



AUSTRIAN LAW JOURNAL

Ausgabe 2/2015





Ausgleich von Personenschäden Rechtsvergleichende Anregungen für das Zusammenspiel von Schadenersatz- und Versicherungsrecht

Helmut Koziol*, European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL)

Kurztext: Im Bereich der Personenschäden weisen die europäischen Rechtsordnungen recht unterschiedliche Ausgleichssysteme auf: Überwiegend verändern die Sozialleistungen nicht die schadenersatzrechtliche Zurechnung, da den Sozialversicherungsträgern gegen den Haftenden Rückgriffsansprüche zustehen. Insbesondere in Skandinavien wird jedoch das Schadenersatzrecht durch das Sozialversicherungsrecht verdrängt, sodass es zu einer weitgehenden Befreiung der verantwortlichen Schädiger kommt. Diese Unterschiede scheinen einer Harmonisierung der Ausgleichssysteme in Europa entgegenzustehen, doch eine Überbrückung der Differenzen ist möglich.

Schlagworte: Haftpflichtversicherung; Personenschäden; Sozialversicherung; Rückgriffsrechte; Zusammenspiel Schadenersatz- und Versicherungsrecht.

I. Einleitung

Bei rechtsvergleichenden Untersuchungen stößt man immer wieder auf nationale Lösungen schadenersatzrechtlicher Fragen, die erstaunen und zunächst den Eindruck erwecken, wenig sachgerecht zu sein. Im Zusammenhang mit Grundideen der jeweiligen Rechtsordnung und im Zusammenspiel mit anderen Rechtsinstituten, etwa dem Sozialversicherungsrecht, haben diese Lösungen jedoch so manches gute Argument für sich. Überdies finden sich immer wieder in anderen Rechtsordnungen zusätzliche Ansätze, die zur Weiterentwicklung einer bisher noch nicht überzeugenden Lösung anregen und letztlich zu überraschenden, doch recht neuartigen Grundkonzepten des Zusammenspiels verschiedener Rechtsinstrumente führen. Das kann für die Fortentwicklung und Harmonisierung des europäischen Schadenersatzrechts wertvolle Denkanstöße liefern, die auf breitere Zustimmung in den Mitgliedsländern der Europäischen Union stoßen können. Im Folgenden wird auf eine auf rechtsvergleichenden Anregungen beruhende Idee für ein so manche Vorteile bietendes ungewöhntes Zusammenspiel von Schadenersatz, Sozialversicherung und Haftpflichtversicherung bei Personenschäden vorgestellt. Damit könnte ein Diskussionsbeitrag zur Überbrückung gravierender Unterschiede in den nationalen europäischen Rechtsordnungen geleistet und ein Weg für eine allseits akzeptierbare Harmonisierung gewiesen werden.¹

* O. Univ.-Prof. i.R. Dr. DDr. h.c. Helmut Koziol ist Managing Director des European Centre of Tort and Insurance Law (ECTIL). Der vorliegende Beitrag ist die erweiterte Fassung eines Vortrags, der am 9. 1. 2015 an der Universität Wien im Rahmen der „Distinguished Lecture Series“ gehalten wurde.

1 Siehe dazu auch schon meine Concluding Remarks, in Koziol (Hrsg), Comparative Stimulations for Developing Tort Law (2015) Topic I C.

II. Das traditionelle kontinentaleuropäische System

Es gilt bei uns und auch in anderen Rechtsordnungen noch immer der alte Grundsatz, dass derjenige, der einen Schaden erleidet, diesen regelmäßig selbst zu tragen hat: „Casum sentit dominus.“ Anderes gilt nur dann, wenn besondere Gründe vorliegen, die es rechtfertigen, den Schaden auf einen anderen zu überwälzen. In der heutigen Gesellschaft nimmt allerdings die Vorstellung zu, dem Einzelnen sei möglichst jegliches Risiko abzunehmen; es müsse stets ein Ausgleich des Nachteils erfolgen. Dieses Ziel kann jedoch selbst durch großzügigste Ausweitung des Schadenersatzrechts sicherlich nicht erreicht werden, da dieses stets voraussetzt, dass Zurechnungsgründe vorliegen, die es rechtfertigen, die Schadenstragung vom Geschädigten auf einen anderen zu überwälzen, weil dieser „näher daran ist“, den Schaden zu tragen als der Geschädigte.

Für Personenschäden wurde allerdings sachgerechter Weise eine sehr weitgehende, von Zurechnungsgründen unabhängige Risikoabnahme durch Sozialversicherungssysteme vorgesehen, deren Kosten keineswegs zur Gänze von den begünstigten Versicherten, sondern zu einem großen Teil durch die öffentliche Hand und die Arbeitgeber getragen werden. Dass nur für den Bereich der Personenschäden eine derartige Ausdehnung des Schutzes vorgesehen wird, findet seine Berechtigung einerseits darin, dass es um das höchstrangige Gut geht und andererseits vielfach die Existenz des Geschädigten bedroht wird. Bei Beeinträchtigungen der Person soll der Geschädigte daher ohne Rücksicht auf die Schadensursache in jedem Fall Schadensausgleich erhalten. Durch den Wegfall der Notwendigkeit, Haftungsvoraussetzungen zu prüfen, wird auch die Verwirklichung des zweiten Anliegens erheblich gefördert, nämlich die rasche Durchführung des Ausgleichs. Allerdings wird in der Regel durch die Sozialversicherung keine volle Kompensation des Schadens, sondern nur eine Abdeckung der Grundbedürfnisse vorgesehen.

Die Sozialleistungen verändern ganz überwiegend nicht die schadenersatzrechtliche Zurechnung, da den Sozialversicherungsträgern gegen den Haftenden Rückgriffsansprüche zustehen; Ausnahmen von dieser Rückgriffsmöglichkeit bestehen allerdings im Arbeitnehmer-Unfallversicherungsrecht bei leicht fahrlässigen Schädigungen des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber. Das wird vor allem damit begründet, dass dieser die Versicherungsprämien ganz oder teilweise trage und damit seine Haftung – zumindest für leicht fahrlässige Schädigungen – ablöse.² Die im medizinischen Bereich heftig geführten Diskussionen über die Einführung eines verschuldensunabhängigen Kompensationssystems sind wieder abgeflaut.³

Eine etwas abweichende Grundtendenz zeigt das stark am Ersatzinteresse des Geschädigten orientierte französische Recht: Neben einer erheblichen Ausweitung der Schadenersatzpflichten und deren Abfederung durch Haftpflichtversicherungen werden auch die vertraglichen und sozialen Schadens-Versicherungssysteme ausgebaut. *Moréteau*⁴ betont zutreffend, dass die Kritik

2 Siehe *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) Rz 2/75. Eine ausführliche Darstellung findet sich bei *Karner/Kernbichler*, Employers' Liability and Workers' Compensation: Austria, in *Oliphant/G. Wagner* (Hrsg), Employers' Liability and Workers' Compensation (2012) 63 (63 ff, 95 ff); *Waltermann*, Employers' Liability and Workers' Compensation: Germany, in *Oliphant/G. Wagner* (Hrsg), Employers' Liability and Workers' Compensation (2012) 265 (274, 276 ff); *G. Wagner*, New Perspectives on Employers' Liability – Basic Policy Issues, in *Oliphant/G. Wagner* (Hrsg), Employers' Liability and Workers' Compensation (2012) 561 (567 ff).

3 Zu den Vorschlägen für solche Systeme und deren Umsetzungen siehe *Dute/Faure/Koziol* (Hrsg), No-Fault Compensation in the Health Care Sector (2004); *B.A. Koch*, Medical Liability in Europe: Comparative Analysis, in *Koch* (Hrsg), Medical Liability in Europe. A Comparison of Selected Jurisdictions (2011) 611 (650 ff).

4 *Moréteau*, Frankreich, in *Koziol* (Hrsg), Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht (2014) Rz 1/1.

an der französischen Tendenz einer ausufernden Abnahme jeglichen Risikos einer Schädigung nur für die rein schadenersatzrechtliche Perspektive Geltung habe, nicht aber die vertraglichen Versicherungen und die Sozialversicherungssysteme betreffe. Diese Verlagerung von der ausgleichenden zur austeilenden Gerechtigkeit entspreche – so *Moréteau* – in Frankreich der weitgehend akzeptierten Auffassung, dass es für die Gesellschaft besser sei, wenn deren Mitglieder entsprechend einem solidarischen Modell die Risiken gemeinsam tragen. Im französischen Recht wird dementsprechend versucht, die den Solidaritätsgedanken umsetzende Absicherung der Risiken durch die außerhalb des Schadenersatzrechts bestehenden Systeme der vertraglichen Schadensversicherung und der sozialen Versicherung zu erreichen. Diese sehen jedoch – abgesehen vom Bereich der Schädigung von Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber⁵ – Rückgriffsrechte gegen den verantwortlichen Schädiger vor⁶, sodass insofern keine Entlastung des Täters erfolgt. Wichtig für das Verständnis dieses Systems ist die – den Schadenersatzrechtler natürlich schmerzende – Feststellung, dass „aus französischer Sicht zumindest in der Praxis zivilrechtliche Haftung nicht mehr ein zentrales, sondern nur mehr ein marginales Instrument darstellt“.⁷ Bedeutsam ist ferner der Hinweis⁸, dass in Frankreich dem Schadenersatzrecht nicht primär die Aufgabe der Prävention beigelegt wird, diese Funktion vielmehr immer stärker dem Strafrecht zugedacht wird. Damit sind Grundfunktionen des Schadenersatzrechts und das Zusammenspiel mit anderen Rechtsgebieten angesprochen, wobei bemerkenswerte Unterschiede zum deutschen Rechtskreis feststellbar sind.

III. Das skandinavische System

Das skandinavische Recht geht bei der Berücksichtigung der Interessen des Geschädigten noch über das französische hinaus. Wie *Askeland*⁹ hervorhebt, beruhe zwar auch das norwegische Schadenersatzrecht auf dem Grundsatz „casum sentit dominus“, doch habe der Gedanke der austeilenden Gerechtigkeit verbreitet Zustimmung gefunden und jenen der ausgleichenden Gerechtigkeit immer mehr zurückgedrängt: In erster Linie sei es wichtig, dass das Opfer vollen Ersatz erhalte. Zweitens werde es weitgehend als gerechtfertigt angesehen, dass jener, der den Schaden verursacht hat, diesen auch zu ersetzen habe – was wohl zu einer sehr großzügigen Zurechnung führt, unter anderem durch Ausdehnung verschuldensunabhängiger Haftungen.

Für eine sehr breite Abdeckung der Personenschäden – nicht jedoch der sonstigen Schäden – haben in Skandinavien in jüngerer Zeit neben dem Schadenersatzrecht auch noch Versicherungslösungen und das soziale Sicherheitsnetz gesorgt. Verstärkt wird der Schutz der Geschädigten überdies durch einen Ausbau der obligatorischen Haftpflichtversicherungen, wodurch das Risiko der Undurchsetzbarkeit der Ersatzansprüche weitgehend beseitigt wird¹⁰, was wiederum dem Opfer zugutekommt.

5 Siehe *G'sell/Veillard*, Employers' Liability and Workers' Compensation: France, in *Oliphant/G. Wagner* (Hrsg), Employers' Liability and Workers' Compensation (2012) 203 (224, 229 f): Die sog „Workers' compensation institutions“ haben einen Rückgriffsanspruch gegen den Arbeitgeber lediglich bei grob schuldhaftem oder bei vorsätzlichem Verhalten.

6 *Moréteau* in *Koziol* Rz 1/54.

7 *Moréteau* in *Koziol* Rz 1/13.

8 *Moréteau* in *Koziol* Rz 1/7 und 1/68.

9 *Askeland*, Norwegen, in *Koziol* (Hrsg), Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht (2014) Rz 2/2.

10 *Beck*, Das patchworkartige System der Haftpflicht-Versicherungsobligatorien, in *Fuhrer/Chappuis* (Hrsg), Liber amicorum Roland Brehm (2012) 1; *Merkin/Steele*, Insurance and the Law of Obligations (2013) 256.

Höchst bemerkenswert ist, dass in Skandinavien – aber auch in Polen¹¹ – die Konzentration auf den Kompensationsgedanken zumindest im Bereich der Personenschäden letztlich zu einer weitgehenden Befreiung der verantwortlichen Schädiger führt, die den Schaden in zurechenbarer Weise herbeigeführt haben: Den Sozialversicherungsträgern wird kein Rückgriff gegen die Schädiger eingeräumt, ausgenommen dieser handelt vorsätzlich.¹² Es erscheint zumindest auf den ersten Blick eher abwegig, jedenfalls höchst sachwidrig und dem Grundgedanken weitgehender Schadenzurechnung widersprechend, dass verantwortliche Täter durch eine soziale Einrichtung von ihrer Haftung endgültig befreit werden. Auch dass dadurch die Präventionsfunktion des Schadenersatzrechts insofern vollkommen beseitigt wird, hat offenbar in der Diskussion keine wesentliche Rolle gespielt, vor allem – wie betont wird – wegen der Überzeugung, dass dem Schadenersatzrecht diese Funktion ohnehin nicht zukomme. Verhindert wird damit immerhin eine Überkompensation der Geschädigten, doch hätte dies auch durch einen Übergang der Ersatzansprüche in Höhe der Sozialleistung auf die Sozialversicherungsträger erreicht werden können.

Als Vorteil der skandinavischen Lösung könnte gesehen werden, dass die weitgehende Befreiung des verantwortlichen Täters von der Ersatzpflicht diesem die Tragung der oft sehr hohen Ersatzleistungen bei Personenschäden erleichtert; damit wird auch die Wahrscheinlichkeit der Kompensation der über die Sozialversicherung hinausgehenden Schäden erhöht. Soweit Haftpflichtversicherungen bestehen, führt die Sozialversicherung im Ergebnis allerdings in Wahrheit nur zur Entlastung der Haftpflichtversicherer und nicht der Schadenersatzpflichtigen. Die Haftpflichtversicherten genießen allenfalls lediglich den Vorteil, dass sie durch eine Verbilligung der Haftpflichtversicherung teilweise von Versicherungsprämien befreit werden. Doch werden die entsprechenden Kosten auf die Allgemeinheit, der die Finanzierung der Sozialversicherung obliegt, überwältigt.¹³

Das Schadenersatzrecht wird somit im skandinavischen, aber auch im polnischen Recht für den Bereich der Personenschäden in einer nicht sehr befriedigend erscheinenden Weise teilweise verdrängt, nämlich im Umfang der Sozialleistung, und dient letztlich nur mehr einer Ergänzung der Sozialleistungen.¹⁴

IV. Das neuseeländische System

In keinem europäischen Land wurde für den Bereich der Personenschäden das Haftpflichtrecht durch eine allgemeine Versicherungslösung vollständig ersetzt und es bestehen heute diesbezüglich auch keine ernsthaften Bestrebungen.¹⁵

Wohl aber wurde in Neuseeland ein umfassendes verschuldensunabhängiges, staatlich unterstütztes Ersatzsystem für Personenschäden eingeführt¹⁶, das für diesen Bereich das Schadener-

11 *Askeland* in *Koziol Rz 2/2*; *Ludwichowska-Redo*, Polen, in *Koziol* (Hrsg), Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht (2014) Rz 3/36 f.

12 *Askeland* in *Koziol Rz 2/4* bei Fn 7.

13 *Askeland* in *Koziol Rz 2/5*.

14 *Askeland* in *Koziol Rz 2/2* f und 2/6.

15 Siehe *Oliphant*, England und Commonwealth, in *Koziol* (Hrsg), Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht (2014) Rz 5/18.

16 Dazu jüngst etwa *Oliphant* in *Koziol Rz 5/22* ff; *Oliphant*, Landmarks of No-Fault in the Common Law, in *van Boom/Faure* (Hrsg), Shifts in Compensation Between Private and Public Systems (2007) 43 (68 ff).

satzrecht völlig ausschaltet, und zwar auch für Schäden, die über die Versicherungsleistung hinausgehen. Die Nachteile dieses Systems, nämlich nur der Höhe nach begrenzte Ersatzleistungen, Verlust des Präventionseffekts¹⁷ und erhebliche Belastungen des Staates, wurden und werden in Neuseeland geringer geachtet als die Vorteile: nämlich rascher Ersatz unabhängig von der Schadensursache, wesentlich kostengünstigere Durchsetzung und Betonung des Gemeinschaftsgedankens.

Das neuseeländische Beispiel konnte bisher nicht so überzeugen, dass es in anderen Ländern nachgeahmt wurde. Das scheint auch verständlich¹⁸: Der aus finanziellen Gründen umfangmäßig begrenzte Ersatz von Personenschäden und damit der unvollständige Schutz des höchstrangigen Gutes muss als schwerer Nachteil dieses Systems gewertet werden. Dass der Gemeinschaftsgedanke dazu führt, dass der schuldlose Geschädigte bei großen Schäden einen erheblichen Teil des Schadens selbst zu tragen hat, erscheint alles andere als einleuchtend. Das Argument der Kostengünstigkeit der Schadensabwicklung relativiert sich, wenn man bedenkt, dass mit Personenschäden häufig Sachschäden verbunden sind und deren Ersatz gesondert nach schadenersatzrechtlichen Regeln auf dem normalen Rechtsweg durchgesetzt werden muss.

V. Grundgedanken für eine Weiterentwicklung in Europa

Von den kurz vorgestellten Lösungen scheint der in Europa überwiegend eingeschlagene Weg der Kombination von Schadenersatzrecht und Versicherungssystemen sachgerechter als die reine Versicherungslösung, da die Vorteile des Versicherungssystems genutzt, die Nachteile der Verdrängung des Schadenersatzrechts jedoch vermieden werden. Letzteres ist allerdings teilweise dann nicht mehr der Fall, wenn es – wie in Skandinavien und Polen – durch das Abschneiden des Rückgriffs gegen den Schädiger zu einer teilweisen Verdrängung des Schadenersatzrechts bei Personenverletzungen kommt, nämlich soweit die Sozialversicherungsleistungen den Schaden abdecken.

Scheidet man das neuseeländische Modell aus, so stellt sich die Frage, ob eine zwischen den europäischen Rechtsordnungen vermittelnde, weiterführende Lösung für das Zusammenwirken von Schadenersatz- und Sozialversicherungsrecht bei Personenschäden zu finden ist und damit auch ein sinnvoller Weg zur Harmonisierung aufgezeigt werden kann. Es ist ohne Zweifel ein berechtigtes Anliegen, den Geschädigten bei Personenschäden möglichst raschen und möglichst weitgehenden Ersatz ihrer erlittenen Nachteile zu verschaffen und dafür das Sozialversicherungsrecht heranzuziehen.

Die in Skandinavien, aber auch in Polen festzustellende teilweise Beiseiteschiebung des Schadenersatzrechts bei Personenschäden durch den Ausschluss des Rückgriffs des Sozialversicherers gegen den Schädiger, steht aber in offensichtlichem Gegensatz zu dem in den anderen Rechtsordnungen beibehaltenen Miteinander von Sozialrecht und Schadenersatzrecht, das letztlich zu einer Schadenstragung nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen führt; also – sachgerechterweise – den verantwortlichen Schädiger nicht aus seiner Haftung entlässt.

17 Sehr skeptisch hierzu *Green/Cardi*, USA, in *Kozioł* (Hrsg.), Grundfragen des Schadenersatzrechts aus rechtsvergleichender Sicht (2014) Rz 6/20.

18 Siehe *Kozioł*, Grundfragen Rz 1/10 ff.

Diese beiden Systeme der Verdrängung einerseits und des Miteinander andererseits erwecken den Eindruck, eher unversöhnlich einander gegenüber zu stehen. Es scheint mir jedoch möglich, durch die Herausarbeitung des wahren Kerns des skandinavischen Modells und durch dessen Weiterentwicklung, aber auch durch Berücksichtigung der in anderen Rechtsordnungen für die Schädigung der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber vorhandenen Ansätze zu einer vermittelnden Lösung zu gelangen, die die Vorteile beider Systeme in der Sache möglichst erhält und die Nachteile weitgehend vermeidet. Ich sehe nämlich die Möglichkeit, die schon vorhandenen Systeme konsequent weiterzuentwickeln und ohne gravierenden Bruch mit den bisherigen Traditionen auf Erprobtem aufzubauen. Diese Lösung scheint mir zumindest einer gründlichen Diskussion wert zu sein; sie könnte in Europa immerhin auf einige Akzeptanz stoßen und einen Kompromiss ermöglichen, dem keine unüberbrückbaren Hürden entgegenstehen.

Das traditionelle System des Miteinander von Sozialversicherungs- und Schadenersatzrecht verwirklicht einerseits das Ziel, zunächst dem Verletzten auf der Grundlage des Sozialversicherungsrechts unabhängig von der Schadensursache rasch Ausgleichsleistungen zukommen zu lassen, die allerdings meist beschränkt sind und daher keinen vollen Schadensausgleich bringen; andererseits führt die Möglichkeit des Rückgriffs der Sozialversicherung gegen den Schädiger dazu, dass die dafür anfallenden Kosten letztlich von jenem zu tragen sind, der nach den allgemeinen Zurechnungsregeln dafür verantwortlich ist.

Es ist allerdings zu bedenken, dass die Ersatzpflicht des Schädigers in den meisten Fällen durch eine Haftpflichtversicherung abgedeckt sein wird und daher der Rückgriff des Sozialversicherers einerseits nur mehr eine geringe Präventionswirkung entfaltet; diese hängt von einer entsprechenden, das Schädigungsrisiko berücksichtigenden Ausgestaltung der Haftpflichtversicherung ab. Es ist aber immerhin jedenfalls noch insofern der Gedanke der Schadenszurechnung wirksam, als der verantwortliche Schädiger die Versicherungsprämien zu zahlen und damit die Kosten für die Schadensabdeckung durch den Haftpflichtversicherer zu tragen hat. Negativ scheint aber in die Waagschale zu fallen, dass wegen des Rückgriffverfahrens zwischen Sozialversicherer und Haftpflichtversicherer des Schädigers zweimal Abwicklungskosten anfallen. Diese sind jedoch wegen der vielfach gehandhabten jährlichen, pauschalierten Abgeltungen der Aufwendungen der Sozialversicherer durch die Haftpflichtversicherer ohnehin sehr niedrig und ihnen sollte daher keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden.

Das skandinavisch-polnische System, das dem Geschädigten selbstverständlich die gleichen Vorteile wie das konventionelle bietet, kann immerhin noch den weiteren Vorteil für sich verbuchen, dass es schon durch sein Grundkonzept des Regressausschlusses eine Verdoppelung von Abwicklungskosten vermeidet. Dies ist allerdings – wie schon erwähnt – ein eher vernachlässigenswerter Vorteil, da Pauschalabgeltungen eine kostengünstige Abwicklung ermöglichen. Die Lösung leidet überdies vor allem daran, dass durch den Ausschluss des Rückgriffs des Sozialversicherers sowohl gegen den Schädiger als auch dessen Haftpflichtversicherer die sachgerechte Belastung des verantwortlichen Schädigers, der den Schaden in zurechenbarer Weise verursacht hat, in Höhe der Sozialleistungen endgültig beseitigt wird und damit auch die dem Schadenersatzrecht eigenen letzten Reste einer Präventionswirkung völlig ausgeschaltet werden, da diese nicht einmal mehr mittelbar durch eine risikoabhängige Prämiengestaltung aufrecht erhalten wird. Bedenklich ist vor allem, dass die Schädiger – anders als in so manchen Rechtsordnungen die Arbeitgeber im

Bereich der Arbeitnehmer-Unfallversicherung¹⁹ – auch nicht einmal über die entsprechend den bei Haftpflichtversicherungen kalkulierten Versicherungsprämien die Kosten der Schadensabdeckung zu tragen haben, sondern diese auf die Allgemeinheit überwält werden; da es bei der Sozialversicherung um eine Schadensversicherung geht, also auf die Gesamtheit der potenziellen Geschädigten und nicht der Schädiger.²⁰

Was die Bedenken betreffend die fehlende Präventivwirkung des skandinavisch-polnischen Systems betrifft, so könnte zwar zu deren Entkräftung darauf hingewiesen werden, dass vielfach schon grundsätzlich bezweifelt wird, dass das Schadenersatzrecht überhaupt eine solche Wirkung entfalte²¹ und eine allenfalls vorhandene Wirkung durch das Bestehen von freiwilligen oder obligatorischen Haftpflichtversicherungen jedenfalls erheblich verringert werde. Vorgebracht werden könnte ferner, dass diese Minderung der Präventionswirkung im Bereich der Personenschäden nicht so bedeutsam sei, da dem Schädiger ohnehin noch in erheblichem Umfang Schadenersatzverpflichtungen für die durch die Sozialversicherung nicht abgedeckten materiellen Nachteile des Geschädigten, vor allem auch für dessen ideelle Schäden drohen; das skandinavische Modell schließt – im Gegensatz zum neuseeländischen System – ja keineswegs über die Sozialversicherungsleistung hinausgehende Schadenersatzansprüche aus. Überdies greife bei Personenschäden in weitem Ausmaß das Strafrecht ein, das eindeutig Präventivwirkung entfalte.

All diesen beruhigenden Argumenten kommt sicherlich eine gewisse Berechtigung zu, doch bleibt zunächst noch immer zu bedenken, dass einerseits das Strafrecht nicht stets eingreift und andererseits dem Schadenersatzrecht bisher auch bei Bestehen von Haftpflichtversicherungen noch eine erhebliche Präventivwirkung zukommen kann, wenn das Prämiensystem entsprechend ausgestaltet wird und der Schädiger daher neben strafrechtlichen Sanktionen zusätzlich mit einer weiteren, für ihn finanziell spürbaren negativen Reaktion auf sein schädigendes Verhalten, nämlich einer Prämienhöhung, zu rechnen hat. Vor allem aber vermögen diese den Ausschluss des Rückgriffs gegen den Schädiger unterstützenden Argumente ein ganz wesentliches Bedenken gegen den Regressausschluss und damit gegen die Haftungsfreiheit des Schädigers nicht auszuräumen: Die Abschneidung des Rückgriffs und damit die endgültige Schadensabdeckung durch die Sozialversicherung führen nämlich dazu, dass die verantwortlichen Schädiger nicht einmal mehr in einem dem Haftungsrisiko entsprechenden Ausmaß die Kosten für eine Haftpflichtversicherung zu tragen haben: Bei der heute gängigen Kalkulation werden die Beiträge zur Sozialversicherung eben nicht nach den für die Haftpflichtversicherung geltenden Regeln, sondern nach den sozialversicherungsrechtlichen Grundätzen bemessen, sodass insofern keine für Haftpflichtversicherungen angemessenen Beiträge, die auf das Schädigungsrisiko abstellen, von den Sozialversicherten geleistet werden.

Um zu dem sachgerechten Ergebnis zu gelangen, dass der verantwortliche Schädiger – so wie der Arbeitgeber im Bereich der Arbeitnehmer-Unfallversicherung – zumindest mit den Kosten für die Versicherung des von ihm verwirklichten Haftungsrisikos belastet wird, ist es erforderlich, sich die sachliche Funktion eines skandinavischen Sozialversicherers, dem jeglicher Rückgriff gegen den Schädiger oder dessen Haftpflichtversicherung abgeschnitten wird, vor Augen zu halten: Die

19 Siehe *Engelhard*, *Shifts of Work-Related Injury Compensation*. Background Analysis: The Concurrence of Compensation Schemes, in *Klosse/Hartlief* (Hrsg.), *Shifts in Compensating Work-Related Injuries and Diseases* (2007) 9 (74); *G. Wagner* in *Oliphant/G. Wagner* 567 f.

20 Dies hebt auch *Askeland* in *Koziol* Rz 2/5 hervor.

21 Siehe *Koziol*, Grundfragen Rz 3/5.

Sozialversicherung ist – wie auch *Askeland*²² hervorhebt und schon früher für den Bereich der Arbeitnehmer-Unfallversicherung betont wurde²³ – bei Regressausschluss in der Sache zugleich auch eine allgemeine, obligatorische Haftpflichtversicherung für Personenschäden zugunsten des Schädigers. Es ist nun sachlich nicht zu rechtfertigen, dass dem für den Schaden Verantwortlichen jegliche Belastung oder zumindest jede risikoadäquate Belastung, die jener bei einer Haftpflichtversicherung entspricht, abgenommen und diese auf die Allgemeinheit überwältigt wird – die Sozialversicherung wird ja durch Beiträge der Arbeitgeber, durch einkommensabhängige Beiträge der Versicherten und durch den Staat finanziert.²⁴ Es wird somit dem Gedanken der ausgleichenden Gerechtigkeit in keiner Weise mehr ausreichend Rechnung getragen: Jene Sozialversicherten, die geringes Schädigungsrisiko hervorrufen – das sind auch eher die Kleinverdiener – müssten die Großschädiger – meistens die Großverdiener und Unternehmer – mitfinanzieren. Ein höchst asoziales Ergebnis.

Es ist daher erforderlich, für den Bereich der Abdeckung von zurechenbar verursachten Schäden die durch den Regressausschluss geschaffene zweite Funktion der Sozialversicherung gesondert zu berücksichtigen und sie auch dementsprechend zu behandeln: Soweit es in der Sache um eine generelle, obligatorische Haftpflichtversicherung zugunsten der verantwortlichen Schädiger geht, sind von diesen auch die risikoentsprechenden Kosten zu tragen. Das kann sicherlich nicht dadurch erreicht werden, dass die Sozialversicherungsbeiträge für alle Sozialversicherten, die Beiträge der Arbeitgeber und des Staates etwas erhöht werden, da dadurch – anders als bei der Haftpflichtversicherung – weder die völlig unterschiedlichen Haftungsrisiken der in unterschiedlichem Ausmaß gefahrgeneigten Tätigkeiten noch die individuellen Haftungsanfälligkeiten berücksichtigt würden. Es ist immerhin ein Schritt in die richtige Richtung, wenn etwa in Norwegen im Bereich der Kraftfahrzeug- und der Arbeitgeberhaftpflichtversicherung Beitragszahlungen an den Sozialversicherungsträger vorgesehen werden²⁵; dies ist allerdings nicht ausreichend, weil dadurch nicht alle potenziellen Haftpflichtigen erfasst werden, die in den Genuss einer „generellen obligatorischen Haftpflichtversicherung“ kommen, sondern nur zwei wichtige Gruppen eher willkürlich herausgegriffen werden. Für den Teilbereich der „generellen Pflicht-Haftpflichtversicherung“ wäre jedoch so wie für die vertragliche Haftpflichtversicherung generell eine risikoabhängige Prämiengestaltung vorzusehen, um zu gewährleisten, dass die nach den schadenersatzrechtlichen Regeln für Schäden Verantwortlichen einen dem Haftungsrisiko entsprechenden Beitrag zu zahlen haben. Nur so kann erreicht werden, dass die Pflicht-Haftpflichtversicherten auch die Kosten der sie begünstigenden Haftpflichtversicherung tragen, und dadurch würde auch eine restliche Präventionswirkung aufrecht erhalten, die dem heutigen konventionellen System entspricht.

Anders ausgedrückt, es ist zu berücksichtigen, dass in Skandinavien und Polen der Sozialversicherer in Wahrheit zwei unterschiedliche Funktionen übernimmt: Einerseits die traditionelle Schadensversicherung zugunsten der Erkrankten und Verletzten; andererseits die Haftpflichtversicherung zugunsten der Schädiger, die zurechenbar Personenschäden verursachen. Die beiden unterschiedlichen Versicherungsfunktionen sind zu trennen und erfordern auch unterschiedliche Prämiengestaltungen, um die unterschiedlichen Risiken sachgerecht zu berücksichtigen.

22 *Askeland* in *Koziol* Rz 2/7.

23 *Deinert*, *Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht* (2007) 267 ff; ihm folgend *Koziol*, *Grundfragen* Rz 2/70.

24 *Askeland* in *Koziol* Rz 2/5.

25 *Askeland* in *Koziol* Rz 2/7.

Unter diesen Prämissen wäre der Ausschluss des Rückgriffs des Sozialversicherers gegen den Schädiger und dessen allfälligen Haftpflichtversicherer insofern unbedenklich und er brächte lediglich Vorteile dadurch, dass eine zusätzliche Kosten verursachende zweifache Abwicklung vermieden wird. Allerdings wird die Berechnung der Beiträge durch die Sozialversicherungsträger aufwendiger. Der weitere zu erwartende Einwand, dass für viele die Sozialversicherungsbeiträge insgesamt erhöht würden, wäre hingegen nicht allgemein berechtigt, weil sich jedermann, der eine sonstige Haftpflichtversicherung abgeschlossen hat, die Prämien für diese vertragliche Haftpflichtversicherung bezüglich der durch die Sozialversicherung gedeckten Schäden ersparen würde.

Zu überlegen wäre, ob es letztlich nicht zweckmäßiger und kostengünstiger wäre, zwecks Entlastung der Sozialversicherungsträger mit der allgemeinen „Pflicht-Haftpflichtversicherung“ die Versicherungsunternehmen zu betrauen. Um eine flächendeckende Versicherung wie bei Abdeckung durch die Sozialversicherung zu erreichen, wäre eine obligatorische vertragliche Personenschadens-Haftpflichtversicherung für jedermann vorzusehen; derzeit bestehende Pflicht-Haftpflichtversicherungen könnten entsprechend eingeschränkt werden. Durch die breite Streuung wären auch günstige Tarife zu erreichen. Der Rückgriff der Sozialversicherungsträger gegen die Haftpflichtversicherer könnte kostengünstig durch jährliche Pauschalabgeltungen erfolgen, für die schon erprobte Vorgangsweisen als Vorbild dienen können.

Da die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Zurechnungsregeln durch dieses System nicht beiseitegeschoben werden, sondern lediglich eine generelle Haftpflichtversicherung vorgesehen würde, wären bei der noch erforderlichen Diskussion über die Einführung einer „generellen Pflicht-Haftpflichtversicherung“ noch einige wesentliche Fragen zu überlegen. Bedeutsam wäre insbesondere, wie weit die Deckung durch die Haftpflichtversicherung reichen soll; die heutigen Sozialversicherungen bieten ja keinen vollständigen Ausgleich der Personenschäden; die vertraglichen Haftpflichtversicherungen wiederum sind der Höhe nach stets begrenzt. Behält man dieses – insoweit auch in Skandinavien und Polen geltende – System bei, so dient dies zwar der Aufrechterhaltung einer gewissen Präventionswirkung, da bei hohen Schäden die Haftung des Schädigers wieder schlagend würde, es führt jedoch andererseits dazu, dass der Schädiger bei besonders umfangreichen Schäden die Ersatzleistung aus dem eigenen Vermögen zu leisten hätte, sodass die Geschädigten gerade bei besonders schweren Schäden ein erhebliches Zahlungsrisiko zu tragen und damit zu rechnen hätten, nicht so selten keinen vollständigen Ersatz zu erhalten. Es würde somit das heutige, doch recht inkonsequente System aufrechterhalten, dass sowohl Schädiger als auch Geschädigte zwar in den geringfügigeren Fällen vollen Schutz erhielten, jedoch dann nicht mehr, wenn sie besonders schwer betroffen sind. Überdies ist zu bedenken, dass eine Begrenzung der Versicherungsleistung der Höhe nach oder auch bezüglich der zu ersetzenden Schäden dazu führt, dass der Geschädigte zusätzlich schadenersatzrechtliche Ansprüche geltend machen und durchsetzen müsste, um vollständigen Ersatz zu erlangen. Das wäre kein erstrebenswertes System, wie *G. Wagner*²⁶ zur derart ausgestalteten Arbeitnehmer-Unfallversicherung zu Recht betont:

26 *G. Wagner in Oliphant/G. Wagner* 597 f.

„The bargain offered by workers' compensation systems is to balance a more generous liability rule by rather parsimonious quantum rules and by savings in the form of administrative costs. The balance between these cost items is disturbed, and any savings in administrative costs are wasted if victims are allowed to sue the employer in civil court for complementary damages. In fact, such a two-layered system represents the worst of all worlds because it burdens society with the administrative costs not of one but of two sets of compensation mechanisms.”

Das – auch für den Geschädigten – kostenintensive Nebeneinander von Versicherungsdeckung und Schadenersatzanspruch könnte nur dann weitgehend vermieden werden, wenn die obligatorische Haftpflichtversicherung möglichst alle – auch immateriellen – Personenschäden abdeckt. Sachschäden wären allerdings noch immer gesondert geltend zu machen.

Ferner wäre zu überlegen, wie durch eine risikoabhängige Prämiengestaltung noch ein dem Schadenersatzrecht eigener Anreiz, Schäden zu vermeiden, erhalten bleiben könnte.²⁷ Schließlich sollte vorgesehen werden, dass der Versicherer doch teilweisen oder vollständigen Rückgriff nehmen kann, wenn die Schutzwürdigkeit des Schädigers nicht mehr gegeben ist, also insbesondere bei vorsätzlicher und besonders rücksichtsloser Schädigung, aber möglicherweise auch dann, wenn der Schädiger Vorteile aus seinem schädigenden Verhalten gezogen hat. Überlegenswert wäre, die Präventionswirkung durch einen abgestuften Selbstbehalt – ähnlich wie bei den Medikamenten – zu stärken.

VI. Schlussbemerkungen

Dieser Diskussionsvorschlag geht dahin, das vorhandene Haftpflichtrecht neben dem bestehenden Sozialversicherungsrecht bestehen zu lassen und durch eine generelle Pflicht-Haftpflichtversicherung für Personenschäden zu ergänzen. Da lediglich schon vorhandene, anerkannte Rechtsinstitute herangezogen werden und bloß die Haftpflichtversicherung mit einem erweiterten Anwendungsbereich bedacht wird, sollte eine solche Lösung in Europa konsensfähig sein. Sie würde einerseits den Geschädigten bei Personenschäden umfassende Sicherheit bieten, Ersatz zu erlangen, und die verantwortlichen Schädiger vor nicht mehr bewältigbaren Ansprüchen bewahren; diese hätten jedoch letztlich die Kosten für diese allgemeine, umfassende Pflicht-Haftpflichtversicherung auch zu tragen; wegen der breiten Streuung allerdings zu sehr günstigen Prämien.

²⁷ Dazu G. Wagner, Tort law and liability insurance, in *Faure* (Hrsg), Tort Law and Economics (2009) 377 (389 ff).

Klauselbegriff und „blue pencil test“ in der AGB-Rechtsprechung

Andreas Geroldinger*, Universität Linz

Kurztext: Ein Streifzug durch die Rechtsprechung österreichischer und deutscher Gerichte zur AGB-Kontrolle belegt die Unsicherheit, die im Hinblick auf die Teilbarkeit von Absätzen und Sätzen in einzelne Klauseln – mit anderen Worten: zum Klauselbegriff – herrscht. Klare Konturen sind aber wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion mehr denn je erforderlich; sie fehlen sowohl in der Klausel-RL als auch bislang in der Rsp des EuGH. Die im deutschsprachigen Raum an Zuspruch gewinnende „blue pencil rule“, die (strikt verstanden) ausschließlich das Durchstreichen von zur Unwirksamkeit führendem Vertragstext erlaubt und jede darüber hinausgehende Umformulierung durch den Richter untersagt, taugt letztlich nicht zur Abgrenzung einzelner Klauseln voneinander. Es kann sich dabei nur um ein Hilfsinstrumentarium mit Indizcharakter handeln.

Schlagwörter: blue pencil rule; blue pencil test; geltungserhaltende Klauselabgrenzung; Klauselbegriff; AGB-Kontrolle.

I. Einleitung

Ob missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen geltungserhaltend reduziert werden dürfen, beschäftigt Wissenschaft und Praxis nun schon geraume Zeit.¹ 2012 hat der EuGH in der Rs *Banco Español de Crédito*² zumindest für den Anwendungsbereich der Klausel-RL³ einen Schlussstrich unter diese Diskussion gezogen: Demnach darf das Gericht, wenn es die Missbräuchlichkeit einer Klausel feststellt, den Vertrag nicht „durch Abänderung des Inhalts dieser

* Ass.-Prof. Dr. Andreas Geroldinger lehrt am Institut für Zivilrecht an der Johannes Kepler Universität Linz. Der vorliegende Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor am 28. 1. 2015 in Linz gehalten hat. Das Manuskript befindet sich am Stand März 2015, später erschienene Judikatur und Literatur ist nicht mehr berücksichtigt.

1 Siehe dazu (anstelle vieler) RIS-Justiz RS0128735; F. Bydliński, Allgemeine Versorgungsbedingungen und Energielieferungsverträge in Österreich, in FS Neumayer (1985) 115 (127); Fitz, Zur „geltungserhaltenden Reduktion“ überschießender AGB-Klauseln, in FS Schnorr (1988) 645 (645 ff); Iro, Teilwirksamkeit gröblich benachteiligender AGB-Klauseln, RdW 1987, 7 (7); ferner die Nachweise bei Fidler, Unionsrechtliche Entwicklungen bei der richterlichen Vertragsergänzung, JBl 2014, 693 (693 ff); Geroldinger, Ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen trotz Verbots der geltungserhaltenden Reduktion? ÖBA 2013, 27 (28 ff); Iro in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Bankvertragsrecht I² (2007) Rz 1/37; Leupold/Ramharter, Die ergänzende Auslegung von Verbraucherverträgen im Lichte des Europarechts, ÖBA 2015, 16 (18 ff).

2 EuGH C-618/10, *Banco Español de Crédito*, JBl 2012, 434 (Lukas) = immolex 2012/92 (G. Graf) = EuZW 2012, 754 = (Wendenburg) = ecolex 2012, 697 (Slonina) = JZ 2012, 961 (Hau) = ÖBA 2013, 69 (Geroldinger 27); siehe auch EuGH C-26/13, *Kásler und Káslerné Rábai*, ÖBA 2014, 956; EuGH 21. 1. 2015, verb Rs C-482/13, C-484/13, C-485/13, C-487/13, *Unicaja Banco*.

3 RL 1993/13/EWG.

Klausel anpassen“. Die geltungserhaltende Reduktion missbräuchlicher Klauseln – im Sinne deren Rückführung auf das rechtlich (gerade noch) Zulässige durch den Richter – ist mit Art 6 Abs 1 Klausel-RL unvereinbar.⁴ Dieses Ergebnis ist gewiss nicht unangreifbar; angesichts der derzeitigen EuGH-Judikatur gilt aber: *Roma locuta, causa finita*.

Nicht zuletzt deshalb erheischt eine andere Frage verstärkte Aufmerksamkeit⁵: Was genau ist eine „Klausel“ in dem vom EuGH und von der Klausel-RL gemeinten Sinn? Lässt sich beispielsweise der Satz „Ansprüche aus Gewährleistung und die Haftung für Sachschäden bei leichter Fahrlässigkeit sind ausgeschlossen“ in mehrere Klauseln aufteilen, sodass der zulässige Haftungsausschluss⁶ trotz des unzulässigen Gewährleistungsausschlusses⁷ wirksam bleibt? Zur Teilbarkeit von Absätzen und Sätzen in einzelne Klauseln – mit anderen Worten: zum Klauselbegriff – fehlen eindeutige Vorgaben in der Klausel-RL und in der Rsp des EuGH.

Der vorliegende Beitrag vermag auf die damit zusammenhängenden äußerst schwierigen Fragen keine abschließende Antwort zu geben. Er soll nur den Ausdrücken „blue pencil test“ und „blue pencil rule“ nachgehen, die in diesem Zusammenhang inzwischen sowohl in Österreich als auch in Deutschland Einzug in Rsp und Lehre gehalten haben.⁸ Insbesondere werden anhand verschiedener Beispiele aus der Judikatur damit verbundene Unsicherheiten bzw Unstimmigkeiten aufgezeigt.

II. Der Klauselbegriff

A. Bedeutung

Während sich deutsche Gerichte schon seit Anfang der 1980er Jahre mit der Frage der Abgrenzung einzelner Klauseln beschäftigen⁹, wird diese Fragestellung in Österreich erst vergleichsweise kurz näher diskutiert¹⁰. Das verschieden ausgeprägte Interesse daran rührt wohl unter anderem aus dem grundlegend unterschiedlichen Zugang zur Teilunwirksamkeit. Spätestens seit dem AGBG aus dem Jahr 1977 entsprach es für Verbraucherverträge der hA in Deutschland, dass eine

4 Unklar ist bislang, ob die unwirksame Klausel durch ergänzende Vertragsauslegung substituiert werden darf (siehe dazu die Nachweise in Fn 1). Während der VIII. Senat des BGH die ergänzende Vertragsauslegung – unter Verletzung der Vorlagepflicht nach Art 267 Abs 3 AEUV – bereits für weiterhin zulässig erklärt hat (BGH VIII ZR 345/11 Rz 24 BeckRS 2013, 02656, ua), hat sich der OGH in den bisher an ihn herangetragenen Fällen noch nicht festgelegt (ausdrücklich offengelassen in OGH 7 Ob 11/14i ÖBA 2014/2042 [*Kietaib*] = VbR 2014/71, 132). Zumindest eine rechtskräftige Entscheidung eines Berufungsgerichts hat der ergänzenden Vertragsauslegung, ohne den EuGH zu befragen und mE zu Unrecht, eine Absage erteilt (LG St Pölten 13.03.2014, 21 R 189/13x [unveröffentlicht]; für diesen Hinweis danke ich RA Mag. *Gerhard Stefan*). Die Lückenfüllung anhand dispositiven Rechts hat der EuGH jedenfalls unter bestimmten Umständen für zulässig erklärt (EuGH C-26/13 Rn 76 ff; verb Rs C-482/13 ua Rn 33 ff); siehe dazu *Fidler*, JBl 2014, 700 ff; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2015, 18 ff, je mwN.

5 Vgl schon *Fitz* in FS Schnorr 652; *Riss*, Anmerkung zu OGH 5 Ob 42/11d, ÖBA 2012, 312 (313: „Kardinalfragen des AGB-Rechts“). Siehe die Nachweise in Fn 30.

6 Vgl § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, der freilich keinen Gegenschluss dahingehend zulässt, dass die Freizeichnung für leichte Fahrlässigkeit stets zulässig wäre; siehe dazu *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB³ (2006) § 6 KSchG Rz 47 mwN.

7 Vgl § 9 KSchG; dazu (anstelle vieler) *Kathrein/Schoditsch* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB⁴ (2014) § 9 KSchG Rz 1 ff.

8 Siehe die Nachweise in Fn 30 ff.

9 Siehe (anstelle vieler) die Nachweise in Fn 32 und 33; zu den in der Lehre entwickelten Definitionen siehe *Uffmann*, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion (2010) 154 ff.

