



AUSTRIAN LAW JOURNAL

Ausgabe 2/2018



Das „Geburtshaus Hitlers“ in Braunau am Inn – eine unendliche Geschichte?

Eine kritische Analyse der Legalenteignung aufgrund von Symbolik

Lando Kirchmair,^{*} Universität Salzburg

Kurztext: Das Geburtshaus Adolf Hitlers in Braunau am Inn ist seit geraumer Zeit Gegenstand gesamtgesellschaftlicher Diskussion in Österreich und darüber hinaus. Dieser Beitrag beleuchtet das Vorgehen um das Haus aus österreichisch-verfassungsrechtlicher Perspektive. Am 13. 1. 2017 wurde die vormalige Eigentümerin des Hauses per Gesetz enteignet. Dies wurde vom VfGH in der Entscheidung VfSlg 20.186/2017 als verfassungskonform bestätigt. Damit wurde das Haus vom Politikum zum Gegenstand verfassungsrechtlicher Auseinandersetzung.

Der vorliegende Beitrag analysiert die problematische Definition des öffentlichen Interesses an dem Objekt, welche schwieriger vorzunehmen ist als es zunächst den Anschein hat. Das Problem besteht darin, dass das konkrete öffentliche Interesse an dem Haus weniger an dem Objekt als an dessen Wahrnehmung orientiert ist. Die Umkehrung der negativen Symbolik sowie die Verhinderung des Missbrauchs des „Hitler Hauses“ als Pilgerstätte liegen im öffentlichen Interesse. Erst wenn das öffentliche Interesse derart konkretisiert ist, können die Schwierigkeiten in der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Legalenteignung klar bezeichnet werden. Ein Ziel des Beitrages ist es auch, die Einmaligkeit der Enteignung basierend auf Symbolik und die damit zusammenhängenden Schwierigkeiten aufzuzeigen.

Der Beitrag verharret allerdings nicht in einer Rekapitulation und Bewertung der Geschehnisse. Gerade der schwierig zu erreichende Enteignungszweck, das öffentliche Interesse an der „dauerhaften Unterbindung der Pflege, Förderung oder Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts oder eines bejahenden Gedenkens an den Nationalsozialismus“ in Verbindung mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers, zwingen dazu weitere Überlegungen über die zukünftige Nutzung des Hauses anzustellen. Das Gebot der Rückübereignung droht – bei Verfehlen des Enteignungszweckes – zum Verhängnis zu werden und die tatsächlich größte Aufgabe steht erst bevor: die Deutungshoheit über das Haus muss wiedererlangt werden, um Missbrauch zu verhindern und kritische Reflexion zu ermöglichen.

* Mag. iur. Mag. iur.rer.oec. Dr. iur. Lando Kirchmair ist Universitätsassistent (Postdoc) am Fachbereich Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Universität Salzburg sowie Lecturer am Institut für Öffentliches Recht und Völkerrecht der Universität der Bundeswehr München. Für anregende Diskussionen und wertvolle Hinweise zum vorliegenden Beitrag bin ich András Jakab, Benjamin Kneihs, Stephan Lindner, Theo Öhlinger, Donald Riznik, Michael Thaler, Ewald Wiederin, dem anonymen Gutachten, den TeilnehmerInnen des Forschungs-Jour-Fixe des Fachbereichs Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht, sowie des Völkerrechts Jour Fixe an der Universität Salzburg am 12. 12. 2017 und am 16. 1. 2018 äußerst dankbar. Ebenso danke ich Andreas Maislinger für wichtige Hinweise sowie die Einladung in die Mittwochskonferenz des Österreichischen Auslandsdienstes, welche einen spannenden Austausch zum Thema mit zukünftigen Gedenk-, Sozial- und FriedensdienerInnen, das sind junge ÖsterreicherInnen, die sich auf ihren Zivildienst bzw. Freiwilliges Sozialjahr vorbereiten, ermöglichte. Fehler sowie die zum Ausdruck gebrachte Meinung verbleiben selbstverständlich allein in meiner Verantwortung.

Schlagworte: *Legalenteignung (Art 6 StGG; Art 1 1 ZProt EMRK); „Hitler Haus“; öffentliches Interesse; Wiederbetätigungsverbot iSd § 3 VerbotsG.*

I. Einleitung

Macht es dem Erdboden gleich!¹ Nein, wartet. Noch besser: Ignorieren wir es!² Oder besteht doch die Chance auf eine tiefgreifende Veränderung; die Chance auf Transformation der Wahrnehmung weg von dem Geburtshaus Adolf *Hitlers* hin zu etwas Positivem?

Seit 18 Jahren will die öffentliche Debatte über das Geburtshaus Adolf *Hitlers* in der kleinen österreichischen Stadt Braunau am Inn nicht zur Ruhe kommen.³ Die Medienpräsenz dieser in die Jahre gekommenen Immobilie ist erstaunlich. Die weltweite Berichterstattung über das Haus hält die österreichische Politik auf Trab. Nahezu jeder „Vorschlag“, wie mit dem Objekt weiter zu verfahren sei, fand und findet eine große Bühne. Bereits jetzt scheint es vergebene Mühe, alle Vorschläge und Protagonisten aufzuzählen.⁴

Dieser Beitrag will sich der Thematik aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive nähern. Im Jahr 2017 wurde die Eigentümerin der Liegenschaft nach jahrelangem Mietverhältnis mit der Republik per Gesetz enteignet.⁵ Anders könne die Verhinderung eines potentiellen Missbrauchs des Hauses (und seiner Geschichte) nicht gewährleistet werden. Hier wird im Folgenden analysiert, inwiefern sich in der Entscheidung des VfGH die Legalenteignung als verfassungskonform erwiesen hat (II.B.). Ein zentrales Element dieser Analyse wird das öffentliche Interesse an der Verhinderung des Missbrauchs sein (II.B.1.). Aufgrund der Dynamik, welche die Geschichte des Hauses bis zur Gegenwart begleitet hat, sind noch weitere – auch durchaus überraschende – Entwicklungen denkbar.⁶ Dementsprechend blickt der Beitrag auch in die Zukunft und fragt zum einen, was ein der Entscheidung des VfGH widersprechendes Urteil des EGMR verfassungsrechtlich und verfassungspolitisch bedeuten könnte (III.A.). Zum anderen verspricht das schwierig zu fassende öffentliche Interesse an der Verhinderung des Missbrauchs des Hauses weitere – womöglich unvorhergesehene – Trendwenden. Wird der Zweck, welcher der Enteignung zu Grunde liegt, verfehlt, hat eine Rücküberweisung zu erfolgen. Fraglich ist folglich, was das im gegenständ-

1 Siehe dazu „Russe will Hitlers Geburtshaus abreißen“, Welt.de vom 8. 11. 2012, abrufbar unter <https://www.welt.de/regionales/muenchen/article110783494/Russe-will-Hitlers-Geburtshaus-abreißen.html> [diese und weitere URLs wurden zuletzt abgerufen am 6. 6. 2018]. Ein Abriss wurde ebenfalls vom damaligen Innenminister Wolfgang *Sobotka* bevorzugt. Siehe nur „Sobotka kann sich Abriss von Hitlers Geburtshaus vorstellen“, Die-Presse.com vom 12. 6. 2016, abrufbar unter <http://diepresse.com/home/innenpolitik/5013522/Sobotka-kann-sich-Abriss-von-Hitlers-Geburtshaus-vorstellen>. Vgl darüber hinaus den Leserbrief von *Öhlinger* im Profil vom 13. 6. 2016, welcher zwar ebenso einen Abriss befürwortet; allerdings verbunden mit dem Vorschlag ein Haus mit Wohnungen für Flüchtlinge an der Stelle zu errichten, um „eine konkrete[] und radikale[] ‚Umpolung‘“ zu erreichen.

2 Für den Plan das Haus einer gewöhnlichen Verwendung als Wohnhaus zuzuführen, news.sky vom 6. 7. 2016, abrufbar unter <http://news.sky.com/story/row-over-plans-for-hitlers-birthplace-10468805>.

3 Der Ausgangspunkt kann mit der von der Braunauer Rundschau initiierten, von Bürgermeister Gerhard *Skiba*, dem Verein für Zeitgeschichte und allen Fraktionen des Braunauer Gemeinderates mitgetragenen Aktion „Braunau setzt ein Zeichen“ vom 7. 2. 2000 festgesetzt werden. Siehe <http://www.braunau.at/gemeindeamt/html/psx1.htm>.

4 Eine „Google Suche“ mit den Schlagwörtern „Hitler Haus“ liefert 6.970.000 Ergebnisse [6. 6. 2018].

5 BGBl I 2017/4.

6 Detaillierte Pläne, wie mit dem Haus nunmehr verfahren werden soll, liegen noch nicht vor – ein Architekturwettbewerb soll dieser Planlosigkeit Abhilfe verschaffen. Siehe dazu „Sobotka: ‚Haus darf nicht erkennbar sein‘“, ooe.orf.at, vom 18. 10. 2016, abrufbar unter <http://oeo.orf.at/news/stories/2803701/>. Bis zur Klärung der Höhe der Entschädigungssumme liegt dieser Wettbewerb allerdings auf Eis. Siehe dazu *Sendlhofer*, „Hitlerhaus: Ministerium verhandelt mit Lebenshilfe weiter“, kurier.at vom 28. 3. 2018, abrufbar unter <https://kurier.at/chronik/oberoesterreich/hitlerhaus-ministerium-verhandelt-mit-lebenshilfe-weiter/400012855>.

lichen Fall genau bedeuten würde. Wann wird der Enteignungszweck nicht entsprechend verfolgt und wann wird er verfehlt (III.B.)?

Der Beitrag will erläutern, inwiefern die von einer Expertenkommission geforderte tiefgreifende architektonische Umgestaltungen ausreicht, um eine Rückübereignung zu verhindern oder ob auch die Art und Weise der Verwendung des Hauses eine Rolle spielt, um den Zweck, die Umkehrung der negativen Symbolik sowie die Verhinderung des Missbrauchs des „Hitler Hauses“ als Pilgerstätte, zu erfüllen.

II. Was ist passiert?

A. Die Vorgeschichte

Das Bürgerhaus mit der Adresse Salzburger Vorstadt 15 in 5280 Braunau am Inn stammt aus dem 17. Jhd. 1889 war im Erdgeschoss eine Gaststätte und Brauerei. Das war damals wohl für die meisten vor Ort das erwähnenswerteste über diese Liegenschaft. Retrospektiv ist das anders. Adolf Hitler wurde am 20. 4. 1889 in eben diesem Haus geboren und verbrachte die ersten sechs Wochen seines Lebens darin.⁷ Trotz dieser kurzen Zeitspanne wurde das Haus von Hitlers Privatsekretär Martin Bormann gekauft, ehe es nach dem Krieg 1954 von der Familie P. wiedererstanden wurde.⁸ Bis vor Kurzem war Frau P., als Erbin der Gastwirte, die das Haus 1912 gekauft hatten, Eigentümerin dieser Liegenschaft. 1972 wurde das Haus sodann vom Bundesministerium für Inneres angemietet und war seitdem eine Volksbücherei, eine Schule und eine Behindertenwerkstatt, betrieben durch die Lebenshilfe Oberösterreich, welche erst 2011 wieder ausziehen musste, da jegliche Renovierungsarbeiten des baufälligen Hauses von der Eigentümerin abgelehnt wurden.⁹ Am 11. 10. 1993 wurde das Haus als Teil „des Ensembles ‚Salzburger Vorstadt‘ in Braunau am Inn“ per Bescheid unter Denkmalschutz gestellt.¹⁰ Um einen Missbrauch des Hauses durch

7 Siehe H. Sandner, Hitler, das Itinerar: Aufenthaltsorte und Reisen von 1889 bis 1945 I³ (2017) 43–49. Entgegen der vorherrschenden Meinung, dass Adolf Hitler die ersten drei Jahre seines Lebens in diesem Haus verbrachte, erläutert Sandner, dass es nur sechs Wochen waren. Er wurde um 18:30 Uhr später getauft auf Adolfus Hitler im „Gasthof der Familie Franz und Helen Dafner (‚Zum Hirschen‘, später ‚P.‘, einstmals Brauerei ‚Scheibenwang‘) in der Vorstadt 219 (ab 1890 Salzburger Vorstadt 15) im 2. OG (Fenster ganz rechts)“ geboren. Bereits am Dienstag, den 4. 6. 1889 zog die Familie Hitler innerhalb Braunaus in das „Hörlhaus“ in der Altstadt Nr. 16 und am Montag, den 1. 9. 1890 in das „Botenhaus“ in die Linzer Straße um. Am 1. 8. 1892 zog die Familie schließlich aus Braunau am Inn weg nach Passau „in eine Wohnung am Neumarkt 449 (heutige Theresienstraße 23)“.

8 Siehe VfSlg 20.186/2017 Rz 5 (Auskunft der Beschwerdeführerin).

9 Vgl. für eine knappe geschichtliche Darstellung Diening, „Braunau streitet um Hitlers Geburtshaus“, tagesspiegel.de vom 24. 4. 2013, abrufbar unter <http://www.tagesspiegel.de/weltspiegel/unter-denkmalschutz-braunau-streitet-um-hitlers-geburts-haus/8099786.html>; vgl. ebenso <http://braunau-history.at/w/index.php?title=Geburts-haus>; bzw. Kommission zum historisch korrekten Umgang mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers, Abschlussbericht (Oktober 2016). Zu dieser Kommission heißt es in den ErläutRV 1250 BlgNR 25. GP über die Enteignung: „Die vormalige Bundesministerin für Inneres, Maga. Johanna Mikl-Leitner hatte im Juli 2015 eine interdisziplinäre Kommission zum verantwortungsvollen Umgang mit NS-Kultstätten – mit besonderem Blick auf das Haus in der Salzburger Vorstadt 15, Braunau am Inn – eingesetzt, um unter Einbeziehung aller relevanten Wissenschaftsfelder eine gesamtheitliche Sicht zu erlangen. In die Kommission wurden als Experten Zeithistoriker, Juristen, Politikwissenschaftler und Praktiker berufen, um sowohl die rechtlichen, historischen als auch sicherheitspolitischen Fragen zum Umgang der Republik Österreich mit NS-Kultstätten allgemein und mit dem Geburtshaus Hitlers im Speziellen zu erörtern.“

10 Siehe dazu den Auszug aus dem Bescheid: „Das Bundesdenkmalamt hat entschieden: Spruch – Es wird gemäß § 3 Abs.1 des Bundesgesetzes vom 25. September 1923, BGBl.Nr.533/23 (Denkmalschutz), in der Fassung der Bundesgesetze BGBl.Nr. 92/1959, 167/1978 und 473/1990, festgestellt, daß die Erhaltung des Ensembles „Salzburger Vorstadt“ in Braunau am Inn, ger.- und pol. Bezirk Braunau am Inn Oberösterreich, bestehend aus folgenden Gebäuden, im Sinne des § 1 Abs.1 des zitierten Gesetzes als Einheit im öffentlichen Interesse gelegen ist: [...] Wien, am 11. Oktober 1993. Der Präsident: Sailer“, abrufbar unter http://braunau-history.at/w/index.php?title=Geburts-haus#Salzburger_Vorstadt_unter_Denkmalschutz.

Anhänger nationalsozialistischen Gedankenguts zu verhindern, mietete das Bundesministerium für Inneres das Haus für einen beträchtlichen Mietzins. Seit 2011 steht das Haus leer. Bis zum Bundesgesetz über die Enteignung der Liegenschaft Salzburger Vorstadt Nr. 15, Braunau am Inn (EnteignungsG); verkündet am 13. 1. 2017:¹¹

„§ 1. Zur dauerhaften Unterbindung der Pflege, Förderung oder Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts oder eines bejahenden Gedenkens an den Nationalsozialismus nimmt der Bund das Eigentum lastenfrei an der Liegenschaft EZ 217 KG 40005 Braunau am Inn in Anspruch.“

Diese Enteignung wurde mit Beschluss vom 16. 2. 2017 des Bezirksgerichts Braunau vollzogen, indem es die Vormerkung des Eigentumsrechts der Republik bewilligte. Eben diesen Beschluss bekämpfte die vormalige Eigentümerin mit Rekurs und stellte einen Parteienantrag auf Normenkontrolle beim VfGH.¹² Mit 30. 6. 2017 verkündete der VfGH seine Entscheidung VfSlg 20.186/2017 und bestätigte das EnteignungsG als verfassungskonform.

B. Die Verfassungsrechtliche Beurteilung der Legalenteignung

1. Entziehung (und Übertragung) des Eigentums

Art 5 Staatsgrundgesetz (StGG) normiert, dass das Eigentum unverletzlich ist. Dementsprechend kann *„[e]ine Enteignung gegen den Willen des Eigenthümers [...] nur in den Fällen und in der Art eintreten, welche das Gesetz bestimmt.“*¹³ Enteignet wird eine Person, nach ständiger Rechtsprechung des VfGH, *„wenn eine Sache [...] unmittelbar kraft Gesetzes dem Eigentümer zwangsweise entzogen und auf den Staat [...] übertragen wird.“*¹⁴ Diesbezüglich ist der hier diskutierte Vorgang nahezu ein Paradebeispiel einer Enteignung. Die Liegenschaft Salzburger Vorstadt 15 samt dem darauf befindlichen Haus wurde der vormaligen Eigentümerin Frau P. kraft Gesetzes zwangsweise entzogen.

11 BGBl I 2017/4.

12 Dieser wurde gem Art 140 Abs 1 Z 1 lit d vom VfGH im Verfahren VfSlg 20.186/2017 betreffend § 1, § 3 Abs 3 und § 5 des EnteignungsG als zulässig erachtet (siehe Rz 18). Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass der auf Art 140 Abs 1 Z 1 lit c gestützte Antrag das EnteignungsG für verfassungswidrig zu erklären vom VfGH mit Beschluss vom 14. 6. 2017, G 16/2017 zur Vermeidung von Doppelgleisigkeiten im Rechtsschutz aufgrund des bereits anhängigen Verfahrens entschieden am 30. 6. 2017, VfSlg 20.186/2017 als unzulässig zurückgewiesen wurde (Rz 12 bzw 16). Vgl allg dazu Kneihls/Schäffer in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht IV (18. Lfg 2017) Art 140 B-VG Rz 55–64, insb Rz 57 (mwN in FN 312 und 313).

13 Vgl Korinek, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (5. Lfg. 2002) Art 5 StGG Rz 5–16 zur Vorgeschichte und Entwicklung von Art 5 StGG.

14 VfSlg 2934/1955; 9911/1983; 11.209/1987. Eine Enteignung per Verwaltungsakt, welche auch in dieser Definition enthalten ist, wird hier als nicht einschlägig außen vorgelassen. Für Stimmen im Schrifttum welche Legalenteignungen, also dem hier einschlägigen Fall der Enteignung per Gesetz, für unzulässig erachten, siehe Korinek in Korinek/Holoubek, B-VG Art 5 StGG Rz 29, FN 133 mwN. Dies wurde tatsächlich von der Beschwerdeführerin auch gerügt (siehe VfSlg 20.186/2017 Rz 5), allerdings vom VfGH (Rz 22) unter Verweis auf „ständige[] Rechtsprechung beginnend mit der Entscheidung VfSlg. 3118/1956“ zurückgewiesen, weil kein Missbrauch der Gesetzesform gegenständlich erkennbar ist, ua weil das „Geburts Haus Adolf Hitlers [...] gegenüber anderen historisch belasteten Objekten ‚besonderes Identifikations-potential‘ mit sich bringe“ (Rz 22) und der VfGH im Normprüfungsverfahren ein Gericht mit voller Kognitionsbefugnis ist (Rz 23). Sowie VfGH (Rz 27): „Eigentumseingriffe in Gestalt von Enteignungen sind nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (vgl VfSlg 3666/1959) auch durch Gesetz (vgl VfSlg 9911/1983) zulässig“. Vgl dazu ebenso Feil, Enteignung und Enteignungsentschädigung: System und Praxiskommentar (2011) 13 mwN. Sowie Wiederin, Die Unverletzlichkeit des Eigentums: Metamorphosen einer verfassungsgesetzlichen Gewährleistung, in FS Rill (2010) 273–300.

Während ein Großteil der Lehre mit der Entziehung den Vorgang der Enteignung bereits als vollendet erachtet, setzt der VfGH zusätzlich zur Enteignung noch die Übertragung auf den Staat voraus, um einen Vorgang als Enteignung zu qualifizieren.¹⁵ Auch das ist hier unbestreitbar der Fall. Versteht man die sogenannte Übertragungstheorie im Zusammenhang mit der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit, verliert die Unterscheidung ohnehin an Relevanz. So ist es auch verständlich, weshalb vom VfGH an der Übertragung für die Qualifikation als Enteignung immer noch festgehalten wird, anstatt – wie in der Literatur zumeist gefordert – diese zu vernachlässigen.¹⁶ Außerdem ist auch bei einer schlichten Entziehung des Eigentums (und bspw einer anschließenden Vernichtung) der grundrechtliche Eigentumsschutz nicht unanwendbar. Auch in diesem Fall ist die Benachteiligung bzw Beschneidung von Individualinteressen mit dem öffentlichen Interesse abzuwägen.¹⁷

Der VfGH hat in seiner früheren Rechtsprechung nicht selbst überprüft, ob die Enteignung im öffentlichen Interesse ist. Seit dem Wandel der Rechtsprechung 1949 verhält sich dies allerdings anders und das öffentliche Interesse ist stets immanenter Prüfungsbestandteil.¹⁸ Eben diese Weiterentwicklung in der Judikatur des VfGH ist auch für diesen Beitrag wichtig. In der 1. Republik hielt der VfGH die Beurteilung des „allgemeinen Besten“ für eine Entscheidung des Gesetzgebers, die juristisch nicht überprüfbar sei.¹⁹ Obwohl sich die Rechtsprechung gewandelt hat, zeigt gerade der hier behandelte Fall, dass die Feststellung des öffentlichen Interesses nach wie vor schwierig ist. Bezüglich der Entziehung (und Übertragung) des Eigentums ist der gegenständliche Fall allerdings ein Lehrbuchbeispiel der Enteignung, welcher in Hinblick auf die Entziehung des Objektes mit klassischen Fällen der Enteignung für den Eisenbahnbau (EisbEG 1878) vergleichbar ist.²⁰

15 Siehe dazu statt vieler *Korinek*, § 6 Wirtschaftliche Freiheiten, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Grundrechte in Deutschland und Europa VII/1: Grundrechte in Österreich² (2014) 633 (644 mwN).

16 Vgl dazu *Bezemek*, Zum Begriff der Enteignung, in FS Holzinger (2017) 169 (179 mwN).

17 Letztlich kann auch bei einer Vernichtung – zumindest juristisch fingiert – an eine Übertragung gedacht werden. Denn zur Vernichtung muss das Eigentum zumindest kurzzeitig übergegangen sein. Vernichtet wird ja nicht durch den Enteigneten. Dementsprechend ist diese Kontroverse zwischen Rechtsprechung und Literatur heute wohl eher eine vermeintliche, zumindest eine theoretische. Vgl dazu auch *Korinek* in *Korinek/Holoubek*, B-VG Art 5 StGG Rz 29, der ebenso schreibt: „*obwohl in aller Regel der Entzug des Rechts mit einer Übertragung des Rechts verbunden ist.*“ Und mwN in FN 130 dazu gibt. Vgl diesbezüglich auch den Hinweis von *Korinek* in *Korinek/Holoubek*, B-VG Art 5 StGG Rz 29, FN 131 auf *Depenheuer*, in v. *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg), Das Bonner Grundgesetz 1⁴ (1999) Art 14 Rz 435–436: „*Enteignungen sind unzulässig zugunsten von Privatinteressen, nicht zugunsten Privater.*“ Siehe auch *Wiederin* in FS Rill 278, welcher darauf hinweist, dass es zwar *prima facie* dem Eigentümer egal sein kann, ob eine Sache zerstört oder weggenommen wird, aber eben nicht dem Staat, denn: „*Wenn der Staat etwas zerstört, dann hat er dafür zum einen regelmäßig einen Grund, mag es sich um die Keulung von Rindern oder um die Zerstörung von Reblauskulturen handeln.*“ Dieses unterschiedliche Interesse des Staates wirke nun mittelbar auf das Schutzbedürfnis des Eigentümers zurück.

18 Vgl dazu *Korinek* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* 644 f, welcher auf frühe Rechtsprechung des VfGH (VfSlg 550/1926; 1123/1928) hinweist, die ohne Prüfung des öffentlichen Interesses auskam. Seit VfSlg 1809/1949; 1853/1949 muss die Enteignung allerdings im öffentlichen Interesse sein. Dies zeigt, dass die Bestimmung des allgemeinen Besten, des öffentlichen Interesses, durchaus schwierig ist. Vgl auch *Wiederin* in FS Rill 276: „*Dieses Modell des Eigentumsschutzes gilt uns heute als Fossil, als Relikt aus dem grundrechtlichen Tertiär.*“

19 Vgl dazu auch *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) 410 f.

20 BGBl 1954/71. Dieses wird auch in § 3 Abs 2 des Bundesgesetzes über Enteignung für die Regelungen zur Festsetzung der Entschädigung und deren Leistung zur sinngemäßen Anwendung herangezogen. Vgl dazu *Pauger*, Die Enteignung im Verwaltungsrecht, in *Korinek/Pauger/Rummel* (Hrsg), Handbuch des Enteignungsrechts (1994) 49 (54 f). Weitere bekannte Beispiele wären das Verstaatlichungsgesetz BGBl 1946/168 idGF sowie das Verstaatlichungsgesetz BGBl 1947/81.

2. Konkretes öffentliches Interesse

Das grundrechtlich geschützte Eigentum darf nur entzogen werden, soweit dies notwendig ist, „um einem Gebot des allgemeinen Besten zu entsprechen.“²¹ Und dieses allgemeine Beste muss in Form eines „konkrete[n] Bedarf[s] vorliegen, dessen Deckung im öffentlichen Interesse liegt.“²² Um die Abwägung zwischen öffentlichen und Individualinteressen vornehmen zu können, muss zuerst bestimmt werden, was das öffentliche Interesse ist – und zwar konkret.

Doch was ist das allgemeine Beste? Wer bestimmt, was im öffentlichen Interesse liegt und was nicht? Seit 1949 überprüft der VfGH diese Fragen. Zuvor war die Bestimmung des öffentlichen Interesses ausschließlich dem Gesetzgeber überlassen.²³ Der Grund dafür, weshalb der VfGH zunächst nicht über diese politische Entscheidung judizieren wollte, liegt zum einen in dem Respekt vor dem demokratisch gewählten Parlament als auch in der Schwierigkeit, öffentliches Interesse zu definieren. Grundsätzlich ist es auch heute noch dem einfachen Gesetzgeber überlassen, welche Ziele er verfolgt. Innerhalb der Schranken der Verfassung hat er einen weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum. „Der Verfassungsgerichtshof hat nicht zu beurteilen, ob die Verfolgung eines bestimmten Zieles etwa aus agrarpolitischen Gründen zweckmäßig ist.“²⁴ Einschreiten kann der VfGH laut seiner eigenen Judikatur dann, wenn der Gesetzgeber „Ziele verfolgt, die keinesfalls als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen sind.“²⁵ Dafür gibt es allerdings weder eine Prüfformel noch anderweitig normierte Voraussetzungen.

Ein Überblick über die rezente Rechtsprechung ist Zeugnis für die Diversität dessen, was im Rahmen von Enteignungen oder Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse liegen kann.²⁶ Die folgende Auflistung anerkannter öffentlicher Interessen wird vorgenommen, um die Neuartigkeit des besprochenen Falles deutlich zu machen. Denn keine der sogleich zu beschreibenden Konstellationen beruht auf Symbolik. Der Vergleich soll folglich deutlich machen, worin die Schwierigkeit der Bestimmung des konkreten öffentlichen Interesses im gegenständlichen Fall liegt.

Bis dato hat der VfGH die Eigentumsbeschränkung durch das Richtwertsystem für den Hauptmietzins unzweifelhaft als im öffentlichen Interesse liegend erklärt.²⁷ Ein budgetärer Konsolidierungsbedarf, konkret ging es im Bundesbahn-Pensionsgesetz (BB-PG) Verfahren um die Reduktion einer hohen Belastung durch Pensionsverpflichtungen, stellt im Rahmen von durch das BB-PG bewirkte Eigentumsbeschränkung ebenso ein öffentliches Interesse dar.²⁸ Zweifelsfrei ist auch eine Eigentumsbeschränkung im öffentlichen Interesse, insofern sie ein diskriminierungsfreies Entlohnungssystem sicherstellt.²⁹ Und schließlich steht für sich, dass Eigentumsbeschränkungen

21 VfSlg 3666/1959 sowie VfSlg 8981/1981 mwN; 13.587/1993; 15.096/1998.

22 Ibid sowie naturgemäß auch VfSlg 20.186/2017 Rz 27.

23 Siehe nur zuvor FN 18.

24 VfSlg 20.032/2015 Rz 61.

25 Ibid mwN auf VfSlg 9.911/1983; 11.276/1987; 11.503/1987; 11.910/1988; 12.009/1989; 12.082/1989; 12.094/1989. Kein öffentliches Interesse besteht bspw „an einem ausnahmslosen Verbot von Baubewilligungen während befristeter Bausperre“. Siehe dafür VfSlg 15.577/1999.

26 Die folgende Rechtsprechung soll ausschließlich eine Übersicht über die Diversität des Verständnisses von öffentlichem Interesse geben. Dabei wird nicht zwischen Entziehungen von Eigentum und Eigentumsbeschränkungen unterschieden, da sowohl die Entziehung des Eigentums als auch Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse liegen müssen. Siehe nur VfSlg 19.687/2012 Rz III.2.3 mwN.

27 VfSlg 20.179/2017 Rz 115.

28 VfSlg 17.071/2003 4.2.1.2.

29 VfSlg 20.073/2016 IV.2.6.

„zweifelsohne im öffentlichen Interesse [liegen], wenn der Bund – auch vor dem Hintergrund des Art. 13 Abs. 2 B-VG – im Rahmen seiner Kompetenzen Maßnahmen ergreift, um ein Land vor einer insolvenzähnlichen Situation zu bewahren.“³⁰

Etwas spezifischer hielt der VfGH darüber hinaus fest, dass „[i]n der alpinen biogeographischen Region – darunter fällt das gesamte Kärntner Landesgebiet – [...] überdies ein besonderes öffentliches Interesse am Schutz des Waldes vor Wildschäden“ besteht.³¹ Das bedeutete in diesem Fall, dass dieses spezifische öffentliche Interesse den „Grundsatz einer flächendeckenden Jagdwirtschaft im gesamten Kärntner Landesgebiet zugrunde liegt“³² und somit die Eigentumsbeschränkung in Form der Jagd, die der betroffene Antragsteller aus ethischen Gründen ablehnte, von ebendiesem auf seinem Grund geduldet werden müsse. Ebenso liegt das „Ziel der Erhaltung von leistungsfähigen mittleren land- und forstwirtschaftlichen Betrieben und die Sicherstellung einer leistungsfähigen mittelständigen landwirtschaftlichen Struktur“ im öffentlichen Interesse.

In einem weiteren Fall wurde keine Verletzung des Eigentumsrechts durch Festlegung des für die Pflichtteilsberechnung maßgeblichen Übernahmepreises nach dem Kriterium des „Wohlbestehen-Könnens“ des Anerben festgestellt.³³ Außerdem hat der VfGH im Rahmen der möglichen Verletzung des Erwerbsausübungsrechts sowie der Unversehrtheit des Eigentums durch das Prostitutionsverbot bereits mehrfach ausgesprochen, dass „die Hintanhaltung von Belästigungen, die mit der Anbahnung oder der Ausübung von Prostitution verbunden sind“ im öffentlichen Interesse liegen.³⁴ Im Rahmen der Freiheit der Erwerbsbetätigung sind „Abgabenerhebungen mit dem Ziel einer gleichmäßigen Besteuerung“ bzw. die „Pflicht zur Verwendung eines elektronischen Aufzeichnungssystems bzw. einer Registrierkasse“ im öffentlichen Interesse.³⁵ Ein weiteres lehrbuchhaftes Beispiel wäre der Fall der Enteignung eines Grundstückes zur Verwirklichung eines Infrastrukturprojektes, das im öffentlichen Interesse liegt. Eisenbahnstrecken und die Ermöglichung von Mobilität für die Gesamtbevölkerung wären ein solch klassischer Fall. Bei all der Diversität der soeben aufgezählten Rechtsprechung und der Qualifikation des öffentlichen Interesses, hebt sich der vorliegende Fall in bemerkenswerter Weise von den bisherigen Fällen ab.

Im gegenständlichen Fall ist das öffentliche Interesse – im Vergleich zu der bisherigen Rechtsprechung – um einiges schwieriger festzustellen. Der Missbrauch des Geburtshauses von Adolf Hitler durch unerwünschte Glorifikation nationalsozialistischen Gedankenguts soll hintangestellt werden. Um das sicherzustellen, muss gemäß Vorschlag der „Kommission zum historisch korrekten Umgang mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers“ (Expertenkommission) die Aura des Hauses dekonstruiert und entmystifiziert werden.³⁶ Der VfGH ist allerdings in der Ausführung des öffentlichen

30 VfSlg 20.000/2015 Rz 315.

31 VfSlg 20.103/2016 Rz 55; vgl dazu auch bereits VfSlg 14.535 III.5.

32 VfSlg 20.103/2016 Rz 57.

33 VfSlg 20.032/2015 Rz 62 mwN auf VfSlg 2.452/1952; OGH 17. 10. 1985, 6 Ob 30/85; VfSlg 12.082/1989; 16.699/2002; 17.320/2004; 18.554/2008; 19.225/2010; 19.738/2013.

34 VfSlg 19.068/2010 III.3.2 mwN auf VfSlg 13.363/1993.

35 VfSlg 20.065/2016 Rz 79.

36 Vgl dazu die Fragestellung an die Kommission zum historisch korrekten Umgang mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers (Oktober 2016), welche weiteren Einblick in das öffentliche Interesse an dem Haus gewährleisten kann. Sie lautet wie folgt. „Wie ist mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers in historisch korrekter Weise zu verfahren, so dass sichergestellt werden kann, dass an diesem Ort bzw. in diesem Haus keine Pflege, Förderung oder Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts oder eines bejahenden Gedenkens an den Nationalsozialismus stattfindet und einer nationalsozialistisch geprägten Vereinnahmung sowie einer Begünstigung der weiteren Assoziierung oder dauerhaft betonten Verbindung mit der Person Hitlers entgegengewirkt wird?“

Interesses äußerst knapp und abstrakt. Im Folgenden soll näher ergründet werden, worin das konkrete öffentliche Interesse im gegenständlichen Fall liegt bzw liegen könnte.

Zunächst ist ein zweigliedriges Interesse zu erahnen. Zum einen (1) ein negatives, in der Form der Verhinderung des Missbrauchs des Hauses durch seine Geschichte. Und, damit im Zusammenhang stehend, (2) ein positives Interesse, das Haus bzw dessen Wahrnehmung so positiv zu besetzen, dass (1) dem Missbrauch vorgebeugt wird. Die Deutungshoheit über das Haus soll zurückrerlangt und die Symbolik des Bösen, die dem Haus aktuell anhaftet gebrochen und ins Gegenteil verkehrt werden.³⁷ Das EnteignungsG stipuliert in § 2 die Verpflichtung der Republik Österreich, das Objekt zukünftig in ihrem Eigentum zu bewahren, sowie es einer eben solchen „*Nutzung zuzuführen, die der dauerhaften Unterbindung der Pflege, Förderung oder Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts oder eines bejahenden Gedenkens an den Nationalsozialismus dient.*“ Fundament dafür ist zunächst die ständige Rechtsprechung des VfGH, welche „*die kompromisslose Ablehnung des Nationalsozialismus [als] ein grundlegendes Merkmal der 1945 wiedererstandenen Republik Österreich*“ qualifiziert.³⁸ Das Verbot nazistischer Tätigkeit gemäß Art 9 Z 1 des Staatsvertrages 1955 von Wien (StV Wien)³⁹ sowie das Wiederbetätigungsverbot gem § 3 VerbotsG⁴⁰ wurden vom VfGH im vorliegenden Verfahren als einschlägige bundesverfassungsgesetzliche Bestimmungen herangezogen. So viel zum Grundsätzlichen. Der Teufel liegt – wie so oft – im Detail. Zunächst zum StV Wien.

a. Das bundesverfassungsgesetzliche Verbot nazistischer Tätigkeit gem Art 9 Z 1 StV Wien

Art 9 Abs 1 StV Wien enthält (gem Art 9 Abs 3 StV Wien unter Androhung von Strafsanktionen) die Verpflichtung Österreichs, „*die Bemühungen fort[zusetzen], aus dem österreichischen politischen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben alle Spuren des Nazismus zu entfernen, [...] um alle nazistische oder militaristische Tätigkeit und Propaganda in Österreich zu verhindern.*“ Art 9 Abs 1 StV Wien sowie ebenso § 3 VerbotsG sind laut VfGH „*als umfassende Verbote zu verstehen [], deren Übertretung zu sanktionieren ist (Art. 9 Z 3 StV Wien), die aber auch über die Verpflichtung zur strafrechtlichen Sanktion hinaus von weitergehender rechtlicher Bedeutung sind. Diese weitergehende Bedeutung korrespondiert mit der Verpflichtung der Republik Österreich, wie sie auch in Art. 10 StV Wien als Auftrag an den Gesetzgeber enthalten ist, die insbesondere in Art. 9 StV Wien festgelegten Grundsätze aufrechtzuerhalten.*“⁴¹

Die grundsätzliche Haltung der Republik ist klar. Neben den genannten bundesverfassungsgesetzlichen Bestimmungen kann auch das republikanische Prinzip des B-VG ins Treffen geführt werden, welches neben einer Abgrenzung zur Monarchie 1918, nach 1945 auch zur Abgrenzung vom Anschluss an Deutschland und somit für Eigenständigkeit steht.⁴² Diese Haltung wird von niemandem ernsthaft bestritten. Die Schwierigkeit besteht allerdings darin zu klären, wie sich dies zu der betroffenen Immobilie – zu einem Objekt – verhält.

37 Dazu sogleich, siehe unten II.B.2.c.

38 VfSlg 20.186/2017 Rz 28 mwN auf VfSlg 12.646/1991; 18.405/2008. Siehe auch *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ (2016) 70 f mit der Qualifikation als Staatszielbestimmung und mwN auf VfSlg 10.705/1985.

39 VfSlg 20.186/2017 Rz 29; BGBl 1955/152 idF BGBl I 2008/2.

40 VfSlg 20.186/2017 Rz 30–31; StGBI 1945/13 bzw dessen Neufassung durch BGBl 1947/25 (zuletzt geändert durch BGBl 1992/148).

41 VfSlg 20.186/2017Rz 30 mwN auf VfGH 10. 12. 1984, B 416/81–32.

42 Vgl dazu bspw *Thaler*, Grundlagen von Verfassungs- und Verwaltungsrecht: Eine rechtsvergleichende Einführung zum Verständnis (2017) 36.

Je nach Wahrnehmung des Hauses, könnte das Haus unter die gerade genannte völkerrechtliche sowie verfassungsgesetzlich verankerte Bestimmung als verpönte Spur des Nazismus subsumiert werden. Die Pläne, das Haus abzureißen, könnten sich bspw einer derartigen Position anhängen. Radikale Stimmen könnten sogar argumentieren, dass aus dieser Haltung ein verfassungsrechtliches Gebot folgt. Das wäre aber wohl etwas verkürzt gedacht. Obwohl das Gros der Medienberichterstattung sowie die allgemeine Diskussion um das Haus den Eindruck vermitteln, dass wir es mit *dem* „Hitler Haus“ zu tun haben, ist es dennoch nicht so einfach, ein Objekt, welches seit dem 17. Jhd existiert und auch weiterhin Bestand hat, auf sechs Wochen seiner Geschichte zu reduzieren, in denen ein kleines Kind in dem Haus geboren wurde und gewohnt hatte – auch wenn dieses zunächst unscheinbare Kleinkind zu der Schreckensgestalt des letzten Jahrhunderts wurde. Zugegeben, die Zeit vom 20. 4. bis zum 4. 5. 1889 dominiert die heutige Wahrnehmung des Hauses. Sie ist schließlich auch der Ausgangspunkt für diesen Aufsatz. Das öffentliche Interesse an diesem Haus (und dessen Überführung ins Staatseigentum) ist daran angeknüpft. Es liegt darin zu gewährleisten, dass es nicht für nazistische Propaganda missbraucht wird. Das öffentliche Interesse richtet sich also gegen eine Zuschreibung zu diesem Objekt.⁴³ Erst der spezifisch historische Kontext hat dem Objekt zu diesem Bekanntheitsgrad verholfen.

Festgehalten werden kann bisher, dass eine verfassungsrechtliche Pflicht besteht, die Spuren des Nazismus zu entfernen. Wird das Haus an sich als eine solche Spur identifiziert, wäre das Gebot diese Spuren zu beseitigen auch diesbezüglich einschlägig. Wird die Symbolik des Hauses, also das was ihm zugeschrieben wird, als Spur identifiziert, ist es die Nutzung, auf die es ankommt. Vom VfGH wurde eine weitere Verfassungsbestimmung, § 3 VerbotsG, angeführt, um das öffentliche Interesse in diesem Fall zu begründen.

b. Das bundesverfassungsgesetzliche Wiederbetätigungsverbot gem § 3 VerbotsG

Der Zweck des VerbotsG war die NSDAP und ihre Neubildung zu verbieten (§ 1 VerbotsG).⁴⁴ Das inkludiert die Untersagung der Betätigung im Sinne ihrer Ziele (§ 3 VerbotsG). Dies wird konkretisiert durch § 3a-j VerbotsG.⁴⁵ Das Verbot, sich „für die NSDAP oder ihre Ziele irgendwie zu betätigen“ (§ 3 VerbotsG) bringt deutlich staatliches Interesse zum Ausdruck. Jegliche Wiederbetätigung ist unter Strafe verboten. Dieses „im Verfassungsrang stehende[] Verbotsgesetz[ist] ein unmittelbar wirksames, von jedem Staatsorgan im Rahmen seines Wirkungsbereiches zu beachtendes Verbot [...] jegliche Akte der Wiederbetätigung sind ausnahmslos rechtswidrig.“⁴⁶ Darin kann ein starkes öffentliches Interesse – verkörpert durch den Staat – erblickt werden.⁴⁷

43 Vgl allerdings die Erläuterungen zum Bundesgesetz über die Enteignung, welche in diesem Punkt etwas überzeugter formulieren: „Diese Tatsache [die Geburt Adolf Hitlers in diesem Haus] macht es zum zentralen Objekt neonazistischer Erinnerungskultur und einem für die rechtsextreme Ideologie identitätsstiftenden Ort. Die besondere Verantwortung der Republik Österreich dafür zu sorgen, dass das Objekt nicht zu neonazistischer Agitation missbraucht wird, resultiert grundlegend aus dem Staatsvertrag von Wien (insb. Art. 9 und 10).“

44 Vgl allg dazu Birklbauer/Kneihls in Kneihls/Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht V (13. Lfg 2014) Art I Verbotsgesetz Rz 9 „Das Verbotsgesetz sollte nach alledem gewiss ein Grundstein für die wieder zu errichtende Demokratie sein.“ Sowie insb zum Verbot der Neubildung Rz 24.

45 Vgl zum geschichtlichen Kontext dieses Gesetzes und seiner Anwendung Bailer, Das „Wiederbetätigungsverbot“ als politisch-gesellschaftliche Gegenstrategie, in Melzer/Serafin (Hrsg), Rechtsextremismus in Europa: Länderanalysen, Gegenstrategien und arbeitsmarktorientierte Ausstiegsarbeit (2013) 297 (301–312).

46 VFSlg 20.186/2017 Rz 31 mwN auf VFSlg 10.705/1985.

47 Vgl dazu allg zur Rechtfertigung des Eingriffes durch § 3a Z 1 VerbotsG in das Grundrecht der Vereinsfreiheit gem Art 12 StGG bzw Art 11 EMRK Birklbauer/Kneihls in Kneihls/Lienbacher, B-VG Art I Verbotsgesetz Rz 33: „das Verbot der Aufrechterhaltung und Wiederbegründung der in Rede stehenden aufgelösten Organisationen [ist] angesichts der Ungeheuerlichkeit der Verbrechen, die ihnen zur Last fallen, sowohl im Interesse der öffentlichen Sicherheit als auch der

Die ErläutRV zum EnteignungsG zitieren den Verfassungsschutzbericht, welcher es nahelegt, das „Geburtshaus Hitlers im Gesamtkontext des Rechtsextremismus zu betrachten“.⁴⁸ Neonazistische Gruppierungen zieht das Haus an. Sowohl „unauffällige“ als auch öffentlichkeitswirksame Besuche im August 2015 sowie im März 2016 fanden und finden statt.⁴⁹ So sieht es auch der VfGH als belegt an, „dass diese Liegenschaft geeignet ist, als ‚Pilger- oder Identifikationsstätte zur Pflege (neo-) nationalsozialistischen Gedankengutes besucht zu werden, ihr diesbezüglich sogar ein ‚Alleinstellungsmerkmal‘ zukommt“.⁵⁰ Dieses Alleinstellungsmerkmal – in Österreich – scheint angesichts der Einmaligkeit des Ereignisses der Geburt und des immer noch zur Identifikation genutzten Führerkultes tatsächlich zutreffend zu sein. Somit liegt gemäß den Erläuterungen der „konkrete Bedarf der Enteignung darin eine bestimmte, verpönte Nutzung dauerhaft zu verhindern, wobei dieser Bedarf nur durch das gegenständliche Objekt gedeckt werden kann. Das öffentliche Interesse besteht in der dauerhaften Unterbindung der Pflege, Förderung oder Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts oder eines bejahenden Gedenkens an den Nationalsozialismus an diesem in historischer und rechtlicher Hinsicht speziellen Ort.“⁵¹

Pilgern als solches ist allerdings noch nicht verboten. Die Verhinderung des Tatbestandes der Wiederbetätigung liegt im öffentlichen Interesse. Für das Verhalten, das diese Schwelle nicht erreicht, ist es allerdings fraglich, ob das öffentliche Interesse berührt ist. Würde man dies bejahen, wäre es aufgrund des vom VfGH sehr abstrakt festgestellten öffentlichen Interesses nicht von vornherein auszuschließen, dass auch andere potenzielle Pilgerstätten ins Visier staatlicher Enteignung gelangen. Das mag nach dieser Entscheidung, die erstmals Symbolik als Enteignungszweck zulässt, auch nicht unvorstellbar erscheinen. Eine Zunahme an Enteignungen aus derartigen Gründen wäre allerdings aus grundrechtlicher Perspektive äußerst kritisch zu beurteilen. Eine Grenzziehung, welche Pilgerstätte aus öffentlichem Interesse enteignet werden muss und welche nicht, müsste erfolgen – ein schwieriges Unterfangen.⁵²

Es gilt folglich zu unterscheiden, was gesellschaftspolitisch unerwünscht und was (verfassungs-) rechtlich verboten ist. Während sich das öffentliche Interesse an letzterem an § 3 VerbotsG orientieren kann, kann ersteres nur unter die „kompromisslose Ablehnung des Nationalsozialismus“ als Grundhaltung der Republik subsumiert werden. § 3g VerbotsG⁵³ wird noch näher spezifiziert durch § 3h, indem ergänzt wird, dass auch nach § 3g bestraft wird, „wer in einem Druckwerk, im Rundfunk oder in einem anderen Medium oder wer sonst öffentlich auf eine Weise, daß es vielen Menschen zugänglich wird, den nationalsozialistischen Völkermord oder andere nationalsozialistische Verbrechen gegen die Menschlichkeit leugnet, gröblich verharmlost, gutheißt oder zu rechtfertigen sucht.“ Insofern das Geburtshaus Hitlers eben aufgrund der ihm durch das Ereignis der Geburt Hitlers zufallenden Symbolik auf besondere Art und Weise für das Begehen von Straftaten miss-

Aufrechterhaltung der Ordnung, des Schutzes der Moral und des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich“ [Hervorhebung im Original].

