
Buchbesprechung:

**Peter Lambrecht – Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis,
Tübingen (Mohr/Siebeck) 1994**

1. "Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis ist gesetzwidrig. Warum aber konnte sie trotzdem entstehen und fast herrschend werden? Und was hat später den plötzlichen Niedergang [...] herbeigeführt?" So beschreibt der Autor (am Anfang des Klappentextes) den von ihm dargestellten Vorgang der neuen Privatrechtsgeschichte bzw. seine Thesen zu dessen Deutung. Am selben Ort heißt es weiter, die besprochene Lehre sei ein "Produkt der Krise des Liberalismus und der des Rechtspositivismus" gewesen und Ausfluß des Bemühens, "die Vertragsfreiheit zu begrenzen". Mit Genugtuung wird abschließend festgehalten: "Der Niedergang des faktischen Vertragsverhältnisses beruhte auf der Erkenntnis der in ihm liegenden Gefahren. Er wurde ausgelöst durch die Rechtsprechung des BGH." Trotz plakativer Verkürzung signalisieren diese Formeln zutreffend Gegenstand und Ausrichtung der Schrift, lassen aber auch bereits deren methodische Orientierung erkennen, die, wie der Schreibende gleich vorweg bekennt, in seinen Augen von Grund auf fragwürdig ist. Da indessen dieser als Bielefelder Dissertation verfaßte Text intelligent geschrieben ist und gleichzeitig die abundante Literatur zum Thema zusammenfaßt, wenn auch eingeschränkt auf jene Autoren, welche die vom Verfasser verfolgte, durch obige Zitate angedeutete Grundtendenz vertreten, verdient sie trotzdem Beachtung und kann Ansatzpunkt kritischer Auseinandersetzung mit der von ihr dargestellten doktrinellen Richtung sein.

In einleitenden Hinweisen wird das Phänomen der faktischen Vertragsverhältnisse in das "Spannungsverhältnis zwischen Vertragsfreiheit und sozialer Gerechtigkeit" hineingestellt und (die Verhältnisse stimmungsvoll dramatisierend) gesagt: "[...] die 1941 [...] entwickelte Theorie [...] drohte lange Zeit, das Vertragssystem des BGB zu sprengen". Untersuchungsgegenstand ist die Frage, weshalb diese (derart verfehlt) Lehre weitverbreitete Akzeptanz finden konnte und weshalb sie umgekehrt wiederum verschwand (S. 2).

Die Lehre vom "faktischen Vertragsverhältnis" i. bes. geht auf Günter Haupt zurück, der in seiner Leipziger Antrittsvorlesung anno 1941 den Terminus geprägt hat (Publikation in Festschrift für Heinrich Siber, Leipzig 1943, S. 1-37). Inspiriert von Beispielen wie demjenigen des Sportfliegers, der auch ohne vorherige Abrede nach seiner Landung die Flugplatzgebühr entrichten muß (so ein Entscheid des Amtsgerichts Berlin-Mitte bereits 1931), stellt er die These auf, daß auch ohne rechtsgeschäftliche Willenserklärung und allein aufgrund von Fakten Verträge entstehen können. Dieses Phänomen bleibt selbstverständlich auf bestimmte Fallgruppen beschränkt. Von Haupt entwickelt werden vorab die faktischen Vertragsverhältnisse "kraft sozialen Kontakts" (hier einbezogen neben der Haftung des Automobilisten gegenüber dem Gefälligkeitsfahrgast insbesondere die Haftung aus "culpa in contrahendo", für die er mit seiner These ein Zusatzargument liefern will), dann jene "kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis" (hier die "faktischen" Gesellschafts- und Arbeitsverhältnisse erfassend, die mangels Geschäftsfähigkeit, wegen Willensmängeln { 715/716 } oder dergleichen nach herkömmlichen Grundsätzen ungültig sind oder werden) und schließlich jene "kraft sozialer Leistungsverpflichtung" (wo vorab Fälle von

Kontrahierungszwang genannt werden, mit dem Hauptbeispiel des nach Haupt bei der Benützung der Straßenbahn entstehenden Vertrages).

