

ZVR

[Zeitschrift für Verkehrsrecht]

- | | | |
|-----------------------|------------|---|
| Beiträge | 112 | Protestatio facto contraria non valet?
Hermann Wenusch |
| | 116 | Wer hat Vorrang, wer hat Nachrang beim Skifahren?
Josef Pichler |
| Rechtsprechung | 123 | Missbräuchliche Verwendung von Blaulicht |
| | 124 | Überlassung eines nicht kaskoversicherten Ersatzfahrzeugs für die Dauer der Kfz-Reparatur |
| | 128 | Haftpflichtrechtliche Konsequenzen bei Arbeitsunfall mit Schidoo |
| | 136 | Zur Bestrafung bei Reifenschäden |
| | 139 | Anflutungsphase eines sog Sturztrunks |
| KfV | 141 | Rotlichtüberfahrer
Sabine Lutschounig und Klaus Robatsch |

April 2005

04
MANZ 

Redaktion
Robert Dittrich
Karl-Heinz Danzl
Georg Kathrein
Wilfried Seidl

ISSN 0044-3662

Protestatio facto contraria non valet?

Überlegungen zum Vertragsabschluss bei Inanspruchnahme von öffentlich angebotenen Leistungen am Beispiel des Parkplatzfalles

ZVR 2005/32

§§ 863f, 869, 915
ABGBVertragsab-
schluss;
Protestatio;
Schwarzfahrer;
Detektivkosten;
Parkplatzfall

Obwohl manchmal mit offenbar großer Leichtigkeit auf den hypothetischen Willen der Vertragsparteien geschlossen wird, wird beim Vertragsabschluss mitunter ein sehr strenges Maß angelegt. Letzteres führt zu einer Immunisierung des Unredlichen und einer Belastung der Redlichen: Die bezahlenden Kaufhauskunden müssten letztlich für die von Dieben verursachten Überwachungskosten aufkommen. Dieser Beitrag versucht eine sachgerechte Lösung auch mit einer ökonomischen Analyse des Zivilrechts.

Von Hermann Wenusch

Inhaltsübersicht:

- A. Vorbemerkung
- B. Benutzung eines Parkplatzes ohne zumindest gleichzeitiger Protestation
- C. Benutzung eines Parkplatzes mit Protestation
 1. Vertragsauslegung gem § 915 ABGB
 2. Wahre Einwilligung gem § 869 ABGB
 3. Welche Argumente sprechen für die Wirksamkeit der Protestation?
 - a) Schutz dessen, dessen Leistung in Anspruch genommen wird
 - b) Schutz dessen, der die Leistung in Anspruch nimmt
- D. Ökonomische Analyse des Zivilrechts
- E. Zusammenfassung

A. Vorbemerkung

Es ist manchmal überraschend, wie wenig Beachtung grundlegenden Aspekten der Rechtsgeschäftslehre geschenkt wird: Prinzipielle Überlegungen werden kaum (noch?) angestellt, stattdessen wird kopiert, was schon woanders abgeschrieben wurde. Der Umstand, dass irgendetwas irgendwo geschrieben wurde, erscheint manchmal als einzige Rechtfertigung für eine vertretene Meinung;¹⁾ Zitate sammeln erscheint mitunter wichtiger als geistige Leistung.

Dies scheint ua für den in irgendeiner Form in jedem zivilrechtlichen Lehrbuch zu findenden Grundsatz „protestatio facto contraria non valet“²⁾ zu gelten, nach dem eine Erklärung, die im Widerspruch zum an den Tag gelegten Verhalten steht, unbeachtlich sein soll.³⁾ Wurde dieser Rechtssatz zunächst von der Literatur⁴⁾ und der Rsp⁵⁾ noch eher für anwendbar gehalten, so gilt jetzt das Gegenteil.⁶⁾ Beide Positionen werden aber kaum begründet und erscheinen bei genauem Hinsehen sogar fast apodiktisch⁷⁾ – die Standardkommentare⁸⁾ verzichten auf eine ausführliche Erörterung des Grundsatzes und erschöpfen sich fast ausschließlich in Verweisen auf oft deutsche Literatur.

