

ABGB 2011

Chancen und Möglichkeiten
einer Zivilrechtsreform

Herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Constanze Fischer-Czermak

Universität Wien

Hon.-Prof. Dr. Gerhard Hopf

Sektionschef des BMJ i. R.

SC Hon.-Prof. Dr. Georg Kathrein

Bundesministerium für Justiz

Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer

Universität Wien



Wien 2008

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Gedruckt mit finanzieller Unterstützung des Vereins der Freunde der
Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Autoren, der Herausgeber sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-12663-6

© 2008 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien
Telefon: (01) 531 61-0
eMail: verlag@MANZ.at
World Wide Web: www.MANZ.at
Druck: Börsedruck Ges.m.b.H., 1230 Wien

Vorwort

„Die Entwicklung des österreichischen Zivilrechts befindet sich in einer kritischen Phase.“ So lautet der erste Satz im Vorwort des 2003 erschienenen Bandes „Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend“ (hrsg von *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer*), der die Beiträge eines im November 2002 abgehaltenen Symposiums über die Reformbedürftigkeit des ABGB enthält. An dem Befund hat sich seither nichts geändert. Im Gegenteil: Die Diskussion über die Notwendigkeit mehr oder weniger weit reichender Reformen verschiedener Teile des Zivilrechts hat in jüngster Zeit nicht abgenommen, sondern an Intensität gewonnen. Dies zeigen beispielsweise die kritischen Diskurse über eine Neugestaltung des Schadenersatzrechts und die Fortentwicklung des Familienrechts, aber auch über die Notwendigkeit zu Veränderungen in Teilgebieten, die weniger im Scheinwerferlicht der juristischen Öffentlichkeit stehen, wie etwa im Verjährungsrecht.

Einen weiteren Anlass, über die künftige Entwicklung des ABGB nachzudenken, bildet der 200. Jahrestag seiner Promulgation, der bereits in drei Jahren bevorsteht. Runde Jubiläen eines Gesetzeswerks haben zwar, für sich allein genommen, keine Bedeutung. Sie können aber einen Anlass bilden, die Adäquatheit der Kodifikation für eine postindustrielle Informationsgesellschaft zu reflektieren und entstandene Defizite aufzuspüren. In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass das ABGB – gemeinsam mit dem französischen Code Civil – die älteste noch in Kraft stehende Zivilrechtskodifikation in Europa ist. Seine Lebenskraft verdankt es der Fortbildung durch eine umsichtige Rechtsprechung, die gemeinsam mit der Lehre zahlreiche Rechtsinstitute *praeter legem* herausgebildet hat. Befasst man sich mit der Zukunft des Zivilrechts, so kann freilich die Dynamik des Reformprozesses in Europa nicht ausgeblendet werden. Mehrere europäische Staaten, vor allem in Mittel- und Osteuropa, sind dabei, ihre Zivilrechtsordnungen grundlegend neu zu gestalten. Auf der Ebene der Europäischen Union ist ein Harmonisierungsprozess in Gang gekommen, dessen Ende derzeit nicht abzusehen ist. Wird ein europäisches Vertragsrecht als optionales Instrument geschaffen, so erhält die nationale Kodifikation einen supranationalen Wettbewerber.

Diese Überlegungen waren für das Bundesministerium für Justiz und das Institut für Zivilrecht der Universität Wien der Anlass für eine neuerliche Tagung, die am 29. und 30. November 2007 abgehalten wurde. War es beim ersten Symposium im Jahre 2002 eher um grundlegende Fragen der Anforderungen an eine moderne Zivilrechtskodifikation mit besonderer Berücksichtigung der rechtsvergleichenden Perspektive gegangen, so sollten nunmehr die einzelnen Teile des ABGB auf den Prüfstand gestellt und auf konkrete Reformbedürftigkeit hin untersucht werden. Auf das Schadenersatzrecht wird in Hinblick auf die in jüngster Zeit erfolgte Tätigkeit zweier Arbeitsgruppen, die bereits konkrete Ergebnisse vorgelegt haben, verzichtet. Der vorliegende Band enthält die bei der

Tagung im November 2007 gehaltenen Vorträge. Sie haben in vielen Teilen des ABGB einen erheblichen Reformbedarf aufgezeigt. Sollte mit dieser Publikation die weitere Reformdiskussion gefördert oder gar ein konkreter Reformprozess angestoßen werden, so hätte sie ihr Ziel erreicht.

Um die Vorbereitung der Tagung am 29. und 30. November 2007 haben sich Frau RichterIn Mag. *Katharina Popp* und Herr Hofrat *Otto Müller* (BMJ) sowie Frau Mag. *Felicitas Parapatits* und Frau Dr. *Kristina Riedl* (Institut für Zivilrecht) verdient gemacht. Die Raiffeisenlandesbank Oberösterreich hat die Tagung durch eine großzügige Zuwendung finanziell gefördert. Herr Mag. *Klaus Hawel* (Institut für Zivilrecht) hat uns bei der Korrektur der Druckfahnen und des Umbruchs des vorliegenden Bandes unterstützt. Der Verein der Freunde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät hat für den Band einen namhaften Druckkostenzuschuss geleistet. Ihnen allen sei dafür sehr herzlich gedankt.

