

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<b>Erfordernisse eines gültigen Vertrages:</b>			<b>Voraussetzungen eines gültigen Vertrages</b>	
<b>1. Fähigkeiten der Personen</b>			<b>Persönliche Fähigkeiten der Beteiligten<sup>1</sup></b>	
<b>§ 865.</b> (1) Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit einer Person, sich durch eigenes Handeln rechtsgeschäftlich zu berechtigen und zu verpflichten. <sup>2</sup> Sie setzt voraus, dass die Person entscheidungsfähig ist und wird bei Volljährigen vermutet <sup>3</sup> ; bei Minderjährigen sind die §§ 170 und	Definition der Geschäftsfähigkeit; Abschluss von Rechtsgeschäften durch Minderjährige und durch psychisch beeinträchtigte Volljährige	idF BGBl I 2017/59	<b>§ 865.</b> (1) <sup>1</sup> Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit, sich durch eigenes Handeln rechtsgeschäftlich zu berechtigen und zu verpflichten. <sup>2</sup> Sie setzt in der Regel <sup>8</sup> voraus, dass die Person entscheidungsfähig ist (§ 24 Abs. 2), und wird bei Volljährigen vermutet. <sup>3</sup> Bei	<b>§ 865.</b> (1) <sup>1</sup> Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit, durch eigenes Handeln Rechtsgeschäfte abzuschließen <sup>10</sup> , die Rechte und Pflichten enthalten können <sup>11</sup> . <sup>2</sup> Sie setzt regelmäßig voraus, dass die Person entscheidungsfähig ist (§ 24 Abs. 2 <sup>12</sup> ). <sup>3</sup> Im Anwendungsbereich des §

<sup>1</sup> Abstimmungsbedarf: „Beteiligter“! (Parteien – Beteiligten – ...)

<sup>2</sup> Diese Definition und andere Regelungen der §§ 865 ff haben auch für bloß einseitige Rechtsgeschäfte Bedeutung. In den Vorschlägen dieses Projekts kann das aber grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, da dafür eine deutliche Änderung des Gesetzesaufbaus nötig wäre. In gewisser Weise beachtet wird diese Ausweitung aber in der Alternative zu § 876, der auch an einzelne Willenserklärungen denkt, aber nur die Regeln über die „wahre Einwilligung“ für auch auf solche Willenserklärungen anwendbar erklärt.

<sup>3</sup> Ob Geschäftsfähigkeit oder Entscheidungsfähigkeit vermutet wird, ist der Bestimmung nicht klar zu entnehmen [die Textierung „Sie“ spricht für die erste Variante; idS etwa auch *Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> §°865 Rz 4 (Stand 1.10.2018, rdb.at)], läuft bei Volljährigen aber ohnehin praktisch auf das Gleiche hinaus. Da diese Vermutung (von Entscheidungsfähigkeit und damit von Handlungsfähigkeit) für Volljährige bereits in § 24 Abs 2 Satz 2 aufgestellt wird (dort allerdings mit der überflüssigen Ergänzung „im Zweifel“), wird sie in der Alternative von § 865 weggelassen. Die wirklich interessante Frage, ob die Vermutung auch für Personen gilt, die einen „aktualisierten“ Vorsorgebevollmächtigten oder einen Erwachsenenvertreter haben, klärt das Gesetz hingegen nicht [dazu *P. Bydlinski*, Alles fließt. Gedanken zur „neuen“ Handlungsfähigkeit und ihren Erscheinungsformen, ÖJZ 2018, 941 (943 mwN)]. Ein Vorschlag dazu findet sich in der Alternative zu § 24.

<sup>8</sup> Abstimmungsbedarf: „in der Regel“! Diese Einschränkung ist schon deshalb nötig, weil § 242 Abs 3 ausdrücklich bestimmte Rechtsgeschäfte nicht entscheidungsfähiger Volljähriger für rechtswirksam erklärt, Geschäftsfähigkeit also auch in solchen Fällen vorliegen muss.

<sup>10</sup> Das Wort „abschließen“ passt nur für Verträge. Ausnahmsweise ist es aber auch denkbar, dass eine bloße Willenserklärung ausschließlich vorteilhafte Folgen mit sich bringt. Daher könnte hier auch das neutralere Wort „vornehmen“ gewählt werden.

<sup>11</sup> Diese Formulierung macht deutlicher als Originaltext (dort „und“), dass auch Verträge in Frage kommen, die nur Rechte oder nur Pflichten begründen.

<sup>12</sup> Dieser Verweis erfasst auch die Vermutung für Volljährige.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p>171, bei Volljährigen ist der § 242 Abs. 2 zu beachten<sup>4</sup>.</p> <p>(2) Ein bloß zu ihrem Vorteil gemachtes Versprechen kann jede Person annehmen.</p> <p>(3) Rechtsgeschäftliches Handeln von nicht geschäftsfähigen Volljährigen ist zur Gänze unwirksam, es sei denn, sie haben für das betreffende Rechtsgeschäft einen vertretungsbefugten Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter. In diesem Fall ist das rechtsgeschäftliche Handeln mit Genehmigung des Vertreters und gegebenenfalls auch des Gerichts wirksam. Abs. 2 und § 242 Abs. 3 bleiben unberührt.</p> <p>(4) Rechtsgeschäftliches Handeln von Minderjährigen unter sieben Jahren ist zur Gänze</p>			<p>Minderjährigen sind die §§ 170 und 171, bei Volljährigen ist der § 242 Abs. 2 zu beachten.</p> <p>(2) Jede Person kann Rechtsgeschäfte abschließen<sup>9</sup>, die sie ausschließlich begünstigen.</p> <p>(3) <sup>1</sup>Rechtsgeschäftliches Handeln nicht geschäftsfähiger Volljähriger ist zur Gänze unwirksam, sofern sie für das betreffende Rechtsgeschäft keinen vertretungsbefugten Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter haben. <sup>2</sup>Ansonsten ist das rechtsgeschäftliche Handeln mit Genehmigung des Vertreters und soweit nötig auch des Gerichts wirksam. <sup>3</sup>Geht es um Geschäfte, die unter Abs. 2 oder § 242 Abs. 3 fallen, müssen jedoch immer nur die dort</p>	<p>170 Abs. 2 und des § 171 wird Entscheidungsfähigkeit vermutet; im Bereich des § 170 Abs 3 ist sie für Personen unter sieben Jahren nicht nötig<sup>1314</sup>. <sup>4</sup>Das rechtsgeschäftliche Handeln Volljähriger ist trotz Entscheidungsfähigkeit unwirksam, soweit es um Bereiche geht, für die ein Vorbehalt gerichtlicher Genehmigung besteht (§ 242 Abs. 2).</p> <p>(2) Jede Person kann Rechtsgeschäfte abschließen, die sie ausschließlich begünstigen.</p> <p>(3) <sup>1</sup>Haben nicht geschäftsfähige Volljährige für das betreffende Rechtsgeschäft einen vertretungsbefugten Vorsorgebevollmächtigten oder Erwachsenenvertreter, ist ihr rechtsgeschäftliches Handeln mit</p>

<sup>4</sup> Was im Zusammenhang mit der Geschäftsfähigkeit dieses „zu beachten“ genau bedeutet, ist offen, weshalb der Textvorschlag die Formulierung schlicht übernimmt. In der Alternative wird konkreter (und differenzierter) formuliert und versucht, eine sachlich sinnvolle Regelung zu formulieren, die dem vermutlich Gewollten möglichst nahe kommt.

<sup>9</sup> Das ist unbestrittenermaßen gemeint, weshalb schon im Textvorschlag entsprechend formuliert wird, während der Originaltext jene Konstellationen, in denen der entscheidungsunfähige Teil das Angebot macht, nicht erfasst, sodass de lege lata eine Analogie gezogen werden muss (P. Bydlinki, ÖJZ 2018, 945).

