

## BGHZ 21,319

1. Eine Stadtgemeinde, der ein in Gemeingebrauch stehender Platz gehört, kann zur Bekämpfung der Parkraumnot für einen kenntlich gemachten Teil des Platzes einem Unternehmer ein Sondernutzungsrecht auf Bewachung der dort abgestellten Kraftfahrzeuge gegen ein nach Tarif zu erhebendes Entgelt einräumen.
2. An der ihm in dieser Weise überlassenen Parkfläche hat der Unternehmer Besitz (Mitbesitz).
3. Wer im Rahmen des Sondernutzungsrechts die Parkfläche zum Abstellen eines Kraftfahrzeuges benutzt, kommt schon allein dadurch in ein Vertragsverhältnis zu dem Unternehmer und ist deshalb verpflichtet, das Entgelt nach Tarif zu zahlen, auch wenn er von vornherein die Zahlung eines Entgelts ablehnt.

Verwaltungsrecht - Allgemeines (Wegerecht); BGB §§ 854, 366, 151. 242.

V. Zivilsenat. Urt. v. 14. Juli 1956

i. S. B. u. Co (Bekl.) w. K.-P. eGmbH. (Kl.).

V ZR 223/54.

I. Landgericht Hamburg

II. Oberlandesgericht Hamburg

Die Freie und Hansestadt Hamburg hat im Jahre 1953 Teilflächen des ihr gehörenden öffentlichen Grundes zu »parkgeld-

21,320

pflichtigen« Parkplätzen bestimmt. Dies beruht auf einem Beschluß des Senats der Stadt vom 28. April 1953; darin heißt es:

- »1. Das Parken am Straßenrand ist über die bisherigen Regelungen hinaus weiter einzuschränken, soweit es Gründe der Sicherheit oder Leichtigkeit des Verkehrs (§ 4 StVO) erfordern...
2. Die Benutzung von Parkplätzen, die räumlich von den dem öffentlichen Straßenverkehr dienenden Flächen abgegrenzt sind, kann von der Entrichtung eines Entgeltes (Parkgeld) abhängig gemacht werden.
3. Die Bewachung von Fahrzeugen gegen Entgelt auf den dafür bestimmten Parkflächen wird durch Gebrauchserlaubnis einem Bewachungsunternehmer übertragen. Die zu zahlende Benutzungsgebühr ist zweckgebunden für die Verbesserung der Parkmöglichkeiten zu verwenden...
- 4.....
5. Die Baubehörde . . . . wird beauftragt, im Einvernehmen mit der Polizeibehörde und der Behörde für Wirtschaft und Verkehr die zur Durchführung erforderlichen Maßnahmen zu treffen.«

Auf Grund dieses Beschlusses verfügte die Baubehörde mit der »Gestattung« vom 18. August 1953 folgendes:

»Die Baubehörde überträgt der K.-P. eGmbH [das ist die Klägerin] ..... (nachstehend Unternehmer genannt) mit Wirkung vom 24. August 53 die Bewachung von Fahrzeugen gegen Entgelt auf dafür bestimmten Parkflächen zu den nachfolgenden Bedingungen:

1. Die für Parkzwecke ausgewiesenen Teilflächen öffentlichen Grundes . . . . wird die Tiefbauabteilung des zuständigen Bezirksamtes dem Unternehmer durch Einzelgebrauchserlaubnis überlassen.
2. Die überlassenen Flächen dienen ausschließlich der Abstellung von Fahrzeugen. Es darf daneben kein anderes Gewerbe betrieben werden. ....
3. ....
4. An den Zufahrten zu den parkgeldpflichtigen Parkplätzen oder an sonst gut sichtbaren Stellen werden von der Baubehörde ..... weiße Schilder mit blauem P aufgestellt. Außerdem werden deutlich sichtbar die tägliche Betriebszeit und die Art der zugelassenen Fahrzeuge bekannt gegeben.

.....Ferner werden die Parkplatzordnung und der Tarif ausgehängt. ....

5. Der Unternehmer ist verpflichtet, jedes Fahrzeug, für welches der Parkplatz zugelassen ist, zur Bewachung aufzunehmen, sofern nicht durch den Zustand oder die Ladung des Fahrzeuges der Parkbetrieb ernstlich gefährdet wird.

21,321

6. Für die in Bewachung genommenen Fahrzeuge haftet der Unternehmer nach den Vorschriften über die entgeltliche Verwahrung (§§ 688 ff BGB). .....

7. Zur Sicherung etwaiger aus der Haftung des Unternehmers sich ergebender Ansprüche ist eine ausreichende Versicherung .... abzuschließen und aufrechtzuerhalten. ....

8. Das für die Bewachung zu erhebende Parkgeld ist nach dem von der Baubehörde genehmigten Tarif zu erheben. Nichtanwendung oder Nichtbeachtung des Tarifs ist ein wichtiger Grund zum Widerruf dieser Gestattung.

.....

12. Dem Unternehmer steht gegenüber den Benutzern das Hausrecht an den überlassenen Flächen zu.

13. Als Gebühr für die Überlassung der Parkfläche hat der Unternehmer einen noch festzusetzenden Prozentsatz der Parkgeldeinnahmen wöchentlich an die Amtskasse der Baubehörde abzuführen.

.....

14. ....

