem	44
aa) Das Dilemma	44
bb) Formale Konzeption des ABGB	44
cc) Soziale Orientierung des Gesetzgebers	45

dd) Kein Paradigmenwechsel	46
ee) Schranke der guten Sitten	47
C. Verfassungsgesetzlich gewährleistete Freiheit	48
1. Verankerung und Inhalt	48
2. Eingriffsschranken	50
a) Grundsätze	50
b) Beispiele aus der VfGH-Judikatur	52
D. Grundprinzip des EU-Rechts	54
E. Zusammenfassung und Ausblick	56
III. Besondere gesetzliche Kontrahierungszwänge	59
A. Kontrahierungszwänge auf „netzgebundenen“ Märkten	59
1. Vorbemerkungen	59
2. Analyse der gesetzlichen Bestimmungen	61
a) Energieversorgung	61
aa) Grundversorgung mit Strom und Gas	61
bb) Exkurs: Kontrahierungszwang als Maßnahme zur Förderung von Ökostrom, von Energieeffizienz und zur Krisenvorsorge	64
b) Schienenverkehr	66
aa) Eisenbahnen	66
bb) Kraftfahrlinien	67
c) Telekommunikation	68
d) Postdienste	69
e) Exkurs: Flughäfen	70
3. Aspekte einer Zusammenschau	72
a) Gemeinsame Wertungsbasis	72
b) Verfassungsrechtliche Bedenken	73
c) Parallele Zuständigkeit in zivil- und verwaltungsrechtlichen Verfahren ..	73
B. Kontrahierungszwänge im Gesundheitsbereich	74
1. Krankenanstalten	74
a) Aufnahmezwang	74
b) Behandlungspflicht	75
2. Gesundheitsberufe	77
3. Apotheken	79
4. Bewertung	79
C. Kontrahierungszwänge für Versicherungen	80
1. Versicherung nach ASVG	80
2. Versicherungen nach VersVG	81
a) Einbeziehung des Kindes in die private Krankenversicherung	81
b) Behinderung des Versicherungsnehmers	81
c) Versicherungsschutz für Hypothekargläubiger	82
3. Pflichthaftpflichtversicherungen	82
4. Bewertung	83
5. Anhang: § 11 BMSVG	83
D. Kontrahierungszwänge für Banken	84
E. Kontrahierungszwänge für Medienunternehmen	86
1. Veröffentlichungspflicht nach MedienG	86
2. Veröffentlichungspflicht nach UWG	87
F. Kontrahierungszwänge für Verwertungsgesellschaften	88
G. Kontrahierungszwänge nach WAG, BörseG und ÜbG	91
1. Entschädigungseinrichtung nach WAG	91
2. Mitgliedschaft Wertpapierbörse	91
3. Angebotspflicht bei Übernahme	92
H. Kontrahierungszwänge in diversen weiteren Bereichen	93
1. Nahversorgung	93

2. Rechtsanwälte	94
3. Rauchfangkehrer	94
4. Vermieter	95
5. Arbeitgeber	96
a) Behaltspflicht gem § 18 BAG	96
b) Arbeitsrechtliche Gleichbehandlungspflicht	96
c) Arbeitskräfteüberlassung-BV	99
I. Zusammenfassende Beurteilung	99
J. Kontrahierungszwang auf Basis einer Analogie?	100
1. Ansichten der Lehre	100
2. Eigene Bewertung	101
a) Grundsätze des Analogieschlusses	101
b) Analogie zu den gesetzlichen Kontrahierungszwängen	103
IV. Der allgemeine Kontrahierungszwang im ABGB	105
A. Rechtsprechung und Lehre – eine Analyse	105
1. Judikatur des OGH	105
a) Zeitraum 1930 – 1970	105
b) Zeitraum 1971 – 1989	106
c) Zeitraum 1990 – 1999	110
d) Ab 2000	114
e) Bewertung	116
2. Überblick zur deutschen Rechtsprechung	117
3. Meinungsstand in der Lehre	120
a) Die Begründer der Lehre	120
aa) <i>Nipperdey</i>	120
bb) <i>F. Bydlinski</i>	121
cc) <i>Hackl</i>	123
b) Weitere Literaturstimmen	123
B. Die dogmatischen Grundlagen	127
1. Einleitung	127
2. Kontrahierungszwang als Ausfluss des Sittenwidrigkeitsverbots gem § 879 Abs 1 ABGB	127
