

# TE OGH 1991/9/10 4Ob538/91 (4Ob539/91)

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 10.09.1991

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof.Dr.Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.-Prof.Dr.Gamerith, Dr.Kodek, Dr.Niederreiter und Dr.Redl als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Parteien

1. Ernst P\*\*\*\*\*\*, 2. Herta P\*\*\*\*\*\*, \*\*\*\*\*, beide vertreten durch Dr.Roland Piccolruaz, Rechtsanwalt in Bludenz, wider die beklagte Partei Gemeinde V\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Edgar Dünghler, Rechtsanwalt in Schruns, wegen Zahlung und Feststellung (Gesamtstreitwert S 200.000), infolge Revision und Rekurses der klagenden Parteien gegen das Teilurteil und den Beschuß des Oberlandesgerichtes Innsbruck als Berufungsgericht vom 24.Mai 1991, GZ 4 R 69/91-15, womit infolge Berufung der klagenden Parteien das Urteil des Landesgerichtes Feldkirch vom 26.November 1990, GZ 5 Cg 211/90-6, teilweise bestätigt und teilweise aufgehoben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den Beschuß

gefaßt:

## Spruch

1.

Die Revision wird zurückgewiesen.

2.

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Rechtliche Beurteilung

Begründung:

Zu 1. :

Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Revision nach§ 502 Abs 1 ZPO liegen entgegen dem - für den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (§ 508 a Abs 1 ZPO) - Ausspruch des Berufungsgerichtes gemäß § 500 Abs 2 Z 3 ZPO nicht vor:

Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes, daß die Feststellungsklage dann, wenn die Leistungsklage (Klage auf Einhaltung des Vertrages, Duldung, Unterlassung) angebracht werden kann, nicht zuzulassen ist (EvBl 1964, 162; JBl 1959, 184; JBl 1980, 31; SZ 53/31; SZ 55/32; SZ 58/175 uva). Das gilt freilich nur, wenn das mögliche Leistungsbegehr all das bietet, was mit dem Feststellungsbegehr angestrebt wird, wenn also durch den möglichen Leistungsanspruch auch der Feststellungsanspruch voll ausgeschöpft wird (SZ 44/64; SZ 51/124; SZ 58/175

uva). Soweit die Kläger ihr rechtliches Interesse an der Feststellungsklage (§ 228 ZPO) darin erblicken, daß ihr Leistungsbegehren nur den bereits erschienenen Prospekt betreffen, der Feststellungsanspruch jedoch auch für die Zukunft von Bedeutung sein kann, übersehen sie, daß sie nur die Feststellung begehr haben, daß der Beschuß der Beklagten vom 10.Mai 1990, wonach das Landhaus der Kläger vom Prospektbeilagenblatt 90/91 der Beklagten ... ausgeschieden wird, rechtswidrig und unwirksam sei; über allfällige künftige gleichlautende Beschlüsse der Beklagten wäre sohin nicht abzusprechen. Mangelt es aber am Feststellungsinteresse, dann sind die in der Revision aufgeworfenen Fragen nicht zu behandeln. Da das Berufungsgericht die Zulässigkeit des Rechtsweges unbekämpft bejaht hat, ist auch diese Frage - deretwegen das Gericht zweiter Instanz die Revision für zulässig erklärt hat - der Überprüfung durch den Obersten Gerichtshof entzogen (SZ 54/190).

Die Revision war daher zurückzuweisen (§ 510 Abs 3, letzter Satz, ZPO).

Zu 2. :

Die Kläger betreiben seit Jahren in V\*\*\*\*\* den Fremdenbeherbergungsbetrieb "L\*\*\*\*\*". Sie vermieten ihre Räumlichkeiten zumeist an ausländische Gäste, welche zumindest zum Teil über das Verkehrsamt der begklagten Gemeinde vermittelt werden. Die Beklagte ist Herausgeberin der jährlich erscheinenden Beilage zu einem Farbprospekt "V\*\*\*\*\*", in welchem die Gewerbebetriebe und Privatzimmervermieter jeweils mit einem Lichtbild ihres Hauses angeführt werden. Diese Beilage enthält die detaillierten Angebote der einzelnen Zimmervermieter. Bisher war der Betrieb der Kläger in dieser Beilage immer enthalten.

