



AUSTRIAN LAW JOURNAL

Ausgabe 1/2019



Article 106 (2) TFEU in Case Law

Internalization and Customized Balancing of Welfare and Market Interests

Martina Melcher,* Graz

Abstract: *The EU law on public services is characterized by the need to reconcile competing EU and Member States interests as well as to accommodate both market and welfare interests. This paper explores how the Court of Justice of the EU (CJEU) and the Commission conduct this multi-level balancing of interests in the context of Article 106 (2) TFEU. To provide a full picture, this balancing is assessed by looking into both the requirements for the derogation and its scope of application. In essence, it is suggested that the EU has internalized the aforementioned struggle of interests. On the one hand, the EU, represented by the CJEU and the Commission, has assumed an increasingly dominant role by gradually limiting the autonomy and margin of discretion of the Member States regarding the provision, commission and financing of public services. On the other hand, it is argued that Article 106 (2) TFEU allows only a ‘customized and limited derogation’ from market and competition rules and has to be construed in consideration of the ‘general compatibility test’ which identifies economic activities in the first place. As a whole, Article 106 (2) TFEU constitutes a working system that reconciles potentially conflicting interests in favour of functioning public services. However, it is crucial that its premises and limits are respected.*

Keywords: *services of general interest – SGI; services of general economic interest – SGEI; public services; welfare; (concept of an) undertaking; State aid; competition law; public service obligation; principle of proportionality*

I. Introduction

Public services or services of general interest (SGI), as they are called in the European Union (EU) law, lie at the heart of a welfare state. Contrary to standard market services¹, they are not provided based on an individual (economic) interest, but are classified as being of public or general interest, hence important to everyone. If such services qualify as economic activities² (i.e. services of general

* MMag. Dr. Martina Melcher, M.Jur (Oxon) is an assistant professor at the Department of Civil Law, Foreign Private Law and Private International Law at the University of Graz. The author wishes to thank Brigitta Lurger and an anonymous reviewer for their careful reading of the manuscript and their valuable comments and suggestions.

¹ Similarly, Ulla Neergaard, *Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast*, in THE CHANGING LEGAL FRAMEWORK FOR SERVICES OF GENERAL INTEREST IN EUROPE 17, 20 (Markus Krajewski, Ulla Neergaard and Johan Van de Gronden eds., 2009).

² See chapter II.A. below.

economic interest, SGEI), they are subject to the EU market rules;³ otherwise they are called non-economic SGI (neSGI) and remain mostly subject to national law only.⁴

In its beginnings as an Economic Community, the EU generally refrained from dealing with SG(E)I. However, during the last thirty years the EU, as a political actor, as well as the CJEU⁵ in its case law became increasingly active. Today, an EU constitutional framework on the law of SG(E)I has emerged. In addition to Article 106 (2) TFEU, which has been part of the EU Treaties since the beginning, Article 14 TFEU, Article 36 of the Charter of Fundamental Rights of the EU (CFR) and the Protocol (No. 26) on services of general interest to the Treaty of Lisbon (SGI Protocol) shape the legal and political approach of the EU to SG(E)I.

Article 14 TFEU, which obliges the EU and the Member States to ‘take care that SGEI operate on the basis of principles and conditions [...], which enable them to fulfil their missions’, epitomises the emancipation of such services from a mere hindrance to competition to an EU legal concept in its own right. The SGI Protocol sheds some light on the ‘shared values’ SGEI are purportedly based on and emphasizes the ‘essential role and the wide discretion’ of Member States’ authorities ‘in providing, commissioning and organising’ such services as well as their diversity and the importance of ‘a high level of quality, safety and affordability, equal treatment and the promotion of universal access and of user rights’. Finally, SGEI are even referred to in the context of fundamental rights. The unprecedented Article 36 CFR requires the EU to recognize and respect the ‘access to services of general economic interest as provided for in national law and practices, in accordance with the Treaties, in order to promote the social and territorial cohesion of the Union’. Further clarification and interpretation of these constitutional rules are provided by extensive case law and numerous soft law instruments of the Commission, which serve as guidelines and add details to the often cryptic general provisions.

Due to their particular nature, social and welfare interests as well as economic and market interests of the EU and the Member States shape the organisation and the functioning of SG(E)I. Their provision often requires concessions that conflict with the principle of undistorted competition and a free market; in a way, they may even be perceived as ‘legal irritants’⁶. Thus, the EU law on SG(E)I and its constitutional framework are characterized and shaped to a very significant extent by the necessity to reconcile potentially conflicting interests on (at least) two levels: First, EU interests and the interests of the various Member States are not necessarily concurring and therefore require balancing. Second, on a more substantive level, the rules to ensure a functioning internal market, in particular the rules on competition, have to be adjusted to accommodate public services. In other words, market and welfare interests have to be balanced.

³ The term ‘EU market rules’ is meant in this paper to encompass free movement law as well as competition and State aid law.

⁴ For more details regarding the classification of services as SGI, SGEI or neSGI see Mustafa Karayigit, *The Notion of Services of General Economic Interest Revisited*, 15 EPL 575 (2009); Neergaard, *supra* note 1, at 17; Julia Raptis, *Wirtschaftliche oder nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse - Probleme der Abgrenzung*, 64 ZÖR 53 (2009).

⁵ The term CJEU is used for references to the Court of Justice of the EU, including the European Court of Justice (ECJ) and the General Court (GC).

⁶ Mario Monti, *A new strategy for the single market: at the service of Europe’s economy and society. Report to the President of the European Commission, José Manuel Barroso*, 9 May 2009, at 73, as cited by Wolf Sauter, *Public Services and the Internal Market: Building Blocks or Persistent Irritant?*, 21 ELJ 738, 738 (2015).

This paper explores how this multi-level balancing of interests is conducted in the context of Article 106 (2) TFEU – a provision that represents the original (legislative) compromise between the more welfare-oriented interests of some Member States and the market-focused interests of other Member States and the EU, and one which has been crucial to the balancing of conflicting interests ever since. On the one hand, this work takes a broad perspective and looks beyond the derogation stipulated by Article 106 (2) TFEU by inquiring into the latter’s scope of application. Arguably, how the relevant interests are balanced is also affected by the range of activities that are subject to EU competition law in general and are in principle eligible for a derogation. On the other hand, this article focuses on how Article 106 (2) TFEU is applied and construed by the CJEU and the Commission as main actors. The balancing of the aforementioned interests, as it is reflected in primary law or sectoral secondary legislation or horizontal soft law in general falls outside the scope of this work (except if such legislation is interpreted in the context of Article 106 (2) TFEU).

In a nutshell, this paper argues that the EU managed to internalize the aforementioned struggle of interests in the context of Article 106 (2) TFEU in two ways. On the one hand, the EU, represented by the CJEU and the Commission, has become a key player in public services law which firmly controls this area of law and ‘calls the shots’. The autonomy and margin of discretion which the Member States enjoy regarding the provision, commission and organization of public services is increasingly restricted. Technically, the CJEU and the Commission are not trespassing the boundaries of EU law by venturing into areas that are (still) subject to Member State law. However, they make sure that EU law (as opposed to national law) covers, shapes and regulates public services as far as possible, so that the EU institutions have the final say. This is particularly visible regarding the scope of application of competition law in general and Article 106 (2) TFEU in particular. A broad understanding of an ‘economic activity’ and extensive transparency requirements regarding the entrustment of public service obligations ensure that a large number of public services are subject to the EU law on SGEI and under scrutiny of the Commission and CJEU (see part II *infra*).

On the other hand, as regards the substantive balancing of welfare and market interests, this paper identifies a ‘balancing test’ pursuant to Article 106 (2) TFEU which tolerates only a ‘customized derogation’ from competition rules that replaced both, the strict approach in favour of competition before *Corbeau* and the rather lenient approach after this landmark decision. Services that are generally subject to the market rules due to the economic activity involved (‘general compatibility test’) may not be exempted from these rules in a generalized and undifferentiated way, but only in so far as it is absolutely necessary and proportionate *stricto sensu* to allow functioning SGEI in a functioning market. A ‘customized derogation’ thus complements the ‘general compatibility test’, which identifies economic activities (SGEI) in the first place, and reconciles market and welfare interests by supporting a market-based approach for the provision of SGEI that recognizes the intrinsic value and particularities of such services by granting customized and limited derogations only (see part III *infra*).

II. The EU as the Key Player in SGEI Law

When studying the secondary and soft law surrounding Article 106 (2) TFEU and the relevant case law of the CJEU, one increasingly notices that this provision no longer addresses the inconsistencies of EU and Member States interests, but rather deals with contrasting EU interests. This internalization of the struggle of conflicting interest is particularly obvious if one takes the scope of application of Article 106 (2) TFEU into consideration. Naturally, the EU and its institutions deal with conflicts that affect EU law. Hence, it should not be surprising that the EU must be considered as the (new) key player in this area of law. However, what is curious is the extent of the reach of EU law.

The following examples show that the EU and its institutions shape this area of law not only substantively, but also by giving it a very broad scope of application, thereby ensuring that a large number of SGI is subject to EU law. Special concessions in view of the particular nature of these services can still be made, as the second part of this paper demonstrates, but only as approved by EU law.

A. The Concept of an Undertaking as a One-Size-Fits-All Modell?

1. Economic Activity as a Prerequisite

Generally, the application of the EU competition rules⁷ is contingent on the economic nature of an activity. Whereas SGEI are subject to these rules, neSGI are not. The term 'economic' as part of the notion SGEI is to be interpreted as reference to an 'economic nature' of the service rather than a (genuine) economic interest. In competition law, the understanding of what constitutes an economic activity is inextricably linked to the concept of an undertaking, which is defined by settled case law as 'any entity engaged in an *economic* activity, regardless of its legal status and the way in which it is financed'.⁸ Whether the rules on competition, including State aid, apply to a certain activity is thus solely determined by the nature of said activity and does not depend on the private or public status of the entity. In that regard, the CJEU considers 'any activity consisting in offering goods or services on a given market' as an economic activity.⁹ In view of such a broad definition, it seems as if virtually any activity might be covered; especially given that also purchasing activities are included as long as the subsequent use of the purchased goods (or services) amounts to an economic activity (e.g. resale after processing).¹⁰

However, there are a number of activities that have been qualified as non-economic activities and are thus exempted from competition law. In particular for SGI it is relevant to examine why and under which conditions some SGI, namely neSGI, are exempted from competition law altogether

⁷ Although, the free movement rules also require an 'economic activity', slightly different criteria (e.g. cross-border activity, remuneration) are used, see also Communication from the Commission, Services of general interest, including social services of general interest: a new European commitment, COM (2007) 725 final, 5; see also Okeoghene Odudu, *Economic activity as a limit to Community law*, in THE OUTER LIMITS OF EUROPEAN UNION LAW 225, 226-230 (Catherine Barnard, Okeoghene Odudu eds., 2009). Dissenting CAROLINE WEHLANDER, SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST AS A CONSTITUTIONAL CONCEPT OF EU LAW 35 seq (2016) ('unitary interpretation').

⁸ Originally, Case C-41/90 *Höfner*, ECLI:EU:C:1991:161, para 21 (emphasis added).

⁹ Settled case law, see for example Case 118/85 *Commission v Italy*, ECLI:EU:C:1987:283, para 7; Case C-437/09 *AG2R*, ECLI:EU:C:2011:112, para 42.

¹⁰ Case C-205/03 P *FENIN*, ECLI:EU:C:2006:453, para 26.

due to their non-economic nature, while others, namely SGEI, generally fall into the scope of competition law, but may then be exempted according to Article 106 (2) TFEU.

2. Categories of Non-economic Activities

Most importantly, an activity which falls within the exercise of public or sovereign powers is not of an economic nature with regard to the EU competition rules.¹¹ Generally, such activities ‘intrinsically form part of official authority and are performed by the State’.¹² Sometimes however, also private entities are vested with public power and consequently do not qualify as undertakings with respect to such activities.¹³ For example, the ECJ found that, as a whole, Eurocontrol’s activities ‘are connected with the exercise of powers relating to the control and supervision of air space which are typically those of a public authority’.¹⁴

Regarding social security systems (e.g. insurance against accidents at work and occupational diseases, pension schemes), the CJEU argues that an activity is non-economic if it fulfils an exclusively social function. Besides the pursuance of a social objective¹⁵, which is not sufficient by itself, such a function is characterized by a high degree of solidarity (as opposed to the principle of capitalization) *and* a substantial extent of State control and supervision.¹⁶ As the CJEU correctly assumes, redistributive structures which are based on the allocation of benefits or the provision of services that do not reflect the contributions made to the system due to cross-subsidization may hinder the performance of such activities in a competitive market.¹⁷ On their own however, such structures – even if they contain more than just some individual elements of solidarity – are not sufficient for the qualification of an activity as non-economic. In addition, the scope of the State’s control over how the entity operates and the activity functions has to be assessed (e.g. degree of liberty to determine the amount of contributions and benefits, margin of negotiation; selection of the entity in question based on financial and economic consideration).¹⁸ Hence, if solidarity as a predominant principle makes it necessary for these activities to be managed in a certain way that is incompatible with competition and contrary to how an undertaking would normally act on a market (i.e. independent market-related decision-making), they do not qualify as economic activities. A similar, albeit (still) primarily solidarity based test without explicit reference to State

¹¹ Case C-364/92 *SAT Fluggesellschaft v Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1994:7; Case C-343/95 *Cali & Figli v Servizi Ecologici Porto di Genova*, ECLI:EU:C:1997:160.

¹² Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of SGEI (2011 SGEI Communication), OJ 2012 C 8/4, para 16.

¹³ Each activity must be qualified separately, see Case C-49/07 *MOTOE*, ECLI:EU:C:2008:376, para 25.

¹⁴ Case C-364/92 *SAT Fluggesellschaft v Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1994:7, para 30.

¹⁵ For example, the provision of a compulsory social protection or the continuation of performance despite non-payment of contributions or the absence of a profit-making interest.

¹⁶ Joined Cases C-159/91 and C-160/91 *Poucet und Pistre*, ECLI:EU:C:1993:63; Case C-244/94 *FFSA v Ministère de l’Agriculture*, ECLI:EU:C:1995:392; Case C-67/96 *Albany*, ECLI:EU:C:1999:430; Joined Cases C-115 to 117/97 *Brentjens*, ECLI:EU:C:1999:434; Case C-218/00 *Cisal*, ECLI:EU:C:2002:36; Case C-437/09 *AG2R*, ECLI:EU:C:2011:112. For further details and references to case law, see Commission Notice on the notion of State aid, OJ 2016 C 262/1, 6.

¹⁷ Joined Cases C-159/91 and C-160/91 *Poucet und Pistre*, ECLI:EU:C:1993:63, paras 10 and 11; Case C-218/00 *Cisal*, ECLI:EU:C:2002:36, para 39; Case C-350/07 *Kattner Stahlbau*, ECLI:EU:2009:127, paras 44 – 59; Case C-437/09 *AG2R*, ECLI:EU:C:2011:112, para 51.

¹⁸ Joined Cases C-159/91 and C-160/91 *Poucet und Pistre*, ECLI:EU:C:1993:63, para 15; Case C-218/00 *Cisal*, ECLI:EU:C:2002:36, para 43.

control, has also been applied in the area of healthcare, where public hospitals that provide their services free of charge form an integral part of a national health service and are directly funded from State resources (e.g. based on general social security contributions).¹⁹

3. A 'General Compatibility Test'

In a nutshell, the decisive criterion to identify an economic activity seems to be the (hypothetical) possibility that a certain activity may be carried out within a competitive system, i.e. 'a given market', or at least in competition for a market ('general compatibility test'). For this purpose, an entity does not actually have to be profitable or to pursue a profit-making motive.²⁰ Even the fact that certain activities 'are normally entrusted to public agencies cannot affect the economic nature of such activities', especially if these activities have 'not always been, and [are] not necessarily, carried out by public entities'.²¹ In contrast, non-economic activities are assumed to be absolutely incompatible with the concept of a (competitive) market. In any case, one has to determine the character of each activity separately, as an entity may carry out economic as well as non-economic activities at the same time. Furthermore, the purpose and motivation of an activity are not decisive, but only of subordinate importance in so far as they may reflect particular needs of an activity. In other words, SGI cannot be exempted from the scope of competition law due to the 'general interest' involved, but the fact that a certain service is of general interest may influence its general incompatibility with a competitive market (as well as the need for a customized exemption in the context of Article 106 (2) TFEU).

In the end, the concept of an undertaking in EU law is not a one-size-fits-all model. However, by giving this notion a very broad meaning, the CJEU makes sure that a significant number of activities of general interest are regulated by EU competition law, while at the same time visibly curtailing the Member State's competences in that regard.²² This interpretation is also in line with the legislative attempts of the Council and the European Parliament to open SGI in the utilities (energy, electronic communications etc) to competition. To be clear, this does not mean that such activities are subject to all rules on competition at any rate, it just enables the EU to have the final say and set the tone, because as economic activities such services are subject to EU competition law. In the context of Article 106 (2) TFEU, the EU then has a chance to balance welfare and market interests in a much more customized way by granting limited exemptions (only).

B. Transparent Entrustment of Public Service Obligations as the Key to the SGEI Derogation

Only services that qualify as SGEI in the sense of Article 106 (2) TFEU may be subject to the derogation provided therein. For that purpose, the activity in question must, first, pursue or serve to pursue an objective of general economic interest 'presenting specific characteristics as

¹⁹ Case T-319/99 *FENIN*, ECLI:EU:T:2003:50, para 38 et seq.

²⁰ Sometimes, however, at least a hypothetical chance to make profit is requested, see *Odudu*, *supra* note 7, at 231.

²¹ Case C-41/90 *Höfner*, ECLI:EU:C:1991:161, para 22.

²² Also WEHLANDER, *supra* note 7, at 83. Equally noticing the expansion of the notion of economic services by the Commission without further references: Hans-Wolfgang Micklitz, *Universal Services: Nucleus for a Social European Private Law*, in *MARKET INTEGRATION AND PUBLIC SERVICES IN THE EUROPEAN UNION* 63, 64 (Marise Cremona ed., 2011).

compared with that served by other economic activities²³ and, second, – to attain that objective – so-called public service obligations²⁴ have to be imposed, usually by an act of entrustment, on the undertaking in question. The derogation referred to in Article 106 (2) TFEU can only be invoked if *both* conditions (objective of general interest; imposition of public service obligation) are fulfilled. Interestingly, these conditions also correspond to the first *Altmark* criterion,²⁵ thereby suggesting that SGEL in EU law generally have to be identified by reference to an objective of general interest *and* the imposition (entrustment) of a public service obligation. Consequently, a service that is of general economic interest, but is not (or should not be) entrusted with a particular public service obligation cannot be classified as an SGEL in EU law.²⁶ This aspect is often overlooked.

As regards the first condition, it is assumed that the Member States enjoy considerable discretion to define (economic) services of general interest, i.e. to identify and determine corresponding objectives and public service obligations.²⁷ In fact, Article 1 SGI-protocol explicitly lists the wide discretion of the national, regional and local authorities in providing, commissioning and organising such services as part of the shared values of the EU in respect of SGEL. The Member States may also take account of national circumstances and objectives pertaining to their particular national policy.²⁸ Arguably, in practice the Commission and the CJEU tend to accept the assessment of a Member State that a certain service is of general (economic) interest in order to avoid any obvious interference or legal control of national policies;²⁹ thus, rejections (solely) with reference to the first criterion are actually rare.³⁰ Only with regard to certain sectors that have already been liberalized and regulated by (secondary) EU law, e.g. utility services, the EU institutions apply a stricter control in coherence with the objectives stipulated in the relevant legislation.³¹

Considerably less overall restraint is shown with regard to the second condition, namely the imposition of a public service obligation. On the one hand, emphasis is put on the actual imposition of such obligations,³² which is generally referred to as ‘entrustment’. While the act itself – be it an

²³ Case T-461/13 *Spain v Commission*, ECLI:EU:T:2015:891, para 62 (with further references); Case T-219/14 *Regione autonoma della Sardegna v Commission*, ECLI:EU:T:2017:266, para 154.

²⁴ Public service obligations is the broader concept that also encompasses universal service obligations, see MELCHER, DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM WIRTSCHAFTLICHEM INTERESSE IM EUROPÄISCHEN PRIVATRECHT 35 et seq (2016).

²⁵ Case T-461/13 *Spain v Commission*, ECLI:EU:T:2015:891, para 60 (with further references).

²⁶ Cf the answer to question 11 in the Commission Staff Working Document from 29 April 2013, Guide to the application of the EU rules on state aid, public procurement and internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest (SGEL-Guide 2013), SWD (2013) 53 final/2, at 26.

²⁷ 2011 SGEL Communication, OJ 2012 C 8/4, para 46. See also Case C-265/08 *Federutility*, ECLI:EU:C:2010:205, para 29; Case C-121/15 *ANODE*, ECLI:EU:C:2016:637, paras 41-44; Case T-289/03 *BUPA*, ECLI:EU:T:2008:29, para 167.

²⁸ Case C-265/08 *Federutility*, ECLI:EU:C:2010:205, para 29; confirmed by Case C-121/15 *ANODE*, ECLI:EU:C:2016:637, para 44.

²⁹ For example, Case T-17/02 *Olsen v Commission*, ECLI:EU:T:2005:218, para 215-228 (maritime connections between the Canary Islands); case T-309/04 *TV2/Danmark and Others v Commission*, ECLI:EU:T:2008:457, para 101-124 (broadcasting SGEL).

³⁰ Examples of manifest errors include, for example, port operations as in Case C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova*, ECLI:EU:C:1991:464, para 27; Case C-242/95 *GT Link*, ECLI:EU:C:1997:376, para 53; Joined Cases C-34/01 to C-38/01 *Enirisorse*, ECLI:EU:C:2003:640, para 33 et seq.

³¹ See thereto Case C-265/08 *Federutility*, ECLI:EU:C:2010:205, para 32; Case C-121/15 *ANODE*, ECLI:EU:C:2016:637, para 47 et seq.

³² Case C-66/16 P to C-69/16 P *Comunidad Autónoma del País Vasco*, ECLI:EU:C:2017:999, para 71 with further references.

entrustment by statute, by administrative act, by public law concession or even by contract³³ – is apparently of subordinate importance (as long as it is functional) and much liberty is given to the Member States to choose the most appropriate instrument³⁴, it is essential that the SGEI mission is of a universal and compulsory nature and that it is entrusted by a public authority, thus highlighting the connection between the state, the undertaking and the special nature of the activity.³⁵ Especially in horizontal legislation and soft law on SGEI and State aid, a special ‘entrustment act’ is required that has to conform with detailed prerequisites regarding the information contained therein (e.g. a description of the compensation mechanism).³⁶ On the other hand, public service obligations have to be ‘sufficiently clear and precise’; at least their nature, duration and (territorial) scope have to be specified.³⁷ In that regard, the Commission and the CJEU often conveniently argue that they cannot verify whether the activity in question may be covered by the concept of an SGEI if a sufficiently clear and precise definition is missing, instead of rejecting the national qualification as such. Sectoral legislation often contains specifications regarding the (substantive) features of a particular public service obligation. For example, Article 3 (2) Directive 2009/73 requires public service obligations to be clearly defined, transparent, non-discriminatory and verifiable, and to guarantee equal access for suppliers to consumers.³⁸

It is certainly true that these minimum criteria regarding the entrustment and the entrusted mission, primarily serve a documentary purpose. They require detailed information on why a service qualifies as SGEI, thereby ensuring transparency and legal certainty, and maybe even preventing abuse and encouraging a more reflexive approach of the Member States. However, they are not completely innocuous. For one thing, they make the entrustment of public service obligations more burdensome and complex. Also, they may encourage a more rigorous control of the Commission and the CJEU based (only?) on common standards, thereby giving less weight to the needs and particularities of specific national services. To some extent, the manifest error control and the establishment of minimum criteria might even invite the EU institutions to limit the discretion of the Member States in a more extensive way. For example, the 2011 SGEI Framework explicitly prohibits the Member States from attaching ‘specific public service obligations to services that are already provided or can be provided satisfactorily [...] by undertakings operating under normal market conditions’³⁹ thereby limiting the discretion of the national authorities to determine whether public service obligations are actually needed in view of a particular national situation. Moreover, in the context of a manifest error control, the Commission and the CJEU have the last word in deciding whether such services are already (or could be) provided in a way that is consistent with the public interest as stipulated by the Member State.⁴⁰

³³ See 2013 SGEI-Guide, at 40 (with further references); Communication from the Commission on the application of the EU State Aid rules to compensation granted for the provision of SGEI (2011 SGEI Communication), OJ 2012 C 8/4, para 52.

³⁴ Martin Burgi, *Die Handlungsformkategorie des Betrauungsakts im EU-Beihilferecht*, EuZW 90, 94 (2017).

³⁵ Equally, JOSE LUIS BUENDIA SIERRA, EXCLUSIVE RIGHTS AND STATE MONOPOLIES UNDER EC LAW 285 (1999); Walter Frenz, *Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse - Neuerungen durch Art 16 EG*, EuR 901, 907 (2000); JOHANN-CHRISTIAN PIELOW, GRUNDSTRUKTUREN ÖFFENTLICHER VERSORGUNG 85 (2001).

³⁶ 2011 SGEI Decision, recital 14.

³⁷ Case C-66/16 P to C-69/16 P *Comunidad Autónoma del País Vasco*, ECLI:EU:C:2017:999, para 56.

³⁸ See thereto Case C-265/08 *Federutility*, ECLI:EU:C:2010:205, and Case C-121/15 *ANODE*, ECLI:EU:C:2016:637.

³⁹ 2011 SGEI Framework, para 13. See also 2013 SGEI-Guide, 26 (answer to question 11).

⁴⁰ See also Case T-454/13, *SNCM v Commission*, ECLI:EU:T:2017:134, para 125; Case C-205/99, *Analir*, ECLI:EU:C:2001:107, para 34 (existence of a real public service need linked to a shortage of private initiative).

In sum, despite the allegedly wide discretion of the Member States to identify, provide, commission and organize such services, it is the EU and its institutions that ultimately determine what constitutes an SGEI and what does not, also outside harmonized sectors. The EU determines which of the activities that are generally subject to competition may qualify for a derogation based on Article 106 (2) TFEU. This is not alarming in itself, but it illustrates a shift in the balancing of interests and control of SGEI in favour of the EU that should not be overlooked.

III. A Customized and Limited Derogation for SGEI

While SGEI as economic activities enter the scope of application of EU competition law through the front door, Article 106 (2) TFEU provides a back door out. To be specific, Article 106 (2) TFEU allows a derogation from competition rules (and other provisions of EU primary and secondary⁴¹ law) for entities entrusted with the operation of SGEI, if the application of these rules would ‘obstruct the performance [...] of the particular tasks assigned to them’ and the development of trade is not ‘affected to such an extent as would be contrary to the interests of the Union’.⁴²

In the following sections, this derogation is examined more closely. After explaining the understanding of this rule as a ‘balancing test’ (see III.A *infra*), its application in the presence and absence of secondary and soft law is contrasted (see III.B *infra*). It is argued that Article 106 (2) TFEU only allows a customized and limited derogation that is increasingly shaped by secondary and soft law and complements the general ‘compatibility test’ performed to identify an economic activity (see II.A.3 *supra*).

A. From a Narrowly Conceived Exception to a Balancing of Interests

Formerly neglected, Article 106 (2) TFEU gained much importance as a derogation provision in the context of the liberalization and privatization of public undertakings in the utility markets in the 1980s and 1990s. Today it is the only primary law provision on SGEI that is directly relied on by the CJEU on a regular basis. Prior to 1993, the CJEU used this provision to strengthen competition and applied Article 106 (2) TFEU in a very restrictive manner, in so far as it required the fulfilment of the particular public service task to be *incompatible* with competition rules.⁴³ In the case *Corbeau* however, it abandoned this approach. It no longer gives priority to undistorted competition over SGEI by limiting the chances of a derogation as much as possible,⁴⁴ but stipulates that a derogation

Similarly, as regards an existing ‘market failure’ as a precondition for an SGEI: WOLF SAUTER, PUBLIC SERVICES IN EU LAW 153 (2014).

⁴¹ The General Court appears to approve of such an interpretation in Case T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission*, ECLI:EU:T:2000:290, para 228. Likewise, Alexis Komorowski, *Der allgemeine Daseinsvorsorgevorbehalt des Art. 106 Abs. 2 AEUV*, EuR 310, 324 (2015).

⁴² Many details regarding the impact of various financing models for SGEI on competition are provided by a recent study (2016) prepared by Ecorys for the Commission, available at <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd021641enn.pdf> (last visited Feb. 15, 2019).

⁴³ See for example Case C-41/90 *Höfner*, ECLI:EU:C:1991:161, para 24; Case 155/73 *Sacchi*, ECLI:EU:C:1974:40, para 15; Case C-260/89 *ERT*, ECLI:EU:C:1991:254, para 33; Case 41/83 *Italy v Commission*, ECLI:EU:C:1985:120, para 33 (emphasis added). For further case law, see BUENDIA SIERRA, *supra* note 35, at 305 – 316.

⁴⁴ Equally Tony Prosser, *Competition Law and Public Services: From Single Market to Citizenship Rights?*, 11 EPL 543, 551 (2005).

may be justified if the measure in question is *necessary* in order for the undertaking to fulfil its duties *under economically acceptable conditions*.⁴⁵

This (much more) generous interpretation of Article 106 (2) TFEU emphasizes the unique position of SGEI and makes the actual and proper provision of SGEI the primary condition for a derogation from competition law.⁴⁶ What counts is whether the particular public service obligation of the undertaking would be endangered without the respective measure(s). A negative financial balance or threat to the economic survival of the undertaking are not required. Actually, even a mere potential legal or factual (i.e. economic) obstruction may allow for a derogation.⁴⁷ Furthermore, the CJEU permits the Member States to grant exclusive rights to undertakings in economically profitable areas if this enables cross-subsidizing in other areas where public service obligations have to be satisfied, and thus inhibits cherry-picking of competitors.⁴⁸ However, a derogation with regard to activities, which can be separated from SGEI and which do not endanger the balance between profitable services and SGEI, cannot be justified.⁴⁹

In sum, *Corbeau* and subsequent cases are based on the assumption that the provision of SGEI cannot be reduced to being an obstacle to competition, but rather represents a value in itself. Article 106 (2) TFEU is not used as an exemption rule *strictu sensu* (anymore), but is rather applied as a balancing provision for the welfare (and economic) interests of the Member States and the EU regarding the operation of SGEI on the one hand and the establishment and functioning of the internal market on the other hand.⁵⁰ This interpretation is much more in line with the original purpose of Article 106 (2) TFEU as a compromise between the more public service-oriented and the more market-oriented systems of the Member States.⁵¹ It is also supported by the 'new' legal context of SGEI, namely Article 14 TFEU, the SGI-protocol and Article 36 CFR, which the CJEU now explicitly takes into account when interpreting Article 106 (2) TFEU.⁵² Finally, the interpretation of Article 106 (2) TFEU as a balancing rule together with the reference to a 'social market economy' that was introduced by the Treaty of Lisbon shows that (undistorted) competition should not be seen as an overarching objective of EU law, but rather as a tool that is used to enhance the functioning of the market, including its more welfare oriented aspects.

⁴⁵ Case C-320/91 *Corbeau*, ECLI:EU:C:1993:198, para 16; recently Case C-437/09 *AG2R*, ECLI:EU:C:2011:112, para 76 (emphasis added).

⁴⁶ Cf Tarjei Bekkedal, *Article 106 TFEU is Dead. Long Live Article 106 TFEU!*, in DEVELOPMENTS OF SERVICES OF GENERAL INTEREST 61, 100-102 (Erika Szyszczak et al. eds., 2011).

⁴⁷ Note the use of subjunctive, e.g. in Case C-437/09 *AG2R*, ECLI:EU:C:2011:112, para 80; Case C-67/96 *Albany*, ECLI:EU:C:1999:430, para 111.

⁴⁸ For example, Case C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, ECLI:EU:C:2001:577, para 65.

⁴⁹ Case C-320/91 *Corbeau*, ECLI:EU:C:1993:198, para 19; Case T-260/94 *Air Inter*, ECLI:EU:T:1997:89; equally *Frenz*, *supra* note 35, at 911 et seq.

⁵⁰ See Tony Prosser, *The Limits of Competition Law*, 174 et seq (2005); ERIKA SZYSZCZAK, THE REGULATION OF THE STATE IN COMPETITIVE MARKETS IN THE EU, 139 et seq (2007). For a detailed account of case law on Article 106 (2) TFEU until 1992: FABIAN LÖWENBERG, SERVICE PUBLIC UND ÖFFENTLICHE DIENSTLEISTUNGEN IN EUROPA, 163 et seq (2001).

⁵¹ Similarly *Komorowski*, *supra* note 41, at 311.

⁵² See, for example, Case C-121/15 *ANODE*, ECLI:EU:C:2016:637, para 40.

B. Balancing in Context

1. Balancing in the Absence of Secondary Legislation and Soft Law

Despite this promising development in favour of a 'balancing test', its structure and elements as well as the required intensity of control are still subject to some discussion. Case law and corresponding analyses vary to a considerable degree.⁵³ Especially in situations, in which the CJEU cannot resort to secondary or soft law, the balancing and the elements that are taken into consideration seem to differ from case to case. Only a general 'necessity test' is applied on a regular basis. In this regard, the CJEU investigates whether a derogation from the Treaty rules is necessary for the provision of an SGEI. For example, in the case *AG2R* the CJEU found that an undertaking, which is obliged to offer cover to the employees of all undertakings in the French traditional bakery sector, would suffer from an increasing share of 'bad risks' resulting in a rise of costs which would consequently lead to lower quality services if it were not granted the exclusive right (i.e. statutory monopoly) to manage that scheme.⁵⁴ The annulment of such a right 'could have the result of making it impossible for the body concerned to accomplish the tasks of general economic interest [...] under economically acceptable conditions'.⁵⁵ Based on that assessment the CJEU considered a derogation from the rules on competition as permissible without referring to any further requirements. In contrast, the CJEU explains in the case *OTO* that Article 106 (2) TFEU – if it were indeed applicable to a system of compulsory training for chartered accountants whose SGEI nature the court seriously doubted – could not be applied in the situation at hand, *inter alia* because the restrictions on competition go 'beyond what is necessary'⁵⁶, thereby indicating a test of 'strict necessity'. An explicit and detailed assessment of proportionality *stricto sensu*, however, has not been applied in this context by the ECJ so far; though, the General Court, (at least) refers to the requirements of necessity *and* proportionality that can be derived from Article 86 (2) EC (= Article 106 (2) TFEU) in the *BUPA* case.⁵⁷

Explicit references to a least restrictive measure requirement can be found in the case *Commission v Italian Republic*⁵⁸, where the Commission had to prove the existence of a least restrictive measure, as well as the cases *Dusseldorp*⁵⁹ and *Sydhavnens*⁶⁰, where the Member States had to

⁵³ For example, the 'balancing test' has been described as a test of (strict) necessity (NINA NOLTE, DEREGULIERUNG VON MONOPOLEN UND DIENSTLEISTUNGEN VON ALLGEMEINEM WIRTSCHAFTLICHEN INTERESSE 90 (2004); SVEN SIMON, LIBERALISIERUNG VON DIENSTLEISTUNGEN DER DASEINSVORSORGE IM WTO- UND EU-RECHT 304 (2009)), of suitability (Julian Baquero Cruz, *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in EU LAW AND THE WELFARE STATE, 169, 195 (Gráinne de Búrca ed., 2005)) and of proportionality (BUENDIA SIERRA, *supra* note 35, at 300 et seq; Wernhard Moeschel, *Service public und europäischer Binnenmarkt*, 58 *JuristenZeitung* 1021, 1026 (2003); Gareth Davies, *What Does Article 86 Actually Do?*, in THE CHANGING LEGAL FRAMEWORK FOR SERVICES OF GENERAL INTEREST IN EUROPE, 51, 66 (Markus Krajewski, Ulla Neergaard and Johan Van de Gronden ed., 2009); *Bekkedal*, *supra* note 46, at 68 et seq; MARKUS KRAJEWSKI, GRUNDSTRUKTUREN DES RECHTS ÖFFENTLICHER DIENSTLEISTUNGEN 426 (2011)).

⁵⁴ Case C-437/09 *AG2R*, ECLI:EU:C:2011:112, para 77.

⁵⁵ *Id.*, at para 80.

⁵⁶ Case C-1/12 *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*, ECLI:EU:C:2013:127, para 107.

⁵⁷ Case T-289/03 *BUPA*, ECLI:EU:T:2008:29, para 131 et seq.

⁵⁸ Case C-157/94 *Commission v Netherlands*, ECLI:EU:C:1997:499, para 58; Case C-158/94 *Commission v Italy*, ECLI:EU:C:1997:500, para 54; Case C-159/94 *Commission v France*, ECLI:EU:C:1997:501, para 101 et seq.

⁵⁹ Case C-203/96 *Dusseldorp*, ECLI:EU:C:1998:316, para 67.

⁶⁰ Case C-209/98 *Sydhavnens*, ECLI:EU:C:2000:279, para 80.

show that no other measures with a less restrictive effect existed. Generally, however, in particular regarding its most recent case law, the CJEU often only hints at a least restrictive measure requirement, while refraining from explicitly mentioning it.⁶¹ Moreover, to the author's knowledge, the suitability of a measure has not been questioned by the CJEU in such a context. Similarly, whether a derogation has an effect on the development of trade that is contrary to the interests of the EU is hardly ever mentioned as a separate condition and even more rarely assessed.

2. Balancing in Consideration of Secondary and Soft Law

Contrary to the inconsistent and heterogeneous application of the balancing test in the absence of secondary and soft law, the very same test is much more consistent, refined and concise in the context of soft law, horizontal and vertical (sectoral) secondary legislation which contain more detailed rules on the relation of free competition and the provision of SGEl. Instead of a rather vague 'necessity test' that was the rule after *Corbeau* (and still is in areas that have not been harmonized), it seems that increasing regulation also led to a balancing that allows (only) very specific and limited exemptions ('customized derogations') pursuant to Article 106 (2) TFEU. In this context, the 'balancing test' turns out to require an assessment of proportionality *stricto sensu*. The application of the 'balancing test' in the context of secondary and soft law can be illustrated by reference to (a) the case law of the CJEU regarding the EU Gas Directives 2009/73 and 2003/55 and (b) the so-called '*Almunia* package' which provides general rules and guidelines for the application of the balancing test in State aid law.

(a) In both cases, *Federutility* and *ANODE*, the CJEU had to assess 'fixed prices' for the supply of natural gas against the background of Article 106 (2) TFEU and Article 3 (2) of Directive 2003/55 and 2009/73 respectively. In *Federutility*, the AEEG defined 'reference prices' which the undertakings active on the natural gas market in Italy were required to state in their commercial offers to part of their clients. In *ANODE*, a system of regulated tariffs for the sale of natural gas imposed by national legislation in France was under scrutiny. Rightly, the CJEU asserted in both cases that the public measures were measures which by their very nature constitute obstacles to the achievement of an operational and competitive internal market in gas.⁶² However, the Directive (specifying Article 106 (2) TFEU) permits intervention in favour of SGEl, if *inter alia* the principle of proportionality is complied with. The measure in question must be *suitable* (appropriate) and *necessary* for securing the objective of general economic interest which it pursues,⁶³ as well as be less of a hindrance to competition than other appropriate measures.⁶⁴ At the same time, it is also limited in scope to what is *strictly necessary*. The CJEU provides details regarding the nature of a proportionate (threefold) limitation to ensure that there is no excessive effect (proportionality *stricto sensu*). First, the duration of the measure and thus the corresponding derogation from competition rules must be limited. While the measure *per se* must not be tied to a definite expiry

⁶¹ See for example Case C-340/99 *TNT Traco*, ECLI:EU:C:2001:281, para 52; Case C-295/05 *Asociación Nacional de Empresas Forestales*, ECLI:EU:C:2007:227, para 78; Case C-543/08 *Commission v Portugal*, ECLI:EU:C:2010:669, para 93.

⁶² Case C-265/08 *Federutility*, ECLI:EU:C:2010:205, para 35; Case C-121/15 *ANODE*, ECLI:EU:C:2016:637, para 30 et seq.

⁶³ Case C-121/15 *ANODE*, ECLI:EU:C:2016:637, para 55 et seq. and 60 et seq. See also the Case C-242/10 *Enel Produzione*, ECLI:EU:C:2011:861, para 55.

⁶⁴ Case C-121/15 *ANODE*, ECLI:EU:C:2016:637, para 59.

date, at least a periodic re-examination, at close intervals, of the need to intervene and also the terms and level of intervention is to be scheduled.⁶⁵ Second, the measure must be limited *rationae personae*.⁶⁶ It must be assessed in how far a measure benefits different kinds of customers in the same way, e.g. consumers and undertakings, and whether it is really necessary that all these people are beneficiaries to achieve the envisaged objective. Hence, one has to take into account that the situation of large companies as final customers is (usually) different from that of small households, in so far as they have different needs and negotiation powers and are also dealt with differently in secondary law. Third, the scope of the intervention *ratione materiae* has to be checked. In essence, the measure must be limited to that price component or aspect, which requires intervention instead of broadly regulating all aspects.⁶⁷ As can be seen, the CJEU applies a full and detailed proportionality test in the context of sectoral legislation.

(b) Public service compensations that do not comply with the *Altmark* criteria but meet the general conditions for the applicability of Article 107 TFEU⁶⁸, constitute State aid and are subject to the respective rules.⁶⁹ Article 106 (2) TFEU allows for a derogation from the prohibition of State aid if the performance of the task(s) in question would be obstructed without State aid. In order to assist with this assessment, the Commission took legislative action in the form of a 2011 SGEI Decision and a 2011 SGEI Framework as part of the so-called '*Almunia package*'.⁷⁰ Both, the 2011 SGEI Decision and Framework, specify the 'meaning and extent of the exception pursuant to Article 106 (2) TFEU and set out rules intended to enable effective monitoring of the fulfilment of the criteria set out in that provision'⁷¹ with regard to State aid. While the Decision applies to certain types of public service compensations exempting them from the requirement of prior notification under Article 108 (3) TFEU, the Framework contains rules for the remaining public service obligations, which have to be notified to the Commission. In view of the competence of the Commission to assess the compatibility of a State measure in the context of Article 106 (2) TFEU (or, at least, to control the assessment of the Member States within the scope of the 2011 SGEI Decision) and the detailed nature of the 2011 SGEI Decision and Framework, it is no surprise that the balancing test is regularly performed by reference to the conditions stipulated therein. In other words, whenever

⁶⁵ Case C-265/08 *Federutility*, ECLI:EU:C:2010:205, para 35; Case C-121/15 *ANODE*, ECLI:EU:C:2016:637, para 62.

⁶⁶ Case C-121/15 *ANODE*, ECLI:EU:C:2016:637, para 67 et seq.

⁶⁷ *Id.* at para 64 et seq.

⁶⁸ (1) Any aid (2) granted through State resources in any form whatsoever if it (3) distorts or threatens to distort competition (4) by favouring certain undertakings or the production of certain goods (5) in so far as it affects trade between Member States. For details see Case C-142/87 *Belgium v Commission*, ECLI:EU:C:1990:125, para 25 et seq; Case C-482/99 *France v Commission – Stardust Marine*, ECLI:EU:C:2002:294, para 32 et seq; Case C-280/00 *Altmark Trans*, ECLI:EU:C:2003:415, para 74 et seq. See also the Commission Notice on the notion of State aid, OJ 2016 C 262/1.

⁶⁹ For example Case T-106/95 *FFSA v Commission*, ECLI:EU:T:1997:23, para 165; Case T-46/97 *SIC v Commission*, ECLI:EU:T:2000:123, para 83.

⁷⁰ 2011 SGEI Decision: Commission Decision of 20 December 2011 on the application of Article 106 (2) of the TFEU to State aid in the form of public service compensation granted to certain undertakings entrusted with the operation of SGEI, OJ 2012 L 7/3; 2011 SGEI Framework: Communication from the Commission, EU framework for State aid in the form of public service compensation, OJ 2012 C 8/15; and 2011 SGEI Communication: Communication from the Commission on the application of the European Union State aid rules to compensation granted for the provision of SGEI, OJ 2012 C 8/4; as well as a De minimis Regulation: Commission Regulation on the application of Articles 107 and 108 TFEU to de minimis aid granted to undertakings providing SGEI, OJ 2012 L 114/8.

⁷¹ 2011 Commission Decision, recital 7. See also 2011 SGEI Framework, para 7.

the conditions set out in these instruments are met, a derogation is granted and vice versa. Despite its non-binding soft law nature, the 2011 SGEI Framework is applied by the Commission and the CJEU in the same way as the Decision.

Interestingly, neither of the instruments lays down rules regarding the *necessity* of State aid or explains to what extent the application of the rules on competition would have to obstruct the performance of SGEI. In case law, the ‘necessity requirement’ is referred to occasionally, but generally not assessed at all.⁷² Evidently, with regard to State aid, the fulfilment of this condition is not questioned. Instead, the Commission focuses on defining criteria to ensure the proportionality *stricto sensu* and the compliance with the second sentence of Article 106 (2) TFEU (i.e. prohibition to affect the development of trade to such an extent as would be contrary to the interests of the EU). In a nutshell, proportionality is mainly linked with the avoidance of overcompensation. In particular, the compensation need not exceed ‘what is necessary to cover the net cost incurred in discharging the public service obligations, including a reasonable profit’.⁷³ In essence, this condition is a more detailed version of the third *Altmark* criterion⁷⁴ – although, the second to fourth *Altmark* criteria may not be directly relied on in the context of Article 106 (2) TFEU given that they are used to *disqualify* a compensation as State aid⁷⁵. By making sure that the undertaking in question receives only as much aid as it needs to discharge the public service obligation, the Commission apparently intends to strike a strictly proportionate balance. An effect on the development of trade that is contrary to the interest of the EU is explicitly addressed and mainly associated with a lack of compliance with Directive 2006/111/EC and EU public procurement rules.⁷⁶

In addition to the findings regarding the construction of the balancing test, two further observations can be made: First, the rules contained in the SGEI Framework are much stricter and more detailed than in the Decision. The submission to the notification procedure of the services referred to therein also ensures that the Commission may check and evaluate any State aid of economic significance, i.e. any public service compensation surpassing 15 million Euro with the exception of certain privileged areas, such as medical care, health and long-term care, childcare or social housing. At the same time, State aid to SGEI covered by the 2011 SGEI Decision gives the Member States considerable leeway due to the absence of an obligatory notification and less detailed rules regarding compatibility.⁷⁷ Second, the conditions set out in the 2011 SGEI Decision and Framework do not only ensure a proportionate balancing, but also foster certain ideas of how SGEI should be provided, organized and commissioned. For example, according to para 19 of the 2011 SGEI Framework, aid will be considered compatible *only* where the responsible authority complies with the EU public procurement rules, thus making the application of these rules a

⁷² Case C-660/15 P *Viasat Broadcasting UK v Commission*, ECLI:EU:C:2017:178, para 34; Case C-66/16 P *Comunidad Autónoma del País Vasco and Itelazpi v Commission*, ECLI:EU:C:2017:999, para 55.

⁷³ 2011 Commission Decision, Article 5 para 1 with further details; 2011 SGEI Framework, para 21.

⁷⁴ Equally Case T-289/03 *BUPA*, ECLI:EU:T:2008:29, para 224.

⁷⁵ Case C-660/15 P *Viasat Broadcasting UK v Commission*, ECLI:EU:C:2017:178, para 33; Case C-66/16 P *Comunidad Autónoma del País Vasco and Itelazpi v Commission*, ECLI:EU:C:2017:999, para 56.

⁷⁶ 2011 SGEI Framework para 18, 19 and 51 et seq.

⁷⁷ See for example the Austrian report under Article 9 (a) to (d) of the SGEI decision, which include the entrustment of obligations regarding the participation of a regional branch of the Austrian Red Cross in disaster prevention and relief as well as the operation of a show garden by Die Garten Tulln GmbH, available at http://ec.europa.eu/competition/state_aid/public_services/2015_2016/austria_en.pdf (last visited Feb. 15, 2019).

precondition, regardless of whether they are actually suitable in a particular situation.⁷⁸ Similarly, for situations in which the Member States entrust an undertaking with a public service obligation without a competitive selection procedure and very similar services are already provided or will soon be provided without such an obligation, the Commission reserves the right to require amendments if it can show that the same SGEI could be provided in a less distortive manner and at lower costs.⁷⁹ In contrast, in 2008 the General Court ruled that a competitive tendering procedure for the award of an SGEI is not a condition for the application of what is now Article 106 (2) TFEU.⁸⁰ Furthermore, the Commission puts increasing emphasis on the efficiency of SGEI provision and the promotion of a strict and transparent compensation mechanism, especially in the Framework⁸¹, but to a lesser degree also in the Decision⁸².

C. Common Elements and Variations

As these examples show, the respective configuration (and intensity) of the 'balancing test' seems to depend to a considerable degree on whether secondary legislation or soft law exists.⁸³ In the absence of such rules, the CJEU often limits its balancing test to a mere 'necessity test' without (explicitly) questioning the suitability and/or proportionality *stricto sensu* of a measure. Only occasionally the necessity test is given a rather broad scope, thus (possibly) encompassing a test of proportionality *stricto sensu*. In contrast, if secondary or soft law can be used for reference, a much more concise and detailed test is applied that tolerates only customized and limited derogations pursuant to Article 106 (2) TFEU. In some cases, this dichotomy can be explained by the lack of reference points in the absence of detailed criteria in soft or secondary law, in others it is likely that suitability and proportionality *stricto sensu* are not explicitly referred to because these elements have not been contested. Notwithstanding the reasons, however, the structure of the balancing test should be the same whether secondary or soft law exists or not.

The balancing test as it is applied in consideration of secondary and soft law should be taken as standard also in the absence of secondary and soft law. The balancing test stipulated by Article 106 (2) TFEU thus represents a (full) proportionality test which allows a limited and customized derogation only – instead of a one-sided dismissal (as assumed before *Corbeau*) and an exuberant consideration of SG(E)I (as sometimes supported after *Corbeau*). Thus, a measure which requires a derogation must be suitable to attain its objective of general economic interest, necessary to achieve that objective and be the least restrictive if other measures are equally suitable, as well as proportionate *stricto sensu* (i.e. devoid of an excessive effect; 'strictly necessary'). This interpretation is compatible with the wording of Article 106 (2) TFEU which stipulates that the Treaty rules shall apply *in so far* as their application does not obstruct the performance of the public service obligations. It is also in accordance with its objective, namely 'to reconcile the Member States' interest in using certain undertakings, in particular in the public sector, as an instrument of [social,] economic or fiscal policy with the Union's interest in ensuring compliance

⁷⁸ Critically Natalia Fiedziuk, *Putting Services of General Economic Interest Up For Tender: Reflections on Applicable EU Rules*, 50 CMLR 87, 97 (2013).

⁷⁹ 2011 SGEI Framework, para 56.

⁸⁰ Case T-442/03 *SI/C*, ECLI:EU:T:2008:228.

⁸¹ See the 'efficiency incentives', para 39 et seq.

⁸² Article 5 (6) 2011 SGEI Decision.

⁸³ Similarly, SAUTER, *supra* note 40, at 227. Critically, Baquero Cruz, *supra* note 53, at 197.

with the rules on competition and the preservation of the unity of the common market'.⁸⁴ While the configuration and standard of this balancing test shall be the same regardless of relevant secondary or soft law, its outcome may depend on whether specific rules exist which predefine the required balancing, i.e. in the absence of secondary law, several suitable and proportionate measures may be acceptable. Also, the intensity and details of the limits may vary depending on the situation in question. For example, in comparison with the criteria set forth in *Federutility* and *ANODE*, the time limits applied by the SGEI decision and framework regarding State aid are more generous and linked to the public service obligation instead of its compensation (e.g. any entrustment not exceeding ten years, in case of a significant investment also for more than ten years, falls into the scope of the Decision).

In view of its elements and preconditions, Article 106 (2) TFEU – understood as a customized and limited derogation – is also very similar to the ‘mandatory requirements’ as defences to indistinctly applicable rules in violation of the fundamental freedoms.⁸⁵ Both allow derogations from the Treaties, however, Article 106 (2) TFEU is not limited to the law on free movement and – contrary to the ‘objectively justifiable purposes’ of the ‘mandatory requirements’ – may also encompass economic objectives of general interest.

To interpret the balancing test pursuant to Article 106 (2) TFEU as a (full) proportionality test tolerating only a limited and customized derogation also fits the general system. Whereas the requirement of an ‘economic activity’ excludes services from the scope of competition law that are generally incompatible with it, Article 106 (2) TFEU must not grant such a general exemption; otherwise it would be devoid of any particular meaning.⁸⁶ In conformity with the system, Article 106 (2) TFEU may only grant a limited derogation *customized* to a particular situation. As such, a customized balancing test complements the ‘general compatibility test’ as it is performed to identify an economic activity. It allows a limited derogation only. While it is accepted that under certain circumstances a derogation from market law to provide economically viable SGEI may be required, such a derogation is limited in time and/or substance (scope) to what is (strictly) needed and still proportionate. In so far, the CJEU holds on to the idea of a liberalized market that will eventually provide such services under free market conditions, even if it requires some regulative restraints and derogations *at the moment* or *to a limited extent*. Thus, it is unsurprising that this customized balancing is particularly visible in markets that are intended to be fully liberalized, e.g. electronic communications and energy market. Consequently, derogations are largely tailored to the public service obligation in question. It is not the nature of an SGEI in general that is balanced with market interests in the context of Article 106 (2) TFEU, but their specific arrangement.

IV. Conclusion

Originally, Article 106 (2) TFEU represented a compromise between the more welfare-oriented interests of some Member States and the market-focused interests of other Member States and the EU. Today, Article 106 (2) TFEU remains crucial to the balancing of interests in the context of

⁸⁴ Most recently C-660/15 P *Viasat Broadcasting UK v Commission*, ECLI:EU:C:2017:178, para 31; Case C-121/15 *ANODE*, ECLI:EU:C:2016:637, para 40; Case C-265/08 *Federutility*, ECLI:EU:C:2010:205, para 28; equally Case C-67/96 *Albany*, ECLI:EU:C:1999:430, para 103 et seq.

⁸⁵ Case 120/78 *Rewe v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (‘Cassis de Dijon’), ECLI:EU:C:1979:42.

⁸⁶ As regards the close connection between the non-applicability of competition (and market) rules due to the lack of an economic activity and the limited derogation that may be granted to SGEI pursuant to Article 106 (2) TFEU, see also above II.A.3.

public services. It is applied and construed by the CJEU and the Commission in a way that internalizes the conflicting interests as much as possible.

As regards the balancing of conflicting interests itself, this paper exposes two shifts in balance: On the one hand, with the assistance of the CJEU and the Commission, the EU emerged as the key player in the law of SGEI. It no longer cedes control of SGEI to its Member States, but confidently shapes the rules and principles that regulate this politically sensitive area of law. Interestingly, in the context of Article 106 (2) TFEU, this shift of balance in favour of EU-shaped public services results from a broad scope of application and the possibility to control what Member States declare as SGEI. Even though the CJEU and Commission nominally decide neither on the amount or nature of state support, nor on the provision of SGEI, they shape the provision, commission and organization of such services to a considerable extent as controlling instances.⁸⁷

On the other hand, the application of Article 106 (2) TFEU shows an EU preference for a market-oriented approach, however without entailing a strict primacy of market values or interests.⁸⁸ Despite the unwavering preference of the EU for competition – whether it is competition in the market or competition for the market – as an instrument to ensure the well-being of its citizens,⁸⁹ the possibility of a ‘customized derogation’ from competition law also recognises the intrinsic value of a proper functioning of SGI. Apparently – in the context of Article 106 (2) TFEU – the EU found a way to reconcile an ‘open and competitive internal market’ and the development of ‘high quality, accessible and affordable services of general interest’ as envisaged by the 2004 White Paper.⁹⁰

In total, it seems as if the CJEU and the Commission have shaped a workable system in the context of Article 106 (2) TFEU that reconciles market and welfare interests in favour of functioning public services – as long as its premises and limits are respected. These limits along with the application of Article 106 (2) TFEU in consideration of its different elements and their specific role in this system will certainly pose further challenges for the CJEU and the Commission as the EU law on SGEI is developed and expanded. Increasing control of the EU as the key player in the law of SGEI comes with the necessity to use this power responsibly. In particular, regional and cultural particularities must be given due consideration by the CJEU and the Commission. Also, it is crucial to ensure that increasingly detailed specifications for an SGEI derogation are not ultimately misused in order to promote other EU principles and instruments, such as efficiency and public procurement, which are not objectionable as such⁹¹, but might in the context of SGEI ultimately forestall a high level of quality of such services.⁹²

⁸⁷ Malcolm Ross, *The Europeanization of Public Services Supervision: Harnessing Competition and Citizenship?*, 23 Yearbook of European Law 303, 304 (2004).

⁸⁸ Equally, Stéphane Rodrigues, *Les services publics et le traité d'Amsterdam*, Revue du marché commun et de l'Union européenne 37, 38 (1998); Frenz, *supra* note 35, at 917; Baquero Cruz, *supra* note 53, at 211.

⁸⁹ Hence, the EU approach to SGEI might be summarized as ‘public service through competition’ (Christian König, *Daseinsvorsorge durch Wettbewerb!*, EuZW 481, 481 (2001).

⁹⁰ Commission, White Paper on services of general interest, COM (2004) 374, 7. Already in 2000, the Commission stated that SGEI, the internal market and competition policy complemented each other in the pursuit of the fundamental objectives of the treaties (COM (2000) 580 para 3).

⁹¹ Cf the explanation given by Commissioner *Almunia*, who refers to the necessity to take into account the decreasing public budgets in the Member State as a consequence of the financial crisis, SPEECH/11/618, SGEI reform: Presenting the draft legislation, 30.09.2011.

⁹² In the context of the *Altmark* criteria, *Renzulli* even describes the principle of efficiency as ‘the price and [...] key to exempting public service compensatory measures from classification as a State aid’, Annalisa Renzulli, *Services of General Economic Interest: The Post-Altmark Scenario*, 14 EPL 399, 399 (2008). See also Erika Szyszczak, *Financing Services of General Economic Interest*, 67 MLR 982, 990-992 (2004).