<sup>13</sup> Für Unter-7-jährige bedarf es im Bereich des § 170 Abs 3 – in Parallele zu § 242 Abs 3 (vgl dazu ErläutRV 1461 BlgNR 25. GP 54) – überhaupt keiner Entscheidungsfähigkeit, was für diese Einschränkung spricht.

<sup>14</sup> Dieser Satz könnte auch nach vorne zu § 24 gezogen werden. § 24 müsste dann aber wohl „flächendeckende“ Vermutungsregeln enthalten, so insbesondere auch für die Deliktsfähigkeit ab 14 Jahren (§ 176). Wohl vorzugswürdige Alternative: Regelung erst bei § 176 selbst (wie das etwa bei § 173 – Einwilligung in medizinische Behandlungen – der Fall ist).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p>unwirksam. Bei anderen Minderjährigen ist das rechtsgeschäftliche Handeln mit Genehmigung ihres Vertreters und gegebenenfalls auch des Gerichts wirksam. Abs. 2 sowie die §§ 170 und 171 bleiben unberührt.</p> <p>(5) Bis die nach Abs. 3 und 4 erforderlichen Genehmigungen erteilt werden<sup>5</sup>, ist der andere Teil an seine Vertragserklärung<sup>6</sup> gebunden, er kann aber für die Erteilung der Genehmigung durch den Vertreter eine angemessene Frist setzen<sup>7</sup>.</p>			<p>vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sein; der Mitwirkung eines Vertreters bedarf es nicht.</p> <p>(4) <sup>1</sup>Rechtsgeschäftliches Handeln von Minderjährigen unter sieben Jahren ist zur Gänze unwirksam, sofern nicht die Voraussetzungen des Abs. 2 oder des § 170 Abs. 3 erfüllt sind.</p> <p><sup>2</sup>Bei anderen Minderjährigen ist das rechtsgeschäftliche Handeln mit Genehmigung ihres Vertreters und gegebenenfalls auch des Gerichts wirksam.</p> <p><sup>3</sup>Keiner Mitwirkung eines Vertreters bedarf es dann, wenn die Voraussetzungen des Abs. 2 oder des § 170 Abs. 2 und 3 oder des § 171 erfüllt sind.</p> <p>(5) <sup>1</sup>Bis die nach Abs. 3 und 4 erforderlichen Genehmigungen</p>	<p>Genehmigung des Vertreters und soweit nötig auch des Gerichts wirksam. <sup>2</sup>Haben sie keinen solchen Vertreter, ist ihr rechtsgeschäftliches Handeln zur Gänze unwirksam, sofern es nicht um Geschäfte geht, die unter Abs. 2 oder § 242 Abs. 3 fallen [und daher von vornherein keiner Vertreterbeteiligung bedürfen].<sup>15</sup></p> <p>(4) Das rechtsgeschäftliche Handeln von Minderjährigen unter sieben Jahren ist zur Gänze unwirksam, sofern nicht die Voraussetzungen des Abs. 2 oder des § 170 Abs. 3 erfüllt sind.</p> <p>(5) <sup>1</sup>Bei anderen Minderjährigen ist das rechtsgeschäftliche Handeln mit Genehmigung ihres Vertreters, gegebenenfalls</p>

<sup>5</sup> Diese Formulierung ist unklar und ungenau. So lässt der Satz nicht deutlich erkennen, bis wann eine Genehmigung möglich ist. Auch wird der wohl gar nicht seltene Fall der (offensiven) Ablehnung des Geschäfts durch den Vertreter nicht berücksichtigt. Ergänzung daher in der Alternative.

<sup>6</sup> Hier ist erstmals von „Vertrag“ die Rede, während es in § 865 ansonsten immer „Rechtsgeschäft“ oä heißt. Das ist wohl damit zu erklären, dass es nur beim Vertragsschluss eine wirksame Erklärung des Partners gibt. Tatsächlich kann sich aber auch bei sonstigen Willenserklärungen eines nicht (voll) Geschäftsfähigen – zB einer Kündigung – die Frage stellen, ob bzw wie sie wirkt; etwa, ob sie vom Vertreter nachträglich mit Ex-tunc-Wirkung genehmigt werden kann. Auf diesen Sonderaspekt kann hier nicht näher eingegangen werden. Eine (einfache) Möglichkeit bestünde darin, den Verweis in § 876 „(§§ 869 bis 875)“ bereits mit § 865 beginnen zu lassen.

<sup>7</sup> Der Originaltext lässt offen, wem gegenüber die Fristsetzung erfolgen kann. Bereits im Textvorschlag wird klargestellt, dass der Vertreter (und nicht der Vertretene) Adressat dieser Fristsetzung ist. Auch die Folgen des Fristablaufs werden nicht genannt; dazu findet sich eine Ergänzung (erst) in der Alternative.

<sup>15</sup> Der bloß erläuternde letzte Satzteil (ab „und“) könnte auch weggelassen werden.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
			erteilt werden, ist der andere Vertragsteil an seine Erklärung gebunden. <sup>2</sup> Er kann dem Vertreter für die Erteilung der Genehmigung aber eine angemessene Frist setzen.	auch des zweiten Elternteils <sup>16</sup> und des Gerichts (§ 167 Abs. 2 und 3), wirksam. <sup>2</sup> Keiner Mitwirkung eines Vertreters bedarf es dann, wenn die Voraussetzungen des Abs. 2 oder des § 170 Abs. 2 und 3 oder des § 171 erfüllt sind. (6) <sup>1</sup> Solange die in den Abs. 3 und 5 vorgesehenen Genehmigungen nicht verweigert wurden, ist der andere Vertragsteil an seine Erklärung gebunden. <sup>2</sup> Er kann dem Vertreter für die Erteilung der Genehmigung aber eine angemessene Frist setzen. <sup>3</sup> Kommt es innerhalb dieser Frist zu keiner Genehmigung, ist das Rechtsgeschäft als von vornherein unwirksam zu behandeln <sup>17</sup> .
§ 866. aufgehoben (BGBl I 2000/135, ab 1.7.2001)				

<sup>16</sup> Diese Ergänzung erscheint sinnvoll, da die bloße Bezugnahme auf das Gericht neben dem bloß in der Einzahl genannten Vertreter unpräzise ist.

<sup>17</sup> Abstimmungsbedarf: „von vornherein unwirksam“! Auch in anderen Zusammenhängen sollte schon im Text deutlich werden, ob es sich um „rückwirkende Unwirksamkeit“ handelt.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 867.</b> Was zur Gültigkeit eines Vertrages mit einer unter der besonderen Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehenden Gemeinde (§ 27), oder ihren einzelnen Gliedern und Stellvertretern erfordert werde, ist aus der Verfassung derselben und den politischen Gesetzen zu entnehmen (§ 290)<sup>18</sup>.</p>	<p>Gültigkeitserfordernisse für den Vertragsschluss mit Gemeinden; Verweis auf Organisationsvorschriften</p>	<p>idF JGS 1811/946</p>	<p><b>§ 867.</b> Für den Vertragsschluss mit Gemeinden, die unter besonderer Vorsorge der öffentlichen Verwaltung stehen<sup>19</sup> (§ 27), sind die Gültigkeitserfordernisse des öffentlichen Rechts<sup>20</sup> zu beachten.</p>	<p><b>§ 867.</b> Für den Vertragsschluss mit juristischen Personen des öffentlichen Rechts sind die dort geregelten Gültigkeitserfordernisse zu beachten.</p> <p><i>oder: streichen, da bloße (wenig klare) Verweisungsnorm ohne eigenen normativen Gehalt</i></p>
<p><b>§ 868. aufgehoben (RGBI 1867/131)</b></p>				

<sup>18</sup> Dieser Verweis ist überflüssig, da § 290 inhaltlich bloß das Gleiche aussagt wie § 867. Er wird daher schon im Textvorschlag gestrichen.