Die Kläger begehren - soweit für das Rekursverfahren noch von Bedeutung -, die Beklagte schuldig zu erkennen, in die Aufnahme des Landhauses der Kläger in das Prospektbeilageblatt der Beklagten, in welchem Ferienhäuser und gewerbliche Betriebe aufscheinen, einzuwilligen und diese Aufnahme zu veranlassen. Der Bürgermeister der Beklagten habe ihnen mitgeteilt, daß angesichts unzähliger Reklamationen und Beschwerden der Gemeindevorstand in der Sitzung vom 10.5.1990 beschlossen habe, ihr Gästehaus aus dem Prospektbeilageblatt 1990/91 auszuscheiden. Diese Reklamationen stammten von Gästen, die sich selbst im Landhaus der Kläger ungebührlich verhalten hätten und daher angehalten worden seien, die Hausordnung einzuhalten. Als sie dies zum Teil nicht getan hätten, seien sie aufgefordert worden, das Landhaus unverzüglich zu verlassen. Das Gästehaus der Kläger sei als seriös bekannt. Trotz des Protestes der Kläger habe die Beklagte ihren Beschuß nicht revidiert und das Landhaus der Kläger für das laufende Jahr 1990/91 nicht mehr in das Prospektbeilageblatt aufgenommen. Den Klägern stehe aber keine andere Möglichkeit zur Verfügung, ihr Landhaus für ausländische Gäste werbewirksam anzupreisen; die Beklagte habe in dieser Hinsicht eine Monopolstellung und sei daher verpflichtet, das Landhaus der Kläger in die Werbebroschüre aufzunehmen.

Die Beklagte beantragt die Abweisung des Klagebegehrens. Schon seit vielen Jahren beschwerten sich Gäste der Kläger über erhöhte Preise, nicht eingehaltene Preisvereinbarungen, Doppelbuchungen, verweigerte Rechnungslegung, ungerechtfertigte Zuschläge, mangelnde Pflege der Räumlichkeiten und des Äußeren des Hauses, Verweigerung der ursprünglich angebotenen und vereinbarten Leistungen sowie Beleidigungen durch die Kläger. Auf Grund dieser ständigen Beschwerden - 15 Beschwerdefälle wurden im einzelnen aufgezählt - sei die Beklagte nicht mehr in der Lage, das Landhaus der Kläger in die Prospektbeilage aufzunehmen. Die voneinander unabhängigen Gästebeschwerden zeigten gewisse Tendenzen (Nichteinhaltung von Preisabsprachen, Doppelbuchungen, ungebührliches Benehmen gegen die Gäste). Das Verhalten der Kläger habe in vielen Fällen dazu geführt, daß Feriengäste ihres Hauses von weiteren Urlaubsbuchungen in der beklagten Gemeinde Abstand genommen und auch Verwandte und Bekannte von weiteren Buchungen abgehalten hätten. Der Ausschuß der Kläger aus der Prospektbeilage sei daher der erste mögliche Schritt gewesen, um weitere Imageverluste der Beklagten als Fremdenverkehrsgemeinde und der übrigen Zimmervermieter zu verhindern.

Der Erstrichter wies das Klagebegehren ohne Beweisaufnahme ab. Die von den Klägern behauptete Monopolstellung der Beklagten sei nicht bewiesen. Den Klägern stehe es frei, die Daten ihres Landhauses drucken zu lassen und an Reisebüros usgl. zu verschicken. Selbst wenn aber die Beklagte eine Monopolstellung hätte, wäre das Ausnützen dieser Stellung dann nicht unerlaubt, wenn dadurch die wirtschaftliche Existenz der Konkurrenten (nur) erschwert, in ihren Grundlagen aber nicht berührt würde. Die Kläger hätten nicht bewiesen und auch nicht beweisen können, wieviele ihrer Gäste auf Grund der im Verkehrsamt aufgelegten Prospektbeilage und wieviele durch Mundpropaganda oder Zufall usw zu ihnen gekommen seien.