2. Beachtenswert und aufschlußreich sind die einläßlichen Hinweise auf Vorläufer der Haupt'schen Theorie (S. 19 ff.). Neben Otto v. Gierkes "Gesamtaktstheorie" des Jahres 1887, Eugen Ehrlichs "real abgeschlossenen Vertrag" und Ernst Landsbergs "Vertragswirkung ohne Vertrag" (1904) werden noch weitere Autoren (v. Tuhr, Manigk, Potthoff, Siebert, Roquette und H. D. Fischer) vorgestellt. Über Haupt selber wird biographisch nichts gesagt, außer (S. 36) daß er sich 1935 in Königsberg habilitiert und dort als Privatdozent gewirkt habe.

Unter der Etikette "Auflösung des Vertragsbegriffs nach 1933" (S. 64 ff.) wird versucht, die Figur der faktischen Vertragsverhältnisse in den Zusammenhang der damaligen "Rechtserneuerungs-bewegung" und der in ihr führenden Kieler Schule (Larenz, Wieacker) zu stellen. Auch Schnorr v. Carolsfeld wird berufen, dem bereits vorher (S. 46 ff., 54 ff.) nicht nur ein Einfluß der Freirechtsschule der Interessenjurisprudenz behauptet wurde, sondern auch ein solcher von "Carl Schmitts Theorie vom 'konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken', welche die national-sozialistische Rechtslehre entscheidend mitprägte". Wenn man Haupts Aufsatz von 1941/43 liest, muß man ihn meines Erachtens entgegen diesen Andeutungen von intellektueller Verflechtung mit dem Nationalsozialismus freisprechen (der vom Verfasser korrekter- und sympatischerweise als "sozialistische" Bewegung klassiert wird, während es der Linken der Nachkriegszeit gelungen ist, diese Bewegung zur "rechtsextremen" umzudefinieren); selbst anbiedernde Floskeln, die in jenen Jahren naheliegend gewesen wären (und immer noch nicht notwendig echte Verbundenheit erweisen würden), sind bei Haupt kaum zu finden. Erst recht ist die hier hergestellte Korrelation der besprochenen Figur zum Nationalsozialismus unsinnig; eine Lockerung allzu enger Gesetzesbindung lag schon vor 1933 in der Luft (siehe die oben genannten "Vorläufer" Haupts), wie auch Sachentscheidungen im Sinne der hier besprochenen Figur bereits früher nachzuweisen sind (siehe den Flugplatzentscheid des Jahres 1931).

Das umfangreichste Kapitel (S. 69-123) betrifft die "Rezeption der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis", wo ein Überblick über die Literatur (West-) Deutschlands versucht wird; auch die doktrinellen Varianten, wie sie selbst innerhalb der vorerst weit überwiegend befürwortenden Stellungnahmen anzutreffen waren, finden Erwähnung. Es wird die Judikatur des BGH dargestellt, die nach 1945 die Figur aufgriff ("Parkplatz", BGHZ 21, 319 ff.; "Stromdiebstahl", BGHZ 23, 175 ff.; "Hoferben" 23, 249 ff.; "Schwarzfahrer", BGHZ in Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1966, 2360 ff.); auch die sich um diese Entscheidungen rankenden doktrinellen Kontroversen sind dargelegt. – Dieser informativen (wenn auch sich auf die höchstrichterliche Judikatur beschränkenden) Darstellung gegenüber erscheint der folgende Abschnitt über den "Niedergang der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis" (S. 126-158) nicht ebenbürtig: Es werden (teilweise in Wiederholung von Früherem) deren "fehlende Widerspruchsfreiheit" (S. 145) bzw. "fehlende Einfachheit" (S. 152) behauptet und insbesondere die "Gefahren" des faktischen Vertragsverhältnisses an die { 716/717 } Wand gemalt (S. 154). Zwar wird auch der "Fruchtbarkeit der Lehre" ein eigener Abschnitt gewidmet (S. 128 ff.); die einleitend versprochene Darstellung und Veranschaulichung des "Niedergangs" dieser Figur anhand der Doktrin oder gar von Beispielen aus der Praxis besteht nur in Ansätzen.

