

ziehbaren Ergebnissen, etwa in der zutreffenden Einsicht, dass die Gerichtsbarkeit gesetzlichen Regelungen im Privatrecht zu hinreichender Bestimmtheit verhilft (24). Dies entspricht im Ergebnis auch der Rsp des EGMR. In der Frage der Bestimmtheit der (früheren) Regelungen über die Anrechnung von Schenkungen an Pflichtteilsberechtigte („Enkelkinderschenkung“, § 785 Abs 3 ABGB aF) analysiert *Gruber* präzise das Erkenntnis VfGH G 572/2015 (= JBl 2017, 95 = VfSlg 20.130/2016); er hält – dem VfGH folgend – ausschließlich die Judikatur des OGH für die Auslegung für maßgeblich und bemerkt zum Meinungsstreit in der Literatur zur alten Rechtslage, dass dieser unerheblich sei, weil es allein darauf ankomme, dass Rechtsunterworfenen staatliches Verhalten kalkulieren können sollen (26), und das manifestiere sich nun einmal in der Judikatur. Damit berührt *Gruber* ein Problem des Parteienantrags auf Gesetzesprüfung und er trifft einen Punkt, ohne ihn eingehend zu diskutieren: Wird der VfGH nach einer erstinstanzlichen Entscheidung unter Anwendung einer gerade erst in Kraft getretenen gesetzlichen Bestimmung im Wege des Parteienantrags mit Bestimmtheitsbedenken konfrontiert, kann er in der Regel noch keine einschlägige höchstgerichtliche Judikatur heranziehen, weil es diese eben erst Monate oder Jahre später geben kann. Bislang konnte der VfGH Aufhebungen in dieser Hinsicht vermeiden, das Problem und das Spannungsverhältnis besteht aber weiter.

Zutreffend und weiterführend ist die im Anschluss an *Berka* getroffene Feststellung, dass jene Teile des Privatrechts, in denen die Privatautonomie eine größere Rolle spielt, von vorneherein ein geringeres Maß an Bestimmtheit aufweisen müssen (40 f). Weniger bedeutend ist dagegen wohl der Umstand, dass der Staat keine eigenen Interessen verfolgt. Auch die Besonderheit, dass im Zivilrecht häufiger von der Analogie Gebrauch gemacht wird, spricht *Gruber* zutreffend an, die Zulässigkeit von Analogie wird aus dem im Zivilrecht weniger strengen Bestimmtheitsgebot abgeleitet, gleichwohl ist dies kein Freibrief für eine weitgehende richterrechtliche Rechtsfortbildung, die verfassungsrechtliche Bedenklichkeit wird zutreffend unter Hinweis auf die demokratische Legitimation der Rechtsetzung hervorgehoben (57). Auch dem Kriterium der Eingriffsintensität – abgesehen von seiner Problematik an sich – misst *Gruber* zutreffend nur geringe Bedeutung zu. Der Autor bedient sich zwar auch des Topos, schreckt aber vor einer pauschalen Annahme eines bestimmten Determinierungsgraderfordernisses für ein gesamtes Rechtsgebiet zu Recht zurück. In Teilen des Sachenrechts oder des Erbrechts gebe es durchaus Bereiche, in denen keine Abstriche von allgemeinen Bestimmtheitsanforderungen gemacht werden dürfen (185).

Der zentrale und umfangreichste Abschnitt der Arbeit ist mit 60 Seiten dem Gleichheitsgrundsatz gewidmet, dies entspricht der Bedeutung dieses Grundrechts im Zivilrecht. Anknüpfend an die exakt referierten allgemeinen grundrechtsdogmatischen Lehren zum Gleichheitsgrundsatz werden verschiedene Facetten anhand der Judikatur abgehandelt, wobei mitunter auch Materien ins Spiel kommen, die aus dem Untersuchungsgegenstand einleitend ausgeklammert wurden (zB 84: Recht auf Urteilsveröffentlichung als Teil des Zivilprozessrechts). Besonders gelungen ist die Diskussion des Topos des rechtspolitischen Gestaltungsspielraums im Vergleich der Rsp zum Mietrecht (90 ff), zum Erbrecht (100 ff), zum Schuldrecht (105 ff) und zum Verbraucherschutz (108 f), mit dem nicht von der Hand zu weisen ist, dass im Mietrecht der Anschein eines „Sondergleichheitsregimes“ entstehe, in das sich der VfGH möglichst nicht einmischen möchte (109). Auch die Diskussion der Entscheidungen zu Regelungen mit Haftungsbeschränkungen ist weiterführend und bringt nachvollziehbare Ergebnisse (115 ff).

