

JAN BUSCHE

# Privatautonomie und Kontrahierungszwang

*Jus Privatum*

40

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 40





Jan Busche

Privatautonomie  
und Kontrahierungszwang

Mohr Siebeck

*Jan Busche*, geboren 1961; 1986–91 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, 1989 Promotion, 1991–94 wissenschaftlicher Assistent in Kiel; 1994–97 wissenschaftlicher Assistent am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin; 1998 Habilitation.

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

*Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme*

*Busche, Jan:*

Privatautonomie und Kontrahierungszwang / Jan Busche. – Tübingen :  
Mohr Siebeck, 1999

(Jus privatum ; Bd. 40)

ISBN 3-16-147216-0

978-3-16-157910-3 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1999 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Pfäffingen aus der Times-Antiqua belichtet, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0940-9610

## Vorwort

Die vorliegende Studie ist vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin im Sommersemester 1998 als Habilitationsschrift angenommen worden. Sie ist während meiner Assistentenzeit am Institut für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs- und Energierecht der Freien Universität Berlin sowie zuvor am Institut für Wirtschafts- und Steuerrecht der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel entstanden. Nach Abschluß der Arbeit ergangene Rechtsprechung sowie neueres Schrifttum konnten für die Drucklegung noch bis Ende 1998 berücksichtigt werden.

Das unermüdliche Schaffen des Gesetzgebers, der sich mit der am 1. 1. 1999 in Kraft getretenen Sechsten GWB-Novelle und dem seit dem 29. 4. 1998 geltenden neuen Energiewirtschaftsrecht zentralen Bereichen dieser Untersuchung angenommen hat, machte es zudem erforderlich, die Arbeit für die Drucklegung an die aktuelle Gesetzeslage anzupassen. Einschlägige Vorschriften werden daher ausschließlich nach der neuen Paragraphenfolge zitiert. Zum besseren Verständnis sind die Paragraphenbezeichnungen früherer, sachlich übereinstimmender Regelungen zumeist am Beginn einzelner Untersuchungsabschnitte ergänzend aufgeführt, da sich die Rechtsprechungs- und Schrifttumsnachweise regelmäßig noch auf die alte Gesetzeslage und Paragraphenfolge beziehen.

Ziel der vorliegenden Untersuchung ist eine Standortbestimmung des Kontrahierungszwangs im System des Privatrechts. Ausgehend von einer Inhaltsbestimmung der Vertragsfreiheit und ihrer Funktionsvoraussetzungen schlägt die Studie eine Neubewertung des allenthalben angenommenen Spannungsverhältnisses zwischen Privatautonomie und Kontrahierungszwang vor. Die Anregung zu dieser Untersuchung hat mir mein verehrter akademischer Lehrer, Herr Professor Dr. Dr. *Franz Jürgen Säcker*, gegeben. Seine stete Gesprächsbereitschaft hat der Entwicklung der Arbeit überdies immer wieder wichtige Impulse verliehen. Dafür, nicht zuletzt aber für die jahrelange fachliche sowie persönliche Förderung, die stets angenehme Zusammenarbeit und den mir während der Assistentenzeit gewährten Freiraum möchte ich mich herzlich bedanken. Zu Dank verpflichtet bin ich auch Herrn Professor Dr. *Detlef Leenen* für die Übernahme des Zweitgutachtens sowie Herrn Professor Dr. *Helmut Lecheler* für das freundliche Interesse am Fortgang der Untersuchung und seinen moralischen Zuspruch.

Dankbar bin ich schließlich für den stets anregenden Gedankenaustausch mit den Kolleginnen und Kollegen an den Instituten in Kiel und Berlin. Freund-

schaftlich verbunden bin ich deswegen insbesondere meinen ehemaligen Kollegen aus Kieler Zeiten, Herrn Dr. *Hartmut Oetker*, Universitätsprofessor in Jena, und Herrn Richter *Volker Gillerke*. Mit meiner Berliner Kollegin, Frau Privatdozentin Dr. *Viola Schmid*, habe ich einen energierechtlichen Diskurs begonnen, den wir bei einem neuen Projekt fortsetzen wollen.

Nicht unerwähnt bleiben dürfen jene Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der genannten Institute, die mir insbesondere bei der Literaturbeschaffung hilfreich zur Hand gegangen sind. Besonders danken möchte ich der Bibliothekarin des Berliner Instituts, Frau *Rosemarie Nikoloff*, die sich stets fürsorglich um meine Literaturwünsche gekümmert hat, und Herrn Referendar *Thomas Keul*, der mir bei der Mühe des Korrekturlesens zur Seite stand.

Die Deutsche Forschungsgemeinschaft hat die Drucklegung dieser Schrift mit einem nennenswerten Betrag unterstützt. Auch dafür sei an dieser Stelle ausdrücklich gedankt.

Gewidmet sei diese Studie all jenen aus dem Familien- und Freundeskreis, die ihr Entstehen geduldig verfolgt haben, insbesondere aber meinem Vater, der die Vollendung der Schrift nicht mehr miterleben konnte.

Berlin, im August 1999

Jan Busche

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	VII
<i>Erster Teil: Privatautonomie und Kontrahierungszwang im System des Privatrechts .....</i>	<i>1</i>
§ 1 Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes .....	2
§ 2 Theorie der Privatautonomie .....	13
§ 3 Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie .....	46
§ 4 Bindung der Vertragsbegründungsfreiheit durch Kontrahierungszwang .....	110
<i>Zweiter Teil: Der allgemeine Kontrahierungszwang .....</i>	<i>123</i>
§ 5 Allgemeiner Kontrahierungszwang und Präponderanz vertraglicher Selbstbestimmung .....	124
§ 6 Allgemeiner Kontrahierungszwang und Anspruchssystem des BGB .....	142
§ 7 Allgemeiner Kontrahierungszwang: Konturen eines privatrechtlichen Instituts .....	236
<i>Dritter Teil: Der besondere Kontrahierungszwang im Deliktsrecht .....</i>	<i>277</i>
§ 8 Ergänzende Vertragsbegründungskontrolle durch Deliktsrecht – dargestellt am Beispiel der Wirkung spezieller Gleichheitssätze .....	278
<i>Vierter Teil: Der besondere Kontrahierungszwang in Spezialgesetzen .....</i>	<i>299</i>
§ 9 Verbot der Behinderung und Diskriminierung (§ 20 Abs. 1, 2 GWB) .....	301

§ 10 Anschluß- und Versorgungspflicht im Energierecht (§ 10 EnWG) .....	405
§ 11 Abnahmepflicht nach dem Stromeinspeisungsgesetz (§ 2 StrEG) .....	489
§ 12 Besonderer Kontrahierungszwang in Spezialgesetzen: Strukturen und Funktionen .....	575
 <i>Fünfter Teil: Kontrahierungszwang im Lichte der (De-)Regulierung einzelner Wirtschaftsbereiche am Beispiel des Zugangs zu „Netzwerken“ .....</i>	
§ 13 Energiewirtschaft .....	605
§ 14 Telekommunikation .....	619
§ 15 Bankdienstleistungen .....	631
 <i>Sechster Teil: Allgemeiner und besonderer Kontrahierungs- zwang im System des Privatrechts .....</i>	
§ 16 Relativität der Vertragsbegründungsfreiheit .....	644
§ 17 Allgemeiner Kontrahierungszwang und Institution des Vertrages: Die actio ad contrahendum .....	651
Literaturverzeichnis .....	659
Sachregister .....	715

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII

## *Erster Teil*

### *Privatautonomie und Kontrahierungszwang im System des Privatrechts*

1

§ 1 Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes .....	2
§ 2 Theorie der Privatautonomie .....	13
I. <i>Privatautonomie als Rechtsbegriff</i> .....	13
II. <i>Bedeutung der Privatautonomie für den Gestaltungsplan         der Rechtsordnung</i> .....	20
1. Privatautonome und heteronome Rechtsordnungen .....	20
2. Gestaltungsplan der Privatrechtsordnung unter dem Grundgesetz .....	22
a. Privatautonomie als Gegenstand der allgemeinen Handlungsfreiheit .....	22
b. Objektive Dimension der verfassungsrechtlich verbürgten Handlungsfreiheit .....	25
3. Gestaltungsplan der Privatrechtsordnung und Wirtschaftsverfassung .....	30
a. Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes .....	30
b. Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union .....	34
c. Staatsinterventionistische Wirtschaftsverfassungen .....	39
III. <i>Zusammenfassung</i> .....	44

§ 3 Vertragsfreiheit als Teil der Privatautonomie .....	46
<i>I. Historische Annäherung an ein Gestaltungselement         der Privatrechtsordnung</i> .....	46
<i>II. Reichweite der Vertragsfreiheit</i> .....	53
1. Verankerung im Verfassungsrecht .....	53
2. Objektive Dimension der Grundrechte und Bipolarität der Vertragsrechtsbeziehung .....	59
<i>III. Objektivation des Selbstbestimmungsprinzips         im Vertragsrecht</i> .....	63
1. Ausübungsformen der Vertragsfreiheit .....	63
a. Konzeption des BGB .....	63
b. Inhalt einzelner Ausübungsformen .....	67
aa) Vertragsbegründungsfreiheit (Abschluß- und Kontrahentenwahlfreiheit) .....	67
bb) Vertragsabänderungs- und -beendigungsfreiheit .....	70
cc) Inhalts- und Gestaltungsfreiheit .....	70
c. Interdependenz von Vertragsbegründungs- und Vertragsgestaltungsfreiheit .....	71
2. Begriffliche Konkretisierung der Vertragsfreiheit .....	72
3. Funktionsmodelle vertraglicher Selbstbestimmung .....	74
a. Formale Vertragsfreiheit .....	74
aa) Leitgedanken .....	74
bb) Kritik .....	74
b. Materielle Vertragsfreiheit .....	76
aa) Heteronome Vertragszielbestimmung .....	76
(1) Theorie der objektiven Richtigkeitsgewähr .....	76
(a) Leitgedanken .....	76
(b) Kritik .....	79
(2) Soziale Vertragstheorien .....	86
(3) Ergebnis .....	87
bb) Autonome Vertragszielbestimmung .....	87
(1) Theorie der subjektiven Richtigkeitsgewähr .....	87
(a) Leitgedanken .....	87
(b) Kritik .....	88
(2) Theorie der Vertragsparität .....	90
(a) Leitgedanken .....	90
(b) Kritik .....	91
(c) Exkurs: Folgerungen für die Inhaltskontrolle ..	94
(3) Theorie des informationellen Gleichgewichts ....	96
(a) Leitgedanken .....	96
(b) Kritik .....	97
(4) Theorie der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit .....	98

(a) Leitgedanken .....	98
(b) Kritik .....	99
(5) Theorie der Selbstherrlichkeit .....	100
(a) Leitgedanken .....	100
(b) Kritik .....	101
cc) Ergebnis und eigener Standpunkt: Theorie der vertragsrechtsgebundenen Selbstbestimmung .....	102
IV. Zusammenfassung .....	108
§ 4 Bindung der Vertragsbegründungsfreiheit durch Kontrahierungszwang .....	110
I. Kontrahierungszwang als Untersuchungsgegenstand in Abgrenzung zu anderen Rechtsinstituten .....	110
1. Begriff und Funktion des Kontrahierungszwangs .....	110
2. Bindungen der Vertragsbegründungsfreiheit außerhalb des Kontrahierungszwangs .....	113
a. Vorvertrag und Option .....	113
b. Sittlich-moralische Bindungen .....	113
c. Wirtschaftliche Bindungen .....	113
d. Gesetzliche Vertragsübernahme .....	114
e. Ausübung eines einseitigen gesetzlichen Gestaltungsrechts .....	115
f. Diktierter Vertrag .....	116
g. Vertragsschluß kraft Gesetzes .....	116
II. Terminologische Vorklärung .....	117
III. Allgemeiner und besonderer Kontrahierungszwang im Verhältnis zueinander .....	119
IV. Zusammenfassung .....	120

Zweiter Teil

*Der allgemeine Kontrahierungszwang*

§ 5 Allgemeiner Kontrahierungszwang und Präponderanz vertraglicher Selbstbestimmung .....	124
I. Funktionssicherung der Vertragsbegründungsfreiheit bei Vertragsverweigerung .....	124

<i>II. Voraussetzung des allgemeinen Kontrahierungszwangs:</i>	
<i>Qualifizierte Vertragsverweigerung</i> . . . . .	127
1. Verfolgung rechtlich geschützter Interessen	
durch den Vertragsinteressenten . . . . .	127
a. Ausdrückliche gesetzliche Schranken . . . . .	127
b. Immanente Bindungen . . . . .	129
2. Abhängigkeit des Vertragsinteressenten von einem	
Anbieter . . . . .	131
a. Abhängigkeit im allgemeinen . . . . .	131
b. Einzelne Formen der Abhängigkeit . . . . .	133
aa) Sachliche Abhängigkeit . . . . .	133
bb) Räumlich-zeitliche Abhängigkeit . . . . .	133
cc) Konditionale Abhängigkeit . . . . .	134
dd) Folgerungen . . . . .	136
3. Vertragseignetheit des Anbieters . . . . .	136
4. Leistungsfähigkeit des Anbieters . . . . .	139
<i>III. Zusammenfassung</i> . . . . .	139
§ 6 Allgemeiner Kontrahierungszwang	
und Anspruchssystem des BGB . . . . .	142
<i>I. Kontrahierungszwang im System des Schadens-</i>	
<i>ersatzrechts</i> . . . . .	143
1. Kontrahierungszwang aufgrund	
der Verletzung vorvertraglicher Pflichten . . . . .	143
a. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der c.i.c. . . . .	143
b. Kontrahierungszwang als Folge willkürlichen	
Abbruchs von Vertragsverhandlungen . . . . .	145
c. Kritik . . . . .	145
2. Kontrahierungszwang aufgrund eines Verstoßes	
gegen die guten Sitten (§ 826 BGB) . . . . .	151
a. Deliktsrechtliches Korrelat der Rechts-	
geschäftsführung . . . . .	151
b. Ansätze zur Konkretisierung des Tatbestands	
der guten Sitten . . . . .	153
aa) Kritische Bestandsaufnahme . . . . .	153
bb) Folgerungen für den Untersuchungs-	
gegenstand . . . . .	159
c. Sittenverstoß und allgemeiner Kontrahierungszwang:	
Einzelne Begründungsmuster . . . . .	162
aa) Lehre vom Monopolmißbrauch . . . . .	162
(1) Rechtsprechung . . . . .	162

