

# „Girokonto für jedermann“

## – Zur Problematik des Kontrahierungszwangs –

von Sabine Finkenthei

Stand Mai 2006

### I. Die Problematik<sup>1</sup>

Keine Bankverbindung zu haben bedeutet gesellschaftliche Ausgrenzung:

- „Arbeitgeber verlangen vom Arbeitnehmer den Nachweis einer Kontoverbindung, da Lohn oder Gehalt nur bargeldlos gezahlt werden.“
- „Vermieter verlangen vom Mieter die Erteilung einer Einzugsermächtigung für dessen Konto, um die pünktliche Zahlung der Miete zu gewährleisten.“
- „Ähnliche Vorgehensweisen sind auch für andere Dienstleister typisch (Telekommunikationsanbieter, Versicherer). Der Bundesgerichtshof erachtet entsprechende Vertragsklauseln mit dem Hinweis darauf, dass ein Girokonto heute selbstverständlich geworden ist, als zulässig.“
- „Bareinzahlungen und Baranweisungen sind mit überdurchschnittlich hohen Gebühren (-abschlägen) für den kontolosen Schuldner verknüpft, da allein für monatlich wiederkehrende Zahlungsvorgänge wie Mietzahlung, Zahlung der Energie- und Heizkosten, die Zahlung von Versicherungsbeiträgen, Mehrkosten von 40,- bis 80,- Euro pro Monat entstehen.“
- „Den Empfänger/innen von Arbeitslosengeld (ALG I und II) ohne eigene Kontoverbindung zieht der Leistungsträger die Gebühr für Überweisungen dann gleich im Vorwege von der gesetzlich normierten Leistung ab, wenn sie nicht nachweisen können, dass sie ohne eigenes Verschulden kontenlos sind. Bei Bezug von Arbeitslosengeld II erhalten die Betroffenen wegen der Kontolosigkeit daher weniger als das verfassungsrechtlich garantierte Existenzminimum.“
- „In einigen Bundesländern, unter anderem Hessen, ist die Anmeldung eines Kfz nur gegen die Erteilung einer Einzugsermächtigung möglich. Das heißt: ohne Konto kein Auto.“
- Ratenzahlungen sind gar nicht möglich.

Die Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr ist also inzwischen Voraussetzung für fast alle Rechtsverhältnisse. Es häufen sich jedoch die Fälle, in denen Girokonten entweder erst gar nicht eingerichtet oder gekündigt werden, insbesondere bei Arbeitslosen und den finanziell schwächeren Bevölkerungsteilen. Deshalb wird zur Zeit auf Bundesebene wieder über die gesetzliche Einführung eines „Girokontos für jedermann“ bzw. einer gesetzlichen Verankerung des sogenannten Kontrahierungszwangs nachgedacht.

Der Kontrahierungszwang ist die gesetzliche Verpflichtung eines Rechtssubjekt auch mit nicht gewollten Vertragspartnern einen Vertrag mit bestimmten Bedingungen zu schließen. Er findet Anwendung, wo eine gesicherte Monopolstellung vorliegt, zur ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit Waren und zur Vorbeugung bzw. Ausgleich von Wettbewerbsbeschränkungen und Marktungleichheiten. Es gibt einen unmittelbaren Kontrahierungszwang, der ausdrücklich durch eine Norm bestimmt ist und einen mittelbaren Kontrahierungszwang, der sich aus allgemeinen Grundsätzen herleiten lässt.

Die Einführung eines Kontrahierungszwangs soll die durch die verfassungsrechtlich garantierte Vertragsfreiheit möglichen Missbräuche aufgrund ungleicher Machtverhältnisse entgegenwirken.

Im folgenden wird ein Überblick über die derzeitige Rechtslage bei öffentlich-rechtlichen Sparkassen, Privatbanken und Genossenschaftsbanken gegeben. Da bisher partiell nur öffentlich-rechtliche Kreditinstitute einem gesetzlichen Kontrahierungszwang unterworfen sind, wird darüber hinaus der Frage nachgegangen, ob ein „Girokonto für jedermann“ auch für Privatbanken und Genossenschaftsbanken eingeführt werden könnte.