Furthermore, the close connection between the non-applicability of competition (and market) rules due to the lack of an economic activity and the ‘customized derogation’ that may be granted to SGEI is also an important aspect to keep in mind. The system only works in a way that is beneficial to functioning SGEI if the respective functions of its two main components (i.e. ‘general compatibility test’ and ‘customized derogation’) are respected and clearly differentiated. Although the criteria to exclude non-economic activities from the scope of competition law altogether (i.e. ‘general compatibility test’) and to grant an exemption pursuant to Article 106 (2) TFEU (i.e. ‘customized derogation’) are based on the same assumption (namely that such services may not be provided satisfactorily under normal market conditions), they cannot be congruent, because otherwise one and the same activity would be included into the scope of competition law and then exempted by Article 106 (2) TFEU for the very same reason. Accordingly, SGI, which should not be subject to competition and the general market rules in the first place, must not be ‘saved’ by way of exemption pursuant to Article 106 (2) TFEU. However, the very broad meaning given to the concept of an undertaking risks to allow just that. The CJEU must therefore be careful to distinguish between non-economic activities that are generally incompatible with a competitive market and economic activities that are generally compatible with a competitive market but require a limited and customized derogation. Given the alleged success of the market model for utilities and the dwindling public budgets, this distinction might gain even more importance in the future. The categorization of activities in fields such as health care, education⁹³ and research will show whether the CJEU is willing to respect the limits of competition law (and thus its own competence) or misuses the balancing test of Article 106 (2) TFEU to grant a ‘customized derogation’ for activities that are – as neSGI – generally incompatible with competition (and market) rules. Further research that compares and contrasts the criteria of the ‘general compatibility test’ and the prerequisites for a ‘customized derogation’ is much needed in this regard.

⁹³ Although the Commission also refers to education and research activities when elaborating on the notion of undertaking and economic activity (see 2011 SGEI Communication, para 26), the cited case law (i.e. Case C-318/05, *Commission v Germany*, ECLI:EU:C:2007:495, para 71) deals only with the infringement of free movement and should thus not be applied one to one in the context of competition law. Cf Case C-74/16 *Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania*, ECLI:EU:C:2017:496 (education in the context of competition rules without reference to an SGEI however).

Die Entlastungswirkung der hypothetischen Kausalität bei einer Unterlassung

Moritz Zoppel,* Wien

Kurztext: Die Kausalität wird im Schadenersatzrecht häufig mit der Hilfe von Annahmen geprüft. Ob diese Hypothesen für den Schädiger entlastend und damit haftungsbefreiend wirken können, ist seit langem umstritten. Das zeigt der Meinungsstand zur bekanntesten Form der hypothetischen Verursachung, der überholenden Kausalität. Weniger Beachtung wurde hingegen der – ebenso auf Annahmen aufbauenden – Kausalitätsprüfung einer Unterlassung geschenkt. Nach einer aktuellen Entscheidung des Obersten Gerichtshofes soll dabei selbst das fiktive haftungsbegründende Verhalten eines hypothetischen Dritten den realen Schädiger von seiner Haftung befreien. Die Entscheidung wird zum Ausgangspunkt genommen, um die hypothetische Kausalität der Unterlassung näher zu untersuchen.

Schlagworte: Kausalität; überholende Kausalität; Unterlassung; rechtmäßiges Alternativverhalten; Schadensberechnung; Entlastungswirkung; *conditio sine qua non*

I. Einleitung

Kann sich ein Schädiger gegenüber dem Geschädigten darauf berufen, dass der Schaden ohnehin in der Zukunft eingetreten wäre? Soll es dem A, der den Hund des B vergiftet hat, möglich sein, einer Haftung zu entgehen, weil C, noch bevor das tödliche Gift des A gewirkt hätte, das Tier erschießt? Ist C verantwortlich, obwohl der Hund auch ohne sein Zutun am Gift des A gestorben wäre?¹

Schwierigkeiten bei der Lösung von Rechtsproblemen mit hypothetischen Ursachen sind altbekannt.² Nicht zuletzt die juristische Diskussion zu den Folgen von fehlerhaften Anlageberatungen hat gezeigt, dass der Problembereich auch fernab von theoretischen Lehrbuchbeispielen von großem Interesse sein kann.³ Besonders die Frage nach der Entlastungswirkung eines bloß hypothetischen

* Dr. Moritz Zoppel, LL.M. (Cambridge) ist Senior Lecturer am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der WU Wien.

¹ Heck, Grundriß des Schuldrechts (1929) 48; F. Bydliński, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht (1964) 74 ff, 102; Deutsch, Haftungsrecht: Erster Band: Allgemeine Lehren (1976) 167 ff, 170 f; Gebauer, Hypothetische Kausalität und Haftungsgrund (2007) 1, 3, 14 zeigt, dass das klassische Lehrbuchbeispiel sehr deutlich an verschiedene Digestenstellen angelehnt ist.

² Siehe dazu bereits Mommsen, Zur Lehre von dem Interesse (1855) 145 f; 155 FN 16; von Caemmerer, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadenersatzrecht (1962) 3; Spindler, Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht, AcP 208 (2008) 283.

³ Könnte etwa nachgewiesen werden, dass der Anleger eine hypothetische Investition getätigt hätte, die ebenso wie die reale Investition zu einem Verlust geführt hätte, soll es nach manchen zu einer Schadensminderung oder gar

oder fiktiven Ereignisses kann auf einen intensiven Meinungs­austausch blicken.⁴ Der Grund dafür lässt sich leicht erklären: Es könnten Geschehensabläufe entscheidende Bedeutung erlangen, die nie stattgefunden haben oder zumindest den konkreten Schaden oftmals nicht mehr verursachen konnten. Damit steht letztlich die juristische Tragweite der Frage: „Was wäre wenn?“ zur Diskussion.

II. Ausgangspunkt

In einer aktuellen Entscheidung setzte sich der Oberste Gerichtshof mit der Kausalität eines nicht eingeholten medizinischen Rates im Zusammenhang mit einem Verkehrsunfall auseinander. Eine an *Parkinson* erkrankte Frau hatte mit ihrer Vertrauensärztin nie über die Wirkung eines Medikaments auf die Fahrtauglichkeit gesprochen. Das sei der Patientin – anders als ein späterer Verkehrsunfall unter Medikamenteneinfluss – zwar grundsätzlich vorwerfbar, hätte sich aber gar nicht auf den Verlauf des Geschehens ausgewirkt. Die Ärztin hätte nämlich, wenn man sie danach gefragt hätte, ohnehin einen medizinisch falschen Rat erteilt und kein Problem hinsichtlich der Fahrtauglichkeit attestiert. Der durch den Unfall bedingte Schaden wäre demgemäß auch bei sorgfältigem Verhalten der Patientin – wenn sie mit ihrer Ärztin über die Nebenwirkungen gesprochen hätte – jedenfalls eingetreten. Die Haftung wurde in der Folge verneint.⁵

Die Entscheidung ist für die Reichweite der Entlastungswirkung von Hypothesen bei der Kausalitätsprüfung beachtenswert. Dass ähnliche Fallkonstellationen *von Caemmerer* vor rund 60 Jahren bereits weitgehend ratlos zurück ließen, lässt die Schwierigkeiten, die einem auf der Suche nach Lösungen begegnen könnten, erahnen.⁶ Vor diesem Hintergrund wird versucht, zu klären, ob das hinzugedachte Verhalten eines Dritten für den realen Schädiger zu einem Entfallen seiner Haftung führen kann. Ziel des Beitrages ist es, eine Grenze der zivilrechtlichen Kausalität etwas klarer zu definieren.⁷ Die Sachverhaltskonstellationen, in denen man bei der Kausalitätsprüfung zu Hypothesen greift, können deutlich variieren. Den „einen typischen Fall“ gibt es nicht.⁸ Dennoch sollen

einem Entfall der Haftung des Anlageberaters kommen. Zur hypothetischen Alternativveranlagung und Anlegerschäden siehe etwa *P. Bydlinski*, Haftung für fehlerhafte Anlageberatung: Schaden und Schadenersatz, ÖBA 2008, 159; *Kozioł*, Zum Ersatzanspruch unzulänglich aufgeklärter Anleger, in FS Picker (2010) 523 (536 ff); *Wendehorst*, Anlageberatung, Risiko­aufklärung und Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖBA 2010, 562; *Leupold/Ramharter*, Anlegerschaden und Kausalitätsbeweis bei risikoträchtiger hypothetischer Alternativenanlage, ÖBA 2010, 718; *Kodek*, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11; *P. Bydlinski*, Anlageberaterhaftung: Beweislast, Beweismaß, Beweiswürdigung und *Non liquet* hinsichtlich Schaden(shöhe) und Kausalität, ÖBA 2012, 797; *Trenker*, Die hypothetische Alternativveranlagung, ÖJZ 2013, 2; aus der Judikatur siehe statt vieler OGH 30.3.2011, 7 Ob 77/10i.

⁴ *Deutsch*, Haftungsrecht/I 168: „Die Palette der Meinungen weist im übrigen Extreme und vielerlei Schattierungen auf“; aus der Perspektive des *common law* *Hart/Honoré*, Causation in Law² (1985) 248.

⁵ OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v = EvBl 2017/155 (*Zoppel*), siehe auch *Die Presse*, Beipackzettel lesen und Arzt fragen (29.1.2017). Da es um die Frage nach dem Mitverschulden der Lenkerin ging, prüfte der OGH, ob ihr sorgloses Verhalten kausal war. Die Entscheidung wurde zur Erledigung einer Beweistrüge durch das Berufungsgericht aufgehoben; Zur Entscheidung detaillierter siehe IV.B.2. Zur Entlastungswirkung der hypothetischen Kausalität jüngst OGH 28.2.2018, 6 Ob 234/17f.

⁶ *von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität 4, 30 ff stellt sich die Frage, ob ein Apotheker, der ein Medikament ohne Rezept verkauft, welches anschließend zum Tod eines Kindes führt, sich darauf berufen könne, dass der Hausarzt das Rezept ohnehin ausgestellt hätte, wenn man ihn gefragt hätte; vgl schon *von Caemmerer*, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht (1956).

⁷ Siehe zum deutschen Recht *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 386; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich (1999) 106, 127 ff; zu verwandten Fragestellungen im Strafrecht grundlegend *Burgstaller*, Zu den objektiven Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung. Moderne Strafrechtsdogmatik in einem praktischen Fall, AnwBl 1980, 99 (102).

⁸ *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 12 ff; vgl *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ (2016) 307.

einige Grundsätze der Entlastungswirkung der hypothetischen Kausalität aufgezeigt werden. Der Fokus wird dabei, im Anschluss an die erwähnte höchstgerichtliche Entscheidung, auf die bisher weniger beachtete Kausalitätsprüfung einer Unterlassung⁹ gerichtet.¹⁰

III. Die hypothetische Kausalität – Versuch einer Begriffsklärung

Eine griffige und einheitlich verwendete Definition des Begriffes der hypothetischen Kausalität sucht man in der Literatur und Judikatur vergebens.¹¹ In diesem Beitrag wird „*hypothetische Kausalität*“ in einem weiten Sinne verstanden. Von hypothetischer Kausalität soll demzufolge dann die Rede sein, wenn sich eine Ursache zwar nicht unmittelbar verwirklichen konnte, sie aber für die Kausalitätsprüfung dennoch von Relevanz sein soll. Die Hypothese besteht darin, zu fragen, wie sich die Dinge unter Einbeziehung eines nicht völlig verwirklichten oder gänzlich erfundenen Ereignisses weiterentwickelt hätten. Der Sachverhalt wird gewissermaßen mit der Hilfe einer Hypothese zu Ende gedacht. Gängig ist diese Vorgehensweise, wenn mehrere reale Ereignisse den Schaden nacheinander – wie im Eingangsbeispiel – herbeigeführt hätten.¹² Als Anwendungsfälle der hypothetischen Kausalität werden hier neben der überholenden Kausalität aber auch die Kausalität der Unterlassung und das rechtmäßige Alternativverhalten verstanden.¹³

A. Überholende Kausalität

Vielfach werden die Begriffe hypothetische Kausalität und überholende Kausalität synonym verwendet.¹⁴ Wie das eingangs geschilderte Lehrbuchbeispiel zeigt, führt bei der überholenden Kausalität ein Ereignis den Schaden real herbei, ein anderes, ebenso reales Ereignis hätte aber später denselben Schaden verursacht, wenn die erste Bedingung sich nicht schon zuvor verwirklicht

⁹ In Österreich wird nach hA ein Kausalitätsbegriff verwendet, der über das rein naturwissenschaftlich-logische Verständnis hinausgeht. Das ist vor allem im Hinblick auf die Kausalität einer Unterlassung von Bedeutung. Eine Unterlassung könnte nach den „Naturgesetzen“ keine Veränderung eines Zustandes herbeiführen und damit auch nie kausal sein. Dazu aus jüngerer Zeit *Riss*, Hypothetische Kausalität, objektive Berechnung bloßer Vermögensschäden und Ersatz verlorener Prozesschancen, JBl 2004, 423, auch Fn 7; *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit (2017) 107 ff. *F. Bydliński*, Probleme der Schadensverursachung 3 ff; rechtsvergleichend zeigt *Spindler*, AcP 208 (2008), 283 (288), dass Kausalität als eine normative Kategorie zu begreifen sei, die die Zuweisung von Haftungsrisiken bezwecken soll; *Schulin*, Der natürliche – vorrechtliche – Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht (1976) 132 ff; *Wagner* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 (2017)⁷ § 823 BGB, Rn 69 hält für das Haftungsrecht keinen naturwissenschaftlich-logischen, sondern einen pragmatischen Kausalitätsbegriff für maßgeblich, nach dem als Ursache die menschliche Intervention gilt, die den Normalverlauf der Dinge verändert hat bzw verändert hätte; vgl *Hart/Honoré*, Causation in Law²³⁸.

¹⁰ Siehe dazu grundlegend *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 643 ff; *Kozioł*, Wegdenken und Hinzudenken bei der Kausalitätsprüfung, RdW 2007, 12.

¹¹ Siehe dazu jüngst OGH 28.2.2018, 6 Ob 234/17f: „*Unter dem Oberbegriff der „hypothetischen Kausalität“ (auch: „Reserveursache“) werden ganz unterschiedliche Konstellationen zusammengefasst“*; *Oetker* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 (2016)⁷ § 249 BGB Rn 207 und 217; zum Begriff der hypothetischen Kausalität grundlegend: *Niederländer*, Schadensersatz bei hypothetischen Schadensereignissen, AcP 153 (1954), 41 (42; 50); ebenso *Niederländer*, Hypothetische Schadensereignisse, JZ 1959, 618; *Schobel*, Hypothetische Verursachung, Aliud-Verbesserung und Schadensteilung, JBl 2002, 771 (775) FN 11; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 3 ff; *Apathy*, Zur Haftung bei überholender Kausalität, in FS Kozioł (2010) 515 ff; *Schulin*, Der natürliche – vorrechtliche – Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht 170 ff.

¹² *F. Bydliński*, Probleme der Schadensverursachung 7; *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 3/58; *Kleewein*, Hypothetische Kausalität und Schadensberechnung (1993) 7; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 5; vgl *Spindler*, AcP 208 (2008) 283, 286.

¹³ Vgl *Oetker* in MüKo/BGB⁷ § 249 Rn 217; *Katzenmeier* in BeckOK/BGB, Bamberger/Roth/Hau/Poseck (2018) § 630 h BGB Rn 41; *Riss*, JBl 2004, 423.

¹⁴ Statt vieler *Rebhahn*, Staatshaftung 643 ff.

hätte.¹⁵ Es besteht eine sogenannte Reserveursache¹⁶, die sich nicht mehr auswirken konnte. Bezeichnend nennt *Wolff* diese Konstellation daher die „unnötige Kausalität“.¹⁷ Der erste Schädiger könnte sich, nach der *Conditio sine qua non* Formel¹⁸ immer darauf berufen, dass das zweite Ereignis den Schaden ohnehin verursacht hätte.¹⁹ Denkt man sich sein Verhalten weg, kommt es trotzdem zum Schadensfall. Der hypothetische Schädiger – der zu spät kommt – wäre allerdings mangels Kausalität oft ebenso nicht haftbar. Er konnte, so die herrschende Ansicht, das bereits zerstörte Rechtsgut gar nicht mehr beeinträchtigen und den Schaden somit auch nicht verursachen. Selbst wenn man sich sein Verhalten wegdenkt, tritt der Schaden ein.²⁰ Das eingangs geschilderte Kausalitätsdilemma im Lehrbuchbeispiel des vergifteten Hundes soll nach einhelliger Lösung nicht zu einer Entlastung des realen Schädigers C, der den noch lebendigen Hund erschossen hat, führen. Strittig bleibt vor allem, ob A, der den Tod durch das Gift nicht mehr verursachen konnte, solidarisch mit C haftet.²¹

B. Kausalität der Unterlassung und rechtmäßiges Alternativverhalten

Hypothesen werden auch abseits von multikausalen Konstellationen, wie der überholenden Kausalität, eingesetzt. Ein allseits weniger beachteter Fall der hypothetischen oder gar fiktiven Kausalität ergibt sich durch die Kausalitätsprüfung einer Unterlassung.²² Ist das in Frage stehende Verhalten kein aktives Tun, sondern ein Unterlassen, wird die Kausalität durch das Hinzudenken eines hypothetischen Kausalverlaufes geprüft. Es wird gefragt, ob die Vornahme der gebotenen Handlung das Eintreten des Schadens verhindert hätte. Es handelt sich bei dieser sogenannten Additionshypothese um einen rein ausgedachten Prüfungsschritt.²³ Die Reichweite der dabei getroffenen Annahmen rückte, wie eingangs erläutert wurde, in letzter Zeit stärker in den Vordergrund.²⁴

Die Kausalitätsprüfung einer Unterlassung steht in einem Naheverhältnis zur Lehre vom rechtmäßigen Alternativverhalten. Das Ziel beider Prüfungsschritte ist es, Szenarien auszusortieren, in denen sich ein pflichtwidriges Verhalten nicht ausgewirkt hat. Der Inhalt der Hypothese besteht bei der Prüfung des rechtmäßigen Alternativverhaltens und der Kausalitätsprüfung einer Unterlassung darin, eine pflichtgemäße Handlung des Schädigers hinzuzudenken. Wäre der Schaden auch unter der Prämisse des pflichtgemäßen Verhaltens eingetreten, soll die Haftung entfallen. Wird ein Verhalten nur deswegen untersagt, weil ein Schaden verhindert werden soll, so kann es nicht zu

¹⁵ Siehe schon *Ehrenzweig*, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts (1928) II/2, 45 f.; *Reischauer in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2007) § 1302 Rz 14; *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkommentar⁵ (2017) § 1302 Rz 9; *Koziol*, HPR I³ Rz 3/58; *Kleewein*, Hypothetische Kausalität 7; *Apathy* in FS Koziol 515 ff.; *Schobel*, JBl 2002, 771 (775) FN 11.

¹⁶ Diesen Begriff verwendet *Heck*, Grundriß des Schuldrechts 48. Man könnte nach *Heck* aber auch von hypothetischer oder latenter Ursache sprechen.

¹⁷ *Wolff* in Klang-Kommentar zum ABGB VI² (1951) 10; vgl auch *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1302 Rz 14.

¹⁸ Mit dem Hinweis zur korrekten aber weniger gebräuchlichen Schreibweise „condicio“ *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} (2018) § 1293 Rz 2.

¹⁹ Vgl *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 69.

²⁰ Statt vieler *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil I¹⁴ (1987) 527 FN 12; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 390.

²¹ Siehe statt vieler *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht⁵ 307.

²² Vgl *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 1; *Rebhahn*, Staatshaftung 643 und 653.

²³ *Koziol*, RdW 2007, 12; *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 457 ff.

²⁴ Vgl OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v = EvBl 2017/155 (*Zoppel*).

einer Haftung kommen, wenn der Schaden auch bei rechtmäßigem Verhalten entstanden wäre. Gewissermaßen fehlt es schon an der Kausalität der Pflichtwidrigkeit.²⁵

Wird eine Handlung beurteilt, fordert ein Teil der Lehre eine Trennung zwischen der Prüfung der Kausalität und dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens.²⁶ Die Grenzen zwischen Kausalität und Kausalität der Pflichtwidrigkeit, die das rechtmäßige Alternativverhalten vor Augen hat, verschwimmt jedoch zusehends. Bei der Prüfung einer Unterlassung lässt sich die Zweiteilung schon praktisch nicht durchhalten. Es kann dabei die Kausalität nur auf ein konkret gebotenes Tun bezogen geprüft werden. Daher steht bereits auf der Ebene der Kausalität die Auswirkung der Pflichtwidrigkeit zur Diskussion.²⁷ Die Kausalität der Unterlassung ist damit von normativen Wertungen getragen und nicht ausschließlich auf die Ermittlung einer deterministischen Kausalitätskette gerichtet.

C. Gemeinsamkeiten der Fälle der hypothetischen Kausalität

Die Kausalitätsprüfung der Unterlassung und die Lehre vom rechtmäßigen Alternativverhalten bauen auf einem rein fiktiven Verhalten des Schädigers auf. Die Hypothese, die gebildet wird, ist allgemein und offen gehalten. Schließlich soll damit eine Lösung für eine Vielzahl von Standardproblemen gefunden werden. Die überholende Kausalität setzt hingegen eine Sonderkonstellation voraus, in der eine Reserveursache real eintritt und den bereits zuvor entstandenen Schaden an sich auch verursacht hätte.²⁸ Allein aufgrund eines zeitlichen Unterschiedes verwirklicht sich die erste und nicht die hypothetische Ursache. Eine Reserveursache muss es hingegen beim rechtmäßigen Alternativverhalten und bei der Prüfung der Unterlassung nicht notwendigerweise geben. Aufgrund der weit gefassten Hypothese ist dies aber nicht ausgeschlossen. Zu denken wäre an Fälle, in denen das hinzugedachte Tun ein Verhalten eines Dritten zum Inhalt haben soll oder zu einer Reaktion eines Dritten führt.

Die Problemstellungen der Kausalität bei der Unterlassung, dem rechtmäßigen Alternativverhalten und der überholenden Kausalität sind damit bestimmt nicht völlig deckungsgleich. Im Kern geht es für alle drei Kategorien jedoch darum, ob sich der reale Verursacher durch ein Verhalten, das nie stattgefunden hat oder den Schaden in seiner konkreten Form nicht verursachen konnte, entschuldigen kann und folglich aus der Haftung entlassen wird.²⁹ Die Frage nach der Entlastungswirkung

²⁵ RIS-Justiz RS0111706; *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) 7/2; zur pflichtbezogenen Kausalitätslehre, die Kausalität und Rechtswidrigkeit auch bei einem Tun verknüpfen will, siehe statt vieler: *Hanau*, Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit (1971); *von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadenersatzrecht 31 ff; *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit 107 ff; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015) 693 ff.

²⁶ Statt vieler zu den Vorzügen der Kausalitätsprüfung, die sich auf die Ursächlichkeit des *realen* Verhaltens bezieht: *Kozioł*, HPR I³ Rz 8/60; 3/10; zu einer Kausalität der Pflichtwidrigkeit in Österreich siehe *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1295 Rz 1.

²⁷ *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992) 391 ff; *Rebhahn*, Staatshaftung 643; *Spindler*, AcP 208 (2008) 283 ff legt dar, dass Kausalität als Wertung zu verstehen ist und daher stets ein Zusammenhang zur Pflichtwidrigkeit bestehe; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1295 Rz 1; *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit 108 f; *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten 693 ff merkt an, dass bei der Unterlassung die Kausalität schlicht exakter als bei aktivem Tun geprüft werde.

²⁸ *Kozioł*, HPR I³ Rz 8/62, 3/58, FN 174; *Kleewein*, Hypothetische Kausalität 177 f; OGH 28.2.2018, 6 Ob 234/17.

²⁹ Vgl *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts 5/125 f; 7/29 f, der auf *Riss*, JBl 2004, 423 (430 ff) verweist; *Niederländer*, JZ 1959, 618; *Grunsky* in *MüKoBGB*³ § 249 Rn 87 f geht davon aus, dass es beim rechtmäßigen Alternativverhalten stets um ein Kausalitätsproblem gehe. Es sei daher generell zum Problemkreis der kumulativen und

durch hypothetische Kausalität sollte für die angesprochenen Kausalitätsfiguren deshalb nach denselben Kriterien beantwortet werden. Dieser Gleichlauf der Wertungen wird zwischen überholender Kausalität und rechtmäßigem Alternativverhalten von der überwiegenden Ansicht anerkannt.³⁰ In Anbetracht der engen Verknüpfung von rechtmäßigem Alternativverhalten und Kausalität der Unterlassung³¹ liegt es nahe, auch diese Konstellationen unter denselben Wertungsaspekten zu lösen. Selbstredend darf dabei der Blick auf die gezeigten Differenzen, den Zweck der übertretenen Norm und das Kausalitätskonzept der *Conditio sine qua non* Formel nicht durch das Streben nach Wertungseinheit abschweifen.³²

IV. Lösungen des Problems der hypothetischen Kausalität

A. Überholende Kausalität

1. Problemaufriss

Die Reichweite der eingangs beschriebenen Entlastungswirkung ist zwar bei der überholenden Kausalität heftig umstritten, anders als die Kausalitätsprüfung der Unterlassung, stand jedoch die überholende Kausalität für Jahre im Zentrum der wissenschaftlichen Diskussion.³³ Aufgrund der intensiven Beschäftigung der Lehre und Rechtsprechung mit diesem Kausalitätsproblem eignet sie sich als Referenzmodell. Die angesprochenen Grundwertungen, die auch für die Kausalitätsprüfung bei der Unterlassung strukturbildend sind, können hier gut kenntlich gemacht werden.

Bei der überholenden Kausalität führt ein Ereignis den Schaden real herbei, den später ein anderes Ereignis ebenfalls verursacht hätte.³⁴ Der Schaden wäre demnach ohnehin eingetreten, weil eine hypothetische Ursache zum Tragen gekommen wäre.³⁵ Der Unterschied zwischen der überholenden und der, mit ihr oft verglichenen, kumulativen Kausalität besteht allein im Zeitpunkt.³⁶ Während bei der kumulativen Kausalität beide Ereignisse den Schaden im selben Zeitpunkt herbeigeführt haben, löst bei der überholenden Kausalität das erste Ereignis den Schaden aus, das zweite Ereignis hätte aber später denselben Schaden verursacht, wenn das erste nicht zuvorgekommen

überholenden Kausalität zu zählen; *Geroldinger*, Der mutwillige Rechtsstreit 111 betont eine enge Verwandtschaft, befürwortet aber dennoch eine Trennung.

³⁰ *Koziol*, HPR I³Rz 8/69; *ders*, Grundfragen des Schadenersatzrechts 5/125 f, 7/29 f; *ders*, Rechtmäßiges Alternativverhalten – Auflockerung starrer Lösungsansätze, in FS Deutsch (1999) 179. *Koziol* geht daher konsequenterweise für den Bereich des rechtmäßigen Alternativverhaltens von einer Schadensteilung aus; vgl auch *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 391 f; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 221 ff; *Riss*, JBl 2004, 423 (430 ff); *Niederländer*, JZ 1959, 618; siehe aber *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14a, der die Unterschiede zwischen rechtmäßigem Alternativverhalten und überholender Kausalität betont.

³¹ Dazu *Koziol* in FS Deutsch 179 (181); *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 392 f.

³² Vgl nur *Deutsch*, Haftungsrecht/I 125 ff.

³³ Siehe bereits den Überblick bei *Deutsch*, Haftungsrecht/I 168.

³⁴ *Karner* in KBB⁵ §1302 Rz 9.

³⁵ Vielfach wird aufgezeigt, dass in Wahrheit zwei hypothetische Ursachen bestehen. So etwa *Schobel*, JBl 2002, 771, insbesondere FN 9: konkret zu OGH 22.3.2001, 4 Ob 47/01t: Es lägen zwei hypothetische Ursachen vor, die jeweils den Schaden verursacht hätten, wenn es an der anderen Ursache gefehlt hätte; *Apathy* in FS *Koziol* 515; aA *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 77 ff die, im Einklang mit der wohl hA in Deutschland, einen realen Schadensbegriff vertritt.

³⁶ *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 68; diesen Umstand erklärend *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14. Er geht davon aus, dass schon der Standpunkt, dass ein bloßer Zeitunterschied eine Differenzierung der Haftung bei kumulativer und hypothetischer Kausalität nicht rechtfertigen könne, zu einer „schablonenhaften Betrachtung“ führe.

wäre.³⁷ Selbst eine minimale zeitliche Abweichung führt allerdings – nach einer weitverbreiteten Ansicht – zu einer anderen Lösung des Kausalitätsproblems: Anders als bei der kumulativen Kausalität, soll es durch die überholende Kausalität nicht zu einer solidarischen Haftung beider Schädiger kommen. Reale Kausalität geht demnach der hypothetischen Verursachung vor.³⁸ Haften soll derjenige, der den Schaden wirklich herbeigeführt hat. Spätere hypothetische Ereignisse sind auch in den Augen der Rechtsprechung dem Grundsatz nach unbeachtlich.³⁹ Der hypothetische Schädiger haftet nicht, weil er den Schaden nicht verursacht haben kann.⁴⁰

Das Prinzip der Irrelevanz von hypothetischen Ereignissen wird dessen ungeachtet bei einer sehr bedeutenden Gruppe, den sogenannten Anlageschäden, durchbrochen.⁴¹ Derselbe Schaden wäre hier ohnehin aufgrund einer Veranlagung – beispielsweise einer Vorerkrankung des Geschädigten – zeitlich versetzt eingetreten. Das beeinträchtigte Rechtsgut trug demnach den Schadenskeim bereits in sich, der später zur Zerstörung oder Beschädigung geführt hätte. Dies soll dem Schädiger zugutekommen.⁴² Er hat nur den durch die Vorverlagerung des Schadenseintritts entstehenden Nachteil zu ersetzen.⁴³

Die hypothetische Ursache gewinnt somit in einer Vielzahl von Fällen an Relevanz. Dabei verschwimmt die Grenze zur überholenden Kausalität – bei der die Reserveursache grundsätzlich unbeachtlich sein soll – zusehends. Dies und die aufgezeigte Nähe zur kumulativen Kausalität haben zu differenzierteren Perspektiven auf die überholende Kausalität in der Literatur geführt.⁴⁴

2. Schadensberechnung

Die vorherrschende Lehre in Österreich löst das Problem der überholenden Kausalität auf der Basis der zwei Schadensbegriffe⁴⁵, die dem ABGB zugrunde liegen.⁴⁶ Bei objektiv-abstrakter Schadensberechnung stellt die überholende Kausalität gar kein Problem dar. Relevant ist dabei allein

³⁷ *KozioI*, HPR I³Rz 3/58; *Karner* in KBB⁵ §1302 Rz 9.

³⁸ Statt vieler *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14.

³⁹ RIS-Justiz RS0022653: „Der Umstand, dass ein Schade mehr oder weniger wahrscheinlich auch ohne die schadenbringende Handlung eingetreten wäre, und selbst der Umstand, dass der Beschädigte durch seine Tat den Beschädigten vielleicht vor einem nicht mit seiner Tat im Zusammenhang stehenden Schaden bewahrt hat, vermag die Schadenersatzpflicht des Beschädigten nicht aufzuheben.“; RIS-Justiz RS0022634; vgl aus der Lehre statt vieler *Ehrenzweig*, System II/2, 4; *Wolf* in *Klang* VI² 10; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14 ff; *Niederländer* AcP 153 (1954), 41 (50); dagegen *Kleewein*, Hypothetische Kausalität 87 ff; kritisch jüngst *Trenker*, ÖJZ 2013, 2 Fn 31; *Apathy* in FS *KozioI* 515 ff weist darauf hin, dass der Standpunkt des OGH keineswegs immer so eindeutig und dezidiert wäre, wie gemeinhin angenommen wird. In diesem Zusammenhang zeigt er auf, dass die reale Kausalität in Wahrheit auch nur eine hypothetische Kausalität sei. Auch nach *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1302 Rz 57 sei der Standpunkt des OGH keineswegs so klar.

⁴⁰ Sehr klar formuliert diesen Grundgedanken *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 527: „Es ist m.E. nicht darum herumzukommen, daß im Falle nur hypothetischer Kausalität der für das hypothetische Ereignis Verantwortliche den schon vorher eingetretenen Schaden eben nicht wirklich verursacht hat.“; siehe dazu aus österreichischer Perspektive *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14 ff.

⁴¹ RIS-Justiz RS0022678; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1302 Rz 57 wirft bereits Zweifel daran auf, dass der OGH konsequent nur von einer Haftung des realen Schädigers ausgeht; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1302 Rz 15.

⁴² *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 128.

⁴³ *F. Bydliński*, Probleme der Schadensverursachung 99 f; *Karner* in KBB⁵ § 1302 Rz 10.

⁴⁴ Vgl schon *F. Bydliński*, JBl 1967, 130 (136) zur Rsp in Deutschland siehe *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 128 ff; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 391 f.

⁴⁵ Siehe zur Problemstellung und zum Meinungsstand bei der Schadensberechnung: *Kodek*, Abstrakte Schadensberechnung – Neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung, in FS *Danzl* (2017) 116 (117 ff).

⁴⁶ Grundlegend *F. Bydliński*, Probleme der Schadensverursachung 28 ff; *KozioI*, HPR I³Rz 3/67ff; aA *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14 mit der Begründung, dass die abstrakte Schadensberechnung kein Prinzip unserer

der Zeitpunkt der Schädigung. Zur Haftung gezogen wird, im Ergebnis im Einklang mit der Rechtsprechung, der reale Schädiger. Spätere Veränderungen werden mit Verweis auf den Rechtsfortwirkungsgedanken unerheblich.⁴⁷

Sollte es zur subjektiv-konkreten Schadensberechnung, die den Wert im Vermögen des Geschädigten im Blick hat, kommen, so haften beide Schädiger solidarisch. *F. Bydliński* unterstreicht, dass nur die Ursache hypothetisch sein dürfe. Es müsse in jedem Fall noch real rechtswidrig und schuldhaft gehandelt werden können. Das scheidet offensichtlich dann aus, wenn das Rechtsgut zum Zeitpunkt der Verwirklichung des zweiten Handlungsstranges bereits vollständig zerstört wurde.⁴⁸

Dieses Ergebnis wird von *Kozioł*/dahingehend weiterentwickelt, als es auch bei objektiv-abstrakter Schadensberechnung zu einer Solidarhaftung des realen und des hypothetischen Schädigers kommen solle, wenn der hypothetische Schädiger bereits rechtswidrig, schuldhaft und konkret gefährlich gehandelt habe. Es sei nicht hinzunehmen, dass allein ein minimaler zeitlicher Unterschied zu einem Umschwung von der solidarischen Haftung bei kumulativer Kausalität zur alleinigen Haftung des realen Schädigers bei der überholenden Kausalität führen könnte. Zudem sei die zerstörte Sache schon im Zeitpunkt der Zerstörung durch die hypothetische Ursache konkret gefährdet.⁴⁹

3. Abwägung der Umstände – die deutschen Lehren

Der Grundsatz der Irrelevanz von Reserveursachen, mit der Ausnahme der Anlageschäden, findet sich auch in der Judikatur des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes in Deutschland wieder.⁵⁰ Von großen Teilen der deutschen Lehre⁵¹ und vermehrt aufkommenden Stimmen in Österreich⁵² wird die Möglichkeit einer einheitlichen Lösung des Problems der überholenden Kausalität mittlerweile verneint. Nicht zuletzt wird bezweifelt, dass die Lösung auf rein begrifflicher Ebene, über die Verwendung eines Schadensbegriffes gefunden werden könne.⁵³ Aufgrund der großen

Rechtsordnung sei; *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 23 f mit weiteren Nachweisen; *ders* in FS Danzl 116 (119) zweifelt daran, dass sich das Problem der überholenden Kausalität durch einen Begriff lösen lasse; auch dahingehend wohl *E. Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar 4(2016) vor § 1293 Rz 23; *Harrer* in *Schwimann*, Praxiskommentar ABGB³ (2006) Vor § 1293 Rz 23.

⁴⁷ *F. Bydliński*, Probleme der Schadensverursachung 26 ff; *ders*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 192; *Kozioł*, HPR I³Rz 3/167 ff; *Apathy* in FS Kozioł 526 ff; *Karner* in KBB⁵ § 1302 Rz 9; dahingehend auch *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 527; kritisch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1302 Rz 14; *Kodek* in FS Danzl 116 (119).

⁴⁸ *F. Bydliński*, Probleme der Schadensverursachung 74 f; daran anschließend *Schobel*, JBl 2002, 771 (775); *Riss*, JBl 2004, 423 (425).

⁴⁹ *Kozioł*, HPR I³ Rz 3/71; *ders*, RdW 2007, 12; zustimmend *Karner* in KBB⁵ § 1302 Rz 9; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1302 Rz 57; aA *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1302 Rz 14 ff; vgl OGH 15.5.2008, 7 Ob 238/07m.

⁵⁰ Zum Beispiel BGHZ 29, 207 (215) = NJW 1959, 1131: Es ging in der oft zitierten Entscheidung um Wohnhäuser, die in den Jahren 1938 und 1939 im Zuge der Neugestaltung der Reichshauptstraße in Berlin rechtswidrig abgerissen wurden. Der BGH hielt den Einwand der Beklagten, dass die Häuser ohnehin später infolge der Kriegereignisse zerstört worden wären, für nicht entlastend; dazu *Deutsch*, Haftungsrecht I/1 168 f; kritisch zur Begründung des BGH *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 129 f; siehe auch *Niederländer* AcP 153 (1954), 41 ff (51); *Grunsky*, Hypothetische Kausalität und Vorteilsausgleich, in FS Hermann Lange (1992) 469.

⁵¹ *von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität im Schadenersatzrecht 1; *Grunsky* in FS Lange 469; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 81 ff; zum Meinungsstand vgl *Oetker* in MüKo/BGB⁷ § 249 BGB Rn 209 ff. *Oetker* selbst geht von einer grundsätzlichen Beachtlichkeit der hypothetischen Ursache aus.

⁵² *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 23 f; *ders* in FS Danzl 116 (119 und 127): abgeschwächt wohl dahingehend *Apathy* in FS Kozioł 515 (528).

⁵³ So *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 23 f; *ders* in FS Danzl 116 (119 und 127): Es handele sich bei der abstrakten Schadensberechnung nicht um ein unverrückbares Dogma oder gar Allheilmittel für komplexe Probleme des Schadenersatzrechts; aA *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts 192.

Fallgruppe der Anlageschäden, sei es zudem nicht stimmig von einem Grundsatz der Irrelevanz der hypothetischen Ursache auszugehen. Die Frage nach der Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit einer Reserveursache sei demzufolge eine Entscheidung im Einzelfall, die anhand von Wertungen vorzunehmen wäre.⁵⁴ Wenig verwunderlich bleibt es in der Folge umstritten, anhand welcher Kriterien im Detail zu differenzieren sei, ob gehaftet werde oder nicht und worin besagte Wertungen bestünden.⁵⁵ Ausschlaggebend soll der Zweck der übertretenen Norm, aber auch die Wahrscheinlichkeit, mit der sich die hypothetische Ursache verwirklicht hätte, der Unwertgehalt der Reserveursache, oder auch die zeitliche Abfolge sein.⁵⁶

Gewiss unbeachtlich ist nach beinahe einhelliger Lehre und Rechtsprechung in Deutschland die Reserveursache, wenn sie zur Verantwortlichkeit eines Dritten geführt hätte.⁵⁷ So wird ein Vandale, der ein Bild in einem Museum zerstört, nicht deswegen von seiner Haftung befreit, weil das Museum und damit auch das Bild wenige Tage später einem Brandstifter zum Opfer gefallen wären.⁵⁸ Der hypothetische Schädiger (Brandstifter) kann in dieser Konstellation gar nicht für den Schaden am Bild haften, weil er ihn nicht mehr verursachen konnte. Das Bild wurde bereits zuvor zerstört.⁵⁹ Berücksichtigte man daher die Reserveursache, ginge der Geschädigte (Eigentümer des Bildes) leer aus. Entlastet würde hingegen der haftpflichtige reale Schädiger (Vandale).⁶⁰ Es wird argumentiert, dass der Schaden hier eigentlich in der Vereitelung eines Schadensersatzanspruches gegen den hypothetischen Schädiger liege. Der wirkliche Schädiger haftet demnach für den Verlust des hypothetischen Anspruches gegen den Dritten.⁶¹ Ist der hypothetische Schädiger insolvent und könnte den Schaden ohnehin nicht ersetzen, so soll sich der erste Schädiger nicht auf die Undurchsetzbarkeit des hypothetischen Anspruchs berufen können.⁶²

Zum einen wird damit ein Unterschied zwischen der deutschen hL und den Lehren von *F. Bydlinski* und *Kozioł* augenscheinlich.⁶³ Zu einer solidarischen Haftung des hypothetischen mit dem realen Schädiger soll es nach der hL in Deutschland dem Grundsatz nach nicht kommen.⁶⁴ Die Reserveursache wird, wenn ein mit dem Erstschaaden deckungsgleicher Zweitschaaden eintreten würde, ausgeblendet und es haftet der reale Schädiger alleine. Das führt in der Folge zu einer weitgehenden

⁵⁴ Statt vieler *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 130; *Schiemann* in *Staudingers* Kommentar zum BGB VIII (2005) § 249 Rn 94; zur deutschen hL mit zahlreichen Nachweisen *Oetker* in *MüKo/BGB*⁷ § 249 BGB Rn 209 ff; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1293 Rz 23 f; *Trenker*, ÖJZ 2013, 2 (FN 31).

⁵⁵ So *Oetker* in *MüKo/BGB*⁷ § 249 BGB Rn 209.

⁵⁶ Vgl. *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 130.

⁵⁷ Statt vieler von *Caemmerer*, Überholende Kausalität 21 f; *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung (2004) 26; *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 526 f; *Oetker* in *MüKo/BGB*⁷ § 249 BGB Rn 214 f; siehe auch BGH in NJW 1958, 705: „Eine hypothetische Schadensursache kann nicht zugunsten des Schädigers berücksichtigt werden, wenn sie in der schädigenden Handlung eines Dritten besteht und der Geschädigte bei Wirksamwerden dieser Ursache von dem Dritten Schadensersatz beanspruchen könnte“; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1302 Rz 14 und 15 kann eine dahingehende Tendenz des OGH in SZ 39/172 aufzeigen; differenziert etwa *Deutsch*, Haftungsrecht/I 170 f.

⁵⁸ Vgl. *Niederländer* AcP 153 (1954), 41 (53 ff).

⁵⁹ Siehe nur *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 527 FN 12.

⁶⁰ Dazu statt vieler *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 106 FN 208; zu den Gründen für die unvollständige Entlastungswirkung: *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 386 ff.

⁶¹ Vgl. kritisch *Niederländer*, AcP 153 (1954), 41 (54); *Oetker* in *MüKo/BGB*⁷ § 249 BGB Rn 214 ff.

⁶² *Oetker* in *MüKo/BGB*⁷ § 249 BGB, Rn 214.

⁶³ *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 94 ff würde uU auch nach deutschem Recht beide Schädiger gemäß § 830 Abs 1 BGB solidarisch haften lassen, wenn die weiteren Voraussetzungen vorlägen.

⁶⁴ Übersicht zum Meinungsstand bei *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 390 ff: Es handle sich um die „praktisch einhellige Auffassung“; siehe auch *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung 26 f. Auf den Umstand explizit hinweisend, dass darin ein Unterschied zu der von *F. Bydlinski* vertretenen Auffassung zu begreifen ist: *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 527 FN 12; *Wendehorst*, Ausgleich und Anspruch 127 FN 293.

Einschränkung der Entlastungswirkung von hypothetischen Ursachen nach deutschem Recht. Sie werden nur in Ausnahmen berücksichtigt.⁶⁵ Zum anderen wird damit auch klarer, dass der Grundsatz der Irrelevanz der hypothetischen Ursache des OGH und die deutsche hL im Ergebnis in vielen Konstellationen gar nicht so weit auseinander liegen dürften.⁶⁶ Einigkeit besteht nach allen Lösungsansätzen zum Problem der überholenden Kausalität in Deutschland und Österreich darin, dass es nicht zu einer völligen Entlastung des realen Schädigers durch den hypothetischen Täter kommen kann. Umstritten bleibt, ob die Haftung stets auf den realen Schädiger reduziert werden soll.⁶⁷

B. Kausalität der Unterlassung

Eine Unterlassung ist für den Schaden dann kausal, wenn die Vornahme einer aktiven Handlung das Eintreten des Erfolges verhindert hätte.⁶⁸ Für die Prüfung der Kausalität wird daher der hypothetische Kausalverlauf hinzugedacht.⁶⁹ Anders als bei der Kausalitätsprüfung einer aktiven Handlung wird ein Ereignis nicht gedanklich eliminiert, sondern substituiert.⁷⁰ Die hinzugedachte Handlung ist allerdings real nie eingetreten, sondern eine reine Erfindung und Hilfsüberlegung.⁷¹

1. Die Wahrscheinlichkeit und der Inhalt der Hypothese

Schwierigkeiten ergeben sich zunächst auf Beweisebene. Die Konsequenzen des gebotenen, aber nicht gesetzten Verhaltens des Schädigers, lassen sich nur selten mit Sicherheit nachweisen.⁷² Die Rechtsprechung lässt es daher genügen, dass der Schaden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch bei pflichtgemäßem Handeln eingetreten wäre.⁷³ Abgestellt wird auf den gewöhnlichen Lauf der Dinge. Die Voraussetzungen für den Beweis der Kausalität liegen demgemäß unter dem Regelbeweismaß der ZPO, wonach für eine Feststellung eine hohe Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden muss.⁷⁴

Werden – wie in der zum Ausgangspunkt genommenen Entscheidung des OGH⁷⁵ – Folgereaktionen auf das hinzugedachte pflichtgemäße Verhalten des Schädigers berücksichtigt, so stellt sich anschließend die Frage, ob man die Folgeannahmen anhand objektiverer oder der konkreten Gegebenheit betrachtet. Hätte man sich *in concreto* folglich fragen müssen, wie die Vertrauensärztin der Schädigerin oder wie eine maßgerechte Ärztin die Fahrtauglichkeit eingeschätzt hätte? Überzeugend wird vertreten, dass das Verhalten einer vernünftigen Maßfigur wohl nur Indizwirkung

⁶⁵ Vgl. *Kozioł*, HPR I³Rz 3/65 f, der sich kritisch mit den deutschen Lehrmeinungen auseinandersetzt.

⁶⁶ Dahingehend bereits *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14 und 15, der darauf hinweist, dass die Haftung eines hypothetischen Dritten, der für das Ereignis einzustehen gehabt hätte, den realen Schädiger wohl auch in Österreich, nach einer Tendenz des OGH, nicht entlasten würde. Er verweist auf SZ 39/172 = EvBl 1967/155.

⁶⁷ Darauf hinweisend *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1302 Rz 52.

⁶⁸ Siehe nur *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 5.

⁶⁹ *Kozioł*, HPR I³Rz 3/14.

⁷⁰ *Zimmermann*, Digest of European Tort Law: Essential Cases on Natural Causation (2007) Rz 3.

⁷¹ *Kozioł*, RdW 2007, 12.

⁷² *P. Bydlinski*, ÖBA 2012, 797 (auch FN 59); *ders.*, ÖBA 2008, 159 (167); vor allem bei der Anlageberaterhaftung ist es strittig, wer den schwer zu erbringenden Nachweis der er hypothetischen Alternativanlage zu erbringen hat; vgl auch *Rebhahn*, Staatshaftung 653 ff; OGH 29.11.2017, 8 Ob 2/17

⁷³ OGH 28.2.2012, 4 Ob 145/11v = EvBl 2012/95 (*Rassl*); 29.11.2017, 1 Ob 112/17b = EvBl 2018/79 (*S. Gruber*).

⁷⁴ Mit weiteren Nachweisen siehe: *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³, vor § 266 ZPO (2017) Rz 11, 13 und 15.

⁷⁵ OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v = EvBl 2017/155 (*Zoppel*).

haben kann. Es sollte versucht werden, den Sachverhalt, nachdem das pflichtgemäße Verhalten eines durchschnittlichen Schädigers hinzugedacht wurde⁷⁶, realistisch weiterzudenken.⁷⁷

2. Die Reichweite der Entlastungswirkung in der Rechtsprechung

In der eingangs angesprochenen Entscheidung des 2. Senats des OGH hatte sich eine an *Parkinson* leidende PKW-Lenkerin über die Wirkung der ärztlich verschriebenen Medikamente auf ihre Fahrtauglichkeit nicht informiert.⁷⁸ Die zur Fahruntauglichkeit führende Wirkung gilt hingegen als erwiesen. Aufgrund der Intoxikation reagierte die zunächst Geschädigte, deren Mitverschulden fraglich war, im Anschluss an einen minderdramatischen Verkehrsunfall falsch. Sie verwechselte das Gaspedal mit der Bremse und konnte auch die Spur nicht mehr halten. Die für den Unfall in weiterer Folge kausale verminderte Reaktionsfähigkeit könne ein Laie jedoch in der Regel nur nach entsprechender ärztlicher Aufklärung einschätzen. Der PKW-Lenkerin wurde daher nicht die Teilnahme am Straßenverkehr in fahruntüchtigem Zustand vorgeworfen, sondern die Unterlassung der gebotenen Erkundigung hinsichtlich der Wirkung der zahlreichen eingenommenen Medikamente. Ein sorgfältiger Verkehrsteilnehmer sei zumindest dazu verpflichtet, einen Arzt zu konsultieren oder den Beipackzettel zu lesen, um die Wirkung eines Medikaments auf die Fahrtauglichkeit abzuklären.⁷⁹ Da es konkret um die Frage nach dem Mitverschulden der Lenkerin ging, prüfte der OGH, ob das sorglose Verhalten kausal war.⁸⁰ Die Kausalitätsprüfung besteht nun darin, zu erwägen, wie sich die Dinge gewöhnlich entwickelt hätten, wenn man sich an das vorgesehene Pflichtenprogramm gehalten hätte. Nach den oben dargestellten Grundsätzen ist das pflichtgemäße Verhalten hinzuzudenken. Es geht dabei nicht um die Frage, wie sich die Situation anschließend abstrakt weiter entwickelt hätte, sondern – soweit das eben möglich ist – um den konkreten Fall.⁸¹ Hier kommt es gerade wegen dieser subjektiven Elemente zu einer Überraschung, die zur Reichweite der Entlastungswirkung von hypothetischen Ereignissen überleitet. Der OGH kam zur Überzeugung, dass, wenn die Vertrauensärztin der Lenkerin nach der Wirkung der Medikation gefragt worden wäre, sich der Kausalverlauf nicht verändert hätte. Es wäre zwar davon auszugehen, dass sich eine Patientin an den Rat der behandelnden Ärztin gehalten hätte. Ebenso klar war, dass ein sorgfältiger Arzt auf die Fahruntauglichkeit hingewiesen hätte.⁸² Die konkrete Vertrauensärztin hätte allerdings – wie sich den Feststellungen entnehmen lässt – sorgfaltswidrig ihrer Patientin „bedenkenlos“ Fahrtauglichkeit attestiert. Die Unterlassung der Erkundigungspflicht wäre somit schon gar keine Bedingung für den eingetretenen Schaden gewesen. Das hinzugedachte, rein fiktive Verhalten einer Dritten – als Reaktion auf das ebenso fiktive Handeln der Schädigerin – würde im Ergebnis zu einer Entlassung aus der Haftung führen. Die Missachtung der Pflichten eines PKW Lenkers aus

⁷⁶ Vgl. A. Reich-Rohrwig, Aufklärungspflichten 696.

⁷⁷ Vgl. zu Anlegerschäden *Kodek*, ÖBA 2012, 11; *Oberhammer*, Zu den Voraussetzungen der Prospekthaftung nach allgemeinem Zivilrecht, ÖBA 1998, 477.

⁷⁸ OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v = EvBl 2017/155 (*Zoppel*).

⁷⁹ *Gaisbauer*, Medikamentenbedingte Fahruntüchtigkeit, ZVR 1999, 38; *Kletečka-Pulker/Doppler*, Autounfall einer Parkinsonpatientin unter starkem Medikamenteneinfluss, JMG 2017, 187.

⁸⁰ Siehe dazu OGH 22.10.1992, 1 Ob 35/92 = JBl 1993, 389 (*Dullinger*); vgl. *Harrer/Wagner* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ Vor § 1304 Rz 22.

⁸¹ Vgl. *Kodek*, ÖBA 2012, 11; *Oberhammer*, ÖBA 1998, 477; *Canaris*, Die Vermutung „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ und ihre Grundlagen in FS Hadding (2004) 3; *Rebhahn*, Staatshaftung 643 ff.

⁸² Konkret zu den ärztlichen Pflichten im Zusammenhang mit OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v; *Kletečka-Pulker/Doppler*, JMG 2017, 187.

§ 56 StVO blieben hingegen sanktionslos. Zu einer potentiellen Haftung der Ärztin bedurfte es keiner weiteren Erwägungen, da es keine reale Handlung gab, die man hätte beurteilen können.

C. Zwischenergebnis

Die beschriebenen Konstellationen der hypothetischen Kausalität stehen dem Grunde nach vor einem verwandten Problem. Um keine Wertungswidersprüche zu schaffen, sollten sich Lösungsvorschläge daher entlang derselben Linien orientieren, ohne aber die bestehenden Unterschiede zu ignorieren.⁸³

Die überholende Kausalität knüpft an einen spezifischen Ablauf an, wohingegen die Kausalität der Unterlassung einen Standardfall lösen muss. Zudem unterscheidet sich die Qualität der getroffenen Annahmen. Bei der überholenden Kausalität steht die Relevanz eines realen Verhaltens eines Dritten zur Diskussion. Damit stellt sich notwendigerweise die Frage nach dem Umgang mit der Handlung des Dritten in der Kausalitätsprüfung. Umstritten ist allenfalls, ob es zu einer solidarischen Haftung zwischen dem realen Schädiger und einem konkret gefährlich handelnden hypothetischen Dritten kommen soll. Zur völligen Entlastung des ersten Schädigers durch den hypothetischen Schädiger soll es hingegen nicht kommen.⁸⁴

Eine weiter gefasste Hypothese muss bei der Kausalitätsprüfung der Unterlassung gebildet werden. Es wird gefragt, ob der Schaden bei fiktiver Einhaltung des gebotenen Pflichtenprogrammes ausgeblieben wäre. Kann dies verneint werden, entfällt die Haftung des Schädigers. Aus der Perspektive des Geschädigten macht dieser Umstand jedoch einen entscheidenden Unterschied im Vergleich zu Fällen der überholenden Kausalität. Bei der überholenden Kausalität wird diskutiert, ob ein weiterer Haftpflichtiger dazu kommen soll, während es bei der Prüfung der Kausalität der Unterlassung um den gänzlichen Entfall der Haftung geht. Die Reichweite der hinzugedachten Handlungsstränge ist bei der Kausalitätsprüfung einer Unterlassung, das zeigt der Blick auf die Rechtsprechung⁸⁵, nichtsdestotrotz kaum eingeschränkt. Selbst das hypothetische Verhalten eines Dritten als Reaktion auf das ebenso erdachte Verhalten des Schädigers kann zur Haftungsbefreiung des realen Schädigers führen.

V. Entlastungswirkung durch die hypothetische Verantwortung eines Dritten

Um einer Ausuferung der Entlastungswirkung bei der Kausalität der Unterlassung entgegenzuwirken, wird zunächst ein Vorschlag zur Einschränkung der Prüfungshypothese gemacht. Anschließend soll eine Wertungsharmonie zum verwandten Problem der überholenden Kausalität hergestellt werden. Letztlich wird das Ergebnis aus rechtsvergleichender Perspektive abgesichert.

⁸³ Zur „Parallelität“ der Wertungen siehe III.C; dazu grundlegend *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts 5/125 ff; 7/29 ff; *ders* in FS Deutsch 179; *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 221 ff; *Riss*, JBl 2004, 430 ff; *Niederländer*, JZ 1959, 618; kritisch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ §1302 Rz 14a.

⁸⁴ Vgl statt vieler *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 221 ff.

⁸⁵ OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v = EvBl 2017/155 (*Zoppel*).

A. Einschränkung der Hypothese

Bei der Kausalitätsprüfung einer Unterlassung wird die Relevanz eines hypothetischen Kausalverlaufs notwendigerweise anerkannt. Die Hypothese ist aber – wie gezeigt wurde – nicht nur von anderer Qualität,⁸⁶ sondern auch dem Grunde nach allgemeiner formuliert, als bei der überholenden Kausalität. Schließlich soll ein Standardfall gelöst werden. Bei der überholenden Kausalität geht es hingegen um eine sachverhaltsbedingte Sonderkonstellation. Dabei steht immer das reale Verhalten eines Dritten und dessen Auswirkung auf die Verantwortlichkeit des Schädigers im Zentrum. Die Hypothese – der angenommene oder zweite Schädiger hätte den Schaden ohnehin auch verursacht – steht dabei bereits fest. Die Hilfsüberlegung, derer man sich bei der Kausalitätsprüfung einer Unterlassung bedient, kann indes variieren. Zwar sind die gebotenen Verhaltensvarianten, die hinzuzudenken wären, nicht unbeschränkt, hält man jedoch alle Reaktionen auf das pflichtgemäße hypothetische Verhalten des Schädigers für wesentlich, gelangt man ohne große Phantasie zu ausufernden Kausalitätsketten.⁸⁷ Diese müssten folglich wohl auch zu einer Entlastung führen. Die allgemein gehaltene Hypothese kann damit mE nur dann sachgerecht eingesetzt werden, wenn sie eine Einschränkung erfährt.⁸⁸ Diese Einschränkung fällt jedoch alles andere als leicht. *Schulin* hält zu Recht die Grenzziehungen zwischen Relevanz und Irrelevanz von erdachten Sachverhaltselementen für die schwierigste Frage bei der Kausalitätsprüfung einer Unterlassung.⁸⁹ Dabei muss schon aufgrund der Verschränkung von rechtmäßigem Alternativverhalten und Kausalität bei der Unterlassung der Normzweck stets das Leitmotiv bilden. Die Kausalität einer Unterlassung ist eben nicht bloß rein naturwissenschaftlich-logisch zu prüfen, sondern stellt eine normative Kategorie dar und ist damit von Wertungen mitgetragen.⁹⁰ Bei der Einschränkung der Hypothese kann der allgemeine Zweck des Schadensersatzrechts, Verhalten zur Schadensvermeidung zu

⁸⁶ In diese Richtung gehend jüngst zum rechtmäßigen Alternativverhalten OGH 28.2.2018, 6 Ob 234/17f.