Ein vergleichsweise kürzerer Abschnitt ist der Eigentumsgarantie gewidmet. Die Kürze ist gerechtfertigt, wenn und weil es der Arbeit um einen Vergleich mit dem Gleichheitsgrundsatz und dem Legalitätsprinzip zu tun ist. Weiterführende Ausführungen zum Grundrechtseingriff finden sich ebenso wie Ausführungen zur Rechtfertigung des Eingriffs und zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Was man im Zivilrecht allenfalls stärker erwarten dürfte, wäre hier ein weitergehendes Eingehen auch auf die Schutzpflichten und die Drittwirkung, auf der Schutzbereichsebene wäre interessant gewesen, der Erschließung des Schutzguts der Privatautonomie als Teil des sachlichen Schutzbereichs der Eigentumsgarantie nachzuspüren und seine Konsequenzen für die Prüfung von Regelungen über Vertragsbeziehungen (insbesondere im Konsumentenschutzrecht) zu untersuchen.

In einem Vergleich der beiden Arbeiten zeigt sich, dass es kein Naturgesetz ist, dass die mit strengeren Anforderungen versehenen Qualifikationsarbeiten der Habilitationsschrift notwendigerweise Dissertationen in jeder Hinsicht überlegen sein müssen. Eine kluge Beschränkung des Untersuchungsgegenstands und des Untersuchungsziels kann im Gegenteil Dissertationen gerade im Überschneidungsbereich rechtswissenschaftlicher Disziplinen vor schwierigerem Terrain bewahren und sie im Ergebnis für den wissenschaftlichen Diskurs wertvoller machen. In jedem Fall ist erfreulich, dass beide Arbeiten sich einem brennenden Thema des Verfassungsrechts, des Zivilrechts und der Grundrechtsdogmatik zeitnahe angenommen haben. So kann wissenschaftlicher Fortschritt und eine gute Weiterentwicklung der Rsp gleichermaßen erreicht werden.

Christoph Grabenwarter

Fenyves, Attila / Kerschner, Ferdinand / Vonkilch, Andreas (Hg): Großkommentar zum ABGB – Klang. §§ 859–887 ABGB. Bearbeitet von Wolfgang Berger, Ferdinand Kerschner, Philipp Klausberger, Simon Laimer, Martina Schickmair, Andreas Vonkilch, Isabelle Vonkilch, Mathias Walch. 3. Auflage. 1357 Seiten, Verlag Österreich, Wien 2022. Gebunden. € 544,-; Abopreis € 462,40. ISBN 978-3-7046-9074-6.

1. Steht man vor der Aufgabe, einen Kommentar zu rezensieren, ist im Ausgangspunkt die Frage nach dem Maßstab zu klären. Zwar erwartet man sich von dieser Literaturgattung einheitlich eine auf die einzelne Gesetzesbestimmung bezogene rechtsdogmatische Aufarbeitung des Stoffes. Abgesehen davon weisen Kommentare aber ganz unterschiedliche Erscheinungsformen auf. Das beginnt beim Umfang (Kurzkomentar bis Großkommentar), geht über den Anspruch an den einzelnen Autor (bloße Systematisierung des Bestehenden vs eigene Stellungnahmen und Raum für wissenschaftliche Ausführungen) und das verarbeitete Material (nur Judikatur oder umfassende Berücksichtigung der Rechtsquellen) und reicht bis zum Zielpublikum (ausschließliche Adressierung der Praxis vs umfassende Ausrichtung auf Praxis und Wissenschaft). Diese Unterschiede wecken naturgemäß auch unterschiedliche Erwartungen in der Leserschaft.

Das zu besprechende Werk ist ein Band der dritten Auflage der *Klang*-Reihe und damit Teil eines Großkommentars zum ABGB. Bei einem solchen Format geht man davon aus, all das zu finden, was auch in anderen Kommentaren steht – und noch mehr. Großkommentare haben darüber hinaus einen wissenschaftlichen Anspruch: Sie beschränken sich nicht auf die systematisierende Darstellung der einschlägigen Judikatur und Literatur, sondern der Autor soll selbst Stellung beziehen. Beim Griff zum Großkommentar darf man also auf eine Systematisierung des gesamten einschlägigen Meinungsstands, bestenfalls mit neuen Impulsen, jedenfalls aber mit einer wohl begründeten Stel-