3. Es ist ein Leichtes, zum Beleg heute überwiegender Negativhaltung zahlreiche Autoren anzuführen. Einzelne Argumente dieser Autoren werden aufgenommen; einschränkende Vorbehalte und Differenzierungen, die in der genannten Literatur durchaus angebracht werden, finden kaum Erwähnung. Auch die angeblich ablehnende Haltung des BGH ist in meinen Augen nicht erstellt, dies wenigstens dann, wenn man nicht auf verbale Stellungnahmen zum Terminus "faktische Vertragsverhältnisse", sondern auf die durch ihn repräsentierten Mechanismen abstellt. Nur im Terminologischen bleibt die von Lambrecht (S. 21 f., 99 ff., 134 ff., 162 etc. in der Nachfolge von Palandt / Heinrichs, und zahlreicher anderer Autoren) vertretene Meinung, die Figur sei (bei Fällen der vertragslosen Leistungserlangung) entbehrlich bzw. überholt und verdrängt durch den Rückgriff

auf den alten Topos "protestatio facto contraria non valet". So sehr der Schreiber mit dem Resultat der genannten Autoren, den parkenden Automobilisten, den Schwarzfahrer, Stromdieb oder Hausbesetzer in vertraglicher Gegenleistungspflicht zu behaften, einverstanden ist (welche immerhin Larenz, ganz entgegen seinem früherem Standpunkt, neuerdings ablehnt; vgl. AT, 7. Auflage, 1989, S. 536 f.; ähnlich auch Helmut Köhler, BGB AT, 21. Auflage, 1991, § 15/III, 3 und zahlreiche andere), kann man sich über dies Argument nur wundern, wird doch mit der "Protestatio-Regel" (ohne eigenständige Begründung) ein Resultat gestützt, das so deutlich als überhaupt möglich das Fehlen eines Vertragskonsenses markiert und damit selbstverständlich alle Merkmale von "faktischen Vertragsverhältnissen" erfüllt. Lambrecht selber schreibt: "Bei der Anwendung des protestatio-Satzes kommt das Vertragsverhältnis nur formal rechtsgeschäftlich zustande. In Wirklichkeit beruht es nicht auf Willenserklärungen, sondern wie das faktische Vertragsverhältnis auf [...] der Inanspruchnahme der Leistung." (S. 139). Dem kann man ohne jeden Vorbehalt zustimmen, man versteht aber nicht, weshalb der Autor die beiden funktionsgleichen Dinge als Gegensätze deutet, statt zum Schluß zu gelangen, daß die "protestatio-Regel" eine der verschiedenen Erscheinungsformen der faktischen Vertragsverhältnisse darstellt und deren Anwendungsfälle unter diesen Oberbegriff zu subsumieren sind.

Ähnliches müßte man zur Verwendung des Begriffs der "faktischen Gesellschaft" bemerken. Wenn Lambrecht (S. 95) ausführt, der in dieser Frage zuständige 2. Senat des BGH folge der genannten Theorie nicht, sondern gewähre statt dessen "fehlerhaften, in Vollzug gesetzten Gesellschaftsverträgen einen rechtsgeschäftlichen Bestandsschutz für die Vergangenheit, indem er die Wirkung der Nichtigkeits- und Anfechtungsvorschriften auf die Zukunft" beschränke, kann man nur bemerken, daß einer Theorie zu folgen (d. h. verbal sich zu dieser zu bekennen) eine Sache ist, die Theorie zu praktizieren eine andere. Welche Formeln der 2. Senat auch verwendet, offenkundig wendet er Vertragsregeln ohne vertragliche Grundlage an, was ohne jeden Vorbehalt die Merkmale der "faktischen Gesellschaft" erfüllt.

4. Die hier besprochene Schrift gibt eine historische Darstellung eines kleinen Ausschnittes aus der Geschichte der neuen deutschen juristischen Doktrin, { 717/718 } der allerdings, genau besehen, nur ein Problem "dogmatischer Sprachregelung" betrifft. Daß diese von Lambrecht unbefangenen-kritiklos dargestellte Episode kein Ruhmesblatt deutscher Wissenschaftsgeschichte darstellt, sondern Begriffsverwirrnis offenbart und im übrigen offensichtlich macht, daß in den dargestellten Kontroversen zwar viel Engagement für dogmatischen Feinschliff oder ängstlich-wortklaubischer Gesetzespositivismus sichtbar wird, jedoch Sorge um inhaltlich überzeugende, sachlich richtige Resultate nur ausnahmsweise erkannt werden kann, soll dem Autor nicht angelastet werden; er befindet sich in guter, jedenfalls zahlreicher, Gesellschaft.

