

### III. Die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen

---

In seinem Vortrag vor der Juristischen Gesellschaft in Wien am 5.4.1889 stellte *Otto von Gierke* den ersten Entwurf des 1900 in stark überarbeiteter Form in Kraft tretenden BGB vor und kritisierte die mangelnde Berücksichtigung der „sozialen Aufgabe des Rechts“.<sup>19</sup> Neben einer Untersuchung aller Gebiete des Bürgerlichen Rechts stellte er für das Obligationenrecht fest, dass weder der Grundsatz der Vertragsfreiheit noch jener der Verkehrsfreiheit und -sicherheit vollständig erreicht werden könne, da der Schutz bestimmter Personengruppen und Gesellschaftsschichten eine Einschränkung dieser Postulate erfordere.<sup>20</sup> Schließlich stellte der Redner fest:

„Die sozialen Bedenken gegen ein derartiges Recht der Schuldverhältnisse steigern sich unermesslich, sobald dasselbe nicht bloß die in freier Beweglichkeit sich knüpfenden und lösenden Einzelbeziehungen des Verkehrs beherrschen will, sondern auch auf die vertragsmäßig begründeten Verhältnisse *dauernder Bindung* angewandt werden.“<sup>21</sup>

Ein Vierteljahrhundert später veröffentlichte *von Gierke* eine Abhandlung über die „dauernden Schuldverhältnisse“,<sup>22</sup> die zwar nicht den Anspruch erheben konnte, die Lehre von den Dauerschuldverhältnissen begründet zu haben, der für die Bekanntmachung und Fortentwicklung dieser Figur aber wesentliche Bedeutung zukam.<sup>23</sup> Tatsächlich wurde die Lehre von den Dauerschuldverhältnissen von der deutschen Privatrechtsdogmatik vergleichsweise spät entwickelt und einer genaueren Untersuchung zugeführt. Dabei wurde schon zuvor vereinzelt zwischen dauernden und vorübergehenden Schuldverhältnissen unterschieden,<sup>24</sup> ohne dass an diese Unterscheidung allerdings

---

19 *Von Gierke*, Aufgabe; vgl. aus *von Gierke*, Entwurf, passim. Einen Überblick über die Entstehungsgeschichte des BGB bieten *Coing/Honsell* in Staudinger, BGB (2004) Einl zum BGB.

20 *Von Gierke*, Aufgabe 28 ff.

21 *Von Gierke*, Aufgabe 32 (Hervorhebung im Original). Eine ähnliche Anmerkung zu den „dauernden Personenverbindungen“ findet sich bei *von Gierke*, Aufgabe 17.

22 *Von Gierke*, JherJb 64, 355.

23 *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 49 und 51.

24 An dieser Stelle sei nur *von Savigny*, Obligationenrecht I, 6 und 302 und ihm folgend *Windscheid*, Lehrbuch II/1, 8 genannt, aus Österreich vgl. *Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup>, 11.

Rechtsfolgen irgendeiner Art geknüpft waren oder die Herausarbeitung allgemeiner Grundsätze vorangetrieben wurde.<sup>25</sup> Diesem ersten Schritt, nämlich der Herausbildung einer eigenen Kategorie von Schuldverhältnissen, die durch den Faktor „Zeit“ charakterisiert sind,<sup>26</sup> folgte in einem logischen zweiten Schritt die Entwicklung allgemein auf diese Art von Schuldverhältnissen anwendbarer Grundsätze. Angeregt wurden die Überlegungen zu dauernden Verträgen von der Erwähnung von „dauernden Dienstleistungsverträgen“ in §§ 617, 627 ff BGB und der regen Judikatur des Reichsgerichts zu den Sukzessivlieferungsverträgen, die zur Auseinandersetzung mit Dauerverträgen führten.<sup>27</sup> In Österreich verlief die Entwicklung parallel: der gesetzliche Anknüpfungspunkt der „dauernden Dienstverträge“ findet sich allerdings in einer exekutionsrechtlichen Bestimmung,<sup>28</sup> auch Besprechungen zu einschlägigen höchstgerichtlichen Entscheidungen findet man vereinzelt schon sehr früh.<sup>29</sup> Dabei war in der (deutschen) Diskussion bald klar, dass gerade aufgrund des Zeitfaktors der Beendigung eine große Bedeutung in der Dogmatik der Dauerschuldverhältnisse zukommen würde; bildlich gesprochen tragen auf längere Zeit geschlossene Rechtsverhältnisse den „Keim vorzeitiger Lösung“ in sich.<sup>30</sup> Während eine einvernehmliche Beendigung des Vertrages durch die Vertragsparteien immer möglich ist, stellt sich vor allem die Frage nach der einseitigen Beendigung durch einen Vertragsteil.