48 ErläutRV 1250 BlgNR 25. GP.

49 ErläutRV 1250 BlgNR 25. GP. Vgl ebenso den Rechtsextremismus Bericht 2016 der Grünen (abrufbar unter <https://www.gruene.at/themen/demokratie-verfassung/rechtsextremismus-bericht-2016-straftaten-verdoppelt/rechtsextremismusbericht-2016-1.pdf>) 42.

50 VfSlg 20.186/2017 Rz 33; Vgl dazu ebenso die ErläutRV 1250 BlgNR 25. GP mwN.

51 ErläutRV 1250 BlgNR 25. GP.

52 *Wiederin* (persönliche Korrespondenz) fragt in dieser Hinsicht pointiert, ob nun auch das Café Central enteignet werden könnte, weil *Stalin* dort lange Jahre Schach gespielt hat?

53 „Wer sich auf andere als die in den §§ 3a bis 3f bezeichnete Weise im nationalsozialistischen Sinn betätigt“. Siehe dazu Birklbauer/Kneihls in Kneihls/Lienbacher, B-VG Art I Verbotsgesetz Rz 60–63 mwN, welche ua „die Glorifizierung der Person Adolf Hitlers und das Gutheißsen seiner Lebensaufgabe“ aufzählen und mwN in FN 393 geben.

braucht wird, besteht ein konkretes öffentliches Interesse an der Verhinderung dessen. In diesem Sinne begründet § 3 VerbotsG ein öffentliches Interesse daran, dass das Haus davor bewahrt wird, für einen verfassungsgesetzlich normierten Straftatbestand der Wiederbetätigung verwendet zu werden; das ist ein negatives Interesse an der Unterlassung bzw. Verhinderung einer derartigen Miteinbeziehung der Immobilie. Wiederum besteht allerdings das Problem darin, dass es nicht die Immobilie selbst ist, welche den Tatbestand der Wiederbetätigung erfüllt. Ebenso wenig gibt es bisher gegen die vormalige Eigentümerin – öffentlich bekannte – Anschuldigungen, sich selbst der Wiederbetätigung schuldig gemacht zu haben oder ihre Immobilie dafür Preis zu geben. Das bedeutet, das öffentliche Interesse im Zusammenhang mit § 3 VerbotsG besteht darin, dass dritte Personen von der Miteinbeziehung der Immobilie in die Erfüllung des Straftatbestandes der Wiederbetätigung abgehalten werden sollen.

Zudem ist das verfassungsgesetzlich garantierte Wiederbetätigungsverbot als zu Grunde liegendes öffentliches Interesse in weiterer Hinsicht problematisch. Das öffentliche Interesse daran könnte bereits mit dem strafrechtlichen Verbot erschöpft sein. Wird die einschlägige Straftat begangen, kann und muss der Staat einschreiten. Dieser staatliche Strafanspruch steht klar im öffentlichen Interesse.⁵⁴ Fraglich ist aber, ob die Republik sich auf ein öffentliches Interesse berufen kann, wodurch weitergehende Schritte gerechtfertigt werden als „nur“ das Bestrafen von einschlägigen Straftaten. Unsicher ist, ob eine Gewährleistungspflicht des Staates dahingehend besteht, alle denkbaren Formen der Wiederbetätigung präventiv zu unterbinden. Ein derartiges präventives Verständnis des Wiederbetätigungsverbotes, das sohin als Rechtfertigung für Grundrechtseingriffe dienen soll, wäre zumindest stark begründungsbedürftig. Das bedeutet, dass auch die Berufung auf § 3 VerbotsG für sich genommen nicht ausreicht, um das öffentliche Interesse an dem Objekt als konkreten Enteignungsbedarf zu begründen.

c. Der konkrete, im öffentlichen Interesse liegende, Bedarf besteht in der Wahrnehmung der betroffenen Immobilie

Die grundsätzlich ablehnende Haltung der Republik im Umgang mit nationalsozialistischem Gedankengut ist klar. Der StV Wien, das VerbotsG sowie die ständige Rechtsprechung des VfGH als auch die vom VfGH im gegenständlichen Verfahren aus den einschlägigen Bestimmungen vorgenommene positivierte Wertung lassen daran keinen Zweifel. In der kurzen Analyse beider bundesverfassungsgesetzlichen Bestimmungen ist allerdings eine besondere Schwierigkeit in der Definition des konkreten, im öffentlichen Interesse liegenden, Bedarfs an dem Bürgerhaus mit der Adresse Salzburger Vorstadt 15 in 5280 Braunau am Inn hervorgetreten: Trotz der klaren Grundhaltung erscheint es fragwürdig, wie dieses sehr allgemeine öffentliche Interesse in Bezug auf das hier betroffene Haus konkretisiert werden kann. Inwieweit ist die Verhinderung des Missbrauchs mit dem Eigentum an dem Grundstück verbunden? Besucht wird jeweils der Ort. Das Haus wird dabei nicht betreten, da es seit den 70ern vom Bundesministerium für Inneres gemietet wird. Es ist somit kein Grundstück, das benötigt wird, um ein Infrastrukturprojekt zu ermöglichen. Das öffentliche Interesse daran besteht folglich nicht einfach darin, das Grundstück ins Staatseigentum zu überführen, weil ein bestimmtes Infrastrukturprojekt nur mit diesem Grundstück ermöglicht werden kann. Problematisch im gegenständlichen Fall ist die Zuschrei-

⁵⁴ Vgl dazu bspw nur allg VfsIz 20.156/2017 Rz 115. „Das (offizielle) strafgerichtliche Verfahren dient dem öffentlichen Interesse an der Aufklärung von (Kriminal-)Straftaten, der Verfolgung verdächtiger Personen und der Bestrafung rechtskräftig Verurteilter, also der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches.“

bung zu dem Haus. Darin liegt der Unterschied zu den bisherigen anerkannten öffentlichen Interessen im Hinblick auf sonstige gerechtfertigte Eigentumsbeschränkungen und Eingriffe in die Unversehrtheit des Eigentums.⁵⁵

Die Expertenkommission hat ausdrücklich empfohlen, dass das „Geburtshaus Adolf Hitlers [...] zur dauerhaften Unterbindung jeglicher nationalsozialistischer Wiederbetätigung und eines bejahenden Gedenkens an den Nationalsozialismus mit Gesetz enteignet werden und ins Eigentum der Republik Österreich übergehen“⁵⁶ soll. Der hochkarätig besetzten Kommission kommt durch die in ihr vereinte Expertise ein beträchtliches Gewicht zu. Gerade ihre Aufgabe, die „*rechtlichen, historischen als auch sicherheitspolitischen Fragen zum Umgang mit dem Geburtshaus Hitlers zu erörtern und eine Empfehlung [zum historisch korrekten Umgang mit dem Haus] abzugeben*“ stehen in direktem Zusammenhang mit dem öffentlichen Interesse und sohin dem Zweck der Enteignung.⁵⁷ Dennoch muss diese Autorität auch argumentativ untermauert werden. Das öffentliche Interesse muss so konkret wie möglich sichtbar und nachvollziehbar werden. Der Abschlussbericht der Expertenkommission ist kurz. Die Begründung ihrer starken Aussage ist äußerst knapp.

Die relevante Frage zur Bestimmung des öffentlichen Interesses ist, inwiefern von dem allgemeinen öffentlichen Interesse und der kompromisslosen Haltung der Ablehnung des Nationalsozialismus, der Beseitigung der Spuren des Nazismus gem StV Wien sowie des VerbotsG im Allgemeinen und des Wiederbetätigungsverbots im Speziellen auf einen konkreten im öffentlichen Interesse liegenden Bedarf geschlossen werden kann, das Eigentum über die betroffene Immobilie zu erlangen. Das öffentliche Interesse an der betroffenen Immobilie besteht in deren Wahrnehmung. Die Wahrnehmung ist aktuell fokussiert auf die Geburt und das Verbringen der ersten sechs Wochen von Adolf Hitler in ebendieser Immobilie. Die dadurch begründete Symbolik des Hauses, hat es zu einer Pilgerstätte für Anhänger nationalsozialistischen Gedankengutes gemacht. Der konkrete Bedarf besteht folglich in einem negativen Interesse (1), in der Form der Verhinderung des Missbrauchs des Hauses durch seine Geschichte; jedenfalls in der Form der Verhinderung von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Bestimmungen in Art. 9 StV Wien sowie § 3 VerbotsG. Damit eng verbunden ist (2) ein positives Interesse, das darin besteht, das Haus bzw. dessen Wahrnehmung so positiv zu besetzen, dass (1) dem Missbrauch vorgebeugt wird.

Die hier aufgespürten Schwierigkeiten bezüglich der Konkretisierung des öffentlichen Interesses haben Folgewirkungen. Da dieses öffentliche Interesse schwierig zu konkretisieren ist und Symbolik als Enteignungszweck neuartig ist, ist zum einen besonders auf die Verhältnismäßigkeit Bedacht zu nehmen. Zum anderen ist es diesem vagen öffentlichen Interesse und der Symbolik als Enteignungszweck geschuldet, dass gerade die Erfüllung des Enteignungszweckes als immanente Voraussetzung der Enteignung zukünftig Potenzial für Unsicherheiten birgt.

3. Verhältnismäßigkeit der Legalenteignung

a. Ist die Enteignung geeignet, den öffentlichen Bedarf zu erfüllen?

Damit die Enteignung verfassungskonform ist, muss das Objekt der Enteignung unmittelbar dazu geeignet sein, den soeben skizzierten zweigliedrigen konkreten Bedarf, dessen Deckung im öf-

⁵⁵ Vgl dazu oben FN 26–35.

⁵⁶ Kommission zum historisch korrekten Umgang mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers.

⁵⁷ ErläutRV 1250 BlgNR 25. GP § 1.

fentlichen Interesse ist, zu erfüllen.⁵⁸ Der Zweck der Enteignung ist zentral und wird streng geprüft. Denn wenn der Zweck der Enteignung entweder (1) zu weit in der Zukunft liegt und dementsprechend auf Vorrat enteignet wird⁵⁹ oder (2) bereits zu lange nicht verwirklicht wurde, ist die Enteignung entweder (1) unzulässig oder (2) muss rückübereignet werden.⁶⁰ Beides sorgt im gegenständlichen Fall für Unsicherheit. Gerade weil das verfolgte öffentliche Interesse an dem Haus bzw die Verhinderung des Missbrauchs – wie ausgeführt – schwierig zu fassen ist. Um die Deutungshoheit über das Haus zu erlangen und an das Haus von dem „Adolf Hitler Geburtshaus“ bspw in einen Ort des Gedenkens, der kritischen Reflexion oder einer anderweitigen positiven Nutzung zu transformieren, wird man die grundsätzliche Eignung des Objektes und die damit eng verbundene Eigentümerschaft bejahen können – wenn auch für eben diese Beurteilung aufgrund der damit zusammenhängenden Unsicherheiten ein recht großer Ermessensspielraum notwendig ist. Denn an die Wahrnehmung des Hauses ist sodann die Vermutung angeknüpft, dass der Staat der einzig richtige Eigentümer ist, welcher die negative Symbolik und die damit zusammenhängende missbräuchliche Verwendung verhindern bzw ihr entgegentreten kann. Fraglich bleibt allerdings, weshalb bspw das Dokumentationsarchiv des Widerstandes oder ähnliche Einrichtungen dies nicht ebenso garantieren können sollten. Die Dokumentation Obersalzberg wird zB vom Institut für Zeitgeschichte München geleitet.

Ein Vergleich mit dem Grab des „Hitler-Stellvertreters“ Rudolf Heß im oberfränkischen Wunsiedel zeigt, wie schwierig der Umgang mit symbolischen Orten für Anhänger nationalsozialistischen Gedankengutes ist. Das Grab von Rudolf Heß, der am 17. 8. 1987 im Berliner Kriegsverbrechergesängnis Spandau Suizid begangen hatte, war seitdem Pilgerstätte von Neonazis, welche dort jährlich einen „Rudolf Heß Gedenkmarsch“ abhielten. Per 5. 10. 2011 kündigte der Kirchenvorstand des evangelischen Friedhofs den Pachtvertrag des Grabes.⁶¹ Obwohl Verwandte von Heß an die Möglichkeit einer Klage gedacht haben, ließen sie nach einem informellen Treffen mit dem Kirchenvorstand doch davon ab.⁶²

Mit der Auflösung des Grabes allein konnte der Symbolik des Ortes für Neonazis allerdings noch nicht vollkommen beigegeben werden. Obwohl die Auflösung des Grabes, begleitet von einem Verbandsverbot, zumindest zu einer starken Dezimierung des Marsches führte,⁶³ zeigt die abgehaltene Kundgebung von Rechtsextremen im Jahr 2012 und weiteren Folgejahren die Schwierigkeit symbolträchtigen Orten ihre Symbolwirkung zu nehmen.⁶⁴ Kreative Gegenwehr, wie bspw durch den „unfreiwilligsten Spendenlauf Deutschlands“ scheint notwendig, um den Zweck,

58 VfSlg 20.186/2017 Rz 27; VfSlg 3666/1959; 8981/1980; Korinek in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer 645.

59 Eben eine verfassungsrechtlich unerlaubte Enteignung auf Vorrat wurde von der Beschwerdeführerin gerügt. Siehe dazu VfSlg 20.186/2017 Rz 5.

60 Zur verfassungswidrigen Enteignung auf Vorrat siehe Korinek in Korinek/Holoubek, B-VG Art 5 StGG Rz 35–36. Für die Verpflichtung zur Rückübereignung bei Nichtverwirklichung des öffentlichen Zwecks, siehe VfSlg 8981/1980; vgl dazu ebenso Korinek, Verfassungsrechtliche Grundlagen des Eigentumsschutzes und des Enteignungsrechts in Österreich, in Korinek/Pauger/Rummel (Hrsg), Handbuch des Enteignungsrechts (1994) 1 (23–25), mwN VfSlg 20.186/2017 Rz 5.

61 Vgl dazu Holzhaider, Grab von Rudolf Heß existiert nicht mehr, Sueddeutsche.de vom 21. 7. 2011, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/politik/wunsiedel-ende-einer-nazi-pilgerstaette-grab-von-rudolf-hess-existiert-nicht-mehr-1.1122689>.

62 Siehe ibid.

63 Vgl Polizei unterbindet Nazi-Infostand, Frankenpost vom 14. 8. 2011, abrufbar unter <https://www.frankenpost.de/region/wunsiedel/Polizei-unterbindet-Nazi-Infostand;art2460,1722575>.

64 Siehe dafür Hartl, Wunsiedel: Eine ganze Stadt wehrt sich gegen Neonazi-Aufmarsch, ZeitOnline, vom 14. 11. 2012, abrufbar unter http://blog.zeit.de/stoerungsmelder/2012/11/14/wunsiedel-eine-ganze-stadt-wehrt-sich-gegen-neonazi-aufmarsch_10509.

die Verhinderung derartiger Kundgebungen, zu erreichen.⁶⁵ Dieser Spendenaufruf bestand darin, jeden von einem Neonazi zurückgelegten Meter bei dem – nur im Datum verlegten und umbenannten – „Marsch zum Volkstrauertag“ mit 10 € für ein Aussteigerprogramm namens Exit-Deutschland zu belohnen. Derartige Schritte scheinen – zumindest als begleitende Maßnahmen – notwendig, um der Symbolik dieser Orte beizukommen. Jedoch fand wiederum eine Versammlung Rechtsextremer in Wunsiedel statt. Zentral ist jeweils nicht zwangsläufig ein Objekt, sondern es reicht auch ein Ort für die negative Symbolwirkung. Dieses Beispiel zeigt, wie schwierig es sein kann, eine derartige negative Symbolik aufzulösen und in etwas Positives zu transformieren.

Vergleichbar ist außerdem die Kleinstadt Predappio in Italien. Der Kult am Geburtsort und der Grabstätte Mussolinis muss zu denken geben.⁶⁶ Der Bürgermeister der Stadt, Giorgio Frassinetti, stellt sich klar gegen den bizarren Kult rund um die faschistischen Souvenirshops in der kleinen Stadt: *„Wir können das Narrativ des Dorfes Predappio nicht länger den Souvenirshops überlassen [...], diese Art der ‚kommerziellen‘ Verwendung der öffentlichen Erinnerung erscheint aus dem Kontext gerissen und fokussiert auf Regime-Nostalgie“*.⁶⁷ Ein Museum, welches kritische Reflexion ermöglichen und falsche Geschichtsschreibung verhindern soll, ist aktuell in Planung.⁶⁸

Klar ist allerdings auch, dass es wahrscheinlich nicht besonders wirksam wäre, irgendwo in der Salzburger Vorstadt in Braunau ein anderes Haus zu kaufen bzw anzumieten, um sich dort einer kritischen Reflexion zu bemühen. Die Symbolik ist eben genau mit dieser Immobilie in der Salzburger Vorstadt 15 verbunden. Trotzdem muss kritisch angemerkt werden, dass das Unterfangen, die Deutungshoheit wieder zu erlangen, äußerst schwierig ist und eben, wie aufgezeigt wurde, keineswegs mit einem simplen Infrastrukturprojekt verglichen werden kann. Das heißt, selbst die Enteignung ist kein Garant dafür, dass Braunau als Pilgerstätte für Anhänger nationalsozialistischen Gedankengutes passé ist. Untätigkeit der Republik Österreich ist allerdings auf Grund der zuvor aufgezeigten Bundesverfassungsbestimmungen und dem in dem Enteignungsverfahren artikulierten öffentlichen Interesse keine Option. Insofern gehandelt wird, ist eine Option ohne eben dieser Immobilie nur schwer vorstellbar.

Das vage öffentliche Interesse ist allerdings auch bei der schwierig zu beurteilenden Eignung des Objektes problematisch. Während aktuell die Eignung für das gesetzte zweigliedrige Ziel der Verhinderung von Missbrauch und der positiven Umkehrung der Symbolik grundsätzlich mit dem Objekt verbunden sind, wird erst die Zukunft zeigen, ob die Enteignung tatsächlich dafür geeignet ist, dies zu erreichen. Das bedeutet, dass nicht nur das Eigentum an der Immobilie, sondern vor allem dessen zukünftige Nutzung für die Erreichung des Enteignungszweckes entscheidend ist. Erst dann kann beurteilt werden, ob das Objekt dazu geeignet ist, den konkreten Bedarf zu decken.

65 Siehe dafür „Neonazis marschieren unfreiwillig gegen Rechts“, Sueddeutsche.de vom 16. 11. 2014, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/bayern/aktion-im-bayerischen-wunsiedel-neonazis-marschieren-unfreiwillig-gegen-rechts-1.2222578>.

66 Vgl dazu *Bastaroli*, Italien: Ein neues Image für den ‚Duce‘-Geburtsort, DiePresse.com vom 5. 8. 2016, abrufbar unter http://diepresse.com/home/ausland/welt/5063440/Italien_Ein-neues-Image-fuer-den-DuceGeburtsort.

67 Zitiert nach *Noiret*, Ein Faschismus-Museum an Mussolinis Geburts- und Begräbnisort?, in Public History Weekly 4 (2016) 32 vom 6. 10. 2016, abrufbar unter <https://public-history-weekly.degruyter.com/4-2016-32/a-museum-of-fascism-where-mussolini-was-born-and-buried/>.

68 Vgl zur speziellen Situation Italiens auch *Ben-Ghiat*, Why are so many fascist monuments still standing in Italy? The New Yorker, 5. 10. 2017, abrufbar unter <https://www.newyorker.com/culture/culture-desk/why-are-so-many-fascist-monuments-still-standing-in-italy?>

An diese Unsicherheit schließt sich die Beurteilung der Frage an, ob die Enteignung auch das gelindeste Mittel war, um diesem Zweck nachzukommen.

b. Das Prinzip der Enteignung als ultima ratio (Subsidiarität)

Schließlich muss es unmöglich sein, den Bedarf anders als durch Enteignung zu decken.⁶⁹ Das bedeutet, eine Enteignung ist nicht verfassungskonform, insofern es *„eine gleichwertige Alternative gibt, mit deren Hilfe ohne Enteignung das konkrete öffentliche Interesse in gleicher Weise erreicht werden kann.“*⁷⁰

Die Expertenkommission stellte diesbezüglich fest, dass: *„vor allem durch den Kündigungsversuch des Mietvertrages durch die Eigentümerin sowie potentielle Eigentumsübertragungen an Dritte [...] das Bestreben der Republik Österreich gefährdet [ist], sicherzustellen, dass mit dem Objekts [sic] in einer Weise verfahren wird, die auf Dauer einer nationalsozialistisch geprägten Vereinnahmung entgegen wirkt.“*⁷¹ Das einschlägige Verhalten der ehemaligen Eigentümerin, welches schlussendlich zu der Legalenteignung geführt hat und weniger einschneidende Maßnahmen wie bspw einen privatrechtlichen Erwerb oder Ähnliches als unmöglich erscheinen ließ, kann nur schwer ohne Hintergrundinformationen beurteilt werden. Der VfGH, welcher im gegebenen Normprüfungsverfahren volle Kognitionsbefugnis hat,⁷² sah die geschilderten Umstände, dass mit der Eigentümerin eine Übereinkunft zu Umbauarbeiten bzw einer vom Bundesministerium für Inneres uneingeschränkt vorgenommenen Untervermietung nicht möglich war, (implizit) als gegeben an.⁷³

Die ErläutRV zum EnteignungsG betonen, dass der Zweck nur erfüllt werden kann, wenn *„die Republik Österreich Eigentümerin des Objektes ist, um in Zukunft andere Personen von einer (straf-) gesetzwidrigen oder in sonstiger Weise dem Ansehen der Republik Österreich schadenden Nutzung des Objekts“* auszuschließen.⁷⁴ Der VfGH beruft sich auf die Feststellung der Expertenkommission: Die mit dem Haus *„verbundene besondere Symbolkraft kann nachhaltig und effektiv nur beseitigt werden, wenn es – so die Empfehlung des Abschlussberichts der Kommission vom Oktober 2016 – zu einer tiefgreifenden architektonischen Umgestaltung kommt, um dem Objekt den Wiedererkennungswert und die Symbolkraft zu entziehen.“*⁷⁵ Eben diese Umgestaltung wurde als Grund angeführt, weshalb das Eigentum und das gemäß § 354 ABGB damit verbundene Recht *„mit der Substanz und Nutzung einer Sache ‚nach Willkür zu schalten‘“* zwingend notwendig ist, um das öffentliche Interesse an der Sache zu decken.⁷⁶

69 So bereits VfSlg 3666/1959; 13.579/1993; 16.753/2002; 18.890/2009.

70 Korinek in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer 645 siehe ebenda für den Hinweis auf den EGMR, welcher einen *„wesentlich weiteren Beurteilungsspielraum“* zugesteht und nur *„ohne offensichtliche Begründung durchgeführte“* Enteignungen für konventionswidrig hält.

71 Kommission zum historisch korrekten Umgang mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers.

72 VfSlg 20.186/2017 Rz 23.

73 Siehe dafür die Schilderungen der Bundesregierung VfSlg. 20.186/2017 Rz 6, welche vom VfGH implizit anerkannt wurden, weil er (Rz 35), *„nur durch uneingeschränkte Ausübung des Eigentumsrechts eine der möglichen Optionen entsprechende Nutzung der Liegenschaft iSd Empfehlung des Abschlussberichtes der Kommission zum historisch korrekten Umgang mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers“* für umsetzbar hält.

74 ErläutRV 1250 BlgNR 25. GP.

75 VfSlg 20.186/2017 Rz 33.

76 VfSlg 20.186/2017Rz 36.

Das gelindere Mittel eines privatrechtlichen Erwerbs wurde erfolglos zuvor erprobt.⁷⁷ Offen bleibt, inwieweit weitere Bemühungen um die Aufrechterhaltung des Untermietvertrages potentiell in Kombination mit zwingenden Eigentumsbeschränkungen (bspw in der Form von zwangsweiser Durchsetzung gewisser Untermieter, ein erzwungenes Vorkaufsrecht oder ein Verbot des Verkaufs an bestimmte Personen oder Gruppen) möglich gewesen wären, ohne das öffentliche Interesse an der Sache zu verfehlen. Insofern auch diese Beurteilung schwierig mit Sicherheit vorgenommen werden kann, kann zumindest darauf hingewiesen werden, dass die bisherige und gegenwärtige Nutzung eben nicht geeignet war, das öffentliche Interesse zu erfüllen. Die Enteignung scheint, folgt man dieser Logik, *ultima ratio* zu sein. Die Einzigartigkeit des grundlegenden Falles und die geschichtlich sowie real(verfassungs)politisch damit für die Republik Österreich verbundene Verantwortung trägt diese Einschätzung und den damit zusammenhängenden großen Ermessensspielraum.

Dass die Schwierigkeiten, welche mit der Symbolik von nationalsozialistischen Pilgerstätten verbunden sind, nicht mit der Auflösung eines Grabes wie im Fall *Heß* oder der Enteignung des „Hitler Hauses“ erledigt sind, zeigt auch hier wiederum die Schwierigkeit zu bestimmen, ob es ein gelinderes Mittel als die Enteignung gegeben hätte. Insofern gewisse Orte als Symbole für unerwünschte Tätigkeiten missbraucht werden, ist ganz allgemein von Relevanz, wie dem beizukommen ist. Jedenfalls zeigen auch vergleichende Beispiele wie der Obersalzberg, dass auch die Beauftragung von privaten oder anderen öffentlich-rechtlichen Trägern, wie dem Institut für Zeitgeschichte München, von der Zustimmung der Eigentümer abhängig ist. Im Fall des Obersalzberges war dies der Freistaat Bayern, an welchen das Eigentum nach dem Abzug der amerikanischen Streitkräfte 1996 zurückging. Dennoch verbleibt die Frage, ob die Enteignung tatsächlich *ultima ratio* war, aufgrund des schwierig zu bestimmenden öffentlichen Interesses offen. Die Meinung, dass auch das weniger weitreichende Mittel der Eigentumsbeschränkung oder anderweitige Mittel hätten wahrgenommen werden können, um die Deutungshoheit über die Symbolik des Hauses zu erlangen, kann nicht klar verneint werden. Der VfGH hat allerdings anders entschieden.⁷⁸

Gerade ein aktives Tun, welches öffentliche Anstrengung und Investition bedeutet, kann tatsächlich nur schwer von einem Individuum umgesetzt werden. Darüber hinaus wurde in jahrelangen Bemühungen scheinbar ein derart aktives Tun von Seiten der Eigentümerin nicht wahrgenommen, ja das Wahrnehmen einer aktiven Auseinandersetzung sogar erschwert. Das bedeutet, dass das öffentliche Interesse an dem Objekt – in Form der Deutungshoheit über dessen Wahrnehmung – angenommen werden kann und das Individualinteresse der Eigentümerin mit dem Objekt nach ihrem Willen zu verfahren – aufgrund der Einzigartigkeit dieses Falles – übersteigt. Gleichzeitig bedeutet dies allerdings auch einen Auftrag an die Republik als nunmehrige Eigentümerin, eben dieses von der vormaligen Eigentümerin nicht zu bewerkstellende bzw vermisste aktive Tun aufzunehmen. Die Enteignung steht also wesentlich mit der zukünftigen Nutzung im Zusammenhang. Dies bedeutet zugleich noch nicht, dass der Fall so-

77 VfSlg 20.186/2017 Rz 36, vgl dazu ebenso bereits ErläutRV 1250 BlgNR 25. GP, welche interessanterweise Eigentumsbeschränkungen diskutieren, aber aufgrund der durch den Zweck geforderten Eigentumsbeschränkungen und das Ausmaß welches diese annehmen müssten anstelle einer „de facto Enteignung“ eine „formelle Enteignung“ als sachgerechter einstufen.

78 Als Nebenbemerkung kann auf die Tätigkeitsberichte des VfGH aus den Jahren 2014 bis 2009 (abrufbar unter <https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgesichtshof/publikationen/taetigkeitsberichte.de.html>) verwiesen werden, welche in diversen Sprachen mit der Aussage übertitelt wurden: „Verfassungsgesichtshof heißt entscheiden.“

mit geklärt ist. Gerade die Unklarheit bezüglich der zukünftigen Nutzung des Hauses und die schwierige Aufgabe, die Zuschreibung zu dem Haus umzugestalten, erfordern noch weitere Überlegungen. Damit verbunden sind auch (verfassungs-)rechtliche Unsicherheiten. Bevor die drohende Pflicht der Rückübereignung angesprochen wird, soll kurz erläutert werden, ob ein widersprechendes Urteil des EGMR drohen könnte und welche rechtliche Konsequenzen daraus erwachsen könnten.

III. Was kann passieren?

A. Art 1 1. ZP zur EMRK und ein potenziell widersprechendes Urteil des EGMR

Der VfGH prüft eine Verletzung von Art 5 StGG und Art 1 1. ZP zur EMRK.⁷⁹ Der Eigentumsbegriff des Art 1 1. ZP zur EMRK⁸⁰ ist allerdings weiter als der des Art 5 StGG.⁸¹ Im gegenständlichen Fall ist der weitere Eigentumsbegriff aber nicht relevant, weil auch unstrittig in Art 5 StGG eingegriffen wurde.⁸² Insofern ein Eingriff in Eigentum allerdings als konventionswidrig zu qualifizieren ist,⁸³ ist aufgrund des Verfassungsrangs der EMRK⁸⁴ dies ebenso eine Verletzung von verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten.⁸⁵ Dementsprechend berücksichtigt auch der VfGH die Rechtsprechung des EGMR.⁸⁶ Dennoch ist fraglich, ob eine Individualbeschwerde vor dem EGMR aufgrund einer unterschiedlichen Qualifikation der Vorkommnisse im gegenständlichen Fall erfolversprechend sein könnte. So ist zunächst auch gem EMRK die Enteignung der Liegenschaft ein klarer Eingriff in das Eigentum der vormaligen Eigentümerin, welcher gesetzlich vorgesehen und vom öffentlichen Interesse verlangt sein muss.⁸⁷ Außerdem erfordert die Rechtsprechung des EGMR, dass das Gesetz grundsätzlich generell abstrakt gefasst ist.⁸⁸ Allerdings erkannte der EGMR bereits an, dass diesbezügliche Gesetze ausnahmsweise Einzelperso-

79 Vgl nur VfSlg 20.186/2017 Rz 26.

80 Zum Beitritt Österreichs zur EMRK und dem 1. ZP BGBl 1958/210; vgl dazu in Bezug auf Art 1 1. ZP zur EMRK *Korinek in Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht III (7. Lfg 2005) Art 1 1. ZP zur EMRK.

81 Vgl dazu *Korinek in Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* 642 mwN auf *Kucsko-Stadlmayer*, Artikel 1 1. ZP, in *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte (1983) 581 (698 ff), welche dies so vertreten hatte, sowie auf *Öhlinger*, Entscheidungsbesprechung, JBl 1998, 438 (442), welcher von einem „doppelten Eigentumsbegriff der österreichischen Verfassungsordnung“ spricht, ohne daraus ein unterschiedliches Schutzniveau für Eigentumsverbürgungen ableiten zu wollen. Vgl grds dazu *Meyer-Ladewig/v. Raumer in Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer* (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2017) Art 1 1. ZP zur EMRK Rz 9–24 mwN.

82 Der VfGH prüft Art 5 StGG gemeinsam mit Art 1 1. ZP zur EMRK.

83 Vgl dazu allg *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention: ein Studienbuch⁶ (2016) Rz 9 zum Eingriff; vgl darüber hinaus ebenso *Meyer-Ladewig/v. Raumer in Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer*, EMRK Art 1 1. ZP zur EMRK Rz 25–29 zum Eingriff sowie Rz 30–32 zum Begriff der Enteignung: „Enteignung ist Entziehung des Eigentums“. Würde folglich die vom VfGH vertretene Übertragungstheorie nicht wie oben dargelegt auch bspw auf die Vernichtung und das damit nur juristisch kurz übertragene Eigentum als Entziehung angewendet, würde das dem Konventionsbegriff der Enteignung nicht entsprechen.

84 BGBl 1964/59.

85 Vgl bspw *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹¹ 401: „Der VfGH wendet prinzipiell Art 5 StGG an, obwohl eine partielle materielle Derogation dieser Bestimmung durch Art 1 1. ZP-EMRK anzunehmen ist.“

86 Vgl dazu statt vieler *Berka*, Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 323: „Die Interpretation der Konventionsrechte durch den EGMR genießt hohe Autorität und sie wird, auch von den österreichischen Höchstgerichten, im Allgemeinen strikt beachtet.“

87 *Meyer-Ladewig/v. Raumer in Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer*, EMRK, Art 1 1. ZP zur EMRK Rz 33–34; siehe ebenso *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ Rz 17.

88 *Meyer-Ladewig/v. Raumer in Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer*, EMRK, Art 1 1. ZP zur EMRK Rz 35 mwN auf EGMR 3. 7. 1995, 13616/88, Serie A, Nr. 320-A, *Hentrich/Frankreich* Rz 42.

nen betreffen dürfen.⁸⁹ Das heißt, auch im Rahmen der EMRK sind Legalenteignungen nicht *per se* ausgeschlossen.

Darüber hinaus gewährt der EGMR bei der Beurteilung, inwieweit eine nationale Maßnahme Konventionsrechte mit Gesetzesvorbehalt verletzen kann, ganz grundsätzlich den Mitgliedstaaten einen Ermessensspielraum.⁹⁰ Bezüglich des öffentlichen Interesses im Hinblick auf die Beurteilung von Eingriffen in die Eigentumsfreiheit gem Art 1 1. ZP zur EMRK halten sich die Straßburger Richter im Speziellen zurück und gestehen den Mitgliedstaaten eine bessere Einschätzung desselben zu. In diesen weiten nationalen Ermessensspielraum wird folglich nur bei offensichtlich unvernünftiger Begründung eingegriffen.⁹¹ Im Hinblick auf die Möglichkeit, dass sich die Beschwerdeführerin nach der für sie negativen Entscheidung des VfGH an den EGMR wenden könnte,⁹² hat der VfGH vorsorglich ein rezentes Urteil des EGMR zitiert.⁹³ In *Perincek v. CH* hatte der EGMR zu beurteilen, ob die öffentliche Leugnung des armenischen Holocaust von Herrn Doğu Perinçek und dessen Verurteilung vor Schweizer Gerichten gem der „Rassismus-Strafnorm“ (Art 261 bis Abs 4 Schweizerisches Strafgesetzbuch) das Recht auf Meinungsfreiheit gem Art 10 EMRK verletzt hat. Obwohl der EGMR das Recht auf Meinungsfreiheit in diesem Fall verletzt sah, hat er klargestellt, dass er für besonders dringende Anliegen Konventionsrechte einzuschränken stets den historischen Kontext des betroffenen Mitgliedstaates berücksichtigt.⁹⁴ Zudem stellte der EGMR klar, dass dies insbesondere für den Holocaust zutrifft.⁹⁵

In Anbetracht des Ermessensspielraums für Mitgliedsstaaten in der Beurteilung des öffentlichen Interesses, sowie der ausdrücklichen Erwähnung des spezifischen historischen Kontexts der Mitgliedsstaaten ist eine Feststellung der Konventionswidrigkeit im Sinne einer Verletzung von Art 1 1. ZP zur EMRK im vorliegenden Fall nicht sehr wahrscheinlich.⁹⁶ Dies ist bis zu einem Urteil des EGMR allerdings eine Spekulation. Dementsprechend heikel ist die aktuelle Situation. Denn von der Beschwerdeführerin kann im Rahmen des Verfahrens vor dem EGMR nicht nur wie üblich

89 Siehe dazu *Meyer-Ladewig/v. Raumer* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer*, EMRK, Art 1 1. ZP zur EMRK Rz 35 FN 87 mwN auf EGMR 23. 11. 2000 (GK), 25701/94, *Ehemaliger König von Griechenland/Griechenland* Rz 79-82. Die Regierung Griechenlands gestand zu (Rz 80): „*Undeniably, both these laws had an individual character. However, the circumstances of the case were unique: in any recent republic there was only one former royal family. Such a family was not in a position comparable to that of any other family. Legislation relating to their property would, by definition, relate to that family alone; still, that could not deprive the legislation of its legitimacy.*“ Und der EGMR erkannte dies an (Rz 82): „*To sum up, the deprivation was provided for by law, as required by Article 1 of Protocol No. 1.*“

90 Vgl dazu *Bezemek*, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte (2016) 60–63.

91 Vgl *Meyer-Ladewig/v. Raumer* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer*, EMRK, Art 1 1. ZP zur EMRK Rz 36–39; sowie *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ Rz 19 mwN in FN 120 und 121; *Korinek in Korinek/Holoubek*, B-VG Art 1 1. ZP zur EMRK Rz 13 verlaublich äußert selbstsicher: „*Angesichts der in der österreichischen Lehre und Judikatur entwickelten relativ strengen Anforderungen an die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Enteignung nach Art 5 StGG, haben die diesbezüglichen Anordnungen des ZP für Österreich insofern keine Relevanz; sie sind jedoch für die Frage der Entschädigungspflicht bei Enteignungen von Bedeutung.*“ [Vw ausgelassen].

92 Gem Art 35 Abs 1 EMRK hat die vormalige Eigentümerin für die Erhebung einer Individualbeschwerde beim EGMR bis zu 6 Monate nach der endgültigen innerstaatlichen Entscheidung Zeit. Vgl dazu *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ Rz 39–40.

93 VfSlg 20.186/2017 Rz 32.

94 EGMR 15. 10. 2015 (GK), 27510/08, *Perinçek/CH* Rz 242.

95 *Ibid* Rz 243; vgl ebenso EGMR 8. 11. 2012, 43481/09, *PETA Deutschland/Deutschland*, Rz 49, worin der EGMR speziell auf den historischen und sozialen Kontext der Meinungsäußerung abstellt und Deutschland in Bezug auf die PETA Kampagne „*The Holocaust on your plate*“ insbesondere als sensiblen Ort herausstellt. Gerade die einschlägige spezielle Verpflichtung Deutschlands wurde daher als Rechtfertigungsgrund für die Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit gem Art 10 EMRK vom EGMR akzeptiert.

96 Nicht zuletzt auch nur deshalb, weil man sich an das von *Bezemek* in FS Holzinger 184 insb FN 64, bereits (in einem anderen Verfahren bezüglich einer Enteignung) zitierte Palström'sche Argument „*dass eben nicht sein kann, was nicht sein darf*“ von Christian Morgenstern erinnert fühlt.

beantragt werden festzustellen, dass Art 1 1. ZP zur EMRK verletzt wurde. Außerdem kann die Beschwerdeführerin bei der Entziehung einer Sache beantragen, dass der Staat zur Rückübereignung – bei sonstiger Entschädigung (vgl. dazu Art 41 EMRK⁹⁷) – verurteilt wird.⁹⁸ Dies hätte in Österreich aufgrund des Verfassungsranges der EMRK nochmals erhöhte Brisanz. Die geringe Wahrscheinlichkeit aufgrund der genannten Rechtsprechung ist in Anbetracht einer derartigen Situation somit nur ein geringer Trost.⁹⁹

Selbst wenn der EGMR keine Verletzung von Art 1 1. ZP zur EMRK feststellt, kann er die Entschädigung als unzureichend qualifizieren. Er unterscheidet bei Enteignungen bezüglich der Entschädigung zwischen einer konventionswidrigen Enteignung und einer gemäß der Konvention rechtmäßigen Enteignung ohne hinreichender Entschädigung.¹⁰⁰ Nicht zuletzt ist aufgrund der schwierig zu fassenden Definition des öffentlichen Interesses, welches sich stark an der Symbolik des Hauses orientiert, vorstellbar, dass sich zukünftige Entwicklungen, wie mit der Immobilie weiter verfahren wird – zumindest *de facto* – auf ein Urteil des EGMR auswirken können. Blicke die Republik bspw. untätig, könnte sich das dementsprechend negativ auswirken. Die medial vorge-

97 Sowie dazu Meyer-Ladewig/Brunozzi in Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2017) EMRK Art 41 Gerechte Entschädigung Rz 18–20 mwN.

98 So nur Meyer-Ladewig/v. Raumer in Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, ZP zur EMRK Art 1 Schutz des Eigentums Rz 65.

99 Vor allem bezüglich der Entschädigungshöhe könnte die Rechtsprechung des EGMR eine besondere Rolle spielen. Während die Judikatur des VfGH grundsätzlich auch entschädigungslose Enteignungen potentiell als verfassungskonform hält, statuiert der EGMR klar, dass für Grundstücksenteignungen eine „volle Entschädigung“ zu leisten ist. Vgl. dazu Meyer-Ladewig/v. Raumer in Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, Art 1 1. ZP zur EMRK Rz 44 mwN auf EGMR 29. 3. 2006 (GK), 36813/97, Scordino/Italien (Nr. 1.) Rz 96–98, 102; vgl. Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ Rz 23, welche darauf hinweisen, dass bei einer Individualenteignung der „volle Wertersatz zu gewähren“ ist (mwN in FN 154). Laut Medieninformationen hat die Entschädigung, basierend auf einem ersten Gutachten, welches den Verkehrswert geschätzt hat, 310.000 € betragen. Fraglich ist allerdings, ob dieser Wert tatsächlich den Verkehrswert widerspiegelt, insofern bereits der Mietaufwand des bm.i 4.700 € monatlich, also 56.400 € jährlich, betrug. Das bedeutet, der Verkehrswert wäre bereits durch Mieteinnahmen von nicht einmal 6 Jahren gedeckt gewesen. Laut rezenten Medieninformation wurde nun in dem Verfahren bezüglich der Entschädigungshöhe, welche von der vormaligen Eigentümerin im Zivilprozess angefochten wurde, durch zwei vom Gericht bestellte Gutachten die Liegenschaft auf 1.230.000 € geschätzt. (Siehe dafür die APA Meldung „Wird die Enteignung des Hitler-Geburtshauses teurer als gedacht?“ vom 21. 6. 2018 abrufbar unter <https://diepresse.com/home/panorama/oesterreich/5450886/Wird-die-Enteignung-des-HitlerGeburtshauses-teurer-als-gedacht>). Dieser geschätzte Wert ist ein Mittelwert, welcher sich aus der Bausubstanz (geschätzt 800.000 €), als auch der besonderen Geschichte des Hauses (geschätzt 1.500.00 €) ergibt. Bis zum Verfahrensausgang (am 8. 11. 2018 findet die nächste Tagsatzung im zivilrechtlichen Verfahren über die Entschädigungshöhe statt. Dann werden beide Sachverständigen ihre Gutachten erläutern. Vgl. Wernitznig, „Gericht erörtert Gutachten über Wert von Hitler-Geburtshaus“, volksblatt.at vom 10. 10. 2018, abrufbar unter <https://volksblatt.at/gericht-eroertert-gutachten-ueber-wert-von-hitler-geburtshaus/>) bleibt es fraglich, inwieweit die Entschädigungssumme und einer neutralen marktwirtschaftlichen Logik auch die Besonderheit der Geburt Hitlers berücksichtigen muss. Dies kann auch für die Beurteilung einer „vollen Entschädigung“ gem. der EMRK relevant werden. Klar auszuschließen ist dies jedenfalls nicht. Vgl. nochmals Grabenwarter/Pabel, EMRK⁶ Rz 24, welche in FN 164 darauf hinweisen, dass grundsätzlich eine Verletzung von Art 1 1. ZP zur EMRK vorliegt, insofern die Entschädigung deutlich unter dem Verkehrswert liegt. Vgl. dazu allg. Korinek in Korinek/Holoubek, B-VG Art 5 StGG Rz 42–52. Nur noch am Rande sei bemerkt, dass die Judikatur des VfGH zur entschädigungslosen Enteignung eine Inländerdiskriminierung darstellt, da gemäß Völkergewohnheitsrecht (Hull-Formel: „prompt, adequate und effective compensation“) eine Enteignung stets eine Entschädigung verlangt. Siehe dazu nur Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht⁴ (2017) Rz 611–612.

