

JOHANNES-KEPLER-UNIVERSITÄT LINZ  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT  
INSTITUT FÜR ZIVILRECHT

ABTEILUNG FÜR ALLGEMEINE  
ZIVILRECHTSDOGMATIK  
O. UNIV.-PROF. DR. PETER RUMMEL

A-4040 LINZ  
TELEFON (0732) 231381 (2468) / 416

An das  
Präsidium des Nationalrates

Parlament  
1010 Wien

Betrifft GESETZENTWURF  
Zl. 66 GE/9  
Datum: 20. SEP. 1989  
Verteilt 22.9.1989 bally  
Dann

Linz, den 18.9.1989

Betrifft: Entwurf einer Novelle zum KSchG,  
Stellungnahme

Der Gefertigte erlaubt sich, 25 Exemplare einer Stellungnahme  
vorzulegen.

Mit dem Ausdruck  
vorzüglicher Hochachtung

P. Rummel

JOHANNES-KEPLER-UNIVERSITÄT LINZ  
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT  
INSTITUT FÜR ZIVILRECHT

ABTEILUNG FÜR ALLGEMEINE  
ZIVILRECHTSDOGMATIK  
O. UNIV. PROF. DR. PETER RUMMEL

A-4040 LINZ  
TELEFON (0732) 231351 (2468) / 416

GZ 7012/377-I 2/89

An das  
Bundesministerium für Justiz

Museumstraße 7  
1070 Wien

Linz, den 18.9.1989

Betrifft: Entwurf einer Novelle zum KSchG,  
Stellungnahme

Zum vorgeschlagenen § 26c, der sich an §§ 24 ff KSchG anlehnt, soll hier nichts bemerkt werden. Dem § 6a idF des Entwurfs, der für alle Vertragstypen Geltung beansprucht, ist aus meiner Sicht hingegen entschieden zu widersprechen.

Schon das Tatbestandsmerkmal des "Zur-Sprache-Kommens" dürfte noch Kopfzerbrechen machen: Reicht etwa eine Nachfrage des Konsumenten, die der Unternehmer oder dessen Vertreter dahin beantwortet, darüber wisse er nichts? Unproblematisch sind doch offenbar nur die Fälle, in denen eine solche Möglichkeit vom Unternehmer positiv in Aussicht gestellt wurde (vgl die EB S. 4 und 5, wo von "Erklärungen", Werbung, "Mitteilungen" und "Zusagen" die Rede ist). Später wird in den EB (S. 9) freilich auch der Fall genannt, daß die betreffende Möglichkeit (nur) vom Verbraucher selbst erwähnt worden sei. Es scheint unvertretbar - das ist aber zugegebenermaßen eine "bloß" rechtspolitische Einschätzung -, auch in solchen Fällen den Unternehmer zur Aufnahme einer salvatorischen Klausel in den Vertrag zu zwingen.

In den übrigbleibenden Fällen sieht die Entwurfsbegründung selbst, daß idR Täuschungsanfechtung ausreichen würde. Man kann

- 2 -

die Regelung insofern - und das tut auch die Begründung - nur damit verteidigen, daß der Nachweis des Täuschungsvorsatzes uU schwierig sein könne. Aber ob er wirklich schwieriger ist als der, daß eine solche falsche Zusage überhaupt gemacht wurde - und diesen Beweis nimmt ja auch der Entwurf dem Verbraucher (mit Recht) nicht ab!?

Die gewichtigeren systematischen Bedenken richten sich freilich gegen die Vermengung von "Geschäftsgrundlage" (so die Überschrift) und (fiktiv?) zur Bedingung erhobenem Motiv (so der Text). Wenn ein - sonst der Motivebene angehöriger - Umstand zur Bedingung erhoben wurde (§ 901 iVm §§ 897, 696 ff ABGB), dann wird er "wie eine andere Bedingung angesehen" (§ 901 ABGB). Die Erläuterungen zum Entwurf sprechen (S. 10) selbst davon, daß die "Finanzierungswege .. damit zum Inhalt des Vertrages werden" sollen. Die Lehre von der Geschäftsgrundlage betrifft hingegen gerade den anderen Fall, in dem die Parteien für die Umstandsänderung keine Vorsorge getroffen, insbesondere keine Bedingung vereinbart haben! Fingiert man eine Bedingung, so braucht man über Geschäftsgrundlage also nicht mehr zu reden. Man erspart sich dann auch Spekulationen darüber, ob irgendwelche sonst anerkannten Charakteristika der Geschäftsgrundlagelehre (zB Subsidiarität) auf den neuen Fall anwendbar sein könnten. Wegen des umfassenden Geltungsanspruchs der vorgeschlagenen Norm sind auch Fälle vorstellbar, in denen echte "Geschäftsgrundlageüberlegungen" bloß zu Anpassung und nicht zur Auflösung des Geschäfts führen würden. Zudem ist eine - soweit ersichtlich erstmalige - Aufnahme des bisher nur von Praxis und Lehre entwickelten Instituts aus so speziellem Anlaß schon für sich genommen mehr als problematisch; erst recht, wenn sie mit einem so unklaren dogmatischen Ansatz (fingierte Bedingung) einhergeht. Jedenfalls die Überschrift des § 6a sollte man also ändern. Außerdem wäre die Norm besser nicht als § 6a, sondern als § 3a einzufügen, wenn man sie - wie sogleich zu begründen - nicht als Bedingung, sondern als Rücktrittsrecht ausgestaltet. Dann könnte es bei der gemeinsamen Überschrift vor § 3 bleiben.