Die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen stellt die dogmatische Grundlage für jene Themenkomplexe dar, die im Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit stehen – für den Ausschluss von Gesellschaftern und die Abberufung von Geschäftsführern. Eine Auseinandersetzung mit der dogmatischen Grundlage des allgemeinen Zivilrechts (und ihrer historischen Entwicklung) ist unumgänglich,<sup>31</sup> weshalb in aller gebotenen Kürze auf die Entwicklung der Figur des Dauerschuldverhältnisses und die Abgrenzung verschiedener

---

25 *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 49.

26 Vgl. ausf. zum Zeitfaktor im Schuldverhältnis *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 18 ff und 101 ff.

27 Zur Diskussion über den Charakter der Sukzessivlieferungsverträge vgl. *Gschnitzer*, *JherJb* 76, 317 (362 ff); *Ebhardt*, Beendigung 16 f; *Barta/Call*, *JBl* 1971, 76; *Aicher* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1053 Rz 46 ff mwN. Zur BGB-Regelung vgl. *Oetker* in *Staudinger*, BGB (2002) § 617 passim mit historischen Nachweisen.

28 § 2 des Gesetzes vom 29.4.1873 betreffend die Sicherstellung und Execution auf die Bezüge aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnisse, *RGBl* 1973/68, novelliert durch *RGBl* 1888/75.

29 Vgl. *OGH* 12.11.1913, *Rv* II 1228, *ZBl* 1915/13, 57, *ZBl* 1919, 417 (*Schöndorf*) zum Sukzessivwerkvertrag.

30 *Müller-Erzbach*, *DJZ* 1904, 1158 (1159).

31 Vgl. *Gschnitzer*, *JherJb* 76, 317 (322), dem die Betrachtung des Rechtsinstituts der Kündigung ohne Berücksichtigung ihres Grundverhältnisses (dh des Dauerschuldverhältnisses) fehlerhaft erschien. Vgl. weiters *Krejci*, *Personengesellschaften* 114, wonach der wichtige Grund für die Abberufung von Organwaltern „jenem, der ganz

Begrifflichkeiten im Zusammenhang mit deren Beendigung einzugehen ist, um auf dieser dogmatischen Basis den unbestimmten Begriff des „wichtigen Grundes“ sowohl allgemein für die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen als auch besonders für Gesellschafterausschluss und Geschäftsführerabberufung zu untersuchen.