10 Siehe dazu die Nachweise in Fn 30 und RIS-Justiz RS0121187.

geltungserhaltende Reduktion einer unzulässigen Vertragsklausel nicht infrage kommt.¹¹ Demgegenüber hielt *F. Bydlinski* noch im Jahr 1985 fest, dass es „einem gesunden allgemeinen Grundsatz des österreichischen Vertragsrechtes entspricht, einen unerlaubten Vertrag nur soweit als nichtig zu behandeln, als dies nach Inhalt und Zweck des Verbotsgesetzes erforderlich ist“, weshalb überschießende AGB-Klauseln geltungserhaltend zu reduzieren sind.¹²

Wer Vertragsinhalte geltungserhaltend reduzieren kann, muss sich um eine scharfe Abgrenzung einzelner Regelungen von anderen bzw um ihre Aufteilung in einzelne Klauseln nicht weiter kümmern. Schließlich macht es nicht viel Unterschied, ob zur Reduktion auf das rechtlich Zulässige letztlich in eine, zwei oder drei Klauseln eingegriffen wird.¹³ Zwingt einen hingegen die Rechtswidrigkeit einer AGB-Regelung dazu, die entsprechende Klausel zur Gänze zu streichen, stellt sich die Frage nach ihrem Umfang in aller Schärfe.¹⁴ Heute ist die geltungserhaltende Reduktion missbräuchlicher Klauseln im Anwendungsbereich der Klausel-RL auch in Österreich unzulässig.¹⁵

Grund zur Auseinandersetzung mit dem Klauselbegriff gab es freilich schon länger. Dessen Bedeutung erschöpft sich schließlich nicht in Fragen der Teilunwirksamkeit (§ 879 ABGB, § 6 Abs 1 und 2 KSchG; vgl Art 6 Abs 1 Klausel-RL). Auch im Rahmen der Transparenzprüfung (§ 6 Abs 3 KSchG; vgl Art 5 Klausel-RL), der Geltungskontrolle (§ 864a ABGB)¹⁶ und bei Unterlassungserklärungen nach §§ 28 ff KSchG¹⁷ tut Abgrenzung not. So könnten, sofern es sich um selbstständige Klauseln handelt, nur Satzteile bzw einzelne Wörter durch die Geltungskontrolle oder wegen Intransparenz¹⁸ unwirksam oder Gegenstand von Unterlassungserklärungen bzw Ausnahmen davon sein. Ob sich dabei freilich ein verallgemeinerungsfähiger Klauselbegriff formulieren lässt, kann an dieser Stelle nicht abschließend beantwortet werden.¹⁹

11 Siehe dazu die Nachweise in BGH XI ZR 54/88 NJW 1989, 582; *Krampe*, Aufrechterhaltung von Verträgen und Vertragsklauseln, AcP 194 (1994) 1 (9 ff); *H. Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht¹¹ (2011) § 306 Rz 14 ff; *Roth*, Vertragsänderung bei fehlgeschlagener Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1993) 29 ff; *Ulmer*, Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln? NJW 1981, 2025 (2025 ff).

12 *F. Bydlinski* in FS Neumayer 127; vgl die Nachweise in Fn 1 und bei *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) Rz 436.

13 Dies gilt zumindest dann, wenn man unter geltungserhaltender Reduktion die Rückführung auf das gerade noch Zulässige versteht. Meint man damit hingegen eine Reduktion auf das Angemessene, ist freilich auch hier die Abgrenzung der Klauseln notwendig, um solche Vertragsinhalte, die zwar noch zulässig, aber nicht angemessen sind, unberührt zu lassen. Zum Begriff der geltungserhaltenden Reduktion siehe (anstelle vieler) *Fidler*, JBI 2014, 693 ff; *Geroldinger*, ÖBA 2013, 28 ff; *Leupold/Ramharter*, ÖBA 2015, 18 ff, je mwN.

14 Vgl schon *Fitz* in FS Schnorr 652.

15 OGH 2 Ob 22/12t JBI 2013, 519; RIS-Justiz RS0128735. Vor dem 1. 1. 1995 abgeschlossene Verbraucherverträge sind nicht erfasst; siehe OGH 4 Ob 229/13z JBI 2014, 596; dazu *Geroldinger*, „Kostenloses Rücktrittsrecht“ bei missbräuchlicher Stornogebühr? Zak 2015/116, 67.

16 Dazu OGH 17. 5. 2004, 1 Ob 92/04t.

17 Dazu *Riss*, Die Reichweite des Unterlassungsanspruchs im Verbandsklageverfahren nach § 28 KSchG, RdW 2007, 395 (398); *derselbe*, ÖBA 2012, 313.

18 Davon ist die Frage zu trennen, ob die Intransparenz einer Regelung mittels des „blue pencil test“ behoben werden darf – schließlich könnte durch das Streichen einzelner Wörter zu einer transparenten und zulässigen Regelung führen; siehe dazu beispielsweise OGH 5 Ob 42/11d ÖBA 2012, 312 (*Riss*); BGH VIII ZR 117/06 NJW-RR 2007, 1286.

19 Vgl zur deutschen Rechtslage *H. Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen* (Hrsg), AGB-Recht¹¹ § 306 Rz 12.

B. Vorgaben im österreichischen Recht und der Klausel-RL?

Bei der Analyse der eben erwähnten österreichischen Normen, insbesondere von §§ 864a, 879 ABGB und § 6 KSchG, fällt auf, dass das Wort „Klausel“ im Gesetz nicht vorkommt.²⁰ Entweder ist von „Bestimmungen“ in den AGB oder von „Vertragsbestimmungen“ die Rede.²¹

Die Klausel-RL verwendet hingegen in der deutschen Sprachfassung nahezu²² durchgängig die Begriffe „Klausel“ oder „Vertragsklausel“; mit „Bestimmungen“ sind hingegen gesetzlichen Normen gemeint (vgl Art 1 Abs 2, Art 8 Klausel-RL). Eine Legaldefinition von „Klausel“ oder „Vertragsklausel“ enthält die RL freilich nicht. Bislang liegen auch keine ausdrücklichen Stellungnahmen des EuGH zum (autonomen) Klauselbegriff vor.²³ Im Schrifttum finden sich kaum Stellungnahmen dazu. *Pfeiffer* lehrt, dass „nach dem europäisch-autonomen Klauselbegriff jede *inhaltlich und semantisch trennbare* vertragliche Regelung *unabhängig von der optischen oder gliederungstechnischen Gestaltung* des Vertragswerks als selbständige Klausel anzusehen“ sei. Insofern könne „es zur Teilverbindlichkeit einer scheinbar einheitlichen Klausel kommen, sofern es sich semantisch und inhaltlich um mehrere Klauseln handelt, von denen nur eine mißbräuchlich ist“.²⁴ Dieser Klauselbegriff folge aus der Klausel-RL selbst. Zumal sie „für die Mißbrauchsbeurteilung auf den Inhalt einerseits und die klare und verständliche Sprache andererseits abstellt, müssen bei der Definition des Klauselbegriffs die entsprechenden Kriterien, also sprachliche und inhaltliche Abgrenzbarkeit, maßgeblich sein“.²⁵ Freilich räumt auch *Pfeiffer* ein, dass es diesbezüglich einer Klärung durch den EuGH bedarf.²⁶

Aufgrund des Gebots richtlinienkonformer Interpretation muss dessen Verständnis natürlich auch auf die Auslegung der Termini „Bestimmungen“ bzw „Vertragsbestimmungen“ im österreichischen (und im deutschen) Recht ausstrahlen. Ob dabei völlige Deckungsgleichheit besteht oder eine gespaltene Auslegung geboten ist²⁷, kann hier dahinstehen.

C. Stand der Rechtsprechung in Österreich und Deutschland

In der österreichischen und der deutschen Judikatur ist durchwegs anerkannt, dass für die Beurteilung einer Klausel als eigenständig nicht nur formelle Kriterien ausschlaggebend sind. In der stRsp des OGH heißt es:

20 Gänzlich fremd ist der Begriff freilich auch der österreichischen Rechtsordnung nicht. So spricht beispielsweise § 27 Abs 4 VKrG von Kreditverträgen mit bestimmten „Klauseln“, § 581 ZPO von einer Schiedsvereinbarung „in Form einer Klausel in einem Vertrag“.

21 Vgl die §§ 305 ff BGB (und davor das AGBG), wobei das Wort „Klausel“ insb in den Überschriften zu mehreren Paragrafen (zB § 305c BGB; vgl auch §§ 308, 309 BGB) enthalten ist.

22 Siehe aber Nr 1 lit m Anhang Art 3 Abs 3 Klausel-RL: „Vertragsbestimmungen“.

23 Vgl auch *Fidler*, JBl 2014, 706; *Pfeiffer*, EuGH: Verbot geltungserhaltender Reduktion und ergänzende Vertragsauslegung nach der EU-Klauselrichtlinie, LMK 2012, 339740; *Thüsing*, Unwirksamkeit und Teilbarkeit unangemessener AGB, BB 2006, 661 (663).

24 *Pfeiffer* in *Grabitz/Hilf* (Hrsg), Das Recht der Europäischen Union (1999) Art 6 RL 93/13/EWG Rz 9.

25 *Pfeiffer* in *Grabitz/Hilf*, Recht der EU Art 3 RL 93/13/EWG Rz 2.

26 *Pfeiffer*, LMK 2012, 339740.

27 Zur gespaltene Auslegung siehe im AGB-Recht *Kellner*, Der Rechtsbegriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen (2013) 225 ff; im Gewährleistungsrecht siehe OGH 9 Ob 64/13x JBl 2014, 531 = EvBl 2014/89 (*Perner*) = ZVB 2014/109 (*Kraus*) = VbR 2014/114 (*Steurer*); im Ergebnis auch OGH 5 Ob 126/12h immolex 2013/36 (*Faber*) = EvBl 2013/89 (*Reiff*); 4 Ob 44/14w ecolex 2014/197 (*Riepl*) = JBl 2015, 46 (*Geroldinger*); allgemein jüngst *P. Bydlinski*, Richtlinienkonforme „gesetzesübersteigende“ Rechtsfindung und ihre Grenzen – eine methodische Vergewisserung anlässlich 20 Jahre EU-Mitgliedschaft, JBl 2015, 2 (12 ff).

„Für die Qualifikation einer Klausel als ‚eigenständig‘ ist [...] nicht die Gliederung des Klauselwerks maßgebend. Es können vielmehr auch zwei unabhängige Regelungen in einem Punkt oder sogar in einem Satz der Allgemeinen Geschäftsbedingungen [...] enthalten sein. Es kommt darauf an, ob ein materiell eigenständiger Regelungsbereich vorliegt. Das ist dann der Fall, wenn die Bestimmungen [...] isoliert voneinander wahrgenommen werden können.“²⁸

Ähnlich judiziert der BGH: Lässt sich eine AGB-Klausel nach ihrem Wortlaut „aus sich heraus verständlich und sinnvoll“ in einen inhaltlich zulässigen und in einen unzulässigen Regelungsteil trennen, so sei die Aufrechterhaltung des zulässigen Teils rechtlich unbedenklich.²⁹

In diesem Zusammenhang verwenden heute das österreichische³⁰ wie das deutsche³¹ Schrifttum, deutsche Instanzgerichte³², das BAG³³ und – seit Kurzem auch – der BGH³⁴ das Schlagwort „blue pencil test“. Teilweise ist auch von „geltungserhaltender Klauselabgrenzung“ die Rede.³⁵ Jüngst formulierte etwa der BGH³⁶:

„Die inhaltliche Trennbarkeit einer Klausel und damit ihre Zerlegung in einen inhaltlich zulässigen und einen inhaltlich unzulässigen Teil ist immer dann gegeben, wenn *der unwirksame Teil der Klausel gestrichen werden kann, ohne dass der Sinn des anderen Teils darunter leidet (sog. blue-pencil-test)*; ob beide Bestimmungen den gleichen Regelungsgegenstand betreffen ist dabei unerheblich.“

Die deutsche Literatur nennt vielfach drei Bedingungen für eine erfolgreiche Klauselabgrenzung nach dem „blue pencil test“: Erstens müsse der unwirksame Teil ohne Weiteres gestrichen werden können, also im sprachlichen Sinn ohne Wortlautkorrektur trennbar sein. Zweitens müsse der angemessene Teil eine aus sich heraus verständliche und sinnvolle Regelung darstellen. Drittens dürfe der angemessene Teil keine von der bisherigen Gestaltung völlig abweichende und

28 OGH 2 Ob 215/10x wobl 2012, 404 (Riss); RIS-Justiz RS0121187; erstmals in diesem Sinne (zu § 6 KSchG) OGH 6 Ob 140/06s JBI 2007, 247 (Leitner) unter Berufung auf Leitner (Transparenzgebot [2005] 68 f), St. Korinek (Das Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG, JBI 1999, 149 [169]) und Fitz (in FS Schnorr 652). Leitner beruft sich wiederum auf Neumann (Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen [1988] 43), demzufolge der „abzutrennende Teil [...] Wort für Wort isolierbar sein“ müsse.

29 BGH VIII ZR 155/99 NJW 2001, 292; siehe die Nachweise in BGH III ZR 325/12 NJW 2014, 141. Ausdrücklich zur Zulässigkeit der Umformulierung des Vertragstextes bekannte sich hingegen BGH IX ZR 108/94 NJW 1995, 2553; siehe dazu Hager, Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, JZ 1996, 175 (176 ff); Keim, Entscheidungsanmerkung, DNotZ 1996, 285 f; Reich/Schmitz, Globalbürgschaften in der Klauselkontrolle und das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion NJW 1995, 2533 (2534); weitere Entscheidungen bei Uffmann, Verbot 161 Fn 67.

30 Bollenberger, Die gefahrlose Wiederholungsgefahr nach § 28 Abs 2 KSchG, ÖBA 2010, 304 (310 Fn 41); Fidler, JBI 2014, 706; derselbe, Das bestandrechtliche Schrifttum des Jahres 2013, Jahrbuch Wohnrecht 2014 (2014) 49 (62); Geroldinger, ÖBA 2013, 33 und 36; Kellner, Rechtsbegriff 229; Leitner, Transparenzgebot 68 f; Prader/Walzel von Wiesentreu, Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, Zulässigkeit der ergänzenden Vertragsauslegung oder wie? RdW 2013, 383 (386); Riss, RdW 2007, 398; derselbe, Anmerkung zu OGH 5 Ob 42/11d, ÖBA 2012, 312; derselbe, Zwei Fragen des Transparenzgebots, ÖBA 2013, 650; Rummel in Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB⁴ (2014) § 878 Rz 15; Vonkilch, Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts, wobl 2007, 185 (203); vgl auch schon Fitz in FS Schnorr 652.

31 Anstelle vieler Basedow in MünchKomm BGB⁶ (2012) § 306 Rz 18; Berger in Prütting/Wegen/Weinreich (Hrsg), BGB⁹ (2014) § 306 Rz 6; Grüneberg in Palandt (Hrsg), BGB⁷⁴ (2015) § 306 Rz 7.

32 Anstelle vieler (chronologisch) BayOLG REMiet 1/96 NJW-RR 1997, 1371; LAG Hamm 19 Sa 360/04 BeckRS 2004, 42047; KG (Berlin) 27 U 65/05 NJOZ 2007, 4255; LAG Schleswig-Holstein 5 Sa 499/11 BeckRS 2012, 75405; OLG Frankfurt am Main 17 U 54/12 BeckRS 2013, 03292; LAG Köln 7 Sa 101/13 Rz 157 ff BeckRS 2013, 71618.

33 BAG 10 AZR 152/07 NZA 2008, 699; 10 AZR 443/08 NZA 2009, 783; 5 AZR 483/12 NZA 2014, 1262. Eine Übersicht zur einschlägigen Rsp des BAG bietet etwa Zimmermann, Rechtsfolgen unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen in Arbeitsverträgen, ArbRAktuell 2012, 105 (106).

34 Soweit ersichtlich, erstmals in BGH III ZR 325/12 NJW 2014, 141; seither auch BGH III ZR 32/14 WRP 2014, 1469.

35 So etwa Jacobs in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg), BeckOK Arbeitsrecht³⁴ (2014) § 306 BGB Rz 7 f mwN; Roth, Vertragsänderung 39 f.

36 BGH III ZR 325/12 NJW 2014, 141.

neue Regelung enthalten.³⁷ Speziell das letztgenannte Kriterium ist freilich äußerst unbestimmt, im Detail erscheint auch vieles umstritten.

Der OGH hat den Begriff „blue pencil test“ bislang – wie auch lange Zeit der BGH – vermieden, ohne dass sich seine Vorgehensweise wesentlich von jener unterscheiden würde, die die deutschen Höchstgerichte dezidiert als „blue pencil test“ bezeichnen. Dessen Funktionsweise sollen nun einige Beispiele aus der Rsp verdeutlichen. Gleichzeitig wird dabei die Unsicherheit offenbar, die im Umgang mit diesem Instrumentarium besteht. Die Ursachen für die Unwirksamkeit der jeweiligen Vertragstexte werden hier nicht näher analysiert.

1. OGH 10 Ob 70/07b

Der 10. Senat des OGH hatte im Rahmen eines Verbandsprozesses über die AGB eines Kreditkartenunternehmens zu urteilen, wobei die hier interessierenden Klauseln wie folgt lauteten³⁸:

„Sofort nach Erhalt hat der Karteninhaber an der auf der Karte dafür vorgesehenen Stelle seine Unterschrift anzubringen. ~~Unterlässt dies der Karteninhaber, dann übernimmt er die volle Haftung für alle Schäden, die im Falle des Verlustes oder Diebstahls der Karte durch Benützung derselben eintreten. ...~~

Die Zusendung, mit welcher der PIN-Code dem Karteninhaber übermittelt wird, ist unverzüglich nach Erhalt zu öffnen, der PIN-Code zur Kenntnis zu nehmen und unmittelbar danach zu vernichten. ~~Unterlässt dies der Karteninhaber, dann haftet er für alle Schäden, die im Fall der missbräuchlichen Verwendung des PIN-Codes eintreten.“~~

Der 10. Senat hielt fest, dass es sich bei Satz 1 und 2 der beiden Regelungen jeweils um eigenständige, sprachlich wie inhaltlich voneinander trennbare Klauseln handle. In beiden Fällen verstoße die Haftungsanordnung gegen § 879 Abs 3 ABGB bzw § 6 Abs 1 Z 9 KSchG, was jedoch der Wirksamkeit der zulässigen Teile nicht schade.

Zumal jeweils ganze Sätze mit völlig eigenständigen Regelungskreisen gestrichen wurden und die Pflichten im Hinblick auf die Unterschrift auf der Karte bzw den Umgang mit dem PIN-Code auch ohne die unwirksamen Teile von Bedeutung verbleiben, handelt es sich hier um einen unstrittigen Fall. Wohl unter jedem Klauselbegriff, der nicht vollständig formellen Kriterien verschrieben ist, gelänge man zu dem Ergebnis, dass zwei von vier Klauseln zur Gänze für unwirksam erklärt wurden.

2. BGH VIII ZR 214/80

Schon etwas komplexer war insofern eine der ersten Entscheidungen des BGH zur Frage der Teilbarkeit von Klauseln. Darin wurde folgende Bestimmung untersucht und teilweise für unwirksam erklärt³⁹:

„Der Käufer verpflichtet sich, die Ansprüche aus dem Kaufvertrag nicht abzutreten, das Fahrzeug vor Erhalt nicht weiterzuverkaufen ~~sowie die Zulassung des Fahrzeugs auf sich zu veranlassen. Der Käufer wird [die Verkäuferin] oder deren zuständigen Vertreter auf Verlangen bevollmächtigen, die Zulassung des Fahrzeugs auf den Käufer zu beantragen.~~ Bei Verstoß oder versuchtem Verstoß gegen diese Regelung kann [die Verkäuferin] ohne Fristsetzung vom Vertrag zurücktreten.“

³⁷ So die Zusammenfassung bei *Uffmann*, Verbot 157.

³⁸ OGH 10 Ob 70/07b ÖBA 2009, 922.

³⁹ BGH VIII ZR 214/80 NJW 1982, 178.

Dem BGH zufolge ordnet Satz 1 drei gesonderte Pflichten an, deren Übernahme isoliert beurteilt werden könne. Die Pflicht zur Zulassung des Fahrzeugs in Satz 1 sei rechtlich unzulässig und Satz 2 untrennbar damit verbunden, weshalb dieser ebenfalls zu entfallen habe. Davon sei aber der Rest des Absatzes nicht betroffen.

3. BGH VIII ZR 226/83

Wurden im letzten Beispiel zumindest noch ein weitgehend eigenständiger Halbsatz und ein darauf aufbauender Satz gestrichen, entschied der BGH im Jahr 1984 auf die Unwirksamkeit nur weniger Wörter⁴⁰:

„Bei Rückgabe von ~~Teppichen~~, Matratzen, Gardinen und Bettwäsche wird der Verkehrswert, ~~höchstens 10%~~ vergütet, da diese nur bedingt zu gebrauchen sind.“

Dazu hielt der BGH fest, dass eine Regelung des Inhalts, dass der Käufer im Falle des Rücktritts den Kaufpreis nur in Höhe des Verkehrswertes der Sache zurückerhält, bei Barzahlungskäufen⁴¹ nicht zu beanstanden sei. Enthalte die Klausel keine Begrenzung auf einen bestimmten Prozentsatz des zu vergütenden Verkehrswertes, so entfallen auch allfällige Bedenken gegen eine fehlende Differenzierung nach der Art der Kaufgegenstände. Eine derartige Beschränkung des Unterlassungsgebots scheitere auch nicht an dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion. Dass das Wort „Teppichen“ letztlich unwirksam war, hing eng mit dem Umfang der Unterlassungserklärung und jenem der Rechtsrüge in der Revision zusammen.

4. BGH III ZR 63/83

Speziell unter Verdacht, in Wahrheit nur eine geltungserhaltende Reduktion vollzogen zu haben, stehen jene Entscheidungen, in denen komplexe Regelungen durch Streichung einzelner Wörter „gerettet“ wurden. Beispielsweise entschied sich der BGH in einer relativ frühen Entscheidung dazu, folgende Regelungen durch das wiederholte Streichen des Wortes „unwiderruflich“ aufrecht zu erhalten⁴²:

„Der Bauherr [...] hat weiterhin die Bank der Firma L ~~unwiderruflich~~ zur Auszahlung der fälligen Beträge zu beauftragen. [...]
Die Sparkasse wird hiermit ~~unwiderruflich~~ beauftragt, zu Lasten des oben genannten Treuhandkontos an die Firma L-GmbH folgende Überweisungen vorzunehmen: [...]
Sind die erforderlichen Mittel an den vereinbarten Zahlungsterminen auf dem Treuhandkonto [...] nicht verfügbar, beauftrage ich die Sparkasse S. ~~unwiderruflich~~, die Zwischenfinanzierung der fälligen Raten vorzunehmen.“

Der BGH argumentierte, dass sich der Widerrufsabschluss „ohne inhaltliche Veränderung sprachlich auch in einem selbständigen Satz ausdrücken“ hätte lassen. Auch ohne den Zusatz „unwiderruflich“ sei die restliche Klausel eine in sich verständliche, inhaltlich selbstständige und dabei unbedenkliche Regelung. Der BGH betonte dabei, dass es sich keineswegs um eine geltungserhaltende Reduktion handle.

40 BGH III ZR 226/83 NJW 1985, 320.

41 Vgl § 2 Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte.

42 BGH III ZR 63/83 NJW 1984, 2816.

5. BAG 10 AZR 443/08

Das BAG meinte, in folgendem Fall eine unwirksame Klausel von anderen wirksamen Regelungen abzugrenzen, anstatt eine einzelne Klausel geltungserhaltend zu reduzieren⁴³:

„Voraussetzung für die Auszahlung des Bonus ist ein ~~ungekündigtes~~ Arbeitsverhältnis zum Abschluss des Geschäftsjahres. Die Gewährung des Bonus erfolgt freiwillig unter dem Vorbehalt der einseitigen Änderungsmöglichkeit durch die Gesellschaft sowie mit der Maßgabe, dass auch durch eine wiederholte Zahlung ein Rechtsanspruch für die Zukunft begründet wird.“

Dazu hielt das BAG geradezu lapidar fest, dass die Auszahlung des Bonus nach Streichung des Wortes „ungekündigtes“ nur noch das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses zum Abschluss des Geschäftsjahres voraussetze. Die Klausel sei damit sprachlich teilbar, wobei die restliche Regelung verständlich bleibe.

6. OGH 2 Ob 22/12t

2013 urteilte der OGH über eine nachträglich vereinbarte Konvertierungsklausel in einem Fremdwährungskreditvertrag. Die Klausel enthielt ein sogenanntes „Stop-loss-Limit“ bei Anstieg des Gegenwertes der Finanzierung um 15 %⁴⁴:

„2. Sie akzeptieren ein Stop-loss-Limit zu Ihrer ausgenützten Fremdwährung in der Form, dass Sie ab einer Kursschwankung von 15 % (Kurs 1,29) aus der Währung in den Euro zurück konvertiert werden. Das bedeutet, dass Sie nach einer Ausnützung in Währung dann automatisiert aus dieser Währung in Euro konvertiert werden, wenn der Gegenwert Ihrer Finanzierung um 15 % gestiegen ist. Diese Konvertierung zum Stop-loss-Limit hat den Sinn, das Risiko von Kursschwankungen für Ihre Finanzierung mit 15 % begrenzen zu können.“ (Gesamte Klausel unwirksam.)

Der OGH erachtete die Regelung vor allem wegen des Automatismus der Konvertierung für unzulässig.⁴⁵ Zur Frage, ob sie teilweise aufrechterhalten werden könne, führte der 2. Senat unter Berufung auf die Rsp des EuGH wörtlich aus: „Eine geltungserhaltende Reduktion (etwa durch Beseitigung des Begriffs ‚automatisiert‘) auf den unbedenklichen Teil der Vertragsbestimmung kommt nicht in Betracht.“ Daher erklärte der OGH den gesamten Punkt 2. für unwirksam.

Jedenfalls auf den ersten Blick leuchtet schwerlich ein, inwiefern sich die Streichung des Wortes „automatisiert“ von den beiden Entscheidungen des BGH und des BAG unterschieden hätte. Ob damit der beanstandete Automatismus abgewendet worden wäre, scheint aber ohnehin fraglich.⁴⁶

7. OGH 7 Ob 78/06f

Gänzlich unverständlich muten einzelne Ergebnisse einer OGH-Entscheidung aus einem Verbandsprozess an, der Muster-AGB für Mietverträge zum Gegenstand hatte.⁴⁷ Die hier interessierenden Klauseln lauteten wie folgt:

43 BAG 10 AZR 443/08 NZA 2009, 783.

44 OGH 2 Ob 22/12t JBl 2013, 519; zur Entscheidung siehe *Fidler*, JBl 2014, 705 f; *Holly*, Unzulässige Konvertierung eines Fremdwährungskredits: Für welchen Schaden haftet die Bank? *ecolex* 2013, 503 (503 ff); *Kellner*, Konvertierungsklauseln und -orders beim Fremdwährungskredit, *ÖBA* 2014, 920 (920 ff).

45 Siehe insb Punkt 2.3.5. der Entscheidung.

46 Arg: „konvertiert werden“ im ersten und im zweiten Satz der Klausel. Ob eine Streichoperation dahin gehend möglich gewesen wäre, aus „konvertiert werden“ das Wort „konvertieren“ zu formen, wurde nicht thematisiert; siehe dazu noch Punkt III.C.

47 OGH 7 Ob 78/06f JBl 2007, 181 = wobl 2007, 74 (*Call*); dazu *Böhm/G. Graf*, *Miete und Konsumentenschutz I*, *immolex* 2007, 102 (102); *Böhm*, *Miete und Konsumentenschutz II*, *immolex* 2007, 134 (139).

„2. Verfügungen über die Außenflächen des Mietgegenstandes bedürfen der ~~schriftlichen~~ Zustimmung des Vermieters. [...]“

4. ~~Eine Änderung des Mietzwecks bedarf der schriftlichen Zustimmung des Vermieters. [...]~~

7. ~~Vereinbart wird, dass der Hauptmietzins auf Basis des vom Statistischen Zentralamt monatlich verlautbarten Verbraucherpreisindex 1996 (VPI 96) wertbeständig erhalten wird, wobei eine Verringerung des Hauptmietzinses ausgeschlossen wird.“~~

Die Unwirksamkeit des Schriftlichkeitserfordernisses in Punkt 2. und 4. ergab sich laut OGH aus § 10 Abs 3 KSchG. Ohne näher auf die Teilbarkeit der jeweiligen Klauseln einzugehen, erklärte der OGH in Klausel 2. nur das Wort „schriftlich“ für unzulässig, während Klausel 4. zur Gänze unwirksam sei. Diese unterschiedliche Behandlung war primär prozessual bedingt⁴⁸, ist aber (vor dem Hintergrund des vom OGH betonten Verbotes der geltungserhaltenden Reduktion) allgemein nur dann erklärbar, wenn schon das Wort „schriftlich“ eine eigenständige Klausel sein kann.⁴⁹

Auch die Berufung auf Punkt 7. der AGB, der gegen das Symmetriegebot des § 6 Abs 1 Z 5 KSchG verstieß, wurde dem Verwender vollständig untersagt.⁵⁰ *Riss*⁵¹ und *Vonkilch*⁵² monierten diesbezüglich, dass dieser Verstoß auch durch Streichen des letzten Halbsatzes saniert worden wäre, was der ansonsten unbedenklichen Wertsicherungsklausel keinen Abbruch getan hätte. Mit der Teilbarkeit dieser Regelung in mehrere Klauseln setzte sich der OGH allerdings nicht auseinander; offensichtlich hatte die Beklagte insofern eine uneingeschränkte Unterlassungserklärung abgegeben und nur die – vom OGH letztlich bejahte – Wiederholungsgefahr bestritten. Das uneinheitliche Bild, das diese Entscheidung im Hinblick auf den Umfang der Unwirksamkeit vermittelt, ist also primär prozessual bedingt.⁵³

III. Die „blue pencil rule“

Diese kleine Auswahl an Entscheidungen – mit ihren zum Teil nur scheinbaren Widersprüchen – belegt das Potenzial, das der Klauselabgrenzung und damit dem Instrumentarium des „blue pencil test“ innewohnt. Rein sprachlich lässt sich in nahezu allen geschilderten Fällen der problematische Teil vom unbedenklichen in Form einer Streichoperation trennen. Die in einzelnen Prozessen erzielten Ergebnisse könnten aber unterschiedlicher nicht sein – Grund genug, dem Instrument des „blue pencil test“ näher nachzugehen.⁵⁴

48 In der Entscheidung heißt es: „Die Klauseln 2, 3 und 13 wurden nach der Formulierung des Klagebegehrens dort zwar mit ihrem gesamten Text wiedergegeben, aber nur im Umfang der nicht in eckige Klammer gesetzten Wortfolgen angefochten. Diesem Umstand war im Spruch der Entscheidung Rechnung zu tragen.“ Der Spruch lautete im Hinblick auf die Klausel 2: „2. [Verfügungen über die Außenflächen des Mietgegenstandes bedürfen der] schriftlichen [Zustimmung des Vermieters.]“.

49 *H. Böhm*, *immolex* 2007, 139.

50 Siehe den Spruch der Entscheidung. Zustimmend *H. Böhm/G. Graf* (*immolex* 2007, 103), da Wertsicherungsklauseln typischerweise nicht den Interessen des Mieters dienen würden.

51 *RdW* 2007, 398.

52 *Mietverträge im Fokus des Verbraucherrechts*, wobl 2007, 185 (203).

53 Dies wurde in der Kritik mitunter nicht hinreichend beachtet; vgl *H. Böhm*, *immolex* 2007, 139; *Riss*, *RdW* 2007, 398.

54 Zur Zitierweise der Beiträge und Entscheidungen aus dem common law: Grundsätzlich wurden die Zitate nach der hieszulande gängigen Zitierweise dargestellt. Die Fundstellen von Entscheidungen wurden aber in der jeweils üblichen Form belassen, sodass sie unter Verwendung des Zitats in verschiedene Datenbanken (insb Westlaw) auffindbar sind. Die vollständigen Namen der Zeitschriften bzw Entscheidungssammlungen sind in Klammer neben der üblichen Abkürzung angegeben.

A. Ursprünge und Import

Das deutschsprachige Schrifttum datiert die Geburtsstunde des „blue pencil test“ bzw der „blue pencil rule“, sofern überhaupt darauf eingegangen wird, wiederholt mit der Entscheidung *Mallan versus May* aus dem Jahr 1843.⁵⁵ Ein englisches Gericht hatte über die Wirksamkeit einer Konkurrenzklausele zu befinden, die die Tätigkeit als Zahnarzt (dentist-surgeon) in London sowie in weiteren Städten Englands und Schottlands untersagte.⁵⁶ Anstatt diese Vereinbarung einem Ganz-oder-gar-nicht-Verdikt zu unterwerfen, wurde die Bestimmung im Hinblick auf London aufrecht erhalten, bezüglich der anderen Städte jedoch für unwirksam erklärt.

Dabei berief sich der Richter⁵⁷ freilich auf die Rechtssache *Chesman versus Nainby*, die letztinstanzlich schon im Jahr 1727 entschieden worden war und einen ähnlichen Sachverhalt betroffen hatte⁵⁸: Der Verpflichteten der Konkurrenzklausele war der Textilhandel innerhalb einer halben Meile des aktuellen Wohnhauses der Berechtigten oder jedes anderen Hauses untersagt, in das die Berechtigte oder bestimmte andere Personen umziehen könnten.⁵⁹ Der zweite Teil dieser Regelung hätte ein vollständiges und damit (nach bereits etablierter Rsp)⁶⁰ unzulässiges Konkurrenzverbot bedeutet. Die Verpflichtete hatte schon gegen den ersten Teil der Klausel verstoßen. Diesen hat das Gericht ungeachtet des überschießenden zweiten Teils für wirksam erklärt.

Was später – wohl erst zu Beginn des 20. Jahrhunderts⁶¹ – als „blue pencil rule“ bekannt wurde, ist damit bedeutend älter als vielfach angenommen. Dieser Name beschreibt das charakteristische Durchstreichen von unzulässigen Textpassagen mit einem blauen Stift, wie ihn Lektoren und Zensoren in England und den USA typischerweise nutzen.⁶² Im deutschen Sprachraum hätte sich womöglich die Bezeichnung „Rotstift-Test“ durchgesetzt.⁶³

55 *Thüsing*, BB 2006, 662; *Uffmann*, Verbot 158 (unter Berufung auf *Farnsworth*, Contracts II² [1990] 72); vgl auch *Murray*, Contracts – cases and materials⁶ (2006) 496.

56 Exchequer of Pleas (*B. Parke*) 5. 6. 1843, *Mallan and another versus May*, 11 M. & W. (Meeson & Welsby's Exchequer Reports) 653 (669); abrufbar unter <http://commonlii.org/uk/cases/EngR/1843/> (31. 5. 2015).

57 „[...] the stipulation as to not practising in London is valid, and is not affected by the illegality of the other part. That point was decided in *Chesman v. Nainby*, [...]“ Zitiert nach 11 M. & W 669 (Hervorhebungen im Original).

58 Parliament 22. 2. 1727, *David Chesman and Elizabeth his Wife versus Margery Nainby*, 2 Ld Raym (Lord Raymond's King's Bench Report) 1456 = 1 Bro. P.C. (Brown's Parliamentary Cases) 234 = 2 Stra (Strange's King's Bench Reports) 739; abrufbar unter <http://commonlii.org/uk/cases/EngR/1727/> (31. 5. 2015).

59 „[...] that [Elisabeth Vickers] shall not nor will, at any time after she shall have left the service of her the said Margery [Nainby], set up or exercise the said trade or mystery of a linen draper, either by herself or by any other person or persons in trust for her, or for her use, either directly or indirectly, in any shop, room, or place, within the space of half a mile of the now dwelling-house of the said Margery Nainby, situate in Drury-lane, ~~or of any other house that she the said Margery Nainby, her executors or administrators, shall think proper to remove to,~~ in order to carry on the said trade of linen draper.“ Zitiert nach 1 Bro. P.C. 234 (eigene Hervorhebungen).

60 Siehe dazu *American Bar Association*, The Rule of Reason (1999) 24 ff mit zahlreichen Nachweisen; ferner die Entscheidung *Mitchel versus Reynolds* aus 1711 (24 E.R. [English Reports] 347; aus dem Abdruck gehen weder ein genaues Datum noch die exakte Bezeichnung des Gerichts hervor); abrufbar unter <http://commonlii.org/uk/cases/EngR/1711/> (31. 5. 2015).

61 Siehe insb High Court (King's Bench Division) 12. 2. 1920, *Attwood versus Lamont*, 2 K.B. (Law Reports, King's Bench) 146 (149, 155); das Ergebnis allerdings ablehnend Court of Appeal 30. 7. 1920, *Attwood versus Lamont*, 3 K.B. 571.

62 Siehe nur *Barzun*, Behind the Blue Pencil. Censorship or Creeping Creativity? *American Scholar* 1985, 28; *Reitz*, Dictionary for Library and Information Science (2004) 83.

63 Vgl *Kellner*, Rechtsbegriff 229; *Leitner*, Transparenzgebot 69; *Nicholls*, Criminal Rate of Interest and Notional Severance, BFLR-CAN (Banking & Finance Law Review) 18 (2002/2003) 285 (Fn 7 unter Hinweis auf *Waldron*, The Law of Interest in Canada [1992] 202).

In ihrer reinsten und ursprünglichen Form zeichnet sich diese Methode dadurch aus, dass dem Richter zwar das Streichen jener Textpassagen, die zur Unwirksamkeit der Bestimmung führen, gestattet ist, andere Eingriffe in den Vertragstext – insbesondere Umformulierungen – aber untersagt sind. Der Richter solle nicht privatautonome Parteienvereinbarungen neu gestalten, sondern nur einen Rechtsstreit entscheiden. Das bloße Streichen eines Vertragsteiles sei im Unterschied zur Umformulierung keine Neugestaltung, denn der unangemessene Teil könne unter geringstmöglichem Eingriff in den Vertrag gezielt eliminiert werden.⁶⁴ Der Hauptanwendungsbereich der „blue pencil rule“ lag über lange Zeit in der Beschränkung von Konkurrenzklauseln, die im Hinblick auf die untersagte Tätigkeit, die Verbotsdauer oder das betroffene Gebiet überschießend formuliert waren. Die Gerichte strichen ohne Weiteres geografische Namen oder Umschreibungen relevanter Tätigkeitsfelder bzw sonstiger Konkurrenzsituationen⁶⁵, sahen sich aber – wegen der formellen Grenzen der „blue pencil rule“ – außerstande, überlange Verbotsfristen durch angemessene zu ersetzen (zB drei statt fünf Jahre). Auch aus Haftungsausschlüssen wurden wiederholt einzelne Wörter, Satzteile oder Sätze eines Absatzes herausgestrichen.⁶⁶

Freilich galt die strikt verstandene „blue pencil rule“ vielen schon bald als zu starr und unsachlich. Denn auch das Streichen von Vertragstext sei ein richterlicher Eingriff in den Vertrag.⁶⁷ Die „blue pencil rule“ räume der formellen Gestaltung des Vertrags ein überproportionales Gewicht ein⁶⁸ und sei eine Einladung zu ausufernden Formulierungen.⁶⁹ Daher wurde sie in unterschiedlichen Ausprägungen fortentwickelt. Beispielsweise hat § 184 Restatement (Second) of Contracts aus dem Jahr 1979 die – noch in § 518 Restatement (First) of Contracts (1932) niedergelegte⁷⁰ – „blue pencil rule“ zugunsten einer flexibleren Regelung verworfen, die verbreitet als „rule of reasonableness“ bezeichnet wird und dem Gericht auch gewisse Umformulierungen gestattet.⁷¹ Bis heute ist die Rsp der Gerichte, insbesondere in den einzelnen US-Bundesstaaten, uneinheitlich; der „blue pencil test“ ist somit keineswegs nur Teil der Rechtsgeschichte⁷², sondern in verschiedenen „Spielarten“ gelebte Praxis (zB „strict“ und „liberal blue pencil doctrine“).⁷³

64 Siehe (anstelle vieler) *Richards*, Law of Contract⁸ (2007) 333 ff.

65 Siehe zB Court of Appeal 17. 12. 1914, *Goldsoll versus Goldman*, [1915] 1 Ch 292: „business of a vendor of or dealer in real or imitation jewellery in the county of London or any part of the United Kingdom of Great Britain and Ireland [?] and the Isle of Man or in France, the United States, Russia, or Spain, or within twenty five miles of Potsdamerstrasse, Berlin, or St. Stefans Kirche, Vienna“; Court of Appeals of Indiana 31. 8. 1982, *Seach versus Richards, Dieterle & Co*, 439 N.E.2d (North Eastern Reporter, Second Series) 208: „present, past, and prospective clients“.

66 Supreme Court of Ohio 2. 4. 1975, *Raimonde versus van Vlerah*, 42 Ohio St. 2d (Ohio State Reports, Second Series) 21; English Court of Appeal 23.02.2001, *Watford Electronics Limited versus Sanderson CFL Limited*, [2001] EWCA Civ (England and Wales Court of Appeal Civil Division) 317; Court of Appeal (Civil Division) 15. 4. 2008, *Regus (UK) Ltd versus Epcot Solutions Ltd*, [2008] EWCA Civ 361; vgl auch *Lawson*, Exclusion Clauses and Unfair Contract Terms¹⁰ (2011) Rz 9.28.

67 Supreme Court of Ohio 2. 4. 1975, *Raimonde versus van Vlerah*, 42 Ohio St. 2d 21.

68 Supreme Court of Alaska 1. 7. 1988, *Data Management Inc versus Greene and Van Camp*, 757 P.2d 62: „Blue pencil approach to overbroad covenants not to compete, which allows court to delete words if the covenant could become enforceable by doing so, is too mechanical in that it values wording of contract over its substance“.

69 Zahlreiche Nachweise bei *Nicholls*, BFLR-CAN 18, 285 (bei Fn 6 ff); *Pivateau*, Putting The Blue Pencil Down: An Argument For Specificity In Noncompete Agreements, NELR (Nebraska Law Review) 86 (2008) 673 (681 ff).

70 Siehe dazu die Nachweise bei *Handler/Lazaroff*, Restraint Of Trade And The Restatement (Second) Of Contracts, NYULR (New York University Law Review) 57 (1982) 669 (671 Fn 6).

71 Vgl Supreme Court of Ohio 2. 4. 1975, *Raimonde versus van Vlerah*, 42 Ohio St. 2d 21.

72 Diesen Eindruck erweckt insb *Uffmann*, Verbot 160 („Im anglo-amerikanischen Rechtskreis stützt man sich [...] mittlerweile nicht mehr auf die ‚blue-pencil-rule‘ [...]“); vgl auch *Thüsing*, BB 2006, 661.

73 *Murray*, Murray on Contracts⁵ (2011) § 99 E; *Pivateau*, NELR 86, 682 ff, je mwN; vgl auch *Emanuel*, Contracts (2010) 448 f.

Für das deutsche Recht gehörte *Zimmermann* im Jahr 1979 zu den Ersten, die den „blue pencil test“ als Instrument zur Trennung von wirksamen und unwirksamen Vertragsteilen empfahlen.⁷⁴ In der Sache findet er sich auch schon in Entscheidungen des BGH aus den Jahren 1980 und 1981.⁷⁵ Für die Verbreiterung des Begriffes „blue pencil test“ sorgte nicht zuletzt *Heinrichs*, der ihn in die 48. Auflage des Palandt-BGB-Kommentars aufnahm.⁷⁶ Als die deutsche Lehre und Judikatur Anfang der 1980er Jahre auf den „blue pencil test“ aufmerksam wurden, hatten sich somit im Common-law-Rechtskreis bereits zahlreiche Varianten und Gegenpositionen entwickelt. Auch in der gegenwärtigen Diskussion sind, wie zuvor dargestellt, die Grenzen dieses Instrumentes keineswegs eindeutig abgesteckt. Bei Verwendung des Begriffes „blue pencil test“ ist also Vorsicht geboten. In weiterer Folge wird er nur im Kontext der Abgrenzung einzelner sprachlich (zB in einem Satz oder Absatz) zusammengefasster AGB-Regelungen und dabei in seiner strengsten Form verwendet, wonach ausschließlich das Durchstreichen von Text erlaubt und jede Umformulierung untersagt ist.⁷⁷

Missverständlich sind auch die vielfach verwendeten Begriffe „Teilunwirksamkeit“ oder „Teilbarkeit einer Klausel“.⁷⁸ Derartiges ist nach dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Grunde nicht mehr möglich – einzelne Klauseln sind entweder wirksam oder nicht. Es kann im Lichte der Rsp des EuGH nur darum gehen, (vollständige) Klauseln voneinander abzugrenzen. Der Begriff der „Teilunwirksamkeit“ kommt zudem in anderem Zusammenhang vor. Die Klausel-RL anerkennt das Konzept der Teilunwirksamkeit ausdrücklich in Art 6 Abs 1 Hs 2, wonach „der Vertrag für beide Parteien auf derselben Grundlage bindend bleibt, wenn er ohne die mißbräuchlichen Klauseln bestehen kann“ (vgl auch § 306 Abs 1 BGB). Dabei geht es freilich um die Restgültigkeit des gesamten Vertrages trotz einzelner missbräuchlicher Klauseln. Auch dies ist und war ein Aspekt des „blue pencil test“⁷⁹, entspricht aber nicht seinem „Haupteinsatzgebiet“ in der gegenwärtigen Diskussion.

B. Vorrang der Formulierung?

Ein wichtiges Anwendungsgebiet der „blue pencil rule“ sind Freizeichnungsklauseln, mit denen die AGB-Aufsteller ihre Haftung nach Möglichkeit zu begrenzen versuchen.⁸⁰ Je nach ihrer Formulierung gelangt man auf Basis des „blue pencil test“ zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen:

„Die Haftung des [AGB-Verwenders] für Sachschäden ist bei leichter, grober und krass grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen.“ Bei unbefangener Betrachtung und nach allgemeinem Sprachgebrauch mag man diesen Satz als „eine Klausel“ qualifizieren. Er enthält allerdings Haftungsaus-

74 *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? (1979) 79.

75 BGH VIII ZR 273/79 NJW 1981, 117; VIII ZR 214/80 NJW 1982, 178; siehe Punkt II.C.2.

76 *Heinrichs* in *Palandt* (Hrsg), BGB⁴⁸ (1989) Vorb. zu § 8 AGBG Anm 3d; vgl nun *Grüneberg* in *Palandt* (Hrsg), BGB⁷⁴ (2015) § 306 Rz 7 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rsp.

77 Mitunter erachtete der BGH freilich auch gewisse Umformulierungen als zulässig; siehe Fn 29.

78 Anstelle vieler *Roloff* in *Erman*, BGB I¹⁴ (2014) § 306 Rz 11; vgl auch *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁹ (2004) § 43 Rz 84; „aus der Klausel einzelne unwirksame Teile herausgenommen“; weitere Nachweise bei *Uffmann*, Verbot 153 Fn 21.