(a) Reichsgericht .....	162
(aa) Entscheidungspraxis .....	162
(bb) Bewertung .....	169
(b) Bundesgerichtshof .....	170
(aa) Entscheidungspraxis .....	170
(bb) Bewertung .....	177
(c) Instanzgerichte .....	177
(d) Fazit .....	181
(2) Schrifttum .....	183
(a) Meinungsstand .....	183
(aa) Kontrahierungszwang aufgrund Kon-	
zessionserteilung .....	183
(bb) Kontrahierungszwang aufgrund daseins-	
vorsorgender Betätigung .....	186
(cc) Kontrahierungszwang aufgrund	
willkürlicher oder illoyaler Vertrags-	
verweigerung .....	187
(b) Fazit .....	192
bb) Mißbräuchliche Wahrnehmung einer	
Versorgungsaufgabe .....	192
(1) Meinungsstand im Schrifttum .....	192
(a) Kontrahierungszwang für (sozial)	
wichtige Güter .....	192
(b) Kontrahierungszwang ohne sachliche	
Einschränkung .....	194
(2) Fazit .....	197
cc) Eignung der Konkretisierungsansätze zur	
Sicherung der Vertragsbegründungsfreiheit .....	197
(1) Maßstab .....	197
(2) Voraussetzungen .....	198
(a) Schutz rechtlich geschützter Interessen .....	198
(b) Schutz des von fremdem Angebot	
abhängigen Vertragsinteressenten .....	203
(c) Inpflichtnahme vertragsgeneigter Anbieter ..	206
(d) Inpflichtnahme leistungsfähiger Anbieter ...	209
(3) Fazit .....	210
3. Kontrahierungszwang aufgrund der Verletzung	
eines absoluten Rechtes (§ 823 Abs. 1 BGB)	
oder eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB) .....	212
a. Allgemeines Persönlichkeitsrecht .....	212
aa) Grundlagen .....	212
bb) Einzelfälle .....	213
(1) Arbeitsverträge .....	213
(2) Bewirtungsverträge .....	214
cc) Kritik .....	214
b. Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb	216
aa) Grundlagen .....	216

bb) Vertragsverweigerung als Eingriff .....	217
cc) Kritik .....	218
c. Verletzung eines Schutzgesetzes i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB .....	219
4. Kontrahierungszwang als Folge der Verpflichtung	
zum Schadensersatz .....	220
a. Anspruch auf Naturalrestitution .....	220
b. Anspruch auf Naturalprästation .....	224
<i>II. Kontrahierungszwang zur Abwehr einer</i>	
<i>Beeinträchtigung der Vertragsbegründungsfreiheit .....</i>	<i>225</i>
1. Inhalt des quasinegatorischen Abwehranspruchs .....	225
2. Dogmatische Einordnung des Abwehranspruchs .....	227
a. Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch analog	
§§ 12 S. 2, 862 Abs. 1 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 2 BGB .....	227
b. Quasinegatorischer Beseitigungsanspruch analog	
§§ 12 S. 1, 862 Abs. 1 S. 1, 1004 Abs. 1 S. 1 BGB .....	230
<i>III. Zusammenfassung .....</i>	<i>235</i>
 § 7 Allgemeiner Kontrahierungszwang:	
Konturen eines privatrechtlichen Instituts .....	236
<i>I. Bedeutung für die Vertragsrechtsordnung .....</i>	<i>236</i>
<i>II. Schutz von Individualinteressen .....</i>	<i>239</i>
<i>III. Rechtszwang zum Abschluß eines privatrechtlichen</i>	
<i>Zielvertrages .....</i>	<i>240</i>
<i>IV. Anspruch auf Abschluß eines privatrechtlichen</i>	
<i>Zielvertrages .....</i>	<i>241</i>
<i>V. Zustandekommen des Zielvertrages .....</i>	<i>245</i>
<i>VI. Inhalt des Zielvertrages .....</i>	<i>247</i>
1. Vorrang privatautonomer Aushandlung .....	247
2. Bestimmung des Anspruchsinhaltes bei Versagen	
der Privatautonomie .....	251
a. Bedeutung der Interdependenz von Vertrags-	
begründungs- und Vertragsgestaltungsfreiheit .....	251
b. Substitution privatautonomer Aushandlung	
durch einseitiges Leistungsbestimmungsrecht	
analog §§ 316, 315 Abs.1, 3 BGB .....	252
aa) Grundlagen .....	252
bb) Gesichtspunkte für die gerichtliche	
Leistungsbestimmung .....	257
3. Nebenpflichten .....	262

<i>VII. Prozessuale Rechtsdurchsetzung</i> .....	264
1. Vertragsschluß und Leistung: Möglichkeit der Klagverbindung .....	264
2. Klageart und Bestimmtheit des Klageantrages .....	267
3. Fazit .....	272
<i>VIII. Zusammenfassung</i> .....	273

### *Dritter Teil*

## *Der besondere Kontrahierungszwang im Deliktsrecht*

277

§ 8 Ergänzende Vertragsbegründungskontrolle durch Deliktsrecht – dargestellt am Beispiel der Wirkung spezieller Gleichheitssätze .....	278
I. <i>Standort, Inhalt und Bedeutung spezieller        Gleichheitssätze</i> .....	279
II. <i>Alternativität der Regelungsmodelle:        Influenzierende oder imperative Vertragsabschlußgebote</i> .....	282
III. <i>Schadensersatzrechtliche Kompensation der        Diskriminierung und allgemeiner Kontrahierungszwang</i> ..	287
IV. <i>Funktion ergänzender Vertragsbegründungskontrolle</i> ...	290
1. Ausgangsüberlegung .....	290
2. Ergänzende Vertragsbegründungskontrolle durch § 823 Abs. 2 BGB .....	291
3. Ergänzende Vertragsbegründungskontrolle durch § 826 BGB .....	292
4. Fazit .....	296
V. <i>Zusammenfassung</i> .....	297

## Vierter Teil

*Der besondere Kontrahierungszwang  
in Spezialgesetzen*

299

§ 9 Verbot der Behinderung und Diskriminierung (§ 20 Abs. 1, 2 GWB) .....	301
I. <i>Behinderungs- und Diskriminierungsverbot als Anwendungsfall eines kartellrechtlich fundierte Kontrahierungszwangs</i> .....	302
II. <i>Vertragsverweigerung in der vertikalen Absatzbeziehung</i> .....	306
1. Bedeutung von Absatzmittlungsverhältnissen .....	306
2. Absatzpolitische Motivation der Vertrags- verweigerung .....	308
a. Motivbündel .....	308
b. Konfliktpotential bei einzelnen Aktionsparametern .....	309
aa) Preisgestaltung .....	309
bb) Service, Beratung und Geschäftsausstattung .....	310
cc) Produktqualität .....	311
dd) Werbung .....	311
III. <i>Vertragsverweigerung gegenüber Absatzmittlern im Lichte des Diskriminierungsverbots</i> .....	312
1. Normstruktur und Normzweck .....	312
a. Zweck der Verhaltenskorrektur: Institutionenschutz und Individualschutz .....	312
b. Leitziel: Wettbewerbsschutz .....	315
c. Konkretion: Wettbewerblicher Entfaltungsschutz .....	320
2. Normadressaten .....	324
a. Erschließungsfunktion des Unternehmensbegriffs .....	324
b. Begrenzung der Normwirkung auf Unternehmen mit herausgehobener Marktstellung .....	325
aa) Marktbeherrschende Unternehmen (§ 20 Abs. 1 1. Alt. GWB) .....	325
(1) Grundtatbestand (§ 19 Abs. 2 S. 1 GWB) .....	325
(2) Oligopolstatbestand (§ 19 Abs. 2 S. 2 GWB) .....	326
(3) Marktbeherrschungsvermutung (§ 19 Abs. 3 GWB) .....	327
bb) Unternehmensvereinigungen (§ 20 Abs. 1 2. Fall, Abs. 2 S. 1 GWB) .....	329

cc) Preisbindende Unternehmen (§ 20 Abs. 1 3. Fall GWB).....	330
dd) Vertragsmächtige Unternehmen (§ 20 Abs. 2 S. 1 GWB).....	332
(1) Rechtspolitischer Hintergrund der Regelung . . . .	332
(2) Abhängigkeit der Marktgegenseite als Maß für Vertragsmacht . . . . .	333
3. Normbegünstigte . . . . .	335
a. Tatbestand der Abhängigkeit . . . . .	335
aa) Abhängigkeit von marktbeherrschenden Unternehmen . . . . .	335
bb) Abhängigkeit von verlagsmächtigen Unternehmen . . . . .	335
(1) Konkret-individuelle Betrachtung . . . . .	335
(2) Fehlende Ausweichmöglichkeit . . . . .	338
(3) Erscheinungsformen der Bezugs- abhängigkeit . . . . .	344
(a) Überblick . . . . .	344
(b) Fallgruppen . . . . .	344
(aa) Sortimentsbedingte Abhängigkeit . . . . .	344
(bb) Unternehmensbedingte Abhängigkeit . .	346
(cc) Knappheitsbedingte Abhängigkeit . . . . .	348
(4) Tatbestandseinschränkung auf kleine und mittlere Unternehmen . . . . .	349
4. Gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr . . . . .	352
a. Funktion der Tatbestandseinschränkung . . . . .	352
b. Einzelheiten . . . . .	353
aa) Gleichartige Unternehmen . . . . .	353
bb) Üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr . . . . .	357
c. Exkurs: Üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr im Lichte der US-amerikanischen „essential facilities“-Doktrin . . . . .	363
aa) Anwendungsbeispiele . . . . .	363
bb) Leitgedanken und Kritik der Implementierung in das europäische und deutsche Kartellrecht . . . . .	365
5. Diskriminierung: Synonym für wettbewerbs- widriges Verhalten . . . . .	370
a. Prinzip der Interessenabwägung . . . . .	370
b. Interessenträger . . . . .	370
c. Abwägungsverfahren . . . . .	372
aa) Erste Stufe: Ermittlung der abwägungsfähigen Interessen . . . . .	372
bb) Zweite Stufe: Wettbewerbskonformität der Interessenverfolgung (normative Abwägung) . . . . .	375

cc) Dritte Stufe: Überprüfung des normativen Abwägungsergebnisses anhand des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit .....	383
dd) Zusammenfassung: Abwägungsverfahren im Überblick .....	384
d. Interessenabwägung anhand exemplarischer Einzelfälle .	385
e. Modifizierung des Abwägungsmaßstabs bei Kontrahierungszwang? .....	390
IV. <i>Kontrahierungszwang als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot</i> .....	392
1. Diskriminierungsverbot als Schutzgesetz i.S.v. § 33 S. 1 GWB .....	392
2. Rechtsdogmatische Herleitung des Kontrahierungszwangs .....	396
3. Rechtsfolge: Wettbewerbliche Gleichbehandlung gleichartiger Unternehmen .....	399
V. <i>Zusammenfassung</i> .....	402
§ 10 <i>Anschluß- und Versorgungspflicht im Energierecht (§ 10 EnWG)</i> .....	405
I. <i>Bedeutung der Anschluß- und Versorgungspflicht</i> .....	406
II. <i>Entstehungsgeschichte</i> .....	409
III. <i>Regelungszweck aus historischer und heutiger Sicht</i> .....	410
IV. <i>Grundlagen der Anschluß- und Versorgungspflicht</i> .....	414
1. Normadressaten .....	414
a. Energieversorgungsunternehmen i.S.v. § 2 Abs. 3 EnWG .....	414
b. Begrenzung auf Gebietsversorgungsunternehmen .....	416
aa) Regelungskontext .....	416
bb) Begriffskonkretisierung .....	417
(1) Allgemeine Versorgung .....	417
(a) Fremdversorgung .....	417
(b) Geschäftseröffnung durch Versorgungsbereitschaft .....	418
(2) Versorgungsgebiet .....	420
(a) Abgrenzungskriterien .....	420
(b) Tarifeinheit versus Preisgünstigkeit der Versorgung .....	423
(c) Gebietsaufteilung zur Tarifpreisdifferenzierung als Folge des Wettbewerbs um Versorgungsgebiete .....	426