## 1. Begriffe und Definitionen

Der Begriff des „Dauerschuldverhältnisses“<sup>32</sup> fand bis zum heutigen Tage kaum Niederschlag in der zivilrechtlichen Gesetzgebung der österreichischen Rechtsordnung. § 28 BWG nimmt gewisse Arten von Dauerschuldverhältnissen von den strengen Formerfordernissen für Organgeschäfte (Geschäfte der Bank mit Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern etc) aus; die §§ 32, 60, 72 Bundeshaushaltsgesetz sowie § 47 AMMSG erwähnen den Begriff des Dauerschuldverhältnissen in unterschiedlichen Zusammenhängen. Eine Legaldefinition des Begriffes sucht man jedoch vergeblich und so ist zur Klärung des Begriffsinhaltes auf Schrifttum und Rechtsprechung zurückzugreifen. Lediglich zu der in weiterer Folge interessierenden Frage der Vertragsbeendigung regelt § 30 ZaDiG, dass auf die Beendigung eines Rahmenvertrags (Zahlungsdienstevertrag gem § 3 Z 12 ZaDiG) neben den im ZaDiG vorgesehenen (ordentlichen) Kündigungsmöglichkeiten die „Nichtigkeit und Aufhebbarkeit von Verträgen oder die vorzeitige Aufhebung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund“ (dh die außerordentliche Kündigung) unberührt bleiben.<sup>33</sup> Wie der Begriff des Dauerschuldverhältnisses selbst ist auch das Instrument der außerordentlichen Kündigung von Dauerschuldverhältnissen gesetzlich nicht normiert, sondern wiederum nur von Lit und Rsp umschrieben und entwickelt worden. Abgesehen von diesen einzelnen Regelungen, die den Begriff des Dauerschuldverhältnisses verwenden ohne ihn zu definieren, nimmt das Gesetz an mehreren Stellen auf den Gedanken länger dauernder Vertragsbeziehungen Bezug, ohne den Begriff des Dauerschuldverhältnisses zu erwähnen: § 15 KSchG sieht Kündigungsbestimmungen für bestimmte Dauerschuldverhältnisse vor, nämlich für „Verträge über wiederkehrende Leistungen“, die auf bestimmte oder unbestimmte Dauer

---

allgemein für die einseitige, sofortige Auflösung eines Dauerschuldverhältnisses ausreicht“, entspricht.

- 32 *Oetker* wendet sich gegen den Begriff des „Dauerschuldverhältnisses“. Sein System zeitorientierter Schuldverträge (s Dauerschuldverhältnis 142f) verwendet vielmehr den Begriff des Dauerschuldvertrages.
- 33 *Schopper/Fichtinger*, JAP 2010/2011/20, 176 (180). Art 45 Abs 5 der Zahlungsdienst-Richtlinie (RL 2007/64/EG, ABl L 319 vom 5.12.2007, 1) spricht von den „Rechts- und Verwaltungsvorschriften über das Recht der Parteien, den Rahmenvertrag als aufgehoben oder nichtig zu erklären“.

geschlossen werden, jedenfalls aber länger als ein Jahr dauern sollen.<sup>34</sup> Diese Kündigungsbestimmungen berühren sonstige (günstigere) Beendigungsmöglichkeiten, zB die Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses aus wichtigem Grund, nicht.<sup>35</sup> Im UN-Kaufrecht regelt Art 73 die Möglichkeit der Aufhebung eines Sukzessivlieferungsvertrags bei einer wesentlichen Vertragsverletzung, die nicht nur eine Teillieferung, sondern den gesamten Vertrag berührt, indem „triftiger Grund“<sup>36</sup> zu Annahme besteht, dass auch auf zukünftige Teillieferungen wesentliche Vertragsverletzungen zu erwarten sind.<sup>37</sup> Da diese Bestimmung im UN-Kaufrecht vereinzelt geblieben ist, haben sich im UN-Kaufrecht keine allgemeinen Grundsätze für Dauerschuldverhältnisse herausgebildet.<sup>38</sup> Art 77 des – zurzeit in dieser Form aus politischen Gründen nicht weiterverfolgten – Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht enthielt eine Bestimmung zur Beendigung unbefristeter Verträge, die eine fortlaufende oder wiederkehrende Leistung zum Inhalt haben.<sup>39</sup> Diesem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht wäre gem Art 3 des zitierten Vorschlags allerdings bloß fakultativer Charakter zugekommen.