15. Die Baubehörde .... ist berechtigt durch ihre Beauftragten sich jederzeit von dem ordnungsgemäßen Betrieb der Kraftfahrzeugbewachung zu überzeugen, insbesondere kann die Erhebung der Parkgelder kontrolliert werden. ....«

Am Schluß der als jederzeit widerruflich bezeichneten Gestattung ist bestimmt, daß, wenn der Unternehmer gröblich gegen die Bedingungen der Gestattung verstößt, diese sofort widerrufen wird.

Am 28. Mai 1954 ist die Gestattung neu gefaßt worden und rückwirkend an die Stelle der alten Gestattung getreten. Geändert wurde insbesondere:

»11. (früher 12.) Dem Unternehmer stehen gegenüber Dritten die Rechte eines Besitzers nach § 858 ff BGB (Hausrecht) zu.

12. (früher 13.) Die Gebühr für die Überlassung der Parkplätze beträgt ab 1. November 1954 bis auf weiteres 20% der Parkgeldeinnahmen.«

Die Gestattung wird ergänzt durch eine Parkplatzordnung und einen Parkgeldtarif. Nach Nr 7 Abs 3 der Parkplatzordnung schließt die Nichtzahlung des Parkgeldes den Versicherungsschutz aus. Die Bewachungszeit läuft von Montag bis Freitag von 8 bis 19 Uhr und am Sonnabend von 8 bis 15 Uhr. Der Tarif beträgt für Personenkraftwagen für die erste Stunde 20

21,322

Pfennig, für die zweite Stunde 30 Pfennig und für jede weitere Stunde 50 Pfennig.

Nach einer amtlich veröffentlichten Bekanntmachung der Baubehörde vom 21. August 1953 (Amtl Anz 1953, 799) ist die Neuregelung des Parkens in der Hamburger Innenstadt getroffen worden, weil festgestellt worden sei, daß mehr als die Hälfte des knappen Parkraums von einer kleinen Gruppe von Kraftfahrern beansprucht werde, die ihre Fahrzeuge dort viele Stunden, häufig den ganzen Tag über, abstellten. Durch sie werde den Kraftfahrern, die nur kurzfristig dort parken wollten, der notwendige Platz versperrt.

Zu den Teilflächen des öffentlichen Grundes, die als parkgeldpflichtige Parkplätze eingerichtet worden sind, gehört auch ein von der Baubehörde durch einen weißen Strich und durch Schilder mit der Aufschrift »PARKGELDPFLICHTIG UND BEWACHT« gekennzeichnete Teil des Rathausmarktes. Für diesen Parkplatz hat die Tiefbauabteilung des Bezirksamts Hamburg-Mitte der Klägerin eine Einzelgebraucherlaubnis erteilt.

Die Beklagte ist Halterin eines Kraftfahrzeuges. Sie hat es in der Zeit vom 3. September bis 12. Oktober 1953 mehrfach auf dem Rathausmarkt abgestellt. Den dort eingesetzten Ordnern der Klägerin hat die Beklagte von vornherein erklärt, daß sie die Bewachung ihres Fahrzeuges und die Bezahlung eines Entgeltes ablehne.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten unter Zugrundelegung des Parkgeldtarifs die Zahlung von 25 DM. Sie macht ua geltend, daß die Beklagte, auch wenn kein Bewachungsvertrag zustandegekommen sei, auf ihre Kosten um diesen Betrag ungerechtfertigt bereichert sei. Im übrigen sei sie infolge der Parkfläche durch das Fahrzeug der Beklagten nicht in der Lage gewesen, diese Fläche anderen zahlungswilligen Benutzern zur Verfügung zu stellen.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 25 DM zu zahlen und festzustellen, daß der Klage- [ Klägerin ]

21,323

rin in bezug auf den Parkplatz Rathausmarkt auf Grund der Gestattung vom 18. August 1953 und 28. Mai 1954 der Besitz eingeräumt worden ist.

Die Beklagte führt zur Begründung ihres Antrags auf Abweisung der Klage insbesondere aus, sie habe ihr Fahrzeug auf Grund ihres Rechts zum Gemeingebrauch auf dem Parkplatz abgestellt. Der Gemeingebrauch sei unentgeltlich, und sie könne nicht gezwungen werden, einen Bewachungsvertrag mit der Klägerin abzuschließen.

Durch Teil- und Grundurteil hat das Landgericht den Zahlungsanspruch dem Grunde nach insoweit für berechtigt erklärt, als die Klägerin ein angemessenes Entgelt für die Inanspruchnahme ihres Besitzes begehrt, und die von der Klägerin beehrte Feststellung getroffen.

Das Oberlandesgericht hat den Zahlungsanspruch abgewiesen.

Beide Parteien haben Revision eingelegt. Die Klägerin verfolgt ihren Zahlungsanspruch weiter. Die Beklagte erstrebt wie bisher die Abweisung des Feststellungsantrages der Klägerin. Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen. Die Revision der Klägerin führte zur Verurteilung der Beklagten.

Aus den Gründen:

A.

I. Das Berufungsgericht hält den Feststellungsantrag der Klägerin, daß ihr der Besitz an dem Parkplatz Rathausmarkt eingeräumt worden sei, für begründet. Es führt hierzu aus, daß auch öffentliche Verkehrsflächen besitzfähig seien. Der Parkplatz Rathausmarkt habe sich früher im Besitz der Stadt Hamburg befunden. Dieser Besitz sei im Wege schlichter Einigung (§ 854 Abs 2 BGB), die in dem schlüssigen Verhalten der Beteiligung zu erblicken sei, auf die Klägerin übergegangen.