### II. Derzeitige Rechtslage

#### 1. Die öffentlich-rechtlichen Sparkassen

##### a. Gesetzlicher (unmittelbarer) Kontrahierungszwang

Zur Zeit bestehen durch die Sparkassengesetze in Verbindung mit den jeweiligen Sparkassenverordnungen in sieben Bundesländern<sup>2</sup> (nicht in Berlin) ein gesetzlich verankertes Recht auf ein Girokonto, jedoch in der Regel nur für ein Girokonto auf Guthabenbasis<sup>3</sup>. Die Einführung eines solchen gesetzlichen Kontrahierungszwangs ist deshalb unproblematisch, weil die Sparkassen als Anstalten öffentlichen Rechts dem Grundgesetz verpflichtet sind, ohne selbst grundrechtsfähig zu sein.<sup>4</sup>

<sup>1</sup>Sven Kaiser, Der Kontrahierungszwang beim Girokonto in Europa – ein rechtsvergleichender Überblick; Infodienst Schuldnerberatung: „Recht auf ein Girokonto und Erhalt von Girokonten. Stellungnahme des AK Girokonto der AG SBV zur weiteren Umsetzung der Empfehlung des Zentralen Kreditausschusses zum Girokonto für jedermann“ vom 1.3.2006; beides findet sich im Internet

<sup>2</sup> Brandenburg, Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein- Westfalen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Rheinland- Pfalz

<sup>3</sup> Girokonto ohne Überziehungsmöglichkeit

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 11. März 2003 - XI ZR 403/01 -

Der Kontrahierungszwang findet nur dann seine Grenze, wenn bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles und einer Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien der Sparkasse die Fortsetzung der Geschäftsbeziehung nicht zugemutet werden kann.<sup>5</sup> Die Verpflichtung zur Führung eines Girokontos besteht daher bspw. dann nicht, wenn der Kontoinhaber Dienstleistungen bei Kreditinstituten missbraucht, das Konto ein Jahr lang umsatzlos geführt wird oder kein Guthaben aufweist. Auch beleidigendes und rufschädigendes Verhalten des Kunden kann zur Aufhebung des Kontrahierungszwangs führen. Politische und religiöse Gesinnungen stellen hingegen keine Ausnahme vom Kontrahierungszwang dar. Auch die Kosten und der Aufwand von Kontopfändungen sind kein Ablehnungs- bzw. Kündigungsgrund.

*(Anm.) Da die Berliner Sparkasse eine Anstalt öffentlichen Rechts ist, hätte auch in Berlin ein Kontrahierungszwang normiert werden können. Dem stünde auch nicht der Verkauf der Sparkasse an einen privaten Investor entgegen. In seiner Eigenschaft als Beliehener wäre nämlich auch der Private gegenüber Dritten - genau wie der Staat - bei der Ausübung der übertragenden Tätigkeit an die Grundrechte gebunden.<sup>6</sup>*

### **b. Mittelbarer Kontrahierungszwang**

Bei Verletzung von Grundrechten ist es auch möglich, den Kontrahierungszwang aus dem öffentlichen Auftrag der Sparkassen herzuleiten. Sparkassen sind als Anstalten des öffentlichen Rechts im Bereich staatlicher Daseinsvorsorge Teil der vollziehenden Gewalt.<sup>7</sup> Sie haben die Aufgabe, in ihrem Geschäftsbereich die Versorgung mit geld- und kreditwirtschaftlichen Leistungen sicherzustellen. Dazu gehört auch die Eröffnung der Teilnahme am bargeldlosen Zahlungsverkehr durch die Führung von Girokonten. Dass die Sparkassen ihre Aufgaben der Daseinsvorsorge mit Mitteln des Privatrechts erfüllen und der Girovertrag zwischen den Parteien privatrechtlicher Natur ist, ändert an der unmittelbaren Grundrechtsbindung der Sparkasse nichts. Die öffentliche Hand ist auch dann unmittelbar an die Grundrechte gebunden, wenn sie öffentliche Aufgaben in privatrechtlichen Rechtsformen wahrnimmt.

So hat der Bundesgerichtshof (BGH)<sup>8</sup> die Kündigung von NPD-Konten durch die Sparkasse wegen Verstoßes gegen das in

Art. 3 Abs. 1 GG zum Ausdruck kommende Willkürverbot und wegen des Parteienprivilegs (Art. 21 Abs. 2 S.2 GG) für nichtig erklärt. Das Willkürverbot und das Parteienprivileg seien verletzt, wenn sich bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken ein sachgerechter Grund für eine Maßnahme der öffentlichen Gewalt nicht finden ließe. Solange das Bundesverfassungsgericht daher noch nicht über die Verfassungswidrigkeit der Partei entschieden habe, könne sich die Sparkasse nicht auf verfassungsfeindliche Ziele der NPD berufen.