79 Zum Teil wird freilich vertreten, dass Art 6 Abs 1 Klausel-RL oder § 306 Abs 1 BGB der blue pencil rule entspreche; siehe *Padfield*, The Impact On English Contract Law Of The EC Directive On Unfair Terms In Consumer Contracts, J.I.B.L. (Journal of International Banking Law) 10 (1995) 175 (179); *Schlewing*, Vertragsgestaltung – Auslegung, Unklarheitenregel, geltungserhaltende Reduktion, blue-pencil-Test, ergänzende Vertragsauslegung und Verweisungsklauseln, NZA-Beilage 2012, 33 (33).

80 Siehe zB OGH 5 Ob 42/11d ÖBA 2012, 312 (*Riss*); BGH VI ZR 4/84 BGHZ 96,18 = JZ 1986, 342 (*Pröls*); dazu auch *Hager*, Der lange Abschied vom Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, JZ 1996, 175 (177).

schlüsse zugunsten nur eines Vertragsteiles für 1) leichte, 2) grobe und 3) krass grobe Fahrlässigkeit bei Sachschäden.⁸¹ Genauso gut ließe sich für jeden Verschuldensgrad, für die Begrenzungen auf eine Vertragsseite und auf Sachschäden jeweils ein eigenständiger Satz formulieren.⁸² Nun besteht kein Zweifel, dass „eine Klausel“ wie diese in einem Verbrauchervertrag in mehrfacher Hinsicht gesetzeswidrig wäre. Sie verstößt hinsichtlich der groben und krass groben Fahrlässigkeit gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG und steht jedenfalls hinsichtlich der krass groben Fahrlässigkeit in Konflikt mit § 879 Abs 1 ABGB.⁸³ Allenfalls könnte die Regelung wegen ihrer Einseitigkeit zugunsten des Klauselverwenders insgesamt gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB sein.⁸⁴ Diese Defizite lassen sich jedoch durch simples Streichen weniger Wörter beheben, womit ein unbedenklicher beidseitiger Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit bei Sachschäden übrig bliebe: „Die Haftung ~~des [AGB-Verwenders]~~ für Sachschäden ist bei leichter, ~~grobe~~ und ~~krass grobe~~ Fahrlässigkeit ausgeschlossen.“ Ist die geltungserhaltende Reduktion einer Klausel unzulässig, setzt diese Vorgehensweise voraus, dass es sich dabei um mehrere eigenständige Klauseln handelt, von denen einzelne für nichtig erklärt werden können.

Dem Ausgangsbeispiel inhaltlich gleichwertig erscheint folgende Regelung: „Der [AGB-Verwender] haftet bei Sachschäden nur für krass grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.“ Dieser Satz wäre in einem Verbrauchervertrag aus denselben Gründen zu beanstanden wie der vorige. Die Streichoperation des „blue pencil test“ ist aber nur teilweise erfolgreich: „~~Der [AGB-Verwender]~~ haftet bei Sachschäden nur für ~~krass~~ grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz.“ Sollte die Einseitigkeit im Lichte des § 879 Abs 3 ABGB problematisch sein, ist dieser Satz mithilfe des „blue pencil test“ wohl nicht zu retten; schließlich käme dem aktiv formulierten Satz das Subjekt abhanden. Doch auch die Streichung des Wortes „krass“ erscheint bedenklich; vom vorherigen Beispiel unterscheidet es sich dadurch, dass nicht aus einer Liste von grammatisch gleichwertigen Tatbeständen gestrichen, sondern eine Qualifikation entfernt wird, die auf den verbleibenden Teil („grob fahrlässig“) bezogen ist. Ohne die Option einer geltungserhaltenden Reduktion muss hier Farbe bekannt werden: Ist schon das Wort „krass“ eine eigene Klausel?

Vollends versagt der „blue pencil test“ bei folgender Formulierung eines inhaltlich gleichgelagerten Haftungsausschlusses: „Die Haftung ~~des [AGB-Verwenders]~~ für Sachschäden ist bei Fahrlässigkeit ausgeschlossen“ oder „[...] ist bei ~~grobe~~ Fahrlässigkeit ausgeschlossen“.⁸⁵ Mit bloßem Streichen lässt sich hier keine zulässige Klausel „zimmern“, der Haftungsausschluss muss zur Gänze entfallen.

Mit dem „blue pencil test“ lassen sich außerdem missbräuchliche negative Formulierungen durch Streichung des Wortes „nicht“ in ihr Gegenteil verkehren. Zum Teil folgt daraus auch eine Reduktion auf das gesetzlich noch Zulässige. „Der [AGB-Verwender] haftet ~~nicht~~ für grobe Fahrlässigkeit

81 Für die Unzulässigkeit einer derartigen Klauselgestaltung vor dem Hintergrund des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion etwa *Fitz* in FS Schnorr 652; *H. Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht¹¹ § 306 Rz 13; aA *Schlösser* in *Staudinger*, BGB (2013) § 306 Rz 20 („Strategische Aufspaltung von Texten wie ‚Haftungsausschluss bei leicht oder grob fahrlässigem Verhalten‘ sind zielführend“).

82 Vgl auch das Beispiel bei *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil⁹ § 43 Rz 84 (Terminsverlust, wenn Schuldner mit zwei Raten „ganz ~~oder teilweise~~ in Verzug“ gerät).

83 Siehe (anstelle vieler) OGH 3 Ob 196/13i JBl 2014, 641; vgl auch *G. Graf* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1,01} § 879 Rz 303 ff.

84 Zur „gröblichen Benachteiligung“ im Vergleich zur Rechtsposition des anderen Vertragsteils siehe (anstelle vieler) RIS-Justiz RS0014676 (insb T4, T32); *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht¹⁴ Rz 436; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 378, je mwN.

85 Vgl *Thüsing*, BB 2006, 662 unter Berufung auf *Larenz*.

und Vorsatz bei Sachschäden.“ Wer für grobe Fahrlässigkeit nicht haftet, muss kraft Größenschluss grundsätzlich auch nicht für leichte einstehen; es liegt ein vollständiger und damit unwirksamer Haftungsausschluss vor. Allenfalls könnte diese Klausel intransparent sein. Mit dem „blue pencil test“ ließe sich dem aber abhelfen, womit ein (einseitiger) Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit herauskäme. Hätte der AGB-Verfasser hingegen die Formulierung „haftet weder für grobe Fahrlässigkeit noch Vorsatz“ gewählt, scheitern wohl alle Rettungsversuche auf Basis der „blue pencil rule“.

Und schließlich muss man sich beim „blue pencil test“ die Frage stellen, ob nicht doch geringfügige orthografische bzw grammatische Unschärfen in Kauf genommen werden müssen – etwa beim eingangs gebrachten Beispiel: ~~„Ansprüche aus Gewährleistung und die Haftung für Sachschäden bei leichter Fahrlässigkeit sind ausgeschlossen.“~~ In einer derart „zusammengestrichenen“ Klausel sind der Plural des Prädikats und die Kleinschreibung zu Satzbeginn eindeutig inkorrekt. Soll das aber der Wirksamkeit des Haftungsausschlusses entgegenstehen? Wohl niemand würde eine Vertragsregelung, die entsprechende Fehler von Anfang an enthält, als iSd § 869 ABGB unbestimmt, intransparent iSd § 6 Abs 3 KSchG oder dergleichen bewerten.

C. Eignung zur Problemlösung?

Wäre für die Abgrenzung einzelner Klauseln voneinander tatsächlich allein entscheidend, ob Vertragstext durchgestrichen werden kann und dabei ein grammatikalisch sowie inhaltlich nicht zu beanstandender Text bestehen bleibt, würde die Formulierung der Regelung ganz wesentlich über Sein und Nichtsein der inhaltlich unbedenklichen Teile entscheiden. Gegen gewisse Anreize, sich um eine sorgfältige Vertrags- und AGB-Gestaltung zu bemühen, – wie sie auch aus dem Transparenzgebot folgen – ist gewiss nichts einzuwenden.⁸⁶ Bei striktem Verständnis lüde der „blue pencil test“ aber zur überbordenden, in Einzelaufzählungen zerfallenden AGB-Gestaltung ein.⁸⁷ Im Hinblick auf den Präventionsgedanken, die nach Ansicht des EuGH zentrale Wertung für das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion⁸⁸, macht es freilich keinen Unterschied, ob das verpönte Übermaß mit einer zulässigen Regelung sprachlich untrennbar verquickt oder in Form von Einzelaufzählungen in den Vertrag eingeführt wird. Die Ergebnisse des strikten „blue pencil test“ fordern daher zwangsläufig zur Kritik heraus.⁸⁹

86 Vgl. *Schlosser in Staudinger*, BGB (2013) § 306 Rz 20.

87 Siehe beispielsweise *Schlosser in Staudinger*, BGB (2013) § 306 Rz 20; *Boundy*, Business Contracts Handbook (2012) 125 („It is better to [...] break the clause into more specific parts so that the court could delete (blue-pencil) just the void part and leave the rest standing.“); High Court (Chancery Division) 25. 2. 2011, *Francotyp-Postalia Limited versus Whitehead*, [2011] EWHC 367 (Ch): Die relevante Klausel statuierte ein Konkurrenzverbot innerhalb der „restricted area“, die in einer anderen Klausel definiert war. Auf diese Definition bezogen sich noch weitere Klauseln. Der Richter hielt die Konkurrenzklausele im Hinblick auf ihren territorialen Anwendungsbereich für überschießend, sah sich aber zu keiner Begrenzung durch Streichung einzelner geografischer Bezeichnungen in der Lage, weil die Definition der „restricted area“ in Verbindung mit anderen Klauseln unproblematisch sei. Die Konkurrenzklausele wurde daher zur Gänze gestrichen; dabei hielt der Richter ausdrücklich fest, dass das Ergebnis ein anderes sein könnte, wenn die relevante Region in jeder einzelnen Klausel (statt in einer) umschrieben gewesen wäre.

88 EuGH 14. 6. 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito* Rn 68 ff; zur Frage, ob dieser Gedanke auch gegenüber gutgläubigen AGB-Verwendern, die die Bestimmung nach sorgfältiger Prüfung für zulässig erachtet haben und erachten durften, verfährt, siehe *Fidler*, JBl 2014, 695 f; *H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht¹¹ § 306 Rz 15, je mwN.

89 *Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 878 Rz 15; aus dem deutschen Schrifttum *H. Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht¹¹ § 306 Rz 12 ff; *Thüsing in Graf von Westphalen* (Hrsg), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke (2007) Arbeitsverträge Rz 119; *Uffmann*, Verbot 157 ff, je mwN.

Wäre außerdem jeder Eingriff legitim, solange nur Text gestrichen wird, so ermöglichte der „blue pencil test“ Ergebnisse, die nur als geltungserhaltende Reduktion zu bezeichnen und mit den Leitlinien des EuGH klar unvereinbar sind. Schließlich könnten so aus überschießenden „15 %“ oder „9,5 %“ (Verzugs-)Zinsen „5 %“ („15 %“ oder „9,5 %“) werden. Genauso gut ließe sich die Wendung „keine Haftung“ in ihr Gegenteil verkehren („keine Haftung“ oder „keine Haftung“). Die „blue pencil rule“ bedarf somit jedenfalls gewisser Einschränkungen. Eine davon könnte lauten, dass nur ganze Wörter gestrichen werden dürfen. Diese Regel wird man aber schon für Ergänzungsstriche wieder einschränken müssen. So stünde etwa eine Freizeichnungsregelung mit der Formulierung „Sach- und Personenschäden“ in Konflikt mit § 6 Abs 1 Z 9 KSchG; dieser ließe sich aber ohne Weiteres durch reines Streichen beheben („Sach-~~und Personenschäden~~“). Dabei wird allerdings kein ganzes Wort gelöscht; diesen Fall anders zu behandeln als die Klausel „Sachschäden ~~und Personenschäden~~“ käme geradezu Willkür gleich. Das Streichen der Wörter „nicht“ oder „keine“ allein wäre wohl grundsätzlich unzulässig. Die „blue pencil rule“ muss also jedenfalls durch zahlreiche – hier nicht annähernd abschließend darstellbare – Ausnahmen modifiziert werden. Ihre bestechende Einfachheit entpuppt sich als bloßer Schein.

Wiederholt wurde in Entscheidungen aus dem „common law“ festgehalten, dass der erfolgreiche „blue pencil test“ nur Mindestvoraussetzung sei, aber nicht zwangsläufig Teilbarkeit bedeute.⁹⁰ Auch solche Regelungen, die sich grammatisch teilen lassen, können „in Wahrheit eine einzige Klausel“ („in truth but one covenant“) sein.⁹¹ Dann aber definiert die „blue pencil rule“ gerade nicht den Klauselumfang, sondern limitiert nur die Reichweite der Unwirksamkeitssanktion einerseits und den zulässigen Eingriff in das Vertragswerk andererseits. Ursprünglich diene die „blue pencil rule“ keineswegs der Abgrenzung einzelner Klauseln voneinander – also der tatbestandlichen Umschreibung einer Klausel – mit dem Ziel, diese gesondert auf ihre Missbräuchlichkeit zu prüfen und gegebenenfalls zu eliminieren. Auch ein von Präventions- und Verbraucherschutzgedanken getragenes Verbot der geltungserhaltenden Reduktion spielte für die Väter des „blue pencil test“ (zunächst) keine Rolle.⁹² Vielmehr wurde er als Reaktionsmöglichkeit auf missbräuchliche Vertragsbestimmungen bei geringstmöglichem richterlichem Eingriff in das bestehende Regelwerk entwickelt. Die „blue pencil rule“ bestimmt damit im Grunde nicht den „Gegenstand der Wirksamkeitsprüfung“⁹³, sondern setzt der Rechtsfolge Grenzen. In seiner Urform ist der „blue pencil test“ also eine formalistische Form der geltungserhaltenden Reduktion – und nicht ihr Kontrapunkt.⁹⁴ Letztlich kann er daher bei der Abgrenzung einzelner Klausel voneinander nur ein Hilfsinstrumentarium mit Indizcharakter sein.⁹⁵

90 High Court (Chancery Division) 20. 12. 1946, *Routh versus Jones*, [1947] 1 All E.R. (All England Law Reports) 179 (181: „As regards severability, a composite covenant may only be severed if, and to the extent that, on its true construction, the covenant in truth consists of two or more separate covenants.“); vgl schon *Zimmermann*, Richterliches Moderationsrecht 79 f mwN.

91 Siehe dazu *Beale*, Chitty on Contracts I³¹ (2014) Rz 16-201; *Furmston*, Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract¹⁶ (2012) 533; ferner Fn 89.

92 Zum Präventionsgedanken siehe aber beispielsweise Supreme Court of Ohio 2. 4. 1975, *Raimonde versus van Vlerah*, 42 Ohio St. 2d 21; Supreme Court of Canada 23. 1. 2009, *Shafroon versus KRG Insurance Brokers (Western) Inc.*, 2009 SCC (Supreme Court of Canada) 6 = [2009] 1 S.C.R. (Supreme Court Reports) 157.

93 *Medicus*, Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in *Heinrichs/Löwe/Ulmer* (Hrsg), Zehn Jahre AGB-Gesetz (1987) 83 (89).

94 Vgl aber *Fidler*, JBl 2014, 705 f.

95 Im Ergebnis ähnlich *H. Schmidt* in *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht¹¹ § 306 Rz 13 mwN; *Uffmann*, Verbot 174 f.

IV. Conclusio

Ein kurzer Streifzug durch die Rsp österreichischer und deutscher Gerichte belegt die Unsicherheit, die im Hinblick auf den Klauselbegriff herrscht. Klare Konturen sind aber wegen des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion mehr denn je erforderlich; sie fehlen sowohl in der Klausel-RL als auch bislang in der Rsp des EuGH. Verschärfend kommt hinzu, dass auch drei Jahre nach der Entscheidung in der Rs *Banco Español* noch immer ungewiss ist, ob eine Ersatzregelung für eine missbräuchliche Klausel im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung geschaffen werden darf.

Die „blue pencil rule“, die ausschließlich das Durchstreichen von zur Unwirksamkeit führendem Vertragstext erlaubt und jede darüber hinausgehende Umformulierung durch den Richter untersagt, taugt letztlich nicht zur Abgrenzung einzelner Klausel voneinander. Es kann sich dabei nur um ein Hilfsinstrumentarium mit Indizcharakter handeln. Letztlich wird man nicht umhinkommen, dazu den EuGH zu befragen. Seine Auslegung der Klausel-RL wird auf den „Klauselbegriff“ im österreichischen Recht im Wege der richtlinienkonformen Interpretation ausstrahlen, wobei sich freilich auch die Frage einer „Spaltung“ der Auslegung stellt.



Eigentumsvorbehalt und Publizität Zwischen wirtschaftlichem Bedürfnis und dogmatischer Wertungskohärenz

Wolfgang Faber^{*}, Universität Salzburg

Kurztext: Im Gegensatz zu anderen dinglichen Sicherungsrechten verlangt der Eigentumsvorbehalt nach hA zum österreichischen Recht keinerlei Publizität. Der vorliegende Beitrag unterzieht die zur Rechtfertigung dieses Ergebnisses vorgetragenen dogmatischen Erklärungsversuche einer kritischen Würdigung und kommt zum Schluss, dass diese weder im Einzelnen noch in Summe wirklich überzeugen. Dem wirtschaftlichen Bedürfnis nach einer praktikablen Kaufpreissicherung wird gegenwärtig größeres Gewicht beigemessen als dem Streben nach dogmatischer Widerspruchsfreiheit. Solange man an Publizitätsmitteln ausschließlich den Besitz oder allenfalls die Anbringung von Zeichen vor Augen hat, ist diesbezüglich auch keine Änderung zu erwarten. Bei Einführung eines allgemeinen Mobiliarsicherheitenregisters könnte sich dies allerdings ändern. Ein zweiter, sich allerdings teilweise stärker auf Grundzüge beschränkender Schwerpunkt des Beitrags wendet sich daher Regelungsmodellen zu, die den gegenwärtigen Konflikt zwischen dogmatischem Wertungsgleichklang und Praktikabilitätsbedürfnissen auf Grundlage von Registerlösungen einem besseren Ausgleich zuzuführen versuchen.

Schlagwörter: Eigentumsvorbehalt; Publizität; Faustpfandprinzip; Mobiliarsicherheitenregister; Book IX DCFR.

I. Einleitung und historischer Hintergrund

Nach §§ 451, 452 ABGB setzt das wirksame Entstehen eines Pfandrechts einen Publizitätsakt voraus. Besteht das Sicherungsgut in einer beweglichen körperlichen Sache, wird grundsätzlich deren körperliche Übergabe an den Pfandgläubiger verlangt (Faustpfandprinzip).¹ In sehr streng gehandhabten Grenzen genügt eine Verpfändung durch „Zeichen“, etwa durch Anbringen von Verpfändungstafeln. Dies setzt nach hA allerdings voraus, dass eine körperliche Übergabe aufgrund der physischen Beschaffenheit des Sicherungsguts – und nicht etwa bloß aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten – unmöglich oder jedenfalls „untunlich“ ist.² Als Grundsatz gilt

^{*} Dr. Wolfgang Faber ist ao. Univ.-Prof. am Fachbereich Privatrecht der Universität Salzburg.

¹ Übertragung mittels Besitzkonstitut genügt nicht. Statt vieler vgl. Eicher, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen, in Apathy/Iro/Kozioł (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX (2012) 1 (11 ff, Rz 1/22 ff); Hinteregger in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar II⁴ (2012) § 451 Rz 3 ff, jeweils mwN.

² Damit scheidet nach gängigem Verständnis des § 452 ABGB etwa die Verpfändung von Kraftfahrzeugen durch Anbringung einer Verpfändungsplakette oder Aushändigung der Fahrzeugpapiere an den Gläubiger aus, sind Kraftfahrzeuge doch genuin mobil und daher einer Verbringung zum Gläubiger zugänglich. Dass das Fahrzeug für den Betrieb des schuldnerischen Unternehmens unverzichtbar ist, spielt keinerlei Rolle. Vgl etwa OGH 3 Ob 29/70 EvBl 1970/374; OGH 1 Ob 105/75 SZ 48/75; zuletzt OGH 1 Ob 32/02s SZ 2002/28; Hofmann in Rummel

nach der Judikatur: Soweit irgend möglich, muss die verpfändete Sache der Zugriffsmacht des Schuldners entzogen werden.³

Im österreichischen Mobiliarsicherungsrecht haben diese Grundsätze – nahezu – allgemeine Gültigkeit erlangt: Dieselben Regeln gelten aufgrund analoger Anwendung für die Sicherungsübereignung beweglicher körperlicher Sachen.⁴ Entsprechendes gilt ferner für die Verpfändung und Sicherungszession von Forderungen: Zu deren Wirksamkeit bedarf es entweder einer Verständigung des Drittschuldners oder der Eintragung in den Geschäftsbüchern (heute der EDV-Buchhaltung) des Sicherungsgebers.⁵ Der gemeinsame Grundgedanke ist einfach: Das Bestehen dinglicher Sicherungsrechte soll, weil sie sich grundsätzlich gegenüber jedermann durchsetzen, der gegen den Sicherungsgeber Ansprüche hat oder begründen möchte, nach außen hin erkennbar sein.

Nur ein dingliches Sicherungsrecht verlangt nach ganz hA⁶ zum österreichischen Recht keinerlei Publizität: der Eigentumsvorbehalt.⁷ Auf eine bewusste Entscheidung des ABGB-Gesetzgebers gründen lässt sich dies nicht: Vorläufer eines auf Vertragsvereinbarung beruhenden Eigentumsvorbehalts (zum Teil auch in Gestalt eines „Pfandrechtsvorbehalts“) waren in den deutschsprachigen Ländern zwar an sich schon seit Längerem in Gebrauch.⁸ In den Kodifikationsarbeiten zum ABGB haben solche Sicherungsinstrumente allerdings, soweit ersichtlich, keine Rolle gespielt. Vielmehr war in den Vorentwürfen zum ABGB unter bestimmten Voraussetzungen sogar eine von Gesetzes wegen eintretende Sicherung der offenen Kaufpreisforderung durch Hinaus-

(Hrsg), Kommentar zum ABGB I³ (2000) § 452 Rz 2; *Mader in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1,02} (2014) § 427 Rz 4 mwN. Gegen die von der hA angenommene Bedeutungslosigkeit wirtschaftlicher Gesichtspunkte mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 452 ABGB *Migsch*, Faustpfandprinzip und Publizitätsprinzip – Dargestellt anhand der Verpfändung eines Warenlagers, in FS Welser (2004) 711 (738 f und passim).

3 Siehe etwa OGH 1 Ob 646/79 JBl 1980, 454; OGH 3 Ob 2442/96f ÖBA 1998, 216 (*Spielbüchler*); vgl auch OGH 3 Ob 113/84 JBl 1985, 541.

4 Grundlegend *Wellspacher*, Sicherungsübereignung und Konkursordnung, GZ 1918, 49; diesem in der Sache folgend OGH 3 Ob 923/24 SZ 7/46; OGH 3 Ob 452/26 SZ 8/200 uva; aus der Lehre etwa *Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts (1970) 106 ff; *Apathy*, Die Sicherungsübereignung, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX (2012) 277 (278 f, Rz 4/3; 282 ff, Rz 4/7 ff) mwN. Zur Entwicklung in Rsp und Lehre *W. Faber*, Entwicklungslinien und Entwicklungsperspektiven im Mobiliarsicherungsrecht (noch unveröffentlichte Salzburger Habilitationsschrift 2014), III.B.1. (Bezugnahmen auf dieses Werk erfolgen anhand der Kapitelzählung; diese sollte im Zuge der – in Vorbereitung befindlichen – Drucklegung im Wesentlichen beibehalten werden).

5 Grundlegend der Plenarbeschluss OGH Präs 547, 907/28 SZ 11/15; für Näheres und umfangreiche Nw siehe *Apathy*, Die Sicherungszession, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX (2012) 303 (318 ff, Rz 5/16 ff).

6 Nachgewiesen im passenden Kontext unten in FN 21.

7 Konsequenterweise gilt das zur Publizität(-losigkeit) des Eigentumsvorbehalts Gesagte entsprechend für Finanzierungsleasingkonstruktionen, deren Zweck letztendlich die Übertragung des Eigentums am Leasinggegenstand auf den Leasingnehmer ist. Vgl zur grundsätzlichen Gleichbehandlung etwa *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing – Rechtsnatur, Gewährleistung und Gefahrtragung (1995) 71 ff mit Synthese 162 f; ferner *Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing (2002) 236 ff (insb 247) mit insolvenzrechtlichen Bezügen. Die grundsätzliche Diskussion, inwieweit sich der Verzicht auf Publizitätsanforderungen überhaupt rechtfertigen lässt, wird allerdings primär zum Beispiel des Eigentumsvorbehalts geführt. Auch im Folgenden wird dieses Sicherungsinstrument im Vordergrund stehen.

8 Näher *Maaß*, Die Geschichte des Eigentumsvorbehalts, x im 18. und 19. Jahrhundert (2000); *Sandmann*, Zur Geschichte des Eigentumsvorbehalts in Deutschland (1972); *Schiemann*, Über die Funktion des pactum reservati dominii während der Rezeption des römischen Rechts in Italien und Mitteleuropa, ZRG (RA) 93 (1976), 161; *Thiemann*, Die Entwicklung der Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte (1974) 29 ff; *W. Berger*, Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht – Besitzloses Pfandrecht und Eigentum (1984) 8 ff, 46 ff; Übersicht auch bei *Ernst* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg), HKK-BGB III/1 (2013) § 449 Rn 1–9; *Finkenauer* in *Schmoeckel/Rückert/Zimmermann* (Hrsg), HKK-BGB I (2003) §§ 158–163 Rn 16 f; *Brinkmann*, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen (2011) 103 ff, 185 ff. Vgl ferner – auch zum Folgenden – *W. Faber*, Mobiliarsicherungsrecht II.B.6.

schieben des Eigentumsübergangs vorgesehen.⁹ Dieses Konzept hat man allerdings schließlich aus rein schuldrechtlichen Erwägungen aufgegeben und in § 1063 ABGB angeordnet, dass auch ohne erfolgte Kaufpreiszahlung das Eigentum bei Übergabe der Sache an den Käufer übergehe.¹⁰ In sachenrechtlicher Hinsicht hätte sich angesichts solcher Konzepte die Frage aufgedrängt, inwieweit sich eine publizitätslose dingliche Sicherung der Kaufpreisforderung mit den zwingenden Publizitätserfordernissen im Pfandrecht verträgt. Eine Diskussion dieser Frage ist in den überkommenen Gesetzesmaterialien nicht dokumentiert. Es liegt wohl nahe, dass die Frage eines allfälligen Wertungswiderspruchs gar nicht gesehen wurde. Zumindest gegen Ende der Kodifikationsarbeiten, als der gleichsam gesetzliche Eigentumsvorbehalt durch die heute in § 1063 ABGB enthaltene Regelung wieder beseitigt war, hat sich die Publizitätsfrage auch nicht mehr unmittelbar gestellt.

Im Zuge der Vorarbeiten zum deutschen BGB hat man diese Diskussion durchaus geführt. Dass auch dort die Abkehr von der römisch-gemeinrechtlichen Mobiliarhypothek¹¹ endgültig vollzogen und das Pfandrecht dem Faustpfandprinzip unterstellt werden würde, war praktisch ausgemachte Sache.¹² Kritische Stimmen erachteten den publizitätslosen Eigentumsvorbehalt, der sich in der deutschen Kautelarpraxis des späten 19. Jahrhunderts ebenso wie die durch Besitzkonstitut vorgenommene Sicherungsübereignung zunehmend durchsetzte, denn auch für inkompatibel mit diesen strengen Publizitätsanforderungen beim Pfand.¹³ Die Kritiker standen freilich auf verlore-

9 Im Kern sollte das Eigentumsrecht im Fall der Sachübergabe ohne Kaufpreiszahlung in Anlehnung an Institutionen 2, 1, 41 dann beim Verkäufer verbleiben, wenn die Zahlung vom Verkäufer nicht kreditiert worden ist (der Verkäufer also eigentlich Zahlung bei Übergabe hätte erwarten können). Der Verkäufer sollte dann binnen relativ kurzer Zeit (von zunächst acht, später drei Tagen) gestützt auf sein Eigentumsrecht vom Käufer die Rückgabe der Sache verlangen können. Siehe mit Unterschieden im Einzelnen Codex Theresianus III 9 n 127 f, Entwurf Horten III 9 §§ 59, 61 und Entwurf Martini III 6 §§ 16 f, abgedruckt in *Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen III (1884), IV (1886) bzw V (1886). Näher *W. Faber*, Mobiliarsicherungsrecht II.B.6.2.

10 Im Zuge der Revision des Urentwurfs befand man, dass das Unterstellen einer stillschweigenden Kreditierungsvereinbarung nach Verstreichenlassen dreier Tage durch den unbezahlten Verkäufer mit der Natur eines Kaufvertrags unvereinbar sei; vielmehr sei mangels gegenteiliger Vereinbarung sogleich zu zahlen. Vgl *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches II (1889) 412. Im Zuge der Änderung dieser schuldrechtlichen Regelung entfiel auch die Grundlage für ein Hinausschieben des Eigentumsübergangs bis zum Ablauf des dritten Tags ab Sachübergabe. Näher zur Begründung dieser Änderungen bei *W. Faber*, Mobiliarsicherungsrecht II.B.6.2.

11 Nach justinianischem und ab dem Spätmittelalter rezipiertem gemeinem Recht konnte ein Pfandrecht an beweglichen körperlichen Sachen sowohl durch Übergabe (Besitzpfand) als auch völlig formlos durch Vereinbarung begründet werden (Mobiliarhypothek). Im Lauf der Zeit wurde die Mobiliarhypothek aus mehreren teils ineinandergreifenden Gründen allerdings zunehmend als unbefriedigend, schließlich als untragbar empfunden: Insb hat die Verpfändung des gesamten gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens (Generalhypothek) allgemeine Verbreitung gefunden, war nicht zuletzt hierdurch die mehrfache Belastung ein und desselben Vermögenswerts mit verschiedenen Pfandrechten häufig und die dann entscheidende Ermittlung der Prioritätsverhältnisse durch mannigfaltige gesetzliche, teils mit Rangprivilegien ausgestattete Pfandrechte erschwert. Das römisch-gemeinrechtliche Pfandrechtssystem galt schließlich allgemein als unübersichtlich und risikoreich. Überblick zur Entwicklung etwa bei *Zwalve/Sirks*, Grundzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte – Einführung und Sachenrecht (2012) 401 ff; *Hromadka*, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert (1971) 18 ff, 43 ff; *W. Faber*, Mobiliarsicherungsrecht II.A.

12 Zum allgemeinen Durchbruch des Faustpfandprinzips in der Kodifikationsepoche für die deutschen Länder insb *Hromadka*, Faustpfandprinzip 41 ff (167 ff speziell zu den Vorarbeiten zum BGB). Überblick zur Entwicklung in Frankreich bei *Zwalve/Sirks*, Privatrechtsgeschichte 432 ff. Zur Kodifikationsphase in Deutschland und Österreich nun auch *W. Faber*, Mobiliarsicherungsrecht II.B.

13 Prominent insb *Johow*, der Verfasser des Teilentwurfs zum BGB-Sachenrecht, der den weiteren Beratungen zugrunde lag; siehe § 137 TE-Sachenrecht samt Begründung bei *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Sachenrecht II (1880) 783 ff = *Schubert* (Hrsg), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches – Sachenrecht II (1982) 917 ff. Für Unwirksamkeit wegen Gesetzesumgehung ferner zB *Cosack*, Das Sachenrecht mit Ausschluß des besonderen Rechts der unbeweglichen Sachen im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1889) 15; *Leist*, Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien (1889/Nachdruck 1970) 48, 98, 107

nem Posten. Die „Omnipotenz des wirtschaftlichen Bedürfnisses“¹⁴, den Kaufvertragsparteien ein einfach zu handhabendes Sicherungsrecht an die Hand zu geben, das dem Käufer die sofortige Sachnutzung bei Aufschiebung der Zahlung ermöglicht und zugleich dem Verkäufer eine dingliche Sicherheit für seinen Kaufpreisanspruch verschafft, war zu stark. Bereits die erste Kommission gab grünes Licht, wenngleich mit einer zur Rechtfertigung eines publizitätslosen Eigentumsvorbehalts gegenüber dem publizitätspflichtigen Pfandrecht unhaltbaren Begründung.¹⁵ Zu einer tiefergehenden Prüfung der Publizitätsfrage kam es in den weiteren Beratungen nicht mehr; der publizitätslose Eigentumsvorbehalt wurde mehr oder weniger „durchgewunken“¹⁶ und nach Inkrafttreten des BGB, das dem Eigentumsvorbehalt mit § 455 aF BGB (der Vorläuferbestimmung des heutigen § 449 BGB) immerhin eine positive Regelung widmete¹⁷, nur noch vereinzelt infrage gestellt.¹⁸

Nach Jahren dogmatischer Unsicherheit hat der OGH in einer 1916 ergangenen Grundsatzentscheidung das im deutschen Recht vorgezeichnete Konzept des Eigentumsvorbehalts als Übereignung unter aufschiebender Bedingung rezipiert. Ausweislich der Begründung ging es ihm in erster Linie darum, dem „Bedürfnis der Verkäufer nach Schutz gegen unredliche Veräußerungen oder Verpfändungen der Kaufgegenstände durch die Käufer (besonders Ratenkäufer)“ Rechnung zu tragen.¹⁹ Auch hier steht also das praktische Bedürfnis – konkret formuliert als solches des Verkäufers an einer *erga omnes* wirkenden Kaufpreissicherung – im Vordergrund. Allfällige Bedenken im Hinblick auf die im Pfandrecht verankerten Publizitätsgrundsätze kommen nicht

(sowie allgemein zur bedingten Übereignung 16 ff, 43 ff); *Cohen*, Die geschichtliche Entwicklung des Eigentumsvorbehalts, GrünhutsZ 21, 689 (721 ff) mwN.

- 14 *Cohen*, GrünhutsZ 21, 726, im Kontext seiner Erörterung sog. „Möbelleihverträge“, mit denen sich die Vertragspraxis auch in jenen deutschen Staaten durchzusetzen vermochte, in denen die Partikulargesetzgeber den dinglich wirkenden Eigentumsvorbehalt zu verhindern gesucht haben (so zB das preußische ALR I 11 § 266 iVm §§ 261 f: lediglich schuldrechtlicher Anspruch des Verkäufers auf Rückübereignung).
- 15 Den Bedenken im Hinblick auf eine mögliche Irreführung Dritter aufgrund mangelnder Publizität begegnete man mit dem Hinweis auf die Einführung von – durch die erste Kommission gegenüber den Vorentwürfen nochmals erweiterten – Regelungen über den gutgläubigen Eigentums- (und Pfandrechts-)Erwerb; vgl *Jakobs/Schubert* (Hrsg), Die Beratungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen – Sachenrecht I (1985) 588 (zu §§ 929–931 BGB). Unterschiedliche Publizitätsanforderungen bei Eigentumsvorbehalt und Pfandrecht lassen sich durch Verweis auf die Möglichkeit eines Gutgläubenserwerbs natürlich nicht erklären. Mit diesem Argument hätte man ebenso die Wiederzulassung der Mobilhypothek rechtfertigen können. Näher auch hierzu *W. Faber*, Mobilarsicherungsrecht II.B.6.1.
- 16 Zu einer nochmaligen Diskussion kam es nach zunächst von einer Minderheit abermals vorgebrachten Bedenken im Hinblick auf fehlende Kompatibilität mit dem Faustpfandprinzip (Protokolle II 1758 f = *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich II [1899] 781) letztlich mangels Widerspruchs zur Mehrheitsauffassung nicht mehr (Protokolle III 3690 f = *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich III [1899] 627).
- 17 § 455 aF BGB sieht zwei hier nicht weiter interessierende Auslegungsregeln vor: Erstens erfolge bei Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts die Übertragung des Eigentums im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung. Zweitens sei der Verkäufer bei Zahlungsverzug zum Rücktritt berechtigt. Publizitätsfragen sind in dieser Bestimmung hingegen nicht angesprochen.
- 18 So etwa bei *Fuchs*, Pseudonyme Rechtsgeschäfte – Kritische Anmerkungen zur Theorie der modernen Fiduziargeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der Scheingeschäfts- und Umgehungsfrage, AcP 115 (1917) 84. Erwiderung zu den gegen den Eigentumsvorbehalt insb unter Publizitätsgesichtspunkten erhobenen Vorwürfen etwa bei *Rühl*, Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft – einschließlich des Rechts der Teilzahlungsfinanzierung (1930) 23 ff (vgl auch dort 310 ff ablehnend gegenüber zusätzlicher Publizierung durch damals vereinzelt vorgeschlagene Registerverfahren).
- 19 OGH Präs 176/16 AmtlSlgNF 1.712 = JB 246. An späterer Stelle im selben Urteil hält der OGH etwas relativierend fest, der Sicherungszweck zugunsten des Verkäufers werde durch den Eigentumsvorbehalt verwirklicht, „soweit es nur mit Rücksicht auf die §§ 367 und 456 ABGB. überhaupt möglich ist“. Überblick zur österreichischen Judikaturentwicklung vor dieser Grundsatzentscheidung bei *W. Faber*, Mobilarsicherungsrecht II.B.6.2.2.

zur Sprache. Der zum Alltagsgeschäft gewordene publizitätslose Eigentumsvorbehalt blieb in der Folge unangetastet.

Erst um 1970 beginnen Vertreter der österreichischen Rechtslehre, die bisher fehlende dogmatische Rechtfertigung des publizitätslosen (einfachen)²⁰ Eigentumsvorbehalts im Gegensatz zum zwingenden Publizitätserfordernis beim Pfand und Sicherungseigentum gleichsam nachzuliefern. Zu diesem Zeitpunkt ist der Eigentumsvorbehalt längst zum festen und als unverzichtbar empfundenen Bestandteil des Wirtschaftslebens geworden. Anders als in der bekannten publizitätslosen Form scheint er nicht wirklich vorstellbar. Die von der hA²¹ zur Absicherung des publizitätslosen Eigentumsvorbehalts vorgetragenen Argumente sind vielfältig. Sie beziehen sich zum Teil auf genuine Besonderheiten dieses Sicherungsinstrumentes, zum Teil wird auf Unterschiede zu Pfandrecht und Sicherungsübereignung verwiesen, die eine Verschiedenbehandlung in Bezug auf Publizitätsanforderungen rechtfertigen sollen. Gegenüber diesen Argumenten ist allerdings in jüngerer Zeit immer wieder Kritik laut geworden.²² Eine umfassende Würdigung der von der hA vorgebrachten dogmatischen Argumente steht derzeit jedoch aus.²³ Sie soll im nachfolgenden Abschnitt II. versucht werden.

Vorweg ist allerdings noch kurz auf die Themeneingrenzung zurückzukommen. Die zentrale in diesem Beitrag verfolgte Frage ist zunächst jene, ob sich ein gänzlicher Verzicht auf Publizitätsan-

20 Der Beitrag konzentriert sich in der Folge (wie auch die meisten der vorliegenden literarischen Stellungnahmen) auf die Grundform des „einfachen“ Eigentumsvorbehalts, bei dem einzig die Entgeltforderung aus dem konkreten Erwerbsgeschäft durch Vorbehalt des Eigentums an der Kaufsache gesichert wird, und zwar ohne Erstreckung in etwaige Verarbeitungsprodukte oder Ersatzsicherheiten wie Kaufpreisforderungen aus Weiterveräußerungsgeschäften.

21 Siehe mit Nuancen im Einzelnen und unterschiedlichem Grad an Vollständigkeit *F. Bydliński* in *Klang* (Hrsg), Kommentar zum ABGB² IV/2 (1978) 461 ff; *Koziol*, Zu Fragen des Eigentumsvorbehalts, QuHGZ 1970, 71; *Aicher* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB I³ (2000) § 1063 Rz 27; *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar IV⁴ (2014) § 1063 Rz 19; *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX 285 (Rz 4/10); vgl auch *Koziol – Welser/Kle-tečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I¹⁴ (2014) 457 f (Rz 1317); *Schauer*, Das Register für Mobiliarsicherheiten in Österreich: Rechtsdogmatische und rechtspolitische Grundlagen, in *Schauer* (Hrsg), Ein Register für Mobiliarsicherheiten im österreichischen Recht (2007) 1 (5); *Riedler*, Eigentumsvorbehalt, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX (2012) 243 (247 f, Rz 3/5). Zu einzelnen Punkten auch *Mayrhofer*, Erweiterter Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, ÖJZ 1969, 197 (201 f). In der Folge werden meist nur einzelne Autoren stellvertretend angeführt. – Etwas problematisch ist der gelegentlich zu findende Verweis auf *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 165 ff: Auch er führt etliche der im Folgenden referierten Argumente auf, die wesentliche Unterschiede zwischen Eigentumsvorbehalt und Sicherungseigentum aufzeigen; er tut dies allerdings nicht etwa, um die publizitätslose Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts zu untermauern, sondern um die Berechtigung des Vorbehaltseigentümers zur Exszindierungsklage nach § 37 EO darzutun, die er dem Sicherungseigentümer nicht zubilligen möchte.

22 Deziert kritisch *Aichinger*, Das „anonyme“ Sicherungsmittel Eigentumsvorbehalt – Maßnahmen für eine Offenkundigkeit, ZfRV 2010, 273; zum Teil wortgleich *Aichinger*, Der Eigentumsvorbehalt und seine Zukunft – In Österreich, England, Frankreich und der Schweiz (2009) 207 ff; *Harrer*, Sicherungsrechte – Bürgschaft, Faustpfand, Hypothek, Eigentumsvorbehalt (2002) 122 ff. An der Überzeugungskraft der seitens der hA vorgebrachten Argumente zweifelnd *Riedler*, Gedanken zur Publizität dinglicher Kreditsicherungsrechte de lege lata et ferenda, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1365 (1389 f); *Ch. Rabl*, Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, in FS Bucher (2009) 611 (614 mit FN 13); *ders.*, Die Verarbeitungsklausel beim Eigentumsvorbehalt, in FS Koziol (2010) 341 (345 mit FN 6); ferner *F. Schwind*, Publizitäts- und Faustpfandprinzip im österreichischen und internationalen Sachenrecht, in *F. Schwind* (Hrsg), Europarecht – Internationales Privatrecht – Rechtsvergleichung (1988) 61 (64 f); *Iro*, Sachenrecht⁵ (2013) 165 (Rz 8/2: „problematisch“); *Mayrhofer*, Zur neueren Entwicklung der Kreditsicherung durch Fahrnis (1968) 8 („offensichtliche Verletzung des Faustpfandprinzips“); *Rechberger*, Kreditsicherungsmittel – Wunsch und Wirklichkeit, in *Kühnelt* (Hrsg), Basel II (2005) 43 (61 f: „Wertungswiderspruch“); *Kaller*, Sicherungszession von Buchforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Publizität (2007) 31 (auch Eigentumsvorbehalt müsse offenkundig sein); kritisch ferner bereits *Gschnitzer*, Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz (1963) 26 (die gegensätzliche Behandlung von Sicherungseigentum und Eigentumsvorbehalt bedeute eine „gewisse Inkonsistenz“).

23 Vgl jedoch *W. Faber*, Mobiliarsicherungsrecht III.D.1.1. – Der nachfolgende Abschnitt II. baut auf diesen Ausführungen auf und übernimmt einzelne Textpassagen wörtlich.

forderungen beim Eigentumsvorbehalt im Gegensatz zu anderen dinglichen Sicherungsrechten dogmatisch befriedigend rechtfertigen lässt. Sollte sich erweisen, dass dem nicht so ist, wird weiter zu fragen sein, ob und inwieweit ein solcher dogmatischer Wertungsgleichklang hergestellt werden kann. Dabei wird mit einer Perspektive *de lege ferenda* insb auf mögliche Registerlösungen einzugehen und das Ziel im Auge zu behalten sein, den Eigentumsvorbehalt als praktisch funktionierendes Sicherungsinstrument nach Möglichkeit zu erhalten (hierzu Abschnitt III.). Dabei soll allerdings nicht der Eindruck erweckt werden, dogmatische Widerspruchsfreiheit in Publizitätsfragen und Praktikabilitätserwägungen seien nach Dafürhalten des Verfassers notgedrungen die wichtigsten oder überhaupt die einzigen Gesichtspunkte, die bei der Diskussion um eine sachgerechte Ausgestaltung des Eigentumsvorbehalts (und allenfalls äquivalenter Sicherungsinstrumente) Beachtung verdienen. Dies ist bestimmt nicht der Fall; Prioritätsfragen bei Zusammentreffen mit anderen Sicherungsrechten²⁴ und eine allfällige stärkere Beschränkung des Eigentumsvorbehalts auf seinen Sicherungszweck, was sich insb in der Frage zuspitzt, ob dem Vorbehaltsverkäufer ein Aussonderungsrecht oder lediglich ein dingliches Recht auf vorrangige Befriedigung zustehen soll²⁵, seien als weitere Beispiele bloß erwähnt. Mit dem hier behandelten Publizitätsschwerpunkt soll also lediglich ein Teilsegment von mehreren herausgegriffen werden. Auch das Publizitätsthema selbst wird nicht in all seinen Facetten ausgeleuchtet.²⁶

II. Kritische Würdigung dogmatischer Rechtfertigungsversuche eines publizitätslosen Eigentumsvorbehalts

A. Kein Entzug bereits vorhandenen Vermögens

Zugunsten der publizitätslosen Wirksamkeit des einfachen Eigentumsvorbehalts wird vorgebracht, dass nicht bereits vorhandenes Vermögen dem Haftungsfonds entzogen, sondern nur eine neu hinzukommende Sache nicht dem allgemeinen Zugriff ausgesetzt werde.²⁷

1. Zutreffende Ausgangsthese: konstanter Haftungsfonds

Diese Begründung scheint zunächst dem relativ naheliegenden Einwand ausgesetzt, dass im Falle ratenweiser Kaufpreiszahlung das Käufervermögen immerhin durch den laufenden Kaufgeldabfluss geschmälert wird, der Käufer hingegen erst mit vollständiger Tilgung der Kaufpreisschuld Eigentümer werde und damit bis zu diesem Zeitpunkt sehr wohl eine Beeinträchtigung der Interes-

24 Zu dem in internationalen Vorbildern typischen Konzept einer „Superpriorität“ des Eigentumsvorbehalts bzw äquivalenter Sicherungsrechte für Anschaffungsfinanzierungen kurz unten III.C.1. bei FN 113 zum DCFR und *Brinkmann*, *Kreditsicherheiten* 410 ff zu Article 9 UCC.

