

§ 871 ABGB, res integra und Redintegration

Jakob Kepplinger,* Linz

Abstract: Der Gesetzgeber der III. TN hat die römischrechtliche res integra-Lehre ins Irrtumsrecht des ABGB übernommen. Seither wird im Schrifttum unter dem Schlagwort ‚Redintegration‘ das Problem erörtert, ob bzw in welchen Konstellationen die Möglichkeit besteht, ein Rechtsgeschäft durch Ersatz des negativen Vertragsinteresses in den Zustand re integra zurückzusetzen. Die Untersuchung beleuchtet diese Frage dogmengeschichtlich, und will zugleich einen Beitrag zur Klärung jener Fragen leisten, die der OGH in diesem Zusammenhang explizit offengelassen hat.

Keywords: Redintegration; rechtzeitige Aufklärung des Anfechtungsgegners; res integra; Vertrauenstheorie; Willentheorie; Erklärungstheorie; contrarius consensus; bewegliches System; historische Interpretation; objektive und subjektive Gesetzesauslegung; Recht im Wandel; Dogmengeschichte des Irrtumsrechts; Wiederkehr von Rechtsvorstellungen.

I. Einleitung

Konstellationen, in denen Personen lediglich wegen eines Irrtums zum Vertragsabschluss bereit sind, oder eine einseitige Willenserklärung abgeben,¹ verlangen dem Gesetzgeber im Kern zwei korrelierende Wertungsentscheidungen ab: Er hat einerseits zu regeln, welchen Irrtümern Beachtlichkeit zukommt; andererseits, was eher zu schützen ist: das Interesse des Irrrenden, seine rechtlichen Beziehungen dem tatsächlichen (also irrumsfreien) Willen entsprechend zu gestalten, oder das Vertrauen des anderen Teils auf die Gültigkeit des Geschäfts. Das erste Problem wird in der Jurisprudenz seit alters erörtert. Schon die

* Dr. Jakob Kepplinger ist Universitätsassistent am Institut für Römisches Recht der Johannes Kepler Universität Linz. Beim Aufsatz handelt es sich um die erweiterte Fassung eines Vortrags, den der Autor am 19.2.2021 im Rahmen des – von Univ.-Prof. Olaf Riss und Univ.-Prof. Christoph Kietzbl – organisierten Forschungszirkels Wirtschaftsprivatrecht gehalten hat, der pandemiebedingt via Zoom stattfand. Der Autor bedankt sich bei den DiskussionsteilnehmerInnen für zahlreiche wertvolle Hinweise.

¹ Vgl § 876 ABGB.

römischen Juristen schieden beachtliche *errores in corpore*², *in materia* bzw. *substantia*³ sowie *in qualitate*⁴ von unbeachtlichen *errores in nomine*.⁵ Demgegenüber konnte die Rechtswissenschaft das zweite Problem erst im 18. Jh offenlegen.⁶ Es wurde in der SpätPandektistik des 19. Jh zwischen den Anhängern der Willens- und der Erklärungstheorie kontrovers diskutiert.⁷ Dem ABGB liegt nach ganz hA⁸ die vermittelnde Vertrauenstheorie zugrunde. Der Geschäftspartner darf grds auf die Erklärung des Irrrenden vertrauen. Letzterer kann sie jedoch gem § 871 Abs 1 ABGB mit dinglicher *ex tunc*-Wirkung anfechten, wenn eine der drei⁹ Alternativen erfüllt ist; sprich: „falls der Irrtum durch den anderen veranlaßt war, oder diesem aus den Umständen offenbar auffallen mußte oder noch rechtzeitig aufgeklärt wurde.“

Im Nachfolgenden richtet sich der Fokus auf die dritte Anfechtungsalternative, deren Auslegung in mancherlei Hinsicht als geklärt gelten kann: Sie liegt nach stRsp¹⁰ und hL¹¹ vor, wenn der Gegner bis zum Zugang der berichtigenden Erklärung noch keine *rechtlichen oder wirtschaftlichen Dispositionen* im Vertrauen auf das Geschäft getroffen hat. Eine (teilweise) Leistungserbringung gilt als solche Disposition;¹² ebenso die Einbringung einer Leistungsklage auf Vertragserfüllung¹³ oder die Einwilligung in ein Ruhen des Verfahrens.¹⁴

² Siehe zB Ulp. D. 18, 1, 9 pr (für Klassizität gegen ältere textkritische Stimmen bspw Kaser, Das Römische Privatrecht I² [1971] 237 FN 16).

³ Ulp. D. 18, 1, 9, 2. Ob die Ausdrücke *error in materia* und *error in substantia* in den Quellen synonym verwendet werden, ist in der Romanistik umstritten (dagegen Wolff, Error im römischen Vertragsrecht [1961] 121 ff; dafür aber die wohl ÜA; s nur Kaser, RP I² 238 inkl FN 22).

⁴ Paul. D. 19, 1, 21, 2.

⁵ Ulp. D. 18, 1, 9, 1. Näher zu den angesprochenen Kategorien bspw P. Voci, L'errore nel diritto romano (1937) 100 ff; J.D. Harke, Si error aliquis intervenit – Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht (2005) 23 ff; zum Errorbegriff als solchen Ph. Lotmar, Das römische Recht vom Error II (2019) 952 ff.

⁶ Die dafür maßgeblichen Untersuchungen stellt M. Schermaier, Die Bestimmungen des wesentlichen Irrtums von den Glossatoren bis zum BGB (2000) 419 ff anschaulich dar.

⁷ Siehe zu diesem Diskurs nur Schermaier, Irrtum 537-606.

⁸ Siehe nur Rummel/in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2014) § 863 Rz 1, § 871 Rz 1; ausführlich Kramer, Grundfragen der vertraglichen Einigung (1972) 57 ff; zu den philosophischen Hintergründen der Vertrauenstheorie Schermaier, Europäische Geistesgeschichte am Beispiel des Irrtumsrechts, ZEuP 1998, 60 (73 ff).

⁹ Die Judikatur bejaht bei Geschäftsirrtümern ieS den ‚gemeinsamen Irrtum‘ als vierte Anfechtungsalternative, was von der jüngeren Lehre ganz überwiegend abgelehnt wird. Die grundlegende Kritik stammt von Rummel, Anmerkungen zum gemeinsamen Irrtum und zur Geschäftsgrundlage, JBl 1981, 1 (passim); ihm folgen bspw Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB IV⁴ (2014) § 871 Rz 32; Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} (2019) § 871 Rz 57; uva.

¹⁰ Siehe nur OGH 2 Ob 216/69 SZ 42/121 = JBl 1970, 313; 8 Ob 158/70 SZ 43/123; 1 Ob 595/76 HS IX/13; 7 Ob 246/74 SZ 47/148; 1 Ob 678/77 HS 11.128; 7 Ob 682/86 wbl 1987, 62; weitere Nachw in RIS-Justiz RS0016223.

¹¹ Siehe aus der aktuellen Kommentarliteratur Rummel/in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 871 Rz 25; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 871 Rz 30; Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 871 Rz 53; Bollenberger/P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB Kurzkomentar⁶ (2020) § 871 Rz 16; Kolmasch in Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar⁵ (2020) § 871 Rz 25.

¹² Siehe nur OGH 1 Ob 650/51 SZ 24/288 [„also solange er z. B. noch keine Aufwendungen zur Vertragserfüllung gemacht hat“]; 6 Ob 559/87 SZ 60/99 = EvBl 1988/25 (tlw Erbringung der vereinbarten Vergleichsleistung); Rummel/in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 871 Rz 26; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 871 Rz 23; dens, Allgemeiner Teil⁷ (2018) Rz 21/31; Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 871 Rz 53; Mayer-Maly, Res integra, in FS Gunter Wesener (1992) 303 (306 ff) mit eingehender dogmengeschichtlicher Begründung.

¹³ OGH 4 Ob 89/62 JBl 1963, 439.

¹⁴ OGH 5 Ob 190/66 Miet 18.084.

Die Disposition kann auch in einem Unterlassen bestehen;¹⁵ etwa im Abstehen von einem anderen Vertragsabschluss.¹⁶ Lediglich marginale Verfügungen – bspw über eine Briefmarke für nachvertragliche Korrespondenz – werden herrschend vernachlässigt.¹⁷ Die Beweislast für eine rechtzeitige Aufklärung trägt der Anfechtende.¹⁸ Sie muss nicht stets durch den Irrenden selbst erfolgen. Es genügt, wenn das Vertrauen in die Fehlerlosigkeit der Erklärung – insb auch durch Hinweis eines sog „echten“ Dritten iSv § 875 ABGB¹⁹ – beseitigt wird.²⁰ Untersuchungsbedürftig scheint demgegenüber die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die dritte Anfechtungsalternative im Wege einer sog *Redintegration* bewerkstelligt werden kann. Das Problem ist nicht nur dogmengeschichtlich interessant, sondern auch von praktischer Relevanz, weil der OGH in diesem Zusammenhang bislang wichtige Fragen explizit offengelassen hat, die früher oder später zu entscheiden sein werden.

II. Analyse des Meinungsstands

A. Die Redintegrationslehre *Ehrenzweigs*

Beim Terminus *Redintegrationslehre* dürfte es sich, was seine zivilrechtlich-technische Bedeutung angeht,²¹ um einen Neologismus *Armin Ehrenzweigs* handeln, der gemeinhin als Urheber der Redintegrationslehre angesehen wird.²² Österreichs wohl bedeutendster Zivilrechtsdogmatiker der Zwischenkriegszeit erläutert das Phänomen in dem von ihm fortgeführten „System des österreichischen allgemeinen Privatrechts“²³ anhand eines Beispiels:²⁴ „Ein Bauer bietet einem Händler seine Kalbin zum Preis von 340 fl [sc Florin, also österr Gulden] an. Der Händler sagt sofort ‚Gekauft um 340 fl.‘ ‚Nein‘ sagt der Bauer, ‚440 fl.‘ Gelingt ihm der Beweis, daß er sich bloß versprochen hat, so ist der Kauf ungültig, weil der Irrtum rechtzeitig aufgeklärt worden ist.“ Daran anknüpfend wirft *Ehrenzweig* die Frage in den Raum: „Wie aber, wenn dies erst geschieht, nachdem der andere bereits Verfügungen getroffen, etwa Anschaffungen vorgenommen oder den Vermittler entlohnt hat?“ Und betont: *Hier „ist Redintegration möglich, wenn der Irrrende die Aufwendungen voll ersetzt.“* Näher begründet wird diese Hypothese nicht. *Ehrenzweig* ergänzt lediglich: Die zeitliche Begrenzung der Redintegration sei „ganz dem billigen Ermessen des Richters anheimgestellt“.²⁵

¹⁵ *Gschnitzer et al*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts² (1992) 645; *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB⁶ § 871 ABGB Rz 16; *Riedler* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 871 Rz 30; *Pletzer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 871 Rz 53.

¹⁶ Statt Vieler *G. Graf*, Kein Dissens bei ebay, MR 2007, 9 (10 f), der die Konsequenzen dieser Ansicht für Online-Auktionen aufzeigt.

¹⁷ *F. Bydlinski*, Privatautonomie und objektive Grundlage des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 180 („Verfügung über eine Briefmarke“); *Riedler*, AT⁷ Rz 21/31 („Briefporto oder ausgedruckte Kassenzettel“); *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil⁸ (2018) Rz 8/19 („etwa ein kurzes Telefonat“).

¹⁸ Unstreitig; s nur OGH 4 Ob 165/82 JBl 1983, 559.

¹⁹ Anschaulich zu Begriff und Bedeutung sog „echter“ Dritter: *Geroldinger*, Die Zurechnung Dritter nach § 875 ABGB, JBl 2012, 29 (I) 94 (II) 30-32.

²⁰ Mit *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 871 Rz 26 gegen *Gschnitzer* in Klang/Gschnitzer, ABGB IV/1² (1968) 133, der eine Aufklärung durch den Irrenden selbst verlangt.

²¹ Im Völkerrecht bezeichnet der Ausdruck die durch einen Krieg eingeschränkte, nach dessen Beendigung wiederhergestellte Rechtswirksamkeit eines Vertrages (*B. Döll*, Völkerrechtliche Kontinuitätsprobleme [1967] 44 f).

²² Bspw von *Gschnitzer* in Klang/Gschnitzer, ABGB IV/1² 133 FN 155. Tatsächlich ist der Gedanke jedoch älter (s dazu unten Pkt III.C.2 u D.3.). Von *Ehrenzweig* stammt lediglich die Bezeichnung als *Redintegrationslehre*.

²³ I/1¹ (1925) 219 f.

²⁴ Es ist an die „Entsch. v. 20. März 1917 OG. Nr. 1823“ angelehnt.

²⁵ Siehe zu all dem unverändert: *Ehrenzweig*, System I/1² (1951) 234.

Der OGH sympathisiert zunächst mit dieser Position und führt in 2 Ob 248/32²⁶ *obiter* aus: „[...] da der Kläger nicht behauptet, sich zum Ersatz der der Beklagten entstandenen Kosten erboten zu haben, hatte er sich auch nicht is der Lehrmeinung Ehrenzweigs die Geltendmachung seines Irrtums gewahrt.“ In 1 Ob 650/51²⁷ ändert das Höchstgericht seine Ansicht und judiziert unter Verweis auf die Materialien zur III. Teilnovelle²⁸: „aus den Ausführungen im Bericht der Kommission des Herrenhauses für Justizgegenstände, 3. Teilnovelle mit Materialien S. 257, geht klar hervor, daß der Irrthum im Sinne des § 871 ABGB nur dann als rechtzeitig aufgeklärt angesehen werden kann, wenn der Gegner noch nicht im Vertrauen auf die Erklärung des Irrenden gehandelt hat, also solange er z.B. noch keine Aufwendungen zur Vertragserfüllung gemacht hat.“²⁹ Ebenso liest man später in 6 Ob 559/87³⁰: „Diese von Ehrenzweig, 2. Auflage, I/1, 234 vertretene Ansicht stimmt mit den im Beschluß der Konferenz für Justizangelegenheiten 78 BlgHH XXI. Session dargelegten Gedankengängen nicht überein.“³¹

Das Schrifttum ist geteilter Meinung, wobei die ablehnenden Stimmen überwiegen:³² Der zentrale Kritikpunkt besteht darin, dass *Ehrenzweigs* Redintegrationslehre das Irrtumsrecht des ABGB zu stark an jenes des BGB annähert. Dies habe der Gesetzgeber der III. TN nicht intendiert. In diesem Sinn moniert bereits *Pisko*³³: Die Ansicht *Ehrenzweigs* „würde folgerichtig durchgeführt zu dem Rechtssatze führen, daß der wesentliche Irrtum nach österreichischem Recht ebenso wie nach dem deutschen (siehe §§ 119, 122 BGB³⁴) stets den Vertrag anfechtbar macht und die Anfechtung nur einen Anspruch des andern Teils auf das negative Vertragsinteresse begründet.“³⁵

²⁶ Rsp 1932/149.

²⁷ SZ 24/288.

²⁸ Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des ABGB, Nr 78 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XXI. Session, 1912. Im Folgenden ‚HHB‘. Der Bericht existiert auch in selbständiger Paginierung.

²⁹ Näher zu den Materialien unten Pkt III.E.

³⁰ EvBl 1988/25.

³¹ Weitere Entscheidungen, in denen sich das Höchstgericht zur Lehre *Ehrenzweigs* inhaltlich äußert (und nicht bloß die Jud fortschreibt), liegen – soweit ersichtlich – nicht vor.

³² *Gschnitzer* in Klang/Gschnitzer, ABGB IV/1² 133; *Kramer*, Grundfragen 82 f; *H. Schlemmer*, Erkannter Irrtum und irrtümliche Erkenntnis, JBl 1986, 149 (157); *Riedler* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 871 Rz 30; verteidigt wird *Ehrenzweigs* Redintegrationslehre jedoch von *Kerschner*, Irrtumsanfechtung insbesondere beim unentgeltlichen Geschäft (1984) 128 (s dazu noch unten Pkt II.C.); bloß referierend *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 871 Rz 27; *Pletzer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 871 Rz 54.

³³ In Klang, ABGB II/2¹ (1934) 133.

³⁴ Die Paragraphenverweise sind nach wie vor aktuell.

³⁵ Ebenso *Kramer*, Grundfragen 82 (Ablehnung einer Übertragung der „willentheoretischen Irrtumsregelung der §§ 119 und 122 BGB in das vertrauensrechtliche ABGB“) und *Schlemmer*, JBl 1986, 157 („läuft auf eine weitgehende Rezeption der Irrtumsregelung nach dem BGB hinaus“).

B. Der bewegliche Ansatz von *F. Bydlinski*

Auch *F. Bydlinski*³⁶ steht *Ehrenzweigs* Lehre mit Skepsis gegenüber: Er will sie *nicht als „Regellösung“* gelten lassen, „weil ihr insbesondere praktische Realisierungsschwierigkeiten der umfassenden Ermittlung und Beweisführung hinsichtlich des Vertrauensschadens, also wesentliche Gründe des Verkehrsschutzes, entgegenstehen.“³⁷ Allerdings befürwortet er die Redintegrationsdoktrin bei zweiseitig verbindlichen Geschäften nach Maßgabe zweier beweglicher Kriterien: Entscheidend sei einerseits, wie intensiv die *Realisierungsschwierigkeit der Schadensermittlung* zutage trete. Andererseits sei nach einer *irrtumsbedingten Äquivalenzstörung* zwischen Leistung und Gegenleistung zu fragen. Redintegration sei zuzulassen, wenn „auf diesem Wege eine irrtumsbedingte auffallende Äquivalenzstörung behoben werden kann und der Vertrauensschaden einigermaßen umfassend und verlässlich feststellbar ist.“³⁸

Dieser Ansicht folgen *Welser/Kletečka*³⁹ und *P. Bydlinski/Bollenberger*⁴⁰, während *Kerschner*⁴¹ die Konturenlosigkeit des zweiten Merkmals kritisiert. *Kramer* und *Schlemmer* sprechen sich generell gegen eine Übertragung des Äquivalenzprinzips ins Irrtumsrecht aus: Nach *Kramer*⁴² stellt eine Redintegration wegen erheblicher Äquivalenzstörung eine unzulässige Durchbrechung des normativen Konsenses dar. *Schlemmer*⁴³ vermisst eine – durch Rechtsfortbildung zu schließende – Schutzlücke, seit der Gesetzgeber der *laesio enormis* im Zuge der Einführung des KSchG 1979 zwingenden Charakter verliehen hat (§ 935 S 1 ABGB).⁴⁴ Der OGH lehnt die These *F. Bydlinskis* in 6 Ob 559/87⁴⁵ für Vergleichsirrtümer ab, weil für sie das Äquivalenzprinzip nicht gilt (§ 1386 ABGB). Ob der Lehre im Allgemeinen beizupflichten ist, ließ der sechste Senat offen.

C. Die Redintegrationslehre *Kerschners*

*Kerschner*⁴⁶ kann der Redintegrationslehre *Ehrenzweigs* viel abgewinnen: Die ablehnende Position sei nur dann haltbar, wenn man geringfügige Dispositionen aus der Betrachtung ausklammere, wie das herrschend vertreten wird.⁴⁷ Diesbezüglich weist *Kerschner* nicht ganz zu Unrecht auf *Abgrenzungsschwierigkeiten* hin: „Wo soll die Grenze sein? [...] Wenn man allein darauf abstellt, ob der Gegner des Anfechtenden bereits tatsächlich Dispositionen getroffen hat, führt das zT zu sehr willkürlichen und uneinsichtigen Ergebnissen.“ Davon

³⁶ Privatautonomie 180 f; *ders.*, Das österreichische Irrtumsrecht als Ergebnis und Gegenstand beweglichen Systemdenkens, in FS Hans Stoll (2001) 113 (134 ff).

³⁷ FS H. Stoll 135.

³⁸ FS H. Stoll 135 f.

³⁹ Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 498.

⁴⁰ In KBB⁶ § 871 ABGB Rz 16; s auch *Bollenberger*, Grundfragen des Irrtumsrechts, in FS 200 Jahre ABGB II (2011) 877 (894 f); bloß referierend *P. Bydlinski*, AT⁸ Rz 8/19; *Rummel*/in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 871 Rz 27; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,03} § 871 Rz 55.

⁴¹ Irrtumsanfechtung 129 („Abgrenzungsschwierigkeiten“).

⁴² Grundfragen 82.

⁴³ JBl 1986, 157.

⁴⁴ BGBl 1979/140. Zulasten eines Unternehmers kann die Anwendung des § 934 ABGB bekanntlich ausgeschlossen werden (§ 351 UGB).

⁴⁵ EvBl 1988/25.

⁴⁶ Irrtumsanfechtung 128 f.

⁴⁷ Siehe dazu bereits oben Pkt I.

abgesehen verleiht *Kerschner* der Redintegrationslehre schärfere Konturen: Er spricht sich gegen *Ehrenzweigs* Ansicht aus, wonach die zeitliche Begrenzung dem freien Ermessen des Richters anheimgestellt sei, und lässt Redintegration bis zum Ende der dreijährigen Verjährungsfrist des § 1487 ABGB zu. Als Regulativ dient *Kerschner* die Tatsache, dass mit dem zeitlichen Abstand vom Vertragsabschluss auch der Vertrauensschaden höher werde. Der Kritik, wonach das Modell der §§ 119, 122 BGB nach Österreich übernommen werde, hält der Autor entgegen: Nach ABGB „genügt zur Auflösung auch eine der anderen Alternativen des § 871 ABGB und das – im Gegensatz zum BGB – ohne Vertrauensschadenersatz“; was dahingehend zu relativieren ist, dass der Ersatz des Vertrauensschadens auch nach § 122 Abs 2 BGB entfällt, wenn der Anfechtungsgegner den Irrtum erkennen hätte müssen.⁴⁸

Davon losgelöst befürwortet *Kerschner*⁴⁹ die Redintegrationsoption jedenfalls bei *unentgeltlichen Geschäften unter Lebenden*: „Glaubt man, sich zumindest im Allgemeinen bei den entgeltlichen Rechtsgeschäften der Redintegrationslehre nicht anschließen zu können, so lässt sich diese jedenfalls bei den unentgeltlichen Rechtsgeschäften methodisch einwandfrei begründen.“ *Kerschner* stützt diese These auf die Ausnahme der Beachtlichkeit von Motivirrtümern, aus der er einen verdünnten Vertrauensschutz von Beschenkten ableitet. Dieser Interessenlage werde eine Redintegration vollends gerecht: „Der irrende Schenker kann sich von der Leistungsverpflichtung befreien, soweit er dem Beschenkten den Vertrauensschaden ersetzt. Der Beschenkte verliert zwar den Vorteil aus dem Rechtsgeschäft, ist aber nicht schlechter gestellt, als wenn die Schenkung niemals erfolgt wäre.“ Dieser Argumentation folgen *Mayer-Maly*⁵⁰ und *Bollenberger*.⁵¹ Der OGH bezeichnet *Kerschners* Ansicht in 1 Ob 551/94⁵² als „*durchaus beachtenswert*“; ließ jedoch die Frage, ob der Argumentation beizupflichten ist, im Ergebnis offen, weil der Anfechtungsgegner den Motivirrtum des Schenkers ohnehin veranlasst hatte.

D. Zwischenfazit und methodische Bemerkungen zum weiteren Gang der Untersuchung

Resümierend ist festzuhalten, dass *Ehrenzweigs* Redintegrationslehre vom OGH in zwei Entscheidungen begründet verneint wurde. Da der zweite Senat die gegenteilige Ansicht in 2 Ob 248/32⁵³ lediglich *obiter* äußerte,⁵⁴ wird die Ablehnung für zweiseitig verpflichtende, wirtschaftlich ausgeglichene Rechtsgeschäfte als einheitliche Rechtsprechung iS von § 502

⁴⁸ *Schlemmer*, JBl 1986, 157 FN 69; *F. Bydliński* in FS H. Stoll 135 f mit FN 52.