Beeinflusst durch die Abhandlung *von Gierkes* finden sich ab der Veröffentlichung 1914 vereinzelte Erwähnungen des Begriffes des Dauerschuldverhältnisses bzw des Dauervertrags.<sup>40</sup> Die genaue Herausarbeitung und Untersuchung des Begriffes des „Dauerschuldverhältnis“ beginnt in der österreichischen Lit aber mit dem grundlegenden Werk *Gschnitzers* zur Kündigung, welches auf die (bereits vor *von Gierkes* Abhandlung beginnende) Diskussion in Deutschland aufbauen konnte.<sup>41</sup> Danach sind Dauerschuldverhältnisse unverbrauchbare Schuldverhältnisse, die sich auf einen Zeitraum erstrecken und nicht durch Erfüllung erlöschen.<sup>42</sup> *Ehrenzweig*

---

34 *Krejci* in Rummel<sup>3</sup> § 15 KSchG Rz 2. Der Anwendungsbereich deckt sich nicht mit dem Begriff des Dauerschuldverhältnisses, vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II<sup>13</sup>, 430.

35 *Krejci* in Rummel<sup>3</sup> § 15 KSchG Rz 14.

36 Englisch „good grounds“, französisch „de sérieux raisons“, vgl *Magnus* in Staudinger (2005) Art 73 CISG Rz 19.

37 Vgl *Hornung* in Schlechtriem/Schwenzer, UN-Kaufrecht<sup>5</sup>, Art 73 Rz 20f. Zum weiten Begriff des Sukzessivlieferungsvertrags vgl *Magnus* in Staudinger (2005) Art 73 CISG Rz 6f.

38 Zum Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts (ua auch auf den Sukzessivlieferungsvertrag) vgl *Ferrari* in Schlechtriem/Schwenzer, UN-Kaufrecht<sup>5</sup>, Art 1 Rz 15ff.

39 Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission vom 11.10.2011, KOM 2011 (635) endg.

40 So zB mit Verweis auf *von Gierke* ZBl 1919, 417 (420) (*Schöndorf*); offenbar noch vor der Abhandlung *Gschnitzers* *Schlesinger*, ZBl 1926, 1 (3 in FN 3).

41 *Von Gierke*, JherJb 64, 355, zu den bereits vor 1914 ergangenen Stellen vgl statt aller aus dem Jahr 1910 *Steinberger*, Dauerverträge 1f mwN zur Entwicklung des Begriffes des Dauervertrags sowie die Übersicht bei *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 50f.

42 *Gschnitzer*, JherJb 76, 317 (323f); *von Gierke*, JherJb 64, 355 (359); vgl auch *Bydlinski*, Vertragsbindung 11. Für eine Gegenüberstellung der frühen, im Detail unter-

prägte die bis heute verwendete Formel, dass sich bei Dauerschuldverhältnissen die Leistung nach der Dauer und nicht umgekehrt die Dauer nach Leistung richte.<sup>43</sup> Ergänzt wurden diese Definitionen durch die Feststellung, dass Dauerschuldverhältnisse „fortwährend“ erfüllt werden und doch fort-dauern, also nicht wie Zielschuldverhältnisse einem Ende entgegenstreben.<sup>44</sup>

Eingang in die Rechtsprechung fand der Begriff – soweit ersichtlich – bereits kurz nach der Veröffentlichung der Abhandlung *Gschmitzers*.<sup>45</sup>

Aus der bisher getroffenen Aussage über die wenigen Funde in der *lex lata* und die Herausarbeitung des Begriffes des „Dauerschuldverhältnisses“ in der Lehre und Rsp ergibt sich ferner, dass lang dauernde Schuldverhältnisse zu-meist im Hinblick auf besondere Fallkonstellationen untersucht wurden: auf die Einordnung der Dauerschuldverträge in das Leistungsstörungsrecht,<sup>46</sup> die steuerliche Behandlung,<sup>47</sup> gesellschafts- und erbrechtliche Haftungs-fragen<sup>48</sup> und von Anfang an die Beendigung.