In der Neufassung vom 28. Mai 1954 der ursprünglichen Gestattung vom 18. August 1953 heiße es allerdings »Dem Unter-

21,324

nehmer stehen gegenüber Dritten die Rechte eines Besitzers nach § 858 ff BGB (Hausrecht) zu«. Dieser Wortlaut lasse darauf schließen, daß der Besitz selbst bei der Stadt Hamburg verbleiben sollte. Dem stehe jedoch die Interessenlage der Beteiligten entgegen. Die Klägerin könne ihr Unternehmen nur dann sachgerecht betreiben, wenn sie Besitzerin der Stellfläche sei. Daran aber habe gerade wiederum die Stadt Hamburg ein besonderes Interesse, weshalb entgegen dem Wortlaut doch eine Besitzübertragung gewollt gewesen sei. Unberührt von dieser Frage der Besitzeinräumung für die Klägerin bleibe der Umstand, daß die Klägerin in ihrer Besitzausübung soweit beschränkt bleibe, als die öffentliche Zweckbestimmung des von ihr besessenen Geländes reiche. Nach dem Grundsatz vom Vorrang des öffentlichen vor dem Privatrecht könne die Klägerin ihr Besitzrecht nicht ausüben, soweit hierdurch die öffentliche Zweckbindung der besessenen Sache - hier der Gemeingebrauch - behindert werde.

II. Dagegen sei der Anspruch der Klägerin auf Zahlung eines Entgeltes für die Benutzung des Parkplatzes Rathausmarkt durch die Beklagte nicht begründet. An sich stehe der Klägerin ein solcher Anspruch - zwar nicht aus Vertrag - aber aus ungerechtfertigter Bereicherung zu. Das Fordern von Parkgeld sei auch mit dem Recht zum Gemeingebrauch der öffentlichen Straße im vorliegenden Fall zu vereinbaren.

Eine Entwidmung des Parkplatzes Rathausmarkt habe nicht stattgefunden. Für das Gebiet der Hamburger Innenstadt gelten die Bestimmungen des Wegegesetzes für das Hamburgische

Landgebiet vom 15. September 1933 (HambGVBl 363) entsprechend. Die dort vorgeschriebenen Förmlichkeiten seien nicht eingehalten worden. Insbesondere seien weder im Senatsbeschluß vom 28. Mai 1953 noch in der Gestattung vom 18. August 1953/28. Mai 1954 die zu entwidmenden Flächen des öffentlichen Grundes benannt. Das Dauerparken gehöre auch in der Hamburger Innenstadt zum Gemeingebrauch. Das Recht zum Gemeingebrauch - hier das Recht der Beklagten zum Parken auf dem Rathausmarkt - finde aber seine Grenze in dem Recht

21,325

der Klägerin. Diese besitze einen besonderen Titel zu einer Nutzung des Parkplatzes. Die Gestattung sei eine Einzelgebrauchserlaubnis, die der Klägerin einen Sondergebrauch an der als Parkplatz bezeichneten Teilfläche des Rathausmarktes verschafft habe. Die Erteilung einer Einzelgebrauchserlaubnis sei an sich nach hamburgischem öffentlichem Recht zulässig. Doch bestünden hier Bedenken deshalb, weil die Gebrauchserlaubnis einer Entwidmung ganzer Straßenteile gleichkomme, das für eine Entwidmung vorgesehene förmliche Verfahren aber nicht eingehalten sei. Darauf komme es jedoch nicht an; denn die der Klägerin erteilte Gebrauchserlaubnis sei keinesfalls nichtig und bisher auch nicht mit Erfolg angefochten. Sie müsse deshalb vom ordentlichen Gericht als wirksam angesehen werden und schließe somit den Gemeingebrauch der Beklagten an den in Betracht kommenden Straßenflächen aus. Deshalb sei es unerheblich, daß auch in Hamburg der Gemeingebrauch unentgeltlich sei (§ 5 Abs 1 Buchst I des Gebührengesetzes vom 5. Juli 1954, HambGVBl I, 51).

Die Klägerin könne den ihr an sich zustehenden Bereicherungsanspruch aber deshalb nicht geltend machen, weil die Erhebung des Parkgeldes gegen die Verbotsnorm des § 13 Abs 1 Satz 4 erster Halbsatz des Finanzausgleichsgesetzes - FAG - in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. April 1926 (RGBl I, 203) und des § 2 Nr 2a des Gesetzes vom 9. April 1927 (RGBl I, 91) verstoße, wonach Chaussee- und ähnliche Wegegelder von Kraftfahrzeugen für die Benutzung öffentlicher Wege nicht erhoben werden dürfen. Der § 13 FAG gelte in Hamburg als landesrechtliche Verbotsnorm weiter. Zu den hiernach verbotenen Wegegeldern gehöre auch das von der Klägerin geforderte Parkgeld. Unter Wegegeldern seien sämtliche öffentlichrechtliche Abgaben, Steuern, Beiträge und Gebühren zu verstehen, die für die Benutzung öffentlicher Wege im Rahmen ihrer Zweckbestimmung für den Verkehr erhoben würden. Da der gemeingebrauchliche Verkehr mit Fahrzeugen in der Hamburger Innenstadt unter den heutigen Verkehrsverhältnissen auch das Dauerparken umfasse, fielen auch die Parkgelder unter die verbotenen Wegegelder. Zwar fordere die Klägerin