Im übrigen habe die Beklagte auch sachliche Gründe für die Verweigerung der Aufnahme der Kläger in die Beilage. Selbst wenn alle Beschwerden der Gäste unberechtigt sein sollten, könne doch allein schon die Vielzahl der Beschwerden einen sachlich gerechtfertigten Grund dafür bilden, die Aufnahme des Betriebes der Kläger in die Beilage zu verweigern, habe doch die Beklagte ein ureigenes finanzielles Interesse am Fremdenverkehr, dessen Nutznießer sie sei. Grundsätzlich sei zwar richtig, daß die Beklagte weder gesetzlich noch vertraglich befugt ist, Qualitätskontrollen bei den Gewerbebetrieben durchzuführen; das könne aber nicht dazu führen, daß für die eine Seite - die Kläger - ein freier Markt bestehe, für die Beklagte jedoch ein Kontrahierungszwang.

Das Berufungsgericht hob dieses Urteil auf, verwies die Sache zur Ergänzung des Verfahrens und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück und sprach aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000 übersteige und der Rekurs zulässig sei. Die Kläger, welche sich auf den sogenannten "allgemeinen Kontrahierungszwang" der Beklagten stützten, hätten dazu ausreichende Prozeßbehauptungen aufgestellt. Die Beklagte habe im Sinne der sie treffenden Behauptungs- und Beweislast, daß sie aus sachlichen Gründen den Vertragsschluß abgelehnt habe, ein ausreichendes Vorbringen erstattet. Mangels entsprechender Feststellungen sei die Sache nicht spruchreif. Die von der Beklagten im Zusammenhang mit der Herausgabe der Prospektbeilage seit Jahren geleisteten Dienste könnten möglicherweise unter den Begriff des "Notbedarfs" für die Kläger fallen; er sei durchaus nicht auszuschließen, daß den Klägern zumutbare Ausweichmöglichkeiten fehlten. Auch wenn den Klägern zugemutet werden könnte, die Kosten eines eigenen Prospektes selbst zu tragen, kämen sie doch damit nicht in annähernd vergleichbarer Weise an potentielle Kunden ihres Betriebes heran. Sollten tatsächlich - wie behauptet - die weitaus meisten Gäste der Kläger auf Grund des von der Gemeinde herausgegebenen Prospektes (samt Beilage) vermittelt worden sein, dann dürfte es für die Kläger entscheidend sein, ob die Beklagte bereit wäre, auch einen von den Klägern selbst herausgegebenen Prospekt auf Anfrage von Gästen in gleichem Umfang zu übermitteln oder auszuhändigen wie ihre Prospektbeilage. Sollte die Beklagte dazu nicht bereit sein - was im Hinblick auf ihre Bedenken gegenüber den Klägern naheliege -, dann könnte von einer zumutbaren Ausweichmöglichkeit für die Kläger nur dann gesprochen werden, wenn eine andere Institution mit ähnlich natürlicher Reichweite wie das Verkehrsamt der Beklagten - etwa eine Stelle des Fremdenverkehrsverbandes - vorhanden und bereit wäre, für die Kläger die bisherige Funktion der Beklagten zu übernehmen. Da alle diese Fragen mangels Beweisaufnahme ungeklärt seien, könne noch nicht beurteilt werden, ob die Beklagte einem Kontrahierungszwang unterliegt. Ebenso sei ungeklärt, ob - falls Kontrahierungszwang anzunehmen ist - dessen Durchbrechung durch die Beklagte sachlich gerechtfertigt wäre. Daß allein schon die unstrittig vorliegenden Gästebeschwerden als solche sachliche Rechtfertigung dienen könnten, treffe nicht zu. Unterstelle man, daß alle diese Beschwerden nicht berechtigt wären - die Gründe für Auseinandersetzungen mit den Gästen etwa in deren wirklich untragbarem Verhalten zu suchen wären -, dann könne eine Weigerung der Beklagten, das Gästehaus der Kläger in die Prospektbeilage aufzunehmen, nicht gerechtfertigt sein. Auch wenn aber die eine oder andere Beschwerde begründet sein sollte, erhebe sich die Frage, ob die Anzahl und das Gewicht dieser gerechtfertigten Beschwerden über das übliche Maß hinausgehen, läge doch nur dann keine Diskriminierung der Kläger gegenüber den anderen Beherbergungsbetrieben vor. Ein solcher Vergleich werde auch dort anzustellen sein, wo eine eindeutige Klärung, ob eine Beschwerde berechtigt war oder nicht, unmöglich ist. Der Beklagten sei zuzugestehen, daß allein die Tatsache einer weit überdurchschnittlichen Zahl von Beschwerden - soweit den Klägern nicht der Beweis gelinge, daß sie eindeutig unberechtigt waren - unter Umständen eine Durchbrechung des allenfalls gegebenen Kontrahierungszwanges rechtfertigen könne; es stehe aber nicht einmal fest, ob die Anzahl der von der Beklagten erwähnten Beschwerden weit über dem Durchschnitt liegt. Daß solche Beschwerden überhaupt keine sachliche Rechtfertigung für die Durchbrechung eines allfälligen Kontrahierungszwanges wären, könne entgegen der Meinung der Kläger nicht gesagt werden. Bei der Prüfung der Frage, ob ein zureichender sachlicher Grund für die unterschiedliche Behandlung vorliegt, sei eine Interessenabwägung vorzunehmen; dabei sei durchaus auch das Interesse der Beklagten an einem positiven Image als Fremdenverkehrsgemeinde und als Prospektherausgeberin und -verteilerin zu berücksichtigen. Werde dieses Interesse der Beklagten durch - nicht eindeutig