Vor einer tiefergehenden Auseinandersetzung mit der Thematik „Been-digung von Dauerschuldverhältnissen“ sind die Begrifflichkeiten zu unter-scheiden und zu definieren:

Die Begriffe Rücktritt, (ordentliche und außerordentliche) Kündigung sowie Beendigung, Auflösung, Anfechtung, Widerruf<sup>49</sup> usw von Verträgen wurden (und werden) zT wie Synonyme verwendet, trotz gewisser Unschär-fen sind diese Begriffe aber so gut wie möglich voneinander abzugrenzen.<sup>50</sup> Der Begriff **Beendigung** trifft noch keine Aussage über Voraussetzungen und Rechtsfolgen, sondern bildet lediglich einen Überbegriff für die einzel-nen Rechtsinstrumente, ähnlich wie der Begriff der **Auflösung** (vgl § 25a IO). Einen eigenen juristischen Inhalt erfährt die Beendigung im Begriffs-paar des Aufhebungsvertrages und des Beendigungsvertrages.<sup>51</sup> **Rücktritt** und Kündigung sind hingegen konkrete Rechtsinstrumente zur Beendigung

---

schiedlichen Definitionen des Begriffes Dauerschuldverhältnisses vgl *Ebbardt*, Been-digung 8 f (FN 12).

43 *Ehrenzweig*, System II/1<sup>2</sup>, 344; vgl *Gschmitzer* in Klang/*Gschmitzer*<sup>2</sup>, IV/1, 26; *Byd-linski F* in Klang/*Gschmitzer*<sup>2</sup>, IV/2, 194; *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 859 Rz 28; *Wiebe* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 859 Rz 23; für die Schweiz *Gauch*, Beendigung 6. Die Formel verwendet auch der OGH in 7 Ob 542/85, sinngemäß auch in 1 Ob 224/51, 8 Ob 607/84 sowie in 10 Ob 34/05f.

44 *Barta/Call*, JBl 1971, 76 (79).

45 Vgl die Verwendung des Begriffes in der E des OGH 1 Ob 37, ZBl 1928/194, 530.

46 Aus den frühen Stellungnahmen vgl *Schlesinger*, ZBl 1926, 721 (727ff); aktuell *Rei-schauer* in *Rummel*<sup>3</sup> § 918 Rz 26 mwN.

47 Vgl *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 319ff; *Berkovec*, Bilanzierung mwN.

48 Vgl nur *Fenyves*, Erbenhaftung mwN; *Haberer*, *ecolex* 2004, 275; *Dehn* in FS Koziol 77.

49 Zu den Begriffen Anfechtung und Widerruf vgl *Gschmitzer*, JherJb 76, 317 (345f).

50 Vgl *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 67 mwN zur Vermengung der Begriffe.

51 *Ehrenzweig/Mayerhofer*, System II/1<sup>3</sup>, 628f.

von Verträgen, gemeinsam ist ihnen ihre Eigenschaft als Gestaltungsrecht.<sup>52</sup> Sie unterscheiden sich allerdings sowohl in den Voraussetzungen – während Rücktrittsrechte durch das Gesetz oft an leicht zu erfüllende, nur durch zeitliche Schranken beschränkte Erfordernisse geknüpft sind, ist für sonstige Beendigungsarten oftmals ein schwerer Mangel bei Vertragsschluss oder -erfüllung erforderlich<sup>53</sup> – als auch in den Rechtsfolgen – der Rücktritt hebt den Vertrag rückwirkend auf, während die Kündigung den Vertrag idR nur mit Wirkung für die Zukunft beseitigt.<sup>54</sup> Die **Kündigung** ist *das* Rechtsinstrument zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen.<sup>55</sup> Sie „kompensiert die bei Dauerschuldverhältnissen nicht gegebene Vertragsbeendigungsfunktion der Naturalerfüllung.“<sup>56</sup> Bereits *von Savigny* stellte fest, dass die Dauer unbefristeter Dauerschuldverhältnisse ungewiss ist und durch ein „zufälliges, willkürliches Ereignis (zB Kündigung)“<sup>57</sup> endet. Auch wenn in der Literatur unter dem Begriff Kündigung oftmals nur die ordentliche Kündigung verstanden wurde,<sup>58</sup> bildete sich bald eine Definition heraus: Es handelt sich dabei um eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die zur Beendigung eines Dauerschuldverhältnisses führt.<sup>59</sup> Im Arbeitsrecht wird das vorzeitige Lösungsrecht des Arbeitgebers aus wichtigem Grund Entlassung, jenes des Arbeitnehmers hingegen Austritt genannt.<sup>60</sup>