21,326

keine öffentlichrechtlichen Abgaben, sondern privatrechtliche Entgelte. Diese seien jedoch durch ihre Berechnungsart (progressive Staffelung) deutlich als verdeckte Wegegelder gekennzeichnet. Der Leistungsgegenwert sei die Benutzung des Rathausmarktes zum Parken. Eben für eine solche Benutzung öffentlicher Wege zum Parken der Kraftfahrzeuge dürfe nach § 13 FAG kein Entgelt gefordert werden. Die Einkleidung des Anspruchs in ein privatrechtliches Gewand sei eine unzulässige Umgehung des Wegegeldverbotes. Der § 13 FAG wolle die Doppelbesteuerung der Kraftfahrzeughalter nicht nur bekämpfen, sondern verhindern. Deshalb sei die Forderung der Klägerin, als gegen ein gesetzliches Verbot verstoßend, nichtig.

B.

I. Die Revision der Beklagten wendet sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß der Klägerin der Besitz an dem Parkplatz Rathausmarkt eingeräumt worden sei. Sie führt hierzu aus, daß der Besitz als tatsächliches Herrschaftsverhältnis an Sachen im Gemeingebrauch dergestalt jedes realen Inhalts entkleidet sei, daß es nicht nur irreführend, sondern geradezu falsch sei, zu sagen, derartige Sachen befänden sich im Besitz irgend einer Person. Daran habe auch die Gestattung nichts geändert, weil keine Entwidmung vorgenommen sei.

Die Auslegung der Gestattung in ihrer Neufassung durch das Berufungsgericht gegen den Wortlaut nach der angeblichen Interessenlage verstoße gegen §§ 133, 157 BGB. Der Wortlaut ergebe eindeutig, daß der Klägerin lediglich die Rechte aus §§ 858 ff BGB, nicht aber der Besitz selbst eingeräumt werden sollte. Aber auch wenn an sich eine Einigung über die Besitzübertragung vorliege, so sei sie gemäß §§ 134, 139 BGB nichtig, denn sie sei nur zu dem Zweck erfolgt, der Klägerin die Einziehung des Parkgeldes zu ermöglichen. Verstoße aber - wie das Berufungsgericht angenommen habe - die Einziehung des Parkgeldes gegen die Verbotsnorm des § 13 FAG, so sei das Bestehenlassen der Besitzübertragung sinnwidrig. Die Klägerin als gewerbliches Unternehmen sei auf diese Einnahmen angewiesen.

21,327

Auch die Stadt Hamburg hätte eine solche Besitzübertragung nur im Hinblick auf die mit der Parkgelderhebung angestrebten Zwecke gewollt. Nach § 139 ZPO befragt, hätte die Beklagte diese Tatsachen vorgetragen und unter Beweis gestellt.

II. Die Revision der Klägerin richtet sich gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Erhebung des Parkgeldes gegen § 13 FAG verstoße. Das Berufungsgericht gehe selbst davon aus, daß die Klägerin kein beliehenes Unternehmen und deshalb das Parkgeld ein von einem Privatmann gefordertes privatrechtliches Entgelt sei. Dann könne es aber auch kein verdecktes Wegegeld sein. Ob es ein solches wäre, wenn es von der Stadt Hamburg selbst erhoben würde, sei bedeutungslos. Das FAG sei durch das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30. Januar 1934 gegenstandslos geworden. Zumindest gelte § 13 FAG in Hamburg nicht mehr. Im übrigen verbiete § 13 FAG nur die Erhebung von Steuern, nicht aber von Gebühren für besondere Leistungen. Außerdem habe das Berufungsgericht rechtsirrtümlich nicht geprüft, ob der Anspruch der Klägerin nicht aus §§ 823 Abs 1, 854 ff BGB wegen Besitzverletzung begründet sei.

C.

I. Entgegen der Auffassung der Revision der Beklagten ist in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht daran festzuhalten, daß der Besitz an Sachen, die im Gemeingebrauch stehen, rechtlich möglich ist (vgl auch BGHZ 19, 85 [92/3]). Freilich macht der Gemeingebrauch die sich aus dem Besitz ergebenden Rechte nahezu bedeutungslos, weil die öffentliche Zweckbestimmung die privaten Rechtsverhältnisse überlagert. Auch das hat das Berufungsgericht zutreffend erkannt. Das Ergebnis, zu dem es kommt, daß nämlich die Klägerin, sofern sie Besitzerin der Parkfläche ist, den Besitz nur im Rahmen der Gemeinverträglichkeit ausüben könne, hält demgemäß der Nachprüfung stand.

Bis zur Erteilung der Einzelgebrauchserlaubnis an die Klägerin war in jenem Rahmen die Stadt Hamburg alleinige Besitzerin der Parkfläche. Nicht zu beanstanden ist die im wesentlichen

21,328

durch Auslegung von Nr 11 der Gestattung (in der Fassung vom 28. Mai 1954) gewonnene Auffassung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin seit August 1953 Besitzerin der Parkfläche ist und daß sie diesen Besitz im Wege der schlichten Einigung (§ 854 Abs 2 BGB) mit der Stadt Hamburg erworben hat. Wenn die Revision meint, das Berufungsgericht habe der Auslegung nicht die Interessenlage der Beteiligten zugrunde legen dürfen, so übersieht sie, daß gerade die Abwägung der Interessen geeignet ist, den in einer Willenserklärung möglicherweise unvollkommen zum Ausdruck gelangenden wirklichen Willen zu ermitteln (§ 133 BGB) und daß das Ergebnis solcher Auslegung durchaus mit Treu und Glauben in Einklang stehen kann (§ 157 BGB). Die Auslegung, die das Berufungsgericht der Individualerklärung der Stadt Hamburg hat angedeihen lassen, verstößt daher nicht gegen das Gesetz. Deshalb ist das Revisionsgericht an sie gebunden.