lungnahme zu den jeweiligen Einzelfragen zählen. Dieses Verständnis entspricht auch jenem der Herausgeber des *Klang*, soll dieser doch „eine Kommentierung auf hohem wissenschaftlichem Niveau“ bieten, „die sich nicht mit der Wiedergabe der Judikatur und Literatur begnügt, sondern auch kritisch eigene Positionen vertritt und über den ‚Tellerrand‘ hinausblickt“ (<<https://www.verlagoesterreich.at/grosskommentar-zum-abgb-klang-kommentar/99.105005-9783704690746>>, abgerufen am 25.06.2024). Dass dies nicht bloße Lippenbekenntnisse sind, verdeutlicht etwa die hervorragende Kommentierung des Auftrags- und Stellvertretungsrechts durch *Baumgartner/U. Torggler* (2019). An diesen Vorgaben wird auch der vorliegende Band zum Allgemeinen Vertragsrecht (§§ 859–886 ABGB) gemessen.

2. Zunächst zum Formalen: Der Kommentar ist vom Umfang her eines Großkommentars würdig. Acht Autoren behandeln 31 Paragraphen auf knapp 1300 Seiten. Die Kommentierungen folgen keinem einheitlichen Aufbau, sie sind aber stets nachvollziehbar und sachgerecht; vereinzelt hätte eine Untergliederung der Überschriftenebenen den Zugang noch weiter erleichtert (§ 869). Methodisch arbeitet das Autorenteam durchgehend rechtsdogmatisch, die Kommentierungen von *Klausberger* (§§ 881 Rz 12 ff) und *A. Vonkilch/Walch* (zB § 869 Rz 6; § 870 Rz 22 ff; § 871 Rz 7; § 875 Rz 8 ff) enthalten auch rechtsvergleichende Aspekte. Eine Schilderung und Analyse der historischen Genese findet sich (nur) vereinzelt (zB bei § 867 Rz 1 ff; § 870 Rz 2 f; § 880a Rz 3 ff; §§ 881, 882 Rz 5 ff; siehe auch § 883 Rz 5). Die Auseinandersetzung mit dem zu bearbeitenden Stoff erfolgt so, wie man es sich erwartet: Die Autoren systematisieren das vorhandene Material für den Leser in klarer Sprache und in verständlicher Weise.

3. Die Auswahl inhaltlicher Fragen ist bei der Besprechung von Kommentaren naturgemäß in hohem Maße subjektiv. Der Rezensent hat in seiner täglichen Arbeit häufig mit Gesellschaftsverträgen zu tun. Diese weichen von dem Allgemeinen Vertragsrecht als Paradigma zugrunde liegenden Kaufverträgen in vielerlei Hinsicht ab. Sie haben etwa regelmäßig mehr als zwei Vertragsparteien und sie sind auf lange Dauer ausgelegt. Aufgrund dieser Besonderheiten können Vorgaben des ABGB teilweise nur modifiziert angewendet werden. Da es sich beim Umgang mit der Mehrpersonalität und dem Langzeitelement um im Gesellschaftsrecht besonders bedeutsame, dem Grunde nach aber allgemeine Themen des Vertragsrechts handelt, bietet es sich an zu untersuchen, ob bzw wie der vorliegende Kommentar diese Charakteristika berücksichtigt. Das erscheint als Nagelprobe bei einem Großkommentar auch insofern gut geeignet, als diese Fragestellungen in kleineren Formaten nicht oder allenfalls kurz behandelt werden.

3.1. Das Charakteristikum der Mehrpersonalität ist im rechtlichen Umgang herausfordernd, weil die Bestimmungen der Rechtsgeschäftslehre und des Allgemeinen Vertragsrechts auf zweipersonale Verhältnisse zugeschnitten sind: So kommt ein Vertrag zustande, wenn „der“ Antragsteller ein Versprechen abgibt, „der Andere“ dieses Versprechen inhaltlich übereinstimmend, rechtzeitig annimmt und diese Annahme dem Antragsteller rechtzeitig zugeht (§§ 861 ff ABGB). Fraglich ist, ob und wie dieses Modell des Vertragsschlusses auf mehrseitige Verträge angewendet werden kann. Das rechtzeitige Zugehen einer übereinstimmenden Willenserklärung bei *einer* anderen Partei wird etwa zu wenig sein. Ein Konsens besteht erst dann, wenn die inhaltlich übereinstimmenden Willenserklärungen sämtlicher Parteien wechselseitig zugegangen sind. Das macht eine Abstraktion der Vorgaben des ABGB und eine Anpassung an die geänderte Ausgangslage erforderlich (*Hartlieb*, *Verbandsvertragsrecht* [2023] 206 ff). Auf diese zugegebenermaßen etwas spröden Fragen der Mehrperso-

nalität gehen die Kommentierungen der einschlägigen Bestimmungen allerdings nicht ein.