Eine eingehende wenn auch nur kurze Analyse soll hier anhand des „Parkplatzfalles“⁹⁾ versucht werden.¹⁰⁾ Jemand stellt sein Fahrzeug auf einem Platz ab, von

dem eindeutig ersichtlich ist, dass er vom Besitzer nur gegen Entgelt als Parkplatz vermietet werden soll, und erklärt aber, den angebotenen Vertrag gerade nicht abschließen zu wollen. Der Parkplatzfall ist vergleichbar mit dem Problem der Schwarzfahrer (worunter Personen verstanden werden sollen, die ein öffentliches Verkehrsmittel benutzen, ohne das Beförderungsentgelt zu entrichten). An dieser Stelle muss freilich angemerkt werden, dass das Schwarzfahren – im Gegensatz zum „Schwarzparken“ – gesetzlich verboten ist (§ 149 Abs 1 StGB bzw Art IX Abs 1 EGVG). Genau dieser Umstand führt dazu, dass beim Schwarzfahren nicht unbedingt die Notwendigkeit einer vertragsrechtlichen Bindung mit Pönalbestimmungen gesehen wird, weil das „ordentliche“ Verhalten durch das öffentliche Recht erzwungen werden kann.¹¹⁾ So ein Zwang besteht für den Parkplatzfall aber nicht.

§ 149 Abs 1 StGB und Art IX Abs 1 EGVG zeigen, dass der Gesetzgeber die Inanspruchnahme einer öffentlich (dh der Allgemeinheit gegenüber) angebotenen Leistung, ohne dafür das verlangte Entgelt zu entrichten, verpönt. Dass Art IX Abs 1 EGVG nur vom Schwarzfahren spricht, ist sicher historisch zu erklären. Nichtsdestotrotz führt das Analogieverbot¹²⁾ des Strafrechts (vgl „nulla crimen sine lege“), das auch im Ver-

1) So zuletzt *Wilhelm*, Riegerbank-Anleihe: Lehrstück für Kridatäre, *ecolex* 2003, 18: „Da hören wir diesen Unfug also wieder einmal: Vertretbar ist die Rechtsmeinung dessen, der, statt selbst nachzudenken, anderen Leuten nachschreibt“.

2) Siehe *Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter P 125.

3) Zur Herkunft und Bedeutung der Regel s *Köhler*, Kritik der Regel protestatio facto contraria non valet, *JZ* 1981, 464.

4) Siehe zB *Gschneider* in *Klang* zu § 863 und (noch) *Kramer*, Grundfragen der vertraglichen Einigung 157 ff. AA jedoch bereits 1962 *F. Bydliński*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) insb 70 ff.

5) *ZB OGH* 1 Ob 38/56 in *JB* 1956, 471.

6) Siehe zB *Rummel* in *Rummel*, *ABGB*³ Rz 25 zu § 863; *OGH* 9 ObA 61/94 *ecolex* 1994, 635.

7) Vgl *Faistenberger et al*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts², 536.

8) *Rummel* in *Rummel*, *ABGB*³ Rz 25 zu § 863 und *Apathy* in *Schwimmann*, *ABGB* Praxiskommentar² Rz 11 zu § 861.

9) Vgl *BGHZ* 21, 319.

10) Auch wenn es erscheint, dass solches mitunter bespöttelt wird: *F. Bydliński*, Privatautonomie 50.

11) *Stefula*, Zivilrechtliche Fragen des Schwarzfahrens, *ÖJZ* 2002, 826 (836).

12) Vgl *Triffterer*, Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil², 25.

waltungs(straf)recht gilt, dazu, dass zB dem Parkplatzbesitzer wohl kein öff-rechtl Schutz gewährt wird.

Nach überwiegender Ansicht¹³⁾ wird jedenfalls bei der Inanspruchnahme einer öffentlich angebotenen Leistung ein Vertrag geschlossen – dies wird auch für den hier betrachteten Parkplatzfall vorausgesetzt, ohne dass die einzelnen Argumente dafür näher erörtert werden sollen. Hier sollen nur Überlegungen angestellt werden, die in Zusammenhang mit dem Satz „protestatio facto contraria non valet“ stehen.