Der Begriff der außerordentlichen Kündigung wird in Österreich bereits von *Gschnitzer*<sup>61</sup> verwendet. **Ordentliche** und **außerordentliche Kündigung** unterscheiden sich in ihren Voraussetzungen: erstere setzt idR ein

---

52 *Kalss/Lurger*, Rücktrittsrechte 10; *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 859 Rz 10; *Büdenbender*, AcP 2010, 611 (612f).

53 *Kalss/Lurger*, Rücktrittsrechte 11.

54 Vgl OGH 6 Ob 81/99a, RIS-Justiz RS0018363; *Gschnitzer*, JherJb 76, 317 (344f); *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 859 Rz 24; *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 858 Rz 27. In Deutschland wurde dies bereits von *Müller-Erzbach*, DJZ 1904, 1158 (1160) ausgesprochen, aus der Rsp vgl BGHZ 73, 350 (354).

55 *Welser*, Fachwörterbuch 319; *Horn*, Vertragsdauer 551 (571).

56 *Weller*, Vertragstreue 290; vgl *Barta/Call*, JBl 1971, 117 (119).

57 *Von Savigny*, Obligationenrecht I, 303. Im Sinne dieser Ungewissheit ist die Aussage *von Savigny's* zu verstehen, dass unbefristete Dauerschuldverhältnisse „immerwährend, oder von ewiger Dauer“ seien, vgl auch *Immerwahr*, Kündigung 1.

58 Vgl *Immerwahr*, Kündigung 2, der die außerordentliche Kündigung „Rücktritt“ nennt; vgl noch *Gschnitzer*, JherJb 76, 317 (331 f und 340 ff).

59 *Immerwahr*, Kündigung 1f; *Gschnitzer*, JherJb 76, 317, 331; *Rummel* in *Rummel*<sup>3</sup> § 859 Rz 10; *Welser*, Fachwörterbuch 319.

60 Vgl *Fenyves*, Erbenhaftung 191f; *Eichinger* in FS WU Wien 375 (376); *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG (März 2005) § 25 Rz 1. Die ordentliche, an Fristen gebundene Beendigung des Arbeitsvertrages wird dagegen ebenfalls „Kündigung“ genannt.

61 JherJb 76, 317 (329 und 341 ff), er bezeichnet sie auch als „Abstehen vom Vertrag“, „vorzeitige Kündigung“ und „einseitige Aufhebung“, die wichtigen Gründe als „Abstehungsgründe“.

unbefristetes Schuldverhältnis und die Einhaltung von Terminen und Fristen voraus, während weitere bei allen Dauerschuldverhältnissen offen steht und fristlos erklärt werden kann, dafür aber das Vorliegen wichtiger Gründe voraussetzt.<sup>62</sup> Die allgemeinen Grundsätze zu Rücktritt und Kündigung sind für eine Vielzahl von Vertragstypen und Fallkonstellationen gesetzlich normiert und angepasst.<sup>63</sup>