⁴⁹ Irrtumsanfechtung 129.

⁵⁰ In FS Wesener 305 FN 16: „Für den Irrtum beim unentgeltlichen Geschäft kann die Redintegrationslehre mit KERSCHNER ohne Vorbehalt bejaht werden.“

⁵¹ In KBB⁵ (2017) § 901 ABGB Rz 5; anders jedoch nunmehr *Bollenberger*/*P. Bydliński* in KBB⁶ § 901 ABGB Rz 5. Bloß referierend bspw *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 871 Rz 27; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 871 Rz 30; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 871 Rz 55.

⁵² SZ 67/136 = JBl 1995, 48.

⁵³ Rsp 1932/149.

⁵⁴ Vgl OGH 2 Ob 602/94 SZ 68/5; 4 Ob 156/17w wbl 2018/28; RIS-Justiz RS0042672.

ZPO zu betrachten sein.⁵⁵ Das überwiegende Schrifttum lehnt die These wegen einer zu starken Annäherung an das Irrtumsrecht des BGB ab. Offen sind die Probleme, ob Redintegration 1) bei unentgeltlichen Geschäften bzw 2) nach Maßgabe der von *F. Bydlinski* entwickelten Lehre zuzulassen ist.⁵⁶

Gerade die letztgenannte Meinung zeigt, dass sich bei der weiteren Untersuchung methodische Vorfragen stellen: Angesprochen ist nicht nur der bekannte Diskurs über den Stellenwert der – von *Wilburg*⁵⁷ entwickelten – Lehre vom *beweglichen System*,⁵⁸ die Rechtsnormen als Ergebnis einer Kräftewirkung begreift.⁵⁹ Auf einer tieferen Ebene wirft *F. Bydlinski*s Ansicht das Problem auf, ob Auslegungsfragen eher nach Maßgabe des *Willens des historischen Gesetzgebers* zu beantworten sind, oder ob Rechtsnormen am Fluss der Zeit teilnehmen, und man daher stärker auf einen objektiv-normativen Gesetzessinn abzustellen hat.⁶⁰ Sie ist jedenfalls *in concreto* im erstgenannten Sinn zu beantworten, weil sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen Willens- und Vertrauensschutz seit der III. Teilnovelle gleich stellt.⁶¹ Fraglich ist daher, mit welcher Absicht die dritte Anfechtungsalternative von § 871 Abs 1 ABGB positiviert wurde; und insb, ob der Gesetzgeber auch eine Redintegrationsmöglichkeit eröffnen wollte. Um sie beantworten zu können, muss man sich zunächst Klarheit über die Ausgestaltung des Irrtumsrechts vor der III. TN verschaffen.

III. Untersuchung der Dogmengeschichte und historische Interpretation

A. Das Irrtumsrecht der Urfassung des ABGB 1811

*Wellspacher*⁶² rühmt die Irrtumslehre des ABGB 1811⁶³ als „eine der legislativen Großtaten unseres Gesetzbuches.“ Bis sie gelang, bedurfte es allerdings mehrerer Versuche: Sowohl der *Codex Theresianus* als auch der *Entwurf Horten* (1787⁶⁴) sind noch von der Irrtumslehre des

⁵⁵ Ausführlich zur Frage, wann eine Rechtsprechung iS dieser Bestimmung (un-)einheitlich ist: *Lovrek* in Fasching/Konecny, ZPO IV/1³ (2019) § 502 Rz 39 ff.

⁵⁶ Beide Rechtsfragen sind mE – in Anbetracht des dargestellten Meinungsstands in Judikatur und Lehre – erheblich iS von § 502 Abs 1 ZPO.

⁵⁷ Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht (1950); Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964) 346 ff.

⁵⁸ Sie wird im Bereich des Irrtumsrechts von *Thunhart* (Die Beachtlichkeit des Irrtums als Interessenabwägung – § 871 ABGB, ÖJZ 2000, 447 [passim]) überstrapaziert. Der Autor erachtet die drei Alternativen von § 871 Abs 1 ABGB nicht als eigenständige Anfechtungstatbestände, sondern als Elemente eines beweglichen Systems, und damit als bloße „Anleitung zur Interessenabwägung“ (*Thunhart*, ÖJZ 2000, 447). Das so entwickelte Modell wird von den führenden Stimmen der Rechtsgeschäftslehre – soweit ersichtlich – geschlossen abgelehnt (s zB *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 871 Rz 27: „Dem [...] Ansatz von *Thunhart*; ÖJZ 2000, 447 ist mE wegen fehlender gesetzl Deckung nicht zu folgen“).

⁵⁹ Anschaulich dazu *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (Nachdruck 2011) 529-543; äußerst krit *Reischauer*, Zum Versagen des beweglichen Systems in Theorie und Praxis, in FS Kerschner (2013) 73-104.

⁶⁰ Eingehend zu dieser Frage *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 316 ff; s auch *F. Bydlinski*, Methodenlehre 453 ff.

⁶¹ Pointierte Kritik an der sog „objektiven“ Gesetzesauslegung findet man bei *Rüthers/Fischer/Birke*, Rechtstheorie¹¹ (2020) 479 ff (§ 22 G. III.) und bei *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ (2014) §§ 6,7 ABGB Rz 100.

⁶² Das Naturrecht und das ABGB, in FS zur Jahrhundertfeier des ABGB I (1911) 173 (196).

⁶³ JGS 1811/946.

⁶⁴ Zur Entstehung beider Entwürfe s nur *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit² (1967) 335 ff; *Strakosch*, Privatrechtsskodifikation und Staatsbildung in Österreich (1976) 25 ff.

usus modernus pandectarum beeinflusst.⁶⁵ Beiden Entwürfen (s Codex Theresianus [III 2,111⁶⁶] und Entwurf Horten [III 1,26⁶⁷]) liegt die Vorstellung zugrunde, dass jeder kausale Irrtum über einen beachtlichen Umstand⁶⁸ der Konsensbildung entgegensteht. Sie lässt Anfechtungsalternativen, wie man sie heute in § 871 Abs 1 ABGB findet, keinen Raum.

Anders gestaltet sich der *Entwurf Martini*. Dass *Freyherr von Martini* mit den bisherigen Kodifikationsarbeiten brach,⁶⁹ überrascht nicht, wenn man sich die dogmatischen Fortschritte vergegenwärtigt, welche die Wissenschaft in der zweiten Hälfte des 18. Jh im Bereich des Irrtumsrechts erzielte: In Weiterentwicklung der Lehre von *Thomasius*, der Vereinbarungen erstmals als *Vertrauenstatbestände* betrachtete,⁷⁰ postulierten der Historiker und Jurist *Achenwald*⁷¹, der Rechtsgelehrte *Hommel*⁷² sowie der Philosoph *Ulrich*⁷³, dass die Frage nach der Auswirkung eines Irrtums auf die jeweilige Vereinbarung als Gefahrtragungsproblem zu begreifen sei.⁷⁴ Diese Entwicklung entging *Martini* nicht, und so liest man bereits in seinem Werk „*De lege naturali positiones*“⁷⁵: Der Veranlasser des Irrtums soll den Nachteil tragen. Ist der Versprechende selbst für einen Irrtum verantwortlich, könne

⁶⁵ Siehe nur *G. Wesener*, Die Rolle des *Usus modernus pandectarum* im Entwurf des Codex Theresianus, in FS für Karl Kroeschell (1997) 1363 (1384 f, 1387); instruktiv zum Irrtumsrecht des *usus modernus*. *Schermaier*, Irrtum 151-232; zum Irrtumsrecht des Codex Theresianus und des Entwurfs von Horten s *dens* aaO 439-444.

⁶⁶ „Ein Irrthum ist eine üble gefaßte Meinung, welche das Falsche für wahr, oder das Wahre für falsch haltet. Dieser schließet entweder alle Einwilligung dergestalten gänzlich aus, daß, wann der Einwilligende den Irrthum vorhero anerkannt und eingesehen hätte, seine Einwilligung niemalen erfolgt wäre, oder er streitet wenigstens nur insoweit mit dem Willen, daß, wann solcher vorgesehen worden wäre, die Handlung zwar nicht unterblieben, doch aber die Einwilligung auf eine andere Art und Weis, als es nicht geschehen, geäußeret worden sein würde.“

⁶⁷ „Wenn der Irrthum von der Beschaffenheit ist, daß der Einwilligende bei Entdeckung seines Irrthums niemals in die Handlung eingewilliget haben würde, so wird die ganze Handlung entkräftet. [...]“.

⁶⁸ Modern gedacht ist am Codex Theresianus, dass er einen Irrtum, der „nur etwan die Bewegursache [...] betreffe“, nur dann für beachtlich hält, wenn das Motiv „ausdrücklich zur Bedingnuß der Einwilligung gesetzt worden“ war (III 2,112).

⁶⁹ Diese Bruchlinie in der Redaktionsgeschichte zeigt *K. Luig* (Franz v. Zeiller und die Irrtumsregelung des ABGB, in Forschungsband Franz von Zeiller [1980] 153 [155 ff, insb 161 f]) klar auf.

⁷⁰ Siehe *Ch. Thomasius*, *Institutiones iurisprudentiae divinae* (1688) 89 ff (Buch II, Kapitel 6, *de officio paciscentium*); *Schermaier* (Irrtum 240) bezeichnet diesen Gedanken zu Recht als „revolutionär“. Im Irrtumsrecht schoss *Thomasius* jedoch übers Ziel hinaus, und postulierte in dezidierter Abkehr von der romanistischen Tradition, dass der Irrtum im Zweifel stets dem Irrenden schade (aaO 99 [§ 39]: „Quemadmodum antem jam non est hujus loci explicare Jus Romanum, ita abstrahendo à Legibus civilibus, putem aequitati naturali convenientissimum esse, si in materia promissorum repetamus regulam jam supra inculcatam: Errorem in dubio semper nocere debere erranti“).

⁷¹ *Achenwalds* Irrtumslehre ist in seinen Werken *Prolegomena iuris naturalis* (1767) §§ 4 ff, §§ 14-16, § 106, § 165 und *lvs Natvrae I* (1774) §§ 125 ff auf uns gekommen; *Schermaier*, Irrtum 419-423 hat die Lehre anschaulich aufbereitet.

⁷² Die Irrtumslehre von *Carl Ferdinand Hommel* (1722-1781) ist in der Untersuchung „*Error erranti semper nocet etiam substantialis et inevitabilis. Causa impulsiva nunquam attenditur in contractibus*“ überbracht, die als *observatio DCCLXXXIV* in Band VI (1785) von Hommels *Sammelwerk* „*Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium neque tamen legibus decisarum*“ enthalten ist. Näher zur Irrtumslehre *Hommels*: *Schermaier*, Irrtum 423-425.

⁷³ *Initia philosophiae justi*² (1783) 152 ff (§§ 214-217). Näher zu *Ulrichs* Irrtumslehre: *Schermaier*, Irrtum 425-430, der diese jedoch anhand der 1. Auflage des Werks *Initia philosophiae justi* (1781) darstellt.

⁷⁴ Siehe dazu nur *Hommel*/aaO (FN 72) § 2, wo er die häufig rezipierte These aufstellt, dass der Zufall eines Irrtums den Irrenden gradeso treffen soll, wie höhere Gewalt den Eigentümer („Itaque in pari causa praestat, casum ferri ab errante, tamquam domino i.e. infortunato“).

⁷⁵ (1778) § 458: „*Error in pacto venit vel a promittente, vel a stipulante, vel a tertio, semper vero ei imputari et nocere debet, qui est erroris causa; quare si promittentem suus tantum fefellerit animus, quum, quod verbis declaratur, pro vera sit voluntate, error ipsi soli nocebit.*“ Siehe auch die Übersetzung des Werks von *A. Hildebrandt*, *Des Freyherrn von Martini Lehrbegriff des Natur- Staats- und Völkerrechts* (1783; Nachdruck 1969). Hier findet man die Ausführungen zum *error* in den §§ 157 ff.

er sich nicht darauf berufen und der Vertrag bleibe gültig; ist der andere Teil dafür verantwortlich, sei der Vertrag nichtig. Diese Irrtumslehre liegt dem Entwurf *Martini* (III 1,18 u. 21⁷⁶) und der Urfassung von § 871 ABGB zugrunde.⁷⁷

Die zweite der heute in § 871 Abs 1 ABGB enthaltenen Anfechtungsalternativen dürfte eine geistige Frucht von *Martinis* Schüler *von Zeiller* sein: Dieser weist bereits in der ersten Auflage seines Lehrbuchs über „Das natürliche Privatrecht“ (1802) – ohne erkennbares Vorbild – darauf hin, dass der Irrtumsveranlassung durch den anderen Teil jener Fall gleichzuhalten sei: „wenn anders dieser Irrtum des einen Theils dem anderen sich schon zur Zeit der Abschließung des Vertrages aus der Willenserklärung, oder aus der Natur der Sache offenbar darstellt.“⁷⁸ Die so gedachte Anfechtungsalternative findet sich in der Urfassung des ABGB in § 876.⁷⁹ Sie wurde im Zuge der III. TN aus systematischen Gründen in § 871 aufgenommen.⁸⁰

B. Zur Einführung der dritten Anfechtungsalternative im Rahmen der III. Teilnovelle

Auch die Möglichkeit einer Anfechtung von Rechtsgeschäften, weil der Irrtum *noch rechtzeitig aufgeklärt wurde* ist ein Resultat der III. TN. Im HHB (257) liest man dazu: „Sachlich neu ist der Gehalt der letzten Worte der in § 156 der Novelle vorgeschlagenen Fassung des § 871: Eine bisher fehlende Ergänzung, nicht eigentlich eine Einschränkung, sondern Fortbildung des Gedankens des Vertrauensschutzes, dahin, daß der Empfänger der irrigen Erklärung den Irrenden nicht beim Worte nehmen kann, wenn ihm der Irrtum zwar nicht, wie § 876 sagte, schon beim Empfang der Erklärung ‚auffallen mußte‘, aber doch noch ‚rechtzeitig aufgeklärt‘ wurde, d.h. bevor er im Vertrauen auf die Erklärung gehandelt oder sich eingerichtet hatte – das ‚Recht der Selbstberichtigung re integra‘ (s. Unger a. a. O., S. 680 f). Es steht kaum zu fürchten, daß der Ausdruck ‚rechtzeitig‘ von der Praxis anders als in diesem Sinne werde verstanden werden (s. *Krasnopolski* 36 gegen *Wellspacher* I, 12, *Mitteis* 23, *Mayr* 65).“

Die Erläuterungen sind für das Verständnis der dritten Anfechtungsalternative essentiell: Erst durch Lektüre der Materialien erhellt, welche zeitliche Schranke das Gesetz mit ‚rechtzeitig‘ meint; nämlich jenen, in dem das Geschäft noch *re integra* ist. Aufgrund der Vagheit des Gesetzeswortlauts überrascht es nicht, dass die Formulierung des Novellenentwurfs, der

⁷⁶ § 18 lautet: „Haben irrige Angaben des einen Parteitheils die Hauptsache selbst, das ist den Gegenstand, worauf die Absicht der andern Partei vorzüglich gerichtet und auch erklärt worden ist, betroffen, so kann der Irreführte durch ein, so geartetes Versprechen gar zu nichts verbunden werden.“ In § 21 heißt es: „Ebensowenig kann die Annahme des Versprechens für ungültig gehalten werden, wenn der versprechende Theil allein Schuld an seinem Irrthum war. Er muß alsdann die Folgen seiner Unwissenheit und seines nachlässigen Benehmens um so mehr selbst tragen, als ihm auch frei gestanden hat, das Versprechen nur unter gewissen Bedingungen zu machen.“

⁷⁷ „Wenn ein Theil von dem andern Theile durch falsche 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.“

⁷⁸ AaO 146 f (§ 100). Näher zu Zeillers Irrtumslehre *Luig*, in Forschungsband *Zeiller* 163 ff.

⁷⁹ „Wenn der versprechende Theil selbst und allein an seinem wie immer gearteten Irrthum Schuld ist, so besteht der Vertrag; es wäre denn, daß dem annehmenden Theil der obwaltende Irrthum offenbar aus den Umständen auffallen mußte.“

⁸⁰ HHB 256: „Der eben angedeutete leitende Gedanke des Gesetzes wird für die Rechtsanwendung dadurch einigermaßen verdunkelt, daß die beiden für das ganze charakteristischen Folgesätze [...] getrennt in den zwei §§ 871 und 876 ausgesprochen sind.“

1907 als Regierungsvorlage ins Herrenhaus eingebracht wurde, lediglich von *Krasnopolski*⁸¹ goutiert wurde. Die Resonanz von *Wellspacher*⁸², *R. von Mayr*⁸³ und *Mitteis*⁸⁴ fiel kritisch aus: Alle drei Stimmen erachteten den Begriff der Rechtzeitigkeit als *unklar*. Es müsse im Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht werden, dass das Geschäft zur Zeit der Aufklärung „noch *res integra* sein muß“.⁸⁵

Der Gesetzgeber hielt jedoch an der Formulierung der Regierungsvorlage fest, und stellt lediglich in den Materialien klar, dass die dritte Alternative von § 871 ABGB „*das Recht der Selbstberichtigung re integra*“ meint. Ferner liest man, dass eine Aufklärung nur dann *rechtzeitig* *si leg cit* sei, wenn sie erfolgt, bevor der andere Teil im Vertrauen auf die Erklärung gehandelt oder sich eingerichtet hat. Für eine Redintegration liefern die Materialien *prima vista (!)* keinen Anhaltspunkt. Allerdings könnte diese Betrachtung zu kurz gegriffen sein: Schließlich zitiert der Gesetzgeber im HHB die Seiten 680 f von *Ungers* Arbeit „*Ueber die legislative Behandlung des wesentlichen Irrthums bei obligatorischen Verträgen*“ als Belegstelle für die Anfechtungsalternative.⁸⁶ In dieser Abhandlung spricht sich das auf Lebenszeit ernannte Mitglied des Herrenhauses nicht nur für eine Aufnahme der pandektistischen Doktrin vom „Recht der Selbstberichtigung re integra“ ins ABGB aus.⁸⁷ *Unger* befürwortete auch die Möglichkeit, den Zustand *re integra* durch Ersatz des negativen Vertragsinteresses wiederherzustellen.⁸⁸ Dies führt zur Frage, ob der Wille des historischen Gesetzgebers ob der Belegstelle für „*das ‚Recht der Selbstberichtigung re integra‘ (s. Unger a. a. O., S. 680 f)*“ dahin geht, dass Irrende die Möglichkeit haben, das jeweilige Geschäft nachträglich durch Ersatz des Vertrauensschadens in den Zustand *re integra* zurückzusetzen. Die Klärung des Problems erfordert eine Analyse von *Ungers* Argumentation. Um seine Gedankengänge erfassen zu können, muss man sich jedoch zunächst die Bedeutung des Ausdrucks *res integra* vor Augen führen; ein wichtiger *terminus technicus* des römischen Vertragsrechts, dessen Kenntnis der Vater der historischen Rechtsschule in Österreich bei seinen Ausführungen voraussetzt.

⁸¹ Die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des ABGB (1908) 36.

⁸² Kritische Bemerkungen zur Zivilgesetznovelle, Gerichts-Zeitung 59 (1908) 9 (12).

⁸³ Betrachtungen über den Revisionsentwurf (1908) 64 f. *R. von Mayr* bezweifelt darüber hinaus, ob der Mangel einer derartigen Bestimmung in der bisherigen Praxis fühlbar geworden sei.

⁸⁴ Der Entwurf einer Novelle zum ABGB (1908) 22 f.

⁸⁵ So wörtlich *Mitteis*, Entwurf 22.

⁸⁶ Grünhuts Zeitschrift 15 (1888) 673-689.

⁸⁷ *Unger*, Grünhuts Zeitschrift 15, 680.

⁸⁸ *Unger*, Grünhuts Zeitschrift 15, 681.

C. Die res integra-Lehre im römischen Vertragsrecht

1. Zur technischen Bedeutung des Ausdrucks res integra in den Quellen des corpus iuris civili

Der Ausdruck *res integra* begegnet ob der Mehrdeutigkeit des Kompositums *integer* (eigentlich *intager* von *tango*, also kontextunabhängig: *unangetastet*⁸⁹) in den Quellen des römischen Rechts in unterschiedlichen Zusammenhängen: Bisweilen bezeichnet es den Zustand (zumeist körperlicher) Sachen vor einem bestimmten – häufig schadensträchtigen – Ereignis. IdS spricht etwa *Callistratus* (D. 14, 2, 4, 2) von *res integra* und meint damit (noch) unbeschädigtes Ladegut. *Ulpian* verwendet den Ablativ *re integra* (D. 39, 2, 9 pr) zur Umschreibung des Zustands eines Hauses vor dessen Einsturz.⁹⁰

Technisch wird der Ausdruck bei den Konsensualkontrakten – allen voran beim Kauf⁹¹ – verwendet: Hintergrund der Technizität ist die gut belegte Ansicht, dass eine *emptio venditio* nur durch *contrarius consensus* aufgehoben werden kann, solange sie noch *res integra* bzw – wie es in den Quellen auch heißt – *res nondum secuta* ist.⁹² Prägnant drückt das *Julian* aus (D. 18, 5, 5, 1): *Emptio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit*.⁹³ Ganz in diesem Sinne liest man etwa zweihundert Jahre später in der gordianischen Konstitution C. 4, 45, 1⁹⁴: *Re quidem integra ab emptione et venditione utriusque partis consensu recedi potest*.⁹⁵

Dies führt zur Frage, ab welchen Ereignissen eine *emptio venditio* nicht mehr *integra* war: Dieser Zustand wird durch Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen beseitigt, wobei es genügt, wenn eine der Parteien erfüllt, gleichgültig welche. So konstatiert etwa *Pomponius* (D. 18, 5, 2): *post pretium solutum infectam emptionem facere non possumus*.⁹⁶ Für den umgekehrten Fall ist in der bereits erwähnten Konstitution C. 4, 45, 1 zu lesen: *post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emptionem*.⁹⁷ Klar belegt ist auch die Aufhebung des Zustands *re integra* durch Teilleistung.⁹⁸ In diesen Quellen erblickt *Mayer-Maly*⁹⁹ zu Recht eine dogmengeschichtliche Stütze für die hL¹⁰⁰ zu § 871 Abs 1 ABGB, wonach die Aufklärung des Irrtums nicht mehr *rechtzeitig* sei, wenn der andere Teil seine Vertragsleistung bereits (teilweise) erbracht hat.

⁸⁹ Siehe zur Etymologie und zum Bedeutungsspektrum des Adjektivs in den literarischen Quellen nur *Georges*, Ausführliches lateinisch-deutsches Handwörterbuch (Nachdruck Darmstadt 1998) II 340-343.

⁹⁰ Näher zur Stelle *J. Rainer*, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht (1987) 133, 136 FN 7, 9 u 10.

⁹¹ Wegen der dichten Quellenlage lässt sich die Bedeutung des Ausdrucks „*res integra*“ für die *emptio venditio* am klarsten rekonstruieren; s dazu die exegetischen Ausführungen von *Knütel*, *Contrarius consensus* (1968) 23-60 u *Mayer-Maly* in FS Wesener 306 („das Höchstmaß an Technizität findet man eindeutig bei der *emptio venditio*“).

⁹² Siehe Ner. D. 2, 14, 58; Jul. D. 18, 5, 5, 1; Pomp. D. 18, 1, 6, 2; 18, 5, 2; Pap. 18, 1, 72 pr; 46, 3, 95, 12; Paul. D. 18, 5, 3; Ulp. D. 2, 14, 7, 6; Gord. C. 4, 45, 1; Diocl. C. 4, 45, 2; Inst. 3, 29, 4; eingehend zur Thematik *R. Knütel* aaO (FN 91); *W. Flume*, Rechtsakt und Rechtsverhältnis (1990) 45-52 (§ 4).