Der Leser der ZEuP wird vorab auch nicht glücklich sein, daß die Untersuchung der hier aufgeworfenen Frage auf Deutschland beschränkt bleibt. Sie hat auch im Ausland einen gewissen Widerhall gefunden; z. B. gehört der Topos "faktische Vertragsverhältnisse" heute in der Schweiz zum festen Bestand der Rechtspraxis. Der Blick wird zwangsläufig auf den gesamteuropäischen Raum ausgedehnt, wenn man sich nicht auf den Terminus ("faktische Vertragsverhältnisse") fixiert, sondern die dahinterstehenden Sachprobleme betrachtet, oder, was hier dasselbe ist, eine größere historische Dimension einbezieht, denn diese illustriert von selbst die ubiquitäre Geltung der zur Diskussion stehenden Sachprobleme. Ein hier weite Horizonte eröffnender Aufsatz stammt von Carlo Aug. Cannata: "Das faktische Vertragsverhältnis, oder die ewige Wiederkehr des Gleichen" (Studia et Documenta Historiae et Iuris LIII/1987, p. 297-312, Rom, Pontificia Universitas Lateranensis). Er zeigt, daß seit je der Obligations-Entstehungsgrund *quasi ex contractu* auf weiten Strecken dieselbe Funktion wahrnahm wie die Haupt'sche Theorie. Ihm verdanken wir (loc. cit. Anm. 16 und 24) den Hinweis auf Vinnius (1588-1657) und Voet (1647-1713), welche diese justinianische Kategorie ganz i. S. der hier diskutierten Figur handhaben und auch die heutigen Pro- und Kontra-Argumente weitgehend antezipieren. Hier immerhin ein Zitat aus Voet's Commentarius ad Pandectas, 44/7/5: "Quasi contractus sunt praesumptae Conventiones, ex quibus mediante facto

valida nascitur obligatio". "Praesumpta" conventio ist die präsumierte, man könnte auch sagen fingierte, Willensübereinkunft; mit der "mediante facto" entstandenen Obligation wird beinahe auch schon die Haupt'sche Wortschöpfung vorweggenommen. Dann heißt es weiter: "Vera namque conventio in quasi contractibus nulla est, nec in ius [...] requisitur, sed magis ex re ipsa, facto, gestione obligatio descendit", womit klargestellt wird, daß eigentliche Willensübereinkunft (conventio) für Quasi-Verträge nicht nötig ist (ja solche ausschließt, da die Sachverhalte zu richtigen Verträgen machend), vielmehr *res ipsa* ("die Sache an sich"), *factum* oder *gestio* die Obligation schaffen. Abschließend bezieht Voet Position gegen die damals landläufige Auffassung eines *numerus clausus* der *obligationes quasi ex contractu* (*negotiorum gestio*, *indebiti solutio* und drei weitere) und meint "tamen plures alios in jure nostro inveniri, demonstratum": Die Figur wird offen gehalten für weitere Anwendungsfälle, d. h. genau das, was eine richtig verstandene Auffassung der "faktischen Vertragsverhältnisse" i. S. Haupts ebenfalls anstrebt. Diese Hinweise beweisen die ewige Geltung der damit angesprochenen Sachprobleme wie auch gleichzeitig die Entbehrlichkeit dieser Neuschöpfung. Letzteres allerdings nur, wenn man die Rechtsordnung als ein "offenes System" betrachtet, wie es seit dem alten Rom bis hin zur Durchkodifizierung des Privatrechts der kontinentalen Tradition der Fall war. Fehlt es { 718/719 } an dieser Offenheit, bedarf es anscheinend einer besonderen Rechtfertigung, welche offenbar mit einem generalisierenden Schlagwort wie dem hier besprochenen erreicht wird.