### **c. Sogenannte „Selbstverpflichtung“**

Sparkassen, aber auch verschiedene Privatbanken und Genossenschaftsbanken, die keinem gesetzlichen Kontrahierungszwang unterliegen haben sich weitestgehend „selbstverpflichtet“. „Selbstverpflichtung“ bedeutet, dass sich Kreditinstitute, die vom Kreditausschuss (ZKA) 1995 erarbeiteten Empfehlung<sup>9</sup> freiwillig angeschlossen haben. Diese Empfehlung richtet sich allerdings nur an Mitgliedsinstitute, die Girokonten für alle Bevölkerungsgruppen führen. Sie sieht vor, für alle BürgerInnen in ihrem jeweiligen Geschäftsgebiet auf Wunsch ein Girokonto auf Guthabenbasis zu führen und zwar unabhängig von Art und Höhe der Einkünfte (z. B. Arbeitslosengeld, Sozialhilfe). Weiterhin sollen Eintragungen bei der Schufa allein kein Grund sein, die Führung eines Girokontos zu verweigern. Die Eröffnung oder Fortführung eines Girokontos kann allerdings – wie beim gesetzlichen Kontrahierungszwang auch – verweigert werden, wenn dies, in beispielhaft aufgeführten Fällen unzumutbar ist.

1994/1995 wurde von einigen Fraktionen des Deutschen Bundestages<sup>10</sup> eine gesetzliche Verankerung des Kontrahierungszwangs erwogen. Der Gesetzgeber sah Handlungsbedarf, da es in zunehmenden Fällen zu Problemen bei der Eröffnung und Kündigung von Girokonten gekommen war. Die vorgesehene gesetzliche Regelung hätte sich allerdings auch nur an Institute gerichtet, die ohnehin ein Girokonto für alle Bevölkerungsgruppen anbieten. In der Folge wurde angesichts der ZKA-Empfehlung von einer gesetzlichen Regelung Abstand genommen, insbesondere aus Gründen der entgegenstehenden verfassungsrechtlich garantierten Vertragsfreiheit (s. u.).

Der Finanzausschuss des Deutschen Bundestages hatte jedoch die Bundesregierung bereits im September 1995 um einen Bericht zu den Auswirkungen der ZKA-Empfehlung gebeten.<sup>11</sup> Verbraucherverbände hatten darauf

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 11. März 2003 - XI ZR 403/01 -

<sup>6</sup> Burgi, Der Beliehene (Anm. 12), 592, mit weiteren Nachweisen in Fn.75

<sup>7</sup> BVerfGE 75, 192, 197 ff

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 11. März 2003 - XI ZR 403/01 -

<sup>9</sup> Die Empfehlung im Wortlaut s. Anhang Anlage 1

<sup>10</sup> Entwürfe z.B.: 30.1.1995, BT-Drucks. 13/351 (B 90/Die Grünen), 16.3.1995, BT-Drucks. 13/856 (SPD) oder Dezember 1994, BT-Drucks. 13/137 (PDS)

<sup>11</sup> vgl. Deutscher Bundestag Drucksache 14/3611, 14. Wahlperiode 9.6.2000, Unterrichtung durch die Bundesregierung, Bericht zum „Girokonto für jedermann“

hingewiesen, dass es in einer Anzahl von Fällen nach wie vor Schwierigkeiten gäbe, so dass der Deutsche Bundestag sich genötigt sah, insbesondere wegen der Bedeutung des Fragenkomplexes, die Entwicklung in der Zukunft aufmerksam zu verfolgen. Die Bundesregierung zeigte sich laut diesem Bericht zwar mit der Umsetzung der „Selbstverpflichtung“ insgesamt zufrieden, da sich bezogen auf alle Mitgliedsverbände die Zahl der in Rede stehenden Girokonten auf Guthabenbasis erhöht habe und zudem auch bei den bestehenden gesetzlichen Kontrahierungszwängen Problemfälle nicht gänzlich auszuschließen wären. Dennoch empfahl sie, die Mitgliedsinstitute nochmals zur Beachtung bzw. konsequenten Umsetzung der ZKA-Empfehlung anzuhalten und zur Stärkung der Position der Bankkunden die Empfehlung durch Einrichtung von Schlichtungsstellen zu ergänzen.