Freilich kann die Klägerin nicht als alleinige Besitzerin angesehen werden. Vielmehr steht die Parkfläche im Mitbesitz (§ 866 BGB) sowohl der Stadt Hamburg wie der Klägerin. Das ergibt sich vor allem daraus, daß nach § 11 der Gestattung (in der Fassung vom 28. Mai 1954) die Klägerin im Verhältnis zur Stadt Hamburg keinen Besitzschutz hat. Der Mitbesitz der Klägerin kommt ferner insofern zu nur beschränkter Auswirkung, als sie sich selbst Dritten gegenüber nach dem Sinn der Gestattung auf den Besitz nur für die Zeiträume berufen kann, während deren auf der Parkfläche parkende Kraftfahrzeuge von ihr zu bewachen sind und als sie während dieser Zeiträume zB Fußgängern das Betreten der Parkfläche nicht verwehren darf, ja sogar das Befahren der Fläche - selbstverständlich soweit deren Belegung es zuläßt - durch Kraftfahrzeuge etwa zum Zweck des Wendens oder dergl hinnehmen muß. Denn der Gemeingebrauch an der ja unbeschadet der Gestattung weiterhin dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Fläche hat nur bezüglich des Parkens während der genannten Zeiträume eine Einschränkung erfahren. Nur so ist auch der ihren Besitz betreffende Feststellungsantrag der Klägerin zu verstehen; nimmt sie doch den Besitz und die

21,329

sich daraus ergebenden Schutzrechte der Beklagten gegenüber nur in diesem Umfang in Anspruch. Der Klägerin ist durch die Gestattung und die Einzelgebrauchserlaubnis ein Sondernutzungsrecht gewährt worden, das den Gemeingebrauch nur während bestimmter Zeiträume in bestimmter Beziehung ausschließt. Nur in diesem Rahmen will die Klägerin ihren Besitz an der Parkfläche festgestellt wissen.

Irrig ist die von der Revision vertretene Ansicht, daß die so aufgefaßte Besitzeinräumung gemäß §§ 134, 139 BGB nichtig sei, weil sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der Verpflichtung der Klägerin

gestanden habe, Parkgeld zu erheben, und weil diese Verpflichtung gegen das in § 13 FAG enthaltene Verbot verstoße. Denn ein derartiger Verstoß liegt nicht vor.

Ob und inwiefern das als Bundesrecht außer Kraft getretene Finanzausgleichsgesetz (§ 8 des Vierten Überleitungsgesetzes vom 27. April 1955, BGBl I, 189) etwa als hamburgisches Landesrecht weiter gilt, kann dahingestellt bleiben. Auch als Hamburger Landesrecht würde § 13 FAG revisibel sein; denn soweit diese Bestimmung nicht nur in Hamburg, sondern auch in anderen Ländern weitert gilt, beruht solch übereinstimmendes Landesrecht nicht auf zufälliger Gleichheit, sondern auf der Weitergeltung früheren Reichsrechts als nunmehrigen Landesrechts. Dies vorausgeschickt, ist der Auffassung des Berufungsgerichts zuzustimmen, daß zu den verbotenen Wegegeldern alle Abgaben, Steuern, Beiträge und Gebühren gehören, die für die Benutzung öffentlicher Wege im Rahmen ihrer Zweckbestimmung für den Verkehr von Kraftfahrzeugen erhoben werden, und daß somit für den gemeingebäuchlichen Verkehr mit Kraftfahrzeugen - wozu auch das Dauerparken in der Hamburger Innenstadt gehören soll - keine Zahlung einer solchen Gebühr verlangt werden darf. Indessen betrachtet das Berufungsgericht das Parkgeld, das der Klägerin entrichtet wird, zu Unrecht als verbotenes Wegegeld. Legt es doch selbst zutreffend dar, daß das Recht auf Gemeingebrauch an der Parkfläche hinter dem Sondernutzungsrecht der Klägerin zurückstehen müsse, so daß sich

21,330

die Beklagte nicht unter Berufung auf den Gemeingebrauch freien Zugang zu der Parkfläche verschaffen dürfe. Gehört bei dem gegebenen Sachverhalt das Parken auf der Parkfläche nicht mehr zum Gemeingebrauch, dann steht der Erhebung eines Entgeltes § 13 FAG nicht entgegen, der - wie das Berufungsgericht mit Recht ausführt - nur die Unentgeltlichkeit gemeingebäuchlicher Benutzung öffentlicher Wege durch Kraftfahrzeuge sicherstellen will.