<sup>19</sup> Die normative Bedeutung dieser Einschränkung ist fraglich, da wohl alle Gemeinden unter einer solchen („besonderen“) Vorsorge stehen.

<sup>20</sup> Dieser Verweis gilt nach ganz hA nicht nur für Gemeinden nach heutigem Verständnis, sondern für alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts (OGH 1 Ob 18/08s; 8 Ob 11/11t) und sogar für kirchliche juristische Personen (OGH 2°Ob 8/14m ua); umfassend und detailliert schon bei *Zeiller*, Kommentar III 25 f („ordentliche, weltliche oder geistliche Gemeinden und öffentliche Corporationen, wie Städte, Märkte, Dörfer, Innungen, öffentliche Institute, Stiftungen, Kirchen und Klöster“), weshalb in der Alternative entsprechend formuliert wird.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<b>2. Wahre Einwilligung</b>			<b>Einwilligung</b>	
<p><b>§ 869.</b> <sup>1</sup>Die Einwilligung in einen Vertrag muß frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden. <sup>2</sup>Ist die Erklärung unverständlich, ganz<sup>21</sup> unbestimmt, oder erfolgt die Annahme unter anderen Bestimmungen, als unter welchen das Versprechen geschehen ist; so entsteht kein Vertrag. <sup>3</sup>Wer sich, um einen andern zu bevorteilen<sup>22</sup>, undeutlicher Ausdrücke bedient, oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugtuung.<sup>23</sup></p>	Erfordernisse einer wirksamen Einwilligung; Schadenersatz	idF JGS 1811/946	<p><b>§ 869.</b> (1) Die Einwilligung in einen Vertrag muss</p> <p>a) frei, b) ernstlich, c) bestimmt und d) verständlich sein.</p> <p>(2) Ein Vertrag kommt nicht zustande, wenn die Erklärung eines Beteiligten unverständlich oder [ganz] unbestimmt ist oder wenn die abgegebenen Erklärungen nicht miteinander übereinstimmen.</p> <p>(3) Wer sich undeutlicher Ausdrücke bedient, um anderen einen Nachteil zuzufügen, oder wer eine Scheinhandlung vornimmt, kann schadenersatzpflichtig werden.</p>	<p><b>§ 869.</b> (1) Die Einwilligung in einen Vertrag muss</p> <p>a) frei [von Willensmängeln], b) ernstlich, c) bestimmt und d) verständlich sein.</p> <p>(2) Ein Vertrag kommt nicht zustande, wenn die Erklärung eines Beteiligten</p> <p>a) unverständlich oder b) nicht hinreichend bestimmt oder bestimmbar ist.</p> <p>Gleiches gilt, wenn die abgegebenen Erklärungen nicht miteinander übereinstimmen.</p> <p><i>Satz 3 / Abs 3 streichen, da der Originaltext ungenau bis unrichtig ist und es (hier) keinen Bedarf für eine vergleichbare Regelung gibt.</i></p>

<sup>21</sup> Das Wort „ganz“ hat offenbar keine eigenständige normative Bedeutung, was sich schon daran zeigt, dass es im Satz davor nur „bestimmt“ heißt und der Gegensatz dazu schlicht „unbestimmt“ ist. Man könnte „ganz“ daher wohl schon im Textvorschlag weglassen. Allenfalls soll das Wort andeuten, dass auch „schwache Bestimmtheit“ iS von Bestimmbarkeit ausreicht (vgl *Zeiller*, Kommentar III/1 29), was in der Alternative deutlicher wird.

<sup>22</sup> Der Passus „um einen andern zu bevorteilen“ ist zumindest nach heutigem Verständnis unpassend. Gemeint ist offenbar „um einen anderen zu übervorteilen“ (vgl *Zeiller*, Kommentar III/1 30: „übervorteilen“), also benachteiligen, was im Textvorschlag beachtet wird.

<sup>23</sup> Diese Anordnung ist mehrfach misslungen. Die Schädigung des Partners durch die Verwendung „undeutlicher Ausdrücke“ geht schon wegen § 915 ABGB nach hinten los; ob Satz 3 auch an die Schädigung eines Dritten denkt (dafür wohl *Zeiller*, Kommentar III 30, ist unklar. Auf Scheinhandlungen kann sich der Partner berufen, wenn er sie nicht als solche erkennen musste; sie sind also wirksam. Wirkt er hingegen mit, greift § 916 ein (darauf weist bereits *Gschnitzer* in

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 870.</b> Wer von dem anderen Teile durch List oder durch ungerichte und begründete Furcht [(§ 55)]<sup>24</sup> zu einem Verträge veranlaßt worden, ist ihn zu halten nicht verbunden.</p>	<p>List oder Drohung beim Vertragschluss</p>	<p>idF RGBI 1916/69</p>	<p><b>§ 870.</b> (1) Wer von seinem Vertragspartner durch bewusste Täuschung<sup>25</sup> oder durch rechtswidrige und ernst zu nehmende Drohung<sup>26</sup> zum Vertragsschluss veranlaßt wurde, kann den Vertrag<sup>27</sup> durch Anfechtung beseitigen<sup>28</sup>. (2) Bei der Beurteilung ob die Drohung ernst zu nehmen war, ist die Größe und Wahrscheinlichkeit der Gefahr sowie der körperliche und psychische<sup>29</sup> Zustand der betroffenen Person zu berücksichtigen.</p>	<p><b>§ 870.</b> (1) ... (2) ... (3) Ein Verzicht auf die Anfechtung<sup>30</sup> wegen List oder Drohung im Voraus ist unwirksam.<sup>31</sup> <i>De lege ferenda wäre es überdies günstig, mit Hilfe einer ausdrücklichen Ergänzung (wohl für die Anfechtung generell) zu entscheiden, ob die Anfechtung nur gerichtlich oder auch außergerichtlich (durch Willenserklärung wie etwa für den Rücktritt anerkannt) erfolgen kann; ferner, wie die Anfechtung wirkt.</i></p>

*Klang/Gschnitzer IV/1<sup>2</sup> 98 hin*), der in seinem Abs 2 auch gutgläubige Dritte schützt. Auch dafür ist an dieser Stelle wohl keine Regelung erforderlich. Aufgrund all dieser Unsicherheiten muss der Textvorschlag relativ eng am Originaltext bleiben.

<sup>24</sup> § 55 ABGB wurde bereits 1938 durch das EheG aufgehoben. Da die dortige Definition der „begründeten Furcht“ nach hA aber nach wie vor de lege lata für § 870 zu beachten ist [siehe nur *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 870 Rz 20 (Stand 1.8.2019, rdb.at); *Kolmasch in Schwimann/Neumayr*<sup>6</sup> § 870 Rz 8], wird sie bereits in den Textvorschlag aufgenommen.

<sup>25</sup> Abstimmungsbedarf: „bewusste Täuschung“! (List – Arglist – bewusste Täuschung)

<sup>26</sup> Abstimmungsbedarf: „Drohung“! (Drohung – Furcht – Angst – Zwang)

<sup>27</sup> Zwar dürfte die Konstruktion präziser sein, wonach der mit dem Willens(bildungs)mangel Behaftete (nur) seine eigene Erklärung beseitigen kann (siehe etwa *P. Bydlinski*, AT<sup>8</sup> Rz 3/10). Da das aber zwangsläufig zum Wegfall des Vertrages führt (keine Einigung mehr vorhanden), ist die Wendung von der Anfechtung des Vertrages vermutlich besser verständlich und daher wohl vorzugswürdig.

<sup>28</sup> Nach einhelliger Ansicht geht es bei § 870 (wie auch bei § 871) nicht um Nichtigkeit, sondern um Anfechtbarkeit. Dem Überlisteten bzw Bedrohten steht also ein Gestaltungsrecht zu (zur Verjährungsfrist s insb § 1487).

<sup>29</sup> § 55 sprach wörtlich von der „Leibes- und Gemütsbeschaffenheit“.