In einem Bericht aus dem Jahre 2004<sup>12</sup> hielt die Bundesregierung - unter Anerkennung des Bestrebens der Kreditwirtschaft das Informationsangebot zur Möglichkeit der Inanspruchnahme der inzwischen eingerichteten Schiedsstellen zu verbessern - eine gesetzliche Verpflichtung nach wie vor für nicht geboten. Die Bundesregierung empfahl dennoch u.a., den ZKA aufzufordern, auch künftig an der „Selbstverpflichtung“ festzuhalten und für eine weitere konsequente und flächendeckende Anwendung bei allen angeschlossenen Banken zu sorgen.

Nach einer Untersuchung des Verbraucherzentrale Bundesverbands (vzbv) sind jedoch hunderttausende Verbraucher auch 10 Jahre nach der „Selbstverpflichtung“ der Banken ohne Girokonto auf Guthabenbasis, da diese von zahlreichen Instituten, auch Sparkassen regelmäßig gebrochen und ignoriert werde. Besonders treffe dies Arbeitslose. Jeder zehnte Leistungsbezieher habe kein Girokonto. Der fehlende Zugang zu einem Konto sei nicht nur ein Vermittlungshemmnis, er führe bei den Betroffenen auch zu beträchtlichen zusätzlichen Kosten von bis zu 80 Euro monatlich an zusätzlichen Bankgebühren. Zumindest bei der Auszahlung von Sozialleistungen treffe auch die Sozialkassen ein Teil dieser Kosten. Zudem weisen die Verbraucherschützer darauf hin, dass die Banken nicht auf die Beschwerdemöglichkeiten aufmerksam machten.

Die Bundesjustizministerin Brigitte Zypries (SPD) soll jüngst erklärt haben, dass über ein neues Gesetz nachgedacht würde, eine freiwillige Lösung der Branche jedoch vorzuziehen sei.<sup>13</sup> Auch die Union unterstützt das Anliegen Zypries, zeigte sich jedoch hinsichtlich einer gesetzlichen Regelung zurückhaltend. Vielmehr solle zunächst das Gespräch mit den Banken und Sparkassen gesucht werden.

#### **d. Einklagbarer Anspruch aus der Selbstverpflichtung?**

##### **Urteil LG Berlin vom 24.04.2003 - Az: 21 S 1/03<sup>14</sup>**

Der Kläger klagte gegen das Land Berlin, das sich 2002 geweigert hatte, dem Kläger ein Guthabenkonto bei der Berliner Sparkasse zu eröffnen. Das Landgericht gab dem Kläger Recht, weil die Landesbank 1994 gegenüber dem Land Berlin eine „Selbstverpflichtungserklärung“ abgegeben habe, das jeder ein Konto erhalten könne. Das Urteil ist rechtskräftig. Die Revision wurde nicht zugelassen.

##### **Urteil LG Bremen vom Mai 2005 - Az: 2-O-408/05<sup>15</sup>**

Das Landgericht hatte die beklagte Bank verurteilt, dem Kläger ein Girokonto auf Guthabenbasis einzurichten. Dieser Anspruch ergebe sich aus den §§ 780, 328 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Die freiwillige Empfehlung des ZKA sei eine verbindliche Willenserklärung, die durch das Einverständnis des Gesetzgebers als abstraktes Schuldversprechen in Form eines Vertrages zugunsten Dritter wirke. Die Beklagte habe sich diese Selbstverpflichtung zurechnen zu lassen, denn der ZKA sei ihr Dachverband. Außerdem habe sich die Beklagte auf ihrer Homepage mit der Geltung der Empfehlung „Girokonto für jedermann“ einverstanden erklärt und sich zudem dem hierzu eingerichteten Beschwerdeverfahren angeschlossen. Der Beklagten sei auch die Einrichtung eines Girokontos zuzumuten gewesen.

Gegen das Urteil hat die Beklagte Berufung eingelegt (s. nachfolgendes Urteil des OLG Bremen).