Wien, im Mai 2008

Constanze Fischer-Czermak
Gerhard Hopf
Georg Kathrein
Martin Schauer

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	III
Autorenverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	IX
<i>Maria Berger</i> ABGB 2011 – Geleitwort der Bundesministerin für Justiz	1
<i>Klaus Tschütscher</i> ABGB 2011 – Begrüßungsansprache	3
<i>J. Michael Rainer</i> Vom Beruf unserer Zeit zur Kodifikation	9
<i>Peter Bydliński</i> Legistik, Methode, Systematik und Sprache des ABGB	19
<i>Ernst A. Kramer</i> Der Vollständigkeitsanspruch der Kodifikation und das Problem der Nebengesetze zum ABGB	29
<i>Irmgard Griss</i> Das ABGB und die Praxis – eine wechselvolle Beziehung	43
<i>Martin Schauer</i> Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil	51
<i>Andreas Riedler</i> Modernisierungsbedarf des ABGB in den besonderen Bestimmungen über vertragliche Schuldverhältnisse! – Studien zum Reformbedarf der §§ 938 bis 1292 ABGB de lege lata et ferenda aus Anlass des 200-jährigen Jubiläums des ABGB im Jahr 2011	73
<i>Johannes Stabentheiner</i> Wohnrecht und ABGB – Integration oder optimierte Verschränkung?	123
<i>Georg Kathrein</i> Reformbedarf im Verbraucherrecht	135
<i>Bernhard Eccher</i> Reformbedarf im Sachenrecht – (Sachbegriff, Eigentumsrecht, Dienstbarkeiten, Ersitzung, Enteignung)	153

<i>Monika Hinteregger</i> Das Recht der dinglichen Sicherheiten – Reformbedarf vor dem Hintergrund europäischer Rechtsentwicklungen	167
<i>Georg E. Kodek</i> Reformbedarf im Besitzrecht	177
<i>Heinz Krejci</i> Zur Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und ihre Auswirkung auf das Miteigentum	201
<i>Constanze Fischer-Czermak</i> Reformbedarf im Familienrecht – Systematik und aktuelle Reformvorhaben	215
<i>Ferdinand Kerschner</i> Reformbedarf im Familienrecht – Zu den Prinzipien im Eherecht	231
<i>Brigitta Jud</i> Reformbedarf im Erbrecht	241

Autorenverzeichnis

Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*, Universität Graz

Univ.-Prof. Dr. *Bernhard Eccher*, Universität Innsbruck

Univ.-Prof. Dr. *Constanze Fischer-Czermak*, Universität Wien

Hon.-Prof. Dr. *Irmgard Griss*, LL.M. (Harvard), Präsidentin des Obersten Gerichtshofes

Univ.-Prof. Dr. *Monika Hinteregger*, Universität Graz

Univ.-Prof. Dr. *Brigitta Jud*, Universität Wien

SC Hon.-Prof. Dr. *Georg Kathrein*, Bundesministerium für Justiz

Univ.-Prof. Dr. *Ferdinand Kerschner*, Universität Linz

Univ.-Prof. Dr. *Georg Kodek*, LL.M. (Northwestern University), Hofrat des OGH

Prof. Dr. Dr. h. c. *Ernst A. Kramer*, Universität Basel

Univ.-Prof. Dr. *Heinz Krejci*, Universität Wien

Univ. Prof. DDr. Dr. h. c. *J. Michael Rainer*, Universität Salzburg

Univ.-Prof. Mag. Dr. *Andreas Riedler*, Universität Linz

Univ.-Prof. Dr. *Martin Schauer*, Universität Wien

LStA Hon.-Prof. Dr. *Johannes Stabentheiner*, Bundesministerium für Justiz

Regierungschef-Stellvertreter Dr. *Klaus Tschütscher*, Inhaber der Ressorts Justiz, Wirtschaft und Sport des Fürstentums Liechtenstein

Peter Bydlinski, Graz

Legistik, Methode, Systematik und Sprache des ABGB

- I. Eingrenzung des Themas
- II. Das aktuelle ABGB: Stärken und Defizite
- III. Systematische Mängel
- IV. Lücken und Überreglementierungen im Speziellen
- V. Die Sprache
- VI. Fazit

I. Eingrenzung des Themas

In maximal 30 Minuten¹⁾ kann mein Thema selbstverständlich nicht annähernd ausgelotet werden. Ich werde daher pragmatisch vorgehen, also ohne große theoretische Vorüberlegungen oder Grundlegungen, und möglichst praxisnahe und konkret auf die mir besonders wichtig erscheinenden Aspekte eingehen.

Beginnen möchte ich mit dem Bekenntnis, einer recht weitgehenden Reform des ABGB an sich positiv gegenüber zu stehen. Dabei versuche ich – möglicherweise etwas naiv – eine möglichst objektive, sachbezogene Sicht einzunehmen; was „die Politik“ aus Vorschlägen (von Wissenschaftlern) macht, kann natürlich nie vorhergesagt werden. Nicht wenige Sachkenner – va erfahrene – befürchten hingegen, dass eine größere Änderung im Ergebnis mehr Schaden als Nutzen stiftet.

Meine Position muss daher zumindest begründen, dass und warum eine vernünftige, von Sachgründen getragene Reformierung mehr Vorteile als Nachteile bringt. Dabei darf und kann ich natürlich noch gar nicht auf größere *inhaltliche*, dh das ABGB auch in den Ergebnissen seiner Anwendung verändernde, Vorschläge eingehen. Das ist erstens nicht mein Thema und zum Zweiten im Detail genau zu überlegen, wobei in diesem Bereich stärker der aktuelle Zeitgeist mitschwingen dürfte – es geht insofern eben um „klassische“ Rechtspolitik. Als aktuelle Beispiele seien nur die Einführung einer eingetragenen Partnerschaft neben der Ehe oder die Regelung, insb Stärkung, der Rechte von Stiefeltern in „Patchwork-Familien“ genannt.²⁾

Mein Thema betrifft weit weniger solche, die Menschen – oder doch zumindest Interessenvertreter und Politiker – aktuell besonders bewegende Dinge.

¹⁾ Es wurden schließlich doch 36.

²⁾ Dazu Näheres im Beitrag von *Fischer-Czermak*, Reformbedarf im Familienrecht – Systematik und aktuelle Reformvorhaben, in diesem Band 215 ff.