(d) Versorgungszuständigkeit in der Interimsphase .....	430
(aa) Adressat der Anschluß- und Versorgungspflicht .....	430
(bb) Exkurs: Wegenutzungsentgelt in der Interimsphase .....	432
(3) Marktstellung .....	436
c. Durchführung einer Tarifversorgung .....	436
aa) Bedeutung .....	439
bb) Tarifformen .....	441
cc) Tarifbekanntmachung .....	442
d. Fazit .....	443
2. Normbegünstigte .....	444
a. Letztverbrauchende Tarifkunden .....	444
aa) Versorgungsbedürfnis .....	444
bb) Einzelfälle .....	445
b. Sonderabnehmer .....	447
aa) Meinungsstand .....	447
bb) Versorgung in der Insolvenz .....	450
V. <i>Anschluß- und Versorgung von Letztverbrauchern als Folge der Gebietsversorgung</i> .....	453
1. Verpflichtung zur möglichst sicheren und preisgünstigen Versorgung: Ein Zielkonflikt .....	453
2. Anspruch auf Anschluß und Versorgung: Gemeinwohlgeleitete Selbstregulierung .....	454
3. Inhalt des Anspruchs .....	456
4. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Verpflichtung .....	459
a. Konkretisierung der Leistungsverpflichtung durch § 10 Abs. 1 S. 2 EnWG .....	459
b. Steuerung der wirtschaftlichen Risikoverteilung .....	460
c. Fallgruppen .....	462
aa) Person des Abnehmers .....	462
bb) Eigenart der Abnahmeverhältnisse .....	469
d. Auswirkungen: Ausscheiden aus der Tarifversorgung .....	469
VI. <i>Kontrahierungszwang zum Zwecke von Anschluß und Versorgung</i> .....	473
1. Leistungspflicht auf vertraglicher Grundlage .....	473
2. Formen der Vertragsbegründung .....	474
a. Vertragsbegründung zur Energieentnahme .....	474
b. Vertragsbegründung bei Energieentnahme .....	477
3. Rechtsnatur des Energielieferungsvertrages .....	479

VII. <i>Verfassungsmäßigkeit der Anschluß- und Versorgungspflicht</i> .....	482
VIII. <i>Zusammenfassung</i> .....	485
§ 11 <i>Abnahmepflicht nach dem Stromeinspeisungsgesetz (§ 2 StrEG)</i> .....	489
I. <i>Privatrechtsgestaltung in der Verfassungskritik</i> .....	489
II. <i>Regelungszweck</i> .....	491
III. <i>Grundlagen der Abnahmeverpflichtung</i> .....	495
1. <i>Normadressaten</i> .....	495
2. <i>Normbegünstigte</i> .....	497
a. <i>Grundsatz: Fremdgebietserzeugung</i> .....	497
b. <i>Ausnahmen</i> .....	501
aa) <i>„Staatliche“ Erzeugungsanlagen</i> .....	501
bb) <i>Eigenverwertung</i> .....	502
3. <i>Gegenstand der Abnahmepflicht</i> .....	507
a. <i>Grundsatz: Energieträgerprivileg</i> .....	507
b. <i>Ausnahme: Großanlagenvorbehalt</i> .....	508
c. <i>Anwendbarkeit auf andere Energiequellen</i> .....	509
IV. <i>Kontrahierungszwang als Rechtsfolge der Abnahmepflicht</i> .....	510
1. <i>Rechtsdogmatische Begründung</i> .....	510
2. <i>Umfang und Inhalt der Abnahmepflicht</i> .....	512
a. <i>Netzzugangsmodalitäten</i> .....	512
b. <i>Netzkapazität</i> .....	515
c. <i>Erzeugungsqualität und Vergütungshöhe</i> .....	518
V. <i>Wirtschaftliche Unzumutbarkeit der Abnahmepflicht</i> ....	519
1. <i>Regelungszweck</i> .....	519
2. <i>Grenzen der Abnahmepflicht</i> .....	520
a. <i>Unbillige Härte (§ 4 Abs. 2, 3 StrEG)</i> .....	520
aa) <i>Erfordernis spürbarer Preisanhebung</i> .....	520
bb) <i>Preisanhebungen im Kontext des Energiewirtschaftsrechts</i> .....	521
(1) <i>Sonderabnehmerbereich</i> .....	521
(2) <i>Tarifkundenbereich</i> .....	523
cc) <i>Spürbarkeit der Preiserhöhung</i> .....	527
b. <i>Nichteinhaltung der Verpflichtungen aus der BTO/Elt</i> ....	530
3. <i>Rechtsfolge</i> .....	533
VI. <i>Verfassungsmäßigkeit der Abnahmepflicht</i> .....	538

1. Beschränkung der Vertragsfreiheit als notwendige Folge des Kontrahierungszwangs . . . . .	538
2. Stromeinspeisungsvergütung als Sonderabgabe . . . . .	539
3. Stromeinspeisungsgesetz und Grundrechte . . . . .	547
a. Grundrechtsbetroffenheit der Gebietsversorgungsunternehmen . . . . .	547
aa) Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) . . . . .	547
(1) Eingriff in den Schutzbereich . . . . .	547
(2) Verhältnismäßigkeit des Eingriffs . . . . .	549
(a) Verfolgung eines verfassungsrechtlich legitimen Ziels . . . . .	549
(b) Geeignetheit der Maßnahme . . . . .	550
(c) Erforderlichkeit der Maßnahme . . . . .	551
(aa) Finanzielle Förderung . . . . .	551
(bb) Absatzsicherung . . . . .	553
(d) Angemessenheit der Maßnahme . . . . .	555
(3) Fazit . . . . .	561
bb) Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG) . . . . .	561
cc) Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) . . . . .	563
dd) Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) . . . . .	564
ee) Fazit . . . . .	566
b. Grundrechtsbetroffenheit der Letztverbraucher . . . . .	566
aa) Mittelbare Grundrechtsbetroffenheit . . . . .	566
bb) Freiheitsrechte auf wirtschaftlichem Gebiet (Art. 14 Abs. 1, 12 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG) . . . . .	567
cc) Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) . . . . .	567
dd) Fazit . . . . .	568
VII. Ordnungspolitische Bedenken . . . . .	568
VIII. Konkurrenzverhältnis . . . . .	570
IX. Zusammenfassung . . . . .	571
§ 12 Besonderer Kontrahierungszwang in Spezialgesetzen: Strukturen und Funktionen . . . . .	575
I. Schutz von Allgemeininteressen . . . . .	575
1. Präponderanz des Allgemeininteresses bei „besonderem“ Kontrahierungszwang . . . . .	575
2. Erscheinungsformen des Kontrahierungszwangs in Spezialgesetzen: Legitimierende Sachgründe . . . . .	578
a. Leistungssichernder Kontrahierungszwang . . . . .	578
b. Wirtschaftspolitischer Kontrahierungszwang . . . . .	579
c. Multifunktionaler Kontrahierungszwang . . . . .	580
II. Bedeutung für die Vertragsrechtsordnung . . . . .	580

III. <i>Rechtswang zum Abschluß eines privatrechtlichen Zielvertrages und zur Leistung</i> .....	583
IV. <i>Anspruch auf Abschluß des Zielvertrages</i> .....	584
V. <i>Zustandekommen und Inhalt des Zielvertrages</i> .....	585
1. <i>Vertragsperfektionierung</i> .....	585
2. <i>Gegenleistung für die unter Kontrahierungszwang stehende Leistung</i> .....	589
VI. <i>Rechtsbedingungen des Kontrahierungszwangs</i> .....	591
1. <i>Zumutbarkeit des Vertragschlusses</i> .....	591
2. <i>Leistungsfähigkeit des Anbieters</i> .....	593
VII. <i>Prozessuale Rechtsdurchsetzung</i> .....	594
1. <i>Klagziel</i> .....	594
2. <i>Klageart und Bestimmtheit des Klageantrages</i> .....	596
VIII. <i>Verhältnis zum allgemeinen Kontrahierungszwang</i> .....	597
IX. <i>Gesetzlicher Eingriff in die Vertragsbegründungsfreiheit und Grundrechtsschutz</i> .....	599
X. <i>Zusammenfassung</i> .....	600

#### *Fünfter Teil*

### *Kontrahierungszwang im Lichte der (De-)Regulierung einzelner Wirtschaftsbereiche am Beispiel des Zugangs zu „Netzwerken“*

603

§ 13 <i>Energiewirtschaft</i> .....	605
I. <i>Deregulierungsüberlegungen: Marktöffnung durch Zugang zu vorhandenen Leitungsnetzen</i> .....	606
II. <i>Kontrahierungszwang zum Zwecke der Durchleitung von Energie</i> .....	609
1. <i>Spezialgesetzlicher Netzzugang</i> .....	609
a. <i>Geschäftseröffnung und Interessenabwägung</i> .....	609
b. <i>Bestimmung des Durchleitungsentgeltes</i> .....	612
aa) <i>Grundsatz</i> .....	612
bb) <i>Kalkulationsmodelle</i> .....	614

(1) Preisbestimmung nach den Kosten einer fiktiven Stichleitung .....	614
(2) Preisbestimmung auf der Basis anteiliger Systemkosten .....	615
2. Grundsätze des allgemeinen Kontrahierungszwangs und besonderer deliktsrechtlicher Kontrahierungszwang .	618
§ 14 Telekommunikation .....	619
I. Deregulierungsschritte .....	619
II. (De-)Regulierung des wettbewerblichen Ordnungsrahmens .....	620
III. Wettbewerbsinitiiierung durch Verpflichtung zur Zusammenschaltung mit Konkurrenten .....	622
1. Spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang des TKG .....	622
2. Netzzugangsbedingungen .....	624
IV. Netzzugang bei Marktbeherrschung auf der Abnehmerstufe .....	625
1. Spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang des TKG .....	625
2. Kontrahierungszwang außerhalb des TKG .....	629
V. Zusammenfassung und Ausblick .....	628
§ 15 Bankdienstleistungen .....	631
I. Umstrukturierung des öffentlichen Bankensektors .....	632
II. Praxis des Netzzugangs für Girodienstleistungen .....	633
III. Reichweite des spezialgesetzlichen Kontrahierungszwangs .....	634
IV. Allgemeiner Kontrahierungszwang für Girodienst- leistungen .....	636
1. Vertragsziel .....	636
2. Voraussetzungen .....	637
IV. Zusammenfassung und Ausblick .....	639

*Sechster Teil**Allgemeiner und besonderer Kontrahierungszwang im System des Privatrechts*

643

§ 16 Relativität der Vertragsbegründungsfreiheit .....	644
§ 17 Allgemeiner Kontrahierungszwang und Institution des Vertrages: Die actio ad contrahendum .....	651
Literaturverzeichnis .....	659
Sachregister .....	715

*Erster Teil*

**Privatautonomie und Kontrahierungszwang  
im System des Privatrechts**

## § 1 Beschreibung des Untersuchungsgegenstandes

Eine Studie mit dem Titel „Privatautonomie und Kontrahierungszwang“ behandelt auf den ersten Blick Gegensätzliches. Der Zwang zum Abschluß eines Vertrages muß bei wörtlichem Verständnis als genaues Gegenteil jener aus der Privatautonomie abgeleiteten Vertragsfreiheit begriffen werden, deren Aufgabe es sein soll, rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung zu ermöglichen. In Übereinstimmung damit werden Formen des Kontrahierungszwangs zumeist als systemfremde, nur im Ausnahmefall sachlich hinzunehmende Begrenzungen der Privatautonomie angesehen. Dem gilt es auf den Grund zu gehen.

Das BGB als zentrale Kodifikation des deutschen Privatrechts, das schon aus diesem Grunde zunächst zu konsultieren ist, benennt den Grundsatz der Vertragsfreiheit nicht ausdrücklich, hat ihn jedoch an prominenter Stelle zu Beginn des ersten und zweiten Abschnitts des Zweiten Buches in den Geist der §§ 241 und 305 aufgenommen.<sup>1</sup> Diese Vorschriften des allgemeinen Vertragsrechts beschreiben einen rechtlichen Freiraum zur Eingehung gegenseitiger Verpflichtungen, ohne damit zum Vertragsschluß zu verpflichten.<sup>2</sup> Eine Vorschrift, die einen Kontrahierungszwang unter bestimmten Voraussetzungen explizit anordnet, existiert nicht. Und doch wird der „Alltag des Vertragsrechts“ entgegen dieser „Regel“ außerhalb des allgemeinen Vertragsrechts von Sachverhalten begleitet, die gemeinhin dem Kontrahierungszwang, also der Verpflichtung zur Eingehung einer Verbindlichkeit, zugerechnet werden. Während also im allgemeinen Vertragsrecht die Fahne der Vertragsfreiheit noch geißt wird,<sup>3</sup> scheint sie vor ihren Toren längst eingeholt worden zu sein. Im Vertragsalltag begegnet dem einzelnen der Kontrahierungszwang nicht nur beim Abschluß von Kfz-Haftpflichtversicherungsverträgen (§ 5 PflVG), sondern ebenso bei der Beförderung von Personen im öffentlichen Personenverkehr (§§ 22, 47 PersBefG) und auf den Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs (§ 10 AEG) wie auch bei der Lieferung von Energie an Tarifabnehmer (§ 10 EnWG), um nur einige spezialgesetzlich geregelte Fälle zu nennen, mit denen der private Nachfrager täglich in Berührung kommt. Während es sich dabei um tradierte Anwendungsfälle des Kontrahierungszwangs handelt, deren sachliche Berechtigung kaum noch weiter hinterfragt wird, belebt sich der

---

<sup>1</sup> Vgl. H. P. Westermann, Vertragsfreiheit, S. 26.