⁹³ Ein Kauf wird durch bloße Vereinbarung aufgehoben, wenn die Sache noch nicht befolgt worden sein sollte (scil: solange noch keine Leistung erbracht wurde).

⁹⁴ Das exakte Jahr dieser Kaiserkonstitution ist unbekannt.

⁹⁵ *Re integra* ist es gewiss möglich, dass vom Kauf und Verkauf durch Konsens beider Parteien zurückgetreten wird.

⁹⁶ Wir können den Kauf nach Zahlung des Kaufpreises nicht mehr ungeschehen machen.

⁹⁷ Nach erfolgter Übergabe hebt der bloße Wille den Kauf nicht auf.

⁹⁸ Pap. D. 46,3,95,12; Diocl. C. 4,45,2,2 (*si vero partem pretii persolvisti [...]*).

⁹⁹ In FS Wesener 306-308.

¹⁰⁰ Zu dieser bereits oben Pkt I.

Weshalb es nach römischem Recht unzulässig war, einen Kaufvertrag konsensual aufzuheben, wenn dieser nicht *re integra* war, wird in der Sekundärliteratur unterschiedlich erklärt: *Siber*¹⁰¹ und *W. Flume*¹⁰² führen die Einschränkung darauf zurück, dass die klassischen Juristen scharf zwischen dem rechtsbegründenden Akt (bei der *emptio venditio* der erzielte Konsens) und den daraus resultierenden Obligationen unterschieden. Während die Verbindlichkeiten des Verkäufers und des Käufers va¹⁰³ durch ein *pactum de non petendo* „aufgehoben“¹⁰⁴ werden konnten, habe ein *contrarius consensus* zwar „nicht die Tatsache des Kontraktsschlusses als tatsächlichen Vorgang ungeschehen [gemacht]; er beseitigt aber den Kauf als Rechtsakt.“¹⁰⁵ Samt ihrer Wurzel konnte man eine *emptio venditio* nur dann aufheben, wenn sie *re integra* war¹⁰⁶). *Mayer-Maly*¹⁰⁷ erklärt die Restriktion historisch; nämlich als Fortwirkung eines Rechtsgedankens aus der vorklassischen Zeit, in welcher der Barkauf als Ritualakt angesehen wurde, der – einmal korrekt gesetzt – nicht mehr aus der Welt geschaffen werden konnte. *Heinrich Stoll*¹⁰⁸ und *Benöhr*¹⁰⁹ weisen darauf hin: Die Verbindlichkeiten aus einer *emptio venditio* erlöschen mit ihrer Erfüllung. Danach sei für einen *contrarius consensus* kein Aufhebungsgegenstand mehr vorhanden gewesen. Dem folgt *Knütel*¹¹⁰, der eine plausible Erklärung nachliefert, weshalb – auf Basis dieser Deutung – auch (teilweise) einseitige Erfüllung von Kaufverträgen deren konsensuale Aufhebung ausschloss, und rekurriert dabei auf das Symmetriegebot: „Die *bona fides* ließ nicht zu, daß aus einer auf wechselseitige Befreiung gerichteten Vereinbarung nur eine Partei den Vorteil zöge, frei zu werden.“¹¹¹

Welcher dieser Ansichten beizupflichten ist, kann im Rahmen dieser Abhandlung dahingestellt bleiben. Zu beachten ist jedoch, dass bereits die römischen Juristen – wie *Knütel*¹¹² nachgewiesen hat – die Möglichkeit zuließen, den Status eines Kaufvertrags als *res*

¹⁰¹ *Contrarius consensus*, SZ 42 (1921) 68 (70 f, 90).

¹⁰² Rechtsakt 45-47.

¹⁰³ Daneben bestand die Möglichkeit, die Verbindlichkeiten von Verkäufer und Käufer durch eine *stipulatio Aquiliana* zu tilgen; allerdings war die Tilgungswirkung einer solchen nach ihrer Formel nicht auf einzelne Klagen beschränkt, sondern umfasste sämtliche Ansprüche einer Person gegen eine andere (s zur Formel: Flor. D. 46,4,18,1; Inst. 3,29,2; eingehend zur angesprochenen Rechtsfigur *F. Sturm*, *Stipulatio Aquiliana: Textgestalt und Tragweite der Aquilianischen Ausgleichsquittung im klassischen römischen Recht* [1972] passim).

¹⁰⁴ Freilich nur in einem untechnischen Sinn, weil ein *pactum de non petendo* die Verbindlichkeit bekanntlich nicht tilgt, sondern wegen seiner honorarrechtlichen Natur bloß Exzeptionswirkungen entfaltet. Allerdings fallen sowohl die Klage des Verkäufers (*actio venditi*) als auch jene des Käufers (*actio empti*) in die Kategorie der *bonae fidei iudicia*, deren Formeln die *exceptio pacti* (bzw *doli*) inhärent war, sodass man sich im Ergebnis einer Tilgungswirkung annähert (s zu all dem mit Quellen- und Literaturbelegen: *Kaser*, *Römisches Privatrecht* I² 642 [§ 150 II.3.b]).

¹⁰⁵ *W. Flume*, Rechtsakt 46; ebenso *Siber*, SZ 42, 71 f.

¹⁰⁶ Im Ansatz bereits *F. Gschnitzer*, *Die Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht*, JherJb 76 (1926) 317 (376). Die – ohne Quellenbeleg aufgestellte – Hypothese des Autors, dass dem römischen Recht der Gedanke einer rückwirkenden Aufhebung von Obligationen gemeinhin fremd gewesen sei, trifft jedoch nicht zu.

¹⁰⁷ In FS Wesener 308; ebenso *G. Grosso*, *L'efficacia die patti nei bonae fidei iudicia*, Studi urbinati I (1927) 29 (35); weitere Nachw zu dieser Ansicht bei *Knütel*, *Contrarius consensus* 58 FN 5.

¹⁰⁸ Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht, SZ 44 (1924) 1 (34, 58).

¹⁰⁹ Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts (1965) 80.

¹¹⁰ *Contrarius consensus* 57-60.

¹¹¹ *Knütel*, *Contrarius consensus* 59. Diese Ansicht findet in Pomp. D. 18,5,1 eine Stütze.

¹¹² *Knütel*, *Contrarius consensus* 44-57 (§ 11: „Die Wiederherstellung der *res integra*“).

integra nachträglich wiederherzustellen. Mit Blick auf die von *Knütel*/untersuchten Quellen¹¹³ betont *Mayer-Maly*¹¹⁴, „daß sich im Corpus iuris so etwas wie eine partielle Vorwegnahme der Ehrenzweigschen Redintegrationslehre findet, die diese als einen der vielen Fälle einer Wiederkehr von Rechtsvorstellungen erscheinen läßt.“

2. Wiederherstellung des *res integra* nach römischen Recht

Den aussagekräftigsten Beleg für die Option, einen ins Abwicklungsstadium getretenen Kaufvertrag nachträglich in den Zustand *re integra* zurückzusetzen, findet man bei *Aristo* im *Neraz*-Fragment D. 2,14,58 (lib 3 membr¹¹⁵):

*Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin*¹¹⁶ *integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitissem et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitissem, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitissem, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares. illud plane conventionem, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituentur.*¹¹⁷

¹¹³ Ner. D. 2, 14, 58 (dazu sogleich); Ulp. D. 2, 14, 16, 1; Paul. D. 20, 6, 10 pr u 1; C. 4, 45, 1.

¹¹⁴ In FS Wesener 308.

¹¹⁵ Dies ist nicht der Ort, um die breit geführte Diskussion zur Textkritik neu aufzurollen. Siehe dazu – jeweils mit Darstellung der einzelnen Interpolationsvermutungen – nur *Knütel*, *Contrarius consensus* 45 u. *R. Greiner*, *Opera Neratii* (1973) 71 ff. *Knütel* erachtet den Text als „stark überarbeitet“. Allerdings betont er entgegen zahlreichen Stimmen aus der älteren Romanistik: „Unter der weitschweifigen und unbeholfenen Darstellung dieser Lehre ist der zugrunde liegende echte Gedankengang noch deutlich erkennbar.“ Zurückhaltender konstatiert *Greiner*: „Mit Sicherheit ist nur die Erweiterung *ceterisque similibus obligationibus* unecht.“

¹¹⁶ Die Lesart *qui* in der handschriftlich überbrachten *Florentina* ist in der *editio stereotypa* (*Th. Mommsen/P. Krüger*, *Institutiones – Digesta*¹⁵ [1928] 61 mit FN 21) abgeändert auf *quin*, abhängig von *dubium non est*. Näher zur Bedeutung der Konjunktion *quin* in Abhängigkeit des angesprochenen negativen Ausdrucks: *H. Menge*, *Repetitorium der lateinischen Syntax und Stilistik*¹⁷ (1979) 234 (Pkt 357.3.a.).

¹¹⁷ *Dass von einer emptio venditio, einer locatio conductio und von anderen ähnlichen Obligationen solange alles unberührt ist durch Konsens derjenigen, die wechselseitig verpflichtet sind, abgegangen werden kann, ist nicht zweifelhaft. Von Aristo wurde darüber hinaus Folgendes vertreten: Wenn ich dasjenige, das ich dir aus Kauf zu leisten schuldig war, geleistet, und mit dir – während du mir den Preis schuldest – vereinbart hatte, dass du mir den Kaufpreis nicht zu geben brauchst, wenn mir von dir alles Verkaufte, was ich dir geleistet hatte, rückgeleistet werden sollte, und du mir das geleistet hast, wirst du aufhören, den Preis zu schulden, weil die Interpretation nach Treu und Glauben, auf die das alles zurückgeführt wird, auch eine solche Vereinbarung zulässt. Und so besteht kein Unterschied, ob 1) wenn alles, zu dem wir verpflichtet waren, unberührt ist, vereinbart wird, dass von diesem Geschäft abgegangen werden sollte, oder ob wir 2) übereingekommen sind, dass du aus diesem Titel nichts zu leisten brauchst, wenn dasjenige, das ich dir geleistet hatte, restituiert worden ist. Jenes freilich kann durch die Vereinbarung, die der Auflösung von dem dient, was vereinbart wurde, nicht bewirkt werden, dass du verpflichtet wirst, mir das, was ich schon geleistet habe, zu restituieren, weil es uns dann weniger darum ginge, von dem früheren Geschäft abzugehen, als darum, dass zwischen uns gewisse neue Verbindlichkeiten aufgestellt würden. Vgl daneben auch die Übersetzungen von *Ch. Krampe* in *Behrends/Knütel et al*, *Corpus Iuris Civilis II* (1995) 252 und *Sintenis* in *Otto/Schilling/Sintenis*, *Das corpus iuris civilis*¹² (1839) 359 f.*

Neraz weist eingangs auf das Rechtsprinzip hin, wonach die Parteien von einem Kaufvertrag oder einer *locatio conductio* durch Konsens abgehen können,¹¹⁸ solange der jeweilige Vertrag noch *re integra* (gleichbedeutend: *integris omnibus*) ist. Daran anknüpfend schildert der Jurist die weitergehende Ansicht seines Zeitgenossen *Aristo* zu folgendem Fall: Der Verkäufer *Ego* schloss mit *Tu* eine *emptio venditio* ab und hatte seine Sachleistungspflicht bereits erfüllt. Später traf er mit *Tu* eine Aufhebungsabrede. Sie wurde vereinbart 1) nachdem *Ego* die Sachleistung erbracht hatte und 2) als *Tu* den Kaufpreis noch schuldete.¹¹⁹ Der Inhalt der Vereinbarung ist in der Periode *ut rursus [...] non dares* referiert: Demnach sollte die Zahlungspflicht nicht durch Abschluss der Vereinbarung selbst, sondern erst durch Rückgabe der Sachleistungen entfallen.¹²⁰ Sie stellt eine Potestativbedingung für die aufhebende Wirkung der Abrede dar.

Diese Funktion verdeutlicht die anschließende Passage *tuque [...] desinere*. Sie referiert nicht den Inhalt der *conventio*, sondern veranschaulicht deren Rechtswirkungen für den Fall, dass *Tu* die Sachleistungen tatsächlich restituieren sollte.¹²¹ Diesfalls schuldet er den Kaufpreis nicht mehr (*pretium te debere desinere*). Mit diesem *AcI*¹²² gibt *Neraz* die gutachterliche Entscheidung von *Aristo* wörtlich wieder. Auch die nachfolgende Begründung *quia bonae fidei [...] admittit* ist noch Teil der direkten Rede.¹²³ Darin spricht sich *Aristo* gegen ein formales Verständnis der Kategorie *res integra* aus, und befürwortet die Möglichkeit, diesen Zustand durch Rückgabe der Sachleistung wiederherzustellen.¹²⁴ Als Stütze für diese Ansicht dient ihm das Prinzip von Treu und Glauben.

Der Schlusssatz *illud plane* rell enthält einen Hinweis zur Rechtsnatur der Aufhebungsvereinbarung. Sie stellt – dem Konträraktsdenken der römischen Juristen entsprechend – eine Aufhebungsvereinbarung dar; nicht mehr. Neue klagbare Verbindlichkeiten sollen nicht begründet werden. Demnach kann der Verkäufer *Ego* von *Tu*

¹¹⁸ Der Passus *ceterisque similibus obligationibus* lässt sich kaum plausibel deuten. Allen voran dürften damit nicht *mandata* angesprochen sein. Zwar war auch bei deren Aufhebung die Frage, ob der Vertrag noch *res integra* ist, von Relevanz (Gai 3,159). Allerdings erfolgt die Auflösung nicht konsensual, sondern durch einseitigen Widerruf durch den Mandanten. Eine Auflösungsabrede ist für das Mandat in den Quellen nicht bezeugt (*Knütel*, *Contrarius consensus* 132). Man wird den Passus *ceterisque similibus obligationibus* daher mit der üA als justinianische Interpolation zu tilgen haben (s neben den Nachw in FN 115 bspw noch *Benöhr*, *Synallagma* 77 FN 44).

¹¹⁹ Arg: *cum tu mihi pretium deberes* mit *Knütel*, *Contrarius consensus* 49 gegen *Siber*, *SZ* 42, 98. Letzterer geht davon aus, dass die Aufhebungsvereinbarung erst nach Rückgabe der Kaufsache an *Ego* getroffen worden wäre, was jedoch nicht zum überbrachten Inhalt der Vereinbarung passt (dazu sogleich im Fließtext).

¹²⁰ Das ergibt sich aus dem konditional zu lesenden *Ablativus absolutus rursus praestitis [...] omnibus* und aus dem davon abhängigen Relativsatz *quae ego tibi praestitisssem*.

¹²¹ Ebenso bspw *H. Stoll*, *SZ* 44, 17 f. Allerdings betont der Autor wohl zu Unrecht, dass die tatsächlich erfolgte Rückgabe der Sache dem Fall „jedwedes juristisches Interesse“ nehme.

¹²² Der *AcI* ist von einem gedachten *respondit* abhängig zu machen. Siehe dazu auch die Interpunktion von *Mommsen/Krüger*, *Digesta*¹⁵ 61: „*tuque mihi ea praestitisses:*“

¹²³ Demnach ist der Wechsel in die direkte Rede kein zwingendes Interpolationsindiz.

¹²⁴ Diese Begründung wird in der Sekundärliteratur unterschiedlich gewürdigt: Kritisch äußert sich zB *Leist*, *Über die Wechselbeziehung zwischen dem Rechtsbegründungs- Rechtsaufhebungsacte* (1876) 19 f („*Aristo* argumentiert hier völlig unhistorisch und uncivilistisch“); ähnlich *Siber*, *SZ* 42, 99 f. Demgegenüber erachten *H. Stoll*, *SZ* 44, 15 f, 59; *Knütel*, *Contrarius consensus* 46 f; *Greiner*, *Opera Neratii* 71 und *Kaser*, *Das Römische Privatrecht II*² (1975) 443 FN 43 die Argumentation als plausibel.

die Rückgabe der Sachleistung – trotz Vereinbarung – nicht gerichtlich fordern.¹²⁵ Dem Käufer wird durch die Abrede eine *facultas alternativa* eingeräumt: Der Verkäufer kann lediglich auf die Kaufpreiszahlung dringen; der Käufer ist jedoch ermächtigt, an deren Stelle die erhaltenen Sachleistungen zu restituieren, wodurch seine Pflicht, den Kaufpreis zu entrichten, erlischt.

D. Funktionswandel der *res integra*-Lehre in der SpätPandektistik

1. *Zitelmann*. Anstoß der Debatte durch pointierte Kritik an der Erklärungstheorie

Der Wandel der Kategorie *res integra* als Schranke der konsensualen Aufhebung von (Kauf-)Verträgen hin zu einer Figur des Irrtumsrechts fand im Zuge des Diskurses zwischen den Vertretern der Willens- und Erklärungstheorie statt, der in der zweiten Hälfte des 19. Jh seinen Höhepunkt erreichte.¹²⁶ Den Anstoß gab *Zitelmann*, der kurz vor Veröffentlichung seiner „psychologischen Willenslehre“¹²⁷ in einem Aufsatz¹²⁸ die Schwachpunkte der Erklärungstheorie aufzeigt. Dabei führt *Zitelmann* ua ein fallbezogenes *argumentum ad absurdum* ins Feld: Jemand geht in eine Trafik, um eine Kiste Zigarren zu bestellen, und einigt sich mit dem Angestellten. Unmittelbar danach reflektiert er, dass der Verkäufer den Preis nicht in Taler, sondern – wie bereits üblich – in Mark angegeben haben dürfte. *Zitelmann* mokiert sich darüber, dass der Käufer nach der Erklärungstheorie seine Einwilligung selbst dann nicht zurücknehmen könne, wenn er seinen Irrtum noch beim Verlassen des Ladens bemerkt, und in der Tür umkehrt, um den Verkäufer darüber aufzuklären.¹²⁹ Er polemisiert: „Gesagt ist gesagt, und war es auch nur versprochen, so ist’s doch nun einmal versprochen, mein Vertrauen ist bereits erregt gewesen, wenn auch nur fünf Minuten lang.“¹³⁰

2. *Hartmann*. Aufklärung von Irrtümern *re integra*

Mit *Zitelmann* trat *G. Hartmann*¹³¹ in Dialog: Dem tendenziell um quellennahe Argumentation bemühten Pandektisten¹³² missfiel sowohl der interdisziplinäre Ansatz von *Zitelmann* als auch dessen „selbsterfundene psychologische Schuldtheorie“¹³³. *Hartmann* – er gilt neben *Leonhard*¹³⁴ als wichtigster Vertreter der vermittelnden Vertrauensstheorie der deutschen Pandektistik – entwickelte seine Irrtumslehre ausgehend von Fragmenten des *corpus iuris*

¹²⁵ *Quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituentur.*

¹²⁶ Die Diskussion hat *Schermaier*, Irrtum 467-606 detailgetreu aufbereitet.

¹²⁷ Irrtum und Rechtsgeschäft: Eine psychologisch-juristische Untersuchung (1879).

¹²⁸ Die juristische Willenserklärung, JherJb 16 (1878) 357.

¹²⁹ JherJb 16 (1878) 421; *Zitelmanns* Argumentation folgt *Mommsen*, Erörterungen aus dem Obligationenrecht II: Über die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen (1879) 111 inkl Anm 34; mit einem ähnlichen Fallbeispiel kämpft später auch *Jhering*, Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, JherJb 4 (1981) 1 (22) gegen die Erklärungstheorie an.

¹³⁰ *Zitelmann*, JherJb 16, 421.

¹³¹ Wort und Willen im Rechtsverkehr, JherJb 20 (1882) 1 (10 ff, insb 25 f).

¹³² Zur methodischen Ausrichtung sowie zu den wichtigsten Werken dieses Rechtsgelehrten – etwa jenem „Über die Querela inofficiosi testamenti nach classischem Recht (1864) – s. *I. Pfaff*, *Hartmann*, Gustav, in Allgemeine Deutsche Biographie L (1905) 28-31.

¹³³ JherJb 20, 10.

¹³⁴ Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte. Ein Beitrag zur Vereinfachung der Vertragslehre I (1882) u II (1883) I 11 ff und passim; näher zur vertrauensstheoretisch ausgerichteten Irrtumslehre von *Hartmann* und *Leonhard*: *Schermaier*, Irrtum 567-576.

civilis. Die widersprüchlich anmutende Quellenlage führt *Hartmann* darauf zurück, dass die römischen Juristen die rechtliche Bedeutung von Irrtümern nach dem Prinzip von Treu und Glauben und deshalb stark einzelfallbezogen beurteilt hätten.¹³⁵ Auf Basis der *bona fides* entwickelt er die These, dass Irrrende ihre Fehlvorstellung (sofern diese vom Vertragspartner nicht *dolos* herbeigeführt wurde) lediglich dann relevieren könnten, „wenn die zu erweisende Disharmonie von äußerer Erklärung und innerer Absicht der anderen Partei erkennbar ist, [...] bei der gewöhnlichen im Gedränge des Verkehrs möglichen Achtsamkeit.“¹³⁶ Bezugnehmend auf die oben geschilderte Kritik *Zitelmanns* an der Erklärungstheorie formuliert *Hartmann* einen weiteren Leitsatz: Eine Anfechtung von Verträgen wegen Irrtums soll auch möglich sein, solange Geschäfte *re integra* sind; dh solange „die äußere Sachlage noch nicht als zum Nachteil der Gegenpartei verändert angesehen werden kann.“¹³⁷ Auch hier stützt sich der Pandektist auf die *bona fides*. Es liege eine Schikane darin, wenn der Gegner bei einem Sich-Versprechen oder Sich-Verschreiben des anderen Teils eine rechtzeitige *adhuc re integra* erfolgte Selbstberichtigung nicht zulässt.¹³⁸

3. Ungers Position zur legislativen Behandlung des wesentlichen Irrtums

Hartmanns Lehre zur Selbstberichtigung *re integra* fand bei *Unger* Anklang. Allerdings richtete der Präsident des österr Reichsgerichts (1881 - 1913) diese in seiner bereits zitierten Arbeit (s Pkt III.B.) über die legislative Behandlung des wesentlichen Irrtums¹³⁹ neu aus: Wie *Hartmann* schickt sich auch *Unger* an, die Frage nach der Anfechtbarkeit von Verträgen wegen Irrtums nach der *bona fides* zu beurteilen.¹⁴⁰ Dabei sei jedoch stärker zu beachten, dass niemand auf das Zustandekommen eines Vertrages „einen Rechtsanspruch hat“. ¹⁴¹ Ein Nachteil entstehe für den anderen Teil erst dadurch, „dass er sich auf die Rechtsbeständigkeit des Vertrags verlassen und im Vertrauen darauf weitere vermögensrechtliche Dispositionen getroffen, oder unterlassen hat.“ Daher sei es unter dem Aspekt von Treu und Glauben ausreichend, wenn der Irrrende dem anderen Teil das negative Vertragsinteresse ersetzt.¹⁴²

Dieser Zugang prägt auch *Ungers* Ansicht zum „Recht der Selbstberichtigung *re integra*“¹⁴³, dass dieser – unter Berufung auf *Hartmann* – aus Gründen der *bona fides* rechtsfortbildend für das ABGB befürwortet. Kritik ernten *Hartmanns* Überlegungen jedoch deshalb, weil es unbillig sei, dem Irrrenden die Möglichkeit zu verwehren, den Zustand *re integra* nachträglich

¹³⁵ JherJb 20, 27 ff.

¹³⁶ *Hartmann*, JherJb 20, 41 f; s auch noch 48. *Hartmann* verschweigt nicht, dass seine These weitgehend der Regelung des § 876 aF ABGB entspricht (aaO 71). Er erachtet das Irrtumsrecht der Urfassung des ABGB als gelungen.

¹³⁷ *Hartmann*, JherJb 20, 42.

¹³⁸ *Hartmann*, Werk und Wille bei dem sogenannten stillschweigenden Konsens, AcP 72 (1888) 161 (214 inkl FN 41).

¹³⁹ Grünhuts Zeitschrift 15 (1888) 673-689.