<sup>30</sup> Günstig wäre es, an passender Stelle eine generellere Regelung des (rechtsvernichtenden) Anfechtungsrechts vorzunehmen und dann jeweils dorthin zu verweisen.

<sup>31</sup> Ganz hA, die aus dem Gesetz aber nicht ausdrücklich hervorgeht.

<p><b>§ 871.</b> (1) War ein Teil über den Inhalt der von ihm abgegebenen oder dem anderen zugegangenen<sup>32</sup> Erklärung in einem Irrtum befangen<sup>33</sup>, der die Hauptsache oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt wurde<sup>34</sup>, so entsteht für ihn keine Verbindlichkeit, falls der Irrtum durch den anderen veranlaßt war, oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte, oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde.</p> <p>(2) Ein Irrtum eines Teiles über einen Umstand, über den ihn der andere nach geltenden<sup>35</sup> Rechtsvorschriften aufzuklären gehabt hätte, gilt immer als Irrtum über den Inhalt des Vertrages und nicht bloß als solcher über den Bewegungsgrund oder den Endzweck (§ 901).</p>	<p>Irrtum und dessen Anfechtungsvo-raussetzungen</p>	<p>idF BGBl 1979/140</p> <p>wesentliche Änderungen des Abs 1 durch die 3. TN 1916 (Ergänzung der Alternativen am Ende); Abs 2 ergänzt 1979<sup>36</sup></p>	<p><b>§ 871.</b> (1) Hat sich der eine Vertragsteil<sup>37</sup> über den Inhalt seiner dem anderen zugegangenen Erklärung geirrt, so steht ihm ein Anfechtungsrecht<sup>38</sup> zu, wenn der Irrtum die Hauptsache des Vertrages oder eine ihrer wesentlichen vereinbarten Eigenschaften betrifft und wenn der Irrtum überdies</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. vom anderen Vertragsteil veranlasst wurde oder</li> <li>2. diesem aus den Umständen offenbar auffallen musste oder</li> <li>3. diesem gegenüber rechtzeitig aufgeklärt wurde.</li> </ol> <p>(2) Der Irrtum über einen Umstand, über den der andere Vertragsteil trotz entsprechender gesetzlicher Pflichten<sup>39</sup> nicht aufgeklärt hat, gilt immer als Irrtum über den Vertragsinhalt und nicht bloß als Irrtum über den Beweggrund oder Endzweck<sup>40</sup> (§ 901).</p>	<p><b>§ 871.</b> (1) Hat sich ein Vertragsteil über den Inhalt seiner Erklärung (Erklärungsirrtum) oder über Umstände, die Inhalt des Vertrages<sup>41</sup> sind (Geschäftsirrtum), geirrt und wäre der Vertrag ohne den Irrtum nicht geschlossen worden<sup>42</sup>, steht dem Irrenden ein Anfechtungsrecht zu, wenn der Irrtum</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. vom anderen Vertragsteil veranlasst<sup>43</sup> wurde oder</li> <li>2. diesem aus den Umständen offenbar auffallen musste oder</li> <li>3. diesem gegenüber rechtzeitig aufgeklärt<sup>44</sup> wurde.</li> </ol> <p>(2) Der Irrtum über einen Umstand, über den der andere Vertragsteil trotz entsprechender gesetzlicher Pflichten nicht aufgeklärt hat, gilt immer als Irrtum über den Vertragsinhalt und nicht bloß als Irrtum über den Beweggrund oder Endzweck (Motivirrtum, § 901).<sup>45</sup></p> <p><i>De lege ferenda könnte geregelt werden, ob bzw unter welchen Voraussetzungen die Anfechtung – etwa vergleichbar § 934 Satz 2 – vom Partner des Irrenden (durch sog Klaglosstellung) verhindert werden kann.<sup>46</sup></i></p>
--	--	---	---	---

- 
- <sup>32</sup> Diese Wendung soll Übermittlungsfehler erfassen [*Rummel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 871 Rz 7 (Stand 1.11.2014, rdb.at)]. Nach *Gschnitzer* (in *Klang* IV/1<sup>2</sup> 119) ergebe sich aus der Norm, dass es auf den Inhalt der zugegangenen Erklärung ankomme (Erklärungstheorie). Das ist heute ganz anerkannt, hat aber zur Folge, dass allein der Inhalt der zugegangenen Erklärung entscheidet. Daher kann schon im Textvorschlag entsprechend vereinfacht werden.
- <sup>33</sup> Diese Formulierung erfasst an sich nur den Erklärungsirrtum; zugleich ist unklar, wie die folgende Wendung „der die Hauptsache ... betrifft“ dazu passt. In der Alternative werden iS der ganz hA der Erklärungs- und der Geschäftsirrtum/Inhaltsirrtum gesondert angesprochen.
- <sup>34</sup> Diese Umschreibung des Objekts des Irrtums wird zu Recht als mehrfach misslungen bezeichnet [s nur *F. Bydlinski*, Das österreichische Irrtumsrecht als Ergebnis und Gegenstand beweglichen Systemdenkens, in FS Stoll (2001) 113 (115, 117); ferner etwa *Bollenberger*, Grundfragen des Irrtumsrechts, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 877 (893)]. Der Textvorschlag versucht, sich nicht allzu weit vom Original zu entfernen, aber dennoch deutlich verständlicher zu sein.
- <sup>35</sup> Dass die Rechtsvorschriften (im entscheidenden Zeitpunkt) gelten müssen, ist selbstverständlich, weshalb dieses Wort schon im Textvorschlag entfallen kann.
- <sup>36</sup> Vollständiger Originaltext aus 1811: „Wenn ein Theil von dem andern Teile durch solche Angaben irre geführt worden, und der Irrthum die Hauptsache, oder eine wesentliche Beschaffenheit derselben betrifft, worauf die Absicht vorzüglich gerichtet und erklärt worden; so entsteht für den Irreführten keine Verbindlichkeit.“
- <sup>37</sup> Anpassungsbedarf!
- <sup>38</sup> Der Originaltext („... entsteht ... keine Verbindlichkeit“) suggeriert Nichtigkeit, während heute einhellig bloße Anfechtbarkeit angenommen wird; daher so bereits im Textvorschlag.
- <sup>39</sup> Der historische Gesetzgeber wollte eigentlich nur positiv-rechtlich normierte Aufklärungspflichten erfassen; vgl den AB 1223 BlgNR 14. GP 4 (arg: „geltende Rechtsvorschriften“) sowie die ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 45. Da der OGH aber – wohl zutreffender Weise [näher dazu *Rummel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 871 Rz 19 (Stand 1.11.2014, rdb.at)] – darüber hinaus geht und auch aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitete Aufklärungspflichten gleich behandelt, könnte de lege ferenda eine weiter reichende Formulierung erwogen werden.
- <sup>40</sup> Abstimmungsbedarf: „Endzweck“! Abstimmung mit §901!
- <sup>41</sup> Voraussetzung für die Anfechtbarkeit ist, dass der Umstand Teil des Vertrages ist (*Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 871 Rz 15).
- <sup>42</sup> Die (Un-)Wesentlichkeit ist das Abgrenzungskriterium für die Anfechtung bzw Anpassung des Vertrages (*Bollenberger* in FS 200 Jahre ABGB II 882). Aus den Originaltexten geht dieses zentrale Moment allerdings nicht in der wünschenswerten Deutlichkeit hervor.
- <sup>43</sup> Eine Konkretisierung dieser Anfechtungsvoraussetzung wäre de lege ferenda zu erwägen, aber sicherlich nicht einfach zu bewerkstelligen.
- <sup>44</sup> Auch diese Anfechtungsvoraussetzung könnte de lege ferenda konkretisiert werden; zugleich könnte zur Redintegration Stellung bezogen werden.
- <sup>45</sup> De lege ferenda wäre auch eine ausdrückliche Regelung des gemeinsamen Irrtums erwägenswert; mit welchem Inhalt, ist allerdings eine primär rechtspolitische Frage, zu der hier nicht Stellung genommen werden soll.
- <sup>46</sup> Siehe dazu nur *Bollenberger* in FS 200 Jahre ABGB II 877 (893 f mwN).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 872.</b> Betrifft aber der Irrtum weder die Hauptsache, noch eine wesentliche Beschaffenheit derselben, sondern einen Nebenumstand; so bleibt der Vertrag, insofern beide Teile in den Hauptgegenstand<sup>47</sup> gewilligt, und den Nebenumstand nicht als vorzügliche Absicht erklärt haben<sup>48</sup>, noch immer gültig: allein dem Irreführten<sup>49</sup> ist von dem Urheber des Irrtumes die angemessene Vergütung zu leisten.</p>	<p>Anpassung des Vertrages</p>	<p>idF JGS 1811/946</p>	<p><b>§ 872.</b> <sup>1</sup>Ist weder die Hauptsache noch eine ihrer wesentlichen vereinbarten Eigenschaften, sondern nur ein Nebenumstand vom Irrtum betroffen, bleibt der Vertrag gültig, wenn [beide Vertragsteile mit der Hauptsache einverstanden waren und] keiner den Nebenumstand als wesentlich angesehen hat. <sup>2</sup>Der Irrende kann jedoch die angemessene Anpassung des Vertrages erreichen.<sup>50</sup></p>	<p><b>§ 872.</b> (1) Dem Irrenden steht das Recht zur Anpassung des Vertrages zu, wenn ein Irrtum im Sinne des § 871 Abs. 1<sup>51</sup> vorliegt, der Vertrag ohne den Irrtum jedoch mit einem anderen Inhalt zustande gekommen wäre. (2) Macht der Irrende von seinem Anpassungsrecht Gebrauch, gilt der Vertrag mit jenem Inhalt, der ohne Irrtum vereinbart worden wäre.</p>