<sup>2</sup> Vgl. Burckhardt, Methode, S. 190 (zu Art. 13 Schweiz. ZGB).

<sup>3</sup> So die treffende Beschreibung von Kötz, Europäisches Vertragsrecht I, S. 16.

zumeist rechtspolitisch gefärbte Streit um den Kontrahierungszwang als Rechtsfigur immer dann, wenn der Kontrahierungszwang in neue Anwendungsfelder vorstößt: Hinzuweisen ist nur auf die bisweilen heftig geführte Diskussion um die Verpflichtung von Energieversorgungsunternehmen, Strom aus regenerativen Erzeugungsquellen in ihr Netz aufzunehmen (§ 2 StrEG).<sup>4</sup> Das Stromeinspeisungsgesetz mit seinem marktgerichteten Ansatz bricht sich in diesem Punkt am Selbstverständnis der Deregulierungsbemühungen, die mittlerweile auch den Sektor der Energiewirtschaft bestimmen und deren Anliegen ein staatlicherseits nicht bevormundeter Wirtschaftsverkehr ist.<sup>5</sup> Das genaue Gegenteil davon wird durch eine gesetzliche Verpflichtung zum Vertragsschluß bewirkt, die den an der Austauschbeziehung beteiligten Parteien das vertragliche Selbstbestimmungsrecht weitgehend entzieht.<sup>6</sup> Dennoch hat der Kontrahierungszwang gerade in jüngeren Deregulierungsgesetzen Einzug gehalten, wie sich am Beispiel der Regelungen in §§ 10, 14 Abs. 1 AEG und §§ 33, 35 f. TKG zeigt. Auch hier stellt sich die Frage, ob es sich um systemfremde oder sachlich zu rechtfertigende Begrenzungen der Vertragsfreiheit handelt.

Wer einem Kontrahierungszwang unterliegt, dem ist nicht nur die Freiheit der Abstandnahme vom Vertragsschluß mit einem bestimmten Partner genommen, sondern weitgehend auch die inhaltliche Gestaltungsfreiheit dieser Verträge, soweit sie, wie in den spezialgesetzlich statuierten Fällen, durch besondere Vertrags- oder Tarifordnungen geregelt sind. Die fehlende Möglichkeit individueller Vertragsgestaltung seitens des Verpflichteten wird nach verbreiteter Anschauung als notwendige Folge des Kontrahierungszwangs angesehen, da dessen Verpflichtungswirkung anderenfalls durch das Fordern unangemessener Vertragsbedingungen wieder aufgehoben und damit umgangen werden könnte.<sup>7</sup> Nach dieser Anschauung besteht die Funktion des Kontrahierungszwangs nicht lediglich darin, den Vorgang des technischen Vertragsschlusses durch Austausch sich entsprechender Willenserklärungen zu bewirken, sondern auch darin, die Parteien zu einem ganz bestimmten Leistungsaustausch hinzuführen. Damit scheint der Kontrahierungszwang im Sinne der eingangs getroffenen Gegenüberstellung sowohl der Vorstellung vertraglicher Abschlußfreiheit als auch der Vorstellung vertraglicher Gestaltungsfreiheit grundlegend zu widersprechen. Legitimierende Sachgründe für seine Anordnung ergeben sich offenbar allein aus dem Bedürfnis des Wirtschaftsverkehrs an einer güterbezogenen Sicherung von Vertragsgelegenheiten, nicht jedoch aus den Wertungen des Vertragsrechts selbst. Dafür spricht, daß

---

<sup>4</sup> Dazu unten § 11 III.

<sup>5</sup> Dazu unten § 13.

<sup>6</sup> Allgemein dazu *Kilian*, AcP 180 (1980), S. 47, 53 f.; *Vykydal*, JA 1996, 81, 82 ff.; aus dem älteren Schrifttum *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil I/2, § 162 IV 2 (S. 999 f.).

<sup>7</sup> Vgl. dazu nur *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1, 5; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47, 77; *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 31; *Soergel-Wolf*, Vor § 145, Rn. 102; *Staudinger-Bork*, Vorbem zu §§ 145 ff., Rn. 15.

der Kontrahierungszwang sich nicht mit der partiellen Korrektur eines von den Parteien autonom vereinbarten Vertragsinhalts begnügt, wie sie Folge der im Privatrecht verbreiteten Inhaltskontrolle ist, sondern mit dem vorgeschalteten Diktat des Vertragsschlusses die Vertragsfreiheit überhaupt in Frage zu stellen scheint. Das erklärt auch, warum eine vom Gedanken der Privatautonomie geprägte Zivilrechtsdogmatik im Umgang mit dem Kontrahierungszwang durchweg Probleme hat.<sup>8</sup> Während es sich bei der Vertragsinhaltskontrolle um ein weithin anerkanntes Kontrollinstrumentarium handelt, bei dessen Anwendung zuweilen wenig Scheu zu verspüren ist, werden Erscheinungsformen der Vertragsbegründungskontrolle allgemein reservierter betrachtet.<sup>9</sup> Dennoch ist anerkannt, daß sich eine gesetzliche Verpflichtung zum Vertragsschluß nicht nur aus den bereits bezeichneten spezialgesetzlichen Regelungen,<sup>10</sup> sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch aufgrund eines „allgemeinen“ Kontrahierungszwangs ergeben kann, dessen gesetzliche Grundlage – wegen des Fehlens einer vertragsrechtlichen Regelung – überwiegend in der deliktsrechtlichen Vorschrift des § 826 BGB gesehen wird.<sup>11</sup> Im Bereich des Wirtschaftsrechts ist der Kontrahierungszwang zudem als mögliche Rechtsfolge des allgemeinen Behinderungs- und Diskriminierungsverbots aus § 20 Abs. 1, 2 GWB (= § 26 Abs. 2 GWB aF.) anerkannt.<sup>12</sup>

Schon diese wenigen Hinweise auf die Erscheinungsformen und Wirkungen des Kontrahierungszwangs zeigen, daß diese Rechtsfigur im Privatrecht keineswegs ein Schattendasein führt, wie ein erster Blick auf §§ 241, 305 BGB vermuten läßt, sondern weite Bereiche des Vertragsrechts überstrahlt. Trotz dieser Allgegenwart wäre es freilich verfrüht, den Kontrahierungszwang deswegen bereits als tragende Säule der Vertragsrechtsordnung zu bezeichnen. Dem steht schon der angedeutete und einstweilen nicht auflösbare Widerspruch zum Grundsatz der Vertragsfreiheit entgegen. Allerdings wird die Annahme eines unversöhnlichen Gegensatzes zwischen Privatautonomie und Kontrahierungszwang durch eine weitere Beobachtung zumindest in Frage gestellt: Die vom Kontrahierungszwang ausgehenden Bindungen der Vertragsabschluß- und -gestaltungsfreiheit sind nämlich auch in anderem Zusammenhang nicht unbekannt und kommen zumindest der Wirkung nach dem Kontrahierungszwang nahe. Sinnfälliges Beispiel sind zum einen Normen wie §§ 571, 613 a BGB, nach denen der Vermieter bzw.

<sup>8</sup> Dazu *Raiser*, in: *summum ius, summa iniuria*, S. 145, 162.

<sup>9</sup> Dazu auch *Otto*, S. 6.

<sup>10</sup> Als solche wurden genannt §§ 10, 14 Abs. 1 AEG; § 10 EnWG; § 5 PflVG; §§ 22, 47 PBefG; § 2 StrEG; §§ 33, 35 f. TKG; weitere spezialgesetzlich geregelte Anwendungsfälle des Kontrahierungszwangs finden sich in §§ 48 ff. BRAO; § 6 EnWG; § 21 Abs. 2 S. 2 LuftVG; §§ 1 Abs. 1 S. 1, Abs. 4, 2 Abs. 1 S. 1 Milch- u. FettG; §§ 1 Abs. 2 S. 2, 23 Abs. 1, 110 Abs. 1 PflegeVG (BGBl. I 1994, 1014); § 1 PflVG; § 19 Abs. 1, 2 bzw. § 97 Abs. 1 TKG iVm. § 9 Abs. 1 TKV; § 61 UrhG; § 26 VerlagsG; §§ 6 Abs. 1, 11 Abs. 1 WahrnG.

<sup>11</sup> Dazu unten § 6 I 2.

<sup>12</sup> Dazu unten § 9 II; weitere Anknüpfungspunkte für einen kartellrechtlichen Kontrahierungszwang ergeben sich aus §§ 19, 20 Abs. 6 (iVm. § 33 S. 1 GWB).

Betriebsübernehmer im Wege der Vertragsübernahme in ein Schuldverhältnis mit Personen gezwungen wird, mit denen er freiwillig unter Umständen keinen Vertrag geschlossen hätte. Zum anderen werden etwa nach der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft bzw. vom „faktischen“ Arbeitsverhältnis die Parteien (für die Vergangenheit) an einem Schuldverhältnis festgehalten, obwohl der zugrundeliegende Vertrag auf fehlerhafter Grundlage beruht und deshalb vernichtbar ist. Eine Bindung der Vertragsabschlußfreiheit ist schließlich auch mit der Anwendung der Grundsätze über das Fehlen oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage verbunden, da die Parteien den Vertrag in Kenntnis der Umstände, die für eine (vorrangige) Vertragsanpassung maßgebend sind, möglicherweise gar nicht geschlossen hätten. Der Vertrauensschutzgedanke führt hier zu einer gesetzlichen Beschränkung der rechtlichen Selbstbestimmung.

Die genannten Beispiele reflektieren im Grunde nur, daß die Willensherrschaft als Grundvoraussetzung jeder Form rechtlicher Selbstbestimmung im Sinne der Formel *Friedrich Karl v. Savignys*<sup>13</sup> vom Willen als dem einzig Wichtigen und Wirksamen im geltenden Recht nicht vollkommen verwirklicht ist.<sup>14</sup> Der empirisch feststellbare, reale (subjektive) Wille des einzelnen ist zwar, wie sich aus § 133 BGB ergibt, Ausgangspunkt und Wertungsgrundlage vertraglicher Selbstbestimmung; die Auslegung der Vertragserklärung erfolgt jedoch, wie § 157 BGB zeigt, nach ihrer objektiv-normativen Bedeutung für einen in der konkreten Situation des Erklärungsempfängers befindlichen „reasonable man“ und nicht nach der sprecherbezogenen Bedeutung,<sup>15</sup> da es nicht um einseitige Interessenverwirklichung, sondern um Interessenverwirklichung im bi- oder mehrpolaren Verhältnis geht.<sup>16</sup> Damit werden „Momente der individuellen Selbstgestaltung wie der auferlegten Verantwortung für den zurechenbar gesetzten objektiven Willenserklärungstatbestand zusammengebracht.“<sup>17</sup> In der objektiv-normativen Korrektur des wirklichen Willens ist bereits angelegt, daß eine vom Standpunkt des Erklärenden aus vollkommene vertragliche Abschlußfreiheit *de lege lata* nicht besteht. Das illustrieren die bekannten Parkplatzfälle,<sup>18</sup> in denen der Nutzer bei Einfahrt in die Parkzone erklärt, er werde für die in Anspruch genommene Leistung kein Entgelt entrichten. Nach gefestigter Rechtsprechung des BGH,<sup>19</sup> die im Schrifttum weitgehend gebilligt wird, ist die *protestatio facto contraria* unbeachtlich; der Nutzer muß danach die objektive Erklärungsbedeutung seines Verhaltens gegen sich gel-

<sup>13</sup> *Savigny*, System III, S. 258: „Denn eigentlich muß der Wille als das einzig Wichtige und Wirksame gedacht werden, und nur, weil er ein inneres und unsichtbares Ereignis ist, bedürfen wir eines Zeichens, woran er erkannt werden könnte.“

<sup>14</sup> Vgl. dazu nur *Bärmann*, S. 88 ff.

<sup>15</sup> *Säcker*, MünchKomm BGB, Einl., Rn. 141; *ders.*, JurA 1971, 509, 514 ff.; vgl. auch *Singer*, S. 44 ff.

<sup>16</sup> Vgl. nur *Mayer-Maly*, MünchKomm. BGB, § 157, Rn. 6.

<sup>17</sup> *Säcker*, JurA 1971, 509, 519.

<sup>18</sup> Vgl. dazu nur *Palandt-Heinrichs*, Einf v § 145, Rn. 25 ff.

<sup>19</sup> BGHZ 95, 393, 399 – Maklerprovision; BGH NJW 1965, 387, 388 – Omnibusbahnhof.

ten lassen, so daß ein Vertrag mit dem Parkplatzbetreiber zustande kommt,<sup>20</sup> obwohl der Verwährende gerade das nicht gegen sich gelten lassen will.<sup>21</sup> Noch weitergehend ist die Abkehr vom Willensprinzip im Bereich der richterlichen ergänzenden Vertragsauslegung.<sup>22</sup> „Ungewollte“ vertragliche Bindungen können hier eintreten, da die auf Gesetz beruhende ergänzende Vertragsauslegung ein Instrument zur Entstörung unvollkommener Verträge ist, mit dem diese heteronom zu Ende gedacht werden.<sup>23</sup> Die ergänzende Vertragsauslegung trägt daher zuweilen den Charakter einer Willensfiktion, wenngleich sie eigentlich darauf angelegt ist oder darauf angelegt sein sollte, die Vertragslücke im Geiste der Parteien zu schließen.