3. Kontrahierungszwang als schadenersatzrechtlicher Haftungsanspruch	129
a) Pflicht zur Naturalrestitution gem § 1295 Abs 2 ABGB	129
aa) Vorüberlegungen	129
bb) Tatbestand des § 1295 Abs 2 ABGB	130
cc) Schädigungsabsicht	132
dd) Ansicht der Lehre	133
ee) Bewertung	134
(1) Vertragsverweigerung als Schaden	134
(2) Restitution sonstiger Schäden	136
(3) Schädigungsvorsatz	136
(4) Ergebnis	136
b) Exkurs: Kontrahierungszwang als Folge des willkürlichen Abbruchs von Vertragsverhandlungen	137
aa) Grundsatz: Kein Bindungszwang	137
bb) Haftung aus culpa in contrahendo	138
cc) Haftung aus Vertrauensschutzgründen	140
4. Kontrahierungszwang als Gegenstand negatorischer Abwehransprüche	143
a) Kontrahierungszwang als Inhalt des Unterlassungsanspruchs	143
aa) Ansicht der Lehre	143
bb) Allgemeine Grundsätze des Unterlassungsschutzes	145
cc) Kontrahierungszwang zum Schutz absoluter Rechte	147

dd) Kontrahierungszwang zum Schutz vor gesetzwidrigen Verhaltensweisen	148
(1) Kontrahierungszwang als Folge drohender sittenwidriger Schädigung	148
(2) Kontrahierungszwang als Folge drohender Schutzgesetzverletzung	152
b) Kontrahierungszwang als Inhalt des Beseitigungsanspruchs	154
aa) Ansicht der Lehre	154
bb) Grundsätze des Beseitigungsanspruchs	155
cc) Eigene Bewertung	158
5. Kontrahierungszwang gem § 16 ABGB	159
6. Ergebnis	160
7. Lösungsansatz als Ausgangspunkt für die weitere Untersuchung	160
a) Die guten Sitten als Schranken der Abschlussfreiheit	160
b) Kontrahierungszwang bei sittenwidriger Vertragsabschlussverweigerung?	162
C. Die qualifiziert sittenwidrige Vertragsverweigerung	165
1. Konkretisierung und Funktion der guten Sitten	165
a) Moral, Rechtsmoral, Sozialmoral	165
b) Billigkeitsempfinden der Rechtsgemeinschaft	168
c) Kritik am Einfluss außerrechtlicher Wertvorstellungen	169
d) Konkretisierung durch ungeschriebene Rechtsgrundsätze	170
e) Funktion der guten Sitten und des Kontrahierungszwangs	171
2. Einfluss der Grundrechte auf das Sittenwidrigkeitsurteil	172
a) Funktion der Grundrechte	172
b) Grundrechtsbindung zwischen Privaten	174
aa) (Un)mittelbare Drittwirkung	174
bb) Schutzpflichtkonzept	177
cc) Schutzniveau	178
c) Drittwirkung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes	179
aa) Privatautonomie versus Gleichheitsgrundsatz	179
bb) Theorien zu Gleichbehandlungspflichten	181
(1) Machttheorien	181
(2) Theorie der Gemeinschaftsbindung	183
d) Drittwirkung verfassungsgesetzlicher Diskriminierungsverbote	184
aa) Inhalt der Verbote	184
bb) Schutzpflicht vor Diskriminierungen	185
(1) Grundrechtsgehalt	185
(2) Bedeutung des § 16 ABGB	186
(3) Abgrenzung des Schutzbereiches	188
cc) Kontrahierungszwang als Schutzmaßnahme bei Persönlichkeitsverletzung	191
(1) Ansicht der Lehre	191
(2) Bewertung	193
dd) Schutzpflichtenerfüllung durch einfachgesetzliche Diskriminierungsverbote?	194
(1) Verwaltungs- und strafrechtliche Bestimmungen	194
(2) Das Gleichbehandlungsgesetz (GIBG)	195
ee) Ergänzende Überlegungen: Kontrahierungszwang als Ausfluss des absoluten Rechtsgüterschutzes	200
(1) Naturalrestitution	200
(2) Unterlassungsanspruch	203
ff) Rechtsprechungsanalyse	203