##### **Urteil Hanseatisches OLG Bremen vom 22.12.2005 - Az: 2-U- 67/05 = 2-O- 408/05<sup>16</sup>**

Das Hanseatische Oberlandesgericht Bremen hat jedoch einen einklagbaren Anspruch auf ein Girokonto aus der ZKA-Empfehlung **verneint**. Es handle sich bei der Empfehlung lediglich um eine Bitte des ZKA an die Mitglieder und ziele nicht darauf ab, stellvertretend für die Banken und Sparkassen rechtsgeschäftlich verbindliche Erklärungen abzugeben. Auch die Bundestagsdrucksachen 14/3611 und 15/2500 enthielten keine rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen. Beide Stellungnahmen ließen keinen Zweifel daran, dass auch die

<sup>12</sup>Deutscher Bundestag Drucksache 15/2500, 15. Wahlperiode 11. 02. 2004, Unterrichtung durch die Bundesregierung, Bericht der Bundesregierung zur Umsetzung der Empfehlungen des Zentralen Kreditausschusses zum Girokonto für jedermann

<sup>13</sup>Financial Times Deutschland vom 24.01.2006

<sup>14</sup>vollständiger Wortlaut s. Anhang „Anlage 2“

<sup>15</sup> vollständiger Wortlaut s. Anhang „Anlage 3“

<sup>16</sup> vollständiger Wortlaut s. Anhang „Anlage 4“

Bundesregierung von einer nicht einklagbaren Verpflichtung der einzelnen Kreditinstitute ausgehe. Die Bundesregierung hätte lediglich die Hoffnung gehabt, dass die Kreditinstitute die ZKA-Empfehlung umsetzen würden und hierdurch die Notwendigkeit einer gesetzlichen Normierung entfallen werde, zumal nach Ansicht der Bundesregierung eine gesetzliche Regelung weitere Probleme schaffe. Die Geschäftsbedingung der beklagten Bank wiesen keine Regelung über das Zustandekommen einer Geschäftsbeziehung auf, sondern setze diese voraus. Auch dass sich die Bank dem Schlichtungsverfahren angeschlossen habe, führe lediglich dazu, dass sie ihr Verhalten durch einen unabhängigen Dritten an der Empfehlung messen lassen müsse und dabei das Risiko einer schriftlichen Missbilligung eingehe. Damit hätte sie aber nicht die Entscheidung aus der Hand gegeben, trotz festgestelltem Verstoß gegen die Empfehlung, weiterhin dem betreffenden Kunden ein Girokonto auf Guthabenbasis zu verweigern. Zudem enthalte die Präsentation der ZKA auf der Homepage der Bank keine Angaben, die über eine werbende Darstellung ihrer Geschäftstätigkeit und ihrer Leistungspalette hinausginge. Im übrigen würde das vom Kläger als Grundsatzentscheidung vorgetragene Urteil des Landgerichts Berlin vom 24.04.2003, auf der besonderen Konstellation beruhen, dass das dort verklagte Kreditinstitut eine - **im Urteil nicht wiedergegebene** – Erklärung gegenüber der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Arbeit und Frauen abgegeben habe, welche das Landgericht als „Selbstverpflichtung“ gegenüber potentiellen Kunden sah. Ob dem gefolgt werden könne, müsse aber dahinstehen, da im Bremer Fall die Bank eine entsprechende Erklärung nicht abgegeben hätte. Die Revision wurde nicht zugelassen.

## 2. Die privaten Banken

### a. Gesetzlicher (unmittelbarer) Kontrahierungszwang

Es besteht kein gesetzlicher Kontrahierungszwang.

### b. Mittelbarer Kontrahierungszwang

Mittelbar kann sich etwa bei Monopolmissbrauch ein Kontrahierungszwang ergeben. Eine Monopolstellung von einer Bank ist derzeit aber nicht ersichtlich (s. u.)

### c. Selbstverpflichtung

Es gilt das bereits unter II. 1. c. und II. 1. d. Gesagte.

## 3. EU-Recht

Der von der EU-Kommission eingesetzte Verbraucherausschuss, Consumers Committee (CC) hat sich mit dem „Kontrahierungszwang“ bei Girokonten als einem Teil der Daseinsvorsorge beschäftigt. So hat er der EU-Kommission ein sogenanntes Universal Service Concept empfohlen, welches beispielsweise in der European Commission's Communication über „Services of General Interest in Europe“ beschrieben ist. Ziel dieses Konzeptes soll sein, dass jedermann Zugang zu gewissen grundlegenden Dienstleistungen von hoher Qualität hat und zwar zu einem Preis, den sich jeder leisten kann. Nach Aussage des Ausschusses muss dieses Konzept auch auf Bankdienstleistungen wie der Zugang zu einem Girokonto, als wachsendes Erfordernis Anwendung finden, um wirtschaftlich teilhaben zu können.