Vielmehr geht es um eher „Formales“, an dem die Tagespolitik üblicherweise kein großes Interesse hat. Gerade für „meine“ Anliegen bedarf es aber eines solchen äußeren Anlasses wie „200 Jahre ABGB“: Eine Frage wie „Ist dieses zentrale Privatrechtsgesetz noch zeitgemäß?“ kann eben vermutlich nur in solchen Situationen auf Gehör hoffen.

II. Das aktuelle ABGB: Stärken und Defizite

Bei den Stärken des ABGB wird immer wieder die Offenheit bzw Flexibilität seiner Regelungen hervorgehoben.³⁾ Daher sei es auch noch lange Zeit nach seiner Verabschiedung (im Jahre 1811) geeignet, neue Sachverhalte angemessen zu erfassen. Diese Vorteile sollten natürlich keinesfalls aufgegeben werden – und das ist zugleich meine Kernbemerkung zur Legistik. Es erscheint mir weder sinnvoll, die Definitionswut etwa des europäischen Gesetzgebers imitieren zu wollen, noch einem heute beliebten Perfektionismus anzuhängen, der jede denkbare Sachverhaltskonstellation, womöglich gar gesondert, zu erfassen gedenkt – und dann natürlich dennoch immer das eine oder andere übersieht (Beispiel: Interzession gem § 25 c KSchG: nach dem Begutachtungsverfahren wurde – neben Bürgschaft und Schuldbeitritt – die Garantie noch ergänzt, auf die Drittpfandbestellung wurde aber bis zuletzt vergessen). Analogie und Umkehrschluss – und das ist schon meine methodische Bemerkung – werden in heiklen Fällen immer das tägliche Brot des Juristen bleiben.

Umgekehrt ist das ehrwürdige ABGB allerdings in vielerlei Hinsicht nicht auf der Höhe der Zeit. Das betrifft die Systematik, die Begriffsbildung und nicht zuletzt die verwendete Sprache.⁴⁾ Diese Aspekte will ich nunmehr in der gebotenen Kürze an Hand einzelner – nicht annähernd taxativer – Beispiele etwas näher beleuchten.

III. Systematische Mängel

Was die **äußere Systematik** anbelangt, so ist zunächst die mE wenig benutzerfreundliche Gliederung nach dem Institutionensystem zu nennen. Einer kurzen Einleitung – die zum Teil materiell verfassungsrechtliche Regelungen enthält⁵⁾ – folgt das Personenrecht. Kernstück ist der Abschnitt „Sachenrecht“, der allerdings weit über 1000 Paragraphen umfasst und so unterschiedliche Bereiche wie das eigentliche Sachenrecht, das Erbrecht, das Vertragsrecht und das Scha-

³⁾ *Gschneider*, Österreichische Eigenart im ABGB, ÖJZ 1954, 465 ff, insb 468; *Mayer-Maly*, Die Lebenskraft des ABGB, NZ 1986, 265 ff; *Posch*, Grundzüge fremder Privatrechtssysteme (1995) 6 ff.

⁴⁾ Dass die zivilrechtliche Realität über weite Strecken außerhalb des ABGB stattfindet, wie etwa *Graf*, ABGB forever? in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer* (Hrsg), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend (2001) 8, konstatiert, ist wohl ebenfalls richtig, aber zum einen kein Spezifikum des ABGB und zum anderen mit recht abstrakt formulierten Tatbeständen auch gar nicht zu vermeiden. Die Konkretisierungsarbeit muss auf der ganzen Welt von Rsp und Rechtswissenschaft geleistet werden.

⁵⁾ Sehr kritisch zu diesem Teil *Graf*aaO 8 f.

denersatzrecht enthält. Den Abschluss bildet ein Abschnitt über gemeinschaftliche Bestimmungen des Personen- und Sachenrechts. Es ist wohl kein Zufall, dass Lehrbücher und systematische Werke ganz anders gliedern, nämlich nach dem fünfteiligen Pandektensystem.

Schon eher der **inneren Systematik** zuzuordnen ist die Regelung des **Bevollmächtigtungsvertrags** in den §§ 1002 ff. Seit langem ist die Trennung zwischen dem Außenverhältnis der Vollmacht und dem Innenverhältnis des Auftragsvertrags dogmatisches Allgemeingut. Vollmachtsrecht ist nun bereits für sich kompliziert genug. Die Melange des geltenden ABGB macht es jedoch nötig, bei jedem Paragraphen gesondert danach zu fragen, ob er nur das Außen- oder nur das Innenverhältnis erfasst, womöglich beide oder in einzelnen Sätzen bzw Absätzen einmal das eine, einmal das andere. Dass dabei – auch bei der Rechtsanwendung – leicht Fehler passieren können, liegt auf der Hand. Stellvertretung und Innenverhältnis auch **gesetzestechisch klar zu trennen**, ist daher nicht nur aus der Sicht eines Universitätslehrers eine wichtige Forderung an den Gesetzgeber.⁶⁾

Vereinfachung oder doch zumindest deutlich verbesserte Übersichtlichkeit dürfte ferner eine klare **Trennung von Ersitzung** (als Erwerbstatbestand) **und Verjährung** (als „Verlusttatbestand“) mit sich bringen.⁷⁾ Zurzeit finden sich in den §§ 1451 ff manche Regeln, die beide Aspekte gemeinsam erfassen. Wo sinnvoll möglich, spricht natürlich nichts gegen einen Verweis auf die nähere Regelung des anderen Instituts.

Auch, aber nicht nur in der Lehre resultieren manche Probleme immer wieder aus dem **räumlichen Auseinanderfallen** sachlich an sich zusammengehöriger Regeln. So können entscheidungserhebliche Regeln leicht(er) übersehen werden. Insoweit könnte man sicherlich manches zusammenführen. Ich denke dabei etwa an die **Geschäftsfähigkeitsvorschriften**. Sogar wenn man von den geistig Behinderten ganz absieht, muss man regelmäßig an drei verschiedenen Stellen nachsehen: § 21 (Minderjährigkeit), § 865 (generelle Regeln für den Vertragsschluss) und §§ 151 ff (Regeln für spezielle Verträge Minderjähriger). Das müsste nicht sein. Vergleichbares gilt für das **Bereicherungsrecht** (§§ 877, 1041, 1174, 1431 ff usw); für diesen hochkomplexen Bereich kann aber wohl erst eine eingehende Studie zeigen, welches Regelungsmodell besser ist.