B. Benutzung eines Parkplatzes ohne zumindest gleichzeitiger Protestation

Für die Analyse ist es wichtig, ein essentielles Faktum zu beachten, dem allerdings offenbar häufig kein Augenmerk geschenkt wird und das dementsprechend oft übersehen wird. Es ist von entscheidender Bedeutung, den zeitlichen Ablauf genau im Auge zu behalten: Wurde nämlich einmal ein Vertrag abgeschlossen, so kann dieser einseitig (ohne weiteres) nicht mehr beseitigt oder geändert werden (*pacta sunt servanda*). Wird also bereits durch das Befahren eines Parkplatzes ein Vertrag abgeschlossen, so ist die spätere Mitteilung, keinen Vertrag abschließen zu wollen, unbeachtlich!¹⁴⁾

Es ist wesentlich, einen bestimmten Zeitpunkt als jenen des Vertragsabschlusses zu determinieren – vor diesem Zeitpunkt besteht allenfalls eine Haftung aus culpa in contrahendo, danach besteht die vertragliche Bindung. Die Gegenmeinung¹⁵⁾ (die selbst zugibt, eine Mindermeinung zu sein), die meint, dass der Vertragsabschluss nicht als „Momentaufnahme“ gesehen werden darf, würde eine unglaubliche Rechtsunsicherheit bedeuten: Wie lange ist nach dem „Ja“ zuzuwarten, ob allenfalls noch ein „Lieber doch nicht“ folgt! Verhindert jemand, der eine Garage befährt, dadurch, dass er sein Fahrzeug entgegen der Parkplatzordnung (etwa vor einem Fluchtweg!) abstellt, den Vertragsabschluss? Noch krasser ist sicher folgendes Beispiel: Verhindert jemand, der in eine Garage fährt, in der das Parken lediglich für beispielsweise 30 Minuten gestattet ist, einen Vertragsabschluss dadurch, dass er sein Fahrzeug länger als diese Zeit dort belässt?

Noch einmal: Ein Vertragsbruch, der nach dem Vertragsabschluss begangen wird, kann nicht dazu führen, dass der vorherige Vertragsabschluss in Frage gestellt wird (etwa iS einer „Werterhellung“¹⁶⁾ im Handelsrecht). Ein Lenker, der sein Fahrzeug in einer Garage der Garagierungsordnung zuwider abstellt (etwa außerhalb der dafür vorgesehenen Parkflächen auf Verkehrs- oder Rangierflächen), kann sich nicht darauf berufen, dadurch zu erkennen gegeben zu haben, dass er eben keinen Vertrag abschließen wollte, weil dieser Vertrag im allgemeinen bereits zuvor – nämlich (sofort!) beim Befahren der Garage – abgeschlossen wurde.

Dass sich ein vom Parkplatzbesitzer belangter Fahrzeuglenker nicht darauf berufen kann, dass kein Vertrag mit dem Parkplatzbesitzer abgeschlossen wurde, wird besonders klar, wenn man den Vertragsabschluss trotz fehlendem Erklärungsbewusstsein¹⁷⁾ betrachtet (das Lehrbuchbeispiel der „Trierer Weinversteigerung“¹⁸⁾: Das einem Freund zugedachte Winken in einer Auktionshalle kann vom Auktionator als Bot verstanden wer-

den und eventuell zum bindenden Zuschlag führen). Wenn schon die Erklärungsfähigkeit¹⁹⁾ ausreicht, um zu einem Vertragsabschluss zu führen, so muss dies erst recht dann gelten, wenn Erklärungsvorsatz gegeben ist (von Vorsatz kann hier gesprochen werden, weil vorausgesetzt wird, dass unmissverständlich erkennbar ist, dass der Parkplatzbesitzer diesen nur aufgrund eines Vertrags überlassen will, und weil angenommen werden muss, dass sich Fahrzeuge nicht in einem Zustand fehlenden Bewusstseins lenken lassen).

C. Benutzung eines Parkplatzes mit Protestation

1. Vertragsauslegung gem § 915 ABGB

Wie verhält es sich im ziemlich unpraktischen Fall, dass der Fahrzeuglenker spätestens (!) beim Befahren des Parkplatzes erklärt, den angebotenen Mietvertrag nicht abschließen zu wollen? Unpraktisch²⁰⁾ ist der Fall deshalb, weil wohl kaum angenommen werden kann, dass der Fahrzeuglenker den Besitzer des Parkplatzes vorab zB telefonisch davon unterrichtet, dass er nun komme, aber keinen Vertrag abzuschließen wünsche. Ebenso selten dürfte passieren, dass der Fahrzeuglenker beim Befahren – in einer für den Parkplatzbesitzer wahrnehmbaren Art und Weise – dem Parkplatzbesitzer zB durch Zurufen (oder ein mitgeführtes Schild) seine Ablehnung kundtut.