⁸⁷ Vgl. *Canaris* in FS Hadding 3 (13): Zur Lehre vom „Erfolg in seiner konkreten Gestalt“: Es seien danach alle Umstände oder Vorgänge als ursächlich für ein bestimmtes Ereignis anzusehen, die vorliegen mussten, damit es sich so, an diesem Ort, zu dieser Zeit, in dieser Weise ereignen konnte. Nach dem Normzweck sei dann zu eruieren, welche Umstände irrelevant seien. *Canaris* entwickelt den Gedanken, dass bei einer unterlassenen Aufklärungspflicht, sich der Kausalverlauf schon dadurch verändert, weil keine freie Entscheidung mehr getroffen werde. Die Kausalität sei demnach auch dann zu bejahen, wenn der andere Teil sich trotz der Aufklärung genauso verhalten hätte, wie ohne diese.

⁸⁸ Zur Einschränkung der Prüfung der hypothetischen Kausalität *Schobel*, JBl 2002, 771 FN 9. *Schobel* setzt sich unter anderem mit dem Problem der sogenannten „intra-kasualen situativen Dependenz“ auseinander. Dabei geht es um Konstellationen, bei denen das Hinwegdenken einer hypothetischen Schadensursache dazu führt, dass eine andere Ursache in ihrer konkreten Form gar nicht mehr eintreten kann. *Schobel* spricht sich in diesem Zusammenhang für eine Einschränkung auf das direkte schadenskausale Moment aus. Wird beispielsweise eine Kuh, die bei Schlechtwettergefahr am Straßenrand steht, von einem sorglosen Lenker und einem Blitz gleichzeitig getötet, so sei nicht zu fragen, was passiert wäre, wenn der Bauer (Geschädigte) die Kuh ordnungsgemäß im Stall gehalten hätte. Um zu verhindern, dass das rechtswidrige und schuldhaftige Verhalten des Lenkers ohne Konsequenz bleibt, sei ausschließlich das unmittelbar schadensauslösende Moment als maßgebliche Ursache zu identifizieren und hinwegzudenken. Die Rahmenbedingungen (Kuh steht trotz Gewitters am Straßenrand) sollen hingegen unverändert bleiben.

⁸⁹ *Schulin*, Der natürliche – vorrechtliche – Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht 162 f.

⁹⁰ *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 8 f will die Beurteilung von hypothetischen Kausalverläufen auf einer Wertungsebene vornehmen. Es handele sich weniger um eine Frage der Kausalität und ginge mehr um ein Problem der Zurechnung. Zum rechtmäßigen Alternativverhalten im Zusammenhang mit Unterlassungen: *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts 7/23. *Kozioł* schließt den haftungsbefreienden Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei Vorsatz des Schädigers aus. Der Präventionsgedanke sei in diesen Fällen stärker; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung insbesondere 395 FN 24 lässt die Frage, welches Verhalten hinzuzudenken ist, weitgehend offen; mit einigen Einschränkungen aus strafrechtlicher Perspektive bezogen auf den sogenannten „Hadikgasse-Fall“ siehe *Burgstaller*, AnwBl 1980, 99 (102); jüngst A. *Reich-Rohrig*, Aufklärungspflichten 693 ff.

steuern, zur Orientierung dienen.⁹¹ Einheitslösungen nach einem Alles-oder-Nichts-Prinzip verbieten sich demnach.

Als Faustregel ist es zweckmäßig, die Hypothese auf das Verhalten des Schädigers und des Geschädigten zu begrenzen. Es müsste gefragt werden, ob der Schaden bei Hinzudenken des pflichtgemäßen Verhaltens trotzdem verursacht würde. Das plangemäße Verhalten des Schädigers bildet den hypothetischen Vergleichsmaßstab. Das haftungsbegründende Verhalten von hinzugedachten Dritten sollte regelmäßig keine Rolle spielen. Etwas anderes kann gelten, wenn es sich aus dem Zweck der übertretenen Norm ergibt.

Die vorgeschlagene Eingrenzung kommt nicht von ungefähr: Eine entsprechende Beschränkung wird bei der Kausalitätsprüfung von Handlungen nach der *Conditio sine qua non* Formel befürwortet. *Karollus* weist einprägsam darauf hin, dass ein Schlosser, der unberechtigt Nachschlüssel für Einbrecher anfertigt, von seiner Haftung nicht dadurch entlastet wird, weil höchstwahrscheinlich ansonsten ein erfundener anderer Schlosser dieselbe Tat begangen hätte.⁹² *Welser* führt aus, dass im Sinne der Lehre von der *conditio sine qua non* stets zu fragen sei, wie sich die Situation weiterentwickelt hätte, wenn man sich die Handlungen des Täters wegdenkt. Einzig die pflichtwidrige Handlung des Täters sei zu eliminieren. Nur danach richte sich schließlich der weitere Kausalverlauf. Jedenfalls dürfe das Verhalten des Täters nicht durch eine beliebige andere Handlung ersetzt werden.⁹³ *Koziol* betont, dass es bei der Kausalitätsprüfung einer Handlung nicht anginge, ein anderes Verhalten zu fingieren und die Rechtsfolgen nach dem fingierten Verhalten eintreten zu lassen. Nur die wirklich gesetzte Handlung dürfe weggedacht werden.⁹⁴ *Kahrs* schränkt weiter ein und möchte jedenfalls das hypothetische unerlaubte Verhalten Dritter zwingend unbeachtet lassen – auch wenn es nahe läge, dass es sich ereignen könnte.⁹⁵

Da die Trennlinie zwischen einer Schädigung durch aktives Tun oder durch Unterlassen oftmals nur mit Schwierigkeiten gezogen werden kann⁹⁶, wäre es problematisch, die beiden Verhaltens-

⁹¹ So zu pragmatisch verstandenen Kausalitätsvoraussetzungen *Wagner* in MüKo/BGB⁷ § 823 BGB, Rn 69; er verweist auf *Hart/Honoré*, Causation in Law² IXXX.

⁹² *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 393 f FN 17.

⁹³ *Welser*, Vertretung ohne Vollmacht (1970) 137; *Spendel*, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für Handlungsdelikte (1948) 34 f.

⁹⁴ *Koziol*, HPR I³Rz 3/5 FN 14; *Koziol*, RdW 2007, 12.

⁹⁵ *Kahrs*, Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht (1969) 40; in diese Richtung geht beim rechtmäßigen Alternativverhalten auch OGH 28.2.2018, 6 Ob 234/17f. Hingewiesen wird auch darauf, dass die Konstellation eine andere als bei der überholenden Kausalität sei, weil es in *concreto* auch „nur“ um das rein hypothetische Verhalten eines Dritten ginge.

⁹⁶ *Koziol* in FS Deutsch 179 (182) zeigt, dass eine einfache Abgrenzung zwischen aktivem Tun und Unterlassen bedenklich sei; *Riss*, JBl 2004, 423; *Schulin*, Der natürliche – vorrechtliche – Kausalitätsbegriff im zivilen Schadensersatzrecht 157 ist der Ansicht, dass die Unterscheidung zwischen aktivem Tun und Unterlassen keinen Einfluss auf die Prüfung der Kausalität haben dürfe. Er zeigt auch, dass der BGH im „Radfahrerfall“ (BGH in BGHSt 11, 1) sehr darauf bedacht ist, sich gar nicht festzulegen, ob eine Handlung oder eine Unterlassung geprüft werde; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung insbesondere 392 f und 402 FN 56 und *Rebhahn*, Staatshaftung 647 f zeigen Unterschiede bei der Zurechnung einer Unterlassung im Vergleich zu einem Tun auf. Diese ergeben sich mE aus der Kausalitätsprüfung selbst. Die Kausalität einer Unterlassung kann immer nur im Hinblick auf ein gebotenes Verhalten geprüft werden. Beständen – so *Karollus* – mehrere gebotene Handlungen, die man als Vergleichskriterium heranziehen könne, so müsste man alle auch miteinbeziehen. Jedoch ließen sich die daraus resultierenden Divergenzen, nach beiden Autoren, durch das Einbeziehen anderer Elemente (zB Beweismaß) weitgehend abfedern. *Rebhahn* betont, dass es wesentlich von der Haftungsnorm abhängt, welche Verhaltensweisen noch einzubeziehen seien. Umso eher eine Pflicht bestünde, einen Erfolg zu verhindern, desto mehr schade dem Beklagten auch, dass sein Unterlassen das Risiko des Schadenseintritts im Vergleich zu einem Tun erhöht habe.

möglichkeiten grundsätzlich unterschiedlich zu behandeln und heterogene Ergebnisse zu riskieren. In beiden Fällen der Kausalitätsprüfung soll letztlich allgemein ermittelt werden, ob ein bestimmter Schaden einer bestimmten Person zugerechnet werden kann.⁹⁷ Es besteht somit eine wertungsmäßige Einheit zwischen der Kausalitätsprüfung nach der *Conditio sine qua non* Formel bei einer Handlung und jener bei einer Unterlassung.⁹⁸

Die Einschränkungen, die bei der Kausalitätsprüfung einer Handlung getroffen werden, müssten folglich auch bei einer Unterlassung gelten. Nur die pflichtgemäße Handlung des Schädigers ist hinzuzudenken. Reaktionen Dritter darauf – aber jedenfalls Handlungen, die zu einer fiktiven Schadenersatzpflicht von Dritten geführt hätten – sollten keine Berücksichtigung mehr finden. Zu betonen ist erneut, dass die vorgeschlagene Einschränkung unter keinen Umständen isoliert vom Zweck der übertretenen Norm vorgenommen werden darf.⁹⁹

B. Wertungseinheit der hypothetischen Kausalität

Unabhängig davon, welcher Lösung zum Problem der überholenden Kausalität man sich letzten Endes anschließt, besteht Einigkeit darüber, dass der reale Schädiger nicht unter Berufung auf die Verantwortlichkeit eines hypothetischen Schädigers von seiner Haftung befreit wird.¹⁰⁰ Die Judikatur und ein Teil der Lehre gehen sogar von einer gänzlichen Irrelevanz von hypothetischen Ereignissen aus. Nach dieser Ansicht kann das Verhalten von hypothetischen Dritten schon grundsätzlich keine Haftungsentlastung herbeiführen.¹⁰¹ Dieser Grundgedanke ist mit der oben angeregten Einschränkung der Hypothese ohne weiteres vereinbar.

Am intensivsten berücksichtigt wird das Verhalten des hypothetischen Schädigers in den Lösungsansätzen von *F. Bydlinski* und *Kozioł* zur überholenden Kausalität und dem rechtmäßigen Alternativverhalten. Nach *F. Bydlinski* und *Kozioł* soll es, wenn das Rechtsgut nicht völlig zerstört wurde, unter engen Voraussetzungen zu einer solidarischen Haftung des realen mit dem hypothetischen Täter kommen.¹⁰² Bezieht man diese Ansicht auf die Kausalität bei der Unterlassung im Zusammenhang mit dem Verhalten fiktiver Dritter, kann es vernünftigerweise nicht zu einer solidarischen Haftung des erdachten Dritten mit dem realen Schädiger kommen. Für ein rein erdachtes Verhal-

⁹⁷ *Kozioł*, HPR I³Rz 3/14; *Larenz*, Ursächlichkeit der Unterlassung, NJW 1953, 686.

⁹⁸ *Deutsch*, Haftungsrecht/I 173 ff geht daher davon aus, dass die Unterlassung, sofern eine Pflicht zum Handeln bestanden hat, dem aktiven Tun gleichzustellen ist; vgl *Larenz*, Schuldrecht I¹⁴ 455 f; *Hart/Honoré*, Causation in Law² 26, 37 f; *Riss*, JBl 2004, 423.

⁹⁹ Es lassen sich Fälle bilden, in denen der Zweck der Norm unter Umständen dazu führen kann, dass das Verhalten von Dritten durchaus eine Rolle spielen kann: So etwa bei Ansprüchen gegen den Staat wegen mangelnder Gefahrenabwehr durch Beaufsichtigung oder Information; freilich neben den Ansprüchen gegen den unmittelbaren Schädiger. Siehe grundlegend *Rebhahn*, Staatshaftung 650 ff, der sich dafür ausspricht, dass der Staat bei präventiver Aufsicht jedenfalls einwenden könne, dass selbst bei rechtmäßigem Handeln der Behörde und des Adressaten der Schaden eingetreten wäre, weil der Adressat (der unmittelbare Schädiger) die Anweisungen nicht schnell genug umsetzen hätte können. Aber auch wenn klar ist, dass der Adressat auf die Aufsichtsmaßnahmen nicht reagiert hätte, will *Rebhahn* den entlastenden Einwand der Behörde unter Umständen zulassen. Eingeräumt wird aber zu Recht, dass diese Fragen vom Inhalt und Zweck der Aufsichtspflicht determiniert werden; aA zur Zulässigkeit des entlastenden Einwands *Apathy*, Haftungsfolgen fehlerhafter Staatsaufsicht in *Aicher*, Die Haftung für staatliche Fehlleistungen im Wirtschaftsleben Haftungsfolgen (1988) 207 (226); vgl des Weiteren zur Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens *Canaris* in FS Hadding 3.

¹⁰⁰ Vgl *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1302 Rz 52.

¹⁰¹ RIS-Justiz RS0022653; vgl etwa *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1302 Rz 14.

¹⁰² *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 74 f; *ders*, System und Prinzipien des Privatrechts 192; *Kozioł*, HPR I³Rz 3/67ff.

ten kann der Dritte – anders als ein konkret gefährlich handelnder und realer Täter bei der überholenden Kausalität – jedenfalls nicht zur Verantwortung gezogen werden. Aufgrund des weiter oben angesprochenen Gleichlaufes zwischen der Kausalität und der Prüfung des rechtmäßigen Alternativverhaltens bei einer Unterlassung ist es daher überzeugender, eine Brücke zur von *Kozioł*¹⁰³ vertretenen Ansicht zum rechtmäßigen Alternativverhalten zu schlagen. Nach *Kozioł* kann das bloß hinzugedachte rechtmäßige Alternativverhalten des Schädigers niemals zu einer völligen Befreiung des Täters führen. Stattdessen solle es zu einer Schadensteilung zwischen realem Schädiger und Geschädigten kommen.¹⁰⁴ Legt man diesen Gedanken der Frage nach der Entlastungswirkung des Verhaltens von hypothetischen Dritten bei der Kausalität einer Unterlassung zugrunde, müsste konsequenterweise der Geschädigte, der für rein hypothetische Entwicklungen einzustehen hätte, gemeinsam mit dem realen Schädiger haften. Die entlastende Fiktion einer Ursache bei der Unterlassungsprüfung wäre, wie die fiktiven entlastenden Konsequenzen eines rechtmäßigen Alternativverhaltens nach der Ansicht *Koziołs*, vom Geschädigten zu tragen.¹⁰⁵ Fraglich bleibt jedoch, mit Blick auf die vorgeschlagene Einschränkung der Hypothese, wann das Verhalten eines fiktiven Dritten bei der Unterlassungsprüfung überhaupt miteinbezogen werden muss und zu einer Verschiebung der Haftung zu Lasten des Geschädigten führen sollte.¹⁰⁶

Nach deutschem Recht ergibt sich ein wesentlicher Unterschied hinsichtlich der Beachtlichkeit von hypothetischen Ereignissen vielfach daraus, ob dahinter die schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit eines Dritten steht oder nicht.¹⁰⁷ Die hypothetische Haftung eines Dritten bildet nach nahezu einhelliger Lehre die Grenze jeder Berücksichtigung von Reserveursachen.¹⁰⁸ Man ist sich weitgehend einig darüber, dass dies „die wertungsmäßig allein plausible Lösung“¹⁰⁹ darstelle.¹¹⁰ Zum einen, weil sonst der Geschädigte leer ausginge.¹¹¹ Zum anderen hätte bei Hinwegdenken des realen Ereignisses zumindest ein Anspruch des Geschädigten gegen den hypothetischen Schädiger bestanden, der allerdings durch den realen Schädiger vereitelt wurde.¹¹² Dieses Argument sichert

¹⁰³ *Kozioł* in FS Deutsch 179 (185)

¹⁰⁴ *Kozioł* in FS Deutsch 179 (185).

¹⁰⁵ Vgl zur verwandten überholenden Kausalität mit dem Zufall *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 78 ff; 95 ff; sich dem anschließend *Kozioł*, HPR I³ Rz 3/78 ff. Die Schadensteilung wird hier allerdings wesentlich eingeschränkt.

¹⁰⁶ Zur alternativen Kausalität und den Figuren der kumulativen bzw überholenden Kausalität: *Kozioł* in FS Deutsch 179 (185); zu beachten ist zudem, dass die Schadensteilung zu Ungunsten des Geschädigten zu verschieben wäre, wenn diesem zusätzlich ein Eigenverschulden zur Last fiel; siehe dazu den „Radfahrerfall“ des BGH in BGHSt 11, 1. Bei bewusster Wahl einer rechtswidrigen Handlung durch den Schädiger kommt zudem nach *Kozioł* dem Präventions- und Sanktionsgedanken ein höheres Gewicht zu, sodass eine volle Haftung des Schädigers selbst bei geringen Verstößen gegen Verhaltensnormen gerechtfertigt sei. Hier wird deutlich, dass nach *Kozioł* die Problemlösung an den Wertungen im Einzelfall orientiert werden soll. Kritisch bzw ablehnend *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1302 Rz 14, 14a, der die Unterschiede zwischen rechtmäßigem Alternativverhalten und überholender Kausalität betont und darauf hinweist, dass bei rechtmäßigem Alternativverhalten schon gar keine Handlung vorliege, die den Schaden rechtswidrig herbeigeführt haben könne.

¹⁰⁷ So *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 386; hinsichtlich der rechtshistorischen Überlieferungen kann *Gebauer* auf *Mommsen*, Zur Lehre vom Interesse 146 ff verweisen, der die angesprochene Konstellation bereits vor mehr als 150 Jahren für nicht zu berücksichtigen ansah; *von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität 21 f; vgl zum *common law* *Hart/Honoré*, Causation in Law² 235 ff, 245; der OGH hat diese Frage in OGH 28.2.2018, 6 Ob 234/17f (zu Recht) offengelassen und in 26.6.2017, 2 Ob 117/16v wohl entgegen der hL in Deutschland entschieden.

¹⁰⁸ Siehe etwa *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 386; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich 127 ff.

¹⁰⁹ *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich 127 auf die ganz herrschende Meinung in Deutschland bezugnehmend.

¹¹⁰ Statt vieler *von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität 21 f.

¹¹¹ *von Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalität 21 f; *Kahrs*, Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht 164 ff; aA zum deutschen Recht *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung 94 ff.

¹¹² So schon *Mommsen*, Zur Lehre vom Interesse 149 FN 5.

gegen den naheliegenden Einwand ab, dass der Geschädigte eine Kompensation für einen Schaden erhält, den er bei rechtmäßigem Verhalten ohnehin erlitten hätte.

Nach einer weitvertretenen Ansicht sei es dem Grundsatz nach nicht zulässig, dass dem wirklichen Schädiger ein fiktiv begangenes Unrecht zugutekomme. Es ist von einem offenen Wertungswiderspruch die Rede, der durch eine Entlastungswirkung mit dem Verweis auf eine bloß hypothetische Verantwortlichkeit eines Dritten entstehen würde.¹¹³ Nach *Gebauer* sei es ebenso naheliegend, eine Entlastung des Schädigers, wegen hypothetisch bestehendem Versicherungsschutz anzunehmen, wie aufgrund einer angenommenen Verantwortlichkeit eines Dritten. In beiden Fällen dürfe es zu keiner Entlastung des realen Schädigers kommen.¹¹⁴

Letztlich ist zumindest eine völlige Befreiung des real handelnden Ersttätters durch eine reine Fiktion nur schwer mit der schadenersatzrechtlichen Präventionsfunktion in Einklang zu bringen.¹¹⁵ Das Schadenersatzrecht soll einen Anreiz schaffen, Schädigungen zu vermeiden und das Verhalten der Rechtsunterworfenen dahingehend zu steuern, sich an Verhaltensnormen zu halten. Dieses Ziel wird durch die Anerkennung einer gänzlichen Entlastungswirkung durch erdachte Handlungen Dritter nicht optimal erreicht werden.

Im Ergebnis befindet man sich bei einer Verneinung der vollständigen Entlastungswirkung des Schädigers durch das hinzugedachte Verhalten eines Dritten bei der Kausalität der Unterlassung im Einklang mit allen beschriebenen Lösungsansätzen zur überholenden Kausalität.¹¹⁶ Wollte man hingegen dem bloß gedachten Verhalten eines hypothetischen Dritten eine gänzliche Entlastungswirkung für den realen Schädiger zuerkennen, täte sich ein Wertungswiderspruch zur überholenden Kausalität auf. Es würde in der Folge ein rein fiktives Verhalten bei der Kausalitätsprüfung der Unterlassung eine stärkere Entlastung des Schädigers bewirken, als ein zweites wirkliches Ereignis bei der überholenden Kausalität.¹¹⁷

VI. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Der OGH hat in einer aktuellen Entscheidung¹¹⁸ die Kausalität einer Unterlassung verneint, weil der Schaden selbst bei pflichtgemäßem Verhalten des Schädigers eingetreten wäre. Zur Entlastung führte jedoch letztlich das, als Reaktion hinzugedachte haftungsbegründende Verhalten eines Dritten. Die Entscheidung wurde zum Ausgangspunkt genommen, um die Grenzen der Entlastungswirkung der hypothetischen Kausalität zu diskutieren.

Die Kausalität einer Unterlassung wird durch das Hinzudenken des pflichtgemäßen Verhaltens geprüft. Als sinnvoll erweist es sich, diese weit gefasste Prüfungshypothese einzuschränken. Das Leit-

¹¹³ *Röckrath*, Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung 26; kritisch zu diesem Begründungsmuster schon *Niederländer*, AcP 153 (1954) 41 (54).

¹¹⁴ *Gebauer*, Hypothetische Kausalität 387 f.

¹¹⁵ Vgl zum rechtmäßigen Alternativverhalten *Kozioł* in FS Deutsch 179 (185), der in diesem Zusammenhang den das Schadenersatzrecht mitbeherrschenden Gedanken der Prävention und der Sanktion nennt. *Kozioł* plädiert auch aus diesem Grund für eine Schadensteilung, wenn bei rechtmäßigem Alternativverhalten der Schaden nicht eingetreten wäre; schon dahingehend *Niederländer* AcP 153 (1954), 41 (70 f); *Hart/Honoré*, Causation in Law² IXXX.

¹¹⁶ III.A.; statt vieler zum rechtmäßigen Alternativverhalten und der überholenden Kausalität: *Kozioł*, Grundfragen des Schadenersatzrechts 7/29.

¹¹⁷ Vgl *Kozioł* in FS Deutsch 179 (185); *Niederländer*, JZ 1959, 617.

¹¹⁸ OGH 26.6.2017, 2 Ob 117/16v = EvBl 2017/155 (*Zoppel*).

motiv muss dabei der Zweck der übertretenen Norm sein. Als Faustregel bietet es sich an, die Kausalitätsprüfung auf das Verhalten des Schädigers und des Geschädigten zu reduzieren. Das fiktive haftungsbegründende Verhalten Dritter sollte keine Berücksichtigung mehr finden. Diese Einschränkung wird spiegelbildlich bei der Prüfung der Kausalität einer Handlung vollzogen. Nach der *Conditio sine qua non* Formel soll die Handlung des Täters reduziert werden, während es außer Betracht bleibt, dass ansonsten ein erfundener Dritter durch ein fiktives Verhalten den Schaden ebenso verursacht haben könnte.¹¹⁹

Die überholende Kausalität – als Referenzmodell der hypothetischen Kausalität – und die Kausalität einer Unterlassung stehen im Grunde vor einem verwandten Problem. Es geht um die Frage, ob der reale Schädiger durch ein erdachtes Ereignis entlastet wird. Ein wesentlicher Unterschied der beiden Kausalitätsfiguren liegt freilich in der Qualität, aber auch der Dimension der getroffenen Annahmen. Dennoch sollen die maßgebenden Wertungen bei der Lösung der beiden Kausalitätsprobleme parallel zueinander verlaufen.¹²⁰

Nach der Judikatur und einer weitverbreiteten Meinung zur überholenden Kausalität geht die reale der hypothetischen Kausalität grundsätzlich vor. Der erste oder reale Schädiger wird durch den zweiten oder hypothetischen Schädiger nicht vollständig entlastet. Am weitesten wird – sofern das Rechtsgut noch nicht vollständig zerstört wurde – das Verhalten des zweiten Schädigers nach *F. Bydlinski* und *Kozioł* miteinbezogen. Zu einer gänzlichen Haftungsbefreiung des realen Schädigers soll es jedoch auch nach ihnen nicht kommen. Unter engen Voraussetzungen wird von *F. Bydlinski* und *Kozioł* allerdings eine solidarische Haftung des konkret-gefährlich handelnden hypothetischen Schädigers mit dem realen Schädiger erwogen. Würde der Schädiger bei einer Unterlassung nun durch das erdachte Verhalten eines Dritten vollständig von seiner Haftung befreit, wäre der Wertungswiderspruch zur überholenden Kausalität augenscheinlich: Dem hinzugedachten Verhalten eines Dritten käme eine stärkere Entlastungswirkung zu, als der realen Reserveursache bei der überholenden Kausalität. Letztlich würde sich das fiktiv begangene Unrecht eines nicht haftenden Dritten zum Glücksfall für den realen Schädiger entwickeln.

Zusammengefasst lohnt es sich vor diesem Hintergrund, die uneingeschränkte Berücksichtigung von Hypothesen bei der Kausalitätsprüfung einer Unterlassung zu überdenken. Einen Orientierungspunkt bildet dabei eine vom konkreten Normzweck getragene Einschränkung der offenen Prüfungshypothese. Ferner sollten die gemeinsamen Wertungen innerhalb der Fallgruppe der hypothetischen Kausalität stärker beachtet und Wertungswidersprüche vermieden werden.

¹¹⁹ V.A.

¹²⁰ III.C.

Challenges of a Digital Single Market from an Austrian perspective – towards Smart Regulations

Peter Egger/Dominik Geringer/Gerwald Gindra-Vady/Christina Gruber/
Elisabeth Paar/Lukas Reiter/Karl Stöger/Stefan Thalmann* Graz

Abstract: *This paper discusses various legal challenges of the “digitisation of the single market”. The question arises to which extent the current regulatory framework appears suitable to deal with the presented challenges of digitisation and where additional regulation is required. In the field of autonomous decision-making by AI, we identified the most pressing need for new regulation. While the EU (and increasingly Austria, as well) is aware of this need, regulation to date remains scarce. Though the EU legislator has already taken specific precautions for the use of algorithms in the GDPR, such regulatory approaches are missing in most other fields of law. In contrast to this, antitrust law and product liability law already appear to be well suited to meet the challenges posed by digitisation. This is especially true for product liability law, which is in principle apt to cover the specific challenges of the convergence of software and hardware in smart products. However, uncertainty about its applicability to incorporeal goods would make clarification of current product liability legislation advisable – a view shared by the European Commission. Two more fields very recently received some legislative attention due to the changing needs of a digital society: the postal sector on the one hand, and e-government on the other hand. In both fields, new legislation – tellingly in the form of (partially) directly applicable regulations – has recently been passed by the EU – a sharp contrast to the case of self-learning AI. However, while the integration of the new regulation on cross-border parcel delivery will probably not pose major challenges for domestic markets, the implementation of the Single Digital Gateway will raise serious organisational and legal challenges for national administrations (especially when taking into account the limited success of the previous related initiative on the points of single contact under the Services Directive).*

Keywords: *Algorithms, Algorithm Awareness Project, Article 22 GDPR, Article 101 TFEU, Artificial Intelligence, automated decision-making, cartels, competition law, Digital Single Gateway, Digital Single Market, digital society, E-Government, European Commission, High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, machine learning, postal services, product liability, smart regulation, software.*

* Mag. iur. Peter Egger, BA, LL.M: Know-Center Graz; Mag. iur. Dominik Geringer, Mag. iur. Elisabeth Paar, Mag. iur. Lukas Reiter, Prof. Dr. iur. Karl Stöger, MJur: Institute of Public Law and Political Science, University of Graz; Mag. iur. Gerwald Gindra-Vady, Mag. iur. Christina Gruber: Institute of Corporate and International Commercial Law, University of Graz; Prof. Dr. rer. soc. oec. Dipl. Wirt.-Inf. Stefan Thalmann: Business Analytics and Data Science-Center, University of Graz.

I. Introduction¹

Increasing digitisation poses major challenges not only to the European Single Market, but to the European Union (EU) as a whole. Digitisation offers great opportunities on the one hand, while there is no question that it poses major economic and social challenges on the other hand.² As the “engine of (digital) integration”,³ the European Commission is endeavouring to find a general policy approach in the field of digitisation and to provide answers to urgent questions.⁴ One of the central objectives of this approach is to preserve the competitiveness⁵ of the internal market while respecting the values of the EU.⁶

The Commission takes various measures to achieve this objective. In some cases, it examines whether existing regulation is sufficient to meet the challenges of digitisation; in other cases the enactment of new, “smart” regulation is on the table.

This contribution is a collaboration between legal scholars from different disciplines and a data scientist. It was inspired by the authors’ participation in a seminar organised by the Commission’s DG Growth⁷ which selected the topics according to internal priority. This selection of topics left the authors impressed as it clearly shows that the Commission is focusing on very different areas of law (public regulatory law, private law, administrative law) to meet the challenges of digitisation. While it is quite obvious that the increasing use of Artificial Intelligence (AI) may require new legal responses (2.) and that smart products are a challenge for product liability law (3.), it may at first sight come as a surprise that the EU recently adopted a new piece of postal legislation to promote the digitisation of the internal market (4.). However, we will show that this measure fits in well with the European Commission’s strategy to develop the Digital Single Market. Even though the Digital Single Market is often associated with service providers only, the digital accessibility of the administration can make an important contribution to its establishment. In this respect, the European legislator has lately taken an important step by enacting a Regulation for a Single Digital Gateway (5.). It seems to the authors that the significance of this piece of legislation has not yet become fully visible to the public.

This paper aims to give an overview of the above mentioned topics (as selected by the Commission) and their potential legal implications, thus showing that the creation of a Single Digital Market covers far more areas than one might initially assume. It should also be pointed out that, despite digitisation being a European challenge, its implications cannot be analysed from an EU(ropean) perspective only. Country-specific legal requirements have to be taken into account as well. For this reason, some examples will be drawn from the Austrian legal system.

¹ Whenever the web address for a newspaper article is provided, the date of access is February 22nd, 2019.

² According to *Harrie Temmink*, DG Growth, European Commission, at present the main challenges for the EU are “Digitisation”, “Sustainability” and “Solidarity”.

³ Commission, *A Digital Single Market Strategy for Europe* (Communication), COM (2015) 192 final.

⁴ Cf. for example Commission, *Artificial Intelligence for Europe* (Communication), COM (2018) 237 final.

⁵ Cf. to the EU’s “need to catch up” in the area of AI, *AI, EU, go* THE ECONOMIST, Sept. 22, 2018, at 12.

⁶ Cf. COM (2018) 237 final.

⁷ This seminar took place in Brussels on October 18th, 2018 as a “Single Market Forum” on the topic “Legal issues of the Single Market and the challenges of digitization and digitalization”.

Although the topics discussed are very diverse, one common link between them must not be overlooked: The suitable legal basis for the creation of a Digital Single Market will in most cases be provided by Art. 114 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).⁸

II. Machine-learning algorithms

A. Definition, types and use cases

The first challenge for the Digital Single Market discussed in this paper is the increased use of autonomous decision making by machine-learning algorithms in all aspects of life. In contrast to conventional algorithms with a specified rule-based behaviour, these machine-learning algorithms are able to learn independently and act autonomously.⁹ From a legal perspective, the handling of machine-learning algorithms and their ability of making increasingly autonomous decisions is still largely unclear. So far, there is no general codification concerning (autonomous) algorithms,¹⁰ legislation which refers to them or regulates their use only exists to a very limited extent (see also sub-section 2.2. below).¹¹

A major challenge in creating comprehensive legislation on algorithms is the rapid pace of technological development, which entails the risk of creating regulations that are outdated before even having entered into force. The difficulty of grasping this phenomenon starts with the fact that there is no uniform definition of machine-learning algorithms which could form the basis of a legal regulation. The exact meaning of the very broad term “algorithm” depends on the context in which it is used.¹²

Machine-learning algorithms are now in use throughout our life.¹³ In contrast to deterministic algorithms, machine-learning algorithms learn autonomously based on a given (training) data set. This is to some extent comparable to the functioning of the human brain which “naturally” uses

⁸ Cf. also Korte, *Art. 114 AEUV*, in EUV/AEUV, para 161 (Calliess and Ruffert ed., 5th ed. 2016). However, the limits set out in the jurisdiction of the CJEU (cf. in particular Case C-376/98 *Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union*, ECLI:EU:C:2000:544 and Case C-380/03 *Federal Republic of Germany v European Parliament and Council of the European Union*, ECLI:EU:C:2006:772) must be observed.

⁹ Cf. RUSSELL AND NORVIG, *ARTIFICIAL INTELLIGENCE: A MODERN APPROACH* (3rd ed. global edition 2016).

¹⁰ Nevertheless, the question how AI could and should be regulated is already being widely discussed within the legal community. Reed, *How should we regulate artificial intelligence?*, 376 *PHILOSOPHICAL TRANSACTIONS OF THE ROYAL SOCIETY A* (2018), <https://doi.org/10.1098/rsta.2017.0360>; Scherer, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, 29 *HARVARD JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY* 354 (2016); Yeung, *Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation*, 12 *REGULATION & GOVERNANCE* 505 (2018).

¹¹ Algorithms are mentioned explicitly in Sec 14 of the Austrian regulation on gambling machines (*Automatenglücksspielverordnung*). This provision refers to the use of an algorithm in the context of the determination of game results. Further examples in the Austrian legal system are Sec 11 of the Stock Exchange Act 2018 (*BörseG 2018*) and Sec 12 of the Federal Equal Treatment Act (*B-GIBG*). The German law professor von Lewinski recently attempted to arrange the punctually existing regulations of algorithmic law in the form of a matrix with the aim of bringing order into a new field of law (cf. von Lewinski, *Regulierungsbedarf und Regulierungsfelder von algorithmischen Systemen*, *ZEITSCHRIFT FÜR INNOVATIONS- UND TECHNIKRRECHT* 168 [2018]).

¹² Cf. different perspectives in Mohabbat Kar, Thapa and Parycek (ed.), *(Un)berechenbar? Algorithmen und Automatisierung in Staat und Gesellschaft* (2018) Fraunhofer-Institut für Offene Kommunikationssysteme FOKUS, Kompetenzzentrum Öffentliche IT <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-57518-2>.

¹³ Cf. Makridakis, *The forthcoming Artificial Intelligence (AI) revolution: Its impact on society and firms*, 90 *FUTURES* 46 (2017).

knowledge it has learnt in the past to apply it to a new situation it is confronted with.¹⁴ As a consequence, the reconstruction of the behaviour of machine-learning algorithms can be extremely challenging and is in most cases impossible.¹⁵ Consequently, the term “black box” has been coined in this context since the person affected by the machine-learning algorithm knows the input data and the final result, but cannot understand how the algorithm has reached it.¹⁶ Hence, the question arises who is responsible for its behaviour: (1) the developer, (2) the person who activated the algorithm or (3) the person delivering the (training) data set.

From a legal perspective, the use of machine-learning algorithms causes specific difficulties if such algorithms are used by the state to make decisions which interfere with the rights of individuals.¹⁷ Whenever the state exercises sovereign action, the concept of rule of law obliges it to give reasons for a decision. An algorithm with an incomprehensible process of decision-making cannot adequately satisfy this obligation. Furthermore, the principle of legality (which is interpreted rather strictly in Austrian law) requires that executive authorities only act on the basis of a statutory authorisation. Since there are only very few explicit provisions on the use of algorithms both on EU and national level,¹⁸ the Austrian state largely acts in a grey area when it comes to that topic.

Despite the lack of a comprehensive legal basis, many algorithms - both deterministic and machine-learning ones - are already in use today without the public being aware of it.¹⁹ This is true for the state and the private sector, though the use of algorithms is certainly more widespread in

¹⁴ Cf. Gruber and I. Eisenberger, *Wenn Fahrzeuge selbst lernen: Verkehrstechnische und rechtliche Herausforderungen durch Deep Learning?* in AUTONOMES FAHREN UND RECHT 51, 57 et seq. (I. Eisenberger, Lachmayer and G. Eisenberger ed., 2017); Russell and Norvig, *supra* note 9; LENZEN, KÜNSTLICHE INTELLIGENZ: WAS SIE KANN & WAS UNS ERWARTET 20 (2018).

¹⁵ Cf. Wahlster, *Künstliche Intelligenz als Grundlage autonomer Systeme*, 40 INFORMATIK-SPEKTRUM 409 (2017). For a detailed analysis of the accountability of algorithms cf. Kroll, Huey, Barocas, Felten, Reidenberg, Robinson and Yu, *Accountable Algorithms*, 165 UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA LAW REVIEW 633 (2017). See also Ernst, *Die Gefährdung der individuellen Selbstentfaltung durch den privaten Einsatz von Algorithmen*, in DIGITALISIERUNG UND RECHT 65 (Klafki, Würkert and Winter ed., 2017): Due to the increasing complexity of algorithms and the amount of data algorithms are trained with, their functioning is becoming less understandable for third persons and particularly for users without technical know-how.

¹⁶ The very limited knowledge of European citizens about algorithms has been the subject of a recent survey by the German Bertelsmann Stiftung. Cf. Grzymek and Puntschuh (ed.), *Was Europa über Algorithmen weiß und denkt. Ergebnisse einer repräsentativen Bevölkerungsumfrage* (2019) Bertelsmann Stiftung <https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/WasEuropaUEberAlgorithmenWeissUndDenkt.pdf>. For analyses of the black box metaphor in context with AI cf. Bathaee, *The Artificial Intelligence Black Box and the Failure of Intent and Causation*, 31 HARVARD JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY 890 (2018); Guidotti, Monreale, Ruggieri, Turini, Pedreschi and Giannotti, *A Survey of Methods for Explaining Black Box Models*, 51 ACM COMPUTING SURVEYS (CSUR) 93 (2019); Kwong, *The Algorithm says you did it: The use of Black Box Algorithms to analyze complex DNA evidence*, 31 HARVARD JOURNAL OF LAW & TECHNOLOGY 275 (2017); Mühlbacher, Piringer, Gratzl, Sedlmair and Streit, *Opening the Black Box: Strategies for Increased User Involvement in Existing Algorithm Implementations*, 20 IEEE TRANSACTIONS ON VISUALIZATION AND COMPUTER GRAPHICS 1643 (2014).

¹⁷ Concerning the effects of the use of AI on human beings and their human rights in general cf. European Parliament resolution of 14 March 2017 on fundamental rights implications of big data: privacy, data protection, non-discrimination, security and law-enforcement [2018] OJ C263/82; Mortier, Haddadi, Henderson, Mcauley and Crowcroft, *Human-Data Interaction: The Human Face of the Data-Driven Society* (2014), available at <https://haddadi.github.io/papers/HDIssrn.pdf>; Raso, Hilligoss, Krishnamurthy, Bavitz and Kim, *Artificial Intelligence & Human Rights: Opportunities & Risks*, THE BERKMAN KLEIN CENTER FOR INTERNET & SOCIETY RESEARCH PUBLICATION SERIES (2018), available at <https://cyber.harvard.edu/publication/2018/artificial-intelligence-human-rights>.

¹⁸ Cf. *supra* note 11.

¹⁹ According to the IDC Data Age Study of 2017, humans currently have about 500 interactions with algorithms per day. This number will increase to 4700 per day by 2025. Cf. also AlgorithmWatch GmbH (ed.), *Automating Society. Taking Stock of Automated Decision-Making in the EU* (2019) Bertelsmann Stiftung https://www.bertelsmannstiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/001-148_AW_EU-ADMreport_2801_2.pdf which shows that automated decisions have become part of everyday life in Europe.

the latter. Currently, AI is already implemented in e-government, e-business, e-commerce/e-shopping, e-library services, e-learning, e-tourism, e-resource services and e-group activities. Typically, machine-learning recommenders are designed to detect our preferences and to recommend news, products, webpages, trips etc.²⁰ These recommendations can result in echo chambers helping to spread misinformation as, for example, in the case of the BREXIT referendum.²¹

Algorithms have already been used in the public sector for some time. Only recently, however, an algorithmic system has been the topic of heated discussions in the Austrian media. Since the beginning of 2019, the Austrian Public Employment Service (AMS) has been using a machine-learning algorithm to divide job seekers into three categories based on general criteria without taking the individual circumstances of the job-seeker into account. This was criticized as a potential threat to certain groups: For example, women are generally rated more negatively in the evaluation of their job opportunities solely on the basis of their gender. The same applies to other structurally disadvantaged groups such as migrants and people with disabilities.²²

“Predictive policing” is another example for the use of algorithms by state authorities:²³ The Austrian police uses algorithms to define zones in which there is an increased risk of burglary, thus preventing crimes of this kind more effectively.²⁴

The use of machine-learning algorithms, in particular by the state, raises numerous fundamental legal questions. Regarding legislation, the question arises how accurately their use has to be regulated. As to the use of self-learning algorithms by the executive, the main questions focus on the limits of its admissibility. The assistance provided by private actors in the use of algorithms by the state, e.g. by training or by providing information to it,²⁵ raises further questions.

So far, neither EU law nor domestic law offer comprehensive answers to these and many other legal questions arising from the use of AI. At the European level, however, efforts are already being

²⁰ Cf. Lu, Wu, Mao, Wang and Zhang, *Recommender system application developments: a survey*, 74 DECISION SUPPORT SYSTEMS 12 (2015), available at <https://opus.lib.uts.edu.au/handle/10453/35614>.

²¹ Del Vicario, Zollo, Caldarelli, Scala and Quattrociocchi, *Mapping social dynamics on Facebook: The Brexit debate*, 50 SOCIAL NETWORKS 6 (2017), available at <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0378873316304166?via%3Dihub>.

²² Cf. Stuibler, *Volksanwaltschaft prüft AMS-Algorithmus*, DER STANDARD, Nov. 2, 2018, available at <https://derstandard.at/2000090540950/Volksanwaltschaft-prueft-AMS-Algorithmus>. Concerning possible ways to handle “Machine Bias” cf. von Lewinski, *supra* note 11, at 173.

²³ Cf. Knobloch, *Vor die Lage kommen: Predictive Policing in Deutschland* (2018) Bertelsmann Stiftung <https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/BSt/Publikationen/GrauePublikationen/predictive.policing.pdf>; McCarthy, *AI & Global Governance: Turning the Tide on Crime with Predictive Policing*, CENTRE FOR POLICY RESEARCH, UNITED NATIONS UNIVERSITY, Feb. 26, 2019, available at <https://cpr.unu.edu/ai-global-governance-turning-the-tide-on-crime-with-predictive-policing.html>; Selbst, *Disparate Impact in Big Data Policing*, 52 GEORGIA LAW REVIEW 109 (2017).

²⁴ Cf. Al-Youssef and Sulzbacher, *Polizei nutzt Algorithmen, um Verbrechen vorherzusehen – Kritiker sehen “Aberglaube”*, DER STANDARD, Nov. 3, 2018, available at <https://derstandard.at/2000090545361/Polizei-nutzt-Algorithmen-um-Verbrechen-vorherzusehen-Kritiker-sehen-Aberglaube>; van der Aalst, Bichler and Heinzl, *Responsible Data Science*, 59 BUSINESS AND INFORMATION SYSTEMS ENGINEERING 311 (2017); van der Aalst, *Responsible Data Science: Using Big Data in a “People Friendly” Manner*, in ENTERPRISE INFORMATION SYSTEMS 3 (Hammoudi, Maciaszek, Missikoff, Camp and Cordiero ed., 2017).

²⁵ This question is closely related to the one concerning the legitimation of state acts (cf. Klafki, Würkert and Winter, *Digitalisierung und Öffentliches Recht*, in DIGITALISIERUNG UND RECHT 18 (Klafki, Würkert and Winter ed., 2017).

made to explicitly address at least some aspects of the use of (machine-learning) algorithms, with Art. 22 of the General Data Protection Regulation (GDPR)²⁶ being the first attempt to do so (see below 2.2.1.). In addition to binding legislation, the EU seems to approach the challenges of the digitisation in general and the use of machine-learning algorithms in particular by publishing (Commission²⁷) policy documents on the one hand (namely the “Communication on AI for Europe”²⁸ and the Communication on “Liabilities for emerging digital technology”²⁹) and by raising awareness on the other hand through initiatives like the Algorithm Awareness Project.³⁰ In addition, the Commission established a High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (AI HLEG). This independent expert group agreed on a definition of AI in April 2019 which could potentially become legally binding in the future.³¹

To sum up: Adequate measures are needed to address the legal challenges of the increasing use of algorithms. As a first step, awareness for the relevant (legal) challenges must be created. Without a doubt, the EU is currently working hard to achieve this goal. Its efforts are being accompanied by initiatives on the domestic³² and the international³³ level. In some aspects of the use of AI, however, the EU has moved beyond the task of creating awareness, as legally binding instruments already address specific problems. Two examples of such legislation will be given in the next section.

B. EU law provisions addressing the use of algorithms

As mentioned above, Art. 22 GDPR can serve as an example of an explicit regulation on the use of algorithms and will be discussed below (2.2.1.). However, the lack of explicit rules does not mean that existing legal provisions – without providing a direct link to algorithms at first sight – cannot be suitable to meet the challenges associated with their use. In subsection 2.2.2., Art. 101 TFEU will be discussed as an example of a provision that seems well suited to address the challenges without a need for further adaption even though it does not explicitly mention algorithms.

²⁶ For more details on this provision, see the following remarks in this paper in chapter 2.2.2.

²⁷ The European Parliament has also expressed its opinion on this matter as well as related issues. Cf. European Parliament, *Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics* (2015/2103 [INL], 2017).

²⁸ COM (2018) 237 final. Cf. also Commission, *Coordinated Plan on Artificial Intelligence* (Communication), COM (2018) 795 final.

²⁹ Commission, *Liability for emerging digital technologies* (Communication), SWD (2018) 137 final.

³⁰ Cf. COM, *Algorithmic Awareness-Building*, Apr. 25, 2018, available at <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/algorithmic-awareness-building>.

³¹ High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *A definition of Artificial Intelligence: main capabilities and scientific disciplines*, Apr. 8, 2019, available at <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>; Reinisch, *Künstliche Intelligenz - Haftungsfragen 4.0 und weitere zivilrechtliche Überlegungen zu autonomen Systemen*, 37 ÖSTERREICHISCHE JURISTENZEITUNG 298 (2019).

³² According to initial reports, an Austrian robotics and AI strategy is planned for the summer of 2019 (cf. APA, *Österreichische Robotik- und KI-Strategie für Sommer 2019 geplant*, PRESS RELEASE, NOV. 22, 2018, available at [https://science.apa.at/rubrik/politik_und_wirtschaft/Oesterreichische_Robotik-_und_KI-Strategie_fuer_Sommer_2019_geplant/SCI_20181122_SCI40111351045600836](http://science.apa.at/rubrik/politik_und_wirtschaft/Oesterreichische_Robotik-_und_KI-Strategie_fuer_Sommer_2019_geplant/SCI_20181122_SCI40111351045600836)).

³³ In May 2019, as an important step in this direction, the OECD (with 36 Member States) formally adopted the first set of intergovernmental policy guidelines on Artificial Intelligence that were also endorsed by six more states. Cf. OECD, *Forty-two countries adopt new OECD Principles on Artificial Intelligence*, May 11, 2019, available at <http://www.oecd.org/science/forty-two-countries-adopt-new-oecd-principles-on-artificial-intelligence.htm>.

1. Art. 22 GDPR as an example of an explicit regulation on the use of algorithms

By enacting the General Data Protection Regulation (GDPR),³⁴ the EU apparently attempted to restrain algorithmic decisions by means of explicit legal regulation for the first time. In this context, Art. 22 GDPR, which covers automated individual decision-making, should be highlighted in particular.³⁵

While the provisions of the GDPR only apply to the processing of personal data,³⁶ this notion is understood in a broad sense.³⁷ Art. 22 GDPR stipulates that the data subject shall have the right not to be subject to a decision solely based on automated processing (hereinafter referred to as an "automated decision") - including profiling³⁸ - which produces legal effects concerning him or her or similarly significantly affects him or her. Apart from the exceptions to be discussed below, such decisions (that are made completely automated and without human intervention) are in principle prohibited. Since the wording of Art. 22 refers to "decisions", these must be distinguished from automated decision preparations that take place upstream. In this sense, if a person (at best equipped with decision-making authority and a margin of discretion) examines the decision bases prepared by an algorithm and then makes the final decision,³⁹ Art. 22 GDPR shall not be applicable.⁴⁰ Besides that, it is questionable whether the scope of this clause - in accordance with its wording - includes trivial algorithms (i.e. simple if-then-decisions). A minimum degree of complexity should be required in order to be able to speak of an actual automated decision, even though this assessment might be quite difficult for the individual.⁴¹

Art. 22 para. 2 GDPR provides for three exceptions to the general prohibition of exclusively automated individual decision-making. On the one hand, it is permissible if it is necessary for

³⁴ In force since 25 May 2018.

³⁵ For a detailed analyses of Art 22 GDPR cf. Casey, Farhangi and Vogl, *Rethinking Explainable Machines: The GDPR's 'Right to Explanation' Debate and the Rise of Algorithmic Audits in Enterprise*, 34 BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL 143 (2019), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3143325; Floridi, *Soft ethics, the governance of the digital and the General Data Protection Regulation*, 376 PHILOSOPHICAL TRANSACTIONS OF THE ROYAL SOCIETY A (2018), <https://doi.org/10.1098/rsta.2018.0081>; Mittelstadt, Allo, Taddeo, Wachter and Floridi, *The ethics of algorithms: Mapping the debate*, BIG DATA & SOCIETY (2016), available at <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/2053951716679679>.

³⁶ Cf. Art. 2 No. 1 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (*General Data Protection Regulation - GDPR*) [2016] OJ L119/1.

³⁷ According to Art. 4 para 1 GDPR, the term "personal data" comprises any information relating to an identified or identifiable natural person.

³⁸ "Profiling" means any form of automated processing of personal data consisting of the use of personal data to evaluate certain personal aspects relating to a natural person, in particular to analyse or predict aspects concerning that natural person's performance at work, economic situation, health, personal preferences, interests, reliability, behavior, location or movements (Art. 4 para 4 GDPR).

³⁹ A pure nod will probably not be sufficient. Cf. Ernst, *Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten*, 72 JURISTENZEITUNG 1029 (2017); Veale and Edwards, *Clarity, surprises, and further questions in Art 29 Working Party draft guidance on automated decision-making and profiling*, 34 COMPUTER LAW & SECURITY REVIEW 398 (2018).

⁴⁰ Consequently, the so-called "scoring" is not covered by Art. 22 GDPR because in this case the decision is only prepared by a machine, but is ultimately made by a human being.

⁴¹ Cf. von Lewinski, *Art. 22 GDPR*, in BECK'SCHER ONLINE-KOMMENTAR DATENSCHUTZRECHT, para 12 seq. (Wolff and Brink ed., 22nd ed. 2017).

entering into, or performance of, a contract between the data subject and the controller.⁴² On the other hand, such decisions may be permissible if authorized by EU or Member State law. Finally, an automated individual decision is also allowed if the data subject has given its explicit consent.⁴³ In all of these cases, protective measures for the data subjects must be provided. If a (national or European) legal provision outside the GDPR permits automated individual decision-making, it must lay down suitable measures to safeguard the data subject's rights and freedoms and legitimate interests.⁴⁴ In the other two cases, similar suitable measures shall be implemented by the data controller, including at least the right to obtain human intervention on the part of the controller, to express one's point of view and to contest the decision.⁴⁵ As a result, the data subject must never be subjected to a final automated individual decision against his or her will. As already mentioned, Art. 22 does not bar a human decision-maker from relying predominantly on an automated decision preparation.⁴⁶ This can be questionable as people who make such final decisions will only rarely contradict the recommendations given by algorithms, since these systems give the appearance of a sophisticated objectivity.⁴⁷

As an additional protection against automated decisions, Articles 13 and 14 of the GDPR contain specific information obligations for the controller.⁴⁸ Under these provisions, the data subject must be informed where personal data relating to him or her are collected, explicitly revealing the existence of automated decision-making, including profiling, referred to in Art. 22 GDPR. This also has to include meaningful information about the logic involved, as well as the significance and the envisaged consequences of such processing for the data subject.⁴⁹ Nevertheless, this information does not include the disclosure of the used algorithm⁵⁰ or the training data⁵¹ of a machine learning process,⁵² so that even experts could generally neither evaluate these models nor be able to assess their harmful potential (as we already pointed out in section 2.1.). While it can be assumed that the obligation to provide information includes the disclosure of relevant criteria, the benefit of this disclosure for data subjects might be limited without information on how the algorithm has been

⁴² According to Art. 22 para 4 GDPR, this exception does not apply where special categories of personal data (Art. 9 GDPR) are concerned; the stated "necessity" refers to the automated decision (reasons could lie, for example, in the speed of the decision to be taken). Cf. von Lewinski, *supra* note 41, at para 43.

⁴³ In this context, the general conditions for a consent according to Art. 7 GDPR must be observed.

⁴⁴ Art. 22 para. 2 b) GDPR.

⁴⁵ Art. 22 para. 3 GDPR.

⁴⁶ In practice, it will hardly be possible to verify if the actual decision-maker even has the demanded personal flexibility to do so.

⁴⁷ This supposed objectivity, however, will be hard to verify, since these systems often resort to huge amounts of data in the decision-making process and carry out unknown balancing of interests.

⁴⁸ Notably, this is not the case regarding automated decision preparations. Martini, *Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung*, 72 JURISTENZEITUNG 1020 (2017).

⁴⁹ Cf. Art. 13 para. 2 f) and Art. 14 para. 2 g) GDPR.

⁵⁰ The disclosure of algorithms could at best reveal trade secrets.

⁵¹ The publication of the training data could be problematic due to the frequently occurring personal reference.

⁵² The wording of the rule also does not allow a claim to an exact explanatory statement of the individual decision. Cf. Martini, *supra* note 48.

trained or how single criteria are weighted.⁵³ Art. 22 thus cannot guarantee full transparency of the machine-learning algorithmic system behind an automated decision.⁵⁴

Since algorithmic decisions generally only represent a special type of data processing,⁵⁵ Art. 35 GDPR, which governs the data protection impact assessment, shall apply as well. Accordingly, whenever the processing is likely to result in a high risk to the rights and freedoms of natural persons, the controller shall carry out an assessment of the impact of the envisaged algorithmic processing operations. Such a high risk is given if a systematic and extensive evaluation of personal aspects relating to natural persons is carried out based on automated processing (including profiling), which may then result in decisions that produce legal effects concerning the natural person or similarly significantly affect him or her.⁵⁶

Based on the above elaboration it can be assumed that Art. 22 GDPR, in connection with the information obligations of Articles 13 and 14 GDPR, already covers a large part of algorithmic decision making. These provisions ensure the possibility of a human review or – potentially even more desirable – that the final decision is made by a human being. Regulation of algorithmic decision-making via data protection law is a valuable first step, but does not, as we have demonstrated, cover all relevant aspects thereof. As a consequence, it seems necessary to assess on a case to case basis whether the current regulatory framework is sufficient to meet other challenges of algorithmic decision-making or whether new regulation is needed. We will now turn to Art. 101 TFEU as an example of the first category.

2. Art. 101 para. 1 TFEU as an example of an implicit regulation on the use of algorithms

While the provision does not explicitly address the topic, several aspects of the use of machine-learning algorithms have already been discussed in the light of Art. 101 para. 1 TFEU.⁵⁷ For example, the use by online platforms of machine-learning algorithms for pricing ("digital pricing")⁵⁸

⁵³ Cf. Ernst, *supra* note 39, at 1033. For instance, a model description is also available for the above-mentioned example of the Austrian AMS. Regardless of the ambitions to defeat human prejudices with the help of the new algorithms and thus to guarantee objective and well-founded decisions, the documentation of the methodological considerations reveals above all disadvantages for structurally disadvantaged groups. Cf. Holl, Kernbeiß and Wagner-Pinter, *Das AMS-Arbeitsmarktchancen-Modell: Dokumentation zur Methode* (2018) Konzeptunterlage der Syntheseforschung Gesellschaft m.b.H. http://www.forschungsnetzwerk.at/downloadpub/arbeitsmarktchancen_methode_%20dokumentation.pdf.

⁵⁴ Cf. the basic principle of transparency outlined in Art. 5 para. 1 a) GDPR. Initiatives such as Algo-Aware (cf. COM, *algoaware*, available at <https://www.algoaware.eu/>), a platform procured by the European Commission, that provides for information on the opportunities and challenges of algorithmic decision-making in commercial, cultural and civic society settings, cannot replace the necessity of transparency in individual cases (which has to take the specific circumstances of an individuals into account).

⁵⁵ Cf. Art. 4 No. 2 GDPR.

⁵⁶ Art. 35 para. 3 a) GDPR.