- 3 -

Zum zweiten führt die Bedingungskonstruktion nämlich zu einem automatischen Wegfall des Vertrages bei Ausbleiben der Finanzierung, wo es doch nur um ein - noch dazu richtigerweise irgendwie zu befristendes - Aufhebungsrecht des Konsumenten gehen kann. Andernfalls könnte womöglich ein Unternehmer, der sich selbst verkalkuliert hat, unter Berufung auf Bedingungsausfall vom Verbraucher einen für ihn günstigeren Bereiche rungsausgleich verlangen, wenn der Vertrag längst - ohne Finanzierung - abgewickelt wäre! Oder: Der Verbraucher könnte sich irgendwann lange nach beiderseitiger Erfüllung auf Nichtigkeit berufen, um etwa Befristungen des Gewährleistungsrechts zu entkommen.

Richtiger wäre es also gewesen, (nur) dem Verbraucher ein Anfechtungs- oder Rücktrittsrecht für den Fall des Ausbleibens der Finanzierung einzuräumen. Dann muß man sich freilich über eine Frist Gedanken machen, und zwar sowohl über deren Beginn als auch über ihre Dauer. Zudem muß jedes Auflösungsrecht entfallen, wenn der Verbraucher die Leistung in Kenntnis des Scheiterns seiner Finanzierungsvorstellungen entgegengenommen hat.

Wenn man sich auf derartige Detailüberlegungen einläßt, zeigt sich freilich, wie zweifelhaft die ganze Regel, oder besser: deren Allgemeingültigkeitsanspruch ist. Soll wirklich auch bei einem Hauskauf jegliche Fehleinschätzung der Förderungsmöglichkeiten grundsätzlich zu Lasten des Unternehmers gehen? Umgekehrt: Werden formularmäßige Erklärungen, für das Zustandekommen von Finanzierungen sei allein der Kunde verantwortlich, nur nach § 864a ABGB bekämpfbar sein?

Der zweite Satz des Entwurfs, der in den Erläuterungen so gut wie überhaupt nicht weiter erklärt wird, wirft ganz andere Fragen auf: Was heißt "Gleiches gilt" genau? Muß auch dieses Faktum "zur Sprache gekommen sein", ist also auch die gleiche Voraussetzung oder nur die gleiche Rechtsfolge angeordnet? Aus der Formulierung "für den Unternehmer erkennbar" wird man wohl das letztere ableiten können. Soll also wirklich der Vertrag

- 4 -

dahinfallen, wenn der Unternehmer fahrlässig nicht für den Fall vorsorgte, daß etwa ein Vermieter, ein Miteigentümer, ein Mieter, ein Nachbar, ein Fruchtnießer usw seine Zustimmung zu irgendeinem Aspekt der Vertragserfüllung nicht erteilt? Sind "Dritte" übrigens auch Behörden? In Wahrheit kann doch leichte Fahrlässigkeit des Unternehmers (oder wäre "Erkennbarkeit" gar überhaupt nur objektiv zu verstehen?) insofern fast immer konstruiert werden. Die von den Erläuterungen im Zusammenhang des ersten Satzes erwähnte Möglichkeit auch schlüssigen Abbedingens ist hier wie dort - ernstgenommen - nur ein schwacher Trost, umgekehrt aber ein verlockender Ausweg für den geplagten Richter, unbefriedigende Fälle "abzuwürgen". Konsequenter wäre es, klare Tatbestände mit eindeutigen Ausschlußregeln zu kombinieren. Man sollte demgemäß mindestens eine gewisse Evidenz des Zustimmungserfordernisses für den Unternehmer verlangen, etwa in Anlehnung an die im Wiener Kaufrecht für ähnliche Fälle gebrauchte Formulierung.

Man sieht: Offene Fragen gibt es genug, die man nicht unter Zeitdruck einer Gelegenheitsnovelle lösen oder besser: aufwerfen sollte.

Vorschlag eins daher: § 6a ersatzlos zurückzuziehen. Falls das nicht akzeptabel scheint: Diskussion über folgenden

#### Alternativentwurf:

"§ 3a (1). Ist vor oder bei Vertragsschließung vom Unternehmer die Möglichkeit einer öffentlichen Förderung oder der Erlangung eines Kredits in Aussicht gestellt worden, so kann der Verbraucher binnen vier Wochen ab dem Zeitpunkt vom Vertrag zurücktreten, zu dem ihm das Scheitern dieser Finanzierungsmöglichkeit bekannt wird.

(2) Ist die Zustimmung eines Dritten erforderlich, damit die Leistung erbracht oder vom Verbraucher verwendet werden kann, so kann der Verbraucher binnen vier Wochen nach deren Verweigerung oder Ausbleiben trotz Aufforderung vom Vertrag zurücktreten,

- 5 -

wenn der Unternehmer das Zustimmungserfordernis kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte.

(3) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Verbraucher ausdrücklich darauf verzichtet oder die Leistung des Unternehmers in Kenntnis des Ausbleibens der Finanzierung oder der Zustimmung ganz oder teilweise entgegengenommen hat."

In § 4 wäre bei dieser Variante der Verweis auf § 3 um "oder § 3a" zu ergänzen. Es bedarf ja wohl in jedem Fall einer Rückabwicklungsregel (auch bei der vom BMJ vorgeschlagenen Fassung), die mit derjenigen bei Haustürgeschäften harmoniert.