In diesem Fall setzt der Lenker zwei Handlungen, die jede für sich genommen – das sei vorausgesetzt – völlig eindeutig wären. Dadurch, dass allerdings diese beiden Handlungen gesetzt werden, entsteht eine Unklarheit, vergleichbar mit jener, dass jemand die Anweisung „dorthin“ gibt, aber in die entgegengesetzte Richtung zeigt oder „ja“ sagt, aber dabei den Kopf schüttelt. Dieser Fall ist gesetzlich eindeutig geregelt: Gem § 915 ABGB ist eine undeutliche Äußerung zum Nachteil dessen auszulegen, der sich ihrer bedient (dies nicht nur beim im Wortlaut des Gesetzes beschriebenen Fall des zweiseitig verbindlichen Vertrags, sondern auch bei einseitigen Erklärungen).²¹⁾

Dabei wird nicht übersehen, dass sich argumentieren ließe, dass eine Berufung auf § 915 ABGB deshalb misslingen müsste, weil eine entsprechende Unklarheit überhaupt dazu führen würde, dass ein schlüssiger Vertragsabschluss überhaupt scheitern würde, „weil § 863 ABGB verlangt, dass die [...] Erklärung [...] keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen darf“.²²⁾ Es wird aber hier davon ausgegangen, dass es sich beim Befahren eines Parkplatzes um ein „allgemein angenommenes Zeichen“ handelt, bei welchem die Zweifellosigkeit für den Vertragsabschluss nicht gefor-

13) Zum Stand der Meinung s *Stefula*, ÖJZ 2002, 826 (829f), der aber selbst aA ist.

14) Genau so *Kramer* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch³ Rz 38 zu Vor § 116.

15) *Stefula*, ÖJZ 2002, 826 (831 ff).

16) Zum Begriff zB *Straube*, HGB Rechnungslegung Rz 44 zu § 201.

17) Siehe zum Begriff *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I², 100.

18) *F. Bydliński*, Privatautonomie 58.

19) *P. Bydliński*, Bürgerliches Recht I Allgemeiner Teil Rz 6/42 unter Berufung auf *F. Bydliński*, Privatautonomie.

20) So aber BGHZ 21, 318.

21) Siehe zB *Rummel* in *Rummel*, ABGB³ Rz 4 zu § 915.

22) So OGH 6 Ob 100/75 SZ 48/103.

dert wird. Weiters ist nicht einzusehen, weshalb eine Unklarheit im Vertrag anders beurteilt werden sollte als eine Unklarheit beim Vertragsabschluss.²³⁾ Wenn man bedenkt, welche „hypothetischen Parteiwillen“ die Gerichte mitunter erschließen, so verwundert, dass andererseits hohe Anforderungen an den Vertragsabschluss gestellt werden.

2. Wahre Einwilligung gem § 869 ABGB

Selbst wenn § 915 ABGB nicht heranzuziehen wäre, so bliebe § 869 ABGB, wonach jener, der sich bewusst bzw in der Absicht, sich zu bereichern (und nichts anderes kann schließlich in einer – allenfalls besitzstörender – Aneignung von Parkraum gelten), undeutlicher Ausdrücke bedient, Genugtuung zu leisten hat. Das bedeutet nun eben nicht, dass kein Vertrag geschlossen wird und lediglich Schadenersatz zu leisten ist²⁴⁾ (Mentalreservation). Beachtlich in diesem Zusammenhang: „Deckt sich das subjektive Verständnis auch nur einer der Vertragsparteien mit dem objektiven Vertragssinn, dann kommt der Vertrag nach Maßgabe dieser objektiven Vertragsinterpretation zustande“.²⁵⁾

3. Welche Argumente sprechen für die Wirksamkeit der Protestation?

Welche Argumente sprechen für die Wirksamkeit der Protestation²⁶⁾ und sind diese zu entkräften?

a) Schutz dessen, dessen Leistung in Anspruch genommen wird

Es wird argumentiert, dass dem Opfer nicht zugemutet werden kann, bei einem Vorgang, den es gar nicht will, gegen seinen Willen ua die Gehilfenhaftung zu übernehmen. Folgende Beispiele werden ins Treffen geführt: Mit dem Bankräuber werde kein Darlehensvertrag, mit dem Ladendieb kein Kaufvertrag und mit dem Entzieher von Energie wird kein Energieliefervertrag geschlossen. Übersehen wird dabei freilich völlig, dass das Opfer eventuell eben doch einen Vertrag abschließen möchte, um eben – wie beim Falschparker oder Schwarzfahrer – in den Genuss einer Pönalgebühr zu kommen.