⁵⁷ This has also been stressed by Commissioner for Competition Margarethe Vestager. Cf. Vestager, *Speech at the Bundeskartellamt's 18th Conference on Competition*, BUNDESKARTELLAMT'S 18TH CONFERENCE ON COMPETITION, Mar. 16, 2017, available at https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en. In this speech, Vestager said that „we need to make it very clear that companies can't escape responsibility for collusion by hiding behind a computer program“.

⁵⁸ On "Pricing algorithms" cf. OECD, *Algorithms and Collusion – Background Note by the Secretariat* (DAF/COMP, 2017) 4 para 26.

by "software agents"⁵⁹) raises the question whether these could - albeit autonomously - collude in order to achieve higher selling prices and thus cause a (banned) "concerted practice" within the meaning of Art. 101 para. 1 TFEU.⁶⁰ Corresponding academic discussions focus on the imputability of autonomous behaviour.⁶¹ Although the factual elements of Art. 101 para. 1 TFEU are interpreted widely by the Court of Justice of the EU (CJEU) in its case-law,⁶² it should be noted that the Commission's sanctioning decision for an infringement of Art. 101 TFEU is similar in character to a decision under criminal law⁶³ and presupposes an element of guilt⁶⁴ which cannot be found in algorithmic decision-making. However, if an undertaking uses AI to determine prices, it seems possible to interpret the aspect of imputation in the context of competition law in a functional sense (which is by no means unfamiliar to European competition law) accompanied with a refutable presumption of knowledge.⁶⁵

Thus, Art. 101 para. 1 TFEU is an example of existing legislation that - although not explicitly addressing the use of algorithms - seems perfectly fit to deal with the challenges of autonomous algorithmic decision-making.

III. Is the European product liability law smart enough to deal with AI?

The example of Art. 101 TFEU has already shown that questions with regard to digitisation can be answered by applying legislation that predates the digital revolution. Another example of such legislation is product liability law. Recent technological advances lead to a range of new products, the functionality of which is substantially based on the use of software. Due to the use of software, products can be modified after purchase by "updating" them. Tesla, for example, already sells cars able to update themselves without human intervention. From a legal perspective, the question arises who is responsible for an update that is carried out without human intervention. This

⁵⁹ Cf. in that context Keßler, *Intelligente Roboter: neue Technologien im Einsatz*, 20 MULTIMEDIA UND RECHT 589 (2017).

⁶⁰ Cf. also OECD (DAF/COMP, 2017) 4 para 75 et seq.; Ebers, *Dynamic Algorithmic Pricing: Abgestimmte Verhaltensweise oder rechtmäßiges Parallelverhalten?*, 4 NEUE ZEITSCHRIFT FÜR KARTELLRECHT 555 (2016); Ritz and Marx, *Algorithmen im Fokus der Monopolkommission: Digital Antitrust erfordert Anpassungen kartellrechtlicher Compliance*, 10 PRAXIS IM IMMATERIALGÜTER- UND WETTBEWERBSRECHT 422 (2018); Salaschek/Serafimova, *Preissetzungsalgorithmen im Lichte von Art 101 AEUV*, 63 WIRTSCHAFT UND WETTBEWERB 12 (2018); Ylinen, *Digital Pricing und Kartellrecht*, 6 NEUE ZEITSCHRIFT FÜR KARTELLRECHT 21 (2018); the latter text with reference to the fact that an autonomous abuse of market power within the meaning of Art 102 TFEU triggered by AI is possible, too. Furthermore cf. Louven, *Antitrust by Design - Kartellrechtliche Technik-Compliance für Algorithmen, Blockchain und Plattformen?*, ZEITSCHRIFT FÜR INNOVATIONS- UND TECHNIKRECHT 176 (2018) (the English version of this article is available at <https://ssrn.com/abstract=3259142> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3259142>); Ezrachi and Stucke, *Artificial Intelligence and collusion: when computers inhibit competition*, UNIVERSITY OF ILLINOIS LAW REVIEW 1782 (2017).

⁶¹ Cf. also OECD (DAF/COMP, 2017) 4 paras 79, 100 seq.; Ezrachi and Stucke, *supra* note 60, at 1801.

⁶² Cf. more recently on the use of booking software for travel agencies Case C-74/14 *Eturas UAB and Others v Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, ECLI:EU:C:2016:42.

⁶³ Cf. Case C-17/10 *Toshiba Corporation and Others v Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, ECLI:EU:C:2012:72, Opinion of AG Kokott (ECLI:EU:C:2011:552), paras 48, 101; Kokott, *Zum Irrtum eines Unternehmens über die Kartellrechtswidrigkeit seines Verhaltens*, 1 NEUE ZEITSCHRIFT FÜR KARTELLRECHT 148 (2013).

⁶⁴ Cf. Art. 23 para. 2 a). of Council Regulation (EC) 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2002] OJ L1/1.

⁶⁵ Cf. also to the questions of imputability Salaschek and Serafimova, *supra* note 60, at 14 seq. Of course, the presumption of innocence (for antitrust law cf. Case C-74/14, *supra* note 62, at para 38) needs to be taken into account as well.

question as well as other questions related to smart products are not explicitly addressed by existing liability law.⁶⁶

The fact that there is still no European legislative act addressing questions of liability for smart products contrasts sharply with the fact that the EU is actually a pioneer in terms of product liability. As early as 1985, the EU adopted the Product Liability Directive,⁶⁷ covering the liability of the producer for damage caused by the defectiveness of his products. Obviously, more than thirty years ago the European legislator had a different concept of a “product” in mind than we can find today. Therefore, the question arises whether the Product Liability Directive also provides appropriate answers to the challenges posed by smart products, which are able to be updated or even update themselves.

As a starting point, the fundamental question must be raised whether software is a product in the meaning of Art. 2 of the Product Liability Directive at all.⁶⁸ If so, what are the legal consequences if, for example, a self-driving vehicle does not recognize an obstacle and collides with it? Is the software producer liable according to the Product Liability Directive besides the end producer? If so, is he also liable if the car owner did not carry out software updates correctly? What are the consequences if the software has been used in a different way than intended by the software producer? Does it make a difference whether the software has been downloaded or has only been used via the internet, while the program remains in the cloud?

Not all these questions are new. The issue of whether software is a product within the meaning of the Directive (or national product liability laws of the Member States) has been a matter of discussion for some time.⁶⁹ Under the Austrian Product Liability Act (in German: *Produkthaftungsgesetz*, abbreviated *PHG*), a product is any movable corporeal thing, including energy;⁷⁰ in contrast to this, the Product Liability Directive does not contain the requirement of corporality.⁷¹ One reading of this was that only software on a physical medium (USB flash-drive, CD) is a product in the meaning of the PHG.⁷² This interpretation has been criticised because, when considering the intended purpose of product liability law to create an appropriate distribution “of

⁶⁶ On this topic cf. Weber, *Liability in the Internet of Things*, 6 JOURNAL OF EUROPEAN CONSUMER AND MARKET LAW 207 (2017); Schmon, *Product Liability of Emerging Digital Technologies*, 3 ZEITSCHRIFT FÜR INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT 254 (2018).

⁶⁷ Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products [1985] OJ L210/29.

⁶⁸ According to Art. 2 of the Directive 85/474/EEC product means all movables, except for primary agricultural products and game, even though incorporated into another movable or into an immovable.

⁶⁹ Cf. Andreevitch, *Anmerkungen zum Produkthaftungsgesetz*, 43 ÖSTERREICHISCHE JURISTENZEITUNG 225 (1988); Denkmaier, *30 Jahre PHG – Software als Produkt?*, in DIGITALE TRANSFORMATION IM WIRTSCHAFTS- UND STEUERRECHT 52 (Felten, Kofler, Mayrhofer, Perner and Tumpel ed., 2019); Ennsgraber, *Software als körperliche und unkörperliche Sache*, in INTERNET OF THINGS 599 (Schweighofer, Kummer and Saarenpää ed., 2019); Whittaker, *European Product Liability and Intellectual Products*, 105 THE LAW QUARTERLY REVIEW 125 (1989); Bauer, *Produkthaftung für Software nach geltendem und künftigem deutschen Recht (Teil 2)*, PRODUKTHAFTPFLICHT INTERNATIONAL 99 (1989); Welser and Vcelouch, *Haftung für mangelnde „Jahr 2000-Tauglichkeit“ von Hard- und Software*, 9 ECOLEX 829 (1998); Horwath, *Software – ein Produkt?*, 11 ECOLEX 784 (2000); Fairgrieve and Rajneri, *Is Software a Product under the Product Liability Directive?*, 4 ZEITSCHRIFT FÜR INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT 24 (2019).

⁷⁰ Sec 4 PHG.

⁷¹ According to Art. 2 of the Directive 85/374/EEC, any movable object is considered a product.

⁷² RABL, PRODUKTHAFTUNGSGESETZ Sec 4, at para 57 (2017); Oechsler, *Sec 2 ProdHaftG*, in KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH, para 65 (Staudinger ed., 2018).

the risks inherent in modern technological production⁷³, the formal criteria of the technical mode of transmission or distribution does not justify different outcomes in liability.⁷⁴ In other words: Why should software purchased on a physical medium constitute product liability but not software downloaded by data transmission?

The inclusion of electric energy in Art. 2 of Directive 85/374/EEC⁷⁵ shows that its legislator was aware of the problem of non-physical goods. However, the explicit qualification of energy as a product within the meaning of the Directive does not force a reverse conclusion to the effect that non-physical goods other than electricity have to be excluded from the scope of application.⁷⁶ Instead, it should be concluded from the explicit reference to energy that the definition of a product does not preclude a teleological interpretation of the Directive. In 1984, the European legislator expressly mentioned energy as the only incorporeal good which was of relevance at the beginning of the 1980s - simply because it was produced on an industrial scale and sold in large quantities to consumers. It is submitted that in case the Directive were rewritten today, software would likely be explicitly mentioned alongside electric energy.⁷⁷ In other words: There are convincing reasons to either interpret the requirement of "corporeality" in cases of carrierless data transmission from a teleological viewpoint or to apply product liability to software in analogy to energy.⁷⁸

Even if the question whether the Product Liability Directive applies to software can be clarified, the extent of liability remains open. For example, it is unclear whether the software producer is liable for damages on the end product.⁷⁹ In general, personal injury and damage to any item of property other than the "end product" (e.g. a self-driving car) itself have to be compensated.⁸⁰ If the software is qualified as the defective product, and the end product is qualified as a separate object, the software producer's liability for damage on the end product could be positively assumed.⁸¹ However, this interpretation would also entail that a software producer's liability would be stricter than the liability of an end producer who developed his own software as part of the end product.⁸²

It remains to be seen whether new provisions will be adopted to regulate product liability specifically for smart products. However, in the light of the above mentioned examples, new legislation is not necessary.⁸³ It is possible to interpret the existing legal framework in a way that allows adequate solutions for questions relating to smart products. Such an approach is well

⁷³ Recital 2 of Directive 85/374/EEC.

⁷⁴ Cf. KOZIOL, APATHY AND KOCH, *ÖSTERREICHISCHES HAFTPFLICHTRECHT III B*, at para 137 (3rd ed. 2014); Larcher, *Medizinprodukte-Software: Abgrenzung und Produkthaftung*, 25 RECHT DER MEDIZIN 134 (2018).

⁷⁵ Sec 4 PHG.

⁷⁶ Cf. Wagner, *Sec 2 ProdHaftG*, in *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BGB: BAND 6*, para 20 (Habersack ed., 7th ed. 2017).

⁷⁷ Cf. Wagner, *supra* note 76; Förster, *Sec 2 ProdHaftG*, in *BECKOK BGB*, para 24 (Bamberger, Roth, Hau and Poseck ed., 47th ed. 2017).

⁷⁸ Horwath, *supra* note 69; Larcher, *supra* note 74; Wagner, *supra* note 76; Förster, *supra* note 77; dissenting Rabl, *supra* note 72, at para 54.

⁷⁹ Cf. Koziol, Apathy and Koch, *supra* note 74, at para 97.

⁸⁰ See a judgment of the Austrian Supreme Court (abbreviated OGH): OGH 11.11.1992, 1 Ob 644/92. Cf. also Koziol, Apathy and Koch, *supra* note 74, at para 96; Harnoncourt, *Haftungsrechtliche Aspekte des autonomen Fahrens*, *ZEITSCHRIFT FÜR VERKEHRSRECHT* 550 (2016); Harnoncourt, *Haftungsrechtliche Aspekte des autonomen Fahrens*, in *AUTONOMES FAHREN UND RECHT* 109, 118 (I. Eisenberger, Lachmayer and G. Eisenberger ed., 2017).

⁸¹ Cf. Koziol, Apathy and Koch, *supra* note 74, at para 96 et seq.

⁸² Cf. Wagner, *Sec 1 ProdHaftG*, in *MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BGB: BAND 6*, para 12 (Habersack ed., 7th ed. 2017).

⁸³ This conclusion is also reached by the Commission's Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products; cf. SWD (2018) 157 final and COM (2018) 246 final 2.

known in civil law. The Austrian Civil Code (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch; abbreviated ABGB), which is still in force after more than 200 years⁸⁴ and offers quite appropriate solutions for questions of technical progress, can serve as an example. The European Commission seems to share this opinion and announced its intention to “*issue a guidance document on the interpretation of the Product Liability Directive in light of technological developments by mid-2019.*”⁸⁵

IV. Challenges for the postal sector

The smart products mentioned above would be unthinkable without AI. It goes without saying that the demand for new and smarter products has had a big impact on the “old” economy as well. This is especially true for the increase in the market share of parcel deliveries in recent years which requires new business models. One example of a global player with such a (relatively) new business model is the e-commerce giant Amazon. AI plays a major role in Amazon’s recommender generating more than a third of the company’s revenue.⁸⁶ In the beginning, Amazon was an online marketplace, selling only books.⁸⁷ Its current business model can be described as a huge mall⁸⁸ in the World Wide Web. Users use a search engine to find all kinds of goods, which are delivered from a distribution point directly to the location of their choice. The location of these distribution points is determined by various factors. Geographical characteristics play a major role, as a central location and a mild climate and nearby airports permitting night flights (e.g. Cologne/Bonn) guarantee constant delivery of the goods.

The business models of Amazon and other companies have led to a constant rise of the market share of parcel and express delivery services, while the traditional postal service - the letter segment⁸⁹ - is steadily declining.⁹⁰ This development must also be taken into account by the EU’s postal policy. This policy aims at completing the internal market for postal services and ensuring the main goals of efficiency, reliability and availability to all citizens at affordable prices.⁹¹ Currently,

⁸⁴ The ABGB came into force on Jan 1st, 1812; officially published in *Justizgesetzsammlung* (JGS) No. 946/1811.

⁸⁵ COM (2018) 237 final 16. Concerning the European Parliament cf. 2015/2103 (INL).

⁸⁶ Morgan, *How Amazon has reorganized around Artificial Intelligence and Machine Learning*, FORBES, Jul. 16, 2018, available at <https://www.forbes.com/sites/blakemorgan/2018/07/16/how-amazon-has-re-organized-around-artificial-intelligence-and-machine-learning/#2919832b7361>.

⁸⁷ Jeff Bezos, the founder and CEO of Amazon, always claimed that Amazon is not a retailer, but a technology company; cf. Hall, *Amazon.com*, ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, available at <https://www.britannica.com/topic/Amazoncom>.

⁸⁸ Cf. Zwass, *E-commerce*, ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA, 2019, available at <https://www.britannica.com/technology/e-commerce>, refers to Amazon as an “e-mall”.

⁸⁹ The letter segment still plays an important role in the postal and express market, amounting to 42% of the total revenue in 2016 (but having dropped by 5% since 2013). Cf. Cerpickis, Facino, Geus, Möller Boivie, Gårdebrink, Almqvist, Apon, Basalisco and Ballebye Okholm, *Main developments in the postal sector (2013-2016)*, EUROPEAN COMMISSION, 2018, at 26, available at <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d22799b5-bbb7-11e8-99ee-01aa75ed71a1/language-en>.

⁹⁰ Cerpickis, Facino, Geus, Möller Boivie, Gårdebrink, Almqvist, Apon, Basalisco and Ballebye Okholm, *supra* note 89, at 7, 8, 36, 39.

⁹¹ European Commission, *EU postal legislation*, available at https://ec.europa.eu/growth/sectors/postal-services/legislation_en.

postal services are regulated by Directive 97/67/EC⁹² as amended by Directive 2008/6/EC⁹³. Directive 97/67/EC focuses primarily on fully opening the sector to competition while securing universal service obligations (including tariff principles for these), on mechanisms to encourage technical harmonisation and on the requirements for the authorization or licensing of postal services.

While today the postal sector uses technological innovations such as fully automatic distribution systems and autonomous delivery systems⁹⁴ to improve logistics,⁹⁵ it also faces challenges imposed by new and disruptive technological innovations and the above-mentioned growth of the parcel delivery sector.⁹⁶

The market for cross-border parcel delivery services is already diverse, complex and competitive.⁹⁷ Different providers offer different services and prices depending on weight, size and format of parcels, as well as on their destination and value-added features, such as tracking. Today, even Amazon, which has used established service providers for the delivery of their parcels in the past, is working on a plan to set up its own delivery system.⁹⁸

Because of this diversity, it is difficult to compare different providers, their services and prices. This might hinder customers from fully benefiting from the liberalisation of postal services, especially in cross-border parcel delivery. After identifying this problem, the EU enacted Regulation (EU) 2018/644⁹⁹ on cross-border parcel delivery services, which supplements the provisions of Directive 97/67/EC as amended. The aim of this Regulation is to facilitate access to relevant information about cross-border parcel delivery services. The Regulation covers parcels containing goods – with or without commercial value – with a weight of up to 31,5 kilograms.¹⁰⁰

If the Regulation is able to create more price transparency in the cross-border postal delivery services sector, it will undoubtedly contribute to the EU's policy to create a Digital Single Market¹⁰¹ as many business models in this market depend on cheap and reliable delivery services. The Regulation is also a good example for the necessity of accompanying legislative measures in "traditional" service sectors which are nevertheless indispensable for the further development of the digital economy.

⁹² Directive 97/67/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 on common rules for the development of the internal market of Community postal services and the improvement of quality of service [1997] OJ L15/14.

⁹³ Directive 2008/6/EC of the European Parliament and of the Council of 20 February 2008 amending Directive 97/67/EC with regard to the full accomplishment of the internal market of Community postal services [2008] OJ L52/3.

⁹⁴ Österreichische Post AG, *Autonome Zustellung*, available at <https://www.post.at/autonome-zustellung.php/>.

⁹⁵ Österreichische Post AG, *Die Brieflogistik - Ein Blick hinter die Kulissen*, at 6, available at https://www.post.at/files/Die_Brieflogistik_09_09.pdf.

⁹⁶ Still, the importance of postal service cannot be underestimated: With more than 677.000 outlets and about 5.3 million staff members, the post represents the largest physical network in the world (for more information, cf. the homepage of the International Postal Union which is the second oldest international organisation: Universal Postal Union, *Factsheet: About the UPU*, THE POSTAL SECTOR'S PRIMARY FORUM FOR GLOBAL COOPERATION, Oct. 18, 2018, available at news.upu.int/no_cache/nd/factsheet-about-the-upu/).

⁹⁷ Cerpickis, Facino, Geus, Möller Boivie, Gårdebrink, Almqvist, Apon, Basalisco and Ballebye Okholm, *supra* note 89, at 28.

⁹⁸ Wingfield, *Amazon to Test a New Delivery Service for Sellers*, THE NEW YORK TIMES, Feb. 9, 2018, available at <https://www.nytimes.com/2018/02/09/business/amazon-delivery-service.html>; Fast company, *Amazon*, available at <https://www.fastcompany.com/company/amazon>.

⁹⁹ Regulation (EU) 2018/644 of the European Parliament and of the Council of 18 April 2018 on cross-border parcel delivery services [2018] OJ L112/19.

¹⁰⁰ Heavier parcels are part of the freight transport and logistics sector.

¹⁰¹ European Commission, *Parcel delivery in the EU*, available at http://ec.europa.eu/growth/sectors/postal-services/parcel-delivery_en.

Another sector which can positively contribute to the development of the Single Digital Market is the public administration itself. If national and local administrative processes become more and quicker accessible for EU citizens, this will certainly benefit the “new economy”. The latest European legislative measure to achieve this aim is the Single Digital Gateway¹⁰² which will be discussed in the following section.

V. The Single Digital Gateway

As the digitisation of society progresses, the public administration is expected to take advantage of the new technology and make its benefits available to citizens. The EU has recently started to focus on the digitisation of administration to consumer (A2C) contacts as consumers in particular benefit from low-threshold access to online public services.¹⁰³ In the Commission's view, recent technological developments in information and communication technologies - in particular in cross-border contacts - offers potential for growth.¹⁰⁴

Most recently, the EU Parliament and Council have taken a (potential) landmark step towards digitisation in user-oriented administration. On 11 December 2018, the Regulation for a Single Digital Gateway (SDG) came into force after extensive negotiations.¹⁰⁵ As one of the strategies of the “Compliance Package”,¹⁰⁶ the SDG Regulation provides for the establishment of an online portal, which shall enable EU citizens to exercise their Single Market rights comprehensively and efficiently in conjunction with cross-border administrative procedures.

The intention behind the new Regulation is, of course, not entirely novel in EU law: The concept of the SDG is somewhat advancing the instrument of Points of Single Contact (PSC)¹⁰⁷ which has already been implemented by the Services Directive¹⁰⁸. Besides the PSC, there have been other sectorial one-stop shops in EU legislation.¹⁰⁹ However, as Recital 11 of the SDG Regulation frankly admits, the sectorial nature of these acts has resulted in a fragmentation of the digital A2C

¹⁰² Cf. European Parliament, *Single digital gateway: a time saver for citizens and companies*, Jul. 12, 2018, available at <http://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20180711IPR07739/single-digital-gateway-a-time-saver-for-citizens-and-companies>.

¹⁰³ E.g. COM (2015) 192 final; Commission, *Upgrading the Single Market: more opportunities for people and business* (Communication), COM (2015) 550 final.

¹⁰⁴ See COM (2015) 192 final 16 seq.

¹⁰⁵ Regulation (EU) 2018/1724 of the European Parliament and of the Council of 2 October 2018 establishing a single digital gateway to provide access to information, to procedures and to assistance and problem-solving services and amending Regulation (EU) No 1024/2012 [2018] OJ L295/1 (*SDG Regulation*).

¹⁰⁶ An overview of the contents of the Compliance Package, including a proposal on the Internal Market Information Tool and measures to improve the free online Single Market Problem Solving Network, is given by Wurster and Stöbner de Mora, *Binnenmarkt: Kommissionsvorschläge zum Compliance-Package*, 28 EUROPÄISCHE ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT 444 (2017).

¹⁰⁷ PSCs are e-government portals that allow service providers to access information and complete (certain) administrative procedures online. For detailed information, in particular on the implementation in Austria, cf. Stöger, *Der einheitliche Ansprechpartner im Bundesstaat – Ein Blick über die Grenzen*, in VOM PRAKTISCHEN WERT DER METHODE: FESTSCHRIFT HEINZ MAYER ZUM 65. GEBURTSTAG 755 (Jablöner, Kucsko-Stadlmayer, Muzak, Perthold-Stoitzner and Stöger ed., 2011); Stolzechner, *Einheitlicher Ansprechpartner und die Vollziehung des gewerblichen Berufsrechts*, in GEDENKSCHRIFT ROBERT WALTER 801 (Jablöner, Kolonovits, Kucsko-Stadlmayer, Laurer, Mayer and Thienel ed. 2013).

¹⁰⁸ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market [2006] OJ L376/36.

¹⁰⁹ An overview is given in Recital 10 of the SDG Regulation.

contacts, failing to achieve the desired success.¹¹⁰ The SDG Regulation is now much more ambitious: It will create a digital single gateway (based on the existing information portal “Your Europe”) “to act as a single entry point through which citizens and businesses are able to access information about the rules and requirements that they have to comply with, by virtue of EU or national law”.¹¹¹ This gateway is intended to provide EU citizens with easier cross-border access to the following content:

(a) Information on the rules and requirements to be complied with under national and/or EU law in cross-border economic activities (Articles 4, 5). These include, for example, registration of a company, changes in its legal form, licensing requirements, protection of intellectual property, directors' liability, labour and social insurance law, product liability, etc.

(b) Information on the conduct of administrative¹¹² procedures in Member States (Art. 6). In addition, 13 basic procedures laid down in Annex II of the SDG Regulation must be completely feasible online (e.g. applying for proof of residence or study grants and loans, claiming pension benefits, etc.).

(c) Contact with support and problem-solving services (Art. 7). The service should support those seeking help with regard to comprehension or application problems.

Chapter III of the SDG Regulation lays down quality requirements, which must be met by the information and administrative procedures of the EU and the Member States accessible via the single entry point. It is not necessary to offer all information directly within the SDG, links to national homepages (e.g. local authorities) are permissible. However, all information must be translated into English (the “official language of the Union that is most widely studied as a foreign language by users across the Union”)¹¹³. As far as online procedures are concerned, the SDG Regulation does not lay down any substantive or procedural rules, but focuses on technical requirements. Member States are obliged to grant non-discriminatory access to existing online procedures to users from other EU countries. In this respect, factual hurdles such as forms based on national data formats, which constitute indirect discrimination, are particularly inadmissible. Furthermore, the once-only principle for online administrative procedures is introduced.¹¹⁴ According to this principle, individuals and companies no longer have to submit information that has already been collected by national authorities, but can request that it be exchanged between authorities.¹¹⁵ In view of the exchange of sensitive data between administrations, there are detailed requirements for encryption.¹¹⁶ The once-only principle could result in the reduction of bureaucratic burdens and transaction costs.¹¹⁷

The implementation of the SDG Regulation will raise serious organisational and legal challenges for national, regional and local administrations – the translation requirement not being the least

¹¹⁰ For further information on the implementation deficits of the PSC see European Commission, *The Performance of the Points of Single Contact – an assessment against the PSC Charter*, Jun. 29, 2015, available at https://ec.europa.eu/growth/content/performance-points-single-contact-%E2%80%93-assessment-against-psc-charter-0_en.

¹¹¹ Recital 12 of the SDG Regulation.

¹¹² Court procedures are not covered by the SDG Regulation (cf. Recital 8 of the SDG Regulation).

¹¹³ Art. 12 para 3 of the SDG Regulation.

¹¹⁴ Akkaya and Krcmar, *Towards the Implementation of the EU-Wide “Once-Only Principle”: Perceptions of Citizens in the DACH-Region*, in ELECTRONIC GOVERNMENT (Parycek P. et al. ed., 2018).

¹¹⁵ Art. 14 of the SDG Regulation.

¹¹⁶ Cf. Recitals 52 seq. of the SDG Regulation.

¹¹⁷ Pilz, *Der Vorschlag der EU Kommission für eine Verordnung zur Errichtung eines zentralen digitalen Zugangstors*, 28 EUROPÄISCHE ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSRECHT 922 (2017).

of them. It is for this reason that the Regulation provides for adaptation periods (two, four or five years from its entry into force; depending on the particular contents) until all relevant information and procedures have to be provided online.

There is no doubt that the SDG has the potential to facilitate the exercise of Single Market rights and speed up cross-border procedures – in a much better way than previous instruments ever could. However, the Commission admits that the effectiveness of the SDG will largely depend on the joint efforts of the Commission itself and the Member States. This is certainly true. As the example of the Points of Single Contact under the Services Directives show, the challenges for a successful implementation of the SDG are manifold. However, if the EU and its Member States succeeded in establishing a user-friendly digital A2C portal, this would doubtlessly be a major contribution to the establishment of a digital single market for European citizens and businesses.

VI. Final remarks

This paper discusses various legal challenges of the digitisation of the Single Market which have been identified as crucial by the European Commission's DG Growth. The question arises to which extent the current regulatory framework appears suitable to deal with these challenges and where additional regulation is required.

In the field of autonomous decision-making by AI, our analysis identified the most pressing need for new regulation. While the EU (and increasingly Austria as well) is aware of this need, regulation to date remains scarce. Though the EU legislator has already taken specific precautions for the use of algorithms in the GDPR, such regulatory approaches are missing in most other fields of law.

In contrast to this, antitrust law and product liability law already appear to be well suited to meet the challenges posed by digitisation. This is especially true for product liability law, which is in principle apt to cover the specific challenges of the convergence of software and hardware in smart products. However, uncertainty about its applicability to incorporeal goods would make clarification of current product liability legislation advisable – a view shared by the European Commission.

Two more fields recently received some legislative attention due to the changing needs of a digital society: the postal sector on the one hand, and e-government on the other hand. In both fields, new legislation – tellingly in the form of (partially) directly applicable Regulations – has recently been passed by the EU – a sharp contrast to the case of machine-learning algorithms. However, while the integration of the new Regulation on cross-border parcel delivery will probably not pose major challenges for domestic markets, the implementation of the Single Digital Gateway will raise serious organisational and legal challenges for national administrations, especially when taking into account the limited success of the previous related initiative on the points of single contact under the Services Directive.

Finanzielle Sanktionen bei Nichterfüllung von Urteilen des Gerichtshofs der EU

Die Europäische Kommission muss ihre Methode zur Berechnung von Pauschalbeträgen und Zwangsgeld anpassen

Waldemar Hummer,^{*} Universität Innsbruck

Kurtzext: Gemäß Art 260 Abs 2 AEUV kann der Gerichtshof bei Nichtbefolgung eines verurteilenden Erkenntnisses finanzielle Sanktionen (Pauschalbeträge oder Zwangsgelder) verhängen, deren Berechnung nach feststehenden Kriterien zu erfolgen hat. Bei der Erstellung ihres Sanktionsvorschlags berücksichtigte die Kommission dabei stets – zusätzlich zur Schwere des Verstoßes und seiner Dauer – das Bruttoinlandsprodukt (BIP) des verurteilten Mitgliedstaates sowie die diesem im Rat der EU zugeteilten gewichteten Stimmrechte. Mit der Ersetzung des bisherigen Systems der Stimmenponderierung im Rat – für die Erreichung einer qualifizierten Mehrheit – durch das System der sogenannten „doppelten Mehrheit“ gemäß Art 3 des Protokolls (Nr 36) zum 1. April 2017 musste diese Berechnung aber angepasst werden, wie der Gerichtshof in seinem Urteil in der Rechtssache C-93/17 feststellte. Er berücksichtigt nunmehr, anstelle der gewichteten Stimmen im Rat, die Anzahl der Sitze, die jedem Mitgliedstaat im Europäischen Parlament zugewiesen sind. Darüber hinaus kumuliert der Gerichtshof seit seinem Urteil in der Rechtssache C-304/02 – entgegen der bloß alternativen Formulierung „oder“ in Art 260 Abs 2 AEUV – den Pauschalbetrag mit dem Zwangsgeld.

Schlagworte: Nichterfüllung von Urteilen des Gerichtshofs; „Zweites Vertragsverletzungsverfahren“ (Art 260 Abs 2 AEUV); Berechnung finanzieller Sanktionen; Kumulierung von Pauschalbetrag und Zwangsgeld; Abschreckungswirkung eines Urteils; „institutionelles Gewicht“ eines Mitgliedstaates; „doppelte Mehrheit“ der Stimmen im Rat.

I. Einführung

Die Auswirkungen des „Brexit“ sind grosso modo erfasst und bekannt; in welche unglaublichen Details des Unionsrechts der Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU aber ebenfalls hineinwirkt, soll nachstehend anhand der Methode der Berechnung finanzieller Sanktionen bei Nichtbefolgung einer Verurteilung in einem Vertragsverletzungsverfahren aufgezeigt werden.

^{*} Em. o. Univ.-Prof. DDr. Waldemar Hummer lehrt am Institut für Europarecht und Völkerrecht der Universität Innsbruck.

Die Nichtbefolgung eines verurteilenden Erkenntnisses des Gerichtshofs durch einen Mitgliedstaat stellt einen besonderen Fall einer Vertragsverletzung gem Art 258 AEUV dar und wird dementsprechend auch nach einem speziellen Verfahren sanktioniert. Bei einer neuerlichen Verurteilung in einem solchen „zweiten Vertragsverletzungsverfahren“ kann der Gerichtshof gem Art 260 Abs 2 AEUV finanzielle Sanktionen (*Pauschalbeträge* oder *Zwangsgelder*) verhängen, deren Berechnung nach feststehenden Kriterien zu erfolgen hat. In diesem Zusammenhang hat die Kommission bei der Erstellung ihres Sanktionsvorschlags – zusätzlich zur Schwere des Verstoßes und seiner Dauer – immer sowohl die wirtschaftliche Lage des betroffenen Mitgliedstaates als auch dessen institutionelles Gewicht berücksichtigt. Dabei stellte sie bis jetzt stets auf das Bruttoinlandsprodukt (BIP) des betroffenen Mitgliedstaates sowie auf die diesem im Rat zugeteilten gewichteten Stimmrechte ab.

In einem kürzlich ergangenen Urteil wies der Gerichtshof allerdings darauf hin, dass das bisherige System der Stimmengewichtung im Rat vor zwei Jahren durch das der „doppelten Mehrheit“ ersetzt wurde; ein Verfahren, das aber aufgrund seiner Ausgestaltung nicht mehr direkt auf den Mechanismus zur Berechnung der finanziellen Sanktionen übertragbar ist und damit das alte System der gewichteten Stimmen für diese Zwecke auch nicht wirklich ersetzen kann.¹

Dementsprechend musste nun die Kommission ein anderes Kriterium, als das der gewichteten Stimmen im Rat, für die Berücksichtigung des „institutionellen Gewichts“ des betroffenen Mitgliedstaates heranziehen, das sie in der Anzahl der zugewiesenen Abgeordneten-Sitze im Europäischen Parlament für jeden einzelnen Mitgliedstaat gefunden zu haben glaubte. Dabei ist sie der Ansicht, dass mit dieser ihrer Berechnungsmethode keine ungerechtfertigten Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten verursacht werden und die dabei entstehenden Beträge auch so weit wie möglich den Beträgen nach der bisherigen Berechnungsmethode entsprechen. Dass dabei allerdings auch der „Brexit“ eine entscheidende Rolle spielen wird, liegt auf der Hand.

Bevor auf diese komplexe Fragestellung näher eingegangen werden kann, muss aber ein kurzer Blick auf die bisherige Ausgestaltung des Sanktionsverfahrens bei Nichtbefolgung von Vertragsverletzungsurteilen des EuGH geworfen werden.²

II. Formen der Ausgestaltung des Sanktionsverfahrens bei Nichtbefolgung von Urteilen

Mit Ausnahme von Art 88 Abs 3 EGKS-Vertrag (1951)³ sahen die beiden anderen Gründungsverträge der Europäischen Gemeinschaften (EWG, EAG) (1957) kein wie immer geartetes Sanktionsverfahren bei Nichtbefolgung eines verurteilenden Erkenntnisses des Gerichtshofs (EuGH) wegen einer Vertragsverletzung vor. Ein solches wurde erstmals durch den Vertrag von Maastricht (1992) eingeführt und führte nach einer genau 45-jährigen Tätigkeit des EuGH im Jahre 1997 zu dessen erster einschlägiger Befassung in der Rs *Kommission/Deutschland*.⁴ Drei Jahre später kam es im

¹ EuGH 14. 11. 2018, C-93/17, *Europäische Kommission/Hellenische Republik* (ECLI:EU:C:2018:903).

² Siehe dazu allgemein *Hummer*, *Finanzielle Sanktionen gegen Mitgliedstaaten bei Nichterfüllung von EuGH-Urteilen*, in *Hummer* (Hrsg), *Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten* (2010) 553 ff.

³ Bis zum Auslaufen des EGKS-Vertrages am 23. Juli 2002 wurde dieses Sanktionsverfahren allerdings nie angewendet.

⁴ EuGH C-121/97, *Kommission/Deutschland*, am 23. September 1997 aus dem Register des EuGH gestrichen.

Jahr 2000 erstmals zu einer Verurteilung eines Mitgliedstaates (Griechenland) zur Zahlung eines *Zwangsgeldes* in Höhe von täglich 20.000 Euro⁵ und wiederum fünf Jahre später verhängte der EuGH im Jahr 2005 gegen Frankreich zum ersten Mal auch einen *Pauschalbetrag* in Höhe von 20 Mio Euro⁶.

Obwohl die einschlägige Bestimmung des Art 228 Abs 2 EGV in diesem Zusammenhang expressis verbis lediglich die Verhängung eines Pauschalbetrages „*oder*“ eines Zwangsgeldes vorsah, kumulierte der EuGH in dieser Rechtssache erstmals beide finanziellen Sanktionen, da sie zum einen unterschiedliche Zwecke verfolgen – dem (einmaligen) *Pauschalbetrag* wohnt ein punitiver Charakter inne, während das (täglich fällige) *Zwangsgeld* als Beugemittel zu sehen ist, das den säumigen Mitgliedstaat zwingen soll, dem „zweiten“ Vertragsverletzungsurteil des EuGH so rasch wie möglich nachzukommen – und zum anderen sinnvoller Weise auch gemeinsam eingesetzt werden sollten, um eine effektive Befolgung des verurteilenden Erkenntnisses sicherzustellen. Seit diesem Judikat kumuliert der EuGH regelmäßig beide finanziellen Sanktionen – iSe „*konjunktiver*“ („und-oder“) und nicht „*disjunktiven*“ („entweder-oder“) „oder“-Begriffs – und verhängt nunmehr stets sowohl einen *Pauschalbetrag* wie auch ein *Zwangsgeld*.

Durch den Vertrag von Lissabon (2007) wurde nun das in Art 228 Abs 2 EGV vorgesehene Sanktionsverfahren in dessen Nachfolgebestimmung, dem Art 260 Abs 2 AEUV, dahingehend verschärft, dass das vorprozessuale Verfahren bis zur Klagserhebung durch die Kommission verkürzt wird, da die „mit Gründen versehene Stellungnahme“ der Kommission entfällt. Der allgemeine Ansatz der Kommission für die Berechnung der von ihr vorgeschlagenen finanziellen Sanktionen blieb aber im Grunde gleich.

III. Bisherige Methode der Kommission zur Berechnung finanzieller Sanktionen

1996 hatte die Kommission eine erste Mitteilung über die Anwendung von Art 228 Abs 2 EGV veröffentlicht,⁷ der 1997 eine zweite Mitteilung⁸ folgte, in der vor allem die Methode der Berechnung des Zwangsgeldes behandelt wurde. 2001 legte die Kommission in einem internen Beschluss den zur Berechnung des Zwangsgeldes zu verwendenden Koeffizienten für die Dauer des Verstoßes fest.⁹ In ihrer Mitteilung vom 12. Dezember 2005 zur Anwendung von Art 228 EGV¹⁰ konsolidierte die Kommission die von ihr für die drei einschlägigen Kriterien – Schwere des Verstoßes, Dauer des Verstoßes und erforderliche Abschreckungswirkung – festgesetzten Bedingungen und kündigte an, dass sie diese für alle Entscheidungen zur Anrufung des Gerichtshofes, die sie nach dem 1. Januar 2006 gem Art 228 EGV treffen werde, anwenden wird.

In der Folge hätte normalerweise 2009 eine erste Anpassung der Parameter der Berechnungsmethoden vorgenommen werden sollen. Angesichts der außerordentlich instabilen Wirtschaftslage

⁵ EuGH 4. 7. 2000, C-387/97, *Kommission/Griechenland*, Slg 2000, I-5047 (ECLI:EU:C:2000:356).

⁶ EuGH 12. 7. 2005, C-304/02, *Kommission/Frankreich*, Slg 2005, I-6263 (ECLI:EU:C:2005:444); vgl. *Hummer*, Teure Nichtbefolgung von Urteilen des EuGH, Wiener Zeitung vom 6. September 2006, 11.

⁷ Mitteilung der Kommission – Mitteilung über die Anwendung von Artikel 171 EG-Vertrag, ABI C 1996/242, 6.

⁸ Mitteilung der Kommission – Verfahren für die Berechnung des Zwangsgeldes nach Artikel 171 EG-Verfahren, ABI C 1997/63, 2 ff.

⁹ Dok PV(2001) 1517/2 vom 2. April 2001.

¹⁰ SEK(2005) 1658.

wurde allerdings davon abgesehen und die Anpassung erfolgte erst 2010.¹¹ Die nächste Aktualisierung der makroökonomischen Daten zur Berechnung der Pauschalbeträge und Zwangsgelder, die die Kommission dem Gerichtshof bei Vertragsverletzungsverfahren vorschlägt, erfolgte erst wieder im August 2015 und damit bereits nach der Umwandlung des Art 228 EGV in den Art 260 AEUV im Gefolge des Inkrafttretens des Vertrages von Lissabon. In dieser Mitteilung¹² wurde einmal mehr der Faktor „n“ – dieser berücksichtigt die Zahlungsfähigkeit des betreffenden Mitgliedstaates (BIP) und seine Stimmzahl im Rat – angepasst und zB für Österreich mit 4,22 festgesetzt. Die bisher letzte Mitteilung der Kommission, die noch auf der alten Berechnung des Faktors „n“ beruht,¹³ setzt diesen für Österreich nunmehr mit 4,08 fest.

IV. Aktuelle Methode der Kommission zur Berechnung finanzieller Sanktionen

Was die bisherige Berechnungsmethode für Pauschalbeträge und Tagessätze für das Zwangsgeld betrifft, kam es vor kurzem zu einem Paradigmenwechsel. Wie der Gerichtshof in seinem vorerwähnten Urteil in der Rs C-93/17¹⁴ feststellte, ist hinsichtlich der Berechnung des Faktors „n“ – was das Kriterium der Stimmengewichtung des betroffenen Mitgliedstaates im Rat betrifft – klarzustellen, dass nach Art 3 Abs 1 des Protokolls (Nr. 36) über die Übergangsbestimmungen¹⁵ am 1. November 2014 ein neues Verfahren der qualifizierten Mehrheit – nämlich das der sog „doppelten Mehrheit“ – in Kraft getreten ist.

Nach Art 3 Abs 2 des Protokolls (Nr. 36) konnten die Mitgliedstaaten bis zum 31. März 2017 noch eine Beschlussfassung auf der Grundlage der alten Regelung der qualifizierten Mehrheit beantragen. Ab dem 1. April 2017 wurde aber das System der „gewichteten“ Stimmen durch das der „doppelten Mehrheit“ ersetzt, wonach die qualifizierte Mehrheit erst dann erreicht ist, wenn sie mindestens 55 Prozent bzw – wenn der Vorschlag nicht von der Kommission oder vom Hohen Vertreter der Union für die GASP stammt – 72 Prozent der Mitglieder des Rates umfasst, sofern die von diesen vertretenen Mitgliedstaaten zusammen mindestens 65 Prozent der Bevölkerung der EU ausmachen. Diese komplexen Vorgaben können aber nicht in eine einfache Gewichtung umgerechnet und in gleicher Weise wie das bisherige System verwendet werden.

Dementsprechend apodiktisch stellt der Gerichtshof in diesem Zusammenhang in seinem Urteil auch fest: „Angesichts der Modalitäten des neuen Systems der doppelten Mehrheit und der Unterschiede, die es zum alten System der gewichteten Stimmen aufweist, ist das neue System der doppelten Mehrheit nicht direkt auf den Mechanismus zur Berechnung der Sanktion übertragbar und kann somit das alte System der gewichteten Stimmen für diese Zwecke nicht wirklich ersetzen. Wie nämlich der Generalanwalt in Nr 140 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, liefert das neue System der doppelten Mehrheit keine zufriedenstellenden Kriterien für die angemessene Feststellung der

¹¹ SEK(2010) 923/3.

¹² C(2015) 5511 final vom 5. August 2015.

¹³ C(2018) 5851 final vom 18. September 2018.

¹⁴ EuGH 14. 11. 2018, C-93/17, *Europäische Kommission/Hellenische Republik* (ECLI:EU:C:2018:903) Rn 136 ff.

¹⁵ ABI C 2016/202, 321 ff.

Zahlungsfähigkeit der Mitgliedstaaten".¹⁶ Der Gerichtshof stellt folglich – hinsichtlich der Berechnung des Faktors „n“ – nicht mehr auf das Kriterium der Anzahl der Stimmen, über die der betreffende Staat im Rat verfügt, ab, sondern stützt sich vorwiegend auf das BIP dieses Mitgliedstaates.

Da die Kommission aber unbedingt – als „abschreckenden“ Faktor – auch das „institutionelle Gewicht“ eines betroffenen Mitgliedstaates berücksichtigen möchte, musste sie diesbezüglich ein anderes Kriterium heranziehen und berücksichtigt nunmehr die Anzahl der Sitze, die jedem Mitgliedstaat im Europäischen Parlament zugewiesen werden.¹⁷ Ein weiterer Grund dafür, das „institutionelle Gewicht“ eines Mitgliedstaates in die Berechnung des Faktors „n“ einfließen zu lassen, ist der Umstand, dass die Berechnung auf der Grundlage des BIP alleine die Spanne des Faktors „n“ zwischen den Mitgliedstaaten deutlich erhöhen würde. Die Differenz zwischen dem niedrigsten und dem höchsten Faktor „n“ liegt derzeit bei 55; sie würde sich aber auf 312 erhöhen, wenn lediglich das BIP herangezogen werden würde.¹⁸ Durch die Berücksichtigung der Anzahl der Sitze im Europäischen Parlament bei der Berechnung des Faktors „n“ würde sichergestellt werden, dass sich die Differenz zwischen den Mitgliedstaaten weiterhin innerhalb einer vernünftigen Spanne bewegt.

Was den Referenzwert für den Faktor „n“ betrifft, so hat die Kommission bisher den Faktor „n“ für Luxemburg herangezogen; eine Berechnung, die aus einer Zeit stammt, in der Luxemburg das Land mit dem niedrigsten Gesamt-BIP unter den Mitgliedstaaten war. Die Kommission ist nunmehr der Ansicht, dass ein Referenzwert verwendet werden soll, der die heutige wirtschaftliche und politische Realität besser abbildet, und wird daher den Referenzwert für den Faktor „n“ dergestalt bestimmen, dass sie den Durchschnittswert beider Faktoren, nämlich des BIP und der Zahl der Abgeordneten-Sitze im Europäischen Parlament, heranzieht.¹⁹

Werden diese Faktoren aber ohne Anpassungskoeffizienten verwendet, so liegt der Referenzwert für den Faktor „n“ erheblich unter dem derzeitigen Wert. Es bedarf daher einer Anpassung, damit die von der Kommission vorgeschlagenen Beträge weiterhin verhältnismäßig und ausreichend abschreckend sind. Mit einem Anpassungsfaktor von 4,5 würden sich die Beträge dem derzeitigen Niveau annähern, ohne dass ein Mitgliedstaat mit einer Erhöhung konfrontiert wäre. Die jeweiligen einheitlichen Grundbeträge für die Berechnung des Tagessatzes für das Zwangsgeld und der Pauschalbeträge werden daher wie folgt angepasst:²⁰

- Einheitlicher Grundbetrag des Tagessatzes für das *Zwangsgeld*: $690 \text{ €} \times 4,5 = 3.105 \text{ €}$

- Einheitlicher Grundbetrag des *Pauschalbetrags*: $230 \text{ €} \times 4,4 = 1.035 \text{ €}$.

Nach derselben Logik wird auch der aktuelle Referenzmindestpauschalbetrag von 571.000 € mit dem neuen Faktor „n“ multipliziert, um den Mindestpauschalbetrag für jeden Mitgliedstaat zu berechnen. Um sicherzustellen, dass die vorgeschlagenen Beträge verhältnismäßig und ausreichend

¹⁶ EuGH 14. 11. 2018, C-93/17, *Europäische Kommission/Hellenische Republik* (ECLI:EU:C:2018:903) Rn 139 f.

¹⁷ Für die laufende Wahlperiode siehe dazu Art 3 des Beschlusses 2013/312/EU des Europäischen Rates vom 28. Juni 2013 über die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, ABl L 2013/181, 57, und Art 3 des Beschlusses 2018/937/EU des Europäischen Rates vom 28. Juni 2018 über die Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, ABl L 2018/165 I, 1 ff, für die nächste Wahlperiode, die am 2. Juli 2019 beginnt.

¹⁸ Mitteilung der Kommission C(2019) 1396 final vom 20. Februar 2019, 2, ABl C 2019/70, 1 ff.

¹⁹ Der Durchschnittswert wird wie folgt berechnet: Der Faktor „n“ ist ein geometrisches Mittel und wird als Quadratwurzel des Produkts aus den Faktoren berechnet, die auf dem BIP der Mitgliedstaaten sowie auf der Anzahl ihrer Sitze im Europäischen Parlament beruhen; Mitteilung der Kommission C(2019) 1396 final, 3.

²⁰ Mitteilung der Kommission C(2019) 1396 final, 3.

abschreckend sind, wird der Betrag auch mit dem Anpassungsfaktor wie folgt multipliziert: $571.000 \text{ €} \times 4,5 = 2.569.500 \text{ €}$. Der sich daraus ergebende Faktor „n“ je Mitgliedstaat ist in Anhang I und der sich daraus ergebende Mindestpauschalbetrag in Anhang II der Mitteilung der Kommission C(2019) 1396 final²¹ enthalten.

Die Kommission wird die angepasste Methode ab dem Tag der Veröffentlichung ihrer Mitteilung C(2019) 1396 final im Amtsblatt, dh am 25. Februar 2019, anwenden. Obwohl die nach der angepassten Methode berechneten Beträge im Vergleich zur derzeitigen Situation niedriger sein könnten, entsprechen sie eher der Praxis des Gerichtshofs, die generell niedrigere Geldbußen als die von der Kommission ihm vorgeschlagenen Beträge vorsieht.²²

Was die Konsequenzen des Ausscheidens des Vereinigten Königreichs aus der EU betrifft, so wird die Kommission – sobald der Austritt rechtswirksam wird und unabhängig davon, ob das Austrittsabkommen²³ in Kraft tritt oder nicht – die jeweiligen Durchschnittswerte neu berechnen und die in den Anhängen I und II enthaltenen Zahlen entsprechend anpassen müssen.

V. Fazit

Um nicht den Eindruck zu erwecken, dass der Kommission der vom Gerichtshof festgestellte Wechsel vom System der „gewichteten“ Stimmen im Rat zum System der „doppelten Mehrheit“ zum 1. April 2017 nicht aufgefallen sei, muss ergänzend darauf hingewiesen werden, dass dies zwar schon der Fall gewesen ist, die Kommission aber der Meinung war, dass zum Zeitpunkt der Klageerhebung – dh am 22. Februar 2017 – in der gegenständlichen Rs C-93/17 das alte System der „Stimmengewichtung“ noch nicht ausgelaufen gewesen sei – was ja tatsächlich erst am 1. April 2017 der Fall gewesen ist (sic) – sodass der Faktor, der sich aus dem alten System der Stimmengewichtung ergibt, nach wie vor eine für die Berechnung der Sanktionen zweckmäßige Bezugsbasis gewesen sei;²⁴ eine Ansicht, der der Gerichtshof allerdings nicht gefolgt ist. Er stellte vielmehr fest, dass hinsichtlich der Dauer des Verstoßes auf den Zeitpunkt abzustellen ist, zu dem der Gerichtshof den Sachverhalt würdigt, und nicht auf den Zeitpunkt, zu dem er von der Kommission angerufen worden ist.²⁵

Ob sich der Gerichtshof mit der neuen Berechnungsmethode der Kommission für Pauschalbeträge und Tagessätze für das Zwangsgeld „anfreunden“ wird, bleibt abzuwarten – er ist ja in seinem Urteil bei der Berechnung des Faktors „n“ lediglich von der Berücksichtigung des BIP des betroffenen Mitgliedstaates ausgegangen.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass sich auch unter Berücksichtigung der neuen Berechnungsmethode der Kommission an der Höhe der finanziellen Sanktionierung verurteilter, aber

²¹ Mitteilung der Kommission C(2019) 1396 final 7 f.

²² Vgl Vertragsverletzungen: Kommission passt ihre Methode zur Berechnung finanzieller Sanktionen an; https://ec.europa.eu/germany/news/20190220-vertragsverletzungen_de (abgerufen am 29. April 2019).

²³ Abkommen über den Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union und der Europäischen Atomgemeinschaft, ABl 2019, CI 66, 1 ff; siehe dazu auch Mitteilung der Kommission COM(2018) 833 final.

²⁴ EuGH 14. 11. 2018, C-93/17, *Europäische Kommission/Hellenische Republik* (ECLI:EU:C:2018:903) Rn 100.

²⁵ EuGH 14. 11. 2018, C-93/17, *Europäische Kommission/Hellenische Republik* (ECLI:EU:C:2018:903) Rn 130, unter Bezugnahme auf sein Urteil vom 31. Mai 2018 in der Rs C-251/17, *Kommission/Italien* Rn 78 (ECLI:EU:C:2018:358).

säumiger Mitgliedstaaten grundsätzlich nichts geändert hat und diese nach wie vor eine „abschreckende“ Wirkung entfaltet. Die vom Gerichtshof nunmehr regelmäßig vorgenommene Kumulierung des Pauschalbetrages mit den Tagessätzen des Zwangsgeldes erreicht tatsächlich finanzielle Dimensionen, die für einen Mitgliedstaat „schmerzhaft“ sein können.

Die Aussetzung (§ 334 StPO) im System der österreichischen Geschworenengerichtsbarkeit

Problematiken und Lösungsansätze

Christoph Zehetgruber,* Trier

Kurtzext: *Entgegen der herrschenden Ansicht, welche das Rechtsinstitut der Aussetzung einer geschworenengerichtlichen Entscheidung durch die Berufsrichter als grundsätzlich sowie inhaltlich weitestgehend unproblematisch einstuft, treten bei näherer Betrachtung doch erhebliche Friktionen im und für das System der österreichischen Geschworenengerichtsbarkeit auf. Der vorliegende Beitrag benennt und analysiert diese und versucht, Adaptierungs- und Lösungsvorschläge zu einer Neuinterpretation des § 334 StPO zu geben, welche sich systematisch und dogmatisch vertretbarer und im Ergebnis schlicht passgenauer in das derzeitige System einfügen lassen. Darüber hinaus sind jene unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten geeignet, eine (notwendige) Besserstellung der Normunterworfenen im Bereich der Aussetzung mit sich zu bringen.*

Schlagworte: *Aussetzung; Geschworenengerichtsbarkeit; Unbegründetheit; Hauptsache; Irrtum; Unanfechtbarkeit; Beschwerde; OGH; VfGH*

I. Einführung

Abhandlungen zur Geschworenengerichtsbarkeit österreichischer Prägung, insbesondere hinsichtlich deren Legitimität und der von manchen Stimmen konstatierten Reformbedürftigkeit sind Legion;¹ der vorliegende Beitrag möchte das Hauptaugenmerk insofern nicht auf die vielfach diskutierten grundsätzlichen Fragestellungen oder die Notwendigkeit der Geschworenengerichtsbarkeit in Österreich legen,² sondern ein spezifisches Rechtsinstitut innerhalb des Gesamtsystems nä-

* PD Dr. Christoph Zehetgruber ist im Sommersemester 2019 Vertreter der Professur für Strafrecht, Strafprozessrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Trier.

¹ Vgl schon Lewisch, Abschaffung der Geschworenengerichte? (2009) 2.

² Nichtsdestotrotz bezieht der Beitrag – wenngleich gewissermaßen mehr oder minder subkutan – ebenfalls Stellung zur Verortung, Notwendigkeit und Problemen der Geschworenengerichtsbarkeit als solcher in der österreichischen Rechtsordnung, wobei voranzuschicken ist, dass der Autor jener aus unterschiedlichen Gründen (etwa auf Grund der fehlenden Passgenauigkeit in Bezug auf ein grundsätzlich inquisitorisch geprägtes Strafverfahrenssystem; vgl ähnlich Lagodny, Rechtsvergleichende Fragen an die Laiengerichtsbarkeit in Österreich, in Soyser [Hrsg], Strafverteidigung – Neue Herausforderungen [2006] 13 [18, 27 f]; allgemein auch Moos, Die Begründung der Ge-

her beleuchten. Die Aussetzung der Entscheidung der Geschworenen durch den Schwurgerichtshof nach § 334 StPO wirft in diesem Zusammenhang einige dogmatisch-systemische als auch rechtspolitisch-rechtstatsächlich brisante Fragestellungen auf, welchen in der bisherigen Diskussion wenig Raum gegeben wurde.

II. Historisch-dogmatische Verortung der Aussetzung im Gesamtgefüge der StPO

Die Geschichte der österreichischen Geschworenengerichtsbarkeit ist eine durchaus wechselvolle. Die sog *Pillersdorfsche Verfassung* vom 25.4.1848 markiert deren Beginn in Österreich, wenngleich jene Spruchkörper zunächst allein für Pressesachen eingeführt wurden.³ Eine Zuständigkeit der Geschworenengerichte für schwerste und politische Straftaten wurde bereits durch die *oktroiierte Märzverfassung* und einfachgesetzlich durch die *Strafprozessordnung 1850* in das österreichische Recht inkorporiert, dann zur Gänze durch die *Silvesterpatente 1851* sowie die *Strafprozessordnung von 1853* aus dem Rechtsbestand gestrichen, verfassungsgesetzlich mit dem *Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt 1867* wiedereingeführt und durch die *Strafprozessordnung 1873* (welche hinsichtlich der Geschworenengerichte eine beinahe inhaltsgleiche Übernahme der Bestimmungen von 1850 darstellte) wiederum auch einfachgesetzlich verankert.⁴ Nach dem Zusammenbruch der österreich-ungarischen Monarchie schrieb das *B-VG 1920* das Prinzip der Laienbeteiligung in der Strafrechtspflege durch Art 91 in zweifacher Ausführung (Geschworenen- und Schöfnenzuständigkeiten) im Verfassungsrang fest.⁵ Als Folge des *Dollfuß-Putsches* im Jahre 1933 wurde die Geschworenengerichtsbarkeit mit der sog *Mai Verfassung* des Jahres 1934 für obsolet erklärt und mit dem *Strafrechtsänderungsgesetz 1934* einfachgesetzlich abgeschafft.⁶ Auch in der Zeit der nationalsozialistischen Terrorherrschaft, welche in Österreich im Jahre 1938 begann, existierten keine Geschworenengerichte in der ersten Republik; eine Wiedereinführung derselben erfolgte schließlich mit 1.1.1951, wobei einige Modifikationen zur Rechtslage vor 1934 vorgenommen wurden.⁷

Das Rechtsinstitut der Aussetzung der Geschworenenentscheidung durch einstimmige Entscheidung aller Berufsrichter (den Schwurgerichtshof)⁸ war – wie auch jenes der Monitur – bereits in der

schworenengerichtsurteile, JBl 2010, 73 [83 ff]) und in der derzeit definierten Form sowie in Bezug auf die Begründung sowie Überprüfbarkeit des geschworenengerichtlichen Urteils im Allgemeinen sehr kritisch gegenübersteht.