Die EU-Kommission soll bereits angedeutet haben, dass eine gesetzliche Verankerung auf europäischer Ebene angestrebt wird. Umgesetzt wurde dieses Bestreben nach meinem Erkenntnisstand aber noch nicht.

## III. Wäre die Einführung eines gesetzlichen Kontrahierungszwangs für den privaten Bankensektor möglich?

Wie bereits betont, bereitet die Einführung eines gesetzlichen Kontrahierungszwangs bei öffentlich-rechtlichen Sparkassen keine Schwierigkeiten, da sie – genau wie der Staat - den Grundrechten verpflichtet sind, sich aber nicht auf sie berufen können. Problematisch ist jedoch, den Kontrahierungszwang auch für Privatbanken und Genossenschaftsbanken gesetzlich zu verankern, da private Unternehmen über Art. 19 GG<sup>17</sup> grundrechtsfähig sind und sich deshalb insbesondere auf die Vertragsfreiheit berufen können.

Die Vertragsfreiheit, das heisst die Freiheit des einzelnen, seine Lebensverhältnisse durch Vertrag eigenverantwortlich zu gestalten, ist die Hapterscheinungsform der Privatautonomie. Sie gehört zu den

---

<sup>17</sup> Art 19 Abs. 3 GG; „Die Grundrechte gelten auch für juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.“

grundlegenden Prinzipien unserer Rechtsordnung und ist als Teil des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 GG<sup>18</sup>) verfassungsrechtlich gewährleistet.<sup>19</sup>

Gerade weil die Vertragsfreiheit, sowohl für private Unternehmen als auch für Verbraucher, verfassungsrechtlich garantiert ist, steht sie nicht im Belieben öffentlich-rechtlicher Wirtschaftslenkung. So hat denn auch die Bundesjustizministerin Zypries anlässlich der Mitgliederversammlung des Gesamtverbands der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV) zu Recht erklärt:

*„Die Privatautonomie ist verfassungsrechtlich geschützt. Zur Handlungsfreiheit gehört auch die Freiheit, Verträge abzuschließen oder eben nicht abzuschließen. Dies ist für viele Menschen so selbstverständlich, dass diese verfassungsrechtlich geschützte Freiheit erst dann wahrgenommen wird, wenn in sie eingegriffen wird. .... Natürlich gilt auch für Versicherungsunternehmen, was ich bereits gesagt habe: sie können und sollten nicht gezwungen werden, Verträge abzuschließen; ein Kontrahierungszwang ist jedenfalls nur in sehr engen Grenzen möglich.“*

Allerdings ist auch die Vertragsfreiheit nicht gänzlich schrankenlos. Nach der sogenannten Drittwirkung der Grundrechte, stellen die Grundrechte, aber auch die Sozialstaatsklausel (Art. 20, 28 GG)<sup>20</sup>, zwar keine unmittelbar wirkenden Schranken dar, wirken aber über die Generalklauseln (§§ 138<sup>21</sup>, 242<sup>22</sup>, 826<sup>23</sup>) in das Privatrecht ein.<sup>24</sup>

Für wichtige Teilbereiche der Daseinsvorsorge ist es daher - im wesentlichen aufgrund einer Monopolstellung - möglich, die Abschlusspflicht ausdrücklich gesetzlich festzulegen; so für die Versorgung mit Strom und Gas, den Personentransport, Monopol- und Pflichtleistungen der Post, Pflegeversicherung oder die Kfz-Haftpflichtversicherung.<sup>25</sup>

Im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wird darüber hinaus mittelbar ein Kontrahierungszwang dadurch ermöglicht, dass die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung durch ein oder mehrere Unternehmen verboten wurde. Allerdings gilt das GWB nur für Unternehmen nicht für Verbraucher.