3.2. Fündig wird man bei einem anderen Regelungsproblem, nämlich wie eine willensmangelhaft handelnde Partei den mehrpersonalen Vertrag anfechten kann. Im Ausgangspunkt besteht hier die Schwierigkeit, dass die Schutzwürdigkeit der Parteien diffiziler als in zweipersonalen Verhältnissen festzustellen ist: Es existiert nicht nur eine Partei, die schutzwürdiger ist als genau eine andere Partei, sodass der Vertrag angefochten/angepasst werden kann oder eben nicht. Vielmehr stehen neben der dem Willensmangel unterliegenden Partei und der arglistigen handelnden/drohenden/weniger schutzwürdigen Partei noch weitere Personen im Rechtsverhältnis. Diese sind in Abhängigkeit des Einzelfalls schutzwürdiger oder weniger schutzwürdig als der Anfechtende und sie können sowohl am Fortbestand als auch an der Beendigung des Vertrags interessiert sein. Die Bandbreite denkbarer Lösungen ist daher weit: Anfechtung nur bei Schutzunwürdigkeit sämtlicher anderer Vertragsparteien, Anfechtung schon dann, wenn bloß eine andere Vertragspartei schutzunwürdig ist, oder irgendwas dazwischen. Dabei ist die Gefahr bloßer Billigkeitslösungen evident: Wer will dem arglistig Irreführten denn nicht aus dem Vertrag helfen?

A. *Vonkilch/Walch* (§ 871 Rz 28) bleiben davon unbeeindruckt fest auf dem Fundament des positiven Rechts und machen § 875 ABGB fruchtbar. Diese Norm regelt die Anfechtungsmöglichkeit im zweiseitigen Vertrag für den Fall, dass ein Dritter den Willensmangel herbeiführt: Angefochten werden kann nur dann, wenn der Dritte dem Anfechtungsgegner zuzurechnen ist. Denn (nur) in diesem Fall ist dieser weniger schutzwürdig als der Anfechtende. Kann der Dritte dem Anfechtungsgegner demgegenüber nicht zugerechnet werden, ist dessen Vertrauen auf den Fortbestand des Vertrags schutzwürdig. Dieser Gedanke trägt in der Tat auch bei mehrpersonalen Verträgen: Für die Bestimmung der Schutzwürdigkeit eines Vertragspartners des Anfechtenden macht es nämlich keinen Unterschied, ob die den Willensmangel verursachende Person außerhalb des Vertrags steht oder selbst Vertragspartei ist. Die Autoren kommen daher zu dem überzeugenden Ergebnis, dass eine erfolgreiche Anfechtung schon dann nicht in Frage kommt, wenn diese Person auch nur einer anderen Vertragspartei nicht zugerechnet werden kann (und diese Partei auch nicht selbst schutzunwürdig iS von § 871 Abs 1 ABGB ist). Denn diese Vertragspartei ist nach der Wertung des § 875 ABGB schutzwürdiger als der Anfechtungswillige. In diesem Fall muss die willensmangelhaft handelnde Partei zwar einen Vertrag mit einer Person fortsetzen, die sie unter Umständen arglistig in die Irre geführt hat. Sie ist aber nicht schutzlos. Denn bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen kann sie nach § 874 ABGB schadenersatzrechtlich gegen diese schuldhaft handelnde Vertragspartei vorgehen (zu all dem auch *Hartlieb*, *Verbandsvertragsrecht* 239 ff).

3.3. Die Geltendmachung von Willensmängeln berührt nicht nur das Charakteristikum der Mehrpersonalität, sondern auch das Langzeitelement von Verträgen. Es stellt sich nämlich die Frage nach der Beendigungswirkung, wenn der Vertrag bereits in Vollzug gesetzt wurde. In diesem Fall bereitet die in § 877 ABGB angeordnete Ex-tunc-Wirkung Probleme. Die Rückabwicklung bereits getätigter Leistungen wird nämlich umso komplexer, je länger der Vertrag abgewickelt wird. Schon früh wurde daher festgehalten, dass die auf Zielschuldverhältnisse zugeschnittenen Regelungen des ABGB für in Vollzug gesetzte Dauerschuldverhältnisse nicht passen (*Gschnitzer*, *Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht*, *JherJB* 76 [1926] 317 [396]). Auf dieser Grundlage entwickelte sich eine hA, dass die Geltendmachung von Wurzelmängeln bei in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnissen grundsätz-

lich nicht ex tunc, sondern ex nunc wirke (siehe etwa OGH 27.11.1962, 4 Ob 138/62).