³ Vgl statt vieler *Lagodny* in *Soyer*, Strafverteidigung 28; *Lewis*, Geschworenengerichte 1 FN 1; *Moos*, Das Geschworenengericht in Österreich im Vergleich mit dem Kanton Zürich, in FS Rehberg (1996) 205 (207 mN in FN 7); *Moring*, Für die Stärkung einer sachgerechten Laienbeteiligung im Strafverfahren, in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Neue Herausforderungen (2006) 59 (62); *Sadoghi*, Thesen zur Geschworenengerichtsbarkeit – historische Aufarbeitung und Perspektiven (2007) 45.

⁴ Ausführlich *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 46, 48, 62-67; vgl auch *Lewis*, Geschworenengerichte 1 FN 1; *Moos* in FS Rehberg 207 mN in FN 9; *Moring* in *Soyer*, Strafverteidigung 62, 63 mN.

⁵ Näher nur *Birkbauer*, Strafprozessrecht⁴ (2018) Rn 13/3; *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 75-79; *Lewis*, Geschworenengerichte 1 FN 1.

⁶ *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Die Aussetzung der Entscheidung im Verfahren vor den Geschworenengerichten (1968) 9; *Lewis*, Geschworenengerichte 1 FN 2; *Moring* in *Soyer*, Strafverteidigung 63 f; *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 87.

⁷ *Lewis*, Geschworenengerichte 2; *Moos* in FS Rehberg 210 mN zur diesbezüglichen Diskussion in FN 10; *Moring* in *Soyer*, Strafverteidigung 64; *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 100.

⁸ VfGH 28. 6. 2017, G 344/2016 Rn 7; *Hinterhofer/Oshidari*, System des österreichischen Strafverfahrens (2017) Rn 10.2; *Lewis*, Geschworenengerichte 8; *Moos* in FS Rehberg 208; *Schroll/Schillhammer*, Rechtsmittel in Strafsachen³ (2018) Rn 12.

Strafprozessordnung von 1850 enthalten, wobei das erstgenannte aus dem französischen Recht entlehnt wurde.⁹ Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang (nicht nur aus heutiger Sicht, aber insbesondere deshalb, da ins Heute weiterwirkend) die recht undifferenzierte Inkorporation einer für die französische Strafverfahrensordnung geltenden Vorschrift in den österreichischen Rechtsbestand unter verschiedenen Aspekten: Zum einen war die Norm auf das System des französischen Strafverfahrens zugeschnitten, sodass eine Adaptierung in die österreichische Rechtsordnung im Wege der mehr oder minder exakten Übernahme (se Rechtsimports auf Grund unterschiedlicher Gesamtkonzeptionen per se fraglich erscheinen muss; zum anderen ist die Weiterentwicklung des Strafverfahrens in Österreich seit 1850 hinsichtlich der Rechte des Angeklagten in den Blick zu nehmen. Eine Strafverfahrensnorm des Jahres 1850, die in ihrer Entwicklung inhaltlich allein zu Lasten der Normunterworfenen verändert wurde, ist sehr schwierig mit heutigen rechtsstaatlichen Prinzipien, und gerade jenen, welche die Rechte des Angeklagten betreffen, in Einklang zu bringen.¹⁰ Inhaltlich differiert die Aussetzungsnorm, welche bis 1933 bestand, in eklatanter Weise von der seit 1951 bis dato in Geltung befindlichen: Während bis 1933 eine Aussetzung der Entscheidung ausschließlich zu Gunsten des Angeklagten möglich war¹¹, somit als Mittel der Bekämpfung eines „irrtümlichen“ Schuldspruchs bzw einer „irrtümlichen“ rechtlichen Beurteilung zu Lasten des Angeklagten durch die Geschworenen fungierte, und jenen somit vor ungerechtfertigten Verurteilungen bewahren sollte,¹² wurde mit Art I Z 11 der (auf dem sog „kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetz“ beruhenden) Verordnung des Bundesministers für Justiz vom 24.3.1933 (neben anderen inhaltlichen Veränderungen)¹³ die Aussetzung zu Lasten des Angeklagten in das österreichische Recht aufgenommen¹⁴ und auch nach der Wiedereinführung der Geschworenengerichtsbarkeit im Jahre 1951 beibehalten.¹⁵ Die heute bestehende Vorschrift des einschlägigen § 334 StPO stellt somit in Bezug auf einen wesentlichen inhaltlichen Teilbereich eine – wenngleich bereits vor der Machtergreifung mit Reformvorhaben begonnen wurde – ihrem Ursprung her solche des frühen austrofaschistischen Ständestaates dar. Überaus erhellend konstatiert idZ *Burgstaller*, dass die Aussetzung ihrem Zweck nach bei ihrer Einführung in Übereinstimmung mit den Intentionen des Gesetzgebers einen „nur für die Fälle der äußersten Notwendigkeit vorgesehene[n] Rechtsbehelf“ darstellte, „durch welchen zum ausschließlichen Vorteil des Angeklagten der Gefahr einer schweren Rechtsverletzung entgegengetreten werden soll“,¹⁶ und zum anderen stellt er durch die inhaltliche Veränderung der Aussetzung im Jahre 1933 eine „Wesensänderung“ hin zu einem von in Ausnahmefällen heranzuziehenden Rechtsbehelf hin zu einem „Korrektiv gegen Fehlsprüche der

⁹ *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 7 uVa § 338 StPO 1850; vgl hierzu instruktiv *Roeder*, Ist eine mehrmalige Aussetzung der Entscheidung im geschworenengerichtlichen Verfahren zulässig? JBl 1969, 586 (591); *Sadoghi*, Die Bekämpfung der Tatfrage im geschworenengerichtlichen Verfahren, JSt 2008, 78 (79); *dieselbe*, Update Geschworenengerichtsbarkeit, ÖJZ 2018, 257 (259 uVa § 338 StPO 1850 in FN 36).

¹⁰ Dies wohl umso weniger, wenn man die umfängliche Veränderung der Aussetzung im Jahre 1933 in den Blick nimmt, welche seit 1951 unverändert in § 334 StPO zu finden ist.

¹¹ Vgl § 338 StPO 1850; *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 53, 69; *dieselbe*, JSt 2008, 79; *dieselbe*, ÖJZ 2018, 259.

¹² *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 9 f mN in FN 9; *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 234.

¹³ *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 8.

¹⁴ *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 8-10; *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 85 f mN in FN 445; 234 mN in FN 1222; *dieselbe*, JSt 2008, 79; *dieselbe*, ÖJZ 2018, 259.

¹⁵ *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 9.

¹⁶ Siehe *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 9 f, unter Zitierung von *Mayer* und Hinweis auf *Rittler* in FN 8.

Geschworenen schlechthin“ fest.¹⁷ Unhinterfragt bleiben in diesem Zusammenhang bei *Burgstaller*¹⁸ freilich die Beweggründe des historischen Gesetzgebers des Jahres 1933 hinsichtlich der Änderung zu Lasten der Normunterworfenen; der Hinweis, dass vor der genannten Adaptierung der Aussetzung „eine Reihe ungerechtfertigter Freisprüche durch Geschworene“ erfolgt sei, vermag – gerade eingedenk der damaligen politischen Situation – insofern wenig Begründungskraft zu entfalten bzw deutet auf eine Korrektur der Rechtslage zu einem autoritäreren und restriktiveren Verständnis des Strafverfahrens hin.¹⁹

Aus dogmatischem Blickwinkel handelt es sich bei der (inhaltlich-umfänglich seit 1951 unverändert gebliebenen) Vorschrift der Aussetzung um eine im Gesamtsystem überaus bemerkenswerte und an sich schwierig zu integrierende Norm. Wie bereits *Sadoghi* herausgearbeitet hat, stellt § 334 StPO nach herrschender Lesart wohl weder ein Rechtsmittel noch einen Rechtsbehelf dar,²⁰ vielmehr bildet die Vorschrift ein Rechtsinstitut sui generis²¹, welches das in Art 91 Abs 2 B-VG verankerte und von Befürwortern der Geschworenengerichtsbarkeit verteidigte Prinzip, allein die Geschworenen dürften verfassungsrechtlich festgelegt bei schwersten Straftaten und bestimmten politischen Delikten entscheiden,²² allen normtheoretischen Beteuerungen²³ zum Trotz im Ergebnis ad absurdum führt.²⁴ Zwar wird den Geschworenen die Beantwortung der Schuldfrage sowie die rechtliche Beurteilung des Sachverhalts überlassen,²⁵ diese kann jedoch durch eine einstimmige Entscheidung der Berufsrichter automatisch und unbegründet ausgesetzt, dh vernichtet werden. In der Konzeption des § 334 Abs 1 StPO spiegelt sich insofern ein merkwürdiges Ressentiment

¹⁷ So auch *Sadoghi*, JSt 2008, 79 mN in FN 11; *dieselbe*, ÖJZ 2018, 259.

¹⁸ *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 10.

¹⁹ Vgl näher hinsichtlich „verfehlter Wahrsprüche“ vor Änderung der Rechtslage im Jahre 1933 *Moos* in FS Rehberg 225.

²⁰ Siehe näher *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 237, 238; *dieselbe*, JSt 2008, 80.

²¹ *Lewisch*, Zur Diskussion über die Geschworenengerichtsbarkeit: Abschaffen – Umformen – Beibehalten? AnwBl 2010, 216 (218) bezeichnet Monitur und Aussetzung als „verfahrensökonomische Quasi-Rechtsmittel“, ausgeführt durch die Berufsrichter in erster Instanz; *derselbe*, JBl 2012, 500.

²² Hierzu sei angemerkt, dass der Wortlaut des Art 91 Abs 2 B-VG ([...] „bei den mit schweren Strafen bedrohten Verbrechen, die das Gesetz zu bezeichnen hat, sowie bei allen politischen Verbrechen und Vergehen Geschworene über die Schuld des Angeklagten entscheiden“) eine solche Interpretation zwar zulässt (siehe zur hM etwa *Lewisch*, Geschworenengerichte 5 f mN; *Moos* in FS Rehberg 206 f), eine solche aber nicht zwingend ist und die differenzierte Behandlung der Geschworenen und Schöffen (welche nach dem Wortlaut der einschlägigen Vorschrift an der Rechtsprechung „teilnehmen“) in Art 91 Abs 2 und 3 B-VG zwar ein Indiz für eine sachlich unterschiedlich ausgestaltete Kompetenz sein kann, der Wortlaut jedoch nicht ausdrücklich eine derartige normiert; aA *Lewisch*, Geschworenengerichte 5 f: „Allein-Entscheidungskompetenz“ der Geschworenen nach Art 91 Abs 2 B-VG; *Huber*, Das Geschworenengericht in der Sinnkrise, JAP 2010/2011, 132; *Reindl-Krauskopf*, Argumente gegen die Geschworenengerichtsbarkeit, AnwBl 2010, 224; *Ruhri*, Ausgewählte Fragen zur Reform des Geschworenengerichtsverfahrens, AnwBl 2011, 98 (99 f); idS inzident wohl auch *Moos* in FS Rehberg 207.

²³ So etwa *Lewisch*, Geschworenengerichte 6, welcher verneint, dass im Falle der Aussetzung des Wahrspruchs durch die Berufsrichter jene durch ihre eigene Entscheidung keine Substitution der Entscheidung der Geschworenen vornehmen, sondern nur „den Weg zu [...] einem wiederholten Wahrspruch“ eröffnen; hierzu ferner VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 43; siehe auch *Hörtenhuber/Dörnhofer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1099 (1100). Ohne die Feststellung der Aussetzung (und damit sehr wohl die diesbezügliche Ersetzung bzw niemals in Geltung-Treten des Urteils der Geschworenen iSe Vernichtung desselben) kann ein zweiter Wahrspruch jedoch nicht ergehen, sodass die Entscheidung der Berufsrichter an die Stelle derjenigen der Laienrichter tritt, diese insofern sehr wohl auch hinsichtlich der Schuldfrage (temporär) substituiert.

²⁴ Vgl insofern ferner *Aistleitner*, Laiengerichtsbarkeit – wozu eigentlich? in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Neue Herausforderungen (2006) 78 (81); aA *Sadoghi*, ÖJZ 2018, 259 uVa FN 51 f auf Grund der bloßen „Kassationskompetenz des Schwurgerichtshofs“.

²⁵ Siehe allgemein nur *Moos* in FS Rehberg 207; *Moringner* in *Soyer*, Strafverteidigung 66; *Lewisch*, AnwBl 2010, 222; *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 177, 179.

des einfachen Gesetzgebers gegen die Entscheidungskompetenz der Geschworenen an sich wider,²⁶ welcher (neben den allgemeinen Rechtsmitteln und Rechtsbehelfen gegen Urteile der Geschworenen) ein zusätzliches, allein für das geschworenengerichtliche Verfahren geltendes Rechtsinstitut eingebaut hat. An der grundsätzlichen Festlegung, Geschworene in Strafverfahren entscheiden zu lassen, besteht auf Basis der verfassungs- wie einfachgesetzlichen Vorschriften in Österreich kein Zweifel. Weshalb deren Entscheidungen jedoch einer über die genannten Instrumente weit hinausgehenden, besonderen Aufhebungsmöglichkeit wie § 334 StPO unterfallen, ist unter systematischen Gesichtspunkten kaum vernünftig erklärbar,²⁷ sofern man anerkennt, dass die Geschworenenbank nicht in einem höheren Maße als andere Spruchkörper zu „Fehlurteilen“ gelangt.²⁸

III. Inhaltlich-umfängliche sowie systematische Fragestellungen und Problematiken des § 334 StPO

Im Bereich des derzeitigen Verständnisses von § 334 StPO in Rsp²⁹ und Lehre sind im Folgenden einige hinterfragenswerte Positionen in Bezug auf die Aussetzung näher zu beleuchten, kritisch zu hinterfragen und (auch unter dem Aspekt des Gesamtsystems der Geschworenengerichtbarkeit) zu würdigen.

A. Der Begriff des Irrtums in § 334 StPO

Nach hA wird der Begriff des Irrtums in § 334 Abs 1 StPO in einem überaus weiten Sinn verstanden und bei jeder Diskrepanz zwischen der getroffenen Entscheidung der Geschworenen und der einstimmig von den Berufsrichtern für richtig erachteten Beurteilung des Falles betreffend die Hauptsache angenommen.³⁰ Der Begriff der Hauptsache ist ein unbestimmter Gesetzesbegriff, der insbesondere durch Rsp und Lehre in beispielhafter Form entwickelt wurde und einzelfallbezogen ausgefüllt wird.³¹ Da das Urteil des Geschworenengerichts allein auf dem sog „Wahrspruch“ (der in gewisser Weise euphemistisch die Unfehlbarkeit der Laien zum Ausdruck bringen soll, jedoch

²⁶ IdS auch *Aistleitner* in *Soyer*, Strafverteidigung 80; so ferner schon *Roeder*, JBl 1969, 587.

²⁷ Die Aussetzung stellt insofern gleichsam eine „Instanz in der Instanz“ dar; *Sadoghi*, Geschworenengerichtbarkeit 237; *dieselbe*, JSt 2008, 80, 84.

²⁸ Siehe hierzu *Lewis*, Geschworenengerichte 33-35 unter Zugrundelegung statistischen Materials, welches keine Evidenz bezüglich der größeren Fehlerhaftigkeit geschworenengerichtlicher Entscheidungen im Vergleich zu jenen anderer Spruchkörper zu Tage fördert; so ferner *Sadoghi*, ÖJZ 2018, 259.

²⁹ Zur jüngst festgestellten, kritisch zu beurteilenden Verfassungskonformität des § 334 StPO siehe VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 28 ff; *Hörtenhuber/Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1099 (1100 f) sowie die Ausführungen unter III.D. und IV.

³⁰ Vgl *Nimmervoll*, Strafverfahren 590; *Sadoghi*, Geschworenengerichtbarkeit 236 und *dieselbe*, JSt 2008, 79: ein Irrtum liege vor, „wenn die Laien eine ihnen gestellte Frage anders beantworten, als es bei Würdigung der in der HV vorgeführten Beweise aus Sicht des Schwurgerichtshofs geboten wäre.“; ähnlich *dieselbe*, ÖJZ 2018, 259. Aussetzungsgesegnet könne somit „eine falsche Beurteilung der Tat- wie auch der Rechtsfrage sein, wenn sie sich auf die Hauptsache bezieht.“; vgl hierzu auch *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 14-16; *Fabrizy*, StPO¹³ § 334 Rn. 1; *Groschedl/Oswald/Pavlidis/Pinetz/Schaffer/Ziniel*, Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, eolex 2018, 1041 (1044); *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.35; *Kirchbacher*, Strafprozessrecht Rn 1092; *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn. 3; *Sadoghi*, Geschworenengerichtbarkeit 236; *dieselbe*, ÖJZ 2018, 259; *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁷ Rn 960 f; nuanciert different *Lewis*, JBl 2012, 500, wonach es nicht genügt, dass die Berufsrichter allein anders entschieden hätten; vielmehr müssten jene den Wahrspruch inhaltlich für irrig (also inhaltlich falsch) halten.

³¹ Vgl nur *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 17 ff, 19; *Philipp* in WK-StPO (2011) § 334 Rn 4; partiell different *Fabrizy*, StPO¹³ (2017) § 334 Rn 1.

allein formal zu verstehen ist)³² der Geschworenen beruht,³³ welcher sich aus der Gesamtheit der von den Berufsrichtern in schriftlicher Form an die Geschworenen gerichteten Fragen und deren Beantwortung ergibt³⁴ und nicht begründet ist,³⁵ ist es eklatant wichtig, zu differenzieren, welche der gestellten Fragen die Hauptsache betreffen, und somit als irrtumsgeeignet iSd § 334 StPO angesehen werden. Die Fragestellung per se dient der Präzisierung des Tatbestandes, welcher sich aus Anklage und Verfahren ergibt.³⁶ Dabei müssen die Fragen zur Schuld so detailliert sein, dass ihre Beantwortung für die Geschworenen nach dem Schema Ja/Nein möglich ist.³⁷ Nach hM sind jedenfalls die sog. „Hauptfragen“, dh jene, die selbstständig bestehen und in keinem logischen Verhältnis zu Eventual- und Zusatzfragen stehen,³⁸ etwa ob X die ihm angelastete Tat in der von der Anklage vorgebrachten Art und Weise begangen hat,³⁹ als „irrtumsgeeignet“ anzusehen. Die Beantwortung der Fragen setzt auf Seiten der Geschworenen (nach erfolgter Rechtsbelehrung) Subsumtionstätigkeit voraus,⁴⁰ sodass sich „Irrtümer“ iSd § 334 StPO sowohl auf tatsächlicher als auch rechtlicher Ebene ereignen können.⁴¹ Nach hA bilden somit Freisprüche, obwohl ein Schuldurteil zu ergehen hätte, in umgekehrter Weise Schuldsprüche, obwohl ein Freispruch zu fällen wäre, sowie ein Schuldspruch, der ein milderes oder strengeres Delikt als das korrekterweise heranzuziehende annimmt, jedenfalls „Irrtümer in der Hauptsache“.⁴² Ferner wird auch die irrtümliche Annahme eines strafsatzändernden Umstandes hinsichtlich einer an sich richtig qualifizierten Tat als Irrtum in der Hauptsache klassifiziert.⁴³

Die Aussetzung bezieht sich hierbei immer auf das Urteil, nicht aber den Wahrspruch der Geschworenen,⁴⁴ und betrifft etwa die von den Geschworenen bejahte oder verneinte Hauptfrage hinsichtlich Schuld oder Unschuld bzw eine damit in Verbindung stehende rechtliche Beurteilung durch die Laienrichter (etwa Körperverletzung mit tödlichem Ausgang statt Mord). Da der „Irrtum“ der Geschworenen, (deren „Fehlleistung“ im genannten Sinn) keine besondere Gravität aufweisen müsse,⁴⁵ könne bzw müsste der Schwurgerichtshof immer dann, wenn er einstimmig der Ansicht

³² Vgl nur *Mertens*, Die Krise der Geschworenenengerichtsbarkeit, *ecolex* 2017, 312 (313); *Moos*, JBl 2010, 76; *Steininger*, Die Anfechtung mangelhafter Tatsachenfeststellungen im Geschworenenverfahren, *ÖJZ* 1992, 686 (688).

³³ VfGH 28. 6. 2017, G 344/2016-19 Rn. 7; *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.9; *Lewis*, Geschworenenengerichtsbarkeit und faires Verfahren, JBl 2012, 496; *Mühlbacher*, Geschworenenengerichte – unbegründete Sorge? ALJ 2015, 268 (269); *Schroll/Schillhammer*, Rechtsmittel³ Rn 26.

³⁴ VfGH 28. 6. 2017, G 344/2016 Rn 7; *Bertell Venier*, Strafprozessrecht¹¹ (2018) Rn 407; *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 14; *Lewis*, AnwBl 2010, 217; *Schroll/Schillhammer*, Rechtsmittel³ Rn 22.

³⁵ Statt vieler VfGH 28. 6. 2017, G 344/2016 Rn 7; *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.9; *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁷ (2018) Rn 950; *Steininger*, Die Anfechtung mangelhafter Tatsachenfeststellungen im Geschworenenverfahren, *ÖJZ* 1992, 686 (688).

³⁶ VfGH 28. 6. 2017, G 344/2016 Rn 7; *Pilnacek*, Zur Bedeutung der Taxquet-Entscheidung des EGMR für das österreichische Geschworenenverfahren, JBl 2012, 228 (230).

³⁷ VfGH 28. 6. 2017, G 344/2016 Rn 7, 23; *Bertell Venier*, Strafprozessrecht¹¹ Rn 397; *Huber*, JAP 2010/2011, 133; *Moos*, JBl 2010, 75; *Nimmervoll*, Das Strafverfahren – Systematische Darstellung für Ausbildung und Praxis (2015) 586.

³⁸ *Pilnacek*, JBl 2012, 230.

³⁹ IdS etwa VfGH 28. 6. 2017, G 344/2016 Rn 21; *Bertell Venier*, Strafprozessrecht¹¹ Rn 400; *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.14; *Lewis*, Geschworenenengerichte 10; *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁷ Rn 910.

⁴⁰ *Huber*, JAP 2010/2011, 133; *Moring* in *Soyer*, Strafverteidigung 67.

⁴¹ Siehe FN 30.

⁴² *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 19; *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.35; *Nimmervoll*, Strafverfahren 590; *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 4; *Venier* in *Bertell Venier*, Strafprozessordnung Kommentar (2012) § 334 Rn 1.

⁴³ *Nimmervoll*, Strafverfahren 590; *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 4.

⁴⁴ *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 35 mit Erläuterungen in FN 95; *Fabrizy*, StPO¹³ § 334 Rn 1.

⁴⁵ So etwa OGH 17. 2. 2010, 15 Os 162/09a; ferner *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 3, welcher in diesem Zusammenhang von einer „besonderen Evidenz des Irrtums“, welche für eine Aussetzung jedoch nicht erforderlich wäre, spricht,

sei, die Hauptfrage anders als die Geschworenen entschieden zu haben, die Aussetzung beschließen. Das Vorliegen eines „Irrtums“ iSd § 334 StPO erschöpft sich somit in einer gedanklichen Überprüfung, ob die Berufsrichter in Bezug auf die Hauptsache ebenso wie die Geschworenen geurteilt hätten. Diese bislang weitestgehend unwidersprochen gebliebene und über Jahrzehnte tradierte Ansicht⁴⁶ verdient aus unterschiedlichen Gründen keine Zustimmung.

Bereits der Wortlaut des § 334 Abs 1 StPO indiziert mittels der Verwendung des Worts „irrt“ iSv „Irrtum“ eine andere Deutung.⁴⁷ Das Gesetz spricht ausdrücklich nicht von „Fehlern“ oder einer „anderen Beurteilung“ durch die Berufsrichter, sondern von einem Irrtum der Geschworenen in der Hauptsache. Ein Irrtum ist der Wortbedeutung nach etwas Passives, ein Ereignis, welches einer Person (oder wie hier, einer Personengruppe) geschieht, nicht jedoch etwas, was der Irrende aktiv und bewusst bei sich selbst herbeiführt; der Irrende verkennt (in nicht nachvollziehbarer Weise oder durch sachfremde Motive geleitet) vielmehr die Sach- (iSv Beweis-) oder Rechtslage. Darüber hinaus indiziert der Terminus „Irrtum“ (vgl in diesem Zusammenhang etwa das Verständnis der Täuschung über Tatsachen iSd Erregung eines Irrtums bei § 146 StGB) eine objektive, nachweisbar falsche Vorstellung von der Wirklichkeit iSe unvertretbaren Entscheidung.⁴⁸ Er suggeriert eine besonders bedeutende Fehlleistung⁴⁹, nicht jedoch eine denkmögliche, vertretbare Bewertung und Entscheidung iSd freien Beweiswürdigung.⁵⁰ Wenn die Geschworenen nun schlicht eine andere, auf Grund der Beweis- und Rechtslage vertretbare, der menschlichen Logik und den Denkgesetzen

und vermeint, die Aussetzung sei nicht „auf Fälle ‚krasser Unrichtigkeit des Wahrspruchs beschränkt‘, da eine solche Deutung „im Gesetz keine Stütze“ fände, und ferner (uVa OGH 17.2. 2010, 15 Os 162/09a) das Vorliegen erheblicher Bedenken iSd Nichtigkeitsgrundes gem § 345 Abs 1 Z 10a StPO für die Anwendung des § 334 StPO ebensowenig notwendig sei; ganz idS auch *Burgstaller in Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 16 f (welcher freilich allzu vereinfachend – wie auch *Philipp* – in keiner Weise auf die Systematik der Norm und deren Ausnahmecharakter eingeht, sondern vermeint, der Gesetzestext und die Gesetzesmaterialien würden keine Anhaltspunkte für eine einschränkende Sichtweise hins § 334 StPO bieten); OGH 17. 2. 2010, 15 Os 162/09a; *Groschedl/Oswaldl/Pavlidis/Pinetz/Schafferl/Zinief*, *ecolex* 2018, 1044; *Hinterhofer/Oshidari*, *System Rn* 10.35; nach *Nimmervoll*, Strafverfahren 590 unter Zitierung von OGH 17. 2. 2010, 15 Os 162/09a: [...] „kommt eine Aussetzung auch in „reinen Indizienprozessen“ in Betracht, in denen sich die für und gegen den Angeklagten sprechenden Beweise ungefähr die Waage halten.“; *Sadoghi*, *ÖJZ* 2018, 259 mN. Diese Ansichten mögen für die bislang herrschende Auffassung beispielhaft sein, sie verkennen jedoch die Prerogative des Verfassungsgesetzgebers in Art 91 Abs 2 B-VG hinsichtlich der Beurteilung der Schuldfrage durch die Geschworenen, den Sinn und Zweck des § 334 StPO, dessen systematische Stellung im Gesamtgefüge der StPO im Zusammenspiel mit dem Umstand als Norm sui generis sowie dessen absoluten Ausnahmecharakter und sind daher abzulehnen.

⁴⁶ Vgl insofern *Burgstaller in Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 16 f, der sich zur Untermauerung seiner Meinung mit einem Verweis auf den Gesetzeswortlaut und die Gesetzesmaterialien des § 334 StPO bescheidet, welche „nicht den geringsten Anhaltspunkt“ einer besonderen Evidenz des Irrtums böten.

⁴⁷ Nur grundsätzlich sei erwähnt, dass die Bedeutung des Begriffs „irren“ in § 334 StPO sich jedenfalls nicht als so eindeutig (wie augenscheinlich jedoch von der hM und Rsp angenommen) erweist und demnach nicht ausschließlich so verstanden werden muss, als sei jede differente Entscheidung zwischen den Geschworenen und den Berufsrichtern gemeint; vielmehr erscheint der Begriff in diesem Kontext sehr wohl auch der hier vertretenen Auslegung zugänglich zu sein bzw liegt jene sogar näher als die bisher vertretene.

⁴⁸ Vgl insofern etwa VfGH 28. 6. 2017, G 344/2016 Rn 7: „Der Überprüfung des Wahrspruchs – und damit ebenfalls der Sicherstellung der Richtigkeit des Wahrspruchs und dem Schutz vor willkürlichen Entscheidungen – dienen das Verbesserungs- bzw Monitorverfahren (§ 332 f StPO) sowie die Aussetzung (§ 334 ff StPO)“.

⁴⁹ Inzident idS wohl auch *Moos* in FS Rehberg 221 der in Bezug auf die Aussetzung des Wahrspruchs durch den Schwurgerichtshof davon spricht, dass jener „von den Berufsrichtern einstimmig für so falsch gehalten wird, daß sie das Verfahren aussetzen“ und explizit 226, wonach die Aussetzung durch die Berufsrichter nach § 334 StPO nur „krasse Fehlurteile“ erfasse; ähnlich *derselbe*, JBl 2010, 76 mN in FN 27 („Die Aussetzung [...] ist nur ein Ventil gegen offensichtlich unrichtige Wahrsprüche.“).

⁵⁰ Siehe hierzu allgemein § 258 Abs 2 StPO sowie explizit für das geschworenengerichtliche Verfahren §§ 323 Abs 2, 325 StPO sowie OGH 2. 5. 1962, 12 Os 142/62, OGH 15. 4. 1997, 11 Os 26/97, RIS-Justiz RS0100799 sowie *Nimmervoll*, Strafverfahren 585 mVa RIS-Justiz RS0100799 in FN 1372: „Sie (die Geschworenen [Anm des Verfassers]) haben nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 258 Abs 2) ihrer Überzeugung jenen Ausspruch zugrunde zu legen, der ihnen zutreffend erscheint.“.

entsprechende und in sich schlüssige, wenngleich im Ergebnis „andere“ Entscheidung in der Hauptsache als die Berufsrichter bewusst treffen, bildet diese Diskrepanz der Bewertung des Falles zwischen den beiden Gruppen (noch) keinen diesbezüglichen Irrtum, der zur Aussetzung führen sollte. Vielmehr handelt es sich in einem solchen Fall nur um das Ergebnis einer – beiden angesprochenen Entscheidungskörpern – zukommenden und wahrzunehmenden Kompetenz der freien Beweiswürdigung im Strafverfahren,⁵¹ wobei nach verfassungsrechtlicher Vorgabe ausdrücklich die Geschworenen zur Beantwortung der Schuldfrage (samt rechtlicher Beurteilung) berufen sind und ihnen daher in concreto die wesentliche Rolle des grundsätzlichen Entscheiders zukommt.⁵²

B. Der Sinn und Zweck der Aussetzung sowie zum Verhältnis der freien Beweiswürdigung im Rahmen des § 334 StPO

Wenn ferner der Sinn von § 334 StPO in der Verhinderung von Fehlurteilen der Geschworenen auf verkürztem Wege gelegen sei,⁵³ und dies unzweifelhaft ein absolut erstrebenswertes Ziel darstellt, verwundert es doch, warum der Staatsanwaltschaft und dem Angeklagten durch § 334 StPO keine Antragsmöglichkeit eingeräumt wird, dieses Ziel mitterreichen zu helfen, sondern ein solches Recht qua ausdrücklicher Wortwahl des Gesetzgebers⁵⁴ und seitens der Rsp⁵⁵ generell ausgeschlossen wird.⁵⁶ Versteht man insofern die Aussetzung als vollkommen freie Möglichkeit der Berufsrichter, in jedem Fall eine Entscheidung der Geschworenen ohne Begründung und als Folge dessen, ohne echte Anfechtungsmöglichkeit nur auf Grund ihres einstimmigen Willens auszusetzen, werden auf Grund der real in sehr geringem Maße gegebenen Überprüfungsmöglichkeit der Aussetzungsentcheidung und gleichsam automatischer Anordnung eines neuen Verfahrens durch den OGH sowohl die denkbaren Missbrauchsmöglichkeiten dieses Instruments (zumindest zweimaliges Vorgericht-Stellen einer Person wegen derselben Sache außerhalb eines echten Rechtsmittelverfahrens) als auch das der Norm innewohnende Staats- und Rechtsverständnis dieser aus 1850 stammenden Bestimmung evident. Ein derartiges Verständnis mutet in einem aufgeklärten, auf die

⁵¹ Siehe allgemein zur freien Beweiswürdigung der Geschworenen *Kirchbacher*, Einführung in das Strafprozessrecht (2018) Rn 1085 sowie *Nimmervoll*, Das Strafverfahren 584, wonach das Wesen der freien Beweiswürdigung mit den Geschworenen durch den Vorsitzenden nach Schluss der Hauptverhandlung erörtert wird. Die österreichische Verfassung bringt (durchaus aus mannigfaltigen Gründen diskussions- bzw reformwürdig) diese Kompetenz der Geschworenen zum Ausdruck; eine unterschiedliche Wertigkeit der Entscheidungsfähigkeit der Geschworenen oder Schöffen gegenüber den Berufsrichtern, eine differente Qualität ihrer Stimmen ist gerade nicht gegeben. Im Falle der schöffengerichtlichen Zuständigkeit kennt das österreichische Strafrecht etwa explizit keine wie immer ausgestaltete, höhere Wertigkeit der berufsrichterlichen Stimmen gegenüber jenen der Schöffen, wie sie inzident § 334 Abs 1 StPO im Verhältnis Geschworene – Berufsrichter zum Ausdruck bringt.

⁵² So ausdrücklich VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 30; vgl auch *Hörtenhuberl Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1099 (1100); ähnlich *Huber*, JAP 2010/2011, 136; *Sadoghi*, Geschworengerichtbarkeit 177, 179. Von *Birklbauer*, Strafprozessrecht⁴ (2018) Rn 13/10, 13/55 wird insofern zu Recht konstatiert, dass die Aussetzung der Entscheidung die Beweiswürdigung der Geschworenen korrigiert. Insofern setzt der Schwurgerichtshof (entgegen der Ansicht von *Burgstaller* in *Burgstallerl Schimal Császár*, Aussetzung 6) sehr wohl seine Auffassung über die Schuld des Angeklagten an die Stelle der Auffassung der Geschworenen, sie wird nur nicht dem Urteil zu Grunde gelegt, sondern führt zu einer neuerlichen Verhandlung.

⁵³ IdS explizit *Burgstaller* in *Burgstallerl Schimal Császár*, Aussetzung 6; *Sadoghi*, JSt 2008, 81 siehe zu diesem Aspekt auch die Ausführungen unter III.G.

⁵⁴ § 334 Abs 1 S 1 StPO idGF: „Ist der Schwurgerichtshof einstimmig der Ansicht, daß sich die Geschworenen bei ihrem Ausspruch in der Hauptsache geirrt haben, so beschließt er – ohne einen darauf abzielenden Antrag zuzulassen – , daß die Entscheidung ausgesetzt und die Sache dem Obersten Gerichtshof vorgelegt werde.“ [...].

⁵⁵ OGH 14. 12. 1995, 15 Os 101/95; vgl auch *Mayerhoferl Hollaender*, Das österreichische Strafrecht – Zweiter Teil Strafprozessordnung⁵ §§ 271 – 513 (2004) § 334 Rn 3a.

⁵⁶ Vgl *Groschedl Oswaldl Pavlidis Pinetzl Schafferl Ziniel*, eolex 2018, 1044; *Schroll* in *Soyer*, Strafverteidigung 51.

Rechte des Einzelnen zu Recht Rücksicht nehmenden Strafrechts nicht nur seltsam an, sondern ist aus rechtstaatlichen Erwägungen schlicht abzulehnen.

Für ein – im Gegensatz zur hM – restriktives Verständnis des Begriffs des Irrtums in diesem Zusammenhang spricht ferner der anerkannte Charakter der Norm des § 334 StPO als Ausnahmevorschrift: Es ist nicht überzeugend, den Umfang der Aussetzung auf jegliche unterschiedliche, wenn gleich auf den ersten Blick vertretbare geschworenengerichtliche Entscheidung in der Hauptsache auszuweiten, wenn zu deren Bekämpfung insofern ordentliche und begründungspflichtige Rechtsmittel zur möglichen Abhilfe zur Verfügung stehen. § 334 StPO ist daher nach vorzugswürdiger Ansicht keine Norm, die jederzeit herangezogen werden kann, sondern – gerade wegen der innewohnenden Durchbrechung des Prinzips des Vorrangs der Geschworenen bezüglich der Entscheidung über die Hauptsache – nur in seltensten Ausnahmefällen, und nicht bei schlicht unterschiedlicher, jedoch vertretbarer freier Beweiswürdigung greifen darf.

Darüber hinaus entspricht die Sichtweise der hM und Rsp hinsichtlich des Irrtums auch in keiner Weise der ursprünglichen Konzeption der Aussetzung, welche einerseits allein zu Gunsten des Angeklagten wirkend, diesen vor Fehlurteilen bewahren sollte, sowie andererseits nur bei augenscheinlichsten, eklatantesten Verstößen zum Tragen gelangen sollte. Die Ausweitung auf Aussetzungen auch zu Ungunsten sowie die Konzeption der Aussetzung an sich können insofern als Versuch der Rückgewinnung von Kompetenzen der Berufsrichter gegenüber den dem Grunde nach zur Entscheidung berufenen Geschworenen verstanden werden, welche nach derzeitig vorherrschendem Verständnis im Ergebnis geeignet ist, die verfassungsrechtlich fundierte Geschworenengerichtsbarkeit österreichischer Provenienz teilweise zu entwerten.

Anerkennt man insofern die Entscheidungskompetenz der Geschworenen, so ist es nur konsequent und sachgerecht, deren Entscheidung (unter Doppelverfolgungsgesichtspunkten zumindest zu Gunsten des Angeklagten) dem Grunde nach zu akzeptieren bzw nur in größten Ausnahmefällen der Aussetzung anheim fallen lassen.⁵⁷

Erst dann, wenn die Geschworenen in tatsächlicher oder rechtlicher Weise vollkommen unvertretbar entscheiden – sei es aus sachfremden Motiven wie Sympathie oder Antipathie für den Angeklagten unter Außerachtlassung der Beweis- oder unter völliger Verkennung der dargelegten Rechtslage – ihnen somit eine eklatante Fehlleistung unterläuft, irren sie iSd § 334 Abs 1 StPO, und es liegt an den Berufsrichtern, solche möglichen Fehlurteile durch die Instrumente der Monitor (bei rein formellen Fehlern des Wahrspruchs)⁵⁸ oder der Aussetzung (bei formell korrekten, aber behaupteten materiellen Irrtümern, zumindest zum Nachteil des Angeklagten)⁵⁹ nicht In-Kraft-Treten zu lassen.

⁵⁷ Vgl hierzu *Lewisich*, AnwBl 2010, 223, welcher (entgegen seiner sonstigen Ansicht [siehe 216, 218]) die Monitor und das Aussetzungsverfahren „der Willkürvermeidung der Entscheidung“ der Geschworenen dienen“ lassen möchte.

⁵⁸ *Bachner-Foregger*, Strafprozessordnung²⁴ (2018) Anm zu § 334; *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 5, 12; *Fabrizy*, StPO¹³ § 334 Rn 2; *Lewisich*, Geschworenengerichte 14, 15; *derselbe*, JBl 2012, 500; *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 1; vgl ferner *Kirchbacher*, Strafprozessrecht Rn 1091; näher zum Monitorverfahren und dessen Voraussetzungen nur *Mayerhofer/Hollaender*, Das österreichische Strafrecht – Zweiter Teil Strafprozessordnung⁵ §§ 271 – 513 (2004) § 332 Rn 3 ff.; *Nimmervoll*, Das Strafverfahren 584; *Philipp* in WK-StPO § 332 Rn 2 ff.

⁵⁹ *Bachner-Foregger*, Strafprozessordnung²⁴ Anm zu § 334; *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 5; *Fabrizy*, StPO¹³ § 334 Rn 2; *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.35; *Lewisich*, Geschworenengerichte 15 f; *derselbe*, AnwBl 2010, 223; *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁷ Rn 959.

Auch eine rechtstatsächlich-verfassungsrechtliche Betrachtung spricht für ein einschränkendes Verständnis des Irrtums und damit der Anwendung des § 334 StPO. Da es keine evidenzbasierten Ergebnisse gibt, nach welchen Geschworenengerichte häufiger Fehlurteile fällen würden als Berufsrichter, und der Verfassungsgesetzgeber sich in Österreich in bestimmten Fällen für die Geschworenengerichte entschieden hat, ist es weder gesamtsystematisch nachvollziehbar noch vernünftig oder einsichtig, weshalb den Berufsrichtern über § 334 StPO einfachgesetzlich eine im Ergebnis größere Entscheidungskompetenz hinsichtlich der Aussetzung bei vertretbaren Entscheidungen der Geschworenen eingeräumt wird.

Nach alledem konterkariert der derzeitige Anwendungsumfang des § 334 Abs 1 StPO, geprägt (auch) durch das sehr weite Verständnis des Tatbestandsmerkmals des Irrtums, die tatsächliche Entscheidungskompetenz der Geschworenen.

C. Die berufsrichterliche Aussetzungsentscheidung als amtswegig wahrzunehmende, sanktionslose Verpflichtung?

Die Ansicht der hM, der Schwurgerichtshof sei bei Einstimmigkeit bei jeglichem differenten Ergebnis in Bezug auf die Entscheidung der Geschworenen in der Hauptsache von Amts wegen zur Aussetzung verpflichtet,⁶⁰ vermag nicht zu überzeugen.⁶¹ Der Wortlaut der Norm ([...] „beschließt“) umschreibt allein das weitere Procedere nach Einstimmigkeit der Berufsrichter, sofern ein Irrtum der Geschworenen (siehe hierzu die Ausführungen unter III.A. und III.B.) vorliegt (Aussetzung, Vorlage an den OGH), erteilt jedoch keine Verpflichtung zur Aussetzung bei (schlicht) anderer Ansicht als die Geschworenen. Eine solche Verpflichtung hätte der Gesetzgeber in klarerer, unmissverständlicher Weise zum Ausdruck gebracht.⁶² Zu Ende gedacht führt eine solche Interpretation dazu, dass die von der freien Beweiswürdigung der Geschworenen abhängende Entscheidung über Schuld oder Unschuld⁶³ im Sinne eines Stufenverhältnisses Berufsrichter – Geschworene vollkommen ad absurdum geführt würde, was mit dem Normbefehl des § 91 Abs 2 B-VG nicht in Einklang zu bringen ist.⁶⁴ Auch müssten die Berufsrichter demnach bei anderer, ebenso vertretbarer, differenter Entscheidung in der Hauptsache das Urteil immer aussetzen, wären somit bei anderer Ansicht zur Vernichtung desselben von Amts wegen verpflichtet. Dies erscheint nicht überzeugend; dagegen streitet neben den angeführten Punkten auch der Umstand, dass eine insofern vorliegende Pflichtverletzung nach hM keinerlei Konsequenzen für das Verfahren (die pflichtwidrige

⁶⁰ Etwa OGH 17. 2. 2010, 15 Os 162/09a; *Danek*, Wahrheitsfindung und Prozessökonomie – Welche Rolle kommt dem Vorsitzenden in der Hauptverhandlung zu? RZ 2004, 122 (129); *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.35; *Lewisch*, Geschworenengerichte 16; *derselbe*, AnwBl 2010, 216, 218; *Nimmervoll*, Strafverfahren 590; *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbareit 235 mN in FN 1224; *Sadoghi*, JSt 2008, 79 mN in FN 12, 80; *dieselbe*, ÖJZ 2018, 259 mN; *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 8; *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁷ Rn 959; offen gelassen bei *Groschedl/Oswald/Pavlidis/Plinetz/Schaffner/Zinief*, *ecolex* 2018, 1044.

⁶¹ Vgl zur „Begründung“ dieser Auffassung etwa *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 32 mVa FN 84: („Liegen aber alle Voraussetzungen für eine Anwendung des § 334 StPO vor, ist der Schwurgerichtshof nicht bloß berechtigt, sondern auch verpflichtet. Für eine Ermessensentscheidung lässt das Gesetz keinen Raum. Das ist allgemein anerkannt“). Diese per se einer nachvollziehbaren Begründung entbehrende Ansicht wurde und wird bis heute unwidersprochen weiter getragen, siehe nur die Nachweise in FN 60.

⁶² Zu denken wäre etwa an das Wort/die Wortfolge „muss“ oder „hat [...] zu beschließen“; aA (wenngleich ohne Begründung) *Sadoghi*, JSt 2008, 79 mVa diesbezügliche Nachweise in FN 12.

⁶³ Siehe *Lewisch*, Geschworenengerichte 29.

⁶⁴ AA *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 157, 158.

Nichtvornahme der Aussetzung ist nach hM kein Nichtigkeitsgrund⁶⁵ an sich noch für den nach dieser Deutung pflichtwidrig agierenden Berufsrichter nach sich zieht, ein Ergebnis, das – entgegen der hM – eher für eine Ermessensentscheidung des Berufsrichters als eine Verpflichtung desselben spricht. Es mutet insofern doch paradox an, weshalb eine (nach herrschendem Verständnis) derart gravierende Pflichtverletzung wie das Bestehen-Lassen eines „Fehlurteils“ zu keinerlei nachteiligen Folgen führen sollte. Nach zutreffendem Verständnis statuiert § 334 StPO für das jeweilige Mitglied des Schwurgerichtshofs hingegen keine Verpflichtung zur Aussetzung, sondern lässt jenes nach dessen Ermessen entscheiden: Sofern es sich bei der Entscheidung der Geschworenen um eine auf Basis der durchgeführten Hauptverhandlung nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung in tatsächlich und rechtlicher (auf Basis der vom Vorsitzenden erteilten Rechtmittelbelehrung) Hinsicht vertretbare Entscheidung handelt, es selbst jedoch (auf Grund eigener freier Beweiswürdigung) anders entschieden hätte, liegt es – wenn überhaupt – in dessen Ermessen, ob er die genannte Entscheidung der Geschworenen, eingedenk ihrer verfassungsrechtlich eingeräumten Kompetenz, über die Schuld alleine zu entscheiden,⁶⁶ akzeptiert, oder für eine Aussetzung der Entscheidung votiert. Eine Verpflichtung, für eine solche stimmen zu müssen, besteht hingegen nicht und wird durch keinerlei Argumente (weder solche des Wortlauts der Norm noch teleologischer Natur) untermauert, sondern allein durch bzw auf die Wiedergabe einer begründungslosen Ansicht gestützt.⁶⁷

D. Zur Begründungslosigkeit der Aussetzungsentscheidung (§§ 334 Abs 1 iVm § 341 StPO)

Die Begründung einer Entscheidung besitzt dem Grunde nach zwei bedeutende Funktionen: Einerseits die Auseinandersetzung des Entscheiders mit dem Beweisstoff und den Verfahrensergebnissen in der Sache selbst; andererseits eröffnet sie eine Überprüfungsmöglichkeit der Entscheidung durch eine übergeordnete Instanz.⁶⁸ Unzweifelhaft wird die Nichtbegründetheit der geschworenenengerichtlichen Entscheidung⁶⁹ (des Wahrspruchs bzw genauer: des auf dem Wahrspruch basierenden Urteils) an sich – wengleich seitens des VfGH und OGH die Ansicht geäußert wird, ein Wahrspruch der Geschworenen enthalte (durch die mehr oder minder detaillierten Fragen) alle

⁶⁵ OGH 14. 2. 1955, 5 Os 1376/54; OGH 14. 12. 1995, 15 Os 101/95; siehe ferner *Venier* in *Bertell Venier*, Strafprozessordnung § 334 Rn 3 mN; *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 33 mN in FN 86; *Fabrizy*, StPO¹³ § 334 Rn 2; *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.35; *Mayerhofer/Hollaender*, Strafprozessrecht⁵ § 334 Rn 5; *Nimmer-voll*, Strafverfahren 590 mN in FN 1413; *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 11 mN; *Sadoghi*, JSt 2008, 80 uVa OGH 15 Os 101/95 in FN 17; *dieselbe*, ÖJZ 2018, 259; *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁷ Rn 961.

⁶⁶ Siehe *Wittek*, Für eine Laiengerichtsbarkeit in Österreich, in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Neue Herausforderungen (2006) 74 (75).

⁶⁷ Siehe FN 60 und 61.

⁶⁸ Prägnant *Mertens*, *ecolex* 2017, 313; vgl auch *Huber*, JAP 2010/2011, 136.

⁶⁹ Allgemein nur *Huber*, JAP 2010/2011, 135, 136; *Lewisch*, JBl 2012, 496; *Mertens*, *ecolex* 2017, 314. Zur nicht statt-haftenden Ersetzbarkeit der Begründung durch Bezugnahme auf die Niederschrift der Gründe, welche zur Entscheidung geführt haben (§ 331 Abs 3 StPO) sowie der diesbezüglichen Diskussion siehe nur VfGH 28. 6. 2017, G 344/2016 Rn 23; *Bertell Venier*, Strafprozessrecht¹¹ Rn 406; *Lachmann*, Zur fehlenden Begründung im Urteil des Geschworenengerichtes, AnWB 1993, 645; *Lewisch*, Geschworenengerichte 13, 14 mN; *derselbe*, AnWB 2010, 218 FN 9; *Mertens*, *ecolex* 2017, 313; *Moos*, JBl 2010, 75; *Schroll* in *Soyer*, Strafverteidigung 50; *derselbe* *Schillhammer*, Rechtsmittel in Strafsachen³ Rn 26; *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁷ Rn. 950; für eine stärkere Einbindung der Niederschrift in die Begründung votierend *Mühlbacher*, ALJ 2015, 274 f.

jene wesentlichen Sachverhaltselemente, welche zur Subsumtion erforderlich seien, „und das Urteil demnach in diesem Sinn durchaus als begründet“ zu begreifen sei⁷⁰ – unter rechtstaatlichen Gesichtspunkten, insbesondere auf Grund der gering ausgeprägten Rechtsschutzmöglichkeiten hinsichtlich der Tatsachenfeststellungen,⁷¹ beinahe einhellig und zu Recht als größtes Manko der Geschworenengerichtsbarkeit verstanden.⁷² Umso mehr verwundert in diesem Kontext der Umstand, dass hinsichtlich der Aussetzung, welche im Zusammenspiel von § 334 Abs 1 mit § 341 StPO ebenso ohne (mündliche oder schriftliche) Begründung durch den Schwurgerichtshof erfolgt, in keiner Weise eine Problematik erkannt wird.⁷³ Häufig wird in diesem Zusammenhang davon gesprochen, dass die inhaltliche Begründungslosigkeit der Aussetzung „als Korrelat zur Begründungslosigkeit des Wahrspruchs“, zu verstehen sei,⁷⁴ damit gleichsam einen Automatismus bilde, dabei jedoch die (Un-)Logik dieser Ansicht und der Grund der Begründungslosigkeit der Entscheidung der Geschworenen in keiner Weise in die Überlegungen miteinbezogen. Weshalb eine „doppelte Begründungslosigkeit“ dem Verfahren (mit Ausnahme der Beschleunigung desselben) in irgendwelcher Weise dienlich sein sollte oder weswegen eine (systembedingte) begründungslose Entscheidung der Geschworenen in Wechselbeziehung (nahegelegt durch den Begriff des Korrelats) gleichsam automatisch eine weitere solche der Berufsrichter auslösen muss, ist durch nichts indiziert, ferner kein logischer Schluss und auch im Ergebnis in einem rechtstaatlichen Verfahren nicht akzeptabel. Insofern sei vergegenwärtigt, welche vernünftigen und sachdienlichen Gründe für eine Begründungslosigkeit der Aussetzungsentscheidung durch die Berufsrichter sprechen könnten: Der Verweis, die Geschworenen müssten ihre Entscheidung auch nicht begründen, verfängt bereits wegen ihrer im Gegensatz zu den Berufsrichtern unterschiedlichen bzw zumeist nicht existenten juristischen Ausbildung, Funktion und Aufgaben im Verfahren, aus welcher sich die Begründungslosigkeit der Geschworenenentscheidung zumindest nachvollziehen lässt,⁷⁵ nicht. Einen

⁷⁰ VfGH 28. 6. 2017, G 344/2016 Rn 7, 21; OGH 26. 6. 2013, 15 Os 64/13w; OGH 15 Os 162/10b, JBl 2012, 265 (266); OGH 12 Os 48/11t, JBl 2012, 539 (540); zustimmend *Stuefer*, Anmerkung zu VfGH 14. 3. 2017, VfGH G 249/2016 ua, JSt 2017, 477 (478) mN; zu Recht kritisch hingegen *Mühlbacher*, ALJ 2015, 273 f. Darüber hinaus sei – von *Mertens*, *ecolex* 2017, 313 abgelehnt – als Reaktion auf die berühmt gewordene Entscheidung des EGMR im Fall *Taxquet/ Belgien* vom OGH die Position vertreten worden, dass die Rechtsbelehrung, die Anleitung der Geschworenen durch den vorsitzenden Richter und die Niederschrift in ihrer Gesamtheit die „fehlende“ Begründung substituieren würden; vgl hierzu etwa nur OGH 20. 1. 2010, 15 Os 181/09w.

⁷¹ Statt vieler nur *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.2.

⁷² Siehe eindeutig hierzu *Barth*, Statement, in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Neue Herausforderungen (2006) 33 (35); *Bertell Venier*, Strafprozessrecht¹¹ Rn 405; *Lachmann*, AnwBl 1993, 648 f; *Mayer*, Für eine Reform der Laiengerichtsbarkeit, in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Neue Herausforderungen (2006) 71 (72); *Mertens*, *ecolex* 2017, 312, 313, *Moos*, JBl 2010, 75-78, 87; *Mühlbacher*, ALJ 2015, 268 (272 – 274); *Reindl-Krauskopf*, AnwBl 2010, 225 mN in FN 14, 226; *Ruhri*, AnwBl 2010, 99; *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 151ff.; *Schroll* in *Soyer*, Strafverteidigung 49 f; *Wittek* in *Soyer*, Strafverteidigung 75; relativierend *Zitta*, Sollen der Wahrspruch der Geschworenen und das darauf gegründete Urteil begründet werden müssen?, AnwBl 1986, 499 (500, 503); zu weiteren (bloß exemplarisch zu nennenden) problematischen Aspekten, etwa der nichtöffentlichen Rechtsbelehrung der Geschworenen *Bertell Venier*, Strafprozessrecht¹¹ Rn 405; *Mühlbacher*, ALJ 2015, 276; *Reindl-Krauskopf*, AnwBl 2010, 225; *Ruhri*, AnwBl 2010, 99; zur (möglichen) Überforderung der Geschworenen bei der Beantwortung komplexer Rechtsfragen bei der Schuldbeurteilung sowie solcher emotionaler Natur durch das Verfahren und bloßen Sympathie- bzw Antipathieproblemen *Huber*, JAP 2010/2011, 132, 135; *Reindl-Krauskopf*, AnwBl 2010, 224 f; *Ruhri*, AnwBl 2010, 99 sowie *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.2 mN in FN 3087; ausführlich *Schroll* in *Soyer*, Strafverteidigung 49.

⁷³ Siehe bloß *Nimmervoll*, Strafverfahren 590; *Phillipp* in WK-StPO § 334 Rn 12; zu Recht aA *Mühlbacher*, ALJ 2015, 275 f, welcher einem Antrag auf Aussetzung positiv gegenübersteht; ebenso – mit eigenem Vorschlag einer diesbezüglichen Ausgestaltung – *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 240 ff.

⁷⁴ So *Lewis*, Geschworenengerichte 16; *derselbe*, JBl 2012, 500.

⁷⁵ Siehe etwa nur *Huber*, JAP 2010/2011, 132, welcher von einer diesbezüglichen Möglichkeit der Überforderung der Geschworenen spricht; ähnlich *Schroll*, Statement in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Neue Herausforderungen (2006) 47 (49).

– wie von der hM⁷⁶ ausdrücklich oder inzident vorgenommenen – Automatismus der Begründungslosigkeit für die Mitglieder des Schwurgerichtshofs in diesem Zusammenhang annehmen zu wollen, erscheint auch in Bezug auf die realen Möglichkeiten der Berufsrichter, eine solche Aussetzungsbegründung iSd Darlegung des in § 334 Abs 1 StPO genannten Irrtums der Geschworenen in der Hauptsache qua juristischer Kenntnisse und dauernder Anwesenheit in der Verhandlung bei tatsächlichem Vorliegen eines solchen vollkommen problemlos bewerkstelligen zu können, (selbst unter Beachtung der gesetzlichen Regelung des § 341 StPO) wenig überzeugend und dem Strafverfahren an sich unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten höchst abträglich.⁷⁷

Als – zumeist – juristische Laien⁷⁸ ist es den Geschworenen wohl nicht zuzumuten, ihre Erwägungen für den Wahrspruch im Stile einer gerichtlichen Entscheidung niederzuschreiben.⁷⁹ Auch eine umfangreichere Verpflichtung zur (bislang nur „kurzen“ Niederschrift) der Erwägungen der Mehrheit der Geschworenen hinsichtlich der Beantwortung der Fragen iSd § 331 Abs 3 StPO vermag in diesem Zusammenhang wegen der tatsächlich vorhandenen Überforderung keine Abhilfe zu schaffen. Weshalb jedoch die Berufsrichter des Schwurgerichtshofs (in praxi wohl der Vorsitzende des Schwurgerichtshofs), welche die gesamte Verhandlung geleitet haben und auf Grund ihrer beruflichen Fähigkeiten und Kenntnisse sehr wohl fähig sind, eine Begründung ihrer Aussetzungsentscheidung zu verfassen,⁸⁰ von einer solchen Verpflichtung nach § 341 StPO befreit sein sollen, ist gerade aus rechtsstaatlichem Blickwinkel – bloß beispielhaft sei an dieser Stelle auf das sog Doppelverfolgungsverbot auf Grund der Heranziehung eines (zumindest zu Lasten der Normunterworfenen) fragwürdigen Rechtsinstituts sui generis wie jenem des § 334 StPO sowie auf die in Österreich im Verfassungsrang stehenden Rechte auf ein effektives Rechtsmittel iSv Art 13 EMRK⁸¹ sowie auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK verwiesen – mehr als zweifelhaft. Dass somit der Grundsatz, dass behördliche, in die Rechtssphäre des Einzelnen erheblich eingreifende Entscheidungen (gerade auch um nachvollziehbar⁸² und überprüfbar zu sein) einer Begründung bedürfen,⁸³ im Bereich der mit höchsten Strafen bedrohten Delikte, die massivste Einschnitte in die persönliche Freiheit des Angeklagten bedeuten können, ausgeschaltet sein soll, ist aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht akzeptabel und wird durch den nebulösen Verweis auf ein „Korrelat“ als „Quasiautomatismus“ (wie auch durch ein etwaig gezogenes, historisches „Argument“)⁸⁴ in keiner Weise vernünftig begründet.⁸⁵ Vielmehr rückt es die Aussetzungsentscheidung des § 334 StPO (zumindest) mangels Nachvollziehbarkeit und diffiziler Überprüfbarkeit in den Bereich der Willkür.