An dieser Stelle ist noch zu berücksichtigen, dass die Protestation den Offerenten gar nicht erreicht (zB wenn bei der Garageneinfahrt kein Bediensteter postiert ist, der das Schild, auf welchem die Ablehnung des Vertragsabschlusses kundgetan wird, lesen könnte) und dass damit der Vertrag gem § 864 zustande kommt, weil eine ausdrückliche Erklärung der Annahme nach der Natur des Geschäfts nicht zu erwarten ist.²⁷⁾

b) Schutz dessen, der die Leistung in Anspruch nimmt

Für die Wirksamkeit der Protestation wird die der Privatautonomie innewohnende Selbstbestimmung ins Treffen geführt, wobei dies im Zusammenhang mit der Ablehnung von faktischen Vertragsverhältnissen und dergleichen geschieht: Es kann nicht sein – so wird argumentiert –, dass ein eventuell unbewusstes Verhalten unanfechtbar sein soll, während dies bei einem bewussten Verhalten möglich ist. Dabei wird aber übersehen, dass die Handlung, der widersprochen wird, selbst eine – für sich alleine genommen – unzweifelhafte Wil-

lenserklärung sein kann – im Parkplatzfall ist sie dies sicher. Dann liegen zwei widersprüchliche Erklärungen vor, was derjenige, der sie abgegeben hat, zu verantworten hat – für die Unklarheit ist er verantwortlich.

Angemerkt sei hier noch, dass sich auch dann, wenn man unterstellt, dass aufgrund der Protestation kein Vertragsabschluss erfolgt, sich kein Unterschied zum Gesagten ergibt, wenn man die Auswirkungen auf eine allenfalls vom Besitzer des Parkplatzes geforderte Parkgebühr bzw eine Pönalgebühr für zB den Garagenbedingungen zuwiderlaufendes Parken betrachtet. Der Protestierende hätte als vorsätzlich handelnd „volle Genugtuung“ gem § 1324 ABGB zu leisten, dh auch einen entgangenen Gewinn zu bezahlen. Die schädigende Handlung wäre gegenständlich die geschaffene Unklarheit (§ 869 ABGB). Denkt man sich diese – bei sonst unverändertem Sachverhalt – weg, so wäre ein Vertrag abgeschlossen worden und der Parkplatzbesitzer hätte die entsprechenden Gebühren erwirtschaftet. Würde wegen der Unklarheit nun tatsächlich kein Vertrag abgeschlossen, so entginge ihm diese Einnahme, was eben zu einem zu ersetzenden Schaden genau in der Höhe der Gebühren führen würde.²⁸⁾ Anders bei anderen Rechten, die sich der Parkplatzbesitzer vertraglich ausbedingen möchte: Beispielsweise könnte ein Zurückbehaltungsrecht auf diese Weise nicht „ersetzt“ (durchgesetzt) werden.

Schließlich kann noch vorgebracht werden, dass eine Protestation einen „guten Sinn“²⁹⁾ hat, weil dadurch das Ob und das Wieviel des Vergütungsanspruchs gerichtlich überprüft werden kann: Der Unternehmer muss dann, wenn der Vertragsabschluss aufgrund der Protestation scheitern würde, selbst klagen und die Beweislast für die Angemessenheit des Vergütungsanspruchs tragen. Dieses Argument übersieht freilich, dass damit alle Vorteile, die eine Vertragsstrafe bietet, unterlaufen würden: Im Ergebnis würde der Kaufhausbetreiber wiederum auf den Detektivkosten sitzen bleiben, weil sie dem konkreten Dieb kaum „aufdividiert“ werden können.