Hält man sich die angeführten Bindungen der Vertragsabschlußfreiheit vor Augen, so wird deutlich, daß die Rechtsfigur des Kontrahierungszwangs im Hinblick darauf nicht außerhalb der geltenden Vertragsrechtsordnung steht. Die – nachvollziehbaren – Bedenken gegen ihre systematische Integration in das Vertragsrecht scheinen sich denn auch weniger auf die Tatsache der Bindung der Vertragsabschlußfreiheit zu beziehen, als vielmehr auf die „Schneidigkeit“, mit der die Parteien – entgegen aller Vorstellung von Selbstbestimmung – in einen Vertrag gezwungen werden. Die nach wie vor unsichere Konturierung des Kontrahierungszwangs als Rechtsfigur weckt zudem die Befürchtung, in ihm sei der Sprengstoff enthalten, der das Gebäude der Privatautonomie zum Einsturz bringt.

Der Kontrahierungszwang hat jedoch nicht nur Wirkungsparallelen zu anderen Formen der Bindung der Vertragsbegründungsfreiheit, mit denen den Beteiligten die Entscheidung über das Ob (und Wie) des Vertragsschlusses von der Rechtsordnung abgenommen wird; es gibt trotz unterschiedlicher systematischer Standorte auch Parallelen zum Instrumentarium der Inhaltskontrolle. Das gilt nicht nur für die bereits angesprochenen Rückwirkungen des Kontrahierungszwangs auf die Vertragsgestaltungsfreiheit, sondern auch für den rechtstatsächlichen Ausgangsbefund, der zur Statuierung des Kontrahierungszwangs bzw. der Inhaltskontrolle führt. Offenbar sucht nämlich der Gesetzgeber wie auch der Normwender sowohl mit dem Mittel des Kontrahierungszwangs als auch mit dem Mittel der vertraglichen Inhaltskontrolle durch Eingriffe in die Vertragsfreiheit alenthalben erkennbare Defizite im Handeln der Privatrechtssubjekte zu regulieren. Ausgangspunkt und Anlaß der Eingriffe ist dabei zumeist die rechtstatsächliche Beobachtung, daß das wirtschaftliche und zuweilen auch das intellektuelle

<sup>20</sup> Anders noch BGHZ 21, 319, 334 f. – Parkplatz; 23, 175, 177 f. – Stromversorgung; 23, 249, 261 – Hoferbfolge, wo in Anlehnung an *Haupts* Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis ein Vertragsschluß ohne Willenserklärung angenommen wurde.

<sup>21</sup> Dazu *Hart*, KritV 1986, 211, 223 f.

<sup>22</sup> Zu diesen Fällen vgl. etwa BGHZ 16, 71 ff. – Praxistausch; RGZ 117, 176 ff. – Wettbewerbsverbot.

<sup>23</sup> Vgl. dazu nur *Esser/Schmidt*, Schuldrecht AT I/1, § 10 I 2; *Hart*, KritV 1986, 211, 225 ff.; *Oechsler*, S. 235 ff.; *Singer*, S. 50 ff.

Verhandlungsgleichgewicht zwischen den Vertragsschließenden typischerweise gestört ist.<sup>24</sup> So wird die im Bereich staatlicher Eingriffe in den Privatrechtsverkehr anzusiedelnde Verbraucherschutzgesetzgebung,<sup>25</sup> die sich im Schuldvertragsrecht auch des Instrumentariums der Inhaltskontrolle bedient, als Antwort auf die fehlende Konsumenten-Souveränität und das dadurch hervorgerufene Verhandlungsungleichgewicht zwischen Anbietern und Nachfragern verstanden.<sup>26</sup> Nicht anders verhält es sich bei der Vertragsbegründungskontrolle auf dem Gebiet des Energieversorgungsrechts: Die eine allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht und damit einen Kontrahierungszwang statuierende Vorschrift des § 10 Abs. 1 EnWG ist in einem – immer noch – durch Auswahldefizite geprägten wirtschaftlichen Umfeld angesiedelt, in dem sich der um einen Vertragsschluß nachsuchende Verbraucher verträglichem Anbietern gegenüber sieht.

Die angedeuteten Regelungs- und Wirkungsparallelen von Vertragsbegründungs- und Vertragsinhaltskontrolle lassen einen vertragsrechtlichen Paradigmenwechsel im Sinne einer Abkehr vom Prinzip der Selbstbestimmung hin zu einer Indienstrafe des Vertrages für Zwecke einer gleichmäßigen Güterverteilung, von der formalen Freiheitsethik zur materialen Verantwortungsethik,<sup>27</sup> vermuten. Wer das vom Pathos der Selbstbestimmung getragene Vertragsleitbild der Väter des BGB vor Augen hat, dem muß es so erscheinen, daß Inhaltskontrolle und Abschlußzwang dem im BGB verwurzelten Gedanken der Vertragsfreiheit antinomisch gegenüberstehen und auf grundlegend anderen rechtlichen Ordnungsprinzipien beruhen.<sup>28</sup> Dieser Eindruck verstärkt sich signifikant durch die Kodifikationsentwicklung, da die dem Vertragsrecht des BGB nach dessen Inkrafttreten zu Teil gewordenen Korrekturen durchweg außerhalb des BGB verortet wurden, sieht man einmal von kodifikationsinternen Lösungen wie im Miet- und Reisevertragsrecht ab.

Angesichts einer Vielzahl versplitterter Einzelregelungen fällt es schwer, die Vorstellung aufrechtzuerhalten, es gebe ein einheitliches, vom BGB dominiertes und im wörtlichen Sinne der Vertragsfreiheit verpflichtetes „allgemeines“ Privatrecht. Es zeigt sich vielmehr das Bild eines Privatrechts, das zu Gunsten einzelner

<sup>24</sup> Ebenso *Hart*, *KritV* 1986, 211, 212, 239.

<sup>25</sup> Zum Verbraucherschutz als Rechtsproblem vgl. die gleichnamige Monographie von *Joerges*, S. 11 ff.; ferner *Dauner-Lieb*, S. 13 ff.

<sup>26</sup> Vgl. *Ramm*, in: *Gerechtigkeit*, S. 39 ff.; speziell zum Recht der AGB *Pflug*, S. 28 f.; *Lieb*, *AcP* 183 (1983), 327, 360.

<sup>27</sup> Vgl. zu dieser Fragestellung *Reuter*, *AcP* 189 (1989), 199 ff.

<sup>28</sup> So sieht etwa *Medicus*, *ZIP* 1989, 817, 819, in einer Stellungnahme zur Inhaltskontrolle in den sog. Bürgschaftsfällen in jeder „Ausweitung des § 138 Abs. 1 BGB“ eine Einschränkung der Privatautonomie; *Bydlinski*, *AcP* 180 (1980), 1, 4, bemerkt zum Kontrahierungszwang: „Der aufregendste Widerspruch (...) ist aber zweifellos jener, der zwischen dem Kontrahierungszwang einerseits und der Vertragsfreiheit als einem zentralen Element der Privatautonomie und damit der Privatrechtsordnung andererseits besteht.“; vgl. auch *Isay*, *KartRdsch.* 1929, 373, 376; *Pabst*, S. 7; *Wimpfheimer*, *KartRdsch.* 1929, 1, 7.

Interessentengruppen durch Vermehrung zwingender Rechtsnormen modifiziert ist; eines Privatrechts, das gleichsam aus einer Ansammlung unterschiedlicher thematischer Ausgliederungen („Nebengesetze“) und sonderprivatrechtlicher Regelungsmodelle besteht,<sup>29</sup> die es dem Betrachter zusehends erschweren, seine eigentlichen Ordnungsprinzipien noch als solche zu erkennen.<sup>30</sup> Zeugnisse dieser Entwicklung sind nicht zuletzt Rechtsgebiete wie das Arbeits- und das Wirtschaftsrecht<sup>31</sup>, die erst nach Inkrafttreten des BGB zur vollständigen Entfaltung gelangten, schon bald als Sonderprivatrechte ein Eigenleben zu entwickeln begannen und nicht selten sowohl Regelungen privatrechtlicher als auch öffentlich-rechtlicher Natur enthalten, die zu einer Einschränkung sowohl der Gestaltungs- als auch der Abschlußfreiheit führen. Andere „Ausgliederungen“ aus dem allgemeinen Privatrecht betreffen Materien, durch deren Regelung – häufig aufgrund richterrechtlicher Vorprägung – lediglich eine Ergänzung bzw. Modifizierung allgemeiner Lehren herbeigeführt wurde, ohne daß damit umfassende Sonderprivatrechte entstanden sind.<sup>32</sup> Der Sache nach geht es bei diesen Nebengesetzen, zu denen das AGB-Gesetz, das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften, das Verbraucherkreditgesetz, das Produkthaftungs- und das Umwelthaftungsgesetz zu rechnen sind, vielmehr um die rechtliche Bewältigung von Problemlagen in typisierten Lebenssachverhalten, bei denen zu meist die wirtschaftliche oder soziale Unterlegenheit bestimmter Gruppen von Privatrechtssubjekten eine Rolle spielt. Inhaltlich verklammert sind diese Fälle im weiteren Sinne durch den Gedanken des Verbraucherschutzes.<sup>33</sup> Ein hervorstechendes Beispiel ist insoweit das Abzahlungsgesetz als Vorläufer des Verbraucherkreditgesetzes, das bereits im Jahre 1894, also noch vor dem BGB, in Kraft trat.<sup>34</sup> Die Hinwendung zur „exklusiven“ Lösung allgemeiner vertragsrechtlicher Probleme resultiert letztlich aus der Erkenntnis, daß das „allgemeine“ Vertragsrecht nur bedingt geeignet ist, einen in den Augen aller Vertragsbeteiligten gleichermaßen „gerechten“ Vertragskompromiß herbeizuführen. Exemplarisch dafür steht das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Schon frühzeitig wurde beklagt, daß die Vertragsfreiheit nur allzugern von wirtschaftlich stärkeren Vertragspartnern dazu benutzt wird, um dem „schwächeren“ Vertragsteil wirtschaft-

<sup>29</sup> Dazu *Damm*, in: *Öffentliches Recht*, S. 85, 130 ff.; *Preis*, ZHR 158 (1994), 567, 569 ff.; *Scherrer*, S. 39 ff.; *Westen*, JZ 1993, 8, 15; *H. P. Westermann* AcP 178 (1978), 150, 151 ff.

<sup>30</sup> Dazu auch *Bartholomeyczik*, AcP 166 (1966), 30, 34 f.; *Lieb*, AcP 183 (1983), 327, 332; *Wieacker*, in: *Industriegesellschaft*, S. 9, 29.

<sup>31</sup> Vgl. dazu etwa *Assmann*, S. 167 ff.; *Piepenbrock*, S. 21 ff.; *Raiser*, *Zukunft*, S. 11 ff.; *Reichold*, in: *Jahrbuch 1992*, S. 63, 68; *Schmidt-Syaßen*, S. 8 ff.; *Wiethölter*, FS Böhm, S. 41 ff.

<sup>32</sup> Zur Abgrenzung von Sonderprivatrechten und Nebengesetzen vgl. *Bydlinski*, *System*, S. 415 ff.

<sup>33</sup> Vgl. nur *H. P. Westermann*, *Gutachten*, S. 8 ff.

<sup>34</sup> Zur Entstehungsgeschichte vgl. nur *H. P. Westermann*, *MünchKomm BGB*, 2. Aufl. 1988, Vor § 1 AbzG, Rn. 1 ff.

lich nachteilige Allgemeine Geschäftsbedingungen zu oktroyieren.<sup>35</sup> Die Rechtsprechung hat diese Sachverhalte zunächst unter Rückgriff auf § 138 BGB bzw. im Wege richterlicher Inhaltskontrolle nach dem Grundsatz von Treu und Glauben zu lösen gesucht.<sup>36</sup> Die auf die Generalklauseln des Zivilrechts gestützte richterliche Rechtsfortbildung wurde angesichts der Fülle der aufgetretenen Mißstände jedoch nicht als befriedigend empfunden, so daß sich der Gesetzgeber unter dem Eindruck der anhaltenden öffentlichen Diskussion<sup>37</sup> zu einer Kodifizierung in Gestalt des im Jahre 1976 in Kraft getretenen AGB-Gesetzes entschloß. Eine Parallele zu dieser Form der Einschränkung privatautonomer Gestaltungsfreiheit weist das Energiewirtschaftsrecht für die Einschränkung der Vertragsbegründungsfreiheit auf. Dort hat der Gesetzgeber die allgemeine Anschluß- und Versorgungspflicht für Energieversorgungsunternehmen freilich schon im Jahre 1935 statuiert, nachdem die Rechtsprechung zuvor den Weg eingeschlagen hatte, Vertragsverweigerungen am Maßstab der Sittenwidrigkeit zu überprüfen.