⁷⁶ Siehe nur *Lewis*, AnWB 2010, 218; *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 12.

⁷⁷ So auch *Mühlbacher*, ALJ 2015, 276, welcher die tatsächliche Stärkung der Geschworenengerichtsbarkeit durch eine etwaige Begründungspflicht der Aussetzungsentscheidung und die daraus erwachsene, besondere Qualität der Hauptverhandlung in diesem Zusammenhang ins Treffen führt.

⁷⁸ Statt vieler *Lewis*, Geschworenengerichte 10; *derselbe*, JBl 2012, 499.

⁷⁹ *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.2; *Lewis*, AnWB 2010, 222; *derselbe*, JBl 2012, 499; *Mertens*, *ecolex* 2017, 314; *Moos*, JBl 2010, 76; *Mühlbacher*, ALJ 2015, 276; *Zitta*, AnWB 1986, 499.

⁸⁰ IdS ferner *Mühlbacher*, ALJ 2015, 276.

⁸¹ Vgl allgemein *Reindl-Krauskopf*, AnWB 2010, 226.

⁸² *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 153; *Wittek* in *Soyer*, Strafverteidigung 75.

⁸³ So allgemein zustimmungswürdig *Reindl-Krauskopf*, AnWB 2010, 226; *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 153; vgl hierzu auch *Zitta*, AnWB 1986, 499.

⁸⁴ Vgl hierzu *Mühlbacher*, ALJ 2015, 275.

⁸⁵ Die Genese der Vorschrift des heute in Geltung befindlichen § 341 StPO lässt insofern (analog zur Regelung der Aussetzung zu Lasten des Angeklagten) darüber hinaus erkennen, wessen Geistes Kind der Inhalt dieser Vorschrift ist und mag ein Indiz dafür bilden, warum die normierte Begründungslosigkeit der Aussetzung als kaum nachvollziehbar zu qualifizieren ist, stammt doch auch jene inhaltlich aus der Zeit des autoritären, austrofaschistischen

Der in diesem Zusammenhang geäußerten Ansicht des VfGH, eine mit Gründen versehene Entscheidung hinsichtlich der Aussetzung würde die Gefahr der Präjudizialität in sich bergen und die Nichtbegründetheit der Aussetzung sei sogar als wesentliches Element für die autonome Willensbildung der im zweiten Rechtsgang tätig werdenden Geschworenen zu begreifen,⁸⁶ ist entgegenzuhalten, dass eine solche Gefahr bereits nach geltender Rechtslage bei Anwendung des § 334 StPO vorhanden ist, da auch derzeit nicht auszuschließen ist, dass sich die den Fall aufs Neue zu beurteilen habenden Geschworenen im zweiten Rechtsgang an der im ersten Rechtsgang getroffenen Aussetzungsentscheidung (in welcher Weise auch immer) orientieren,⁸⁷ es also durch eine Begründung insofern nicht zu einer Änderung oder gar Verschlechterung des status quo käme. Ob für die Aussetzung Gründe genannt sind, spielt für die Frage der (möglichen) Präjudizialität somit keine Rolle. Diese Gefahr wird durch eine begründungslose Entscheidung ebenso herbeigeführt wie durch eine solche mit Gründen versehene. Die Aussetzung einer Entscheidung der Geschworenen dürfte somit immer (zumindest potentiell) präjudiziell sein, und dies unabhängig von deren Begründetheit oder (wie nach derzeit geltender Rechtslage) Begründungslosigkeit.

Darüber hinaus spricht der Wortlaut des § 334 Abs 1 S 1 StPO davon, dass der Schwurgerichtshof, sofern er einstimmig der Ansicht ist, dass die Geschworenen sich bei ihrem Ausspruch in der Hauptsache geirrt hätten, die Aussetzung der Entscheidung beschließt und die Sache dem OGH vorlegt, somit einen förmlichen Beschluss hinsichtlich der Aussetzung fasst.⁸⁸ Dem Grunde nach sind Beschlüsse gem § 86 StPO zu begründen, § 341 StPO statuiert für Beschlüsse iSd § 334 StPO eine diesbezügliche Ausnahme. Ein begründungsloser Beschluss, mithin ein begründungsloser Akt eines Gerichts, der für den ersten Rechtsgang eindeutig beendende Wirkung entfaltet und – bislang – nach dem Willen des Gesetzgebers unmittelbar zur Durchführung eines neuen Strafverfahrens führt, da dem OGH keine Prüfungsbefugnisse hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der Aussetzung

Ständestaats, wurde durch die VO der Bundesregierung vom 26. Jänner 1934, BGBl I 61/1934 (sog 1. Strafprozeßnovelle 1934) auf Grundlage des sog kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetzes in den Rechtsbestand inkorporiert (*Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 8, 11) und überdauerte inhaltlich unverändert alle weiteren rechtlichen Entwicklungen.

⁸⁶ VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 45; vgl auch *Hörtenhuber/Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1100.

⁸⁷ Eindrucksvoll in diesem Zusammenhang bereits *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 56, wonach bei difformen Wahrprüchen die Geschworenen meist in der Form entscheiden, „wie es der erste Schwurgerichtshof für richtig gehalten hätte“; siehe eindringlich-überzeugend auch *Roeder*, JBl 1969, 589, 590 unter Hinweis auf *Burgstaller* und unter Zitierung von *Schima* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Die Aussetzung der Entscheidung im Verfahren vor den Geschworenengerichten (1968) 116: („Jedenfalls wird unsere These, dass ein difformes Verdikt der zweiten Jury in der Regel weitgehend den Intentionen des Schwurgerichtshofs, der die Aussetzung beschlossen hat, entspricht, durch die empirische Untersuchung Schimas nicht nur nicht widerlegt, sondern im Gegenteil bestätigt. Denn auch er betont ausdrücklich, dass die zweite Geschworenenbank ‚weniger das Abstimmungsverhältnis der ersten Jury als der Aussetzungsbeschluss und die ihm zugrunde liegende Auffassung der Berufsrichter‘ beeindruckt.“).

⁸⁸ So *Philipp* in *WK-StPO* § 334 Rn 11 („Aussetzungsbeschluss“).

zukommen sollen,⁸⁹ (abgesehen wohl von einer inzidenten im Rahmen einer angeregten und aufgenommenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes nach § 23 StPO)⁹⁰ erscheint als überaus bedeutsame verfahrensrechtliche Entscheidung. Aus dessen Bedeutung folgt hinsichtlich des Verfahrensausgangs jedenfalls notwendigerweise (entgegen der derzeitigen, durch § 341 StPO dokumentierten Rechtslage) insofern die Begründungsbedürftigkeit, besteht ansonsten doch die Gefahr, dass der Schatten der Willkür auf derartige Vorgehensweisen fällt.⁹¹ Das System der österreichischen StPO kennt darüber hinaus ansonsten keine begründungs- und damit rechtsschutzlosen Beschlüsse vergleichbarer Qualität eines Strafgerichts, sodass gerade in diesem sensibelsten Bereich des Strafrechts ein herabgesetztes Rechtsschutzniveau mehr als fragwürdig anmutet. Eine belastbare Begründung für die Begründungslosigkeit der Aussetzungsentscheidung vermag nach alledem weder die Rechtsprechung noch die derzeitige Lehre zu bieten. Ein begründeter, mit einfachen Prüfkriterien ausgestatteter Aussetzungsbeschluss würde in diesem Zusammenhang nicht nur die Rechtslage für die Normunterworfenen verbessern und ein seit langem vergangenes Verständnis (siehe FN 85) der Vorschrift bereinigen, sondern sich auch in systematischer Hinsicht bedeutend passgenauer ins Gesamtgefüge der StPO eingliedern.

E. Die behauptete Unanfechtbarkeit der Aussetzungsentscheidung

Ohne vorhandene Begründung ist eine Anfechtbarkeit des Aussetzungsbeschlusses tatsächlich schwierig denk-,⁹² wenngleich nicht unmöglich. Hiervon unabhängig basiert die These der Unanfechtbarkeit des Aussetzungsbeschlusses schlicht auf einer über Jahrzehnte tradierten, jedoch nicht überzeugend begründeten Ansicht.⁹³ Nach hier vertretenem Verständnis bedarf es in einem

⁸⁹ *Mayerhoferl Hollaender*, Strafprozessrecht⁵ § 334 Rn 5; *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 14; *Sadoghi*, JSt 2008, 79. Der OGH ist nach dem Gesetzeswortlaut des § 334 Abs 2 StPO nur dazu ermächtigt, die Sache an ein anderes Geschworenengericht zu verweisen, er handelt insofern bloß formal, dem Grunde nach (Ausnahme: erhobene Nichtigkeitsbeschwerde nach § 23 StPO) jedoch ohne inhaltliche Prüfungscompetenz in der Sache selbst; siehe hierzu auch *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 14 (uVa OGH 12. 6. 1985, 9 Os 94/85, SSt 56/45, siehe RIS-Justiz RS0101247; jüngst OGH 12. 9. 2018, 13 Os 22/18m), wonach der OGH selbst dann, wenn er zur Auffassung käme, die Aussetzung sei zu Unrecht erfolgt, über den Weg des § 334 Abs 2 StPO jene nicht aufheben könnte, da er „nicht dazu berufen sei“, den Aufhebungsbeschluss auf seine Richtigkeit zu überprüfen; idS auch *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.35; *Sadoghi*, ÖJZ 2018, 259; *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁷ Rn 961. Ein solches Verständnis degradiert den OGH freilich in Bezug auf § 334 StPO zum reinen „Vollzugsautomaten“ der schwurgerichtlichen Aussetzungsentscheidung, und stellt die Sinnhaftigkeit der diesbezüglichen Verweisung an den OGH per se in Frage.

⁹⁰ So *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.35; *Mayerhoferl Hollaender*, Strafprozessrecht⁵ § 334 Rn 6 uVa SSt 25/27; aA wohl *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 38.

⁹¹ Vgl hierzu (wenngleich auf die allgemeine Urteilsbegründung im geschworenengerichtlichen Verfahren bezogen, jedoch durchaus auf die mögliche Begründung der Aussetzungsentscheidung übertragbar) *Reindl-Krauskopf*, AnwBl 2010, 226; instruktiv allgemein *Schroll* in *Soyer*, Strafverteidigung 50 („Begründungslose Entscheidungen stehen grundsätzlich unter dem Nimbus der Willkür.“); tendenziell ähnlich *Moos*, JBl 2010, 77.

⁹² Siehe *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 37; *Schroll* in *Soyer*, Strafverteidigung 51.

⁹³ Gemeint ist damit *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 34 mVa *Lohsing-Serini*, *Liebscher* und *Wolffin* FN 92 („Einer – über den Hinweis darauf, daß der Schwurgerichtshof einstimmig einen Irrtum in der Hauptsache angenommen hat hinausgehenden – Begründung bedarf der Aussetzungsbeschuß nicht. § 341 StPO. spricht zwar ausdrücklich nur davon, daß der Beschluß auf Aussetzung ohne Begründung zu verkünden ist, doch erscheint nicht zweifelhaft, daß das Gesetz dabei voraussetzt, daß ein solcher Beschluß auch ohne Begründung zu erlassen ist. Darüber herrscht Übereinstimmung.“); vgl ferner *Mayerhoferl Hollaender*, Strafprozessrecht⁵ § 334 Rn 5 mN. Erhellend auch die von *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 34 in FN 92 sowie 37 gebotene Zusatzbegründung der Begründungslosigkeit („Außerdem wäre eine solche Begründung auch ohne echte Funktion, da ein nach § 334 StPO. gefällter Beschluß nach allgemeiner [sic!] Auffassung unanfechtbar ist.“ [...]) „Obwohl es nicht ausdrücklich im Gesetz gesagt ist, sind sich Lehre und Rechtsprechung darin einig, daß ein Beschluß auf Aussetzung der Entscheidung unanfechtbar ist.“) und seine (uVa *Mayer*, *Rittler* und *Popescu*) gemachten Ausführungen zur Rechtslage vor der Einführung des dem heutigen § 341 StPO entsprechenden Norm im Jahre 1934, wonach „die Auffassung, ein Beschluß auf Aussetzung bedürfe keiner besonderen Begründung, auch für das

modernen, rechtsstaatlich orientierten und die Rechte des Einzelnen respektierenden Strafverfahrenssystem (gerade im höchststrafwürdigen Bereich) umfangreicher Schutzmechanismen, welche im Rahmen einer begründungslosen, schwierig anfechtbaren Entscheidung mit quasiautomatischer Neudurchführung eines Strafverfahrens trotz materiell korrekter Entscheidung der Geschworenen nicht vorhanden sind.⁹⁴ Jegliche sonstigen rechtsgang- bzw verfahrensbeendenden Entscheidungen im strafrechtlichen Bereich sind begründungspflichtig und überprüfbar. Einen vernünftigen Grund für die „Unberührbarkeit“ einer unbegründeten Aussetzung durch die Berufsrichter ist insofern nicht auszumachen.

Das derzeit favorisierte Verständnis hinsichtlich der Unanfechtbarkeit⁹⁵ steht ferner in klarer Opposition zur allgemeinen gesetzlichen Regelung hinsichtlich der Beschwerdemöglichkeit gegen gerichtliche Beschlüsse in § 87 Abs 1 StPO, unter welche der Aussetzungsbeschluss zweifelsohne zu subsumieren ist, und wonach eine Beschwerde ua der Staatsanwaltschaft und dem Beschuldigten, soweit dessen Interessen unmittelbar betroffen sind (was bei einer Aussetzung wohl jedenfalls der Fall ist), zusteht, „soweit das Gesetz im Einzelnen nichts anderes bestimmt.“ Da sowohl § 334 StPO als auch § 341 StPO als auch andere Vorschriften der StPO keinerlei wie immer ausgestaltete Sonderregelungen für den Aussetzungsbeschluss iSd § 87 Abs 1 StPO vorsehen, ist – entgegen der hA und trotz der Schwierigkeiten der inhaltlichen Ausgestaltung eines solchen mangels Begründung – sehr wohl bereits derzeit eine (direkte und ausdrückliche) Beschwerde gegen jenen möglich.⁹⁶ Die hA der Unanfechtbarkeit stellt sich damit wohl als eine solche *contra legem* dar,⁹⁷ welche augenscheinlich wesentlich auf einer – zumindest bereits über 50 Jahre alten – bloßen Annahme fußt.⁹⁸

F. § 334 Abs 4 StPO als entbehrliche Vorschrift

Selbst falls man § 334 StPO in der derzeitigen bzw einer modifizierten Form beibehalten wollte, erscheint jedenfalls die Streichung des § 334 Abs 4 StPO,⁹⁹ sowohl aus rechtsdogmatischer-systematischer und rechtspolitischer Sicht, als auch unter allgemeinen Erwägungen hinsichtlich der Ziele des Strafverfahrens angezeigt. Anerkennt man die Aussetzung *per se* als Instrument der Ver-

frühere Recht anerkannt war, obwohl es damals keine Bestimmung gab, die ausdrücklich anordnete, ein solcher Beschluß sei ohne Begründung zu verkünden.“

⁹⁴ Siehe hierzu allgemein *Reindl-Krauskopf*, AnwBl 2010, 226.

⁹⁵ So OGH 20. 8. 1964, 12 Os 162, 166-168; OGH 12. 6. 1985, 9 Os 94/85, SSt 56/45; *Burgstaller in Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 37, 38; *Fabrizy*, StPO¹³ (2017) § 334 Rn 1; *Groschedl/Oswald/Pavlidis/Pinetz/Schaffner/Zinief*, *ecolex* 2018, 1044; *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.35; *Huber*, JAP 2010/2011, 133; *Nimmervoll*, Strafverfahren 590 mN in FN 1410; *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 11; *Sadoghi*, JSt 2008, 79; *dieselbe*, ÖJZ 2018, 259; *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁷ Rn 961; *Venier* in *Bertell/Venier*, Strafprozessordnung § 334 Rn 3 mN; siehe auch *Schroll* in *Soyer*, Strafverteidigung 51.

⁹⁶ Siehe in diesem Zusammenhang *Burgstaller in Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 37 („Obwohl es nicht ausdrücklich im Gesetz gesagt ist, sind sich Lehre und Rechtsprechung einig, daß ein Beschluß auf Aussetzung der Entscheidung unanfechtbar ist.“).

⁹⁷ Vgl etwa *Lewisch*, Geschworenengerichte 16 FN 52.

⁹⁸ Siehe hierzu FN 93 und FN 96.

⁹⁹ § 334 Abs 4 StPO idGF: „Stimmt der Wahrspruch des zweiten Geschworenengerichts mit dem des ersten überein, so ist er dem Urteil zugrunde zu legen.“; diese Norm wird gemeinhin von der hM (qua diesbezüglichen Schweigens) als unproblematisch angesehen; vgl etwa *Venier* in *Bertell/Venier*, Strafprozessordnung § 334 Rn 5; *Burgstaller in Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 53-57; *Kirchbacher*, Strafprozessrecht Rn 1093; *Hinterhofer/Oshidari*, System Rn 10.36; *Huber*, JAP 2010/2011, 133; *Nimmervoll*, Strafverfahren 591; *Moos*, JBl 2010, 76; *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 22-25; *Sadoghi*, JSt 2008, 79; *Seiler*, Strafprozessrecht¹⁷ Rn 963; dagegen *Roeder*, JBl 1969, 588.

hinderung fehlerhafter (nach hier favorisierter Ansicht allein eklatant „fehlerhafter“ iS unvertretbarer) Entscheidungen der Geschworenen, kann nicht das Zusammentreffen zweier identer, unvertretbarer Entscheidungen in derselben Sache zu einer Erledigung iSd § 334 Abs 4 StPO führen, da bejahendenfalls der Sinn der Aussetzungsvorschrift an sich ad absurdum geführt würde.¹⁰⁰ Die in heutiger Zeit wohl richtigerweise als exotisch empfundene Bindungswirkung an das sog „Volksrecht“,¹⁰¹ welche aus der Entstehungsgeschichte der Geschworenengerichtsbarkeit zwar historisch erklärbar ist (so sollte der absolutistische und wenig von Individualrechten geprägte Staat seine Bürger nicht mittels Anwendung der Vorgängervorschriften des § 334 StPO ohne Gründe und Überprüfungsmöglichkeit wiederholt wegen desselben Tatvorwurfs vor ein Strafgericht stellen dürfen),¹⁰² und dem § 334 Abs 4 StPO sein Gepräge verleiht, ist unter dogmatischen, Gerechtigkeits- und Wahrheitsgesichtspunkten schlicht verfehlt: Aus zweimal tatsächlich oder rechtlich völlig unvertretbaren Entscheidungen kann in einer Zusammenschau insoweit nicht eine korrekte werden, selbst wenn die genannten Entscheidungen von zwei unterschiedlichen Geschworenengerichten getroffen wurden. Eine derartige Norm widerspricht dem Hauptziel jedes aufgeklärten und modernen Strafverfahrens, der möglichst exakten Rekonstruktion eines historischen Geschehens und der vertretbaren rechtlichen Beurteilung desselben,¹⁰³ und steht auch im Widerspruch mit allgemeinen Gerechtigkeitserwägungen. Dogmatisch stellt die in § 334 Abs 4 StPO zum Ausdruck kommende, abzulehnende Bindung an ein auf dem Wahrspruch der Geschworenen basierendes Urteil, das allein auf Grund der Aussetzung und dem identen Ergebnis in der Hauptsache nunmehr (unter den Kautelen des § 334 StPO) gelten soll, eine rechtsstaatlich bedenkliche Konstruktion sowie im Gesamtsystem des Strafverfahrensrechts einen – historisch zu erklärenden, wenngleich zu eliminierenden – Fremdkörper dar.

G. Anwendungspraxis des § 334 StPO und diesbezügliche Indizwirkung

Einleitend ist an dieser Stelle zu bemerken, dass im Moment umfangreiche Erhebungen zur Aussetzungspraxis in Österreich nicht bestehen; die insofern signifikanteste (wenngleich beinahe solitär zitierte) Studie von *Burgstaller*, *Schima* und *Császár* datiert aus dem Jahre 1968 und vermag daher kaum noch als aktuell zu gelten. Der (zumindest in jüngster Zeit wohl etwas zweifelhaft gewordene)¹⁰⁴ allgemeine Verweis darauf, dass die Aussetzung sehr selten angewendet wird,¹⁰⁵ darf

¹⁰⁰ Vgl hierzu schon *Roeder*, JBl 1969, 587f.

¹⁰¹ Vgl hierzu tendenziell befürwortend *Burgstaller* in *Burgstaller/Schima/Császár*, Aussetzung 54 FN 152 mVa *Würth*; siehe näher *Moos* in FS Rehberg 221f, welcher in Bezug auf diesen Begriff für die Akzeptanz eines Urteils das irrationale Element des Rechtsempfinden des Volkes, welches in der moralischen Überzeugung der Geschworenen seinen Ausdruck findet, benennt, jenes mit Recht als in der Geschworenengerichtsbarkeit an sich als auch explizit in § 334 Abs 4 StPO niedergelegt sieht und diesem Befund zustimmungswürdig mehr als kritisch gegenübersteht („Irrationale Rechtsfindung ist Willkür und auch inhaltlich nicht sinnvoll.“); siehe auch *derselbe*, JBl 2010, 76; ablehnend zu § 334 StPO ferner *Roeder*, JBl 1969, 587.

¹⁰² Vgl allgemein *Lewis*, Geschworenengerichte 18 („Geschworenengerichte sind ein (institutionelles) Instrument zur Beschränkung der Staatsmacht in der Strafjustiz im Interesse der Freiheitssphäre des Einzelnen.“); *derselbe*, AnwBl 2010, 216; hierzu ferner *Reindl-Krauskopf*, AnwBl 2010, 224.

¹⁰³ Siehe (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf geschworenengerichtliche Verfahren) insofern allgemein *Lewis*, Geschworenengerichte 29.

¹⁰⁴ Siehe insofern zu den Aussetzungen dreier Urteile des LG für Strafsachen Wien in einem Zeitraum von sieben Tagen OGH 28. 6. 2018, 11 Ns 37/18g; OGH 14. 5. 2018, 12 Ns 20/18i; OGH 28. 6. 2018, 12 Ns 27/18v.

¹⁰⁵ So würden (freilich unter Auswertung wenig aussagekräftiger Beobachtungszeiträume) nur ca 2,4% aller geschworenengerichtlichen Urteile ausgesetzt; siehe (trotz des Alters der Daten) *Schima* in *Burgstaller/Schima/Császár*, Aussetzung 62; *Sadoghi*, JSt 2008, 80 f; ferner (auch zu neueren Daten mit ähnlichen prozentualen Ergebnissen

an dieser Stelle jedoch nicht dazu verleiten, die Bedeutung dieses Rechtsinstituts per se zu marginalisieren bzw den Blick weg von dessen bereits in mehrfacher Hinsicht angeklungener, schwieriger Vereinbarkeit und Problematik mit dem österreichischen Geschworenengerichtssystem zu lenken.

In Bezug auf die Anwendungspraxis des § 334 StPO ist eindeutig eine bemerkenswerte Signifikanz festzustellen: Nahezu ausschließlich wird das Urteil zu Lasten des Angeklagten ausgesetzt,¹⁰⁶ als im ersten Rechtsgang ein Freispruch bzw eine rechtliche Beurteilung zu seinen Gunsten entgegen der ursprünglichen Anklage ergeht.¹⁰⁷ Dieser Umstand zeigt für die Aussetzung die in der Rechtspraxis vollzogene Abkehr von der ursprünglichen Bedeutung der Norm von einer allein zu Gunsten des Angeklagten¹⁰⁸ wirkenden hin zu einer umfassender heranziehbarer Vorschrift und illustriert die Verwendung als „Bereinigungsinstrument“ berufsrichterlicher Überzeugung.

Bezeichnend muten in diesem Zusammenhang bereits die Feststellungen von *Burgstaller* und *Schima* (siehe FN 87) an, wonach die zweite Geschworenenbank in den häufigsten Fällen nach einer Aussetzung zu einer Entscheidung iSd erstzuständigen Schwurgerichtshofs kommt, welche somit – wie dargelegt – primär zu Ungunsten des Angeklagten ausfällt; dass unter rechtstatsächlichen Gesichtspunkten eine vollkommen unbeeinflusste zweite Verhandlung tatsächlich stattfindet, erscheint daher fernliegend. Hingegen wird auf dieser Basis wohl eher von einer vorhandenen Präjudizialität des Aussetzungsbeschlusses per se (vgl III.D.) auszugehen sein bzw ist eine solche als naheliegend zu bezeichnen.¹⁰⁹

Die Aussetzung ist damit in der Rechtswirklichkeit ein im doppelten Sinn (einerseits durch das Beseitigen der ersten geschworenengerichtlichen Entscheidung, andererseits in Bezug auf die im zweiten Rechtsgang verhängte Sanktion) in beinahe ausschließlichem Maße zum Nachteil des Angeklagten wirkendes Instrument, das nach hM begründungslos herangezogen werden kann, und gegen welches keinerlei echte Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stehen. Der (wie aus

um 2%) *Lewis*, Geschworenengerichte 32-35; *derselbe*, AnwBl 2010, 224 f mN; *Moos* in FS Rehberg 227 mN in FN 76; *Sadoghi*, ÖJZ 2018, 260 mN in FN 66, 68.

¹⁰⁶ Eindeutig *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 239; *dieselbe*, JSt 2008, 81 (unter Bezugnahme auf die Daten von *Burgstaller/Schimal Császár*; *dieselbe*, ÖJZ 2018, 260. Von 50 im überprüften Zeitraum von 15 Jahren (1951 – 1965; *Schima* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 59) getroffenen Aussetzungsentscheidungen waren 48 zu Lasten des Angeklagten, und nur 2 zu dessen Gunsten erfolgt; *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 239; *dieselbe*, JSt 2008, 81 mN; *dieselbe*, ÖJZ 2018, 260 mN; *Roeder*, JBl 1969, 589; *Schima* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 67. Von jenen 50 im Untersuchungszeitraum dokumentierten Aussetzungen erfolgten nach *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 163 und *Schima* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 77 darüber hinaus 12, und damit 24% zu Unrecht, wobei es nach Auffassung der drei Studienautoren in 9 von 50 Fällen (18%) an einem Irrtum der Geschworenen fehlte, was in jedem Fall einen mehr als beachtenswerten Anteil an fehlerhaften Aussetzungen ausmacht; vgl zu jüngeren Beispielen einer Aussetzung zu Lasten nur OGH 12. 9. 2018, 13 Os 22/18m; OGH 28. 6. 2018, 12 Ns 27/18v; OGH 14. 5. 2018, 12 Ns 20/18i; *Bischof*, Wenn sich das Gericht uneins ist, https://www.wienerzeitung.at/nachrichten/wien/stadtleben/857046_Wenn-sich-das-Gericht-uneins-ist.html (Stand 23. 3. 2019); *Rueprecht*, Gott und die Geschworenen, <https://derstandard.at/1237229559289/Kommentar-der-Anderen-Gott-und-die-Geschworenen> (Stand: 23. 3. 2019).

¹⁰⁷ So *Moring* in *Soyer*, Strafverteidigung 69.

¹⁰⁸ IdS *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 240 ff; *dieselbe*, JSt 2008, 81, welche zu diesem Zeitpunkt eine Weiterentwicklung der Aussetzung (samt eigenem Vorschlag) anmahnte, davon jedoch augenscheinlich (siehe *dieselbe*, ÖJZ 2018, 260 f) wieder abgekommen sein dürfte.

¹⁰⁹ Zur insoweit (jedenfalls nicht größeren) Präjudizialität einer (pro futuro) möglicherweise begründeten, anfechtbaren sowie beantragbaren Aussetzungsentscheidung im Vergleich zur derzeit geltenden Rechtslage siehe nur die Ausführungen unter III.D. Die diesbezügliche Argumentation des VfGH in diesem Zusammenhang (siehe VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 45; *Hörtenhuber/Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018, ÖJZ 2018, 1100) vermag insoweit nicht zu überzeugen.

grundsätzlichen Erwägungen per se abzulehnende) § 334 Abs 4 StPO vermag wegen seiner (in der Praxis) vollkommenen Bedeutungslosigkeit in rechtstatsächlicher Hinsicht keine (wie immer gear-tete) Wirkung zu entfalten und ist ferner auch als Relikt eines überholten Verständnisses des Staa-tes gegenüber seinen Normunterworfenen entbehrlich.

IV. Zur Verfassungsmäßigkeit des § 334 StPO – VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018

Der Verfassungsgerichtshof wies im Jahre 2018 einen auf Aufhebung des § 334 StPO und der Wort-folge „oder den Beschluss auf Aussetzung der Entscheidung (§ 334), diesen ohne Begründung“ in § 341 StPO gerichteten Antrag ab und stellte die Verfassungsmäßigkeit der angesprochenen Best-immungen fest.¹¹⁰ Anlassfall war ein im ersten Rechtsgang einstimmig gefälltes, freisprechendes Urteil wegen ua versuchten Mordes und Brandstiftung, welches nach erfolgter Aussetzung durch das LG Graz im zweiten Rechtsgang zu einer Verurteilung nach den genannten Delikten und einer Freiheitsstrafe von neun Jahren und acht Monaten und einer Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher führte.¹¹¹ Der OGH hatte bereits in früheren Jahren keine Beden-ken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des § 334 StPO erkannt.¹¹²

Die getroffene Entscheidung des VfGH begegnet – (in Teilen) sowohl im Ergebnis, im Besonderen aber hinsichtlich der Auseinandersetzung und dem zum Ausdruck gebrachten Verständnis der Ge-schworenenengerichtbarkeit sowie der Aussetzung – Bedenken. Der VfGH führt aus, dass seiner An-sicht nach durch die Aussetzung der Entscheidung nicht in die in Art 91 Abs 2 B-VG normierte Be-urteilung der Schuldfrage durch die Geschworenen eingegriffen bzw diese beschränkt werde, da der Beschluss auf Aussetzung ja nur die Folge der Einleitung eines neuen Geschworenenprozesses bewirke.¹¹³ Darüber hinaus würden im zweiten Rechtsgang wiederum Geschworene (ohne Bin-dung an die Auffassung des die Aussetzung verfügenden Schwurgerichtshofs) über die Schuld des Angeklagten entscheiden, sodass die Mitwirkung des Volkes im Falle der Aussetzung gewahrt sei.¹¹⁴

Die insofern rein formale Sichtweise auf die Aussetzung der Entscheidung der Geschworenen im ersten Rechtsgang („Einleitung eines neuen Geschworenenprozesses“) problematisiert den in Art 91 Abs 2 B-VG zum Ausdruck kommenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung der Geschwo-renen und die verfassungsrechtlich allein jenen zugewiesene Beurteilung der Schuld im Span-nungsverhältnis zu dem in § 334 StPO einfachgesetzlich ausgedrückten, tatsächlich und rechtlich wirkenden Beurteilungsvorrang durch die Berufsrichter inhaltlich freilich in keiner Weise.

Dem getätigten Hinweis des VfGH, auch im zweiten Verfahren würden Geschworene entscheiden, ist entgegenzuhalten, dass es seltsam anmutet, weshalb der Normunterworfenen einen Austausch des Entscheiders und die Vernichtung seiner gefällten Entscheidung ohne Rechtsschutzmöglichkeit gegen sich wirken lassen muss, insbesondere dann, wenn eine staatliche Stelle diesen Austausch und die Beseitigung der Entscheidung ohne Begründung und Anfechtungsmöglichkeit verfügen

¹¹⁰ VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018; siehe auch *Hörtenhuberl Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018, ÖJZ 2018, 1099 ff.

¹¹¹ Siehe VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 4 f sowie 7.

¹¹² Siehe OGH 21. 12. 1967, 12 Os 171/67; OGH 15 Os 162/10b, JBl 2012, 265 (266); OGH 12 Os 48/11t, JBl 2012, 539 (540); OGH 10. 10. 2012, 12 Os 78/12f; vgl. ferner *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 2.

¹¹³ VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 43; *Hörtenhuberl Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1100.

¹¹⁴ VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 43; *Hörtenhuberl Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1100; siehe auch *Groschedl Oswald Pavlidis Pinetzl Schafferl Ziniel*, ecollex 2018, 1044.

kann.¹¹⁵ Die behauptete Unvoreingenommenheit der zweiten Jury (hierzu sogleich), welche bereits an dieser Stelle der VfGH-Entscheidung zum Ausdruck gelangt, verkennt darüber hinaus die tatsächlich zu konstatierende Bindung an den Aussetzungsbeschluss (vgl oben unter III.D., III.G. sowie FN 87). Auch die (überaus kurze) Darstellung des § 334 Abs 4 StPO durch den VfGH, welcher diese Bestimmung gewissermaßen als Schutznorm bezüglich des Willens der Geschworenen begreift, äußert sich leider weder zur Unlogik noch zur Wirkungsproblematik der Norm (zwei vollkommen unvertretbare, idente Entscheidungen von zwei Geschworenenbanken in der Hauptsache in ein und derselben Causa bewirken kein rechtsstaatlich akzeptables und gerechtes Ergebnis; vgl III.F.), und vermag (qua Schweigens) auch nicht darzutun, weshalb der Entscheidung der zweiten Geschworenenbank im Vergleich zu jener der ersten eine stärkere Bindungswirkung zukommen sollte.¹¹⁶

Wenn der VfGH schließlich (unter Bezugnahme auf § 334 Abs 4 StPO) annimmt, dass es „vor diesem Hintergrund [...] keinen verfassungsrechtlichen Bedenken“ begegne, „dass der Beschluss über die Aussetzung der Entscheidung gem § 341 StPO ohne Begründung zu verkünden“ sei,¹¹⁷ da sich ansonsten ja eine „(faktische) Präjudizierung des weiteren (neuen) Verfahrens“ ergeben könne, und ferner vermeint, die Begründungslosigkeit der Aussetzung stelle innerhalb des vom einfachen Gesetzgebers geschaffenen Systems der Geschworenengerichtsbarkeit ein wesentliches Element der autonomen Urteilsbildung durch die zweite Geschworenenbank dar,¹¹⁸ ist diesen Ausführungen auf Grund der dargelegten, per se existenten Präjudizialität der Aussetzungsentscheidung (ob mit oder ohne Begründung) für das zweite Verfahren nicht beizupflichten. Dass die den ersten Rechtsgang beendende Aussetzungsentscheidung unbegründet zu sein habe, ist demnach gerade kein wesentliches Element autonomer Urteilsbildung für die zweite Gruppe der Geschworenen.

Die Ansicht des Gerichtshofs, dass die fehlende Begründung der Aussetzungsentscheidung keinen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art 6 EMRK darstelle, da Entscheidungen zwar im Allgemeinen zu begründen seien, jedoch „die Begründungspflicht im Hinblick auf das Wesen einer bestimmten Entscheidung differenziert zu beantworten sein“ könne, und die Begründungslosigkeit der Aussetzungsentscheidung sich deshalb „konsistent in das in der StPO festgelegte System der Geschworenengerichtsbarkeit einfüge“, [...] „weil die Berufsrichter sonst über die ihnen zugewiesene Aufgabe hinaus eine Beurteilung der Schuldfrage darzulegen hätten“,¹¹⁹ verfängt nicht. Auch nach derzeitiger Rechtslage bringen die Berufsrichter (nicht ausdrücklich, jedoch eindeutig) durch die Aussetzungsentscheidung selbst ihre (im Verhältnis zu den Geschworenen)

¹¹⁵ Einen etwaigen Verstoß gegen das in Art 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK niedergelegte Recht, in ein und derselben Sache nicht zweimal vor Gericht gestellt oder bestraft zu werden, konnte der VfGH im Fall des § 334 StPO jedoch nicht erkennen, da ein solcher Eingriff ein rechtsgültig abgeschlossenes Strafverfahren voraussetze. Mangels eines verkündeten Urteils im Rahmen der Aussetzung sei das anhängige Strafverfahren in diesem Fall jedoch nicht beendet; siehe VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 76 f: *Hörtenhuber/Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1100; *Groschedl/Oswald/Pavlidis/Pinetz/Schafferl/Ziniel*, ecollex 2018, 1044.

¹¹⁶ Darüber hinaus schafft die (mit der Entscheidung des VfGH gleichsam abgesicherte) derzeitige Rechtslage eine „Zweiklassengesellschaft von Geschworenen“ (mit unterschiedlichen Wirkungen derer Entscheidungen): Jene, deren Entscheidung jederzeit über § 334 StPO beseitigt werden können, und jene, deren Entscheidung in Bezug auf die genannte Norm unangreifbar sind.

¹¹⁷ VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 45; *Hörtenhuber/Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1100.

¹¹⁸ VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 45; *Hörtenhuber/Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1100.

¹¹⁹ VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 58; *Hörtenhuber/Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1100; siehe auch *Groschedl/Oswald/Pavlidis/Pinetz/Schafferl/Ziniel*, ecollex 2018, 1044.

differente Beurteilung der Schuldfrage zum Ausdruck, die – wie oben dargelegt – ebenso präjudiziell wirkt wie eine solche mit Begründung. Auch in der unbegründeten Aussetzung kommt zum Ausdruck, dass alle drei Berufsrichter die Entscheidung der Geschworenen in der Hauptsache für verfehlt halten, selbst somit anders entschieden hätten.

Sofern der VfGH (im Zusammenhang mit Ausführungen zur fehlenden Begründetheit der Aussetzung) vermeint, da Art 6 EMRK keine Einrichtung eines Instanzenzugs fordere, es für die dieser Bestimmung innewohnende Garantie bereits genüge, dass ein Gericht über die Aussetzung entscheide,¹²⁰ ist mAn darauf hinzuweisen, dass nicht die formale Begründung einer weiteren Instanz den Grundsatz des fairen Verfahrens prägt, sondern dieser sich aus der inhaltlichen Ausgestaltung und den realen Möglichkeiten der Überprüfung und Änderung einer behördlichen bzw gerichtlichen Entscheidung ergibt. Die Behauptung, dass ein faires Verfahren gegeben sei, weil drei Berufsrichter über die Aussetzung entscheiden, geht deshalb fehl, weil sie nicht berücksichtigt, dass gegen deren Entscheidung nach in Österreich hA keine wirksame Rechtsschutzmöglichkeit eröffnet ist, und diese sich im Ergebnis (mangels reeller Überprüfungsmöglichkeit durch den OGH, welcher nur die zweite Verhandlung anordnet) als de facto unveränderliche darstellt. Die „einstimmige“ Entscheidung der Berufsrichter besitzt nun mE (mangels Begründung) keine (vom VfGH inzident unterstellte) besondere Qualität in Bezug auf ihre Verbindlichkeit, und dies auch deshalb nicht, weil die Berufsrichter nur darin übereinstimmen müssen, die Entscheidung auszusetzen, somit jene beseitigen zu wollen, von ihnen aber nicht auch hinsichtlich des Grundes der Aussetzung Einstimmigkeit gefordert wird.¹²¹ Eine begründungslose Entscheidung eines aus Berufsrichtern bestehenden Gerichts ist im Strafverfahren (gerade im Bereich der Geschworenengerichtsbarkeit) demnach nicht weniger dem Vorwurf der mangelnden Nachvollziehbarkeit ausgesetzt als eine vergleichbare eines allein aus Laien gebildeten oder eines „gemischt“ zusammengesetzten Gerichts. Nur auf Grund der Innehabung des Amtes eines Berufsrichters auf eine insofern qualitative Höherwertigkeit einer begründungslosen Entscheidung schließen zu wollen, überzeugt nicht.

Die Annahme des VfGH, die fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Aussetzungsentscheidung seien unbedenklich,¹²² verkennt den Normbefehl des § 87 Abs 1 letzter Satz StPO im Gesamtgefüge des österreichischen Strafverfahrens, wonach gegen einen gerichtlichen Beschluss sehr wohl eine Beschwerdemöglichkeit eröffnet sein muss, „soweit das Gesetz im Einzelnen nichts anderes bestimmt.“ Für Beschlüsse nach § 334 iVm § 341 StPO existieren aber gerade keine gesetzlichen Sonderregeln, sodass sich in Anwendung des in § 87 StPO angeordneten Grundsatzes die in der Praxis gängige und von der hM befürwortete Unanfechtbarkeit der Aussetzung sich als eine solche contra legem darstellt und sich aus rechtlichen Gründen nicht „konsistent in das in der Strafprozeßordnung 1975 festgelegte System der Geschworenengerichtsbarkeit“ einfügen kann.¹²³

¹²⁰ VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 59; *Hörtenhuber/Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1100.

¹²¹ *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 29 f; *Philipp* in WK-StPO § 334 Rn 10.

¹²² VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 32; *Hörtenhuber/Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1100; siehe ferner *Groschedl/Oswald/Pavlidis/Pinetz/Schafferl/Ziniel*, *ecolex* 2018, 1044.

¹²³ VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 58. Der Umstand der diffizilen Bekämpfungsmöglichkeit eines begründungslosen Beschlusses im Tatsächlichen kann insofern nicht zur Rechtfertigung der Unanfechtbarkeit desselben herangezogen werden: Ein solches Verständnis wäre zirkelschlüssig (so inzident jedoch VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 58; *Hörtenhuber/Dörnhöfer*, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1100), im Ergebnis unvertretbar und widerspricht eindeutig dem klaren, in § 87 Abs 1 letzter Satz StPO niedergelegten Normbefehl. Der Verweis des VfGH, wonach es im „rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liege, durch den Ausschluss eines Rechtsbehelfs Zwischenstreitigkeiten über die Rechtmäßigkeit der Aussetzung hintanzuhalten“ (VfGH 27. 6. 2018, G 28/2018 Rn 67;

V. Vorschläge de lege ferenda zu § 334 StPO

Um nach alledem den verfassungsrechtlichen, dogmatisch-systematischen sowie rechtsstaatlichen Vorgaben Genüge zu tun, sind einige Adaptierungen des § 334 StPO angezeigt, soweit jener nicht als in mehrfacher Hinsicht problematische Norm vollkommen aus dem derzeitigen Rechtsbestand gestrichen werden sollte.

Da eine Abschaffung des geschworenengerichtlichen Verfahrens in Österreich (auch auf Grund der dafür wohl notwendigen Verfassungsänderung) wie auch eine solche der Norm des § 334 StPO wohl keine reelle Umsetzungswahrscheinlichkeit in sich birgt, bescheiden sich die folgenden Ausführungen auf Empfehlungen zur derzeitigen Rechtslage, welche rechtstechnisch einfach umzusetzen und rechtspolitisch simpler zu erreichen wären und dem Charakter des verfassungsrechtlich vorgegebenen Geschworenengerichtlichen Verfahrens in Bezug auf die Aussetzung in größerem Maße entsprechen, als dies nachzeitigem Verständnis und Anwendung der Norm der Fall ist.

A. Die Aussetzung ist auf Fälle unvertretbarer Entscheidungen zu beschränken

Bekannt man sich zur Geschworenengerichtbarkeit, möchte diese ihrem Sinn und Zweck nach stärken sowie den ursprünglichen Zweck der Aussetzung, die Korrektivfunktion gegen ungerechtfertigte Schuldsprüche betonen, müsste die Aussetzungsvariante zu Lasten des Angeklagten gestrichen werden bzw die Aussetzung (bei Beibehaltung sowohl zu Gunsten als auch zu Lasten) jedenfalls auf Fälle gravierender, unvertretbarer Entscheidungen beschränkt werden. Dafür spricht der in Art 91 B-VG zum Ausdruck gebrachte, hohe Stellenwert der Geschworenengerichtbarkeit sowie die diesbezüglich konsequente, wenngleich nicht unbeschränkte Entscheidungsmacht der Geschworenen, welche durch den zugeschriebenen Inhalt der einfachgesetzlichen Norm des § 334 StPO konterkariert wird. Als Ausnahmenvorschrift sollte die Aussetzung ihrem Charakter nach rechtlich auf besonders schwerwiegende Ausnahmefälle zugeschnitten sein und keinen (wie derzeit) weit verstandenen Anwendungsbereich besitzen. Durch eine Beschränkung auf offensichtlich unvertretbare Fälle wird dem anerkannten Ausnahmecharakter des § 334 StPO, welcher in der StPO als Sondernorm firmiert, hinreichender als bislang entsprochen (siehe hierzu auch die Ausführungen unter III.A. und III.B.). Die durch das zeitige Verständnis des Umfangs des § 334 StPO zum Ausdruck gebrachte Kollision mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung zwischen Geschworenen und Berufsrichtern wäre durch eine umfängliche Begrenzung der Aussetzung auf gravierende Fehlleistungen, welche seitens der Berufsrichter begründet werden müssen, hernach echter gerichtlichen Überprüfung unterliegen sowie eine etwaige Verwerfung der Aussetzungsentscheidung und nunmehrige Verkündung des ursprünglichen Urteils der Geschworenen zur Folge haben können, in einfacher und umsetzbarer Weise (hierzu sogleich näher) zu entschärfen. Für alle weiteren (durchaus auch als gravierend zu bezeichnenden) Mängel des Urteils bliebe es bei den gängigen, begründungspflichtigen sonstigen Rechtsschutzmöglichkeiten iSd §§ 344 ff StPO.

Hörtenhuber/Dörnhöfer, VfGH G 28/2018 ÖJZ 2018, 1100), kann in diesem Zusammenhang – anders als vom Gerichtshof angenommen – auch nicht zur Rechtfertigung einer fehlenden Rechtsschutzmöglichkeit greifen, da der Gesetzgeber den Ausschluss der Rechtsschutzmöglichkeit nicht „durch Gesetz“ bestimmt, sondern (wie hier im Falle des § 334 StPO) mangels gesetzlicher Regelung von seinem Gestaltungsspielraum gerade nicht Gebrauch macht.

B. Die Aussetzung ist zu begründen, kann beantragt werden und unterliegt gerichtlicher Überprüfung

Sofern die Berufsrichter einstimmig eine Aussetzung anstreben¹²⁴, wäre diese zu begründen und unterläge (aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsvereinheitlichung) einer Anfechtungsmöglichkeit zum OGH. Für die Berufsrichter wäre eine solche Begründungsleistung auf Grund ihrer eigenen Anwesenheit in der Verhandlung und der vom Vorsitzenden vorgenommenen Rechtsmittelbelehrung und nach einem etwaig stattgefunden habenden und dokumentierten Monitурverfahren einfach zu erbringen. Die Berufsrichter können als am Verfahren unmittelbar Beteiligte und auf Grund ihrer juristischen Kenntnisse überprüfbar darlegen, weshalb sie von einem Irrtum der Laienrichter ausgehen. In einem solch skizzierten Procedere läge auch kein Ersetzen des Urteils der Geschworenen über die Schuld durch eine eigene Entscheidung der Berufsrichter, da jene nur zum Ausdruck brächten, warum ihnen (einstimmig) die Geschworenengerichtsentscheidung als grob verfehlt und somit nicht mehr vertretbar erscheint. Nur die Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit dieser Ausführungen würde in einer Überprüfung vor dem OGH behandelt werden, welcher somit allein festzustellen hätte, ob ein diesbezüglicher „Irrtum“ der Geschworenen iSd § 334 StPO zu Recht oder zu Unrecht angenommen wurde. Der OGH würde mit einem solchen Verfahren damit nicht in der Sache selbst entscheiden, sondern nur prüfen, ob der Schwurgerichtshof mit überzeugender Begründung darlegen konnte, warum er der Auffassung ist, dass die Geschworenenbank eine (tatsächlich oder rechtlich) unvertretbare Entscheidung gefällt hat. Die Beurteilung des OGH beträfe somit allein die Frage nach der Darlegung der Unvertretbarkeit, nicht jedoch eine eigene Beweiswürdigung in der Sache.

Bei Bejahung einer überzeugenden Begründung hinsichtlich einer unvertretbaren Entscheidung der Geschworenen würde der „schwebende Aussetzungsbeschluss“ des Schwurgerichtshofs Wirksamkeit erlangen und zu einer Aussetzung des ersten Urteils sowie zu einer Verweisung der Sache an ein anderes Geschworenengericht iSd § 334 Abs 2 StPO führen. Sofern der OGH den Aussetzungsbeschluss hinsichtlich der angeführten Gründe – welche sich inhaltlich freilich nicht in Floskeln oder darin erschöpfen dürften, festzustellen, dass das Schwurgericht anders entschieden hätte oder falsche rechtliche Bewertungen in der Hauptsache durch die Geschworenen getätigt worden seien, ohne diese zu benennen – nicht für überzeugend ansähe, wäre jener aufzuheben und eine Rückverweisung an das erste Gericht die Folge, welches hernach das durch die Geschworenen gesprochene Urteil verkünden müsste. Jenes bliebe danach mit allen sonstigen im Geschworenengerichtsverfahren vorgesehenen Rechtsmitteln vom Angeklagten wie der Staatsanwaltschaft bekämpfbar.

Ein solches Verfahren würde sowohl der Geschworenengerichtsbarkeit und ihrem in Art 91 Abs 2 B-VG ausgedrückten Stellenwert bedeutend mehr entsprechen als dies bis dato der Fall ist, den damit in Verbindung stehenden Grundsatz der freien Beweiswürdigung (anders als derzeit) in höherem Maße beachten und im Moment existente diesbezügliche Friktionen beseitigen, dem Gebot

¹²⁴ Oder eine solche von Seiten der Staatsanwaltschaft, des Angeklagten oder eines Privatbeteiligten beantragt würde und die Berufsrichter (gewissermaßen nach Hinweis) nach Beratung zum einstimmigen Entschluss einer Aussetzung gelangten; auch dies würde eine Veränderung des Wortlauts des § 334 Abs 1 StPO sowie des Verständnisses des Charakters der Aussetzungsnorm voraussetzen; vgl allgemein hierzu *Sadoghi*, Geschworenengerichtsbarkeit 241 f; *dieselbe*, JSt 2008, 81-84.

der Überprüfbarkeit behördlicher Entscheidungen bzw in concreto, jenem des § 87 StPO im Gegensatz zur derzeitig vertretenen Ansicht hinsichtlich der Unanfechtbarkeit entsprechen, den möglichen Missbrauch des Instruments der Aussetzung hintanhalten¹²⁵ sowie damit im Ergebnis vorhandene Rechtsschutzdefizite zu Lasten des Angeklagten wie der Staatsanwaltschaft schließen. Die vom VfGH befürchtete Präjudizialität einer durch den Schwurgerichtshof begründeten Entscheidung wäre im Übrigen (wie dargelegt) um keinen Deut größer als nach derzeitiger, auf eine Begründung verzichtender Rechtslage.

Legistisch wäre für eine solche Neuinterpretation der Aussetzung nur eine Streichung der die Begründungslosigkeit normierenden Wortfolge in § 341 StPO, eine Umformulierung bzw Ergänzung der Vorschrift des § 334 Abs 1 StPO in Bezug auf eine Möglichkeit zur Antragsstellung sowie die Etablierung eines skizzierten Überprüfungsverfahrens (unter Berücksichtigung und Adaptierung des Grundsatzes nach § 87 StPO) notwendig. Darüber hinaus bedürfte es eines (auch durch die Rsp zu transportierenden) gewandelten Verständnisses des Begriffs des Irrtums in Bezug auf die Aussetzung bei den handelnden Akteuren bzw einer gesetzlichen Definition dieses iZm § 334 StPO unbestimmten Gesetzesbegriffs.

C. § 334 Abs 4 StPO ist ersatzlos zu streichen

§ 334 Abs 4 StPO ist in seiner derzeitigen Ausgestaltung bereits aus Logik- und Gerechtigkeitserwägungen sowie als Relikt einer überholten Ansicht des Verhältnisses zwischen Staat und Bürger (siehe oben) ersatzlos zu streichen. Nach erfolgreicher Aussetzung des ersten geschworenengerichtlichen Urteils im hier dargestellten Sinn wären mehrfache Aussetzungen theoretisch unbegrenzt möglich, auf Basis der Eingeschränktheit der Aussetzung auf unvertretbare Fälle aber – auch nach den bis dato gemachten Erfahrungen mit § 334 StPO – wohl nicht sehr wahrscheinlich.

VI. Fazit

§ 334 StPO stellt in seiner derzeitigen Form in vielfacher Hinsicht einen Fremdkörper in der österreichischen Geschworenengerichtsbarkeit an sich sowie unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten dar. Sofern jedoch die Geschworenengerichtsbarkeit als solche wie auch die Aussetzung als Rechtsinstitut weiterhin ihren Platz in der österreichischen Rechtslandschaft beanspruchen werden, sind zur besseren systematischen Vereinbarkeit mit dem Gesamtsystem des österreichischen Strafverfahrens sowie (aus rechtspolitischer Sicht) zu Gunsten der Normunterworfenen Adaptierungen der Bestimmung in der dargelegten Gestalt angezeigt.

¹²⁵ Die Möglichkeit zu einem solchen nach derzeit geltender Rechtslage anerkennt auch *Burgstaller* in *Burgstaller/Schimal Császár*, Aussetzung 162 f. Durch eine Begründetheit und Überprüfbarkeit der Aussetzungsentscheidung wäre ein Missbrauch des § 334 StPO zumindest erheblich erschwert, was Rechtssicherheitsvorteile bedeutet.

Can Ownership Limit the Effectiveness of EU Consumer Contract Law Directives?

A Suggestion to Employ a 'Functional Approach'

Wolfgang Faber/Claes Martinson,* Salzburg/Gothenburg

Abstract: *Does the acquisition of ownership form a strict barrier to the application of EU consumer contract law rules? In particular: does the acquisition of ownership prevent a national court from reviewing unfair terms in a mortgage agreement? The CJEU said so in its recent judgement C-598/15 Banco Santander, where a bank itself acquired a mortgaged apartment in a forced sale. We consider this a too formal way of reasoning. In order to make a constructive suggestion of a better suited methodological alternative, we contrast this view by applying a 'functional approach' as developed in property law (especially Nordic and American). A 'functional approach' deals with each type of conflict directly and on its own merits, by involving various kinds of arguments relevant for the specific conflict without making the decision depend on broad general concepts like 'ownership'. We conclude that this kind of approach offers an appropriate framework, in particular for the difficult task of determining the scope of the 'principle of effectiveness' of consumer contract law directives.*

Keywords: *ownership, functional approach, Unfair Contract Terms Directive 93/13/EEC, principle of effectiveness, mortgage contract, enforcement procedure, EU consumer contract law*

* Wolfgang Faber, professor of civil law and comparative law, University of Salzburg; E-mail: wolfgang.faber@sbg.ac.at. Claes Martinson, associate professor of private law, University of Gothenburg; E-mail: claes.martinson@law.gu.se. We would like to thank Jur Dr Anna Wallerman and Jur Dr Andreas Moberg at the University of Gothenburg for useful comments on earlier versions of this article, as well as Professor Isabel González Pacanowska and Professor Carlos Manuel Díez Soto of the University of Murcia for providing information on the Spanish law of property and civil procedure. The usual disclaimer applies.

I. The *Banco Santander* Case as an Illustration

A. The CJEU's Use of 'Ownership' in a Consumer Contract Law Case

In its recent judgement on Case C-598/15 *Banco Santander* the Court of Justice of the European Union (CJEU)¹ had to deal with the question of whether the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)² can be applied *after the enforcement of a mortgage contract* between a consumer and a bank *has already been completed*. In that particular case, the creditor-bank which had itself acquired the mortgaged apartment in a forced sale sued the consumer-debtor to vacate the apartment. The referring Spanish court, in short, asks whether it can disapply certain national rules of civil procedure in order to protect the consumer. This question is based on the referring court's consideration that national procedural law did not allow for an *ex officio* judicial review of unfair terms³ in the foregoing enforcement proceedings and that the consumer-debtor had no possibility to raise a defence on the ground that certain terms in the mortgage contract were unfair within the meaning of the Directive.⁴

It is important to stress that, for the purposes of this article, we will not deal with the full set of facts of the *Banco Santander* case, nor will we deal with the full set of arguments taken into account by the Court in its decision. The focus will be on the role the acquisition of ownership – or in general the acquisition of a right *in rem* – should assume when deciding to apply, or not to apply, provisions to protect a consumer from the use of unfair contract terms. As far as relevant for that purpose, the facts of the case are as follows:

A consumer took a loan to buy an apartment and agreed to secure the loan by way of a mortgage (hypothec) over this dwelling. The mortgage contract, apparently based on standard forms provided by the bank, stated that if the mortgage should be enforced under specific extra-judicial enforcement proceedings, the bank should be authorised to sign the contract of sale of the mortgaged property in the name of the consumer. It also stated a fixed value on the basis of which the mortgaged apartment should be assessed in order to determine the starting price in the

¹ CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander SA v Cristobalina Sánchez López* ECLI:EU:C:2017:945. The judgement has not received much attention yet: There is an (uncritical) case note by Friedrich Graf von Westphalen, *Keine Anwendung der Richtlinie 93/13/EG (missbräuchliche Klauseln) im Rahmen der Verwertung einer hypothekarischen Sicherheit*, 3 ZEITSCHRIFT FÜR INTERNATIONALES WIRTSCHAFTSRECHT 75 (2018) and a short critical discussion provided in Wolfgang Faber and Astrid Graf-Wintersberger, *Zivilrecht und Internationales Privatrecht, Schwerpunkt Verbraucherschutz, in JAHRBUCH EUROPARECHT 2018* (Günter Herzig ed., 2019, forthcoming).