<sup>47</sup> Warum in §872 zunächst – wie in §871 – von „Hauptsache“ und anschließend von „Hauptgegenstand“ die Rede ist, lässt sich historisch nicht klären. Da sachliche Unterschiede ebenso wenig zu sehen sind wie ein Differenzierungsgrund, wird schon im Textvorschlag auf „Hauptsache“ angeglichen.

<sup>48</sup> Diese Formulierung („vorzügliche Absicht“) klingt so, als käme es auf einen konkreten „Wichtigkeitswillen“ bei Abschluss des Vertrages an; noch dazu für beide Teile. Tatsächlich ist ganz hA, dass – schon weil den Parteien das Problem (zB ein Mangel der Kaufsache) ja gerade nicht bewusst war – im Nachhinein hypothetisch zu fragen ist, wie sich die Parteien seinerzeit ohne Irrtum (vermutlich) verhalten hätten. Überdies genügt es für §871, wenn bloß ein Vertragsteil – der Irrende oder dessen Partner – ohne den Irrtum nicht zu anderen Konditionen abgeschlossen hätte, während es für §872 einer „hypothetischen Einigung“ (auf einen anderen Vertragsinhalt) bedarf. Das alles wird im Textvorschlag (und noch deutlicher in der Alternative) berücksichtigt, wobei auch noch die zwischen eckigen Klammern stehende Passage als normativ irrelevant entfallen könnte.

<sup>49</sup> Das ist ebenso ungenau (und zu eng) wie „Urheber des Irrtums“, da §872 wie §871 nicht nur Fälle der Irreführung erfasst. Änderung daher schon im Textvorschlag.

<sup>50</sup> Mit „angemessene Vergütung“ ist nicht Schadenersatz, sondern Vertragsanpassung gemeint [s nur *Bollenberger* in FS 200 Jahre ABGB II 887 (893)].

<sup>51</sup> Auch bei §872 muss ein beachtlicher Geschäftsirrtum iWS vorliegen [*Bollenberger* in FS 200 Jahre ABGB II 877 (882)].

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 873.</b> <sup>1</sup>Ebendiese Grundsätze sind auch auf den Irrtum in der Person desjenigen, welchem ein Versprechen gemacht worden ist, anzuwenden; insofern ohne den Irrtum der Vertrag entweder gar nicht, oder doch nicht auf solche Art errichtet worden wäre. <sup>2</sup>Als Irrtum in der Person gilt jedenfalls der Irrtum über das Vorhandensein einer erforderlichen<sup>52</sup> verwaltungsrechtlichen Befugnis zur Erbringung der Leistung.</p>	<p>Personenirrtum</p>	<p>idF BGBl 1979/140</p>	<p><b>§ 873.</b> (1) Die §§ 870 bis 872<sup>53</sup> sind auch auf den Irrtum über die Person des Vertragspartners anzuwenden.<sup>54</sup> (2) Der Irrtum über die verwaltungsrechtliche Befugnis zur Erbringung der versprochenen Leistung gilt jedenfalls als Irrtum über die Person.</p>	<p><b>§ 873.</b> (1) Die §§ 870 bis 872 sind auch auf den Irrtum über die Person des Vertragspartners (Personenirrtum) anzuwenden. (2) ...</p>

<sup>52</sup> Das Wort „erforderlich“ ist selbstverständlich und daher überflüssig, weshalb es weggelassen und der umständliche Originaltext schon im Textvorschlag noch weiter vereinfacht wird.

<sup>53</sup> „Ebendiese Grundsätze“ meint die §§ 870 bis 872 [*Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 873 Rz 1 (Stand 1.8.2019, rdb.at)].

<sup>54</sup> Die Formulierung „insofern ohne den Irrtum der Vertrag entweder gar nicht, oder doch nicht auf solche Art errichtet worden wäre“, wurde in den vorangehenden Paragrafen bereits berücksichtigt und kann hier somit entfallen, da ohnehin auf die §§ 870 bis 872 verwiesen wird. (In § 873 kommt dieser allgemeine Kausalitätsaspekt überdies ohnehin zu spät.)

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 874.</b> In jedem Falle muß derjenige, welcher einen Vertrag durch List oder ungerechte<sup>55</sup> Furcht bewirkt hat, für die nachteiligen Folgen Genugtuung leisten.</p>	<p>Schadenersatzpflicht bei Arglist und Drohung</p>	<p>idF JGS 1811/946</p>	<p><b>§ 874.</b> Wer einen Vertragsschluss durch List oder Drohung (§ 870) bewirkt hat, wird für daraus entstehende Schäden ersatzpflichtig.</p>	<p><i>Der Text von § 874 könnte den Umkehrschluss provozieren, dass bloß <u>fahrlässige</u> Irreführung nicht ersatzpflichtig macht. Die ganz hA<sup>56</sup>, für die nicht zuletzt § 874 Satz 2 spricht, sieht das aber bereits de lege lata anders, weshalb dem durch eine entsprechende Formulierung Rechnung getragen werden sollte.</i></p>

<sup>55</sup> Hier ist schon im Originaltext die präzise Abstimmung mit § 870 nicht gelungen, der von „ungerechter und begründeter“ Furcht spricht. Besser ist aber ohnehin der Verweis auf § 870 (so schon im Textvorschlag).