Es bleibt der Befund, daß die vertragliche Abschluß- und Gestaltungsfreiheit, so wie sie den Schöpfern des BGB vor Augen stand, im Laufe der Zeit vielfältige Einschränkungen erfahren hat. Diese Abkehr vom Leitbild des allgemeinen Vertragsrechts im BGB mag ihre soziologische Ursache darin haben, daß das BGB die Rechtswirklichkeit von vornherein nur unvollkommen erfaßte,<sup>38</sup> kann aber auch der zwischenzeitlichen Änderung der Lebensverhältnisse zugeschrieben werden.<sup>39</sup> Insbesondere der letztgenannte Aspekt, der durch den Wandel der wirtschaftlichen Verhältnisse seit Beginn des Jahrhunderts bestätigt wird, hat dazu geführt, daß „das wirklich ‚geltende‘ Privatrecht, besonders die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht, (...) nicht mehr aus dem Gesetzestext (...) abgelesen werden können“.<sup>40</sup> Diese Entwicklung ist zunächst durch die Rechtsprechung forciert worden, die nach der Feststellung *Wieackers*<sup>41</sup> schon unter der Ägide des Reichsgerichts „die formale Freiheitsethik, die der deutschen Privatrechtsordnung zugrunde lag, in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung zurückverwandelt“ hat. Die in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung angelegte Lehre vom allgemeinen Kontrahierungszwang mag als ein Beispiel dafür angesehen

<sup>35</sup> *Hedemann*, Recht, S. 13; *Nipperdey*, Kontrahierungszwang, S. 3; *Pappenheim*, FS Cohn, S. 289, 292 ff.; dazu auch *Kessler*, FS Martin Wolff, S. 67, 74 ff.

<sup>36</sup> Vgl. zusammenfassend BGHZ 22, 90, 94 ff. – Freizeichnungsklausel; ferner BGHZ 41, 151, 154 ff. – Allgemeine Lagerbedingungen (zu § 242 BGB); 60, 377, 380 ff. – Makler-AGB (zu § 242 BGB) und RGZ 143, 24, 28 f. – Stromlieferung I (zu § 138 BGB).

<sup>37</sup> Vgl. nur die Beschlüsse des 50. DJT 1974, abgedruckt in NJW 1974, 1987 f.

<sup>38</sup> *Schlosser*, S. 164 f., 167; *Reichold*, in: Jahrbuch 1992, S. 63, 68, der von einer „Scheinwelt“ der durch das BGB eröffneten Freiheitsphären spricht.

<sup>39</sup> Zu diesen rechtssoziologischen Aspekten auch *Rebe*, S. 16 f.; *Wieacker*, FS DJT II, S. 1, 6 f.

<sup>40</sup> *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 514 f.; vgl. auch *Schwark*, JZ 1980, 741, 741 ff.; *Säcker*, MünchKomm. BGB, Einl. Rn. 46.

<sup>41</sup> *Wieacker*, in: Industriegesellschaft, S. 9, 24; vgl. auch *Bartholomeyczik*, AcP 166 (1966), 30, 67; krit. *Kübler*, FS Raiser, S. 697, 708 f.

werden. Sie war für den Gesetzgeber auf anderen Gebieten wegweisend. Es liegt daher nicht fern, das geltende Vertragsrecht weniger als Instrument zur selbstherrlichen Regelung der Beziehungen der Individuen zu sehen, als vielmehr in seiner ebenfalls vorhandenen Dimension als soziale Institution zu erfassen.<sup>42</sup> Damit ergeben sich allerdings Zweifel, ob der eingangs herausgestrichene Gegensatz zwischen Privatautonomie und Kontrahierungszwang tatsächlich als solcher besteht oder ob es sich beim Instrument des Kontrahierungszwangs nicht vielmehr um eine Art immanente Begrenzung der Privatautonomie handelt. *Dieter Hart* plädiert in diesem Zusammenhang dafür, den Kontrahierungszwang und andere Formen der Vertragsbegründungskontrolle als Elemente „sozialer Steuerung“ in das Grundprinzip der Vertragsfreiheit zu integrieren.<sup>43</sup> Es gehe um „Sozialisierungen“ des Vertragsrechts in dem Sinne (...), daß der der Erklärung zugrundeliegende individuelle Wille des Rechtssubjektes gegenüber objektivierten (typisierten) Anforderungen an die Erklärung und damit an das Zustandekommen des Vertrages mehr und mehr zurücktritt, privatautonomes Handeln sich in einem sozial determinierten Rahmen bewegt.“<sup>44</sup>

Gegen diese Bewertung sprechen Äußerungen, die den Kontrahierungszwang geradezu als Paradigma für eine von außen an das Privatrecht herangetragene Beschränkung der Privatautonomie begreifen und damit die eingangs herausgestrichene These einer antinomischen Verbindung von Privatautonomie und Kontrahierungszwang stützen. *Hans Carl Nipperdey* hat in seiner nach wie vor grundlegenden Schrift „Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag“ aus dem Jahre 1920 in diesem Sinne von einer „Sozialisierung des Rechts“ gesprochen, um die Abkehr von der „formalen Freiheitsethik“ zu beschreiben.<sup>45</sup> *Arthur Nussbaum*<sup>46</sup> konstatierte in gleicher Weise eine Angleichung von privatem und öffentlichem Recht und auch *Wolfgang Kilian*<sup>47</sup> stellt aus heutiger Sicht ganz in diesem Sinne eine „Entprivatisierung des Privatrechts“ fest. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß der Einfluß des einzelnen Rechtssubjekts auf Vertragsschluß und -gestaltung zusehends zugunsten des überindividuell den Einzelnen fremdbestimmenden, gleichsam „sozialisierenden“ Willens des Gesetzgebers zurückgedrängt wird, der im Falle des Kontrahierungszwangs zu einem Vertragsschluß selbst gegen den Willen des Betroffenen verpflichtet. Das Regelgefüge des Privatrechts, das per se nicht auf die Verwirklichung vertragstranszendenten Ziele angelegt zu sein scheint, sondern allgemein mit dem Topos der Selbstbe-

<sup>42</sup> *Kessler*, FS Martin Wolff, S. 67, 78; *Reinhardt*, FS Schmidt-Rimpler, S. 115 f., 119; *Wieacker*, in: Industriegesellschaft, S. 9, 24 ff., 30.

<sup>43</sup> *Hart*, KritV 1986, 211, 212.

<sup>44</sup> *Hart*, KritV 1986, 211, 213.

<sup>45</sup> AaO., S. 105; vgl. auch *Hedemann*, FS Nipperdey, S. 251, 256 („Strom des Vordringens der sozialen Idee“); *Mertens*, S. 2, 32.

<sup>46</sup> *Nussbaum*, S. 3.

<sup>47</sup> AcP 180 (1980), S. 47, 77.

## Sachregister

- Absatzmittlungsverhältnisse
  - Aktionsparameter 308
  - Beratung 310 f.
  - Franchising 348
  - Geschäftsausstattung 310 f., 388
  - Handelsfunktionen 389
  - Kundenberatung 388
  - Lagerhaltung 388
  - Preisgestaltung 309 f., 389
  - Produktqualität 311
  - qualitative Selektion 381, 386, 388 f.
  - quantitative Selektion 380, 386, 388 f.
  - Service 310 f.
  - Sortimentsgestaltung 388
  - Vertragstreue 388
  - Vertragsverweigerung 306
  - Warenpräsentation 388
  - Werbung 311
- Actio ad contrahendum 651 ff.
- Allgemeine Geschäftsbedingungen 8
- Allgemeiner Kontrahierungszwang
  - actio ad contrahendum 651 ff.
  - Allgemeininteresse 239, 257, 409
  - Auskunftspflicht 263
  - Außenschranken 237
  - Bankdienstleistungen 636 ff.
  - Drittinteressen 257
  - einstweilige Verfügung 270 ff.
  - Energieversorgung 470 ff.
  - Energiewirtschaft 618
  - Freiheitssicherung 236 f., 470, 648, 653
  - Geschäftsgrundlagenlehre 247
  - Girovertrag 636 ff.
  - Gleichbehandlung 258
  - Herleitung 142 ff., 598, 651 ff.
  - Individualinteresse 239, 409
  - Klageantrag 267 ff.
  - Klageart 267 ff.
  - Klagverbinding 264 ff.
  - Leistungsanspruch 264 ff.
  - Leistungsbestimmungsrecht 252 ff., 257 ff.
  - Leistungsfähigkeit 243, 262
  - Mitwirkungspflicht 263
  - Nebenpflichten 262 f.
  - Prozeßrecht 264 ff.
  - qualifizierte Vertragsverweigerung 238, 241 f., 657
  - Rechtsinstitut 236 ff.
  - Rechtsprechung 162 ff.
  - Rechtszwang 240 f.
  - Reservekapazität 243
  - schuldrechtliche Sonderverbindung 243 f.
  - Telekommunikation 628
  - Treuepflicht 263
  - Unzumutbarkeit 210
  - verhaltener Anspruch 242
  - Vertragsabhängigkeit 131 ff., 203 ff.
  - Vertragsbegründungsfreiheit 237 f., 240, 257
  - Vertragsgeneigntheit 136 ff., 206 ff.
  - Vertragsgestaltungsfreiheit 246, 248, 257
  - Vertragsinhalt 135, 247 ff.
  - Vertragsschluß 245 ff.
  - Vertragstreue 129 ff.
  - Verzögerungsschaden 244
  - Vollstreckung 267 ff.
  - Willensmängel 247
- Anschluß- und Versorgungspflicht
  - Abhängigkeitsverhältnis 406 f.
  - Allgemeininteresse 454, 460, 462, 470
  - Anspruchskonkurrenzen 470
  - Daseinsvorsorge 408
  - Einzelfälle 445 ff.
  - Entstehungsgeschichte 409 f.
  - Gebietsversorgung 414, 416 f., 500
  - Grundlagen 406 ff.
  - Inhalt 456 ff.
  - Insolvenz 450 ff., 468 f.
  - Jedermann-Pflicht 473
  - Kontrahierungszwang 473 ff.
  - Kündigungsrecht 464, 477
  - Leistungsverweigerungsrecht 464 ff.
  - Letztverbraucher 444 ff., 453 ff.
  - Normadressaten 414 ff.

- Normbegünstigte 444 ff.
- Sonderabnehmer 447 ff.
- Sonderrechtsbeziehung 455 f.
- Sozialhilfe 468, 473
- Tarifikanntmachung 442 f.
- Tarifversorgung 439 ff., 459 f.
- Teil-/Zusatzversorgung 449
- Verfassungsmäßigkeit 482 ff.
- Versorgungsanspruch 454 ff.
- Versorgungsbedürfnis 444 ff.
- Versorgungseinstellung 464, 467, 477
- Versorgungsmonopol 409, 436 ff.
- Vertragsschluß 474 ff.
- Vorleistungspflicht 477
- Voraussetzungen 414 ff.
- wirtschaftliche Unzumutbarkeit 446, 459 ff.
- Zahlungsrückstände 463
- Zweck 410 ff., 439, 454
- Arbeitsrecht**
- Arbeitnehmerüberlassung 117
- Benachteiligungsverbot 114, 129, 213 ff., 283, 293
- Weiterbeschäftigungsverlangen 115
- Aufnahmewang**
- Herleitung 173, 179, 193 f., 652
- Rechtsprechung 173, 179
- Bankdienstleistungen**
- allgemeiner Kontrahierungszwang 636 ff.
- Deregulierung 632 f.
- Girodienstleistungen 631 ff.
- Netzzugang 631, 633 ff.
- öffentlicher Bankensektor 632 f.
- spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang 634 ff.
- Besonderer Kontrahierungszwang**
- deliktsrechtlicher 290 ff.
- Energieversorgung 473 ff.
- Energiewirtschaft 618
- Ergänzungsfunktion 297
- Funktion 277 ff.
- Gemeinwohlverpflichtung 278, 297, 576
- Girovertrag 639
- Spezialgesetze 299 ff., 473 ff., 510 ff., 575 ff.
- Struktur 277 ff.
- culpa in contrahendo**
- Haftungsumfang 144
- Kontrahierungszwang 143 ff.
- Rechtsfolgenbeschränkung 147
- Daseinsvorsorge 183, 186 f., 195, 227 f., 239, 408
- Deregulierung**
- Energierecht 3, 405
- Netzwerke 603 ff.
- Telekommunikation 619 ff.
- Diskriminierung**
- Geschlecht 278 ff.
- Hautfarbe 278 ff.
- Herkunft 278 ff.
- Rasse 278 ff.
- systematische 336 f.
- Diskriminierungsverbot**
- Abhängigkeitsverhältnis 332, 335 ff.
- Absatzmittlungsverhältnisse 312 ff.
- Abwägungsmaßstab 375, 390
- Abwägungsverfahren 372 ff., 384 f.
- Allgemeininteresse 323 f.
- Ausweichmöglichkeit 338 ff.
- Bezugsabhängigkeit 344 ff.
- Einzelfälle 385 ff.
- Energiewirtschaft 305, 610 ff.
- Entfaltungsschutz 312, 322, 349 f., 376, 380 f., 385, 394
- gleichartige Unternehmen 352 ff.
- Handlungsfunktionen 354 ff.
- Individualschutz 312, 375
- Institutionenschutz 312, 375 f., 393
- Interessenabwägung 370 ff., 393
- Interessenträger 370 ff.
- Kartellrecht 170 f., 204, 301 ff.
- knappheitsbedingte Abhängigkeit 348
- Kontrahierungszwang 302, 392 ff.
- Kundenerwartung 345 f.
- Leistungswettbewerb 377 f.
- Lieferabbruch 385 f., 390
- Lieferverweigerung 304
- marktbeherrschende Unternehmen 325 ff.
- Marktmacht 384
- Marktöffnung 321, 324, 376, 379, 382, 385, 387 f.
- Marktstrukturkontrolle 360 ff.
- Marktverhaltenskontrolle 360 ff.
- Mittelstandsschutz 322, 333, 349, 377
- Monopolrechtsprechung 301
- Nachfragenvolumen 387
- Normadressaten 324 ff.
- Normbegünstigte 335 ff.
- Normstruktur 312 ff.
- preisbindende Unternehmen 330
- quasinegativer Abwehranspruch 397
- Rechtswang 400
- Schadensersatz 396 f.