5. In der künftigen Diskussion müßte vorerst einmal klar werden, daß der hier besprochene Terminus zwei verschiedene Dinge bedeuten kann: Einmal ist er nichts weiter als eine deskriptive Sammelbezeichnung zur Erfassung all jener rechtlichen Phänomene, bei denen bestimmte (nicht notwendigerweise alle) vertragliche Rechtsfolgen eintreten, ohne daß die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen eines Vertragsschlusses alle verwirklicht wären. Umgekehrt kann in dieser Formel, wenn sie auf einen konkreten Sachverhalt bezogen wird, aber auch die Behauptung liegen, in einem gewissen Sachverhalt würden (einige oder gar alle) Wirkungen eines Vertrages eingetreten sein bzw. eintreten sollen. Hinsichtlich der ersten Sinngebung kann man nicht im Ernst darüber streiten, ob es diese Figur "gebe" (sie entsteht vielmehr mit deren Definiertwerden und dem Vorkommen von durch diesen Begriff erfaßten Sachverhalten). Sachdiskussion ist nur darüber möglich, ob es diese Figur "geben dürfe", was aber nur hinsichtlich eines bestimmten Typus (d. h. eines konkreten Anwendungsfalles) von "faktischen Vertragsverhältnissen" möglich ist; die Auseinandersetzung kann niemals um "das faktische Vertragsverhältnis als solches" geführt werden, sondern muß sich auf eine spezifizierte Erscheinungsform beziehen. Will man nicht beim Einzelfall bleiben, sondern zur Gattung vorstoßen, kann über "faktische Vertragsverhältnisse" nur in der Mehrzahl gesprochen werden (im Titel vorliegenden Buches wie fast durchwegs im Text erscheint die Einzahl).

Es gibt seit je anerkannte und der Sache nach heute gänzlich unstrittige Phänomene, die unter den Oberbegriff der "faktischen Vertragsverhältnisse" fallen, so die *negotiorum gestio* oder viele der heute sog. "gesetzlichen" Schuldverhältnisse wie die Zinspflicht des in der Mietsache überdauernden Mieters (BGB § 557). In der Diskussion um die "faktischen Vertragsverhältnisse" werden sie, da unproblematisch, kurzerhand vergessen, was nicht schadet, da die Frage, ob es die fraglichen Erscheinungsformen faktischer Vertragsverhältnisse "gebe", vom Gesetzgeber im vorhinein bejahend entschieden ist. Um so notwendiger ist Sachdiskussion bei den Typen, die weder einen gesetzlichen noch einen in der Tradition gefestigten Geltungsgrund haben. Es kann nicht Aufgabe dieser Zellen sein, die Berechtigung bestimmter Erscheinungsformen zu diskutieren. Wohl aber muß allgemein festgehalten werden, daß in einer Reihe von Sondertatbeständen das Anerkennen des Eintritts vertraglicher Leistungspflichten auch ohne Vorhandensein gesetzlicher Vertragsvoraussetzungen sachlogisch dringend geboten ist.

6. Ungeachtet der verbalen Deklarationen über die "Existenz" oder "Nichtexistenz" faktischer Vertragsverhältnisse und der oben angedeuteten Negativhaltung von Larenz, Köhler u. a. scheint sich die "protestatio-Regel" zunehmend Anerkennung zu verschaffen. Wegleitend ist der Gedanke,

daß ein Leistungsaustausch, der üblicherweise bloß gestützt auf einen Vertrag erfolgt, auch in den fraglichen nicht-vertraglichen Beziehungen eine vertragliche Bereinigung (insbesondere eine Preiszahlung seitens des Leistungsempfängers) fordert: Wahrung des ("faktischen") Synallagmas auch ohne Vertrag. Es sind dies die Fälle der Inanspruchnahme einer Leistung unter (stillschweigender oder ausdrücklicher) Erklärung, einen Vertrag nicht schließen zu wollen: "Parkplatzfall", Stromdiebstahl, { 719/720 } Schwarzfahrt, Hausbesetzung usw. Zugrunde liegt der Gedanke, daß derjenige in Vertragspflicht genommen werden muß, der sich so verhält, wie nur jener sich verhalten darf, der einen Vertrag geschlossen hat bzw. schließt, und nicht einzusehen ist, weshalb derjenige mehr Rechte haben soll, der seine Leistung mit seiner Zustimmung (z. B. aufgrund eines Vertragsschlusses) hergibt als derjenige, dem sie ohne solche (und widerrechtlich) entzogen wird, und umgekehrt derjenige besser gestellt werden soll, der sich nicht um vertragliches Einvernehmen bemüht, sondern sich die Leistung mit Eigenmacht verschafft.