25 Das zweitgenannte Konzept verwirklicht etwa Article 9 UCC; hierzu *Brinkmann*, *Kreditsicherheiten* 416 ff samt Vergleich mit dem deutschen Recht. Eine Mittelstellung nehmen die neuen Regelungen des französischen (nach einer Reform des Cc 2006) und des belgischen Rechts (Reform des Cc 2013) ein: Vergleichbar der klassischen Konzeption des deutschen oder österreichischen Rechts erfolgt die Realisierung des Eigentumsvorbehalts durch Rücknahme der Kaufsache; allerdings setzt die Geltendmachung keinen Rücktritt vom Kaufvertrag voraus und wird der Wert der wiedererlangten Sache auf die gesicherte Kaufpreisforderung angerechnet. Insoweit fungiert das vorbehaltene Eigentum wie nach dem UCC-Konzept als bloße Sicherheit für die weiter bestehende Kaufpreisforderung. Vgl hierzu *W. Faber*, *Mobiliarsicherungsrecht* IV.C.5.1. (zu Frankreich) bzw IV.D.1. (zum belgischen Recht) mwN.

26 Insb wird hier das Publizitätsprinzip samt seinen immanenten Schwachpunkten – etwa was den Schutz künftiger ungesicherter Gläubiger angeht – nicht grundsätzlich infrage gestellt.

27 Vgl zB *Koziol – Welser/Kletečka*, *Grundriss* I¹⁴ 457 f (Rz 1317); *F. Bydlinski* in *Klang*² IV/2, 463, der diesen Aspekt für sich alleine allerdings für „verhältnismäßig schwach und formal“ erachtet; *Koziol*, *QuHGZ* 1970, 72.

sen der Gläubiger des Erwerbers vorliege.²⁸ Dieser Einwand greift allerdings etwas zu kurz: Zwar fließen beim Käufer vorhandene Barmittel tatsächlich sukzessive „in die Sache“ und besteht die volle Zugriffsmöglichkeit auf das Vorbehaltsgut tatsächlich erst mit Vollzahlung, doch repräsentiert in der Zwischenzeit das dem Vorbehaltskäufer zustehende Anwartschaftsrecht einen auf das Volleigentum an der Kaufsache noch „fehlenden“ Vermögenswert. Setzt man für die Bewertung des Anwartschaftsrechts simplifizierend am Verhältnis der bereits geleisteten Zahlungen zur Restverbindlichkeit an²⁹, stellt sich die Anschaffung aus Sicht dritter Gläubiger in der Tat quasi als Nullsummenspiel dar.³⁰

Das gilt grundsätzlich auch in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers, wenn der Insolvenzverwalter statt Vertragserfüllung gemäß § 21 IO den Rücktritt wählt: In diesem Fall geht zwar der Wert der Anwartschaft verloren, dafür sind nach zutreffender Auffassung bereits gezahlte Kaufpreisteile an die Masse zurückzugewähren³¹, sodass der Befriedigungsfonds für die restlichen Gläubiger wieder in etwa gleichbleiben sollte.³²

Als erstes Zwischenergebnis lässt sich demnach festhalten, dass die dem Argument der hA zugrunde liegende These eines beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt in etwa gleichbleibenden Haftungsfonds (nicht allerdings eines durch den Sacherwerb anwachsenden Haftungsfonds) für sich

28 Siehe die Kritik bei *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1389 f.

29 Dabei wird – um dem von der hA vorgebrachten Nicht-Entzugs-Argument möglichst entgegenzukommen – mit der Unterstellung operiert, dass eine allfällige Verwertung des Anwartschaftsrechts mit einem derartigen Erlös im Regelfall tatsächlich möglich ist. Praktisch wird dies zweifelhaft sein.

30 In Bezug auf Exekutionsgläubiger des Vorbehaltskäufers ist zu beachten, dass diese, wie im Text diskutiert, natürlich in noch vorhandenes Barvermögen und in das Anwartschaftsrecht vollstrecken können, praktisch allerdings das Problem auftreten kann, dass mangels Kenntnis vom Eigentumsvorbehalt zunächst eine – infolge Drittwiderspruchsrechts des Vorbehaltverkäufers (§ 37 EO) erfolglose – Exekution in die Kaufsache versucht wird. Dabei wird § 45 ZPO weitgehend verhindern, dass dem betreibenden Gläubiger aus Unkenntnis des bestehenden Aussonderungsrechts Verfahrenskosten aus einem Exszindierungsprozess entstehen bzw er dem Exszindierungsberechtigten solche zu ersetzen hat: Um die strengen Rechtsfolgen dieser Bestimmung (Tragen der Prozesskosten durch den Kläger, Kostenersatzpflicht gegenüber dem beklagten betreibenden Gläubiger) zu vermeiden, muss der Vorbehaltverkäufer vor Erhebung der Exszindierungsklage sein vorbehaltenes Eigentum dem betreibenden Gläubiger bekanntgeben und diesen auffordern, von der Exekution in den betr. Gegenstand abzusehen; vgl. *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/1³ (2014) § 45 ZPO Rz 6; *Jakusch* in *Angst* (Hrsg), Kommentar zur EO² § 37 EO Rz 70, jeweils mwN. Soweit dem Zwangsvollstreckung führenden Gläubiger durch derlei Vorkehrungen keine zusätzlichen Kosten entstehen, erweist sich das Bild vom „Nullsummenspiel“ somit auch auf exekutionsrechtlicher Ebene als stimmig. Nachteile verbleiben aber dann, wenn der betreibende Gläubiger sich nach pflichtgemäß erfolgter Aufforderung aufgrund vertretbarer Zweifel am Bestehen des Sicherungsrechts auf einen Rechtsstreit einlässt und unterliegt.

31 Dieses Ergebnis erscheint vor dem Hintergrund herrschender Insolvenzrechtsdogmatik zunächst freilich gar nicht so selbstverständlich: Nur eine – wohl im Vordringen begriffene – Mindermeinung geht nämlich davon aus, dass der Rücktritt des Insolvenzverwalters nach § 21 IO wie etwa ein Rücktritt nach § 918 ABGB schuldrechtlich *ex tunc* wirke und damit Bereicherungsansprüche nach § 1435 ABGB (hier: der Masse auf Rückzahlung bereits geleisteter Kaufpreisteile) auslöse; so insb. *F. Bydlinski* in *Klang*² IV/2, 541 f FN 517; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht⁴ I (2000) § 21 KO Rz 24 mwN; im Kontext des Eigentumsvorbehalts jüngst auch *Riedler*, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers nach dem IRÄG 2010, ÖJZ 2011, 904 (911 f); *ders* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX 260 f (Rz 3/29); vgl. auch schon *Mayrhofer*, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz (1966) 122. Die hA nimmt dagegen an, dass der Rücktritt nach § 21 IO (weil der Vertrag aufrecht bleibe) keine Rückforderungsansprüche bzgl. bereits erbrachter Leistungen auslöse, jeder Teil somit das ihm Geleistete behalte; idS etwa *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2012) § 21 KO Rz 184 f, 218 mwN; aus der Rsp OGH 1 Ob 100/66 SZ 39/147 und darauf aufbauend RIS-Justiz RS0064493. Auch diese Auffassung müsste allerdings Rückgewähransprüche der Masse für bereits geleistete Kaufpreiszahlungen insoweit anerkennen, als sie der Masse Bereicherungsansprüche zubilligt, wenn der Vertragspartner (Vorbehaltverkäufer) auf ihre Kosten bereichert ist – wovon mit Rückstellung der Kaufsache nach Aussonderung durch den Vorbehaltverkäufer auszugehen wäre.

32 Ausgeklammert bleibt hier die praktisch denkbare Konstellation, dass der Vorbehaltverkäufer durch Aufrechnung mit seinem durch den Rücktritt entstandenen Schadenersatzanspruch (§ 21 Abs 2 IO) gegen den Rückforderungsanspruch der Masse Letzteren stark herabmindert oder gänzlich tilgt.

genommen zutrifft. Dass dies einiger modellhafter Vereinfachungen bedarf – immerhin muss man den im Exekutionsfall lukrierbaren Erlös des Anwartschaftsrechts mit den geleisteten Teilzahlungen gleichsetzen³³ – mag hingenommen werden. Umgekehrt besteht ja auch die Möglichkeit, dass der Käufer unter Einsatz der Vorbehaltssache sonst nicht eintretende Gewinne zu erwirtschaften imstande ist, was den allgemeinen Haftungsfonds im Einzelfall erhöhen kann.

Zweitens liegt jedenfalls im Grundsatz der Gedanke durchaus nahe, einem Argument, das sich auf wertmäßiges Gleichbleiben des schuldnerischen Haftungsfonds gründet, Relevanz für Publizitätsfragen beizumessen. Negative Veränderungen des dem Gläubigerzugriff offenstehenden Vermögens sind es ja gerade, wovor Publizitätsregeln potenzielle Drittgläubiger nach gängigem Verständnis warnen sollen. Treten solche nachteiligen Veränderungen nicht ein, so der Gedanke, bedarf es auch keiner Warnung.

2. Tauglicher Differenzierungsgesichtspunkt?

Noch nicht beantwortet ist damit allerdings die Frage, inwieweit hiermit ein für die Legitimation völlig konträrer Publizitätsanforderungen relevanter Unterschied zwischen Eigentumsvorbehalt und Pfandbestellung (bzw Sicherungsübereignung) dargetan ist. Derselbe Gedanke des näherungsweise Gleichbleibens des Haftungsfonds trotz Sicherungsbestellung müsste ja – Drittpfandbestellung ausgenommen – jedenfalls bei Investitionskrediten sehr weitgehend ebenfalls einschlägig sein: Wer eine vorhandene Sache mit einem Pfandrecht belastet, um Kreditmittel zu erhalten, füllt den Haftungsfonds durch diese Mittel und/oder das damit angeschaffte Investitionsgut wieder auf. Beides steht dem Gläubigerzugriff offen wie zuvor die nunmehrige Pfandsache. Dennoch wird hier Publizität verlangt, beim Eigentumsvorbehalt jedoch nicht. Als Differenzierungsgesichtspunkt für Publizitätsanforderungen scheint das hier diskutierte Argument daher zumindest ernsthaft infrage gestellt.

Hiergegen könnte der Einwand erhoben werden, dass Pfandrechte natürlich nicht nur zur Sicherung von Investitionskrediten bestellt werden können bzw dass die Pfandrechtpublizität wohl nicht vorrangig mit Blick auf derartige Kredite angeordnet worden sei.³⁴ Der erstgenannte Aspekt trifft ohne Zweifel zu: Die pfandgesicherte Forderung kann beliebigen Zwecken dienen. Insb wenn die Schuld eines Dritten gesichert wird bzw generell wenn die pfandgesicherten Kreditmittel Dritten zugutekommen, kann von einem gleichbleibenden Haftungsfonds des Pfandbestellers keine Rede sein. Eine Antwort zum zweitgenannten Aspekt muss hingegen differenzierter ausfallen: Die in den Vorarbeiten zum ABGB als tragend empfundenen Gründe für die Übernahme des Faustpfand- bzw Publizitätsprinzips beim Pfandrecht sind in den durch *Harras von Harrasowsky* und *Ofner* publizierten Gesetzesmaterialien³⁵ nicht dokumentiert; in *Zeillers* früher Kommentierung ist nur von einem recht allgemein formulierten Warnzweck die Rede.³⁶ Man wird annehmen dürfen, dass die

33 Vgl oben FN 29. Siehe ferner das in FN 32 umschriebene, aus Vereinfachungsgründen ausgeblendete Szenario.

34 Diesen Gesichtspunkt verdanke ich Univ.-Prof. Dr. *Christian Holzner*, Universität Linz.

35 *Harras von Harrasowsky*, Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen I-III (1883–1884), IV (1886), V (1886); *Ofner*, Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Oesterreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches I und II (1889).

36 *Zeiller*, Referent der zweiten Hofkommission in Gesetzgebungssachen, führt in seiner bald nach Gesetzwerdung erschienenen Kommentierung des § 451 ABGB als einziges Motiv an: Der körperlichen Übergabe der Pfandsache bedürfe es, „damit jedermann auf die Einschränkung des Eigenthümers aufmerksam gemacht und gewarnet werde“. Siehe *Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie II/1 (1812) 256.

in der Kodifikationsepoche generell verbreiteten Motive für die Hinwendung zum Faustpfandprinzip auch für die österreichische Gesetzgebung mit von Bedeutung waren; darunter insb eine „Stärkung“ des mobilienunterlegten Realkredits durch Bereitstellen einer „sicheren“ dinglichen Sicherheit im Gegensatz zur früher vorherrschenden römisch-gemeinrechtlichen Mobilienhypothek, die aufgrund mannigfaltiger Auswüchse (Verbreitung von Generalhypotheken, zum Teil von Gesetzes wegen angeordnet und mit Rangprivilegien ausgestattet) zunehmend als unsicher und letztlich untragbar empfunden wurde.³⁷ Allein, dass man dabei Pfandrechte für bestimmte Kreditzwecke vordringlich im Auge gehabt hätte bzw umgekehrt bestimmte Kreditzwecke (etwa Investitionskredite) keine nennenswerte Rolle gespielt haben könnten, lässt sich, soweit ich sehe, für die Zeit bis zur Gesetzgebung des ABGB nicht verifizieren.

Anderes gilt allerdings für die Entstehungszeit des deutschen BGB. Dies mag hier zumindest mittelbar interessieren, da für das deutsche Recht trotz kontroversieller Diskussion ebenfalls eine bewusste Entscheidung zugunsten strikter Publizitätsanforderungen im Pfandrecht getroffen, gleichzeitig aber (neben dem Sicherungseigentum) der Eigentumsvorbehalt publizitätslos zugelassen wurde und das österreichische Recht letztere Entscheidung vom deutschen Vorbild übernommen hat. In dieser deutschen Diskussion um die Publizitätspflicht beim Mobilienpfand (und Sicherungseigentum) hat nun bspw die Drittpfandbestellung überhaupt keine erkennbare Rolle gespielt. Wurden konkrete Problemlagen erörtert, ging es stets um die dingliche Sicherung eigener Verbindlichkeiten. Dabei standen Beispiele für den oben angesprochenen Investitionskredit, bei dem durch Anschaffung des Investitionsguts der Haftungsfonds insgesamt in etwa gleichbleibt, interessanterweise geradezu im Vordergrund: Der Fabrikant kann unter Geltung des Faustpfandprinzips seine wertvollen Maschinen, der Handwerker seine Werkzeuge nicht zur Anschaffung neuer Produktionsmittel verpfänden, ebenso wenig der Landwirt seine Herde zwecks Erweiterung seines Viehbestands.³⁸ In all diesen Fällen würden im Gegenzug zur Pfandbelastung neue, idR dauerhafte und wertbeständige Güter in das Schuldnervermögen treten. Fasst man den Gedanken des in etwa konstanten Haftungsfonds etwas weiter, so lässt sich darin im Übrigen noch eine weitere Konstellation unterbringen, für die in der damaligen Diskussion das strenge Faustpfandprinzip als Problem identifiziert wurde: der dringende kurzfristige Liquiditätsbedarf zur Deckung einer fälligen Verbindlichkeit, deren Gläubiger ansonsten Zwangsvollstreckung in das Schuldnervermögen zu führen gewillt ist. Auch hierfür kann das uU reichlich vorhandene Mobilienvermögen als Kreditgrundlage nicht nutzbar gemacht werden.³⁹ Evidentermaßen träte hier im Gegenzug zur Pfandbelastung kein neuer Vermögenswert in das Schuldnervermögen, sondern die Kreditsumme würde zur Tilgung einer bereits bestehenden Verbindlichkeit verwendet. Der dem Zugriff sonstiger Gläubiger offenstehende Haftungsfonds wäre im Ausmaß der Pfandbelastung verringert. Derselbe

37 Umfassend zur Entwicklung in deutschsprachigen Ländern (mit Ausnahme Österreichs) *Hromadka*, Faustpfandprinzip 41 ff; *ders*, Geschichtliche Beiträge zu Fragen des Faustpfandprinzips im schweizerischen Zivilgesetzbuch, ZSR 111 (1970) 117; zusammenfassend *W. Faber*, Mobilienversicherungsrecht II.B.1.1. (allgemein) und II.B.1.3.1. (zur ABGB-Gesetzgebung), alle mwN. Vgl ferner oben FN 11 und 12.

38 Vgl etwa *Leonhard*, Ueber die Gefahren einer Beseitigung der Verpfändung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag nebst einem Anhang über die beabsichtigte Beseitigung des constitutum possessorium, Gruchot 25 (1881) 177, 513 (insb 193 f, 216 ff); *Cohen*, GrünhutsZ 21, 728 ff, insb 730; ferner *Wernick*, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, in *Adams/Wilke/Mecke/Hartmann/Eythropel* (Hrsg), Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, H V (1888) 376 (379 ff). Generell steht das Kreditbedürfnis der Fabrikanten, Handwerker, Kaufleute und Landwirte, denen durch das strikte Faustpfanderfordernis die Möglichkeit zur Verpfändung von Inventar, Maschinen, Warenlagern, Rohstoffen, Fahrzeugen, Vieh und anderem praktisch abgeschnitten wird, im Zentrum der Diskussion; vgl *Hromadka*, Faustpfandprinzip 170 mwN.

39 Vgl wiederum *Leonhard*, Gruchot 25, 194 f; *Wernick*, Gutachten 380.

Effekt träte aber *ceteris paribus* – dh, wenn kein Dritter sich zur Interzession oder Abdeckung der Verbindlichkeit bereitfindet – auch dann ein, wenn die Pfandbestellung (insb aus rechtlichen Gründen unter Geltung des Faustpfandprinzips) unterbleibt: Der drängende Gläubiger würde realistischerweise Exekution zB in den Maschinenbestand führen, womit der für Drittgläubiger verfügbare Haftungsfonds im gleichen Ausmaß vermindert wäre. Auch in solchen Fällen wirkt sich also eine erfolgte Pfandbestellung auf den Umfang des Haftungsfonds jedenfalls mittelfristig (ab der hypothetischen Begründung von exekutiven Pfandrechten durch den vollstreckungsbe-reiten Gläubiger) nicht aus. Das Argument, bei gleichbleibendem Haftungsfonds auf Publizität verzichten zu können, müsste grundsätzlich also auch hier Geltung beanspruchen dürfen.

Der denkbare Einwand, die hier behandelten Konstellationen hätten im juristischen Diskurs vor der legislativen Weichenstellung zugunsten strikter Publizitätsvorschriften beim Pfand keine Rolle gespielt, hat sich jedenfalls in Bezug auf die deutsche Rechtsentwicklung nicht erhärtet. Im Ergebnis scheint mir das hier diskutierte Differenzierungsargument, der Eigentumsvorbehalt bedürfe im Gegensatz zum Pfandrecht deshalb keiner Publizität, weil er sich auf den Haftungsfonds nicht negativ auswirke, in seiner Tragfähigkeit erheblich erschüttert. Für bestimmte Konstellationen passt es durchaus (Pfandbestellung für Schuld eines Dritten, ersatzlose Verflüchtigung der erhaltenen Kreditsumme), für wichtige Bereiche, die zumindest in Deutschland der Gesetzgeber vor Augen haben musste, trägt es nicht.

B. Variationen: Vergleichbarkeit mit Barkauf, Vergrößerung des Haftungsfonds

Der oben diskutierte Rechtfertigungsversuch kehrt in der Diskussion bisweilen in leicht verändertem Gewand wieder. Insoweit kann man sich hier kurz halten und im Wesentlichen auf die Ausführungen im voranstehenden Abschnitt verweisen.

Dies gilt zunächst für die Paraphrasierung des unter A. diskutierten Arguments dahingehend, Gläubiger des Vorbehaltskäufers stünden durch den Eigentumsvorbehalt nicht schlechter als bei einem Barkauf.⁴⁰ Auch dieser Ansatz gründet ja darauf, dass an die Stelle eines schon vorhandenen Vermögenswerts (Barmittel) ein anderer (die Kaufsache) tritt und die Summe der dem Gläubiger-zugriff offenstehenden Werte gleichbleibt. Auch hier ist die der Argumentation zugrunde liegende Beobachtung des gleichbleibenden Haftungsfonds durchaus korrekt. Wie gezeigt worden ist, wird hiermit jedoch kein allgemein tragfähiger Differenzierungsgrund gegenüber einer Pfandbestellung aufgezeigt. In praktisch durchaus wesentlichen Konstellationen ist Irrelevanz der Sicherheitenbestellung für die Entwicklung des Haftungsfonds auch beim Pfandrecht gegeben.

Und noch ein weiteres Argument gerät angesichts der bereits ausgeführten Überlegungen in Schwierigkeiten; nämlich jenes, die Gläubiger würden durch den Vorbehaltskauf sogar besser gestellt, weil der Erwerber durch die Möglichkeit, den Kaufgegenstand wirtschaftlich zu nutzen, in die Lage versetzt werde, seinen bestehenden Haftungsfonds zu vergrößern.⁴¹ Wiederum wird die zugrunde liegende Beobachtung vielfach durchaus zutreffen. Aber auch hier ist nicht einzusehen, warum dieser Gesichtspunkt nur dem Warenkreditgeber zu einer publizitätslosen Sicherheit verhel-fen sollte, nicht hingegen dem Geldkreditgeber, der gegen Pfandbestellung einen Investitionskredit gewährt.

40 Erwähnt bei F. Bydlinski in *Klang*² IV/2, 463; Frotz, *Kreditsicherungsrecht* 167 (zu § 37 EO); referiert bei Aichinger, *ZfRV* 2010, 274.

41 Als Argument zur Publizitätsfrage berichtet bei Aichinger, *ZfRV* 2010, 274; vgl auch Frotz, *Kreditsicherungsrecht* 166 f (zu § 37 EO).

C. Kaufrechtliche Perspektiven: kein Nachteil für Vorleistung, Annäherung an das Zug-um-Zug-Prinzip

Eine weitere Gruppe von Gründen, die für die publizitätslose Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts ins Treffen geführt wird, zeichnet sich durch starke Reminiszenzen an das Kaufrecht aus; genauer an das dort hohen Gerechtigkeitsgehalt beanspruchende Zug-um-Zug-Prinzip (vgl § 1052 ABGB).

1. Verzicht auf Publizität als Ausgleich für Entgegenkommen des Verkäufers

Hierher gehört einmal der bisweilen erwähnte Gesichtspunkt, dem Verkäufer, der zur Vorleistung an sich nicht verpflichtet wäre, sollten für sein Entgegenkommen keine Nachteile entstehen.⁴² Also, so muss man den Gedanken weiterspinnen, soll zur dinglichen Absicherung seiner Kaufpreisforderung auch ein publizitätsloses Sicherungsinstrument genügen dürfen.

Dieser Gedankengang fordert auf mehreren Ebenen zum Widerspruch heraus. Zum ersten fungieren als Ausgangspunkt der Argumentation ausschließlich Elemente, die der rein zweipersonalen Beziehung von Verkäufer und Käufer entstammen: das Entgegenkommen des Verkäufers; der Vorteil für den Käufer, den dieses Entgegenkommen impliziert; das Hintanhalten eines Nachteils, welches dem Verkäufer hierfür gebührt. Die Publizität, auf die als Konsequenz dessen verzichtet werden soll, versteht sich hingegen als Drittschutzmechanismus: Des Käufers Gläubiger im weitesten Sinn, also Personen, die die beim Käufer befindliche Vorbehaltssache von diesem erwerben oder allenfalls ein Sicherungsrecht an dieser begründen wollen, sowie Personen, die in Erwägung ziehen, dem Käufer ungesichert zu kreditieren, würden im Fall der Publizitätspflicht eine Warnung erhalten, dass ihnen der Vorbehaltverkäufer vorgehen würde. Man kann für den propagierten Vorteil des einen (des Käufers) nicht gut einen Dritten (die Gläubiger) aufkommen lassen. Die zweipersonale Grundlage ist für das zumindest dreipersonale Ergebnis des Arguments schon im Ansatz irrelevant.

Daneben lässt sich der Verkäufer sein „Entgegenkommen“ jedenfalls bei langen Zahlungszielen typischerweise durch einen Preisaufschlag oder Verzicht auf einen sonst gewährten Preisnachlass, faktisch also durch Verzinsung des Kaufpreises abgelden. Warum man ihn dann auch noch auf anderer Ebene vor „Nachteilen“ schützen sollte, leuchtet auch aus diesem Grund nicht unmittelbar ein. Machte man mit allgemeinen Fairnesserwägungen der hier diskutierten Art Ernst, müsste man konsequenterweise noch einige Schritte weiter gehen. Schließlich erbringt bei jedem Kredit, also auch bei einem durch Pfand gesicherten (!), der Kreditgeber seine Leistung zuerst und erhält die Gegenleistung erst zu einem späteren Zeitpunkt. Ein Differenzierungsgesichtspunkt zwischen Eigentumsvorbehalt und Pfandsicherung, der allenfalls für Publizitätsfragen fruchtbar gemacht werden könnte, ergibt sich aus dem Vorleistungs-Gesichtspunkt folglich nicht. Mehr noch, auf ein Anrecht auf Privilegierung müssten sich bei Gültigkeit des hier besprochenen Arguments letztlich alle Vorleistenden unter Einschluss ungesicherter Kreditgeber in grundsätzlich gleichem Maße berufen können.

42 Wiederum referiert (nicht aber unterstützt) bei *Aichinger*, ZfRV 2010, 274.

2. Verzicht auf Publizität aufgrund bloßer Wiederherstellung eines Zug-um-Zug-Austauschs

Der Vorleistungsaspekt begegnet daher typischerweise in anderem Gewand: Der Eigentumsvorbehalt führe trotz Vorleistung des Verkäufers in Gestalt der Sachübergabe zu einer möglichst weitgehenden Annäherung an das Zug-um-Zug-Prinzip (§ 1052 ABGB), indem zumindest das Eigentum dem Käufer erst dann verschafft wird, wenn er den Kaufpreis vollständig entrichtet.⁴³

In seinem angestammten Kontext, dem Kaufrecht, also auf einer schuldrechtlichen, zweipersonalen Ebene, wirkt dieses Argument überzeugend. Das Zug-um-Zug-Prinzip hat hier Leitbildfunktion. Seine innere Legitimität leuchtet unmittelbar ein, werden doch beide Parteien, wenn sie ihre Leistungen zeitgleich austauschen, hinsichtlich des Risikos eines Unterbleibens der Gegenleistung auf einfachste Weise gleich behandelt. Daher mutet es auch als gerecht an, wenn die Parteien, die sich durch Kreditierung der Kaufpreiszahlung vom Gedanken eines gleichzeitigen Leistungsaustauschs fortbewegen, sich diesem im Gegenzug durch Hinausschieben der zweiten Kardinalpflicht eines Verkäufers, der Eigentumverschaffung, wieder annähern. Das Bild vom gerechten Ausgleich zwischen zwei Parteien lädt zudem zur Erweiterung ein: Die Gläubiger des Käufers, um deren Interessen es bei der Entscheidung über Publizitätserfordernisse ja gehen müsse, treten gewissermaßen in die Schuhe des Käufers. Was für diesen billig ist, werde für jene nicht nachteilig sein.⁴⁴

Diese kaufrechtliche Perspektive auf den Eigentumsvorbehalt ist nachvollziehbar. Der Sicherungseffekt wird ja durch bloßes Hinausschieben der Erfüllung einer Verkäuferpflicht erreicht. Die Perspektive erscheint uns zudem vertraut: Dass der Eigentumsvorbehalt bei § 1063 ABGB – also eben im Kaufrecht – behandelt wird, hat in systematischen Darstellungen zum österreichischen Privatrecht Tradition⁴⁵ und ist in der Kommentarliteratur geradezu typisch⁴⁶; ähnlich in Deutschland, wo der Eigentumsvorbehalt mit § 455 aF bzw § 449 nF BGB im Kaufrecht seine einzige positive Regelung im Zivilgesetzbuch erfahren hat. Zugleich verstellt diese kaufrechtliche Perspektive zum Teil den Blick auf wesentliche Zusammenhänge, gerade wenn es um das Verhältnis zwischen Eigentumsvorbehalt und anderen dinglichen Sicherungsrechten geht; insb im Hinblick auf unsere Ausgangsfrage, warum nämlich der einfache Eigentumsvorbehalt keinerlei Publizitätsanforderungen unterworfen sein soll, andere dingliche Sicherungsrechte hingegen schon.

Die Überzeugungskraft des Arguments einer Annäherung an das Zug-um-Zug-Prinzip relativiert sich in der Tat erheblich, wenn man – worauf es für Publizitätsanforderungen im Vergleich mit anderen dinglichen Sicherungsrechten wohl ankommen muss – die Sicherungsfunktion des Eigentumsvorbehalts in den Vordergrund rückt und ihn dementsprechend nicht primär als verzögerten Veräußerungsmechanismus, sondern eben als Sicherungsrecht begreift: Das vorbehaltene Eigentum sichert eine Forderung. Die Haftung besteht, solange die Forderung offen ist, und endet mit vollständiger Zahlung. Das unterscheidet sich in nichts von der Sicherung einer (beliebigen) Ver-

43 Näher etwa *Koziol*, QuHGZ 1970, 73; *F. Bydlinski in Klang*² IV/2, 463 f.

44 Hier berührt sich der hier auseinandergesetzte Gedanke mit dem unter II.A. diskutierten Argument des beim Eigentumsvorbehalt gleichbleibenden Haftungsfonds.

45 Vgl *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts² II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse (1928) 411 f; *Gschnitzer*, Schuldrecht BT 23 ff. Die Sachenrechtsbände dieser Standardwerke enthalten demgegenüber keine systematische Erörterung des Eigentumsvorbehalts.

46 Prägend *F. Bydlinski in Klang*² IV/2, 449 ff; in jüngerer Zeit *Aicher in Rummel*³ § 1063 Rz 24–116; *Binder/Spitzer in Schwimann/Kodek*⁴ § 1063 17–92; *Verschraegen in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} (2015) § 1063 Rz 9–44; *Apathy in Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014) § 1063 Rz 4–16.

bindlichkeit durch Pfand. Auch das Pfandrecht sichert eine offene Forderung und endet mit vollständiger Zahlung. Auch hier steht dem Sicherungsgeber erst mit vollständiger Zahlung (wieder) vollwertiges Eigentum am Sicherungsgut zu. Dies gilt für alle Pfandbestellungen, unabhängig vom Zweck der gesicherten Forderung und unabhängig davon, ob es sich bei der besicherten Verbindlichkeit um eine eigene oder um die eines Dritten handelt.⁴⁷ Es erscheint auf dieser sachenrechtlichen Ebene also vielmehr Gleichbehandlung angezeigt; für eine krasse Differenzierung im Hinblick auf Publizitätsanforderungen findet sich wiederum keine Stütze.⁴⁸

Eine denkbare Differenzierung ist hier noch zu ergänzen: In seiner umfassenden Untersuchung zum deutschen, aber etwa auch zum US-amerikanischen Mobiliarsicherungsrecht hat jüngst *Brinkmann* mit Nachdruck die Auffassung vertreten, dass der (einfache) Eigentumsvorbehalt nicht als einheitliches Institut begriffen werden könne. Vielmehr sei zu unterscheiden zwischen jenen Fällen, in denen der Eigentumsvorbehalt zur Sicherung eines (idR längerfristig eingeräumten) Kredits im wirtschaftlichen Sinne bestellt wird, und jenen, in denen eine solche Kreditierung nicht bezweckt ist und das Hinausschieben des Eigentumsübergangs lediglich der Sicherung des kaufrechtlichen Synallagmas diene, welches durch rein technische Verzögerungen wie das Ausstellen einer Rechnung durch den Verkäufer, deren Prüfung und anschließende bargeldlose Begleichung durch den Käufer gleichsam gedehnt werde. Im ersten Fall entfalte der Eigentumsvorbehalt eine – mit dem Pfandrecht vergleichbare – Sicherungsfunktion; im zweiten hingegen nicht.⁴⁹ Dies könnte im hier diskutierten Zusammenhang für einen differenzierenden Ansatz herangezogen werden, der dahin ginge, dass jedenfalls beim erwähnten kurzfristigen, lediglich den gedehnten Zug-um-Zug-Austausch sichernden Eigentumsvorbehalt wegen seiner rein kaufrechtlichen Funktion ein Absehen von Publizitätsanforderungen gerechtfertigt wäre.

Auch einem solchen Ansatz wäre mE nicht zu folgen. Festzuhalten ist zunächst, dass sich *Brinkmann* in seinen Ausführungen nicht auf Publizitätsfragen bezieht. Vielmehr geht es ihm bspw um die Rechtfertigung stillschweigender Vorbehaltsvereinbarungen im Fall kurzfristiger Zahlungsziele ohne Kreditierungsfunktion im Gegensatz zu Fällen mit langfristigen Zahlungszielen, ferner um eine seiner Funktion angemessene Wirkung des Eigentumsvorbehalts in der Insolvenz (Aussonderungsrecht bei bloßer Sicherung des Synallagmas, allenfalls bloße Absonderungswirkung bei Sicherung langfristigen Kredits).⁵⁰ Neben wohl unvermeidlichen Abgrenzungsschwierigkeiten⁵¹ überzeugt aber jedenfalls im hier erörterten Publizitätskontext, der sich notgedrungen vor allem der Perspektive Dritter annehmen muss, die von *Brinkmann* gezogene Schlussfolgerung nicht, dass nämlich dem bloß für einen kurzen Zeitraum zur Wahrung des Synallagmas vereinbarten Eigentumsvorbehalt keinerlei Sicherungsfunktion zukomme, die Kaufsache folglich gar nicht als

47 Dies im Gegensatz zu dem unter II.B. diskutierten Gesichtspunkt des annähernd gleichbleibenden Haftungsfonds, der zwar zB bei der Pfandbestellung für einen Investitionskredit ebenso Geltung beansprucht, bei Drittpfandbestellung hingegen nicht. Dass der Eigentumsvorbehalt gerade eine Kaufpreisforderung sichert, spielt im Hinblick auf die Sicherungsfunktion keine Rolle und kann hier demgemäß keinen Unterschied rechtfertigen.

48 Ähnlich im Ansatz *Ch. Rabl* in FS Bucher 614 FN 13.

49 Siehe *Brinkmann*, *Kreditsicherheiten* 177 ff.

50 Vgl *Brinkmann*, *Kreditsicherheiten* 181 f bzw 184 f sowie 416 ff im Vergleich zum US-Recht.

51 Konkretisierungen in Tagen oder Wochen scheinen schwierig. *Brinkmann* selbst nimmt an einer Stelle eine „echte“ Kreditierung im wirtschaftlichen Sinne (in welchem Fall dem Eigentumsvorbehalt Sicherungsfunktion zukomme) bei Zahlungszielen von „mehr als zwei bis drei Wochen“ an (*Brinkmann*, *Kreditsicherheiten* 182). An anderer Stelle betont er, der Verzicht auf ein Skonto von 2 %, um eine Zahlungsstundung von 20 Tagen zu erlangen, sei als Kreditierung des Kaufpreises zu sehen (und zwar zu einem Zinssatz von rund 36 % pa; vgl *Brinkmann*, *Kreditsicherheiten* 33 f). Wo eine auch praktisch handhabbare Grenze zum Eigentumsvorbehalt mit reiner Zug-um-Zug-Funktion zu ziehen wäre, ist schwer auszumachen.

Sicherungsgut verwendet werde.⁵² Denn für den Dritinteressenten macht es schon einmal keinen grundlegenden Unterschied, ob sich „sein“ Konflikt mit dem Vorbehaltsrecht des Verkäufers zeitnah nach Übergabe oder erst später ergibt.⁵³ Vor allem aber erfüllt auch der für den bloß „kurzfristigen“ Einsatz vereinbarte Eigentumsvorbehalt seinen Zweck wohl unstreitig gerade dann, wenn der Käufer mit seiner Zahlung in Verzug gerät bzw Zahlungen allenfalls endgültig nicht mehr leisten kann. Hier geht es funktional durchaus um die Sicherung einer Forderung, praktisch gesehen oftmals auch über einen längeren Zeitraum. Wann, wenn nicht in solchen Situationen, bedürften Dritte einer Warnung?

Somit verdient also auch der zuletzt diskutierte, in Fortentwicklung von Überlegungen *Brinkmanns* entwickelte (hypothetische) Ansatz, dem Eigentumsvorbehalt komme zumindest bei bloß kurzem Zahlungsziel ohne Kreditierungsfunktion kein Sicherungscharakter zu, sodass hier im Gegensatz zu „wirklichen“ Sicherungsrechten ein gänzlicher Verzicht auf Publizitätsanforderungen gerechtfertigt werden könne, keine Gefolgschaft. Dass es auf solche Gesichtspunkte nicht entscheidend ankommen sollte, legt auch ein kurzer Blick auf das Pfandrecht nahe: Dieses erfüllt auch dann, wenn es für eine unverzinsliche Forderung bestellt ist, ohne Frage eine Sicherungsfunktion⁵⁴ und bedarf nach dem Gesetz der Publizität; gleiches gilt, wenn Fahrnisgegenstände zur Sicherung einer uU ausgesprochen kurzfristigen Überbrückungsfinanzierung verpfändet werden.⁵⁵

D. Wertverfolgung

Schließlich wird ein relevantes Differenzierungskriterium darin erblickt, dass (beim einfachen Eigentumsvorbehalt) das vorbehaltene Eigentum nur den Kaufpreis gerade der als Sicherungsgut fungierenden Sache sichere, wohingegen beim Pfandrecht oder im Fall einer Sicherungsübereignung typischerweise kein solcher Zusammenhang zwischen gesicherter Forderung und Sicherungsmittel bestehe.⁵⁶ *Franz Bydliński* baut diesen Gedanken noch aus. Er sieht den Grund für die sicherungsrechtliche (dh hier: die publizitätsbezogene) Privilegierung des Eigentumsvorbehalts letztlich in dem von *Wilburg* vor allem für konkursrechtliche Zusammenhänge herausgearbeiteten Gedanken der „Wertverfolgung“. Stammt ein Wert im Vermögen des Schuldners klar nachweislich aus dem Vermögen eines bestimmten Gläubigers, so sei es sachgerecht, diesem für seine Forderung an diesem Vermögenswert ein Vorrecht im Verhältnis zu anderen Gläubigern desselben Schuldners zuzuerkennen.⁵⁷ Wenngleich der Wertverfolgungsgedanke im geltenden Recht nur unvollkommen verwirklicht und mit Abgrenzungsschwierigkeiten behaftet sei, so könne doch umso weniger dagegen eingewendet werden, wenn die Parteien rechtsgeschäftlich eine Regelung trafen, die – diesem Gedanken entsprechend – dem Verkäufer als demjenigen, von dem die Sache stammt, an dieser ein dingliches Recht und damit ein Vorrecht für seine Kaufpreisforderung verschaffe. Dies

52 So jedoch *Brinkmann*, *Kreditsicherheiten* 184 (und *passim*).

53 Hiergegen mag man noch einwenden, die erst vor Kurzem erfolgte Anschaffung unter Eigentumsvorbehalt könne dem Dritten aus den Umständen irgendwie erkennbar sein.

54 Auf einen (entgeltlichen) „Kreditvertrag mit einer selbständigen Kalkulation“ abzustellen, wie *Brinkmann*, *Kreditsicherheiten* 180, dies – für seine Zwecke (vgl oben bei FN 50) – zu Differenzierungszwecken tut, scheint demnach jedenfalls im hier diskutierten Kontext, unterschiedliche Publizitätserfordernisse bei Pfandrecht und Eigentumsvorbehalt erklärbar zu machen, nicht sachgerecht.

55 ZB im Wege der klassischen „Pfandleihe“. Auch die Kürze des vereinbarten Zahlungsziels für sich genommen scheint als Differenzierungsgesichtspunkt demnach untauglich.

56 *Apathy* in *Apathy/Iro/Kozioł*, *Bankvertragsrecht* IX 285 (Rz 4/10); *Mayrhofer*, *ÖJZ* 1969, 197; *F. Bydliński* in *Klang*² IV/2, 463 f.

57 *F. Bydliński* in *Klang*² IV/2, 464 f unter Rückgriff auf *Wilburg*, *Gläubigerordnung und Wertverfolgung*, *JBli* 1949, 29.

umso mehr, als wegen der rechtsgeschäftlichen Regelung auch keine Abgrenzungsschwierigkeiten bezüglich der Reichweite des Vorrechts auftreten könnten.⁵⁸

Damit sind zunächst jedenfalls zwei zutreffende Beobachtungen benannt: Die Forderung steht mit dem Sicherungsmittel in einem besonderen Zusammenhang; der ursprünglich dem Verkäufer zustehende Vermögenswert setzt sich in der Kaufpreisforderung und wertmäßig gewissermaßen korrelierend in dem diese sichernden, nun auflösend bedingten Eigentum fort. Es ist auch richtig, dass sich vergleichbare Feststellungen in Bezug auf ein Pfandrecht für eine beliebige Forderung nicht treffen lassen.⁵⁹ Nicht ganz so offensichtlich ist jedoch, warum diese Umstände ausgerechnet publizitätsrelevant sein sollten. Ließe man publizitätslose Pfänder und Sicherungseigentum zu: Man sähe einer im Besitz des Schuldners befindlichen Sache nicht an, ob sie eine Kaufpreisschuld, eine andere Schuld oder gar keine Schuld sichert (außer vielleicht, der Beobachter hat zusätzlich Kenntnis von dem Umstand, dass die Sache erst unlängst angeschafft worden ist, in welchem Fall ein Eigentumsvorbehalt vergleichsweise nahe liegen könnte). Der Wertverfolgungsgedanke impliziert ein Absehen von Publizitätserfordernissen nur insofern, als dann, wenn man seine Wirkung in der Insolvenz aus *Wilburgs* Gerechtigkeitserwägungen annimmt, sich hieraus zwangsläufig eine Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts an sich ergibt⁶⁰, ohne die Publizitätsfrage selbst positiv gestellt zu haben.⁶¹

Man kann natürlich auch einen Schritt weiter gehen und die Legitimation des Wertverfolgungsansatzes für die Lösung der vorliegenden Rechtsfrage schon im Grundsatz infrage stellen. Ohne über *Wilburgs* Lehre im Allgemeinen urteilen zu wollen, seien hierzu folgende Beobachtungen als Diskussionsansätze festgehalten: *Wilburg* sieht als möglichen Einwand gegen seine Theorie deren Konflikt mit dem Grundsatz der *par conditio creditorum* voraus, dessen Ansehen sich darauf gründe, dass er sich gegen den „anarchischen Wettlauf unter den Gläubigern“ des Schuldners wende. Diesem Einwand hält er entgegen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz eine „Verlegenheitsregel“ darstelle, die einem stärkeren Prinzip – konkret dem der Wertverfolgung – eben weichen müsse.⁶² Auch ein solch „stärkeres, innerlich begründetes Prinzip“ muss natürlich das Problem bewältigen, dass das Vermögen des Schuldners nicht für die Ansprüche sämtlicher Gläubiger zureicht, und Kriterien bereitstellen, die über Schutz oder Verlust entscheiden. *Wilburgs* Kriterium besteht darin, dass ein Wert des Gläubigers in das Vermögen des Schuldners gelangt und dort

58 F. Bydlinki in *Klang*² IV/2, 464.

59 Mit Abschwächungen allerdings sehr wohl bei Pfandbestellung zwecks Anschaffungsfinanzierung: Die vom Finanzierer gewährten Kreditmittel setzen sich gewissermaßen im finanzierten Gegenstand fort. Die Ausprägung des Wertverfolgungsgedankens ist hier lediglich insoweit geringer, als der Finanzierer zuvor nicht auch noch Eigentümer der anzuschaffenden Sache gewesen sein muss.

60 Der für eine Ableitung der Publizitätslosigkeit aus dem Wertverfolgungsgedanken erforderliche Argumentationsgang ist damit folgender: Wäre der Eigentumsvorbehalt von vornherein unwirksam, könnte er in der Insolvenz keine Wirkung entfalten. Umgekehrt muss er also generell (dh auch im Hinblick auf allfällige Publizitätsgesichtspunkte) wirksam sein, wenn quasi als Ausgangspunkt – aufgrund des Wertverfolgungsgedankens – sogar seine Insolvenzfestigkeit feststeht. Über die Publizitätsfrage an sich muss man hierfür nicht diskutiert haben.

61 Bezeichnenderweise ist *Wilburg*, der den möglichen Einwand der Publizitätslosigkeit gegen seine Wertvorrechtslehre voraussah, diesem Einwand mit einem Argument begegnet, das die Berechtigung des Publizitätsprinzips *per se* von Grund auf in Frage stellt: Ein Personalkreditgeber dürfe sich „auch nach geltendem Recht nicht auf das verlassen, was man äußerlich als Vermögen des Schuldners sieht. Der Kreditgeber kann nicht wissen, ob die Sachen, die der Schuldner besitzt, wirklich ihm gehören, und ebenso weiß er nicht, wieviele andere Gläubiger möglicherweise mit ihm konkurrieren.“ Siehe *Wilburg*, JBl 1949, 30.

62 Siehe abermals *Wilburg*, JBl 1949, 30.

(egal in welcher Gestalt) noch identifizierbar vorhanden ist.⁶³ Negativ und überspitzt formuliert: Ein Gläubiger unterliegt, anstatt vor einem „anarchischen Wettlauf“ geschützt zu sein, deshalb, weil der gemeinsame Schuldner den von ihm erhaltenen Vermögenswert zufällig entweder schon früher ausgegeben hat (*prior tempore, peior iure*) oder es nicht gelingen will, den zwar noch vorhandenen Wert als solchen des Gläubigers eindeutig zu identifizieren (normative Kraft des Möglichen). Der maßgebende Gerechtigkeitsgedanke verlagert sich weg von jenem, dem falschen Schuldner ungesichert kreditiert zu haben, und geht letztlich dahin, dass entscheidend sein soll, was dieser mit dem empfangenen Wert macht; allenfalls, ob dritte Gläubiger schon in der Lage waren, den empfangenen Wert zur Deckung ihrer eigenen Ansprüche aus dem Schuldnervermögen abzuziehen.⁶⁴

Mit dieser – zugegebenermaßen ihrerseits einseitig-kritisch formulierten – Perspektive kommt dem Wertverfolgungsgedanken eigentlich wenig Überzeugungskraft für die Entscheidung um Einräumung eines dinglich wirkenden Schutzes zu. Wie für andere dingliche Sicherungsrechte auch bleibt es dann aber wohl dabei, auf die Vereinbarung einer dinglichen Sicherung durch die Parteien und die Einhaltung vom Gesetz für solche Rechte allgemein vorgegebene Voraussetzungen abzustellen. Damit liegt nahe, dem Wertverfolgungsgedanken für die Frage, ob dem Eigentumsvorbehalt im Gegensatz zu anderen Realsicherheiten die Publizitätspflicht erspart werden soll, kein entscheidendes Gewicht beizumessen.