- sortimentsbedingte Abhängigkeit 344 ff.
  - Spitzengruppenabhängigkeit 346
  - Spitzenstellungsabhängigkeit 345
  - Telekommunikation 621, 627 f.
  - üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr 357 ff.
  - unternehmensbedingte Abhängigkeit 346 ff., 350
  - Unternehmensvereinigungen 329 f.
  - Verhältnismäßigkeit 383 f.
  - Verhaltenskorrektur 312
  - Vertragsgestaltungsfreiheit 582
  - vertragsmächtige Unternehmen 332 f.
  - Vertragsverweigerung 304, 312 ff., 370
  - wettbewerbliche Gleichbehandlung 304, 321, 399 ff.
  - Wettbewerbsschutz 323 f.
  - Zweck 312 ff., 344
- Eigentumsfreiheit 56
- Energielieferungsvertrag
- Rechtsnatur 479 ff.
  - Vertragsinhalt 451
- Energierecht
- Anschluß- und Versorgungspflicht 405 ff.
  - Demarkationsverträge 406, 426
  - Durchleitung 305
  - Gebietsaufspaltung 426 ff.
  - Kontrahierungszwang 473 ff.
  - Konzessionsabgaben 428
  - Konzessionsverträge 406, 426
  - Stromeinspeisungsgesetz 489 ff.
  - Tarifeinheit 423 ff.
  - Tarifspaltung 427
- Energieversorgung
- Allgemeininteresse 414, 462
  - Anschluß- und Benutzungszwang 482
  - Anschluß- und Versorgungspflicht 405 ff.
  - Baukostenzuschuß 428, 469 f.
  - billige 412
  - Daseinsvorsorge 408, 414, 479, 481
  - Durchleitung 604
  - Durchleitungsentgelt 612 ff.
  - Ersatzinvestitionen 454
  - Erweiterungsinvestitionen 454
  - Fremdversorgung 417 f.
  - Gebietsversorgung 414, 416 f., 500
  - geschlossene Versorgungsgebiete 406
  - Interimsphase 430 ff.
  - Kontrahierungszwang 473 ff.
  - Leitungsgebundenheit 437
  - Leitungsnetz 419
  - Mischkalkulation 429, 462
  - Normverträge 442
  - öffentliche 481
  - preisgünstige 412 f., 437, 453 f.
  - Quersubventionierung 425, 462, 469
  - sichere 412, 437 ff., 453 f.
  - Sonderabnehmer 442
  - Staatsaufsicht 456
  - Take-or-pay-Klausel 559
  - Tarifkunden 423 ff.
  - Tarifversorgung 439 ff., 459 f.
  - umweltverträgliche 412
  - Versorgerwechsel 430
  - Versorgungsgebiet 420 ff.
  - Wegenutzungsentgelt 432 ff.
  - Wegenutzungsrecht 420 ff.
- Energieversorgungsunternehmen
- Begriff 414 ff.
  - Betriebsaufnahmegenehmigung 421
  - Geschäftseröffnung 418 ff.
  - Grundrechtsberechtigung 482 f.
  - Versorgungsbereitschaft 418 ff., 421 f.
  - Versorgungsgebiet 420 ff.
- Energiewirtschaft
- Deregulierung 405, 605 f.
  - essential-facilities-Doktrin 608 ff.
  - Kontrahierungszwang 606 ff.
  - Marktöffnung 606 ff.
  - Rekommunalisierung 426, 430
  - spezialgesetzlicher Netzzugang 609 ff.
  - Stromverbändevereinbarung 491 f., 500 f., 543 ff., 569, 614
- Essential facilities 304, 353, 363 ff.
- Essential facilities – Doktrin
- Anwendungsbeispiele 363 ff.
  - Auswahlfreiheit 368
  - Energiwirtschaft 608 ff.
  - Leitgedanken 365 ff.
  - Marktstrukturkontrolle 367 ff., 497
  - Telekommunikation 622
- Gewerbebetrieb
- eingerichteter und ausgeübter 216 ff., 561 f.
- Gleichbehandlungsrichtlinie 284
- Gleichheitssatz
- allgemeiner 279
  - Kompensationsfunktion 291
  - Kontrahierungszwang 194, 278 ff.
  - Ordnungsfunktion 291
  - spezieller 278 ff., 291
- Gleichstellungsgesetze 283
- Grundrechte
- Abwehrrechte 25

- Drittwirkung 59 f.
- Europäische Union 36 ff.
- Innominatrecht 55
- objektive Dimension 25 f.
- Optimierungsgebot 28
- Prinzipiennormen 27
- Verwirklichungsgebot 27
- Gute Sitten
  - Funktion 151 f., 651
  - Institutionenlehre 159
  - Konkretisierung 153 ff.
  - Naturrecht 156
  - Objektivierung 157 ff.
  - ordre public 154 f.
  - positives Recht 155
  - Prinzipienmodell 156 ff.
  - Rechtsfortbildungsfunktion 153 ff., 651
  - Sozialmoral 153 ff.
- Handlungsfreiheit
  - allgemeine 22 ff., 36
  - Grundrecht 25 ff.
  - wirtschaftliche 24, 35
- Hoheitsakt
  - privatrechtsgestaltender 116
- institutionelles Rechtsdenken 105 ff., 653 ff.
- Kartellrecht
  - Absatzmittlungsverhältnisse 306 ff.
  - Diskriminierungsverbot 170 f., 204, 301 ff.
  - gesellschaftspolitische Zielsetzung 319
  - GWB 170 f.
  - Kartellverordnung 171
  - Marktmißbrauch 306
  - wirtschaftspolitische Zielsetzung 318
- Kontrahierungszwang
  - absoluter 118
  - allgemeiner 4, 117 ff., 236 ff.
  - Allgemeininteresse 177, 199, 203, 210, 239, 257
  - Anwendungsfälle 2
  - Arbeitsrecht 213 ff.
  - Aufnahmezwang 173, 179, 193 f., 652
  - Auskunftspflicht 263
  - Außenschranken 127 f., 580 f.
  - Bedürfnisbefriedigung 181
  - Bedürfnispräferenz 136
  - Begriff 110 ff.
  - besonderer 118 f., 277 ff., 290 ff., 474, 575 ff., 618, 639
  - culpa in contrahendo 143 ff.
  - Daseinsvorsorge 183, 186 f., 195, 227 f., 239, 583 f.
  - Deliktsrecht 151 ff., 290 ff.
  - doppelter 576, 582
  - Drittinteressen 140, 257
  - einstweilige Verfügung 270 ff.
  - Energieversorgung 473 ff.
  - Energiewirtschaft 606 ff.
  - freiheitssichernder 140, 161, 195, 198, 207, 239, 278
  - Funktion 110 ff.
  - gemeinwohlverpflichteter 140, 161, 576, 578, 597 f., 646
  - Geschäftsgrundlagenlehre 247
  - Gleichbehandlung 258
  - Gleichheitssatz 194, 278 ff.
  - Klagantrag 267 ff.
  - Klageart 267 ff.
  - Klagverbindung 264 ff.
  - Konzessionserteilung 183 ff.
  - Individualinteresse 239
  - Interessenverfolgung 127 ff., 198 ff., 202
  - lebenswichtige Güter 189 f., 199
  - Leistungsanspruch 264 ff.
  - Leistungsbestimmungsrecht 252 ff., 257 ff.
  - Leistungsfähigkeit 139, 209 f., 243, 262
  - Leistungsinteresse 131 ff.
  - leistungssichernder 282
  - mittelbarer 117 f.
  - Mitwirkungspflicht 263
  - Monopolmißbrauch 162 ff.
  - multifunktionaler 578, 580
  - Naturalprästition 151, 224
  - Naturalrestitution 151, 220 ff.
  - Nebenpflichten 262 f.
  - Normalbedarf 174, 196, 200
  - Notbedarf 189, 196
  - Persönlichkeitsrecht 212 ff.
  - Prozeßrecht 264 ff., 594 ff.
  - public utilities and services 185
  - quasinegatorischer Abwehrensanspruch 225 ff.
  - quasinegatorischer Beseitigungsanspruch 230 ff.
  - quasinegatorischer Unterlassungsanspruch 227 ff.
  - Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb 216 ff.
  - Rechtszwang 112, 240 f., 583 f., 647
  - relativer 118
  - Reservekapazitäten 209 f., 243, 593 f.
  - Schadensersatz 220 ff.

- schuldrechtliche Sonderverbindung 243 f.
  - Schutzgesetzverletzung 219 ff.
  - service public 183 ff.
  - soziale Machtstellung 193 f.
  - Sozialstaatsprinzip 194
  - spezialgesetzlicher 299 ff., 473 ff., 510 ff., 575 ff., 634 ff.
  - Steuerungsleistung 581
  - Stromeinspeisung 489 ff.
  - Telekommunikation 622 ff.
  - Treuepflicht 263
  - unmittelbarer 118
  - Versorgungsaufgabe 169, 192 ff., 195
  - Vertragsbegründungskontrolle 4, 67, 290 ff.
  - Vertragsgestaltungsfreiheit 246, 248, 647 ff.
  - Vertragsverweigerung 187 ff.
  - wirtschaftlicher 143, 145
  - wirtschaftspolitischer 282 f., 578, 579 f., 622
- Marktbeherrschung
- Grundtatbestand 325 f.
  - Oligopolatbestand 326 f.
  - preisbindende Unternehmen 330
  - Vermutung 327
- Monopol
- Begriff 167 ff., 174 ff., 180 f., 191 f.
- Netzwerke
- Bankdienstleistungen 631 ff.
  - Deregulierung 603 ff.
  - Energiewirtschaft 605 ff.
  - Kontrahierungszwang 604
  - Netzzugang 604
  - Telekommunikation 618 ff.
- Öffentliches Recht 11 f., 238
- Option 113
- Persönlichkeitsrecht
- allgemeines 212 ff., 288 f.
  - Benachteiligungsverbot 213 ff.
  - Bewirtungsverträge 214 ff.
  - Kontrahierungszwang 212 ff.
  - wirtschaftliches 213
- Price-cap-Modell 624
- Prinzipienmodell 16 f., 102 ff., 160 f., 656 f.
- Privatautonomie
- Assoziationsfreiheit 30
  - Begriff 13, 20
  - Eigentumsfreiheit 30, 56
  - Erscheinungsformen 30
  - Rechtsgestaltungsfreiraum 19
  - Sinngehalt 14
  - Testierfreiheit 30, 57 f.
  - Vertragsfreiheit 30, 63
- Privatrecht
- Nebengesetze 8
  - Sonderprivatrecht 8
- Privatrechtsgesellschaft 50 f.
- Privatrechtsordnung
- Grundgesetz 22 ff.
  - heteronome 42 ff., 645
  - privatautonome 42 ff., 645
- Public utilities and services 185
- Rechtsfortbildung 85, 282, 651 ff.
- Rechtsidee 17
- Rechtsprinzipien 16 f., 102 ff., 160 f., 656 f.
- Rechtswerte 17
- Refus de vente 302
- Schaden
- Ersatz 220 ff.
  - normativer 222
- Schuldrecht
- Typenfreiheit 71
- Schwerbehindertengesetz 114, 283
- Selbstbestimmung
- rechtsgeschäftliche 2, 14 ff., 644 ff.
- Selbstbestimmungsprinzip
- Grundsatz 16 ff., 52, 60 f., 80
  - Interessendurchsetzung 64
- Service public 183 ff.
- Sozialstaatsprinzip 194
- Spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang
- Allgemeininteresse 575 ff., 597 f., 628
  - Anspruchskonkurrenzen 597 f.
  - Bankdienstleistungen 634 ff.
  - Bedeutung 580 f.
  - Daseinsvorsorge 583 f.
  - Energieversorgung 473 ff.
  - Energiewirtschaft 609 ff.
  - Entgeltregulierung 589 ff.
  - Funktionen 575 ff.
  - Gegenleistung 589 ff.
  - Gemeinwohlverpflichtung 576, 578, 597 f., 646
  - Individualschutz 576
  - Kartellrecht 301 ff.
  - Klageantrag 596
  - Klageart 596
  - Klagziel 594 f.