<sup>56</sup> Siehe nur *Pletzer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 874 Rz 8 (Stand 1.8.2019, rdb.at); *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>6</sup> § 874 Rz 2; *Riedler in Schwimann/Kodex V*<sup>5</sup> § 874 Rz 4, alle mwN.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 875.</b> <sup>1</sup>Ist einer der Vertragsschließenden von einem Dritten durch List oder durch ungerichte und gegründete Furcht zu einem Verträge bewogen; oder zu einer irrtümlichen Erklärung veranlaßt worden; so ist der Vertrag gültig. <sup>2</sup>Nur in dem Falle, daß der andere Teil an der Handlung des Dritten teilnahm oder von derselben offenbar wissen mußte, kommen die §§ 870 bis 874 zur Anwendung.</p>	<p>Irreführung oder Drohung eines Dritten</p>	<p>idF RGBI 1916/69</p>	<p><b>§ 875.</b> (1) Bewirkt ein Dritter den Vertragsschluss durch List oder Drohung (§ 870) oder veranlasst er einen Vertragsteil zu einer irrtümlichen Erklärung, bleibt der Vertrag in der Regel<sup>57</sup> unanfechtbar bestehen. (2) Die §§ 870 bis 874<sup>58</sup> sind jedoch dann anzuwenden, wenn der Vertragspartner des Überlisteten, Bedrohten oder Irrenden an der Handlung des Dritten teilnahm oder von ihr offenbar wissen musste<sup>59</sup>.</p>	<p><i>Günstig wäre es, de lege ferenda ergänzend klarzustellen, wer „echter“ Dritter ist und wessen Verhalten – wie insbesondere das eines Verhandlungshelfen – generell dem betreffenden Vertragspartner zugerechnet wird<sup>60</sup></i></p> <p><i><u>Weiterer Vorschlag:</u> § 875 und § 874 tauschen, da die Ersatzpflicht jeden Täuscher oder Droher trifft. (Sollte in § 874 allerdings auch die fahrlässige Irreführung geregelt werden, wäre die aktuelle Reihenfolge wohl beizubehalten.)</i></p>

<sup>57</sup> Abstimmungsbedarf: „in der Regel“!

<sup>58</sup> Der Verweis auch auf § 874 ist unklar. Während es bei den verwiesenen §§ 870 bis 873 um den Bestand des Vertrages geht (Anfechtung oder Anpassung), betrifft § 874 etwaige Schadenersatzansprüche. Dort ist allerdings die Eigenhaftung des Listigen/Drohenden geregelt, die selbstverständlich nicht von den hier genannten Voraussetzungen abhängt. Der Verweis will insoweit aber offenbar ausdrücken, dass auch der Vertragspartner ersatzpflichtig wird, wenn ihm die Handlung des Dritten iS des § 875 zurechenbar ist (siehe nur *Gschnitzer* in *Klang IV/1*<sup>2</sup> 153). Das sollte man de lege ferenda in den Formulierungen berücksichtigen. Der ursprüngliche Text vor der 3. TN war in diesem Sinn übrigens deutlicher: *“Nur in dem Falle, daß der annehmende Theil an der widerrechtlichen Handlung des Dritten Theil nahm, oder dieselbe offenbar wissen mußte, ist er eben so nach den §§ 870 – 874 zu behandeln, als wenn er selbst den andern Theil in Furcht oder Irrthum versetzt hätte.“*

<sup>59</sup> Bei listig herbeigeführtem bloßem Motivirrtum wird vorgeschlagen, die Anfechtbarkeit in Wertungseinheit mit § 870 auf Wissen zu beschränken und „wissen müssen“ nicht ausreichen zu lassen [*Iro*, Versuch eines harmonischen Verständnisses der Bestimmungen über Willensmängel bei Verkehrsgeschäften, *JBil* 1974, 225 (235 f); *Bollenberger* in *FS 200 Jahre ABGB II 877* (894) ua].

<sup>60</sup> Siehe *Bollenberger* in *FS 200 Jahre ABGB II 877* (894).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 876.</b> Die vorstehenden Bestimmungen (§§ 869 bis 875) finden entsprechende Anwendung auf sonstige Willenserklärungen, welche einer anderen Person gegenüber abzugeben sind.</p>	<p>Anwendbarkeit der §§ 869-875 auf sonstige Willenserklärungen</p>	<p>idF RGBI 1916/69</p>	<p><b>§ 876.</b> Die §§ 869 bis 875 sind auch auf sonstige Willenserklärungen anzuwenden, die einer anderen Person gegenüber abzugeben sind.</p>	<p><b>§ 876.</b> Die §§ 869 bis 875 sind nicht nur auf Vertragserklärungen anzuwenden, sondern auch auf sonstige empfangsbedürftige<sup>61</sup> Willenserklärungen.</p>

<sup>61</sup> Abstimmungsbedarf: „empfangsbedürftige Willenserklärung“! Üblicherweise ist von „empfangsbedürftigen“ Willenserklärungen die Rede; womöglich präziser ist aber „zugangsbefähigte“ (beide Ausdrücke kommen im ABGB nicht vor). Im HHB zu 3. Teilnovelle 137 wird ausgeführt, dass unter den von §876 genannten „Willenserklärungen“ solche einseitigen Willenserklärungen zu verstehen sind, die – im Gegensatz zu letztwilligen Erklärungen – „überhaupt zur Kenntnis anderer Personen bestimmt sind und daher unter Vertrauensschutz stehen müssen“.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 877.</b> Wer die Aufhebung eines Vertrages aus Mangel der Einwilligung verlangt<sup>62</sup>, muß dagegen auch alles zurückstellen, was er aus einem solchen Verträge zu seinem Vorteile erhalten hat.</p>	<p>Rückstellungspflicht nach Vertragsaufhebung</p>	<p>idF JGS 1811/946</p>	<p><b>§ 877.</b> Nach Vertragsaufhebung aus Mangel der Einwilligung haben die Parteien<sup>63</sup> alles aus dem Vertrag Erlangte zurückzustellen.</p>	<p><b>§ 877.</b> (1) Nach erfolgreicher Anfechtung haben die Parteien alles aus dem Vertrag Erlangte Zug um Zug<sup>65</sup> zurückzugeben. (2) Nach erfolgreicher Anpassung sind jene Leistungen zurückzugeben, für die kein Rechtsgrund [mehr] besteht.</p> <p><i>De lege ferenda könnte man in dieser Bestimmung überdies präzise festlegen, wie Anfechtung und Anpassung wirken. Auch an eine ausdrückliche Regelung für den Fall der Nichtigkeit mangels wirksamer Einwilligung (Dissens, Geschäftsunfähigkeit usw) wäre zu denken.</i></p>
<p><b>3. Möglichkeit und Erlaubtheit</b></p>			<p><b>Unwirksamkeit wegen Unmöglichkeit</b></p>	

<sup>62</sup> Diese Formulierung ist unpräzise, da der Anfechtungsberechtigte keinen Anspruch (auf Aufhebung), sondern ein Gestaltungsrecht hat; in diesem Sinne daher der Textvorschlag. Ob die Norm auch Fälle der Nichtigkeit infolge von vornherein fehlender (wirksamer) Einwilligung erfasst (dafür etwa OGH 2 Ob 2/16g: Geschäftsunfähigkeit), ist angesichts der Textierung „Aufhebung eines Vertrages ... verlangt“ durchaus fraglich, weshalb der Textvorschlag insoweit nahe am Originaltext bleibt. De lege ferenda wäre größere Klarheit günstig. Die Alternative beschränkt sich auf Anfechtung und Anpassung.

<sup>63</sup> Die Rückstellungspflicht trifft selbstverständlich bereits de lege lata beide Vertragsparteien („dagegen“), nicht nur denjenigen, der die Aufhebung verlangt [statt aller *Rummel in Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 877 Rz 4 (Stand 1.11.2014, rdb.at)], weshalb schon im Textvorschlag entsprechend formuliert wird.

<sup>64</sup> Abstimmungsbedarf: „Partei“! (Parteien – Beteiligten – ...)