¹⁴⁰ *Unger*, Grünhuts Zeitschrift 15, 678.

¹⁴¹ *Unger*, Grünhuts Zeitschrift 15, 679. Dort auch zum Nachfolgenden.

¹⁴² Aus diesem Grund übte *Unger* (System des österr Privatrechts II³ [1868] 123 ff) bereits davor heftige Kritik am Irrtumsrecht der Urfassung des ABGB, das „ebensowenig in theoretischer Beziehung zu rechtfertigen, als in legislativer zu billigen“ sei.

¹⁴³ Grünhuts Zeitschrift 15, 680 f.

wiederherzustellen.¹⁴⁴ *Unger* fragt rhetorisch: „Genügt tatsächlich die geringste Disposition, welche der Gegner im Vertrauen auf den Scheincontract trifft, um den Irrenden am Vertrag festzuhalten und zur vollständigen Erfüllung desselben zu verhalten?“¹⁴⁵ Um Unbilligkeiten zu vermeiden, befürwortet *Unger* die Möglichkeit des Irrenden, den Zustand *re integra* nachträglich durch Ersatz des Vertrauensschadens zu restaurieren: „Es zeigt sich auch hier recht deutlich, dass nur das negative Vertragsinteresse allen Eventualitäten gerecht zu werden vermag.“¹⁴⁶ Damit verwendet *Unger* das Recht der Selbstberichtigung *re integra* jedoch in Wahrheit als Vehikel, um das – ihm unliebsame – Irrtumsrecht des ABGB umzugestalten. Zwar legt *Unger* diese Intention nicht offen. Denkt man seine Argumentation zu Ende, zeigt sich die Neuausrichtung jedoch relativ deutlich.

E. Finale Betrachtung der Erläuterungen im Herrenhausbericht

Damit ist es an der Zeit, den Blick ein zweites Mal auf die Materialien zur III. Teilnovelle zu richten: Wie gezeigt, wird die dritte Anfechtungsalternative von § 871 Abs 1 ABGB im HHB als „*Recht der Selbstberichtigung re integra*‘ (s. *Unger a. a. O., S. 680 f.*)“ erläutert.¹⁴⁷ Da *Unger* aaO die Möglichkeit bejaht, ins Abwicklungsstadium getretene Kontrakte nachträglich durch Ersatz der getätigten Aufwendungen in den Status *re integra* zurückzusetzen, sprechen die Materialien *prima vista* für die Redintegrationslehre *Ehrenzweigs*.¹⁴⁸ Schenkt man dem *Unger*-Zitat Beachtung, scheint es gleichsam fragwürdig, wenn der OGH die Redintegrationsthese in 1 Ob 650/51¹⁴⁹ unter Verweis auf den „Bericht der Kommission des Herrenhauses für Justizgegenstände, 3. Teilnovelle mit Materialien S. 257“ verneint.¹⁵⁰

Allerdings ist auch eine andere Textpassage des HHB zu berücksichtigen, der im bisherigen Diskurs rund um die *Redintegration* – soweit ersichtlich – keine,¹⁵¹ jedenfalls aber nicht jene Bedeutung beigemessen wird, die ihr zukommt: Nicht im Zusammenhang mit der neu eingeführten Anfechtungsalternative, sondern bei den allgemeinen Vorbemerkungen zum Irrtumsrecht heißt es:¹⁵² „*An den Grundsätzen der ‚originell und kühn gedachten Irrtumslehre‘ (Strohal Die Gültigkeit d. Titels S. 15) des a. b. G. B. soll nicht gerüttelt werden. Die ‚Revision‘ hat insbesondere keinen dringenden praktischen Anlaß, von dem Systeme der Gebundenheit des Irrenden zugunsten des auf die Erklärung vertrauenden Vertragsgegners (der Promissar hat das Recht, das Versprechen als wahre Einwilligung zu nehmen und sich daran zu halten: Zeiller, Komm. III, 42) überzugehen zu dem vom Deutsch. B. G. B. §§ 119, 122 angenommenen (von Unger ‚Legislative Behandlung des wesentlichen Irrtums‘ in*

¹⁴⁴ Dieses Argument entspricht der oben (Pkt III.C.2) behandelten Ansicht des römischen Juristen *Neratius*. Auch dieser befürwortet unter Berufung auf die *bona fides* die Möglichkeit, einen ins Erfüllungsstadium getretenen Kaufvertrag nachträglich in den Zustand *re integra* zurückzusetzen. Es liegt nahe, dass *Unger* – der in seinen Untersuchungen häufig auf Quellen des römischen Rechts rekurrierte (Beispiele bei *Rainer*; Das Römische Recht in Europa [2012] 358 f) – bei seinen Überlegungen das Fragment D. 2,14,58 vor Augen hatte, ohne es zu zitieren.

¹⁴⁵ *Unger*, Grünhuts Zeitschrift 15, 681.

¹⁴⁶ *Unger*, Grünhuts Zeitschrift 15, 681.

¹⁴⁷ HHB 257; s dazu oben Pkt III.B.

¹⁴⁸ Zu ihr bereits oben Pkt II.A.

¹⁴⁹ OGH 1 Ob 650/51 SZ 24/288.

¹⁵⁰ Siehe zu diesem Judikat bereits oben Pkt II.A.

¹⁵¹ Sie wird von keinem jener Autoren, deren Positionen oben unter Pkt II. analysiert wurde, zitiert; geschweige denn näher behandelt.

¹⁵² HHB 256.

Grünhuts Ztschr. XV, 673 ff befürworteten) Systeme der unbedingten Anfechtbarkeit des Vertrags durch den Irrrenden unter Ersatz des ‚negativen Vertragsinteresses‘ an den Gegner.“

Diese allgemeinen Ausführungen beantworten die Frage, ob die im römischen Recht anerkannte und von *Unger* für das Recht der Selbstberichtigung *re integra* befürwortete Option, den Zustand eines Geschäfts als *res integra* nachträglich wiederherzustellen, Eingang ins Irrtumsrecht des ABGB gefunden hat: Zwar befand sich das deutsche BGB 1888 – als *Unger* seine These publizierte – noch im Entwurfsstadium.¹⁵³ *Unger* verfolgte also – anders als der zitierte Passus suggeriert – gewiss nicht die Absicht, die §§ 871, 876 ABGB an die einschlägigen Bestimmungen des BGB anzupassen. Allerdings betonen die Mitglieder des Herrenhauses zu Recht, dass *Ungers* Lehre zur Selbstberichtigung *re integra* in Kombination mit der von ihm befürworteten Redintegrationsmöglichkeit¹⁵⁴ im Ergebnis weitgehend dem System der zwischenzeitlich kodifizierten §§ 119, 122 BGB entspricht. Damit lässt sich der Wille des historischen Gesetzgebers wie folgt rekonstruieren: Man positivierte in § 871 ABGB zwar das Recht der Selbstberichtigung *re integra*,¹⁵⁵ zugleich sprach man sich jedoch gegen die Möglichkeit aus, Rechtsgeschäfte nachträglich durch Ersatz des Vertrauensschadens in den Zustand *re integra* zurückzusetzen. *Der Paradigmenwechsel, der damit verbunden gewesen wäre, war nicht gewollt.*¹⁵⁶ Diese Erkenntnis lässt auch die restriktiveren Redintegrationslehren in einem anderen Licht erscheinen.

IV. Stellungnahme zur beweglichen Redintegrationslehre von *F. Bydlinski*

Wie gezeigt, befürwortet *F. Bydlinski* bei zweiseitig verbindlichen Geschäften eine Redintegration nach Maßgabe eines *beweglichen Modells*. Sie sei – erstens – umso eher zu befürworten, je verlässlicher sich der Vertrauensschaden des Anfechtungsgegners ermitteln lasse, und – zweitens – umso eher, je gravierender eine etwaige Äquivalenzstörung zwischen Leistung und Gegenleistung zulasten des Irrrenden ausfällt.¹⁵⁷ Diese Position scheint schon allein deshalb fragwürdig, weil sie – zwar in eingeschränkter Form, aber eben doch – eine Rechtsfigur bejaht, die der Gesetzgeber nicht ins ABGB eingeführt hat. Im Übrigen scheinen auch die beiden Kriterien angreifbar.

A. Zum Kriterium der Feststellbarkeit des Vertrauensschadens

Nach *F. Bydlinski* ist dem Irrrenden die Redintegration zu versagen, wenn ihr die „praktische Realisierungsschwierigkeit“ entgegensteht, dass der Vertrauensschaden nicht „einigermaßen umfassend und verlässlich feststellbar ist.“¹⁵⁸ Fraglich ist zunächst, ob die befürchteten

¹⁵³ Der erste Entwurf des BGB wurde bekanntlich im Dezember 1887 veröffentlicht. Ausführlich zur Entwicklung des Irrtumsrechts des BGB von der Einsetzung der ersten Kommission am 17. September 1874 bis zum Inkrafttreten des BGB: *Schermaier*, Irrtum 607-698.

¹⁵⁴ Die *Unger* freilich selbst nicht so bezeichnet.

¹⁵⁵ HHB 257.

¹⁵⁶ HHB 256.

¹⁵⁷ Dazu oben Pkt II.B.

¹⁵⁸ *F. Bydlinski* in FS H. Stoll 135.

Probleme tatsächlich auftreten würden: Da der Vertragsschluss den Zustand *re integra* nicht beseitigt, weist *F. Bydlinski* konsequenterweise darauf hin, dass „Aufwendungen für den Vertragsschluß selbst unbeachtet bleiben.“¹⁵⁹ Davon abgesehen, entspräche das ersatzfähige negative Vertragsinteresse jedoch weitgehend dem Vertrauensschaden iS von § 122 BGB.¹⁶⁰ Die Redintegration würde also – sofern sie vom Gesetzgeber normiert worden wäre – eher nicht am praktischen Problem scheitern, dass sich der Vertrauensschaden nicht hinreichend klar bestimmen lässt. Das vom deutschen Gesetzgeber gewählte Modell scheint zu funktionieren.

Dessen ungeachtet mutet das Kriterium deshalb merkwürdig an, weil es die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast betreffend zu einer *ambivalenten Situation* im Erkenntnisverfahren führen dürfte. Es eröffnet dem Anfechtungsgegner im „Redintegrationsprozess“ den Einwand, sein negatives Vertragsinteresse lasse sich nicht verlässlich feststellen. Praktisch gedacht würde der Anfechtungsgegner dazu verleitet, einen möglichst komplexen Vertrauensschaden vorzubringen,¹⁶¹ den er *nicht (!)* unter Beweis stellen könne, sodass sein negatives Vertragsinteresse nicht sicher feststellbar sei. Wie sollen Gerichte die Richtigkeit eines solchen Vorbringens überprüfen? Das Kriterium der Feststellbarkeit des negativen Vertragsinteresses des Anfechtungsgegners würde – trotz Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien (§ 178 Abs 1 ZPO) und diskretionärer Gewalt des Richters (§ 183 Abs 1 ZPO¹⁶²) – wohl zu erheblichen praktischen Problemen führen.

B. Zur irrtumsbedingten Äquivalenzstörung

1. Abgrenzungsprobleme

Die zweite Voraussetzung einer Redintegration nach *F. Bydlinskis* Lehre hat bereits *Kerschner*¹⁶³ bekrittelt, der auf „die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen noch tolerierbarem und schon auffälligem Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung“ hinweist. Mangels gesetzlicher Anhaltspunkte könnte auch dieses Kriterium zu Rechtsunsicherheit führen. Allerdings wurzeln die Probleme tiefer.

¹⁵⁹ *F. Bydlinski* in FS H. Stoll 135. Demgegenüber sind nach § 122 BGB Aufwendungen anlässlich des Vertragsschlusses ersatzfähig (s für die ganz hA nur *Armbrüster* in Säcker/Rixecker et al, Münchener Kommentar zum BGB I⁸ [2018] § 122 Rz 17; *R. Singer* in J. von Staudingers [Begr], Kommentar zum BGB, Allgemeiner Teil I [2017] § 122 Rz 13).

¹⁶⁰ Näher zum Umfang des in § 122 BGB normierten Ersatzanspruchs *Armbrüster* in MüKomm, BGB I⁸ § 122 Rz 17-19; *R. Singer* in *Staudingers*, BGB (2017) § 122 Rz 13-16.

¹⁶¹ Als Schadenspositionen kommen zB in Betracht: Schadenersatzansprüche, denen der Anfechtungsgegner selbst ausgesetzt ist, weil er infolge der Irrtumsanfechtung seine eigenen Vertragspflichten im Verhältnis zu einem Dritten nicht erfüllen kann; der Nachteil, der daraus resultiert, dass er es im Vertrauen auf die Gültigkeit des Geschäfts unterlassen hat, ein anderes Geschäft abzuschließen; die Mehrkosten eines erforderlichen Deckungsgeschäfts; usw.

¹⁶² Näher zu beiden Aspekten bspw *Rassi* in Fasching/Konecny, ZPO II/3³ (2015) § 183 Rz 1 f; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österr Zivilprozessrechts⁹ (2017) Rz 404.

¹⁶³ Irrtumsanfechtung 129.

2. Zum Verhältnis zwischen Vertrauensschutz und Wahrung des Äquivalenzprinzips

F. Bydliński¹⁶⁴ präsentiert seine Lehre als sachgerechten Mittelweg zwischen Willens- und Erklärungstheorie, die den Vorzug aufweise, dem Äquivalenzprinzip gebührend Rechnung zu tragen. Letzteres wird im ABGB va durch die *laesio enormis* und den Wuchertatbestand gewahrt. Führt man sich die Rechtsfolgen dieser Institute vor Augen – nämlich das Recht zur Vertragsanfechtung einerseits (§ 934 ABGB) und die Sanktion der relativen Nichtigkeit andererseits (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB) –, zeigt sich jedoch Folgendes: Nicht nur die Möglichkeiten, dem tatsächlichen Willen des Irrenden zum Durchbruch zu verhelfen oder das Vertrauen des anderen Teils auf das Geschäft zu schützen, schließen sich wechselseitig aus; auch zwischen der Wahrung des Äquivalenzprinzips und dem Vertrauensschutz des Begünstigten besteht eine „Entweder-oder“-Relation.

Der Gesetzgeber löst das Verhältnis folgendermaßen auf: Willigt jemand in einen Vertrag ein, bei dem der gemeine Wert der Gegenleistung zur Zeit des Abschlusses nicht einmal die Hälfte des Werts der eigenen Leistung beträgt,¹⁶⁵ schlägt das *Äquivalenzprinzip* durch: Der Verkürzte kann den Vertrag allein wegen der Äquivalenzstörung mit dinglicher¹⁶⁶ *ex tunc*-Wirkung anfechten (§ 934 ABGB); sofern er sich nicht aus freien Stücken und (!) in positiver Kenntnis des Wertmissverhältnisses zum nachteiligen Geschäft entschieden hat (§ 935 Fall 2 ABGB),¹⁶⁷ bzw ein anderer Ausschlussgrund des § 935 ABGB vorliegt.¹⁶⁸ Das Vertrauen des Verkürzenden auf das Geschäft wird – so wie es vereinbart wurde – nicht geschützt. Er kann den Vertrag jedoch aufrechterhalten, indem er bis zum gemeinen Wert der Gegenleistung aufzahlt (§ 934 Satz 2 ABGB).¹⁶⁹

¹⁶⁴ Privatautonomie 181.

¹⁶⁵ Ausführlich zur Berechnung der Verkürzung: *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2008) 43 ff; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2018) § 934 Rz 28-81.

¹⁶⁶ Dass die Laesionsanfechtung dinglich *ex tunc* wirkt, entspricht mittlerweile gesicherter Rsp: s OGH 2 Ob 522/95 JBI 1998, 41 (*Holzner*, der den Bruch mit der älteren Rsp aufzeigt und die dingliche Rückwirkung der *laesio* als „diskutabel“ erachtet); 2 Ob 325/98b JBI 1999, 537 (*Rummel*); 7 Ob 251/02s JBI 2004, 252; 10 Ob 77/06f bbl 2007, 117. Für dingliche Rückwirkung der Anfechtung (in Abkehr von seiner ursprünglichen Ansicht) nunmehr auch *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2018) § 934 Rz 111-116.

¹⁶⁷ Ausführlich zu diesem umstrittenen Ausschlussgrund der Leasionsanfechtung zuletzt *Klever*, *Laesio enormis* (2019) 147-166; *ders*, Irrtum über den wahren Wert als Tatbestandsmerkmal der *laesio enormis*? JBI 2019, 65 (passim). Demgegenüber folgern Rsp (grundlegend OGH 1895/11315 JBI 1896, 256; aus jüngerer Zeit zB 3 Ob 520/94 SZ 68/152) und üL aus § 935 Fall 2 ABGB, dass die *laesio enormis* einen Irrtum des Verkürzten über den Wert (zumindest) einer der beiden Vertragsleistungen erfordere, wobei der Irrtum nicht nur in einer unrichtigen Vorstellung bestehen könne; es genüge, wenn der Verkürzte bei Vertragsschluss gar keine Wertvorstellung hatte (*P. Bydliński*, Die Stellung der *laesio enormis* im Vertragsrecht, JBI 1983, 410 [413 f, 417 f]; *ders* in KBB⁶ § 934 ABGB Rz 2; *Winner*, Wert 52; *Palten*, Ist die Regelung der Glücksverträge im ABGB noch zeitgemäß? In FS 200 Jahre ABGB II [2011] 1291 [1299]; uva; gegen die üL vor *Klever* bereits *Holzner*, JBI 1998, 46; *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 934 Rz 115).

¹⁶⁸ Näher zu diesen *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 935 Rz 16-29; zum Ausschluss der Anfechtung von Vergleichen wegen *laesio enormis* (§ 1368 ABGB) bereits oben Pkt II.B.

¹⁶⁹ Näher zu dieser Aufzahlungsbefugnis des Verkürzenden: *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 934 Rz 94-110

Demgegenüber misst der Gesetzgeber dem Schutz des Vertrauens auf die Gültigkeit der Vereinbarung *unterhalb der Laesionsgrenze* größeren Stellenwert als dem Äquivalenzgedanken bei, sofern letzterer nicht eine Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung des Verkürzten vorsätzlich oder fahrlässig ausgenützt hat (§ 879 Abs 2 Z 4 ABGB).¹⁷⁰ Das zeigt sich schon daran, dass ein schlichter Wertirrtum herrschend als bloßer Motivirrtum klassifiziert wird¹⁷¹), dem im Bereich des § 871 ABGB keine Beachtlichkeit zukommt.¹⁷²

*F. Bydlinski*¹⁷³ bezeichnet das skizzierte Modell als „Konglomerat ‚positiver‘ Willkürakte des Gesetzgebers ohne inneren Zusammenhang“. Tatsächlich ist dem Willen des historischen Gesetzgebers jedoch größerer Respekt zu zollen, weil die Wertungsentscheidungen allesamt im Rahmen der III. TN getroffen (§§ 871, 879 Abs 2 Z 4 ABGB) bzw neuerlich überdacht (§§ 934 f ABGB) wurden: Die Kommission für Justizgegenstände beschäftigte sich im Zuge der *Einführung des Wuchertatbestandes* eingehend mit der Frage, welchen Stellenwert der Wahrung des Äquivalenz- bzw Symmetrieprinzips im Vertragsrecht zukommen soll, wobei man auch systematische Überlegungen anstellte.¹⁷⁴ Bei diesen ging es einerseits darum, den geplanten Wuchertatbestand mit der strafbaren Handlung des *Betrugs* im „Vorentwurfe zu einem Strafgesetzbuche“ (veröffentlicht 1909) abzustimmen.¹⁷⁵ Andererseits stellte sich die Frage, ob dem Äquivalenzprinzip im Zivilrecht durch den Wuchertatbestand allein hinreichend Rechnung getragen wird, was die Kommission verneinte. Sie sprach sich für eine Koexistenz von Wuchertatbestand und *laesio enormis* aus.¹⁷⁶

In Anbetracht der systematischen Überlegungen scheint es – auch wegen der thematischen Nähe – unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber bei seinen Erwägungen zur Wahrung des Äquivalenzprinzips den neu konzipierten Irrtumstatbestand außer Betracht ließ. Wie gezeigt, befürwortete man bei diesem zwar das Recht einer Irrtumsaufklärung *re integra*; verneinte jedoch die Möglichkeit, den Zustand *re integra* nachträglich wiederherzustellen.¹⁷⁷ Setzt man sich für Fälle einer erheblichen, irrumsbedingten Äquivalenzstörung über diesen Entschluss hinweg, muss man sich den Vorwurf gefallen lassen, die gesetzgeberische Entscheidung zum Verhältnis zwischen der Wahrung des Äquivalenzprinzips und dem Vertrauens- bzw Verkehrsschutz *eigenmächtig zu verschieben*. Es ist vor allem dieser Aspekt, der mE gegen die Redintegrationslehre von *F. Bydlinski* spricht. Fraglich ist jedoch, ob eine Redintegration bei unentgeltlichen Geschäften möglich ist.

¹⁷⁰ Allgemein zum Regelungskonzept sowie zu den drei Elementen des Wuchertatbestands bspw *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2019) § 879 Rz 259-275; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 879 Rz 20-29.

¹⁷¹ Siehe für die ganz hA nur OGH 6 Ob 618/92 EvBl 1993/170; 3 Ob 111/09h = JBl 2010, 180; 1 Ob 85/16f *ecolex* 2016/449 (*Buchleitner*); RIS-Justiz RS0014920; *Bollenberger*, Lauterkeitsrecht und Irrtumsanfechtung, FS Griss (2011) 65 (73 f) *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 871 Rz 16; *Kletečka/Welser*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 483; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 871 Rz 25-27; anderes wird dann angenommen, wenn dem Geschäft erkennbar ein Markt- oder Börsenpreis zugrunde gelegt wurde (s dazu bspw *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 871 Rz 16). Siehe dazu auch *Mayer-Maly*, Bemerkungen zum Irrtum über den Wert, in FS Pedrazzini (1990) 343-353 mit rechtstheoretischer und rechtsvergleichender (ABGB/BGB/OR) Betrachtung.

¹⁷² Anders gestaltet sich die Situation bekanntlich im Bereich der Vertragsanfechtung wegen List (§ 870 ABGB).

¹⁷³ Privatautonomie 181.

¹⁷⁴ HHB 263-265.

¹⁷⁵ HHB 263 f.

¹⁷⁶ HHB 264 f. Dort heißt es nach Schilderung der Diskussion: „Mit Rücksicht darauf seien die §§ 934 f. a. B. G. B. unberührt zu lassen.“ Siehe zu den dafür ausschlaggebenden Gründen zuletzt *Klever*, *Laesio enormis* 111 f.

¹⁷⁷ Pkt III.E.

V. Redintegration bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften?

A. Zur Frage der Anwendbarkeit von § 871 ABGB auf unentgeltliche Geschäfte unter Lebenden

Wenn im Nachfolgenden von unentgeltlichen Geschäften die Rede ist, sind damit nur Rechtsgeschäfte unter Lebenden gemeint; also solche, bei denen sich der Versprechende durch seine Willenserklärung einem anderen gegenüber bewusst ohne Gegenleistung zu einem Tun oder Unterlassen verpflichtet,¹⁷⁸ wie das etwa bei einer Schenkung (§ 938 ABGB), einem unentgeltlichen Verzicht (§ 939 ABGB), einer Leihe (§ 971 ABGB), einem unentgeltlichen Darlehen (§ 984 ABGB) oder einem unentgeltlichen Auftrag (§ 1004 ABGB) der Fall ist. Im Anschluss an *Kerschner* gewähren mehrere Stimmen Personen, die sich infolge eines Irrtums unentgeltlich verpflichten, die Möglichkeit einer Anfechtung im Wege einer Redintegration.¹⁷⁹ Die Vertreter der Gegenposition lehnen dies implizit ab. Ihnen zufolge bleibt für die Frage nach einer Redintegration bei unentgeltlichen Geschäften kein Raum, weil diese unabhängig vom Vorliegen einer der drei Alternativen von § 871 Abs 1 ABGB wegen Irrtums angefochten werden könnten.¹⁸⁰ Der Meinungsstreit betrifft die Interpretation von § 901 Satz 3 ABGB.