- Leistungsfähigkeit 593 f.
- leistungssichernder 578 f.
- Lenkungsziel 576
- multifunktionaler 578, 580
- Prozeßrecht 594 ff.
- Rechtszwang 583 f.
- Reservekapazitäten 593 f.
- Sachgründe 578 ff., 599 f.
- schuldrechtliche Sonderverbindung 585
- Steuerungsleistung 581
- Stromeinspeisung 510 ff.
- Strukturen 575 ff.
- Telekommunikation 622 ff., 625 ff.
- Verfassungsmäßigkeit 599 f.
- vertragliche Außenschranke 580 f.
- Vertragsanspruch 584 f.
- Vertragsgestaltungsfreiheit 583, 586 ff.
- Vertragsschluß 585 ff.
- Vertragstreue 591 f.
- wirtschaftliche Unzumutbarkeit 586 f., 593 ff.
- wirtschaftspolitischer 578, 579 f., 622
- Stromabnahmepflicht
  - Abnahmeanspruch 512
  - Abnahmebereitschaft 514
  - Abnahmemonopol 496
  - Abnahmewahlrecht 517
  - Alt-Anlagen 498
  - Anbietersauswahl 498
  - Andienungszwang 512
  - Anspruchskonkurrenzen 570 f.
  - Ausnahmen 501 ff.
  - Energieträgerprivileg 507 ff.
  - Ersatzhaftung 533 ff.
  - Erweiterungsinvestitionen 515 f.
  - Fremdgebietserzeugung 497 ff.
  - Gebietsversorgungsunternehmen 495
  - Großanlagenvorbehalt 508
  - Inhalt 512 ff.
  - Investitionspflicht 515 f.
  - Konkurrentenförderung 560
  - Kontrahierungszwang 510 ff., 556 ff.
  - Leistungsort 513
  - Mischerzeugung 507 f., 518 f., 571
  - Nebenpflichten 511
  - Netzbetreiber 495
  - Netzkapazität 515, 517
  - Normadressaten 495 ff.
  - Normbegünstigte 497 ff.
  - Sekundärhaftung 495
  - Sonderrechtsbeziehung 511
  - staatliche Erzeugungsanlagen 501 f.
  - Stromeinspeisungsgesetz 489 ff.
- Stromwertigkeit 499, 531, 566
- Überschußstrom 500
- Umfang 512 ff.
- unbillige Härte 520 ff.
- Verfassungsmäßigkeit 489 ff., 538 ff.
- Vergütungshöhe 518 f.
- Vergütungssystem 546
- Vertragsgestaltungsfreiheit 512
- Vertragsschluß 512
- wirtschaftliche Unzumutbarkeit 499, 508 f., 519 ff.
- Stromeinspeisung
  - Abnahmepflicht 489 ff., 495 ff.
  - Beihilferecht 551 ff.
  - Mindestvergütung 489 f., 492, 498, 511, 550, 556, 567
  - Netzzugang 496
  - Netzzugangskosten 513
  - Stromverbändevereinbarung 491 f., 500 f., 543 ff., 569, 614
  - Subventionierung 490, 551 ff., 555
  - vermiedene Kosten 492, 544 f., 570
- Stromeinspeisungsgesetz
  - Absatzsicherung 553 ff.
  - Allgemeininteresse 494, 555 ff.
  - Anwendungsbereich 507 ff.
  - Klimaschutz 493, 508 f., 510, 569
  - Marktöffnung 550
  - Marktstrukturkorrektur 494, 496 f., 571
  - Ordnungspolitik 568 ff.
  - Ressourcenschonung 493, 508 f., 510, 569
  - Zweck 491 ff.
- Stromerzeugung
  - Kraft-Wärme-Kopplung 492 f., 510
  - regenerative Energiequellen 492
- Subjektive Rechte 19 f.
- Tarifgenehmigung
  - Energieversorgung 504 f., 523 ff.
- Telekommunikation
  - allgemeiner Kontrahierungszwang 628
  - Deregulierung 619 ff.
  - Diskriminierungsverbot 621, 627 f.
  - essential-facilities-Doktrin 622
  - Marktöffnung 620, 623, 628 ff.
  - Netzzugangsbedingungen 620, 624 f.
  - price-cap-Modell 624
  - spezialgesetzlicher Kontrahierungszwang 622 ff., 625 ff.
  - Universaldienstleistungen 626
  - Zusammenschaltung 620 f., 629
- Testierfreiheit 30, 57 f.

- Unternehmen
  - Begriff 324
  - marktbeherrschende 324 ff.
  - marktstarke 324
  - preisbindende 324, 330 ff.
  - verlagsmächtige 332 f.
- Unternehmensvereinigungen
  - marktstarke 324, 329 f.
- Verbraucherschutz 7, 52, 86, 96
- Vereinigungsfreiheit 56 f.
- Verhandlungsungleichgewicht 6 f., 78
- Vertrag
  - Austauschgerechtigkeit 41, 76, 89
  - Bipolarität 59 ff.
  - diktiert 116, 647
  - Funktionsmodelle 74 ff.
  - Inhaltskontrolle 4, 6, 71, 81, 84, 94 ff.
  - Konsensualprinzip 47
  - objektive Richtigkeitsgewähr 76 ff.
  - Rechtsgestaltungsinstrumentarium 125
  - strukturelle Ungleichgewichtslage 95
  - subjektive Richtigkeitsgewähr 87 ff., 90
- Vertragsabhängigkeit
  - konditionale 134 ff.
  - Leistungsinteresse 131 ff.
  - räumlich-zeitliche 133 f.
  - sachliche 133
- Vertragsabschlußgebote
  - imperative 282 ff.
  - influenzierende 282 ff.
- Vertragsauslegung
  - ergänzende 6
- Vertragsbegründungsfreiheit
  - Beschränkung 2 ff., 113 ff., 647
  - Grundsatz 237 f.
  - institutionelle Schranken 649 f., 653 ff.
  - Mißbrauch 125 f., 151 f., 159, 651 f.
  - negative 127, 140, 147 ff., 232 f.
  - positive 127, 148, 233, 252, 289
  - Relativität 644 ff.
- Vertragsbindungen
  - sittlich-moralische 113
  - wirtschaftliche 113 f.
- Vertragsfreiheit
  - Abänderungsfreiheit 65, 70
  - Abschlußfreiheit 3, 41 f., 64, 67 ff.
  - Auflösungsfreiheit 65
  - Außenschranken 66, 71, 73 ff., 103, 580 f.
  - Ausübungsformen 63 ff.
  - Beendigungsfreiheit 65, 70
  - Begriff 72 f.
  - Code civil 48
  - Einschränkungen 2 ff., 73, 113 ff., 647
  - formale 74, 102, 194
  - Funktionsbedingungen 73, 125
  - Funktionsgewährleistung 52, 64, 75, 104, 126, 131, 150, 160, 195, 197 ff., 237 ff., 281
  - Gestaltungsfreiheit 3, 41, 65, 70 f., 105
  - Grundsatz 2
  - Historische Rechtsschule 48 ff.
  - immanente Schranken 103, 649 f., 653 ff.
  - Inhaltsbestimmung 61 f.
  - Interessenschutz 72
  - Interessenverfolgung 72
  - Kontrahentenwahlfreiheit 64 f., 67 ff.
  - materielle 74, 76 ff., 92, 194
  - Mehrdimensionalität 5, 72 f., 102 ff., 215, 644 ff.
  - Merkantilismus 47
  - Mißbrauch 125 f., 151 f., 159, 651 f.
  - Regel-Ausnahme-Prinzip 646
  - Reichweite 53 ff.
  - römisches Recht 46
  - Verfassungsrecht 53 ff.
  - Vertragsbegründungsfreiheit 67 ff., 105, 111, 146 ff., 232 f., 647, 649 ff.
- Vertragsgerechtigkeit
  - materielle 28, 49, 51, 82 ff., 86
- Vertragsparität
  - gestörte 29, 78, 81
  - Theorie der 90 ff.
- Vertragsrecht
  - Geltungsgrund 12
  - soziale Institution 10
  - Vertrauensschutz 125, 143, 147
- Vertragsschluß
  - kraft Gesetzes 116 f.
- Vertragstheorien
  - soziale 86 f.
  - Theorie der rechtsgeschäftlichen Entscheidungs-freiheit 98 ff.
  - Theorie der Selbstherrlichkeit 100 ff.
  - Theorie des informationellen Gleichgewichts 96 ff.
- Vertragsübernahme
  - gesetzliche 114 f.
- Vertragsverweigerung
  - Dauerwirkung 234
  - einfache 221
  - illoyale 187 ff.
  - qualifizierte 127 ff., 141 f., 147, 215, 221, 232 ff., 238, 289, 657
  - willkürliche 187 ff.

- Vertragszielbestimmung
  - autonome 87 ff.
  - heteronome 76 ff.
- Vorvertrag 113
- Wertideen
  - Gerechtigkeit 17
  - Rechtssicherheit 17
  - Zweckmäßigkeit 17
- Wettbewerb
  - Antriebsfunktion 350, 359
  - Begriff 315, 319 f.
  - dynamischer 316
  - Entdeckungsverfahren 34, 318, 387
  - Erscheinungsformen 317 f., 379, 381
  - funktionsfähiger 316
  - Institution 315, 379
  - Marktformenlehre 316
  - Marktmodelle 316
  - oligopolistische Konkurrenz 316
  - Vertragswettbewerb 69, 93
  - vollkommene Konkurrenz 315
- vorstoßender 316
- Wettbewerbsfreiheit 29
- Wettbewerbsparameter
  - Distributionswettbewerb 317 f., 379, 381
  - Preiswettbewerb 317, 379, 381
  - Produktwettbewerb 317
  - Qualitätswettbewerb 317, 379, 381
  - Servicewettbewerb 317, 379, 381
- Wettbewerbsschutz
  - Entfaltungsschutz 320 ff., 382
  - Individualschutz 313 ff.
  - Institutionenschutz 313 ff., 382
  - Parameterschutz 382
  - Verhaltenskontrolle 313
- Wettbewerbstheorie 317
- Wirtschaftsfreiheit 29
- Wirtschaftsverfassung
  - Europäische Union 34 ff.
  - Grundgesetz 30 ff.
  - Soziale Marktwirtschaft 31 ff.
  - staatsinterventionistische 39 ff.
  - Zentralverwaltungswirtschaft 40

# Jus Privatum

## *Beiträge zum Privatrecht*

### Alphabetische Übersicht

- Assmann, Dorothea*: Die Vormerkung (§ 883 BGB). 1998. *Band 29*.
- Bayer, Walter*: Der Vertrag zugunsten Dritter. 1995. *Band 11*.
- Beater, Axel*: Nachahmen im Wettbewerb. 1995. *Band 10*.
- Beckmann, Roland Michael*: Nichtigkeit und Personenschutz. 1998. *Band 34*.
- Berger, Christian*: Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen. 1998. *Band 25*.
- Berger, Klaus*: Der Aufrechnungsvertrag. 1996. *Band 20*
- Bodewig, Theo*: Der Rückruf fehlerhafter Produkte. 1999. *Band 36*.
- Busche, Jan*: Privatautonomie und Kontrahierungszwang. 1999. *Band 40*.
- Braun, Johann*: Grundfragen der Abänderungsklage. 1994. *Band 4*.
- Dauner-Lieb, Barbara*: Unternehmen in Sondervermögen. 1998. *Band 35*.
- Drexler, Josef*: Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers. 1998. *Band 31*.
- Einsele, Dorothee*: Wertpapierrecht als Schuldrecht. 1995. *Band 8*.
- Ekkenga, Jens*: Anlegerschutz, Rechnungslegung und Kapitalmarkt. 1998. *Band 30*.
- Götting, Horst-Peter*: Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte. 1995. *Band 7*.
- Habersack, Mathias*: Die Mitgliedschaft – subjektives und ‚sonstiges‘ Recht. 1996. *Band 17*.
- Heermann, Peter W.*: Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte. 1998. *Band 24*.
- Henssler, Martin*: Risiko als Vertragsgegenstand. 1994. *Band 6*.
- Hergenröder, Curt Wolfgang*: Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung. 1995. *Band 12*.
- Hess, Burkhard*: Intertemporales Privatrecht. 1998. *Band 26*.
- Junker, Abbo*: Internationales Arbeitsrecht im Konzern. 1992. *Band 2*.
- Kindler, Peter*: Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht. 1996. *Band 16*.
- Kleindiek, Detlef*: Deliktshaftung und juristische Person. 1997. *Band 22*.
- Luttermann, Claus*: Unternehmen, Kapital und Genußrechte. 1998. *Band 32*.
- Looschelders, Dirk*: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht. 1999. *Band 38*.
- Möllers, Thomas M.J.*: Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht. 1996. *Band 18*.
- Muscheler, Karlheinz*: Die Haftungsordnung der Testamentsvollstreckung. 1994. *Band 5*.
- Oechsler, Jürgen*: Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag. 1997. *Band 21*.
- Oetker, Hartmut*: Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. 1994. *Band 9*.
- Oppermann, Bernd H.*: Unterlassungsanspruch und materielle Gerechtigkeit im Wettbewerbsprozeß. 1993. *Band 3*.

- Peters, Frank*: Der Entzug des Eigentums an beweglichen Sachen durch gutgläubigen Erwerb. 1991. *Band 1*.
- Raab, Thomas*: Austauschverträge mit Drittbeteiligung. 1999. *Band 41*.
- Reiff, Peter*: Die Haftungsverfassungen nichtrechtsfähiger unternehmens-  
tragender Verbände. 1996. *Band 19*.
- Rohe, Mathias*: Netzverträge. 1998. *Band 23*.
- Sachsen Gessaphe, Karl August Prinz von*: Der Betreuer als gesetzlicher  
Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige. 1999. *Band 39*.
- Saenger, Ingo*: Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbst-  
erfüllung. 1998. *Band 27*.
- Stadler, Astrid*: Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion. 1996.  
*Band 15*.
- Taeger, Jürgen*: Außervertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme.  
1995. *Band 13*.
- Trunk, Alexander*: Internationales Insolvenzrecht. 1998. *Band 28*.
- Wagner, Gerhard*: Prozeßverträge. 1998. *Band 33*.
- Waltermann, Raimund*: Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen  
Privatautonomie und Tarifautonomie. 1996. *Band 14*.
- Wendehorst, Christiane*: Anspruch und Ausgleich. 1999. *Band 37*.

*Einen Gesamtkatalog erhalten Sie gern von Mohr Siebeck,  
Postfach 2040, D-72010 Tübingen. Aktuelle Informationen im Internet  
unter <http://www.mohr.de>*