E. Geringe Täuschungsgefahr, leichte Feststellbarkeit

Es verbleiben im Wesentlichen Argumente, die eine Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts in seiner gewohnten – also publizitätslosen – Form quasi selbst voraussetzen. Hierher gehört insb der Ansatz, dass die Gefahr der Täuschung Dritter geringer sei als bei einer publizitätslosen Verpfändung oder Sicherungsübereignung, weil im Verkehr damit gerechnet werden muss, dass Sachen unter Eigentumsvorbehalt verkauft werden und der Kaufpreis nicht immer sofort entrichtet wird.⁶⁵ Dies lässt sich auf faktischer Ebene, jedenfalls was die tatsächliche Verbreitung von Vorbehaltsvereinbarungen betrifft, schwer bestreiten.⁶⁶ In rein argumentativer Hinsicht leidet der Gedanke aber natürlich daran, dass das normativ ausgerichtete Ergebnis auf seiner eigenen Vorwegnahme aufbaut.

63 Wilburg, JBl 1949, 29. Als mögliche Gestalten des ins Schuldnervermögen gelangten Werts nennt er dabei beispielhaft den unmittelbar erlangten Gegenstand, den Erlös aus der Weiterveräußerung desselben sowie eine Ersparnis, die sich aus dem Verbrauch des Erlangten im Vermögen des Schuldners ergibt.

64 Im letzten Fall begegnet wieder der „archaische Wettlauf“ der Gläubiger als normatives Prinzip, allerdings in anderem Zusammenhang: Der Gläubiger, „dessen“ Wert aus dem Schuldnervermögen durch rasch handelnde Drittgläubiger bereits abgezogen wurde, hat keine Aussicht auf bevorzugte Befriedigung. Andere, denen diese Möglichkeit noch offensteht, höhlen damit die Restmasse zum Nachteil der Übrigen aus.

65 Statt vieler etwa Apathy in Apathy/Iro/Kozioł, Bankvertragsrecht IX 285 (Rz 4/10); F. Bydliński in Klang² IV/2, 462.

66 Rezente empirische Daten zur Verbreitung von Eigentumsvorbehalten in Österreich liegen mir nicht vor. Nach einer von der KfW-Bankengruppe für Deutschland durchgeführten Umfrage bewerten durchschnittlich 36,1 % der befragten Unternehmen Lieferantenkredite als „wichtig“ für ihre Betriebsmittel- und Auftragsfinanzierung; vgl KfW, Unternehmensbefragung 2014, 4 bzw 36 ff, abrufbar unter: <https://www.kfw.de/PDF/Download-Center/Konzernthemen/Research/PDF-Dokumente-Unternehmensbefragung/Unternehmensbefragung-2014-LF.pdf> (abgefragt am 1. 9. 2015). Davon, dass Vorbehaltsklauseln in Lieferanten-AGB standardmäßig Verwendung finden, wird in den Rechtswissenschaften allgemein ausgegangen. Ob freilich aufseiten von Drittinteressenten bei konkreten Kauf- oder Kreditierungsentscheidungen mit dem Bestehen eines Eigentumsvorbehalts tatsächlich gerechnet wird, ist eine andere, empirisch noch deutlich schwieriger zu klärende Frage.

Mayrhofer, dem der hier diskutierte Begründungsansatz häufig zugeschrieben wird, begründet die vergleichsweise leichte Feststellbarkeit des Eigentumsvorbehalts denn auch mit etwas abweichendem Gehalt: Beim Eigentumsvorbehalt seien die Geschäftspartner des Käufers (Schuldners) „durch Überprüfung der Rechnungen und Zahlungsbelege über den Ankauf der Sachen faktisch in der Lage, das Bestehen von Vorbehaltseigentum und dessen Erlöschen [...] festzustellen. Bei der Sicherungsübereignung (und auch bei der Verpfändung) haben die Gläubiger keine derartige Möglichkeit der Prüfung“⁶⁷. Daran ist sicher richtig, dass anhand derartiger Unterlagen Existenz und Untergang eines Eigentumsvorbehalts überprüft werden können. Aber die Differenzierung scheint nicht allzu plausibel: Auch eine Pfandbestellungsurkunde schafft in Verbindung mit Rückzahlungsbelegen Klarheit über das Bestehen der Sicherheit.⁶⁸ Die verfügbaren Informationsquellen dürften also für sich genommen typischerweise in etwa gleichwertig sein; insoweit ergibt sich also noch kein relevanter Unterschied.

Allein die Existenz vergleichsweise valider Informationsquellen garantiert aber auch nicht, dass diese von Gläubigern faktisch (leicht bzw. überhaupt) genutzt werden können, wie dies für den von *Mayrhofer* vorgebrachten Begründungsansatz hinsichtlich des Eigentumsvorbehalts konstitutiv wäre. Jegliche Unterlagen bekommt der Drittbeteiligte nur zu Gesicht, wenn der Schuldner Einsicht gewährt. Warum er diesbezüglich beim Eigentumsvorbehalt signifikant großzügiger agieren sollte als bei Pfandbestellungen, ist nicht recht ersichtlich. *Riedler* weist völlig zutreffend darauf hin, dass gerade in Fällen des gestuften Warenabsatzes ein (Weiter-)Verkäufer regelmäßig wenig Antrieb verspüren wird, seine Einkaufsquellen und Einkaufsrechnungen offenzulegen, um damit seine Gewinnspanne bekanntzugeben⁶⁹ und dem Abnehmer vielleicht auch gleich den Weg zu weisen, wie er sich diese durch künftigen Direktbezug allenfalls sparen könnte. Insoweit – also gegenüber solchen Personen, die an den betreffenden Gegenständen Eigentum erwerben möchten – ist somit gerade keine eklatant höhere Auskunftsbereitschaft von Vorbehaltskäufern im Vergleich zu Pfandbestellern zu erwarten.⁷⁰ Gleiches wird im Ergebnis, wenngleich aus anderen Gründen, im Hinblick auf die zweite hier praktisch bedeutsame Kategorie von Gläubigern gelten, nämlich in Bezug auf (potenzielle) ungesicherte Gläubiger. Solchen Geschäftspartnern werden dingliche Belastungen am Mobilienvermögen ja generell kaum offengelegt. Ob die Belastung im Einzelfall in einem Eigentumsvorbehalt oder (soweit rechtlich möglich)⁷¹ einem Pfandrecht besteht, wird diesbezüglich keine signifikante Rolle spielen.

67 *Mayrhofer*, ÖJZ 1969, 202; zustimmend *F. Bydlinski* in *Klang*² IV/2, 461 f.

68 Dem denkbaren Gegenargument, dass der Schuldner (hier der Vorbehaltskäufer) zwar idR Rechnungen über den Eigentumserwerb einer Sache haben werde, wohingegen eine Pfandbestellungsurkunde beim Schuldner gar nicht vorhanden sein müsse (auch für diesen Diskussionspunkt danke ich Univ.-Prof. Dr. *Christian Holzner*, Universität Linz), kommt mE nur wenig Gewicht zu: Mobilienpfänder werden (für Österreich: würden) heute ganz überwiegend für eigene Verbindlichkeiten bestellt, sodass Personalschuldner und Sicherungsgeber ident sind. Über eine Bestellungsurkunde wird der Sicherungsgeber im eigenen Interesse idR ebenso verfügen wie über Nachweise erfolgter Tilgungen. Was beim Eigentumsvorbehalt das Interesse am Nachweis seines Erlösches durch Vollzahlung ist, ist hier das Interesse am Erlöschen bzw. an der Reduktion der Pfandhaftung.

69 *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1389.

70 Für bestimmte praktisch relevante Fälle liegt sogar eher das Gegenteil nahe: Ein Produzent, der am Lager seiner produzierten Waren ein Pfandrecht für einen Bankkredit begründet, hat vergleichsweise wenig Veranlassung, über die Person des Gläubigers und das Ausmaß der gesicherten Verbindlichkeiten Stillschweigen zu bewahren. Er würde damit zwar das Bestehen einer Fremdfinanzierung offenlegen, gäbe jedoch keine für den Fortbestand seines Unternehmens allenfalls essenziellen Betriebsgeheimnisse preis.

71 Also zB an einem Warenlager, das auch nach österreichischem Recht grundsätzlich durch „Zeichen“ iSd § 452 ABGB verpfändet werden kann, oder unter hypothetischer Geltung eines Registerpfandrechts.

Insgesamt lässt sich somit auch aus den in diesem Abschnitt diskutierten Begründungsversuchen keine tragfähige dogmatische Rechtfertigung dafür gewinnen, beim Eigentumsvorbehalt im Gegensatz zu den anderen dinglichen Sicherungsrechten von Publizitätspflichten vollkommen abzusehen.

F. Konsequenzen für die *lex lata*?

Die bisherige Erörterung zeigt, dass sich die österreichische Zivilrechtsdogmatik mit dem Postulat des vollständigen Entfalls von Publizitätsanforderungen beim (einfachen) Eigentumsvorbehalt nach wie vor nicht wirklich im Reinen befindet. Die von der hA vorgebrachten Begründungsansätze überzeugen weder im Einzelnen noch in ihrer Summe. Als tragende – wenngleich juristisch nicht befriedigende – Rechtfertigung bleibt im Wesentlichen das vermutlich generell konsentiertere wirtschaftliche Interesse an einer praktisch funktionsfähigen und insb kostengünstigen dinglichen Sicherheit für Anschaffungsfinanzierungen (jedenfalls auch) durch den Verkäufer selbst. An dieser für das geltende österreichische Recht festgestellten Unvereinbarkeit von praktischem Bedarf, dem man nachgibt, und dogmatischer Kohärenz, deren Fehlen man in Kauf nimmt oder zu kaschieren sucht, wird in Abschnitt III. dieses Beitrags anzuknüpfen sein. Solange man an Publizitätsmitteln ausschließlich die Besitzeinräumung an den Gläubiger oder allenfalls die Anbringung von Zeichen vor Augen hat, weil das geltende Pfandrecht nur diese Formen zulässt, kommt man mit einer Aussöhnung von wirtschaftlichem Bedürfnis und dogmatischem Kohärenzstreben nicht weiter. Man müsste jedenfalls am legistischen Rädchen drehen und bei der Pfandrechtopulizität selbst Modifikationen vornehmen, um beiden Zielen zumindest näherungsweise zu entsprechen.

Bevor allerdings die Frage nach dem bestmöglichen Ausgleich dieser beiden widerstreitenden Ziele weiter verfolgt wird, drängt sich die Frage auf, ob nicht der oben erzielte Befund *de lege lata* ein der hA diametral entgegengesetztes Ergebnis nachgerade erzwingt. Lassen sich keine bzw nur unzureichend überzeugende Gründe für eine Ungleichbehandlung finden, läge es ja nahe, in gleicher Weise zu verfahren wie beim Sicherungseigentum⁷² und die pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften analog auch auf den einfachen Eigentumsvorbehalt anzuwenden. Im Ergebnis wäre, da eine konstitutive Voraussetzung für die Begründung des Sicherungsrechts fehlen würde, der Vorbehalt des Eigentums sachenrechtlich unwirksam, sofern bzw sobald die Sache dem Käufer (Schuldner) übergeben wird. Der Käufer erhielte mit Lieferung unbelastetes Eigentum. Ob analog §§ 452 iVm 427 ABGB Raum für einen ausnahmsweise wirksamen „Vorbehalt durch Zeichen“ verbliebe, scheint fraglich; zumindest wäre er wohl sehr eng.⁷³

72 Vgl oben bei und mit FN 4.

73 Vorstellbar erschiene ein solcher Rückgriff auf „Zeichen“ *prima facie* – siehe aber am Ende dieser FN – etwa bei Lieferung der unter Eigentumsvorbehalt verkauften Sache unmittelbar in ein Waren- oder Rohstofflager, dessen sämtliche Bestandteile im Vorbehaltseigentum ein und desselben Lieferanten stehen. Denn in Bezug auf ein Warenlager ist nach der heute maßgeblichen Judikatur auch eine Pfandrechtsbegründung oder Sicherungsübereignung durch Zeichen möglich; vgl OGH 3 Ob 45/94 SZ 67/78; OGH 3 Ob 2442/96f ÖBA 1998, 216 (*Spielbüchler*). Weniger plausibel erschiene demgegenüber die Begründung von Vorbehaltseigentum durch Zeichen im zweiten heute relevanten Anwendungsbereich der §§ 452, 427 ABGB, der Begründung dinglicher Sicherungsrechte an besonders großen, schweren bzw sperrigen Maschinen (vgl aus jüngerer Zeit etwa OGH 5 Ob 233/13w ÖBA 2014, 615 [*P. Bydlinski*]; OGH 5 Ob 168/08d JBl 2009, 437). Denn die körperliche Übergabe, die als Anwendungsvoraussetzung der §§ 452, 427 ABGB unmöglich oder untunlich sein müsste, wird bei Lieferung der Vorbehaltsware ja gerade vollzogen und diese könnte sehr einfach von vornherein unterbleiben. Dieser zuletzt angesprochene Gedanke greift für den Eigentumsvorbehalt im Grunde bei jedem der gängigen Anwendungsfälle der §§ 452, 427 ABGB: Aus welchen in der körperlichen Beschaffenheit der Kaufsache gelegenen Gründen auch immer eine Rückstellung derselben an den Verkäufer untunlich sein mag, jeglicher Aufwand lässt sich vermeiden, wenn die Sache gar nicht geliefert wird, sondern gleich beim Verkäufer verbleibt.

Nach hier vertretener Auffassung ist dieser Weg einer analogen Anwendung der pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften allerdings nicht gangbar. Denn Voraussetzung für den Analogieschluss wäre das Vorliegen einer planwidrigen Lücke im Gesetz.⁷⁴ An der Planwidrigkeit fehlt es aber: Zwar hat der österreichische Gesetzgeber den Verzicht auf Publizitätsanforderungen niemals *expressis verbis* festgeschrieben. Er hat jedoch nach Inkrafttreten des ABGB den Eigentumsvorbehalt in seiner praktisch geübten und von Rsp und hL seit Jahrzehnten anerkannten (publizitätslosen) Form bei verschiedenen Gelegenheiten als wirksam vorausgesetzt. Deutlich wird dies bspw in den Gesetzesmaterialien zu dem mit der 3. Teilnovelle eingeführten § 297a ABGB. Der Herrenhausbericht hält fest: „[...] [F]ür das Recht unseres a.b.B.G. [sic!] ist an der Gültigkeit des Eigentumsvorbehaltes (arg. § 1063 a.b.G.B.) nicht zu zweifeln und die Frage die, ob der Eigentumsvorbehalt die *Pertinenz* der Maschine unmöglich macht.“⁷⁵ Auch in der „schwankenden Judikatur“ zur Zubehöreigenschaft von Maschinen, auf die der Gesetzgeber zur Begründung seines Einschreitens verweist, fungiert die grundsätzliche Wirksamkeit des publizitätslosen Eigentumsvorbehalts als nicht in Zweifel gezogener Ausgangspunkt.⁷⁶ Ebenso verhält es sich bei Erlassung des Ratengesetzes 1961: § 10 Abs 1 Z 9 RatenG bestimmt, dass bei Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts zur Sicherung der aushaftenden Teilzahlungsforderungen dieser Umstand im Ratenbrief festgehalten werden muss. Anwendbar ist diese Vorschrift auf „Abzahlungsgeschäfte“ iSd § 1 RatenG, was definitionsgemäß voraussetzt, dass der Verkäufer sich zur Übergabe der Sache vor vollständiger Zahlung des Kaufpreises verpflichtet (§ 1 Abs 2 RatenG). Faktisch kann der Gesetzgeber dabei nur die publizitätslose Begründung des Eigentumsvorbehalts vor Augen gehabt haben.⁷⁷ Der Gesetzgeber des KSchG schreibt dieses Konzept fort: Ein vereinbarter Eigentumsvorbehalt muss im Ratenbrief festgehalten werden (§ 24 Abs 1 Z 9 KSchG), der Anwendungsbereich der Regelung ist auf Kaufverträge mit Sachübergabe vor vollständiger Kaufpreiszahlung beschränkt (§ 16 Abs 1 und 2 KSchG).⁷⁸ Damit hat der Gesetzgeber die publizitätslose

74 Vgl bloß *F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 472 ff (insb 475); *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ (1991) 370 ff (insb 373 f zur Abgrenzung zwischen relevanter Gesetzeslücke und rechtspolitischem Fehler des Gesetzes).

75 Bericht der Kommission für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlage, betr die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, Nr 78 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XXI. Session 1912 (im Folgenden kurz: Herrenhausbericht) 38 (Hervorhebung im Original).

76 Die im Herrenhausbericht 37 angeführte Entscheidung OGH Rv I 935/9, GIUNF 4806 führt etwa aus, der Eigentumsvorbehalt sei durch Begründung der Zubehöreigenschaft (konkret infolge Montage durch den Lieferanten selbst) „*wirkungslos geworden*. Dieser Eigentumsvorbehalt konnte *nur insolange eine Wirkung äußern*, als die feste Verbindung der Anlage mit dem Gebäude noch nicht bewerkstelligt war [...]“. (Hervorhebungen hinzugefügt). Ähnlich in der Sache das im Herrenhausbericht 37 ebenfalls zitierte Judikat OGH Nr 18.931, GIUNF 2578: „Der Vorbehalt des Eigentums [...] *verliert* jedenfalls jede rechtliche Wirkung, wenn“ die verkaufte bewegliche Sache Zubehör der Betriebsliegenschaft wird (Hervorhebung wiederum hinzugefügt). Wenn die – publizitätslos erzielte – Wirkung des Eigentumsvorbehalts durch Begründung der *Pertinenz* „*verloren geht*“, muss sie zunächst bestanden haben.

77 Die Materialien zum RatenG BGBl 1961/279 gehen auf die Frage etwaiger Publizitätsvoraussetzungen (bzw ein Absehen hiervon) nicht ein, betonen aber mehrfach die für das Vorliegen eines Abzahlungsgeschäfts quasi begriffsnötigste Übergabe der Kaufsache vor vollständiger Zahlung (ErläutRV 421 BlgNR 9. GP 8 und JAB 491 BlgNR 9. GP 2, jeweils zu § 1 RatenG). Im Schrifttum wird hierzu ausgeführt, dass der Käufer tatsächlich in den Genuss der gekauften Sache kommen müsse und eine „Übergabe“ durch Besitzkonstitut für den Tatbestand des Abzahlungsgeschäfts nicht in Betracht komme; vgl *Edlbacher*, Kommentar zum Ratengesetz (1962) 27 (Anm 6 zu § 1 betr den Tatbestand des Abzahlungsgeschäfts) bzw 44 f (Anm 1 zu § 3 betr den Zeitpunkt der Anzahlung). – Das ursprüngliche RatenG RGBl 1896/70 hatte noch keine Regelungen zum Eigentumsvorbehalt enthalten.

78 Die Gesetzesmaterialien zum KSchG verweisen hierzu lediglich auf die Vorgängerbestimmungen im RatenG 1961; vgl ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 38 bzw 40 (zu § 16 Abs 2 bzw § 24 Abs 1 KSchG).

Zulässigkeit des einfachen Eigentumsvorbehalts nachträglich zwar nur implizit, mE aber doch hinreichend deutlich legitimiert.⁷⁹

Eine mögliche „Reservebegründung“ für die publizitätslose Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts *de lege lata* sei hier nur kurz angeschnitten: Es lägen wohl alle Voraussetzungen für eine Anerkennung durch Gewohnheitsrecht vor.⁸⁰ Die Begründung von Vorbehaltseigentum durch Vereinbarung und Sachübergabe entspricht in Österreich einer allgemeinen, über 100 Jahre währenden tatsächlichen Übung durch die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft. Zudem wird man vom Bestehen einer allgemeinen Überzeugung der Rechtsgemeinschaft ausgehen dürfen, die Maxime, die dieser tatsächlichen Übung zugrunde liegt, sei rechtlich verbindlich (*opinio iuris*). Insb wird diese allgemeine Rechtsüberzeugung von den österreichischen Gerichten geteilt.⁸¹ Dass sich Vertreter der Rechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten kritisch geäußert haben⁸², dürfte der Annahme einer hinreichend verbreiteten Rechtsüberzeugung im Ergebnis nicht entgegenstehen. Die Kritik kam vielleicht auch bereits zu spät, dh zu einem Zeitpunkt, zu dem man die Bildung des Gewohnheitsrechtssatzes bereits als abgeschlossen ansehen konnte.

Ein dritter denkbarer Begründungsweg scheidet hingegen aus: Von einem unionsrechtlichen Gebot der publizitätslosen (Dritt-)Wirksamkeit des einfachen Eigentumsvorbehalts wird man trotz Erwähnung des Eigentumsvorbehalts in der Zahlungsverzugs-RL und der EuInsVO nicht ausgehen können.⁸³

Als Ergebnis kann festgehalten werden: Die *lex lata* ist, wenngleich sie erhebliche Wertungsbrüche aufweist, auch nach hier vertretener Auffassung eindeutig. Die Diskussion verlagert sich damit in die *lex ferenda*.

79 Vgl im Ergebnis bereits *Mayrhofer*, ÖJZ 1969, 202; *F. Bydlinski* in *Klang*² IV/2, 452.

80 Vorsichtig in diese Richtung etwa *Ch. Rabl* in FS Bucher 614 f.

81 Dass die für das Entstehen von Gewohnheitsrecht erforderliche Rechtsüberzeugung „unter den heutigen Verhältnissen, dh bei Bestand besonderer Rechtsanwendungsorgane, praktisch mit zureichender Nachhaltigkeit im allgemeinen nur dadurch entstehen [können], dass diese Organe die zunächst im ‚organfernen‘ zwischenmenschlichen Verkehr entstandene Rechtsüberzeugung teilen und daher die betreffende Regel selbst anwenden“, betont *F. Bydlinski*, *Methodenlehre*² 215; dort auch zu den Entstehungsvoraussetzungen für Gewohnheitsrecht im Allgemeinen. – Eine von Univ.-Prof. Dr. *Peter Bydlinski*, Universität Graz, angeregte methodische Grundsatzfrage, nämlich ob und wie sich Gewohnheitsrecht gegen zwingendes Recht (Publizitätserfordernis für Sicherungsrechte) durchsetzen kann, sei hier angesichts des „Reservecharakters“ der gewohnheitsrechtlichen Rechtfertigung nur angedeutet. Relevanz erlangt die Frage nur unter der Prämisse, dass das zwingende Publizitätsgebot auch für den Eigentumsvorbehalt Geltung beansprucht, was wiederum die Zulässigkeit eines Analogieschlusses zu den pfandrechtlichen §§ 451 f ABGB voraussetzt. Für das geltende Recht wurde ein solcher oben abgelehnt. Für den konkreten Anwendungsfall der bezeichneten Grundsatzfrage wäre zudem zu beachten, dass die gesetzgeberische Willensbildung im Zuge der Einführung von § 297a ABGB (die den Analogieschluss verwehrt) mit dem Beginn einer allgemeinen Rechtsüberzeugung der Wirksamkeit des publizitätslosen Eigentumsvorbehalts (welche für das Entstehen von Gewohnheitsrecht konstitutiv ist) zeitlich in etwa zusammenfallen dürfte. Zum Konflikt kommt es dann nicht oder nur vorübergehend, was zumindest einer leicht zeitversetzten Herausbildung von Gewohnheitsrecht nicht entgegenstehen wird, wobei sich die allgemeine Rechtsüberzeugung dann auch in der Anschauung des Gesetzgebers widerspiegelt. Dass damit die erwähnte Grundsatzfrage nicht beantwortet, sondern ihr – wenn auch legitimerweise – letztlich ausgewichen wird, ist dem Verfasser bewusst.

82 Vgl die Nw in FN 22.

83 Zu Art 4 Zahlungsverzugs-RL 2000/35/EG (nunmehr Art 9 Zahlungsverzugs-RL 2011/7/EU) vgl EuGH 26. 10. 2006, Rs C-302/05, *Kommission/Italien*, Slg 2006, I-10597, insb Rn 27 und 30: Die Bedingungen für die Gültigkeit der Eigentumsvorbehaltsklausel sowie die Voraussetzungen für die Drittwirksamkeit des Eigentumsvorbehalts richten sich nach dem anwendbaren nationalen Recht, auf das Art 4 Abs 1 der RL verweist. In diesem Sinne etwa auch *Wohlgemuth*, *Vergemeinschaftung des Mobiliarsicherheitsrechts* (2005) 69 ff; *Kieninger*, *Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts*, AcP 208 (2008) 182 (184 f). Zu Art 7 EuInsVO (EG) 1346/2000 zB *Lüer* in *Uhlenbruck/Hirte/Vallender* (Hrsg), *Insolvenzordnung – Kommentar*¹⁴ (2015) Art 7 EuInsVO Rn 5 mwN.

G. Rechtspolitische Argumente gegen unterschiedliche Publizitätsanforderungen bei Pfandrecht und Eigentumsvorbehalt

Hierfür sind zwecks einigermaßen vollständiger Wiedergabe der österreichischen Diskussion kurz einige Aspekte aus dem jüngeren Schrifttum nachzutragen, die in der obigen, der Relativierung unbefriedigender dogmatischer Erklärungsansätze gewidmeten Erörterung nicht berührt worden sind: Der publizitätslos mögliche Eigentumsvorbehalt hat in der neueren Literatur unter ökonomischen Gesichtspunkten auch rechtspolitische Kritik erfahren. Namentlich *Harrer* ortet als Konsequenz des geltenden Rechts eine Spaltung des Marktes und eine Diskriminierung der Geldkreditgeber, denen bei Anschaffungsfinanzierungen nicht „das Privileg, mit einem publizitätslosen Sicherungsinstrument, nämlich dem Eigentumsvorbehalt, zu arbeiten“, zukomme. Er regt die Schaffung eines Mobiliarsicherheitenregisters an, in welches auch der Eigentumsvorbehalt einzubeziehen wäre. *Aichinger*, der zuletzt den Eigentumsvorbehalt in Österreich mit rechtsvergleichender Perspektive umfassend untersucht hat, folgt in der Kritik und im eingeschlagenen Lösungsweg.⁸⁴

III. Neujustierung durch Mobiliarsicherheitenregister?

A. Vorbemerkungen

Der zweite Hauptteil dieses Beitrags widmet sich der *lex ferenda*. Diese Perspektive ist komplex, vor allem weil sich allfällige Reformbestrebungen tunlichst nicht auf den Eigentumsvorbehalt beschränken, sondern das Mobiliarsicherheitsrecht in seiner Gesamtheit in den Blick nehmen sollten; ferner allein schon deswegen, weil die möglichen Regelungsalternativen in Grundkonzepten wie in Einzelfragen äußerst vielfältig sind. Es wird im Rahmen dieses Abschnitts also verstärkt notwendig sein, sich auf ausgewählte Schwerpunkte und auch dort eher auf Grundlagen zu beschränken. Auch müssen teils längere, deskriptiv gehaltene Einführungen in rechtstechnische Grundkonzepte in Kauf genommen werden. Dieser Zugang erscheint in Summe allerdings legitim; nicht zuletzt, da es eine nähere Diskussion für Österreich erst anzustoßen gilt.

Die im bisherigen Text zentrale Fragestellung wird auch im Hinblick auf mögliche künftige Rechtsentwicklungen weiter verfolgt: Kann es gelingen, wirtschaftlichen Bedürfnissen und Praktikabilitätswängen einerseits und einem Bedürfnis nach dogmatischer Widerspruchsfreiheit andererseits – hier bezogen auf Publizitätsfragen – gleichermaßen gerecht zu werden? Wenn oder soweit völlige Gleichbehandlung in Publizitätsanforderungen nicht erreicht wird: Sind Abweichungen rechtfertigbar?

Nicht weiter nachgegangen wird im Folgenden dem im österreichischen Schrifttum bisweilen anklingenden Vorschlag, vorbehaltenes Eigentum in Anlehnung an § 452 ABGB durch Anbringung von „Zeichen“ (etwa standardisierten Hinweistafeln) am Vorbehaltsgut publik zu machen.⁸⁵ Als allgemeine Lösung für alle Arten von Gütern und verschiedene, oft rasch durchlaufene Stationen in Absatzketten erscheint dies kaum praktikabel. Auch im internationalen Vergleich erschiene ein solcher Ansatz eher singulär.

Näher interessieren vielmehr Registerlösungen; also ein Publizitätsmittel, das dem österreichischen Mobiliarsicherheitsrecht derzeit fremd ist. In anderen europäischen Staaten sind Register-

⁸⁴ *Harrer*, Sicherungsrechte 123 f.; ähnlich *Harrer*, Modus der Besicherung, in *Kühnel* (Hrsg), Basel II (2005) 113 (127 ff); ihm folgend *Aichinger*, ZfRV 2010, 275, 282 ff; *ders*, Eigentumsvorbehalt 208 f, 226 ff.

⁸⁵ Erwogen bei *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1390 f.

systeme im Mobiliarsicherungsrecht teilweise schon länger in Gebrauch. Elektronische Versionen sind in jüngerer Zeit im Vordringen begriffen; England, die Niederlande, Frankreich und zuletzt Belgien können als Beispiele dienen. Die Unterschiede sind allerdings erheblich. Das niederländische Modell und ein neues französisches Register für fiduziarische Rechte (darunter Sicherungsrechte) dienen nicht einmal Publizitätszwecken. In sämtlichen erwähnten Rechtsordnungen ist der Eigentumsvorbehalt vom Registerzwang ausgenommen.⁸⁶ Allfällige Vorbilder muss man daher anderswo suchen.

Integriert wird der Eigentumsvorbehalt (bzw äquivalente Sicherungsinstrumente) hingegen in Regelungssystemen, die in bzw in Anschluss an Article 9 des US-amerikanischen Uniform Commercial Code (UCC) entwickelt wurden und meist als *notice-filing*-Systeme (nach der Art der an das Register übermittelten Information) oder als Personal Property Security Act-Systeme bzw abgekürzt PPSA-Systeme (nach den in Kanada, Neuseeland und Australien typisch gewordenen Gesetzstiteln) bezeichnet werden. Diese Modelle finden international derzeit zunehmend Verbreitung und dienen auch jüngsten Modellregelwerken zum Vorbild, die sich staatlichen Gesetzgebern quasi als Vorlage anbieten. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang insb Buch IX des Draft Common Frame of Reference (DCFR)⁸⁷ sowie das auf Grundlage eines von UNCITRAL verabschiedeten „Legislative Guide“⁸⁸ derzeit in Ausarbeitung befindliche (Draft) UNCITRAL Model Law on Secured Transactions.⁸⁹ Aus diesen Regelungssystemen wird im Folgenden in erster Linie auf jenes des DCFR Bezug genommen. Dies zum einen deshalb, weil sich Buch IX DCFR als „europäisches“ Modellregelwerk versteht, man bei der Ausarbeitung also die europäischen Rechtsordnungen, deren Eigenheiten und Probleme im Blick hatte und dabei trotz vielfältiger Unterschiede zu geltenden europäischen Rechtssystemen auf sachenrechtliche Grundkonzepte zurückgegriffen hat, die das Verständnis gerade für kontinentaleuropäische JuristInnen deutlich erleichtern. Gegenüber dem UNCITRAL Model Law, das aufgrund seines Modellgesetzcharakters für eine Untersuchung wie die vorliegende grundsätzlich ebenfalls attraktiv wäre, fällt ins Gewicht, dass die Arbeiten am DCFR bereits in Endfassung und mit einem Anmerkungsapparat versehen publiziert und zudem erste literarische Stellungnahmen verfügbar sind.

86 Umfassende Einführung in die Registersysteme der genannten Rechtsordnungen bei *W. Faber*, Mobiliarsicherungsrecht IV. Nach dem neuen – 2013 verlautbarten, jedoch noch nicht in Kraft getretenen – belgischen Modell kann die Registrierung eines Eigentumsvorbehalts immerhin auf freiwilliger Basis vorgenommen werden. Begründet wird die nach wie vor publizitätslos mögliche Bestellung des Eigentumsvorbehalts im Wesentlichen damit, dass dies derzeit der Rechtslage in den Nachbarrechtsordnungen entspreche und eine isolierte Einführung einer Registerpflicht in Belgien daher momentan schwer vorstellbar sei. Siehe Exposé des motifs/Memorie van toelichting in: Chambre des représentants de Belgique/Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers, *Projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière / Wetsontwerp tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek wat de zakelijke zekerheden op roerende goederen betreft en tot opheffing van diverse bepalingen ter zake*, vom 24. 10. 2012, DOC 53 2463/001, 4 (18).

87 Samt erläuternden Anmerkungen 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) (im Folgenden zitiert als DCFR Full Edition); unter Einschluss von Überblicken zum geltenden Recht europäischer Länder (national notes) nochmals publiziert in *Drobnig/Böger*, *Principles of European Law: Proprietary Security in Movable Assets (PEL Prop. Sec.)* (2015). Eine unkommentierte Fassung ist frei im Internet zugänglich: *von Bar/Clive/Schulte-Nölke* (Hrsg), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Outline Edition* (2009), abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf (abgefragt am 1. 9. 2015).

88 UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (2010).

89 Hier berücksichtigt in der derzeit aktuellsten verfügbaren Fassung vom 30. 1. 2015, A/CN.9/WG.VI/WP.63. Diese Fassung und weitere (laufend aktualisierte) Dokumente der zuständigen UNCITRAL-Arbeitsgruppe sind abrufbar unter: http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/6Security_Interests.html (abgefragt am 1. 9. 2015).

Nachdem der vorliegende Beitrag vom österreichischen Recht ausgeht und dessen allfällige Weiterentwicklung im Blick hat, liegt es zudem nahe, auf die bisher aktuellste österreichische Gesetzgebungsinitiative im Bereich des Mobiliarsicherungsrechts einzugehen (hierzu sogleich in Abschnitt III.B.). Eines haben im Übrigen alle der hier angesprochenen Regelungsmodelle gemeinsam: Sie sind allesamt als Personalfoliensystem bezogen auf die Person des Sicherungsgebers organisiert. Ein Realfoliensystem wie beim Grundbuch gilt für Sicherungsrechte an Mobilien – von sehr wertvollen und wertbeständigen Sachen wie etwa Seeschiffen abgesehen – allgemein als unrealistisch.

B. Der österreichische MSG-Entwurf von 2007

Der im Jahr 2007 von einer beim Ludwig-Boltzmann-Institut für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen eingerichteten Arbeitsgruppe unter Leitung von *Martin Schauer* vorgelegte Entwurf für ein „Gesetz über ein Register für Mobiliarsicherheiten (MSG)“ – im Folgenden kurz MSG-E⁹⁰ – sieht im Gegensatz zu den anderen dinglichen Sicherungsrechten (Pfandrecht, Sicherungseigentum, Sicherungszession) für den Eigentumsvorbehalt eine Kundbarmachung nicht zwingend vor. Ein Eigentumsvorbehalt kann nach diesem Entwurf im Register eingetragen werden; erforderlich ist dies zu seiner Wirksamkeit nicht (§ 13 MSG-E).⁹¹ Damit wird gerade aus der in diesem Beitrag verfolgten Perspektive, unterschiedliche Publizitätsanforderungen zwischen Eigentumsvorbehalt und anderen dinglichen Sicherungsrechten nach Möglichkeit abzubauen, kein nennenswerter Fortschritt erzielt.

Hintergrund für diese Entscheidung der Arbeitsgruppe, beim Eigentumsvorbehalt die Registereintragung lediglich optional vorzusehen, ist letztlich ein von ihr als Ausgangspunkt gewähltes „Prinzip der Kontinuität“: Man will die Systematik des bestehenden Kreditsicherungsrechts soweit wie möglich unangetastet lassen.⁹² Dementsprechend erfüllt der Registereintrag die Funktion eines Publizitätsakts nach geltendem Recht: Für Begründung und Aufrechterhaltung von Pfandrecht und Sicherungseigentum bzw die sicherungsweise Abtretung von Forderungen hat der Registereintrag konstitutive Wirkung.⁹³ Konsequenterweise weiter gedacht und auf den Eigentumsvorbehalt umgelegt, hätte dies dazu geführt, dass der Käufer trotz Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts mit der Sachübergabe Volleigentümer der Kaufsache würde, wenn der Eigentumsvorbehalt nicht bis zu diesem Zeitpunkt im Register eingetragen ist. Das erschien den Verfassern als „gravierender Eingriff in die Dogmatik des Eigentumsvorbehalts“ und letztlich als zu weitgehend.⁹⁴

90 Veröffentlicht in *Schauer*, Register 43 ff; ein dem Entwurf zugrunde liegender Empfehlungskatalog wurde zuvor bereits in NZ 2006, 267 publiziert. Zum Entwurf etwa *Gruber*, Das Register für Mobiliarsicherheiten – Überlegungen zu Funktion und Organisation, ÖJZ 2007, 437; *B. Koch*, Gedanken zur Neuordnung des Mobiliarsicherheitsrechts, in FS Koziol (2010) 197 (206 ff); *Brinkmann*, Kreditsicherheiten 462 ff; *Appl*, Der Gläserne Schuldner – Mobiliarpfandregister und Datenschutz, NZ 2007, 161; *Schauer*, Ein Register für Mobiliarsicherheiten – der österreichische Entwurf, das polnische Recht und der Draft Common Frame of Reference im Vergleich, in FS Kalus (2010) 451 (455 ff); *Lukas*, Vom UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions zu einem Mobiliarpfandregister in Österreich, ÖBA 2007, 262 (266 ff); *ders.*, Die geplante Reform des Pfandrechts an beweglichen Sachen in Tschechien aus österreichischer Sicht, in *Švestka/Dvořák/Tichý* (Hrsg), Sborník statí z diskusních fór o rekonstrukci občanského práva – Tagungsband der Diskussionsforen zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2008) 154 (159 ff).

91 Die Registereintragung hat beim Eigentumsvorbehalt somit nur deklarative Funktion. Sinnvoll kann sie für den Vorbehaltsverkäufer insofern sein, als sie ihm einen verstärkten Schutz gegen gutgläubigen Wegerwerb durch Dritte verschafft. Vgl Empfehlungen 2.2.3. und 3.2.3. sowie §§ 13 und 15 MSG-E bei *Schauer*, Register 33 ff, 60 ff.

92 Vgl Empfehlung 5.1.1. bei *Schauer*, Register 38.

93 Siehe Empfehlungen 2.2.1. und 2.2.2. sowie § 4 MSG-E bei *Schauer*, Register 33, 47. Neben dem Registereintrag sollen als Modus die Übergabe und bei Forderungen die Drittschuldnerverständigung erhalten bleiben, nicht jedoch der Buchvermerk bzw das „Zeichen“ bei Fahrnis. Vgl Empfehlungen 4.3.2. bis 4.3.4. und den Entwurf einer Neufassung von § 452 ABGB bei *Schauer*, Register 38, 76.

94 Vgl die Erläuterungen zu § 13 MSG-E bei *Schauer*, Register 60. An die Möglichkeit einer „Gnadenfrist“ für eine Eintragung nach Sachübergabe hat man in diesem Zusammenhang offenbar nicht gedacht (siehe dagegen unten

Bedenken gegen einen Registereintrag als konstitutive Wirksamkeitsvoraussetzung hatte man auch insofern, als „eine Registerpflicht für den Eigentumsvorbehalt vor allem im Massengeschäft einen ganz erheblichen praktischen Aufwand mit sich bringen [würde], auch wenn die unter Eigentumsvorbehalt stehenden Sachen generell umschrieben werden können und sich die Registrierung auch auf künftige Sachen beziehen kann“.⁹⁵ Damit ist das Verhältnis von sachenrechtlichem Spezialitätsprinzip und Registereintrag angesprochen: Dem Entwurf ist zwar daran gelegen, die Individualisierungsanforderungen in Bezug auf das Sicherungsgut im Vergleich zum geltenden Recht tendenziell zu lockern: Es muss „durch objektive Merkmale bestimmt oder bestimmbar [sein], auf welche Sachen sich das Sicherungsrecht bezieht. Bei den zu einem Warenlager gehörigen Gegenständen genügt die Bestimmung des Standorts“ (§ 5 Abs 2 MSG-E). Zudem wird klargestellt, dass sich ein Registereintrag auch auf zukünftige Sachen beziehen kann (§ 6 MSG-E).⁹⁶ Doch müssten, sähe man den Registereintrag beim Eigentumsvorbehalt als konstitutive Wirksamkeitsvoraussetzung vor, alle zur zweifelsfreien Individualisierung der Vorbehaltssache(-n) erforderlichen Informationen notwendigerweise aus dem Register hervorgehen.⁹⁷ Die Umschreibung des Sicherungsguts müsste daher im Interesse des gesicherten Gläubigers nicht nur im Sicherungsvertrag (hier der Vorbehaltvereinbarung), sondern auch im Register ausgesprochen präzise erfolgen.⁹⁸ Insb für pauschale (sich auf mehrere Warenlieferungen beziehende) Vorabregistrierungen könnten sich hieraus leicht erhebliche Unsicherheiten ergeben, die zu Einzelregistrierungen drängen und daher im Ergebnis prohibitiv wirken könnten. Dass der Arbeitsgruppe insoweit Bedenken kamen, ist somit gut nachvollziehbar.

Für die Zwecke dieses Beitrag ist zum MSG-E wohl nur noch so viel zu ergänzen: In das – als Personalfoliensystem bezogen auf die Person des Sicherungsgebers organisierte⁹⁹ – Mobiliarsicherheitenregister sollten nur von Unternehmern bestellte Sicherheiten eingetragen werden können.¹⁰⁰ Hinreichende Unterstützung insb aus den betroffenen Wirtschaftskreisen hat das Projekt in der Folge nicht erfahren. Die Gründe sind nicht unbedingt bei den Vorschlägen der Arbeitsgruppe zum Eigentumsvorbehalt zu suchen. Eine prominente Rolle haben vor allem die Sorge vor zu intensiver Registerpublizität („gläserner Schuldner“) und vor einer weiter zunehmenden Aushöhlung von Insolvenzmassen gespielt.¹⁰¹

III.C.3.b. zum DCFR), obwohl dieses Konzept dem Entwurf nicht grundsätzlich fremd ist (vgl § 11 Abs 4 MSG-E zum Fortbestehen von Pfandrechten und Sicherungseigentum bei Veräußerung des Sicherungsguts).

95 Erläuterungen zu § 13 MSG-E bei *Schauer*, Register 60.

96 Die §§ 5, 6 MSG-E werden durch § 14 MSG-E auch auf die (fakultativ erfolgende) Eintragung des Eigentumsvorbehalts für anwendbar erklärt. Näher die Erläuterungen zu §§ 5 f bzw § 14 MSG-E bei *Schauer*, Register 48 ff, 61.

97 § 29 Z 1 MSG-E verweist in diesem Sinne für den notwendigen Eintragungsinhalt auf § 5 MSG-E.

98 Kritisch im Hinblick auf die damit notwendige Datenmenge, die eine Überfrachtung und folglich Unübersichtlichkeit des Registers befürchten ließe, *M. Gruber*, ÖJZ 2007, 442. Sein Vorschlag geht dahin, das Mobiliarsicherheitenregister – insoweit dem Modell des Grundbuchs folgend – als Hauptbuch mit ergänzender Urkundensammlung einzurichten, sodass eine Kurzbeschreibung des Sicherungsgegenstands im Hauptbuch mit einer präzisen Beschreibung im Sicherheitenbestellungsvertrag in der Urkundensammlung verknüpft werden kann.

99 Vgl Empfehlung 5.1.2. und §§ 21 ff MSG-E bei *Schauer*, Register 38, 64 ff.

100 Siehe Empfehlung 2.1.1. bzw § 1 Satz 2 MSG-E bei *Schauer*, Register 33, 43 f.

101 Vgl etwa *Schauer* in FS Kalus 456 ff; ferner *Lukas*, ÖBA 2007, 268.

C. Aktuelle internationale Entwicklungen am Beispiel von Buch IX DCFR

Einen erheblich weitergehenden, wenngleich nicht unbedingt einen vollständigen Ausgleich zwischen den potenziell widerstreitenden Forderungen nach dogmatischer Widerspruchsfreiheit einerseits und einfacher praktischer Nutzbarkeit andererseits versprechen die international im Vordringen befindlichen *notice filing*- bzw PPSA-Systeme, wie sie in den USA, Kanada, Neuseeland und Australien gelten und auch jüngsten europäischen bzw internationalen Modellregelwerken zugrunde liegen. Wie erwähnt, soll in die Strukturen eines solchen Modells am Beispiel von Buch IX des Draft Common Frame of Reference (DCFR) eingeführt werden, Verweise auf andere Regelungswerke werden teilweise eingeflochten.

1. Grundlagen

Für eine allgemeine Einführung in das Regelungssystem von Buch IX DCFR muss hier weitgehend auf bereits verfügbare Literatur verwiesen werden.¹⁰² Folgende Eckpunkte mögen an dieser Stelle genügen: Buch IX DCFR verfolgt wie alle angesprochenen PPSA-Systeme einen breiten und (zumindest sehr weitgehend) funktionalen Ansatz. Gemeint ist insb, dass das Regelungskonzept alle dinglichen Mobiliarsicherungsrechte – dh aus österreichischer Perspektive insb: Pfandrecht, Sicherungseigentum, Sicherungszession und eben auch den Eigentumsvorbehalt samt äquivalenten Konstruktionen wie dem Finanzierungsleasing – einbezieht und in sehr weitem Umfang gleich behandelt. Diese Gleichbehandlung wirkt sich vor allem dahingehend aus, dass alle genannten Sicherungsinstrumente zu einem einheitlichen Typus zusammengefasst werden: einem „*security right*“, das als dingliches Recht auf vorrangige Befriedigung aus der Sache ausgestaltet ist. Damit werden insb das heutige Sicherungseigentum und die Sicherungszession von einer Vollrechtssicherung auf ein beschränktes dingliches Recht „herabgestuft“. Beim Eigentumsvorbehalt (und Finanzierungsleasing) macht der DCFR diesen radikalen Schritt allerdings nicht, sondern ermöglicht wahlweise das Zurückhalten eines vollwertigen Eigentumsrechts mit Aussonderungswirkung (Kategorie der sog *retention of ownership devices*). Für Publizitätsfragen – die hier im Mittelpunkt stehen – hat diese Kategorisierung allerdings keine Relevanz.¹⁰³ Article 9 UCC ist insoweit konsequenter und kategorisiert auch vorbehaltenes

¹⁰² Siehe etwa *W. Faber*, Das Mobiliarsicherungsrecht des DCFR: Perspektiven für eine Reform in Österreich bzw in Europa? JBI 2012, 341, 424; *ders*, Proprietary Security Rights in Movables – European Developments: A Spotlight Approach to Book IX DCFR, *Juridica International* 21 (2014) 27; *Brinkmann*, Kreditsicherheiten 435 ff; *Macdonald*, Transnational Secured Transactions Reform: Book IX of the Draft Common Frame of Reference in Perspective, *ZEuP* 2009, 745; *Hamwijk*, Publicity in Secured Transactions Law – Towards a European public notice filing system for non-possessory security rights in movable assets? (2014) 338 ff; *Veneziano*, Security rights in movables in the DCFR: general presentation, in *Sagaert/Storme/Terryn* (Hrsg), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives* (2012) 305; *dies*, The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group, in *van Erp/Salomons/Akkermans* (Hrsg), *The Future of European Property Law* (2012) 123; *Dirix*, Security rights in the DCFR from a Belgian perspective, in *Sagaert/Storme/Terryn* (Hrsg), *The Draft Common Frame of Reference: national and comparative perspectives* (2012) 313; *Drobnig*, Basic issues of European rules on security in movables, in *de Lacy* (Hrsg), *The Reform of UK Personal Property Security Law – Comparative Perspectives* (2010) 444; ausführlich *Ch. Wilhelm*, Die Regelung der Geld- und Warenkreditsicherheiten nach dem deutschen Recht im Vergleich zum Draft Common Frame of Reference (DCFR) (2013) 29 ff und 183 ff speziell zu Warenkreditsicherheiten; nun auch *W. Faber*, Mobiliarsicherungsrecht V.