e) Schutzpflicht für sonstige Grundrechte	207

f) Pflicht zum Schutz der positiven Abschlussfreiheit	209
g) Schutzpflichten zur Sicherung der Daseinsvorsorge	211
aa) Sozialstaatliche Garantien in der Verfassung	211
bb) „Grundrecht“ auf Zugang zu Dienstleistungen gem Art 36 GRG ...	214
h) Anhang: Vertragsverweigerung durch die öffentliche Hand	215
aa) Einleitung	215
bb) Fiskalgeltung des Gleichheitsgrundsatzes	216
(1) Grundrechtsbindung des Staats	216
(2) Grundrechtsbindung ausgegliederter Rechtsträger	218
(3) Kontrahierungszwang qua Fiskalgeltung	221
cc) Überprüfung der Rsp an Hand der Ergebnisse	223
(1) Gestattungsverträge	223
(2) Werbeflächen	226
(3) Badebetrieb	227
(4) Zivilflugplatz	227
(5) Subventionsverwaltung	228
dd) Die öffentliche Hand als Nachfrager	230
(1) Grundsätze	230
(2) Vergaberecht	231
(3) Stellenbesetzung	232
(4) Vergabe von Kassenverträgen	233
(5) Kontrahierungszwang gegenüber dem Staat	234
3. Sittenwidrigkeit durch widersprüchliches Verhalten	235
4. Machtmissbrauch als Sittenwidrigkeitsaspekt	236
5. Sicherung existenzieller Grundversorgung als Aufgabe der guten Sitten	239
a) Kontrahierungspflichtiger Bedarf	239
aa) Befriedung des Normalbedarfs	239
bb) Keine Differenzierung nach Leistungsgegenstand	241
cc) Kriterium der „Angewiesenheit“	242
dd) Lebensnotwendige Leistungen im engeren Sinn	243
ee) Leistungen zur Sicherung einer menschenwürdigen Lebens- grundlage	244
(1) Sicherung existenzieller Individualinteressen	244
(2) Sicherung allgemeinwichtiger Interessen	245
(3) Lebenswichtige Verbrauchsgüter	248
(4) Unterschied zum „Normalbedarfsansatz“	248
b) Angebot an die Allgemeinheit	249
c) Fehlen zumutbarer Ausweichmöglichkeiten	252
aa) Grundsätzliches	252
bb) Zumutbarkeit alternativer Möglichkeiten	253
(1) Sachliche Alternativen	253
(2) Räumliche und zeitliche Alternativen	254
(3) Konditionale Alternativen	254
6. Ergebnis: Voraussetzungen des allgemeinen Kontrahierungszwangs	254
7. Spezielle Anwendungsfragen	255
a) Sittenwidrige Verweigerung der Aufnahme von Vereinsmitgliedern	255
aa) Einleitung	255
bb) Meinungsstand in der Lehre	256
cc) Rechtsprechung des BGH	258
dd) Rechtsprechung des OGH	258
ee) Bewertung	259
b) Sittenwidrige Abschlussverweigerung des Arbeitsvertrags	261
aa) Ansicht der Lehre	261
bb) Eigene Auffassung	263

cc) Sonderfall: Sittenwidrige Nichtverlängerung von befristeten Arbeitsverhältnissen	264
c) Rechtsmissbräuchliche Schenkungsannahmeverweigerung	265
aa) Rechtsprechung des OGH	265
bb) Bewertung	266
d) Sittenwidrige Zutrittsverweigerung	266
aa) Beschränkung des Hausrechts	266
bb) Judikaturanalyse	268
8. Sachliche Rechtfertigung der Vertragsverweigerung	271
a) Durchbrechung des Kontrahierungszwangs	271
b) Konkretisierung der Rechtfertigungsgründe	271
c) Judikaturbeispiele	273
V. Kontrahierungszwang im Wettbewerbsrecht	275
A. Geschäftsverweigerung als unlautere Handlung gem § 1 UWG	275
1. Konkretisierung der Generalklausel	275
2. Fallgruppe Behinderung	277
3. Boykott	278
4. Liefer-, Bezugssperren und sonstige Geschäftsverweigerungen	279
a) Grundsatz der Vertragsfreiheit	279
b) Kontrahierungszwang bei Existenzgefährdung	280