² Council Directive 93/13/EEC on unfair terms in consumer contracts [1993] OJ L95/29.

³ This refers to a vast body of CJEU case law, under which a national court is required to examine, of its own motion, the unfairness of a contractual term where it has available to it the legal and factual elements necessary for that task. See, e.g., CJEU, Case C-243/08 *Pannon GSM Zrt. v Erzsébet Sustikné Győrfi* ECLI:EU:C:2009:350; Case C-40/08 *Asturcom Telecomunicaciones SL v Cristina Rodríguez Nogueira* ECLI:EU:C:2009:615; Case C-137/08 *VB Pénzügyi Lizing Zrt v Ferenc Schneider* ECLI:EU:C:2010:659; Case C-618/10 *Banco Español de Crédito SA v Joaquín Calderón Camino* ECLI:EU:C:2012:349, and many others. For the application of this principle in (various types of) enforcement proceedings, see, e.g., CJEU, Case C-76/10 *Pohotovost' s. r. o. v Iveta Korčakovská* ECLI:EU:C:2010:685; Case C-415/11 *Mohamed Aziz v Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)* ECLI:EU:C:2013:164; Case C-470/12 *Pohotovost' s.r.o. v Miroslav Vašuta* ECLI:EU:C:2014:101; Case C-32/14 *ERSTE Bank Hungary Zrt. v Attila Sugár* ECLI:EU:C:2015:637; Case C-49/14 *Finanmadrid EFC SA v Jesús Vicente Albán Zambrano et al* ECLI:EU:C:2016:98. An extensive discussion of this line of case law has recently been provided by ANTHI BEKA, THE ACTIVE ROLE OF COURTS IN CONSUMER LITIGATION – APPLYING EU LAW OF THE NATIONAL COURTS' OWN MOTION (2018); see also Kalev Saare and Karin Sein, *Amtsermittlungspflicht der nationalen Gerichte bei der Kontrolle von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen*, 2 JOURNAL OF EUROPEAN CONSUMER AND MARKET LAW 15 (2013).

⁴ See questions 1 and 3 as stated in CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 27 and reformulated by the Court in para. 32.

auction.⁵ As the consumer did not repay her debt, the bank initiated such an extra-judicial enforcement procedure before a notary, in which the bank itself was awarded the mortgaged property for about 60% of the assessed value stated in the contract. The consumer therefore continued to owe about € 13,500. For transferring the ownership of the mortgaged apartment to the bank, the notary drew up an instrument of sale. Without any involvement of the consumer, the bank signed as the consumer's representative as seller. The bank also signed on its own behalf as buyer. This was in accordance with the representation clause in the mortgage contract. Thereupon, the bank was registered as the apartment's new owner in the land register. In the following procedure before the Spanish court, the bank sought an order, based on its right of ownership, for surrender of the apartment and the ejection of the consumer from the dwelling.⁶ The Spanish court turned to the CJEU.

The CJEU replied by first recapitulating general case law principles concerning the protection regime established by the UCTD. In particular, the CJEU noted that where a mortgage is enforced before a notary, the consumer must have a right, even at the enforcement stage, to challenge allegedly unfair contract clauses before a court.⁷ Then, as one of the main aspects in its argumentation, the CJEU emphasised that a distinction must be drawn between the procedure enforcing the mortgage on the one hand and the present procedure before the referring court on the other, in which the bank sought to enforce its newly-acquired right of ownership.⁸ The CJEU did observe that in the case at hand, the apartment owner (bank) is the same person as the mortgage creditor. However, the Court continued, any interested third party could have acquired the ownership in the course of the extra-judicial enforcement of the mortgage and could, as a result, have an interest in bringing proceedings for vacating the apartment. In such circumstances, "to allow the debtor who has granted a mortgage over that property to set up defences founded on the mortgage loan agreement against the transferee of that property, an agreement to which that transferee may nevertheless be a third party, would be liable to affect legal certainty in pre-existing proprietary relationships".⁹ The CJEU found it decisive that the basis for the bank's claim before the referring court is its ownership right in the apartment, and not the mortgage contract: (only) in the latter case, the law had required an effective review of the potential unfairness of contractual terms even at the enforcement stage. Therefore, the Court held that the consumer, in the present case,

⁵ See CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 20.

⁶ According to Article 250(1) no. 7 of the Spanish Code of Civil Procedure, the court shall rule claims, under a simplified procedure, "brought by the holders of real rights entered in the land register, for the enforcement of those rights against those who challenge or interfere in their exercise without any registered title justifying the challenge or interference". See CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 7.

⁷ See CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 38, referring to CJEU, Case C-32/14 *ERSTE Bank Hungary* para. 59. For an analysis of the latter judgement, see Wolfgang Faber and Eva Klampferer, *Zivilrecht und Internationales Privatrecht, Schwerpunkt Verbraucherschutz*, in *JAHRBUCH EUROPARECHT* 2016 281, 303 ff. (Günter Herzig ed., 2016). See also Andreas Piekenbrock, *Vollstreckungsunterwerfung und unionsrechtliche Klauselkontrolle*, 13 *ZEITSCHRIFT FÜR DAS PRIVATRECHT DER EUROPÄISCHEN UNION* 137 (2016), who, however, does not sufficiently address that the CJEU, in *ERSTE Bank Hungary*, in fact requires a possibility of judicial review in addition to the allegedly neutral role a notary plays in a private enforcement procedure.

⁸ CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 40–44.

⁹ CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 45.

cannot rely on the provisions of the UCTD in order to prevent “the recognition and protection of the owner’s real rights over that property”.¹⁰

B. Our Aims and How the *Banco Santander* Case Will Serve Them

We argue that this kind of conceptual legal reasoning – the bank acquires ownership, which has effect against everyone, therefore it must be invulnerable against consumer contract law rules for the sake of legal certainty – is too formal an approach and actually distracts from the real problems at hand. As legal researchers our aim in this article is not to show that the CJEU has rendered a wrong decision. There are additional facts and procedural implications (see section I.C. below) that may shed a different light on the overall result. Our concern is a methodological one, and we will use those facts of the *Banco Santander* case that have been stated above in order to show that it would be possible to achieve more balanced solutions by employing an alternative methodological approach.

In the subsequent chapters, we will therefore introduce a so-called ‘functional approach’, which has been applied for decades in the property law systems of the Nordic European countries and in the United States. This will be done in a general way first and then be turned into a step-by-step instruction of how to apply such an approach to an individual case (chapter II.). We will then return to the *Banco Santander* case and try to demonstrate how this case – or rather the parts of the facts that we have identified as being relevant for our purposes stated above – can be analysed by applying this ‘functional approach’ step by step (chapter III.). By doing this, we hope that the potential benefits of making use of such an approach, not only in its original environment of property law but in particular when (national) property law clashes with EU consumer protection rules, which require to be applied effectively, will become apparent. This leads us to assert that applying a ‘functional approach’ actually offers an appropriate framework for determining how far this ‘principle of effectiveness’ arising from EU consumer contract law directives should reach in a particular case or, in other words, where to delimit its scope. Chapter IV., finally, carries the discussion one step further by drawing up the hypothesis that the EU law principle of effectiveness may actually require applying an approach that, at least, comes fairly close to the ‘functional approach’ we have by then presented and applied. This may provide an opportunity of actually sharpening the way of applying the principle of effectiveness itself to a certain extent. Chapter V. will add a few conclusive remarks.

C. Further Aspects of the Case, and What We Do Not Aim at

As mentioned above, we do not make use of the full set of facts and of all arguments presented in the CJEU judgement C-598/15 *Banco Santander*. In other words, we make use of a slightly adapted version of this case in order to make the – primarily methodological – points previously mentioned. In order to avoid possible misunderstandings, we will now clarify which aspects of the case we will not consider.

(i) In particular, we will not touch upon the CJEU’s argument that, in contrast to the referring court’s submissions, the consumer apparently did have opportunities to defend herself, on the ground

¹⁰ CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 46 f. (quote from para. 47).

that the mortgage contract contained unfair terms, within the course of the mortgage enforcement procedure.¹¹ Whether this was the case or not is something we simply cannot assess. We therefore design ‘our version’ of the *Banco Santander* case as if the issue of complete consumer passivity did not arise,¹² and we will not get further into a discussion whether this argument has been raised rightly or not.¹³ The reason is that this aspect is not directly relevant for the property law implications of the case, which are our primary concern.

Another simplification is that we will not deal with the fact that the consumer in the case was helped by a fund to stay in the apartment as a tenant for some time between the completion of the enforcement procedure and the bank’s current claim for ejection.¹⁴ This, too, is not directly relevant to the property law implications of the case, although this fact may theoretically offer a reason why the consumer had little incentive to make a claim, at an earlier stage, that the contract was unfair. In Advocate General (AG) Wahl’s opinion, the aspect of this social tenancy agreement is, however, rather employed as an argument for not recommending an *ex officio* intervention.¹⁵

(ii) Also the way we deal with Spanish procedural law in this article requires some clarification: in general, we try to refer to Spanish procedural law in the same way as the CJEU and the Advocate General do it in their reasoning. This primarily means that the specific proceeding before the referring Spanish court serves the purpose of “safeguard[ing] the protection of real rights entered in the land register, irrespective of the means by which they were acquired”.¹⁶

This, as such, is a correct description, but at the same time tells only half of the truth: Under the applicable Spanish rules of civil procedure, the procedure initiated by the bank to vacate the apartment¹⁷ is a ‘summary’ procedure. This means that, first, the defendant’s defences are limited to certain grounds entailed in an exhaustive list.¹⁸ This list does not include a defence based on the invalidity of a contract term of the mortgage agreement, or the invalidity of the whole mortgage agreement, which formed the basis of the claimant’s acquisition of ownership. However, the Spanish system of transferring ownership of both movable and immovable property is a ‘causal’ transfer system. This means that the transfer, including a transfer through a forced sale in an extra-judicial enforcement procedure, must be based on a valid underlying obligation to transfer (arising,

¹¹ See CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 49, referring to AG Nils Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander SA v Cristobalina Sánchez López* ECLI:EU:C:2017:505, para. 70.

¹² The issue of consumer passivity has been dealt with, with somewhat different outcomes, in CJEU, Case C-40/08 *Asturcom* paras. 33 ff. (national court’s duty to conduct *ex officio* review affirmed) and Case C-32/14 *ERSTE Bank Hungary* paras. 62 f. (principle of effectiveness held not to require counterbalancing complete passivity of the consumer).

¹³ There may be certain doubts arising from the principle of effectiveness because according to Article 444(2) of the Spanish Code of Civil Procedure, the defendant (here: the consumer) must, if the applicant (bank) so requests, *pay a deposit fixed by the court* before the defendant can challenge a claim brought under the specific procedure used for vacating the apartment (see CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 8). The deposit to be paid in the present case was apparently € 10,000 (*ibid.*, para. 24). Where a claim for vacating her apartment has been brought precisely because the consumer could not any longer pay her dues, it is rather likely that she cannot raise the money for paying a deposit either.

¹⁴ See AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 79.

¹⁵ See AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 79–81.

¹⁶ CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 42; cf. also para. 44.

¹⁷ The procedure is governed by Article 250(1) no. 7 of the Spanish Code of Civil Procedure.

¹⁸ As provided by Article 444(2) of the Spanish Code of Civil Procedure; cf. CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 7 f.

e.g., from a contract for sale).¹⁹ Second, in this context, the ‘summary’ character of the procedure at hand means that the decision is not final; the judgement does not have the authority of *res iudicata*.²⁰ The summary character of the procedure reflects the rebuttable presumption that a property right in an immovable object exists and belongs to the person registered as its title-holder in the land register.²¹ Therefore, the defendant may be forced to vacate the property under a judgement rendered in this summary procedure. But there still is a possibility to afterwards challenge the validity of the registered title-holder’s acquisition of ownership in a ‘plenary’ procedure. A final decision on property issues can only be obtained in that latter type of procedure. If the registered title-holder’s right of ownership is ruled to be invalid in that subsequent trial, this person will be deemed to never having been the rightful owner.

This second type of procedure, which alone decides on the validity of the acquisition, is not mentioned in CJEU’s judgement; perhaps it has not been addressed in the referring court’s application for the preliminary ruling. In any case, the CJEU does not deal with the question whether it would be in line with the UCTD’s principle of effectiveness if the consumer had to leave the apartment in the first place but still had the chance to get it back in such a ‘plenary’ procedure. We will not deal with this question either, and base our article on the same simplification as appears to the readers of the CJEU case. This is not a problem in the light of our primarily methodological goals. But it should be noted that we, therefore, cannot (and do not) claim to present ‘the right solution’ for Spanish law.

The procedural clarifications made above are also important in another context. They should help to avoid drawing overly strict conclusions from the CJEU’s reasoning for other European legal systems. The Court’s argumentation has been developed against the background of what the Court understood to be Spanish (substantive and procedural) law,²² and this involves the assumption that the law of civil procedure does not provide any chance to raise a defence based on the invalidity of the acquisition. Many other European laws do not have such provisions, and it is therefore not excluded that the CJEU might come to a different conclusion if the same set of facts were arising in another Member State. The Court, in an almost hidden move at the very end of its reasoning, seems to recognise this: It states that the judgement’s result, *i.e.*, that Articles 6 and 7 UCTD are not applicable to proceedings such as those before the referring Spanish court, shall apply “*provided that ... the proceedings are independent of the legal relationship between the creditor and the consumer*”.²³

¹⁹ See Isabel González Pacanowska and Carlos Manuel Díez Soto, *National Report on the Transfer of Movables in Spain*, in NATIONAL REPORTS ON THE TRANSFER OF MOVABLES IN EUROPE, VOLUME 5 393, 537 ff. (Wolfgang Faber and Brigitta Lurger eds., 2011). We are grateful to these authors for having provided us with additional information on Spanish civil procedure law, which is reflected in this paragraph.

²⁰ Article 447(3) of the Spanish Code of Civil Procedure.

²¹ See Article 38 of the Spanish Act on Hypothecs.

²² For the importance of considering the facts of the referred case when interpreting the CJEU’s judgement, see Wolfgang Faber, *Auslegung von EuGH-Entscheidungen – Eine Annäherung anhand von Beispielen aus dem Verbraucherprivatrecht*, 139 JURISTISCHE BLÄTTER 697 (part 1) and 776 (part 2), at 707–709 (2017). This should arguably include national law in relation to which the CJEU develops its argumentation.

²³ CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 50 and in the final answer (*italics have been added by the authors*). Note that the “provided that” formula is equally present in the French version (*i.e.*, the original version) and in the Spanish version (the official language of the case before the CJEU) of the judgement, but has been translated falsely in the German version (using “because” – “da” in German – instead of “provided that”).

(iii) Finally, it should be clarified that we will, in the subsequent chapters, promote the ‘functional approach’ for the purposes of the present article; that is, reconciling national property law rules with the UCTD’s (or any other EU directive’s) principle of effectiveness. It is not the aim of this article to require national property law regimes to change towards a ‘functional approach’. For the purposes discussed in this article, a ‘functional approach’ can be applied in relation to any national property law regime.

The following will focus on the role property law concepts shall play, or shall not play, when determining the operating distance of the principle of effectiveness in EU consumer contract law.

II. A Functional Approach

There are many ways of understanding how property law concepts affect our modes of thinking. This is a topic in several academic fields, including philosophy, anthropology, economics and law.²⁴ The way we perceive our relationships and resources is to a large extent affected by the (various) concepts of ownership and the structures built around this concept. In this article we will approach the concept of ownership with what has been labelled the ‘functional approach’.²⁵ We do so because we think that this functional approach can not only be applied to property law matters as such (the legal environment where much of this approach has been developed and applied) but also where issues of (national) property law clash with norms of EU law. Specifically, we consider it applicable where property law issues clash with the UCTD’s demand for an effective review of potentially unfair terms in consumer contracts. The functional approach has been built around the conception that concepts in and of themselves should only to a limited extent influence the understanding of a legal issue.²⁶ Rather, the specific conflicts between different parties involved should be dealt with on their own merits, and concepts thereby assume the role of mere tools for communication. Hence we think that the functional approach can help to reveal instances in which the inconsiderate use of the ownership concept can affect legal thinking in ways that are potentially questionable from an EU law perspective.

²⁴ See among numerous titles the anthologies PROPERTY RELATIONS: RENEWING THE ANTHROPOLOGICAL TRADITION (Chris M. Hann ed., 1998); MICHELE GRAZIADEI AND LIONEL SMITH, COMPARATIVE PROPERTY LAW: GLOBAL PERSPECTIVES (2017). Also, to just mention some of the classical works on property: JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT (first published 1689, reprint 1947); GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, OUTLINES OF THE PHILOSOPHY OF RIGHT (T. M. Knox tr., 2008).

²⁵ For the term ‘functional approach’ see, in the English language, e.g., Felix Cohen, *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, 35 COLUMBIA LAW REVIEW 809 (1935); MARTIN LILJA, TRANSFER OF MOVABLE PROPERTY UNDER U.S. LAW DISCUSSED FROM A FUNCTIONAL PERSPECTIVE (2014); Claes Martinson, *The Scandinavian Approach to Property Law, Described through Six Common Legal Concepts*, 22 JURIDICA INTERNATIONAL 16 (2014); Claes Martinson, *How Swedish Lawyers Think about ‘Ownership’ and ‘Transfer of Ownership’*, in RULES FOR THE TRANSFER OF MOVABLES 69 (Wolfgang Faber and Birgitta Lurger eds., 2008); Wolfgang Faber, *Scepticism about the Functional Approach from a Unitary Perspective*, in RULES FOR THE TRANSFER OF MOVABLES 97 (Wolfgang Faber and Birgitta Lurger eds., 2008). In the Nordic legal discussion the word ‘pragmatism’ has also been used; see SVERRE BLANDHOL, NORDISK RETTSPRAGMATISME: SAVIGNY, ØRSTED OG SCHWEIGAARD OM VITENSKAP OG METODE (2005). Perhaps the approach should rather be described as the ‘functionalistic approach’ since this emphasises that it is a matter of describing a style of legal thinking, rather than describing that this way of thinking is actually more functional or better-working than other styles of legal thinking.

²⁶ As the reader may notice, we have here turned to call it “the” functional approach, although in the headings of this section we prefer “a” functional approach. We do this since our ambition is not to promote a certain approach to legal thinking because of its background, or because we think specific functional thoughts should be used in a specific manner. Rather, what we would like to show is how legal thinking can be developed in a direction inspired by functional thoughts, with a skepticism towards too much emphasis on conceptual thinking.

What we will explain in this chapter is, first, why functionalist approaches developed in Scandinavia and in the United States (section II.A.). This is not a historical exposé, but rather an explanation to how the aims of the functionalists are understood today. Against this background we will present a short step-by-step instruction of how the functionalist approach can be used when dealing with property law issues in general, or when property law and EU consumer law need to be considered in a particular case (II.B.). The fact that we use functional ideas is not an attempt to promote the functional approach as superior than any other approach to legal thinking.²⁷ Nevertheless, it can be used both for reflection and as a technical tool when trying to reconcile property law principles and EU consumer law.

A. Why a Functional Approach?

The development of a specific kind of legal thinking is of course a complex phenomenon to describe, even more so when this development concerns two different cultures. It is clear that both US and Scandinavian jurisprudence were influenced by the movement of legal realism in the early twentieth century. The legal realisms of the two cultures are, however, different.²⁸ At the same time legal realism does not fully explain why the functional approaches developed in any of these legal cultures.

We do not need to go into historical details here. What we want to explain is how, as to substance, functional ideas approach the concept of ownership and how they manage to deal with the same problems without focusing on such a concept:²⁹ One central idea of legal functionalism is that the ownership concept is not fit for connecting different kinds of issues to each other. Different relationships and their different legal issues should be kept apart. The different issues should be dealt with on their own merits. The concept of ownership should not be used to connect them. This can be illustrated by the following quote (describing pre-UCC American sales law):

“Unless a cogent reason be shown to the contrary, the location of title will govern every point which it can be made to govern. It will govern, between the parties, risk, action for the price, the applicable law in an interstate transaction, the place and time for measuring damages, the power to defeat the other party's interest, or to replevy, or to reject; it will govern, as against outsiders, levibility, rights against tortfeasors, infraction of criminal statutes about sales, incidence of taxation, power to insure. The burden is put upon any individual issue to show why it should be honored by being severed from the Title-lump in any particular, and given individualized treatment. Now this would be an admirable way to go at it if the Title concept (or other basic integrated concept used) had been tailored to fit the normal course of a going or suspended situation during its flux or suspension. But Title was not thus conceived, nor has its

²⁷ Also, the functionalist approaches have, so far, not been developed to the extent they could have; see, for instance, ERLEND BALDERSHEIM, *TIL TINGSRETTENS TEORI* (2017); Claes Martinson, *Något om behoven av att underhålla och utveckla den nordiska (funktionalistiska) rättstraditionen – Segelbåtsfallet*, in *FESTSKRIFT TILL GÖRAN MILLQVIST* 461 (Lars Gorton, Lars Heuman, Annina H. Persson and Gustaf Sjöberg eds., 2019). Compare also Michael G. Bridge, Roderick A. MacDonald, Ralph L. Simmonds and Catherine Walsh, *Formalism, Functionalism, and Understanding the Law of Secured Transactions*, 44 *MCGILL LAW JOURNAL* 567 (1999).

²⁸ See, e.g., Gregory S. Alexander, *Comparing the Two Legal Realisms – American and Scandinavian*, 50 *AMERICAN JOURNAL OF COMPARATIVE LAW* 131 (2002).

²⁹ For a description of general characteristics of legal functionalism see, e.g., BLANDHOL, *supra* note 25, at 51–72. With regard to the concept of ownership, see also Alf Ross, *Tû-Tû*, 70 *HARVARD LAW REVIEW* 812 (1956–1957).

environment of buyers and sellers had material effect upon it. It remains, in the sales field, an alien lump, undigested. It even interferes with the digestive process."³⁰

The quote, at least, illustrates the view that the *concept of ownership should not be used for solving a great variety of legal issues* involving different interests and different parties, in particular in transfer situations. When the rules for the transfer of ownership were designed, they were usually not tailored to perfectly solve all the issues that can possibly be linked to them. The quote, however, can also be read in the sense that the concept of ownership *should not be used for deducing legal consequences at all*. Considering both interpretations of the text above, another tool must be used for construing legal solutions. This tool – the ‘real issue’ – is addressed in the subsequent paragraph. But first we would like to reiterate that what we have previously stated does not, from a functionalist point of view, mean the term ‘ownership’ should necessarily be avoided or has no meaning whatsoever.³¹ The functionalist approach simply entails that the concept of ownership is a relational and relative concept. If a legal solution to one legal conflict means that one party wins against the other, this could be described through the winner having or getting ‘title’, or them being awarded ‘ownership’. However, it is important to note that this use of the concept means nothing more than the winner having priority over the other party. It does not mean that the winner gains a better position against any other possible party who claims priority on another legal ground.³²

Instead of linking the solution of a conflict to the question of who has ownership, the idea is to deal with each issue on its own merits.³³ To do so, it becomes necessary to identify what the real problem of the case is. Functionalist lawyers often do this without much reflection and without specifically labeling the process, but when explaining this part to lawyers from other legal traditions, the term *identifying the ‘real issue’* can be used.³⁴ The real issue, or the real problem, can be defined by identifying the typical interests that two parties typically have in the type of conflict at hand. This can be viewed as another side of the idea not to involve the ownership concept in the problem-solving as such: By identifying the typical clash of interests in the type of situation at hand, concepts are not used to define the issue. They become mere tools for communication and are understood in relation to the real issue. To illustrate what this means we will use two examples:

Example 1: A seller (A) sold his car to a buyer under the condition that the car should “fall back to” the seller if the buyer did not pay the remaining price in time. The buyer (B) did not pay, but he sold the car to another buyer (C). Since the first seller (A) then understood the risk that the first buyer (B) would not pay, he sued the second buyer (C) to get the car back.

³⁰ Karl Llewellyn, *Through Title to Contract and a Bit Beyond*, 15 New York University Law Quarterly Review 159, 169 (1938).

³¹ To avoid any possible misunderstanding: ‘ownership’ (or ‘title’) does remain an important concept in the legal thinking in both the United States and in the Nordic countries.

³² See, e.g., HENRIK HESSLER, ALLMÄN SAKRÄTT 18 (1973). Compare David Frisch, *Remedies as Property: A Different Perspective on Specific Performance Clauses*, 35 WILLIAM & MARY LAW REVIEW 1691 (1994).

³³ See, for instance, Torgny Håstad, *Derivative Acquisition of Ownership of Goods*, 17 EUROPEAN REVIEW OF PRIVATE LAW 725 (2009).

³⁴ See, e.g., Martinson, 22 JURIDICA INTERNATIONAL 16, *supra* note 25.

In a case like this the real issue is the first seller (A) typically not wanting the car back. He wants to get paid. The second buyer (C) does, however, want to keep the car. Of course, C will prefer keeping the car without paying a second time, but even if this should turn out to be impossible – and if the claim that A has against B is smaller than the value of the car – C would prefer to pay A that amount, rather than handing over the car to A.³⁵ The real issue is, therefore, whether A's interest to get paid or C's interest to keep the car without paying should be given priority? Hence, the matter to decide is whether C should pay A what A has contracted for or whether C can keep the car without paying. (The party who loses can of course claim the loss from B, but there is typically a substantial risk that B will never be able to pay his debts.)

If we place this issue in the Swedish jurisdiction it would be solved by using the Swedish legislation on good faith acquisition. Due to the wording of the legislation, the easily available public Swedish car register and Swedish case law, the requirements for good faith are rather high. It is particularly hard to be in good faith when buying a car from a seller (B) who himself bought the car under a contract clause that gave the seller's seller (A) the right to terminate the contract if the car was not paid. The information concerning these contract clauses is available through the public vehicle register. Therefore, C would most probably be regarded to be in bad faith. Because of C's bad faith, the issue would probably be solved by obligating C to pay A the remaining price of what B should have paid, as well as giving A the right to take the car back if C does not pay.

The solution described is not in itself remarkable. What we would like to point out is that the concept of ownership is not at all used when dealing with the issue. Instead, the question of law to decide concerns only the real problem, or real issue. The real issue is the conflict of interests that typical parties like A and C have in such situations. With a functional approach lawyers do not care about who owns the car. Ownership is not important for creating a solution to the 'real problem'.³⁶

Example 2: Another example concerns the situation where a debtor (D) is not able to fulfil his obligations because of insolvency. When insolvency occurs, D has sold, but not yet delivered, goods to a buyer (B).

This situation can be understood as a matter of ownership: What the debtor does not own should not be drawn into his bankruptcy estate because the property of others should be handed over to them. Hence, the issue can be perceived as a question of whether the buyer had become the owner before the seller went bankrupt. From a functional perspective this is, however, not the way to think.³⁷ With a functional approach this case is not seen as an issue of ownership. One does not

³⁵ This is because C's overall loss will be smaller in that case.

³⁶ This does not mean that lawyers who use the functional approach could not say that A won ownership if he wins the case. Actually the Swedish legislation, somewhat surprisingly, uses the word 'ownership' to describe the claim that A has and what A or C wins if they win. Since the word 'ownership' is understood relationally and relatively, the term is, however, only used to express priority in the particular type of relation. This can be illustrated by the fact that the circumstances of the Swedish Supreme Court decision NJA (Nytt juridiskt arkiv) 1975 p. 222 were the same as the circumstances in the example we have given. The case was probably accepted by the Supreme Court because the judges wanted to make a precedent concerning terminology. They wanted to decide how clear a contract must be concerning the seller's right of termination, and they decided that other words than 'ownership' were fully acceptable. The seller had written, in Swedish, that "the car shall fall back to me if payment is not made in time". For this particular case, see also Martinson, in *RULES FOR THE TRANSFER OF MOVABLES*, *supra* note 25, at 82–84.

³⁷ See, e.g., Torgny Håstad, *Äganderättens övergång i en gemensam europeisk rättsordning*, (2009) TIDSKRIFT UTGIVEN AV JURIDISKA FÖRENINGEN I FINLAND 327. Claes Martinson, *Ejendomsrettens overgang – Norden kontra verden, in FÖRHANDLINGARNA VID DET 39:E NORDISKA JURISTMÖTET I STOCKHOLM 18–19 AUGUSTI 2011* 821 (Kavita Bäck Mirchandani and Kristina Ståhl eds., 2012).

connect this conflict with other conflicts where the concept of ownership could be used. The insolvency conflict concerning the item that the buyer bought should be dealt with on its own merits. With a functional approach the category of problems like this is seen as an issue of priority. This category of problems, or category of conflicts, is called 'the buyer's protection from the seller's general creditors', and ownership is (ideally) not a part of how the problem is perceived.

The real problem, a functionalist would think, is the conflict of interests between the seller's creditors and the buyer. What the creditors want is to use the property in question to get a higher dividend in the bankruptcy proceedings. The buyer is one kind of creditor, and the difference is simply the buyer wanting the property as such. Since both sides cannot have what they want, the issue of priority must become a question of whether there are reasons for giving priority to a buyer at some point in time during a sales relationship. When contemplating this issue, a thorough functionalist effort would be to identify that the buyers who have not yet paid any part of the price seldom suffer from not being given priority. In those cases, the other creditors normally prefer the bankruptcy estate to proceed with the sales contract. Since the creditors want the estate to sell all property of the debtor, it is very practical to already have a buyer who is obliged to fulfil an existing contract and pay the agreed price. The real problem can therefore be narrowed down to an issue of priority for buyers who paid something in advance.³⁸ There is a similarity between those buyers and the seller's general creditors in that they all trusted the seller by giving him or her credit. The real problem can thus be formulated as whether a creditor, who is a buyer and therefore has a main claim for the delivery of specific goods and alternatively a claim to get compensation for an unfulfilled contract, should be given priority over the other creditors of the seller.³⁹

Since the functional approach is a way of thinking, *the real issue* needs to be dealt with by the legislator, as well as by practicing lawyers in every-day legal practice. When there are established rules that fit the case at hand, the process can be narrowed down by using the legal template for the specific type of problem. When it comes to a case where an unclear issue of law appears, the application of the functional approach includes a constructive problem solving method, as we will explain in the following chapter.

B. How a Functional Approach Can be Applied

The previous section tried to explain fundamental features of the functional approach and illustrated this way of legal reasoning by means of two examples from the original ambit of this

³⁸ And, also, to buyers who were lucky to enter into the contract at a time when the market prices for the property in question were lower than the prices are at the time of bankruptcy. We simplify and leave these cases out. We also do not deal with '*actio Pauliana*' issues where the buyer got a low price and the contract therefore should be questioned by insolvency legislation.

³⁹ We should point out that we describe a rather developed functional view on this issue here. If we look at what has been argued in, for example, Swedish legal argumentation, the issue has not been perceived like this. See our criticism of a particular underdeveloped view in Jens Andreasson, Wolfgang Faber, Shubhashis Gangopadhyay, Claes Martinson and Stefan Sjögren, *Prioritet för köpare – en fråga om tradition eller princip?*, 100 SVENSK JURISTIDNING 709 (2015). For a policy-oriented debate of this issue see also Comments C(c) to Article VIII.-2:101 DCFR, in PRINCIPLES, DEFINITIONS AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW – DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR), FULL EDITION, VOLUME V 4396–4404 (Christian von Bar and Eric Clive eds., 2009). Compare also Håstad, *supra* note 33, at 735–736, who assumes that every buyer and seller would always agree to give the buyer priority.

approach, *ie*, (national) property law. In the present section, we will prepare for moving a step further. As outlined above, we believe that the functional approach can also provide an appropriate methodological framework for dealing with cases where national property law is confronted with potentially opposing norms of EU consumer contract law. In order to demonstrate this – while at the same time making the approach a useful tool for everyone – in this section we will describe how the functional approach can be used, by providing a kind of step-by-step instruction. Since there is not one ‘official’ functional approach upon which lawyers have agreed in terms of a general working method, the steps we suggest here are our own creation. We do, however, believe from our experience that these steps, or at least a similar description of the working process, would in essence meet with consensus among functionalist lawyers.⁴⁰

Step 1: Keep the relations between different parties apart and decide which relation should be dealt with first, without classifying them as a specific concept-linked type of legal relationship.

With a functional approach, the relations between different parties should be kept apart from each other. By dealing with each relation on its own it is easier to identify whether, and to what extent, there is a conflict between the parties of a specific relationship. This also helps – at later steps within the problem-solving process – to focus exclusively on aspects that are relevant for the specific relation at hand. We suggest not only to keep different party relations apart, but also to avoid immediately classifying these single party relations in terms of specific dogmatic concepts. Such a categorisation, for instance as a matter of sale, proprietary security, or tort, may of course be important for legal understanding, analysis and problem-solving, but the closer classification can take place at a later step. The point is that by keeping the classification open for the time being, preconceptions that easily follow from such classifications are kept at bay. Concepts connected to such a classification do not exert a decisive influence over the perception of the issue. Concepts should not influence more of the process than what has been thought through.

Step 2: Identify the ‘real problem’ in the relation.

After deciding what relation to deal with, the second step is to analyse what the conflict consists of. The conflict, first, always relates to a specific set of facts, *ie*, the situation in which the parties are placed when the legal problem needs to be solved. Second, the interests of the parties need to be made clear. This involves the result a party wants to achieve and why this is the case. Third, it is important to pinpoint to what extent the different interests collide. The ‘real problem’ is this collision of interests. Again, to identify this real problem, the lawyer needs to think beyond the legal concepts that are regularly used to communicate. If concepts such as ‘ownership’ should happen to occur in the communication, they should be seen as relational and relative in terms of priority over the other party. This functionalistic scepticism towards legal concepts is, once again, useful to avoid the concepts influencing the analysis. It is the conflict of interests that needs to be dealt with. By not using a starting point where one party’s position is defined by a legal concept such as ‘the owner’, it is easier to understand what the real problem is, and it is easier to solve without giving one party a preconceptual advantage.

Step 3: Identify everything that is relevant to construct a solution, and make arguments out of all relevant aspects.

⁴⁰ Compare the ambition in Martinson, in RULES FOR THE TRANSFER OF MOVABLES, *supra* note 25.

When the real problem has been defined, the next step of the functional approach is to identify everything that seems relevant to deal with the problem. In this step it is useful to be open to perspectives, ideas and reflections concerning the real problem. *Norms* of different kinds should be noted. There are different kinds of normative propositions that may be relevant: Acts of legislation are one kind of dictum with a normative value, and so are, of course, judges' decisions. Another type of aspect that is potentially relevant for constructing a solution are *assumptions* about facts. Such assumptions are often used by lawyers, more or less consciously.⁴¹ These assumptions need to be noted when making functionalistic reflections. One particular category worth highlighting is the assumptions on the consequences of the different solutions that are contemplated. Further, different kinds of *values* can prove relevant for developing a solution. Legal foreseeability, protection of a weak party, freedom of contract, etc, are values that lawyers usually contemplate when dealing with a specific conflict of interests. Everything that is considered relevant should be turned into arguments in this third step. By doing so, the lawyer has a collection of arguments to use when taking the fourth step.⁴²

When using this third step in the EU law context, it may turn out that some aspects and arguments, such as the assumptions mentioned above, are considered to be more relevant in one Member State than in others. This should, however, not be a problem in the identification procedure of the third step.

What we describe here might seem to be a very complex procedure. However, it does not need to be complex. The complexity depends on the real problem at hand. If it is a so called clear question of law, there is little need to collect different arguments. However, where the real problem concerns the application of EU law in a national jurisdiction – and includes national legal thinking and national legal concepts that affect the interpretation of EU law⁴³ – the real problem is typically

⁴¹ Such assumptions include, on a general level: assumptions on facts that are considered to form a 'typical case' (what does usually happen within a specific setting?); assumptions as to (typical or individual) interests and preferences of the parties; assumptions on how parties react to a course of events or a rule of law. On a more concrete level, an example concerning priority in bankruptcy would be assuming that every buyer and seller would always agree to give the buyer priority over the seller's creditors, because this seems like the only rational choice from the perspective the particular lawyer takes (compare the assumption made by Håstad reflected in note 39). Another concrete assumption is that anti-assignment clauses are harmful to society. That assumption is then combined with the assumption that freedom of contract is not efficient when it comes to anti-assignment clauses. To give some more general examples: lawyers often make assumptions on risks and frequency. These assumptions are very common since they are necessary to understand the relevance and significance of a case, both where it has already been decided or where it still needs to be decided. The 'floodgate' argument is a specific variation of a risk assumption. Another specific risk assumption concerns the possibilities of circumventing a rule, something that lawyers tend to overestimate (which is an assumption that we make, in turn). Also, a very common category of assumptions concerns transactions costs; although lawyers might perceive such costs as something else and describe them in other terms (such as: a solution or rule that is 'troublesome', 'unpractical', 'formalistic', etc). Some of the assumptions that lawyers make are recounted between lawyers for the purpose of making lawyers understand how a rule or a norm can be legitimised. This can create what has been described as the 'lawyers-created reality', see HANS-PETTER GRAVER, *DEN JURISTSKAPTE VIRKELIGHET* (1986).

⁴² Which norms, facts and values are used by lawyers as arguments is of course a comprehensive issue. What we describe here could be developed further to a large extent, including various views on what lawyers do, and on the closely related topic of what law is. For one explanation, see CLAES MARTINSON, *KREDITSÄKERHET I FAKTURAFORDRINGAR* 49–105 (2002). See also 'the fourth step' below.

⁴³ Such as in the present *Banco Santander* case, where the question essentially is how far the need of effectively applying EU consumer protection rules goes in relation to specific national rules of property law and civil procedure law.

an unclear question of law. When dealing with unclear questions of law, it is useful to clarify your course of conduct and mode of thinking.

Step 4: Weigh the different arguments and decide on how to use them by trying to put the decisive and most important ones together into an argumentation that justifies a solution.

After gathering arguments, as in the third step, the lawyer needs to mould them into an argumentation. This includes linking those arguments that either support or oppose each other, and giving priority to some arguments over others according to their relevance and weight. This process takes place in every legal decision-making.⁴⁴ There is no particular functional approach method in *this* respect. What we need to explain is rather that a functional approach brings the opportunity to contemplate all of the arguments gathered in the third step. This opportunity makes the process conscious. It also makes it easier to see the role that property law concepts are playing.

The idea of contemplating all potentially relevant arguments will not be considered strange by lawyers who are not used to applying a 'functional approach'. The ambition should only be that this process be a conscious one and that the case should not be decided in a simplistic manner, by mainly relying on concepts such as ownership. This, however, does not mean that concepts are excluded from the decision-making process altogether. The concepts used in norms need to be taken account of in the argumentation, if the norm should have normative effect. When used at this stage in the process, the real problem has, however, been allowed to have an important effect on how the problem is perceived, and thereby it also affects the understanding of the concept. The concept used in the norm is a tool to communicate the typical interest of a typical party and the norm needs still to be understood relationally and relatively.

Finally, there are some general things that can be said about the weighing process that is to be conducted at the fourth step. Firstly, the normative propositions such as statutes and precedent are of course attributed high normative value. However, when it comes to so called hard or unclear questions of law, such as in the *Banco Santander* case, the norms often do not address the real problem in a direct way. The process of 'interpretation' of the norms becomes difficult. Secondly, to include the other types of arguments, such as assumptions regarding the consequences a legal decision concerning the real problem can have, is a common part of the legal decision-making process, though a lawyer's consciousness of doing so may vary considerably. Assumptions like this do affect the legal thinking, as well as the understanding of a normative dictum, such as an act of parliament. A norm cannot be understood without an idea of what the reality the norm should govern looks like. When we, for example, try to learn a rule on the buyer's priority over the seller's creditors, we do not comprehend it until we understand that these rules (also) govern the risk of fraudulent behaviour by the parties. We therefore make assumptions on the level of risk or are told about such assumptions that other lawyers have already made. In the same way, a norm cannot be understood without values. A common value is that law should treat everyone equally and to fully understand a rule on the buyer's priority over the seller's creditors, we might need to see whether or not the rule can easily be circumvented.

⁴⁴ It is well known that there are various ways of explaining how legal argumentation is constructed and how legal decisions are made. This is a common topic in legal theory. A common simplified explanation is that it is a matter of 'interpreting' the law. For a classical attempt to explain legal methodology, see, for instance, RUDOLF VON JHERING, *GEIST DES RÖMISCHEN RECHTS AUF DEN VERSCHIEDENEN STUFEN SEINER ENTWICKLUNG*, PART II/2 322–445 (1st ed., 1858).

The functional approach includes these kinds of arguments, simply because they cannot be avoided. Instead of hiding the fact that these arguments have been a part of how the real problem was perceived and dealt with by the lawyer in question, the functional approach is (ideally) to reveal what role these arguments played. This can of course not be done completely in regard to all the arguments, both because time is limited and because it is difficult to fully understand one's own process of thinking. It is, however, useful to make an attempt with the most central arguments. With such an ambition, the lawyer will understand the role the thought process and the concepts have played better.

In the following we will illustrate how the perspective offered by the functional approach, and the four steps presented as a toolbox, can be used for analysing the CJEU Case C-598/15, *Banco Santander*.

III. An Analysis of the Case with a Functional Approach

A. A Closer Review of the Court's and the Advocate General's Reasoning

Before we start analysing Case C-598/15 *Banco Santander* in terms of a functional approach, some central aspects of the CJEU's reasoning in its judgement should be reviewed more closely. This includes a closer examination of the opinion delivered by AG Nils Wahl, because the Court quite evidently follows the AG's analysis in practically all core arguments which have been identified as relevant for our article.⁴⁵ The AG's argumentation has been abridged and, to some extent, rearranged by the judges, and they give a direct reference to the AG's opinion only with respect to one specific argument.⁴⁶ Nevertheless, in such a case, one can assume with a relatively high degree of probability that the CJEU 'follows' the AG's opinion in the sense that the judges in all likelihood identify with the more extensive analysis in the AG's opinion.⁴⁷ The purpose for highlighting the argumentation presented in *Banco Santander* in a more detailed manner is twofold: It will help to carve out aspects we have to refer to in later parts of the article, and to contrast this way of reasoning with the functional approach.

(i) One aspect, highlighted much clearer in the AG's opinion than in the Court's judgement, is that the core issue of a case like this is to delimitate the 'operating distance' of the general EU law *principle of effectiveness*.⁴⁸ Under this principle, provisions of national law must not "make it in practice impossible or excessively difficult to exercise the rights conferred on consumers by

⁴⁵ Cf. above, chapter I.

⁴⁶ Compare CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 39–49 to AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 58–84 (for the one aspect where the judgement directly refers to the AG's opinion, see above, section I.C. *sub* (i) at note 11).

⁴⁷ See Faber, *supra* note 22, at 776; see also Robert Rebhahn, *Nach §§ 6, 7 ABGB, in 3. AUFLAGE DES VON DR. HEINRICH KLING BEGRÜNDETEN KOMMENTARS ZUM ALLGEMEINEN BÜRGERLICHEN GESETZBUCH – ABGB §§ 1 BIS 43*, at n. 123 (Attila Fenyves, Ferdinand Kerschner and Andreas Vonkilch eds., 3rd ed., 2014).

⁴⁸ See AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 34 ff., 45 ff., 82 and the conclusion drawn in para. 84. The Court mentions the necessity of providing 'effective judicial protection' in CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 38, to which the subsequent examination of the procedural particularities of the case at hand ultimately relates.

European Union law”.⁴⁹ Such provisions of national law may be those of procedural law, which evidently play a prominent role in Case C-598/15 *Banco Santander*. Given that most procedural aspects are not harmonised by EU legislation, they are, in principle, a matter for the national legal order of each Member State. However, this principle of procedural autonomy of the Member States is limited by the principle of effectiveness as stated above.⁵⁰ Yet the provisions of national law which are subject to the principle of effectiveness can also be provisions of substantive law.⁵¹ We will get back to the implications of this principle of effectiveness further below.⁵²

(ii) Second, a parallel reading of the AG’s opinion and the CJEU’s judgement shows that much of the argumentation focuses on drawing a quite clear distinction: a line is drawn between a scope where consumer protection provided by the UCTD applies, and where it does not apply. This is done on two different levels.

On the *level of procedural law*, the distinction is drawn between *two different ‘types of procedures’*. One type (a) is proceedings brought with regard to the contractual relationship between bank and consumer, including, as the case may be, a procedure seeking for payment based on the credit contract, and proceedings *enforcing the outstanding debt* based on the parties’ mortgage agreement. In the present case, the latter ultimately lead to the forced sale of the apartment. The other type (b) of proceeding is brought *‘to give effect to a property right’*; in the present case: to force the consumer out of the apartment based on the bank’s right of ownership.⁵³ It is pointed out in the argumentation that the whole body of existing CJEU case law on the effectiveness of Articles 6(1) and 7 UCTD covers, exclusively, credit obligations and (still) ongoing mortgage enforcement proceedings,⁵⁴ *i.e.*, proceedings of type (a) (which is true but naturally in itself does not allow the conclusion that the Directive cannot produce effects in other proceedings as well).

On this basis, AG Wahl observes that the procedure in the present case is not one of type (a) above, “in which it might still be appropriate to give a ruling as to the unfairness of the terms of a mortgage loan agreement previously entered into”⁵⁵ (which appears to imply the premise that within proceedings of type (b) it would not any longer be ‘appropriate’ to bother about unfair contract terms). Rather, it is submitted by the AG that “the sole object” of proceedings of type (b), as carried

⁴⁹ See, among many others, CJEU, Case C-415/11 *Aziz* para. 50; Case C-40/08 *Asturcom* para. 38. For an in-depth analysis of the principle of effectiveness in the case law of the CJEU, see, for instance, KATRIN KULMS, DER EFFEKTIVITÄTSGRUNDSATZ in particular at 43 ff. (2013); JULIA KÖNIG, DER ÄQUIVALENZ- UND EFFEKTIVITÄTSGRUNDSATZ IN DER RECHTSPRECHUNG DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFS 43 ff., 105 ff. (2010); see also BEKA, *supra* note 3, at 31 ff.; Anthony Arnall, *The Principle of Effective Judicial Protection in EU law: An Unruly Horse?*, 36 EUROPEAN LAW REVIEW 51 (2011).

⁵⁰ See the references *supra* note 49. For a closer analysis of the ‘principle of procedural autonomy of the Member States’, including its relationship to the principle of effectiveness, see CHRISTOPH KRÖNKE, DIE VERFAHRENSAUTONOMIE DER MITGLIEDSTAATEN DER EUROPÄISCHEN UNION (2013).

⁵¹ This can be illustrated, for instance, by the CJEU’s case law on claims for damages for infringements of Article 101 TFEU (prohibition of prevention, restriction or distortion of competition), which were, for a long time, governed by national substantive law while the principle of effectiveness required certain effects regarding, *e.g.*, limitation periods and the extent of the compensation awarded (loss of profit plus interest); cf. CJEU, Joined Cases C-295/04 to C-298/04 *Vincenzo Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA and others* paras. 60 ff., 77 ff., 89 ff. These case law principles have later been codified in Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union, [2014] OJ L349/1.

⁵² The principle of effectiveness will be addressed throughout this article; see, in particular, sections III.C.1., III.D.1. and 2. and IV.

⁵³ See AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 58–68. The Court takes over this dichotomy of different types of proceedings in CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 39–44.

⁵⁴ AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 43 ff., in particular paras. 54–56.

⁵⁵ AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 58. See also *ibid.*, para. 62 and subsequent paras.

out in the case at hand, “is to give effect to a property right which has been duly registered”⁵⁶ (implying the premise that the registration was in fact a legitimate one, which is, however, not self-evident given that the acquisition of ownership under Spanish law generally requires a valid ‘title’ in the sense of a valid underlying obligation⁵⁷). This leads AG Wahl to “think it is relatively clear that Directive 93/13 cannot be held to be applicable to the procedure at issue [i.e., a procedure type (b)], which relates to the verification of rights *in rem* with a view to the exercise of those rights, and not to the performance of a contract concluded between a consumer and a seller or supplier”.⁵⁸ The Court adopts this procedural distinction in shorter words.⁵⁹

On the *level of substantive law*, a parallel distinction is drawn between (a) *the mortgage contract* between bank and consumer *and the security right* based on this contract; and (b) the bank’s ‘*right of ownership*’ acquired as a result of the forced sale.⁶⁰ In a similar pattern, as has been observed in the procedural context above, this leads AG Wahl to conclude that, “since the contract supposedly containing the term presumed to be unfair ... was exhausted by the definitive transfer of the immovable property ..., it no longer appears relevant to examine the need to prevent or suppress the incorporation of such a term”⁶¹ (disregarding, again, the possibility that under a ‘causal’ transfer system any defect in the underlying contract could prevent the transfer from taking place⁶²). Further, as the AG puts it, to authorise the court to examine the fairness of terms of the mortgage agreement “would involve calling into question ... a right *in rem*”⁶³ which could have been acquired by “a completely different entity”.⁶⁴ Accordingly, in the view of AG Wahl, “it would appear to be contrary to the principle of legal certainty and security of property rights to call acquired rights of ownership into question, on the basis of effectiveness of Directive 93/13, when there is no longer any question of striking out an unfair term in a contract between a seller or supplier and a consumer which continues to produce effects.”⁶⁵ The CJEU follows this assessment quite closely.⁶⁶

This is a rather formal and concept-oriented way of reasoning: The procedure at hand is of a specific category – type (b), not type (a) –, therefore reviewing the potential unfairness of a contract term is not ‘appropriate’. The character of the right involved – ownership – is of a specific nature

⁵⁶ AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 59.

⁵⁷ For references regarding the ‘causal’ transfer approach, see *supra* note 19. With regard to the distinction between a ‘summary’ procedure and a final ‘plenary’ procedure in Spanish procedural law, please note the clarifications provided in section I.C. *sub* (ii) above. In the present case, the ‘title’ could be flawed by unfair contract terms or violation of general rules of representation. For the latter aspect, see sections III.A. *sub* (iii) and III.C.2. *sub* (iii) and (iv) below.

⁵⁸ AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 68.

⁵⁹ Cf. CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 39–44.

⁶⁰ This becomes evident from a combined reading of AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 73–75 and 82–84. See also paras. 58–68 (where the distinction regarding substantive law runs parallel to the procedural distinction discussed above).

⁶¹ AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 75. For the view that “the mortgage agreement is extinguished, together with the mortgage itself”, upon the conclusion of the enforcement procedure, see also *ibid.*, para. 65.

⁶² Again, see section I.C. *sub* (ii) and note 19 above.

⁶³ AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 82.

⁶⁴ AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 83.

⁶⁵ AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 84.

⁶⁶ CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 45, quoted *supra* at note 9.

(again, type (b)), therefore reopening the issue of unfair terms would undermine legal certainty by contesting a 'right *in rem*' involving potential effects on third parties. This way of reasoning certainly is open to various kinds of criticism, and some potential aspects have already been mentioned in brackets above. The point we would like to make in this article, however, is that certain concepts – types of proceedings and types of rights – stand in between the problem and its solution, and it is rather the use of these concepts that decides the case than an analysis of the interests of the parties involved. It is almost neglected that there are still only two parties involved.⁶⁷

(iii) Furthermore, both the AG and the Court point out that, according to their view, there are no indications that any terms of the mortgage contract could actually be 'unfair' within the meaning of the Directive.⁶⁸ This is quite remarkable, for several reasons. The question of whether a particular contract term is actually unfair or not is not an issue for the CJEU to decide in the procedure at hand. Another reason is that the CJEU could arguably assume that the Spanish court actually had reasons for reviewing the potential unfairness of the contract. It should also be taken into account that in other European jurisdictions, already granting authority to the creditor (bank) to represent the debtor in private enforcement proceedings before the debt is due, is presumed to be void on account of circumventing the prohibition of the so-called *lex commissoria*.⁶⁹ Moreover, a contract concluded by way of self-contracting – as the sale of the apartment in the present case where the bank both acted as the buyer and as the representative of the seller – would be considered void or voidable under many European legal systems.⁷⁰ Spanish law may, however, be somewhat peculiar with regard to some of these aspects: According to Article 234 of the Mortgage Regulation,⁷¹ the mortgage agreement must, in order for the specific extra-judicial enforcement procedure used in the present case to be available, fix the value of the immovable property used as the auction value and determine the person who will sign the sales contract as the representative of the mortgagor, and that the creditor itself may be nominated for this purpose. Hence, contract terms just reflecting these statutory provisions will not fall within the scope of the UCTD due to its Article 1(2). However, there still could be other unfair terms in the

⁶⁷ This is in fact observed both by the Court (CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 45) and AG Wahl (Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 83), but not considered relevant because it *could* also have happened that a third party had acquired ownership of the apartment.

⁶⁸ See AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 71; CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 48.

⁶⁹ This view has been expressed, with regard to Austrian law, by OGH 5 Ob 295/01w ECLI:AT:OGH0002:2002:0050OB00295.01W.0115.000. Also, a clause granting the creditor discretion in determining the price for selling off collateral assets, or a term allowing to sell for a minimum price that is not the market value or at least the value to be achieved in a judicial enforcement procedure are considered void in that judgement. For a summary of related Austrian case law, see Wolfgang Faber, §§ 1371, 1372 ABGB, in ABGB PRAXISKOMMENTAR, BAND 6, at n. 9 (Michael Schwimann and Georg Kodek eds., 4th ed., 2016). – Rules prohibiting a so-called *lex commissoria* have spread from Roman law (see *Codex Theodosianus* 3, 2, 1) and are, with certain differences as to details, still very common in European jurisdictions; see, for instance: § 1229 BGB (Germany); § 37 Lag (1915:218) and § 37 Act 1929/228 (Sweden and Finland, respectively). Also French law originally contained a prohibition of *pacte commissoire* clauses (Article 2078 Cc, old version) but changed to a much more liberal approach in 2006 (Article 2348 Cc, present version).

⁷⁰ See Article II.-6:109 DCFR and the national notes to this provision in PRINCIPLES, DEFINITION AND MODEL RULES OF EUROPEAN PRIVATE LAW – DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE (DCFR), FULL EDITION, VOLUME I 437–442 (Christian von Bar and Eric Clive eds., 2009). To what extent involving a public notary in the enforcement procedure (as has been the case under the respective Spanish rules in the *Banco Santander* case) may make a decisive difference can hardly be assessed without knowing the procedure in detail.

⁷¹ As quoted in CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 14.

contract and, in particular, the assessment under another European legal system may be a different one.

(iv) What we have highlighted in this section shows to what extent the CJEU and the AG based their reasoning on a rather conceptual way of thinking. It also implies, as we have already shown in the introduction, that the concept of ownership played a decisive role. This does not mean that we think that the CJEU and the AG in reality limited themselves to such a line of thinking. Looking at the additional arguments we opted not to focus on in this article,⁷² we think there is evidence that other ideas were also involved. However, for the analytical purposes of this paper, we would like to describe the specific part of the CJEU's argumentation, which our article focuses on, as a rather conceptual way of thinking. This gives us the possibility to contrast this way of thinking with a functional one, as we present in the next section.

B. Forming the Question Functionally

As outlined above, the first step in an attempt to deal with a case under a functional approach is to *keep the relations apart* and to decide on which relation should be dealt with first, without making classifications in terms of specific concept-linked types of legal relationships. In the *Banco Santander* case, there is one thing that immediately becomes apparent when trying to accomplish this task, namely that the conflict arises between the same two parties who originally concluded the credit contract and the mortgage agreement: the bank and the consumer-debtor. No third party has been involved up to the present stage. The situation, irrespective of what kind of right one may say the bank has meanwhile acquired, is a mere two-party situation. If the bank had transferred the apartment to a subsequent buyer, or another buyer had originally acquired the apartment in the forced sale, we would have another conflict to solve. But this is not the case. We need to keep the relationship between the consumer and the bank apart from other possible issues involving other parties.

The next step is to identify the 'real issue', or the 'real problem', in the relation we have identified. This involves *identifying the parties' interests* in a conflict situation like the one at hand, *i.e.*, in a setup constituted by specific facts. Looking at the typical interest of a consumer in such a situation, the consumer primarily wants to keep her home. The consumer wants this for both economical and emotional reasons. Looking at a bank's typical interests, the bank wants to earn a profit from the interest and fees it contracted for, and to use the apartment to limit the risk it has taken through this specific credit agreement. It is important to note that the bank typically just wants to limit its risk. Generally, the bank does not want the apartment to make a profit by selling it since this is not how banks are supposed to make profits. Banks are not supposed to have an ulterior motive to make profit from the customers' failure to fulfil their credit undertakings. Such motives are not in line with the role of a bank as a hub for the resource of credit in society.⁷³ This does,

⁷² See above, I.C. *sub* (i).

⁷³ There is, of course, a lot that can be addressed regarding the role of banks and the regulations that govern this role. To just make a few references we suggest: For a few short general remarks see, *e.g.*, John L Douglas, *The Role of a Banking System in Nation-Building*, 60 MAINE LAW REVIEW 511, 512-519 (2008). For a general legal description in the English language, see ROSS CRANSTON, *PRINCIPLES OF BANKING LAW* (3rd ed., 2018). For a perspective of the role

however, not mean that a bank can never have an interest to speculate in making profit by taking a consumer's home and selling it at a higher price. When identifying the real problem, the possible interest to make profit on customer failure needs to be considered, but it should not be seen as a legitimate interest. At this first immediate level the typical conflict of interests between the parties is, therefore, rather easy to identify. The consumer wants to keep the home. The bank does not want to have the consumer's apartment, but it wants to limit its risk and the apartment is necessary for reaching that goal.