¹⁰³ Zum bisher Ausgeführten siehe insb IX.–1:101 bis IX.–1:103 DCFR; erläuternd etwa *W. Faber*, JBI 2012, 346 f.

Eigentum als bloßes Sicherungsrecht¹⁰⁴; die von UNCITRAL unterbreiteten Vorschläge folgen dem grundsätzlich zumindest in den praktischen Ergebnissen.¹⁰⁵

Die aus Sicht des vorliegenden Beitrags wesentlichere – weil neben Prioritätsaspekten unter anderem für Publizitätsfragen maßgebende – konzeptionelle Entscheidung besteht darin, dass sämtliche Sicherheiten für Anschaffungsfinanzierungen zu einer einheitlichen Kategorie von – im DCFR sog – *acquisition finance devices* zusammengefasst werden. Darunter fallen nach IX.–1:201(3) DCFR insb die bereits erwähnten *retention of ownership devices* (und damit der klassische Eigentumsvorbehalt), ein zur Sicherheit des Kaufpreises zurückgehaltenes *security right* und Sicherheiten für Geldkredite, die dem Erwerber zwecks Finanzierung des Anschaffungspreises zB von einer Bank gewährt werden. Article 9 UCC und die UNCITRAL-Vorschläge sehen entsprechende Konzepte mit leicht abweichender Terminologie vor.¹⁰⁶ Auf die publizitätsbezogenen Regeln für diese Kategorie von Sicherungsrechten wird zurückzukommen sein.

Schließlich besteht eine zentrale konzeptionelle Weichenstellung aller drei hier angesprochener Regelungsmodelle im Unterschied zum österreichischen Recht und vielen anderen kontinental-europäischen Rechtsordnungen darin, die Rechtswirkungen der Entstehung eines dinglichen Sicherungsrechts nicht zu einem einheitlichen Zeitpunkt bei Erfüllung sämtlicher Entstehungsvoraussetzungen eintreten zu lassen (zB beim Pfandrecht idR mit der Übergabe an den Gläubiger, beim Eigentumsvorbehalt mit Sachübergabe an den Käufer). Vielmehr löst der DCFR dieses „sachenrechtliche Alles-oder-nichts-Prinzip“ in drei separate Regelungsaspekte auf, die jeweils an eigenständige Voraussetzungen geknüpft sind und lediglich die ihnen jeweils zugeordneten Rechtsfolgen auslösen: *creation*, *effectiveness* und *priority*.¹⁰⁷ Im Kontext dieses Beitrags werden vor allem die beiden erstgenannten Konzepte interessieren. Das im Folgenden Ausgeführte gilt für Anschaffungsfinanzierungssicherheiten grundsätzlich gleichermaßen wie für andere Sicherungsrechte; auf Ausnahmen wird hingewiesen.

Die *creation* (geregelt in Kapitel 2 von Buch IX DCFR) bewirkt die Entstehung des Sicherungsrechts als dingliches Recht. Damit verbunden sind – jedenfalls nach dem Konzept des DCFR – neben dem Verwertungsrecht insb auch Wirkungen gegenüber bestimmten Dritten, soweit Drittwirkungen nicht dem Konzept der in Buch IX Kapitel 3 geregelten *effectiveness* vorbehalten sind. Im Ergebnis wirken Sicherungsrechte nach dem Modell des DCFR ab *creation* gegenüber einem nachfolgenden Erwerber des Eigentumsrechts oder eines weiteren Sicherungsrechts an der belasteten Sache; diese können dem gesicherten Gläubiger nur noch unter den Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs vorgehen.¹⁰⁸ Die *creation* setzt insb keine Publizierung voraus. Im Wesentlichen genügen

104 Vgl § 9–109(a)(1) und § 9–110 iVm § 2–401(1) UCC, ferner die Definition in § 1–201(35) UCC; zum Konzept *Brinkmann*, Kreditsicherheiten 416 ff. Bestimmungen des UCC werden hier in folgenden, gegenwärtig maßgeblichen Fassungen zitiert: Article 1 (2001), Article 2 (2002), Article 9 (2010).

105 Der UNCITRAL Legislative Guide (57 f bzw 336 ff und Recommendations 9 bzw 178 ff, abgedruckt 63 bzw 374 ff) sieht zur Umsetzung dieses Ziels regelungstechnische Alternativen vor; das Draft UNCITRAL Model Law definiert in Article 2(b) jedes *acquisition security right* von vornherein als (einheitliches) *security right*.

106 *Purchase money security interest* (§ 9–103 UCC); *acquisition security right* (Article 2(b) Draft UNCITRAL Model Law).

107 Illustrative Analyse bei *Macdonald*, ZEuP 2009, 769; vgl daneben *W. Faber*, JBl 2012, 348; Comment B zu IX.–2:101, DCFR Full Edition 5409 f = PEL Prop. Sec. 276. Die Terminologie im Draft UNCITRAL Model Law entspricht jener des DCFR; in Article 9 UCC steht *attachment* für *creation* und *perfection* für *effectiveness*. Im Text wird in der Folge aus Gründen der Übersichtlichkeit die Diktion des DCFR gebraucht.

108 Vgl Comment B zu IX.–2:101, DCFR Full Edition 5409 f = PEL Prop. Sec. 276; *W. Faber*, JBl 2012, 349. Hierzu und näher zu den Voraussetzungen der *creation* auch *Ch. Wilhelm*, Geld- und Warenkreditsicherheiten 42 ff.

ein wirksamer Sicherungsvertrag, die Existenz der gesicherten Forderung und die genaue Identifizierung des Sicherungsguts (sachenrechtliches Spezialitätsprinzip).¹⁰⁹

Andere Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit das Sicherungsrecht *effective* iSv Buch IX Kapitel 3 wird, dh Wirksamkeit gegenüber den in IX.–3:101(1) DCFR ausdrücklich angeführten drei Kategorien von „Dritten“ entfaltet. Dies sind (a) Personen, denen ein dingliches Recht an der Sache (bereits) zusteht, und sodann Personen, die ursprünglich ungesicherte Gläubiger des Sicherungsgebers waren oder solche repräsentieren, nämlich: (b) Einzelzwangsvollstreckung führende Gläubiger, die bereits ein exekutives Pfandrecht an der Sache erworben haben, und (c) der Insolvenzverwalter über das Vermögen des Sicherungsgebers. Als Methode zur Bewirkung von *effectiveness* im genannten Sinn fungiert nach dem DCFR vor allem die Registrierung des Sicherungsrechts in einem (einheitlichen europäischen) Mobiliarsicherheitenregister. Dies gilt grundsätzlich auch für die hier näher interessierenden *acquisition finance devices*; dabei sind allerdings einige noch näher aufzugreifende Sonderregeln zu beachten.¹¹⁰ Daneben besteht – für die Sicherung von Anschaffungsfinanzierungen an Fahrnisgegenständen freilich nicht weiter relevant – die Möglichkeit, *effectiveness* durch Besitzübertragung an den Gläubiger oder durch „Kontrolle“ des Gläubigers über bestimmte Finanzsicherheiten zu bewirken.¹¹¹

Die grundsätzlich selben Methoden zur Bewirkung von *effectiveness* kennen auch der UCC und die UNCITRAL-Vorschläge. Zu beachten ist im Vergleich allerdings, dass die Abgrenzung der Konzepte der *creation* und *effectiveness* nicht überall gleich verläuft: Während wie gesehen im DCFR die Drittwirkung gegenüber Erwerbern von Eigentums- und Sicherungsrechten dem Konzept der *creation* unterfällt, werden diese im Draft UNCITRAL Model Law offensichtlich dem – mangels Einschränkung sämtliche „Dritte“ umfassenden – Konzept der *third-party effectiveness* unterstellt.¹¹²

Für die Ermittlung des Rangverhältnisses (*priority* iSv Kapitel 4, Buch IX DCFR) wird für „effektive“ Sicherungsrechte grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Eintritts der *effectiveness* abgestellt (IX.–4:101(1) DCFR), grundsätzlich also wieder auf den Zeitpunkt der Registereintragung (oder Besitzübertragung an den gesicherten Gläubiger). *Acquisition finance devices* genießen insoweit eine praktisch bedeutsame Privilegierung, als sie im Fall eingetretener *effectiveness* stets – also unabhängig von ihrem zeitlichen Vor- oder Nachgehen – Vorrang gegenüber Sicherungsrechten oder sonstigen beschränkten dinglichen Rechten genießen, die der Sicherungsgeber an derselben

109 Zu den – hier verkürzt wiedergegebenen – Voraussetzungen siehe IX.–2:102 (allgemeine Voraussetzungen), IX.–2:105 (*creation* eines *security right* durch *granting*, also durch Einräumung vergleichbar mit einer Pfandbestellung an eigener Sache), IX.–2:113 (*creation* eines bei Sachveräußerung zurückbehaltenen *security right*) und IX.–2:201 DCFR (*creation* eines *retention of ownership device*).

110 Die Sonderregeln für *acquisition finance devices* betreffen zum einen die Einräumung einer 35-tägigen Gnadenfrist zur Registrierung nach Sachübergabe und zum anderen Anschaffungsfinanzierungssicherheiten, die von Verbrauchern bestellt werden. Hierzu unten III.C.3.

111 Zu den Methoden zum Bewirken von *effectiveness* siehe IX.–3:102 DCFR.

112 Vgl Article 16 sowie die nachfolgenden Bestimmungen des Draft UNCITRAL Model Law, die im Gegensatz zu IX.–3:101 DCFR keine Differenzierung nach bestimmten Typen von „Dritten“ enthalten. Eine Kommentierung mit allfälliger Begründung dieser konzeptionellen Entscheidung ist, da das Model Law sich noch in Ausarbeitung befindet, derzeit nicht verfügbar. Eine vergleichbare Abgrenzung enthält das neue belgische Mobiliarsicherungsrecht: „Dritte“ sind dort ebenfalls alle Kategorien von Dritten; vgl – zum Pfandrecht – die nicht weiter differenzierenden Regeln zur Drittwirksamkeit durch Registrierung (Art 15), Übergabe von Fahrnis (Art 39) oder *contrôle* an Forderungen (Art 60). Eine Begründung für die konstruktive Abweichung vom erklärten Vorbild des DCFR wird, soweit ersichtlich, auch in den belgischen Gesetzesmaterialien nicht angeboten. Zum belgischen Recht vgl *W. Faber*, Mobiliarsicherungsrecht IV.D.2.

Sache einräumt (*superpriority*, IX.-4:102[1] DCFR). Damit setzt sich der Anschaffungsfinanzierer insb gegenüber früheren Globalsicherungsgläubigern durch.¹¹³

2. Das Registersystem des DCFR im Überblick

a. Allgemeines

Das Mobiliarsicherheitenregister des DCFR¹¹⁴ versteht sich als elektronisch geführtes, als Personalfoliensystem konzipiertes, einheitliches europäisches Register (*European register of proprietary security*). Eintragungen werden (unter der Voraussetzung einer Zustimmung des Sicherungsgebers) unmittelbar durch den gesicherten Gläubiger vorgenommen, ohne dass eine Registrierungsbehörde den Inhalt oder gar die Richtigkeit der gemachten Angaben vor dem Aufscheinen im Register zu prüfen hat. Neben der Registrierung erfolgt auch die – jedermann offenstehende¹¹⁵ – Recherche im Register online. Das soll nicht nur die Kosten minimal halten, sondern auch eine rasche, im Grunde unmittelbare Datenverarbeitung gewährleisten, sodass „Drittwirksamkeit“ und Rangwahrung ohne Zeitverlust und daraus resultierenden Risiken bewirkt werden können. Dass das DCFR-Register – wie das Modellregelwerk insgesamt – gerade auch zur Registrierung von Sicherheiten für Anschaffungsfinanzierungen unter Einschluss des klassischen Eigentumsvorbehalts dient, ist bereits deutlich geworden.¹¹⁶ Registereinträge erlöschen im Übrigen automatisch nach fünf Jahren, sofern nicht rechtzeitig eine Verlängerung erfolgt.¹¹⁷

b. Voraussetzungen und Wirkungen der Eintragung

Die Eintragung bzw das Aufscheinen im Register hat keinen konstitutiven Effekt auf die Begründung (*creation*) oder das Erlöschen (*termination*) des Sicherungsrechts als dingliches Recht. Das ergibt sich einerseits aus bereits Gesagtem: Die Registrierung ist (alternative) Voraussetzung für die *effectiveness* und damit mittelbar für die Prioritätswirkung, nicht aber für die *creation*. Zweitens korreliert diese – im Vergleich etwa zum oben erörterten österreichischen MSG-E von 2007 oder zum Grundbuch österreichischer oder deutscher Prägung gewissermaßen herabgestufte – Rechtswirkung des Registereintrags mit dem Informationsgehalt und Informationswert des Registers: Die aus dem Register beziehbare Information muss nicht besonders exakt und detailliert sein. Sie kann sich letztlich auf einen Hinweis beschränken, dass ein Sicherungsrecht bestehen könnte. Die aus dem Register ersichtliche Mindestinformation umfasst demgemäß¹¹⁸:

113 Hierzu etwa *Brinkmann*, Kreditsicherheiten 449 f (sowie 410 ff zu Article 9 UCC); *Ch. Wilhelm*, Geld- und Warenkreditsicherheiten 249 ff; Überblick zum Konzept der *priority* in Buch IX DCFR im Allgemeinen etwa bei *W. Faber*, JBl 2012, 350 f, 426.

114 Näherer Überblick bei *W. Faber*, JBl 2012, 351 ff; *Brinkmann*, Kreditsicherheiten 439 ff; *Ch. Wilhelm*, Geld- und Warenkreditsicherheiten 52 ff. Einführung in die Grundzüge des *notice filing*-Ansatzes im Allgemeinen ferner bei *Kieninger*, Gestalt und Funktion einer „Registrierung“ von Mobiliarsicherungsrechten, RNotZ 2013, 216. Der Text dieses Abschnitts folgt im Wesentlichen *W. Faber*, Mobiliarsicherungsrecht V.A.2.4.

115 IX.-3:317 DCFR.

116 Zum Vorstehenden vgl Comment C zu IX.-3:301, DCFR Full Edition 5497 f = PEL Prop. Sec. 435 f.

117 Siehe im Einzelnen IX.-3:325 und IX.-3:326 DCFR.

118 IX.-3:308(a)–(d) DCFR mit teilweise Verweis auf IX.-3:306(1)(b) und (c) DCFR.

1. Name und Kontaktdaten des Sicherungsgebers (als zentralen Bezugspunkt des Personalfoliensystems);
2. Name und Kontaktdaten des gesicherten Gläubigers;
3. den Zeitpunkt der Registrierung (als wesentlichen Bezugspunkt für die Bestimmung der Rangverhältnisse); und
4. eine „Minimalangabe“ (*minimum declaration*) betreffend das Sicherungsgut sowie – durch Anklicken in einer vorgegebenen Liste – eine Angabe darüber, zu welcher Kategorie (oder welchen Kategorien) von Vermögenswert(-en) das Sicherungsgut gehört.

Nicht erforderlich ist damit – wiederum im Gegensatz zum MSG-E – eine präzise Identifizierung des Sicherungsguts im Register. Sie kann allerdings erfolgen, wenn die Parteien dies wünschen.¹¹⁹ Auch kann aus dem Register nicht verlässlich ersehen werden, ob das Sicherungsrecht tatsächlich wirksam entstanden ist und weiterhin fortbesteht. Denn die für Ersteres maßgebliche *creation* ist, wie erwähnt, von der Registrierung entkoppelt; und Fragen des Erlöschens sind in Kapitel 6 von Buch IX DCFR wiederum grundsätzlich unabhängig vom Bestand eines Registereintrags geregelt.¹²⁰ Mittelbar bedeutsam für das Fortbestehen des Sicherungsrechts kann die Registrierung allerdings insoweit sein, als ein bestehender Registereintrag den Verlust der Sicherung durch gutgläubigen Erwerb eines Dritten grundsätzlich ausschließt; Ausnahmen sind allerdings bei Veräußerung im ordentlichen Geschäftsbetrieb sowie dann vorgesehen, wenn der Registereintrag sich auf eine andere Person als den Veräußerer bezieht.¹²¹ Trotz erfolgter Registrierung erwirbt ein Käufer im ordentlichen Geschäftsbetrieb unbelastetes Eigentum auch dann (und zwar derivativ), wenn dem Veräußerer (Sicherungsgeber) eine Verfügungsbefugnis zur lastenfreien Veräußerung zukommt. Eine solche ist nach IX.-5:204 DCFR beim Erwerb bestimmter Waren (*inventory*) von Händlern oder Produzenten in deren ordentlichem Geschäftsbetrieb grundsätzlich – wenngleich dispositiv – vorgesehen. Diesen zuletzt angesprochenen Mechanismen eines gutgläubigen oder derivativen lastenfreien Wegerwerbs insb bei Veräußerung im ordentlichen Geschäftsgang kommt für ein vertieftes Verständnis der Drittwirksamkeitskonzepte und damit letztlich auch für das Publizitätsverständnis von Buch IX durchaus wesentliche Bedeutung zu. Eine der Sache angemessene Erörterung scheint mir allerdings gemessen an den Zwecken des vorliegenden Beitrags als zu komplex.¹²² Eine vertiefte Auseinandersetzung darf hier nicht zuletzt deshalb unterbleiben, weil die angesprochenen Regelungen für alle Arten von Sicherungsrechten in gleichem Maße gelten. Der Eigentumsvorbehalt und sonstige Sicherheiten für Anschaffungsfinanzierungen werden insofern also nicht anders behandelt als sonstige publizitätspflichtige Mobiliarsicherungsrechte.

Im Übrigen kann die Registrierung, da *effectiveness* und *creation* wie erwähnt an völlig unterschiedliche Voraussetzungen geknüpft werden, auch schon vor Eintritt der *creation*, und zwar insb auch bereits vor Abschluss des Sicherungsvertrags erfolgen (sog *advance filing*, IX.-3:305(2) DCFR). Damit ist es bspw möglich, einem potenziellen Gläubiger bereits in einer sehr frühen Phase

119 Zusätzliche Angaben zum Sicherungsgut und/oder zum Inhalt des Sicherungsrechts sind optionaler Zusatzinhalt des Registereintrags; vgl IX.-3:307(a) iVm IX.-3:308(e) DCFR. Ebenfalls nicht erforderlich sind wie immer geartete Angaben zur gesicherten Forderung. Als freiwillige Zusatzinformation möglich ist allerdings die Angabe eines Höchstbetrags der Sicherheit; vgl IX.-3:307(c) iVm IX.-3:308(e) DCFR.

120 Vgl insb IX.-6:101 DCFR. Zu unterscheiden vom hier angesprochenen Erlöschen des Sicherungsrechts (quasi als Gegenstück zur *creation*) ist das oben erwähnte Erlöschen des Registereintrags (zB nach Ablauf von fünf Jahren, vgl oben bei FN 117): Letzteres bewirkt nur den Entfall der *effectiveness* (und daran gekoppelt jenen des bisherigen Ranges); *effectiveness* kann aber durch neuerliche Registrierung neu begründet werden.

121 Siehe IX.-6:102 (insb dessen Abs 2) iVm VIII.-3:102 DCFR.

122 Weiterführend hierzu *W. Faber*, Mobiliarsicherungsrecht V.D.1.1.

(zB noch im Laufe von Kreditverhandlungen) eine gesicherte Position zu „reservieren“, die sich später durch Erfüllung aller *creation*-Voraussetzungen zu einem vollwertigen Sicherungsrecht auswächst.

c. Informationsgehalt des Registers und weitere Information durch den Gläubiger

Ein interessierter Dritter kann nach dem bisher Gesagten, da das Register zwar eine Warnung, aber keine völlig verlässliche Auskunft über das tatsächliche Bestehen eines Sicherungsrechts und die betroffenen Vermögenswerte bietet, auf zusätzliche Informationen angewiesen sein. Das ist eine bewusste Systementscheidung: Gewisse, nicht allzu detaillierte und nicht notwendigerweise valide Informationen sollen jedermann aus dem Register sehr leicht zugänglich sein. Für nähere und verlässliche Informationen sind zusätzliche Nachforschungen erforderlich; und diese Informationen erhält auch nicht jedermann ohne Weiteres. Das vom DCFR hierfür in Anlehnung an andere *notice-filing*-Systeme etablierte Konzept ist folgendes: Als Auskunftsquelle auf dieser zweiten Stufe des Informationssystems fungiert der gesicherte Gläubiger, dessen Name und Kontaktdaten aus dem Register ersichtlich sind. Sofern der Sicherungsgeber der Auskunftserteilung zustimmt, ist der Gläubiger sogar verpflichtet, dem interessierten Dritten Auskunft über das Bestehen des registrierten Sicherungsrechts und die von diesem erfassten Vermögenswerte zu geben.¹²³ Der Sicherungsgeber hat es nach diesem Modell damit letztlich selbst in der Hand, wer über die relativ allgemein gehaltenen Registerinformationen der ersten Stufe hinaus detaillierten Einblick in Art und Umfang der Belastung seines Vermögens erhält. Diesen Einblick wird er dann gewähren, wenn er sich hiervon Vorteile – Kreditgewährung oder -prolongation, sonstige Geschäfte etc – erwarten kann. Dass Mobiliarsicherungsgeber durch das Register zu „gläsernen Schuldnern“ werden, ist hier im Vergleich zum österreichischen MSG-E von 2007, dessen breitere Akzeptanz zu einem Gutteil an dieser Befürchtung gescheitert ist, nicht bzw in weit geringerem Maße zu besorgen.

Auch hier ist allerdings wieder auf mögliche Unterschiede zwischen verschiedenen *notice filing*-Ansätzen hinzuweisen: Ein solches zweistufiges Informationssystem sieht bspw das UNCITRAL Model Law zumindest im aktuell verfügbaren Entwurfstext nicht vor. Ob es implizit mitgedacht ist, kann mangels Erläuterungen nicht eruiert werden. Auffällig ist aber jedenfalls, dass hinsichtlich der Individualisierungsangaben im Register offensichtlich dieselben Maßstäbe angelegt werden wie bei der Sicherungsvereinbarung, also auf Ebene der *creation*.¹²⁴ Erforderlich ist damit zweifelsfreie Individualisierbarkeit, was Registernutzern Rückschlüsse zB auf konkrete Betriebsmittel etc erleichtert (Stichwort des „gläsernen Schuldners“) und das Register, wie zum MSG-E befürchtet, überfrachten könnte. In den Erläuterungen des UNCITRAL Legislative Guide werden diese aus der österreichischen Diskussion vertrauten Aspekte in keiner Weise thematisiert.¹²⁵ Erklären lässt sich dies vermutlich dahingehend, dass in den Vorarbeiten von UNCITRAL die Bestellung von Globalsicherheiten in hohem Maße als Leitbild fungierte. Wenn schlicht alles verpfändet wird, was dem Schuldner gehört, kann sich der Registereintrag kurz halten.

¹²³ Siehe IX.-3:319 ff DCFR. Ähnlich § 9–210 UCC, allerdings mit Pflicht zur Auskunftserteilung über Nachfrage des Schuldners (der Informationen dann an den Dritinteressenten weitergibt). – Über die Höhe der gesicherten Forderung ist der gesicherte Gläubiger übrigens nur gegenüber dem Sicherungsgeber auskunftspflichtig; dieser kann allerdings verlangen, dass die Information einer dritten Person erteilt wird; siehe IX.-5:401 DCFR.

¹²⁴ Vgl UNCITRAL Legislative Guide 79 f, 170 f sowie Recommendations 14 und 63; Articles 9 und 34(c) UNCITRAL Model Law.

¹²⁵ Vgl die Nw zum UNCITRAL Legislative Guide in FN 124.

3. Drittwirksamkeit und Registrierung bei *acquisition finance devices* im Vergleich zu anderen Sicherungsrechten

a. Allgemeines

Auf dieser Grundlage kann nun zur Frage zurückgekehrt werden, ob und inwieweit sich nach dem DCFR die Publizitäts- bzw. allgemeiner die Drittwirksamkeitsanforderungen beim Eigentumsvorbehalt (bzw. bei *acquisition finance devices* im Allgemeinen) von jenen für sonstige Sicherungsrechte unterscheiden. In Kurzform lautet die Antwort: Die Voraussetzungen sind im Grundsatz dieselben; es bestehen allerdings zwei Ausnahmen in Bezug auf das Konzept der *effectiveness* (nach dem DCFR also für die Wirkung gegenüber ehemaligen ungesicherten Gläubigern, die bereits ein exekutives Pfandrecht erworben haben oder die nach Insolvenzeröffnung nunmehr durch den Insolvenzverwalter repräsentiert werden). Diese Sonderregeln gehen dahin, dass erstens zum Erzielen von *effectiveness* eine Registrierung nicht unbedingt sofort erfolgen muss, sondern die Vornahme innerhalb einer Gnadenfrist von 35 Tagen ab Lieferung genügt. Zweitens wird auf die Registrierungsvoraussetzung überhaupt verzichtet, wenn es sich beim Sicherungsgeber (Erwerber) um einen Verbraucher handelt (IX.-3:107(2) bzw. (3) DCFR).

Auf die erwähnten Sonderregeln wird weiter unten in den Abschnitten b. und c. näher eingegangen. Die Erörterung beschränkt sich also zunächst auf jene Grundsätze, die für alle Sicherungsrechte gleichermaßen gelten. Dabei ergibt sich bereits aus dem oben¹²⁶ Ausgeführten, dass die *creation* des Sicherungsrechts und damit nach dem DCFR auch seine grundsätzliche Wirksamkeit gegenüber Sacherwerbern und Erwerbern weiterer Sicherungsrechte an derselben Sache keine Registrierung (oder einen sonstigen Publizitätsakt) voraussetzt. Dies gilt auch für *acquisition finance devices*. Ihre *creation* erfolgt im Regelfall sofort mit Übergabe der Sache an den Erwerber.¹²⁷ Eine erfolgte Registrierung kann wie auch sonst allerdings insofern eine erhebliche Rolle spielen, als sie den gutgläubigen (lastenfreien) Eigentumserwerb ebenso wie den gutgläubigen Erwerb eines Sicherungsrechts an der Sache grundsätzlich ausschließt; siehe IX. 6:102(2) DCFR mit den dort angeordneten Ausnahmen, insb. bei Erwerb im ordentlichen Geschäftsbetrieb.¹²⁸

Auch für die *effectiveness* und damit für die Wirkung gegen Exekutions- und Insolvenzgläubiger gelten – von den beiden erwähnten Ausnahmen abgesehen – grundsätzlich dieselben Regeln, wobei als Methode zum Bewirken dieser *effectiveness* für Anschaffungsfinanzierungssicherheiten, da die Kaufsache dem Erwerber ja zum Gebrauch zur Verfügung stehen soll, praktisch nur die Registrierung in Betracht kommt. IX.-3:107(1) DCFR wiederholt diesen im Grunde allgemeinen Grundsatz ausdrücklich: Ein *acquisition finance device* bedarf zu seiner „Drittwirksamkeit“ iS des *effectiveness*-Konzepts der Registrierung. Auch sonst gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln. Praktisch wichtig ist dies insb. für die auch hier gegebene Möglichkeit eines *advance filing* (IX.-3:305(2) DCFR): Die Registrierung kann auch vor der jeweiligen *creation* des Sicherungsrechts – die wie erwähnt idR mit Lieferung der Sache gegeben ist – erfolgen. Daraus ergibt sich, dass die *effectiveness* mit einem einzigen, entsprechend breit formulierten Registereintrag für alle unter einem entsprechenden *acquisition finance device* erfolgenden Lieferungen im Rahmen einer Ge-

126 Abschnitt III.C.1.

127 Voraussetzung ist im Wesentlichen, dass die Sicherungs- bzw. Vorbehaltsabrede in diesem Zeitpunkt bereits getroffen ist; siehe im Einzelnen zu den Voraussetzungen der *creation* eines *retention of ownership device* IX.-2:201 DCFR, zur *creation* eines *security right by retention* IX.-2:113 DCFR.

128 Vgl. oben III.C.2. nach FN 120.

schäftsbeziehung praktisch „in einem Aufwaschen“ hergestellt werden kann. Der Eintrag gilt für maximal fünf Jahre und kann vor Ablauf dieser Frist erneuert werden.¹²⁹ Es liegt auf der Hand, dass gerade diese Möglichkeit eine ganz erhebliche Erleichterung für die Parteien darstellt, dem Registrierungserfordernis zu entsprechen. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch daran, dass nach dem DCFR die Anforderungen an eine Identifizierung des Sicherungsguts im Register bewusst niedrig gehalten sind („Minimalangaben“ und Auswahl von Sachkategorien).¹³⁰ Auch dies erleichtert die praktische Durchführung einer Registrierung durch die Kaufvertragsparteien und hält – im Vergleich zum geltenden österreichischen Recht – deren durch das Registrierungserfordernis bewirkten Mehraufwand in Grenzen. Pauschalregistrierungen für eine Vielzahl an Warenlieferungen im Rahmen einer bestehenden Geschäftsverbindung sind nach diesem Modell auch deutlich einfacher – und damit sicherer – möglich als bei einer (fakultativen) Eigentumsvorbehaltsregistrierung nach dem österreichischen MSG-E von 2007.¹³¹

b. 35-tägige Gnadenfrist ab Übergabe

Auch die erste der beiden genannten Ausnahmeregelungen in Bezug auf die *effectiveness* von Anschaffungsfinanzierungssicherheiten bezweckt eine erheblich praktische Erleichterung für die Parteien des Finanzierungsgeschäfts: IX.-3:107(2) DCFR sieht vor, dass bei Registrierung innerhalb von 35 Tagen ab Sachübergabe die *effectiveness* iSv Kapitel 3 rückwirkend mit dem Zeitpunkt der *creation des acquisition finance device* eintritt. Ist das Sicherungsrecht spätestens im Zeitpunkt der Übergabe vereinbart worden, löst die nachträglich aber fristgerecht vorgenommene Registrierung somit eine Rückwirkung der *effectiveness* auf den Lieferzeitpunkt aus.¹³² Die Rückwirkung ist insb auch für die Wahrung der in IX.-4:102(1) DCFR angeordneten Superpriorität¹³³ von Bedeutung, da diese ausdrücklich an die *effectiveness* anknüpft.¹³⁴ Die Einräumung einer „Gnadenfrist“ bezweckt, dass von einer Registrierung bei Warenlieferungen mit kurzfristigem Zahlungsziel abgesehen werden kann, sofern der Erwerber pünktlich zahlt. Die Bemessung der 35-Tage-Frist geht im Übrigen davon aus, dass Käufern oft eine 30-tägige Zahlungsfrist eingeräumt wird. Geht die Zahlung nicht rechtzeitig ein, hat der Verkäufer (bzw sonstige Sicherungsnehmer) immer noch etwas Zeit, den Registereintrag vor Ablauf der 35 Tage herbeizuführen.¹³⁵

Im Hinblick auf diese Sonderbestimmung lässt sich natürlich mit Recht die im vorliegenden Beitrag verfolgte Grundsatzfrage stellen, ob und inwieweit unterschiedliche Publizitäts- bzw Drittwirkungserfordernisse bei Sicherungen für Anschaffungsfinanzierungen einerseits und allen anderen dinglichen Sicherheiten andererseits dogmatisch befriedigend gerechtfertigt werden können. Eine vollkommen zufriedenstellende Antwort auf dogmatischer Ebene vermag sich dem Autor bei erster Analyse nicht zu erschließen (sodass man sich letztlich mit der Erklärung zufrie-

129 Zur Frist siehe die allgemeinen Regeln in IX.-3:325 f DCFR. Ein entsprechendes Konzept gilt nach Article 9 UCC, vgl etwa *Kieninger*, RNotZ 2013, 219 mwN.

130 Vgl oben III.C.2. bei FN 119.

131 Vgl oben III.B. bei FN 98.

132 Zum regelmäßigen Eintritt der *creation* im Zeitpunkt der Sachübergabe vgl oben FN 127. Im Fall einer erst nach Lieferung erfolgten Vereinbarung des Sicherungsrechts kann die Rückwirkung nur bis zum Vereinbarungszeitpunkt reichen.

133 Vgl oben III.C.1. bei FN 113.

134 Entsprechend stellt IX.-3:107(3) DCFR klar, dass eine später als 35 Tage nach Lieferung vorgenommene Registrierung keine Rückwirkung entfaltet und auch keine Superpriorität bewirkt.

135 Vgl Comment C zu IX.-3:107, DCFR Full Edition 5483 = PEL Prop. Sec. 410; *Brinkmann*, Kreditsicherheiten 454; *Kieninger*, RNotZ 2013, 218. Eine ähnliche Bestimmung, allerdings mit 20-tägiger Frist, enthält § 9-324(a) UCC. Der UNCITRAL Legislative Guide (346 sowie Recommendations 180 bzw 192) sieht 20 bis 30 Tage vor.

den geben muss, dass schlicht ein aus Praktikabilitätsgründen einzugehender Kompromiss vorliegt). Möglich sind allerdings einige Relativierungen.

Zunächst ist klar, dass sich eine aus dogmatischen Erwägungen als unbefriedigend empfundene Ungleichbehandlung auf ein (zeitliches) Teilsegment beschränkt und Anschaffungsfinanzierungssicherheiten bei Weitem nicht in ihrer Gesamtheit betrifft. Auch wirkt sich die Sonderregelung keineswegs auf alle Typen von „Dritten“ aus: Die 35-Tage-Regel des IX.-3:107(2) DCFR betrifft das Konzept der *effectiveness* und damit nach dem DCFR nur die in IX.-3:101(1) DCFR ausdrücklich angeführten Typen von Drittgläubigern, insb Exekutions- und Insolvenzgläubiger. Gegenüber künftigen Erwerbem von Eigentum oder eines Sicherungsrechts an der Sache wirkt der *acquisition finance device* wie alle Sicherungsrechte ohnehin bereits ab *creation* (also mit Übergabe). Erwerber konkurrierender, vom Sicherungsgeber (Vorbehaltskäufer) bestellter Sicherungsrechte am „Vorbehaltsgut“ sind allerdings insoweit durchaus erheblich betroffen, als mit der Rückwirkung der *effectiveness* auch die den Anschaffungsfinanzierungssicherheiten eingeräumte Superpriorität rückwirkend eintritt und sie dem Anschaffungsfinanzierer damit nachgehen.¹³⁶ Dies ist zwar primär Konsequenz der allgemeinen Privilegierung von *acquisition finance devices* in Prioritätsfragen, stellt aber unter Publizitätsgesichtspunkten jedenfalls einen Bruch dar.

Keine befriedigende Erklärung für unterschiedliche Publizitätsanforderungen während der ersten 35 Tage liefert nach hier vertretener Auffassung ferner der bereits oben erörterte hypothetische Ansatz, dass Eigentumsvorbehalten mit kurzen Zahlungszielen, denen keine Kreditgewährung in einem wirtschaftlichen Sinne zugrunde liegen, gar keine Sicherungsfunktion innewohne, sondern lediglich der durch Rechnungslegung und unbare Zahlung „gedehnte“ Zug-um-Zug-Charakter des Leistungsaustauschs gewahrt werden solle.¹³⁷ Warum fehlende Erkennbarkeit während bis zu 35 Tagen aus Drittperspektive hier im Gegensatz zu anderen Sicherungsinstrumenten hingenommen werden muss, vermag ein solcher Ansatz letztlich ja nicht zu erklären. Dass die Dauer, innerhalb derer man sich mit der Publizitätslosigkeit abzufinden hat, nach dem DCFR anders als im geltenden Recht streng begrenzt ist, ändert daran ebenso wenig wie der Umstand, dass die Kaufpreissicherung ursprünglich vielleicht nur für kurze Zeit intendiert war. Auch die Überlegung, dass potenzielle ungesicherte Kreditgeber, auf die das Konzept der *effectiveness* nach dem DCFR ja maßgeblich abstellt, wohl primär am Bestehen langfristiger Belastungen des Schuldnervermögens interessiert sein werden, weil nur diese beim erst späteren Fälligwerden ihrer eigenen Ansprüche noch existieren, hilft nicht entscheidend weiter. Denn auch langfristige Belastungen sind ja im Zeitpunkt der konkreten Kreditierungsentscheidung noch nicht notwendig eingetragen.

Auf dogmatischer Ebene verbleibt somit eine gewisse Schieflage; deutlich geringer ausgeprägt als nach geltendem Recht, aber doch. In faktischer Hinsicht mag das Unbehagen dadurch abgemildert werden, dass auch für bloß kurzfristige Vorbehaltssicherungen eine Registrierung häufig bereits vorab erfolgen wird, wenn die Lieferung im Rahmen einer ständigen Geschäftsbeziehung erfolgt und die Vertragspartner von der Möglichkeit einer Pauschalregistrierung Gebrauch gemacht haben.

¹³⁶ Vgl Comment C zu IX.-3:107, DCFR Full Edition 5484 = PEL Prop. Sec. 410.

¹³⁷ Dazu oben II.C. nach FN 48.

c. Von Verbrauchern bestellte *acquisition finance devices*

Als zweite Sonderregel in Bezug auf das Konzept der *effectiveness* wird vom Registrierungserfordernis dann zur Gänze abgesehen, wenn der Sicherungsgeber (Erwerber) Verbraucher ist (IX.-3:107(4) DCFR). Die *effectiveness* des *acquisition finance device* tritt in diesem Fall ohne weitere Voraussetzungen ein, mithin im Zeitpunkt der *creation* des Sicherungsrechts (*de facto* bei Übergabe). Die freiwillige Vornahme eines Registereintrags ist im Fall einer Verbrauchersicherheit aber ohne Weiteres möglich. Aus der Verankerung der Regel im Konzept der *effectiveness* ergibt sich wiederum, dass die Ausnahme nur gegenüber bestimmten Dritten wirkt, konkret insb gegenüber Exekutions- und Insolvenzgläubigern. Gegenüber Sacherwerbern und Erwerbenden von Sicherungsrechten gilt jegliche Verbrauchersicherheit ab *creation*, wobei diese gegebenenfalls Schutz durch Gutgläubenserwerbsregeln genießen.

Auch die hier diskutierte Sonderregelung hat internationale Vorbilder.¹³⁸ Sie erklärt sich im Wesentlichen aus verschiedenen ineinandergreifenden Praktikabilitätsabwägungen: Gerade bei Verbrauchern mag es am erforderlichen *enrolment* zum Registersystem relativ häufig fehlen und müsste eine solche Erstanmeldung zum Register dann eigens für das konkrete Geschäft erwirkt werden. Zudem mag der Registrierungsaufwand auch bei geringen Registergebühren aufgrund des Zeitaufwands nicht selten außer Verhältnis zum Kreditvolumen und damit zum Risiko des Sicherungsnehmers stehen.

All dies sind, wie erwähnt, Praktikabilitäts- bzw Effizienzerwägungen, und zwar ausschließlich solche betr den Finanzierer und den Erwerber. Im Hinblick auf künftige ungesicherte Drittgläubiger, auf die sich die Regelung potenziell negativ auswirkt, liegt vielleicht noch die Mutmaßung nahe, dass für deren Kreditungsentscheidung erkennbare Belastungen des Mobiliarvermögens von Verbrauchern aufgrund des relativ geringen Sachwerts praktisch gar nicht so entscheidend wären.¹³⁹ Dies wäre allerdings eine sehr grobe Simplifizierung – man denke bspw an Kraftfahrzeuge – und soll daher hier nicht als Rechtfertigungsthese fungieren.

Eine dogmatische Rechtfertigung zur publizitätsbezogenen Differenzierung gegenüber anderen Sicherungsrechten oder auch gegenüber Anschaffungsfinanzierungssicherheiten von Unternehmen liefern sämtliche bisher reflektierte Überlegungen nicht. Auch Verbraucherschutzziele in Form eines Schutzes der schwächeren Vertragspartei vor negativen Effekten typischer wirtschaftlicher Ungleichgewichtslagen scheiden als Grundlage aus. Das Einzige, was dem Verbraucher erspart bleibt, ist der Aufwand für das einmalige *enrolment* im Register sowie für die Abgabe einer Zustimmungserklärung zur konkreten Sicherheitenbestellung, die ebenfalls elektronisch im Register

¹³⁸ Vgl etwa § 9–309(1) UCC und dazu *White & Summers*, Uniform Commercial Code IV⁵ (Practitioner Treatise Series, 2002) 133 ff (insb 138 ff); *Brinkmann*, Kreditsicherheiten 376 f; *Kieninger*, RNotZ 2013, 219. Der österreichische MSG-E von 2007 umgeht die Frage dadurch, dass er von vornherein nur für Sicherungsrechte gilt, die von Unternehmen bestellt werden (vgl oben III.B. mit FN 100).

¹³⁹ Teils ähnlich – wenngleich aus Finanzierersicht – *Lwowski*, Ökonomische und rechtliche Anforderungen an ein optimal funktionierendes Mobiliarkreditsicherungsrecht aus der Sicht der Praxis, in *Basedow/Remien/Wenckstern* (Hrsg), Europäisches Kreditsicherungsrecht – Symposium im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht zu Ehren von Ulrich Drobnig am 12. Dezember 2008 (2010) 173 (177 f), der für das Kreditsegment der Anschaffungskredite insb im Verbraucherbereich auf schnellen Wertverfall und geringe Verwertungserlöse sowie darauf hinweist, dass derartige Finanzierungen in der gängigen deutschen Praxis idR durch Abtretung von Lohn- und Gehaltsansprüchen sowie Bürgschaften besichert würden.

erfolgt.¹⁴⁰ Es geht um die Praktikabilität des Systems, nicht um den Schutz des unter Vorbehalt kaufenden Verbrauchers.

Auch hinsichtlich dieser zweiten Ausnahmeregelung verbleibt somit auf rein dogmatischer Ebene ein gewisses Unbehagen. Dieses ist allerdings, soviel muss festgehalten werden, aufgrund des beschränkten Anwendungsbereichs der Regelung weit geringer als in Bezug auf das geltende Recht.

IV. Fazit

Definiert man dogmatische Wertungskohärenz als Ziel einer Privatrechtsordnung, erweist sich das geltende österreichische Recht des Eigentumsvorbehalts insoweit als unbefriedigend, als es diesen im Gegensatz zu anderen Mobiliarsicherheiten von Publizitätsanforderungen zur Gänze dispensiert. Auf dogmatischer Ebene lässt sich diese Ungleichbehandlung nicht überzeugend rechtfertigen. Es prävalieren wirtschaftliche Zwänge, denen mit dem Publizitätsinstrumentarium des geltenden Rechts nicht entsprochen werden könnte (Kapitel II.). *De lege ferenda* ließen sich die derzeit unversöhnlichen Ziele dogmatischer Wertungskohärenz und wirtschaftlicher Praktikabilität allerdings deutlich besser in Ausgleich bringen. Dafür bedarf es insb eines neuen Publizitätsmittels, das sich grundsätzlich für alle Formen dinglicher Sicherungsrechte eignet. Ein allgemeines elektronisches Mobiliarsicherheitenregister kann ein solches adäquates Publizitätsmittel darstellen. Dass dabei viel auf die konkrete Ausgestaltung des Gesamtsystems ankommt, ist anhand der unterschiedlichen Modelle des österreichischen MSG-Entwurfs von 2007 einerseits und von Buch IX DCFR andererseits deutlich geworden. Auch Letzteres vermag zwar das Spannungsverhältnis zwischen dogmatischem Kohärenzstreben und Praktikabilitätswängen nicht zur Gänze aufzuheben, es ließen sich damit allerdings erhebliche Fortschritte erzielen (Kapitel III.).

Dass die beiden im Rahmen dieses Beitrags im Vordergrund stehenden Zielsetzungen nicht die einzigen sind, die bei einer allfälligen Neuausrichtung des Mobiliarsicherungsrechts Beachtung verlangen, sei abschließend nochmals klargestellt.

¹⁴⁰ Zu diesem vom DCFR vorgesehenen Zustimmungserfordernis siehe IX.-3:309 iVm IX.-3:306(1)(d) DCFR. Näher zu diesem Konzept und vorläufig noch bestehenden Unklarheiten *W. Faber*, Mobiliarsicherungsrecht V.D.2.2.1.



Replik auf Wolfgang Faber

Ergänzende Bemerkungen zum vereinbarten Eigentumsvorbehalt und dessen „Wirksamkeit“

Peter Bydlinski*, Universität Graz

Kurztext: Der Ansicht von W. Faber, wonach der Eigentumsvorbehalt mangels gewohnheitsrechtlicher Verfestigung eigentlich an mangelnder Publizität scheitern müsste, werden Grundsätze des Eigentumserwerbs entgegengestellt. Vor allem wird gezeigt, dass es bei vereinbartem Eigentumsvorbehalt keine Einigung über den Eigentumsübergang vor vollständiger Zahlung gibt, eine solche Einigung aber für den (sofortigen) Erwerb durch den Käufer notwendig wäre. Ferner wird für die Frage sensibilisiert, welche Ansprüche des Verkäufers durch den Vorbehalt gesichert werden sollen.

Schlagworte: Eigentumsvorbehalt (Wirksamkeit, Reichweite); Sicherung durch Eigentumsvorbehalt; Sicherung der Kaufpreisforderung.

I.

