

ecolex

FACHZEITSCHRIFT FÜR
WIRTSCHAFTSRECHT
JULI 2012

7a

www.ecolex.at

537 – 580

Festheft

ad multos annos ...

Der Rücktritt des Insolvenzverwalters nach § 21 IO oder wie eine Fußnote ein juristisches Weltbild ins Wanken brachte

HARALD FRIEDL

Woran erkennt man ein wissenschaftliches Werk? „An den Fußnoten“, soll Reinhard Trinkner, seinerzeit Chefredakteur des Betriebs-Beraters auf diese Frage geantwortet haben. Davon berichtet uns Jürgen Basedow, der in Prolegomena zu einer funktionalistischen Theorie der Fußnote¹⁾ versucht, Anstoß zu Reflexionen über dieses wissenschaftliche Proprium zu geben. Von den vorgestellten Typen, nämlich der Alibi-Fußnote, die Vortragsmanuskripten eine wissenschaftliche Note gebe, der Ornamental-Fußnote, die selbstverständliche Aussagen verziere, ihrem nüchternen Gegenstück, der Nachweis-Fußnote, die sich in allernötigsten Andeutungen der Quelle erschöpfe, der Gelehrsamkeits-Fußnote, die den eigenen Kenntnisreichtum demonstriere, der Streit- oder Schmeichel-Fußnote, mit der Kollegen Wert- oder Geringschätzung kommuniziert werde, der beinahe ausgestorbenen Reserve-Fußnote als Platzhalter für spätere Einfügungen, soll hier von einer Zweitabhandlungs-Fußnote die Rede sein. Mit ihr werde das eine oder andere Detailproblem in die Fußnote verdrängt und dort kommentiert.

Bis zur Fußnote 517 von Franz Bydlinski in *Klang IV/2*²⁾ (1978) 541 bestand kein Zweifel darüber, dass der „Rücktritt“ des Masseverwalters nach § 21 Abs 1 KO (nunmehr IO) den beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrag mit dem (Gemein-)Schuldner nicht wie beim Rücktritt nach § 918 ABGB (schuldrechtlich) ex tunc aufhebt, sondern bei Aufrechterhaltung des Vertrags lediglich (ex nunc) die weitere Erfüllung des Vertrags unterbleibt. § 21 KO normiere nach dieser Auffassung lediglich ein Recht zur Ablehnung der (weiteren) Erfüllung. Der Erfüllungsanspruch des Vertragspartners verwandle sich in einen Schadenersatzanspruch auf das Interesse, der eine Konkursforderung darstelle. Nach Bydlinskis Kritik geriet dieses juristische Weltbild gehörig ins Wanken. Die hA, insb auch Lehmann,²⁾ der vermeintliche Ausgangspunkt der bekämpften Auffassung gebe keine Begründung für ein vom Zivilrecht abweichendes Verständnis; der Rücktritt wirke daher (arg: Einheit der Rechtsordnung) genauso wie der nach den §§ 918, 921 ABGB und führe zu gegenseitigen Rückstellungsansprüchen nach § 1435 ABGB.

Zwar blieb die Rsp unbeirrt und rückte bis zuletzt von ihrer Auffassung nicht ab, in der Literatur jedoch wird darüber seither leidenschaftlich gestritten; selbst die Redaktoren des IRÄG 1982 „vergaßen“ offenbar darauf, dass mit § 21 Abs 1 KO dereinst 1914 die Regelung des § 22 lit c) Concursordnung 1868 mit einer kleinen bedeutenden Abweichung, sonst aber unverändert, in das neue Recht übernommen werden sollte. Danach hatte „die Masse die Wahl, ob sie in das Geschäft eintreten wolle, oder nicht“. Trat sie nicht ein, hatte „der andere Teil, soweit das von ihm etwa geleistete in der Concursmasse noch unterscheidbar vorhanden [war], An-

spruch auf Zurückstellung desselben, sonst aber nur auf Entschädigung.“³⁾ Schon dieser Bestimmung lag die Auffassung zugrunde, dass der Vertrag, wenn die Masse nicht eintrat, nicht aufgehoben sei.⁴⁾ Gerade aber der Rückstellungsanspruch wurde aber als unbillige Bevorzugung gegenüber jenen angesehen, die vor Konkurseröffnung vollständig erfüllt hatten,⁵⁾ und daher sollte dieser Anspruch nicht in das neue Recht übernommen werden.⁶⁾ Zugegeben: § 22 CO regelte sein Verhältnis zum Zivilrecht selbst, weil die „Zulässigkeit des Rücktritts von einem Verträge überhaupt (...) nicht berührt“ werde; eine solche Bestimmung fehlte in der neuen KO.

Die überragende Autorität von Franz Bydlinski bescherte seiner Fußnote die breite Wirkung, jedoch hat Bydlinski in seiner Kritik an der hA das Herkommen der Norm und auch die mit der Ausgleichsnovelle 1934 aufgestellte Parallelbestimmung des § 20 b AO nicht gewürdigt; danach sollte der Schuldner die Erfüllung „ablehnen“ können. Die Erläuterung dazu⁷⁾ sprachen von „Rücktritt“, und diese Regelung entspräche den Bestimmungen der KO. Das IRÄG 1982 änderte aber unter Hinweis in den Erläuterungen auf Bydlinski den Wortlaut von „ablehnen“ in „zurücktreten“, weswegen gesagt wurde, der letzte mögliche Anhaltspunkt der hA sei beseitigt.⁸⁾ Abgesehen davon, dass Gesetzesmaterialien weder das Gesetz selbst sind, noch dieses authentisch interpretieren (6 Ob 4/08 v), kann es seit der Aufhebung der AO durch das IRÄG 2010 auf sich beruhen, ob der damaligen „Authentizität“ in den Materialien 1934 später „authentisch“ in den Materialien 1982 widersprochen wurde. Die Frage ist nunmehr wieder aus § 21 IO zu beantworten. Gesetzesmaterialien sind zwar nach der Rsp erst dann zur Auslegung einer Norm heranzuziehen, wenn die Ausdrucksweise des Gesetzes selbst Zweifel aufwirft (4 Ob 131/08 f mwN), aber solche dürften jedenfalls angebracht sein, und die in der Literatur bislang völlig vernachlässigte historische Auslegung stützt die Rsp jedenfalls in ihrem unbeirrten Festhalten an ihrer bisherigen Ansicht. Die Fußnote kämpft halt mit dem auch hier nur beschränkt zur Verfügung stehenden Platz für grundlegende (Zweit-)Abhandlungen.

1) ZEuP 2008, 671.

2) Kommentar I (1916) 149 f.

3) Vgl dazu auch die von Kaserer, Kommentar (1869) 55, überlieferten Motive.

4) Schwarz, Concursrecht I (1894) 82; weniger deutlich Kijfing, Kommentar² (1877) 64.

5) Frankl, Revision des Concursrechts (1896) 82 f.

6) Denkschrift zur Konkursordnung 1914, 26 mit Verweis auf Frankl.

7) JABl 1934, 91 (95).

8) Iro, RdW 1985, 101 (105).