c) Kontrahierungszwang bei Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung	283
B. Geschäftsverweigerung als Machtmissbrauch gem § 5 KartG (Art 102 AEUV)	284
1. Funktion der Missbrauchsaufsicht	284
2. Verhältnis zwischen § 5 KartG und Art 102 AEUV	285
3. Marktbeherrschung	287
a) Tatbestände des § 4 KartG	287
b) Marktabgrenzung	288
4. Machtmissbrauch	289
a) Grundsätze	289
b) Missbrauchsvarianten	290
aa) Ausbeutungsmissbrauch	290
bb) Behinderungsmissbrauch	291
(1) Klassischer Ansatz	291
(2) Prioritätenmitteilung der Kommission	292
5. Missbräuchliche Geschäftsverweigerung	293
a) Grundsatz der Vertragsfreiheit	293
b) Fallgruppen der Untersuchung	295
c) Geschäftsverweigerung über allgemein angebotene Leistungen	296
aa) Missbräuchliche Diskriminierung	296
bb) Missbräuchliche Einschränkung der Erzeugung	300
d) Marktmachtausdehnung durch Geschäftsabbruch	300
aa) Ausgangslage	300
bb) European leading cases	302
e) Marktabschottung durch de-novo-Geschäftsverweigerungen	303
f) Rechtsprechung des OGH	303
aa) Sachlich gerechtfertigte Vertragsverweigerungen	303
bb) Lieferzwang von Kfz-Generalimporteuren	305
cc) Lieferzwang von Filmverleihunternehmen	306
dd) Aufnahme der Westbahnfahrpläne in ÖBB Medien	308
g) Zusammenfassung der Lösungsansätze	309
6. Missbräuchliche Zugangsverweigerung	309
a) Begriff der „essential facilities doctrine“	309

b)	Entwicklung auf europäischer Ebene	311
aa)	Hafenentscheidungen	311
bb)	Magill	311
cc)	Bronner	312
dd)	IMS Health	313
ee)	Microsoft	313
c)	Zusammenfassung der Tatbestandsvoraussetzungen	314
aa)	Wesentliche Einrichtung	314
bb)	Ausschluss des Wettbewerbs auf dem abgeleiteten Markt	315
cc)	Fehlen objektiver Rechtfertigungsgründe	315
dd)	Anmerkung	316
d)	Rechtsprechung des OGH	317
e)	Bewertung	318
aa)	Vorbemerkung	318
bb)	Markt(beherrschung) ohne Leistungsangebot?	319
cc)	Verfassungsrechtlich legitimierter Eigentumseingriff?	320
dd)	Gleichstellung von geistigem Eigentum und Sacheigentum?	323
ee)	Besonderheiten bei Immaterialgüterrechten	325
(1)	Zwei-Markt-Situation?	325
(2)	Marktbeherrschung	326
(3)	Neuheitskriterium	327
7.	Durchsetzung des Kontrahierungszwangs	328
a)	Abstellen der Zuwiderhandlung gem Art 7 VO (EG) 1/03	328
b)	Abstellung der Zuwiderhandlung gem § 26 KartG	328
c)	Unlauterer Rechtsbruch gem § 1 UWG	329
d)	Schutzgesetzverletzung gem § 1311 ABGB	330
C.	Geschäftsverweigerung im Nahversorgungsgesetz	331
1.	Einordnung und Zwecksetzung	331
2.	Diskriminierungsverbot (§ 2 NVG)	332
3.	Kontrahierungszwang gem § 4 NVG	333
4.	Versorgungspflicht gem § 5 NVG	334
D.	Gesetzlich normierte wettbewerbsindizierte Zugangsrechte	335
1.	Zwecksetzung	335
2.	Netzzugangs- und Mitbenutzungsrechte	337
a)	Elektrizitätsrecht	337
aa)	Netzzugang	337
bb)	Netzanschluss	338
b)	Gasrecht	338
aa)	Netzzugang	338
bb)	Netzanschluss	339
c)	Telekommunikationsrecht	340
d)	Eisenbahnrecht	341
e)	Postrecht	341
f)	Medienrecht	342
g)	Abfallrecht	343
h)	Exkurs: Wasserrecht	344
aa)	Netzzugang	344
bb)	Netzanschluss	345
cc)	Mitbenutzung	346
3.	Rechtsdurchsetzung zwischen öffentlichem und privatem Recht	347
4.	Verhältnis zum Kartellrecht und zum allgemeinen Kontrahierungszwang ..	350