1. § 901 Satz 3 ABGB als Gesamtverweis auf das testamentarische Irrtumsrecht

Die Bestimmung des § 901 ABGB regelt den Einfluss von *Bewegungsgründen* – heute zumeist *Motive* genannt – auf Verträge.¹⁸¹ Der erste Satz weist darauf hin, dass Parteien die Gültigkeit eines Vertrags vom (Nicht-)Eintritt eines Motivs abhängig machen können, indem sie dieses zur Bedingung (§§ 897 ff ABGB) erheben. Satz zwei normiert die Unbeachtlichkeit von bloßen Motivirrtümern bei entgeltlichen Geschäften;¹⁸² adversativ dazu heißt es in Satz 3: „Bei den unentgeltlichen aber sind die bei den letzten Anordnungen gegebenen Vorschriften anzuwenden.“

¹⁷⁸ Siehe zu dieser allgemein üblichen Umschreibung nur *Kerschner*, Irrtumsanfechtung 96; *Fenyves* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ (2011) § 901 ABGB Rz 16; ausführlich *Kulka*, Unentgeltlichkeit und Freigebigkeit, ÖJZ 1969, 477 (passim); *Reischauer* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2018) § 917 Rz 1 ff.

¹⁷⁹ Dazu oben Pkt II.C.

¹⁸⁰ Siehe für die üL nur *Pfersche*, Die Irrtumslehre des österr Privatrechts (1891) 228 ff; *Ehrenzweig*, System I/1² 231 f; *Gschnitzer* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB IV/1² 332; *F. Bydlinski* in FS H. Stoll 127 FN 38; *Fenyves* in *Klang*³ § 901 ABGB Rz 21; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 492; *L. Schmid*, Kein negativer Vertrauensschutz im Irrtumsrecht des ABGB, ÖJZ 2016, 485 (491); *Brunner*, Privatstiftung und Motivirrtum, JBl 2017, 768 (771); *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*⁶ § 901 ABGB Rz 5; aus der älteren Rsp zB 4 Ob 315/30 SZ 12/232; 3 Ob 60/55 EvBl 1955/289; 2 Ob 45/67 SZ 40/27; 1 Ob 10/75 JBl 1976, 648; 4 Ob 606/88 JBl 1989, 446.

¹⁸¹ Siehe dazu nur *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 901 Rz 1 ff.

¹⁸² Unstr: s statt aller *Fenyves* in *Klang*³ § 901 Rz 14.

Ob des Plurals ‚*Vorschriften*‘ deutet die *ÜL*¹⁸³ den Satz als Gesamtverweis auf das testamentarische Irrtumsrecht der §§ 565, 570-572 ABGB¹⁸⁴ und konstatiert kraft Größenschlusses: Nicht nur Motivirrtümer, sondern auch Erklärungs- und Geschäftsirrtümer *ieS* seien bei unentgeltlichen Geschäften nach diesen Regeln zu beurteilen, sodass eine Irrtumsanfechtung *losgelöst vom Tatbestand des § 871 Abs 1 ABGB* zu beurteilen sei. Neben dem grammatikalischen Argument werden dafür auch systematische Erwägungen in Stellung gebracht: Die Rechtsordnung schütze das Vertrauen des unentgeltlichen Erwerbers in einer Reihe von Fällen weniger stark als das Vertrauen desjenigen, der entgeltlich erwirbt. Das zeige sich beim gutgläubigen Eigentumserwerb (§ 367 ABGB), der *actio Publiciana* (§ 373 ABGB) und der Gläubigeranfechtung (§ 29 IO); bei der Auslegung von Willenserklärungen (§ 915 Satz 1 ABGB), der reduzierten Haftung des Schenkers (§ 945 ABGB) und seiner (fehlenden) Verpflichtung zur Gewährleistung (§ 922 ABGB). Aus diesen Regelungen folgert man:¹⁸⁵ Das Gesetz verlasse bei unentgeltlichen Geschäften den Boden der Vertrauenstheorie; für sie sei die Willenstheorie maßgebend.

2. Das Gegenmodell *Kerschners*. Anfechtung bloß bei Vorliegen einer der drei Alternativen von § 871 Abs 1 ABGB

Dieser Lehre trat *Kerschner* entgegen: Er zeigt den Unterschied auf, dass es bei den letztwilligen Verfügungen an einem schutzwürdigen Erklärungsempfänger fehlt,¹⁸⁶ während Schäden, die aus dem Vertrauen auf ein unentgeltliches Geschäft unter Lebenden resultieren, durchaus beträchtlich sein können.¹⁸⁷ Die *hL* führe dazu, dass unentgeltliche Geschäfte ihren Charakter als Obligierungsgrund weitgehend verlieren.¹⁸⁸ Vor diesem Hintergrund deutet *Kerschner*¹⁸⁹ den Verweis in § 901 Satz 3 ABGB anders: Er beziehe sich nicht auf das testamentarische Irrtumsrecht schlechthin, sondern lediglich auf § 572 ABGB sowie – und dies erkläre den Plural ‚*Vorschriften*‘ – auf die Regelungen über die Auflage (§§ 709-712 ABGB). Den Gehalt der Verweisung auf § 572 ABGB¹⁹⁰ beschränkt *Kerschner*

¹⁸³ *Pfersche*, Irrtumslehre 228 ff.; *Gschnitzer* in Klang/Gschnitzer, ABGB IV/1² 331; *Fenyves* in Klang³ § 901 Rz 15; *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB⁶ § 901 ABGB Rz 4 f; bloß referierend *Pletzer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 901 Rz 7 f; *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 901 Rz 42, der das Gegenmodell *Kerschners* als „beachtlich“ bezeichnet.

¹⁸⁴ IdF nach dem ErbRÄG 2015 (BGBl I 2015/87).

¹⁸⁵ *Pfersche*, Irrtumslehre 229; *Pisko* in Klang, ABGB II/2¹ 346; *Ehrenzweig*, System I/1², 231 f; *Gschnitzer* in Klang/Gschnitzer IV/1² 332; *F. Bydlinski* in FS H. Stoll 127 f inkl FN 38; *Fenyves* in Klang³ § 901 ABGB Rz 21; *P. Bydlinski*, Allgemeiner Teil⁹ Rz 5/10.

¹⁸⁶ Irrtumsanfechtung 126.

¹⁸⁷ Irrtumsanfechtung 111.

¹⁸⁸ Irrtumsanfechtung 109 f.

¹⁸⁹ Irrtumsanfechtung 124 ff.

¹⁹⁰ Hinzuweisen ist darauf, dass der Gehalt von § 572 ABGB bereits vor dem ErbRÄG streitig war. Nach der Diktion von § 572 ABGB in der Stammfassung (JGS 1811/946) konnte eine letztwillige Verfügung nur dann wegen Motivirrtums angefochten werden, wenn sich der vom Verstorbenen „angegebene Beweggrund“ als falsch erwies. Aus dieser Diktion wurde zT gefolgert, dass nur ein in der Verfügung genannter Beweggrund beachtlich sei (s bspw. *Stefula/Thunhart*, Der Motivirrtum beim Rechtsgeschäft unter Lebenden – zugleich ein Beitrag zur Auslegung des § 572 ABGB, NZ 2002, 193 [196 ff]). Nach *Rsp* und *ÜL* war es hingegen für die Beachtlichkeit des Motivirrtums einerlei, ob der Beweggrund in der letztwilligen Verfügung angegeben wurde oder nicht (ausführlich zum Streitstand *Fischer-Czermak/Pierer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ [2017] Zu §§ 570 - 572 aF, §§ 570 - 572 nF ABGB Rz 21 f). Im Zuge des ErbRÄG wurde die Formulierung von § 572 ABGB nur unwesentlich verändert. Allerdings entfachte die Kontroverse deshalb neu, weil man in den Materialien (ErläutRV 688 BlgNR 25. GP 9) den Hinweis findet, dass § 572 ABGB zwar weitgehend am bisherigen Recht festhalte. „Es soll aber klargestellt werden, dass der Beweggrund in der Verfügung ‚angegeben‘ sein muss, um beachtlich zu sein (anders OGH 10 Ob 2/06a).“ Diesem Satz dürfte zu entnehmen sein, dass der Gesetzgeber die Neufassung von § 572 ABGB – entgegen der *Rsp* und *ÜL* zur Urfassung der Bestimmung – so gedeutet wissen will, dass nunmehr bloß jene Motive beachtlich sind, die in der letztwilligen Verfügung zumindest einen Anhaltspunkt haben (mit *Kerschner*, Zum Motivirrtum

darauf, dass bei unentgeltlichen Geschäften auch Motivirrtümer beachtlich sind. Die Anfechtung sei jedoch vom Vorliegen einer der drei Alternativen des § 871 Abs 1 ABGB abhängig zu machen.

Dieser Argumentation folgt der OGH¹⁹¹ mE zu Recht: Erhellend sind hier nicht nur historische,¹⁹² sondern vor allem systematische Erwägungen: Diesbezüglich weist *Kerschner*¹⁹³ treffend darauf hin, dass § 871 ABGB nicht zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften differenziert. Erst die §§ 917 ff ABGB gelten laut Überschrift allein für entgeltliche Verträge. Hinzu tritt, dass sowohl die Redaktoren des ABGB¹⁹⁴ als auch *Zeiller* allein in seinem Kommentar¹⁹⁵ bei der Erörterung von Fragen des Irrtumsrechts Beispiele anführen, die Fehlvorstellungen bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften betreffen. Es sind va diese beiden Argumente, die mE ganz entscheidend dafür sprechen, dass § 871 ABGB auch bei unentgeltlichen Geschäften Platz greift.¹⁹⁶ Unter dieser Prämisse kann der Verweis in § 901 Satz 3 ABGB – was seine irrturnsrechtliche Bedeutung angeht – nur so gelesen werden, dass bei unentgeltlichen Geschäften auch Motivirrtümer beachtlich sind. Sie berechtigen (wie Erklärungs- und Geschäftsirrtümer) jedoch nur dann zur Anfechtung, wenn das Vertrauen des Profiteurs auf das Geschäft wegen Vorliegens einer der drei Alternativen von § 871 Abs 1 ABGB nicht schutzwürdig erscheint.

beim Testament nach altem und neuem Recht, in FS Eccher [2017] 517 [525 f]; s auch *Pletzer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 901 Rz 3; *Nemeth* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB IV⁵ [2018] § 572 Rz 2 mwN; aA jedoch bspw *Fischer-Czermak*, § 572 ABGB: ‚Heimliche‘ Rechtsänderung durch das ErbRÄG 2015?, EF-Z 2017, 64 (64 f); *Fischer-Czermak/Pierler* in *Klang*³ §§ 570 – 572 ABGB Rz 36; *Th. Aigner*, Das ErbRÄG 2015 und seine Auswirkungen auf die allgemeine Auslegungsregel und das Irrturnsrecht, NZ 2018, 121 [125 f]; uva). Der OGH hält jedoch auch zur Rechtslage nach dem ErbRÄG an seiner bisherigen Position fest: Da die Formulierung von § 572 ABGB inhaltlich unverändert geblieben ist, seien Motivirrtümer ohne Rücksicht darauf beachtlich, ob das irrtige Motiv in der Verfügung selbst angegeben ist oder nicht (OGH 2 Ob 41/19x EvBl 2020/53 [krit *S. Kietalib*] = EF-Z 2020/16 [zust *Welser*]; bestätigt durch 2 Ob 180/19p JEV 2020/17 [*Cach*]; krit gegenüber der Rsp *Krenmayr*, Anfechtung einer letztwilligen Verfügung wegen Motivirrtums [§ 572 ABGB], JBl 2020, 473-477; der Jud zust *Mondel/Knechtel* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} [2020] § 572 Rz 2). Folgt man dieser Rechtsprechungslinie, deren Für und Wider im Schrifttum bereits hinreichend erörtert worden sein dürfte, ändert sich der Verweis in § 901 Satz 3 ABGB nicht. Es bleibt dabei, dass die Anfechtung von unentgeltlichen Rechtsgeschäften unter Lebenden wegen eines Motivirrtums nicht davon abhängt, ob das Motiv bei Vertragsabschluss ausdrücklich als Beweggrund angegeben wurde oder nicht (s dazu nur *P. Bydlinski* in *KBB*⁶ § 901 ABGB Rz 4).

¹⁹¹ Siehe va die Leitentscheidung OGH 1 Ob 551/94SZ 67/136 = JBl 1995, 48. Der Senat betont nach ausführlicher Analyse des seinerzeitigen Meinungsstands: „Nach eingehender Prüfung der für und gegen die Meinung *Kerschners* sprechenden Argumente vermag sich auch der erkennende Senat dessen Schlußfolgerungen nicht mehr zu verschließen.“ Diese Entscheidung ist – entgegen *Fenyves* in *Klang*³ § 901 ABGB Rz 21 – nicht vereinzelt geblieben. Sie wird durch OGH 15.1.1998, 7 Ob 395/97g bestätigt. Im Schrifttum folgen *Kerschner* bspw *Riedler* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 901 Rz 3 u 5 und wohl auch *Fischer-Czermak/Pierler* in *Klang*³ Zu §§ 570-572 ABGB Rz 3.

¹⁹² Die Historie von § 901 Satz 3 ABGB ist nebulös: Im Urentwurf (III § 30) fehlt der heutige Schlusssatz der Bestimmung. Er wurde im Rahmen der ersten Lesung auf Antrag von *Zeiller* hin in den Text aufgenommen und lautete zunächst: „Bei den unentgeltlichen aber ist die im § 363 [entspricht der späteren Bestimmung des § 572 ABGB] gegebene Vorschrift anzuwenden“ (*Ofner*; Protokolle II [1889] 18 f). Im ersten Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches (III § 33) findet man die Verweisung plötzlich mit ihrer heutigen Diktion; weshalb lässt sich nicht mehr eruieren.

¹⁹³ Irrturnsanfechtung 124 f.

¹⁹⁴ *Ofner*; Protokolle 13: „z.B. wir beschenken Jemanden, [...]“.

¹⁹⁵ Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch III/1 (1812) 42: „z. B. einem Straßenbettler aus auffallendem Versehen eine Goldmünze statt einer Kupfernen geschenkt.“

¹⁹⁶ Diese beiden Aspekte konnte schon *Pfersche*, Irrturnslehre 229 f nicht überzeugend widerlegen. Die Kritiker (Nachw oben in FN 183) von *Kerschners* Ansicht haben sich mit den beiden Argumenten – soweit ersichtlich – nicht mehr näher auseinandergesetzt.

B. Kritik an der Redintegrationsmöglichkeit bei unentgeltlichen Geschäften

1. Keine partielle Befürwortung der Redintegration

Fragwürdig scheint jedoch *Kerschners* These, wonach die Vertrauenstheorie bei unentgeltlichen Geschäften durch eine Redintegrationsmöglichkeit in Richtung Willenstheorie aufzulockern sei. Die Rechtsfigur der Redintegration fand keinen Eingang ins ABGB.¹⁹⁷ Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine bloß partielle Kodifikation von *Ungers* irrumsrechtlicher *res integra*-Lehre ist mE *auch für unentgeltliche Geschäfte zu respektieren*. Zwar haben die Ausführungen im HHB hier geringere Aussagekraft, weil Teile der Lehre vor der III. TN für unentgeltliche Geschäfte eine Irrtumsanfechtung ohne Erfüllung des Tatbestands von § 871 bzw § 876 aF ABGB bejahen.¹⁹⁸ Auf Basis dieser kritikwürdigen Deutung von § 901 Satz 3 ABGB stellte sich die Frage, ob bei unentgeltlichen Geschäften ausnahmsweise Redintegration zu befürworten ist, nicht. Aber selbst wenn die Mitglieder der Kommission für Justizgegenstände von dieser Prämisse ausgegangen sein sollten, was sich nicht eruieren lässt, würde das nicht dazu berechtigen, eine vom Gesetzgeber abgelehnte Rechtsfigur für unentgeltliche Geschäfte zu bejahen, zumal das zentrale Argument des „beiderseitig voll befriedigende[n] Interessenausgleichs“¹⁹⁹ Raum für Zweifel lässt.

2. Zum Vertrauensschutz der Begünstigten

Die Vertrauenstheorie wird für unentgeltliche Geschäfte durch die Beachtlichkeit von Motivirrtümern unbestritten aufgeweicht. Ob das Gesetz den Vertrauensschutz zugunsten einer stärkeren Berücksichtigung des irrumsfreien Willens des Altruisten *weiter* auflockert, scheint jedoch eher fraglich: Die dafür gesamtanalogieartig ins Treffen geführten Bestimmungen²⁰⁰ stützen diese Annahme nicht.

Dabei fällt zunächst auf, dass eine Reihe von Normen *gar nicht das Verhältnis zum Vertragspartner*, sondern eine Interessenabwägung zu einem außenstehenden Dritten betreffen: So schützt § 367 ABGB zwar tatsächlich bloß das Vertrauen entgeltlich Erwerbender auf die Wirksamkeit ihres Erwerbs; aber nicht in Relation zum Willensschutz des Vertragspartners, sondern bzgl der Frage, ob der Erwerber vom Nichtberechtigten originär Eigentum erlangt, wodurch der tatsächliche Eigentümer sein Recht verlöre.²⁰¹ Auch § 373

¹⁹⁷ Siehe dazu oben Pkt III.E.

¹⁹⁸ Diese Position wurde – soweit rekonstruierbar – von *Strohhal* (Rez Hasenöhr: Das österr Obligationenrecht, Grünhuts Zeitschrift 9 [1882] 85 [90]) begründet, der im Rahmen der Buchbesprechung eher beiläufig betont: „Es sei uns endlich noch erlaubt, an dieser Stelle die Bemerkung zu machen, dass die in den §§. 871 ff. ausgesprochenen Grundsätze bei Schenkungen eine wesentliche Modification erleiden müssen: Denn wenn sogar schon ein Irrthum in den Motiven im Sinne des § 901 b.G.B. geeignet ist, eine Schenkung unwirksam zu machen, so muss doch eine Schenkung der rechtlichen Wirksamkeit um so mehr dann entbehren, wenn sich der Schenkgeber in einem wesentlichen Irrthum im Sinne des §. 871 befunden hat, selbst wenn dieser Irrthum nicht vom Geschenknnehmer herbeibeführt worden ist und dem Letzteren auch weder bekannt war, noch bekannt sein konnte“; zust *Ofner*, Ueber den Einfluss des wesentlichen Irrthums auf Verträge, Grünhuts Zeitschrift 17 (1890) 331 (341: „Sie [scil Vertrauenstheorie] soll nur bei entgeltlichen Rechtsgeschäften gelten“) und *Pfersche*, Irrthumslehre 228 ff (von ihm stammen die meisten der oben unter Pkt V.A.1. referierten Argumente, die bis heute wiederholt werden); anders jedoch *Krainzl Ehrenzweig*, System des österr allgemeinen Privatrechts I³ (1899) 272.

¹⁹⁹ *Kerschner*, Irrtumsanfechtung 129.

²⁰⁰ Siehe oben Pkt V.A.1.

²⁰¹ Anschaulich zur Konzeption von § 367 ABGB: *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (2020) § 367 Rz 1-3.

letzter Satz ABGB und § 29 IO betreffen keine Interessenabwägung zwischen zwei Vertragsparteien: § 373 zweiter Teil ABGB regelt die Frage nach dem relativ besseren Besitz bei einer Mehrfachveräußerung für den Fall, dass beide Erwerber die Rechtmäßigkeit ihres Besitzerwerbs dartun können. Für solche Fälle nennt § 373 die Verdächtigkeit des jeweiligen Vormannes und die Entgeltlichkeit des Erwerbs als Beurteilungskriterien.²⁰² Bei § 29 IO zeigt sich der Drittbezug darin, dass die Anfechtung der unentgeltlichen Verfügung lediglich eine Unwirksamkeit den Insolvenzgläubigern gegenüber bewirkt (§ 27 IO²⁰³).

Auch die Nichtanwendbarkeit des Leistungsstörungsrechts (§§ 918 ff ABGB) auf unentgeltliche Verträge liefert mE kein tragfähiges Argument für eine Auflockerung der Vertrauens- in Richtung Willenstheorie. Die Einschränkung betrifft das *Abwicklungsstadium* des jeweiligen Vertrags. Klare Rückschlüsse auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Willensschutz des Versprechenden und dem Vertrauensschutz des Begünstigten lassen sich daraus nicht ziehen, zumal die schuldhaft Verletzung eines einseitig verpflichtenden Vertrags ersatzpflichtig macht.²⁰⁴ Eher lässt sich umgekehrt argumentieren: Die Besserstellung im Leistungsstörungsrecht ist deshalb erforderlich, weil auch Altruisten an ihre Willenserklärungen gebunden sind.

Von jenen Bestimmungen, aus denen eine größere Bedeutung der Willenstheorie bei unentgeltlichen Geschäften erschlossen wird, scheint nur jene des § 915 1. Fall ABGB einschlägig. Sie normiert, dass sich eine Person, die sich unentgeltlich verpflichtet, im Zweifel eher die geringere als die schwerere Last auferlegen wollte. Allerdings liefert auch diese Regelung kein Argument für die Geltung der Willenstheorie: Sie normiert keine Auslegung nach dem tatsächlichen Willen, sondern eine Zweifelsregelung, die *nicht auf die tatsächliche Vorstellung* des Altruisten abstellt. Hinzu tritt, dass die Bestimmung ob ihres Charakters als Zweifelsregelung *nur subsidiär* zur Anwendung gelangt.²⁰⁵ Oberste Auslegungsmaxime bleibt trotz § 915 1. Fall ABGB die Ermittlung dessen, was ein redlicher Erklärungsgegner als geäußerten Willen ansehen durfte und angesehen hat.²⁰⁶

²⁰² Dazu instruktiv *Apathy*, Die publizianische Klage (1981) 43 ff; s auch *Holzner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 373 Rz 3.

²⁰³ Näher zur bloß relativen Wirkung der Anfechtung *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der IO⁶ (2020) Rz 2.11 ff.

²⁰⁴ Eine ausdrückl Haftungsbegrenzung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit sieht das ABGB – anders als § 521 BGB – nicht vor. Daher ist die – soweit ersichtlich bislang ohnehin nur *obiter* ausgesprochene – Ansicht (OGH 4 Ob 140/77 SZ 51/137; 1 Ob 603/90 JBl 1992, 178) abzulehnen, wonach Geschenkgeber nur für vorsätzliche Vertragsverletzungen haften würden (abl bspw auch *Riedler*, Reformbedarf bei Schenkungs-, Verwahrungs-, Leih- und Darlehensvertrag? ÖJZ 2008, 624 [626 FN 19]). Ein Teil der Lehre (bspw *Ehrenzweig*, System II/1² [1928] 375; *Gschnitzer et al*, Schuldrecht besonderer Teil² [1988] 83; *Schubert* in Rummel, ABGB I³ [2000] § 945 Rz 1) geht davon aus, dass Parteien bei einseitig verpflichtenden Verträgen gewöhnlich konkludent einen Haftungsausschluss für leicht fahrlässige Vertragsverletzungen vereinbaren, was in dieser Allgemeinheit kaum in Einklang mit dem strengen Konkludenzmaßstab des § 863 ABGB zu bringen sein dürfte (krit im Ergebnis auch *Parapatits* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 945 Rz 8). Ein anderer Teil der Lehre kommt durch Reduktion des Sorgfaltsmaßstabes zu ähnlichen Ergebnissen (*Ertl* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ [2013] § 945 ABGB Rz 3; *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB⁶ § 945 ABGB Rz 1; jeweils mwN).

²⁰⁵ Siehe für die ganz hA nur *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 915 Rz 1; *Binder/Kolmasch* in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 915 Rz 1; *Heiss* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2017) § 915 Rz 2.