Ernsthaft in Frage gestellt werden sollte ferner die im ABGB noch an manchen Stellen zu findende Ausgestaltung von Rechtsgeschäften als **Realverträge**; Verträge also, die trotz Konsenserzielung erst durch die Erbringung einer bestimmten Vertragsleistung (durch Hingabe der Sache an den Entleiher oder Verwahrer bzw des Geldes an den Darlehensnehmer) entstehen. Andere Rechtsordnungen – wie etwa die Deutschlands – kommen schon länger ohne diese alttümliche Konstruktion aus.⁸⁾ Meine Kritik geht weniger von einem möglichen

⁶⁾ Ebenso *Schauer*, Reformbedarf im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht Allgemeiner Teil, in diesem Band 61 f; und *Riedler*, Modernisierungsbedarf des ABGB in den besonderen Bestimmungen über vertragliche Schuldverhältnisse, in diesem Band 92 ff; bei *Riedler* auch weitere Kritik im Detail.

⁷⁾ Ebenso *Schauer* in diesem Band 63.

⁸⁾ Zuletzt wurde die Realvertragskonstruktion für das Darlehen abgeschafft (s nur *Weidenkaff in Palandt*⁶⁷ [2008] § 607 Rz 1).

Widerspruch zur E-Commerce-RL aus,⁹⁾ sondern setzt etwas tiefer an. In Österreich werden bloße Vereinbarungen nämlich auch in jenen Bereichen durchaus als wirksam angesehen, in denen das Gesetz an sich den Realvertrag vorsieht. Gelegentlich setzt man sich dabei – wie beim Krediteröffnungsvertrag¹⁰⁾ – über die gesetzliche Konstruktion hinweg, was nicht unproblematisch ist, da sie wohl nur dann Sinn ergibt, wenn man sie als zwingend versteht. Ansonsten wird die bloße Vereinbarung – de lege lata überzeugend – als Vorvertrag iS des § 936 angesehen, womit man zu einer bloß geringfügig schwächeren Bindung kommt (Jahresfrist sowie „Umstandsklausel“). Der Vertragsanspruch – etwa auf Auszahlung des Darlehens – ist also regelmäßig auch dann durchsetzbar, wenn der Vertragstyp als Realvertrag ausgestaltet ist; und das ohne besonderen Schutzmechanismus etwa für denjenigen, der die **unentgeltliche** Zurverfügungstellung einer verbrauchbaren oder unverbrauchbaren Sache auf Zeit versprochen hat. Schutz vor Übereilung kann somit nicht Grund für die Konstruktion sein. Und wenn ein solcher Schutz gewünscht würde, könnte man ihn (bloß) durch Anordnung eines Formgebots erreichen.

Das leitet über zu einer weiteren Ungereimtheit. **Schutz durch Form** ist bei unentgeltlicher Verpflichtung bloß für die Schenkung, also die **unentgeltliche** Übertragung einer Sache in das Eigentum des Beschenkten, vorgesehen; dies dafür ganz massiv: Seit 1871¹¹⁾ wird ohne Unterbrechung ein Notariatsakt verlangt. Ebenso übereilt und mit einschneidenden Konsequenzen könnten doch aber auch etwa unentgeltliche Arbeits- oder Geschäftsbesorgungspflichten, Pflichten zur Zurverfügungstellung von Sachen und Rechten oder zur Unterlassung bestimmter Handlungen übernommen werden. Kein Übereilungsschutz de lege lata? ME wäre es ganz wichtig, einige wenige Regelungen zu schaffen, die der Besonderheit aller unentgeltlichen Pflichtübernahmen gleichermaßen Rechnung tragen.¹²⁾ Entsprechendes gilt selbstverständlich für **Drittversicherungsgeschäfte**:¹³⁾ Das Gesetz verlangt Schriftform nur für die Bürgschaft; der OGH wendet diese Vorschrift analog auf die Garantie an, nicht jedoch auf Schuldbeitritt und Pfandbestellung.¹⁴⁾

⁹⁾ Zankl, Zur Umsetzung vertragsrechtlicher Bestimmungen der E-Commerce-Richtlinie, NZ 2001, 288 (289 ff); ders, Kommentar zum E-Commerce-Gesetz (2002) Rn 126.

¹⁰⁾ Koziol in *Avancini/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht II (1993) Rz 1/3 ff; Binder in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB³ IV (2006) § 983 Rz 1 mwN; mit rechtspolitischen Überlegungen *Kathrein*, Kodifikationsproblematik und -bedarf am Beispiel des Kreditvertrags, in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer*, Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend 171 ff.

¹¹⁾ Siehe das NotAktG 1871. Bereits die NO 1850 enthielt in § 4 Z 4 für „Schenkungsverträge, welche ohne wirkliche Übergabe geschlossen werden“, das Erfordernis eines Notariatsakts. Diese Anordnung wurde allerdings bereits im Jahre 1852 wieder außer Kraft gesetzt und war auch in der NO 1855 nicht mehr enthalten (vgl *P. Bydlinski*, Die Notariatsaktspflicht 1850 und heute, NZ 1990, 289).

¹²⁾ Siehe dazu bereits *P. Bydlinski/F. Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001) 63 ff.

¹³⁾ Dazu *P. Bydlinski/F. Bydlinski* aaO 68 ff; *Vollmaier*, Die Form des dreipersonalen Pfandverhältnisses, JBl 2005, 545 ff.