100 Meyer-Ladewig/Brunozzi in Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer, EMRK, Art 41 Rz 20 mwN darauf, dass bei einer rechtmäßigen Enteignung aber unzureichenden Entschädigung zwar die zu Art 1 1. ZP zur EMRK entwickelten Kriterien zur Bemessung der Entschädigung anzuwenden sind, allerdings nicht dem vollen Wert des Grundstückes entsprechen muss. Vgl. dazu EGMR 28. 11. 2002, 25701/94, *Ehemaliger König von Griechenland ua/ Griechenland* (Art 41) Rz 76–78. Allerdings führte der EGMR in diesem Fall „public interest, such as pursued in measures of economic reform or measures designed to achieve greater social justice“ (Rz 78) an, da es um „such fundamental changes of a country's constitutional system as the transition from monarchy to republic“ (EGMR 23. 11. 2000 [GK], 25701/94, *Ehemaliger König von Griechenland/Griechenland* Rz 87) ging. Das ist wohl im gegenständlichen Fall kaum als Begründung für eine grundsätzlich unzureichende Entschädigung heranzuziehen.

brachte vermeintliche Verletzung von Art 6 EMRK und das Recht auf ein faires Verfahren sind hingegen wenig erfolgsversprechend.¹⁰¹ Denn im Verfahren *Zumtobel* hat der EGMR klargestellt, dass er dem VfGH nicht grundsätzlich die Tribunalqualität iSd Art 6 EMRK abspricht, sondern nur, wenn er keine Kognitionsbefugnis hat.¹⁰² Im gegenständlichen Normprüfungsverfahren hatte der VfGH allerdings volle Kognitionsbefugnis.¹⁰³

B. Das Gebot der Rückübereignung

Das Gebot der Rückübereignung ist dem Grundrecht auf Eigentumsschutz gem Art 5 StGG immanent. Das macht den Auftrag einer positiven Nutzung mit dem Ziel die Zuschreibung zu diesem Haus zu ändern besonders prekär. Wird der Enteignungszweck nicht erfüllt, droht die Pflicht zur Rückübereignung. § 2 EnteignungsG enthält bereits den Hinweis auf die potentielle Rückübereignung: „(2) Wenn bestimmte Teile der Liegenschaft für die Erfüllung des Zweckes gemäß Abs. 1 nicht oder nicht mehr benötigt werden, sind diese dem bisherigen Eigentümer oder dessen Rechtsnachfolger zum Erwerb anzubieten.“ Das Gebot der Rückübereignung ist immanent bei nicht gänzlichem Erfüllen des Enteignungszwecks. Die Konditionen für die Nichterfüllung des Zwecks dürfen zwar per Gesetz geregelt werden, aber die von Art 5 StGG gebotenen Grenzen müssen aufrecht bleiben.¹⁰⁴ Das EnteignungsG besagt, dass bei nicht Erfüllung des Zwecks die Liegenschaft oder Teile davon zum Rückerwerb der ursprünglichen Eigentümerin angeboten werden müssen. Der Zweck der Enteignung wurde bereits benannt.¹⁰⁵

Allerdings wurde ebenso bereits erwähnt, dass eine positive Änderung der Zuschreibung zum Objekt mit gewissen Schwierigkeiten behaftet ist. Der Vergleich zu einem Infrastrukturprojekt, welches entweder gebaut oder nicht gebaut werden kann, wurde gezogen. Die angedachte Nutzung des Hauses muss, um dem Zweck der Enteignung gerecht zu werden, die negative Symbolik des Hauses dekonstruieren. Das ist keine leichte Aufgabe. Ebenso schwierig erscheint die Beurteilung, ob dies nun geglückt ist. Stille Besucher, welche sich mit dem Objekt identifizieren wollen, sind nicht messbar.¹⁰⁶ Ein erneuter öffentlichkeitswirksamer Besuch von Neonazis dagegen schon. Fraglich ist allerdings, ob der Enteignungszweck bereits dann verfehlt wird, wenn ein derartiger Besuch stattfindet? Das zu beurteilen wäre Aufgabe der Behörde, „*der im Zeitpunkt der*

101 Siehe dafür den Bericht von *Sendlhofer*, „Hitlers Geburtshaus: Ex-Besitzerin kämpft weiter gegen Enteignung“, Kurier vom 7. 12. 2017, abrufbar unter <https://kurier.at/chronik/oberoesterreich/hitlers-geburtshaus-ex-besitzerin-kaempft-weiter-gegen-enteignung/301.032.365>.

102 EGMR 21. 9. 1993, 12235/86, *Zumtobel/Österreich* Rz 27–32: „It was also true of the Constitutional Court [die fehlende Tribunalqualität], as it was prohibited by law from reconsidering all the facts of a case.“

103 VfSlg 20.186/2017 Rz 23; VfSlg 19.307/2011, IV.1.2.

104 VfSlg 7271/1974; 8981/1980; 11.828/1988. Siehe dazu *Korinek in Korinek/Holoubek*, B-VG Art 5 StGG Rz 36. Dem Gesetzgeber ist es nicht gestattet, „Regelungen zu erlassen, die dem Rückübereignungsberechtigten unzumutbare Hindernisse in den Weg legen“ (mwN in FN 157 auf VfSlg 13.744/1994; 14.042/1995; 14.043/1995). *Korinek in Korinek/Pauger/Rummel* 23 mwN; vgl dazu im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung des EGMR *Meyer-Ladewig/v. Raumer* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/v. Raumer*, EMRK, Art 1 1. ZP zur EMRK Rz 40–47 insbesondere mwN (Rz 42 FN 100) auf EGMR 15. 1. 2008, 6489/03, *Karaman/Türkei* Rz 27–34 (für das nicht Verwenden iSd öffentlichen Zwecks) sowie (Rz 42 FN 101). EGMR 20. 7. 2010, 37546/02, *Kececioğlu ua/Türkei* Rz 26 (für das Verstreichen langer Zeit zwischen Enteignung und Verwirklichung des Vorhabens). Das Gesetz darf jedenfalls die Rückübereignung nicht ausschließen *Berka*, Verfassungsrecht⁴ (2012) 518 mwN auf VfSlg 15.768/2000.

105 Siehe oben II.B.2.

106 Die Frage, „ob dem Ort nun der Mythos entzogen werden kann“, ist für NEOS Abgeordneten *Alm* eine „reine Glaubensfrage.“ Siehe Parlamentskorrespondenz 1416 vom 14. 12. 2016 – 157. Sitzung des Nationalrates: Enteignung von Adolf Hitlers Geburtshaus im Nationalrat beschlossen.

*Aufhebung die Zuständigkeit für die Erlassung des Enteignungsbescheides zukäme.*¹⁰⁷ Sehr wahrscheinlich ist eine derartige Entscheidung nicht. Man stelle sich nur ein – wie von der Expertenkommission gefordert – „*tiefgreifend architektonisch umgestaltetes*“ Haus vor, welches aufgrund des Besuches von Neonazis somit regelrecht dem Staat wieder entzogen würde. Das wäre eindeutig zu viel Macht für diese Menschen. Somit wäre die Geschichte um das Haus wohl endgültig eine unendliche.

Rechtlich interessant ist, insofern eine Umgestaltung des Hauses vorgenommen wurde und dieses bspw für einen sozial karitativen Zweck umgebaut wurde, inwieweit die dadurch entstandenen Kosten bei der Rückübereignung mitberücksichtigt werden dürfen. § 2 EnteignungsG normiert ja schließlich nur das Gebot, die Liegenschaft bzw die Teile davon, welche dem Zweck nicht zugeführt werden,¹⁰⁸ zum Kauf anzubieten.¹⁰⁹ Die Eigentümerin hätte eine derartige Umgestaltung wahrscheinlich nicht durchgeführt und würde die Liegenschaft, insofern sie diese tatsächlich zurückerwirbt, wahrscheinlich auch anders verwenden wollen. Noch mehr, die vom Zweck der Enteignung verlangte positive Besetzung des Objektes und die damit notwendige Umgestaltung, welche wohl Kosten verursachen wird, steht dazu im potentiellen Spannungsverhältnis. Denn insofern diese positive Umgestaltung gelingen soll, muss sie merkbar (und damit kostenintensiv) sein.

Die potenzielle Rückübereignung bei Verfehlen des Zwecks könnte allerdings entweder eine kostenschonende (und wenig eingriffsintensive) Umgestaltung fordern, damit diese nicht ein ungehörliches Ausmaß annimmt. Aufzulösen ist diese Spannung nicht durch eine möglichst kostenschonende Zweckerfüllung. Im Gegenteil, diese muss eher offensiv angelegt sein, damit der Enteignungszweck tatsächlich erfüllt werden kann. Als Konsequenz könnte allerdings folgen, dass die Umgestaltungskosten nicht in die Rückerwerbungsangebote übertragen werden dürfen. Oder dass gar eine Rückübereignung geboten ist, die bedingt ist durch die Rückgabe der zugesprochenen Entschädigung.¹¹⁰ Die Geschichte ist folglich zumindest nicht mit der Entscheidung des VfGH zu Ende. Weitere Fragen und eine große Aufgabe stehen noch bevor.

IV. Schlussfolgerungen. Was ist zu tun?

Die bevorstehende Aufgabe lautet *„die besondere Aura dieses Ortes zu dekonstruieren und zu entmystifizieren“*.¹¹¹ In anderen Worten, das „Hitler Haus“ benötigt ein stärkeres „Branding“ als dasjenige, welches ihm bisher durch Hitlers Geburt verliehen wurde.¹¹² Die ErläutRV zum EnteignungsG schlagen zB *„einen lebensbejahenden Kontrapunkt“* vor. Die Expertenkommission bevor-

107 VfSlg 7271/1974; 8981/1980; 11.828/1988; vgl dazu auch Korinek in Korinek/Pauger/Rummel 24 mwN auf VfSlg 7271/1974. Im einschlägigen Fall wäre das wohl das Bezirksgericht Braunau, welches die Vormerkung des Eigentumsrechts der Republik per Beschluss bewilligte.

108 ErläutRV 1250 BlgNR 25. GP. Man bedenke, dass bezüglich der möglichen Rückübereignung sehr wohl eine teilweise Rückübereignung in Betracht gezogen wird. Bezüglich der Eigentumsbeschränkung an Stelle von Erläuterungen wurde gerade das noch ausgeschlossen.

109 Vgl dazu Korinek in Korinek/Pauger/Rummel 24 mwN auf VfSlg 7271/1974: *„Eine solche Aufhebung kann nur rückwirkend (ex tunc) erfolgen, weil sie auf den dem Enteignungsgrund normierten öffentlichen Zwecks endgültig wirksam ist.“*

110 Vgl dazu Korinek in Korinek/Pauger/Rummel 24 mwN auf VfSlg 7271/1974: *„Die damit zusammenhängenden weiteren Rechtsfragen, wie die Rückgabe der seinerzeitigen Entschädigung, die Verrechnung der zwischenzeitlichen Nutzungen und die bürgerliche Rückübertragung, sind nach den Bestimmungen des Privatrechts zu lösen.“*

111 ErläutRV 1250 BlgNR 25. GP.

112 Vgl dazu allg Wehling, Politisches Framing: wie eine Nation sich ihr Denken einredet – und daraus Politik macht (2016).

zugt das Haus „(1) einer sozial-karitativen oder behördlich-administrativen Nutzung“ zuzuführen und empfiehlt deshalb „(3) eine tiefgreifende architektonische Umgestaltung vorzunehmen, die dem Gebäude den Wiedererkennungswert und damit die Symbolkraft entzieht.“¹¹³ Eine zivilgesellschaftliche Initiative wirbt seit Jahren mit zahlreichen prominenten Unterstützern dafür, das „Geburtshaus Hitlers“ in ein „Haus der Verantwortung“ nach dem Prinzip Verantwortung von Hans Jonas zu transformieren.¹¹⁴ Unabhängig davon, welcher Nutzung auch der Vorzug gegeben wird, um dem Objekt den Wiedererkennungswert und die Symbolkraft zu entziehen, scheint die aktuelle Forschung zum „politischen Framing“ jedenfalls prädestiniert dafür zu sein, bei der Beantwortung dieser Frage herangezogen zu werden.¹¹⁵

Einigkeit kann zumindest dahingehend festgestellt werden, dass eine ausschließlich architektonische Umgestaltung dieses Ziel nicht erreichen wird. Das bestätigt auch der Vergleich mit anderen symbolträchtigen Stätten wie bspw dem erwähnten Grab von Rudolf Heß.¹¹⁶ Denn die Symbolkraft ist nicht (ausschließlich) mit einer bestimmten architektonischen Aus- bzw Umgestaltung des Hauses verbunden. Es ist kein Brachialbau wie bspw das Haus der (deutschen) Kunst in München. Bestimmend für die Symbolträchtigkeit ist nahezu ausschließlich die Geschichte des Hauses; besser gesagt sechs Wochen dieser Geschichte. Der Vorschlag des Abrisses und das Hinterlassen einer Leerfläche wurde von der Expertenkommission erwogen, aber dementsprechend explizit verworfen: „Österreich [sollte] nicht zugestimmt werden, die Geschichte des Ortes leugnen zu wollen.“¹¹⁷ Ähnlich gestaltet sich dies wohl mit Untätigkeit. Dies würde nicht nur dem Enteignungszweck zuwiderlaufen.

113 Kommission zum historisch korrekten Umgang mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers. Interessant könnte in diesem Zusammenhang – trotz aller Unterschiede – der Vergleich mit dem Dokumentationszentrum-Reichsparteitagsgelände in Nürnberg und der architektonischen Aus- bzw Umgestaltung der Kongresshalle sein; siehe dazu <http://museen.nuernberg.de/dokuzentrum/das-dokuzentrum/architektur/>. Sowie auch die diesbezügliche Beschreibung des Umgangs mit dem Reichsparteitagsgelände nach 1945 („In den ersten Jahrzehnten nach 1945 mischten sich Ratlosigkeit, Ignoranz, Verdrängung und ein schlichter Pragmatismus.“) und die darauf folgenden Maßnahmen sowie zukünftige Nutzungspläne, einsehbar unter https://museen.nuernberg.de/dokuzentrum/themen/das-gelaende/kuenftiger-umgang-mit-dem-reichsparteitagsgelaende/?pk_campaign=Teaser&pk_kwd=zepelintribuene; ebenso kann auf das NS-Dokumentationszentrum in München verwiesen werden, das am 30. 4. 2015 zum 70. Jahrestag der Befreiung in der ehemaligen NSDAP-Parteizentrale errichtet wurde. Siehe dazu <https://www.ns-dokuzentrum-muenchen.de/home/>; sowie insbesondere zur Vorgeschichte <https://www.ns-dokuzentrum-muenchen.de/zentrum/vorgeschichte/> und zur Architektur <https://www.ns-dokuzentrum-muenchen.de/zentrum/architektur/>. Siehe zum Thema allg Hammermann/Riedel, Sanierung – Rekonstruktion – Neugestaltung: Zum Umgang mit historischen Bauten in Gedenkstätten (2014); sowie zum Reichsparteitagsgelände sowie der Kongresshalle in Nürnberg insbesondere Schmidt, Das bröckelnde Gedächtnis der Orte: Umbau, Erhalt oder Verfall von NS-Bauten in Flossenbürg und Nürnberg, in Hammermann/Riedel (Hrsg), Sanierung – Rekonstruktion – Neugestaltung: Zum Umgang mit historischen Bauten in Gedenkstätten (2014) 118–133. Siehe allerdings auch die Diskussion um die auffällige Zeppelintribüne und deren teure Sanierung Kellerhoff, Diese Nazi-Architektur brauchen wir wirklich nicht, Welt.de vom 7. 1. 2015, abrufbar unter <https://www.welt.de/geschichte/zweiter-weltkrieg/article136085538/Diese-Nazi-Architektur-brauchen-wir-wirklich-nicht.html>. Vgl ebenso das Dokumentationszentrum Obersalzberg, welches vom Institut für Zeitgeschichte, München – Berlin im Auftrag des Freistaats Bayern konzipiert wurde, abrufbar unter <https://www.obersalzberg.de/obersalzberg-home.html>. Einer musealen Verwendung wurde von der Kommission zum historisch korrekten Umgang mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers klar entgegengetreten. Eine derartige Verwendung ist in der Tat nicht immer unproblematisch, vgl dazu nur Schmidinger, Verherrlichendes Museum: Stalins Enkel im Kaukasus, DerStandard vom 22. 8. 2017, abrufbar unter <https://derstandard.at/2000061608552/Verherrlichendes-Museum-Stalins-Enkel-im-Kaukasus>.

114 Vgl dazu <https://www.facebook.com/houseofresponsibilitybraunau/> bzw <http://www.hrb.at/>: Die Grundidee dieser Initiative besteht darin: „Neben der Aufarbeitung der NS-Vergangenheit soll vor allem die Verantwortung für die Gegenwart und Zukunft im Mittelpunkt stehen und speziell von Jugendlichen getragen werden.“

115 Bspw Wehling, Politisches Framing.

116 Vgl hierzu oben Text bei FN 61.

117 Kommission zum historisch korrekten Umgang mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers. Während die Erläuterung zum EnteignungsG, BT, Zu § 2 (Verpflichtung der Republik Österreich) noch Folgendes wiedergeben: „Dem Erreichen des Zieles dieses Gesetzesvorhabens sollen auch allfällige Erwägungen, etwa des bundesgesetzlichen Denkmalschutzes,

Eine Ignoranz der aktuell noch präsenten Zuschreibung, mit welcher das Haus mit der Person *Hitlers* verbunden wird, wird durch Untätigkeit weder geändert werden können, noch wäre dies besonders ruhmreich für Österreich. Die geforderte Dekonstruktion und Entmystifizierung wird vermutlich nur durch eine entsprechende Nutzung des Hauses erfolgreich sein können. Einzig ein aktiver Umgang mit dem Haus scheint dazu geeignet zu sein, die Zuschreibung zu ändern. Schlussendlich muss die Deutungshoheit über das Haus wiedererlangt werden, um Missbrauch abzuwehren und kritische Reflexion zu ermöglichen. Dementsprechend ist die Enteignung nur der erste Schritt, um die aus Art 9 StV Wien und § 3 VerbotsG geforderte, sowie der ständigen Rechtsprechung des VfGH zu entnehmende „*kompromisslose Ablehnung des Nationalsozialismus*“¹¹⁸ in Verbindung mit dem Haus in der Salzburger Vorstadt 15 in Braunau am Inn zu bewerkstelligen. Die tatsächliche Aufgabe steht noch bevor.

nicht entgegenstehen, sodass auch eine vollständige Beseitigung des Geburtshauses von Adolf Hitler von den vorstehenden Erwägungen mitumfasst ist.“ Stellt die Kommission zum historisch korrekten Umgang mit dem Geburtshaus Adolf Hitlers klar, dass „*eine leere Fläche anstelle eines Gebäudes [...] nicht im Sinne des Enteignungszweckes wäre.*“ Clemens Jabloner und Oliver Rathkolb bekräftigten dies nochmals stellvertretend für die Kommission: Ein Abriss komme einer „*Verleugnung der NS-Geschichte in Österreich gleich*“, siehe dazu „Abriss von Hitlers Geburtshaus würde Verleugnung gleichkommen“, DiePresse.com vom 18. 10. 2016, abrufbar unter <http://diepresse.com/home/zeitgeschichte/5103718/Abriss-von-Hitlers-Geburtshaus-kaeme-Verleugnung-gleich>.

118 VfSlg 20.186/2017 Rz 28 mwN auf VfSlg 12.646/1991; 18.405/2008.

Dual-Use-Verträge

Überlegungen zum Verbraucherbegriff und zur rechtsaktübergreifenden Auslegung

Katharina Huber,^{*} Wien

Kurztext: Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Verträge, die teils zu unternehmerischen und teils zu privaten Zwecken geschlossen werden (Dual-Use-Verträge), als Verbraucherverträge oder -geschäfte zu beurteilen sind, ist insb seit der Entscheidung OGH 7 Ob 94/14w („Fertigparkett“-Fall) Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion in Österreich. Der folgende Beitrag untersucht eingehend am Beispiel des Verbrauchsgüterkaufes, wie Dual-Use-Verträge zu beurteilen sind. Dies erfolgt zunächst im Rahmen der autonomen Auslegung der Verbrauchsgüterkauf-RL (VGK-RL) unter Einbeziehung der rechtsaktübergreifenden Auslegung zwischen der VGK-RL und der Verbraucherrechte-RL (VRRRL). Anschließend widmet sich dieser Beitrag der RL-konformen Auslegung und der Beurteilung nach autonom-nationalem Recht. In diesem Zusammenhang wird geprüft, ob und inwiefern die Zweifelsregel des § 344 UGB, wonach das Geschäft im Zweifel als Unternehmergeschäft zu beurteilen ist, anzuwenden ist.

Schlagworte: Dual-Use-Verträge; Verbraucherbegriff; rechtsaktübergreifende Auslegung; systematische Auslegung; Verbrauchsgüterkauf; Gewährleistung; Zweifelsregel des § 344 UGB; § 1 KSchG; gespaltene Auslegung; Aus- und Einbaukosten.

I. Einleitung

Aus Anlass der Entscheidung des OGH 7 Ob 94/14w („Fertigparkett“-Fall) ist Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion in Österreich, unter welchen Voraussetzungen Verträge, die teils zu unternehmerischen und teils zu privaten Zwecken geschlossen werden (Dual-Use-Verträge), als Verbraucherverträge oder -geschäfte zu beurteilen sind. Als Beispiele für Dual-Use-Verträge sind der Kauf eines Pkw durch einen Freiberufler, der diesen auch zu Berufsfahrten nutzt oder der Kauf eines PC zu nennen, der sowohl privat als auch beruflich verwendet wird. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Dual-Use-Verträge als Verbraucherverträge beurteilt werden, ist umstritten. Zur Lösung des Dual-Use-Problems kommen verschiedene Ansätze in Betracht:¹

^{*} Dr. Katharina Huber ist Rechtsanwaltsanwältin in Wien, vormals Universitätsassistentin in der Abteilung für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Einheitsrecht am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien. Dieser Beitrag beruht teils auf der an der Universität Wien 2018 approbierten Dissertation. Die Autorin bedankt sich für wertvolle Anregungen zu diesem Beitrag bei Dr. Kathrin Binder und dem unabhängigen Gutachter.

¹ Mankowski, „Gemischte“ Verträge und der persönliche Anwendungsbereich des Internationalen Verbraucherschutzrechts, IPRax 2005, 503 (504) differenziert zwischen sieben verschiedenen Lösungen; vgl auch Ullreich, Verbrauchervertrag (2016) 175 ff, der verschiedene Ansätze nennt.

Bspw kann das Geschäft als Unternehmergeschäft beurteilt werden, auch wenn der unternehmerische Anteil nur eine untergeordnete Rolle spielt;² umgekehrt kann es auch als Verbrauchervertrag eingeordnet werden, wenn der gewerblich-berufliche Anteil nur eine untergeordnete Bedeutung hat³, oder auch dann, wenn der unternehmerische Zweck nicht überwiegend⁴ ist bzw die Sache hauptsächlich zum privaten Ge- oder Verbrauch verwendet wird.⁵

Im sogenannten „Fertigparkett“-Fall zieht der OGH die Rsp zum Verbrauchergerichtsstand nach dem EuGVÜ⁶ zur Beurteilung, ob ein Verbrauchsgüter-Kaufvertrag iSd VGK-RL (RL 1999/44/EG)⁷ vorliegt, heran.⁸ Nach dem Vernachlässigbarkeitstest liegt ein Verbrauchervertrag dann vor, wenn der gewerblich-berufliche Zweck nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt. Jüngere Literaturmeinungen stehen der Anwendung des Vernachlässigbarkeitstests kritischer gegenüber und befürworten teils eine Anwendung der Überwiegensregel unter Berufung auf ErwGr 17 Satz 2 Verbraucherrechte-RL (VRRL)⁹, derzufolge ein Verbrauchergeschäft vorliegt, wenn der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegend ist.¹⁰

Die *Relevanz* der Beurteilung von Dual-Use-Verträgen zeigt sich, weil GA *Cruz Villalón* die Überwiegensregel iSd 17. ErwGr S 2 VRRL (2011/83/EU) auf die Klausel-RL (RL 93/13/EWG)¹¹, die wie die VGK-RL nicht auf Dual-Use-Geschäfte Bezug nimmt,¹² übertrug. Des Weiteren findet sich in den Erwägungsgründen kürzlich erlassener Rechtsakte eine Regelung von Dual-Use-Geschäften ent-

2 Vgl OGH 9. 4. 1981, 8 Ob 9/81.

3 EuGH 20. 1. 2005, C-464/01, *Gruber/Bay Wa*.

4 Art I-1:105 Abs 1 DCFR veröffentlicht in *von Bar/Clive* (Hrsg), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition VI (2009); Art 1:201 ACQP, veröffentlicht in Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), Principles of the Existing EC Contract Law (*Acquis Principles*): Contract II (2009); *Guiliano/Lagarde*, Bericht über das Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABI C 1980/282, 1 (23) zu Art 5 EVÜ: an das Verbraucherstatut ist anzuknüpfen, wenn die Person im Wesentlichen außerhalb der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt. „Im Wesentlichen“ wird ähnlich wie „überwiegend“ verstanden (*Faber*, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, 854 [886]).

5 Art 9 lit b ii RL 85/374/EWG (Produkthaftungs-RL: RL 85/374/EWG des Rates vom 25. 7. 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte, ABI L 1985/210, 29).

6 Übereinkommen von Brüssel von 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABI L 1972/299, 32.

7 RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, L 1999/171, 12

8 OGH 7 Ob 94/14w VbR 2015/60, 91 = Zak 2015/268, 152 = bbl 2015/148, 181 = RdW 2015/425, 478 = ZRB 2015, 99 (*Wenusch*) = JBI 2016, 588, folgend der hL siehe FN 19.

9 RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 10. 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABI L 2011/304, 64.

10 *P. Bydliński*, Das hohe Verbraucherschutzniveau und die Zweifelsregel des § 344 UGB: Legitime Auslegungsmittel bei Streitigkeiten aus Verbraucher- und Dual-Use-Geschäften?, RdW 2017, 13; *Zehentmayer*, Die Verbrauchereigenschaft bei „Dual-use-Geschäften“, Überlegungen anlässlich der Entscheidung OGH 7 Ob 94/14w JBI 2016, 614 ff; *Kronthaler/Schwangler*, Aufgespaltener Vertrag: Kann für einen Vertragspartner ein und dasselbe Rechtsgeschäft gleichzeitig Unternehmer- und Verbrauchergeschäft sein, RdW 2016, 249 (251); zust *Faber/Klampferer*, Zivilrecht und Internationales Privatrecht, Schwerpunkt Verbraucherschutz, in *Eilmansberger/Herzig* (Hrsg), Jahrbuch Europarecht 2016, 281 (320 f).

11 RL 93/13/EWG des Rates vom 5. 4. 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABI L 1993/95, 29.

12 Der EuGH äußerte sich nicht zur Dual-Use-Problematik. Er bejahte iZm der Anwendbarkeit der Klausel-RL die Verbrauchereigenschaft eines Rechtsanwaltes. GA *Cruz Villalón* warf die Dual-Use-Problematik auf, weil es sich um einen Vertrag handelte, dessen Kreditzweck nicht angegeben war (SA *Cruz Villalón* 23. 4. 2015, C-110/14 *Horațiu Ovidiu Costea/SC Volksbank România SA* Rz 35 ff). Zudem hätte das Gericht den Zweck mittels der diesem zur Verfügung stehenden Beweismitteln zu klären (SA *Cruz Villalón* 23. 4. 2015, C-110/14 *Horațiu Ovidiu Costea/SC Volksbank România SA* Rz 46).

sprechend der Überwiegensregel.¹³ Das deutsche Recht sieht ebenso in § 13 BGB eine – wenn auch im Detail abweichende – Überwiegensregel vor. Es ist aber ungewiss, ob der EuGH außerhalb der VRRl die Überwiegensregel auf andere Richtlinien anwenden wird.¹⁴

In der Praxis stellt sich das Problem, wann ein Vertrag (bspw ein Kreditvertrag), der auch zu unternehmerischen Zwecken abgeschlossen wurde, ein Verbrauchervertrag ist und deshalb materiellrechtliche verbraucherschützende Richtlinien, wie die Klausel-RL, die VKr-RL¹⁵ und die jeweiligen Umsetzungsnormen anzuwenden sind.

Vor diesem Hintergrund bedarf es einer eingehenden Untersuchung, wie Dual-Use-Verträge zu beurteilen sind. Aufgrund des bereits genannten Anlassfalles OGH 7 Ob 94/14w („Fertigparkett“-Fall) wird diese Untersuchung am Beispiel des Verbrauchsgüterkaufes vorgenommen. Zunächst soll dies im Rahmen der autonomen Auslegung der VGK-RL unter Einbeziehung der rechtsaktübergreifenden Auslegung zwischen der VGK-RL und der VRRl erfolgen.¹⁶ Anschließend widmet sich dieser Beitrag der RL-konformen Auslegung und der Beurteilung nach autonom-nationalem Recht. IdZ wird geprüft, ob und inwiefern die Zweifelsregel des § 344 UGB, wonach das Geschäft im Zweifel als Unternehmergeschäft zu beurteilen ist, anzuwenden ist.

II. Zum „Fertigparkett-Fall“ (OGH 7 Ob 94/14w)

Der OGH¹⁷ hatte über folgenden Anlassfall zu entscheiden: Der Kläger kaufte Fertigparkett mit Brinnellwert von 48 und verlegte diesen in drei Räumen, wobei ein Zimmer gewerblich genutzt wurde. Nach wenigen Monaten erwies sich der Parkettboden als mangelhaft, weil er nur einen Brinnellwert von 27 hatte.

Der OGH zog für die Auslegung des Verbrauchervertrages iSd der VGK-RL die Entscheidung des EuGH in der Rs *Gruber/Bay Wa* zum EuGVÜ heran. Nach dieser Entscheidung liegt ein Verbrauchergeschäft nur dann vor, wenn der beruflich-gewerbliche Zweck nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt (sogenannter Vernachlässigbarkeitstest).¹⁸ Der OGH folgt im Wesentlichen ohne nähere Prüfung der hL,¹⁹ welche die EuGH Rsp zum EuGVÜ heranzieht. Zugleich betont der OGH, dass dieses Ergebnis im Einklang mit der Wertung des § 344 UGB stehe.

13 ErwGr 12 Wohnimmobilienkredit-RL (RL 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. 2. 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung [EU] 1093/2010, ABl L 2014/60, 34); ErwGr 18 ADR-RL (RL 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. 5. 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG [Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten], ABl L 2013/165, 63); vgl *Ratka/Lentner*, Entwicklungslinien der Europäisierung des Verbraucherschutzrechts und Konsumentenbegriffs in *Ratka/Jost* (Hrsg), Ausgewählte Praxisfragen des neuen Verbraucherrechts, Verbraucherrechte-RL - Haustürgeschäft - AGB-Kontrolle (2016) 51 (77 ff); *Zehentmayer*, JBl 2016, 614 ff.

14 *Wendehorst*, Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, NJW 2014, 577; *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht⁴ (2016) Rz 212.

15 RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl L 2008/133, 66.

16 Siehe zwar *Loacker*, Verbraucherverträge mit gemischter Zwecksetzung, JZ 2013, 241; *Zehentmayer*, JBl 2016, 615, die lediglich betonen, dass der Erwägungsgrund in der VRRl nur im eigenen Anwendungsbereich den Verbraucherbegriff konkretisiere.

17 OGH 7 Ob 94/14w VbR 2015/60, 91 (*Leupold/Gelbmann*) = Zak 2015/268, 152 = bbl 2015/148, 181 = RdW 2015/425, 478 = ZRB 2015, 99 (*Wenusch*) = JBl 2016, 588.

18 EuGH 20. 1. 2005, C-464/01, *Gruber/Bay Wa*.

19 *Dehn* in *Apathy/Iro/Kozioł* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IV² (2012) Rz 2/21 zieht die Rsp zum EuGVÜ heran. *Apathy* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Va⁴ (2015) § 1 KSchG Rz 11 scheint ihr zu folgen;

III. Meinungsstand in der Literatur

Diese Entscheidung des OGH steht im Einklang mit der bisher hL.²⁰ Jüngere Literaturmeinungen sehen diese Auffassung kritischer. Nach P. Bydlinski²¹ sollte in Fällen, in denen bei Vertragsabschluss die Absicht zu privater Nutzung überwiegt, Verbraucherschutzrecht angewendet werden. Nach Zehentmayer²² bestünden auch gute Gründe für die Einführung der Überwiegensregel hinsichtlich des restlichen Geltungsbereiches des KSchG. Er betrachtet eine gesetzliche Klarstellung als hilfreich. Kronthaler/Schwangler²³ sprechen sich für eine Aufspaltung des Vertrages bei „Teilbarkeit der Sache“ aus, dh wenn die Leistung klar in einen (eindeutig und ausschließlich) privat genutzten Teil und einen (ebenso eindeutig und ausschließlich) unternehmerisch genutzten Teil geteilt werden kann.

IV. Eigene Stellungnahme

In der Folge soll aus Anlass der Entscheidung des OGH 7 Ob 94/14w („Fertigparkett“-Fall) die Dual-Use-Problematik am Beispiel des Verbrauchsgüterkaufs bzw der VGK-RL erörtert werden. Zunächst wird die (autonome) Auslegung der VGK-RL als Unionsrechtsakt untersucht. Darauf aufbauend wird die RL-konforme Auslegung nationalen Rechts behandelt. IdZ werden auch Überlegungen zum autonom-nationalen Recht vorgenommen.

Die RL-konforme Auslegung nationalen Rechts setzt das Verständnis und die Auslegung des Unionsrechts voraus.²⁴ Zunächst ist als Vorfrage zu beantworten, ob eine autonome Interpretation oder eine Verweisung auf nationales Recht intendiert ist, wobei für Erstere eine Vermutung spricht,²⁵ die auch hier zum Tragen kommt. Der Wille des Gesetzgebers an einem autonomen Konzept ergibt sich im gegenständlichen Fall schon daraus, dass der Gesetzgeber den Verbraucherbegriff selbst bestimmt.²⁶ Wie nach nationalem Recht kann grundsätzlich bei der autonomen Auslegung des Unionsrechts zwischen vier Auslegungsarten, nämlich der grammatikalischen, historischen, systematischen und teleologischen Auslegung, unterschieden werden²⁷, wobei es Überschneidungen gibt und die Grenzen teilweise fließend sind.

Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang³ § 1 KSchG Rz 52; Kathrein/Schoditsch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB⁵ (2017) § 1 KSchG Rz 4 (letztere lassen eine unionsrechtliche Dimension überhaupt außer Acht. Sie zitieren OGH 31. 8. 2010, 4 Ob 78/10i, derzufolge das KSchG auf ein Dauerschuldverhältnis keine Anwendung findet, wenn das Rechtsgeschäft zum Abschlusszeitpunkt zwischen zwei Unternehmern abgeschlossen worden ist; ein Vertragspartner aber später seine Unternehmertätigkeit einstellt.); kritisch Faber, ZEuP 1998, 854 (885 ff); Lurger/Augenhofer, Österreichisches und Europäisches Konsumenschutzrecht (2008) 36 f; zur Übertragbarkeit der Rsp des IZVR auf das IPR: Lurger/Melcher, Handbuch Internationales Privatrecht (2017) Rz 4/102 mwN.

20 Ibid.

21 P. Bydlinski, RdW 2017, 13.

22 Zehentmayer, JBl 2016, 614 ff.

23 Kronthaler/Schwangler, RdW 2016, 251; zust Faber/Klampferer in Eilmansberger/Herzig 320 f.

24 Gebauer, Europäische Auslegung des Zivilrechts in Gebauer/Wiedmann (Hrsg), Zivilrecht unter europäischen Einfluss² (2010) Rz 3; Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1999) 204, 211 f, 312 ff.

25 Vgl Riesenhuber, Auslegung, in Riesenhuber (Hrsg), Europäische Methodenlehre³ (2015) § 10 Rz 6.

26 Vgl Riesenhuber in Riesenhuber § 10 Rz 4.

27 Vgl Riesenhuber in Riesenhuber § 10 Rz 12 ff; Gebauer in Gebauer/Wiedmann Rz 4; Obwexer, Funktionalität und Bedeutung der Rechtsvergleichung in der Rsp des EuGH in Gamper/Verschraegen (Hrsg), Rechtsvergleichung als juristische Auslegungsmethode (2013) 115 (115 f). Die von Wendehorst, Methodennormen in kontinentaleuropäischen Kodifikationen, RabelsZ 2011, 730 (759 ff) befürwortete Schaffung von unionsrechtlichen Methodennormen zur Ergänzung nationaler Methodennormen würde sich von klassischen Methodennormen von kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen deutlich abheben und der autonomen Methodologie des Unionsprivatrechts und dessen Zusammenspiel nationalem Recht Rechnung tragen. Sie weist auf die damit verbundenen Heraus-

A. Autonome Auslegung des Unionsrechts

Der persönliche Anwendungsbereich der VGK-RL bezieht sich auf Verkäufer, die Unternehmer sind, und Verbraucher als Käufer, die miteinander einen Kaufvertrag schließen (Art 1 Abs 2 lit a, c). Die VGK-RL bedient sich einer in verbraucherschützenden Richtlinien gängigen Verbraucherdefinition²⁸ und umschreibt den Verbraucher als „jede natürliche Person, die im Rahmen der unter diese Richtlinie fallenden Verträge zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Wie Dual-Use-Verträge zu beurteilen sind, regelt die VGK-RL nicht ausdrücklich.²⁹ Persönliche Definitionskriterien von Verbraucher- und Unternehmerdefinitionen knüpfen an Eigenschaften und Merkmale an. Sie beschreiben die Schutzbedürftigkeit eines bestimmten Personenkreises und sind Merkmale, die das Rechtssubjekt jederzeit kennzeichnen. Beispiele sind die Einschränkung des Verbraucherbegriffes auf natürliche Personen oder die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Berufsgruppe.³⁰ Im Gegensatz dazu stellt das funktionelle Element nicht auf subjektive Anhaltspunkte, sondern auf den objektiv mit dem Rechtsgeschäft verbundenen Zweck ab.³¹ Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich die Frage, ob das Handeln zu unternehmerischem oder privatem Zweck erfolgt. Im Rahmen des funktionellen Elements ist zu prüfen, wie Verträge mit gemischter Zwecksetzung (Dual-Use-Verträge) zu beurteilen sind.

1. Grammatikalische und historische Auslegung

Nach der *grammatikalischen Auslegung* schließt ein Handeln zu privaten Zwecken nicht aus, dass teilweise auch zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken gehandelt wurde. Bei welcher Gewichtung nicht mehr von einem Verbrauchervertrag ausgegangen wird, ergibt sich aus dem Wortlaut nicht.

Fraglich ist, ob aus der *historischen Auslegung* folgt, dass nur bei ausschließlichem Handeln zu nicht-beruflichen oder nicht-gewerblichen Zwecken von einem Verbrauchervertrag auszugehen ist. Im *Kommissionsvorschlag* zur VGK-RL fand sich die Formulierung, dass ein Verbraucher derjenige ist, der „im Rahmen der unter diese Richtlinie fallenden Verträge zu einem Zweck handelt, der

forderungen hin, die auch mit „[m]it dem Rückzug von Privatrecht klassischer Prägung und dem Bedeutungsgewinn von Kompetenzfragen“ verbunden sind (Wendehorst, Methodenlehre und Privatrecht in Europa, in FS Mayer [2011] 827 ff). Dieser Ansatz hat zwar viel für sich. Hier soll dennoch nach den im Schrifttum entwickelten Grundsätzen vorgegangen werden.

28 Bspw setzen Art 3 lit a VKr-RL, Art 1 Abs 2 lit a VGK-RL, Art 2 lit b Klausel-RL, Art 2 lit d FernFinanz-RL (RL 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 9. 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl L 2002/271, 16), Art 2 lit e E-Commerce-RL (RL 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. 6. 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt [„Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“], ABl L 2000/178, 1) und Art 2 lit a UGP-RL (RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates [Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken], ABl L 2005/149, 22) ein Handeln zu einem Zweck, der nicht einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, voraus.

29 Dies ebenso nicht im geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, zur Änderung der Verordnung (EG) 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2009/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 10. 2017, COM (2017) 637 final.

30 Denkinger, Verbraucherbegriff (2007) 122 ff.

31 Denkinger, Verbraucherbegriff 122 ff.

nicht unmittelbar [seiner] beruflichen [oder gewerblichen] Tätigkeit zugerechnet werden kann.“³² Diese Ausdehnung des Verbraucherbegriffes fand auch angesichts der weiten Definition des Verbrauchsgutes, das jedes in der Regel für den Letztverbrauch bestimmte Erzeugnis umfasste,³³ keinen Eingang in die RL. Es wurde an dem bereits in anderen RL enthaltenen traditionellen Verbraucherbegriff festgehalten, was angesichts der Kohärenz mit bisherigen Richtlinien begrüßt wurde.³⁴ Daraus schlossen *Faber* und *Lurger/Augenhofer*³⁵, dass nur bei Handeln zu ausschließlich nicht-beruflichen oder nicht-gewerblichen Zwecken von einem Verbrauchervertrag die Rede ist.

Angesichts späterer Entwicklungen spricht die historische Auslegung nicht dafür, dass nur bei Handeln zu ausschließlich nicht-unternehmerischen Zwecken von einem Verbrauchervertrag die Rede ist. Es ist nämlich zu bedenken, dass die *Haustürwiderrufs-RL*³⁶, die durch die VRRL ersetzt wurde, für das Verbrauchervertragsrecht insb auch für die VGK-RL *systembildend*³⁷ war. Als erste RL enthielt diese die Definition, wonach eine natürliche Person als privater Endverbraucher zu behandeln ist, wenn diese zu einem Zweck handelt, der nicht seiner beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugeordnet werden kann (Art 2). Dual-Use-Verträge wurden nicht ausdrücklich geregelt. Die Haustürwiderrufs-RL wurde aber ersetzt durch die VRRL, die wie bereits oben erwähnt, Dual-Use-Verträge nach der Überwiegensregel beurteilt. Die Genese könnte daher vielmehr ein Argument dafür bilden, dass auch auf die VGK-RL die *Überwiegensregel* anzuwenden ist, dazu aber ausführlich später.

2. Systematische insb rechtsaktübergreifende Auslegung

Anhaltspunkte für die Beurteilung von Dual-Use-Verträgen kann die systematische Auslegung mit der VRRL und anderen Instrumenten (rechtsaktübergreifende Auslegung) liefern. Es geht dabei nicht um einen Systembezug innerhalb eines Rechtsaktes (rechtsaktinterne Auslegung), sondern um einen systematischen Bezug zu anderen Rechtsakten und die den anderen Rechtsakten zugrunde liegenden Prinzipien.³⁸

a. Heranziehung der Rsp zum EuGVÜ – EuGH Rs *Gruber/Bay Wa*

Wie oben bereits erwähnt, zog etwa der OGH die Rsp zum EuGVÜ zur Auslegung der VGK-RL heran. Gegen die vom OGH vorgenommene Übertragung der Entscheidung des EuGH in der Rs *Gruber/Bay Wa*³⁹ zum Verbrauchergerichtsstand nach EuGVÜ auf die VGK-RL kann ins Treffen geführt werden, dass zwischen einem *prozess- und einem materiellrechtlichen Verbraucherbegriff* zu

32 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbrauchsgüterkauf und -garantien 18.6.1996, KOM (95) 520 endg, ABI C 1996/307, 8.

33 *Staudenmayer*, EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrechts in *Grundmann/Medicus/Rolland* (Hrsg), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht (2000) 31.

34 Ebenda.

35 *Lurger/Augenhofer*, Verbraucherschutzrecht² 37; *Faber*, ZEuP 1998, 885 ff. Hier gilt anzumerken, dass damals die Überwiegensregel in materiellrechtlichen Richtlinien noch nicht zu finden war.

36 RL 85/577/EWG des Rates vom 20. 12. 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABI L 85/372, 31.

37 *Micklitz/Purnhagen* in *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg), Münchener Kommentar zum BGB I⁷ (2015) § 13 BGB Rz 81; anders: EVÜ und EuGVÜ.

38 *Grundmann*, »Inter-Instrumental-Interpretation«, Systembildung durch Auslegung im Europäischen Unionsrecht, *RabelsZ* 2011, 882 (885).

39 Zur Rs *Gruber/Bay* statt vieler ausführlich: *Ullreich*, Der Verbrauchervertrag 174 ff.

differenzieren ist.⁴⁰ Der EuGH verneinte in dieser Entscheidung die Verbrauchereigenschaft eines Landwirts. Die Verbrauchereigenschaft nach Art 13 EuGVÜ gehe verloren, wenn der Vertrag teilweise gewerblich ist, es sei denn der berufliche oder gewerbliche Zweck spiele eine ganz untergeordnete Rolle. Der EuGH führte in der Entscheidung in der Rs *Gruber/Bay Wa* viele prozessrechtliche Gründe an, die sich nicht auf den materiellrechtlichen Verbraucherbegriff übertragen lassen, so etwa den Ausnahmecharakter des Verbrauchergerichtsstandes – grundsätzlich sei das Gericht des Vertragsstaates am Wohnsitz des Beklagten zuständig –, die Vermeidung einer Gerichtsstandhäufung,⁴¹ die Rechtssicherheit und die Vorhersehbarkeit des zuständigen Gerichtes.⁴² Zu beachten sind allerdings auch teleologische Argumente, wie, dass bei einem teilweisen Geschäftszweck kein verbraucherrechtliches Schutzbedürfnis eines Akteurs vorliege, da dieser auf einer Ebene mit dem anderen Vertragspartner stehe.⁴³ Dennoch kann daraus noch nicht der in der Rs *Gruber/Bay Wa* angewendete Vernachlässigbarkeitstest per se für das materielle Recht herangezogen werden.⁴⁴ Im gegenständlichen Fall ist die VGK-RL als materiellrechtliche RL auszulegen, auf die sich die prozessrechtlichen Gründe nicht ohne weiteres übertragen lassen.

b. Heranziehung der Verbraucherrechte-Richtlinie (VRRL)

Vielmehr könnte eine rechtsaktübergreifende Auslegung zwischen der VGK-RL und der VRRL Anhaltspunkte für die Beurteilung der Dual-Use-Problematik nach der VGK-RL liefern. Art 2 Nr 1 VRRL liegt eine klassische Verbraucherdefinition zugrunde, wie sie auch ähnlich in der VGK-RL enthalten ist. ErwGr 17 S 2 VRRL sieht aber die Überwiegensregel vor, wonach ein Verbrauchergeschäft vorliegt, wenn der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegend ist. Wie bereits oben ausgeführt, hat bei einem Schlussantrag des Generalanwaltes und in der EU-Gesetzgebung die Überwiegensregel bereits Eingang gefunden.⁴⁵ In der Literatur wird aber auch gefragt, ob der EuGH außerhalb der VRRL nicht doch beim engen Verbraucherbegriff bleibt.⁴⁶

Die möglichen Folgen auf den Anwendungsbereich der VGK-RL sind daher unklar. Fraglich ist, ob – wie GA *Cruz Villalón* in *Costea/SC Volksbank Romania*⁴⁷ ausgeführt hat – der gemeinsame Zweck, die ausdrückliche Verknüpfung der beiden Richtlinien und der nahezu gleiche Wortlaut der Verbraucherdefinition für diese sprechen könnten.