D. Ökonomische Analyse des Zivilrechts

Vorab und nur cursorisch sei an dieser Stelle angemerkt, dass es unverständlich erscheint, wenn eine ökonomische Analyse des Rechts³⁰⁾ schlichtweg abgelehnt wird.³¹⁾ Spiegelt sich doch darin nicht auch oft der Gedanke der

23) Dieser manchen sicherlich provozierend erscheinende Gedanke soll hier nicht weiter verfolgt werden, weil der Rahmen dieser Ausarbeitung gesprengt würde; die entsprechenden Erörterungen seien einer separaten Arbeit vorbehalten.

24) Siehe *Faistenberger et al*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts², 604.

25) OGH 5 Ob 511/96 RdW 1996, 521.

26) Am ausführlichsten wohl *F. Bydlinski*, Privatautonomie. Es erscheint allerdings, dass dort das Hauptaugenmerk auf die faktischen Vertragsverhältnisse – die ohne Zweifel abzulehnen sind – gelegt wird, und die Protestation nur en passant „miterledigt“ wird. Für Deutschland: *Köhler*, JZ 1981, 464.

27) Dazu, dass das Benutzen einer Parkgarage als Annahmehandlung anzusehen ist, siehe zB *Rummel in Rummel*, ABGB³ Rz 2 zu § 864.

28) Für die Mehrzahl der Fälle zum gleichen Ergebnis gelangt auf eher umständlichem Weg *Stefula*, ÖJZ 2002, 826 (837 f).

29) So *Köhler*, JZ 1981, 468 f.

30) Zum Begriff: *Noll*, Recht, Ökonomie und Management Rz 154 f.

31) So offenbar OGH 6 Ob 565/92 ecolex 1993, 377 = JBI 1993, 786.

Verkehrssicherheit³²⁾ („Teilweise laufen die einschlägigen Überlegungen auch nur auf die Neuentdeckung längst bekannter ökonomischer Zwecke bestimmter Rechtsnormen oder Rechtsinstitute [...] hinaus“³³⁾).

Anerkennt man, dass das ökonomische Prinzip, wonach danach zu trachten ist, möglichst keine Ressourcen zu vergeuden,³⁴⁾ ein Grundpfeiler der Rechtsordnung ist, so ist die Gültigkeit des Grundsatzes „protestatio facto contraria non valet“ zwingend.³⁵⁾

Dies wird an einem Beispiel sofort klar: Der Parkplatzbesitzer könnte – wenn die Protestation den Vertragsabschluss verhindert – nicht direkt auf einen Lenker einwirken, der nach entsprechender Protestation sein Fahrzeug so abstellt, dass der Garagierungsbetrieb gestört ist. Insbesondere könnte er keine Pönalgebühr etc verlangen; er wäre vielmehr auf eine Besitzstörungsklage beschränkt (wenn man die eher „riskanten“ Möglichkeiten einer Schadenersatz- bzw Bereicherungsklage einmal außer Acht lässt). Berücksichtigt man die relativ geringen Kosten eines Besitzstörungsverfahrens, so ist es möglicherweise (nämlich bei längerer Abstelldauer) billiger, ein solches in Kauf zu nehmen, als die aufgrund der allgemeinen Parkplatznot oft nicht unerheblichen Abstellkosten zu bezahlen.

Selbst wenn der Besitzer des Parkplatzes völlig sicher ist, das Besitzstörungsverfahren zu gewinnen, so bleibt das Risiko, dass die Prozesskosten bei der Gegenseite uneinbringlich sind. Außerdem werden die (eigenen) Kosten der Administration und Evidenzhaltung nicht vergütet (immerhin muss – zumindest bei einem Rechtsmittel – ein Rechtsanwalt beauftragt und der gesamte Vorfall dokumentiert und verbucht werden) und Einnahmen verhindert (zB dadurch, dass der vorhandene Platz nicht für zahlungswillige Kunden zur Verfügung steht). Dieses Risiko, der Administrationsaufwand und die verlorene Möglichkeit, Einnahmen zu generieren, sind Faktoren, die bei der Kalkulation berücksichtigt werden müssen, was zu höheren Parkgebühren führt. Dies wiederum führt dazu, dass tendenziell mehr Lenker versuchen werden, „ohne Vertrag“ zu parken, um die hohen Parkgebühren zu vermeiden. Dies bewirkt zunächst einen Entfall von Einnahmen beim Besitzer des Parkplatzes. Es führt aber auch zu einer Steigerung des Kosteneinbringungsrisikos, der Administrationskosten und der Einschränkung des Einkommenspotentials.