²⁰⁶ Statt vieler *Rummel* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 915 Rz 1.

In Summe zeigt sich Folgendes: Zwar sind bei unentgeltlichen Geschäften kraft der Verweisungsnorm des § 901 Satz 3 ABGB auch Motivirrtümer beachtlich. Es liegen jedoch keine Regelungen vor, die eine weitergehende Auflockerung der Vertrauenslehre in Richtung Willensdoktrin rechtfertigen würden. Damit fehlt eine gesetzliche Wertung, wonach Altruisten Motiv-, Erklärungs- oder Geschäftsirrtümer qua Redintegration geltend machen könnten. Das Gesetz normiert ein anderes Schutzkonzept.

3. Übereilungsschutz von Personen, die sich einseitig verpflichten

Das ABGB trägt den Besonderheiten der Willensbildung bei einseitig verpflichtenden Geschäften durch einen Übereilungsschutz Rechnung. Altruistisch handelnde Personen werden regelmäßig nicht durch ein formloses Versprechen verpflichtet: So sind bspw. Schenkungsverträge ohne wirkliche Übergabe nicht klagbar (§ 943 ABGB), sofern darüber kein Notariatsakt errichtet wurde (§ 1 Abs 1 lit d NotAKtsG²⁰⁷). Auch werden Leihgeber nicht durch formlose Willenseinigung, sondern erst durch die tatsächliche²⁰⁸ Übergabe des Leihstücks verpflichtet (§ 971 ABGB; Realvertrag). Unentgeltliche Darlehensverträge sind gem § 984 Abs 1 ABGB – aus Gründen des Übereilungsschutzes²⁰⁹ – ohne Übergabe der Sachen nur wirksam, wenn der Darlehensgeber seine Vertragserklärung schriftlich abgibt. Auch Bürgschaftserklärungen²¹⁰ sind gem § 1346 Abs 2 ABGB aus Gründen des Übereilungsschutzes schriftformgebunden. Die Judikatur wendet die Bestimmung auf interzessionarische Garantien²¹¹ und Schuldbeitritte²¹² analog an. Schließlich bedürfen unentgeltliche Aufträge nach weit verbreiteter Ansicht der Schriftform, wenn der Mandatar auf seinen Aufwandsersatzanspruch (§ 1014 ABGB) verzichtet.²¹³ Die von der Rsp bejahte Formfreiheit eines unentgeltlichen Schuldlasses wird vonseiten des Schrifttums mit gewichtigen Argumenten kritisiert.²¹⁴

Die demonstrativ dargestellten Regelungen verdeutlichen die allgemeine Wertung, dass mündliche Willenserklärungen keine klagbaren Obligationen begründen, wenn der Erklärende altruistisch handelt. Dazu soll es erst nach hinreichender Prüfung der Sachlage,

²⁰⁷ Die Bestimmung ist auch auf Schenkungen von obligatorischen Rechten (insb Forderungsrechten) anzuwenden (s dazu nur *Lukas* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1392 [2017] Rz 6; *Heidinger* in Schwimann/Kodek, ABGB VI⁴ [2016] § 1392 Rz 15).

²⁰⁸ Ein bloßes Besitzkonstitut reicht dafür – anders als eine *traditio brevi manu* – nicht aus (*Karner* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} [2018] § 971 Rz 1 mwN).

²⁰⁹ ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 9; *Bollenberger* P. *Bydlinski* in KBB⁶ § 984 ABGB Rz 6.

²¹⁰ Sie werden – zumindest was das Verhältnis zum Gläubiger angeht – idR unentgeltlich abgegeben.

²¹¹ Siehe aus der stRsp, die in der Lehre allgemein gebilligt wird, nur OGH 1 Ob 595/92 ÖBA 1993/146 (*Apathy*); 8 Ob 259/98s ecolex 1999, 541 (*Th. Rabl*).

²¹² So die jüngere Rsp: s dazu nur die Leitentscheidung OGH 4 Ob 205/09i JBl 2010, 509 (*Lukas, I. Faber*) = ÖBA 2010/1650 (*Apathy*);

²¹³ So bspw. *Stanzl* in Klang/Gschnitzer, ABGB IV/1² 599 f mit Nachw zu älteren Literaturstimmen in FN 165; *Schubert* in Rummel, ABGB³ § 938 Rz 3; *Vollmaier*, Die Form des dreipersonalen Pfandverhältnisses, JBl 2005, 545 (559); anders jedoch *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} (2017) § 1005 Rz 3; *Baumgartner* U. *Torggler* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ (2019) § 1005 ABGB Rz 11 (jeweils unter Berufung auf die – freilich für sich betrachtet fragwürdige – Ansicht zur Formlosigkeit von unentgeltlichen Schuldlassens; s dazu sogleich im Fließtext mit Nachw in FN 214). Vgl in diesem Zusammenhang auch P. *Bydlinski* in KBB⁶ § 1005 ABGB Rz 1: „Nach herrschender, aber wohl überprüfungsbedürftiger Ansicht besteht auch für unentgeltliche Auftragsverträge kein Formgebot“; gewichtige rechtspolitische Kritik am fehlenden Formgebot für unentgeltliche Aufträge (wegen der Nähe zur Schenkung sowie der gleich gelagerten Übereilungsgefahr) bei P. *Bydlinski* F. *Bydlinski*, Gesetzliche Formgebote für Rechtsgeschäfte auf dem Prüfstand (2001) 65 f.

²¹⁴ Siehe nur *Fenyves*, Die zivilrechtliche Anerkennung von Vereinbarungen zwischen Angehörigen, in Handbuch der Familienverträge² (1985) 59 (77 f); *Dullinger* in Rummel, ABGB II/3³ (2002) § 1444 Rz 8.

und damit – nach Möglichkeit – unter richtigen Prämissen kommen. Auf der Kehrseite der Medaille werden jedoch auch altruistisch handelnde Personen, die sich in Entsprechung des jeweiligen Übereilungsschutzes verpflichten, *an ihre Willenserklärung gebunden*. Kontrahieren sie unter falschen Prämissen, fällt das in ihren Risikobereich. Sie können das Geschäft nur dann wegen Irrtums anfechten, wenn eine der drei Alternativen des § 871 Abs 1 ABGB erfüllt ist. Die Möglichkeit einer Redintegration ist dem ABGB auch bei einseitig verpflichtenden Geschäften fremd.

VI. Gesamtergebnis

Die rechtliche Kategorie *res integra* rührt aus dem römischen Recht her. Die antiken Juristen sahen in ihr eine Grenze für die konsensuale Aufhebung von Kauf- und Werkverträgen. In der SpätPandektistik wurde die *res integra*-Lehre aus dem Kontext der privatautonomen Beendigungsfreiheit gelöst, und von *Hartmann* als Instrumentarium des Irrtumsrechts implementiert. Nicht zuletzt wegen der wertungsmäßigen Nähe von *Hartmanns* irrumsrechtlichem Gesamtkonzept zur Vertrauenstheorie des ABGB sprach sich *Unger* für eine Übernahme des „Rechts zur Selbstberichtigung *re integrā*“ nach Österreich aus. Der Gesetzgeber der III. TN folgte ihm, was zur Einführung der dritten Anfechtungsalternative von § 871 ABGB führte. Demgegenüber lehnte die Kommission für Justizgegenstände die – von *Unger* ebenfalls befürwortete – Möglichkeit, den Zustand *re integra* durch Ersatz des negativen Vertragsinteresses wiederherzustellen, ab.

Diese Entscheidung gilt es zu respektieren: Sie sollte nicht dadurch aufgeweicht werden, dass man *Redintegration* in Fällen grober irrumsbedingter Äquivalenzstörungen zulässt. Gegen die entsprechende Lehre von *F. Bydlinski* sprechen nicht nur drohende Abgrenzungsprobleme. Sie ist *va* deshalb fragwürdig, weil sie die gesetzliche Relation zwischen Äquivalenzprinzip und Vertrauensschutz eigenmächtig verschiebt. Für die Irrtumsanfechtung von unentgeltlichen Geschäften ist Folgendes festzuhalten: Diese können mit *Kerschner* nur dann nach § 871 Abs 1 ABGB angefochten werden, wenn eine der drei Alternativen der Norm erfüllt ist. Zwar wird die Vertrauenstheorie für sie wegen der Beachtlichkeit von Motivirrtümern aufgelockert. Eine weitergehende Aufweichung in Richtung Willenstheorie im Wege einer Redintegrationsmöglichkeit findet jedoch auch bei unentgeltlichen Geschäften keine Stütze im Gesetz.



From debt to discharge: Consumer insolvency proceedings in Austria

Bettina Nunner-Krautgasser/Tobias Weidinger,* Graz

Abstract: *Recently, two legislative acts have significantly changed Austrian insolvency law: Firstly, the overall reform of enforcement law ("Gesamtreform des Exekutionsrechts – GREx")¹ has drastically altered the interface between individual and general enforcement. And secondly, the implementation of the European Restructuring and Insolvency Directive² has improved the framework for debt discharge not only for entrepreneurs but also for consumers. This article provides a detailed overview of the consumer insolvency proceedings in Austria and also addresses the activities of the recognised debt counselling agencies.*

Keywords: *Consumer debt proceedings; insolvency proceedings; bankruptcy proceedings; reorganisation proceedings; debt settlement proceedings; proceedings for income levy; GREx; RIRUG; Austrian Insolvency Act; debt discharge; general enforcement; recognised debt counselling agencies; evident insolvency.*

I. Introduction to the Austrian insolvency regime

In Austria, an amendment to the former Bankruptcy Act ("*Konkursordnung*") in 2010³ ("*Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010*") abandoned the previous division between composition ("*Ausgleich*") and bankruptcy ("*Konkurs*"); instead, with the introduction of the Austrian Insolvency Act⁴ ("*Insolvenzordnung*", hereinafter IO) a **unified insolvency proceeding**

* Dr. Bettina Nunner-Krautgasser is a University-Professor and Head at the Institute of Civil Procedure and Insolvency Law of the University of Graz.

Mag. Tobias Weidinger is a University Assistant at the Institute of Civil Procedure and Insolvency Law of the University of Graz.

¹ BGBl I 2021/86.

² Directive (EU) 2019/1023 of the European Parliament and of the Council of 20.06.2019 on preventive restructuring frameworks, on discharge of debt and disqualifications, and on measures to increase the efficiency of procedures concerning restructuring, insolvency and discharge of debt, and amending Directive (EU) 2017/1132 (Directive on restructuring and insolvency), ABl L 2019/172, 18.

³ Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 BGBl I 2010/29.

⁴ Insolvenzordnung RGBl 1914/337.

was created.⁵ The IO applies to natural persons, regardless of their entrepreneurial or consumer status, as well as to legal entities. It pursues two main objectives: Best possible satisfaction of creditors and giving the debtor a chance of a debt discharge.⁶

In Austria, the term "insolvency proceedings" ("*Insolvenzverfahren*") is used as an **overall expression for bankruptcy proceedings ("*Konkursverfahren*") and reorganisation proceedings ("*Sanierungsverfahren*")**. These are not separate proceedings, but rather procedural processes within the unified insolvency proceedings. The bankruptcy proceedings serve as a prototype of the unified insolvency proceedings; thus, reorganisation proceedings are basically "regular" insolvency proceedings with certain special provisions.⁷ The reorganisation proceedings are limited to natural persons who are entrepreneurs and to legal entities (§ 166 IO).⁸ For consumers, there is a special kind of bankruptcy procedure called **debt settlement proceedings ("*Schuldenregulierungsverfahren*")**. The general provisions of §§ 1 to 165 IO, the general procedural provisions of §§ 252 to 263 IO and the provisions of §§ 264 to 269 IO apply to all types of proceedings. Only specific provisions are limited to one of the procedural forms.⁹

In all types of proceedings, the debtor can achieve **debt discharge** by means of a **reorganisation plan ("*Sanierungsplan*")**.¹⁰ For natural persons, there are two more instruments for debt discharge: the **settlement plan ("*Zahlungsplan*")** and the **proceedings for income levy ("*Abschöpfungsverfahren*")**, the latter being an *ultima ratio* solution taking place following the actual insolvency proceedings. The settlement plan and the proceedings for income levy are open to all natural persons, regardless of whether they run an entrepreneurial business or not.¹¹ However, differences between entrepreneurs and non-entrepreneurs are made regarding the structure of the procedure.¹² Consumers can offer a settlement plan or a reorganisation plan within the framework of debt settlement proceedings.¹³

As many debtors in individual enforcement proceedings are in fact already insolvent, the Austrian legislator has recently modified the **transition between individual enforcement – regulated in the Enforcement Act¹⁴ ("*Exekutionsordnung*", hereinafter EO) – and general**

⁵ *Nunner-Krautgasser*, Allgemeines zum Insolvenzrecht: Grundlagen, Verfahrensarten, Schicksal des Schuldnerunternehmens und Rechtsdurchsetzung, in *Nunner-Krautgasser/Reissner* (Eds), Praxishandbuch Insolvenz und Arbeitsrecht² (2019) 1 (6 et seq); *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ (2018) Rz 29; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ (2018) Rz 20.

⁶ *Mohr*, Privatinsolvenz³ (2018) Rz 1.

⁷ *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 398; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 22.

⁸ *Kodek*, Insolvenzrecht² (2019) Rz 538; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 483; *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 30.

⁹ *Feuchtinger/Lesigang*, Praxisleitfaden Insolvenzrecht⁴ (2015) 119; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 22.

¹⁰ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 20 et seq.

¹¹ *Schneider*, Privatinsolvenz³ (2018) 1.

¹² *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 483; *Schneider*, Privatinsolvenz³ 1.

¹³ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 483.

¹⁴ Exekutionsordnung RGBl 1896/79.

enforcement under insolvency law:¹⁵ According to the new § 49a EO, enforcement proceedings of movable property have to be suspended if so-called "evident insolvency" ("*offenkundige Zahlungsunfähigkeit*") is detected. In such cases, creditors have to request the opening of insolvency proceedings to collect their claims. Debt settlement proceedings that are opened at the request of a creditor must then be designated as "**general enforcement proceedings**" ("*Gesamtvollstreckung*"): These are consumer insolvency proceedings that contain certain elements of enforcement proceedings (e.g. § 189a, § 189b IO). Only when the debtor himself requests a debt relief instrument, these proceedings continue as "regular" debt settlement proceedings (§ 184a [1] IO), otherwise the debtor remains in the general enforcement proceedings and thus in a state of "perpetual bankruptcy" ("*ewiger Konkurs*").¹⁶

II. Consumer bankruptcy proceedings in Austria

A. Introduction and amendments to the law

Until the Insolvency Act Amendment of 1993¹⁷ ("*KO-Novelle 1993*"), insolvent consumers were faced with the bleak prospect of all funds exceeding the unseizable subsistence minimum ("*Existenzminimum*") being taken away from them until the end of their lives. Usually the assets were not even sufficient for the initiation of bankruptcy proceedings, let alone for the fulfilment of a reorganisation plan (at that time called "*Zwangsausgleich*").¹⁸

Therefore, the Austrian legislator felt the urgent need to change the insolvency law in order to improve the framework conditions for a debt discharge. In 1993, an amendment to the Bankruptcy Act was created by which a new part 7 about "**special provisions for natural persons**" was added to the IO. The main cause for this amendment were of course **social aspects**: People who find themselves in a hopeless economic situation should be freed from their debts within a relatively short time, at least compared to the previous regulation.¹⁹ The aim of such a "consumer bankruptcy" ("*Privatkonkurs*") is therefore, among other things, to enable the debtor to a **fresh economic start**.²⁰ These provisions have significantly improved the prospects of natural persons to obtain a debt discharge.

Additional amendments to the law in 1997, 2002, 2006, 2007, 2010 and finally in 2017²¹ ("*Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2017*", hereinafter IRÄG 2017) have gradually provided additional relief for the debtor.²² Since the IRÄG 2017, the debt relief of natural persons has been in the spotlight again, because every *bona fide* debtor is supposed to be granted debt

¹⁵ *Mohr*, ÖRpfl 2020 H 2, 22 (24).

¹⁶ ErwGr 770 BlgNR 27. GP 70.

¹⁷ Konkursordnungs-Novelle 1993 BGBl 1993/974.

¹⁸ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 478.

¹⁹ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 480.

²⁰ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 551; *Mitterlehner/Moser*, Entschuldung Neu – Alles über die Privatkonkursreform, in *Reiffenstein/Blaschek* (Eds), Konsumentenpolitisches Jahrbuch 2017 (2017) 17 (19); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 480.

²¹ Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2017 BGBl I 2017/122.

²² *Mitterlehner/Moser* in *Reiffenstein/Blaschek* 17 (18).

relief after a specific period of time; even if the creditors **do not receive any payment** within this time.²³

The latest amendment to the provisions on insolvency proceedings ("*Restrukturierungs- und Insolvenz-Richtlinie-Umsetzungsgesetz*" – RIRUG) entered into force in July 2021. In particular, the provisions regarding the settlement plan and the proceedings for income levy had to be modified to align the IO with the European Restructuring and Insolvency Directive: Among other measures, the duration of debt relief in proceedings for income levy had to be changed from five to three years within the framework of a **repayment plan** ("*Tilgungsplan*"), whereas the duration of "regular" proceedings for income levy was left at five years (§ 199 [2] IO). The reduction of the duration of the proceedings for income levy to three years had already been planned in the context of the IRÄG 2017, but had not been implemented due to the disapproval of creditor representatives and banks;²⁴ instead, the duration of the proceedings was reduced to five years.²⁵

B. Debt discharge for consumers

As has already been mentioned, there are special consumer bankruptcy proceedings called "**debt settlement proceedings**" (§§ 181 et seq IO);²⁶ if debt settlement proceedings are opened at the request of a creditor, they have to be designated as "general enforcement proceedings" until the debtor requests a debt relief instrument (§ 184a [1] IO).

As described above, Austrian insolvency law offers **three different options** for natural persons (and thus also for consumers) **for debt discharge**: By means of a **reorganisation plan** (§§ 140 et seq IO), a **settlement plan** (§§ 193 et seq IO) or **proceedings for income levy** (§§ 199 et seq IO).²⁷

1. Reorganisation plan

The **reorganisation plan** may be submitted by any natural person, regardless of whether that person is an entrepreneur or a consumer.²⁸ Within the framework of a reorganisation plan, the debtor must fulfil strict requirements: In principle, a minimum quota of 20% must be

²³ Mohr, *Privatinsolvenz*³ Rz 1; Nunner-Krautgasser in Nunner-Krautgasser/Reissner 1 (11); cf. Dellinger/Oberhammer/Koller, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 480.

²⁴ Cf. *Nunner-Krautgasser*, Aktuelle Insolvenzreform in Österreich: Erleichterung der Restschuldbefreiung für natürliche Personen, *ZinsO* 2017, 2525 (2525).

²⁵ Cf. *Jürgens*, IRÄG 2017. Das Abschöpfungsverfahren an der Schnittstelle von Gerichten und Treuhändern, *ÖRPfI* 2019 H 2, 30 (30); *Senoner/Weber-Wilfert*, IRÄG 2017 – Änderungen des (Privat-) Insolvenzrechts (Teil 1), *RZ* 2017, 174 (174).

²⁶ *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 555; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 3; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 494.

²⁷ Cf. *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 551; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 4; *Rechberger/Seeber/Thurner*, *Insolvenzrecht*³ Rz 29; *Nunner-Krautgasser*, *ZinsO* 2017, 2525 (2525); *Feuchtinger/Lesigang*, *Insolvenzrecht*⁴ 130 et seq; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 438 et seq.

²⁸ *Nunner-Krautgasser*, *ZinsO* 2017, 2525 (2525 et seq); *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 5; *Feuchtinger/Lesigang*, *Insolvenzrecht*⁴ 130.

offered within a period of 2 years (§ 141 [1] IO); for consumers, the fulfilment period may amount to up to five years (§ 141 [1] IO).²⁹ In addition to that, the reorganisation plan has to be reasonable, which means that the debtor's offer must be in due proportion to the actual economic circumstances (cf. § 154 IO). In practice, however, the reorganisation plan plays only a **minor role** in consumer insolvencies because only very few debtors can realistically offer the – comparatively high – minimum quota.³⁰ In 2020, a reorganisation plan was only accepted in about 0.4% of all consumer insolvencies.³¹

If no reorganisation plan is adopted, the **debtor's assets must generally be liquidated** before another way for debt discharge can be taken (§ 193 [2] IO)³² Therefore, only after the liquidation of the assets a **settlement plan** can be concluded or (subsidiarily) **proceedings for income levy** can be initiated.³³

2. Settlement plan

The **settlement plan** is a modified form of the reorganisation plan provided for in bankruptcy proceedings for natural persons (cf. § 193 [1] IO).³⁴ This debt discharge method is very well accepted in practice: In 2020, a settlement plan was concluded in about 70% of all debt settlement proceedings.³⁵ Satisfaction under the settlement plan may extend over a maximum period of seven years (§ 194 [1] IO).³⁶ In contrast to the reorganisation plan, the settlement plan does not provide for a statutory minimum quota; instead, the debtor has to offer a so-called "**relative minimum quota**" ("*relative Mindestquote*"), which has to be **adequate to the debtor's income situation**.³⁷ As a basis for the assessment of adequacy, a forecast period of three years (previously five years³⁸) regarding the debtor's income is used

²⁹ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 558; *Mohr*, Privatsolvenz³ Rz 5; *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2526); *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 461; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 484; *Feuchtinger/Lesigang*, Insolvenzrecht⁴ 130.

³⁰ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 551; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 484; *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2526).

³¹ *ASB Schuldenberatungen*, Schuldenreport 2021 (2021) 7.

³² *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 485; cf. *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 462.

³³ *Fadinger*, Die neue Privatsolvenz, JAP 2017/2018, 168 (169); *Feuchtinger/Lesigang*, Insolvenzrecht⁴ 130 et seq; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 486; *Mohr*, Privatsolvenz³ Rz 4; *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2526).

³⁴ *Reckenzaun*, Sonderprobleme des Schuldners als Einzelunternehmer und Zahlungsplan, in *Poltsch/Bertl/Fraberger/Reckenzaun/Isola/Petsch* (Eds), Praxishandbuch Insolvenzzabwicklung (2016) 553 (563); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 486; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 551; *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2526).

³⁵ *ASB Schuldenberatungen*, Schuldenreport 7.

³⁶ *Mohr*, Neuerungen im Privatsolvenzverfahren – IRÄG 2017, ZIK 2017, 97 (98); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 486; *Fadinger*, JAP 2017/2018, 168 (169); *Schneider*, Das neue Privatsolvenzrecht, VbR 2017, 188 (188); *Konecny*, IRÄG 2017 und Neues im Insolvenzzrecht für natürliche Personen, ecolex 2017, 1160 (1161); *Kodek*, Reform des Privatkonkurses – Das Insolvenzzrechtsänderungsgesetz 2017, Zak 2017, 147 (148).

³⁷ *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2526); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 486; *Riel*, Insolvenzzrechtsänderungsgesetz 2017, AnwBl 2017, 275 (276).

³⁸ *Mohr*, ZIK 2017, 97 (98); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 486; *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2526); *Fadinger*, JAP 2017/2018, 168 (169); *Schneider*, VbR 2017, 188 (188); *Konecny*, ecolex 2017, 1160 (1161); *Kodek*, Zak 2017, 147 (148).