Die Auffassung des Berufungsgerichts, obwohl die Parkfläche nicht entwidmet worden sei, sei das gemeingebäuchliche Parken von Kraftfahrzeugen insoweit ausgeschlossen, als die Parkfläche der Klägerin zur Sondernutzung zugewiesen sei, ist nicht zu beanstanden. Ihm ist ferner darin beizupflichten, daß jeder Sondergebrauch den Gemeingebrauch in einem gewissen Grad beeinträchtigt, ohne daß deshalb die Bestellung eines Sondergebrauchs unzulässig wäre. Die Besonderheit des vorliegenden Falles besteht darin, daß zwar das Parken von Kraftfahrzeugen nach Auffassung des Berufungsgerichts auch in der Hamburger Innenstadt grundsätzlich im Rahmen des Gemeingebrauchs vor sich geht, daß aber der der Klägerin eingeräumte Sondergebrauch gerade das bisher auf dem Rathausmarkt gemeingebäuchliche Parken betrifft. Indessen beeinträchtigt das die Rechtswirksamkeit des Sondergebrauchs nicht. Möglicherweise würde es anders sein, wenn sich der Sondergebrauch nur auf das Parken bezöge. Hier aber ist ein bewachter Parkplatz geschaffen worden. Es wird also dem Benutzer mehr geboten, als ihm an sich schon nach Gemeingebrauch zusteht. Einmal wird sein Fahrzeug bewacht und außerdem findet er wegen der mit der Bewachung zusammenhängenden Kosten meist für seinen Wagen noch einen freien Abstellplatz, den er bei gemeingebäuchlicher Benutzung häufig nicht finden würde. Daß zur Ermöglichung von Einrichtungen, die den Gemeingebrauch verbessern und angenehmer gestalten, Sondernutzungsrechte eingeräumt werden, und daß der Eigentümer der im Gemeingebrauch stehenden Sache dafür ein auf die Benutzer abzuwälzendes Entgelt fordert,

21,331

findet sich auch sonst, ohne daß dagegen Bedenken ersichtlich wären. Als Beispiele seien genannt die Bäder am Meeresstrand (vgl. Helfritz, der Meeresstrand im preußischen öffentlichen Recht der Gegenwart in Verwaltungsrechtliche Abhandlungen [Festgabe für das Preußische Obergericht] S 62 ff), die Bäder und Eisbahnen auf Seen und Flüssen (vgl. Holtz-Kreutz-Schlegelberger, Preußisches Wassergesetz 1955 Anm 2 und 8 zu § 25) oder das Vermieten von Stühlen in öffentlichen Anlagen (vgl. auch PrOVG 88, 108 [110]). Daß die zuständige Behörde bei der Schaffung solcher Einrichtungen nicht nur die dadurch geförderte Bequemlichkeit des Publikums im Auge haben mag, sondern möglicherweise auch andere öffentliche Interessen verfolgt, ist unerheblich. So mag die Einrichtung eines Flußbades gleichzeitig der Herabminderung der durch das unregelmäßige Baden dem Publikum oder der Schifffahrt drohenden Gefahren dienen oder sich - wie im vorliegenden Falle - die Einrichtung von bewachten Parkplätzen gegen die wenigen Dauerparker richten, die den vielen Kurzparkern den Platz wegnehmen. Auch die Berücksichtigung fiskalischer Interessen ist nicht schlechthin unzulässig. Wenn rührige Privatpersonen den öffentlichen Grund zu einem Erwerb benutzen, sei es, daß sie am Meeresufer Strandkörbe aufstellen, sei es, daß sie auf öffentlichen Straßen Fahrzeuge bewachen, dann ist nicht einzusehen, weshalb der Eigentümer des öffentlichen Grundes nicht an einer solchen gewerblichen Ausnutzung, die ohne seine Erlaubnis nicht statthaft ist, teilhaben sollte. Unzulässig wäre es freilich, wenn der Gemeingebrauch nur eingeschränkt

würde, um aus solcher Maßnahme Einkünfte zu erzielen. Das behauptet indessen die Beklagte nicht. Dahingestellt bleiben kann auch, ob es zulässig wäre, wenn die Stadt Hamburg von den etwa 12 000 Parkflächen der Innenstadt nicht nur etwa 800 in Sondernutzung vergeben hätte, sondern so viele, daß sich für beinahe jeden, der in der Innenstadt parken will, ein Zwang zur Benutzung der bewachten Parkflächen ergäbe. Daß viele dazu deshalb gezwungen sind, weil die weit überwiegende Zahl der unbe-

21,332

wachten Parkplätze meist belegt ist, während auf den bewachten Parkplätzen noch Platz ist, ist dagegen ohne Bedeutung und belegt nur, wie notwendig die Einrichtung bewachter Parkplätze ist, um wenigstens noch einige nicht von Dauerparkern in Anspruch genommene Abstellplätze freizuhalten.

Bei dieser Sachlage könnte allenfalls das Fordern überhöhter Parkgelder sittenwidrig sein. Indessen sind die Sätze für Kurzparker nicht als überhöht anzusehen. Ob das hinsichtlich der Sätze für Dauerparker zutrifft, kann unerörtert bleiben, denn sie dienen ja nicht dazu, von den Dauerparkern möglichst hohe Einnahmen zu erzielen, sondern sie von der Benutzung bewachter Parkflächen abzuschrecken und zum Aufsuchen entfernter liegender unbewachter Abstellplätze zu veranlassen und so genügend Raum für Kurzparker sicherzustellen. Gerade den Dauerparkern kann das Aufsuchen entfernter liegender Abstellplätze am ehesten zugemutet werden, zumal es sich bei ihnen wie auch bei der Beklagten um ortskundige Personen handelt, die über die sonst vorhandenen Parkmöglichkeiten unterrichtet sind oder sich leicht unterrichten können. Es ist deshalb nicht sittenwidrig, wenn sie dazu durch den Zwang zur Bezahlung von vergleichsweise hohen Parkgeldern bei Benutzung der ihnen bequem liegenden bewachten Parkflächen veranlaßt werden sollen.