Die Lehre vom (Fehlen oder) **Wegfall der Geschäftsgrundlage** und die außerordentliche Kündigung verfolgen ähnliche Ziele, sind im Detail aber unterschiedlich ausgestaltet: Während die Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage den Wegfall maßgeblicher Vertragsvoraussetzungen (welche wohl-gemerkt nicht Vertragsinhalt geworden sind) in den Griff bekommen will,<sup>64</sup> ist das außerordentliche Kündigungsrecht für Dauerschuldverhältnisse das vertragsimmanente „unentbehrliche Gegengewicht gegenüber ihrer fortwirkenden Verpflichtungskraft“.<sup>65</sup> Beide Instrumente versuchen den Gegensatz zwischen Vertragstreue (*pacta sunt servanda*) und der Änderung von Tatsachen im Laufe der Zeit zu überbrücken.<sup>66</sup> Sie unterliegen darüber hinaus ähnlichen, wenn nicht den gleichen Voraussetzungen.<sup>67</sup> Gleich ist beiden Rechtsinstituten der Rückgriff auf die Unzumutbarkeit der Vertragsfortsetzung<sup>68</sup> sowie die Berücksichtigung der Vorhersehbarkeit und Sphärenzugehörigkeit der Beendigungsgründe.<sup>69</sup> Auch in der Rechtsfolge – nämlich der Beendigung des Vertrages – haben die beiden Rechtsinstitute des Wegfalls der

62 Diese Unterscheidung trifft bereits OGH 6 Ob 204/58, SZ 31/116. In der Lit vgl schon *Immerwahr*, Kündigung 2; *Gschmitzer*, JherJb 76, 317 (331 f und 340 ff); *Schlesinger* in Klang, II/2, 19; *Pisko* in Klang, II/2, 461; *Gschmitzer* in Klang/Gschmitzer<sup>2</sup>, IV/1, 27. Für das Arbeitsrecht vgl *Karl* in Marhold/Burgstaller/Preyer, AngG (Jänner 2006) § 20 Rz 11.

63 Vgl *Kalss/Lurger*, Rücktrittsrechte 12.

64 *Riedler* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 901 Rz 7; *Unberath* in BeckOK BGB § 314 Rz 7.

65 *Von Gierke*, Privatrecht III, 91; vgl *Schneider* in FS Zöllner I, 539 (551). Eine kurze, aber anschauliche Abgrenzung formuliert *Unberath* in BeckOK BGB § 314 Rz 7. Für eine Abgrenzung zwischen den beiden Instituten im Arbeitsrecht vgl *Binder*, JBl 2009, 269.

66 *Bezemek*, Geschäftsgrundlage 1 mwN; *Horn*, Vertragsdauer 551 (560); *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 418; *Schneider* in FS Zöllner I, 539 (548).

67 *Fenyves* in Klang<sup>3</sup> § 901 Rz 64; *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 901 Rz 6 mwN; *Pletzer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 901 Rz 18; die bei beiden relevante Unzumutbarkeit ist aber jeweils unterschiedlich zu beurteilen, vgl *Haarmann*, Geschäftsgrundlage 129 f.

68 *Haarmann*, Geschäftsgrundlage 127 und 130; *Oetker*, Dauerschuldverhältnis, 418 f; *Unberath* in BeckOK BGB § 314 Rz 7. Die Zumutbarkeit spielt sowohl als Tatbestandsmerkmal als auch als Maßstab der Rechtsfolge eine Rolle, vgl für den Wegfall der Geschäftsgrundlage *Larenz*, Geschäftsgrundlage<sup>3</sup>, 109 ff.

69 *Pletzer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 901 Rz 18 mwN; vgl auch *Fenyves* in Klang<sup>3</sup> § 901 Rz 62 ff.