unberechtigte - Gästebeschwerden merklich beeinträchtigt, dann sei eine sachliche Rechtfertigung für die Durchbrechung des Kontrahierungszwanges gegenüber den Klägern gegeben. Da die erforderlichen Feststellungen fehlten, sei das Urteil gemäß § 496 Abs 1 Z 2 und 3 ZPO aufzuheben und die Rechtssache an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Gegen diesen Beschuß richtet sich der Rekurs der Kläger wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag,

die angefochtene Entscheidung aufzuheben und dem Klagebegehren statzugeben; hilfsweise wird beantragt, den angefochtenen Beschuß aufzuheben und die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung an das Gericht zweiter Instanz zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

Die Kläger leiten ihren Anspruch aus einem Kontrahierungszwang der Beklagten ab. Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung ist ein allgemeiner Kontrahierungszwang überall dort anzunehmen, wo die faktische Übermacht eines Beteiligten bei bloß formaler Parität diesem die Möglichkeit der "Fremdbestimmung" über andere gibt (SZ 44/138; SZ 46/54; MR 1991, 121). Eine Abschlußpflicht wird in Lehre und Rechtsprechung auch für solche Unternehmen bejaht, die von der "öffentlichen Hand" betrieben werden, um eine Versorgungsaufgabe wahrzunehmen, für deren Erfüllung nach heutiger Auffassung die Allgemeinheit zu sorgen hat (Larenz, Schuldrecht14 I 48; Koziol-Welser8 I 111; SZ 52/52; JBI 1988, 454; MR 1991, 121 ua), ist doch die Öffentlichkeit darauf angewiesen, sich solcher Betriebe - wie Eisenbahn, Straßenbahn, Post, E-Werk, Wasser-Werk usw - zu bedienen (SZ 44/138). Wie schon das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, kann die öffentliche Hand außerdem auch wegen der sie treffenden Pflicht zur Gleichbehandlung gezwungen sein, Rechtsgeschäfte abzuschließen (Bydlinski, Zum Kontrahierungszwang der öffentlichen Hand, in Klecatsky-FS 129 ff (149); Koziol-Welser aaO).

Ganz abgesehen davon, daß die Beklagte in erster Instanz der Behauptung der Kläger, daß ihr in dem hier maßgebenden Zusammenhang eine Monopolstellung zukomme, mit keinem Wort entgegengetreten ist, bedarf es entgegen der Meinung des Berufungsgerichtes auch im Hinblick auf diese Gleichbehandlungspflicht keiner weiteren Feststellungen zur Klärung der Frage des Kontrahierungszwanges. Selbst wenn nämlich auch andere Institutionen Prospekte drucken und vertreiben sollten, wäre die Beklagte dennoch - an sich - verpflichtet, auch die Kläger in den allein von ihr herausgegebenen und von ihrem Verkehrsamt verwendeten Prospekt aufzunehmen. Den Klägern ist daher insoweit zuzustimmen, als die vom Rekursgericht aufgetragenen Verfahrensergänzungen in diesem Belang entbehrliech sind.