Demnach ist dem Berufungsgericht im Ergebnis zuzustimmen, wenn es zu der Auffassung gelangt ist, daß der Klägerin an der Parkfläche rechtswirksam ein Sondergebrauch eingeräumt ist, der die Befugnis der Beklagten ausschließt, dort im Rahmen des Gemeingebrauchs zu parken. Auch die Übertragung des Besitzes auf die Klägerin ist daher rechtswirksam. Daraus ergibt sich insbesondere, daß die Klägerin Besitzschutzrechte gemäß §§ 858 ff BGB gegenüber der Beklagten hat, wenn diese nur unter Hinweis auf den Gemeingebrauch an dem dem öffentlichen Verkehr gewidmeten Rathausmarkt parkt oder zu parken sich anschickt.

21,333 [ 42. Entgelt für Benutzung eines Parkplatzes ]

Die Revision der Beklagten ist demnach zurückzuweisen.

II. Die Revision der Klägerin ist begründet. Daß die Klägerin meint, ihren Zahlungsanspruch nur aus ungerechtfertigter Bereicherung der Beklagten oder aus einer von dieser begangenen unerlaubten Handlung herleiten zu können, hindert das Gericht nicht, den Sachverhalt unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt, nämlich dem zu prüfen, ob denn nicht nach den hier obwaltenden besonderen Umständen die Rechtsbeziehung der Parteien zueinander als ein Vertragsverhältnis angesehen werden kann, obwohl zwischen ihnen unstreitig ein Vertrag durch übereinstimmende rechtsgeschäftliche Erklärungen (§ 151 BGB) nicht geschlossen worden ist.

Haupt hat in seinem Aufsatz »Über faktische Vertragsverhältnisse« (Festschrift der Leipziger juristischen Fakultät für Siber Band II S 1) in teilweiser Abkehr von der nach seiner Meinung der Wirklichkeit des Lebens oft kaum gerecht werdenden Auffassung, daß ein Vertragsverhältnis nur durch Angebot und Annahme zustande komme, die Ansicht entwickelt, daß es faktische Vertragsverhältnisse gebe, die nicht auf einem Vertragsschluß, sondern nur auf einer sozialen Leistungsverpflichtung beruhen, eine Ansicht, die er im einzelnen an dem Beispiel der Straßenbahnfahrt darlegt (S 21 aaO). Er kommt dabei zu dem Ergebnis, daß die Benutzung einer solchen der sozialen Daseinsfürsorge dienenden Einrichtung nicht auf Grund einer Einigung zwischen der Verkehrsgesellschaft und dem Fahrgast vor sich gehe, daß vielmehr die bloße Tatsache des Einsteigens in die Straßenbahn und der ordnungsmäßigen Benutzung der Bahn unmittelbar das Vertragsverhältnis mit seinen beiderseitigen Rechten und Pflichten begründe und daß es einer rechtsgeschäftlichen Einigung darüber schon deshalb nicht bedürfe, weil der Umfang solcher Rechte und Pflichten ohnehin unabänderbar feststehe.

Diese auch von Tasche (» Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluß?« in Jher Jahrb Bd 90, 101 [128]) vertretene

21,334 [ 42. Entgelt für Benutzung eines Parkplatzes ]

Auffassung, daß nämlich Vertragsverhältnisse nicht bloß durch rechtsgeschäftlichen Vertragsschluß, sondern nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (vgl § 242 BGB) auch durch tatsächliche Vorgänge begründet werden können, hat neuerdings Larenz (Lehrbuch des Schuldrechts 1. Bd § 4)

unter der Bezeichnung »Schuldverhältnisse aus sozialtypischem Verhalten« übernommen und weiterentwickelt (dagegen Enneccerus-Nipperdey [Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Aufl., § 163, VII] und Staudinger [BGB 11. Aufl., Allgemeiner Teil, Einleitung zum III. Abschnitt, Anm 75, und Vorbem vor § 116, Anm 23 a]; beide verkennen freilich nicht, daß die herkömmliche Betrachtung solcher und ähnlicher Rechtsverhältnisse unter dem Gesichtspunkt des stillschweigenden Vertragsschlusses nicht in jeder Beziehung zu befriedigenden Ergebnissen führt). Larenz weist darauf hin, daß im modernen Massenverkehr Schuldverhältnisse vorkommen, deren Grundlage nicht in einer rechtsgeschäftlichen Einigung der Beteiligten zu finden sei, sondern in dem rein tatsächlichen öffentlichen Angebot einer Leistung und in der rein tatsächlichen Inanspruchnahme dieser Leistung durch den Verkehrsteilnehmer. Solches Verhalten sei mangels eines entsprechenden Erklärungsbewußtseins nicht als beiderseitige Willenserklärungen anzusehen, sondern als ein Vorgang, der nach seiner sozialtypischen Bedeutung die gleiche Rechtsfolge habe wie ein rechtsgeschäftliches Handeln. Das Benutzen einer für jeden gegebenen Beförderungsmöglichkeit lasse ein Vertragsverhältnis entstehen, nicht weil diese rechtliche Folge des tatsächlichen Handelns des Fahrgastes gewollt oder gar erklärt sei, sondern weil sie nach allgemeiner Verkehrsanschauung unzweifelhaft damit verbunden sei.