Ähnliches läßt sich wohl für die einen Leistungsaustausch implizierenden Dauerschuldverhältnisse oder Gesellschaftsverhältnisse sagen, die sich nach einer längeren faktischen Handhabung der Beziehung im nachhinein (wegen Willensmängelanfechtung, nachträglicher Feststellung vorbestehender Geschäftsunfähigkeit eines Partners und dergleichen) *stricto iure* als *ex tunc* nichtig erweisen, jedoch sachgemäß nur *ex nunc* liquidiert werden können: Anwendung von Vertragsregeln auf einen Zustand der Vertragslosigkeit. In der schweizerischen Praxis haben die "Pseudo-Leasingverträge" praktische Bedeutung erlangt, die, falls als verkappte (formbedürftige) Abzahlungskäufe qualifiziert, *ex tunc* nichtig sind. Wenn sich nun der Verkäufer (*recte*: Käufer) Jahr und Tag nach Übernahme der Sache auf diese Nichtigkeit beruft, nicht nur, um weitere Raten zu sparen, sondern auch um die bereits bezahlten Beträge zurückzufordern, liegt es nahe, dem (typischerweise Auto-) Käufer eine mietpreisähnliche Entschädigungsleistung aufzuerlegen: so auch das Bundesgericht (in BGE 110/1984 II S. 245-249 mit Berufung auf "faktische Vertragsverhältnisse" bzw. der "théorie du contrat de fait") und die seither ständige Praxis auch unterer Instanzen.

Die genannten beiden Tatbestandsgruppen lassen sich, entgegen der heute gängigen Behauptung, nicht mit gesetzlich abgestützten Institutionen, nicht mit Deliktsrecht und vor allem nicht mit Bereicherungsrecht angemessen (heißt hier vorab: regelmäßig und in allen denkbaren Varianten, nicht bloß ausnahmsweise) erfassen. Schaden wird meist weder durch den Hausbesetzer noch den "blinden" Fluggast gestiftet; beim Stromdiebstahl wäre der Schadensnachweis jedenfalls ein undankbares Geschäft. Auch die Voraussetzungen der Eingriffskondition, "aus dem Vermögen eines anderen" (OR Art. 62/I) bzw. "auf dessen Kosten" (BGB § 812/I) bereichert zu sein, ist fraglich, dies wenigstens, solange dem Verletzten kein Vermögensnachteil entstanden ist. Noch mehr dürfte der Nachweis einer Bereicherung Schwierigkeiten bereiten: Wo wäre eine solche beim schwarz fliegenden Passagier (der vielleicht ohne Einreisemöglichkeit wieder nach Hause geschafft wird), beim Häuserbesetzer (der, als "Marginalisierter", wenn gerade keine Häuserbesetzung ansteht, entweder unter den Brücken, in einem Bett von Sozialinstitutionen oder in der Villa seiner Eltern nächtigt)? Auch der Besitz des "pseudo-geleaste" Autos über Monate oder Jahre hin muß keine faßbare Bereicherung veranlassen (z. B. stand der Wagen unbenutzt herum oder wurde von nicht belangbaren Dritten gefahren).

7. Aus anderen Gründen als den gemeinhin vorgetragenen scheint mir umgekehrt die Annahme eines "faktischen Vertragsverhältnisses" entbehrlich bei derjenigen "kraft sozialer Leistungsverpflichtung", die bei Haupt (mit dem Beispiel der Benutzung eines Omnibus) eine zentrale Position einnimmt und auch in der Diskussion eine Rolle spielte (zustimmend damals Larenz, ablehnend z. B. Flume, AT II/Rechtsgeschäft, S. 100 { 720/721 } und der, zitiert von Lambrecht S. 10 Anm. 34, die Lehre Haupts als "Recht der Straßenbahnfahrt" abqualifiziert). Wenn schon im fraglichen Bereich Kontrahierungszwang gegenüber jedermann mit vorgeschriebenem Vertragsinhalt, Fahrplanpflicht usw. besteht, sind grundlegende Elemente privatrechtlicher Verträge ausgeschaltet, was nicht nur das Fehlen der expliziten rechtsgeschäftlichen Erklärungen der