From the consumer's perspective, however, the situation is somewhat more complex than we have suggested in the previous paragraph. Of course the consumer will primarily be interested in keeping her home. Nonetheless, this is a realistic goal only when she sees a chance to solve her economic problems to such an extent that she can pay off the bank. If it is already clear for the consumer that she will not be able to raise the money to discharge her obligations towards the bank, and that she therefore cannot manage to keep her home, the consumer's interest will be to get out of the situation with as little debt left as possible. This means achieving the highest possible price in the course of enforcement, and, apart from that, cooperating with the bank in order to be charged with as little costs as possible. Still, in reality the interest of the consumer may not be simply black or white. Between the two basic situations just described, there may be fifty shades of situations where it is more or less unclear for the consumer whether she can solve her economic problems and manage to keep her home, or not. In such situations, it may be impossible for the consumer to know what actually is best for her. In these cases, the interest of the consumer arguably is (a) not to become over-indebted and (b) to be able to get another home (owned, rented or otherwise, but a home). It might actually also be in the consumer's interest to (c) be able to protest against the bank's action for vacating the apartment – although this will make the process more costly – and to prolong her stay in the original apartment to see whether there is a way to solve her economic problems. That might be achieved by finding a job (if unemployed) or by having someone move in and share the rent, etc. Accordingly, in these 'unclear' situations, the consumer's interest is not limited to keeping the apartment or getting out of her obligations against the bank with the best possible economic result. The consumer's interests may also depend on other factors, such as the possibilities to get another home and the risk to become over-indebted. And given that things often are not clear, this may suggest, from the consumer's perspective, a solution that gives her some time to prolong the process.

As the case may be, it could also prove necessary to further shape the conflict situation by referring to specific additional facts which make up the characteristic problem.⁷⁴ When dealing with this issue in the present EU law context, we must also keep in mind that the CJEU, in a preliminary ruling, never actually decides the case but has to interpret a provision of EU law. This, too, can have an impact on the way questions are phrased in functional terms.

In the procedure before the referring court, the bank seeks to force the consumer to vacate the apartment. This – the question whether the bank can demand the consumer to leave the

of credit institutions in the EU, see THE SOCIAL RESPONSIBILITY OF CREDIT INSTITUTIONS IN THE EU – DIE SOZIALE VERANTWORTUNG VON KREDITINSTITUTEN IN DER EU – LA RESPONSABILITÉ SOCIALE DES INSTITUTIONS FINANCIÈRES AU SEIN DE L'UE (Jan Evers and Udo Reifner eds., 1998).

⁷⁴ Cf. Wolfgang Faber, Martin Lilja and Günther Kreuzbauer, *Employing Argumentation Analysis in the Discussion of Optimal Rules for the Transfer of Movables – Part 1: Description of the Problem and General Outline*, 1 EUROPEAN PROPERTY LAW JOURNAL 10, 22 and (in particular) 39 (2012).

apartment, immediately and forever – already forms a ‘real issue’ in terms of a functional approach. However, a closer look at the case and the necessity to view the problem from the perspective of the CJEU, *i.e.*, with the perspective of interpreting certain provisions of EU law, reveals that this way of framing the question does not yet describe the problem sufficiently. We know that the referring court’s questions concern that court’s ability, or even its duty, to review potentially unfair terms in the mortgage agreement between the bank and the consumer at the procedural stage their conflict has reached by now. An answer to this question does not necessarily decide whether the consumer can stay or has to go: If the consumer wins before the CJEU, this does not mean that the bank ultimately loses. A security agreement, by definition, provides the secured creditor a right to use the security object to get paid. The bank, in any case, will – and should – be able to do that. The question therefore is just whether the bank can act immediately by evicting the consumer and then use the apartment in whatever way that appears suitable, or whether the bank must wait until the judicial review of potentially unfair terms is completed. In the latter case, the bank can either proceed as intended (if no unfair terms are found) or may be required to follow the common procedure for the realisation of collateral (if contract terms relating to enforcement prove to be unfair). In any of these situations the consumer faces the immediate risk of being forced to leave. But during the time frame that occurs in the latter situations the consumer may perhaps raise the money to pay the bank. The latter possibility – judicial review allowed, unfair terms detected, enforcement therefore thrown back to ordinary judicial enforcement – means the consumer may even have a chance to keep ‘her’ apartment within her own patrimony, by paying off the bank.

To formulate the real issue, we first take into account that the CJEU is asked to give a normative answer in terms of interpreting a provision of EU law in a preliminary ruling procedure. Second, no CJEU guidance so far exists for situations where the consumer, at the procedural stage reached by now, actively requests the national court to review potentially unfair contract terms. Third, there is no such guidance either in cases where the consumer does not (but the court could still review the mortgage contract of its own motion). Thus, the CJEU could frame the ‘real issue’ with the purpose of delivering guidance for both of these situations.⁷⁵ The *‘real issue’ could then be formulated as follows*:

Should a judicial review of potentially unfair terms in a security agreement be excluded⁷⁶ once the security right in the consumer’s apartment has been enforced and the creditor-bank itself has acquired the apartment in the forced sale, and therefore seeks to force the consumer out of the apartment?⁷⁷

This question arises for situations (a) where the consumer itself asks the national court for such review, and (b) where the consumer remains passive and it would be on the national court to undertake such review of its own motion. In the latter situation, if the answer to the above question

⁷⁵ This would be a constructive approach with a view of providing as much guidance as reasonably possible within the frame set by the questions referred to the CJEU in the particular preliminary ruling procedure. It is clear, however, that the actual questions only address the latter situation in which the consumer remained passive.

⁷⁶ This is the actual question of law to be decided by yes or no: Can (or must) the court still carry out such a review, or is this excluded?

⁷⁷ This part of the question describes the specific situation which is characteristic for the case: Enforcement has taken place and the bank itself has acquired the collateral.

is that a judicial review of potentially unfair terms is not excluded, the additional question arises whether the court is merely allowed to act of its own motion or whether it is even under a duty to do so.⁷⁸ For both situations, the additional fact is submitted that, so far, neither did a court have to start such an assessment *ex officio*, nor did the consumer have a possibility to effectively initiate such an investigation.⁷⁹

In other words, the real issue is whether there should be a limitation of the possibilities to examine the unfairness of a consumer's credit agreement, and whether this limit should be set precisely at the time when the creditor-bank acquires the apartment. If so, the effect would be equivalent to a rule of limitation (in the sense of a limitation of actions). This would be a quite relevant aspect, as will become apparent when we will involve the possible consequences of a decision in our discussion.⁸⁰ A decision, especially a preliminary ruling of the CJEU, becomes a future norm to be followed in other situations as well, and the decision is therefore a decision upon what norm should be created for cases like the one at hand.

Contrasting this way of forming the question with the analysis carried out by the AG and the CJEU, we can now also see *what is not the issue* under a functional approach: Actual or potential effects on third parties are not relevant for the formulation of the question because no third party is actually involved in the conflict. Nor are the concepts of 'ownership' or of 'rights *in rem*' needed to coin the question. The aspects that the stage of enforcement proceedings has already been left, and that the bank has acquired the apartment in the course of this enforcement, are mentioned, but it is not considered important for formulating the question whether the course of events involved procedures of type (a) or of type (b) as referred to in the previous section.⁸¹

An interesting remark concerning the move to clarify the 'real issue' is that the CJEU regularly does something similar. When the question referred by the national court does not offer a possibility to reply to in a meaningful way, the CJEU has often rephrased the question. The Court then uses a phrase like "in order to give a useful answer" to indicate that the judges have identified a more useful question to reply upon.⁸² It would, therefore, not be a radical step for the CJEU to include a technique like the shaping of the 'real issue' into its everyday work.

C. How to Argue the Issue Functionally

We will now move on to step 3 as described in section II.B. The third step is to identify everything that is relevant to construct a solution and to turn all these aspects into arguments. We have limited the number of arguments that we present to what we think is enough to illustrate our point.

⁷⁸ These variations extend the question originally referred by the national court to several possible situations, in order to deliver broader guidance for the interpretation of Articles 6(1) and 7 UCTD.

⁷⁹ Since the issue, in EU law terms, ultimately is delimiting the scope of the principle of effectiveness, a clarification like this has to be added.

⁸⁰ See, in particular, section III.C.2. *sub* (iii) and (iv) below.

⁸¹ See section III.A. *sub* (ii). Note that under 'real' Spanish law, there actually may be a difference whether the procedure is 'summary' (where defences are restricted and a defect in the acquisition process cannot be raised) or 'plenary' (where the legitimacy of the acquisition of property rights may effectively be called into question). See section I.C. *sub* (ii) above.

⁸² See, e.g., CJEU, Case C-122/17 *David Smith v Patrick Meade and others* ECLI:EU:C:2018:631 paras. 34–36; Case C-25/15 *István Balogh* ECLI:EU:C:2016:423 paras. 28–33; AG *Szpunar*, Opinion on Case C-135/15 *Hellenic Republic v Grigorios Nikiforidis* ECLI:EU:C:2016:281 paras. 54, 56. As to substance, the CJEU reformulated the questions referred to it also in the present Case C-598/15 *Banco Santander* para. 32; see *supra* note 4.

1. Normative Arguments

If available, relevant normative propositions of various kinds (EU legislation, national statutory provisions, court rulings, general legal principles and values) have to be taken into account for solving the 'real issue'. This may be an easy task if there is one applicable rule fully fitting to the case at hand. Regarding a case like *Banco Santander*, things are not as simple.

(i) There are, of course, relevant norms on the EU law level: Article 6(1) UCTD provides that unfair terms in consumer contracts shall not be binding on the consumer, and under Article 7(1) UCTD, Member States must ensure that adequate and effective means exist to prevent the continued use of unfair terms in consumer contracts. On this basis, the CJEU has developed an extensive body of case law on the principle of effectiveness related to that Directive as well as on the national courts' duty to review potentially unfair contract terms *ex officio* in particular.⁸³ However, the mere existence of this normative material does not help much in solving issues such as in *Banco Santander* – precisely because the issue is the possible *limitation* of the 'power' these norms may exercise, or the scope they may apply to, in view of national (Spanish or other) norms potentially operating in the opposite direction. In the present Spanish case these national norms are such of civil procedure (defining a stand-alone type of procedure to enforce registered rights *in rem*) and substantive property law (awarding an 'owner' a certain degree of legal protection).

(ii) However, one can still try to concretise some characteristics – potential strengths or weaknesses – of these normative propositions. This will make it easier to deal with these normative aspects in the final weighing of arguments. Regarding the national (Spanish or other) rules on civil procedure and substantive property law, for instance, a closer analysis may reveal that these rules in themselves imply potential gateways for 'acquisition flaws' to creep in. A specific procedure for enforcing a right *in rem*, by putting the person so entitled into possession of the object, may or may not depend, as a prerequisite, on the rightful acquisition of said property right. This acquisition could depend on a fully valid obligation to transfer ('causal transfer'), which may prove lacking if clauses in the mortgage agreement that are material for the final forced sale turn out to be unfair. There may also be a second type of procedure available for retrospectively challenging the bank's acquisition, as apparently is the case in Spanish law.⁸⁴ All this can vary from system to system. As we have pointed out, we do not consider it to be our task to settle these questions for Spanish law, but we think the point is made that 'ownership', even if perceived in its most traditional way, can be vulnerable and that 'ownership', if required as a prerequisite in a specific type of civil procedure between two parties, serves a relational function.

In this context, another principle of EU law may also become relevant: the principle of equivalence. This principle often comes into play in relation to procedural rules of national law, but is not limited to this area. According to settled CJEU case law, rules on certain procedural aspects are, in the absence of EU legislation in the specific area, a matter for the national legal order, in accordance with the principle of the procedural autonomy of the Member States. However, these rules "must

⁸³ See *supra* note 3.

⁸⁴ See I.C. *sub* (ii) above.

not be less favourable than those governing similar domestic actions (principle of equivalence)⁸⁵. Transposing this principle into the present context could lead to the following conclusion: National law may provide that a transfer of ownership based on an obligation that turns out to be void or avoidable (under a provision of national law) is to be treated as never having taken proprietary effect (retroactive proprietary effect).⁸⁶ If such a rule of national law exists, the EU law principle of equivalence requires that, where a contract term in a consumer mortgage agreement forms the basis of a transfer of ownership to the acquirer-bank, and a national court finds this term to be 'unfair' and therefore not binding, this would have to trigger exactly the same proprietary effect as if a term forming the basis of the acquisition were found void under a provision of national law: the acquisition would have to be treated as ineffective from the outset. If the comparable provision of national law states that the invalidity of the contract term must be reviewed *ex officio*, the same must apply to the reviewing of a potentially unfair term in the sense of the Directive.⁸⁷

(iii) Furthermore, an attempt of concretising the Directive's standards of effectiveness with regard to a natural person's need for appropriate housing will show that there is existing CJEU case law on the effectiveness of the UCTD, according to which the fact that the object of an enforcement procedure is the consumer's family home must be given specific attention. The Court maintains that the fundamental freedom of housing, as enshrined in Article 7 of the EU Charter of Fundamental Rights (respect for private and family life, home and communications) is to be taken into account when interpreting the UCTD.⁸⁸ This finding does not form a clear precedent; there are differences in that the *Banco Santander* case starts after the enforcement procedure has already been completed.⁸⁹ Still, one can note for further discussion that the fact that a person or family might lose their home is given specific weight by the CJEU when delimiting the effectiveness of the UCTD. This concretises the normative force of the rules stating that unfair contract terms must not be binding on the consumer, where the family home is at risk.

(iv) There are also further normative indications we can derive from the UCTD. It is clear from the Directive that, to assess the unfairness of contractual terms, regard must be given to the purpose of the contract;⁹⁰ that is, in the present case of a mortgage agreement, to provide security. It is also clear from Recital 16 UCTD that in order to be treated as dealing in good faith, the professional

⁸⁵ See CJEU, Case C-40/08 *Asturcom* paras. 38 and 49 ff.; see also, among many others, CJEU, Case C-76/10 *Pohotovosť* paras. 47 ff.; Case C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse, Katarina de Man Garabito v Jahani BV* ECLI:EU:C:2013:341 paras. 42 ff., all of them dealing with this principle in relation to the national court's duty to apply the rules implementing the UCTD *ex officio*. For a broader discussion, see, for instance, KÖNIG, *supra* note 49, at 92 ff.

⁸⁶ As provided, e.g., by Spanish law; see Pacanowska and Díez Soto, *supra* note 57, at 545 ff. See also Article VIII.-2:202(1) and (2) DCFR with Comment B and the national notes on these provisions in von Bar and Clive, *supra* note 39, at 4656 ff.

⁸⁷ Compare, again, CJEU, Case C-40/08 *Asturcom* paras. 53 ff.

⁸⁸ See CJEU, Case C-34/13 *Monika Kušionová v SMART Capital a.s.* ECLI:EU:C:2014:2189 paras. 62–66. Cf. also CJEU, Case C-415/11 *Aziz* para. 61 and Case C-169/14 *Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García v Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA* ECLI:EU:C:2014:2099 paras. 38, 43.

⁸⁹ This has been duly observed by AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 58–68 (see *supra*, III.A. *sub* (ii)). Note, however, that we are not employing this difference as a decisive one from the beginning, but aim at taking it into account just as one aspect among many.

⁹⁰ In the language of Article 4(1) UCTD, the "nature of the goods or services", "all the circumstances attending the conclusion of the contract" and "all the other terms of the contract" are to be taken into account; cf. Thomas Pfeiffer, *Art 4 RL 93/13/EWG, in DAS RECHT DER EUROPÄISCHEN UNION, BAND IV: SEKUNDÄRRECHT*, at n. 7 (Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf and Martin Nettesheim eds., 1999); Andreas Fuchs, § 307 BGB, *in* AGB-RECHT, at n. 116 (Peter Ulmer, Hans Erich Brandner and Horst-Diether Hensen eds., 12th ed., 2016).

party must deal fairly and equitably and must take the other party's legitimate interests into account. As we have already discussed, the security provider's (consumer's) legitimate interest is that the secured creditor and the contract terms provided by the creditor seek to achieve the best price possible in the case the security right must be enforced.⁹¹

2. Arguments from Assumptions on Possible Consequences, Value-based Arguments etc

As mentioned above, the functionalist aim of identifying relevant arguments also involves dealing with potential consequences the possible solutions may trigger. This endeavour is often based on assumptions (given the future is uncertain and empiric evidence on standard causal relations is usually not available). Lawyers deciding or arguing a case have a high tendency to make assumptions such as this, even though they might do it subconsciously. In a functionalist thought process the ambition is to do it explicitly. We have identified a number of arguments of the kind we assume lawyers to contemplate in a case like *Banco Santander*. In this section we present them in an order that we hope is easy to follow.

(i) We would like to start by pointing out that the CJEU and AG Wahl themselves use such 'consequence-based arguments'. They point at the fact that it could create problems if other property right holders would run the risk of having their rights contested by an unfair term.⁹² As mentioned above, this argument does not appear to be very valid when the bank itself has bought the property. The argument could, however, be interpreted as implying that the register should have high formal legitimacy in order to be trusted, since trust and lack of trust are important consequences. Still, this is not a real problem before someone else actually put trust in the register. With a more explicit analysis than what we can read from the CJEU and the AG, this becomes evident.

(ii) AG Wahl also forms an argument from the consequences of granting a possibility to challenge clauses in the mortgage agreement insofar as he expresses doubts whether such course of action would really create any benefit for the consumer: If the sale in the extra-judicial enforcement would consequently be ineffective, this would mean that the consumer would still be bound to the credit contract and the entire debt would be due at once.⁹³ This is correct. However, as has been pointed out before, this may still be within the consumer's interest, depending on how realistic it is for her to raise the money in time, even if there is a risk in the end there will be higher costs to cover, among other factors.⁹⁴ In this context, one may also say that it is evidently better from a consumer perspective to have a certain right, including the option not to exercise this right, than having no right at all. The option of not asserting one's right based on a free and informed consent to the term in question also applies in proceedings initiated by an *ex officio* intervention by the court.⁹⁵

⁹¹ See *supra*, III.B.

⁹² See CJEU, Case C-598/15 *Banco Santander* para. 45; AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* paras. 82 f.

⁹³ See AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 80.

⁹⁴ See section III.B. on a consumer's interests in situations where it is not clear at the outset whether the money can be raised or not.

⁹⁵ Cf., in this respect, AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 80, with reference to CJEU, Case C-472/11 *Banif Plus Bank Zrt v Csaba Csipai, Viktória Csipai* ECLI:EU:C:2013:88 para. 35; Joined Cases C-381/14 and

(iii) The following aspect is neither discussed in the CJEU's judgement nor in the AG's opinion, but certainly attracts a lawyer's attention. The bank was, by way of a contract clause, given power to represent the consumer 'as seller' in a forced sale.⁹⁶ At the same time, the bank was intended to be allowed to act 'as buyer' in that forced sale. The bank's possibility to represent the consumer creates a conflict of interests on the part of the bank,⁹⁷ which materialises in two related aspects: (a) A bank using such a contract term can, in lieu of other interested buyers,⁹⁸ acquire the apartment for a rather low price. If the real estate market improves later, the bank can sell off the apartment for a much higher price (the point in time for both transactions is exclusively determined by the bank), with the intention of keeping the surplus for itself. (b) If a bank, using self-contracting, acquires the apartment for a low price, this means that rather little money is cashed in by the forced sale and, in turn, the consumer's credit obligation will remain unpaid and due at a relatively high amount. On these grounds, the bank can further charge (more) interest, and it can ultimately use other means of enforcement, if available, to receive the money.

Now, if the ultimate decision for the 'real issue' was to exclude any judicial review of potentially unfair terms at the present stage of proceedings, this would operate as an incentive for banks to proceed just the way described above. This would not only imply the risks of self-contracting as stated in the previous paragraph, this course of conduct could also be used in a strategic manner to cover up even further potentially unfair terms. Evidently, this would run contrary to the Directive's intention to produce a deterring effect⁹⁹ in order to put an end to the use of unfair terms.

If, however, the 'real issue' is decided in favour of a judicial review to be carried out even at the present stage of proceedings, and if this review happens to reveal the unfairness of certain contract terms frequently used by banks, this may have a considerable impact on future contract practice in general. Banks will tend to adopt standard terms surviving the unfairness test imposed by the Directive. "To prevent the continued use of unfair terms in contracts" is in fact a major goal of the UCTD, explicitly highlighted in its Article 7(1) and repeatedly used as a prominent argument in the CJEU's case law in order to elaborate, in particular, on the dissuasive effect the Directive is intended to produce.¹⁰⁰ The latter is of course a normative argument, but as it builds upon consequences, it is mentioned in the present context.

(iv) Awarding the bank a chance to earn even more money than it could expect to earn under the credit contract does not comply with the role of banks in the credit system; at least such a

C-385/14 *Jorge Sales Sinués v Caixabank SA and Youssouf Drame Ba v Catalunya Caixa SA (Catalunya Banc SA)* ECLI:EU:C:2016:252 para. 25.

⁹⁶ To this extent, the contract reproduces Spanish legal provisions and therefore does not fall within the ambit of the UCTD according to its Article 1(2); see *supra*, III.A. sub (i).

⁹⁷ As mentioned above (*supra* note 70) we do not have sufficient knowledge of the precise role of the public notary in the specific Spanish enforcement procedure in order to assess to what extent the conflict of interests actually is to be seen as problematic in the specific case. But we tend to think the involvement of a notary does not render the issue completely unproblematic. In any case, the discussion provided in the text aims to show what kinds of problems self-contracting may raise in a setting like the *Banco Santander* case.

⁹⁸ This risk may have been a substantial one in Spain during the financial crisis. It may have been difficult to find other potential buyers also because of the fact that the former owner (the consumer-debtor) still lived there and market participants anticipated it could be difficult to evict her.

⁹⁹ See the next paragraph at note 100.

¹⁰⁰ See, among many others, CJEU, Case C-618/10 *Banco Español de Crédito* paras. 68–71; Case C-26/13, *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai v OTP Jelzálogbank Zrt* ECLI:EU:C:2014:282 paras. 78–84.

possibility is highly questionable.¹⁰¹ There are of course many different ways to understand the role of the very complex institution of banks, but a possible way of explaining one part of the role of banks is to point at the stability they should provide. From this perspective they are supposed to gain from the margin of interest rates. A bank's expectation under a secured credit contract is to earn a profit from interest and fees, secured by a proprietary security. The function of a security right is limited to what is to be secured. Contract terms allowing the bank to acquire the collateral itself by way of self-contracting, at a potentially overly low price, and selling it off for a higher price without attributing the surplus to the security provider, are thus to be seen quite critically. If banks are allowed to speculate in the risk, or rather chance, of consumers' failure to discharge their credit obligations, this might affect the stability of the bank, and thereby the financial system. One part of the risk could be that banks start competing on the market by offering interest rates that are calculated from the possible surplus the speculation in consumer failure may generate. This has the positive effect of lower interest rates, but it also implies the risk that speculations of a bank do not work out as intended. From the perspective we use here, a bank's role is not to take speculative kinds of risks. The other part of the risk is that consumers in general may start to distrust the motives of banks. This can also potentially lead to distrust against banks when it comes to lending money to the banks. If consumers avoid using banks, the effect might be damaging for the financial system as a whole. What actually affects the trust in banks and the financial market is, however, something that still needs more research; so does the question of whether or not speculative behaviour of banks is beneficial. What we do know is that the concepts of stability and systemic risks are central concepts for our understanding of the roles of banks in the society.¹⁰²

What we discuss here is based on the assumption that comparable clauses may have been used in many consumer mortgage contracts by many banks. The possible consequence we are pointing at is that contract terms allowing the bank to make profit on consumer failure may have unwanted effects at aggregate level. This is a rather clear argument in favour of deciding the 'real issue' in terms of also allowing a judicial review at a late stage of the bank's process of using the security to cover the debt. Such a decision would limit the risks we point at, although it would just be by blocking a rather small possibility for the banks to make such profit.

It is also relevant to consider the possible consequences of establishing such a norm through a court decision. When a norm is created by the judiciary, market participants do not get a transition period, as they usually do when norms are established through legislation. In this context, a

¹⁰¹ Compare, on a normative level, Article 28(5) Directive 2014/17/EU of the European Parliament and of the Council on credit agreements for consumers relating to residential immovable property and amending Directives 2008/48/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010 [2014] OJ L60/34. However, this directive has not yet been applicable to the *Banco Santander* case; see the transitional provisions in Article 43(1) Directive 2014/17/EU.

¹⁰² See the definition in Article 3(1)(10) Directive 2013/36/EU of the European Parliament and of the Council on access to the activity of credit institutions and the prudential supervision of credit institutions and investment firms, amending Directive 2002/87/EC and repealing Directives 2006/48/EC and 2006/49/EC [2013] OJ L176/338; see also, e.g., Philipp Hartmann, Olivier de Bandt and José Luis Peydró, *Systemic Risk in Banking after the Great Financial Crisis*, in THE OXFORD HANDBOOK OF BANKING 667 (Allen N. Berger, Philip Molyneux and John O. S. Wilson eds., 2nd ed., 2014, online 2015); SYSTEMIC RISK, INSTITUTIONAL DESIGN, AND THE REGULATION OF FINANCIAL MARKETS (Anita Anand ed., 2016, online 2017); Andrew G. Haldane and Robert M. May, *Systemic risk in banking ecosystems*, (2011) Nature 351 (Vol. 469).

problem could occur if any of the possible solutions to the 'real issue' could cause unexpected major losses for the banking industry at large. However, since the bank, in a setting like the *Banco Santander* case, would at least retain a proprietary security right for the same claim it originally had, we assume that no such major consequences are to be anticipated in this regard.

(v) Another assumption on risk concerns the security object. If a judicial review of potentially unfair terms is declared still possible or even necessary, the bank faces an additional risk that the apartment may deteriorate in value because of the simple fact that it is used every day and this causes wear and tear. This consequence, in principle, is very likely to occur. However, there is no equally tenable prognosis on how significant such deterioration would probably be. On the one hand, one could have reasons to assume that the consumer, if she is allowed to remain in the apartment, would take reasonable care of it. On the other hand, there may be reasons to assume, and even certain empiric support, that a person in economic distress is more likely to take bigger risks;¹⁰³ this might also affect the state of the apartment. Evidently, this makes it difficult to find an appropriate way of how to measure such (partly contradictory) assumptions. In a practical case before a (national) court, it may sometimes be possible to deliver particular evidence to make an assumption more specific or clarify its likelihood. After all, deciding the 'real issue' in terms of excluding any further mortgage contract review right away appears to be slightly preferable to the bank. However, the bank's main interest of at least keeping some sort of proprietary security for its claim is also served if the opposite decision were made. The economic value of the security may be somewhat lower, depending on further wear and tear. Further, the real estate market may develop in one or the other direction.

(vi) It should be kept in mind that the effect that a consumer who cannot pay will lose the object over which the security right has been created, is not unfair as such. The consumer's interest of keeping his or her home is, however, not the only interest the consumer typically has.¹⁰⁴ In case this goal cannot be achieved, a consumer, in the capacity of debtor and mortgagor, has an evident interest of achieving the best possible economic result once the apartment is lost. In the present case, this would mean achieving a better result than 60% of the (former) market value. Theoretically, this could be attained in different ways, including: retrospectively avoiding the forced sale and enforcing the mortgage under the ordinary judicial enforcement procedure (at a time when prices may have started to go up again after the financial crisis) or, if the bank is allowed to keep the apartment, by imposing on the bank an obligation to deduct any income gained from the apartment (by way of sale or renting out to a third person) from the consumer's remaining credit obligation.

(vii) Other arguments concerning the sale of the security object have to do with assumptions on how banks will act if they are still subject to an *ex officio* intervention by the court in the process of evacuation. Would banks then change their behaviour and never buy the mortgaged property themselves? Is it possible to assume that excluding banks from the market would lead to a less favourable outcome for the consumer, since the prices fall if there is one buyer less on the market? Would the banks instead use partner enterprises, who they ask to buy the security object? Would the possibility of *ex officio* interventions affect the interest in and incentive for special

¹⁰³ See, e.g., REINHARD H. SCHMIDT, *ÖKONOMISCHE ANALYSE DES INSOLVENZRECHTS* 27 (1980).

¹⁰⁴ This aspect has already been touched *supra*, III.B. What we add here are more detailed deliberations as to the consumer's interest to achieve the best economic result if the credit debt cannot be paid.

arrangements under a general economic crisis? Might the effect be that consumers in general will receive less help from the state? Or maybe more help? How will private helping initiatives be affected? – These are all questions that are arduous to answer. To some people it may seem evident how a bank would behave if the court, or the consumer, could still intervene. It is, however, not easy to understand how all other aspects affect a decision to act in a certain kind of situation. Maybe the most probable change in behaviour would be that banks change their credit contracts, so that they seem less unfair from an EU law perspective (provided the contracts used by the particular bank actually contain unfair terms).

(viii) Yet another argument concerning how the bank might be affected is our assumption that the bank's interests would not be impaired substantially if a judicial review of terms in the mortgage contract was held to be still possible or even necessary at the present procedural stage. As previously mentioned, such a decision would not mean that the bank ultimately loses the possibility to sell the apartment.¹⁰⁵ If a judicial review of potentially unfair terms is allowed, the bank – depending on the outcome of that review – will either remain in its present position of being the 'owner' of the apartment, or will be restored in its former position as a security-right holder with a valid secured claim, in which case the options are that either the bank will be paid (if the consumer can use the time to raise the money) or the bank can enforce its security right, probably by way of traditional judicial enforcement. Since the bank's basic interest is to gain the money it contracted for,¹⁰⁶ all these possible courses of events serve that interest to a more or less comparable extent, with the reservation that any solution allowing the consumer to stay in the apartment, for the additional time any kind of proceedings may last, involves the additional risk for the bank that the apartment may depreciate as a consequence of this using.¹⁰⁷

(ix) One can also form an argument from presumptive practical difficulties the consumer may face when a judicial review is no longer allowed at the present stage. Making the case depend on a strict procedural distinction among proceedings carried out between the same two parties¹⁰⁸ may potentially imply a significant risk that the consumer will miss the point up to which she would have to bring complaints on the ground of allegedly unfair terms. Note that the enforcement procedure before the notary is finalised without any involvement of the consumer (the bank acquired the apartment by way of self-contracting). Under such circumstances, the consumer might be unaware of the caesura between the two formally distinct procedures. Given that, under CJEU case law, consumers' unawareness of their rights awarded by EU law is considered problematic in terms of compliance with the principle of effectiveness,¹⁰⁹ this can support an argument against excluding any judicial review of unfair terms at the present stage.

¹⁰⁵ See *supra*, III.B.

¹⁰⁶ Cf. *supra*, III.B.

¹⁰⁷ See *supra*, III.C.2. *sub* (v).

¹⁰⁸ The distinction is between the procedure between the contracting parties based on the mortgage contract on the one hand (proceedings 'type (a)' as categorised above) and proceedings – still, between the same contracting parties – based on the bank's meanwhile acquired 'right of ownership' on the other hand (proceedings 'type (b)'). Cf. *supra*, III.A. *sub* (ii).

¹⁰⁹ For references, see III.D.2. below with note 121.

(x) Finally, there might be arguments regarding the development of the overall relationship between bank and consumer, disregarding the original terms of the contract. If the bank allows the consumer to stay in the apartment for a long time after the acquisition and therefore waits with evacuation proceedings, it may seem that the bank is not 'rewarded' for this kindness. This may be an argument that AG Wahl took into account, although he did not mention it explicitly.¹¹⁰

(xi) We do not claim that we have identified each and every aspect that may potentially be relevant for solving the 'real issue' in a case like *Banco Santander*. However, with the normative arguments (III.C.1.) and the further arguments listed in this section (III.C.2.) we think we have presented enough to illustrate our point: that a reasonable solution can be developed without making the case strictly depend on a concept like 'ownership'. We also hope that the arguments we have identified will not be considered peculiar, but rather as arguments that lawyers would have contemplated anyway when dealing openly and consciously with a comparable case.

D. Weighing of Arguments

The fourth and final step, as described in section II.B, is to weigh the arguments prepared in step 3. To achieve a solution to the 'real problem', the decisive and most important arguments are subjected to a final evaluation (if need be),¹¹¹ linked to and weighed against one another, and are finally put together in an argumentation to solve the issue. To do this it might be useful to recapitulate the 'real issue':

Should a judicial review of potentially unfair terms in a security agreement be excluded once the security right in the consumer's apartment has been enforced and the creditor-bank itself has acquired the apartment in the forced sale, and therefore seeks to force the consumer out of the apartment?¹¹²

As indicated above, there is no specific method or normative framework for carrying out the weighing process. We will therefore proceed as we consider it appropriate and, given that legal norms evidently require to be given specific weight in the process, start with them. Please remember that we are doing a researcher's task here and that we have limited the facts of the *Banco Santander* case to what seemed relevant for us to show how a functional approach would operate in contrast to formal-conceptual reasoning. We are, in other words, not deciding 'the real case'.

1. Another Evaluation of the Norms

A weighing process to decide the 'real issue' could start by again checking whether there is a norm or comparable normative proposition – in our case: a provision of EU law or an existing preliminary ruling by the CJEU – that addresses the 'real issue' in a direct way. If so, this norm would have to

¹¹⁰ Compare AG Wahl, Opinion on Case C-598/15 *Banco Santander* para. 79.

¹¹¹ In the present article, this evaluative task, to a relatively large extent, has already been accomplished in the previous sections in order to deal with the individual aspects where they arise.

¹¹² Cf. III.B. above: Note that we have clarified there that this main question arises for different factual situations and can, depending on the answer to that main question, trigger additional questions as to whether a judicial review is to be carried out only upon the consumer's application or *ex officio*; and whether an *ex officio* review is merely allowed or even necessary.

assume a high priority in the weighing process. However, we already know that such a 'clear norm' of EU law does not exist for the issue to be decided in the present case.¹¹³

It is also clear that there are no provisions of national (in this case: Spanish) law which could claim to settle the issue once and for all. We have seen that the Spanish property law provisions on the acquisition of ownership depend on a valid obligation to transfer the ownership from the consumer to the bank in the course of the forced sale ('causal' transfer), and that the validity of this obligation may be questionable if the mortgage agreement was affected by unfair enforcement-related contract terms.¹¹⁴ To what extent this dependency actually exists in a particular case would, first, depend on whether and which contract terms ultimately turn out to be unfair. Second, this would be the task of the national court to sort out according to the division of work between the national court and the CJEU in a preliminary ruling procedure.¹¹⁵

Regarding the Spanish procedural provisions, we have seen that the specific type of procedure for enforcing registered rights *in rem* is a summary procedure only, which does not have the effect of *res iudicata* and does not produce a final decision as to the rightful or wrongful acquisition of ownership by the bank; the latter is left to a 'plenary' procedure.¹¹⁶ The conclusion to be drawn from this is, however, not self-evident. One could either argue that the inexistence of any right to invoke, in the summary procedure, the unfairness of terms of the mortgage agreement is not that detrimental for the consumer because she could still revise the result in a subsequent 'plenary' procedure. Or one could point to the fact that the apartment is the consumer's only present housing option and that this may speak strongly against forcing the consumer out of her home before the review of potentially unfair terms has been settled.¹¹⁷ Given that we do not have sufficient knowledge of national Spanish procedural law, the exact weight these national provisions should be awarded in the weighing procedure must be left open here.

It will, however, be evident that the final assessment of these implications of national property law and procedural law would have a strong impact on the weight the national norms may assume in an 'absolutely final' weighing process. Further, it should have become apparent already from our previous discussion that the potential result regarding the 'real issue' may vary depending on which national legal system is concerned. It should, however, also be made clear that even if a specific national legal system provides that a transfer of ownership is perfectly independent from the validity of the underlying obligation,¹¹⁸ and that the same is true for proceedings enforcing such a

¹¹³ See section III.C.1.

¹¹⁴ See above, I.C. *sub* (ii).

¹¹⁵ Compare, among many others, CJEU, Case C-433/11 *SKP k.s. v Kveta Polhošová* ECLI:EU:C:2012:702 para. 22; Case C-297/88 *Massam Dzodzi v Belgian State* ECLI:EU:C:1990:360 para. 33.

¹¹⁶ See above, I.C. *sub* (ii).

¹¹⁷ Cf. *supra*, III.C.1. *sub* (iii) and the CJEU case law referred to in note 88.

¹¹⁸ At least at first sight this would hold true with regard to German law, which provides for an 'abstract' transfer of ownership, *i.e.*, a valid underlying obligation is not required for a transfer to take place, if only a valid 'real agreement' has been concluded between transferor and transferee. However, a transfer based on an invalid obligation would immediately trigger an obligation to re-transfer the property under unjust enrichment rules. See, for instance, Mary-Rose McGuire, *National Report on the Transfer of Movables in Germany*, in NATIONAL REPORTS ON THE TRANSFER OF MOVABLES IN EUROPE, VOLUME 3 1, 73 ff. (Wolfgang Faber and Brigitta Lurger eds., 2011). This obligation to re-transfer might still operate as a gateway for defects in the underlying obligation to break through as long as the parties are still the same.

right, the question whether these national provisions decide the solution to the case may still depend on the EU law principle of effectiveness.

Further, we can say that *if* a particular national legal system provides a 'causal' transfer as mentioned above, and *if* it should ultimately turn out that certain terms in the consumer mortgage agreement which are material for the non-judicial enforcement procedure are to be considered 'unfair' within the meaning of the Directive, there would be a quite strong argument from the EU principle of equivalence that the invalidity of the contract term should cause the transfer of ownership to be ineffective. The reason is that the same effect would be triggered if the invalidity of the contract was caused by a rule of national law.¹¹⁹ This is, in itself, not really a functional way of reasoning; but given that functional argumentation is intended to include all normative premises the case may involve, this kind of EU-law driven argument is taken account of. In any case, this argument can start only when it has been clarified that certain contract terms are 'unfair'; it does not contribute to the question of unfairness itself, nor does it contribute to the assessment of the ambit of the effectiveness principle, which forms a separate and additional requirement.

2. Weighing Some of the Normative and Consequence-based Arguments

The arguments we weigh in this subsection are mainly from III.C.1. *sub* (i)–(iii) and III.C.2. *sub* (i) and (iii). One of these arguments claims that it is necessary to limit the consumer's possibilities to have contract terms reviewed because a third party who trusts the register might otherwise be affected. We have already pointed out that this is a weak argument for those cases where there are only two parties involved. The argument could, however, be interpreted in another, more favourable, way to make it useful. It could be interpreted as an argument for implementing one general rule (such as: 'Once the acquirer is registered, this cannot be challenged') without exemptions. Such a solution may be said to have the advantage of simplification. This would, however, be a quite unusual rule. To have different rules concerning a two-party relationship and a third-party relationship is indeed very common. There need not even be a good faith solution involved.

A rule without any exception may also cause problems in the relationship between the two parties to the original mortgage agreement. One aspect, as previously mentioned, is that according to the CJEU, a person's need for housing has to be given specific weight when interpreting the UCTD, notably when delimiting the appropriate scope of the effectiveness principle.¹²⁰ Further, the enforcement procedure before the notary was finalised without any involvement of the consumer and the latter is therefore likely not to be aware that there are in fact two formally distinct procedures. This observation can be linked to further CJEU case law according to which the fact that the consumer "is unaware of or does not appreciate the extent of his rights" can have a substantial impact on the assessment that procedural rules fail to comply with the Directive's principle of effectiveness.¹²¹

¹¹⁹ See *supra*, III.C.1. *sub* (ii).

¹²⁰ See *supra*, III.C.1. *sub* (iii), with references in note 88.

¹²¹ See, to this effect, CJEU, Case C-415/11 *Aziz* para. 58; Case C-618/10 *Banco Español de Crédito* para. 54; Joined Cases C-240/98 to C-244/98 *Océano Grupo Editorial SA v Rocío Murciano Quintero and others* ECLI:EU:C:2000:346 para. 26 (all regarding the UCTD and the national court's duty to review contract terms *ex officio*). See also CJEU, Case C-32/12, *Soledad Duarte Hueros v Autociba SA, Automóviles Citroën España SA* ECLI:EU:C:2013:637 para. 38 regarding Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (Consumer Sales Directive) [1999] OJ L171/12.

Further, on a very general level, there seems to be little reason why bringing a complaint on the ground of unfair contract terms should no longer be possible for the consumer if it is still only the consumer and the professional who are parties to the conflict. If only these two parties can be affected by deciding the conflict, a formal change in the bank's 'type of right' and in the 'type of procedure' should arguably not form a sufficient barrier against the Directive's entire purpose of awarding consumers protection against unfair contract terms applied by the other party.

Considering that the UCTD intends to create a deterring effect towards professionals,¹²² the decision of the conflict at hand should certainly not operate as an incentive for professionals to put an end on the courts' ability to review unfair terms (by acquiring collateral on their own). Rather, there should be an incentive for the professional to achieve the highest proceeds possible when the enforcement of a security right turns out to be necessary.¹²³

3. Weighing the Arguments Concerning Risks

Some arguments we have presented concern the bank's risk that the value of the apartment may deteriorate through use during the additional time a judicial review of unfair terms would take.¹²⁴ These arguments do, however, not suggest that this possible increase of risk is significant. The same risks are present also in general, including cases where the sale of the security object takes some time for whatever other reason there may be.

Other kinds of risks have to do with the role of banks in general; we have referred to them as systemic risks.¹²⁵ When weighing arguments on systemic risks it is of course important to understand that these are arguments on an aggregated level. They do not directly match the arguments on the party-to-party level, and they, therefore, need to be treated as arguments from another level when it comes to a specific kind of problem in a case such as *Banco Santander*. This, however, does not mean that they are unimportant in regard to the possible effects of a judicial decision in a general context. If the financial system in a certain jurisdiction allows a lot of possibilities for banks to fulfil ulterior motives, besides the role they are given, a single decision that does or does not limit such possibilities can potentially be important.

We think that the risks described are relevant and that they point towards also allowing a judicial review at a late stage in the bank's process of using the security to cover the debt. However, since these arguments concern the aggregate level we need to be careful. We should not let these arguments gain weight unless we also assume that high enough number of consumers will be concerned that an effect on the macro level sets in. The assumed consequences are only one set of arguments out of many that need to be considered.

¹²² Cf. *supra*, III.C.2. *sub* (iii), with references in note 100.

¹²³ Cf. *supra*, III.B.

¹²⁴ See *supra*, section III.C.2. *sub* (v) and (viii).

¹²⁵ See *supra*, section III.C.2. *sub* (iv).

4. Weighing the Arguments Concerning Possible Change of Behaviour

As stated above, it is partly difficult to predict how banks will adapt their future behaviour depending on the decision on the 'real issue'.¹²⁶ We have already pointed out that we assume the most probable change in behaviour, if a judicial review at the present stage of proceedings were allowed, would be that the banks change their mortgage contracts so that they seem less unfair from an EU law perspective.¹²⁷ This is an argument for allowing a review of the contract. The arguments that point in the opposite direction are, however, also plausible. We do not know how the banks will behave and how they will redesign their contracts. Yet it is important that we do not see a clear probability for a redesign of contract terms that is less desirable from either a consumer or market related perspective.

5. Contemplating the Arguments Concerning the Overall Situation

The last arguments we would like to involve concern the overall situation of the case. One aspect is that the bank might have been 'kind' to the consumer, for example by letting him or her stay in their apartment for a long time after the acquisition. According to Article 4(1) UCTD, this aspect should not be considered in the unfairness test, since it occurs after the contract was concluded. However, when taking into account the overall situation in a specific case, it might seem unrealistic to look away from such a fact. Accordingly, if the law requires disregarding this aspect, it is easier to do so after explicitly pointing out that this fact is in reality a part of the picture, although it should not be considered for specific legal reasons.¹²⁸

Another aspect of the overall situation is the question of whether it would be better for the consumer if the apartment was sold as quickly as possible. It is simply hard to know whether the outcome of an unfairness assessment makes the overall situation better for the consumer. There are a number of uncertainties, concerning for example the possibilities to sell the apartment for a higher price, and these uncertainties make a decision for or against trying the unfairness test risky for the consumer. It may be necessary to contemplate this when considering the circumstances at hand, but it is not an argument against a review as such.

Concerning the overall situation we do, in summary, not see that these aspects should be decisive in the *Banco Santander* setting.

6. A Possible Result of the Weighing Process

Getting to the final step of the weighing process, we would like to stress once again that we are not in the position to decide the 'true' *Banco Santander* case, as it has been referred to the CJEU. A first reason is that we have simplified the case by picking some important elements and disregarding others.¹²⁹ A second reason is that, as legal researchers, our intention is to show something of more general relevance. What we claim to show with this article is that there are reasons to consider the

¹²⁶ See *supra*, section III.C.2. *sub* (vii) and, to some extent, *sub* (iii).

¹²⁷ See, again, sections III.C.2. *sub* (iii) and (vii).

¹²⁸ It can be noted that there is legislation in some jurisdictions that allows subsequent events to be a part of the unfairness assessment; see for example § 36 Swedish Contract Act (*Avtalslagen*), and the equivalents in the other Nordic countries.

¹²⁹ See *supra*, section I.

thought process suggested by the ‘functional approach’ when it comes to solving legal issues concerning (national) property law and EU consumer law.

To illustrate this, we have, in the course of our analysis, disqualified some of the bearing arguments that were used by the CJEU and the AG. We have also developed arguments that point in the opposite direction. On balance, and within the limited facts we have opted to base our research task on, the arguments for solving the ‘real issue’ in favour of the consumer seem to prevail.

Where the conflict is still only between the consumer-mortgagor and the bank as the acquirer of the former security object, a judicial review of potentially unfair terms in the security agreement need not at all be excluded. A possible result of the analytic process we have described is rather that such a judicial review should be allowed where the consumer herself asks the court to conduct it. There should arguably even be a duty on the national court to review the contract terms of its own motion where the following two conditions are met: First, the general preconditions for such *ex officio* review must be met – in the words of the CJEU: where the national court “has available to it the legal and factual elements necessary for that task”.¹³⁰ Second, adopting such a duty would require that there has not yet been any adequate possibility for the consumer to raise objections herself or for a court to start a review of its own motion¹³¹ (or the previous court failed to comply with its duty).

The main arguments for this solution are that the bank’s interests are impaired to a very small extent, whereas the consumer can potentially benefit considerably and the general goal of preventing the continued use of unfair terms is served in the best way possible.

To what extent national law can exercise a limitative effect on this functioning of the Directive does not depend on whether the bank has acquired ‘ownership’ in a two-party conflict like in *Banco Santander*. Rather, variations as to the ‘operating distance’ of the Directive may, for instance, follow from the degree of a transfer’s dependency on the underlying obligation under national law (causal transfer system or other). Interestingly, this feature of national property law – *i.e.*, taking into account a defect in the contract between the two parties involved – appears to be an aspect of rather relational character.

IV. Impact on the Understanding of the EU Law Principle of Effectiveness

We hope that the foregoing analysis managed to show that solving the issue raised in *Banco Santander* does not require drawing heavily on dogmatic concepts such as ‘ownership’, ‘rights *in rem*’, or specific types of procedures as established by national law. Rather, approaching the issue functionally suggests that formal categorisations of rights or procedures should not dominate the argumentation, particularly where they would become relevant only in a conflict between these two parties who happen to be the addressees of a specific EU consumer contract law directive. The approach we have applied narrows down the discussion to the parties involved and the interests that are actually at stake. At the same time it attempts to broaden the discussion to any kind of

¹³⁰ See, among many others, CJEU, Case C-40/08 *Asturcom* paras. 53 and 59.

¹³¹ Cf. the formulation of the ‘real issue’ with its variations (a) and (b) *supra*, III.B. at note 78.

argument potentially relevant within the narrow issue, and to provide a methodological framework for weighing these arguments against each other. The goal pursued in this weighing process, in a case like *Banco Santander*, is to determine a proper scope and effect of the principle of effectiveness, in order to achieve the goals of the UCTD in an appropriate manner.

The issue we want to address in this final chapter of our article goes one step further. The issue is whether at least in a case like this one, that is, in a mere two-party relationship, EU law itself might actually *require* applying an approach which comes relatively close to the functional approach applied above. In particular, the principle of effectiveness appears to display a number of features resembling elements of the functional approach. In turn, reflecting on the functional approach might contribute to a better understanding, or even a further sharpening, of the application of the principle of effectiveness. Actually, it has been pointed out repeatedly that the vagueness presently displayed by the principle of effectiveness should be reduced.¹³² Evidently, to sharpen such a central principle is a comprehensive issue. The following observations and suggestions do not take the form of an in-depth discussion. Rather, they are intended to form a starting point for further research, and for debate.

A. Normative Support for a Functional Approach in EU Law

To begin with, the Court commonly states that every case in which the question as to whether a national procedural provision infringes the principle of effectiveness arises “must be analysed by reference to the role of that provision in the procedure, its progress and its special features, viewed as a whole, before the various national bodies”.¹³³ In other words, *context and function do matter*. There are also clear indications in CJEU case law that the Court, referring to the principle of effectiveness, turns against putting decisive weight into distinctions based on concepts and categorisations. For instance, the Court has declined an argumentation based on a formal distinction between ‘licence’ versus ‘sales’ contracts when dealing with the rule of exhaustion in copyright law.¹³⁴ In other cases, which formally depend on the interpretation of a certain statutory notion or concept, the principle of effectiveness has been deployed for interpreting this notion flexibly in order to achieve the effects pursued by EU law.¹³⁵ Further, it has been observed that the Court’s case law on the principles of equivalence and effectiveness reveals an approach of weighing procedural principles of national law against the goals of EU law. Based on this this understanding, any severe interference with the procedural autonomy of a Member State must be justified by particularly central interests of EU law.¹³⁶ This very much resembles the idea of balancing different

¹³² See, e.g., Michael Dougan, *The Vicissitudes of Life at the Coalface: Remedies and Procedures for Enforcing Union Law Before the National Courts*, in *THE EVOLUTION OF EU LAW* 407, 420 (Paul Craig and Gráinne de Búrca eds., 2nd ed., 2011); KRÖNKE, *supra* note 50, at 230. For further references, but less critical in her own assessment, see also KULMS, *supra* note 49, at 185 ff.

¹³³ See, for instance, CJEU, Case C-32/14 *ERSTE Bank Hungary* para. 51.

¹³⁴ See CJEU, Case C-128/11 *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp.* ECLI:EU:C:2012:407 para. 49. The observation that the mere denomination of the ‘type of contract’ cannot be decisive in the eyes of the CJEU is made by Christian Baldus and Thomas Raff, *Richterliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts*, in *ENZYKLOPÄDIE EUROPARECHT, BAND 6: EUROPÄISCHES PRIVAT- UND WIRTSCHAFTSRECHT* 153, 202 (note 179) (Martin Gebauer and Christoph Teichmann eds., 2016).

¹³⁵ For a most recent example, see CJEU, Case C-724/17 *Vantaan kaupunki v Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy, Asfaltmix Oy* ECLI:EU:C:2019:204 paras. 43–51, regarding the concept of ‘undertaking’ within the meaning of Article 101 TFEU. The potentially conflicting concept of ‘legal persons’ (compare the referring court’s concerns in para. 15) was not considered decisive in solving the case.

¹³⁶ KÖNIG, *supra* note 49, at 240 ff.

normative propositions within a functional approach as outlined above. For example, a national procedural provision specifying the principle of *res iudicata* may be weighed against the principle of effective application of EU rules.¹³⁷ Further, the CJEU has stressed in certain cases that in order to safeguard the effective functioning of EU law, it is essential that conflicting interests of individuals can be weighed against each other, having regard to all aspects of the case; and that provisions of national (procedural) law that do not allow such weighing of interests may fail to comply with the principle of effectiveness.¹³⁸ This weighing of the parties' interests, again, resembles a feature of the functional approach. This example also shows that the strength the principle of effectiveness ultimately assumes is heavily influenced by the balancing process.

B. Possible Contributions by the Functional Approach

To what extent may the functional approach contribute to the understanding and application of the principle of effectiveness? As we have just illustrated, balancing different normative propositions, including the principle of effectiveness itself, and weighing the interests of the individual persons involved in the particular conflict, can already be said to form part of the CJEU's methodological toolbox for applying the principle of effectiveness. This has not always been fully clear, partly due by the Court's own formulation that national courts are under an obligation to ensure that "full effect" (or similar) must be given to EU law,¹³⁹ which may have been understood in terms of a one way preference rule.¹⁴⁰ The functional approach presented in this article, and its ability to reach balanced solutions in a reflected manner, suggests that this kind of weighing process should be fostered and further developed.

In addition, we believe that steps 1 and 2 of the functional approach as presented in section II.B. – keeping the different relations apart and defining the real issue without being occupied with dogmatic concepts – could be particularly helpful when applying the principle of effectiveness. One major benefit of these tools is gaining a clear picture of *what is relevant*, and what is not. Similarly, these tools may prove extremely useful for identifying *to what extent different cases* brought before the CJEU *are comparable*. This is an important task, given that EU law principles, like the principle of effectiveness, are developed by case law in a step-by-step-process. This usually involves the Court repeating its own statements when deciding a new case on the same matter.

¹³⁷ See CJEU, Case C-2/08 *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate v Fallimento Olimpiclub Srl* ECLI:EU:C:2009:506 paras. 28–31 (weighing a specific interpretation of a provision of the Italian Civil Code against the effectiveness of EU VAT provisions). For a closer analysis of the 'balancing' or 'weighing' approach applied in this case, see KRÖNKE, *supra* note 50, at 198 ff., 328 ff. See also, as to substance, CJEU, Case 453/00 *Kühne & Heitz NV v Productschap voor Pluimvee en Eieren* ECLI:EU:C:2004:17 paras. 24–27.

¹³⁸ See, e.g., CJEU, Case C-536/11 *Donau Chemie AG and others* ECLI:EU:C:2013:366 paras. 35 ff., regarding third-party undertakings' access to files of judicial proceedings brought for infringements of EU competition law. Building on that decision's reasoning, see also CJEU, Case C-365/12 P *European Commission v EnBW Energie Baden-Württemberg AG, Kingdom of Sweden, Siemens AG, ABB Ltd* ECLI:EU:C:2014:112 paras. 104–109, 132; and, regarding the process of weighing up different interests in proceedings for interim relief, CJEU, order in Case C-162/15 P-R *Evonik Degussa GmbH v European Commission* ECLI:EU:C:2016:142 paras. 103–115 (in particular para. 111).

¹³⁹ See, for instance, CJEU, Joined Cases C-143/88 and C-92/89 *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG v Hauptzollamt Itzehoe and Zuckerfabrik Soest GmbH v Hauptzollamt Paderborn* ECLI:EU:C:1991:65 para. 30.

¹⁴⁰ Cf. KRÖNKE, *supra* note 50, at 201 ff. For a detailed analysis of case law development, see THOMAS VON DANWITZ, *EUROPÄISCHES VERWALTUNGSRECHT* 476 ff. (2008).

However, these statements are also repeated when the matter of the new case resembles the old one to a limited extent only. The Court needs to start from somewhere. This, evidently, creates a risk that generalisations consolidate (as usually desired by lawyers), while differences as to the facts and interests involved tend to be overlooked. Steps 1 and 2 help to sharpen a lawyer's awareness of these differences and the ability to transform them into (different) legally relevant questions, or 'real issues', with potentially different impacts on the principle of effectiveness.

V. Conclusive Remarks

This article has dealt with potential conflicts that may arise between national property law and EU law; in particular, with the requirement of effective application of the UCTD. According to several substantial segments of argumentation presented by the CJEU in its recent Case C-598/15 *Banco Santander*, the acquisition of 'ownership' of a mortgaged property in a forced sale may form a strict barrier to the review of potentially unfair contract terms in the mortgage agreement. We have attempted to show that this perception of the conflict between different norms (national versus European) is heavily determined by a thinking process built on the concept of an absolute right of 'ownership'. We have suggested using a 'functional approach' instead. This approach was, first, presented in an abstract manner and by way of a step-by-step instruction. Second, we have tried to exemplify this approach by applying it to a factual setting similar to the *Banco Santander* case. We hope that we have, thereby, managed to show that this functional approach offers an appropriate methodological framework to deal with the potentially conflicting norms and the interests of the parties involved in the conflict. We also hope it has become apparent that a functional approach fits rather well into the argumentative process of the CJEU when it comes to determining the appropriate scope of the principle of effectiveness of consumer contract law directives.

What we have presented here are suggestions, a methodological contribution of academics to the common goal of enhancing judicial decision-making. We did *not* show that the CJEU decided the *Banco Santander* case in the wrong way. As mentioned, we did not base our analysis on the full set of facts, nor did we delve into the full complexity of Spanish procedural law (which the CJEU did not do either).¹⁴¹

However, it is important to stress that the result achieved by the CJEU *should not be overestimated* when viewed from the perspective of other European legal systems. As pointed out in the course of our analysis, the Court's argumentation does not include the idea of a 'causal' transfer of property rights, under which the acquisition of ownership may be flawed, and hence be rendered ineffective, because of unfair contract terms in the underlying mortgage agreement. Neither does the Court's judgement offer any direct guidance for procedures under other national laws where the claimant is required to prove the rightful acquisition of ownership (as under the traditional *rei vindicatio*): the specific Spanish summary procedure applied in the present case does not offer any possibility to raise the issue of the claimant's rightful acquisition.¹⁴² Had this aspect been different,

¹⁴¹ See section I.C.

¹⁴² See sections I.C., III.A. *sub* (ii) and III.C.1. *sub* (ii).

much more would speak for a solution where the (flawed) acquisition of ownership does not provide closure.

There are three more clarifications we would like to add. First, the functional approach employed in this article can be applied *irrespective of* how a specific *national property law regime* is designed. It is true that the approach is inspired by substantive Nordic and American laws, but this does not make it incompatible with other substantive property law regimes, including those where the concept of absolute rights *in rem* plays a central role. The kind of problem discussed in this article is, after all, not one of national property law. The problem emerges at the intersection of national property law and the requirement of effectively applying EU consumer contract law, where the question arises to what extent and at which point the one can limit the other. This is a matter of balancing. The functional approach is a tool for carrying out a balancing process in an open and reflected manner.

Second, following this argumentation, it should be stressed that promoting a functional approach for the process described is *not a (hidden) attempt to change national property laws* that have not adopted this approach. National law may retain or adopt whatever approach national lawmakers prefer.¹⁴³ Our only intent is to show that the functional approach's way of reasoning and structuring problems is a useful method where the EU law principle of effectiveness clashes with national law.

Third, the fact that we have applied the functional approach to a mere two-party situation inspired by the *Banco Santander* case should not be understood as an indication that this approach would, as such, be limited to two-party situations. It could, with advantage, also be used in settings where a third party is involved. Then the 'real issue' would be a different one.

¹⁴³ See also section I.C. *sub* (iii).