Der Senat vermag sich in Anwendung auf den vorliegenden Fall der grundsätzlichen Berechtigung solcher Betrachtungsweise nicht zu verschließen. Ohne den Gegebenheiten des Lebens im heutigen Massenverkehr Zwang anzutun, führt sie zu einem Ergebnis, das der Erscheinung eines solchen typischen menschlichen Verhaltens in sinnvoller Weise entspricht. Wer

21,335 [ 42. Entgelt für Benutzung eines Parkplatzes ]

während der Bewachungszeiten die besonders kenntlich gemachte Parkfläche zum Parken benutzt, führt schon dadurch, daß er das tut, ein vertragliches Rechtsverhältnis herbei, das ihn zur Bezahlung eines Entgelts entsprechend dem Parkgeldtarif verpflichtet. Auf seine etwaige abweichende innere Einstellung - mag sie auch von dem parklustigen Kraftfahrer bei Beginn des Parkens dem Ordner der Klägerin gegenüber zum Ausdruck gebracht worden sein - kommt es nicht an. Die Beklagte kann sich insbesondere nicht mit Erfolg darauf berufen, sie sei der Meinung gewesen, daß die Verpflichtung zur Zahlung von Entgelt für das Parken nach dem dafür aufgestellten Tarif am Gemeingebrauch scheitere, weil dieser seinem Wesen nach unentgeltlich sei. Denn objektiv folgt die Berechtigung des Forderns von Entgelt nach dem Tarif aus dem der Klägerin wirksam eingeräumten Sondernutzungsrecht.

Wollte man statt dessen die Klägerin wegen ihres Zahlungsanspruchs auf eine unerlaubte Handlung der Beklagten verweisen, so würde sie, um unter diesem Gesichtspunkt eine Verurteilung zu erreichen, ihre in der Berufungsinstanz aufgestellte Behauptung beweisen müssen, daß sie infolge der Benutzung der Parkfläche durch die Beklagte genötigt gewesen sei, andere zahlungswillige Kraftfahrer zurückzuweisen. Nur dann würde die Beklagte bei schuldhaftem Verhalten zum Schadenersatz unter dem Gesichtspunkt rechtswidriger Beeinträchtigung des Gewerbebetriebs der Klägerin verpflichtet sein können.

Eine Verurteilung nach den Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung würde auf Rückgängigmachung der ungerechtfertigten Vermögensvermehrung der Beklagten gerichtet sein (vgl hierzu das Urteil des erkennenden Senats vom 13. Mai 1955 - V ZR 36/54, ferner Abschnitt 6 der Entscheidungsgründe des Urteils des I. Zivilsenats vom 8. Mai 1956 - I ZR 62/54 - BGHZ 20, 345 [354]). Die Bereicherung der Beklagten würde auf Kosten der Klägerin gegangen sein. Denn die Beklagte hat die ihr zugute gekommene Abstellmöglichkeit dem

21,336 [ 42. Entgelt für Benutzung eines Parkplatzes ]

Verfügungsrecht der Klägerin unberechtigt entzogen. Freilich würde die Höhe der Bereicherung der Beklagten noch festgestellt werden müssen. Das würde erheblichen praktischen Schwierigkeiten begegnen; denn sie würde davon abhängen, wieviel Treibstoff in derartigen Fällen verbraucht und wieviel Zeit aufgewendet werden muß, um bei Beginn und bei Beendigung des Parkens einen geeigneten Abstellplatz außerhalb der Parkfläche auszusuchen.

Diese Erwägungen zeigen sehr deutlich, wie wirklichkeitsfremd das Ergebnis sein würde, wollte man der Eigenart der zwischen den Parteien zustande gekommenen Rechtsbeziehung nicht so wie oben entwickelt Rechnung tragen, sondern einen der Wege beschreiten, den die Rechtsordnung außerhalb des Vertragsrechts zur Verfügung stellt, um zu einem gerechten Ausgleich zu gelangen.

Dazu kommt noch folgendes: Gegenüber demjenigen, der während der Bewachungszeit auf der Parkfläche parkt oder zu parken sich anschickt, es aber von vornherein ablehnt, das tarifmäßige Entgelt zu entrichten, stehen der Klägerin zwar die aus ihrem Besitz an der Parkfläche folgenden Schutzrechte zu. Indessen haben ihre Ansprüche wegen Besitzentziehung (§ 861 BGB) und wegen



Besitzstörung (§ 862 BGB) offensichtlich kaum praktische Bedeutung. Und ob die Klägerin inmitten des an der Parkfläche vorbeiflutenden Straßenverkehrs immer von ihrer Selbsthilfebefugnis (§§ 859, 860 BGB) mit Erfolg Gebrauch zu machen vermag, erscheint recht zweifelhaft. Nur die Auffassung, daß die Klägerin einen vertragsmäßigen Anspruch auf Zahlung des Entgelts unabhängig davon hat, ob der parkende Kraftfahrzeugführer eine auf Vertragsschluß abzielende rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt, wird nach Lage der Umstände einige Gewähr dafür bieten, daß er sich der Regelung fügt, die bezüglich der Benutzung der Parkfläche wirksam getroffen ist.