¹⁴⁾ Siehe dazu etwa *P. Bydlinski*, Die Kreditbürgschaft¹ (2003) 26 ff; *Dehn*, Formnichten.

Eine bessere – dh zumindest klarere – Regelung verdient schließlich auch die zentrale Frage nach der **Gültigkeit eines Vertrags**. Die Präzision, die von Studierenden erwartet wird, sollte man in diesem Punkt auch vom Gesetzgeber einfordern. Das heiklere Problem einer Differenzierung der Nichtigkeit in absolute und relative möchte ich dabei aber sogar noch unberührt lassen und mich bloß der Anfechtbarkeit zuwenden. Die Kategorie des (rechtsvernichtenden) Gestaltungsrechts ist ohne Zweifel ein dogmatischer, aber auch konstruktiver Fortschritt; nicht zuletzt sind mit bloßer Anfechtbarkeit andere Folgen verbunden als mit Nichtigkeit. Warum heißt es dann aber etwa in § 871 noch immer „entsteht keine Verbindlichkeit“; oder in § 870 „ist ihn zu halten nicht verbunden“? Solche schwammige Formulierungen schaden nur. Auch sollte man generell zwischen fordern und gestalten unterscheiden (vgl demgegenüber etwa § 934 „Aufhebung ... zu fordern“, während § 1487 insoweit korrekt von einem **Recht** spricht, einen Vertrag wegen Verkürzung über die Hälfte **aufzuheben**).¹⁵⁾

Jedenfalls aus der Sicht heutiger Dogmatik nicht gelungen – und zugleich für das Hervorrufen unrichtiger Assoziationen geeignet – ist die Einordnung der **Verzugszinsenregelung im Schadenersatzrecht** (§ 1333). Unbestrittenermaßen hängt dieser Anspruch, der bei nicht rechtzeitiger Bezahlung einer Geldschuld – aus welchem Rechtsgrund sie auch immer resultiert – entsteht, ja weder vom Verschulden noch von einem entsprechenden Schaden des Gläubigers ab. Tatsächlich geht es um eine – der Höhe nach typisierte (gem § 1000 im Regelfall 4% pro Jahr) – Bereicherungsabschöpfung: Das Geld, das eigentlich schon beim Gläubiger hätte sein und für ihn arbeiten sollen, hat noch für den – insoweit nicht mehr berechtigten – Schuldner Früchte getragen.¹⁶⁾ Begründet man die Herausgabe auf diesem Wege, zeigt sich die Systemkonformität des Verzichts auf Schuldhaftigkeit des Verzugs.¹⁷⁾ Dann sollte man das Problem im Gesetz aber auch entsprechend – speziell bei der Geldschuld (bei den §§ 905 und 905 a) oder eben im Bereicherungsrecht – einordnen. Und sofern man hier schon Hand anlegt, könnte gleich mit überlegt werden, ob heutzutage nicht eine flexiblere Verzugszinsenregelung sachgerechter und dennoch gut handhabbar wäre; ich denke nur an den an die

tige Rechtsgeschäfte und ihre Erfüllung (1998) 57 ff; *Harrer*, Sicherungsrechte (2002) 43; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht³ II (2007) 131.

¹⁵⁾ In § 1487 ist aber zugleich wieder von einer „*Forderung ... wegen eines Irrtums*“ die Rede.

¹⁶⁾ Ausführlich in diesem Sinn (zum deutschen Recht) die Habilitationsschrift von *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivilrecht und Handelsrecht (1996); für Österreich etwa *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht³ I (1997) Rz 15/6, insb im Anschluss an *Wilburg*, Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung, JherJB 82 (1938) 147 f. AA – also für eine schadenersatzrechtliche Einordnung – zB *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/2b³ (2004) § 1333 Rz 6, 18; *Harrer* in *Schwimann*³, VI (2006) § 1333 Rz 3; in diese Richtung etwa auch OGH SZ 71/56 (verst Senat) = JBl 1998, 312 = EvBl 1998/119; JBl 1999, 470 = NZ 2000, 209. Wenn *Reischauer* mit dem Wortlaut des § 1333 argumentiert („anderer Schäden“), so genügt für mein Thema der Hinweis, dass Einordnung und Formulierung ohne weiteres geändert werden können.

¹⁷⁾ Warum dieser – rechtsdogmatische – Erklärungsansatz durch die Neufassung der §§ 1333 ff überholt sein sollte (so aber *Danzl* in *KBB*² § 1333 Rz 1 aE), ist nicht zu erkennen.

aktuellen Marktverhältnisse angepassten Basiszinssatz (s § 1 I. Euro-JustizbegleitG), der insoweit als Vorbild dienen könnte. Warum soll die Zinshöhe nur zwischen Unternehmern (vgl § 352 UGB¹⁸) marktgerecht sein? Bei dieser Gelegenheit: Die nicht auf Geldschulden beschränkte Regelung des (objektiven) Verzugsbeginns in § 1334¹⁹) ist im Schadenersatzrecht ebenfalls ein Fremdkörper; und auch ihr genaues Verhältnis zu § 904 harrt wohl noch der Klärung.