In seinem Beitrag „Eigentumsvorbehalt und Publizität. Zwischen wirtschaftlichem Bedürfnis und dogmatischer Wertungskohärenz“ (ALJ 2/2015, 212, <http://alj.uni-graz.at/index.php/alj/article/view/51>) hat W. Faber den Eigentumsvorbehalt für das österreichische Recht unter teleologischen und systematischen Gesichtspunkten umfassend in Frage gestellt. Er „rettet“ ihn schließlich nur mithilfe einer gewohnheitsrechtlichen Grundlage. Welche Facetten des „Eigentumsvorbehaltsrechts“ sich tatsächlich bereits gewohnheitsrechtlich verfestigt haben, wäre wohl noch im Detail zu klären. Mir geht es heute aber um den vorgelagerten Teil von W. Fabers ausgesprochen tiefeschürfender Untersuchung, und damit nicht zuletzt um die verschiedenen Facetten. ME leidet die Analyse nämlich an dem Mangel einer klaren Umschreibung dessen, was mit dem Kürzel „Eigentumsvorbehalt“ gemeint ist oder davon erfasst sein könnte. Wenn ich es recht verstehe, fokussiert W. Faber den Blick auf die Sicherung der (restlichen) Kaufpreisforderung. Bis dahin ist es allerdings ein weiter Weg.

* o. Univ.-Prof. Dr. Peter Bydlinski ist Professor am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Universität Graz.

II.

Liest man übliche Vorbehaltsklauseln, so heißt es dort etwa „Eigentumsvorbehalt bis zur vollständigen Bezahlung“, „Die Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung unser Eigentum“ oÄ. Von einer Sicherungsabrede in Bezug auf die Kaufpreisforderung ist keine Rede. Daher wird die Auslegung einer solchen Klausel – jedenfalls bei Beteiligung von Verbrauchern – vielfach auch nur ergeben, dass der Verkäufer in Abweichung von § 1063 und in Annäherung an das Zug-um-Zug-Prinzip mit einem Eigentumsübergang zugleich mit der Sachübergabe nicht einverstanden ist. Damit könnte sich der Verkäufer bei Kaufpreiszahlungsverzug für den Rücktritt vom Vertrag entscheiden und würde die Sache – da ja seine – auch im Falle einer Insolvenz des Käufers wieder zurückerhalten. Gegen die Zulässigkeit dieser Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung gibt es nun aber keinerlei durchschlagenden Einwand: Abgesehen davon, dass es durchaus sachgerecht ist, das Vorleistungsrisiko zu vermeiden – die gewünschte Benutzbarkeit erhält der Käufer ohnehin sofort –, wäre es auch dogmatisch ganz unzulässig, die rechtsgeschäftliche Einschränkung der dinglichen Einigung zu ignorieren. Steht fest, dass der Verkäufer von vornherein mit seinem Eigentumsverlust nur unter bestimmten Voraussetzungen einverstanden war und der Käufer dies auch so akzeptiert hat, kann es zu keinem Eigentumserwerb vor Bedingungseintritt kommen. Die gesetzlichen Erwerbsvoraussetzungen sind dann eben schlicht nicht erfüllt. (Wer eine solche Klausel dennoch als unwirksam ansehen wollte, müsste übrigens im Regelfall zur Gesamtnichtigkeit des Kaufvertrages kommen, da der Verkäufer ohne Eigentumsvorbehalt im Zweifel nur gegen sofortige Barzahlung verkauft hätte. Damit bliebe das Eigentum jedoch ebenfalls beim „Verkäufer“.)

III.

Der Eigentumsvorbehalt an sich ist also ohne jeden Zweifel zulässig und wirksam. Daraus folgt zugleich, dass andere Gläubiger des Käufers vor vollständiger Kaufpreiszahlung im Wege der Exekution nicht auf die Vorbehaltssache greifen können (wohl aber auf das Anwartschaftsrecht) und dass die Sache bei Insolvenz des Käufers nicht in die Masse fällt (wohl aber wieder das Anwartschaftsrecht; überdies könnte der Insolvenzverwalter im Gläubigerinteresse vom Wahlrecht nach § 21 IO Gebrauch machen). Damit bricht aber auch die Argumentation in sich zusammen, dass Dritte in ihrem Vertrauen, die beim Käufer vorhandene Sache stehe in dessen Eigentum – und gehöre daher auch dessen Haftungsfonds an –, wie bei Verpfändung zu schützen seien und der Verkäufer iSd zwingenden Faustpfand- bzw Publizitätsprinzips keine dinglichen Vorrechte an der Sache geltend machen können solle.

IV.

Damit zum zweiten denkbaren „Sicherungsschritt“, bei dem der bloßen Eigentumsvorbehaltsabrede auch noch eine Sicherungsabrede in Bezug auf den Kaufpreisrest an die Seite tritt. An der eben geschilderten Interessenlage ändert sich wenig bis nichts: Wird das Vertrauen der (präsumtiven) Käufer-Gläubiger, dass die Sache im freien Eigentum des Käufers und ihnen daher im Ernstfall zur Befriedigung ihrer Forderungen zur Verfügung stehe, ohnehin nicht geschützt, so liegt im Umstand, dass der Verkäufer Befriedigungsvorrang genießt (soweit seine noch offene Kaufpreisforderung im aktuellen Wert der Sache Deckung findet), keine Verletzung schutzwürdi-

gen Vertrauens Dritter; und damit besteht zugleich kein hinreichender Grund dafür, die vereinbarte Sicherung der Restkaufpreisforderung als aus Publizitätsgründen unwirksam anzusehen.

V.

Zusammenfassend: Die Wirksamkeit „des Eigentumsvorbehalts“ ergibt sich schlicht daraus, dass der Verkäufer sein Eigentum an der Sache (noch) nicht auf den Käufer übertragen hat. Ein „vorzeitiger“ Eigentumserwerb des Käufers lässt sich keinesfalls begründen, da die gesetzlichen Voraussetzungen dafür schlicht nicht erfüllt sind. Damit kann der Verbleib des Eigentums beim Verkäufer (bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung) auch nicht an mangelnder Publizität scheitern. Doch auch die Zulässigkeit einer „erweiterten Sicherung“ des Verkäufers (hinsichtlich seines Kaufpreisanspruchs) dürfte mE durchaus systemgerecht, nämlich unter Mitbeachtung des Vertrauensschutzes Dritter (und dessen Grenzen), begründbar sein, ohne dass es einer Berufung auf – nahezu immer unsicheres – Gewohnheitsrecht bedürfte.



Diversity: Beyond Recognition in Bosnia and Refusal in France

Constance Grewe*, Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

Abstract: *Diversity is a condition necessary for the building of a pluralist democratic society if it is perceived as a source of enrichment. But when its recognition proves to be partial and therefore excluding some categories of individuals from the participation in public life, diversity appears to be rather a threat than enrichment. The very opposite examples of Bosnia and Herzegovina on the one side and of France on the other side are chosen as illustration. In Bosnia and Herzegovina the constitutional recognition of the constituent peoples is limited to the three ethnic groups of Serbs, Croats and Bosniacs excluding the so-called 'Others' namely from the House of Peoples and the Presidency. In France, the traditional ignorance of diversity and the concept of universal citizenship have prevented the acknowledgment of minorities and regional or minority languages. The admitted diversity being limited, it is difficult for both countries to conceive diversity as enrichment and to accede to a true pluralist society. Bosnia's non-implementation of the ECtHR's judgment *Sejdić and Finci* as well as the continuous controversies about religious signs in France and the difficulty to enforce a real equality between men and women exemplify this statement.*

Keywords: *Ethnicity; pluralism; minority rights; equality; constituent peoples.*

I. Introduction

'A society in which diversity is not perceived as a threat but as a source of enrichment' – this is how the European Court of Human Rights (ECtHR) in the *Sejdić and Finci case*¹ formulates the aim in matters of democracy. It seems that still this goal is rather far from being reached.

Yet nowadays diversity is everywhere. Not only is it the characteristic of the European Integration but it is also prevailing within the states. Whatever might be the criterion – linguistic, religious, social, economic, cultural or ethnic –, no population proves to be homogeneous. Nevertheless or, conversely, for that reason, the constitutional regulations or their interpretation seem to conceive diversity more as a threat than as enrichment. The classic models are quite opposite in this respect as illustrated namely by *Joseph Marko*.² The German model of the 'nation state' recognizes

* Constance Grewe is Prof. em. of the University of Strasbourg (France) and Judge at the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. This article is based on a lecture held by the author on the symposium "Meeting the challenges of Diversity" for the 60th birthday of *Joseph Marko* in Graz on 8. 4. 2015.

1 ECtHR 22. 12. 2009 (GC), 27996/06 and 34836/06 point 43.

2 *Marko*, *Ethnopolitics. The Challenge for Human and Minority Rights Protection*, in *Corradetti* (ed), *Philosophical Dimensions of Human Rights. Some Contemporary Views* (2012) 265 (266 et seqq).

diversity, ethnic difference and cultural or national minorities whereas the French model of the 'state nation' relying on cultural indifference acknowledges only abstract citizens and no minorities. While the German model leads to 'institutional segregation and/or territorial separation'³ the French model aims at assimilation.

As history shows, both of these models have failed inasmuch as they do not have succeeded to transform diversity from a threat to a source of enrichment. To the contrary, ethnic conflicts and divided societies have resulted from the ethnic differences in ex-Yugoslavia, namely in Bosnia and Herzegovina (BiH). The recognition of ethnic differences and the adoption of a power-sharing mechanism in the Dayton-Constitution not only prove to be insufficient but also discriminatory. And instead of assimilation the French denial of ethnic and cultural diversity has been pushed to introduce increasing derogations without being able to manage some hot social and/or ethnic crises. To put it in a nutshell, recognize or not diversity, that is not the question (II.). The question is rather what kind of diversity should be recognized and with which legal and/or political consequences (III.). This is what I would like to underline here by the opposite examples of BiH and France.

II. Recognition of diversity: that is not the question

As can be seen in BiH, the recognition of ethnic diversity does not overcome the divide between majority and minority since it does not include all citizens (A.). Paradoxically, the French example converges with this statement insofar as it admits some exceptions from the principle of the universality of citizens (B.).

A. The scope of ethnic diversity enshrined in the Bosnian Constitution

The Dayton Constitution, still in force, implicitly but clearly rejects the concepts of a single nation state or of minority rights in concluding the preamble by the following formula: 'Bosniacs, Croats, and Serbs, as constituent peoples (along with Others), and citizens of Bosnia and Herzegovina hereby determine that the Constitution of Bosnia and Herzegovina is as follows.'

The – completely fictive⁴ – constituent power mentioned in this provision are the three ethnic groups, the 'Others' being put into brackets in their quality as both constituent peoples and citizens. According to this provision, the Bosnian State is first of all composed by the constituent peoples and only secondarily by the citizens. Therefore the power sharing is limited to the three constituent peoples. The Constitution institutes the monopoly of the three ethnic groups for the Presidency and the House of Peoples. Furthermore, each one disposes of a veto power when it considers that its vital interest has been violated. The Bosnian Constitutional Court has been confronted with the consequences of ethnicity in numerous proceedings. The landmark ruling is in this regard the '*Constituent peoples*' case of 2000⁵ where *Joseph Marko* has been the judge rapporteur.

³ *Marko* in *Corradetti* 268.

⁴ *Maziau*, L'internationalisation du pouvoir constituant, *RGDIP* 2002, 549 (568).

⁵ CC, U 5/98, *Constituent peoples* – four partial decisions: 28/30 January, 18/19 February, 30 June/1 July and 18/19 August 2000. The decisions of the Constitutional Court of BiH are available at <http://www.ccbh.ba/eng/> (10. 6. 2015). See *Marko*, Five Years of Constitutional Jurisprudence in Bosnia and Herzegovina: A First Balance, *European Diversity and Autonomy Papers* 7/2004, available at <http://www.eurac.edu/edap> (10. 6. 2015).

Here, the Court had to decide what status the constituent peoples had within the two entities. The Court concluded that the entities were not to be equated with the territory of a particular constituent people, and that the three constituent peoples enjoyed equal collective rights in both entities.⁶ While the Constitutional Court certainly wished to balance ethnic and civic elements in this case, subsequent developments cast doubts on the success and the solidity of this jurisprudence. The principle of equality of the constituent peoples could not prevent the increasing ethnic homogenization of the entities.⁷ So the Court invalidated later on the municipal status of the city of Sarajevo for the reason that it conferred privileges, such as a guaranteed minimum representation, only to some and not to all constituent peoples.⁸ In other instances, the Court had to annul entity coats of arms, hymns and flags, which constitute important symbolizations of collective identity, because they did not represent all ethnic groups⁹ or to quash the ethnically colored names of towns and municipalities.¹⁰ Hence it can be observed that the ethnic element takes an increasing place in the constitutional order that is favored by the territorial organization, the electoral system, the ethnic quotas in central institutions and the veto-mechanism.

The specific interconnection of territoriality and ethnicity in BiH raises serious problems with regard to the right to stand for elections and democratic equality. The election rules concerning the House of Peoples and the Presidency imply that those who do not identify themselves as a member of one constituent people cannot be elected at all to either organ. These arrangements have been contested several times before the Constitutional Court¹¹ and eventually before the ECtHR. The Constitutional Court rejected the complaints essentially for reasons of normative hierarchy. In the landmark *Sejdić and Finci* case handed down in 2009,¹² the Grand Chamber of the ECtHR ruled on an application by Bosnian citizens who identified themselves as members of the Jewish and Roma communities and were therefore totally excluded from the House of Peoples and the Presidency. The Court held that the exclusion of non-constituent peoples amounted to a violation of the non-discrimination principle. It did not accept the argument that the restoration of peace still justified such specific power sharing more than a decade after the civil war ended. This underlines that the margin of appreciation, which the Court generally leaves to states in electoral matters, is limited when it comes to discrimination on ethnic grounds.

Although the ECtHR stated that the exclusion of the 'Others' and not the power sharing as such was called into question, BiH has not yet implemented this judgment until today. In France, the scope of recognized diversity is still more restricted since the principle is here the denial of diversity or the indifference of the latter.

6 *Maziau*, Le contrôle de constitutionnalité des Constitutions de Bosnie-Herzégovine, RFDC 2001, 195 (195).

7 For more details, see *Grewe/Riegner*, Internationalized Constitutionalism in Ethnically Divided Societies: Bosnia-Herzegovina and Kosovo Compared, in *Bogdandy/Wolfrum* (eds), Max Planck Yearbook of United Nations Law (2011) 1 (17 et seqq).

8 CC 22. 4. 2005, U 4/05, *Statute of the city of Sarajevo*.

9 CC 31. 3. 2006 and 18. 11. 2006, U 4/04, *Flags, Coats of arms and anthems of the Entities as well on official holidays*.

10 CC 27. 2. 2004, U 44/01, *Names of towns*.

11 CC 28. 2. 2005, AP 35/03, *Elections to the House of people*, dissenting opinion judge *Grewe*; CC 31. 3. 2006, U 5/04, *Elections to the Presidency and the House of Peoples*; CC 26. 5. 2006, U 13/05, *Electoral Law*, dissenting opinions of judges *Feldmann*, *Palavric* and *Grewe*.

12 See above footnote 1.

B. The slow emergence of diversity in the French Constitution

Initially, that is from the revolution on, the French Constitution relied on the direct and vertical relation between the 'Republic' and the citizens. Orders, privileges and corporations had been suppressed; the decentralized entities and the citizens were ordered to be equal and were governed by a uniform legal regime. Still nowadays the Republic is qualified as 'indivisible' that is considered to be opposite to any normative power at the local level.

The Constitutional Council has been inspired several times by the republican indivisibility. The most famous example is the *Corsican people's case*¹³ where the Council derived from the indivisibility of the Republic the indivisibility of the French people. As no other people can exist within the French one, it becomes also impossible to recognize national or cultural minorities. Therefore there is no question to ratify the European framework agreement on minorities.

Likewise the French language as official language hinders the use of regional or minority languages in the citizens' relations with administrative or judicial offices. This has been stated in the *Polynesia case*,¹⁴ and has prevented the French ratification of the European Charter for Regional and Minority Languages. In this latter application¹⁵ the Constitutional Council having declared the unconstitutionality of the Charter, the government refused to modify the Constitution even though, in 2008, a new Art 75 (1) had been added declaring the regional languages part of the French cultural heritage. This provision might have served to overcome the objections of the Constitutional Court but as the political power still was opposed to the ratification, this did not happen.

In his campaign for the presidential elections in 2012, *François Hollande* promised eventually the ratification. Rather than relying on Art 75 (1) of the Constitution,¹⁶ he aimed at the adoption of a constitutional amendment.¹⁷ The corresponding draft was voted in the National Assembly in January 2014 and since this moment it is waiting for its reading in the Senate. In any case, the present political majority would be unable to gather the 2/3s majority required for constitutional amendments. This way, it is unfortunately likely that the Charter will fall again into its long sleep of 'Sleeping Beauty.'

Although the Constitutional judge is strongly supervising the respect of these traditional principles, there have been increasing statutes derogating more or less from this doctrine, especially concerning the decentralized entities. Thus the three biggest cities, Paris, Lyon and Marseille, are no more governed by the same regime as the other municipalities but have a special status. The Constitution has partly acknowledged this evolution by evoking the overseas populations within the French people (Art 72 (3)), the possibility for territories to experiment specific laws (Art 72 (4) and Art 74 (1)) or by defining a special electoral body for the vote on the independence of New Caledonia (Art 77).

13 CC 9. 5. 1991, 91-290 DC, *Peuple corse*. The decisions of the Conseil constitutionnel in French and in English are available at <http://www.conseil-constitutionnel.fr> (10. 6. 2015).

14 CC 9. 4. 1996, 96-973 DC, *Autonomie de la Polynésie française*.

15 CC 15. 6. 1999, 99-412 DC, *Charte des langues régionales et minoritaires*.

16 Against this legal basis: CC 20. 5. 2011, 2011-130 QPC: Art 75 (1) does not institute a right or a liberty the violation thereof could be declared in a preliminary referral of constitutionality before the CC.

17 Report before the National Assembly by *Urvoas*, No 1703, 14. 1. 2014.

But what is legally and politically more significant is the will to improve a real equality between men and women since in this regard the constitutional legislator has chosen the mean of positive discrimination, which is diametrically opposed to the abstract concept of citizens. So the new para 2 of Art 1 reads: 'Statutes shall promote equal access by women and men to elective offices and posts as well as to professional and social positions.'

Concerning professional and social positions this provision, for the time being, proves to be issued from wishful-thinking but in electoral matters, the so-called 'parity' has been confirmed and consolidated in Art 4: 'Political parties and groups shall contribute to the exercise of suffrage. They shall be formed and carry on their activities freely. They shall respect the principles of national sovereignty and democracy. They shall contribute to the implementation of the principle set out in the second paragraph of Art 1 as provided for by statute.'

While the mentioned statutes have instituted the principle of parity lists for the elections, the sanction of the non-observance is only financial so that most parties continue to present more male than female candidates. But for the recent 'département' elections, the scrutiny has been changed. Henceforth it is foreseen that the electors vote in favor of a couple of candidates, one woman and one man. Thus many women are part now of these assemblies (about 1.000). However, it remains significant that among all these women, only eight have been elected president of their assembly.¹⁸

In conclusion it can be observed that in both countries the diversity is admitted and organized almost in the public and political sphere. In Bosnia the diversity is extended to a true power sharing and forms a fundamental principle of government whereas in France it is limited to elections, professional and social life forming an important exception to the principle of cultural/ethnic indifference. Consequently the political diversity is not complete; in Bosnia, it does not cover the 'Others', in France it concerns only a little segment of political life. And what is lacking in both countries is the organization and the implementation of a real pluralism.

III. The kind of diversity and its effectivity: that is the question

As formulated by the ECtHR, diversity should become a source of enrichment. This is possible only when diversity is not limited to the political sphere and when it is not locked up in rigid structures. Yet, this is precisely the difficulty in Bosnia first of all, in France to a lower degree. I will illustrate this idea by the persistent Bosnian difficulties to implement the *Sejdić and Finci* judgment (A.) and the problems raised in France by what the ECtHR calls the 'living together' (B.).

A. The Bosnian difficulties with the *Sejdić and Finci* judgment's implementation

The ECtHR's judgment has been delivered in 2009. Before the Bosnian parliamentary elections in 2010, the European institutions – Council of Europe as well as EU – threatened Bosnia not to recognize these elections if there was no implementation of the judgment. Despite all resolutions and recommendations, even the general elections of 2014 have taken place without any modification.

¹⁸ See <http://www.interieur.gouv.fr/Elections/Actualites-des-elections/Liste-des-presidents-des-conseils-departementaux-elus> (10. 6. 2015).

Namely, there has been no constitutional amendment modifying the composition of the Presidency or of the House of Peoples. Likewise in spite of the manifold opinions given by the Venice commission in this sense, the electoral law has not been changed. In other words, the political and democratically legitimated authorities have refused to draw the practical consequences from the ECtHR case law.¹⁹

As to the Constitutional Court, it considered that it was up to the political power to make the necessary decisions. Yet several applications more or less linked to the discrimination problematic were pending before the Court. There was in particular a request alleging the unconstitutionality of the entities' constitutions relating to the elections of the Presidents and vice-presidents in the entities.²⁰ The allegations based on Art 1 Protocol 12 and Art 3 Protocol 1 in combination with Art 14 ECHR, were quasi identical to the *Sejdić and Finci* case with the only difference that they concerned the entities' constitutions and not the central one.

While the request had been filed in November 2012 – which is already far from the ECtHR decision – the Constitutional Court resigned itself only very recently at the end of March 2015, i.e. more than two years later, to decide on this case. In this judgment it admitted that the exclusion of the 'Others' amounted to an unjustified discrimination. Nevertheless, the Court's reluctance to intervene can be seen in the fact that it does not impose any delay to the Parliaments for the implementation of its judgment: The hope is still that there would be a constitutional amendment obliging the entities in their turn.

If it seems hence to be clear that the constituent peoples' monopoly in the public decision making is at least contrary to the Convention, probably even to the Constitution (Art II (4) and Art X (2)), it is not sure that this idea would be followed in similar cases. In this regard, it will be very interesting to see how the Constitutional Court will decide in the pending case concerning the law implementing the stabilization agreement with the EU. The said law creates an independent State-aid Council where each constituent people but not the 'Others' must have at least one representative. A valid decision cannot be reached without the consent of at least one constituent people and with a majority of 5 out of 6 members.

Likewise it is not evident that the Court would change its Rules of Court where the ethnic quotas are present either in the appointment procedure either in the regulations concerning the election of the Court's President and Vice-Presidents. But even in societies that are not divided, such as France, diversity is source of conflict.

B. French problems with the 'living together'

It is true that the principle of assimilation finds a concrete legal transposition in the legislation concerning the French nationality. Most children issued from the second generation of immigration obtain the French nationality. But the discriminations are not so much based on nationality than rather on color or home address – the famous suburbs of big cities: they are racial, social and economic. The periodical revolts in these suburbs are the sad testimony thereof. The other

19 For a more general overview, see *Marko*, Defective democracy in a failed state? Bridging constitutional design, politics and ethnic division in Bosnia-Herzegovina, in *Ghai/Woodman* (eds), *Practising Self-Government. A Comparative Study of Autonomous Regions* (2013) 281 (281 et seqq).

20 CC, U 14/12, *Discrimination in the Entities' Constitutions*.

face of this problem is the temptation to reduce immigration. Yet in this respect most of the EU member states show similar reactions today. What is more specific in France and closely linked to the idea of the Republic, this time in the sense of the secular Republic, is the number and the importance of controversies on religious signs in the public space.

The law on separation between the churches and the State of 1905 brought to a temporary end an old conflict that existed already during the French revolution. While this law marked the victory of the proponents of secularity, almost immediately after its adoption, the secularity supporters confronted each other on the interpretation of this principle: was tolerance the message of the law or the fight against clericalism? The latter answer was probably the most common reaction at the beginning whereas, after World War II, the former began to prevail.

These ancient controversies awoke up again when, following the decolonization and then under economic or political pressure, the immigration increased so much that Islam were becoming the second religion in France. This is not very surprising when considering that in the French republican model diversity is denied and assimilation required. In other words, the problem with foreign religions that nearly all European states have to face presently receives in France a specific dimension because of its convergence with truly strong traditions. It explains the reluctance to tolerate these differences and the tendency to make a radical separation between public and private life, even if this could seem impossible to do.

Thus the Islamic headscarf occupied the political and legal fore scene for many years, approximately from the 1970s to 2004 when the law prohibiting visible religious signs in primary and secondary schools had been adopted. But this was just an armistice since now there are more and more people wishing the prohibition of the headscarf at the University. After the headscarf, the French discussion turned around the full-face veil. One of the questions raised was to know whether this kind of veil should be forbidden as religious sign or for reasons of public order, more precisely for identification matters. The government opted in favor of the latter solution that is enshrined in the law of 11 October 2010. In July 2014, the ECtHR²¹ decided that this prohibition was compatible with the Convention. The government had invoked the public order, the principle of human dignity and the necessities of the 'living together.' Curiously, since it is not included in the Convention, the ECtHR based its judgment on this latter ground. This way, the margin of appreciation of the state parties, when it comes to such society questions, seems to be largely increased. Even though the legal basis of this decision appears fragile, the preservation of a vague 'living together' was perhaps more important for the Grand chamber than to put forward in this case a strict obligation of tolerance.

IV. Concluding remarks

How to conclude if not to underline that both constitutions contain elements pleading in favor of a more pluralist interpretation of diversity? Indeed, the Preamble of the Bosnian Constitution declares to be 'Dedicated to peace, justice, tolerance, and reconciliation,' in its § 2 and 'Convinced that democratic governmental institutions and fair procedures best produce peaceful relations within a pluralist society,' in its § 3.

21 ECtHR 1. 7. 2014 (GC), 43835/11, *S.A.S./France*.

These provisions introduce some flexible elements counterbalancing the rigidity of the ethnic structures. The Constitutional Court in the *Constituent peoples'* case considered them and tried to take them into account. Therefore the principle of equality of the constituent peoples is presented as a compromise formula that has to be balanced with the democratic multi-ethnic state, individual equality and political majority. The constitutional rules and principles based on ethnic affiliation must be viewed as an exception explicitly authorized by the Constitution. This nuanced analysis has then regressed in favor of a stronger preference given to the ethnic structures.

In France as well the new Art 4 proclaims in its § 3 that 'Statutes guarantee the pluralistic expression of opinions and the equitable participation of political parties and groups in the democratic life of the Nation.' While the Constitutional Council had already qualified the pluralism of opinions as one of the constitutional objectives,²² this is the first time that the concept of pluralism is explicitly mentioned in the Constitution.

Even though it is certainly important to proclaim solemnly this principle because constitutional texts have to be taken seriously, the effectiveness of the latter does not seem to be completely realized when compared to its definition by the ECtHR in the *Gorzelik v. Poland* case.²³

'While in the context of Art 11 the Court has often referred to the essential role played by political parties in ensuring pluralism and democracy, associations formed for other purposes, including those protecting cultural or spiritual heritage, pursuing various socio-economic aims, proclaiming or teaching religion, seeking an ethnic identity or asserting a minority consciousness, are also important to the proper functioning of democracy. For pluralism is also built on the genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas and concepts. The harmonious interaction of persons and groups with varied identities is essential for achieving social cohesion. It is only natural that, where a civil society functions in a healthy manner, the participation of citizens in the democratic process is to a large extent achieved through belonging to associations in which they may integrate with each other and pursue common objectives collectively.'

The most characteristic element of a pluralist society is indeed the possibility given to everybody to play manifold different roles in his/her public, professional or private life: To accede freely to and to withdraw from various groups, associations, trade unions, parties, churches, etc. These roles or identities are neither necessarily same nor even similar or coherent and they are likely to evolve in time. This is the precious ingredient of flexibility allowing for the establishment of a pluralist society. And this is the missing dimension of a society governed by fixed ethnic groups or rigid social structures.

22 CC 29. 7. 1986, 86-210 DC, *Régime de la presse*.

23 ECtHR 17. 2. 2004 (GC), 44158/98 point 92.



Die Rule of Law im Völker- und im Europarecht – aktuelle Probleme

Gegenwärtige Herausforderungen und Chancen für die EU als eine „Union des Rechts“

Andreas J. Kumin*, BM für Europa, Integration und Äußeres/Universität Graz

Kurztext: Bei diesem für die Schriftfassung geringfügig adaptierten Artikel handelt es sich um die am 5. März 2015 in Graz gehaltene Antrittsvorlesung eines Praxisprofessors, der im Hauptberuf Leiter der Abteilung für Europarecht im Völkerrechtsbüro des österreichischen Außenministeriums ist. Im Anschluss an den Beitrag von Helmut Tichy¹, der sich auf das Völkerrecht und die internationalen Beziehungen konzentriert, setzt sich der vorliegende Artikel mit aktuellen Herausforderungen und Chancen der EU als „Union des Rechts“ auseinander. Dabei wird auf die Stärkung der Wahrung der Grundwerte und Rechtsstaatlichkeit in den EU-Mitgliedstaaten, den EU-Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention, die Sicherung einer wirksamen und leistungsfähigen EU-Gerichtbarkeit sowie die Gewährleistung einer angemessenen demokratischen Mitbestimmung auf allen Stufen der Rechtsetzung eingegangen.

Schlagworte: Rule of Law; Rechtsstaatlichkeit; Grundwerte; Kopenhagen-Kriterien; politischer Dialog; Grundrechteagentur der EU; Grundrechte; EMRK-Beitritt; Rechtsschutz; Gerichtshof der Europäischen Union; Demokratie; Legitimation; Subsidiarität; checks and balances; delegierter Rechtsakt; Komitologie.

Danksagungen

Ich danke zunächst Dekan *Joseph Marko* ganz herzlich für die freundlichen Worte der Begrüßung und Vorstellung. Mir, als gebürtigem Grazer und Absolventen dieser *alma mater*, bereitet der heutige Tag eine ganz besondere persönliche Freude und Genugtuung. Ich weiß vor allem das Vertrauen ganz besonders zu schätzen, welches die Fakultät und das Institut für Europarecht, mit den Professoren *Hans-Peter Folz* und *Hubert Isak* an der Spitze, in meine Erfahrung aus der Praxis des Europarechts und meine Fähigkeit, dieses Wissen der jungen Generation weiterzugeben, gesetzt haben. Auf diese Aufgabe freue ich mich ganz besonders.

Ich möchte mich an dieser Stelle daher auch nochmals bei meinen Universitätslehrern bedanken. Dieser Dank gilt allen voran meinem Mentor, Doktorvater und liebenswerten früheren Chef *Wolf-*

* Univ.-Prof. Gesandter Mag. Dr. *Andreas J. Kumin* ist Leiter der Abteilung für Europarecht im Völkerrechtsbüro des Bundesministeriums für Europa, Integration und Äußeres sowie Praxisprofessor am Institut für Europarecht der Universität Graz. Der vorliegende Beitrag beruht auf seiner Antrittsvorlesung an der Universität Graz vom 5. 3. 2015.

1 *Tichy*, Die Rule of Law im Völker- und Europarecht – aktuelle Probleme, ALJ 2015, 176 (<http://alj.uni-graz.at/index.php/alj/article/view/44>).

gang Mantl. Er war es, der mir den Blick geschärft hat für die Bedeutung der politischen Zusammenhänge, die hinter den verschiedenen Systemkonstruktionen von Verfassungen im weitesten Sinne stehen und die auf die Anwendung dieser Rechtssysteme und ihrer Regeln einwirken. Diese gemeinsame Feier unserer beiden Schwesterinstitute lässt mich aber auch mit Freude zurückdenken an mein Studium des Völker- und des Europarechts am Institut im Dachgeschoß in der Hans-Sachs-Gasse unter dem leider schon verstorbenen *Konrad Ginther*, den heute hier anwesenden *Wolfgang Benedek* und *Renate Kicker* sowie *Hubert Isak*, dem maßgeblicher Anteil an meinem Erwerb der Kenntnisse im und am Wecken meiner Begeisterung für das Europarecht zukommt. Nicht zuletzt ihre praxisnahe und problembezogene Ausbildungsmethode und die Exkursionen zu diversen internationalen Organisationen und Gerichtshöfen in Straßburg, Luxemburg und Genf waren es, die in mir endgültig die Leidenschaft für die Welt der internationalen Beziehungen entfacht haben. Beide Ansätze, jener des öffentlichen Rechts, der Politikwissenschaft und der Staatslehre einerseits und jener des Zusammenspiels der Staaten auf der internationalen Bühne andererseits, prägen meine schon 25 Jahre dauernde Tätigkeit im Auswärtigen Dienst mit eindeutigen Schwerpunkt für die multilaterale Diplomatie und die Funktionsweise der Europäischen Union. Dass ich daher diesen Festakt gemeinsam mit meinem langjährigen Weggefährten in der Rechtsberatung und heutigen Vorgesetzten im Völkerrechtsbüro *Helmut Tichy* begehen darf, rundet für mich dieses Beziehungsgeflecht an mich fördernden und unterstützenden Persönlichkeiten, die mich nachhaltig geprägt haben, in geradezu vollkommener Weise ab.

I. Einleitung

Anschließend an die Ausführungen *Helmut Tichys* soll der Beitrag der Frage nachgehen, inwiefern die Europäische Union im Bereich der Rechtsstaatlichkeit den aktuellen Herausforderungen auf der Höhe der Zeit und den von ihr selbst erhobenen Ansprüchen gewachsen ist und welche Potenziale bzw Risiken sich für sie hier gegenwärtig auftun.

Die Europäische Union ist bekanntlich auch nach ihrer eigenen Definition eine „Union des Rechts“. Wie so oft im Zuge der Entwicklung der europäischen Integration war es der Europäische Gerichtshof (EuGH), der mit seiner Rechtsprechung in *Les Verts/Parlament*² als erster schon im April 1986 klar- und außer Streit gestellt hat, was die Mitgliedstaaten als sogenannte „Herren“ der Gründungsverträge dort erst einige Jahre später ausdrücklich in zahlreichen Bestimmungen schriftlich verankert haben. Heute stützen wir uns vor allem auf die in den Verträgen aufgezählten Grundwerte der EU, auf die Grundsätze über die Ausübung ihrer Zuständigkeiten sowie äußerst detaillierte Bestimmungen zu den Annahmeverfahren und zu möglichen Inhalten von Unionsmaßnahmen, um sicherzugehen, dass die in viele Bereiche des modernen Lebens gleich einem Staat eingreifende Europäische Union als verfassungsgemäß begrenzte Macht funktioniert. Wie der Leiter des Juristischen Dienstes des Rates letzten Herbst in seiner Rede vor der Generalversammlung des European Law Institute (ELI) ausgeführt hat³, bedeutet diese der Herrschaft des Rechts verschriebene Eigenschaft der EU zweierlei:

2 EuGH 23. 4. 1986, 294/83, *Les Verts/Parlament*.

3 *Legal*, Keynote address to the General Assembly of ELI, Zagreb, September 2014, http://www.europeanlaw-institute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/General_Assembly/2014/Keynote_Speech_Hubert_Legal.pdf (abgefragt am 10. 7. 2015).

- Erstens, dass die Unionsrechtsakte die im Primärrecht festgelegten Grundwerte und Grundregeln der Unionsverfassung einhalten müssen; und
- zweitens, dass ein wirksamer Zugang zu einer unabhängigen Rechtsschutzinstanz gegen Maßnahmen der Union zur Verfügung stehen muss.

Beiden Seiten dieses Rechtsstaatlichkeitsgrundsatzes, der in der Union positivrechtlich verwirklicht ist, werden wir heute noch mehrfach begegnen. Im Sinne eines umfassend verstandenen Begriffs der Rule of Law geht es bei den nun folgenden Betrachtungen aus verschiedenen Blickwinkeln immer wieder um Institutionen, Prozesse und auch materielle Standards.

Mit der eingangs getroffenen Feststellung zur EU als Rechtsstaatsunion ist aber jedenfalls nicht schon ein gedachtes Ende der Integrationsgeschichte erreicht. Nicht einmal dann, wenn man so wie ich an der mehrere Jahre dauernden Entstehung des Vertrags von Lissabon beteiligt war und bei seinem Inkrafttreten auf Jahrzehnte hinaus keine weiteren Vertragsänderungen mehr als erforderlich, geschweige denn als wünschenswert ansah. Gegenwärtig sieht sich die Europäische Union nämlich in mehrfacher Hinsicht neuerlich mit Aufgaben konfrontiert, deren Bewältigung ganz wesentlich auch ihre Hauptorgane in Anspruch nimmt und welche die wechselseitigen Beziehungen zwischen diesen sowie jene zwischen Union und Mitgliedstaaten insgesamt gehörig strapazieren und auf die Probe stellen.

II. Vier thematische Schwerpunkte

Lassen Sie mich daher anhand von vier Beispielen und aktuellen Schwerpunkten meines Arbeitsbereichs als Praktiker veranschaulichen, wie die Europäische Union des 21. Jahrhunderts bemüht ist, sich diesen Problemen in Bezug auf das Zustandekommen und die Anwendung ihres Rechts zu stellen; sie lauten:

1. Wahrung der Grundwerte und der Rechtsstaatlichkeit in den Mitgliedstaaten;
2. Beitritt der EU zur Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK);
3. Sicherung einer wirksamen und leistungsfähigen Gerichtsbarkeit;
4. Gewährleistung angemessener demokratischer Mitbestimmung auf allen Stufen der Rechtsetzung.

Die genannten Projekte repräsentieren in passender Weise auch vier ganz unterschiedliche Entwicklungsstadien: Nur in Bezug auf die Grundwerte sind bisher konkrete Teilerfolge und Verbesserungen gelungen, der EMRK-Beitritt hat jüngst einen deutlichen Rückschlag hinnehmen müssen, die Gerichtsreform konnte nach Überwindung einer echten Blockade vor Kurzem durch einen politischen Kompromiss der Mitgliedstaaten im Rahmen des Rates hoffentlich wieder flottgemacht werden und ein Fortschritt beim Dauerthema Demokratiedefizit wird demnächst im Zuge von Verhandlungen zwischen Rat, Parlament und Europäischer Kommission über eine neue Interinstitutionelle Vereinbarung (IIV) „Bessere Rechtsetzung“ bzw. überhaupt erst in einer zukünftigen Änderung der Gründungsverträge ihren Niederschlag finden können. Also noch recht viel „unfinished business“ und „work in progress“.

A. Grundwerte und Rechtsstaatlichkeit

Die EU ist eine „Union der Werte“. Das in Art 2 EUV verankerte moralische Fundament trägt nicht nur die Tätigkeit der Unionsorgane selbst und verschafft ihnen die nötige Legitimation, sondern nährt auch das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten untereinander in das unparteiische, diskriminierungsfreie, unbestechliche und regelkonforme Vorgehen ihrer Behörden und Gerichte. Dieses stellt eine Grundvoraussetzung für die Gewährleistung und den Genuss der Grundfreiheiten im Binnenmarkt und die flankierenden Unionspolitiken dar.

In den zurückliegenden Jahren wurde allerdings eine wachsende Besorgnis spürbar, ob diese innere Homogenität nicht durch einzelne Problemfälle von Mitgliedstaaten in Frage gestellt wird, die ihre Verfassung, interne Organisation und einzelne für das Modell einer westlichen, rechtsstaatlichen Demokratie wesentliche Politikbereiche wie die Freiheit der Medien in einer Art und Weise verändert haben, bei der die notwendigen Schranken für die Machtausübung der Regierungsmehrheit zum Schutze der Opposition oder anderer politischer und sozialer Minderheiten eingerissen – wenn nicht niedergerissen – worden sind.

Die Sorge um derartige Entwicklungen wurde letztlich so groß, dass das Europäische Parlament in mehreren Entschlüssen auf aktuelle Bedrohungen der Grundrechte in der EU eingegangen ist⁴ und unter anderem die Errichtung eines „Kopenhagen-Mechanismus“ zur Sicherstellung der Einhaltung jener für einen Beitritt maßgeblichen Anforderungen vorgeschlagen hat, die auch für die Mitgliedstaaten dann weiterhin bindend bleiben. Die Europäische Kommission hat im März vorigen Jahres eine Mitteilung über einen neuen EU-Rechtsrahmen zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit veröffentlicht.⁵ Darin hat sie ein dreistufiges Verfahren zur Behandlung von systematischen Bedrohungen der Rechtsstaatlichkeit festgelegt, das sie vor formeller Einleitung eines Verfahrens nach Art 7 EUV im Dialog mit dem betreffenden Mitgliedstaat durchführen würde. Entgegen der von manchem gehegten Erwartungen ist in dieser Mitteilung allerdings nur eine Festlegung der Kommission für sich selbst zu sehen und kein Vorschlag für einen vom Rat formell zu beschließenden Mechanismus, wie ihn unter anderem die Außenminister von Deutschland, Niederlande, Finnland und Dänemark in einem Brief an Kommissionspräsident *José Manuel Barroso* im März 2013 vorgeschlagen haben.

Die 2013 und 2014 mehrfach im Rat der EU, in seiner Zusammensetzung „Allgemeine Angelegenheiten“, von den Außen- und Europaministern abgehaltenen Debatten über einen solchen Mechanismus verliefen durchaus nicht geradlinig und nicht ohne Widerstände. Als spezifischer Beitrag Österreichs zu den Vorarbeiten sei hier auch die während seines Vorsitzes im Ministerkomitee des Europarates vom Völkerrechtsbüro des Außenministeriums gemeinsam mit Professor *Werner Schroeder* vom Institut für Europarecht und Völkerrecht der Universität Innsbruck veranstaltete wissenschaftliche Konferenz zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit in Europa erwähnt, die *Helmut Tichy* bereits angesprochen hat. Dabei wurde vor allem versucht, die dem Europarat und der EU gemeinsamen und die sie verbindenden Elemente zu identifizieren und vorhandenes

4 Zuletzt am 10. 6. 2015 mit der Entschließung P8_TA-PROV(2015)0227 zur Lage in Ungarn (2015/2700(RSP)); zuvor siehe Entschließung P7_TA(2013)0315 des Europäischen Parlaments vom 3. 7. 2013 zu der Lage der Grundrechte: Standards und Praktiken in Ungarn (gemäß der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. 2. 2012) (2012/2130(INI)) bzw Entschließung P7_TA-PROV(2014)0173 des Europäischen Parlaments vom 27. 2. 2014 zu der Lage der Grundrechte in der Europäischen Union (2012) (2013/2078(INI)).

5 Mitteilung der Europäischen Kommission „Ein neuer EU-Rechtsrahmen zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit“, KOM(2014) 158 final vom 18. 3. 2014.

Know-how unter Vermeidung von Verdoppelungen von Einrichtungen und Verfahren auszunützen. Dieser Leitgedanke des Nutzbarmachens vorhandener Ressourcen und Expertise, zu denen natürlich auch die sogenannte Venedig-Kommission⁶ des Europarates oder die EU-Grundrechteagentur in Wien zählen, spielt dann auch eine wesentliche Rolle bei dem schließlich bei der Sitzung des Rates Allgemeine Angelegenheiten am 16. Dezember 2014 beschlossenen offenen politischen Dialog unter den Mitgliedstaaten zur Förderung und Einhaltung der Rechtsstaatlichkeit, der einmal jährlich im Rahmen des Rates Allgemeine Angelegenheiten abgehalten werden soll. In den neben dem EU-Organ Rat auch von den Mitgliedstaaten als Urheber mitgetragenen Schlussfolgerungen⁷, die gemeinsam mit einem vom Vorsitz zirkulierten Papier⁸ über die konzeptuellen Grundlagen dieses Dialogs zu lesen sind, klingt auch die Möglichkeit der Abhaltung thematischer Debatten an. Ferner betont der Rat die Grundsätze der Objektivität, Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung der Mitgliedstaaten sowie Unparteilichkeit und die Heranziehung objektiver Daten als Grundlage seiner Erörterungen.

Gewiss, man hätte sich auch griffigere Maßnahmen erhoffen können, so insbesondere ausdrückliche Vorkehrungen für das Eingehen im Rat auf konkrete Situationen in den Mitgliedstaaten nach dem Muster der erwähnten Kommissionsmitteilung. In einer Zeit notorischen Argwohns der Mitgliedstaaten gegenüber einer Einmischung der EU in innere Angelegenheiten und der Anmaßung von Kompetenzen durch Brüssel durch sie ist mit dem jetzt Erreichten aber zumindest ein erster Schritt getan worden. Die damit in der nächsten Zeit zu sammelnden Erfahrungen⁹ werden Gegenstand einer 2016 stattfindenden Überprüfung sein, die auch zu einer Weiterentwicklung dieses neuen Instrumentariums führen könnte. Ich persönlich bin jedenfalls zuversichtlich, dass im Jahre 2014 mit den skizzierten Methoden der Kommission und des Rates letztlich eine deutliche Stärkung der präventiven Komponente der Rechtsstaats- und Werteunion gelungen ist und dass somit Art 7 EUV weiterhin getrost totes und ungenutztes Recht bleiben kann, ohne darin einen Mangel in der Funktionsweise der EU sehen zu müssen.

B. Grundrechtsschutz

Die EU ist eine „Union der Grundrechte“. Sie besitzt mit der gemäß Art 6 EUV im Range des Primärrechts stehenden Grundrechtecharta (GRC) einen eigenen Grundrechtekatalog, der Bindungswirkung für alle Handlungen ihrer Organe und der Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Unionsrechts entfaltet. Die genannte Bestimmung erklärt überdies die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) sowie die den Mitgliedstaaten gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen zum Bestandteil des Unionsrechts in Form allgemeiner Rechtsgrundsätze. Die Rechtsprechung des EuGH setzt ihre Tradition unermüdlich fort, die Grund- und Freiheitsrechte der BürgerInnen und Unternehmen schrittweise weiter auszugestalten und ihre Einhaltung zu gewährleisten. Die EU verfügt außerdem mit der Grundrechteagentur über eine eigene nationale Menschenrechtseinrichtung.

6 „Europäische Kommission für Demokratie durch Recht.“

7 Rats-Dokument Nr 17014/14.

8 Rats-Dokument Nr 16862/14.

9 Zum ersten Mal soll der Dialog unter dem Ratsvorsitz Luxemburgs in der zweiten Jahreshälfte 2015 stattfinden.

Und doch fehlt noch der Schlussstein für die Grundrechtarchitektur der EU: die vollwertige Teilnahme aus eigenem Recht und im eigenen Namen an den durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg gebotenen Überprüfungsmechanismen zur Einhaltung der in der EMRK gewährleisteten Rechte. Konnte der EuGH in seinem Gutachten 2/94¹⁰ Mitte der 1990er Jahre noch das Fehlen einer Rechtsgrundlage für einen solchen Beitritt bemängeln und darin eine Überspannung sozusagen des Verfassungsbogens der Union erkennen, so ist heute mit Art 6 EUV und Protokoll 8 nicht nur die Möglichkeit, sondern auch der primärrechtliche Auftrag an die Europäische Union zum EMRK-Beitritt außer Streit gestellt.