(§ 194 [1] IO). Here, not only the income actually achieved is to be taken into account, but also income that can be **achieved under strain** ("*Anspannung*") of the debtor.³⁹

The settlement plan may be adjusted due to subsequent changes in the debtor's income and financial circumstances: Pursuant to § 198 IO, if the debtor's income or asset situation changes through no fault of his own so that he is no **longer able to comply with the settlement plan**, he may request a vote on a new settlement plan and the initiation of proceedings for income levy.⁴⁰ This must be done within a period of 14 days after a reminder by a creditor. In contrast, an unexpected improvement in the debtor's income and asset situation does not entitle creditors to request a change in the settlement plan.⁴¹

The offer of a "**zero quota**" ("*Nullquote*") in the settlement plan is possible if the debtor is not expected to earn any seizable income within three years or if the income will only be slightly over the subsistence minimum (cf. § 194 [1] IO);⁴² the latter is to be assessed according to the circumstances of the individual case (but can generally be assumed with regard to an amount of € 10).⁴³ There was a discussion about whether low-income debtors had to offer a settlement plan with a "zero quota" at all or whether he could apply directly for the proceedings for income levy.⁴⁴ However, with the current amendment to the provisions regarding debt settlement proceedings, the Austrian legislator has clarified that the proceedings for income levy are still **subsidiary to the settlement plan** in any case.⁴⁵

3. Proceedings for income levy

Proceedings for income levy are to take place only if an (admissible) settlement plan was rejected by the creditors or denied confirmation by the court.⁴⁶ In 2020, proceedings for income levy were initiated in about 29% of consumer bankruptcies.⁴⁷ The application to initiate the proceedings for income levy must be submitted to the court with the settlement

³⁹ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 504; *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 361; **dissenting opinion** *Schneider*, Privatin insolvenz³ 129 et seq; *Schneider*, VbR 2017, 188 (189); *Pfandl/Schmid*, Insolvenzrecht 231.

⁴⁰ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 516; *Mohr*, Privatin insolvenz und RIRUG: Entschuldung nach drei Jahren, VbR 2021, 120 (122); *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 620.

⁴¹ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 620.

⁴² *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 486; *Schneider*, VbR 2017, 188 (188); *Fadinger*, JAP 2017/2018, 168 (169); *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2526); *Konecny*, ecolex 2017, 1161; *Mohr*, Privatin insolvenz³ Rz 539; *Riel*, AnwBl 2017, 275 (276); *Konecny*, ecolex 2017, 1160 (1161); *Mohr*, ZIK 2017, 97 (98).

⁴³ Cf. *Schneider*, VbR 2017, 188 (188); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 504; *Konecny*, ecolex 2017, 1160 (1161); *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 612; ErläutRV 1588 BlgNR 25. GP 11; *Mohr*, Privatin insolvenz³ Rz 540; *Kodek*, Zak 2017, 147 (148); *Mohr*, ZIK 2017, 97 (99).

⁴⁴ Cf. *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 486; **affirming** *Konecny*, ecolex 2017, 1160 (1162); *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2527 et seq); *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 612; *Riel*, AnwBl 2017, 275 (276); *Schneider*, VbR 2017, 188 (188); **negating** ErläutRV 1588 BlgNR 25. GP 11; *Mohr*, Privatin insolvenz³ Rz 539; *Kodek*, Zak 2017, 147 (148); *Mohr*, ZIK 2017, 97 (98); *Mitterlehner/Moser in Reiffenstein/Blaschek* 17 (20).

⁴⁵ ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 28.

⁴⁶ *Schneider*, VbR 2017, 188 (189); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 487; *Fadinger*, JAP 2017/2018, 168 (168); *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 632.

⁴⁷ *ASB Schuldenberatungen*, Schuldenreport 7.

plan proposal at the latest.⁴⁸ The creditors do not have to agree to this; they can only prevent the initiation of the proceedings if they (successfully) assert an **obstacle to initiation**.⁴⁹ According to the taxative enumeration of § 201 (1) IO, this includes, for example, intentional or grossly negligent violations of existing duties to provide information or to cooperate.⁵⁰ Another requirement for the initiation of the proceedings is that the costs of the trustee to be appointed must be covered by the proceeds of the proceedings.⁵¹

In the proceedings for income levy, usually the **seizable part of the income** is realised in particular. The debtor must assign this portion of his income to a trustee.⁵² As already mentioned above, there is now the choice between two procedural instruments: In the **“regular” proceedings for income levy**, the duration is still⁵³ **five years**. Within the framework of the recently created **repayment plan**, however, the duration of the procedure is only **three years** (§ 199 [2] IO). In return for the shorter duration of the proceedings, the debtor has to meet a **higher standard of honesty**,⁵⁴ which is expressed by the introduction of additional procedural obstacles (cf. § 201 [2, 3] and § 210 IO). In particular, the debtor must apply for the initiation of insolvency proceedings within a period of 30 days from the date of the public announcement of the decision on evident insolvency (§ 201 [2] no. 1 IO). For insolvent consumers, the repayment plan (whose main purpose, according to the above-mentioned European Restructuring and Insolvency Directive, is an accelerated debt discharge for entrepreneurs) will only be available for five years, so according to the current legal situation, the relevant provisions for consumers will **expire in July 2026** (§ 283 [9] IO).

After the expiry of the three- or five-year period, the court must generally grant the **discharge of residual debt and terminate the proceedings**;⁵⁵ a discharge of the residual debt must be granted as well in the (rare) situation that all filed insolvency claims have been satisfied in the course of the proceedings (§ 213 [1] IO). In the proceedings for income levy **neither an absolute nor a relative minimum quota is required**⁵⁶ (the former minimum quota of 10% was abolished with the IRÄG 2017, together with the problematic debt discharge on grounds of equity).⁵⁷ However, the debtor has to pursue (or at least to look for) an appropriate

⁴⁸ *Fadinger*, JAP 2017/2018, 168 (168); *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2526); *Konecny*, ecolex 2017, 1160 (1163); *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 612; *Feuchtinger/Lesigang*, Insolvenzrecht⁴ 131.

⁴⁹ *Mohr*, ZIK 2017, 97 (101); *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2528); *Fadinger*, JAP 2017/2018, 168 (168); *Riel*, AnwBl 2017, 275 (277); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 487.

⁵⁰ *Mohr*, ZIK 2017, 97 (101); *Konecny*, ecolex 2017, 1160 (1163); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 518; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 637.

⁵¹ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 340.

⁵² *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2526); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 488; *Fadinger*, JAP 2017/2018, 168 (168); *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 634.

⁵³ Cf. about the previous legislation *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2525); *Schneider*, Privatinsolvenz³ 2; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 534; *Fadinger*, JAP 2017/2018, 168 (168); *Schneider*, VbR 2017, 188 (190); *Konecny*, ecolex 2017, 1160 (1162); *Mohr*, ZIK 2017, 97 (97).

⁵⁴ Cf. *Mohr*, VbR 2021, 120 (120).

⁵⁵ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 488; *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 621 et seq.

⁵⁶ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 480; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 662.

⁵⁷ *Riel*, AnwBl 2017, 275 (277); *Kodek*, Zak 2017, 147 (147).

occupation ("*angemessene Erwerbstätigkeit*") (§ 210 [1] IO);⁵⁸ he is not allowed to refuse any reasonable employment ("*zumutbare Beschäftigung*") in this context.⁵⁹

The debt discharge is only to be denied by the court if the proceedings are either prematurely discontinued or the debtor violates his obligations.⁶⁰ The creditors, however, do not have to agree to a debt discharge within the proceedings for income levy.⁶¹ The residual debt discharge may be revoked if the debtor has intentionally impaired the satisfaction of the creditors significantly as a result of a breach of an obligation; in the case of the repayment plan, this also applies if the debtor has been convicted of certain criminal offences (see § 216 [1] IO).⁶² In practice, however, such a revocation hardly ever occurs.

C. Competent court to apply for consumer insolvency proceedings

Whereas according to §§ 63, 64 IO, the **regional court** ("*Landesgericht*" or in Vienna "*Handelsgericht Wien*") is responsible for "ordinary" insolvency proceedings in Austria,⁶³ consumer debt settlement proceedings take place before the **district court** ("*Bezirksgericht*") (§ 182 IO).⁶⁴ Therefore, the jurisdiction of the insolvency court depends on the debtor **operating a business or not**,⁶⁵ which is always a case-by-case assessment. It must be carefully examined whether the operation of a business can (still) be assumed.⁶⁶ The sole fact that the debtor's liabilities originate from a previous entrepreneurial activity does not establish entrepreneurial status.⁶⁷

The district court in whose district the debtor has his habitual residence has **local jurisdiction** for the debt settlement proceedings (§ 182 in connection with § 63 [1] IO). If the habitual residence cannot be determined, according to § 63 (2) IO, the place of business or, in the absence of a place of business, the location of the debtor's property is relevant.⁶⁸

Functionally, according to § 17a (1) Austrian Law on Legal Officers⁶⁹ ("*Rechtspflegergesetz*", hereinafter RpfLG), the legal officer ("*Rechtspfleger*"), a specially trained federal civil servant, is

⁵⁸ *Rechberger/Seeber/Thurner*, *Insolvenzrecht*³ Rz 475.

⁵⁹ ErläutRV 950 BlgNR 27. GP 31.

⁶⁰ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 488.

⁶¹ *Rechberger/Seeber/Thurner*, *Insolvenzrecht*³ Rz 425; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 480.

⁶² Cf. *Mohr*, VbR 2021, 120 (121).

⁶³ *Rechberger/Seeber/Thurner*, *Insolvenzrecht*³ Rz 33; *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 47; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 26.

⁶⁴ *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 555; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 26; *Rechberger/Seeber/Thurner*, *Insolvenzrecht*³ Rz 30; *Schneider*, *Privatinsolvenz*³ 4; *Feuchtinger/Lesigang*, *Insolvenzrecht*⁴ 121; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 497; *Konecny*, *ecolex* 2017, 1160 (1161).

⁶⁵ *Mohr*, ZIK 2017, 97 (97); *Pfandl/Schmid*, *Insolvenzrecht* (2020) 23; *Rechberger/Seeber/Thurner*, *Insolvenzrecht*³ Rz 33; *Schneider*, *Privatinsolvenz*³ 4; *Kodek*, *Handbuch Privatkonkurs*² (2015) Rz 31; *Feuchtinger/Lesigang*, *Insolvenzrecht*⁴ 121.

⁶⁶ *Schneider*, *Privatinsolvenz*³ 6; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 27; cf. *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 495 et seq.

⁶⁷ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 483; *Kodek*, *Privatkonkurs*² Rz 31; *Schneider*, *Privatinsolvenz*³ 5; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 27.

⁶⁸ *Schneider*, *Privatinsolvenz*³ 6; *Rechberger/Seeber/Thurner*, *Insolvenzrecht*³ Rz 34; *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 47; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 30.

⁶⁹ Rechtspflegergesetz BGBl 1985/560.

responsible for debt settlement proceedings before the district court.⁷⁰ For insolvency proceedings before the regional court, however, a judge is always responsible.⁷¹

As the places of jurisdiction defined by the IO are compulsory, any **agreements on the place of jurisdiction** regarding insolvency proceedings are invalid pursuant to § 253 (2) IO.⁷²

D. Self-administration in debt settlement proceedings

In Austrian insolvency proceedings, the debtor generally loses the power of disposal over the insolvency estate (i.e. assets subject to enforcement).⁷³ In debt settlement proceedings, however, for the purpose of lower costs usually **no insolvency administrator** ("Insolvenzverwalter") is appointed according to § 190 (1) IO; rather, the debtor is entitled to **self-administration** according to § 186 (1) IO.⁷⁴ In over 90% of all debt settlement proceedings, administration is left to the debtor, who is then supervised by the court.⁷⁵ Within the scope of the debtor's self-administration, the debtor is entitled to receive all of his postal correspondence and can accept payments with debt-discharging effect.⁷⁶ In this context, the debtor also has the power to conduct civil proceedings regarding assets belonging to the insolvency estate;⁷⁷ however, the debtor requires the court's authorisation to conduct such proceedings pursuant to § 187 (1) no. 3 and 4 IO.

In the case of self-administration, the insolvency court **must approve** most legal transactions of the debtor.⁷⁸ The decision on approval made by the court is contestable.⁷⁹ The acts requiring approval include, for example, the creation of new liabilities.⁸⁰ The legal transactions mentioned in § 116 IO must be notified to the court and legal transactions mentioned in § 117 IO must be approved by the court in any case.

The insolvency court may appoint an insolvency administrator **only for certain activities**,⁸¹ the insolvency administrator will then only be active in a limited scope of business.⁸² An insolvency administrator with a limited scope of activities may be appointed by the insolvency court

⁷⁰ *Schneider*, Privatin solvenz³ 7; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 42; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 49; *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 428.

⁷¹ *Mohr*, Privatin solvenz³ Rz 78; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 41.

⁷² *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 40; *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 35; *Mohr*, Privatin solvenz³ Rz 25.

⁷³ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 561; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 128.

⁷⁴ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 483; *Mohr*, Privatin solvenz³ Rz 132; *Schneider*, Privatin solvenz³ 29; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 558; *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 33; *Feuchtinger/Lesigang*, Insolvenzrecht⁴ 132.

⁷⁵ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 562.

⁷⁶ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 500; *Schneider* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 157 Rz 2; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 566.

⁷⁷ *Schneider* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 157 Rz 8; *Schneider*, Privatin solvenz³ 82; *Mohr*, Privatin solvenz³ Rz 142.

⁷⁸ *Mohr*, Privatin solvenz³ Rz 145 and 350; *Schneider*, Privatin solvenz³ 29; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 500; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 563.

⁷⁹ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 565.

⁸⁰ *Schneider*, Privatin solvenz³ 29; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 563; *Mohr*, Privatin solvenz³ Rz 145.

⁸¹ *Schneider*, Privatin solvenz³ 29; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 574.

⁸² *Mohr*, Privatin solvenz³ Rz 144; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 499; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 574.

under § 190 (2) IO for individual activities that are associated with particular difficulties. This could include, for example, the conduct of proceedings regarding the submitted claims.⁸³

Otherwise, the court has no possibility to extend or (additionally) limit the debtor's powers in self-administration; it can only **withdraw self-administration**.⁸⁴ This decision has to be made by the insolvency court.⁸⁵ Pursuant to § 186 (2) IO, the court can only withdraw the debtor's self-administration in the following cases: (1) If the debtor's financial circumstances are not transparent, (2) if it is to be expected that the (continuation of) self-administration will lead to a disadvantage for the creditors or (3) if the debtor does not submit an exact inventory of assets. In case of doubt, the court shall not withdraw self-administration from the debtor.⁸⁶ The appointment of an insolvency administrator takes effect on the date of the announcement of the appointment decision. If the debtor's self-administration is withdrawn, **the power of disposition** over the insolvency estate is transferred to the insolvency administrator.⁸⁷

All activities that are not covered by the debtor's self-administration are carried out by the insolvency court pursuant to § 190 (3) IO.⁸⁸ The only exception is the **power of avoidance** which can neither be given to the court nor to the debtor himself;⁸⁹ so in the absence of an insolvency administrator the creditors have the power of avoidance pursuant to § 189 IO.

In the **proceedings for income levy**, the court must appoint a **trustee** ("Treuhandler").⁹⁰ Pursuant to § 203 (1) IO, the trustee has to invest and distribute the amount he obtains to the creditors; however, the trustee may instead instruct the debtor to realise the assets him- or herself (§ 203 [2] IO). In addition to the realisation of assets, the trustee may also be instructed by the court to check whether the debtor is fulfilling his obligations.⁹¹

E. Requirements to enter into consumer insolvency proceedings

Insolvency proceedings may only be initiated upon **application**, which can be submitted by a creditor or by the debtor, the latter being obliged to file for insolvency pursuant to § 69 (2) IO.⁹² The initiation of insolvency proceedings requires the **debtor's insolvency** ("Zahlungsunfähigkeit") as well as (in principle) **cost-covering assets** ("kostendeckendes Vermögen").⁹³ Impending insolvency is only a reason for initiating reorganisation proceedings

⁸³ *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 91; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 574.

⁸⁴ Cf. *Schneider* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 186 Rz 4; *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 144.

⁸⁵ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 573; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 498; *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 134; *Schneider*, Privatinsolvenz³ 29.

⁸⁶ OGH 8 Ob 114/16x ZIK 2017/49 = *ecolex* 2017/99; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 498.

⁸⁷ *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 137 et seq.

⁸⁸ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 500; *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 125; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 562.

⁸⁹ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 571.

⁹⁰ *Schneider*, Privatinsolvenz³ 193; *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 557.

⁹¹ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 649.

⁹² *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 45; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 208.

⁹³ *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 68; *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 38; *Schneider*, Privatinsolvenz³ 10.

(but not bankruptcy proceedings or – in the case of the debtor being a consumer – debt settlement proceedings); however, as has already been mentioned, reorganisation proceedings are limited to entrepreneurs and legal entities.⁹⁴

As stated above, the time of the filing of the application is decisive for the assessment of entrepreneurial status; therefore, if the enterprise has already been completely shut down at the time of the filing, the debtor is regarded as a consumer.⁹⁵ The origin of the liabilities is irrelevant; they may therefore stem from the entrepreneurial activity.⁹⁶ Since the IRÄG 2017, a previous attempt at an out-of-court settlement is no longer required to enter into debt settlement proceedings.⁹⁷

The term "insolvency" is not legally defined.⁹⁸ According to case law,⁹⁹ insolvency occurs if the debtor is **no longer in a position to pay his due liabilities**; he must also be unable to procure the necessary funds within a short period of time.¹⁰⁰ If the debtor can meet 95% or more of his liabilities, it can be assumed that he is (still) solvent; however, if the debtor is unable to meet more than 5% of his due liabilities, he is considered to be insolvent.¹⁰¹ In this context, the insolvency must be present for some time, and is therefore to be distinguished from a mere **stagnation of payments** ("*Zahlungsstockung*").¹⁰² The latter is the case when the debtor is currently unable to pay his due debts, but is very likely to be able to do so in the near future. Case law generally assumes a maximum period of three months to constitute only a stagnation of payments (and thus not insolvency). An even longer period of time would require that the likelihood of the due debts being paid borders on certainty.¹⁰³ Furthermore, insolvency cannot be excluded solely by the fact that the debtor still pays the claims of individual creditors; however, insolvency is not assumed if a restructuring of the debt is possible and a financing commitment has already been given for this purpose.¹⁰⁴ In the case of a creditor application, the condition of insolvency is carefully examined by the insolvency court.¹⁰⁵

⁹⁴ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 540; *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 68; *Schneider*, Privatsolvenz³ 10.

⁹⁵ LGZ Wien 47 R 106/06w ZIK 2006/164, 131; LG Innsbruck 2 R 300/95 ZIK 1995, 120; *Schneider* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 182 Rz 7.

⁹⁶ OLG Innsbruck 1 R 214/95 ZIK 1995, 160; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 496; *Schneider* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 182 Rz 9.

⁹⁷ *Fadinger*, JAP 2017/2018, 168 (169); *Mohr*, Privatsolvenz³ Rz 8; *Nunner-Krautgasser*, ZinsO 2017, 2525 (2527); *Riel*, AnwBl 2017, 275 (276); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 482; *Konecny*, *ecolex* 2017, 1160 (1161); *Mohr*, ZIK 2017, 97 (97).

⁹⁸ *Nunner-Krautgasser* in *Nunner-Krautgasser/Reissner* 1 (15); *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 212; *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 61.

⁹⁹ RIS-Justiz RS0064528; OGH 8 Ob 118/11b RdW 2012/168 = ZIK 2012/157 = *ecolex* 2012/212; 3 Ob 99/10w EvBl 2011/105 (*Konecny*) = ÖBA 2011/1747 (*Bartlmä*).

¹⁰⁰ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 213 et seq; *Nunner-Krautgasser* in *Nunner-Krautgasser/Reissner* 1 (15); *Mohr*, Privatsolvenz³ Rz 39; *Schneider*, Privatsolvenz³ 10; *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 61.

¹⁰¹ RIS-Justiz RS0126559; OGH 3 Ob 99/10w ÖJZ EvBl 2011/105, 726 (*Konecny*) = ÖBA 2011/1747, 742 (*Bartlmä*); 2 Ob 117/12p ZIK 2013/174, 117; *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 62.

¹⁰² *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 63; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 214.

¹⁰³ RIS-Justiz RS0126561; OGH 3 Ob 99/10w; *Schuhmacher*, Neues zur Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung, ÖBA 2012, 816 (816); *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 214.

¹⁰⁴ *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 62; *Schneider*, Privatsolvenz³ 10; *Mohr*, Privatsolvenz³ Rz 39 et seq.

¹⁰⁵ *Schneider*, Privatsolvenz³ 11; *Mohr*, Privatsolvenz³ Rz 39.

The second prerequisite for the initiation of insolvency proceedings is, according to § 71 IO, the existence of assets that can **cover the initial costs of the insolvency proceedings**, which are the procedural costs that are necessary for an initial overview of the debtor's asset situation.¹⁰⁶ However, as many debtors would otherwise be denied even the initiation of insolvency proceedings and thus the chance of a discharge,¹⁰⁷ under the conditions of § 183 (1) IO insolvency proceedings concerning natural persons may be initiated even if there are no cost-covering assets available.¹⁰⁸ For this, the debtor must submit a precise inventory of assets and a settlement plan proposal according to § 183 (1) IO, as well as certify that his future income at least will suffice to cover the costs of the proceedings.¹⁰⁹ In the meantime, the costs of the proceedings are covered by the state.¹¹⁰ However, an assessment of the existence of cost-covering assets is stipulated solely in those cases in which the requirements for the withdrawal of self-administration are fulfilled (§ 183b IO). Therefore, if the debtor is entitled to self-administration in debt settlement proceedings, the existence of cost-covering assets is not to be examined; the opening of the proceedings is thus facilitated. The legislator justifies this with the fact that no initial costs are incurred in self-administration.¹¹¹

Another special provision concerning the opening of proceedings despite the lack of assets that can cover the costs of the proceeding is stipulated in § 183a IO: According to this provision, a creditor's application for the opening of debt settlement proceedings after the determination of "evident insolvency" in enforcement proceedings according to § 49a EO is not to be rejected only because of a lack of assets to cover the costs of the proceeding (§ 183a IO).

F. Insolvency estate and legal position of the debtor

The insolvency estate is basically composed of **all the debtor's assets subject to enforcement** (§ 2 [2] IO). This principle is also applicable to debt settlement proceedings¹¹² even if the debtor is entitled to self-administration.¹¹³ The insolvency estate does not include the unseizable portion of the debtor's earned income according to § 291a EO. The amount of the **subsistence minimum** depends on the amount of the income as well as the monetary support obligations of the individual debtor.¹¹⁴ The court has the possibility to increase (§ 292a EO) or reduce (§ 292b EO) the subsistence minimum. The debtor has free power of disposal over

¹⁰⁶ *Nunner-Krautgasser in Nunner-Krautgasser/Reissner* 1 (17); *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 231; *Rechberger/Seeber/Thurner*, *Insolvenzrecht*³ Rz 69; *Schneider*, *Privatinsolvenz*³ 12; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 43.

¹⁰⁷ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 489; *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 560.

¹⁰⁸ *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 559; *Nunner-Krautgasser in Nunner-Krautgasser/Reissner* 1 (18); *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 52; *Feuchtinger/Lesigang*, *Insolvenzrecht*⁴ 122 et seq; *Nunner-Krautgasser*, *ZinsO* 2017, 2525 (2527); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 482.

¹⁰⁹ *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 55; *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 560; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 490.

¹¹⁰ *Nunner-Krautgasser*, *ZinsO* 2017, 2525 (2527); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 491.

¹¹¹ ErläutRV 770 BlgNR 27. GP 70.

¹¹² OGH 9 ObA 39/97v JBl 1997, 742 = RZ 1998/19 = ZIK 1997, 187 = SZ 70/105; *Rechberger/Seeber/Thurner*, *Insolvenzrecht*³ Rz 219; *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 328; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 112.

¹¹³ *Kodek in Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 2 Rz 26; *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 328.

¹¹⁴ *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 113; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 174.

the unseizable part of his earned income.¹¹⁵ Objects and claims that cannot be seized are generally not part of the insolvency estate either.¹¹⁶ These include – among other things – pets, ordinary household items as well as food and heating material for a period of up to four weeks (§ 250 EO).