Auf den ersten Blick als störende Einzelfälle, auf den zweiten aber wohl doch als echte systematische Problemfälle erscheinen schließlich Regelungen im ABGB, die schlicht falsch sind (was für Gesetzesbestimmungen zugegebenermaßen eine heikle Charakterisierung ist). Ich meine hier weniger – aber durchaus auch – Bestimmungen á la § 310, der bekanntermaßen die dinglichen (Sachen-)Rechte taxativ aufzählen will und dabei auch den Besitz nennt, aber die Reallast oder das Baurecht bis heute nicht erwähnt. Drei (weitere) Beispiele sollen genügen: § 943 verlangt für die Wirksamkeit eines – nicht sofort erfüllten – Schenkungsvertrags eine „schriftliche Urkunde“. Tatsächlich bedarf das „Schenkungsversprechen“ aber schon seit 1850 (mit Unterbrechungen)²⁰) bzw seit 1871 (seither durchgängig) eines Notariatsakts! § 339 gewährt dem in seinem Besitz Gestörten ua Anspruch auf Schadenersatz, während seit dem Inkrafttreten der ZPO im Jahre 1898 gem § 457 ZPO im Besitzstörungsverfahren gerade kein Schadenersatz gefordert werden kann²¹) und überdies der bloße Besitz anerkanntermaßen nicht schadenersatzbewehrt ist. § 903 lässt Fristen nach wie vor bloß an einem Sonntag oder anerkannten Feiertag nicht ablaufen, während seit BGBl 1961/37 Gleiches für Samstag und den Karfreitag gilt. Im besten Fall führen diese bloß materiell erfolgten Veränderungen des ABGB zu einem zusätzlichen Suchaufwand; im schlechteren Fall dazu, dass konkrete Personen in ihrem Vertrauen auf den Inhalt des ABGB nicht nur enttäuscht werden, sondern sogar Schäden erleiden; und im schlechtesten Fall zu falschen Entscheidungen.

Dass es in allen diesen Beispielen um neuere Sonder-Gesetze geht, die das ABGB zwar textlich unberührt lassen, aber dennoch auf seinen Inhalt einwirken, ist wohl kein Zufall. Ich will nun nicht in fremden Revieren wildern und über die Integration von Nebengesetzen in das ABGB reden (obwohl gerade beim kurzen NotAktG in der Sache nichts dagegen sprechen dürfte).²²) Es sollte jedoch eine Selbstverständlichkeit sein, dass materielle Änderungen von Vorschriften des Zentralgesetzes ABGB an passender Stelle **in diesem selbst** erkennbar gemacht

¹⁸) Diese Bestimmung ist aus anderen Gründen zu kritisieren, nämlich wegen ihrer Höhe trotz schuldlosen Verzugs (s nur P. Bydliński, Grundzüge des Privatrechts⁷ [2007] Rz 517; sogar mit verfassungsrechtlichen Bedenken Graf, Die Neuregelung der Rechtsfolgen des Zahlungsverzugs, wbl 2002, 437 [440 ff]), die derzeit – Ende November 2007 – über 11% beträgt.

¹⁹) Ebenso die Zinsezinsvorschrift des § 1335.

²⁰) Siehe bereits in FN 11.

²¹) Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁶ (2003) Rz 768; ausführlich Kodek, Die Besitzstörung (2002) 843 f.

²²) Dafür etwa P. Bydliński/F. Bydliński, Gesetzliche Formgebote 86 unter 7. Überdies ist das NotAktG auch sonst nicht taxativ (vgl dessen § 1 Abs 2). Man denke nur an einige Formpflichten des Gesellschaftsrechts (s die §§ 4, 52 und 76 GmbHG); ferner § 8 FMedG; § 97 Abs 1 EheG; § 39 PSG.

werden müssen (was einen nur geringen Zusatzaufwand bedeutet); sei es durch inhaltliche Änderung des Textes, sei es (bloß) durch Aufnahme eines Verweises auf das betreffende Gesetz. Zwar scheint es in der Legislative ein Dogma zu sein, im ABGB nur interne Verweise vorzusehen.²³) Darüber sollte man aber wohl hinwegkommen, wenn als Alternative nur die Verringerung der Rechtsklarheit zur Verfügung steht. Derzeit ist es hingegen sogar so, dass nicht einmal begriffliche Einheitlichkeit herrscht. Ein Beispiel: Im ABGB wird meist der Begriff „Notariatsakt“ verwendet (§ 138 d Abs 2, § 163 Abs 3, § 164 Abs 1 Z 2, § 284 f Abs 2, §§ 551, 1278 Abs 2);²⁴) zumindest an einer Stelle ist jedoch von „notarieller Beurkundung“ die Rede (so in § 886 Satz 2), obwohl damit nichts anderes gemeint ist.²⁵)

IV. Lücken und Überreglementierungen im Speziellen

Eine größere Reform sollte selbstverständlich dazu genutzt werden, als schmerzhaft empfundene Lücken zu füllen sowie – heutzutage mE besonders wichtig – Überreglementierungen zu beseitigen.

Einiges von dem, **was** aus meiner Sicht **fehlt**, habe ich bereits genannt: ein eigenständiges Stellvertretungs- und Ersitzungsrecht sowie (wenige) Sonderregeln für unentgeltliche Verträge überhaupt; wertvoll, aber wohl ein größerer Kraftakt wäre überdies ein allgemeiner Teil des (Dritt-)Kreditsicherungsrechts. Punktuell fiele mir etwa auch noch eine deutliche Regelung der actio negatoria ein, die leicht in § 362 unterzubringen wäre (in § 354 klingt sie ohnehin schon an).

Keinen wirklichen Fortschritt würde ich hingegen in der „Kodifizierung“ von Rechtsinstituten wie des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, der vertraglichen Drittschutzwirkungen oder der culpa in contrahendo sehen: Sie nach dem Vorbild des deutschen SchuldrechtsmodernisierungG bloß zu erwähnen, bringt keinen wirklichen Fortschritt. Detailliert ausgeformte Regelungen sind hingegen nur schwer zu schaffen und vermutlich nicht leicht konsensfähig. (Schädlich wären sie aber selbstverständlich nicht.)

Demgegenüber sollte man auch der Entlastungsseite sorgfältiges Augenmerk widmen; heute spricht man von Rechtsbereinigung oder von **Deregulierung**. Bloß zwei Bereiche seien hier beispielhaft genannt, in denen ohne ernsthaften Verlust an Regelungsqualität deutlich gekürzt werden könnte (es gibt ohne Zweifel eine ganze Reihe weiterer):²⁶) Die **für Vermächtnisse** in den §§ 656 bis 683, also in fast dreißig (!) Paragraphen, aufgestellten **besonderen Auslegungsregeln**, die ua das Legat der Kost (§ 672), eines Behältnisses (§ 675) und des Putzes (das ist nach § 678 alles, was zur Verzierung der Person gebraucht wird) näher bestimmen. Hier kann man ohne Zweifel radikal kürzen, uU sogar allein mit der

²³) Anders im BGB: s etwa die §§ 1836 c, 1836 e, 1984, 2249.