Geschäftsgrundlage und der außerordentlichen Kündigung eine wesentliche Gemeinsamkeit. Beide können nur *ultima ratio* sein.<sup>70</sup> Im Einzelnen bestehen aber durchaus Unterschiede, zB in der beim Wegfall der Geschäftsgrundlage möglicherweise zurückwirkenden<sup>71</sup> und bei der außerordentlichen Kündigung idR *ex nunc* wirkenden Beendigung sowie in der fehlenden Möglichkeit der Vertragsanpassung bei der außerordentlichen Kündigung.<sup>72</sup> Gleichwohl die außerordentliche Kündigung dogmatisch als Anwendungsfall der Geschäftsgrundlagenlehre gesehen wird,<sup>73</sup> fällt der Anwendungsbereich auseinander: Während die außerordentliche Kündigung alle Sachverhalte der Geschäftsgrundlage erfasst, gibt es umgekehrt Fälle, in denen bei Unanwendbarkeit der *clausula rebus sic stantibus* eine außerordentliche Kündigung in Frage kommt<sup>74</sup> (bspw bei nachträglichen Vertragsverletzungen durch den Vertragspartner). Dies kann mit den oben bereits angeführten unterschiedlichen Tatbestandsvoraussetzungen begründet werden, für die österreichische Lehre ergibt sich dies darüber hinaus aus der Unanwendbarkeit der Geschäftsgrundlagenlehre für individuelle Voraussetzungen bei Vertragsabschluss, welche bei der außerordentlichen Kündigung durchaus beachtlich sind. Diese Unterscheidung in individuelle und typische Voraussetzungen wurde von *Pisko* begründet und von der Rsp übernommen,<sup>75</sup> vom Schrifttum aber kontrovers diskutiert.<sup>76</sup> Im Bereich der typischen Voraussetzungen konkurrieren allerdings die beiden Rechtsbehelfe und ist die außerordentliche Kündigung vorrangig anzuwenden.<sup>77</sup> Insbesondere kann man nicht durch die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage besondere (zB gesell-

---

70 Vgl nur *Haarmann*, Geschäftsgrundlage 130; *Fenyves* in Klang<sup>3</sup> § 901 Rz 74 und unten III.2., 40f.

71 Grds bis zum Eintritt des maßgeblichen Umstandes (dh bei ursprünglichem Fehlen der Geschäftsgrundlage *ex tunc*), vgl *Kerschner*, wbl 1988, 211 (213); *Fenyves* in Klang<sup>3</sup> § 901 Rz 108 mwN.

72 Vgl *Kerschner*, wbl 1988, 211 (213). Die Möglichkeit einer Änderungskündigung kann durch Vertragsanpassungsklauseln freilich von den Parteien vorgesehen werden.

73 Vgl *Steinwenter*, JBl 1950, 225f (insb bei FN 102); *Bydlinski*, Vertragsbindung 8; *Bydlinski* in GS Schönherr 155 (156); *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 419; *Pletzer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 901 Rz 18 mwN; aus der Rsp vgl OGH 6 Ob 169/06f.

74 *Oetker*, Dauerschuldverhältnis 419; BGH WM 1980, 380 (381); *Schneider* in FS Zöllner I, 539 (551).

75 *Pisko* in Klang, II/2, 348 ff; vgl RIS-Justiz RS0017551.

76 Als Literaturübersicht vgl *Fenyves* in Klang<sup>3</sup> § 901 Rz 33 ff; ausf *Pletzer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 901 Rz 33 ff; *Bydlinski*, ÖBA 1996, 499 (506 ff); krit *Rummel* in Rummel<sup>3</sup> § 901 Rz 6.

77 OGH 8 Ob 585/88; *Fenyves* in Klang<sup>3</sup> § 901 Rz 64f und Rz 80 mwN und ausf Begründung; *Pletzer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 901 Rz 18; *Haarmann*, Geschäftsgrundlage 130f; *Horn*, Vertragsdauer 551 (580); der Vorrang bezieht sich nur auf die Auflösung des Vertrages, nicht auf die Anpassung. Vertreten wird darüber hinaus ein Vorrang der Vertragsanpassung vor der -auflösung, vgl *Schneider* in FS