Zunächst stellt sich im Hinblick auf die rechtsaktübergreifende Auslegung des Verbraucherbegriffes der VGK-RL hinsichtlich der Dual-Use-Problematik mit der VRRL die Frage der Zulässigkeit der

40 *Acquis Principles*, Erläuterungen zu Art 1:201 Rz 6; von *Bar/Clive*, DCFR Art I-1:105 DCFR Rz 27; vgl *Bamberger* in *Bamberger/Roth/Haus/Posek* (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar BGB⁴⁷ (Stand 1. 8. 2018) § 13 BGB Rz 12.

41 EuGH 20. 1. 2005, C-464/01, *Gruber/Bay Wa* Rz 32, 43, 44.

42 EuGH 20. 1. 2005, C-464/01, *Gruber/Bay Wa* Rz 45 bezieht sich auf EuGH 19. 2. 2002, C-256/00, *Besix/Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar* Rz 24–26; vgl von *Bar/Clive*, DCFR Art I-1:105 DCFR Rz 27; *Zoll*, Die Grundregeln der *Acquis-Gruppe* im Spannungsverhältnis zwischen *acquis commun* und *acquis communautaire*, GPR 2008, 106 (115).

43 EuGH 20. 1. 2005, C-464/01, *Johann Gruber/Bay Wa AG* Rz 40; *Jansen/Zimmermann*, Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts?, JZ 2008, 1113 (1117) FN 58; *Wendehorst*, Der Gemeinsame Referenzrahmen, Entstehung, Inhalte, Anwendung, in *Schmidt-Kessel* (Hrsg), Der Gemeinsame Referenzrahmen (2009) 323 (324).

44 Ähnlich *Zehentmayer*, JBl 2016, 614; *P. Bydlinski*, RdW 2017, 14.

45 FN 12 und FN 13.

46 *Wendehorst*, NJW 2014, 577; *Heiderhoff*, Privatrecht⁴ Rz 212.

47 *SA Cruz Villalón* C-110/14, *Horățiu Ovidiu Costea/SC Volksbank România SA* Rz 35 ff; dazu *Schürnbrand*, Weitere Konturierung des europäischen Verbraucherbegriffes, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. 9. 2015, C-110/14 (*Coesta ./. SC Volksbank Romania*), GPR 2016, 19 (20 f).

rechtsaktübergreifenden Auslegung im Allgemeinen (i). Anschließend wird der Frage nachgegangen, wie die systematische, insb rechtsaktübergreifende Auslegung zu erfolgen hat (ii).

i. Zulässigkeit und Grundlagen der rechtsaktübergreifenden Auslegung im Allgemeinen

Als Voraussetzung für die rechtsaktübergreifenden Auslegung wird in der Literatur beurteilt, dass der Normgesetzgeber ein *inneres System* mit anderen Normen beabsichtigt.⁴⁸ Die systematische Auslegung argumentiert auch mit der Einheit und dem inneren System der Rechtsordnung, welches den Inhalt von einzelnen Normen beeinflusst. Dem inneren System liegt der Gedanke einer widerspruchsfreien und wertungsmäßigen Rechtsordnung zugrunde.⁴⁹ Das Unionsrecht ist aber diesbezüglich nicht mit dem autonom-nationalen Recht zu vergleichen. Vielmehr sind die Regelungen des Europäischen Privatrechts fragmentarisch. Zur umfassenden rechtlichen Bewertung eines Rechtsverhältnisses muss auf eine Vielzahl autonom-nationaler Regelungen zurückgegriffen werden (bspw Erfüllung, Schadenersatz, Bereicherung, Rückabwicklung).⁵⁰ Das Privatrecht der EU stellt nicht auf Vollständigkeit ab; dies wäre auch kompetenzrechtlich gar nicht zulässig, weil die EU nur eine punktuelle Regelungskompetenz hat.⁵¹

Daraus werden in der Literatur unterschiedliche Schlüsse im Hinblick auf die systematische, insb rechtsaktübergreifende Auslegung gezogen:

Nach einem Teil der Lehre wird deshalb der systematischen Auslegung wenig Gewicht eingeräumt: *Ipsen* war 1972 überhaupt noch zurückhaltend, als er betonte, dass die systematische Auslegung nicht zu überschätzen sei, weil das systematische Niveau des Primär- und Sekundärrechts nicht jenes von nationaler Gesetzgebung erreiche.⁵² *Wolff* lässt aufgrund des fragmentarischen Charakters die systematische Auslegung überhaupt scheitern.⁵³

Eine differenzierte Sichtweise wird insb von *Höpfner/Rüthers* und *Herresthal* vertreten. *Höpfner/Rüthers* argumentieren, dass je mehr Wertungsverschiedenheiten und Wertungswidersprüche zwischen den Rechtsakten bestehen, desto weniger Überzeugungskraft komme der Auslegung

48 *Herresthal*, Zur Dogmatik und Methodik des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts nach dem Vorschlag der Kaufrechts-Verordnung in *Jansen/Schulte-Nölke/Zoll* (Hrsg), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht (2012) 85 (143); *Riesenhuber* in *Riesenhuber* § 10 Rz 22 ff; *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung: Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht (2008) 99 ff, 108 f; *Höpfner/Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 2009, 1 (12 f); *Stürner*, Das Verhältnis des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Richtlinienrecht in *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg), Optionales europäisches Kaufrecht, 47 (75 ff); *Stürner*, Das Verhältnis des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts zum Richtlinienrecht, in *Schulte-Nölke/Zoll/Jansen/Schulze* (Hrsg), Optionales europäisches Kaufrecht (2012) 47 (75 ff); EuGH 25. 10. 2005, C-350/03, *Schulte/Badenia*; EuGH 7. 12. 2010, C-585/08 u C-144/09, *Pammer und Hotel Alpenhof*, NJW 2011, 505 Rz 34 ff.

49 Vgl dazu allgemein iZm der systematisch-teleologischen Auslegung *F. Bydlinski/P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre² (2012) 45 f; *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Rechts² (1983) 98; *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent I, II (2001) 206; *Grundmann*, *RabelsZ* 2011, 904; *Höpfner/Rüthers*, 2009, 12; vgl zu den unterschiedlichen Verbraucherbegriffen: *Faber*, ZEuP 1998, 854; *Roth*, Europäisches Recht und nationales Recht in *Canaris* ua (Hrsg), 50 Jahre Bundesgerichtshof II (2000) 854 (881): durch die Verbraucherrechtlicherichtlinie wurden aber Widersprüchlichkeiten zwischen vier verschiedenen Richtlinien behoben; aA *Riesenhuber* in *Riesenhuber* § 10 Rz 23: Bei Betrachtung des Harmonisierungskonzepts sei das Europäische Privatrecht zu großen Teilen vollständig.

50 Vgl *Grigoleit*, Der Verbraucherschutz und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts, AcP 2010, 354 (378).

51 *Heeresthal*, Die Rechtsgewinnung in einer fragmentarischen supranationalen Rechtsordnung, in *Arnold* (Hrsg), Grundlagen eines europäischen Vertragsrechts (2013) 49 (68); *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 24 versteht das Europäische Privatrecht vollständig und nur vereinzelt lückenhaft.

52 *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972) 134.

53 *Wolff*, Richtlinien 85/577/EWG und 97/7/EG – Systematischer Teil, in *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union IV⁴⁰ (2009) Vor A2 Rz 33.

aus dem inneren System zu. Es beschränke sich die systematische Auslegung oft auf den Hinweis auf den *effet utile* als Prinzip des Gemeinschaftsrechts (nunmehr Unionsrechts). Nach *Herresthal* stehe die mangelnde Wertungskohärenz des (sekundären) Unionsrechts und der fehlende Wille eines Unionsgesetzgebers zu einer kohärenten Ausgestaltung des Sekundärrechts der rechtsaktübergreifenden Auslegung entgegen, es sei denn, in den Materialien eines Sekundärrechtsaktes werde ausdrücklich darauf Bezug genommen oder horizontale Rechtsakte wie eine Kaufrechtsverordnung steigern die Wertungskohärenz im Unionsrecht nachhaltig.⁵⁴

Ein anderer Teil der Lehre befürwortet hingegen den Kohärenzanspruch des Gesetzgebers, weshalb die rechtsaktübergreifende Auslegung in Betracht komme. Nach *Riesenhuber* und *Grundmann* sei trotz fragmentarischen Charakters auch übergreifend ein Systembildungswille und Kohärenzanspruch des Gesetzgebers im Unionsrecht erkennbar.⁵⁵ *Martens* differenziert zwischen zwei Fragen, nämlich einerseits, ob das Recht ein inneres System aufweise, und andererseits, inwieweit das Recht als solches System interpretiert werden müsse. Bei der Interpretation des Rechts seien Werte der Folgerichtigkeit und der inneren Einheit des Rechts als Ausfluss des Gleichheitssatzes zu berücksichtigen.⁵⁶ Die Bedeutung systematischer Argumente bei der Interpretation des Rechts lasse sich nur konkret unter Berücksichtigung der übrigen Argumente und des Gewichts der sich tragenden rechtlichen Werte bestimmen. Die Interpretation, die die innere Einheit und Folgerichtigkeit des Rechtsaktes sucht, werde regelmäßig dem Willen des Unionsgesetzgebers entsprechen. Der Rechtsakt solle im Sinne eines möglichst harmonischen und stimmigen Werkes verstanden und interpretiert werden.⁵⁷

Zugegebenermaßen ist das systematische Niveau nicht mit jenem der nationalen Gesetzgebung vergleichbar. Kohärenz kann einfacher erreicht werden, wenn der Gesetzgeber alle Aspekte bspw. des Vertragsrechts regelt und nicht nur spezifische.⁵⁸ ME spricht aber – entgegen *Herresthal* – weder eine Wertungsinkohärenz des (sekundären) Unionsrechts noch ein fehlender Wille eines Unionsgesetzgebers zu einer kohärenten Ausgestaltung des Sekundärrechts gegen eine Kohärenz, die eine rechtsaktübergreifende Auslegung rechtfertigt.

Der Gedanke eines widerspruchsfreien und wertungskonsistenten Rechts wird allgemein mit der (formalen) Gerechtigkeit verbunden. *Canaris* hat die wertungsmäßige Folgerichtigkeit und innere Einheit als Ausprägungen des Gleichheitssatzes verstanden und auf die formale Gerechtigkeit zurückgeführt. Auch im Unionsrecht sind diese Prinzipien anerkannt.⁵⁹ Dieser Kohärenzanspruch des Gesetzgebers zeigt sich besonders im Europäischen Privat- und Zivilverfahrensrecht. An der Nummerierung der Verordnungen lässt sich ein Ordnungswille erkennen: bspw. Rom I-VO, Rom II-VO etc. oder Brüssel Ia-VO (EuGVVO 2012), Brüssel IIa-VO (EuEheVO).⁶⁰ Ein ausdrücklicher

54 *Heeresthal* in *Arnold* 75.

55 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 24.

56 *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts (2013) 414 f.

57 *Martens*, Methodenlehre 415.

58 *Riesenhuber*, English common law versus Systemdenken, *Utrecht Law Review* 2011, 117 (120).

59 *Canaris*, Systemdenken 16 ff; *Martens*, Methodenlehre 413 f mwN; *Heeresthal* in *Arnold* 68 mwN; kritisch *Höpfner*, Auslegung 38 ff.

60 Vgl. *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 24. Diese Abkürzungen stehen für: VO (EG) 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. 6. 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 2008/177, 6; VO (EG) 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 7. 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), ABl L 2007/199, 40; VO (EU) 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 2012/351, 1; VO (EG)

Hinweis in den Erwägungsgründen für eine rechtsaktübergreifende Auslegung findet sich bspw in ErwGr 24 der Rom I-VO, wonach das Kriterium des „Ausrichtens“ des Verbraucherstatutes iSd Art 6 Rom I-VO in Übereinstimmung mit Art 15 Abs 1 lit c EuGVVO 2000⁶¹ (nunmehr Art 17 EuGVVO 2012) auszulegen ist.

Von oben genannten Literaturmeinungen abweichend, steht dem fragmentarischen Charakter daher nicht entgegen, dass das Privatrecht der EU als ein System von kohärenten Normen oder zur Verwirklichung eines solchen Systems interpretiert werden sollte. Vielmehr ist *im Einzelfall* zu prüfen, ob Anhaltspunkte für eine Kohärenz zwischen den fraglichen Regelungen (hier: den Bestimmungen über den Verbraucherbegriff) der betreffenden Rechtsakte (hier: VGK-RL und VRRL) im Hinblick auf Dual-Use-Verträge bestehen. In Bezug auf diese Prüfung sind die Voraussetzungen der rechtsaktübergreifenden Auslegung näher in den Blick zu nehmen.

ii. Voraussetzungen der rechtsaktübergreifenden Auslegung

Die Wechselbezüglichkeit zwischen den Rechtsakten⁶² bzw der Wille zur Kohärenz werden in der Literatur als Voraussetzung für die rechtsaktübergreifende Auslegung formuliert. *Gruber* führt zur Wechselbezüglichkeit aus: Je mehr die einzelnen Regelungssysteme und die verwendete Rechtsterminologie aufeinander abgestimmt sind, desto eher wird eine systematische Auslegung im Verhältnis einzelner Regelungssysteme möglich sein.⁶³ Der Grad der „Aufeinanderbezogenheit“ einzelner Rechtssysteme sei das entscheidende Kriterium dafür, ob und wie rechtsaktübergreifende Auslegung möglich ist.⁶⁴ Dies sei im Einzelfall zu bestimmen.⁶⁵

Im Hinblick auf die *Wechselbezüglichkeit* als Voraussetzung der rechtsaktübergreifenden Auslegung wird herkömmlich *die Frage* gestellt, ob der Rechtssetzer die auszulegende Norm so verstanden wissen wollte, dass die Anordnungen kohärent sind mit den Anordnungen in der Referenznorm.⁶⁶ Dieser *Wille zur Kohärenz wird bei Normen und Rechtsprinzipien desselben Gesetzgebers* überwiegend vermutet.⁶⁷

Martens betont allgemein zur systematischen Auslegung im Unionsrecht, dass eine Interpretation, die die Folgerichtigkeit und innere Einheit anstrebt, regelmäßig dem Willen des Gesetzgebers entspricht.⁶⁸ Der Gesetzgeber wolle sein Werk „*als möglichst harmonische und in sich stimmige Schöpfung*“ verstanden wissen.⁶⁹ Nach *Riesenhuber* sei rechtsaktübergreifend ein Systembildungswille innerhalb des Sekundärrechts erkennbar, weshalb eine rechtsaktübergreifende Auslegung in Betracht komme. Da sich für einzelne Regelungsbereiche auch eine innere Ordnung entnehmen lasse und Regelungen und Regelungsakte als vom Gesetzgeber „*zusammenhängendes*,

2201/2003 des Rates vom 27. 11. 2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) 1347/2000, ABl L 2003/338, 1.

61 VO (EG) 44/2001 des Rates vom 22. 12. 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 2001/12, 1.

62 *Grundmann*, RabelsZ 2011, 904 ff; *Gruber*, Methoden des Internationalen Einheitsrechts (2004) 158.

63 *Gruber*, Methoden 158.

64 *Gruber*, Methoden 158

65 *Gruber*, Methoden 158; *Kropholler*, Internationales Einheitsrecht (1975) 273.

66 *Grundmann*, RabelsZ 2011, 903 f.

67 *Grundmann*, RabelsZ 2011, 904 mwN; *Gruber*, Methoden 158.

68 *Martens*, Methodenlehre 415.

69 *Martens*, Methodenlehre 415 f, 430 f.

durch Prinzipien geordnetes Ganzes angelegt“ seien, seien auch die dem System zugrunde liegenden Wertungen und Prinzipien zu berücksichtigen.⁷⁰

Grundmann differenziert zwischen Rechtsakten gleichen Ranges, die vom selben Gesetzgeber stammen, und ungleichen Ranges, sowie zwischen Unionsrecht und anderen Gesetzgebern/Rechtsordnungen. Für die hier gegenständliche Untersuchung interessiert die erste Fallgruppe, nämlich die systematische Auslegung zwischen zwei gleichen Rechtsakten, die vom selben Gesetzgeber stammen. 1.) Im Zweifel seien gleiche Begriffe in Parallelakten gleich auszulegen. Diese Vermutung werde stärker, je näher sich die Rechtsakte stünden. 2.) Im Zweifel seien Rechtsakte so auszulegen, dass sie ihren Regelungsgehalt behielten. 3.) Einzelregelungsakte können zwischen Rechtsakten mit parallelen Wertungen auch übertragen werden.⁷¹

Im Hinblick auf die Wechselbezüglichkeit zwischen den Rechtsakten bzw den Willen zur Kohärenz als Voraussetzung der rechtsaktübergreifenden Auslegung ist fraglich, ob ein *subjektiver Wille* zur Kohärenz erwiesen werden muss oder ob auch *objektive Kohärenzkriterien* genügen. ME ist die Kohärenz bzw Wechselbezüglichkeit vor dem Hintergrund des Ziels der Auslegung zu beurteilen. Die Frage nach dem *Ziel der Auslegung* stellt sich wie im nationalen Recht auch für das Unionsrecht, nämlich, ob der subjektive Gesetzgeberwille (subjektive Auslegung) oder der objektive Normzweck (objektive Auslegung) maßgeblich ist.

Kohärenz wird von manchen vor allem durch Wortlaut und historischen Gesetzgeberwillen festgelegt. Dies steht im Einklang mit der subjektiven Auslegung. *Allgemein* sprechen für die *subjektive Auslegung* das Demokratie- und Gewaltenteilungsprinzip sowie das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts zwischen Legislative und Judikative. Demnach hat der zumindest erkennbare Wille des Gesetzgebers Vorrang vor objektiv-teleologischen oder teleologisch-systematischen Erwägungen.⁷² Im Gegensatz dazu stützt sich die *objektive Auslegung* auf das Prinzip der Rechtssicherheit, das den Schutz auf das Vertrauen auf den veröffentlichten Wortlaut (Art 297 AEUV) gebietet.⁷³ Zudem verlangen die andauernden sich ändernden tatsächlichen Verhältnisse eine Berücksichtigung bei der Auslegung.⁷⁴ Wird die Kohärenz *subjektiv* ausgelegt, so wird im Zusammenspiel zwischen dem Wortlaut und dem historischen Gesetzgeberwillen, der gewaltenteiligen Demokratie und dem Primat des Gesetzgeberwillens Rechnung getragen.⁷⁵

ME sollte die Kohärenz nicht nur subjektiv und im Einklang mit einem ausschließlichen subjektiven Auslegungsziel gesehen werden, sondern sowohl *subjektive* als auch *objektive Erwägungen* berücksichtigen. Dies steht im Einklang mit der Vereinigungstheorie. Es wird nicht mehr von der Exklusivität des subjektiven oder des objektiven Auslegungsziels gesprochen, sondern es sind sowohl die Absicht des historischen Gesetzgebers als auch die objektive Ermittlung des Gesetzestextes in ihrem Zusammenhang miteinzubeziehen.⁷⁶ Überwiegend wird im Unionsrecht eine Vereinigungstheorie vertreten. Im Ausgangspunkt sind demnach die Vorschriften des Unions-

70 Riesenhuber in Riesenhuber³ § 10 Rz 25.

71 Grundmann, RabelsZ 2011, 894 f.

72 Riesenhuber in Riesenhuber³ § 10 Rz 54 mwN.

73 Betonend Grundmann, RabelsZ 2011, 907 ff.

74 Riesenhuber in Riesenhuber³ § 10 Rz 10; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 317 f.

75 Neuner, Die Rechtsfortbildung, in Riesenhuber (Hrsg), Europäische Methodenlehre³ (2015) § 12 Rz 18 mwN; Larenz/Canaris, Methodenlehre 141-153.

76 Vgl zum autonom-nationalen F. Bydlinski/P. Bydlinski, Methodenlehre 34, 103 ff: Eine „unverrückbare Fixierung auf die historische Absicht des Gesetzgebers“ sei ausgeschlossen, „nicht aber deren Wichtigkeit im Zusammenspiel der Auslegungsmethoden [...]“ (Ebenda, 34).

rechts nach dem Willen des Gesetzgebers und nach diesem verfolgten Zweck auszulegen. Anhaltspunkte dafür liefern in den Sekundärrechtsakten Begründungserwägungen, Begründungen zu Kommissionsvorschlägen und Änderungen im Gesetzgebungsverfahren.⁷⁷ Es kann aber aufgrund von rechtlichen, ökonomischen, technischen oder sozialen Entwicklungen eine Aktualisierung des Gesetzeszweckes geboten sein.⁷⁸ Objektive Erwägungen, wie Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse, vor allem des rechtlichen Umfeldes, sind zu berücksichtigen.⁷⁹

Bei der Frage, ob eine Kohärenz zwischen den Rechtsakten, hier zwischen VGK-RL und VRRL, besteht, die eine rechtsaktübergreifende Auslegung rechtfertigt, sind daher sowohl der subjektive Gesetzgebungswille heranzuziehen als auch objektive Erwägungen vorzunehmen. Es zeigt sich dabei das Zusammen- und Wechselspiel der rechtsaktübergreifenden Auslegung mit anderen Auslegungsmethoden. Wie *Grundmann* ausführt, besteht zwischen *Wortlautauslegung* und systematischer Auslegung insofern ein Wechselspiel, als nach dem Gesagten eine *Vermutung* für die gleiche Auslegung gleicher Begriffe desselben Gesetzgebers besteht.⁸⁰ Es ist aber mE *im Einzelfall* zu prüfen, ob eine Kohärenz bzw eine Wechselbezüglichkeit zwischen den einzelnen Rechtsakten besteht, die für eine rechtsaktübergreifende Auslegung spricht. Es sind bei dieser Prüfung auch historische und teleologische Argumente zu untersuchen. *Ausgangspunkt* bildet – im Einklang mit der Vereinigungstheorie – der Gesetzgeberwille. Im gegenständlichen Fall wird daher zunächst ein Blick in die Begründungserwägungen geworfen und nach Hinweisen in den Erwägungsgründen gesucht (iii; iv).

Des Weiteren ist nach *objektiven Anhaltspunkten* für eine Systembildung zu suchen. Es zeigt sich dabei ein Zusammenspiel auch im Verhältnis zwischen *systematischer insb rechtsaktübergreifender und objektiv-teleologischer Auslegung*. Der EuGH betonte: „Schließlich ist jede Vorschrift des Gemeinschaftsrechts in ihrem Zusammenhang zu sehen und im Lichte des gesamten Gemeinschaftsrechts, seiner Ziele und seines Entwicklungsstands zur Zeit der Anwendung der betreffenden Vorschrift auszu-legen.“⁸¹ Es sind daher bei der Beurteilung des Zusammenspiels von Normen oder Rechtsakten im Sinne einer am inneren System orientierten Auslegung auch das Regelungsganze und die den Normen oder Rechtsakten zugrunde liegenden *Wertungen* oder Prinzipien und *Wertungszusammenhänge* miteinzubeziehen. Weitere objektive Erwägungen, wie Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse, vor allem des rechtlichen Umfeldes, sind, wie oben ausgeführt, ebenso bei der rechtsaktübergreifenden Auslegung zu berücksichtigen.⁸² Zu beachten ist nämlich der evolutive Charakter des Unionsrechts: Soweit der Europäische Gesetzgeber bei einer späteren Ergänzung des Europäischen Privatrechts nicht auch andere bestehende Rechtsvorschriften ändert, besteht zwar zunächst ein Anzeichen dafür, dass sich diese anderen Vorschriften nicht verändern. Bei einer *am inneren System orientierten Auslegung* können aber auch diese anderen Vorschriften ohne Änderung des Textes durch die Ergänzung des Europäischen Privatrechts beeinflusst wer-

77 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 11; *Heeresthal*, ZEuP 2009, 606 f; *Martens*, Methodenlehre 457 ff; *Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode, Entwurf einer rechtsvergleichend gewonnenen juristischen Methodenlehre (2009) 278 f.

78 *Herresthal*, Die teleologische Auslegung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie: Der EuGH auf dem Weg zu einer eigenständigen Methode der Rechtsgewinnung, Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 17. April 2008, ZEuP 2009, 598 (606); *Larenz/Canaris*, Methodenlehre 153; *Kramer*, Juristische Methodenlehre² (2005) 130 f.

79 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 11. Ihm zufolge sei dies aufgrund des teils nachweisbaren, allenfalls zu vermutenden Systembildungswillens berechtigt.

80 *Grundmann*, *RabelsZ* 2011, 903 f.

81 EuGH 6. 10. 1982, C-283/81, *CILFIT und Lanificio di Gavardo /Ministero della Sanità* Rz 20.

82 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 10.

den.⁸³ IdZ ist bei der Beurteilung, ob eine Kohärenz bzw Wechselbezüglichkeit zwischen den Rechtsakten VGK-RL und VRRL in der gegenständlichen Konstellation besteht, zu prüfen, welche Bedeutung der zeitlichen Differenz zwischen dem Inkrafttreten der VGK-RL und der VRRL zukommt (Punkt v.). Angesichts des Zusammenspiels der rechtsaktübergreifenden Auslegung mit der teleologischen Auslegung sind Wertungen der Normen oder Rechtsakte und Wertungszusammenhänge der VGK-RL und VRRL miteinzubeziehen. IdZ ist die Referenznorm in der VRRL im Hinblick auf eine Kohärenz mit der auszulegenden Norm in der VGK-RL historisch-teleologisch auszulegen und die inhaltliche Kohärenz zwischen den beiden Rechtsakten zu prüfen (Punkt vi.).

iii. Relevanz der Begründungserwägungen?

Zunächst ist zu prüfen, ob *ErwGr 17* der VRRL bei der systematischen Interpretation zu berücksichtigen ist. Da die Überwiegensregel in *ErwGr 17* vorgesehen ist und sich nicht im verfügenden Teil befindet, sei nach *Reich* mit der VRRL kein „weiter“ Verbraucherbegriff eingeführt worden.⁸⁴ *Peintinger* versteht deshalb den *ErwGr 17* nur als eine nicht umsetzungspflichtige Anregung für eine erweiterte Anwendung der VRRL.⁸⁵ *ErwGr 17* könne auf bestimmte Personen angewendet werden, ohne dass der Verbraucherbegriff (wohl der VRRL) erweitert werde.⁸⁶ *Lurger*⁸⁷ sieht einen Widerspruch zwischen dem *ErwGr 17* und der Definition des Verbrauchers iSd Art 2 Z 1 VRRL. Sie betont aber, dass den Mitgliedsstaaten dennoch eine weite Auslegung iSd Überwiegensregel anzuraten sei, weil sachlich nicht einzusehen sei, warum eine nicht überwiegende Verwendung zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken die Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers ausschließe. Insb nach *P. Bydlinski* sei jedenfalls der *ErwGr 17* zur Auslegung des Art 2 Z 1 VRRL heranzuziehen.⁸⁸

Erwägungsgründe sind wie andere Gesetzesmaterialien für die historische und teleologische Interpretation von Bedeutung. Sie haben sogar größere Bedeutung als einfache Gesetzesmaterialien im nationalen Recht. Der EuGH zitiert die Erwägungsgründe unter der Überschrift „rechtlicher Rahmen“.⁸⁹ Alle Rechtsakte der EU sind mit einer Begründung zu veröffentlichen (Art 296 AEUV). Die Begründungserwägungen werden gemeinsam mit dem verfügenden Teil veröffentlicht.⁹⁰ Der EuGH betont, dass „*der verfügende Teil eines Unionsrechtsaktes [...] untrennbar mit seiner Begründung verbunden [sei]*“.⁹¹ Damit steht im Einklang, dass die enthaltenen Gründe und Ziele grundsätzlich ohne weitere Begründung für die Auslegung des verfügenden Teils herangezogen

83 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 46. Eine Auslegung gegen den Willen des Gesetzgebers kann dadurch nicht gerechtfertigt werden (ebenda); *Canaris*, Systemdenken 63 f, 67-72.

84 *Reich*, Variationen des Verbraucherrechts der EU, EuZW 2011, 736 (737).

85 *Peintinger*, Der Verbraucherbegriff im Lichte der Richtlinie über die Rechte von Verbrauchern und des Vorschlags für ein Gemeinsames Einheitliches Kaufrecht – Plädoyer für einen einheitlichen europäischen Verbraucherbegriff, GPR 2013, 24 (27 f).

86 *Peintinger*, GPR 2013, 27 f.

87 *Lurger*, Widerrufsrechte, in *P. Bydlinski/Lurger* (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 61 f; aA *P. Bydlinski*, RdW 2017, 14 FN 11.

88 *P. Bydlinski*, RdW 2017, 14 FN 11; vgl *Dehn* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar Va⁴ (2015) § 1 FAGG Rz 17.

89 Vgl EuGH 16. 6. 2011, C-65/09 und C-87/09, *Weber und Putz* Rz 4.

90 Da sich die Erwägungsgründe nicht im verfügenden Teil befinden, können sie keine Regelungen enthalten und es können hiermit auch keine Rechte abgeleitet werden. *Martens*, Methodenlehre 178 f; EuGH 25. 11. 1998, C-308/07, *Manfredi* Rz 28; GA *Stix-Hackl* 15. 11. 2003, C-222/02, *Paul/Deutschland* Rz 132.

91 Bspw EuGH 19. 11. 2009, C-402/07 und C-432/07, *Sturgeon*; *Köndgen*, Die Rechtsquellen des Europäischen Privatrechts, in *Riesenhuber* (Hrsg), Europäische Methodenlehre³ (2015) § 6 Rz 48.

werden können.⁹² Überträgt man diese Ausführungen auf den ErwGr 17 der VRRL zu Dual-Use-Verträgen, so folgt daraus, dass dieser bei der Auslegung des Verbraucherbegriffes iSd Art 2 Z 1 VRRL zu berücksichtigen ist, obwohl sich dieser im nicht verfügbaren Teil der Richtlinie befindet.⁹³ Dieser ErwGr ist daher nicht nur als nicht umsetzungspflichtige Anregung zu verstehen.

iv. Kein ausdrücklicher Hinweis in den Erwägungsgründen

Ein *ausdrücklicher Hinweis in den Erwägungsgründen* für eine einheitliche Auslegung mit den Bestimmungen des Referenzinstrumentes stellt ein wichtiges Indiz für die Kohärenz zwischen Rechtsakten und folglich für die rechtsaktübergreifende Auslegung dar. Als Beispiel sei die EuGH-Entscheidung *Pammer und Alpenhof* zu nennen, in der der EuGH den Pauschalreisebegriff iSd Art 15 Abs 3 EuGVVO 2000 (nunmehr: Art 17 Abs 3 EuGVVO 2012) in Einklang mit Art 6 Abs 4 lit b Rom I-VO auslegte.⁹⁴ Letztgenannte Bestimmung knüpft ausdrücklich an den Begriff der „Pauschalreise“ iSd Pauschalreise-RL⁹⁵ an. In dieser Entscheidung stellte sich die Frage, ob auch Art 15 Abs 3 EuGVVO 2000 (nunmehr: Art 17 Abs 3 EuGVVO 2012) in diesem Sinn zu verstehen war. Der EuGH bejahte dies unter Berufung auf den 7. ErwGr der – zeitlich nach der EuGVVO 2000 erlassenen – Rom I-VO, welcher den Einklang der Bestimmungen der Rom I-VO mit der EuGVVO betont.⁹⁶ Deshalb sei aufgrund des ausdrücklichen Bezugs in der (jüngeren) Rom I-VO der Begriff Pauschalreise in der EuGVVO 2000 wie in der Pauschalreise-RL zu verstehen.⁹⁷

Im gegenständlichen Fall erfolgt keine ausdrückliche Anordnung zur rechtsaktübergreifenden Auslegung. Wie ausgeführt, hat die systematische Auslegung die Kohärenz zwischen Regelungen und Rechtsakten im Blick. Es ist daher nach objektiven Anhaltspunkten zu untersuchen, die für eine Kohärenz zwischen diesen *materiell-rechtlichen Richtlinien* sprechen.

v. Zeitliche Differenz zwischen dem Inkrafttreten der Richtlinien

Zunächst stellt sich noch die Frage, ob die *zeitliche Differenz* zwischen dem Inkrafttreten der Richtlinien gegen die rechtsaktübergreifende Auslegung spricht: Der Umstand, dass der auszulegende Rechtsakt, die VGK-RL, früher erlassen wurde als der Rechtsakt (VRRL), dessen ErwGr herangezogen werden soll, spricht per se noch nicht gegen eine Kohärenz dieser Richtlinien. Wie bereits betont, war systembildend für den Verbraucherbegriff der VGK-RL jener der Haustürwiderrufs-RL, die wiederum durch die VRRL ersetzt wurde.

Dass die *zeitliche Differenz* zwischen dem Inkrafttreten der Richtlinie nicht gegen die rechtsaktübergreifende Auslegung spricht, zeigt zudem die soeben angeführte EuGH-Entscheidung *Pammer/Alpenhof*, wonach der ErwGr der jüngeren Rom I-VO zur Auslegung der früher erlassenen EuGVVO

92 Martens, Methodenlehre 179.

93 Riesenhuber, Europäisches Vertragsrecht² (2013) § 5 Rz 14.

94 EuGH 7. 12. 2010, C-585/08 und C-144/09, *Pammer und Alpenhof* Rz 34 ff.

95 RL 90/314/EWG des Rates vom 13. 6. 1990 über Pauschalreisen, ABl L 1990/158, 59: ersetzt nunmehr durch RL (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl L 2015/326, 1.

96 EuGH 7. 12. 2010, C-585/08 und C-144/09, *Pammer und Alpenhof* Rz 42 ff.

97 Kritisch allerdings Keiler/K. Binder, Reisen nach Brüssel, Rom und Luxemburg: Eine verfahrens- und kollisionsrechtliche Sicht auf Reiseverträge insbesondere mit Frachtschiffen, RRa 2009, 214; K. Binder in Keiler/Klauser (Hrsg), Österreichisches und Europäisches Verbraucherrecht 2. Lfg (2017) § 14 KSchG (Art 17-19 Brüssel Ia-VO) Rz 22.

2000 (Art 15) herangezogen wurde.⁹⁸ Grundsätzlich ist daher auch aus Sicht des EuGH möglich, dass ein ErwGr eines späteren Unionsrechtsakts zur Auslegung eines anderen, früheren Unionsrechtsakts herangezogen werden kann. Dies steht im Einklang mit dem evolutiven Charakter des Unionsrechts. Bei einer am inneren System orientierten Auslegung kann eine Neuregelung im Europäischen Privatrecht (hier in der VRRL) ohne Änderung des Textes der bestimmten Regelungen (hier in der VGK-RL) die Auslegung des Europäischen Privatrechts beeinflussen.⁹⁹

vi. *Verbindung und Kohärenz zwischen VGK-RL und VRRL*

Eine zumindest angestrebte Kohärenz zwischen den Richtlinien belegt der Kommissionsvorschlag zur VRRL, der die VGK-RL gemeinsam mit der Klausel-RL (93/13/EWG), der Haustür-RL (85/577/EWG) und der Fernabsatz-RL (97/7/EG) ersetzen sollte.¹⁰⁰

Fraglich ist, ob als *historisch-teleologisches Argument* gegen die Überwiegensregel greift, dass sich der Anwendungsbereich des Kommissionsvorschlages zur VRRL auf die Gewährleistung erstreckt, nicht aber auf die VRRL. Dies trifft nicht zu: Die Überwiegensregel war nicht Grund für die Nichtaufnahme der Gewährleistungsbestimmungen. Während des schwedischen Vorsitzes versuchten größere Mitgliedstaaten Besonderheiten des nationalen Gewährleistungsrechts in den Entwurf zu bringen. Das vom Vereinigten Königreich geforderte *right to reject* und die von Frankreich propagierten längeren Gewährleistungsfristen, besonders bei versteckten Mängeln, fanden letztlich Einzug im Regelungsvorschlag unter schwedischem Vorsitz. Es formte sich Widerstand angesichts der inhaltlichen Konsequenzen und der mit dieser Richtlinie intendierten Vollharmonisierung.¹⁰¹ Die gewährleistungsrechtlichen Bestimmungen wurden Ende des Jahres 2010 unter der belgischen Ratspräsidentschaft mit der hierfür erforderlichen Mehrheit eliminiert.¹⁰²

Der ErwGr über die Überwiegensregel fand sich damals nicht in dem Kommissionsvorschlag, der noch die Gewährleistung enthielt, sondern erst in der Endfassung der legislativen Entschließung im Juni 2011.¹⁰³ Der ursprüngliche RL-Vorschlag war auch der Kritik ausgesetzt, weil er zu Dual-Use-Verträgen nicht Stellung bezog.¹⁰⁴ Es bestand nämlich Unsicherheit, ob sich die Rsp zum IZPR auf das materielle Recht übertragen lasse.¹⁰⁵ Dieser Kritik wurde auch insoweit Rechnung getra-

98 EuGH 7. 12. 2010, C-585/08 und C-144/09, *Pammer und Alpenhof* Rz 42 ff.

99 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 46; *Canaris*, Systemdenken 63 f, 67-72.

100 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, 8. 10. 2008, KOM (2008) 614 final 3.

101 Dazu *Stabentheiner/Cap*, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie, Werdegang, Geltungsbereich, „klassisches“ Verbraucherschutzrecht, ÖJZ 2011, 1045 (1049); *Cap*, Grundsätzliches zur Verbraucherrechte-Richtlinie: Entstehung, Anwendungsbereich, Zentralbegriffe, Harmonisierungsgrad, in *P. Bydlinski/Lurger* (Hrsg), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012) 1 (13 f).

102 *Stabentheiner/Cap*, ÖJZ 2011, 1049; vgl *Cap* in *P. Bydlinski/Lurger* 5. Einige Bestimmungen des allgemeinen Vertragsrechts verblieben: Gefahrenübergang; Lieferung, Rücktritt bei Verzug.

103 Annahme des EP-Standpunkts in 1. Lesung durch den Rat, 23. 6. 2011, 2008/0196 (COD); Art 2 Z 1 Kommissionsvorschlag zur VRRL definiert den Verbraucher noch als „jede natürliche Person, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen.“

104 *Wendehorst/B. Jud*, Proposal for a Directive on Consumer Rights - an Academic Position Paper, GPR 2009, 68 (69); *Schulte-Nölke*, Scope and Role of the Horizontal Directive and its Relationship to the CFR in *Howells/Schulze* (Hrsg), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (2009) 23 (37 f); *Paschke/Husmann*, Gemischte Harmonisierung des Verbraucherprivatrechts – Königsweg zwischen Mindest- und Vollharmonisierung, GPR 2010, 262 (266).

105 *Micklitz/Reich*, Der Kommissionsvorschlag vom 8. 10. 2008 für eine Richtlinie über „Rechte der Verbraucher“, oder: „der Beginn des Endes einer Ära ...“, EuZW 2009, 279 (281); *Pisulinski*, Vollharmonisierung im Systemvergleich: Gemeinsamer Referenzrahmen und Vorschlag der Horizontalrichtlinie zum Verbraucherrecht in *Gsell/Heeresthal* (Hrsg), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009) 47 (50 f).

gen, als die Überwiegensregel in die Richtlinie ausdrücklich aufgenommen wurde.¹⁰⁶ Daraus lässt sich gerade nicht schließen, dass die VGK-RL nicht iSd Überwiegensregel nach der VRRL auszulegen ist.

Für eine Heranziehung der Überwiegensregel spricht zudem die *ausdrückliche Verknüpfung* zwischen VRRL und VGK-RL, da die VRRL die VGK-RL abgeändert hatte. Demnach werden Mitgliedstaaten verpflichtet, die Kommission über die Annahme spezifischer Vorschriften in bestimmten Bereichen zu informieren (Art 33 VRRL). Berichtspflichten der Mitgliedstaaten gegenüber der Kommission bestehen, wenn diese gem Art 8 Abs 2 VGK-RL strengere Verbraucherschutzvorschriften trifft als in Art 5 Abs 1 -3 und Art 7 Abs 1 vorgesehen. Diese Abänderung der VGK-RL unterliegt ohnehin dem konkretisierten persönlichen Anwendungsbereich der VRRL, und damit der Regelung über Dual-Use-Verträge nach der VRRL, weil diese Bestimmung aus der VRRL stammt.

Zu prüfen sind auch Argumente, die für eine *inhaltliche Kohärenz* dieser Richtlinien sprechen. Beide Richtlinien sind *materiell rechtliche Richtlinien*. Die zwei Richtlinien knüpfen überwiegend an *unterschiedliche geschäftliche Anknüpfungsmerkmale* an. So knüpft die VRRL überwiegend an bestimmte Vertriebsformen, aber auch Schutzvorschriften für andere als außerhalb von Geschäftsräumen und im Fernabsatz geschlossene Verträge, an. Diese RL regelt überwiegend spezifisch verbraucherschützende Bestimmungen, insb Informationspflichten, aber auch *allgemeine Bestimmungen*.¹⁰⁷ Die VGK-RL regelt hingegen überwiegend allgemeines Vertragsrecht, abgesehen von wenigen Sonderregelungen für den Verbraucherkauf (bspw zwingende Bestimmungen bei Gewährleistung). Dies belegt nicht nur die Ähnlichkeit der Bestimmungen der VGK-RL zum CISG.¹⁰⁸ Dem wurde bspw auch im österreichischen und deutschen Recht Rechnung getragen, wonach die VGK-RL vorwiegend im allgemeinen Schuldrecht im ABGB und BGB umgesetzt wurde. Der Grund für die Beschränkung auf den Verbraucherbereich dieser RL wird vor allem in der beschränkten Kompetenz der EU gesehen.¹⁰⁹

Die Bestimmungen der VRRL reflektieren überwiegend den Gedanken der *Informationsverantwortung*. Das vom *acquis communautaire verfolgte Informationsmodell* versucht durch vorvertragliche Informationspflichten dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, eine überlegte Entscheidung zu treffen. Durch die Information soll folglich die Selbstverantwortung gestärkt werden.¹¹⁰ Infor-

106 Entwurf der Legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 22. 2. 2011; Bericht zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz vom 22. 2. 2011, A7-0038/2011, 40, Änderungsantrag 59: Art 2 Nr 1 des Richtlinienentwurfes: Verbraucher „jede natürliche Person, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die im Wesentlichen außerhalb der gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen“. In weiteren Verhandlungen entschied sich das EP für die Streichung von „im Wesentlichen“. Es sollte aber im ErwGr das „überwiegend“ anstelle von „nebensächlich“ iSv Gruber/Bay Wa eingefügt werden (Ratsdokument 11218/11 vom 8. 6. 2011, 5; zu Gruber/Bay Wa Ratsdokument 10481/11 vom 20. 5. 2011, 3). Siehe dazu GA Pedro Cruz Villalón C-110/14, Horațiu Ovidiu Costea/SC Volksbank România SA Rz 42.

107 Vgl Grundmann, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie, Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013, 53 (56 ff).

108 Magnus, Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht, in Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts (2011) 79 ff; Grundmann, Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?, AcP 2002, 40 ff; Riesenhuber, EU-Vertragsrecht² § 5 Rz 25.

109 Riesenhuber, EU-Vertragsrecht² § 5 Rz 25; Unterstützungskompetenz: Art 169 Abs 2 lit b AEUV; Kompetenz zur Verwirklichung des Binnenmarktes: Art 114 Abs 1, 3 iVm Art 169 Abs 2 lit a AEUV; zur begrenzten Gesetzgebungskompetenz auf EU Ebene ua Grigoleit, AcP 2010) 363 ff.

110 Riesenhuber, EU-Vertragsrecht² § 5 Rz 29 ff; Grundlegend zum Informationsmodell: Grundmann, Privatautonomie im Binnenmarkt – Informationsregeln als Instrument, JZ 2000, 1333; Grundmann/Kerber/Weatherhill (Hrsg), Party Autonomy and the Role of Information in Internal Market (2001); kritisch Kroll-Ludwigs, Die Zukunft des

mationspflichten bestehen schon *nach allgemeinen Regeln*. Die in der VRRL normierten Informationspflichten gehen darüber hinaus und berücksichtigen das erhöhte Verbraucherschutzbedürfnis.