<sup>65</sup> Einhellige Ansicht. Siehe nur die Nachweise bei *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>6</sup> §°877 Rz 3.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p><b>§ 878.</b> <sup>1</sup>Was geradezu unmöglich ist, kann nicht Gegenstand eines gültigen Vertrages werden. <sup>2</sup>Ist Mögliches und Unmögliches zugleich bedungen, so bleibt der Vertrag in ersterem Teile gültig, wenn anders aus dem Vertrage nicht hervorgeht, daß kein Punkt von dem anderen abgedeutelt werden könne. <sup>3</sup>Wer bei Abschließung des Vertrages<sup>66</sup> die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte, hat dem anderen Teile, falls von diesem nicht dasselbe gilt, den Schaden zu ersetzen, den er durch das Vertrauen auf die Gültigkeit des Vertrages erlitten hat.</p>	<p>Unmöglichkeit; Teilnichtigkeit; Schadenersatz</p>	<p>idF RGBI 1916/69</p>	<p><b>§ 878.</b> (1) Die Vereinbarung einer geradezu unmöglichen<sup>67</sup> Leistung ist unwirksam<sup>68</sup>. (2) Ist der Vertrag sowohl auf Mögliches als auch auf Unmögliches gerichtet, bleibt er hinsichtlich des Möglichen gültig, sofern ihm kein gegenteiliger Parteiwille zu entnehmen ist. (3) Wer die Unmöglichkeit im Zeitpunkt der Einigung kannte oder kennen musste, muss dem anderen, sofern für diesen nicht dasselbe gilt<sup>69</sup>, jenen Schaden<sup>70</sup> ersetzen, den dieser im Vertrauen auf die Vertragswirksamkeit erlitten hat.</p>	<p><b>§ 878.</b> (1) Die Vereinbarung einer Leistung ist unwirksam, wenn sie aus rechtlichen Gründen nicht erbracht werden kann oder wenn sich die tatsächliche Unmöglichkeit der Erfüllung bereits dem Vertrag entnehmen lässt.</p> <p><i>De lege ferenda wäre es günstig, in das Gesetz auch eine klare Regelung für Verträge aufzunehmen, die auf „schlicht Unmögliches“ gerichtet sind</i></p>

<sup>66</sup> Diese Formulierung wird bereits im Textvorschlag geändert, da es wegen der Nichtigkeit ja gerade nicht zu einem Vertragsabschluss gekommen ist.

<sup>67</sup> Da „geradezu unmöglich“ wenig aussagekräftig und auch durchaus missverständlich ist, wird in der Alternative eine klarstellende Formulierung gewählt, die dem historisch gewollten engen Verständnis [rechtlich Unmögliches und faktisch Absurdes: *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>6</sup> § 878 Rz 2 ff; *Kolmasch* in *Schwimmann/Neumayr*<sup>6</sup> § 878 Rz 2; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 878 Rz 2 ff (Stand 1.8.2019, rdb.at)] entspricht. De lege ferenda könnte man aber durchaus eine Ausweitung (auf alle Fälle ursprünglicher Unmöglichkeit) überlegen, müsste dabei aber auch die anerkannte Möglichkeit der Wahl eines stellvertretenden Commodums durch den Gläubiger der unmöglichen Leistung mitberücksichtigen.

<sup>68</sup> Abstimmungsbedarf: „unwirksam“! (unwirksam – nichtig – ungültig – ...)

<sup>69</sup> De lege ferenda empfiehlt es sich, diese „Kulpakompensation“ zu konkretisieren und klar zu stellen, ob es nur dann zum gänzlichen Haftungsentfall kommen soll, wenn das Mitverschulden des Gläubigers der unmöglichen Leistung zumindest ebenso groß ist wie das Verschulden des Schuldners [so wohl die hA: siehe nur *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB<sup>6</sup> § 878 Rz 7 mwN; für einen weiter reichenden Haftungsentfall mangels Aufklärungspflichtverletzung *Koziol*, Zum Entfall der Schadenersatzpflicht des fahrlässig Irrenden, in FS Schmidlin (1998) 291 (294 ff)]. Wegen dieser Unklarheit bereits de lege lata wird die entsprechende Passage im Textvorschlag kaum verändert, auch wenn der Satz dadurch etwas „verschachtelt“ bleibt.

<sup>70</sup> *Rummel* in *Rummel/Lukas*<sup>4</sup> § 878 Rz 17 (Stand 1.11.2014, rdb.at).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
			<b>Unwirksamkeit wegen Verbotswidrigkeit</b>	
<p><b>§ 879.</b> (1) Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.</p> <p>(2) Insbesondere sind folgende Verträge nichtig:</p> <p>1. wenn etwas<sup>71</sup> für die Unterhandlung eines Ehevertrages bedungen wird;</p> <p>1a. wenn etwas für die Vermittlung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung bedungen wird;</p> <p>2. wenn ein Rechtsfreund eine ihm anvertraute Streitsache ganz oder teilweise an sich löst oder sich einen bestimmten Teil des Betrages versprechen läßt, der der Partei zuerkannt wird;</p> <p>3. wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtnis, die man von einer</p>	<p>Nichtigkeit wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit; Sondertatbestände</p>	<p>idF BGBl 1992/275</p> <p>in weiten Teilen allerdings Urbestand</p>	<p><b>§ 879.</b> (1) Ein Vertrag, dessen Inhalt<sup>74</sup> gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig<sup>75</sup>.</p> <p>(2) Nichtig sind insbesondere folgende Verträge:</p> <p>1. wenn für die Vermittlung einer Ehe<sup>76</sup> eine Gegenleistung vereinbart<sup>77</sup> wird;</p> <p>1a. wenn für die Vermittlung einer medizinisch unterstützten Fortpflanzung eine Gegenleistung vereinbart wird;</p> <p>2. wenn ein Rechtsvertreter<sup>78</sup> eine ihm anvertraute Streitsache ganz oder teilweise erwirbt<sup>79</sup> oder sich einen bestimmten Teil jenes Betrages versprechen läßt, der seinem Klienten zugesprochen wird;</p> <p>3. wenn eine von einer dritten Person erhoffte letztwillige</p>	<p>(2) ...</p> <p><i>De lege ferenda ist eine Durchführung und Ergänzung (Organhandel, sexuelle Dienstleistungen uä) des extrem heterogenen – und zT sehr altmodischen – Katalogs des Abs 2 dringend zu empfehlen; ebenso eine Koordinierung mit den Vorschriften des WucherG (oder zumindest ein Verweis).</i></p> <p><i>Zu erwägen wäre überdies eine – womöglich differenzierende – Klarstellung zur Wahrnehmung der Nichtigkeit (absolut/von</i></p>

<sup>71</sup> „etwas“ ist sehr allgemein; es geht um eine Gegenleistung (so daher im Textvorschlag).

<sup>74</sup> Diese Konkretisierung entspricht der anerkannten Ansicht, §879 nur auf die Verletzung von Inhaltsverboten anzuwenden, nicht hingegen auf bloße Abschlussverbote.

<sup>75</sup> Abstimmungsbedarf: „nichtig“! (unwirksam – nichtig – ungültig – ...)

<sup>76</sup> Formulierung nunmehr ähnlich in Nr 1a.

<sup>77</sup> „bedungen“ entspricht nicht mehr dem heutigen Sprachgebrauch.

<sup>78</sup> „Rechtsfreund“ ist heute ungebräuchlich und recht unklar. Abstimmungsbedarf: „Rechtsvertreter“! Statt „Rechtsvertreter“ wäre etwa auch „Rechtsanwalt“ denkbar.

<sup>79</sup> Unter „Anschlößen“ wird der Erwerb der streitverfangenen Sache verstanden (siehe nur *Riedler* in *Schwimann/Kodek V*<sup>5</sup> §879 – Teil 2 Rz 17).