Aber auch das nicht marktbeherrschende Unternehmen kann in Einzelfällen zum Abschluss eines Vertrages gezwungen werden. So darf der Unternehmer der lebenswichtige Güter öffentlich anbietet, den Vertragsschluss grundsätzlich nur aus sachlichen Gründen ablehnen, allerdings nur dann, wenn für den Kunden keine andere zumutbare Möglichkeit besteht, seinen Bedarf anderweitig zu befriedigen. Es gilt immer zu beachten, dass zwischen dem verfassungsrechtlichen Schutz der persönlichen Freiheit (Art. 2 GG) und der Forderung nach einer sozialstaatlichen Ordnung eine unaufhebbare und grundsätzliche Spannungslage besteht.<sup>26</sup>

Im Kern geht es um folgende Fragen:

- Kann der rassistische Bäcker seinem farbigen Kunden das Brot verwehren?
- Unterliegt die Presse hinsichtlich der Veröffentlichung politischer Anzeigen einem Abschlusszwang?
- Kann ein Sportreporter von einer Sportveranstaltung ausgeschlossen werden?
- Kann ein Krankenhaus einem missliebigen Schwerverletzten die Aufnahme oder lebenswichtige Medizin verweigern?
- Kann es gebilligt werden, dass eine Bank finanzschwachen Bevölkerungsteilen die Eröffnung eines Girokontos auf Guthabenbasis verweigert?

Fälle in denen ein Abschlusszwang normiert werden kann<sup>27</sup>:

- Eine Abschlusspflicht besteht für Krankenhäuser hinsichtlich allgemeiner Krankenhausleistungen.
- Die Presse unterliegt wegen der in Art. 5 GG garantierten Pressefreiheit hinsichtlich der Veröffentlichung politischer Anzeigen keinem Abschlusszwang. Dieser besteht aber bei Presseunternehmen mit regionaler Monopolstellung für Anzeigen mit unpolitischem Inhalt. Widerspricht die Anzeige der redaktionellen Linie der Zeitung oder kann sie möglicherweise das Anzeigengeschäft gefährden, entfällt der Abschlusszwang.

<sup>18</sup>Art. 2 Abs. 1 GG: „Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“.

<sup>19</sup>Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage 2004, Einf. vor § 145 Rn 7

<sup>20</sup>Kein Grundrecht, sondern eine Staatszielbestimmung. Sie begründet daher keine unmittelbar verfolgbaren Ansprüche des einzelnen, sondern richtet sich an den Gesetzgeber und verpflichtet ihn, eine annähernd gleichmäßige Verteilung der Lasten anzustreben.

<sup>21</sup>Sittenwidriges Rechtsgeschäft; Wucher

<sup>22</sup>Leistung nach Treu und Glauben

<sup>23</sup>Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung

<sup>24</sup>sogenannte Drittwirkung der Grundrechte

<sup>25</sup>Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage 2004, Einf. vor § 145 Rn 8

<sup>26</sup>so auch BVerfGE 10, 354, 370

<sup>27</sup>Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage 2004, Einf. vor § 145 Rn 9, 10

- Der Sportreporter darf wegen Art. 5 GG (Pressefreiheit) und Art. 12 GG (Berufsfreiheit) nicht vom Besuch einer Sportveranstaltung ausgeschlossen werden.
- Wird der Vertragsschluss aus Gründen der Rasse oder ethnischen Herkunft abgelehnt, kann im Rahmen der Wertungen der EU-Antidiskriminierungs-Richtlinie ein Abschlusszwang bestehen (Die Umsetzung ins deutsche Recht durch das Antidiskriminierungsgesetz ist noch nicht verabschiedet).

Ein Kontrahierungszwang besteht hingegen, wegen zumutbarer Ausweichmöglichkeiten nicht, für

- Lebensmittelhändler und
- **Kreditinstitute**, da sie keine Monopolstellung innehaben. Als Ausweichmöglichkeiten gelten bspw. auch ausländische Banken oder vom Wohnort entferntere Kreditinstitute sowie die Einschaltung eines Treuhänders.

Wie die Beispiele zeigen, verpflichtet zwar die Drittwirkung der Grundrechte den Gesetzgeber und die Rechtsprechung, Missbräuchen der Vertragsfreiheit entgegenzuwirken. Aber mit der verfassungsrechtlich gewährleisteten Vertragsfreiheit ist eine **allgemeine** gerichtliche Sozialverträglichkeitskontrolle des Vertragsinhaltes unvereinbar.<sup>28</sup> Solange der Wettbewerb im wesentlichen funktioniert, der schwächere Vertragspartner also Alternativen gegenüber einseitig diktierten Willkürbedingungen hat, lässt sich die Einführung eines Abschlusszwangs nicht rechtfertigen.

---

<sup>28</sup>Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage 2004, Einf. vor § 145 Rn 7