Auch Vorgaben der VGK-RL können teils als *Informationspflichten* verstanden werden. Die Informationsverantwortung spielt auch im Gewährleistungsrecht eine Rolle.¹¹¹ *Riesenhuber* betont, dass die Vorgaben der VGK-RL insofern als Informationspflichten verstanden werden können,¹¹² als der Verkäufer bei Verkauf einer Ware minderer Qualität zur Offenlegung verpflichtet ist. Die Gewährleistung für Werbeangaben kann als Vorschrift über *die Verteilung vorvertraglicher Informationspflichten* verstanden werden.¹¹³ Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass Verbraucher Werbung und ähnliche öffentliche Äußerungen als Informationsquelle über die Warenqualität verwenden und nicht zwischen den verschiedenen Akteuren der Absatzkette differenzieren.¹¹⁴

Eine *Verbindung* zwischen den beiden Richtlinien, konkret der *Informationspflicht* und der *Gewährleistung* zeigt sich bspw bei der Informationspflicht des Unternehmers über „*die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistungen in dem für den Datenträger und die Waren oder Dienstleistungen angemessenen Umfang*“, sofern es sich nicht aus den Umständen ergibt (Art 5 lit a VRRL, umgesetzt in § 5 a Abs 1 Z 5 KSchG¹¹⁵, Art 6 lit a VRRL, umgesetzt im FAGG).

Die Verbindung zwischen *Informationspflicht* und *Gewährleistung* zeigt sich darin, dass bei Nichtaufklärung über die Untauglichkeit der Ware die gewünschte Eigenschaft, die der Verkäufer kennt oder grob fahrlässig nicht kennt, als stillschweigend zugesagt gilt.¹¹⁶ Keine Aufklärungspflicht besteht aber bei bloßer Erkennbarkeit des Verwendungszwecks, wenn der Verkäufer keine Kenntnis über die Ungeeignetheit der Sache zu diesem Verwendungszweck hat.¹¹⁷

Es lässt sich daher festhalten, dass trotz unterschiedlicher geschäftlicher Anknüpfungsmerkmale, nämlich bestimmte Vertriebsformen und Schutzvorschriften in der VRRL, die überwiegend vom Gedanken der Informationsverantwortung und von Informationspflichten getragen ist, und allgemeiner vertragsrechtlicher Regelungen in der VGK-RL, auch eine *inhaltliche Kohärenz* zwischen diesen RL gefunden werden kann: Die VRRL erfasst auch wie die VGK-RL allgemeine vertragsrechtliche Regeln. Wenngleich die Informationsverantwortung in der VRRL aufgrund der ausdrücklichen zahlreichen Informationspflichten stärker ausgeprägt ist, können auch Vorgaben der VGK-RL teils als Informationspflichten verstanden werden.

verbraucherschützenden Widerrufsrechts in Europa, ZEuP 2010, 509; *Schmidt-Kessel*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Wissenschaft auf dem Gebiete des Verbraucherrechts, VuR 2012, 350 (353); differenzierend *Schön*, Zwingendes Recht oder informierte Entscheidung – zu einer neuen Grundlage unserer Zivilrechtsordnung, in FS Canaris (2007) 1191.

111 Zur Kritik an der Information als „Schutzinstrument“ im Europäischen Vertragsrecht, Stichwort: „information overload“ statt vieler *Loacker*, Verhaltensökonomik als Erkenntnisquelle für die Rechtsetzung in *Verschraegen* (Hrsg), Interdisziplinäre Studien zur Komparatistik und zum Kollisionsrecht III (2012) 64 ff.

112 *Riesenhuber*, EU-Vertragsrecht² § 5 Rz 33.

113 *Lehmann*, Informationsverantwortung und Gewährleistung für Werbeangaben beim Verbrauchsgüterkauf, JZ 2000, 280; *Fleischer*, Vertragsabschlußbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 2000, 772 (773).

114 *Riesenhuber*, Party Autonomy and the Role of Information, in *Grundmann/Weatherhill* (Hrsg), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market (2001) 348 (364).

115 Zu § 5 a Abs 1 Z 1 KSchG: *Kathrein/Schoditsch* in KBB⁵ § 5 a KSchG Rz 1; *Dehn*, Allgemeine Informationspflichten, in *B. Jud/Wendehorst* (Hrsg), Neuordnung des Verbraucherrechts in Europa? (2009) 43 f; *Stabentheiner/Cap*, Die neue Verbraucherrechte-Richtlinie, ÖJZ 2011, 1055.

116 OGH 2 Ob 234/14x Zak 2016/23, 16 = bbl 2016, 63/73; OGH 10 Ob 72/16k Zak 2017/47, 35.

117 OGH 19. 5. 2005, 6 Ob 27/05x; 8 Ob 57/14m Zak 2014/597, 315 = ZVB 2014/134, 456 (*Wagner*) = bbl 2014, 266/227 = MietSlg 66.129; OGH 2 Ob 234/14x Zak 2016/23, 16 = bbl 2016, 63/73.

vii. Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich in der gegenständlichen Untersuchung objektive Anhaltspunkte für eine Systembildung hinsichtlich ähnlicher Verbraucherbegriffe und einer rechtsaktübergreifenden Auslegung aufgrund der Kohärenz zwischen der VGK-RL und der VRRL ergeben haben. Die rechtsaktübergreifende Auslegung hat die Kohärenz im Blick. Die Kohärenz sollte nicht nur subjektiv und im Einklang mit einem exklusiven subjektiven Auslegungsziel gesehen werden, sondern sowohl subjektive als auch objektive Erwägungen berücksichtigen.

Ausgangspunkt der Untersuchung, ob eine Kohärenz und eine Wechselbezüglichkeit zwischen diesen Rechtsakten besteht, die eine rechtsaktübergreifende Auslegung des Verbraucherbegriffes iSd VGK-RL rechtfertigt, bildet – im Einklang mit der Vereinigungstheorie – der historische Gesetzgeberwille. Es wurde daher zunächst ein Blick in die Begründungserwägungen geworfen und nach Hinweisen in den Erwägungsgründen gesucht. ErwGr 17 der VRRL über Dual-Use-Verträge ist bei der Auslegung des Verbraucherbegriffes iSd Art 2 Z 1 VRRL zu berücksichtigen. Im gegenständlichen Fall erfolgt keine ausdrückliche Anordnung zur rechtsaktübergreifenden Auslegung und daher bestehen keine subjektiven Anhaltspunkte im Gesetzgeberwillen.

Da aber auch *objektive Erwägungen* bei der Beurteilung, ob eine Kohärenz bzw Wechselbezüglichkeit zwischen den Rechtsakten VGK-RL und VRRL in der gegenständlichen Konstellation besteht, zu berücksichtigen sind, ist nach *objektiven Anhaltspunkten* für eine Kohärenz zwischen diesen *materiell-rechtlichen Richtlinien* zu suchen. Die zeitliche Differenz zwischen der VGK-RL und der VRRL spricht nicht gegen die rechtsaktübergreifende Auslegung. Angesichts des Zusammenspiels der rechtsaktübergreifenden Auslegung mit der teleologischen Auslegung sind Wertungen der Normen oder Rechtsakte und Wertungszusammenhänge der VGK-RL und VRRL miteinzubeziehen. IdZ wurde die Referenznorm in der VRRL im Hinblick auf eine Kohärenz mit der auszulegenden Norm in der VGK-RL historisch-teleologisch ausgelegt und die inhaltliche Kohärenz zwischen den beiden Rechtsakten geprüft: Eine zumindest angestrebte Kohärenz zwischen den Richtlinien belegt der Kommissionsvorschlag zur VRRL, der die VGK-RL gemeinsam mit den Richtlinien, die durch die VRRL ersetzt wurden, regelte. Eine ausdrückliche Verknüpfung zwischen VRRL und VGK-RL liegt vor, weil die VRRL die VGK-RL abgeändert hatte. Es besteht auch teils eine inhaltliche Kohärenz dieser Richtlinien: Die zwei Richtlinien knüpfen zwar überwiegend an unterschiedliche geschäftliche Anknüpfungsmerkmale an, dennoch erfasst auch die VRRL – wie die VGK-RL – Regeln des allgemeinen Vertragsrechts. Ferner reflektieren Bestimmungen der VRRL überwiegend den Gedanken der Informationsverantwortung. Der Telos der Überwiegensregel lässt sich, wie sogleich ausgeführt wird, auch auf die VGK-RL übertragen.

3. Teleologische Auslegung

Der Schutz des Schwächeren ist alleine noch keine Rechtfertigung für die Überwiegensregel: Nach dem *effet utile* – als einer besonderen Ausprägung der teleologischen Auslegung¹¹⁸ – soll eine Vorschrift des Unionsrechts so ausgelegt werden, dass deren Wirksamkeit und Effektivität möglichst – bestmöglich – erreicht wird.¹¹⁹ Im Hinblick auf den inhaltlichen Regelungszweck ist

118 Statt vieler: *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 45; *K. Binder* in *Rauscher* (Hrsg), *EuZPR/EuIPR IV*⁴ (2015), *Einl EU-SchutzMVO* Rz 78.

119 *EuGH* 3. 9. 2009, C-489/07, *Messner* Rz 24; *EuGH* 25. 10. 2005, C-350/03, *Schulte/Badenia* Rz 69, *EuGH* 7. 5. 2002, C-478/99, *Kommission/Schweden* Rz 15, 21; *EuGH* 27. 6. 2000, C-240/98 bis 244/98, *Océano Grupo* Rz 26; *EuGH* 8. 10.

aber zu beachten, dass die Erlassung eines Rechtsaktes zugunsten einer besonderen Personengruppe noch nicht als Anlass genommen werden darf, um übergebührend zugunsten dieser Personengruppe (idF Verbraucher) die Richtlinie auszulegen.¹²⁰ Im Hinblick auf einen gesetzgeberischen Interessensausgleich sind *gegenläufige Interessen* ebenso zu berücksichtigen.¹²¹

Als Argument für die Anwendung der Überwiegensregel lässt sich ins Treffen führen, dass auch der Unternehmer in den Genuss des Verbraucherschutzes kommen kann, wenn er aufgrund seines Wissens und seiner Erfahrung in einer schwächeren Position als sein Vertragspartner ist.¹²² Dieser Gedanke lässt sich auch mit dem gesetzgeberischen Interessensausgleich in Einklang bringen. Die Ungleichgewichtslage wird insofern typisiert, als angenommen wird, dass hinsichtlich des Vertragsteils, der zu privaten Zwecken abgeschlossen wird, die Person in einer schwächeren Position ist. IdZ ist auf die EuGH Entscheidung in der Rs *Costea* zu verweisen: In dieser wurde der *objektive Charakter* des Vertrages unabhängig von den konkreten Kenntnissen, die die betreffende Person haben mag, oder den Informationen, über die sie tatsächlich verfügt, betont.¹²³ Es kommt daher nicht darauf an, über welche konkreten Kenntnisse der Vertragsteil hinsichtlich des privaten Teils tatsächlich verfügt. Aufgrund der Typisierung kann angenommen werden, dass sich der Vertragspartner hinsichtlich des privaten Teils in einer schwächeren Position befindet. Ist dieser private Teil der „wesentliche“ Teil des Vertrages scheint es gerechtfertigt, dass diese Person in den Genuss des Verbraucherschutzes kommt. Dass nur eine untergeordnete Rolle des beruflichen oder gewerblichen Zwecks nicht schadet, berücksichtigt nicht hinreichend, dass sich der Vertragspartner hinsichtlich des überwiegenden privaten Teils in einer schwächeren Position befindet.

4. Zwischenfazit

Es sprechen gute Gründe für eine Heranziehung der Überwiegensregel, wie sie auch in ErwGr 17 VRRl geregelt ist, im Anwendungsbereich der VGK-RL. Letztendlich ist die Frage der Einordnung von Dual-Use-Verträgen vom EuGH zu klären. Der OGH wäre daher im Fertigparkett-Fall als letztinstanzliches Gericht verpflichtet gewesen (Art 267 Abs 3 AEUV), eine Vorlagefrage an den EuGH zu stellen.¹²⁴ Einer Vorlagepflicht an den EuGH wäre der OGH entgangen, hätte der OGH die Überwiegensregel angewendet. Im Einklang mit dem Mindestharmonisierungscharakter der VGK-RL und der Möglichkeit der Sicherstellung eines höheren Verbraucherschutzniveaus als in der Richtlinie

1996, C-178, 188, 189, 194/94, *Dillenkofer* Rz 22; EuGH 14. 3. 2002, C-167/00, *Henkel* Rz 35 (zum EuGVÜ); EuGH 11. 7. 2002, C-96/00, *Gabriel* Rz 37.

120 Vgl EuGH 3. 9. 2009, C-489/07, *Messner* Rz 25 f („nicht zum Ziel, ihm Rechte einzuräumen, die über das hinausgehen, was zur zweckdienlichen Ausübung seines Widerrufsrechts erforderlich ist“); *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 45; 57 ff.

121 *Riesenhuber* in *Riesenhuber*³ § 10 Rz 43.

122 *Bamberger* in *Bamberger/Roth/Hau/Poseck* (Hrsg), BeckOK⁴⁷ (Stand 1. 8. 2018) § 13 BGB Rz 12; vgl *Lurger* in *P. Bydliński/Lurger* 61 f; *Mankowski*, IPRax 2005, 505 weist darauf hin, dass das Abstellen auf den Schwerpunkt schon dem natürlichen Gerechtigkeitsgefühl entspreche. Er führt ins Treffen, dass das „Unwesentliche“ den Vertrag nicht prägen solle (aaO [504]). Diese Lösung abstrahiert. Vorteil sei, dass sich der Schwerpunkt mathematisch einfach feststellen lässt (abgesehen bei 50:50 Verteilungen) (aaO [505]).

123 EuGH 3. 9. 2015, C-110/14, *Horățiu Ovidiu Costea/SC Volksbank România SA* Rz 21; zur teleologischen Auslegung noch eingehend iZm der RL-konformen Auslegung.

124 Die dafür notwendigen Voraussetzungen wären wohl gegeben, nämlich die Entscheidungserheblichkeit der Auslegung des Unionsrechts, weiters, dass vom EuGH die Frage noch nicht entschieden wurde und die Auslegung ohne Zweifel nicht klar ist. Eine Ausnahme, nämlich, wenn die Entscheidung des EuGH offenkundig sein sollte, weil keinerlei Zweifel an der Entscheidung der betreffenden Frage bestehen (*acte clair*) wird hier nicht vorliegen. EuGH 6. 10. 1982, C-283/81, *CILFIT* Rz 16; so auch *Faber/Klampferer* in *Eilmansberger/Herzig* 320 f.

vorgesehen (Art 8 Abs 2 VGK-RL), hätte die Überwiegensregel als eine für den Verbraucher günstige Regelung angewendet werden können.¹²⁵

B. RL-konforme Auslegung des nationalen Rechts und Überlegungen zum autonom-nationalen Recht

Im nächsten Schritt ist zu prüfen, ob und wie die nationale Entsprechungsnorm RL-konform auszulegen ist. IdZ wird auch untersucht, wie im autonom-nationalen Recht Dual-Use-Verträge beurteilt werden.

Der Verbraucherbegriff setzt nach § 1 Abs 1 Z 2 KSchG lediglich das *Fehlen einer Unternehmereigenschaft* voraus.¹²⁶ Unternehmer ist derjenige, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört (§ 1 Z 1 KSchG; § 1 Abs 1 UGB; vgl § 343 Abs 2 UGB). Treffen diese Voraussetzungen nicht zu, ist er Verbraucher. Das Unternehmen wird definiert als „auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.“ Nach *autonom-nationalem Recht*, nämlich jenseits des Anwendungsbereichs der VGK-RL, werden Dual-Use-Verträge *jedenfalls zur Gänze als Unternehmensgeschäft* beurteilt,¹²⁷ worauf noch zurückzukommen ist.

1. RL-konforme Auslegung des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG

Nach der Rsp des EuGH haben die mitgliedstaatlichen Gerichte die Auslegung „so weit wie möglich“ am Wortlaut und Zweck der Richtlinie auszurichten. Dies wird begründet mit der Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur ordnungsgemäßen Umsetzung der Richtlinie (Art 288 Abs 3 AEUV).¹²⁸ Die negative Verbraucherdefinition des § 1 KSchG regelt nicht ausdrücklich, ob ein Geschäft, das nur teilweise zum Betrieb des Unternehmens gehört, als Unternehmergeschäft behandelt wird.

IdZm der Wortlautinterpretation kommen mehrere Auslegungsvarianten in Betracht, nämlich bspw, dass ein Verbraucher derjenige ist, für den das Geschäft „nicht überwiegend“ oder „nur untergeordnet“ zu einem Betrieb gehört (§ 1 Z 2 KSchG). IdZ ist die RL-konforme Auslegung als *interpretatorische Vorrangregel* zu beachten: Unter Ausnutzung des möglichen Wortsinnes, wenn mehrere Interpretationsmethoden zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist vom Vorrang jener Methode auszugehen, die zu einem RL-konformen Ergebnis führt.¹²⁹ Dass die Überwiegensregel im Zuge der Umsetzung der VRRRL nicht – wie bspw im deutschen BGB – in das Gesetz

¹²⁵ Vgl OGH 30. 3. 2016, 4 Ob 198/15v, wonach sich der OGH auf die Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus auf Art 169 AEUV als Argument gegen eine Pflicht zur Vorlage an den EuGH beruft iZm der Beurteilung der Geringfügigkeit eines Mangels; vgl P. Bydliński, RdW 2017, 13.

¹²⁶ OGH 11. 7. 1990, 3 Ob 578/90; 9. 4. 1981, 8 Ob 9/81.

¹²⁷ OGH 12. 6. 2001, 4 Ob 135/01h; 26. 1. 2005, 7 Ob 22/04t; 19. 12. 2012, 7 Ob 190/12k (§ 30 b KSchG ist nur anzuwenden, wenn der Käufer die Liegenschaft gekauft hat, um dort seinen Hauptwohnsitz und nicht auch die Betriebsstätte seines Unternehmens zu begründen); Welser, Der Klauselkatalog des § 6 KSchG, in Krejci (Hrsg), Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 200; Krejci in Rummel³ § 1 KSchG Rz 23.

¹²⁸ Statt vieler: Perner, EU-Richtlinien und Privatrecht (2013) 84 f mwN; Roth/Jopen, Die richtlinienkonforme Auslegung, in Riesenhuber (Hrsg), Europäische Methodenlehre³ (2015) § 13 Rz 26, 37 mN zur EuGH Rsp.

¹²⁹ Vgl statt vieler Roth/Jopen in Riesenhuber³ § 13 Rz 42; ausführlich dazu ua Canaris, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre, in FS Bydliński (2002) 67 ff.

aufgenommen wurde,¹³⁰ kann auch als Indiz dafür ausgelegt werden, dass dieser Regel mittels Auslegung ieS Wirksamkeit verschafft werden kann.

Keine klaren Hinweise ergibt die *historische Auslegung*. In den Materialien wurde lediglich betont, dass der umfassendere Verbraucherbegriff iSd § 1 KSchG zum Tragen komme, der insb auch Gründungsgeschäfte, Idealvereine usw umfasse.¹³¹ Auf Dual-Use-Geschäfte wurde nicht Bezug genommen.

Hinsichtlich der *teleologischen Auslegung*, können die Argumente, die bereits iZm der teleologischen Auslegung im Rahmen der autonomen Auslegung vorgebracht wurden, für eine RL-konforme Auslegung von § 1 Abs 1 Z 1 KSchG herangezogen werden. ISd RL-konformen Auslegung als interpretatorische Vorrangregel lässt sich daher ein Geschäft, das nicht überwiegend zum Betrieb des Unternehmens gehört, als Verbrauchergeschäft iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG klassifizieren.

2. Überlegungen zur Überwiegensregel im autonom-nationalen Recht

Im autonomen Recht wird besonders mit *teleologischen Argumenten* gerechtfertigt, dass ein Geschäft mit gemischter Zwecksetzung jedenfalls zur Gänze als Unternehmensgeschäft zu bewerten ist.¹³² Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass ein Unternehmer weniger schutzbedürftig ist, wenn er über bestimmte *die Eigenverantwortung kennzeichnende Merkmale*, wie besondere Kenntnisse oder planmäßiges Handeln, verfügt.¹³³ Zu diesem Fachwissen zählt die Erfahrung mit Zwischenfällen und wie mit diesen günstig umzugehen ist.¹³⁴

Gegen diese Auffassung spricht, dass diese *besonderen Merkmale* auch vorliegen, wenn jemand ein Geschäft abschließt, das geeignet ist, zu seinem Betrieb zu gehören, im konkreten Fall aber ausschließlich zu *privaten Zwecken* getätigt wird. Hier liegt ein Verbrauchergeschäft vor, obwohl jemand über diese besonderen Merkmale verfügt.

Diese Herangehensweise wie bisher im autonom-nationalen Recht stellt eine *einfachere Lösung* dar. Die mit einer Abwägung verbundenen Unsicherheiten würde man sich ersparen,¹³⁵ was zwar der Rechtssicherheit dienen mag, aber nicht ausschlaggebend sein sollte. Vielmehr scheint eine Mittellösung in Form des Vernachlässigbarkeitstests oder auch der Überwiegensregel einem *beiderseitigen Interessensausgleich* näherzukommen. Es ist zweifelhaft, ob iSd Prinzips der beiderseitigen Rechtfertigung¹³⁶ die für den autonomen Ansatz ins Treffen geführte mit dem Unternehmensbetrieb typischerweise verbundene Fachkenntnis die besondere Belastung des Käufers,

130 Der Verbraucherbegriff iSd § 1 KSchG soll auch die Verbraucherdefinition der VRRl umsetzen. Nicht ausdrücklich Eingang gefunden hat die Überwiegensregel. Es ist aber davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit § 1 KSchG den Verbraucherbegriff iSd VGK-RL inkl Überwiegensregel umsetzen wollte, wenngleich diese Bestimmung schon vor der Umsetzung der VGK-RL bestand.

131 ErläutRV 89 BlgNR 15. GP 5.

132 OGH 12. 6. 2001, 4 Ob 135/01h; 26. 1. 2005, 7 Ob 22/04t; 19. 12. 2012, 7 Ob 190/12k (§ 30 b KSchG ist nur anzuwenden, wenn der Käufer die Liegenschaft gekauft hat, um dort seinen Hauptwohnsitz und nicht auch die Betriebsstätte seines Unternehmens zu begründen); *Wesler in Krejci*, HBzKSchG 200; *Krejci in Rummel*³ § 1 KSchG Rz 23. Die Ansicht der österreichischen Judikatur und Literatur hat zur Folge, dass ein noch so kleiner beruflicher oder gewerblicher Anteil den Verbraucherschutz verhindert.

133 Vgl *Faber*, ZEuP 1998, 887.

134 OGH 5 Ob 570/80 EvBl 1981/5; 9. 4. 1981, 8 Ob 9/81; ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 15 f.

135 Vgl *Mankowski*, IPRax 2005, 504.

136 *F. Bydlinski*, Die Maxime der beiderseitigen Rechtfertigung im Privatrecht, in FS Koziol (2010) 1355 (1356); im Rahmen der teleologischen Auslegung eines Sekundärrechtsaktes auch *Heinrich*, Die Auslegung von europäischen Richtlinien und Verordnungen, ÖJZ 2011/133 (1071).

dessen Vertrag nach objektivem Maßstab fast gänzlich oder überwiegend privatem Zweck dient, zu rechtfertigen mag. Bei beruflichem oder gewerblichem Handeln nur zu einem geringen Teil liegen die – die Eigenverantwortung kennzeichnenden – Fachkenntnisse bei klassischen Dual-Use-Geschäften (bspw Kauf eines Kfz durch einen Freiberufler, der das Auto zu beiden Zwecken nutzt; Kauf des Computers durch einen Gewerbetreibenden) nicht vor, wenn kein direkter Bezug zur Geschäftstätigkeit vorliegt.¹³⁷ Es ist daher fraglich, ob dann, wenn der sich aus dem Vertrag objektiv ergebende private Zweck fast gänzlich oder überwiegend ist, hinsichtlich dieses privaten Teils diese besonderen mit dem Unternehmensbetrieb typischerweise vorhandenen Fachkenntnisse zu vermuten sind. Dagegen spricht auch, dass das KSchG von der Vermutung der *Ungleichgewichtslage* ausgeht¹³⁸ und es daher nahe liegt, dass die Ungleichgewichtslage hinsichtlich des privaten Teils vermutet wird, unabhängig davon, ob diese Ungleichgewichtslage tatsächlich besteht. Zudem lassen sich die im Rahmen der teleologischen Auslegung der VGK-RL vorgebrachten Argumente für die Anwendung der Überwiegensregel (IV.A.3.) auch für das autonom-nationale Recht fruchtbar machen.

3. Anwendbarkeit der Zweifelsregel des § 344 UGB?

Der OGH betont im „Fertigparkett-Fall“, dass die Anwendung des Vernachlässigbarkeitstests mit der Wertung des der Zweifelsregel der § 344 UGB, wonach das Geschäft im Zweifel als Unternehmergeschäft zu beurteilen ist, im Einklang stehe.¹³⁹ Fraglich ist, ob § 344 UGB ein *Zusatzargument* für die Beurteilung von Dual-Use-Verträgen liefern kann. Nach § 344 UGB wird die sachliche Zugehörigkeit des Geschäfts zum Betrieb eines Unternehmens vermutet. Voraussetzung ist, dass Zweifel (*non liquet*) hinsichtlich des sachlichen Zusammenhangs mit dem Betrieb des Unternehmens bestehen.¹⁴⁰ Mittels eines Gegenbeweises kann das Privatgeschäft nachgewiesen werden. Nach hA gilt § 344 Abs 1 UGB analog im KSchG.¹⁴¹ *Kerschner* steht dem aufgrund der unterschiedlichen Wertungen des KSchG und UGB kritisch gegenüber.¹⁴²

137 Kriterium nach englischem Recht: *Peter Symmons & Co v Cook* (1981) 131 NLJ 758; *Court of Appeal in R & B Customs Brokers Co. Ltd/United Dominions Trust Ltd* (1988) 1 WLR 321; Vgl dazu *Howells/Weatherill*, Consumer Protection Law (2005); *Hilton*, Consumer Protection in the United Kingdom in *Kleinschmidt* (Hrsg), Verbraucherschutz in internationaler Perspektive, Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte 2006/1, 45; vgl *Ratka/Lentner in Ratka/Jost* 51 (75).

138 Der Verbraucher ist dem Unternehmer typischerweise unterlegen. Es ist aber nicht von Relevanz, ob der Verbraucher tatsächlich überlegen ist; vielmehr kommt es auf eine generell-abstrakte Beurteilung der Situation an. Dazu: *Kosesnik-Wehrle in Kosesnik-Wehrle* (Hrsg), KSchG⁴ (2015) § 1 Rz 4; *Krejci in Rummel*³ § 1 KSchG Rz 5 f. Die teleologische Reduktion einer Verbraucherbestimmung kann in engen Grenzen notwendig sein, wenn vom Leitbild des Gesetzgebers abgewichen wird. Atypischer Kommanditist einer KG, der nicht Unternehmer ist, alle Geschäfte der KG führt und über die wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit Bescheid weiß, kann sich nicht auf das Mäßigungsrecht iSd § 25 d KSchG berufen: OGH 19. 3. 2014, 4 Ob 232/12 i; aA *Koesnik-Wehrle in Kosesnik-Wehrle*, KSchG⁴ § 1 Rz 4.

139 OGH 18. 2. 2015, 7 Ob 94/14w.

140 *Kerschner in Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB² (2010) § 344 UGB Rz 6.

141 OGH 5. 4. 1989, 1 Ob 519/89; 11. 7. 1990, 3 Ob 578/990 (diejenige, die eine kleine Landwirtschaft betreibt nahm für sich den Schutz des KSchG in Anspruch; 25. 8. 2014, 8 Ob 72/14t; 18. 2. 2015, 7 Ob 94/14w; *Apathy in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar Va⁴ § 1 KSchG Rz 12; *Welser*, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 5 f; *Kramer/Rauter in Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), UGB I⁴ (Stand 1. 9. 2016, rdb.at) §§ 343, 344 Rz 75; *Krejci*, HBzKSchG 220; *ders in Rummel*³ § 1 KSchG Rz 4; *Ratka in Torggler* (Hrsg), UGB² (Stand: 1. 1. 2016, rdb.at) § 344 Rz 4; *Zehentmayer*, JBl 2016, 616; nach *Kronthaler*, Anwendungsprobleme des Verbraucherschutzrechts, Neuerliche Erwägungen zu ausgewählten Problembereichen, RdW 2017, 614 (617 f) greife eine Analogie nur dann, wenn nicht klar sei – aus einer ex ante Perspektive –, ob der unternehmerische oder private Bereich überwiegen sei.

142 *Kerschner in Jabornegg/Artmann*², § 344 UGB Rz 11; ihm folgend: *Böhler*, Der Scheinunternehmer im Verbraucherschutz, ÖJZ 2015, 965 (968); kritisch *Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Klang*³ KSchG § 1 Rz 51.

Die terminologischen Verbindungen zwischen dem KSchG und dem UGB sind unbestreitbar.¹⁴³ Dennoch sind die unterschiedlichen Wertungen des UGB und KSchG zu berücksichtigen.¹⁴⁴ Das UGB knüpft an den Unternehmerbegriff an, im KSchG wird auf das Verhältnis zwischen Unternehmer und Verbraucher abgestellt. Das KSchG enthält zwingende Normen zum Schutz des Verbrauchers und geht von einer typisierten Ungleichgewichtslage aus.¹⁴⁵ Der Zweck des § 1 KSchG liegt im Ausgleich wirtschaftlicher Ungleichheit. Das KSchG verfolgt den Ausgleich wirtschaftlicher Ungleichheit und damit eine andere Zwecksetzung als § 344 UGB.¹⁴⁶

Gegen die Heranziehung des § 344 UGB im Anwendungsbereich des KSchG spricht¹⁴⁷, dass das Rechtsgeschäft nach hA nach der einschlägigen Verkehrsanschauung dem Partner als Privatgeschäft erkennbar zu sein habe.¹⁴⁸ Die Vermutung des § 344 UGB könne nur durch objektive Kriterien widerlegt werden. Es kommt dabei nicht auf die Absicht des konkret Vertragsschließenden an. Das Vorliegen eines Verbrauchergeschäftes (im Verbraucherschutzrecht) beurteilt sich *aber* nach objektiven Kriterien:¹⁴⁹ Es wird dabei nach hA nicht auf die objektive Erkennbarkeit,¹⁵⁰ sondern auf die Absicht des konkret Vertragsabschließenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abgestellt. Andernfalls würde kein Verbrauchergeschäft vorliegen, wenn das Geschäft zu privaten Zwecken abgeschlossen wurde, aber für den Vertragspartner nicht objektiv erkennbar war. Der Verbraucherschutz sollte in diesem Fall höher wiegen als der Verkehrsschutz, nämlich der Schutz des Verkehrs in Bezug darauf, ob der Vertragspartner ein Verbraucher ist. Zu beachten ist nämlich der zwingende Charakter des Verbraucherrechts.¹⁵¹ Andernfalls könnten die Parteien de facto über den zwingenden Verbraucherschutz disponieren.¹⁵² Dem stehen nicht Ansprüche des „getäuschten“ Vertragspartners gegen einen allfälligen „Scheinunternehmer“ entgegen, wie die Irrtumsanfechtung, die Berufung auf den Rechtsmissbrauch oder uU Schadenersatzansprüche.¹⁵³

Aus den genannten Ausführungen ergibt sich, dass gute Argumente dafür sprechen die Zweifelsregel des § 344 UGB *nicht analog* auf den Anwendungsbereich des KSchG und daher auf Dual-Use-Fälle anzuwenden. Unabhängig davon, ob § 344 UGB im Anwendungsbereich des KSchG

143 In § 1 Abs 1 Z 1 KSchG wird auf denjenigen abgestellt, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört und in § 1 Abs 1 Z 2 KSchG auf denjenigen, auf den das nicht zutrifft. In § 343 UGB wird ein unternehmensbezogenes Geschäft so definiert wie in § 1 Abs 1 Z 1 UGB.

144 Vgl Kerschner in Jabornegg/Artmann², § 344 UGB Rz 11.

145 Vgl Böhler, ÖJZ 2015, 972 f.

146 Vgl zum deutschen Recht Purnhagen, Die Zurechnung von Unternehmer- und Verbraucherhandeln in den §§ 13 und 14 BGB im Spiegel der Rechtsprechung – Eckpfeiler eines Konzepts?, VuR 2015, 3 (6).

147 So auch P. Bydliński, RdW 2017, 15.

148 Kramer/Rauter in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ §§ 343, 344 (Stand 1. 9. 2016, rdb.at) Rz 22; zum HGB etwa Holzhammer, Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht I⁸ (1998), 163; Griehsler, Form und Zuordnung gesellschaftsrechtlicher Vertretungshandlungen im Handelsrecht, GesRZ 1973, 36; OGH 3. 3. 1965, 7 Ob 32/65; 12. 4. 1984, 8 Ob 522/83; 27. 1. 1994, 2 Ob 503/94; OLG Wien 17 R 212/86 REDOK 9774; aA Kerschner in Jabornegg/Artmann², § 344 UGB Rz 6.

149 Unter Einbeziehung des Scheinunternehmers Böhler, ÖJZ 2015, 969 f und Herresthal, Scheinunternehmer und Scheinverbraucher im BGB, JZ 2006, 695 (697 f); dazu allgemein statt vieler Zehentmayer, JBI 2016, 616; P. Bydliński, RdW 2017, 15.

150 Vgl Mayrhofer/Nemeth in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang³ § 1 KSchG Rz 80; Krejci in Rummel³ § 1 KSchG Rz 27; Apathy in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar Va⁴ § 1 KSchG Rz 12; aA LG Hamburg 16. 12. 2008, 309, 96/08, BeckRS 2009, 10950.

151 Vgl Micklitz/Purnhagen in Münch Komm BGB I⁷ § 13 BGB Rz 44.

152 Lorenz in Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg), MünchKomm BGB IV⁷ (2016) § 474 BGB Rz 24; Müller, Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel, NJW 2003, 1975 (1979); Pfeiffer in Dautner-Lieb/Langen (Hrsg), BGB Nomos Kommentar II³ (2016), Kauf-RL Art 1 Rz 20; Pfeiffer in Soergel (Hrsg), BGB¹³ (2000) § 13 Rz 27; Herresthal, JZ 2006, 697.

153 Dazu Böhler, ÖJZ 2015, 965 ff.

analog anzuwenden ist, lässt sich nach der RL-konformen Auslegung als interpretatorische Vorrangregel ein Geschäft, das nicht überwiegend zum Betrieb des Unternehmens gehört, als Verbrauchergeschäft iSd § 1 Abs 1 Z 1 KSchG beurteilen.

Zurück zum eingangs erwähnten „Fertigparkett-Fall“: Hinsichtlich des Vorschlages den Fertigparkett-Fall mittels eines gespaltenen Vertrages zu lösen,¹⁵⁴ ist angesichts des Gebotes RL-konformer Auslegung Vorsicht geboten. Unklar ist nämlich, wie Dual-Use-Verträge nach der VGK-RL zu beurteilen sind. In der gegenständlichen Untersuchung wurden Argumente für eine Anwendung der Überwiegensregel geliefert. Dies hätte die Anwendung der Überwiegensregel im „Fertigparkett-Fall“ zur Folge, wonach der gesamte Vertrag als Verbrauchergeschäft zu beurteilen gewesen wäre und nicht nur der private Teil.

V. Zusammenfassung

1. Der persönliche Anwendungsbereich der VGK-RL (Art 1 Abs 2 lit a) regelt nicht ausdrücklich, unter welchen Voraussetzungen Verträge mit gemischter Zwecksetzung als Verbraucher- oder Unternehmerverträge zu beurteilen sind. Der OGH zieht die Entscheidung zum EuGVÜ heran, wonach dann, wenn der berufliche oder gewerbliche Zweck nur eine ganz untergeordnete Rolle spielt, ein Verbrauchervertrag iSd VGK-RL vorliegt, wobei dies jüngst auch schon in der Literatur kritisiert wurde.
2. Im Rahmen der autonomen Auslegung der VGK-RL ergeben sich aus der *Wortlautinterpretation* keine Anhaltspunkte für die Beurteilung von Dual-Use-Verträgen. Aus der *historischen Auslegung* folgt nicht, dass nur bei ausschließlichem Handeln zu nicht beruflichen oder gewerblichen Zwecken von einem Verbrauchervertrag auszugehen ist.
3. Anhaltspunkte für die Beurteilung von Dual-Use-Verträgen kann die *systematische Auslegung* liefern. Die rechtsaktübergreifende Auslegung zwischen der VGK-RL und dem prozessrechtlichen EuGVÜ ist mE kritisch zu sehen. Argumente für die Anwendbarkeit der Überwiegensregel im Anwendungsbereich der VGK-RL kann die *rechtsaktübergreifende Auslegung* zwischen VGK-RL und VRRL liefern. ErwGr 17 S 2 Verbraucherrechte-RL (VRRL), der bei der Auslegung des Verbraucherbegriffes iSd Art 2 Z 1 VRRL zu berücksichtigen ist, sieht die Überwiegensregel vor. Demnach liegt ein Verbrauchervertrag vor, wenn der gewerbliche Zweck im Gesamtzusammenhang des Vertrags nicht überwiegend ist. Es besteht zwischen der Wortlautauslegung und der systematischen Auslegung insofern ein Wechselspiel als gleiche Begriffe (hier Verbraucherbegriffe) in der VGK-RL und der VRRL die Vermutung gleicher Auslegung indizieren. Dennoch ist im Einzelfall nach Anhaltspunkten für eine Kohärenz und eine Wechselbezüglichkeit zwischen den einzelnen Rechtsakten zu suchen, die für eine rechtsaktübergreifende Auslegung sprechen. Bei der Beurteilung der Kohärenz bzw Wechselbezüglichkeit zwischen den einzelnen Rechtsakten sind im Einklang mit der Vereinigungstheorie sowohl subjektive als auch objektive Erwägungen zu berücksichtigen. Angesichts des Ausgangspunktes beim subjektiven Gesetzgeberwillen richtet sich der Blick zunächst auf die Erwägungsgründe. In den Erwägungsgründen findet sich kein ausdrücklicher Hinweis für eine einheitliche Auslegung. Es finden sich aber objektive Anhaltspunkte für eine Systembildung hinsichtlich ähnlicher Verbraucherbegriffe und eine rechtsaktübergreifenden Auslegung

154 So Kronthaler/Schwangler, RdW 2016, 251.

aufgrund der Kohärenz zwischen der VGK-RL und der VRRL. Es sind Wertungen und Normen oder Rechtsakte und Wertungszusammenhänge der VGK-RL und VRRL miteinzubeziehen. Eine zumindest angestrebte Kohärenz zwischen den Richtlinien belegt der Kommissionsvorschlag zur VRRL, der die VGK-RL gemeinsam mit den RL, die durch die VRRL ersetzt wurden, regelte. Eine ausdrückliche Verknüpfung zwischen VRRL und VGK-RL besteht, weil die VRRL die VGK-RL abgeändert hatte. Im gegenständlichen Fall liegt auch teils eine inhaltliche Kohärenz dieser Richtlinien vor.

4. *Teleologische Auslegung:* Dem gesetzgeberischen Interessenausgleich entspricht das Argument für die Überwiegensregel, wonach der Unternehmer auch in den Genuss des Verbraucherschutzes kommen solle, wenn er bezüglich Wissen und Erfahrung (Typisierung) in einer schwächeren Position gegenüber dem anderen Unternehmer ist, wobei von einem objektiven Charakter des Vertrages auszugehen ist, unabhängig von den konkreten Kenntnissen.
5. *RL-konforme Auslegung:* Die negative Verbraucherdefinition des § 1 KSchG regelt nicht ausdrücklich, ob ein Geschäft, das nur teilweise zum Betrieb des Unternehmens gehört, als Unternehmergeschäft behandelt wird. IZm der Wortlautinterpretation kommt die Auslegungsvariante in Betracht, dass ein Verbraucher derjenige ist, für den das Geschäft, „nicht überwiegend“ zu einem Betrieb gehört (§ 1 Z 2 KSchG). Keine klaren Hinweise ergibt die historische Auslegung. Im Hinblick auf die teleologische Auslegung lassen sich die iZm der im Rahmen der autonomen Auslegung vorgebrachten Argumente auch auf das nationale Recht übertragen.
6. Die *Zweifelsregel des § 344 UGB*, wonach das Geschäft im Zweifel als Unternehmergeschäft zu beurteilen ist, spricht nicht gegen die Anwendbarkeit der Überwiegensregel. Sie ist nicht auf den Anwendungsbereich des KSchG zu übertragen.

Modernisierung des ABGB

Sachenrecht – Eigentumsrecht

Olaf Riss,* Johannes Kepler Universität Linz

Kurztext: In einem ambitionierten Projekt unternimmt es P. Bydlinski, die österreichische Zivilrechtskodifikation, die zu großen Teilen aus dem Jahr 1811 stammt, in eine moderne Sprache zu übersetzen. Auf einer Tagung an der Karl-Franzens-Universität Graz im März 2018 wurden die Entwürfe zur „Übersetzung“ der sachenrechtlichen ABGB-Bestimmungen vorgestellt und intensiv diskutiert. Der Verfasser hat in seinem Referat die eigentumsrechtlichen Vorschriften erörtert.

Schlagworte: ABGB; Eigentumsrecht; Besitz; Klarsprache; Legistik; Modernisierung; Zivilrechtskodifikation.

I. Einleitung

Als ich eingeladen wurde, auf der Tagung zur Modernisierung des ABGB-Sachenrechts an der Karl-Franzens-Universität Graz vorzutragen, war dies mit einer für mich etwas unkonventionellen Aufgabenstellung verbunden. Kritische Gedanken zur Gesetzeslage gehören in unserem Metier natürlich zum Tagesgeschäft. Selten kommt es aber vor, dass dies mit konkreten und konstruktiven Vorschlägen zur Neuformulierung verbunden wird; schon unter diesem Aspekt sticht das Forschungsprojekt von P. Bydlinski heraus. Womöglich noch seltener kommt es einem unter, dass ein Projektleiter andere Kollegen dazu einlädt und ermuntert, seine Texte einer „kritischen Reflexion“ zu unterziehen und auch eigene Ideen dazu einzubringen.

Ungewohnt und neuartig an diesem Forschungsprojekt schien mir aber nicht nur die Einladung zu Kritik und offener Diskussion, sondern ebenso die eigentliche Frage- und Aufgabenstellung. Angestrebt wird nicht – wie dies meist als Ziel von Forschungsprojekten formuliert wird – Erkenntnisgewinn und eine Weiterentwicklung des Fachs, sondern Hauptziel ist es „lediglich“, einen heutzutage gut verständlichen (vollständigen) Gesetzestext zu erstellen,¹ inhaltliche Änderungen

* Dr. Olaf Riss, LL.M. ist Universitätsprofessor am Institut für Zivilrecht der Johannes Kepler Universität Linz sowie Associated Researcher des Instituts für Europäisches Schadenersatzrecht der Österreichischen Akademie der Wissenschaften und der Karl Franzens Universität Graz. Hierbei handelt es sich um die schriftliche Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 2. 3. 2018 im Rahmen der an der Karl-Franzens-Universität Graz veranstalteten Tagung „Modernisierung des ABGB“ gehalten hat.

1 P. Bydlinski, Modernisierung des ABGB: Zum Projekt einer (vor allem) sprachlichen Neufassung des über 200 Jahre alten privatrechtlichen Zentralgesetzes, ÖJZ 2015, 869 (869).

sind dabei grundsätzlich² nicht gewollt. (Nur) Sofern und soweit inhaltliche Eingriffe erforderlich sind, um den Text verständlich(er) zu machen, sollen auch „zusätzliche Verbesserungen“ (Ergänzungen, Harmonisierungen und Streichungen) eingesetzt werden; solche weitergehenden Eingriffe in den Gesetzestext sollen dann jedoch formal streng von reinen Formulierungsverbesserungen (*Textvorschlag*) getrennt sein und werden daher als *Alternativvorschlag* ausgewiesen.³

Die übernommene Aufgabe brachte somit gewissermaßen eine doppelte Schwierigkeit mit sich. Zum einen fiel es nicht ganz leicht, bei der kritischen Reflexion, zu der aufgefordert wurde, die richtige Balance zwischen ausreichend konkreten Verbesserungsvorschlägen und den Gepflogenheiten im wissenschaftlichen Diskurs zu finden; (rein) sprachliche Hinweise und Anmerkungen, wie man sie ohne Weiteres Diplomanden und Dissertanten angedeihen lässt, werden unter Fachkollegen für gewöhnlich ja nicht in einer öffentlichen Diskussion ausgetauscht. Zum anderen musste man sich bisweilen fast dazu zwingen, bei der Beschäftigung mit dem Gesetzestext Überlegungen zu inhaltlichen Vorschlägen zu unterdrücken und stattdessen den Blick allein auf die Verständlichkeit des Textes zu fokussieren.

II. Modernisierung – wozu eigentlich?

Wegen der – wie schon gesagt – etwas unkonventionellen Aufgabe in diesem Forschungsprojekt seien ein paar knappe und meines Erachtens systematisch nützliche *Vorbemerkungen* gestattet, bevor ich mich der mir zugedachten speziellen Fragestellung, also den §§ 353 bis⁴ 379 ABGB zuwende.⁵

Das Verhältnis der österreichischen Zivilrechtswissenschaft zu „unserem ABGB“ scheint seit jeher – gelinde gesagt – ambivalent. Auf der einen Seite wurden und werden⁶ seine *Vorzüge* hochgehalten; es sei ein *Kleinod* und ein *Meisterstück* der Gesetzgebungskunst.⁷ Bisweilen schlägt die positive Kritik sogar in Schwärmerei mit einer starken emotionalen Note um, wenn es etwa heißt, das ABGB habe „*nicht nur die Geister gewonnen, sondern auch die Herzen erobert*“⁸ und die Beschäftigung damit sei zur „*süßen Gewohnheit*“ geworden.⁹ Und selbst da, wo Schwächen so deutlich erkennbar werden, dass sie nicht unerwähnt bleiben können, preist man dies als einen Vorteil an: So wurde die „*große Lückenhaftigkeit*“ des ABGB als einer seiner Vorzüge präsentiert, weil die Lücken in einer „*dem Rechtsbewusstsein der Gegenwart entsprechenden Weise*“ ausgefüllt werden könnten und so „*das Recht vor Erstarrung*“ bewahrt werde; die Rechtsordnung blei-

2 P. Bydlinski, ÖJZ 2015, 869 (im Untertitel), wonach das Projekt eine „(vor allem) sprachliche Neufassung“ des ABGB verfolgt.