Die Bedeutung dieses Rechtssatzes wird aber in verschiedener Hinsicht relativiert: Nach manchen habe es bei schweren Mängeln bei der gesetzlich angeordneten Rückwirkung zu bleiben, sodass die Geltendmachung von Irrtümern ex nunc, jene der Arglist aber ex tunc wirke (siehe etwa *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ [2018] Rz 502; OGH 17.12.2008, 6 Ob 257/08z). Andere stellen auf die Umstände des Einzelfalls ab und lassen die Ex-tunc-Wirkung zu, wenn tatsächlich keine Rückabwicklungsschwierigkeiten bestehen (zB OGH 07.06.1995, 5 Ob 508/95). All das gibt *Schickmair* (§ 859 Rz 91 ff) konzise wieder. Auch sie steht dem Rechtssatz ablehnend gegenüber: Bloße Schwierigkeiten der Rückabwicklung rechtfertigten keine Modifikation der gesetzlichen Anordnungen. Lediglich in normativ begründeten Ausnahmefällen erscheine es gerechtfertigt, von der Ex-tunc-Wirkung abzugehen (Rz 94). Damit erteilt sie der Existenz eines allgemeinen Rechtssatzes der Ex-nunc-Wirkung bei der Geltendmachung von Willensmängeln im in Vollzug gesetzten Dauerschuldverhältnis eine Absage.

Das überzeugt: Faktische Schwierigkeiten der Rückabwicklung taugen nicht als Grundlage für eine Modifikation der rechtlichen Vorgaben über die Rückabwicklung. Dafür bedürfte es rechtlicher Anhaltspunkte. Solche existieren vereinzelt, etwa im Eherecht (vgl § 27 EheG) und im Gesellschaftsrecht (§ 218 AktG). Diese Normen, die *Gschnitzer* zur Entwicklung des Rechtssatzes herangezogen hat, sind aber nicht verallgemeinerungsfähig: Die Ex-nunc-Wirkung der Geltendmachung von Satzungsstörungen in der AG berücksichtigt etwa den Umstand, dass mit der Eintragung in das Firmenbuch ein Rechtsträger entsteht, der selbst im Rechtsverkehr auftritt und damit selbst Gläubiger hat, die von einer rückwirkenden Beendigung betroffen

sein können. Der maßgebliche Beweggrund für die Schaffung dieser Norm ist damit der Schutz Dritter, deren Vertrauen auf den Fortbestand ihres Vertragspartners bei Anwendung der zivilrechtlich angeordneten Rückwirkung frustriert würde. Dieser Wertungsgesichtspunkt hat bei anderen Dauerschuldverhältnissen als bei Gesellschaftsverträgen rechtsfähiger Gesellschaften aber mangels Entstehung eines Rechtsträgers keine Bedeutung. Er taugt daher nicht als Induktionsbasis für einen allgemeinen Rechtssatz des Rechts der Dauerschuldverhältnisse (*Hartlieb*, Verbandsvertragsrecht 309 ff). Bei der Prüfung, wie die Geltendmachung von Willensmängeln (oder allgemeiner: Wurzelmängeln) wirkt, ist daher nach der Vertragsart zu differenzieren; es ist also zu untersuchen, ob für den jeweils in Frage stehenden Vertrag normative Anhaltspunkte existieren, die eine Modifikation der allgemeinen Rückabwicklungsvorschriften des ABGB rechtfertigen.

4. Die Beispiele zeigen, dass das zu rezensierende Werk auch Rechtsprobleme aufgreift, die teilweise in Randbereichen des Vertragsrechts liegen. Die Autoren nehmen wohlbegründet und überzeugend Stellung, und zwar bei manchen Fragen erstmals in der österreichischen Kommentarliteratur. Auch bei anderen Regelungen geht das Werk in der Bearbeitungstiefe deutlich über die übrigen Kommentare zum ABGB hinaus (zB § 883 durch *Berger*). Vertragsrechtliche Gemeinplätze behandelt es ohnehin bravourös, wie etwa die umfangreiche (Judikatur-)Analyse des AGB-Rechts durch *Laimer* (§ 864a Rz 32 ff; § 879 Rz 270 ff) verdeutlicht. Das Fazit fällt daher positiv aus: Der vorliegende Band wird sowohl dem Anspruch der Herausgeber als auch den Erwartungen der Leserschaft gerecht. Es lohnt sich, das „Allgemeine Vertragsrecht“ des *Klang* heranzuziehen.

Franz Hartlieb