²⁴) Allerdings ohne jeden Hinweis auf seine Bedeutung sowie auf NO oder NotAktG.

²⁵) So etwa ohne Problematisierung Bollenberger in KBB³, § 886 Rz 3 und Rummel in Rummel³, I (2003) § 886 Rz 7. Zum Verständnis des Begriffs im AktG iS eines Notariatsakts s nur die Argumente und Nachweise bei P. Bydliński/F. Bydliński, Gesetzliche Formgebote 44 f.

²⁶) Siehe nur die Beispiele bei Riedler, in diesem Band 77 ff.

– vielleicht ein wenig adaptierten – allgemeinen Regel des § 655 das Auslangen finden.²⁷⁾ Als Zweites seien die ähnlich detailliert ausgefallenen Regelungen des **Servitutsrechts** genannt, deren Dichte und Detailverliebtheit nur historisch erklärt werden können.²⁸⁾ 200 Jahre später stehen andere Fragen im Vordergrund, als den Rauch durch den Schornstein des Nachbarn zu führen (§ 475 Abs 1 Z 5) oder auf fremdem Grund Eicheln zu sammeln und Laub zu rechen²⁹⁾ (s § 477 Z 4). Auch hier sind wohl wenige, eventuell mit Beispielen unterlegte Grundregeln vorzugswürdig: flexibler handhabbar, weniger lückenanfällig und weniger leicht zu übersehen.

V. Die Sprache

Damit komme ich zu jenem Anliegen, das mir von Jahr zu Jahr wichtiger wird: zur **Sprache des ABGB**. Bei der Annäherung an dieses Thema sollten wir nicht von Fachleuten ausgehen, die sich seit Jahrzehnten intensiv mit dem ABGB beschäftigen. Praktisch wohl nur geringe Bedeutung hat heutzutage aber auch das andere Extrem, nämlich die Zugänglichkeit für den „einfachen Bürger“: Die wenigsten werden eigenständig im ABGB zu blättern beginnen, wenn sie das Gefühl haben, vor einem Privatrechtsproblem zu stehen. An wen ist daher zu denken? An die Studierenden der Rechtswissenschaften, aber auch an im Beruf stehende Juristen, die nicht ständig mit dem ABGB zu tun haben; schließlich an ausländische Fachinteressierte, die an sich des Deutschen mächtig sind. All jene werden wenig Positives an der Sprache des ABGB finden, die je nach Position als blumig-anschaulich oder altmodisch-verschroben bewertet werden kann; manche neueren Teile wohl auch als langatmig und spröde. Hinzu kommt, dass viele Ausdrücke heute weder im allgemeinen Sprachgebrauch (§ 294: „Zugehör“; § 501: „Triftzeit“ und „Feldmarke“; § 857: „Bachställe“; §§ 1230 f: „Widerlage“) noch in der juristischen Fachsprache ihren Platz haben (zB „Versprechen“ für Angebot – §§ 861 f; „Auftrag“ für Auflage – §§ 709 ff; in § 1454 wird offenbar irrtümlich noch der Begriff „Mündel“ verwendet).

Pathetischer gesagt: Die aktuelle Sprache des ABGB erschwert den Zugang zum Recht; und das von Jahrzehnt zu Jahrzehnt in immer stärkerem Maße. Was allen hilft und schon aufgrund der weiterhin zunehmenden Komplexität Not tut, ist – in einem überblickbaren System – eine schlichte und klare Sprache, die in Begriffsbildung und Begriffsverwendung konsequent bleibt.

Schon aus Zeitgründen möchte ich für diese These nur einige recht willkürlich ausgewählte Beispiele sprechen lassen. Dafür habe ich bewusst nicht die extremsten Bestimmungen ausgesucht. Die daneben gestellte, von mir stammende Textierung soll auch keinesfalls als der Weisheit letzter Schluss verstanden werden. Ich wollte damit nur einmal ausprobieren (und Ihnen hier demonstrieren), dass besser verständliche Formulierungen durchaus ohne enormen Aufwand zu finden sind. Und was mir ebenfalls wichtig ist: dass sie generell nicht länger ausfallen als der Originaltext; oftmals sogar deutlich kürzer.

²⁷⁾ Dazu auch *B. Jud*, Reformbedarf im Erbrecht, in diesem Band 242.

²⁸⁾ Für Bereinigung auch *Eccher*, Reformbedarf im Sachenrecht, in diesem Band 161.

²⁹⁾ Als *Recht*, nicht als entgeltene Pflicht!