3 P. Bydlinski, ÖJZ 2015, 870.

4 Der interessierte Leser sei auf Pkt 147 der Legistischen Richtlinien des vom Bundeskanzleramt im Jahr 1990 herausgegebenen Handbuchs der Rechtsetzungstechnik hingewiesen: Danach ist „bis“ auszuschreiben und nicht durch einen Bindestrich auszudrücken.

5 Womöglich wäre es sogar angebracht, nicht bloß allgemeine Vorbemerkungen anzukündigen, sondern um Verständnis dafür zu ersuchen, dass ich nicht umhin konnte, das Thema meines Beitrags gegenüber der Vorgabe in der Einladung leicht zu modifizieren. Der Titel meines Beitrags müsste wahrscheinlich besser lauten „*Allgemeine Überlegungen zur sprachlichen Modernisierung des ABGB angestellt anhand der sachenrechtlichen Bestimmungen zum Eigentum*“.

6 Welser, Verdienste und Stärken des ABGB, JBl 2012, 205.

7 Unger, Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs. Eine legislativpolitische Studie, GrünhutsZ 31 (1904) 389 = Separat-Abdruck (1904) 1.

8 Unger, GrünhutsZ 31, 389 = Separat-Abdruck 1.

9 In diesem Sinne schon Unger, GrünhutsZ 31, 403 = Separat-Abdruck 15 f.

be so „in lebendigem Fluss und [könne] den wechselnden Bedürfnissen des Lebens angepasst und zeitgemäß fortgebildet werden“¹⁰.

Auf der anderen Seite – das letzte Zitat schlägt die Brücke – hat man schon relativ früh bemängelt, dass das Gesetzbuch in die Jahre gekommen ist. Ganz generell und bereits vor Inkrafttreten des ABGB sah es Zeiller¹¹ als angebracht an, dass „nach Ablauf mehrerer Jahre die Gesetze [...] einer neuen Kritik unterzogen werden müssen, um sie nach den Fortschritten des Zeitalters, dem Grade der Kultur, nach den neueren Anstalten in verwandten Zweigen der Regierungsgeschäfte und den übrigen veränderten Umständen zu verbesserr“. 1904 hat dann Joseph Unger¹² mit Blick auf das damals schon knapp 100 Jahre in Geltung stehende ABGB ausdrücklich von *Reformbedürftigkeit* gesprochen. Etwas blumiger drückt sich in jüngerer Zeit etwa Posch¹³ aus, wenn er feststellt, das ABGB könne nach bald 200-jähriger Geltungsdauer sein hohes Alter nicht mehr verheimlichen; auch bei Gesetzbüchern gehe die Lebenskraft allmählich in Altersschwäche über.

Doch worin liegen die beklagten Alterserscheinungen und -beschwerden¹⁴ nun konkret? Bereits vor über 110 Jahren stellte Unger dazu eine meines Erachtens punktgenaue und erstaunlich präzise Diagnose auf: Er wies darauf hin,¹⁵ dass Rechtsnormen Produkte der geschichtlichen Entwicklung, Erzeugnisse des wirtschaftlichen und geistigen Lebens einer bestimmten Kulturperiode seien;¹⁶ eine Änderung der *ökonomischen Verhältnisse* und der geistigen Atmosphäre müsse auch auf die (Privat-)Rechtsordnung Einfluss haben. Und weiter:¹⁷ Die *technische, spezifisch juristische Konzeption* des ABGB könne man als seine wohl schwächste Seite bezeichnen; seine Systematik sei verfehlt. Das juristische Alphabet sei ein anderes geworden, die juristische Sprache, derer sich das Gesetzbuch bediene, sei „nicht mehr ganz die unsere“; „unsere juristische Begriffswelt hat sich umgebildet.“

III. Modernisierungsaspekte und Modernisierungsmaßnahmen

A. Ausgangsüberlegungen

Damit (FN 15, 17) hat Unger schon 1904 angedeutet, was wohl auch P. Bydlinski 2015 seinem Forschungsprojekt als Ausgangsgedanken zugrunde gelegt hat, nämlich, dass eine *Modernisierung* des ABGB *unter verschiedenen Aspekten* betrieben werden sollte. Wie von Unger eingefordert, sollte die Modernisierung Reaktion auf zwei ganz unterschiedliche Alterungsprozesse sein:

10 Unger, GrünhutsZ 31, 400 = Separat-Abdruck 12; in diesem Sinne in jüngerer Zeit auch Welser, JBl 2012, 207: „großzügige elastische Regelung“.

11 Jährlicher Beytrag zur Gesetzkunde und Rechtswissenschaft in den Oesterreichischen Erbstaaten I (1806) 95; zust Unger, GrünhutsZ 31, 402 = Separat-Abdruck 14 f.

12 GrünhutsZ 31, 395 = Separat-Abdruck 7.

13 Posch, Das zweihundertjährige ABGB und das Europäische Vertragsrecht, ZEuP 2010, 40 (49).

14 Sehr bildlich spricht auch Schauer, 200 Jahre und immer noch weise? – Von der Lebenskraft des ABGB heute, JBl 2012, 23 (27), dass das ABGB heute als schrulliger Methusalem auftritt, der es nicht lassen kann, von den alten Zeiten zu schwärmen.

15 Unger, GrünhutsZ 31, 396 = Separat-Abdruck 8 f.

16 Ähnlich auch J. Ofner, Die Revision des allgemeinen bürgerl. Gesetzbuches (1907) 8: „Man hat das vergangene Jhdts das naturwissenschaftliche, das politische, das soziale genannt, man könnte es auch als das revolutionäre bezeichnen. Es brachte eine große und grundlegende Umwälzung auf allen Gebieten des gesellschaftlichen Lebens, eine politische, aber auch eine wirtschaftliche, eine soziale und wissenschaftliche Umwälzung. Alles das aber – das versteht sich bei der sozialen Schaffung des Rechtes von selbst – alles das legt sich nieder in dem Inhalt des Rechtes und selbst in seinen Formen.“

17 Unger, GrünhutsZ 31, 401 = Separat-Abdruck 13.

- Erstens sei es „Aufgabe der Gesetzgebung“, auf *soziale und wirtschaftliche Entwicklungen* zu reagieren und neu/nachträglich entstandene Ungleichgewichte zu korrigieren.¹⁸
- Zweitens besteht nach *Ungers* plastischer Formulierung Reformbedarf auch hinsichtlich der (mittlerweile) verfehlten *Systematik* und des „juristischen Alphabets“. Angesprochen ist damit also ein Nachziehen in Umsetzung der mittlerweile weiterentwickelten dogmatischen System- und Begriffsbildung.
- Drittens – von *Unger* allerdings nicht explizit angesprochen – können ältere Gesetzestexte auch im Hinblick auf *sprachliche Verständlichkeit* nach Modernisierung verlangen. Hierin liegt wohl jener Modernisierungsaspekt, der in *P. Bydlinskis* Forschungsprojekt im Vordergrund steht. Dass *Unger* (in der zitierten Passage) dennoch nicht darauf Bezug nimmt, muss freilich nicht überraschen: Seinerzeit war die sprachliche Ausdrucksform des Gesetzestextes naturgemäß noch nicht so stark gealtert wie heute, also über 110 Jahre nachdem *Unger* die Gründe für den von ihm konstatierten Reformbedarf benannt hat.

Die damit skizzierte, im Kern auf *Ungers* Befund zurückzuführende Herangehensweise an das Modernisierungsvorhaben wirkt – wie man wohl zugeben muss – einigermaßen abstrakt und technokratisch; so etwas bremst womöglich den Enthusiasmus und Tatendrang mancher Beteiligter etwas ein. Eine solche Kategorienbildung anhand abstrakter Kriterien bringt meines Erachtens allerdings den Vorteil mit sich, dass den an diesem Forschungsprojekt Beteiligten und Interessierten Anhaltspunkte zur Orientierung an die Hand gegeben werden, um entscheiden zu können, welche *Modernisierungsaspekte* in welchem Arbeitsschritt mitbedacht werden sollen und welche nicht. Nützlich scheint diese Kategorisierung konkret deswegen, weil die in Angriff genommenen Aspekte der Modernisierung auch vorgeben, welche *Modernisierungsmaßnahmen* eingesetzt werden müssen. Die Modernisierung eines Gesetzestextes kann naturgemäß in unterschiedlicher (Eingriffs-)Intensität unternommen werden: etwa beschränkt auf den bloßen Austausch von Begrifflichkeiten; durch Umformulierung von Paragraphen; durch die Neuformulierung von Paragraphen; oder durch die Neustrukturierung des Gesetzesaufbaus. Wie sich gleich zeigen wird, müssen manche Modernisierungsaspekte mit eingriffsintensiveren Maßnahmen umgesetzt werden als andere.

B. Reaktion auf soziale und wirtschaftliche Entwicklungen

Besonders deutlich erkennbar wird der Konnex zwischen dem konkret verfolgten Modernisierungsaspekt einerseits und den erforderlichen Modernisierungsmaßnahmen andererseits, wenn auf soziale und wirtschaftliche Entwicklungen reagiert werden soll. Will man diesem Alterungsprozess des Gesetzes entgegentreten, bedarf es jedenfalls *inhaltlicher Änderungen*. Darin liegt aber eine Modernisierungsmaßnahme, auf die *P. Bydlinskis* Forschungsprojekt gerade nicht zurückgreifen will.¹⁹ Folglich wird die in diesem Forschungsprojekt verfolgte Modernisierung grundsätzlich nicht auf soziale und wirtschaftliche Entwicklungen reagieren können.

¹⁸ In diesem Sinn auch *Schauer*, JBl 2012, 27.

¹⁹ Oben FN 1 und 2.

C. Anpassung an weiterentwickelte System- und Begriffsbildung

1. Allgemein

Nach *Unger*²⁰ besteht Reformbedarf auch hinsichtlich der (mittlerweile) verfehlten Systematik und des „juristischen Alphabets“. Angesprochen ist damit also ein *Nachziehen* in der Umsetzung der mittlerweile weiterentwickelten dogmatischen System- und Begriffsbildung.

Ein solches Nachziehen kann – so zumindest mein Verständnis – in *P. Bydlinskis* Forschungsprojekt immerhin teilweise in Angriff genommen werden: Soweit die weiterentwickelte Systematik allein dadurch ins Gesetz einfließen soll, dass derzeit verwendete Formulierungen durch mittlerweile eingebürgerte und systematisch treffendere *Begriffe* ausgetauscht werden, lässt sich dies bewerkstelligen. *Nicht* vorgesehen ist in diesem Forschungsprojekt hingegen, das ABGB zu modernisieren, indem in die *Struktur des Gesetzesaufbaus* eingegriffen wird; lediglich der Aufbau einzelner Paragraphen kann geändert werden, insbesondere auch durch Absatzbezeichnungen.²¹ Mit anderen Worten und abstrakt formuliert: Eine ABGB-Modernisierung unter dem Aspekt der weiterentwickelten dogmatischen System- und Begriffsbildung ist mit den zur Verfügung gestellten *Modernisierungsmaßnahmen* möglich, aber nur eingeschränkt, nämlich nur die begrifflichen Anpassungen und nur durch Strukturänderungen auf Mikroebene (dh innerhalb von Paragraphen und Absätzen).

2. Begriffliche Modernisierungsmaßnahmen

Beispiele für (noch zulässige) Modernisierungsmaßnahmen, die die weiterentwickelte Systematik allein auf *begrifflicher Ebene* in das Gesetz einfließen lassen, finden sich mehrfach in den hier zu diskutierenden *Text- und Alternativvorschlägen* zu den §§ 353 bis 379 ABGB (Unterstreichungen aus Gründen leichter Lesbarkeit hinzugefügt; Änderungsvorschläge des Verfassers sind durch rote Schrift gekennzeichnet). Zu nennen ist etwa die Verwendung des *Eigentumsbegriffs* nur mehr mit Blick auf körperliche Sachen, während dann, wenn sowohl körperliche als auch unkörperliche Sachen erfasst werden sollen, nun der weitere Begriff des *Vermögens* zum Einsatz kommen soll.²²

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
	Eigentum im objektiven Sinn	Vermögen und Eigentum im objektiven Sinn
§ 353. Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein <u>Eigentum</u> .	§ 353. Das <u>Vermögen</u> einer Person besteht aus körperlichen und unkörperlichen Sachen (§ 292) und wird als ihr <u>Eigentum</u> bezeichnet.	§ 353. ¹ Das <u>Vermögen</u> einer Person besteht aus körperlichen und unkörperlichen Sachen (§ 292). ² Die körperlichen Sachen werden als ihr <u>Eigentum</u> bezeichnet.

Gegen solche Modernisierungsmaßnahmen zur Umsetzung einer weiterentwickelten Systematik *ohne* Eingriff in den Gesetzesaufbau, sondern allein auf begrifflicher Ebene, bestehen keine Einwände. Sie sind – wie man in der Medizin wohl sagen würde – minimalinvasiv, so dass der Alternativvorschlag ohne Einschränkungen vorzugswürdig erscheint. Im konkreten Beispiel des § 353

²⁰ Oben FN 17.

²¹ *P. Bydlinski*, ÖJZ 2015, 870.

²² So schon *Jeremias*, Die ABGB-Vorschriften über das Eigentumsrecht (§§ 353–364 und §§ 423–446): wesentlicher Inhalt und sprachliche Neufassung (Diplomarbeit Univ Graz 2015) 8.

ABGB würde es sich meines Erachtens zudem empfehlen, in der Überschrift deutlich zu machen, dass die Bestimmung zwischen den beiden Kategorien unterscheidet (*Vermögen und Eigentum im objektiven Sinn*).²³ Eigene Änderungsvorschläge werden hier und auch im Folgenden jeweils in roter Schrift gekennzeichnet.

Konsequent ist es, wenn im *Alternativvorschlag* zu § 354 ABGB die *Befugnisse* einer Person im Hinblick auf ihr Vermögen, also in Bezug auf ihre *körperlichen und unkörperlichen Sachen*, nicht mehr bloß aus dem Blickwinkel des Eigentums umschrieben werden.

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
im subjektiven	Eigentum im subjektiven Sinn (Rechte des Eigentümers)	Vermögensrechte im subjektiven Sinn
§ 354. Als ein Recht betrachtet, ist <u>Eigentum</u> das Befugnis, mit der Substanz und den Nutzungen einer <u>Sache</u> nach Willkür zu schalten, und jeden Andern davon auszuschließen.	§ 354. Der <u>Eigentümer</u> hat das Recht, mit seinen <u>Sachen</u> nach Belieben zu verfahren und jeden anderen davon auszuschließen.	§ 354. Der <u>Berechtigte</u> darf mit seinen <u>Sachen</u> nach Belieben verfahren und jeden anderen davon ausschließen.

Im *Textvorschlag* zu § 354 ABGB ist dieser an sich naheliegende Schritt noch nicht gegangen worden, weil damit offensichtlich die Grenze der bloßen Umformulierung überschritten worden wäre; der Textvorschlag regelt daher die Rechte des *Eigentümers* noch im Hinblick auf alle seine (körperlichen und unkörperlichen) Sachen und setzt die angestrebte Modernisierung unter dem Aspekt der Systematik also nicht restlos um. Erst der *Alternativvorschlag* zu § 354 ABGB bringt dann die heute anerkannte Systematik konsequent zum Ausdruck. Dies geschieht – wie nochmals zu betonen ist – allein dadurch, dass der im Zusammenhang mit einer Regelung körperlicher und unkörperlicher Sachen zu enge Begriff des Eigentümers durch einen weiteren, treffenderen Begriff (Berechtigter) ersetzt wird, ohne dabei den Gesetzesaufbau zu verändern. Wiederum könnte man daran denken, den Regelungsinhalt und damit die neu eingeführte Systematik in der Überschrift zum Ausdruck zu bringen (*Vermögensrechte im subjektiven Sinn*).

Die nachfolgende Bestimmung des § 355 ABGB regelt in ihrer Stamfassung undifferenziert die *Beschränkungen des Erwerbs* generell aller Sachen, also sowohl des Erwerbs von körperlichen als auch von unkörperlichen Sachen. Dennoch wird im *Originaltext* lediglich vom Eigentumsrecht gesprochen, was im *Textvorschlag* nicht verändert wird.

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
Objektive und subjektive Möglichkeit der Erwerbung des Eigentums	Grenzen des Eigentumserwerbs	Grenzen des Vermögens/ Sacherwerbs
§ 355. Alle <u>Sachen</u> sind insgemein Gegenstände des <u>Eigentumsrechtes</u> , und jedermann, den die Gesetze nicht ausdrücklich ausschließen, ist befugt, dasselbe durch sich selbst oder durch einen andern in seinem Namen zu erwerben.	§ 355. ¹ Jede Person hat das Recht, <u>Eigentum</u> zu erwerben, sofern gesetzliche Bestimmungen nicht entgegenstehen. ² Ein Erwerb ist auch mit Hilfe anderer Personen möglich.	§ 355. ¹ Jede Person hat das Recht, <u>Vermögen/Sachen</u> zu erwerben, sofern gesetzliche Bestimmungen nicht entgegenstehen. ² Ein Erwerb ist auch mit Hilfe anderer Personen möglich.

23 AA wohl *Jeremias*, ABGB-Vorschriften über das Eigentumsrecht 8.

Meines Erachtens schiene es angezeigt, auch hier die mittlerweile anerkannte Systematik auf begrifflicher Ebene in das Gesetz einfließen zu lassen. Im vorzuschlagenden *Textvorschlag* sollte daher vom Erwerb von Eigentum an *Sachen* oder vom Erwerb von *Vermögen* gesprochen werden.

In dieselbe Kategorie von Modernisierungsmaßnahmen fällt der Vorschlag, die Begriffe *Besitz/Innehabung* und *Besitzer/Inhaber* im Sinne des heute schärfer differenzierenden Verständnisses einzusetzen. Auch dazu lassen sich mehrere Beispiele in den §§ 353 bis 379 finden. Zwei davon seien angeführt:

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
Was dem Kläger zu beweisen obliege?	Beweislastverteilung	Beweis und Beweislast
§ 369. Wer die Eigentumsklage übernimmt, muß den Beweis führen, daß der Geklagte die eingeklagte Sache <u>in seiner Macht</u> habe, und daß diese Sache sein Eigentum sei.	§ 369. Der Kläger hat sein Eigentumsrecht an der Sache und die <u>Innehabung</u> durch den Beklagten zu beweisen.	§ 369. (1) [...] (2) ¹ Der Kläger hat die Sache zu individualisieren sowie sein Eigentumsrecht und die <u>Innehabung</u> durch den Beklagten zu beweisen. [...]

Dementsprechend wird in § 369 ABGB die einigermaßen unspezifische Formulierung „in seiner Macht haben“ im *Textvorschlag* und im *Alternativvorschlag* durch den heute mit einem klaren Bedeutungsinhalt ausgestatteten Begriff *Innehabung* ersetzt.

Dass es selbst bei solchen fast mechanisch vorzunehmenden Umstellungen bisweilen nicht einfach ist, alle betroffenen Formulierungen zu „erwischen“, zeigen der *Textvorschlag* und der *Alternativvorschlag* zu § 378 ABGB:

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
c) des aufgegebenen Besitzes der streitigen Sache	Besitzaufgabe nach Klagezustellung	Aufgabe der Innehabung nach Klagezustellung
§ 378. Wer eine Sache im <u>Besitze</u> hatte, und nach zugestellter Klage fahren ließ, muß sie dem Kläger, wenn dieser sich nicht an den wirklichen <u>Inhaber</u> halten will, auf seine Kosten zurück verschaffen, oder den außerordentlichen Werth derselben ersetzen.	§ 378. ¹ Gibt der Beklagte die <u>Innehabung</u> einer Sache auf, nachdem ihm die Herausgabeklage zugestellt wurde, muss er dem Kläger die Sache auf eigene Kosten verschaffen oder ihren Wert, auch ihren außerordentlichen (§ 305), ersetzen. ² Dies gilt jedoch nur, wenn der Kläger nicht gegen den nunmehrigen <u>Inhaber</u> vorgehen will.	<i>Paragrafenformulierung wie Textvorschlag.</i>

Während der Text der Bestimmung im *Textvorschlag* konsequent „Besitz“ gegen „Innehabung“ ausgetauscht hat, spricht die Paragrafen-Überschrift dennoch von der Besitzaufgabe; bei konsequenter Begriffsverwendung würde sich hier meines Erachtens die Überschrift „*Aufgabe der Innehabung*“ empfehlen.

3. Strukturelle Modernisierungsmaßnahmen

Dass allein schon die Reihenfolge, in der das Gesetz normative Aussagen trifft, viel zur Verständlichkeit beitragen kann, wird kaum jemand bezweifeln. Dennoch ist in *P. Bydlinskis* Forschungs-

projekt – wie erwähnt²⁴ – grundsätzlich weder für den *Textvorschlag* noch für den *Alternativvorschlag* vorgesehen, dass die Struktur des *Gesetzesaufbaus* geändert wird; lediglich der *Satzbau* und allenfalls die Strukturierung eines einzelnen *Paragrafen* sollen angepasst werden. Wie etwa der Textvorschlag und der Alternativvorschlag zu § 367 anschaulich zeigen, ist die deutlichere Strukturierung von Gesetzesbestimmungen ohne besondere Schwierigkeiten möglich und verspricht so leicht erzielbare Fortschritte bei der Verständlichkeit. Solche strukturellen Modernisierungsmaßnahmen sind daher meines Erachtens grundsätzlich sehr begrüßenswert.

Dass sich das Forschungsprojekt dennoch eine *Beschränkung* bei der Modernisierung mithilfe struktureller Maßnahmen auferlegt hat, den *Gesetzesaufbau* also grundsätzlich nicht verändern will, erscheint auf den ersten Blick nicht zwingend und vielleicht sogar etwas willkürlich: Weshalb ist der Aufbau des Gesetzes immun, die Struktur von Sätzen und Paragraphen hingegen nicht? Man könnte wohl im Gegenteil sogar meinen, dass die bloße Umstellung der Reihenfolge von ABGB-Bestimmungen den geringstmöglichen Eingriff ins Gesetz darstellt, weil dies nicht den Inhalt der normativen Anordnungen an sich, sondern nur ihre Reihenfolge ändert; Unsicherheiten bei der Auslegung der auf diese Weise modernisierten Gesetzesfassung drohen also kaum und die weiterentwickelte Systematik kann dennoch ins Gesetz einfließen.

Schon auf den zweiten Blick spricht allerdings ein ganz gewichtiger Grund dagegen, die Reihenfolge der ABGB-Bestimmungen zu verändern. Eine solche Maßnahme würde nämlich dem primären Ziel der ABGB-Modernisierung, den „Zugang zum Recht“ zu erleichtern,²⁵ geradezu entgegen wirken. Nicht nur im Privatrecht, dort aber ganz besonders, gehören Gesetzeskommentierungen und Entscheidungssammlungen (insbesondere das RIS-Justiz) zu den bevorzugten Quellen für rechtliche Recherchen. In diesen Quellensammlungen wird aber bekanntlich auf die *Paragraphenzählung* des jeweiligen Gesetzes referenziert, was zu einer speziellen Herangehensweise bei der Rechtsrecherche führt, mit der nun schon mehrere Juristengenerationen aufgezogen wurden. Jede Änderung im Aufbau und in der Struktur eines Gesetzes führt dazu, dass den Rechtsanwendern das Auffinden der geltenden Rechtslage erschwert wird. Dass *P. Bydlinski*s Forschungsprojekt nur innerhalb der einzelnen Bestimmungen Aufbau und Struktur modernisiert, die Struktur des Gesetzes hingegen grundsätzlich unangetastet lässt, steht mit der Zielsetzung des Projekts im Einklang und ist meines Erachtens gut nachvollziehbar.

Eine gewisse Durchbrechung dieser selbst auferlegten Restriktion findet sich allerdings in den Vorschlägen des Forschungsprojekts zu § 368 Abs 2, §§ 369, 370 ABGB. Hier hatte man die Absicht, die in drei Bestimmungen verstreuten *Beweislastregeln* in einer Bestimmung, nämlich in § 369 zusammenzuziehen. Anstoß und Legitimation für diesen an sich nicht in Betracht kommenden Eingriff in den Gesetzesaufbau war offensichtlich, dass die Überschrift von § 369 ABGB („*Was dem Kläger zu beweisen obliegt?*“) schon in der geltenden Fassung nahelegt, Fragen rund um die zu beweisenden Tatbestandselemente und die Beweislast in dieser einen Bestimmung zusammenzuziehen.

24 Siehe *P. Bydlinski*, ÖJZ 2015, 871, wo die im Rahmen des Alternativvorschlags zur berücksichtigenden Grundsätze (also nach der hier verwendeten Terminologie: Modernisierungsmaßnahmen) angeführt sind.

25 *P. Bydlinski*, ÖJZ 2015, 869 (869 bei FN 3).

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
<p>§ 368. (1) ¹Der Besitzer ist <u>redlich</u>, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. ²Beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens genügt der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, über die Sache zu verfügen.</p> <p>(2) <u>Beweist</u> der Eigentümer, dass der Besitzer aus der Natur der Sache, aus ihrem auffällig geringen Preis, aus den ihm bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormanns, aus dessen Unternehmen oder aus anderen Umständen einen <u>gegründeten Verdacht hätte schöpfen müssen</u>, so hat der Besitzer die Sache dem Eigentümer zu überlassen.</p>	<p>§ 368. (1) ¹Der Besitzer ist <u>redlich</u>, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. ²Beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens genügt der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, über die Sache im eigenen Namen zu verfügen.</p> <p>(2) ¹Die Sache ist dem Eigentümer zu überlassen, wenn er <u>beweist</u>, dass der Besitzer aus den Umständen des Erwerbs Verdacht hätte schöpfen müssen und daher <u>nicht redlich</u> war. ²Solche Umstände sind insbesondere die Natur der Sache, ihr auffallend geringer Preis, die bekannten persönlichen Eigenschaften des Vormannes oder dessen Unternehmen.</p>	<p>§ 368. ¹Der Besitzer ist <u>redlich</u>, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. ²Beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens genügt der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, über die Sache im eigenen Namen zu verfügen.</p>
Was dem Kläger zu beweisen obliegt?	Beweislastverteilung	Beweis und Beweislast
<p>§ 369. Wer die Eigentumsklage übernimmt, muß den <u>Beweis</u> führen, daß der Beklagte die eingeklagte <u>Sache in seiner Macht</u> habe, und daß diese Sache sein <u>Eigentum</u> sei.</p>	<p>§ 369. Der Kläger hat sein Eigentumsrecht an der Sache und die <u>Innehabung</u> durch den Beklagten zu <u>beweisen</u>.</p>	<p>§ 369. (1) ¹Die Sache ist dem Kläger zu überlassen, wenn er <u>beweist</u>, dass der Besitzer aus den Umständen des Erwerbs Verdacht hätte schöpfen müssen und daher <u>nicht redlich</u> war. ²Solche Umstände sind insbesondere die Natur der Sache, ihr auffallend geringer Preis, die bekannten persönlichen Eigenschaften des Vormannes oder dessen Unternehmen.</p> <p>(2) ¹Der Kläger hat die Sache zu <u>individualisieren</u> sowie sein Eigentumsrecht und die <u>Innehabung</u> durch den Beklagten zu beweisen. ²Gelingt dies, kann der Beklagte den Beweis führen, dass er dem Kläger gegenüber ein <u>Recht zur Innehabung</u> hat.</p>
<p>§ 370. Wer eine bewegliche Sache gerichtlich zurückfordert, muß sie <u>durch Merkmale beschreiben</u>, wodurch sie von allen ähnlichen Sachen gleicher Gattung ausgezeichnet wird.</p>	<p>§ 370. Der Kläger hat die Sache zu <u>individualisieren</u>.</p>	<p><i>Entfällt, da Regelung nunmehr in § 369 enthalten.</i></p>

Der *Alternativvorschlag* sieht also vor, dass § 368 Abs 2 (Beweislast für die Redlichkeit beim Erwerb nach § 367 ABGB) und § 370 (Individualisierbarkeit) in § 369 Abs 2 zusammengezogen werden; dort wird bereits jetzt der Beweis der Innehabung des Beklagten als Voraussetzung für den Herausgabeanspruch genannt. Gelingt dem Kläger der Beweis aller Anspruchsvoraussetzungen, kann der Beklagte das Recht zur Innehabung beweisen (§ 369 Abs 2 S 2 Alternativvorschlag).

Meines Erachtens könnte man darüber diskutieren, ob tatsächlich die besseren Gründe für diese im *Alternativvorschlag* vorgeschlagene Zusammenziehung sprechen. Zunächst scheint es – wie schon dargelegt – durchaus sinnvoll, im Rahmen der systematisch-strukturellen Modernisierung *nicht* in den Aufbau des Gesetzes einzugreifen.

Zu diesen generellen Bedenken kommt hinzu, dass der *Alternativvorschlag* Bestimmungen mit recht unterschiedlichem Regelungsgehalt in § 369 zusammenzieht und so womöglich die anerkannte zivilrechtliche Systematik im Gesetzesaufbau gerade nicht besser verdeutlicht als bisher.

Der *Alternativvorschlag* enthält zum einen in § 369 Abs 2 *Tatbestandsvoraussetzungen* für die *allgemeine Eigentumsklage* (Innehabung des Beklagten und Individualisierbarkeit der Sache); für diese Tatbestandsvoraussetzungen findet sich keine besondere Regel zur Beweislastverteilung, so dass die *allgemeine (Rosenberg'sche) Beweislastregel* gilt. Zum anderen regelt § 369 Abs 1 des Alternativvorschlags, dass die *Beweislast* hinsichtlich der beim originären Mobiliarerwerb nach § 367 ABGB erforderlichen Redlichkeit der Kläger trägt. Abs 1 regelt also keine Voraussetzung des Herausgabeanspruchs, sondern eine Sonderfrage, nämlich eine (von mehreren) Voraussetzungen für einen möglichen *Einwand des Beklagten* gegen die Eigentumsklage (Redlichkeit als Voraussetzung des Gutgläubenserwerbs); genau genommen wird dabei freilich nicht die Tatbestandsvoraussetzung an sich (Redlichkeit), sondern die Beweislast hinsichtlich dieser Tatbestandsvoraussetzung festgeschrieben. Unter dem systematisch-strukturellen Aspekt ist dabei auffallend, dass die allgemeine(re) Regel zu den allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen (Innehabung des Beklagten und Individualisierbarkeit der Sache) in Abs 2 zu finden ist, während Abs 1 eine Sonderfrage (Beweislast) zu einem Sonderaspekt (Redlichkeit als Voraussetzung für den Einwand des Beklagten) behandelt. Die Tatbestandsvoraussetzungen für den Einwand des Beklagten werden im Alternativvorschlag in §§ 367, 368 geregelt, nur die Beweislast für eine der zahlreichen Voraussetzungen (Redlichkeit) hingegen in § 369 Abs 1. Dadurch ist die Regelung der Beweislast (§ 369 Abs 1 Alternativvorschlag) von der Regelung der davon betroffenen Tatbestandsvoraussetzungen (§ 368 Alternativvorschlag) getrennt; das geltende Recht regelt beides noch einigermaßen zusammenhängend in § 368 Abs 1 und 2 ABGB.

Auch die Individualisierbarkeit (§ 370 ABGB) und die Innehabung des Beklagten (§ 369 ABGB) könnten meines Erachtens systematisch etwas besser platziert werden als in § 369 des Alternativvorschlags. Bei der *Individualisierbarkeit* handelt es sich ebenso wie bei der *Innehabung* des Beklagten um *allgemeine Voraussetzungen* jeder Eigentumsklage; es ist daher in der Tat sinnvoll, diese beiden Voraussetzungen zusammenzuziehen. Allerdings sollten diese beiden Tatbestandsmerkmale als allgemeine Anspruchsvoraussetzungen der Eigentumsklage von den Voraussetzungen für einen Einwand des Beklagten getrennt sein. Der *Alternativvorschlag* sieht jedoch vor, dass diese beiden allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen in § 369 Abs 2 geregelt sind, also gleich im Anschluss an die für den Gutgläubenserwerb nötige Redlichkeit (§ 369 Abs 1 Alternativvorschlag). Vorzugswürdiger schiene es mir, diese beiden allgemeinen Voraussetzungen der Ei-

gentumsklage gleich in § 366 anzuführen. Dass die Beweislast für diese Voraussetzungen eigens festgeschrieben wird, scheint nicht unbedingt erforderlich, weil sie der allgemeinen Regel entspricht.²⁶

Im Anschluss an die allgemeinen Voraussetzungen der Herausgabeklage, die allesamt in § 366 ABGB angeführt werden könnten, wären dann die in Betracht kommenden *Einwendungen des Beklagten* zu behandeln. Diese Einwendungen können bekanntlich auf einem der folgenden Umstände beruhen:

- nachträgliche *Heilung* des derivativen Erwerbs vom Nichtberechtigten,
- *auf einem Recht des Beklagten zur Innehabung* oder
- auf einem *Gutgläubenserwerb*.

Für die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen gilt grundsätzlich – mangels besonderer Regelungen – wiederum die allgemeine *Beweislastregel*, so dass eine ausdrückliche Regelung der Beweislast auch hier entbehrlich scheint. Nur hinsichtlich einer Tatbestandsvoraussetzung (Redlichkeit) besteht eine Beweislastumkehr; es spricht meines Erachtens viel dafür, diese Sonderregel nach Möglichkeit „in der Nähe“ der *dazugehörigen Tatbestandsvoraussetzung* festzuschreiben.

Das geltende Recht bringt diese eben in Erinnerung gerufene und heute anerkannte Systematik keineswegs deutlich zum Ausdruck. Aber auch der *Alternativvorschlag* zu den §§ 368, 369, 370 scheint dies nicht in ganz idealer Weise zu verdeutlichen. Will man im Bereich der §§ 368 ff ABGB tatsächlich in den Gesetzesaufbau eingreifen, um die Verständlichkeit des Gesetzes unter systematischen Gesichtspunkten zu verbessern, könnte es sich meines Erachtens empfehlen, dabei folgende Grundsätze zugrunde zu legen:

- Zunächst sollten die *allgemeinen Anspruchsvoraussetzungen* der Eigentumsklage geregelt werden.
- Im Anschluss daran sollten die möglichen *Einwendungen* des Beklagten (Heilung, Recht zum Besitz, Gutgläubenserwerb) und die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen angeführt sein.
- Aussagen zur *Beweislast* sollten nur dann ausdrücklich ins Gesetz aufgenommen werden, wenn sie von der allgemeinen Beweislastregel abweichen. Wird eine Beweislast ausdrücklich festgeschrieben, die ohnehin allgemeinen Grundsätzen entspricht, bringt dies die Gefahr von Unsicherheiten bei der Gesetzesauslegung mit sich, weil sich dann die Frage aufdrängt, weshalb der Gesetzgeber hinsichtlich eines speziellen Tatbestandsmerkmals die allgemeine Beweislast ausdrücklich regelt, hinsichtlich anderer aber nicht.²⁷
- Abweichungen von der allgemeinen Beweislastverteilung (Beweislastumkehr) sollten *in unmittelbarem Kontext mit dem davon betroffenen Tatbestandsmerkmal* festgeschrieben sein.

26 § 369 Abs 2 S 2 des Alternativvorschlags („*Gelingt dies, kann der Beklagte den Beweis führen, dass er dem Kläger gegenüber ein Recht zur Innehabung hat.*“) könnte mE daher entfallen.

27 Dem Gesetzgeber darf nämlich niemals – zumindest nicht im Rahmen der Methodenlehre – unterstellt werden, dass er unanwendbare oder sonst zwecklose Bestimmungen erlässt. Statt aller nur *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 444 bei FN 73, und *Kozio*, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik: Das deutsche Zivilrecht als Vorbild für Europa? AcP 2012, 1 (29: Es sollte nicht Schizophrenie als Normalzustand des Gesetzgebers unterstellt werden).

Diese grundsätzlichen Überlegungen entsprechen wohl im Übrigen dem Anliegen in Pkt 11, 12 und 14 der *Legistischen Richtlinien* des Handbuchs für Rechtssetzungstechnik:²⁸ Dem Text einer Rechtsvorschrift soll eine klar erkennbare Systematik zugrunde liegen (Pkt 11). Rechtsvorschriften sollen in systematischer, klar geordneter Abfolge aufgebaut sein und keine Brüche aufweisen. Was inhaltlich zusammengehört, soll zusammengefasst werden (Pkt 12). Der erste Absatz des Paragraphen soll das Thema konkretisieren und gegebenenfalls die wesentlichen Definitionen enthalten. Die Gedankenführung innerhalb eines Paragraphen soll stets vom Allgemeinen zum Besonderen führen (Pkt 14).

Möchte man dies bei Modernisierung der hier konkret infrage stehenden sachenrechtlichen Bestimmungen aufgreifen und umsetzen, scheint es sinnvoll, auch die *§§ 366, 367 ABGB in die Neustrukturierung miteinzubeziehen*, weil die Regelung der allgemeinen Voraussetzungen des Herausgabeanspruchs bereits dort beginnt. Auf Basis der vorstehenden Überlegungen könnte man folgenden neuen Alternativvorschlag formulieren (die roten Markierungen machen meine Änderungsvorschläge gegenüber *P. Bydlinski*s Alternativvorschlag erkennbar):

Original	Alternativvorschlag <i>Bydlinski</i>	Alternativvorschlag <i>Riss</i>	Struktur
Klagen aus dem Eigentumsrechte: a) Eigentliche Eigentumsklage: wem und gegen wen sie gebühre?	Herausgabeanspruch des Eigentümers (Eigentumsklage)	Herausgabeanspruch des Eigentümers (Eigentumsklage)	
§ 366. ¹ Mit dem Rechte des Eigentümers jeden Andern von dem Besitze seiner Sache auszuschließen, ist auch das Recht verbunden, seine ihm vorenthaltene Sache von jedem Inhaber durch die Eigentumsklage gerichtlich zu fordern. ² Doch steht dieses Recht demjenigen nicht zu, welcher eine Sache zur Zeit, da er noch nicht Eigentümer war, in seinem eigenen Namen veräußert, in der Folge aber das Eigentum derselben erlangt hat.	§ 366. Der Eigentümer kann seine Sache von jedem Inhaber herausverlangen, der ihm gegenüber zur Innehabung nicht berechtigt ist.	§ 366. Der <u>Eigentümer</u> kann seine Sache von jedem <u>Inhaber</u> herausverlangen, <u>wenn sie individualisierbar ist</u> ihm gegenüber zur Innehabung nicht berechtigt ist. (2) ¹ Der <u>Beklagte kann dem Herausgabeanspruch ein gegenüber dem Kläger bestehendes <u>Recht zur Innehabung</u> entgegenhalten oder, dass der nichtberechtigte Veräußerer der Sache <u>nachträglich Eigentum</u> erlangt hat.</u>	Allgemeine Anspruchs-<u>voraussetzungen</u>: Eigentum / Innehabung / Individualisierbarkeit. Keine Regelungen zur Beweislast, weil allgemeine Beweislastverteilung. Einwand 1: Recht zur Innehabung. Keine Regelungen zur Beweislast, weil allgemeine Beweislastverteilung. Einwand 2: Heilung. Keine Regelungen zur Beweislast, weil allgemeine Beweislastverteilung.

28 Zu diesen noch näher unten bei FN 35.

Original	Alternativvorschlag <i>Bydlinski</i>	Alternativvorschlag <i>Riss</i>	Struktur
Gutgläubiger Erwerb	Gutgläubiger Erwerb	Gutgläubiger Erwerb	
<p>§ 367. (1) ¹Die Eigentumsklage gegen den rechtmäßigen und redlichen Besitzer einer beweglichen Sache ist abzuweisen, wenn er beweist, dass er die Sache gegen Entgelt in einer öffentlichen Versteigerung, von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder von jemandem erworben hat, dem sie der vorige Eigentümer anvertraut hatte. ²In diesen Fällen erwirbt der rechtmäßige und redliche Besitzer das Eigentum. ³Der Anspruch des vorigen Eigentümers auf Schadenersatz gegen seinen Vertrauensmann oder gegen andere Personen bleibt unberührt.</p> <p>(2) Ist die Sache mit dem Recht eines Dritten belastet, so erlischt dieses Recht mit dem Erwerb des Eigentums durch den rechtmäßigen und redlichen Besitzer, es sei denn, dass dieser in Ansehung dieses Rechtes nicht redlich ist.</p>	<p>§ 367. (1) ¹Der rechtmäßige Besitzer einer beweglichen körperlichen Sache, der von einem Nichteigentümer erworben hat, ist im Zeitpunkt der Übergabe Eigentümer geworden, wenn er bis dahin redlich war und beweist, dass er die Sache</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. in einer öffentlichen Versteigerung, 2. von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder 3. von jemandem, dem sie der vorige Eigentümer anvertraut hatte, entgeltlich erworben hat. <p>²Aufgrund des Verlusts hat der vorige Eigentümer Anspruch auf Schadenersatz gegen die dafür verantwortlichen Personen.</p> <p>(2) ...</p> <p>(3) Für unbewegliche Sachen sind § 1500 sowie § 71 Grundbuchsgesetz zu beachten.</p>	<p>§ 367. (1) ¹Außerdem wird der rechtmäßige Besitzer einer beweglichen körperlichen Sache, der von einem Nichteigentümer erworben hat, ist im Zeitpunkt der Übergabe Eigentümer geworden, wenn er bis dahin redlich war und beweist, dass er die Sache</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. in einer öffentlichen Versteigerung, 2. von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder 3. von jemandem, dem sie der vorige Eigentümer anvertraut hatte, entgeltlich erworben hat. <p>²Aufgrund des Verlusts hat der vorige Eigentümer Anspruch auf Schadenersatz gegen die dafür verantwortlichen Personen.</p> <p>(2) ...</p> <p>(3) Für unbewegliche Sachen sind § 1500 sowie § 71 Grundbuchsgesetz zu beachten.</p>	<p>Einwand 3: Gutgläubiger Erwerb und dessen Voraussetzungen; keine Regelungen zur Beweislast, weil allgemeine Beweislastverteilung.</p> <p>Einleitendes „Außerdem“ macht die Struktur deutlich, indem es klar stellt, dass es sich um einen weiteren Einwand des Beklagten gegen den Herausga-beanspruch des Klägers handelt.</p>

Original	Alternativvorschlag <i>Bydlinski</i>	Alternativvorschlag <i>Riss</i>	Struktur
<p>§ 368. (1) ¹Der Besitzer ist redlich, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. ²Beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens genügt der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, über die Sache zu verfügen.</p> <p>(2) <u>Beweist</u> der Eigentümer, dass der Besitzer aus der Natur der Sache, aus ihrem auffällig geringen Preis, aus den ihm bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormanns, aus dessen Unternehmen oder aus anderen Umständen einen <u>gegründeten Verdacht hätte schöpfen müssen</u>, so hat der Besitzer die Sache dem Eigentümer zu überlassen.</p>	<p>§ 368. ¹Der Besitzer ist redlich, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. ²Beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens genügt der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, über die Sache im eigenen Namen zu verfügen.</p>	<p>§ 368. (1) ¹Der Besitzer ist <u>redlich</u>, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. ²Beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens genügt der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, über die Sache im eigenen Namen zu verfügen.</p> <p>(2) ¹Die Sache ist dem Kläger zu überlassen herauszugeben, wenn er <u>beweist</u>, dass der Besitzer aus den Umständen des Erwerbs Verdacht hätte schöpfen müssen und daher <u>nicht redlich</u> war. ²Solche Umstände sind insbesondere die Natur der Sache, ihr auffallend geringer Preis, die bekannten persönlichen Eigenschaften des Vormannes oder dessen Unternehmen.</p>	<p>Fortsetzung Einwand 3: Definition der Tatbestandsvoraussetzung Redlichkeit.</p> <p>Sonderregel der Beweislast für diese eine Tatbestandsvoraussetzung des Einwands 3, weil abweichend von der allgemeinen Beweislastregel.</p>

Original	Alternativvorschlag <i>Bydlinski</i>	Alternativvorschlag <i>Riss</i>	Struktur
Was dem Kläger zu beweisen obliegt?	Beweislastverteilung	Beweis- und Beweislast	
<p>§ 369. Wer die Eigentumsklage übernimmt, muß den <u>Beweis</u> führen, daß der Geklagte die eingeklagte <u>Sache in seiner Macht</u> habe, und daß diese Sache sein <u>Eigentum</u> sei.</p>	<p>§ 369. (1) ¹Die Sache ist dem Kläger zu überlassen, wenn er <u>beweist</u>, dass der Besitzer aus den Umständen des Erwerbs Verdacht hätte schöpfen müssen und daher <u>nicht redlich</u> war.</p> <p>²Solche Umstände sind insbesondere die Natur der Sache, ihr auffallend geringer Preis, die bekannten persönlichen Eigenschaften des Vormannes oder dessen Unternehmen.</p> <p>(2) ¹Der Kläger hat die Sache zu <u>individualisieren</u> sowie sein Eigentumsrecht und die <u>Innehabung</u> durch den Beklagten zu <u>beweisen</u>.</p> <p>²Gelingt dies, kann der Beklagte den Beweis führen, dass er dem Kläger gegenüber ein <u>Recht zur Innehabung</u> hat.</p>	<p>§ 369. (1) ¹Die Sache ist dem Kläger zu überlassen, wenn er <u>beweist</u>, dass der Besitzer aus den Umständen des Erwerbs Verdacht hätte schöpfen müssen und daher <u>nicht redlich</u> war.</p> <p>²Solche Umstände sind insbesondere die Natur der Sache, ihr auffallend geringer Preis, die bekannten persönlichen Eigenschaften des Vormannes oder dessen Unternehmen.</p> <p>(2) ¹Der Kläger hat die Sache zu <u>individualisieren</u> sowie sein Eigentumsrecht und die <u>Innehabung</u> durch den Beklagten zu <u>beweisen</u>.</p> <p>²Gelingt dies, kann der Beklagte den Beweis führen, dass er dem Kläger gegenüber ein <u>Recht zur Innehabung</u> hat.</p>	<p><i>Entfällt.</i></p> <p>Beweislastumkehr hinsichtlich Redlichkeit bereits in § 368 Abs 2, unmittelbar bei der Definition der von der Beweislastumkehr betroffenen Tatbestandsvoraussetzung.</p> <p>Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen der Innehabung und der Individualisierbarkeit ergeben sich bereits aus § 366 Abs 1; Beweislast entspricht allgemeinen Grundsätzen.</p> <p>Einwand des Rechts auf Innehabung ergibt sich schon aus § 366 Abs 2; Beweislast entspricht allgemeinen Grundsätzen.</p>

Original	Alternativvorschlag <i>Bydlinski</i>	Alternativvorschlag <i>Riss</i>	Struktur
<p>§ 370. Wer eine bewegliche Sache gerichtlich zurückfordert, muß sie <u>durch Merkmale beschreiben</u>, wodurch sie von allen ähnlichen Sachen gleicher Gattung ausgezeichnet wird.</p>	<p><i>Entfällt, da Regelung nunmehr in § 369 enthalten.</i></p>	<p><i>Entfällt, da Regelung nunmehr in § 366 Abs 1 enthalten.</i></p>	<p>Allgemeine Anspruchsvoraussetzung der Individualisierbarkeit ergibt sich bereits aus § 366 Abs 1; Beweislast diesbezüglich entspricht allgemeinen Grundsätzen.</p>

D. Sprachliche Vereinfachung/Verbesserung der Verständlichkeit

1. Allgemeines

(Ältere) Gesetzestexte können – wie gezeigt – zum einen als Reaktion auf soziale und ökonomische Entwicklungen modernisiert werden (oben Pkt III.B.) und zum anderen, indem man sie an die weiterentwickelte System- und Begriffsbildung anpasst (oben Pkt III.C). Eine Modernisierung kann aber auch allein unter einem sprachlichen Aspekt betrieben werden, indem die Verständlichkeit von Rechts-/Gesetzestexten verbessert wird. *P. Bydlinski*s Forschungsprojekt dürfte sich

vorrangig gerade diesem Modernisierungsaspekt widmen, weil mit den dafür erforderlichen Modernisierungsmaßnahmen die *Gefahr von inhaltlichen Eingriffen gering* gehalten werden kann. Zum Einsatz kommt auch hier – wie bei der Modernisierung durch Anpassung an die weiterentwickelte System- und Begriffsbildung – vor allem eine Änderung des *Satzbaus* und eine Anpassung der *Begriffe*; zudem soll auch die *Ausdrucksweise* nach den Regeln der Klarsprache verbessert werden. Hier zielt die Neu-/Umgestaltung allerdings nicht vorrangig darauf ab, die zivilrechtliche Systembildung (besser) abzubilden, sondern der Text soll – sozusagen unabhängig von der dahinterstehenden Systematik – sprachlich verständlicher gemacht werden.