E.	Wettbewerbsrecht und „öffentliche Hand“	351
VI.	Die Wirkungen des Kontrahierungszwangs	353
A.	Vertragsabschlusszwang oder reale Leistungspflicht?	353

1. Einleitung	353
2. Lehre von der realen Leistungspflicht	353
3. Vertragsabschluss als Inhalt des Zwangs	356
B. Anspruch auf Zustimmung zum Vertragsabschluss	357
1. Aktualisierung des Anspruchs	357
2. Schadenersatz bei Verletzung der Pflicht	358
a) Problemaufriss	358
b) Rechtliche Sonderverbindung	358
c) Haftung aus culpa in contrahendo	360
d) Pflichtverletzung durch Verweigerung	360
e) Ersatz des Nichterfüllungsschadens	360
3. Übertragbarkeit und Verjährung	361
C. Der erzwungene Vertrag	362
1. Einleitung	362
2. Zustandekommen des Vertrags	362
a) Schweigen als Annahme	362
b) Annahme durch Willensbetätigung	363
3. Anfechtung des Vertrags	364
a) Irrtum, List, Drohung	364
b) Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage	365
4. Inhalt des Vertrags	367
a) Ausgangspunkt	367
b) Übliche Bedingungen	368
c) Angemessene Bedingungen	370
aa) Grundsatz der Inhaltsfreiheit	370
bb) Gesetzliche Inhaltschranken	371
d) Bestimmung der Gegenleistung bei fehlender Einigung	373
aa) §§ 1152 ABGB und 354 UGB analog	373
bb) Maßstab der Angemessenheit	374
cc) Maßstab der Billigkeit?	376
e) Sonstige Vertragsbedingungen	378
aa) Inhaltskontrolle	378
bb) Fehlende Einigung	381
5. Kündigungsmöglichkeiten	381
a) Ordentliche Kündigung	381
b) Außerordentliche Kündigung	383
D. Prozessuale Rechtsdurchsetzung	384
1. Klage auf Abgabe einer Willenserklärung – in eventu:	
Klage auf reale Leistung	384
a) Haupt- und Eventualbegehren	384
b) Bestimmtheit der Klage	386
aa) Bestimmung der Willenserklärung	386
bb) Bestimmung der realen Leistung	388
2. Unterlassungsklage	390
3. Feststellungsklage	392
4. Einstweilige Verfügung	393
5. Behauptungs- und Beweislast	394
VII. Exkurs: Kontrahierungszwang als Folge der Wirkung europäischer Grund-	
freiheiten	397
A. Inhalt und Reichweite der Grundfreiheiten	397
B. Grundfreiheiten und Kernprivatrecht	399
C. Grundfreiheiten und gesetzliche Kontrahierungszwänge	400
D. Wirkung der Grundfreiheiten zwischen Privaten	401
1. Rechtsprechung des EuGH	401

2. Meinungsstand in der Literatur	402
a) Unmittelbare Drittwirkung	402
b) Mittelbare Drittwirkung	404
c) Vermittelnder Ansatz	405
E. Kontrahierungszwang auf Grund der Drittwirkung?	407
1. Vorbemerkung	407
2. Kontrahierungszwang bei unmittelbarer Drittwirkung	407
a) Mögliche Anspruchsgrundlage	407
b) Beschränkung der Grundfreiheiten durch Unterlassung	408
c) Vertragsabschlussverweigerung als verbotene Beschränkung	408
d) Vertragsabschlussverweigerung als verbotene Diskriminierung	410
aa) Schrankensystem	410
bb) Rechtfertigung	410
cc) Würdigung	411
3. Kontrahierungszwang bei mittelbarer Drittwirkung	412
4. Diskriminierungsverbote außerhalb der Grundfreiheiten	413
a) Art 18 AEUV: Diskriminierungsverbot auf Grund der Staatsan-	
gehörigkeit	413
b) Art 157 AEUV: Gleiches Entgelt für Frauen und Männern im Arbeits-	
leben	414
c) Geoblocking-Verordnung	415
VIII. Zusammenfassung der Ergebnisse	417
Stichwortverzeichnis	429