Beispiele für Neuformulierungen

derzeitiger Text	Vorschlag für Neuformulierung
§ 46. Nur bleibt dem Teile, von dessen Seite keine gegründete Ursache zu dem Rücktritte entstanden ist, der Anspruch auf den Ersatz des wirklichen Schadens vorbehalten, welchem er aus diesem Rücktritte zu leiden beweisen kann.	§ 46. Der Verlobte, der keinen Anlass zum Rücktritt gegeben hat oder selbst begründet zurücktritt, kann vom anderen den Ersatz des ihm durch den Rücktritt entstandenen Vermögensschadens verlangen.
§ 365. Wenn es das allgemeine Beste erheischt, muß ein Mitglied des Staates gegen eine angemessene Schadloshaltung selbst das vollständige Eigentum einer Sache abtreten.	§ 365. Aus Gründen des öffentlichen Wohls ist sogar eine Eigentumsentziehung (Enteignung) gegen angemessene Entschädigung zulässig. ³⁰⁾
§ 718. Der Widerruf kann nur in einem solchen Zustande gültig geschehen, worin man einen letzten Willen zu erklären fähig ist.	§ 718. Der Widerruf einer letztwilligen Verfügung bedarf der gleichen Geschäftsfähigkeit wie ihre Errichtung.
§ 870. Wer von dem anderen Teile durch List oder durch ungerechte und gegründete Furcht zu einem Verträge veranlaßt worden ist, ist ihn zu halten nicht verbunden.	§ 870. Wer von seinem Vertragspartner durch List oder Drohung zum Vertragsabschluss bestimmt wurde, kann den Vertrag durch Anfechtung beseitigen.
§ 883. Ein Vertrag kann mündlich oder schriftlich; vor Gerichte oder außerhalb desselben; mit oder ohne Zeugen errichtet werden. Diese Verschiedenheit der Form macht, außer den im Gesetz bestimmten Fällen, in Ansehung der Verbindlichkeit keinen Unterschied.	§ 883. Mangels gegenteiliger gesetzlicher Anordnung sind Verträge auch ohne Einhaltung bestimmter Formen wirksam.
§ 1063. Wird die Sache dem Käufer von dem Verkäufer, ohne das Kaufgeld zu erhalten, übergeben; so ist die Sache auf Borg verkauft und das Eigentum derselben geht gleich auf den Käufer über.	§ 1063. Mangels gegenteiliger Vereinbarung erwirbt der Käufer unabhängig von der Kaufpreiszahlung mit Übergabe das Eigentum an der Sache. ³¹⁾

³⁰⁾ Zwecks Klarstellung wäre hier an einen zweiten Satz zu denken, wonach Gleiches für massive *Beschränkungen* des Eigentums gilt.

³¹⁾ Da die Bestimmung bloß einen Anwendungsfall des allgemeinen Titulus-Modus-Grundsatzes darstellt, könnte sie weiter verkürzt werden („Mit Übergabe der Sache erwirbt der Käufer das Eigentum.“) oder ganz entfallen. Allenfalls könnte sie durch eine knappe Regelung des Eigentumsvorbehalts ersetzt werden; diese sollte dann aber wohl

derzeitiger Text	Vorschlag für Neuformulierung
§ 1392. Wenn eine Forderung von einer Person an die andere übertragen, und von dieser angenommen wird, so entsteht die Umänderung des Rechts mit Hinzukunft eines neuen Gläubigers. Eine solche Handlung heißt Abtretung (Zession) und kann mit, oder ohne Entgelt geschlossen werden.	§ 1392. Die Übertragung einer Forderung (Abtretung, Zession) bedarf eines Erwerbstitels und der Einigung über den Rechtsübergang. ³²⁾

VI. Fazit

Die aus meinem Befund resultierenden Nachteile des geltenden ABGB sind zum Teil schon angeklungen; ich fasse sie hier kurz zusammen.

Als erstes ist die **Vermittlung des Rechtsstoffes** an den Nachwuchs – insb im universitären Studium – zu nennen. Mit jedem Jahr wird es schwieriger, Studierenden das Privatrecht anhand des ABGB näher zu bringen;³³⁾ aus den genannten systematischen und sprachlichen Gründen, zT aber auch deshalb, weil das heute anerkannte Verständnis mancher Normen mit deren Wortlaut nur mehr wenig zu tun hat. Zweitens fällt die Arbeit mit dem altherwürdigen ABGB auch den **Rechtsanwendern**, sofern nicht Spezialisten des ABGB, immer schwerer. Zum Dritten kann das österreichische bürgerliche Recht – dessen inhaltliche Stärken im Einzelnen ohne Zweifel ebenfalls Hervorhebung verdienen³⁴⁾ – aus den genannten Gründen **kaum internationalen Einfluss** entfalten, was va im Rahmen der laufenden Ausweitungen des EU-Richtlinienrechts zu bedauern ist. Auch bei der Ausarbeitung eines von manchen für die nächsten Jahrzehnte erwarteten „Europäischen Zivilgesetzbuchs“ wird eine Berücksichtigung des ABGB kaum zu erhoffen sein.

Daraus ist zu folgern: Auch ohne größere „ergebnisrelevante“ Veränderungen der Rechtslage spricht schon auf einer mehr formal-systematischen Ebene einiges dafür, das **ABGB als Ganzes** in den Blick zu nehmen und zu verbessern. Nach 200 Jahren ist es hoch an der Zeit, unserem vielleicht wichtigsten Gesetz zumindest eine moderne Sprache und eine moderne Struktur zu geben sowie unbestrittene Widersprüche zu beseitigen. Was darüber hinaus „inhaltlich geht“, ist eine Frage der kommenden Referate, primär aber wohl eine solche des politischen Willens der Entscheidungsträger.

nicht im speziellen Kaufrecht, sondern im Sachenrecht stehen. Möglicherweise wäre aber überhaupt eine massive inhaltliche Veränderung vorzugswürdig: Mit Blick auf das Zugum-Zug-Prinzip sowie die typische Interessenlage der Parteien spricht nämlich viel für einen *Eigentumsvorbehalt kraft Gesetzes* als Dispositivregel. Dazu etwas näher *Riedler*, in diesem Band 102 f.

³²⁾ Hier könnte man an die Ergänzung eines zweiten Satzes denken, der die Übertragung zu *Sicherungszwecken* regelt.

³³⁾ Dies wird besonders augenfällig, wenn man – wie ich – auch viele Jahre im Ausland bürgerliches Recht auf der Basis eines moderneren, begrifflich und systematisch stärker durchdrungenen Gesetzes gelehrt hat.

³⁴⁾ So wird etwa das Irrtumsrecht im internationalen Vergleich immer wieder gelobt: s nur *Kramer*, *Der Irrtum beim Vertragsschluss* (1998) Rz 46.