Wird ein Gesetz mithilfe solcher Modernisierungsmaßnahmen angepasst (Satzbau, Begriffe, Ausdrucksweise), kann man zwar gut vermeiden, dass dabei in den Regelungsgehalt des Gesetzes eingegriffen wird. Dieser Ansatz stößt allerdings auf andere Schwierigkeiten. Zum einen ist es alles andere als leicht, *abstrakte, vom konkreten Fall/Satz losgelöste Regeln* für gute/verbesserte Verständlichkeit zu formulieren. Davon weiß jeder ein Lied zu singen, der schon einmal als Betreuer einer wissenschaftlichen Arbeit versucht hat, dem Betreuten zu Beginn ein paar nützliche Anleitungen mit auf den Weg zu geben. Viel mehr als die schon aus der Schulzeit bekannten Ratschläge, wonach Schachtelsätze, lange Sätze und passive Formulierungen zu vermeiden sind, lässt sich trotz größter Hilfsbereitschaft in allgemeiner Form oft nicht sagen.

In der *Sprachwissenschaft* fanden sich in der Vergangenheit verschiedene Konzepte, die sprachliche Verständlichkeit im Fokus hatten:²⁹ Bis 1920 widmete man sich den kognitiven Prozessen der Buchstaben- und Worterkennung bei erwachsenen Lesern. Diese Fragestellung wurde ab 1920 bis etwa 1960 grundlegend modifiziert und man suchte nach einer optimalen Methode des Leseunterrichts. Seit Mitte der 60er Jahre steht die Textverarbeitungsforschung im Mittelpunkt. Heute arbeitet man mittlerweile sogar mit mehreren verschiedenen Algorithmen und mathematisch zu berechnenden Kennzahlen, an denen sich ablesen lässt, welchen „score“ ein Text auf der Verständlichkeitsskala erreicht.³⁰ Wer die Verständlichkeit von Rechtstexten verbessern will, muss den Wert dieser Anstrengungen gewiss hoch ansetzen. Dennoch scheint mir, dass man nicht der Verlockung verfallen sollte, Sprache und Sprachkultur mechanisch in mathematische Formeln gießen zu wollen. Der Nutzen, den solche Algorithmen entfalten, wenn man sie einsetzt, um die Textverständlichkeit zu verbessern, beschränkt sich nach meiner (sicherlich sehr laienhaften) Wahrnehmung nicht selten im Wesentlichen darauf, wenig verständliche Passagen zu identifizieren; so spricht etwa *Muhr*³¹ davon, dass sich damit nur textuelle Oberflächenphänomene messen lassen. Eher schwer fällt es hingegen sich vorzustellen, wie sich solche mathematischen Formeln und Algorithmen als Grundlage einer *Handlungsanleitung* für denjenigen eignen können, der einen Rechtstext zu formulieren hat.

Die Entwicklung der Sprachwissenschaft und deren Erkenntnisse sind von eminentem Einfluss gerade auf die Disziplin der Rechtswissenschaften, weil – wie es *Schwintowski*³² pointiert formuliert – Recht ohne Sprache ebenso wenig denkbar ist wie Sprache ohne Recht. Keineswegs soll generell bezweifelt werden, dass man *objektive Kriterien der Sprache* von Gesetzen, die sich als

29 Weiterführend *Schwintowski*, Die Bedeutung interdisziplinären Arbeitens von Rechts- und Sprachwissenschaft, NJW 2003, 632 (635 mwH).

30 Dazu siehe näher *Muhr*, Zur Bürgerfreundlichkeit und Verständlichkeit alltagsnaher österreichischer Rechtstexte, in *Burkhardt/Hoberg/Di Meola* (Hrsg), Deutsche Sprachwissenschaft international XV (2012) 117 (123 f).

31 In *Burkhardt/Hoberg/Di Meola*, Sprachwissenschaft XV 124.

32 NJW 2003, 632.

abstrakte Regeln vermitteln lassen, erarbeiten und erlernen kann.³³ Internationale Beispiele, zu einem großen Teil basierend auf dem Konzept der Klarsprache, zeugen von zahlreichen seriösen Versuchen.³⁴ In Österreich hat sich das Bundeskanzleramt bereits 1990 in dieser Richtung engagiert und ein Handbuch zur Rechtssetzungstechnik herausgegeben, in dem „legistische Richtlinien“ für die Rechtssprache formuliert sind.³⁵ Wer diese Richtlinien etwas näher studiert, wird wahrscheinlich meinen Eindruck teilen, dass es unpassend wäre zu sagen, in Österreich sei die Arbeit damit bereits getan. So findet sich in diesen Richtlinien etwa die (sogar außerordentlich streng formulierte) Regel, dass innerhalb eines Paragraphen *„keinesfalls mehr als acht Absätze gebildet werden“* dürfen (Pkt 13 der Richtlinien) und dass *„der in einem Paragraphen zusammengefasste Text [...] nicht länger als zwei eineinhalbzeilig beschriebene Seiten (rund 3500 Anschläge) sein“* soll. Nicht sehr viel hilfreicher Neuigkeitswert kommt auch den Vorgaben dieser Richtlinien hinsichtlich des Textaufbaus zu. Danach sollen *„Rechtsvorschriften [...] in systematischer, klar geordneter Abfolge aufgebaut sein und keine Brüche aufweisen“* (Pkt 12 der Richtlinien); dass dem so sein soll, wird sich wohl niemand zu widersprechen trauen. Manch ein Legist würde vermutlich gerne weitere und vor allem konkretere Anleitungen als Hilfestellung annehmen.

Zuzugeben ist wohl, dass abstrakte und objektivierte Vorgaben für die Verständlichkeit von Rechts-/Gesetzestexten nicht leicht zu formulieren sind. Damit ist aber auch die Formulierung von Rechts-/Gesetzestexten mit *optimaler* Verständlichkeit schwer machbar und im Hinblick auf das Kriterium der Verständlichkeit auch kaum objektiv messbar. Nicht zuletzt aus diesem Grund ist P. Bydlinski³⁶ Zugang, wonach es im Rahmen seines Forschungsprojekts unmöglich und anmaßend wäre, perfekte Neuformulierungen anzustreben, pragmatisch und sympathisch; es solle bloß versucht werden – so P. Bydlinski –, auf Basis des Vorhandenen das (relativ) Beste zu finden.

Dass Gesetzestexte nicht selten sehr weit von der machbaren Verständlichkeit entfernt bleiben, muss aber – das sei hier noch erwähnt – keineswegs auf fehlende Formulierungsanleitungen, auf ein Unvermögen der Legisten oder auf Zeitdruck bei der Gesetzesgenese zurückzuführen sein. Wie etwa Öhlinger nachvollziehbar herausstreicht, sind Verständlichkeit und Präzision vom Normsetzungsorgan oft gar nicht gewollt:³⁷ Politisches Tauziehen zielt nicht selten darauf ab, eine Norm unpräzise zu formulieren; die sprachliche Qualität einer Rechtsvorschrift nehme daher direkt proportional mit dem Engagement des jeweiligen Beschlusskörpers ab, denn die Volksvertreter seien keine Legisten. Ob die fehlende Verständlichkeit von Gesetzestexten immer nur ein Fluch ist oder auch ein Segen sein kann, darüber kann man geteilter Meinung sein. Martin³⁸ etwa hat vor solchen unerwünschten Hintertüren für den Rechtsanwender gewarnt: Gesetze sollen *„[d]eutlich und bestimmt [sein], damit sie nicht durch Auslegung verdreht werden können.“*

33 Öhlinger, Sprache und Recht – eine Problemskizze, in Öhlinger (Hrsg), Recht und Sprache (1986) 25 (29 f).

34 Muhr, Strategien der Reformulierung von Rechtstexten und ihr Einsatz in der Ausbildung von Übersetzern und Dolmetschern, in Blachut (Hrsg), Sprachwissenschaft im Fokus germanistischer Forschung und Lehre (2013) 309 (312 f mwH).

35 <https://www.justiz.gv.at/web2013/file/2c94848a60c158380160e4e3747c0c33.de.0/legri1990.pdf> (Zugriff am 7. 11. 2018).

36 ÖJZ 2015, 70 FN 8; P. Bydlinski, Zur sprachlichen Modernisierung des Erbrechts im ABGB, in Rabl/Zöchling-Jud (Hrsg), Das neue Erbrecht 13 (18); zust Jeremias, ABGB-Vorschriften über das Eigentumsrecht 3.

37 Öhlinger in Öhlinger, Recht und Sprache 28.

38 Des Freiherrn von Martini allgemeines Recht der Staaten (1788) 34.

Andere sehen in den „*großzügigen elastischen Regelungen*“ des ABGB einen seiner großen Vorzüge.³⁹

Wie dem auch sei: Für die hier verfolgte Modernisierung des ABGB stehen die Chancen auf Erfolg unter diesem Aspekt wahrscheinlich gar nicht so schlecht, denn dieses Vorhaben kann wohl in einer von politischen Tageskämpfen abgeschirmten Sphäre angegangen werden.⁴⁰

2. Anzulegender Maßstab

Will man die sprachliche Verständlichkeit von Rechts-/Gesetzestexten (relativ) verbessern, muss aber zumindest über eine Vorgabe in der Aufgabenstellung Klarheit herrschen: *Für wen* soll der Rechtstext *verständlich* sein? Zurecht hat *Rainer*⁴¹ dies als Grundsatzfrage bezeichnet,⁴² er war aber auch vorsichtig genug, eine konkrete Antwort darauf schuldig zu bleiben. Zur Zeit der Redaktion des ABGB herrschte die Auffassung vor, der Gesetzestext müsse selbst für Nichtjuristen verständlich sein. *Zeiller*⁴³ forderte, das Gesetz soll „*nicht nur dem Rechtsgelehrten, sondern auch dem gebildeteren Bürger [leichtverständlich] sein*“. Noch etwas schwerer zu erfüllen war der Anspruch *Martinis*,⁴⁴ Gesetze „*sollen kurz, leicht und faßlich geschrieben sein, wie die zehen Gebothe des göttlichen Gesetzgebers. Alle Unterthanen haben nicht ein gleich gutes Gedächtnis, gleiche Beurtheilungskraft*“; demnach sollte also nicht nur der gebildete Bürger, sondern jeder Untertan⁴⁵ – sei er auch mit unterdurchschnittlicher „Beurtheilungskraft“ ausgestattet – das Gesetz verstehen können.

Es überrascht nicht, dass angesichts der stetig zunehmenden *Komplexität des Wirtschaftslebens* und damit einhergehend auch jener der Rechtsbeziehungen die Latte bei den Bemühungen um Verständlichkeit heutzutage wesentlich niedriger gelegt wird. Nach *Schönherr*⁴⁶ ist Allgemeinverständlichkeit zwar anzustreben; sie dürfe aber nicht zulasten der juristischen Präzision gehen. Auch nach *Öhlinger*⁴⁷ ist nicht die mangelnde Verständlichkeit für jedermann das Problem, sondern die mangelnde Verständlichkeit für den, der das Gesetz anzuwenden hat; denn Gesetze hätten nicht primär die Funktion, Rechtskenntnisse zu verbreiten, sondern Regeln für das Entscheidungsorgan im konkreten Konfliktfall bereitzustellen. Gesetze seien Texte, die primär für *Spezialisten* geschrieben werden und für diese brauchbar sein sollten.⁴⁸

39 *Gschnitzer*, Österreichische Eigenart im ABGB, ÖJZ 1954, 465 (insb 468); *Mayr-Maly*, Die Lebenskraft des ABGB, NZ 1986, 265; *Welser*, JBI 2012, 207; *P. Bydlinski*, Legistik, Methode, Systematik und Sprache des ABGB, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), ABGB 2011 (2008) 19 (20).

40 Vgl. *Öhlinger* in *Öhlinger*, Recht und Sprache 28 mwH.

41 Vom Beruf unserer Zeit zur Kodifikation, in *Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer* (Hrsg), ABGB 2011 – Chancen und Möglichkeiten einer Zivilrechtsreform (2008) 9 (17).

42 Ähnlich auch *Öhlinger* in *Öhlinger*, Recht und Sprache 30 ff, der die Verständlichkeit als einen relativen Begriff bezeichnet, so dass sich stets die Frage stelle, für wen denn ein Rechtstext verständlich sein müsse.

43 *Zeiller*, Kommentar I 25; auf diese Kommentarstelle weist auch *P. Bydlinski* in *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht 19 hin.

44 Des Freiherrn von Martini allgemeines Recht der Staaten (1788) 34; vgl aber das etwa abweichende Zitat bei *Welser*, JBI 2012, 208.

45 Ähnlich forderte *Hermann Conring* (De Origine iuris Germanici [1643]) schon 1643 man solle „*das Recht in einer Sprache niederschreiben, die knapp, klar und vaterländisch ist. Diese Sprache nämlich ist dann endlich für diejenigen verständlich, die nach diesem Recht leben sollen*“; zitiert nach *Schwintowski*, NJW 2003, 634 FN 19.

46 Sprache und Recht (1985) 83; zust. *Öhlinger* in *Öhlinger*, Recht und Sprache 33.

47 *Öhlinger* in *Öhlinger*, Recht und Sprache 30 ff.

48 *Öhlinger* in *Öhlinger*, Recht und Sprache 33.

Diesen an den Kenntnissen und Fähigkeiten eines Spezialisten ausgerichteten Verständlichkeitsmaßstab konkretisiert bzw. *relativiert* P. Bydlinski⁴⁹ mit Blick auf das ABGB meines Erachtens treffend und angemessen: Maßstab der Verständlichkeit sollten nicht die Fachleute sein, die sich seit Jahren mit dem ABGB beschäftigen; ebenso wenig aber sei Zugänglichkeit für den „einfachen Bürger“ gefordert. Bei den Verständlichkeitsbemühungen sei an die Studierenden der Rechtswissenschaften, an im Beruf stehende Juristen und an ausländische Fachinteressierte zu denken.

3. Der uneingeleitete vorangestellte Konditionalsatz

Eine der (nicht sehr zahlreichen) sehr konkreten Handlungsanleitungen bei der Formulierung von Rechtstexten betrifft das Phänomen des sogenannten uneingeleiteten vorangestellten Konditionalsatzes. Gemeint sind damit Sätze, die *zuerst eine Bedingung* und *dann erst die Handlung bzw. das Geschehen*, die/das bei Vorliegen dieser Bedingung ausgelöst oder möglich gemacht wird, anführen;⁵⁰ solche Sätze würden die Lesbarkeit eines Textes beeinträchtigen, weil der Leser bis zum Ende des Satzes lesen muss, bevor er das Wesentliche der Aussage erfassen kann, Menschen mit geringerer Leseerfahrung und Behaltensleistung könnten sich damit schwertun. Zur Illustration nennt Muhr folgenden Satz:⁵¹ „Erfolgt umgehend Zahlung, so wird das Tätigwerden des Gerichtsvollziehers und somit das Entstehen weiterer Kosten verhindert.“

Was aus der Sicht der Sprachwissenschaft offensichtlich als unschicklich gesehen wird, dürfte die Mehrzahl der Rechtswissenschaftler allerdings eher als Wohlklang empfinden. In juristische Kategorien übersetzt bedeutet ein solcher Satzbau nämlich, dass der Satz zuerst den *Tatbestand* (also die Bedingung) definiert und *anschließend* die daran geknüpfte *Rechtsfolge* (das ausgelöste Geschehen) festschreibt. Damit ist also geradezu der Prototyp einer idealen Norm verwirklicht. Sowohl in den Textvorschlägen als auch in den Alternativvorschlägen und ebenso in der geltenden Fassung des ABGB trifft man uneingeleitete vorangestellte Konditionalsätze – wenig überraschend – sehr häufig an.

Originaltext Miteigentum	Textvorschlag Miteigentum	Alternativen Miteigentum
§ 361. <u>Wenn</u> eine noch ungeteilte Sache mehreren Personen zugleich <u>zugehört</u> , so entsteht ein gemeinschaftliches Eigentum. (...)	§ 361. <u>Wenn</u> das Eigentumsrecht an einer Sache mehreren Personen <u>gebührt</u> , besteht gemeinschaftliches Eigentum (§§ 825–849). (...)	§ 361. (1) <u>Steht</u> eine Sache im Eigentum von mehr als einer Person, <u>liegt</u> Miteigentum vor. (...)

Anmerkung: In der Originalfassung und im Textvorschlag von § 361 S 1 liegt ein *eingeleiteter* Konditionalsatz vor, weil der Nebensatz mit der Konjunktion „wenn“ eingeleitet wird (dazu FN 49).

49 P. Bydlinski in Fischer-Czermak/Hopf/Kathrein/Schauer, ABGB 2011 26; siehe auch *denselben*, ÖJZ 2015, 870; zust. Jeremias, ABGB-Vorschriften über das Eigentumsrecht 2.

50 Muhr in Burkhardt/Hoberg/Di Meola, Sprachwissenschaft XV 136. Das Attribut *uneingeleitet* drückt dabei aus, dass die Konjunktion „wenn“ oder „falls“ weggelassen wird und die finite Verbform an erster Stelle steht.

51 Muhr in Burkhardt/Hoberg/Di Meola, Sprachwissenschaft XV 136.

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
	Beeinträchtigungen durch behördlich genehmigte Anlagen	Beeinträchtigungen durch behördlich genehmigte Anlagen
§ 364a. Wird jedoch die Beeinträchtigung durch eine Bergwerksanlage oder eine behördlich genehmigte Anlage auf dem nachbarlichen Grund in einer dieses Maß überschreitenden Weise <u>verursacht</u> , so ist der Grundbesitzer nur berechtigt, den Ersatz des zugefügten Schadens gerichtlich zu verlangen, (...).	§ 364a. ¹ Verursacht jedoch eine behördlich genehmigte Anlage eine die Grenzen des § 364 Abs. 2 überschreitende Beeinträchtigung, hat der Besitzer des Grundstücks nur Anspruch auf Ausgleich des erlittenen Schadens. (...)	§ 364a. ¹ Verursacht eine behördlich genehmigte Anlage eine die Grenzen des § 364 Abs. 2 überschreitende Beeinträchtigung, hat der Grundstückseigentümer nur Anspruch auf Ausgleich des erlittenen Schadens. (...)

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
Gutgläubiger Erwerb	Gutgläubiger Erwerb	Gutgläubiger Erwerb
§ 367. (2) <u>Ist die Sache</u> mit dem Recht eines Dritten <u>belastet</u> , <u>so erlischt dieses Recht</u> mit dem Erwerb des Eigentums durch den rechtmäßigen und redlichen Besitzer, es sei denn, dass dieser in Ansehung dieses Rechtes nicht redlich ist. ⁵²	§ 367. (2) <u>Ist die Sache</u> mit dem Recht eines Dritten <u>belastet</u> , <u>so erlischt dieses Recht</u> mit dem Erwerb des Eigentums [durch den rechtmäßigen und redlichen Besitzer], sofern in Bezug auf dieses Recht die Voraussetzungen des Abs. 1 vorliegen.	§ 367. (2) ...

Es lässt sich wohl sagen, dass bei der Figur des uneingeleiteten vorangestellten Konditionalsatzes die Ansprüche an Lesbarkeit und Textverständlichkeit zwischen Juristen und Nichtjuristen diametral auseinanderdriften. Mögen *Sprachwissenschaftler* auch darüber jammern, aus dem Blickwinkel eines juristisch gebildeten Lesers erschwert ein solcher Satzbau keineswegs das Textverständnis. Ganz im Gegenteil bietet diese Satzkonstruktion *für Juristen* wohl sogar *Vorteile*: Die Lektüre von Rechtstexten zielt nämlich häufig darauf ab, die Grundlagen für die Subsumtion eines bereits verwirklichten Sachverhalts zu ermitteln. Häufig hat der Jurist also den zu beurteilenden Sachverhalt schon im Hinterkopf, wenn er beginnt, den Rechtstext zu lesen. In dieser Situation kommt es ihm als Leser entgegen, dass der Satz mit einer Umschreibung des Sachverhalts (also mit dem Tatbestand) eingeleitet wird, weil sich dann gleich zu Beginn herausstellt, ob der Rest des Satzes (also die Rechtsfolge) für ihn überhaupt von Interesse sein wird. Diese Unterschiede zwischen Juristen und Nichtjuristen bei der Verständlichkeits-/Lesbarkeitsprüfung zeigen jedenfalls anschaulich, dass die zuvor erörterte Frage (oben Pkt I.A.2.) nach dem hier anzulegenden Maßstab keineswegs von rein theoretischem Interesse ist.

Ein weitergehender Gedanke aus meiner (sicherlich sehr laienhaften) Sicht sei in diesem Zusammenhang noch gestattet: Selbst wenn man die eben skizzierten Denkmuster – um nicht zu sagen: Marotten – des juristischen Lesers ausblendet, scheint mir die Figur des uneingeleiteten vorangestellten Konditionalsatzes nicht unbedingt etwas Verwerfliches zu sein. Dieser Satzbau dürfte nämlich in vielen Fällen auch die Chronologie der im Satz beschriebenen Ereignisse abbilden und

52 Diese Formulierung stellt zu Unrecht bloß auf die Redlichkeit (Gutgläubigkeit) ab, obwohl anerkanntermaßen auch eine Alternativvoraussetzung des Abs 1 erfüllt sein muss, um den ungewollten Rechtsverlust zu rechtfertigen (s nur *Iro*, HaRAG: Irrwege beim lastenfreien Erwerb kraft guten Glaubens, RdW 2006, 675 [676]; in den ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 66 f ist dazu leider nichts zu finden). Diese wichtige Klärung erfolgt bereits im Textvorschlag.

deswegen auch mit dem Gedankengang des *durchschnittlichen (juristisch nicht gebildeten) Lesers* konformgehen. Um dies am Eingangsbeispiel (oben bei FN 51) zu veranschaulichen:

1. Zuerst wird umgehend gezahlt;
2. dadurch muss in der Folge der Gerichtsvollzieher nicht tätig werden und es entstehen keine weiteren Kosten.

Nicht selten findet man im ABGB (und ebenso im Textvorschlag und im Alternativvorschlag) auch den *nachgestellten Konditionalsatz*. Beispiele dafür finden sich etwa in § 368 Abs 1 (Original und Textvorschlag) bzw Satz 1 (Alternativvorschlag) sowie in § 364c Satz 2 (Original) bzw Abs 2 (Textvorschlag und Alternativvorschlag).

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
§ 368. (1) ¹ Der Besitzer ist redlich, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. (...)	§ 368. (1) ¹ Der Besitzer ist redlich, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. (...)	§ 368. ¹ Der Besitzer ist redlich, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
	Veräußerungs- und Belastungsverbot	Veräußerungs- und Belastungsverbot
§ 364c. ¹ (...) ² Gegen Dritte <u>wirkt es dann, wenn</u> es zwischen (...) begründet und im öffentlichen Buche eingetragen wurde.	§ 364c. (2) Gegen Dritte <u>wirkt es dann, wenn</u> es zwischen (...) begründet und im Grundbuch eingetragen wurde.	§ 364c. (2) Gegen Dritte <u>wirkt</u> ein solches Verbot als Ausschluss von Veräußerung und Belastung <u>nur dann, wenn</u> es sich auf ein Grundstück bezieht, zwischen (...) begründet und im Grundbuch eingetragen wurde.

Es stellt sich die Frage, ob sich eine generelle Regel finden lässt, wann der vorangestellte und wann der nachgestellte Konditionalsatz vorzuziehen ist. Prima vista scheint der Unterschied zwischen diesen beiden Varianten des Satzbaus nicht sehr groß zu sein, wie die Gegenüberstellung von § 368 Abs 2 ABGB in der Originalfassung und im Textvorschlag zeigt: Im *Original* ist der Konditionalsatz vorangestellt, im *Textvorschlag* und *Alternativvorschlag* ist er hingegen nachgestellt.

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
§ 368. (2) <u>Beweist der Eigentümer</u> , dass der Besitzer (...) einen begründeten Verdacht hätte schöpfen müssen, <u>so hat der Besitzer die Sache dem Eigentümer zu überlassen</u> .	§ 368. (2) ¹ Die <u>Sache ist dem Eigentümer zu überlassen, wenn er beweist</u> , dass der Besitzer aus den Umständen des Erwerbs Verdacht hätte schöpfen müssen und daher nicht redlich war. (...)	§ 369. (1) ¹ Die <u>Sache ist dem Kläger zu überlassen, wenn er beweist</u> , dass der Besitzer aus den Umständen des Erwerbs Verdacht hätte schöpfen müssen und daher nicht redlich war.

Wiederum aus der laienhaften Sicht gesprochen könnte es sinnvoll sein, den Hauptsatz immer dann voranzustellen (den Konditionalsatz also nachzustellen), wenn die Anordnung (Rechtsfolge) des Hauptsatzes in einem *Gegensatz zu einer früheren Anordnung* steht, wenn es sich also um eine Ausnahme handelt. Dies wäre im gewählten Beispiel (§ 368 Abs 2 Textvorschlag und Alternativvorschlag) der Fall: Hier wird als Ausnahme zur Rechtsfolge in § 367 (Abweisung der Eigentumsklage) angeordnet, dass die Sache dem Kläger sehr wohl herauszugeben ist. Ob sich die Entscheidung zwischen dem vorangestellten und dem nachgestellten Konditionalsatz tatsächlich

signifikant auf die Lesbarkeit/Verständlichkeit des Rechtstextes auswirkt, müssten letztlich aber wohl Sprachwissenschaftler beurteilen.

4. Verweise – ja oder nein?

Auch über die Grenze, die zwischen Juristen und Sprachwissenschaftlern verläuft, hinweg können die Vorstellungen von Textverständlichkeit und Lesbarkeit erheblich differieren. Das zeigt sich an der Frage, ob ein Rechtstext Verweise auf andere Rechtstexte enthalten soll. In der Sprachwissenschaft steht man (Quer-)Verweisen auf andere Rechtstexte *skeptisch* gegenüber:⁵³ Durch das Weglassen verbessere sich die Lesbarkeit. Teilweise sieht aber auch die rechtswissenschaftliche Literatur⁵⁴ Verweise innerhalb eines Gesetzes oder auf andere gesetzliche Regelungen als eine „äußerst“ problematische Technik mit negativen Folgeproblemen an, die daher nur mit Vorsicht verwendet werden sollte. *Unger* etwa hat den Umstand, dass Verweise auf andere Gesetzesstellen nur selten und nur in bescheidenem Umfang vorkommen, als einen der Vorzüge des ABGB gerühmt, weil dadurch das Verständnis erleichtert sei.⁵⁵

Auch die „Legistischen Richtlinien“ im Handbuch der Rechtssetzungstechnik⁵⁶ stehen dem Einsatz von Verweisen eher zurückhaltend gegenüber: Verweisungen sind nur dann vorzusehen, wenn dadurch gegenüber der inhaltlichen Wiedergabe der Rechtsvorschrift eine wesentliche Vereinfachung erzielt werden kann und die Verständlichkeit nicht beeinträchtigt wird.

Ein Indiz dafür, dass sich Querverweise in Rechtstexten negativ auf die Verständlichkeit auswirken, findet man schließlich auch in der Rechtsprechung zum Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG; nach dieser Bestimmung ist die Verständlichkeit eines Rechtstextes ausnahmsweise sogar normativ relevant. Nach der Rechtsprechung des OGH führt ein Querverweis in einem Klauselwerk *per se* noch nicht zur Intransparenz, allerdings könne im Einzelfall unklar sein, welche Rechtsfolgen sich aus dem Zusammenwirken der aufeinander bezogenen Bestimmungen ergeben.⁵⁷

*P. Bydlinský*⁵⁸ spricht sich dafür aus, die im ABGB bis dato nur spärlich anzutreffenden internen und externen *Verweise zu vermehren*. Dementsprechend finden sich in den Textvorschlägen und Alternativvorschlägen zu den §§ 353 bis 379 an zahlreichen Stellen neu in den Gesetzestext aufgenommene Verweise.

⁵³ *Muhr* in *Blachut*, Sprachwissenschaft 318.

⁵⁴ *Öhlinger* in *Öhlinger*, Recht und Sprache 30.

⁵⁵ *Unger*, GrünhutsZ 31, 390 = Separat-Abdruck 2.

⁵⁶ Oben FN 35.

⁵⁷ RIS-Justiz RS0122040; in letzter Zeit etwa OGH 6 Ob 120/15p (Klausel 56).

⁵⁸ ÖJZ 2015, 871.

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
Miteigentum	Miteigentum	Miteigentum
§ 361. ¹ Wenn eine noch ungeteilte Sache mehreren Personen zugleich zugehört; so entsteht ein gemeinschaftliches Eigentum. (...)	§ 361. ¹ Wenn das Eigentumsrecht an einer Sache mehreren Personen gebührt, besteht <u>gemeinschaftliches Eigentum</u> (§§ 825-849). (...)	§ 361. (1) ¹ Steht eine Sache im Eigentum von mehr als einer Person, liegt Miteigentum vor. ² <u>Regelungen dazu enthalten die §§ 825-849.</u> (2) Alleineigentum an noch nicht abgetrennten Teilen einer einheitlichen Sache ist an <u>selbständigen Bestandteilen</u> (§ 294) möglich; (...).

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
Gutgläubiger Erwerb	Gutgläubiger Erwerb	Gutgläubiger Erwerb
§ 367. (...)	§ 367. (...)	§ 367. (...) (3) Für unbewegliche Sachen sind § 1500 sowie § 71 Grundbuchsgesetz zu beachten.

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
b) Eigentumsklage aus dem rechtlich vermuteten Eigentume des Klägers Gegen welchen Besitzer diese Vermutung eintrete?	Klage aus dem rechtlich vermuteten Eigentum	
§ 372. (...).	§ 372. (...)	§ 372. (1) Gelingt dem Kläger der Eigentumsbeweis nicht, war er aber früher <u>rechtlicher Besitzer der Sache</u> (§ 328a), wird er gegenüber dem beklagten Inhaber, der keinen oder nur einen schwächeren Titel vorweisen kann, wie der wahre Eigentümer behandelt. (2) Den Beweis der <u>Rechtmäßigkeit</u> (§ 316) und der <u>Echtheit</u> (§ 345) seines früheren Besitzes muss der Kläger führen, während seine <u>Redlichkeit vermutet wird</u> (§ 328).

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
Gesetzliche Folge: a) der Ablehnung des Besitzes;	Leugnung des Besitzes	
§ 376. Wer den Besitz einer Sache vor Gericht leugnet, und dessen überwiesen wird, muß dem Kläger deswegen allein schon den Besitz abtreten; doch behält er das Recht, in der Folge seine Eigentumsklage anzustellen.	§ 376. ¹ Wer die Innehabung einer Sache vor Gericht zu Unrecht leugnet, muss die Sache dem Kläger allein aus diesem Grund herausgeben. ² Der Beklagte hat das Recht, in der Folge eine <u>Eigentumsklage</u> (§§ 366, 372) zu erheben.	§ 376. ¹ Wenn der Beklagte die Innehabung einer Sache vor Gericht wider besseres Wissen abstreitet, muss er die Sache dem Kläger allein aus diesem Grund herausgeben. ² Anschließend hat der Beklagte das Recht, eine <u>Eigentumsklage</u> (§§ 366, 372) zu erheben.

Originaltext	Textvorschlag	Alternativen
Was der Besitzer dem Eigentümer erstatte	Ersatzansprüche des Eigentümers gegen den Besitzer	Ersatzansprüche des siegreichen Klägers gegen den verurteilten Besitzer
§ 379. Was sowohl der redliche als unredliche Besitzer dem Eigentümer in Ansehung des entgangenen Nutzens, oder des erlittenen Schadens zu ersetzen habe, ist <u>in dem vorigen Hauptstücke bestimmt</u> worden.	§ 379. Ob und inwieweit der Besitzer dem Eigentümer erlittene Schäden oder entgangenen Nutzen zu ersetzen hat, <u>wird in den §§ 329–338 geregelt.</u>	§ 379. Ob und inwieweit der Beklagte dem siegreichen Kläger erlittene Schäden oder entgangenen Nutzen zu ersetzen hat, <u>wird in den §§ 329–338 geregelt.</u>

Die Beispiele zeigen, dass der Einsatzbereich für Verweisungen durchaus weit ist. Ein Verweis kann ganz verschiedenen Zwecken dienen. Insbesondere kann er (i) den Leser zur Legaldefinition eines verwendeten Fachbegriffs führen; (ii) auf bestimmte Rechtsfolgen verweisen; (iii) auf eine weitere, verwandte Fallgruppe hinweisen. Die Gefahr für die Lesbarkeit und Verständlichkeit, wie sie die eingangs zitierten (oben FN 49) Vorbehalte ins Treffen führen, ist meines Erachtens nicht von der Hand zu weisen, wenn Verweise überbordend eingesetzt werden. Wichtig erscheint daher auch hier ein *maßvoller Einsatz*. Dabei finden die in den „Legistischen Richtlinien“ im Handbuch für Rechtssetzungstechnik formulierten Regeln durchaus eine gute Balance:

- Grundsätzlich sind Verweisungen nur dann vorzusehen, wenn dadurch *gegenüber der inhaltlichen Wiedergabe der verwiesenen Rechtsvorschrift eine wesentliche Vereinfachung* erzielt werden kann und die Verständlichkeit nicht beeinträchtigt wird (Pkt 54 der Richtlinien).
- *Kettenverweisungen* sind soweit als möglich zu vermeiden (Pkt 55 der Richtlinien).
- Die verweisende Bestimmung ist so zu fassen, dass ihr Grundgedanke ohne Nachschlagen verständlich ist (Pkt 56 der Richtlinien).
 - *statt*: „Sonderausgaben im Sinne des § 18 Abs. 1 Z 2“ *besser*: „Sonderausgaben für Versicherungen nach § 18 Abs. 1 Z 2“
 - *statt*: „Steuerpflichtige, die ihren Gewinn gemäß § 4 Abs. 3 ermitteln“, *besser*: „Steuerpflichtige, die ihren Gewinn gemäß § 4 Abs. 3 ohne die Führung von Büchern ermitteln“
- Der Verweis soll klarstellen, *auf welche Elemente des Tatbestandes oder der Rechtsfolge* der zitierten Bestimmung *verwiesen* wird. Wird die verwiesene Bestimmung ohne näheren Hinweis auf ihre Bedeutung in Klammern gesetzt, kann dies zu Mehrdeutigkeiten führen (Pkt 57 der Richtlinien).
 - *statt*: „Die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage bedarf einer Genehmigung, wenn dies zur Wahrung der Anrainerinteressen erforderlich ist (§ 74 GewO).“
 - *besser*: „Die Änderung einer genehmigten Betriebsanlage bedarf einer Genehmigung, wenn dies zum Schutz der in § 74 GewO genannten Anrainerinteressen vor höheren oder zusätzlichen Immissionen erforderlich ist.“
- Eine „*sinngemäße*“ oder „*entsprechende*“ Anwendung anderer Rechtsvorschriften sollte nicht angeordnet werden. Entweder wird uneingeschränkt auf die anderen Rechtsvorschriften verwiesen oder aber es ist anzugeben, mit welcher Maßgabe sie angewendet werden sollen (Pkt 59 der Richtlinien).

IV. Resümee

P. Bydlinskis Initiative zur Modernisierung des ABGB, beginnend mit dem Sachenrecht ist aus meiner Sicht nicht nur zu begrüßen. Ich denke, sie kommt gerade noch zur rechten Zeit. Wie man nämlich dem aktuellen Regierungsprogramm⁵⁹ entnehmen kann, sind für die 26. Legislaturperiode im ABGB „maßvolle Adaptierungen anzudenken und notwendige Reformen“ geplant. Ganz konkret haben die Regierungsparteien die Überarbeitung unter anderem von Teilen des Sachenrechts vorgesehen. Nicht nur der Umstand, dass das zuständige Ressort (vgl Teil 2 der Anlage zu § 2 Bundesministeriengesetz) nunmehr auch als Bundesministerium für *Deregulierung* firmiert, lässt bei manchen Sorgen aufkeimen, ob die Politik die Modernisierung mit dem gebotenen Fingerspitzengefühl betreibt. Ich wünsche *P. Bydlinskis* Forschungsprojekt daher auch weiterhin gute Fortschritte und, dass wir im Regierungsprogramm der 27. Legislaturperiode sowie im Bundesministeriengesetz weniger von der Deregulierung des Zivilrechts lesen und mehr von seiner Modernisierung.

59 Regierungsprogramm 2017–2022, 43.

European Monetary Fund

The Commission's Proposal to Establish a European Monetary Fund: A Critical Analysis

Hannes Hofmeister,* Bozen

Abstract: *On December 6, 2017, the European Commission published a set of proposals to reform the euro area. These proposals include, inter alia, the creation of a post of European Finance minister, a euro area budget-line and the establishment of a European Monetary Fund (EMF). The latter will be at the centre of this article. The Commission does not intend to set up the EMF anew from scratch. Rather, the new EMF is to be built on the well-established structure of the European Stability Mechanism (ESM). The new EMF will thus succeed to and replace the ESM, with the latter's current financial and institutional structure essentially preserved. However, the new institution will also take on a number of additional functions, such as providing a financial backstop for the Single Resolution Fund (SRF), enhanced monitoring tasks and the responsibility to report regularly to the European Parliament. But will these changes make EMU more efficient, coherent and democratic? And has the EU the competence to establish such a mechanism at all? The objective of this article is to answer these complex questions.*

Keywords: *EU Law, Economic and Monetary Union, Eurozone crisis, Reform proposals.*

I. Introduction

The banners at the entrance to the Bank of Greece museum in Athens promise a 'fascinating journey through Greece's economic and monetary history. Inside the museum ranks of glass cases enclose an array of coins and old bank notes, as well as the paraphernalia used to make them. The bills range from 5 drachma up to 100 million drachma, a reminder that Greece has had problems with inflation in the past. The end of history, at least for this exhibition, is 2001 when Greece adopted the euro. But the country's present troubles suggest an important chapter to the story of Greek money is still to be written. Some reckon the drachma may roll off the presses again'.¹

In order to prevent that from happening a number of measures have been taken both by the EU and the euro area Member States. For instance, major bail-out mechanisms were established – the

* Hannes Hofmeister is Assistant Professor at the Free University of Bozen. The author would like to thank Professor Arnold and the anonymous reviewer for their comments.

1 *Greece and the euro - An economy crumbles*, THE ECONOMIST, Jan. 28, 2012, available at <http://www.economist.com/node/21543522> (last visited Jan. 3, 2019).

EFSF² and the EFSM³ – worth several hundred billion euros. Later in 2011, the so-called six-pack measures were enacted, introducing a macroeconomic surveillance mechanism and better budgetary surveillance. 2012 then saw the signing of the ‘Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union’ - commonly referred to as the Fiscal Compact. The latter aims to complement the six-pack measures by obliging states to introduce so called ‘debt-brakes’.

However, all these measures have not yet brought about the desired effect. The biggest flaw in the EU’s strategy thus far has been that it sought ‘to muddle through the sovereign-debt crisis rather than get on top of it’.⁴ The establishment of a permanent European Stability Mechanism (ESM) in 2012 was supposed to put an end to this ‘muddling through’ strategy and provide a solid, clearly structured mechanism to prevent future crises. But the ‘big bazooka’⁵ – as it is sometimes referred to – also suffers from a fundamental flaw: It constitutes an anomaly in the EU system insofar as it is an intergovernmental institution based on an international treaty between the nineteen euro area Member States and not an EU institution. At the same time it is – at least to a certain extent - integrated into the institutional framework of the EU: For instance, the ECJ is tasked with solving disputes between the ESM and ESM Member States. This ‘partial involvement’ of EU institutions in an intergovernmental mechanism has generated a ‘complex landscape where judicial protection, respect of fundamental rights and democratic accountability are fragmented and unevenly implemented’.⁶

All in all, this created a bizarre and opaque situation. On December 6, 2017, the Commission therefore proposed to integrate – as part of a comprehensive EMU reform package – the ESM into the EU legal framework. In the course of this process the ESM should also be given additional tasks and be renamed *European Monetary Fund* (EMF). But will these changes finally put an end to the ‘muddling through’ strategy? Will they achieve the objectives set, i.e. making EMU more efficient, coherent and democratic? And – on a more practical note - has the EU the competence to establish such a mechanism at all?

In order to answer these complex questions, this article will be structured as follows:

- (1) It will first analyse the main features of the new EMF.
- (2) It will then set out the rationale for integrating the new mechanism into the EU legal framework.
- (3) Having done so, it will then examine whether such integration is legally possible. In other words, it will analyse whether the EU has the competence to establish such a mechanism.
- (4) It will then critically examine whether the new EMF will actually make EMU more efficient and democratic.

2 EFSF is the abbreviation used for the ‘European Financial Stability Facility’.

3 EFSM is the abbreviation used for the ‘European Financial Stabilisation Mechanism’.

4 *Hopes raised, punches pulled*, THE ECONOMIST, Feb. 10 2012), available at <https://www.economist.com/node/18114793> (last visited Jan. 3, 2019).

5 *Mario Draghi: the man behind Europe's 'big bazooka'*, THE TELEGRAPH, Feb. 29, 2012, available at <https://www.telegraph.co.uk/finance/economics/9113256/Mario-Draghi-the-man-behind-Europes-big-bazooka.html> (last visited Jan. 3, 2019).

6 Cf. *Proposal for a Council regulation on the establishment of a European Monetary Fund*, COM (2017) 827 final (Dec. 6, 2017) at 3.

II. The Main Features of the New EMF

As already mentioned above, the Commission does not intend to set up the EMF anew from scratch. Rather, the new EMF is to be built on the well-established structure of the ESM.⁷ Hence, a brief overview of the main elements of the ESM is in order before we turn to the changes introduced by the Commission proposal.

A. The European Stability Mechanism (ESM)

The contours of the ESM, the facility, which took over from the EFSF in 2012, were first revealed at the European Council meeting on March 24-25, 2011, and later specified in the ESM Treaty (ESMT).

1. Function

The purpose of the ESM is similar to that of the EFSF, namely to reduce instability in the euro area by providing financial assistance to its Member States under strict conditionality.⁸ Yet despite this similar function, the ESM differs significantly from the EFSF in a number of respects as outlined below.

2. Legal Nature, Institutional Structure and Governance

In contrast to the EFSF, which had been established as a private company (a *société anonyme* under Luxembourg law)⁹, the ESM was established as an intergovernmental organisation on the basis of a treaty (the ESM-Treaty) between the euro area Member States. This international treaty was signed by the Heads of State and Government of the euro area on February 2, 2012 and subsequently ratified by national parliaments.¹⁰ It eventually entered into force on September 27, 2012.

The institutional structure of the ESM is based on two pillars: The Board of Governors and the Board of Directors:

Board of Governors. The key decision-making body of the ESM is the Board of Governors (BoG). It consists of the euro area Finance Ministers as voting members, while the European Commissioner for Economic and Monetary Affairs and the President of the ECB may also participate in the meetings of the BoG but only on an observer basis.¹¹ Other persons, including

7 In legal terms, it will succeed to and replace the ESM, including in its legal position, with all its rights and obligations.