Insofar as the debtor **lives in a house or flat** which is part of the insolvency estate, he and those family members who live in the same household can be provided with the indispensable living quarters temporarily (§ 5 [3] IO), however, a sale of the respective house or flat is still possible. Furthermore, the insolvency court shall give the debtor the tenancy and other rights of use to residential property at his free disposal if they concern living quarters which are indispensable for the debtor and family members living in the same household (§ 5 [4] IO). The rent is then not a claim against the estate, but must be paid from the debtor's insolvency-free assets.¹¹⁷

The debtor may also be given **objects of minor value** at his free disposal; this includes claims whose collection does not promise success as well as mortgaged property. Such objects are then permanently excluded from the insolvency estate; a merely temporary exclusion is not possible.¹¹⁸

G. Costs of the proceedings

In general, the **court fees** and the **remuneration of the insolvency administrator** as well as of the **trustee** must be distinguished from each other. Should an insolvency administrator be appointed, his or her remuneration typically represents the largest part of the costs of the proceedings.¹¹⁹ Especially due to the principle of the debtor's self-administration and the fact that an insolvency administrator is rarely appointed (cf. § 190 [1] IO), however, debt settlement proceedings are usually simpler and less expensive than the other types of insolvency proceedings.¹²⁰

1. Costs of administration

As has been mentioned, in consumer debt settlement proceedings generally no insolvency administrator is appointed; instead, the debtor is entitled to self-administration ("*Eigenverwaltung*").¹²¹ An (exceptionally) appointed administrator (§ 186 [2] and § 190 [2] IO) is entitled to **remuneration plus value-added tax**. The law provides for a standard remuneration, which consists of a minimum compensation as well as further remuneration

¹¹⁵ *Neumayr/Nunner-Krautgasser*, Exekutionsrecht⁴ (2018) 278 et seq; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 328; *Mohr*, Privatin solvenz³ Rz 113.

¹¹⁶ *Rechberger/Seeber/Thurner*, Insolvenzrecht³ Rz 219; *Mohr*, Privatin solvenz³ Rz 117; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 325.

¹¹⁷ Cf. Zoppel in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 5 Rz 17.

¹¹⁸ *Nunner*, Die Freigabe von Konkursvermögen: Grundfragen des Massebegriffes und der Haftungsordnung im Konkurs (1998) 112; *Mohr*, Privatin solvenz³ Rz 118; cf. *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 338 et seq.

¹¹⁹ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 196; cf. *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 763 et seq.

¹²⁰ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 494; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 555.

¹²¹ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 558; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 483.

for the realisation of a reorganisation plan or a settlement plan.¹²² If an insolvency administrator is appointed in debt settlement proceedings, the minimum compensation is € 1,000 according to § 191 (1) IO;¹²³ whereas in other types of insolvency proceedings it is € 3,000.¹²⁴ The IO stipulates a degressive remuneration system for the realisation of the debtor's assets and the settlement plan, which can be increased (§ 82b IO) or reduced (§ 82c IO) by the court.¹²⁵ A decision on the remuneration of the insolvency administrator must be taken no later than at the hearing at which the final account is discussed ("*Schlussrechnungstagsatzung*") or beforehand at the end of the insolvency administrator's activities.¹²⁶

If proceedings for income levy are initiated, the court has to appoint a **trustee**.¹²⁷ In practice, a privileged creditor protection association (e.g. "*Alpenländischer Kreditorenverband*") or the umbrella organisation of the recognised debt counselling agencies ("*ASB Schuldenberatungen GmbH*") are regularly appointed as trustees.¹²⁸ The trustee is as well entitled to **remuneration**, which depends on the amounts that accrue to the trustee.¹²⁹ The standard remuneration may either be increased or reduced by the insolvency court upon application.¹³⁰ The minimum compensation is € 15 per month (§ 204 [1] IO) and cannot be reduced (§ 204 [2] IO). If the amounts received by the trustee are insufficient for the remuneration, the remaining amount may be compensated from official funds.¹³¹

2. Court fees

With regard to the **court fees**, the IO distinguishes whether an insolvency administrator has been appointed or not.¹³² Insofar as an insolvency administrator has been appointed, the flat-rate fee for the court costs incurred amounts to **15% of the insolvency administrator's remuneration**, but at least € 444. The prerequisite for this is that the insolvency proceedings have been terminated either by final distribution, reorganisation plan, settlement plan, consent of the creditors or by initiation of the proceedings for income levy.¹³³

¹²² *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 89; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 112 et seq; *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 94 et seq; *Poltsch*, *Entlohnung, Barauslagen und Prozesskosten*, in *Poltsch/Bertl/Fraberger/Reckenzaun/Isola/Petsch* (Eds), *Praxishandbuch Insolvenzabwicklung* (2016) 845 (846 et seq).

¹²³ *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 95; *Mohr*, ZIK 2017, 97 (97); *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 89.

¹²⁴ *Konecny/Riel*, *Nur ein Mal Mindestentlohnung von 3.000 € beim Sanierungsplan*, ZIK 2017, 175 (175); *Kodek*, *Privatkonkurs*² Rz 769; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 89.

¹²⁵ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 113; *Poltsch* in *Poltsch/Bertl/Fraberger/Reckenzaun/Isola/Petsch* 845 (848); *Kodek*, *Privatkonkurs*² Rz 774; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 89; *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 96.

¹²⁶ *Poltsch* in *Poltsch/Bertl/Fraberger/Reckenzaun/Isola/Petsch* 845 (850); *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 89.

¹²⁷ *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 557; *Schneider*, *Privatinsolvenz*³ 193.

¹²⁸ *Schneider*, *Privatinsolvenz*³ 193 et seq; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 557.

¹²⁹ *Kodek*, *Privatkonkurs*² Rz 780; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 563; *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 202; *Schneider*, *Privatinsolvenz*³ 197.

¹³⁰ *Schneider*, *Privatinsolvenz*³ 198; *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 564.

¹³¹ *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 568; *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 202; *Schneider*, *Privatinsolvenz*³ 198.

¹³² *Mohr*, *Privatinsolvenz*³ Rz 77; *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 190.

¹³³ *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 190.

In case of the debtor's self-administration in debt settlement proceedings, no flat-rate fee is to be charged; if there is no self-administration, the flat-rate fee is only **half of the above amount**.¹³⁴ The petition to open proceedings filed by the debtor himself is exempt from fees;¹³⁵ whereas a creditor filing an application has to pay a flat-rate fee. During the course of the proceedings, some other fees (mainly concerning creditors) are also charged, e.g. for the lodging of a claim.¹³⁶

The costs of the insolvency proceedings are **claims against the estate** ("*Masseforderungen*") and are thus **to be satisfied with priority**.¹³⁷ If a settlement plan is concluded, the debtor must pay the court fees within a maximum period of three years (§ 196 [2] IO). The costs of the proceedings for income levy are also satisfied with priority;¹³⁸ they have to be settled during the course of the proceedings.¹³⁹ In case of lack of means, however, the costs of the proceedings might also be paid out of official funds.¹⁴⁰

III. Creditors in insolvency proceedings

A. Groups of creditors

Austrian insolvency law distinguishes between **different groups of creditors** whose position and treatment depends on the respective type of claim. In particular, a distinction must be made between **creditors with a preferential position** (creditors with a claim for segregation of property, secured creditors, creditors entitled to set-off and creditors with claims against the estate), **regular insolvency creditors**, **subordinated creditors** (e.g. claims from equity-substituting benefits according to § 57a IO) and **creditors with excluded claims** (§ 58 IO).¹⁴¹ A creditor may also have a **dual status**, namely if he is simultaneously an insolvency creditor and a secured creditor.¹⁴²

Insolvency creditors ("*Insolvenzgläubiger*") are at the centre of the proceedings. These are creditors who have a pecuniary claim against the debtor at the time of the opening of insolvency proceedings. Insolvency creditors are primarily threatened with default because their claims are neither secured nor satisfied with priority.¹⁴³ The insolvency creditors form a

¹³⁴ *Mohr*, GGN 2015 – Änderungen bei den Rechtsmittelgebühren im Insolvenzverfahren, ZIK 2016, 19 (20); *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 767; *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 77; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 193; cf. *Konecny/Riel*, Entlohnung im Insolvenzverfahren (1999) Rz 497 et seq.

¹³⁵ *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 768; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 195.

¹³⁶ *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 77; *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 768; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 195.

¹³⁷ *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 764; *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 249; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 191.

¹³⁸ *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 589; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 191.

¹³⁹ *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 766; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 192.

¹⁴⁰ *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 590; *Schneider*, Privatinsolvenz³ 202.

¹⁴¹ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 170 et seq; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 110 et seq; *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 198.

¹⁴² *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 199; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 133.

¹⁴³ *Schneider*, Privatinsolvenz³ 51; *Nunner-Krautgasser* in *Nunner-Krautgasser/Reissner* 1 (39); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvenzrecht⁴ Rz 170; *Mohr*, Privatinsolvenz³ Rz 251 et seq; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 142 et seq.

collective of creditors who receive aliquot satisfaction in the sense of the *pari passu* principle.¹⁴⁴

Regarding insolvency creditors, the Austrian insolvency regime has established the principle of **classless bankruptcy** ("*klassenloser Konkurs*") in 1982. This means that, in general, neither public-law creditors nor employees of the debtor are given preferential treatment in insolvency proceedings.¹⁴⁵ Insolvency claims with priority still exist only in certain areas of law, for example concerning the tenant's deposit in the insolvency of the landlord (§ 16b [3] MRG) or concerning those assets which can be allocated to an investment and risk community in the insolvency of a pension fund (§ 37 [4] PKG).

B. Creditors with preferential treatment

Creditors with a claim for segregation of property ("*Aussonderungsgläubiger*") have a right in rem or a personal right for segregation of an asset which is *de facto* in the insolvency estate but does not belong to the debtor in full or in part (§ 44 [1] IO). Grounds for segregation are, in particular, ownership and co-ownership.¹⁴⁶ Pursuant to § 11 (1) IO, claims for segregation of property are in principle not affected by the initiation of insolvency proceedings (but see § 11 [2, 3] IO). Therefore, such claims do not qualify to participate in the insolvency proceedings; accordingly, persons entitled to segregation of property do not have the right to vote on a reorganisation plan or a settlement plan.¹⁴⁷

Secured creditors ("*Absonderungsgläubiger*") have claims for preferential satisfaction from the sale of specific items that are part of the insolvency estate (so-called "separate estates").¹⁴⁸ Therefore insolvency creditors are excluded from the proceeds from such items up to the value of the claims of secured creditors; they participate only insofar as there is a surplus (so-called "*Hyperocha*") after the payment of the costs for the separate managing, realizing and distributing of the asset ("*Sondermassekosten*") as well as the satisfaction of the secured creditors. Secured claims are in particular liens or withholding rights.¹⁴⁹ In principle, these claims are not affected by the opening of insolvency proceedings (but see § 11 [2, 3] IO). In some cases, however, even secured creditors can be affected by insolvency proceedings: According to § 12 (1) IO, preferential claims for secured creditors newly acquired within the last 60 days prior to the opening of insolvency proceedings through enforcement for payment or for providing a security expire with the opening of insolvency proceedings; they are only

¹⁴⁴ Dellinger/Oberhammer/Koller, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 170; Nunner-Krautgasser in Nunner-Krautgasser/Reissner 1 (4).

¹⁴⁵ Dellinger/Oberhammer/Koller, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 179.

¹⁴⁶ Kodek, *Insolvenzrecht*² Rz 114; Mohr, *Privatinsolvenz*³ Rz 200; Schneider, *Privatinsolvenz*³ 36; Dellinger/Oberhammer/Koller, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 199 et seq; cf. Spitzer, *Das persönliche Recht auf Aussonderung* (2017) 13 et seq.

¹⁴⁷ Mohr, *Privatinsolvenz*³ Rz 201; cf. Schneider, *Privatinsolvenz*³ 37.

¹⁴⁸ Dellinger/Oberhammer/Koller, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 172; Kodek, *Insolvenzrecht*² Rz 121; Mohr, *Privatinsolvenz*³ Rz 207; Schneider, *Privatinsolvenz*³ 38.

¹⁴⁹ Mohr, *Privatinsolvenz*³ Rz 207 et seq; Dellinger/Oberhammer/Koller, *Insolvenzrecht*⁴ Rz 212; Kodek, *Insolvenzrecht*² Rz 121 et seq; cf. Schneider, *Privatinsolvenz*³ 38 et seq.

revived should the insolvency proceedings be terminated pursuant to § 123a IO. This provision serves to safeguard the *pari passu*-principle.

In addition to that, creditors with claims for segregation of property and secured creditors are subject to special rules which aim at facilitating debt discharge by extinguishing preferential rights relating to the **debtor's income**.¹⁵⁰ If insolvency proceedings are initiated before the 15th of the month, liens on the income of the debtor acquired by enforcement by a court, administrative authority or financial authority expire at the **end of the month**; if insolvency proceedings are initiated on or after the 16th of the month, these liens expire at the **end of the following month** (§ 12a [3] IO). If the income was ceded or pledged before the initiation of the insolvency proceedings, however, the respective preferential rights expire only after the end of a **period of two years**, calculated from the end of the month in which insolvency proceedings were initiated (§ 12a [1] IO). The term "income" is to be understood in a wide sense;¹⁵¹ for example, it also includes royalty claims of artists,¹⁵² claims for child support and private supplementary pensions.¹⁵³

Creditors with claims against the estate ("*Massegläubiger*") have claims which regularly arise after the opening of insolvency proceedings; they are to be satisfied **preferentially and in full**.¹⁵⁴ These claims are listed in § 46 IO.¹⁵⁵ Such claims must be satisfied without delay as soon as they are established and due. In the case of self-administration, this can be done either by the court or by the debtor (or, if self-administration has been withdrawn, by the insolvency administrator).¹⁵⁶ Creditors with claims against the estate can directly demand payment from the debtor (respectively the insolvency administrator); should satisfaction of the claim be refused, such creditors can turn to the insolvency court or sue to enforce their claim.¹⁵⁷

A special position is held by insolvency creditors **entitled to set-off** ("*Aufrechnungsberechtigte*"): Such insolvency creditors do not have to lodge their claims in the insolvency proceedings either (§ 19 IO). Unlike under general civil law, the claims do not have to be due and may also be conditional; the creditor's claim may even be of a non-monetary nature (see also § 14 [1] IO).¹⁵⁸ The set-off is not bound by any time limit and can be declared either to the debtor in self-administration or to an appointed insolvency

¹⁵⁰ *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvencyrecht⁴ Rz 207; *Mohr*, Privatinsovenz³ Rz 219; *Kodek*, Insolvencyrecht² Rz 453; *Schneider*, Privatinsovenz³ 40.

¹⁵¹ *Kodek*, Insolvencyrecht² Rz 578; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvencyrecht⁴ Rz 207; *Schneider*, Privatinsovenz³ 41; *Mohr*, Privatinsovenz³ Rz 219.

¹⁵² OGH ZIK 2004/262 = EvBl 2005/60 = ÖJZ-LSK 2005/26 = ÖBA 2005/1276 = RdW 2005/207 = SZ 2004/140.

¹⁵³ *Schneider*, Privatinsovenz³ 41.

¹⁵⁴ *Kodek*, Insolvencyrecht² Rz 136; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvencyrecht⁴ Rz 187.

¹⁵⁵ *Nunner-Krautgasser* in *Nunner-Krautgasser/Reissner* 1 (37); *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvencyrecht⁴ Rz 188; *Kodek*, Insolvencyrecht² Rz 137; *Mohr*, Privatinsovenz³ Rz 244; *Schneider*, Privatinsovenz³ 34.

¹⁵⁶ *Mohr*, Privatinsovenz³ Rz 245; *Schneider*, Privatinsovenz³ 34 et seq; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvencyrecht⁴ Rz 194.

¹⁵⁷ *Nunner-Krautgasser* in *Nunner-Krautgasser/Reissner* 1 (37); *Schneider*, Privatinsovenz³ 35; cf. *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvencyrecht⁴ Rz 195.

¹⁵⁸ *Schneider*, Privatinsovenz³ 49; *Dellinger/Oberhammer/Koller*, Insolvencyrecht⁴ Rz 186; *Mohr*, Privatinsovenz³ Rz 237; *Kodek*, Insolvencyrecht² Rz 282.

administrator.¹⁵⁹ Should the insolvency proceedings end with a reorganisation plan or a settlement plan, however, the creditor's right to set-off is limited to the respective quota.¹⁶⁰

IV. Consumer credit counselling

A. Introduction to credit counselling in Austria

According to § 254 (1) no. 6 IO, there is no obligation to be represented by a lawyer in insolvency proceedings; the debtor does not have to be represented at all.¹⁶¹ However, in debt settlement proceedings a debtor **may be represented by a recognised debt counselling agency** ("*Schuldenberatungsstelle*") according to § 192 IO, which is not permitted in other insolvency proceedings.¹⁶² In the appeal proceedings of debt settlement proceedings, representation by a recognised debt counselling agency is permitted as well, but the signature of a lawyer is required for filing the appeal to the supreme court ("*Oberster Gerichtshof*", § 192 IO).¹⁶³

§ 267 IO provides for the **recognition of debt counselling agencies**; for this, all the requirements of § 267 IO must be fulfilled.¹⁶⁴ According to § 267 (1) IO, the prerequisites for a recognition include the unpaid nature of the service, reliability, financial security, permanent establishment and up-to-date quality management. The state recognition entitles the holder to use a seal of quality, which is awarded by the competent higher regional court.¹⁶⁵

In Austria, the common interests of the debt counselling agencies are represented by an **umbrella organisation**.¹⁶⁶ This umbrella organisation unites (all) ten recognised debt counselling agencies;¹⁶⁷ it is financed by subsidies from the government and by its activity as trustee in the proceedings for income levy.¹⁶⁸ Only the umbrella association of debt counselling agencies may perform this function; individual debt counselling agencies are not allowed to do so due to their lack of independence.¹⁶⁹ In 2020, the umbrella organisation was appointed as trustee in 1,205 proceedings, which corresponds to about 55% of all proceedings.¹⁷⁰

¹⁵⁹ *Mohr*, Privatsolvenz³ Rz 238; *Schneider*, Privatsolvenz³ 49.

¹⁶⁰ OGH 6 Ob 179/14p Zak 2016/279 (*Nunner-Krautgasser*).

¹⁶¹ *Schneider*, Privatsolvenz³ 33; *Mohr*, Privatsolvenz³ Rz 104; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 59.

¹⁶² *Mohr*, Privatsolvenz³ Rz 103; cf. *Pfandl/Schmid*, Insolvenzrecht 65.

¹⁶³ *Mohr*, VbR 2021 120 (120); *Pfandl/Schmid*, Insolvenzrecht 65; *Schneider*, Privatsolvenz³ 23; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 62; *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 9.

¹⁶⁴ *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 9; *Pfandl/Schmid*, Insolvenzrecht 65; *Schneider*, Privatsolvenz³ 33; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 60.

¹⁶⁵ Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, *Ausweg gesucht. Schulden und Privatkonkurs* (2019) 29.

¹⁶⁶ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 61; *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 9; *Pfandl/Schmid*, Insolvenzrecht 65.

¹⁶⁷ *Pfandl/Schmid*, Insolvenzrecht 65; *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 9; *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 61.

¹⁶⁸ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 61; *Kodek*, Privatkonkurs² Rz 9.

¹⁶⁹ *Kodek*, Insolvenzrecht² Rz 648.

¹⁷⁰ *ASB Schuldenberatungen*, *Schuldenreport* 22.

In 2020, **54,688 people** received support from one of the 10 recognised debt counselling agencies in Austria. Of the 7,296 consumer insolvency proceedings opened, 67% of all debtors were accompanied by a recognised debt counselling agency. Of these individuals, 38% had no income from employment. 27% of the individuals accompanied by the recognised debt counselling agencies did not receive more income than the statutory subsistence minimum. On average, the accompanied debtors were in debt with about € 60,000.¹⁷¹ Practice shows that mainly debtors with no or below-average income are represented by a debt counselling agency;¹⁷² at the same time, the number of those seeking advice from a recognised debt counselling agency is steadily increasing.¹⁷³

B. Quality of the existing credit counselling

The debt counselling agencies operate on a **public mandate** and are also financed from public budgets. All debt counselling agencies operate under the internationally recognised **ISO 9001**¹⁷⁴ quality management system; the certification is conducted by the umbrella organisation.¹⁷⁵ An ISO 9001 quality management system ensures that both legal requirements and client satisfaction are guaranteed. A process-oriented approach is taken and opportunities and risks are evaluated on an ongoing basis.¹⁷⁶

The supporting services of the recognised debt counselling agencies are structured according to the so-called **self-help principle** ("*Selbsthilfeprinzip*"). All those activities that the debtor can carry out himself are left to him; only when this is no longer possible due to the specific circumstances the recognised counselling agencies will intervene.¹⁷⁷

In addition to the direct support of debtors in debt settlement or insolvency proceedings, emphasis is also placed on the long-term stabilisation of the financial situation of the debtor.¹⁷⁸ Debt counselling agencies are also active in **financial education**: Special offers for children, young people and adults are intended to provide financial education and prevent over-indebtedness later on.¹⁷⁹ The debt counselling agencies therefore fulfil not only legal but also economic and social work activities.¹⁸⁰

According to a **study by the Vienna University of Economics and Business Administration**, every Euro invested in recognised debt counselling agencies creates an economic and social equivalent of € 5.30. The study concludes that the activities of the recognised debt

¹⁷¹ *ASB Schuldenberatungen*, Schuldenreport 3.

¹⁷² *Pfandl/Schmid*, *Insolvenzrecht* 65.

¹⁷³ *Maly*, *Der neue Privatkonkurs funktioniert... jetzt aber noch die Exekutionsordnung reformieren!* 23 Jahre persönliche Praxiserfahrungen eines Schuldnerberaters, *juridikum* 2019, 114 (115).

¹⁷⁴ DIN EN ISO 9001:2015.

¹⁷⁵ *ASB Schuldenberatungen*, Schuldenreport 14.

¹⁷⁶ *Quality Austria*, ISO 9001 Qualitätsmanagement (2020) 1.

¹⁷⁷ Bundesministerium für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz, *Ausweg* 30.

¹⁷⁸ *ASB Schuldenberatungen*, Schuldenreport 12; *ifs Schuldenberatung*, 30 Jahre Schuldenberatung (2018) 2.

¹⁷⁹ *ifs Schuldenberatung*, 30 Jahre Schuldenberatung 2; *ASB Schuldenberatungen*, Schuldenreport 24.

¹⁸⁰ *Kodek*, *Insolvenzrecht*² Rz 60.

counselling agencies in Austria are very effective.¹⁸¹ The activities of the recognised debt counselling agencies also create added value for creditors: They act as contact partners and links between debtors, the court and creditors. Through the activities of debt counselling agencies, information about the debtor's financial situation can be obtained and the probability of a higher repayment rate increases.¹⁸² For these reasons, there is an urgent need to increase the staff of the recognised debt counselling agencies; debtors usually have to wait a substantial amount of time for an appointment.

V. Conclusion

Recent legislative acts have further improved the framework for a debt discharge for consumers in Austria: In particular, the proceedings for income levy can be concluded within a period of only three years as part of a repayment plan. As compensation for the shortened duration of the proceedings, the debtor must meet a higher standard of honesty. Regarding consumer credit counselling, however, there is still work to be done: Due to the termination of deferments, subsidies and short-time work models, a massive increase in clients is to be expected any time soon,¹⁸³ therefore a significant improvement in the funding of the recognised debt counselling agencies is urgently needed.

¹⁸¹ *More-Hollerweger/Pervan-Al Soquarer/Pervan*, Studie zum gesellschaftlichen und ökonomischen Nutzen der staatlich anerkannten Schuldenberatungen in Österreich mittels einer SROI-Analyse (2013) 87.

¹⁸² *ASB Schuldenberatungen*, Schuldenreport 12.

¹⁸³ *ASB Schuldenberatungen*, Schuldenreport 4.