Und dies wiederum führt notwendiger Weise zu einer weiteren (zwingenden!) Erhöhung der Parkgebühren. Diese Spirale setzt sich solange fort, bis der Besitzer des Parkplatzes zu Maßnahmen greift, die sicherstellen, dass eine Protestation keinesfalls mehr zielführend ist – zB dadurch, dass die Zufahrt zum Parkplatz mechanisch versperrt ist und sich erst öffnet, wenn der jeweilige Lenker einen Vertrag unterschrieben hat. Diese Maßnahmen schützen zwar vor „Schwarzfahrern“, bewirken aber Kosten, die von allen Lenkern zu tragen sind. Der ursprünglich intendierte Zweck ist damit erreicht – allerdings um den Preis völlig sinnloser Kosten, die keinem der Beteiligten irgendeinen Nutzen bringen.

E. Zusammenfassung

Oft wird der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses nicht beachtet und eine Vertragsverletzung als (zu beachtende) Protestatio angesehen. Und wenn nicht bereits zuvor ein Vertrag abgeschlossen wurde, gilt der Grundsatz „protestatio facto contraria non valet“! Dies lässt sich relativ leicht nachweisen, wenn man die gesetzlichen Regeln über unklare Erklärungen beachtet.

Damit erscheinen Konstruktionen wie „faktische Vertragsverhältnisse“, „Vertragsstrafversprechen“ oder „sozialtypische Verhalten“ (wie sie hauptsächlich in Deutschland diskutiert werden) entbehrlich, um dem „Problem der Schwarzfahrer“ Herr zu werden.

Es ist rechtspolitisch sicher wünschenswert und muss überhaupt als „gerecht“ iS des letzten Satzes des § 7 ABGB angesehen werden, dass derjenige, dessen Leistung schmarotzerisch in Anspruch genommen wird, nicht in die unangenehme Klägerrolle in einem Bereicherungs- oder Schadenersatzprozess gedrängt wird und dass dessen „ordentliche“ Kunden (anteilmäßig) nicht die vom Schmarotzer verursachten Kosten tragen müssen, weil mangels Vertrag keine Vertragsstrafe vom Schmarotzer verlangt werden kann.

32) F. Bydliński, Privatautonomie 131 ff.

33) F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff 331.

34) Vgl dazu etwa die häufig erkannten Besonderheiten des sog „Masengeschäfts“.

35) Dass eine ökonomische Analyse des Zivilrechts auch bei der Auslegung von Erklärungen zu erfolgen hat, sei hier nicht weiter erörtert.

→ In Kürze

Grundsätzlich wird ein Vertrag geschlossen, wenn eine öffentlich angebotene Leistung konsumiert wird. Der „Konsument“ kann sich vertraglicher Verpflichtungen nicht dadurch entziehen, dass er erklärt, keinen Vertrag abschließen zu wollen (selbst wenn ein Vertragsabschluss so verhindert werden könnte, führen schadenersatzrechtliche Überlegungen außerdem zum gleichen Ergebnis). Die Lehrmeinung, man könne einem Geschädigten nicht einen Vertrag mit dem Schädiger aufzwingen, übersieht, dass der Geschädigte einen Vertragsabschluss mit guten Gründen sogar wünschen kann. Eine ökonomische Analyse des Zivilrechts schließlich ergibt, dass es sachgerecht ist, einem schmarotzerisch Ausbeutenden nicht die Möglichkeit zu geben, durch einfache Erklärung Leistungen konsumieren zu können, ohne die dafür verlangte Gegenleistung erbringen zu müssen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

DDr. Hermann Wenusch ist Partner der Mondl Trummer Thomas & Partner Rechtsanwälte GmbH; Korrespondenzadresse: 1070 Wien, Mariahilfer Str. 88a/11; Tel: 523 90 01, Fax: 523 90 04, E-Mail: wenusch@aon.at

Literatur:

F. Bydliński, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967); Stefula, Zivilrechtliche Fragen des Schwarzfahrens, ÖJZ 2002, 826.