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
<p>dritten Person erhofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird;</p> <p>4. wenn jemand den Leichtsin, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren<sup>72</sup> läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Mißverhältnisse steht.</p> <p>(3) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie unter Berück-</p>			<p>Zuwendung<sup>80</sup> noch zu ihren Lebzeiten veräußert wird;</p> <p>4. wenn jemand den Leichtsin, die Zwangslage, die Verstandesschwäche, die Unerfahrenheit oder die Gemütsaufregung seines Partners<sup>81</sup> ausbeutet, indem er [für sich oder für einen Dritten] eine Gegenleistung vereinbart [oder entgegennimmt], deren Wert zu dem seiner eigenen Leistung in einem auffallenden Missverhältnis steht.</p> <p>(3) Eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern<sup>82</sup> enthaltene Bestimmung, die keine der beiderseitigen<sup>83</sup> Hauptleistungen festlegt, ist jedenfalls nichtig, wenn sie den Partner des</p>	<p><i>Amts wegen oder bloß relativ, ähnlich der Anfechtbarkeit), was dann aber wohl auch für alle anderen Nichtigkeitsfälle nötig wäre.</i></p> <p><i>Schließlich könnte (wie etwa bei § 878) auch die Frage nach Gesamt- oder Teilnichtigkeit angesprochen werden.</i></p>

<sup>72</sup> Während etwa noch *Gschnitzer in Klang IV/1<sup>2</sup> 205* auch Erfüllungsgeschäfte dem Wuchertatbestand unterstellen wollte und den „Nachwucher“ anerkannte, wird heute allein auf den Vertragsabschluss abgestellt. Zumindest de lege ferenda sollte (hier und in §<sup>o</sup>1 Wuchergesetz) auf das „oder gewähren“ neben dem „versprechen“ daher verzichtet werden.

<sup>80</sup> Diese Formulierung ist einfacher, dem Originaltext aber normativ gleichwertig, weshalb sie sich schon im Textvorschlag findet.

<sup>81</sup> Abstimmungsbedarf: „Partner“!

<sup>82</sup> Da heutzutage auch für Einzelverträge einseitig vorformulierte Vertragstexte bei der Inhaltskontrolle immer wieder gleich wie AGB und „Vertragsformblätter“ behandelt werden [siehe nur OGH 1 Ob 144/04i JBI 2006, 103; zu Textbausteinen 6 Ob 206/12f; deutlich aA *Kellner*, Der Rechtsbegriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen (2013) 217 ff] und auch das Europarecht (Art 3 der Klausel-RL) bloß für den Einzelfall vorformulierte Klauseln mit einbezieht (näher dazu *Kellner*, Rechtsbegriff 289 ff), könnte de lege ferenda eine weiter gehende Formulierung überlegt werden, die bloß auf „einen von einer Vertragspartei vorformulierten Vertragsbestandteil“ abstellt. Im Verbraucherrecht könnte damit Richtlinienkonformität sichergestellt werden. Abstimmungsbedarf: „mit § 864a“!

<sup>83</sup> Warum von „beiderseitig“ die Rede ist, lässt sich nicht klären. Möglicherweise wollte man unentgeltliche Geschäfte von vornherein ausnehmen, was allerdings nicht überzeugte (Beispiel: sehr hohe Verzugszinsen bei einem Geldgeschenk). Es könnte daher auch bloß heißen: „... die keine Hauptleistung festlegt“.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
sichtigung aller Umstände des Falles einen Teil <sup>73</sup> gröblich benachteiligt.			Verwenders unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles gröblich benachteiligt.	
<p><b>§ 880.</b> Wird der Gegenstand, worüber ein Vertrag geschlossen worden, vor dessen Übergabe dem Verkehre entzogen<sup>84</sup>; so ist es ebensoviel, als wenn man den Vertrag nicht geschlossen hätte.</p>	Außerverkehrsetzung des Vertragsgegenstandes	idF JGS 1811/946	<p><b>§ 880.</b> Wird der Vertragsgegenstand vor seiner Übergabe dem Rechtsverkehr entzogen, gilt der Vertrag als nicht geschlossen.</p>	<p><b>§ 880.</b> Wird der Vertragsgegenstand zwischen Vertragsabschluss und Übergabe dem Rechtsverkehr durch einen staatlichen Akt entzogen, gilt der Vertrag als nicht geschlossen<sup>85</sup>.</p>

<sup>73</sup> Gemeint ist natürlich nur der Partner des Verwenders [Bollenberger/P. Bydlinski in KBB<sup>6</sup> § 879 Rz 22; Riedler in Schwimann/Kodek V<sup>5</sup> § 879 – Teil 2 Rz 40; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 879 Rz 276/1 (Stand 1.8.2019, rdb.at)], weshalb das schon im Textvorschlag klargestellt wird.

<sup>84</sup> Diese Formulierung ist nicht allzu deutlich; sie erfasst von ihrem weiten Wortlaut her auch den Entzug durch Zerstörung, was aber wohl nicht mitgemeint war [vgl Riedler in Schwimann/Kodek V<sup>5</sup> § 880 Rz 1 f; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.05</sup> § 880 Rz 3 mwN (Stand 1.8.2019, rdb.at); Dullinger in Rummel/Lukas, ABGB4 § 880 Rz 1 und 2 mwN (Stand 1.11.2014, rdb.at); Kolmasch in Schwimann/Neumayr<sup>6</sup> § 880 Rz 1 mwN]. Daher wird in der Alternative eine Konkretisierung versucht, die berücksichtigt, dass die Judikatur die Norm sachgerechter Weise nicht nur auf gesetzliches Außerverkehrsetzen, sondern auch auf behördliche Entscheidungen anwendet (siehe etwa OGH 6 Ob 503/94). Der (rückwirkende) Vertragswegfall durch zufällige Zerstörung verdiente allerdings de lege ferenda wohl ebenfalls eine allgemeinere Regelung; derzeit wird er nur punktuell vorgesehen; so für den Tausch (und den Kauf) in §<sup>o</sup>1048.

<sup>85</sup> Abstimmungsbedarf: „als nicht geschlossen gelten“! Alternativen etwa: „ist der Vertrag als von vornherein unwirksam zu behandeln“ (vgl Alternative §<sup>o</sup>865 Abs 6); „fällt der Vertrag rückwirkend weg“. Abstimmung auch mit §<sup>o</sup>1048 („so ist der Tausch für nicht geschlossen anzusehen“) und mit §<sup>o</sup>1447 („hebt alle Verbindlichkeit auf“) in der Formulierung wäre wünschenswert.

Originaltext	Regelungsinhalt	Bemerkungen (zB zum Alter, zu Schnittstellen mit anderen Normen)	Textvorschlag	Alternativen
			<b>Versprechen einer Drittleistung</b>	
<p><b>§ 880a.</b> Hat jemand einem andern eine Leistung eines Dritten versprochen, so gilt dies als Zusage seiner Verwendung bei dem Dritten; ist er aber für den Erfolg eingestanden, so haftet er für volle Genugtuung, wenn die Leistung des Dritten ausbleibt.</p>	<p>Verwendungs- bzw Erfolgszusage</p>	<p>idF RGBI 1916/69</p>	<p><b>§ 880a.</b> (1) Verspricht jemand einem anderen eine Leistung eines Dritten, liegt darin die Zusage, sich beim Dritten um ihre Erbringung zu bemühen. (2) Hat er jedoch die Haftung für den Erfolg übernommen und bleibt die Leistung des Dritten aus, haftet er auf volle Genugtuung.</p>	<p><b>§ 880a.</b> (1) Verspricht jemand seinem Vertragspartner die Leistung eines Dritten, verpflichtet er sich im Zweifel<sup>86</sup> bloß dazu, sich beim Dritten um die Leistungserbringung zu bemühen. (2) Übernimmt er jedoch die Haftung für den Erfolg und bleibt die Leistung des Dritten aus, muss er seinem Vertragspartner den gesamten Schaden<sup>87</sup> ersetzen, den dieser durch die Nichtleistung erlitten hat.</p>

<sup>86</sup> Diese Ergänzung erscheint sinnvoll, da das Versprechen einer fremden Leistung ja auch anders verstanden werden kann und die geltende Norm gänzlich offen lässt, wann ein solches Versprechen als Garantiehaftung zu verstehen ist.

<sup>87</sup> Abstimmungsbedarf: „gesamter Schaden“!