8 See Article 3 of the ESM Treaty (ESMT), available at <http://www.european-council.europa.eu/media/582311/05-tesm2-en12.pdf> (last visited Jan. 3, 2019), which provides: "The purpose of the ESM shall be to mobilise funding and provide stability support under strict conditionality, appropriate to the financial assistance instrument chosen, to the benefit of ESM Members which are experiencing, or are threatened by, severe financing problems, if indispensable to safeguard the financial stability of the euro area as a whole and of its Member States. For this purpose, the ESM shall be entitled to raise funds by issuing financial instruments or by entering into financial or other agreements or arrangements with ESM Members, financial institutions or other third parties."

9 See European Financial Stability Facility, Articles of Association, Article 1(1), available at http://www.efsf.europa.eu/attachments/efsf_articles_of_incorporation_en.pdf (last visited Jan. 3, 2019).

10 Membership in the ESM shall be open to the other Member States of the EU once they meet the criteria for joining the euro area and their 'derogation' status is abrogated, Article 2(1) ESMT.

11 Conclusions of the European Council of 24/25 March 2011, EUCO 10/1/11 REV 123, 22. See also Article 5 (3) ESMT.

representatives of organisations, such as the IMF, may be invited [...] to attend meetings as observers on an *ad hoc* basis'.¹²

The BoG is the highest decision making body of the ESM.¹³ Initially it was envisaged that the BoG would decide on (a) the granting of financial assistance, (b) the terms and conditions of financial assistance, (c) the lending capacity of the ESM and (d) changes to the menu of instruments et seq. only by *mutual agreement*¹⁴ given the far-reaching implications of these decisions. Yet, the voting rules were later modified to make sure that the 'ESM is in a position to take the necessary decisions in all circumstances'.¹⁵ Against the backdrop of the escalating crisis, an emergency procedure was included.¹⁶ In case of such an emergency, the mutual agreement rule will be replaced by a qualified majority of 85%, whereby voting weights will be proportional to the Member States' respective capital subscriptions to the ESM.¹⁷

Board of Directors. In addition to the Board of Governors, there will be a second decision-making body - the so-called Board of Directors. It will be 'responsible for specific tasks delegated by the Board of Governors. Each euro area country will appoint one Director and one alternate Director, with the European Commission and the ECB as observers. A Managing Director responsible for the day-to-day management of the ESM will chair the Board of Directors'.¹⁸ Decisions by the Board of Directors will be taken by *qualified majority*, unless stated otherwise.¹⁹

3. Capital Structure

The ESM has a total subscribed capital of € 704,8 bn., of which € 80,5 bn. is in the form of paid-in capital provided by the euro area Member States'.²⁰ The remaining € 624,3 bn. will be provided by euro area Member States in the form of callable capital. Although the ESM's capital base will thus (nominally) amount to € 704,8 bn., its effective lending capacity will only be around € 500 bn., giving the facility a security buffer of 40%. This significant level of over-collateralisation is supposed to help the ESM achieve the best credit rating (AAA).

Each State's share in the ESM will be based on its respective participation in the ECB's paid-in capital. Hence, Germany, with a share of 27% of ECB capital, will contribute € 21,7 billion.²¹ In addition, Germany's share of callable capital will amount to € 168,3 bn.²² Smaller states, such as Finland, with a share of 1,8% of ECB capital, will contribute € 1,4 bn. in paid-in capital and € 11,1

12 Article 5(5) ESMT.

13 Conclusions of the European Council of 24/25 March 2011, EUCO 10/1/11 REV 123, 23.

14 See Article 5(6) ESMT. The term 'mutual agreement' is defined in Article 4(3) ESMT: 'The adoption of a decision by mutual agreement requires the unanimity of the members participating in the vote. Abstentions do not prevent the adoption of a decision by mutual agreement'.

15 Statement by the euro area Heads of State or Government, Dec. 9, 2011, 6.

16 An emergency exists, 'if the Commission and the ECB both conclude that a failure to urgently adopt a decision to grant or implement financial assistance [...] would threaten the economic and financial sustainability of the euro area', Article 4(4) ESMT.

17 See Article 4(4) ESMT. It should be noted that the emergency procedure only applies in the cases of Articles 13 – 18 ESMT, see Article 5(6) ESMT.

18 ECB, *The European Stability Mechanism*, EBC Monthly Bulletin July 2011, available at http://www.ecb.int/pub/pdf/other/art2_mb201107en_pp71-84en.pdf (last visited Jan. 3, 2019).

19 Article 6(5) ESMT.

20 European Council Summit Conclusions 24/25 March 2011, 24.

21 See Annex 1 and 2 of the ESMT.

22 See Annex 1 and 2 of the ESMT.

bn. in the form of callable capital and guarantees.²³ Last but not least, states in which GDP per capita is less than 75% of the EU average are given a discount in the first twelve years of their membership in the euro area.²⁴

In light of the ESM's strong capital backing (i.e. the combination of paid-in capital and callable capital) credit enhancements, such as the ones put in place under the EFSF due to its structure of guarantees only, will no longer be required.

4. Instruments

As outlined above, the purpose of the ESM is to reduce instability in the euro area by providing financial assistance to its Member States. The financial assistance envisaged under the ESM Treaty can take the form of:

- Loan disbursements²⁵
- Precautionary facilities²⁶
- Facilities to finance the recapitalisation of banks²⁷
- Facilities for the purchase of bonds in the secondary markets²⁸
- Facilities for the purchase of bonds in the primary markets²⁹

Financial assistance will normally be granted in the form of a loan to an ESM Member State. Such loans are subject to strict conditionality: 'The conditionality attached to the ESM loans shall be contained in a macro-economic adjustment programme detailed in the Memorandum of Understanding (MoU), in accordance with Article 13(3)'.³⁰ The financial terms of each ESM loan on the other hand will be specified in a separate financial assistance facility agreement. Other instruments include precautionary facilities,³¹ facilities to finance the recapitalisation of banks,³² facilities for the purchase of bonds in the secondary markets and facilities for the purchase of bonds in the primary markets. It should be noted that the Board of Governors may from time to time review the list of financial assistance instruments and decide to amend it.³³ However, such amendments require mutual agreement.³⁴

23 See Annex 1 and 2 of the ESMT.

24 See European Council Summit Conclusions 24/25 March 2011, 34.

25 See Article 16 ESMT.

26 See Article 14 ESMT.

27 See Article 15 ESMT.

28 See Article 18 ESMT.

29 See Article 17 ESMT.

30 Article 16(2) ESMT.

31 See Article 14 ESMT.

32 See Article 15 ESMT.

33 See Article 19 ESMT.

34 Article 5(6)(i) ESMT.

5. Procedure

The financial support outlined above will follow a complex procedure, starting with the request by a Member State for financial assistance. This request is to be addressed to the chairperson of the ESM's Board of Governors.³⁵

Assessment. Following this request, the Commission, in liaison with the ECB/IMF, will assess three aspects: (1) whether there is a risk to the financial stability of the euro area as a whole and (2) whether public debt in the respective Member State is sustainable.³⁶ 'If, on the basis of the sustainability analysis, it is concluded that a macroeconomic adjustment programme can realistically restore public debt to a sustainable level, the Commission will then assess (3) the actual financing needs of the respective state'.³⁷

Negotiation. Based on this assessment, the BoG shall then entrust the Commission³⁸ to negotiate a macroeconomic adjustment programme, the details of which will be set out in a Memorandum of Understanding (MoU).³⁹ This MoU shall specify the conditionality attached to the financial assistance and be fully consistent with the overall EU framework for economic policy coordination.⁴⁰ At the same time, the Managing Director of the ESM will prepare a draft financial assistance agreement, specifying the complex financial terms and conditions.⁴¹

Signature and approval. The MoU will be signed by the Commission on behalf of the ESM, subject to prior approval by the Board of Governors.⁴² 'The Board of Directors shall then approve the financial assistance facility agreement detailing the financial aspects of the stability support to be granted'.⁴³

Surveillance. Once the first tranche of financial assistance has been disbursed, the Commission – together with the ECB and the IMF – will monitor compliance with the macroeconomic adjustment programme.⁴⁴

6. Dispute Settlement

In case of a dispute between an ESM Member State and the ESM regarding the interpretation or application of the ESM Treaty, the dispute shall first be submitted to the Board of Governors for decision.⁴⁵ Only if the ESM Member State contests the BoG's decision, will the dispute be submitted to the ECJ.⁴⁶ The ECJ's judgment shall be binding on the parties in the procedure, which shall take the necessary measures to comply with the judgment within a period to be decided by the ECJ.⁴⁷ Such a delegation of jurisdiction is possible under Article 273 TFEU, but is not without problems:

35 Article 13(1) ESMT.

36 Article 13(1)(a)-(b) ESMT.

37 ECB, *The European Stability Mechanism*, EBC Monthly Bulletin July 2011, 77. See also Article 13(1)(c) ESMT.

38 Together with the IMF and the ECB.

39 ECB, *The European Stability Mechanism*, EBC Monthly Bulletin July 2011, 77. See also Article 13(3) ESMT.

40 Article 13(3) ESMT.

41 Article 13(3) ESMT.

42 Article 13(4) ESMT.

43 Article 13(5) ESMT.

44 Article 13(7) ESMT.

45 Article 37(2) ESMT.

46 Article 37(2) ESMT.

47 Article 37 ESMT.

This 'partial involvement' of EU institutions, such as the ECJ, in an intergovernmental mechanism has generated a 'complex landscape where judicial protection, respect of fundamental rights and democratic accountability are fragmented and unevenly implemented'.⁴⁸ This has led to frequent calls for reforms, which were eventually heeded in late 2017.

B. Transforming the ESM into an EMF – the Key Changes

On 6 December 2017, the Commission published a set of proposals to reform the euro area. These proposals include, inter alia, the creation of a post of European Finance Minister, a euro area budget-line, the integration of the fiscal compact into the Union legal framework and the establishment of a European Monetary Fund. The latter will be at the centre of this section. The Commission does not intend to set up the EMF anew from scratch. Rather, the new EMF is to be built on the well-established structure of the ESM.⁴⁹ The new EMF will thus succeed to and replace the ESM,⁵⁰ with the latter's current financial and institutional structure essentially preserved.⁵¹ However, the new institution will also take on a number of additional responsibilities/functions. Moreover, some further modifications are necessitated by the integration of the mechanism into the EU legal framework. These are set out in the *Draft Statute of the EMF*⁵² annexed to the *Draft Regulation on the establishment of the EMF* and will be analysed in the next section.

1. The Key Changes

a. Negotiating and Monitoring Reform Programmes

So far negotiating reform programmes and monitoring compliance was the task of 'the institutions', i.e. the Commission, the ECB and the IMF. Under the new proposal, the IMF – despite its long-standing experience – will no longer be involved. All references to the IMF are deleted in the new draft. Interestingly, the role exercised so far by the IMF is not passed on to the EMF. Rather 'conditionality is for the Commission to keep. According to Article 13 of the draft EMF statute, conditionality is negotiated by the Commission, in liaison with the ECB, and 'in cooperation with the EMF'. 'Cooperation' is admittedly a very weak form of involvement, especially if it is compared with the phrase 'together with' that previously described IMF involvement under the ESM Treaty. Moreover, MoUs shall be signed by both the Commission and the EMF. In contrast, under the ESM Treaty, MoUs were signed by the Commission 'on behalf' of the ESM. The phrase 'on behalf', establishing an agent-principal relation between the Commission and the ESM, is now deleted, meaning that the Commission becomes legally a co-owner of EMF conditionality. Finally, under the

48 COM (2017) 827 final, supra note 6, 3.

49 In legal terms, it will succeed to and replace the ESM, including in its legal position, with all its rights and obligations.

50 See Article 2(1) COM (2017) 827 final, supra note 6, at 26; Article 2(1) provides: 'The EMF shall succeed to and replace the European Stability Mechanism (ESM), including its legal position and assuming all rights and obligations. [...].'

51 COM (2017) 827 final, supra note 6, at 5.

52 The *Statute of the EMF* forms an integral part of the Regulation, see Article 1(2) of said Regulation.

proposed EMF statute, compliance with conditionality is monitored solely by the Commission, in liaison with the ECB. No role is explicitly provided for the EMF in this critical phase'.⁵³

In conclusion, the proposed changes significantly strengthen the role of the European Commission. Given the latter's self-perception as an increasingly political actor, it is likely that we will see a softening of reform conditions in the future due to political compromises.⁵⁴

b. Common Backstop to the SRF/Lender of Last Resort

The EMF would also take over certain functions in the banking union. It would provide the common backstop to the Single Resolution Fund (SRF) and act as a lender of last resort in order to facilitate the orderly resolution of distressed banks. For this purpose, the EMF will be able to provide credit lines or guarantees to secure measures by the Single Resolution Board (SRB).⁵⁵ In this way, the EMF will supplement the system of financing the orderly resolution of banks in the banking union: The 'liability cascade' put in place envisages a primary liability of shareholders and creditors ('bail-in'). If that proves insufficient, then the SRF, worth € 55 bn. and financed by bank levies, will be activated. Only if the SRF proves insufficient, too, then recourse to the EMF as ultima ratio would be possible. The proposed EMF instrument thus implements the options of the SRB already set out in Article 74 of Regulation 806/2014. Pursuant to Article 74, the SRB shall 'where the amounts raised or available in accordance with Articles 70 and 71 are not sufficient to meet the Funds' obligations ... contract for the fund financial arrangements, including, where possible, public financial arrangements, regarding the immediate availability of additional financial means to be used in accordance with Article 76 ...'.⁵⁶

In sum, the EMF would provide the common last-resort backstop to the SRF. The underlying rationale is to provide 'enhanced confidence to all parties concerned with regard to the credibility of the actions to be taken by the SRB and to increase the capacity of the SRF'.⁵⁷

c. Changes to the Decision-Making Mechanism

In terms of governance, the Commission proposal includes the possibility for faster decision making in certain situations. For instance, a so-called reinforced qualified majority, which requires 85% of the votes, suffices for specific decisions on stability support, disbursements and the deployment of the financial backstop. However, unanimity voting will be kept for all major decisions with financial impact, such as capital calls.

These new voting rules deserve a closer examination. They are set out in Article 4 of the draft statute of the EMF:

(...)

⁵³ Michael Ioannidis, *Towards a European Monetary Fund: Comments on the Commission's Proposal*, EU Law Analysis Blog, Jan. 31, 2018, available at <http://eulawanalysis.blogspot.de/2018/01/towards-european-monetary-fund-comments.html> (last visited Jan. 3, 2019).

⁵⁴ The non-participation of the IMF in the future only serves to underline this impression.

⁵⁵ See Article 22(1) of the Draft Statute of the EMF, European Commission, ANNEX to the Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Monetary Fund, COM (2017) 827 final (Dec. 6, 2017), at 13.

⁵⁶ Article 74, Regulation 806/2014.

⁵⁷ COM (2017) 827 final, supra note 6, at 4.

2. The decisions of the Board of Governors and the Board of Directors shall be taken by unanimity, reinforced qualified majority, qualified majority or simple majority as specified in this Regulation. In respect of all decisions, a quorum of two thirds of the EMF Members with voting rights representing at least two thirds of the voting rights must be present.

3. Abstentions by members present in person or represented shall not prevent the adoption of a decision requiring unanimity.

4. The adoption of a decision by reinforced qualified majority requires 85% of the votes cast.

5. The adoption of a decision by qualified majority requires 80% of the votes cast.

6. The adoption of a decision by simple majority requires a majority of the votes cast.

7. The voting rights of each EMF Member, as exercised by its representative on the Board of Governors or Board of Directors, shall be equal to the number of shares allocated to it in the authorised capital stock of the EMF. (...).⁵⁸

Articles 4(2) and 4(4) thus introduce a *reinforced qualified majority*, which requires 85% of the votes cast. According to Article 5(7), the Board of Governors shall take the following decisions by such a reinforced qualified majority:

(...)

(a) provide stability support to EMF Members, including the policy conditions as stated in the memorandum of understanding referred to in Article 13(3), and to establish the choice of instruments and the financial terms and conditions, in accordance with Articles 14 to 18;

(b) request the Commission to negotiate, in liaison with the ECB, the economic policy conditions attached to each financial assistance, in accordance with Article 13(3);

(c) change the pricing policy and pricing guideline for financial assistance, in accordance with Article 20.⁵⁹

In other words, fundamental decisions by the EMF, such as the *provision of stability support* no longer require a unanimous vote as was the case under the old Article 5(6)(f) ESMT; rather a reinforced qualified majority will suffice in the future. The same is true for the decision to request the Commission to negotiate the economic policy conditions attached to each financial assistance, as well as for the decision to change the pricing policy for financial assistance.⁶⁰

Conditions are lowered even further under the new emergency procedure set out in Article 3(2) of the draft Regulation. It provides:

(2) Where circumstances require the urgent provision of stability support to an EMF Member in accordance with Article 16, decisions may be taken by an emergency procedure. In such an event, the decision taken by the Board of Governors or the Board of Directors shall be transmitted to the Council immediately after its adoption together with the reasons on which it is based. Upon request of the Chairperson, the Council shall discuss the decision, within 24 hours of its

⁵⁸ Article 4(2)-(8) of the Draft Statute of the EMF, *supra* note 55, at 2.

⁵⁹ Article 5(7)(a)-(c) of the Draft Statute of the EMF, *supra* note 55, at 3.

⁶⁰ See Article 5(7)(b)-(c) of the Draft Statute of the EMF, *supra* note 55, at 3.

transmission. The Council may object to the decision. In the event of an objection, *the Council may itself adopt another decision on the matter*, or refer the matter back to the Board of Governors for another decision.

[...]

(4) Where the Council acts in accordance with paragraphs 1 or 2, [...] the votes of members of the Council representing Member States whose currency is not the euro shall be suspended. A qualified majority shall be defined in accordance with Article 238(3) TFEU.⁶¹

In other words, if the Council objects to a decision made by the Board of Governors, it can adopt another (diverging) decision on the matter. This decision is made on the basis of the qualified majority rules of Article 238(3) TFEU (55%/65%).⁶²

In summary, under the old system unanimity used to be the rule, whereas the 85% threshold was the exception ('emergency procedure'). In contrast, under the new system, the 85% threshold becomes the rule and the new exception for emergency cases lowers requirements even further (55%/65%).

d. Modified Conditions for Activating Stability Support

Moreover, the Commission proposal modifies the conditions under which stability support can be activated. Article 12(1) of the draft statute stipulates that the EMF may provide stability support if this is 'indispensable to safeguard the financial stability of the euro area *or* of its Member States'. In contrast, under the old ESM Treaty such support could only be provided if necessary 'to safeguard the financial stability of the euro area *as a whole and* of its Member States'.⁶³ Although only four words have been changed, the implications of this modification should not be underestimated. In the future, financial support could thus be provided even if it is only the financial stability of a single Member State that is in danger, while so far the stability of the euro area as a whole had to be at stake. Such a softening of the conditions for stability support might increase the incentives for moral hazard by individual Member States.

2. Conclusion: 'Honni soit qui mal y pense'

In conclusion, the draft proposal contains a plethora of changes. Apart from the provisions on the common backstop to the Single Resolution Fund (SRF), these changes are often difficult to detect – sometimes only a few words are changed and sometimes they result from complex cross-reference. Hence, one is left guessing: Is this a case of suboptimal legal drafting or a deliberate strategy?

III. Integrating the ESM into the EU legal framework – a critical analysis

61 Article 3(2) and 3(4) COM (2017) 827 final, supra note 6, at 27.

62 Note that the votes of the members of the Council representing Member States whose currency is not the euro shall be suspended, see Article 3(4) COM (2017) 827 final, supra note 6, at 5.

63 Articles 3 and 12 ESMT.

This section will critically analyse the proposed integration of the ESM into the EU legal framework. In particular, it will examine the *rationale* for integrating the ESM into the framework of the European Treaties. It will then analyse whether such integration is legally possible - in other words, whether the EU has a *competence* to do so. Finally, it will turn to the *wider implications* of such integration.

A. The Rationale for Integrating the ESM into the EU Legal Framework

So far the ESM constitutes an anomaly in the EU system. It is an intergovernmental institution based on an international treaty between the nineteen euro area Member States rather than an EU institution. At the same time it is – at least to a certain extent - integrated into the institutional framework of the EU: For instance, the ECJ is tasked with solving disputes between the ESM and an ESM Member or between ESM Members.⁶⁴ Such a conferral of jurisdiction is possible under Article 273 TFEU. Moreover, the Council must approve macroeconomic adjustment programmes negotiated within the framework of an ESM-programme, before the respective ESM bodies can adopt it formally.

The ESM was also authorised by its Member States to delegate certain tasks to other European institutions, such as the Commission and the ECB.⁶⁵ For instance, the Commission is responsible for (a) negotiating the conditions and (b) monitoring compliance with the macroeconomic adjustment programmes. This ‘partial involvement’ of EU institutions in an intergovernmental mechanism has generated a ‘complex landscape where judicial protection, respect of fundamental rights and democratic accountability are fragmented and unevenly implemented’.⁶⁶ This created a bizarre and opaque situation. Hence, the underlying idea of ‘integrating the ESM into the Union legal framework’ is to end this anomaly and make the institutional structure of EMU more coherent. European issues, in particular those with a direct reference to the euro area, should be dealt with in the EU Treaties. Otherwise we will see a further fragmentation of legal sources, which will eventually reduce transparency and legitimacy. In the long run, such fragmentation could also weaken European institutions and the EU in general.

From a practical perspective, integrating the ESM into the EU legal framework also has a number of advantages: For instance, EU institutions could be directly involved in the daily operations of the ESM; recourse to the complex concept of ‘Organleihe’ would therefore no longer be necessary. Moreover, ESM personnel would be subject to the [Staff Regulations of Officials and the Conditions of Employment of Other Servants](#) of the European Union. This would clarify their status and simplify their mobility between the European institutions. Perhaps even more important, the integrated ESM would be fully subjected to the jurisdiction of the ECJ, while so far the latter could only exercise limited jurisdiction over the ESM.⁶⁷

⁶⁴ See Article 37(3) ESMT.

⁶⁵ See Council Document 12114/11 of 24 June 2011 which provides: ‘The representatives of the Governments of the Member States of the European Union agree that the ESM Treaty include provisions for the European Commission and the European Central Bank to carry out the tasks as set out in that Treaty’.

⁶⁶ COM (2017) 827 final, *supra* note 6, at 3.

⁶⁷ See Article 37(3) ESMT.

In summary, the integration of the ESM into the EU legal framework would make the institutional structure of EMU more coherent and transparent. It would end an anomalous situation that resulted from 'a patchwork of decisions taken to face an unprecedented crisis'.⁶⁸

B. The Competence for Integrating the ESM into the EU Legal Framework

One of the fundamental principles of EU law is the principle of conferral established in Article 5(2) TEU. Under this principle, the EU shall only act within the limits of the powers conferred upon it by the Member States in the Treaties. It highlights that the EU – as a supranational institution – lacks a so-called 'competence-competence', i.e. a power to create its own competences (this jurisprudential doctrine is often referred to by using the German term 'Kompetenz-Kompetenz'). Practically speaking this means that the EU – whenever enacting a new legislative act – has to rely on a specific legal base in the Treaties, implied powers⁶⁹ or the subsidiary competence enshrined in Article 352 TFEU.

This section will therefore analyse the potential legal bases that might justify the establishment of the EMF.⁷⁰ It will first analyse *specific* legal bases, such as Article 122(2) TFEU et al. In case none of them applies to the case under consideration, we will turn to the *subsidiary* competence enshrined in Article 352 TFEU.

1. Specific Legal Bases

The issue of whether or not the EU has the power to establish a financial stability mechanism was addressed – albeit indirectly – by the ECJ in *Pringle* (2012). In this case, the ECJ held that the establishment of the ESM constitutes an economic policy measure. Articles 2(3) and 5(1) TFEU, however, restrict the role of the Union in the area of economic policy to the adoption of mere coordinating measures. Hence, the provisions of the TEU and the TFEU *do not confer any specific power* on the Union to establish a stability mechanism:

'... as regards whether Decision 2011/199 affects the Union's competence in the area of the coordination of the Member States' economic policies, it must be observed that, since Articles 2(3) and 5(1) TFEU restrict the role of the Union in the area of economic policy to the adoption of coordinating measures, the provisions of the TEU and TFEU do not confer any specific power on the Union to establish a stability mechanism of the kind envisaged by Decision 2011/199'.⁷¹

Nonetheless, the Court goes on to examine – at least cursorily – Article 122(2) TFEU and Article 143(2) TFEU. It quickly concludes, though, that none of them is applicable in the case at hand:

'Admittedly, Article 122(2) TFEU confers on the Union the power to grant ad hoc financial assistance to a Member State which is in difficulties or is seriously threatened with severe difficulties caused by natural disasters or exceptional occurrences beyond its control. However, as emphasised by the European Council in recital 4 of the preamble to Decision 2011/199, Article 122(2) TFEU does

68 COM (2017) 827 final, supra note 6, at 3.

69 Dogmatically speaking, 'implied powers' are also considered to be 'conferred' within the meaning of Article 5(2) TEU, see judgment of 31 March 1971, AETR, C 22/70, EU:C:1971:32, para. 15, 19.

70 And hence the enactment of the underlying legislative act, i.e. the 'Regulation on the establishment of the European Monetary Fund'.

71 Case C-370/12, *Pringle v. Government of Ireland and Others*, ECLI:EU:C:2012:756, para. 64.

not constitute an appropriate legal basis for the establishment of a stability mechanism of the kind envisaged by that decision. The fact that the mechanism envisaged is to be permanent and that its objectives are to safeguard the financial stability of the euro area as a whole means that such action cannot be taken by the Union on the basis of that provision of the TFEU'.⁷²

The second provision examined - Article 143 TFEU - is not applicable either. It only allows for financial assistance for Member States whose currency is not the euro.⁷³

In summary, none of the specific legal bases analysed can be invoked to justify the establishment of the EMF. Hence, recourse to the subsidiary competence under Article 352 TFEU is possible.⁷⁴

2. Article 352 TFEU

It therefore comes as no surprise that the European Commission bases its proposal for a Council Regulation on Article 352 TFEU. This article - often referred to as the 'flexibility clause' - stipulates:

If action by the Union should prove necessary, within the framework of the policies defined in the Treaties, to attain one of the objectives set out in the Treaties, and the Treaties have not provided the necessary powers, the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission and after obtaining the consent of the European Parliament, shall adopt the appropriate measures. Where the measures in question are adopted by the Council in accordance with a special legislative procedure, it shall also act unanimously on a proposal from the Commission and after obtaining the consent of the European Parliament.

In other words, for Article 352 TFEU to apply, the following conditions must be met: (a) the measure must be within the framework of EU policies; (b) the envisaged measure must be necessary (c) to attain one of the EU's objectives; (d) no specific legal basis exists in the treaties ('subsidiarity'). We will now examine whether these conditions are met in the case under consideration.

a. Within the Framework of Union Policies

First of all, the establishment of the EMF must constitute an action by the Union within the framework of the policies defined in the treaties. This is undoubtedly the case. The ECJ has already decided in *Pringle* (see above) that the establishment of a stability mechanism is an economic policy measure, which falls within the scope of application of the EU Treaties (see Article 120 TFEU et seq.):

'In the light of the objectives to be attained by the stability mechanism the establishment of which is envisaged by Article 1 of Decision 2011/199, the instruments provided in order to achieve those objectives and the close link between that mechanism, the provisions of the TFEU relating to economic policy and the regulatory framework for strengthened economic governance of the

⁷² Id. para. 65.

⁷³ The ECJ held: 'Further, even if Article 143(2) TFEU also enables the Union, subject to certain conditions, to grant mutual assistance to a Member State, that provision covers only Member States whose currency is not the euro', Case C-370/12, *supra* note 71, para. 66.

⁷⁴ Implied powers are evidently not applicable in the case under consideration.

Union, it must be concluded that the establishment of that mechanism falls within the area of economic policy'.⁷⁵

b. Attainment of an EU Objective

Moreover, the measure must be necessary to attain one of the objectives of the EU. In the case under consideration, the objective to be attained is the establishment of an economic and monetary union whose currency is the euro, Article 3(4) TEU. But is the establishment of a EMF really necessary to attain said objective? This question will be analysed in the next section.

c. Necessity

The interpretation of the term 'necessary' is a more complicated endeavour. Since the establishment of the ESM six years ago, the euro area has been equipped with a stability mechanism to help Member States in crisis and to safeguard stability in the euro area as a whole. Hence, one could argue that the establishment of the EMF by means of an *EU Regulation* is not 'necessary' anymore.

Or to put it more generally: Can an EU measure still be considered 'necessary', when the Member States have already taken collective measures outside the EU legal framework (e.g. the conclusion of an international treaty) to attain the objective?

Some argue that in such cases EU action is no longer 'necessary' within the meaning of Article 352 TFEU.⁷⁶ In support of their view, they point to the radiating effect of the general subsidiarity principle as enshrined in Article 5(3) TEU. This radiating effect needs to be taken into account when interpreting the term 'necessity'. Such an interpretation leads them to conclude that EU action can no longer be regarded as 'necessary' within the meaning of Article 352 TFEU, when the respective objective has already been attained by Member State measures.⁷⁷ In such a case, there is no longer a discrepancy between the objective and the realisation of the objective.⁷⁸

Others fundamentally disagree. They argue that collective action by Member States is a clear indication that a uniform regulation is necessary to attain an EU objective.⁷⁹ Moreover, there is a qualitative difference between the attainment of an objective by Member States on the one hand and by the EU on the other: While EU action ultimately leads to legislation that is characterised by the principle of supremacy and subject to uniform judicial control by the ECJ, collective action by the Member States results in international treaties. The latter, however, lack the above-mentioned characteristics and hence constitute a much weaker form of legal safeguard. Furthermore, states can withdraw from international treaties relatively easy and thereby escape their obligations.⁸⁰

⁷⁵ Case C-370/12, *supra* note 71, para. 60.

⁷⁶ See e.g., Fritz Behrens, *RECHTSGRUNDLAGEN DER UMWELTPOLITIK DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFT* 278 (1976).

⁷⁷ Ivo Schwartz, *EG-Rechtsetzungsbefugnisse – insbesondere nach Artikel 235 – ausschließlich oder konkurrierend?*, EuR 32 (1976).

⁷⁸ Behrens, *supra* note 76, at 278.

⁷⁹ Marcus Geiss, *Art. 352 TFEU*, in *EU KOMMENTAR*, 18 (Jürgen Schwarze ed., 2012).

⁸⁰ Richard H. Lauwaars, *Artikel 235 als Grundlage für die flankierenden Politiken im Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion*, EuR 104 (1976).

The latter approach is more convincing for the following reasons: First, there is – as outlined above – a qualitative difference between the attainment of an objective by Member States and by the EU. Moreover, the first approach suffers from dogmatic flaws: It mixes up ‘necessity’ within the meaning of Article 352 TFEU with the requirements of the general subsidiarity principle enshrined in Article 5(3) TEU. Both aspects, however, need to be clearly separated: Only once the competence *establishing* ‘necessity’ for EU action is given, can the *exercise* of this competence be measured against the general subsidiarity principle.

While the latter approach is generally more convincing, one must not forget that the case under consideration is special insofar as the Member States have acted outside the EU legal framework but nevertheless conferred jurisdiction upon the ECJ for certain disputes. Hence one of the key reasons for allowing parallel action by the EU is not given in the case under consideration. On that basis one might deny the existence of ‘necessity’. However, such an interpretation would ignore all the other essential features of EU law mentioned above. Moreover, there is the risk that Member States could escape their obligations by unilaterally withdrawing from the international treaty.

In conclusion, it can therefore be argued that action by the EU is necessary in the case under consideration, despite the fact that the Member States have already taken measures in the form of the ESMT.

d. No Specific Legal Base in the Treaties

Given the subsidiary nature of Article 352 TFEU, it only applies when no specific legal base in the EU Treaties exists. As already outlined above this criterion is met in the case at hand. In *Pringle*, the ECJ held that Articles 2(3) and 5(1) TFEU restrict the role of the Union in the area of economic policy to the adoption of mere coordinating measures. Hence, the provisions of the TEU and the TFEU *do not confer any specific power* on the Union to establish a stability mechanism:

‘[...] as regards whether Decision 2011/199 affects the Union’s competence in the area of the coordination of the Member States’ economic policies, it must be observed that, since Articles 2(3) and 5(1) TFEU restrict the role of the Union in the area of economic policy to the adoption of coordinating measures, the provisions of the TEU and TFEU do not confer any specific power on the Union to establish a stability mechanism of the kind envisaged by Decision 2011/199’.⁸¹

e. Further Aspects: Unwritten Conditions

According to the jurisprudence of the ECJ, Article 352 TFEU also contains an unwritten condition. In Opinion 2/94⁸² the Court held, that the flexibility clause ‘being an integral part of an institutional system based on the principle of conferred powers, *cannot serve as a basis for widening the scope of [Union] powers* beyond the general framework created by the provisions of the Treaty as a whole and, in particular, by those that define the tasks and the activities of the [Union]. On any view, [Article 352] cannot be used as a basis for the adoption of provisions whose effect would, in substance, be to amend the treaty without following the procedure which it provides for that purpose’ (*Emphasis added*).⁸³ This jurisprudence was later confirmed in Opinion 2/13. Here the

81 Case C-370/12, *supra* note 71, para. 64.

82 Opinion C-2/94, ECLI:EU:C:1996:140.

83 *Id.* para. 30.

Court held that accession to the ECHR ‘... would have entailed a substantial change in the existing Community system for the protection of human rights [...] Such a modification of the system for the protection of human rights in the Community, with equally fundamental institutional implications for the Community and for the Member States, would have been of constitutional significance and would therefore have been such as to go beyond the scope of Article 235 of the EC Treaty (which became Article 308 EC), a provision now contained in Article 352(1) TFEU, which could have been brought about only by way of amendment of that Treaty’.⁸⁴

Against this background, the scope of application of Article 352 TFEU needs to be restricted to cases of intrinsic Treaty supplementation. Hence, a distinction has to be made between admissible Treaty *supplementation* (covered by Article 352 TFEU), and inadmissible Treaty *amendment* (covered only by Article 48 TEU).⁸⁵ From a dogmatic perspective, this element is regarded as a negative intrinsic requirement deduced by means of a teleological reduction.⁸⁶

The key question therefore is whether the envisaged integration of the ESM into the EU legal framework, i.e. the takeover of the ESM’s tasks by the EU, leads to a treaty *amendment* or a mere treaty *supplement*. This is decided by the Court on the basis of an analysis of the effects that the adoption of the provision would have.⁸⁷ The establishment of the EMF would lead to a takeover by the EU of powers to safeguard financial stability in the euro area – a task so far exercised by the euro area Member States. This takeover would also include the transfer of the right to decide on the use of the financial resources provided by the euro area Member States.⁸⁸ In this way, the EU’s coordinating competences in the field of economic policy would be substantially extended: The Union would henceforth be equipped with significant decision making and implementing powers regarding the provision of stability support. Whether such an extension of Union powers is compatible with the ECJ’s jurisprudence seems questionable. Indeed, it seems that a future EMF which employs strict (and binding) conditionality and which has the right to decide⁸⁹ on the provision of stability support ‘goes beyond the distribution of powers to the Union, which in the field of economic policy has coordinating competences only’.⁹⁰

This appears to be confirmed by earlier statements of the ECJ in *Pringle*, where the Court held that ‘[...] the ESM is not concerned with the coordination of the economic policies of the Member States, but rather constitutes a financing mechanism. Under Articles 3 and 12(1) of the ESM Treaty, the purpose of the ESM is to mobilise funding and to provide financial stability support to ESM Members who are experiencing, or are threatened by, severe financing problems. While it is true that, under Article 3, Article 12(1) and the first subparagraph of Article 13(3) of the ESM Treaty, the financial assistance provided to a Member State that is an ESM Member is subject to strict conditionality, appropriate to the financial assistance instrument chosen, which can take the form of a macro-economic adjustment programme, the conditionality prescribed nonetheless *does not*

84 Opinion C-2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, para. 38.

85 Matthias Rossi, *Art. 352*, in EUV/AEUV KOMMENTAR, , 74 (Christian Calliess/Matthias Ruffert eds., 2016).

86 *Id.* at 74.

87 *Id.* at 74.

88 For details see below, point 3.b.

89 For details see below, point 3.b.

90 Ioannidis, *supra* note 53.

constitute an instrument for the coordination of the economic policies of the Member States [...] (Emphasis added).⁹¹

In summary, the establishment of the EMF seems to be a case of Treaty amendment and not Treaty supplementation, for which Article 48 TEU would be the appropriate legal base and not Article 352 TFEU.

f. Conclusion

In conclusion, it appears highly questionable whether Article 352 TFEU can be invoked as a legal basis for integrating the ESM into the EU legal framework. Yet not only issues of competence pervade the proposal. Even if the Commission nonetheless decides to go ahead with its proposal, it will encounter further problems as outlined in the next section.

C. The Wider Implications of Integrating the ESM into the EU Legal Framework

1. More Democratic? Accountability Towards the European Parliament

One of the guiding principles of the Commission's reform proposals was to strengthen democratic accountability:

'Completing EMU also means greater political responsibility and transparency about who decides what and when at the different levels. This requires bringing the European dimension of decision-making closer to citizens and more to the forefront of national debates and making sure that both national parliaments and the European Parliament have sufficient powers of oversight'.⁹²

Hence, it comes as no surprise that the draft Regulation on the establishment of the EMF seeks to make the EMF accountable to the European Parliament. For instance, Article 5 of the draft Regulation provides that the EMF shall submit annual reports on the execution of its tasks and respond to oral and written questions put to it by the European Parliament. There are, however, 'two difficulties with such an accountability scheme. First, these are only reporting obligations and do not allow Parliament any influence in the actual decision-making of the EMF. Second, the European Parliament may not be an adequate forum for EMF accountability purposes in the first place. Members of the EMF are only euro area Members, but in the European Parliament all EU Member States are represented, not only those that have adopted the euro. The EMF is thus made accountable to an institution with a different composition than the Members that provide for its capital'.⁹³ Whether the proposal really contributes to making EMU more democratic is thus questionable.

2. More Efficient? The New Decision-Making Procedure

Another important objective of the Commission's proposal was to make the EMF more efficient by speeding-up the decision making process. For this purpose, the draft introduces the concept of a *reinforced qualified majority*. It requires 85% of the votes cast,⁹⁴ whereby the voting rights of each

⁹¹ Case C-370/12, *supra* note 71, para. 110-111.

⁹² COM (2017) 827 final, *supra* note 6, at 3.

⁹³ See Ioannidis, *supra* note 53.

⁹⁴ See Articles 4(2) and (4) of the Draft Statute of the EMF, *supra* note 55, at 3.

Member State are equal to the number of shares allocated to it in the authorised capital stock of the EMF.⁹⁵ Hence, large States, such as Germany hold 27% of all votes while smaller states, such as Austria, are only allocated 3% of the votes.

Pursuant to Article 5(7) of the draft Statute, the Board of Governors shall take the following decisions by *reinforced qualified majority*:

(...)

(a) provide stability support to EMF Members, including the policy conditions as stated in the memorandum of understanding referred to in Article 13(3), and to establish the choice of instruments and the financial terms and conditions, in accordance with Articles 14 to 18;

(b) request the Commission to negotiate, in liaison with the ECB, the economic policy conditions attached to each financial assistance, in accordance with Article 13(3);

(c) change the pricing policy and pricing guideline for financial assistance, in accordance with Article 20;

In other words, fundamental decisions by the EMF, such as the provision of stability support, no longer require a unanimous vote (as was the case under the old Article 5(6)(f) ESMT); rather a reinforced qualified majority will suffice in the future. The same is true for the decision to request the Commission to negotiate the economic policy conditions attached to each financial assistance, as well as for the decision to change the pricing policy for financial assistance.⁹⁶

So does this amount to a major innovation enhancing the efficiency of the mechanism? We must not forget that even under the old system these decisions could be taken by a qualified majority of 85%. However, this was only possible under exceptional circumstances ('emergency situations'): When both the Commission and the ECB had concluded that a failure to urgently adopt a decision to grant financial assistance would threaten the economic and financial sustainability of the euro area, then the emergency voting procedure could be used. What used to be the exception (85% threshold) now becomes the rule. This will affect small states more negatively, as they can now be outvoted. Big states, such as Germany with a 27% share of all votes, retain their veto right, at least *prima facie*. On closer examination, it turns out that they, too, will lose their veto right in case the new emergency procedure applies.⁹⁷ This new procedure is codified in Articles 3(2) and (4), which provide:

(2) Where circumstances require the urgent provision of stability support to an EMF Member in accordance with Article 16, decisions may be taken by an emergency procedure. In such an event, the decision taken by the Board of Governors or the Board of Directors shall be transmitted to the Council immediately after its adoption together with the reasons on which it is based. Upon request of the Chairperson, the Council shall discuss the decision, within 24 hours of its transmission. The Council may object to the decision. In the event of an objection, *the Council may itself adopt another decision on the matter*, or refer the matter back to the Board of Governors for another decision.

95 Article 4 of the Draft Statute of the EMF, *supra* note 55, at 3.

96 See Article 5(7)(b)-(c) of the Draft Statute of the EMF *supra* note 55, at 3.

97 An interesting question that arises in this context is who will decide that an emergency situation does exist. In contrast to the ESMT, the draft does not specify this.

[...]

(4) Where the Council acts in accordance with paragraphs 1 or 2, [...] the votes of members of the Council representing Member States whose currency is not the euro shall be suspended. A qualified majority shall be defined in accordance with Article 238(3) TFEU.⁹⁸

Under these provisions even big states such as Germany or France would lose their veto, as the Council decides on the basis of the qualified majority rules of Article 238(3) TFEU (55%/65%)⁹⁹ and *not* the voting rules laid down in Article 4(4) of the draft Regulation (85%).¹⁰⁰ This loss of veto power will raise complex constitutional issues in a number of Member States, such as Germany, where the Constitutional Court had recently decided that the loss of a veto right would not be compatible with the budgetary sovereignty of the German Parliament.¹⁰¹ The principle of democracy - as enshrined in Article 20 of the German Basic law - requires that the German Parliament remains the place in which autonomous decisions on revenue and expenditure are made, including those with regard to international liabilities.¹⁰² However, this will no longer be the case once the veto right is lost. This would interrupt the democratic legitimization nexus between the budgetary overall responsibility of the national parliament and the ESM/EMF. It would shift the democratic decision making process to the supranational level, where the European Parliament still plays a marginal role only (see above).¹⁰³

In sum, under the old system unanimity used to be the rule, whereas the 85% threshold was the exception ('emergency procedure'). In contrast, under the new system the 85% threshold becomes the rule and the new exception lowers requirements even further (55%/65%). While that may accelerate the procedure and thereby enhance efficiency, it raises other serious problems: Most importantly, the new decision making procedure will lead to the loss of a veto right. This, in turn, has serious democratic implications and hence raises complex constitutional issues in states such as Germany. In light of these implications, it is highly questionable whether individual Member States and in particularly Germany will - and indeed can - support the proposal.

3. More Democratic? Withdrawal from an International Treaty v. Repealing an EU Regulation

The integration of the ESM into the EU legal framework will bring about another important legal change. As the ESMT constitutes an international treaty, a Member State can *unilaterally* withdraw from it according to Article 56 et seq. VCLT. Such unilateral withdrawal is no longer possible, once

98 Article 3(2) and 3(4) COM (2017) 827 final, supra note 6, at 27.

99 Note that the votes of the members of the council representing Member States whose currency is not the euro shall be suspended, see Article 3(4) COM (2017) 827 final, supra note 6, at 5.

100 See Article 3(4) COM (2017) 827 final, supra note 6, at 27.

101 See 2 BvR 1390/12, Leitsatz: No. 4: 'Die haushaltspolitische Gesamtverantwortung des Deutschen Bundestages setzt voraus, dass der Legitimationszusammenhang zwischen dem Europäischen Stabilitätsmechanismus und dem Parlament unter keinen Umständen unterbrochen wird. [...] sicherzustellen, dass die gegenwärtig gegebene und verfassungsrechtlich geforderte Vetoposition der Bundesrepublik Deutschland auch unter veränderten Umständen erhalten bleibt' ['In accordance with the general competence of the Parliament of German Federal Parliament to determine budgetary policy, the democratic legitimization of the European Stability Mechanism through the Parliament may not be impeded [...] in order to guarantee that the currently existing and constitutionally required veto right of the Federal Republic of Germany remains intact also under changed circumstances.'].
 102 See 2 BvR 1390/12.
 103 The role of national parliaments in the EMF is marginal, too, see Article 6 of the Draft COM (2017) 827 final.

the ESM is integrated into the EU legal framework. According to the *actus contrarius* doctrine, *unanimity* would be required to repeal the Regulation on the establishment of the EMF.¹⁰⁴ Thus, Member States should be aware that once the EMF is established and integrated into the EU legal framework it will be very difficult to 'escape' its obligations.

IV. Conclusion

The Commission's proposal faces a plethora of problems: First of all, it seems highly questionable whether the EU has indeed the competence to integrate the ESM into the EU legal framework. In particular, the invocation of Article 352 TFEU as legal base is not convincing for the reasons outlined above.

Second, the integration of the ESM into the EU legal framework will not render EMU any more democratic. The European Parliament continues to play a marginal role only – all it can do is to request annual reports by the EMF and to demand a hearing of the Managing Director.

Third, efficiency may indeed be increased by changing the decision-making procedure. However, it comes at a cost of democratic legitimacy: The principle of democracy – as enshrined, inter alia, in Article 20 of the German Basic Law – requires that the German Parliament remains the place in which autonomous decisions on revenue and expenditure are made, including those with regard to international liabilities. However, this will no longer be the case once the veto right is lost (e.g. during the emergency procedure). This would interrupt the democratic legitimization nexus between the budgetary overall responsibility of the national parliament and the ESM/EMF. It would shift the decision making process to the supranational level, where the European Parliament still plays a marginal role only. In light of these implications it is highly questionable whether the individual Member States and in particularly Germany will – and indeed can – support the proposal, which requires unanimity.¹⁰⁵

104 Provided Article 352 TFEU is indeed used – as proposed by the Commission – as the legal base for enacting said Regulation.

105 At least if one accepts the Commission's view that Article 352 TFEU is the appropriate legal base.