Richtig hat aber auch schon das Berufungsgericht erkannt, daß auch der Monopolist aus sachlich gerechtfertigten Gründen einen Vertragsabschluß ablehnen kann (SZ 44/138; SZ 59/130; MR 1991, 121). Daß eine überdurchschnittliche Häufung sachlich begründeter Beschwerden gegen ein Beherbergungsunternehmen die Beklagte dazu berechtigen würde, dieses Unternehmen nicht in ihren Prospekt aufzunehmen, stellen offenbar auch die Kläger nicht in Abrede, liegt es doch auf der Hand, daß Mißstände in einem Unternehmen auf den gesamten Ort abfärbten können und damit geeignet sind, das Ansehen der beklagten Fremdenverkehrsgemeinde zu beeinträchtigen. Daß aber im vorliegenden Fall gegen die Kläger tatsächlich (erheblich) mehr Beschwerden erhoben wurden als gegen vergleichbare Mitbewerber, wurde bisher weder bewiesen noch außer Streit gestellt. Den Klägern ist zwar darin zuzustimmen, daß das Vorliegen überdurchschnittlich vieler Gästebeschwerden allein die Beklagte noch nicht unbedingt dazu berechtigen könnte, das beanstandete Unternehmen von dem Prospekt auszuschließen. Eine solche Meinung hat aber auch das Berufungsgericht gar nicht vertreten; es hat vielmehr lediglich ausgeführt, daß dieser Umstand - soweit die Kläger nicht beweisen können, daß die Beschwerden eindeutig unberechtigt waren - unter Umständen eine Durchbrechung des Kontrahierungszwanges rechtfertigen könne. Hier ist das Instrument des Anscheinsbeweises heranzuziehen, bei welchem eine (auslösend bedingte) Verschiebung des Beweisthemas von der tatbestandsmäßig geforderten Tatsache auf eine leicht erweisliche Tatsache, die mit ihr in einem typischen Erfahrungszusammenhang steht, stattzufinden hat (Fasching, LB2 Rz 894; JBI 1988, 244; ÖBI 1989, 174 uva). Diesen Anscheinsbeweis haben Rechtsprechung und Lehre zu dem Zweck entwickelt, die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern zu lassen (Fasching aaO Rz 893). Während es - wie den Klägern selbst bewußt ist - für die Beklagte überaus schwer ist, Verfehlungen der Beklagten zu überprüfen und demnach konkret zu behaupten und zu beweisen, kann sie gegebenenfalls den Beweis erbringen, daß gerade gegen die Kläger auffallend viele Beanstandungen vorgebracht werden. Dieser Umstand ließe nach der Lebenserfahrung darauf schließen, daß bei den Klägern in der Tat überdurchschnittlich viele Mißstände vorhanden sind. Freilich stünde in diesem Fall den Klägern die Entkräftung des Anscheinsbeweises offen; dazu würde schon der Nachweis genügen, daß die ernste Möglichkeit eines atypischen Ablaufes besteht (Fasching aaO Rz 895), daß also etwa die vielen Beschwerden "zentral gesteuert" sind odgl. Sollte den Klägern ein solcher Beweis im fortgesetzten Verfahren gelingen, dann hätte die Beklagte den vollen Beweis für die Berechtigung der einzelnen Beschwerden zu erbringen (Fasching aaO; ÖBI 1989, 174 uva).

Diese Erwägungen führen zur Bestätigung des angefochtenen Beschlusses.

Da der Rekurs Anlaß zu einer weiteren rechtlichen Klärung geboten hat, war die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittelverfahrens vorzubehalten (§ 52 ZPO).

**Anmerkung**

E26579

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1991:0040OB00538.91.0910.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19910910\_OGH0002\_0040OB00538\_9100000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)