Benützer zum belanglosen Nebenpunkt werden läßt, sondern die gesamte Rechtsbeziehung dem öffentlichen Recht zuordnet, dies um so eher, als Kontrahierungszwang praktisch nur im Rahmen einer öffentlichrechtlichen Konzessionserteilung vorkommt. Werden vertragsrechtliche Regeln in diesem Zusammenhang und innerhalb des als "Anstaltsnutzung" oder wie auch immer zu qualifizierenden Vorgangs höchstens als ergänzendes Recht und lückenfüllend relevant, erscheint Bezugnahme auf "faktische Vertragsverhältnisse" hier weder notwendig noch sinnvoll. Ähnliches gilt genau besehen selbst für den "Parkplatz-Fall", der infolge seiner Verwurzelung im öffentlichen Recht keinen typischen Erscheinungsfall der besprochenen Figur abgibt.

8. Zum Abschluß ein Beispiel aus der Schiedspraxis, dem sich der Schreibende während des Verfassens dieser Zellen gegenübergestellt sieht. Es geht um den in der Vertragspraxis wohl immer wieder anzutreffenden Sachverhalt, daß der eine Partner aus vom Gegner zu vertretenden Gründen gezwungen wird, eine größere als die vereinbarte Leistung zu erbringen (oder, was das Gleiche ist, für die Erbringung seiner Leistung größere als die bei Vertragsschluß vorgesehenen Aufwendungen zu machen). In casu wurden bei der Errichtung eines Kraftwerkes die Montageleistungen eines Miterstellers infolge verzögerter Verfügbarkeit der Bauarbeiten-Gewerke zeitlich gegenüber dem vertraglich festgelegten Programm um ein Jahr erstreckt. Der für die Verzögerung verantwortliche Besteller hat klarerweise die Mehraufwendungen an Personalkosten zu vergüten. Zusätzlich verlangt der Unternehmer aber einen Mietpreis für die länger als vorgesehen auf dem Werkplatz benötigte Ausrüstung. Auch dieser Posten wäre als vertraglicher Schadenersatz geschuldet, wenn der Unternehmer das Material angemietet hätte, oder, als vertraglicher Mehrpreis, vielleicht auch dann, wenn im Vertrag die Stellung der Ausrüstung pro rata temporis als eigene Kostenposition ausgewiesen wäre. Da aber weder das eine noch das andere zutrifft, vielmehr das Material (im Werte von Dutzenden von Millionen Dollar) vom Unternehmer ad hoc erworben worden war und er im übrigen auch nicht behauptet, es anderweitig benötigt oder die Absicht der Vermietung besessen zu haben, geht er, da weder *damnum emergens* noch *lucrum cessans* behauptend, leer aus. Für diesen Posten Ersatz zuzusprechen, gäbe es nun meines Erachtens erwägenswerte Gründe: Erhaltung der Äquivalenz-Relation des Synallagmas, Analogie zum Überdauern in der Mietsache, BGB § 557, schließlich der Umstand, daß aus dem Blickwinkel der Gegenpartei das Vorgehen über Anmieten (mit Ersatzfolgen) oder Erwerb der Ausrüstung (ohne solche) nicht vorausgesehen und gänzlich zufällig ist. Wollte man Ersatz zusprechen, könnte dies nur mit dem Argument eines neuen Typus eines "faktischen Vertragsverhältnisses" (bzw. eines neuen "Quasi-Kontrakts") geschehen. Sachdiskussion auch hier gefordert, generalisierende Floskeln unbehelflich.

Von den behaupteten "Gefahren" der Figur der faktischen Vertragsverhältnisse bleibt bei näherem Zusehen wohl nichts übrig, es sei denn die Gefahr, wie sie von jeder begrifflich-generalisierenden, { 721/722 } von wertender Sachbetrachtung abstrahierenden Rechtsbetrachtung ausgeht. Aber diese Gefahr ist ein Grundübel heutiger Doktrin ganz allgemein, und leider nicht nur bei diesem hier besprochenen "doktrinellen Nebenposten" zu beobachten.