Der derart angestoßene Beitrittsprozess befindet sich mehr als fünf Jahre nach Schaffung der Rechtsgrundlage dafür in Form der zuvor genannten Bestimmungen durch das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon gegenwärtig allerdings in einem besonders heiklen Stadium. In seinem Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014 hat der EuGH nämlich festgestellt, dass der im Rahmen des Europarats zwischen den 47 gegenwärtigen Vertragsparteien und der EU ausverhandelte Entwurf für ein Beitrittsabkommen in zehn Punkten mit den EU-Gründungsverträgen nicht im Einklang steht. Damit hat er das Ziel des Beitritts vorerst vielleicht in weite Ferne gerückt, wenn nicht sogar grundsätzlich in Frage gestellt. Nur unter Ausübung einer auf universitärem Boden sonst nicht gebotenen, gewissermaßen diplomatischen Zurückhaltung gelingt es mir daher, das Ergebnis, zu dem der Gerichtshof in seinem Gutachten gelangt, lediglich als höchst unerfreulich zu bezeichnen. Er verkennt bei seinem durchaus verständlichen Bemühen, die Autonomie und die Besonderheiten des Unionsrechts sowie seine eigenen Prärogative zu wahren, zweierlei: Erstens, dass just die von ihm kritisch beurteilten Aspekte des Beitrittsabkommens im Zentrum schwieriger Kompromissfindungen gestanden haben, und zwar sowohl innerhalb der Union als auch zwischen der Union und ihren Verhandlungspartnern im Europarat. Und zweitens wird er mit seinen noch viel weitergehenden Forderungen – wie ich meine – einer systemkonformen Deutung seiner Rolle und des primärrechtlichen Beitrittsauftrags an die EU nicht gerecht. Als Unionsorgan ist nämlich auch der Gerichtshof gemäß Art 13 EUV dem unionsrechtlichen Loyalitätsgebot sowohl der Verhandlungsführerin Kommission als auch den Mitgliedstaaten gegenüber verpflichtet. Ich hätte mir daher erwartet, dass er stärker bestrebt ist, unweigerlich auftretende normative Spannungen durch seine vermittelnde Interpretation und durch das Aufstellen erfüllbarer Bedingungen zu verringern. Stattdessen hat er selbst erst gewisse konzeptuelle Hindernisse neu geschaffen, bestehen doch manche der vom Gerichtshof herausgearbeiteten Spannungen zum Unionsrecht für die EU-Mitgliedstaaten nicht erst mit einem zukünftigen Beitritt der EU zur EMRK, sondern auch jetzt schon. Ein letztlich auch nicht unproblematisches „Ja, aber“, wie es die Generalanwältin in ihrer Stellungnahme ausgesprochen hat¹¹, anstelle des recht deutlichen „Nein, nein und nochmals nein, weil“ stünde übrigens auch mit einem weiteren wichtigen Auslegungsgrundsatz des Unionsrechts im Einklang: einer Deutung im Sinne des „effet utile“ jener Vorgaben in den Primärrechtsbestimmungen, die eine ebensolche vermittelnde Lesart nahelegen oder zumindest zulassen.

10 Gutachten des EuGH 2/94 vom 28. 12. 1996.

11 Stellungnahme der Generalanwältin *Juliane Kokott* vom 13. 6. 2014 im Gutachtenverfahren 2/13.

C. Gerichtsbarkeit

Die EU ist eine „Union des Rechtsschutzes“. Die Handlungen der Unionsorgane sind unmittelbar durch Direktklagen beim EuGH gemäß Art 263 AEUV oder mittelbar durch Vorabentscheidungsersuchen nationaler Gerichte an den EuGH gemäß Art 267 AEUV auf ihre Rechtmäßigkeit, die Einhaltung der Grundsätze des Unionsrechts sowie die Grundrechtskonformität überprüfbar. Für schuldhaft verursachte Schäden durch die mangel- oder fehlerhafte Umsetzung und Anwendung des Unionsrechts sind die EU und ihre Mitgliedstaaten den betroffenen natürlichen Personen oder Unternehmen gegenüber haftbar. Auch dies ist ein originäres Ergebnis der EuGH-Rechtsprechung. Meinungsverschiedenheiten zwischen den Unionsorganen, sogenannte Interorganstreitigkeiten, werden rechtlich beim EuGH in seiner Rolle als „Verfassungsgerichtshof“ kanalisiert. Und doch gibt es auch im Bereich der Unionsgerichtsbarkeit gegenwärtig Unzulänglichkeiten des inneren Aufbaus und der Funktionsweise, welche gerade vor dem Hintergrund der bereits erwähnten Rechtsstaatlichkeit und des EMRK-Beitritts einer dringenden Lösung bedürfen.

Einerseits betrifft das in Bezug auf das Gericht (EuG), welches sozusagen das „Verwaltungsgericht“ der Europäischen Union darstellt, die wachsenden Zahlen von unerledigten Fällen insgesamt und die vor allem bei Beihilfen- und Wettbewerbsfällen ansteigende, überlange Verfahrensdauer. Ein solcher Zustand ist sowohl grundrechtlich bedenklich als auch wirtschaftlich für die Rechtsschutz suchenden Unternehmen und die gesamte Volkswirtschaft schädlich. Andererseits gilt das für das Gericht für den öffentlichen Dienst der EU, dem bisher ersten und einzigen auf ein bestimmtes Rechtsgebiet spezialisierten sogenannten „Fachgericht“ gemäß Art 257 AEUV, im Hinblick auf das bisherige Scheitern der Nachbesetzung von zwei der insgesamt nur sieben Richterstellen, obwohl mehrere Ratsvorsitze schon entsprechende Kompromissvorschläge unterbreitet haben. Eine längere Zeit währende Absenz von mehr als einem Viertel der Richter beeinflusst dort natürlich die Bildung voll funktionsfähiger Kammern und auch die Fähigkeit des Gerichts zur Bewältigung der anfallenden Rechtssachen negativ.

Mit dem Ziel der Erhöhung der Kapazitäten und der Flexibilität bei der internen Arbeitsverteilung am EuG wurde daher bereits am 28. März 2011 vom EuGH vorgeschlagen, dort 12 zusätzliche Richterstellen zu schaffen.¹² Im Rat, der diese Maßnahme gemeinsam mit dem Europäischen Parlament in Form einer Verordnung zur Änderung der Satzung des Gerichtshofs treffen muss, regte sich nicht nur Widerstand gegen die vorgeschlagene hohe Zahl angesichts der dadurch verursachten zusätzlichen Kosten (man wäre lediglich bereit gewesen, neun zusätzliche Stellen zu schaffen). Es konnte auch keine Einigung darüber gefunden werden, wie die begrenzte Zahl an zusätzlichen Stellen unter den Mitgliedstaaten zu verteilen wäre, wobei die Grundsätze der Gleichbehandlung, der geografischen Ausgewogenheit und der Berücksichtigung der verschiedenen Rechtssysteme eingehalten werden müssten. Außer Zweifel stehen allerdings die Sicherung der Kontinuität der Arbeit des Gerichts und des hohen Sachverstands der Richterschaft, die durch die einer Ernennung vorangehende Bestätigung der Eignung durch den sogenannten „Auswahlausschuss“ gemäß Art 255 AEUV gewährleistet wird.

Auch beim Dienstgericht bestehen Meinungsverschiedenheiten unter den Mitgliedstaaten über die Anwendung der soeben erwähnten Grundsätze auf die in regelmäßigen Abständen erfolgende

¹² Vorschlag des Gerichtshofs der Europäischen Union 02074/2011 Verfahrensnummer 2011/0901B(COD), vgl. Ratsdokument Nr 8787/11.

Teilerneuerung und die Nachbesetzung nur einzelner freiwerdender Richterstellen. Die Rolle eines auch hier eingebundenen Auswahlausschusses – lediglich Feststellung der Eignung der einzelnen KandidatInnen oder auch Vorgabe einer Reihung ihrer Qualifikation – und ihre Auswirkung auf die politische Letztentscheidungsfunktion des Rates fügen dem Dilemma noch eine weitere Dimension hinzu.

Nach unzähligen Wendungen in dem sich schon vier Jahre hinziehenden Verhandlungsprozess, deren Schilderung den Rahmen dieses Abends sprengen würde, versuchen wir derzeit im Rat auf der Grundlage eines neuen Kompromissvorschlags des Gerichtshofs¹³, vorgelegt auf Ersuchen des italienischen Ratsvorsitzes vom letzten Halbjahr, endlich einen Durchbruch zu erzielen, der beide Fliegen mit einer Klappe schlagen würde. In einem Drei-Phasen-Modell soll eine Verdoppelung der Richter am EuG von 28 auf 56 erfolgen: zunächst im Herbst 2015 durch 12 Richter, dann 2016 durch die Auflösung des Dienstgerichts mit seinen sieben Richtern und der Wiedereingliederung seiner Aufgaben in das Gericht und schließlich 2019 durch neun zusätzliche Richter. In die Details zur Verwirklichung dieses Plans wird in den nächsten Wochen und Monaten noch eine Menge Arbeit zu investieren sein.¹⁴

Wenn einem alten, aber immer noch gültigen Spruch zufolge Verfahrensfragen immer auch Machtfragen sind, dann gilt das für Probleme der inneren organisatorischen Ausgestaltung von Hauptorganen der EU allemal. Nun hat ein Mitglied des EuGH am Rande einer wissenschaftlichen Veranstaltung zu verstehen gegeben, dass die in Art 257 AEUV vom Primärrechtsgeber vorgesehene Schaffung von Fachgerichten mit Rechtsmittelzug an das EuG, das sogenannte „Nizza“-Modell, im Grunde „verfassungswidrig“ sei. Die Schaffung von Fachgerichten etwa für den Bereich des geistigen Eigentums oder für Wettbewerbs- und Beihilfensachen, wäre jedoch mE ein sehr wohl gangbarer Weg, um das EuG von beträchtlichem Arbeitsanfall für Entscheidungen in erster Instanz mit oft sehr umfangreichen Aktenkonvoluten zu entlasten. In einer Einschätzung wie der zuvor zitierten über die Verfassungswidrigkeit einzelner Bestimmungen des Primärrechts klingt eine Anspielung auf das Vorhandensein eines „Baugesetzes“ der EU-Verfassungsordnung an, das durch den dreigliedrigen Stufenbau der Unionsgerichtsbarkeit im Nizza-Modell berührt sei. Ein solches Baugesetz näher herauszuarbeiten wäre zwar grundsätzlich durchaus eine eigene Untersuchung wert. Mir scheint für die auf Fortschritte in der Beschlusspraxis der EU-Organe ausgerichteten Zwecke des Beitrags hingegen die Kritik dahingehend einleuchtender und zutreffender, dass mit der bisher immer wieder gescheiterten Einigung auf einen Modus zur Bestellung der zusätzlichen RichterInnen am Gericht sowie den vorläufig gescheiterten Nachbesetzungsverfahren für RichterInnen am Gericht für den öffentlichen Dienst von den Mitgliedstaaten im Rat – zumindest fahrlässig, wenn nicht grob fahrlässig – eine aus Sicht der Rechtsstaatlichkeit bedenkliche Dysfunktionalität herbeigeführt bzw in Kauf genommen wurde.

13 Vgl Ratsdokument Nr 14448/14 + COR 1.

14 Nach Annahme des Standpunkts des Europäischen Parlaments in erster Lesung am 15. 4. 2014 (Zustimmung zur Erhöhung um 12 Richter und punktuelle Änderungsanträge zum EuGH-Vorschlag) hat mittlerweile der Rat in seiner Zusammensetzung Allgemeine Angelegenheiten am 23. 6. 2015 den Standpunkt des Rates in erster Lesung – basierend auf dem oben geschilderten Modell – formell angenommen (Ratsdokumente ST 9375 2015 REV 1 und ST 9375 2015 REV 1 ADD 1). Somit tritt das Gesetzgebungsverfahren in die zweite Lesung ein.

D. Demokratische Mitbestimmung

Die EU ist eine „Union der Demokratie“. Sie bezieht ihre Legitimität aus dem von den UnionsbürgerInnen unmittelbar gewählten Europäischen Parlament ebenso wie aus den indirekt legitimierten Organen Rat und Kommission.¹⁵ Rat und Parlament der EU sind befugt, Gesetze in Form von Verordnungen, Richtlinien und Beschlüssen zu erlassen. Die nationalen Parlamente sind in die Gesetzgebung gemäß Protokoll Nr 2 eingebunden, um ihre allfälligen Bedenken zur Einhaltung des Subsidiaritätsgedankens geltend zu machen.

Die Unionsregelungen sollen demnach so bürgernah getroffen werden wie möglich (Art 10 Abs 3 letzter Satz EUV). Um eine allzu detailreiche Regelungswut und überlange Gesetzgebungsverfahren, die sich mit politisch wenig bedeutsamen Nebensächlichkeiten herumschlagen, zu verhindern, können die Unionsgesetzgeber auch die Kommission ermächtigen, Änderungen oder Ergänzungen an den sogenannten Basisrechtsakten, den EU-Gesetzen, selbst vorzunehmen. Die in Art 290 AEUV dafür vorgesehene Form nennt sich „delegierter Rechtsakt“. Dem Rat und dem Europäischen Parlament stehen als demokratische Kontrollrechte dabei der Widerruf der Ermächtigung an die Kommission im gesamten betreffenden Bereich und der Einspruch gegen jeden einzelnen von der Kommission erlassenen delegierten Rechtsakt zu. Erweist es sich umgekehrt zur wirksamen und einheitlichen Anwendung der Normen durch die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten als erforderlich, können der Kommission vom Unionsgesetzgeber gemäß Art 291 Abs 2 AEUV die Befugnisse zur Erlassung von EU-weiten Durchführungsakten übertragen werden. In Anbetracht der großen Beiträge, die Österreich unter seinen Ratsvorsitzen 1998 und 2006 jeweils zur Weiterentwicklung in diesem Bereich geleistet hat, komme ich einfach nicht umhin, hier den Begriff des Komitologieverfahrens wenigstens zu nennen.

In allen Phasen der Annahme dieser beiden als tertiäres Unionsrecht bezeichneten Rechtsaktstypen sollten ExpertInnen der Mitgliedstaaten ihren Sachverstand in ausreichendem Maße begleitend oder kontrollierend einbringen können. Mit den Komitologieausschüssen, welche die Kommission bei der Ausübung ihrer Durchführungsbefugnisse kontrollieren, ist dies aufgrund der dafür vorgesehenen Verfahrensbestimmungen in der Komitologie-Verordnung aus 2011¹⁶ gewährleistet. Die Kommission hat dem Rat auch in einer interinstitutionellen Vereinbarung¹⁷ gemeinsam mit dem Europäischen Parlament aus demselben Jahr zugesagt, dass sie vor Erlass eines delegierten Rechtsaktes angemessene Konsultationen von ExpertInnen durchführen wird. Hier hält die Praxis der Kommission aufgrund sehr uneinheitlicher Vorgangsweise je nach Politikbereich allerdings nicht Schritt mit den von den Mitgliedstaaten im Rat sowie von den mitgliedstaatlichen Parlamenten gehegten Erwartungen hinsichtlich Transparenz der Verfahren und Mitwirkungsmöglichkeiten der letztlich betroffenen einzelstaatlichen Ebene. Doch nicht nur das Wie, auch das Ob stößt auf Kritik. Denn das österreichische Parlament beispielsweise bemängelt zuletzt immer nachdrücklicher die schier ausufernde Zahl von Ermächtigungen für

15 Vgl Art 10 Abs 2 EUV.

16 VO (EU) 182/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. 2. 2011 zur Festlegung der allgemeinen Regeln und Grundsätze, nach denen Mitgliedstaaten die Wahrnehmung der Durchführungsbefugnisse durch die Kommission kontrollieren, ABI L 2011/55, 13.

17 „Vereinbarung“ bzw „Common Understanding“ vom März 2011, Ratsdokument Nr 8753/1/11 REV 1.

tertiäre Rechtsakte, welche die Kommission in ihre Vorschläge für Basisrechtsakte, die im Gesetzgebungsverfahren beschlossen werden müssen, einbaut.¹⁸

Auf den ersten Blick wurde mit dem Vertrag von Lissabon also zwar ein ausgeklügeltes und mit den nötigen „checks and balances“ ausgerüstetes System der Rechtsetzung unter Beteiligung jeweils durch demokratische Wahlen legitimierter oder durch Sachverstand qualifizierter VertreterInnen der Bevölkerungen und der Verwaltungen geschaffen. Und doch fehlt es – wie die in den Medien ausgeschlachteten notorischen Fälle zeigen – an unfehlbaren Kriterien und Filtern, mit denen die jeweils am besten geeignete Ebene einer Regelung über die Energieeffizienz von Glühbirnen oder Staubsaugern oder über die Hygienevorschriften für steirische Brettljause und spanisches Olivenöl – um nur zwei Beispiele zu nennen – eruiert werden könnte.

III. Schluss

Ich bin selbstverständlich weit davon entfernt, anderen unreflektiert nachzureden, dass die EU krank – wenn nicht sogar unheilbar – sei. Ich möchte aber die heute kurz umrissenen Problemfelder doch als Krisen im klassischen Sinne verstanden wissen: als Wendepunkte zum Guten und als Chancen, eine weitere Verbesserung für die in der Union lebenden Menschen zu erreichen. Und so stellen sie auch einen vielleicht sogar willkommenen Anlass für die Europäische Union dar, die eigene Legitimität und Daseinsberechtigung als „Union des Rechts“ noch weiter zu stärken. Ich werde die Gelegenheit haben, dazu einerseits in meiner Rolle als Praktiker in der Rechtsberatung eines mittlerweile bereits 20-jährigen Mitgliedstaates einen bescheidenen Beitrag zu leisten und andererseits Dank meiner Tätigkeit an der hiesigen Fakultät diesen Weg auch aus der Sicht der Wissenschaft und Forschung kritisch zu beobachten, zu begleiten und zu vertiefen. Gleichzeitig wird das Funktionieren der Organe und Institutionen der EU in rechtsstaatlicher Hinsicht einen ständigen Schwerpunkt meines Unterrichts bilden, den ich meinen Studentinnen und Studenten angedeihen lassen will. Dieser vielseitigen, persönlich bereichernden, aber auch herausfordernden Aufgabe stelle ich mich mit Freude, Enthusiasmus und Energie, und ich freue mich schon darauf, dabei eng mit meinen Kolleginnen und Kollegen am Institut sowie an der Fakultät zusammenzuarbeiten.

18 Siehe zuletzt Mitteilung des EU-Ausschusses des BR 31/MT-BR/2015, angenommen auf der Tagung vom 11. 6. 2015, sowie Mitteilungen des EU-Ausschusses des BR 21/MT-BR/2013 vom 3. 12. 2013 sowie des Ständigen Unterausschusses des NR in Angelegenheiten der Europäischen Union 1/MTEU vom 4. 12. 2013.



Geschworenengerichte – unbegründete Sorge?

Thomas Mühlbacher*, Universität Graz

Kurztext: Das Fehlen der Begründung des Wahrspruches der Geschworenen ist zunehmender Kritik ausgesetzt und Hauptargument für die Forderung nach der Abschaffung der Geschworenengerichte. Die Abhandlung beschäftigt sich mit dem gegenwärtigen Diskussionsstand und der Suche nach Möglichkeiten, diesen systembedingten und daher nicht sanierbaren Mangel wenigstens zu mildern.

Schlagwörter: Geschworenengericht; Urteilsbegründung; faires Verfahren; Begründungspflicht.

I. Ausgangslage

Unlängst erging das Urteil eines Geschworenengerichtes, mit dem der Angeklagte zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verurteilt wurde. Da es sich um einen Jugendlichen handelte, wurde die Öffentlichkeit gemäß § 42 Abs 1 JGG von der Hauptverhandlung ausgeschlossen. Die Urteilsbegründung lautete wie folgt: „Der Schuldspruch gründet sich auf den Wahrspruch der Geschworenen. Bei der Strafbemessung waren folgende Umstände als erschwerend und als mildernd in Anschlag zu bringen: [...] Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 389 Abs 1 StPO.“

Ein Geständnis konnte dem Angeklagten nicht als Milderungsgrund angerechnet werden, weil er seine Tatbeteiligung stets – mit durchaus plausiblen Argumenten – bestritten hatte. Die Entscheidung der Geschworenen war nicht einstimmig. Sie beantworteten die an sie gerichtete (Haupt-) Frage, ob der Angeklagte zu einem bestimmten Zeitpunkt und an einem bestimmten Ort den *N.N.* durch einen Messerstich in die Brust vorsätzlich zu töten versucht habe, mit einem Stimmenverhältnis von 5:3 mit „Ja“.

Der OGH wies die auf § 345 Abs 1 Z 10a StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde gemäß den §§ 285d Abs 1 Z 2, 344 StPO bereits bei einer nichtöffentlichen Beratung sofort zurück. Dem Angeklagten stehe zwar das Recht zu, Fragen der Beweiswürdigung im Geschworenprozess an den OGH zur materiellen Überprüfung heranzutragen, und zwar etwa in jenem – eingeschränkten – Rahmen, in dem (schon vor dem Strafrechtsänderungsgesetz 1987¹) von Amts wegen die außerordentliche Wiederaufnahme des Strafverfahrens möglich war (§ 362 StPO). Er könne demnach aus einer unmittelbaren Betroffenheit heraus schwerwiegende Einwände gegen die Tatsachen-

* Univ.-Prof. Dr. *Thomas Mühlbacher* ist Praxisprofessor am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Universität Graz und Leiter der Staatsanwaltschaft Graz. Der vorliegende Beitrag beruht auf seiner Antrittsvorlesung an der Universität Graz vom 26. 6. 2015.

1 BGBl 1987/605.

feststellungen der Geschworenen im Rechtsmittelweg geltend machen, ohne dass der OGH jedoch die Beweiswürdigung – die bundesverfassungsgesetzlich (Art 91 Abs 2 B-VG) ausschließlich den Geschworenen zugewiesen ist – nach eigener Überzeugung revidieren könnte (§ 349 Abs 1 StPO nF).

Ich hätte Ihnen auch jedes andere Geschworenengerichtsurteil präsentieren können. Zur Schuldfrage wird sich in jedem Fall nur der Hinweis finden: „Der Schuldspruch gründet sich auf den Wahrspruch der Geschworenen.“

Der Begriff „Wahrspruch“ zeigt bereits die grundsätzliche Problematik der Geschworenengerichte. Der Spruch der Geschworenen birgt die Wahrheit in sich und bedarf daher keiner Begründung: „Das Gesetz fordert von den Geschworenen keine Rechenschaft über die Gründe ihrer Überzeugung.“ Dieser, aus § 332 der StPO 1850 stammende Satz wurde 100 Jahre später, bei der Wiedereinführung der Geschworenengerichte 1950, zwar nicht mehr ausdrücklich in den Rechtsbestand übernommen, inhaltlich änderte sich an den Rechten und Pflichten der Geschworenen aber nichts.²

Die Wiedereinführung der Geschworenengerichte in der Zweiten Republik war heftig umstritten, maßgebliche Strafrechtslehrer und Praktiker wie etwa *Kadecka*, *Rittler* und *Graßberger* sprachen sich dagegen aus.³ Der große Reformier *Christian Broda* hingegen begründete sein Eintreten für die Geschworenengerichte mit dem (politischen) Argument, dass in Österreich deren Abschaffung stets mit der Herrschaft autoritärer Regime einherging. *Vice versa* ergibt sich daraus freilich auch, dass Geschworenengerichte in Zeiten, in den sie den ihnen zugedachten Zweck der besonderen Absicherung eines rechtsstaatlichen Strafprozesses erfüllen sollen, ohnedies beseitigt werden, während sie in gefestigten demokratischen Rechtsstaaten nicht erforderlich sind.

*Moos*⁴ sieht die Geschworenengerichte als historischen Fremdkörper in unserem Justizsystem, der sachlich nicht mehr gerechtfertigt werden kann. Nicht die Volksmeinung sollte zählen, sondern die strikte Rechtsstaatlichkeit. Auch *Burgstaller*⁵, der auf die effektive Mitwirkung von Volksvertretern in der Strafjustiz nicht verzichten möchte und daher grundsätzlich für eine Beibehaltung der Geschworenengerichte eintritt, räumt ein, dass die zentralen Gründe, um deren willen im 19. Jahrhundert die Einführung der Geschworenengerichte erkämpft wurde – Schaffung eines Freiraumes gegenüber dem absolutistischen Staat, Verhinderung der Kabinettsjustiz, generelles Misstrauen gegenüber beamteten Berufsrichtern – gegenstandslos geworden oder doch nicht mehr tragfähig sind.

Die Einführung der Geschworenengerichte wurde im Übrigen auch 1850 und 1873 nicht einhellig jubelnd begrüßt, vielmehr herrschte ein Meinungsstreit, aus dem schließlich *Glaser* gegen *Hye von Glunek* siegreich hervorging. Auch waren die großen Errungenschaften der Revolution des Jahres 1848 viel weniger die Geschworenengerichte, als die Abschaffung der Patrimonialge-

² *Moos*, Die Begründung der Geschworenengerichtsurteile, JBl 2010, 73 (76).

³ Siehe dazu umfassend *Brandstetter*, Zur Reform des strafprozessualen Hauptverfahrens, 15. ÖJT Bd IV/1 (2003); *Moos*, Das Geschworenengericht in Österreich im Vergleich mit dem Kanton Zürich, in FS Rehberg (1996) 205.

⁴ *Moos*, JBl 2010, 83.

⁵ *Burgstaller*, Argumente für die Geschworenengerichtbarkeit, JBl 2006, 69 (75). Zuzustimmen ist *Burgstaller* vor allem auch darin, dass die Entscheidung für oder gegen Geschworenengerichte und auch die zu ihr führenden Abwägungen von Grundwertungen abhängen, die mit einer wissenschaftlichen Argumentation sicher nicht hinreichend erfasst werden können. Das, worauf es letztlich ankommt, ist schlicht eine politische Entscheidung.

richtsbarkeit mit dem kaiserlichen Patent vom 7. September 1848 und der österreichischen Reichsverfassung vom 4. März 1849, die Einführung des Anklageprozesses, die Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Strafverfahrens und die freie Beweiswürdigung.

II. Der Fall *Taxquet* gegen Belgien als Auslöser neuerlicher Diskussion in Österreich

A. Sachverhalt und Begründung des Urteils des EGMR⁶

Im Oktober 2003 wurde *Richard Taxquet* (Bf) im sogenannten *Cools*-Prozess zusammen mit sieben weiteren Personen wegen des im Jahr 1991 an einem Minister begangenen Mordes und versuchten Mordes an dessen Partnerin vor das Geschworenengericht *Liege* gestellt. Er selbst brachte keine Klageerwiderung ein, da er sich mangels Kenntnis der ihn belastenden Beweise nicht dazu in der Lage sah. In der Anklageschrift wurde ausgeführt, dass eine vom Bf als anonymer Zeuge bezeichnete Person 1996 den Ermittlern bestimmte Informationen zukommen habe lassen. Vom Untersuchungsrichter wurde diese nie befragt. In der Verhandlung vor dem Geschworenengericht gaben die Ermittler an, beim Informanten handle es sich um keinen der Angeklagten und er habe die Taten nicht selbst beobachtet. Den Informationen zufolge war die Ermordung des Ministers von sechs Personen, darunter dem Bf, geplant worden. Ein Antrag auf Vernehmung des Informanten wurde abgelehnt, da dessen Identität dem Gericht nicht bekannt und eine Befragung für die Wahrheitsfindung nicht hilfreich sei.

Den Geschworenen wurden vom Präsidenten des Gerichtes 32 Fragen gestellt. Vier davon betrafen den Bf und lauteten im Wesentlichen darauf, ob der Bf schuldig sei, den Minister wissentlich und willentlich getötet zu haben; ob diese Tat – im Sinne eines erschwerenden Umstandes – geplant war; ob der Bf schuldig sei, wissentlich und willentlich einen Mordversuch an der Partnerin des Ministers begangen zu haben; sowie, ob auch letztere Tat geplant war. Die Geschworenen beantworteten alle vier Fragen mit „Ja“.

Am 7. Jänner 2004 verurteilte das Geschworenengericht den Bf zu zwanzig Jahren Haft. Die vom Bf dagegen erhobene Revision wurde vom Kassationsgericht am 16. Juni 2004 zurückgewiesen. Das Gericht befand unter anderem, dass Art 6 EMRK die Geschworenen nicht dazu verpflichtete, ihre Antworten zu begründen. Den Revisionsgrund betreffend, die Verurteilung des Bf sei maßgeblich auf die Aussage eines anonymen Informanten gestützt worden, stellte das Kassationsgericht fest, dass das Unterbleiben von dessen Ausforschung und Befragung nicht gegen das Recht des Bf verstoßen habe, die im Verfahren vorgelegten Beweise zu widerlegen und Belastungszeugen zu befragen.

2006 gab einer der Mitangeklagten des Bf in einer Fernsehsendung bekannt, der anonyme Informant gewesen zu sein, der als Mittelsmann für einen weiteren Mitangeklagten gehandelt habe. Die Identität des anonymen Zeugen wurde vom Justizminister in der Sendung bestätigt.

Am 13. Jänner 2009 kam der EGMR zum Ergebnis, dass das Urteil des Geschworenengerichtes in Ermangelung einer ausreichenden Begründung gegen das Gebot des „fair trial“ gem Art 6 EMRK verstößt.⁷

⁶ EGMR 16. 11. 2010 (GK), 926/05, *Taxquet/Belgien*.

⁷ Siehe dazu ausführlich *Rueprecht*, EGMR ändert Rechtsprechung: Auch geschworenengerichtliches Urteil ohne Begründung verstößt gegen Art 6 MRK, JSt 2009, 123.

Die bisherige ständige Judikatur des Gerichtshofes war dahin gegangen, dass gerichtliche Entscheidungen in ausreichender Weise die Gründe, auf denen sie basieren, enthalten müssen, der Umfang dieser Verpflichtung jedoch je nach der Art der Entscheidung im Einzelfall variieren könne. Der EGMR erinnerte daran, dass im Fall *Zarouali* gegen Belgien⁸ sowohl die Kommission als auch der Gerichtshof zu dem Ergebnis gekommen sind, dass die Fragen und deren Beantwortung „einen Raster darstellen, auf dem das Urteil basiert“, und dass die „Genauigkeit dieser Fragen, das Fehlen der Begründung der Antworten“ (*l'absence de motivation des reponses*) kompensiert.

Jedoch habe sich seit dem Fall *Zarouali* eine Veränderung bemerkbar gemacht, und zwar sowohl in der Rechtsprechung des Gerichtshofes als auch in der Gesetzgebung der Vertragsstaaten.⁹ Die „Begründung der gerichtlichen Entscheidungen“ (*motivation des decisions de justice*) sei eng verknüpft mit dem Bemühen um ein faires Verfahren und bilde als unentbehrlicher Bestandteil der Rechtsprechung ein Bollwerk gegen Willkür.

Knappe Antworten auf vage gefasste Fragen können den Eindruck einer willkürlichen und wenig durchschaubaren Justiz vermitteln. Ohne wenigstens ein Resümee der wesentlichen Gründe dafür zu erfahren, warum die Geschworenen erklärt haben, von seiner Schuld überzeugt zu sein, konnte der Bf das Urteil nicht verstehen, geschweige denn akzeptieren. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Geschworenen nicht auf Grund des Aktes, sondern aufgrund dessen, was sie in der Verhandlung gehört haben, entscheiden, ist dies von besonderer Bedeutung. Folglich sei es wichtig, dem Angeklagten, aber auch dem „Volk“ in dessen Namen das Urteil ergeht, die Erwägungen darzulegen und die genauen Gründe für die Beantwortung einer Frage mit „Ja“ oder „Nein“ anzugeben.

Unter den gegebenen Umständen war die *Cour de cassation* nicht in der Lage, ihre Kontrolle wirksam auszuüben und beispielsweise eine mangelhafte oder widersprüchliche Begründung zu erkennen.

Wegen der fundamentalen Bedeutung dieser Entscheidung beantragte die belgische Regierung eine endgültige Entscheidung der Großen Kammer des EGMR. Unabhängig davon beschloss das belgische Parlament aber bereits am 29. Oktober 2009 eine seit Jahren ohnehin geplante Neuregelung des gesamten Geschworenenverfahrens, durch die unter anderem die Begründungspflicht für den Wahrspruch der Geschworenen eingeführt wurde.¹⁰

Die Entscheidung der Großen Kammer vom 16. November 2010 löste das Problem dahingehend, dass einerseits zwar festgestellt wurde, dass der Bf im konkreten Fall durch das Fehlen der Begründung in seinem Recht auf ein faires Verfahren nach Art 6 Abs 1 EMRK verletzt wurde, weil er im Ergebnis über keine ausreichenden Garantien verfügte, die es ihm ermöglicht hätten, zu verstehen, warum er für schuldig befunden wurde; andererseits sah der EGMR aber keinen Anlass, das Jury-System, das keine Begründung des Urteils verlangt, grundsätzlich in Frage zu stellen. Es handle sich um eines der vielen Beispiele der Mannigfaltigkeit der in Europa existierenden Rechtssysteme; es sei nicht Aufgabe des Gerichtshofes diese zu vereinheitlichen. Die Vertragsstaaten genießen

8 EGMR 29. 6. 1994, 20664/02, *Zarouali/Belgien*.

9 Beispielhaft erwähnt der Gerichtshof Frankreich, das eine zweite Instanz bei den „*proces en assises*“ einführt und die Begründung der Urteile ausgestaltet.

10 Siehe dazu ausführlich Moos, JBl 2010, 73; sowie Rueprecht, Einige internationale Reaktionen auf das Urteil des EGMR im Fall *Taxquet* gegen Belgien, JSt 2010, 97.

eine große Freiheit in der Wahl der Mittel, die sicherstellen sollen, dass ihr Rechtssystem den Erfordernissen des Art 6 EMRK entspricht.¹¹

B. Die Diskussion in Österreich

Der OGH hatte sich bereits vor der Entscheidung der Großen Kammer zu 15 Os 181/09w nicht veranlasst gesehen, einen Antrag gemäß Art 89 Abs 2 zweiter Satz B-VG beim VfGH zu stellen, zumal ein Wahrspruch alle jene wesentlichen Sachverhaltselemente, die zur Subsumtion erforderlich sind, enthalte und das Urteil demnach in diesem Sinn „durchaus als begründet anzusehen“ sei. Eine Anfechtungsmöglichkeit biete – wenn auch in eingeschränktem Umfang – § 345 Abs 1 Z 10a StPO. Die genannte Entscheidung des EGMR bemängle demgegenüber das gänzliche Fehlen einer Begründung des sachverhaltsmäßig nicht hinreichend konkretisierten belgischen Urteils sowie dessen weitgehende Unanfechtbarkeit und biete demgemäß keine Vergleichsgrundlage. Auf dieser Auffassung beharrt der OGH seither textbausteinartig in einer Reihe weiterer Entscheidungen.¹² Die Strafprozessordnung enthalte sämtliche nunmehr von der Großen Kammer des EGMR beispielhaft geforderten Verfahrenssicherheiten, nämlich die Rechtsbelehrung oder Anleitung der Geschworenen durch den vorsitzenden Richter oder die Stellung präziser, eindeutiger Fragen, die ein Gerüst schaffen, auf welches der Schuldspruch gestützt wird. § 345 Abs 1 StPO sichere als effektive Rechtsschutznorm die Einhaltung dieser Garantien.

*Lewisch*¹³, einem der wenigen verbliebenen erklärten Verteidiger der Geschworenengerichte, ist durchaus beizupflichten, dass im Ergebnis diesen Entscheidungen des OGH zuzustimmen ist. Zunächst gehe es schon aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht darum, dem VfGH mögliche verfassungsrechtliche Bedenken zur Kenntnis zu bringen, sondern einen Aufhebungsantrag zu stellen, für den es einer Verdichtung von Einwänden bedarf. Konventionswidrig sei das geschworenengerichtliche Verfahren eben nicht und innerstaatlich verfassungsrechtlich schon gar nicht bedenklich.

Doch kann das nicht das Ende der Debatte sein. Die Frage lautet nämlich nicht, ob Urteile durch Geschworenengerichte verfassungs- und konventionskonform sind, sondern ob sie in einem modernen Rechtsstaat rechtspolitisch geboten sind. Die Stimme des OGH hat auch in der Rechtsfortentwicklung Gewicht. Es kommt also nicht nur darauf an, was er tut oder wozu er sich eben nicht veranlasst sieht, sondern auch auf die Gründe, die ihn dazu bewegen.

*Pilnacek*¹⁴ zeigt zu Recht auf, dass sich der OGH mit dem schlanken Hinweis, dass die Entscheidung des EGMR das gänzliche Fehlen einer Begründung des sachverhaltsmäßig nicht konkretisierten belgischen Urteils sowie dessen weitgehende Unanfechtbarkeit bemängelt und daher keine Vergleichsgrundlage bietet, einer vertiefenden Auseinandersetzung entzieht. Der OGH tue zwar gut daran, der Rechtsfortbildung enge Grenzen zu stecken und rechtspolitisch umstrittene Fragen nicht an sich zu ziehen. Seinem eigenen Selbstverständnis würde es jedoch ebenso gut tun, bei nächster Gelegenheit auch den zweiten Teil der Begründung der *Taxquet*-Entscheidung der Großen Kammer ernst zu nehmen und die Regelungen der StPO und ihre konkrete Anwen-

11 Siehe dazu ausführlich *Rueprecht*, EGMR stellt Geschworenengericht nicht in Frage, JSt 2010, 200.

12 OGH 15 Os 162/10b RZ 2011/EÜ 228 = JBl 2012, 228 (*Pilnacek*) = JBl 2012, 265; OGH 14 Os 43/11x JBl 2012, 496 (*Lewisch*); OGH 12 Os 48/11t EvBl 2011/121 = AnwBl 2012, 64 = JBl 2012, 496 (*Lewisch*) = JBl 2012, 539.

13 *Lewisch*, JBl 2012, 498.

14 *Pilnacek*, Zur Bedeutung der *Taxquet*-Entscheidung des EGMR für das österreichische Geschworenengericht – Bemerkungen zu OGH 25. 5. 2011, 15 Os 162/10b, JBl 2012, 228 (228).

dung in der Praxis an diesen Anforderungen zu messen. Tatsächlich scheint die Gelassenheit des OGH in der Frage der Geschworenengerichte in einem auffallenden Widerspruch zur Unrast zu stehen, die er beispielsweise in der Sachverständigenfrage an den Tag legte.

Hier hegte der 11. Senat Bedenken an der Verfassungskonformität des § 126 Abs 4 dritter Satz StPO im Zusammenspiel mit § 126 Abs 2c und 3 erster Halbsatz StPO, beruhend auf dem Umstand, dass im Ermittlungsverfahren ein Sachverständiger im Normalfall von der Staatsanwaltschaft bestellt wird. Nach Ansicht des Senats führt dies dazu, dass der von der Staatsanwaltschaft bestellte Sachverständige, soweit sich die Anklage begründend auf seine Expertise stützt und ihn das Gericht für das Hauptverfahren neuerlich zum nunmehr auch gerichtlichen Sachverständigen bestellt, als von einer Verfahrenspartei nicht unabhängiger Zeuge der Anklage zu qualifizieren ist.

In einem Verfahren des 17. Senats¹⁵ hatten diese verfassungsrechtlichen Bedenken zu keiner Normanfechtung geführt, weil unabhängig von dieser Frage ein Freispruch geboten war. In zahlreichen weiteren Entscheidungen¹⁶ hatte der OGH verfassungsrechtliche Bedenken sogar verneint.¹⁷

Letztlich war der Antrag erfolgreich: Der VfGH stellte mit dem Erkenntnis vom 10. 3. 2015, G 180/2014, fest, dass die Wortfolge „Sachverständigen oder“ in § 126 Abs 4 dritter Satz der Strafprozessordnung 1975, BGBl 1975/631 (Wv), idF BGBl I 2004/19, verfassungswidrig war. Die Bestimmung war nämlich bereits mit dem Strafprozessrechtsänderungsgesetz 2014, BGBl I 2014/71 erheblich umgestaltet worden.

Vielleicht hat *Anton Wildgans* an solche Konstellationen gedacht, als er 1911 als Auskultant die letzte Strophe seines Gedichtes „Letzte Instanz“ schrieb.¹⁸

C. Eigene Stellungnahme

Es muss verwundern, dass der OGH ein deklariert begründungsloses Urteil als „durchaus begründet“ ansieht und sich willig auf das Argument einlässt, dass die hinreichende Konkretisierung des Schuldspruchs eine Begründung des Urteils darstelle oder diese wenigstens ersetze. Andernorts, nämlich in seiner Judikatur zu § 270 Abs 2 Z 5 StPO, stellt der OGH durchaus klar, dass die Begründung des Urteils weit über die Tatindividualisierung im Spruch hinausgeht¹⁹: Das erkennende Gericht ist verhalten, mit voller Bestimmtheit anzugeben, welche Tatsachen und aus welchen Gründen es als erwiesen oder nicht erwiesen angenommen hat.

Fallbezogen hatte sich das Schöffengericht mit dem lapidaren Hinweis begnügt, der an sich nicht denkwidrigen Verantwortung des Angeklagten könnte „aufgrund der gesamten Vorfälle, wie sie sich darstellen“ nicht geglaubt werden – eine im Übrigen geradezu klassische Formel in der Nieder-

15 OGH 17 Os 25/14a Zak 2014/657 = RZ 2014/EÜ 211/212/213/214 = AnwBl 2015, 69 = JSt-Slg 2014/36 = JSt-LS OGH 2015/9 = JSt-LS OGH 2015/10 = JSt-LS OGH 2015/11 = JSt-LS OGH 2015/12 = JSt-LS OGH 2015/13 = EvBl 2014/136 (Ratz) = JSt 2014, 200 (Wess/Rohregger).

16 OGH 13 Os 141/11a, 160/11w JBl 2013, 61 (Wess); OGH 15. 5. 2012, 14 Os 2/12v; OGH 13 Os 131/12g JSt 2013, 163 (Birklbauer) = JSt 2013, 170 (Stuefer) = AR aktuell 2014 H 5, 16 (Chini); OGH 11 Os 51/13d EvBl 2014/62 = ÖJZ 2014/144 (Swiderski); OGH 13 Os 55/13g, 56/13d EvBl-LS 2014/124 = AnwBl 2014, 660 = JSt-LS OGH 2014/65 = JSt-LS OGH 2014/69 = JSt-LS OGH 2014/70 = JSt-LS OGH 2014/71 = JSt-LS OGH 2014/74.

17 Gleichwohl hatte die Vollversammlung des OGH in ihren Tätigkeitsberichten 2011 und 2012 jeweils Bedenken am System der Sachverständigenbestellung geäußert.

18 „Und ein Gerippe legt die Wage hin / Und nimmt das Schwert und macht sich selbst zum Boten / Des Spruches, welcher seinen Sinn / Schon längst verloren, und zerhaut den Knoten.“

19 OGH 13 Os 151/95 JUS St/1989.

schrift der Geschworenen – und erntete dafür eine heftige Zurechtweisung durch das Höchstgericht: Das Tatgericht habe an Hand der Ergebnisse des Beweisverfahrens schlüssig und zureichend zu begründen, weswegen es zur Überzeugung der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung gekommen ist. Tritt es der sich daraus ergebenden Folgerung nicht bei, muss es sich mit allen Verfahrensergebnissen auseinandersetzen und vor allem jene Umstände sorgfältig und gewissenhaft angeben, auf die es seine entgegengesetzte Überzeugung gründet. Nun geht es freilich nicht an, Äpfel mit Birnen zu vergleichen; ebenso wenig kann es aber angehen, innerhalb einer Rechtsordnung mit zweierlei Maß zu messen.

III. Gewicht und Sanierbarkeit des Mangels

Es bleibt also dabei: Geschworenenurteile sind eben nicht begründet. Dass das ein Mangel ist, liegt auf der Hand und wird auch im Schrifttum nicht ernsthaft bestritten. Zu fragen ist daher, wie schwer dieser Mangel wiegt, ob er behebbar ist, und falls nicht, ob es überwiegende Vorteile der Geschworenengerichte gibt, die im Rahmen einer Gesamtabwägung deren Beibehaltung wünschenswert oder zumindest vertretbar erscheinen lassen. Das Gewicht des Mangels lässt sich bestimmen, indem man die in den eingangs erwähnten Entscheidungen bezeichneten Garantien als Gegengewichte in Anschlag bringt. Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob ein Geschworenenurteil auch ohne Begründung ausreichend überprüfbar ist.

Der Erkenntnis folgend, dass – wie *Moos*²⁰ es treffend ausdrückte – die *ao* Wiederaufnahme nach Art des § 362 StPO „weniger einen Damm zum Schutz des Angeklagten vor Justizirrtümern als des OGH vor dem Angeklagten bildet“ und der Verurteilte nicht länger auf das „Gnadengeschenk höchstrichterlicher Fürsorge“ angewiesen sein soll, brachte das Strafrechtsänderungsgesetz 1987 auch den Nichtigkeitsgrund der Z 10a des § 345 Abs 1 StPO, mit dem der Grundsatz durchbrochen werden sollte, dass die Frage der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Wahrspruches mit einer Rechtsrüge nicht releviert werden kann. „Die Idee“ – so *Moos* weiter – „ist lobenswert, allein der Wahrspruch entbehrt der Gründe.“ Das bedeutet, dass die Beweiswürdigung gar nicht nachvollzogen werden kann, denn eine Kontrolle der Beweiswürdigung ohne Kenntnis dessen, was sich die Richter (Geschworenen) auf Grund der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung gedacht haben, ist schlecht möglich. Indessen gibt es aber eine kurze Niederschrift des Obmanns der Geschworenen, in der die Erwägungen der Geschworenen zur Beantwortung jeder Frage anzugeben sind (§ 331 Abs 3 StPO). So, wie diese Niederschrift Anhaltspunkte für ein Monitorverfahren (§ 332 StPO) oder die Aussetzung der Entscheidung (§ 334 StPO) bieten soll, so könnte sie als Teil der Akten auch wenigstens Anhaltspunkte für die Beweiswürdigung liefern.

Diesem vernünftigen Argument folgte der OGH nicht und erkannte vielmehr,²¹ dass die Niederschrift der Geschworenen nicht zu deren Wahrspruch gehört und daher überhaupt nicht Anknüpfungspunkt einer Tatsachenrüge sein kann. Da sie eine kurze Begründung für die Beweiswürdigung darstelle, könne sie nicht gleichzeitig deren Gegenstand bilden. Obwohl sie dem Hauptverhandlungsprotokoll anzuschließen ist (§ 332 Abs 6 StPO) und solcherart zu „den Akten“ gehört²², kann eine Tatsachenrüge (Z 10a) darauf nicht gegründet werden. In jüngerer Zeit statuiert

20 *Moos*, Die Ausdehnung der Nichtigkeitsbeschwerde auf die Beweiswürdigung nach § 281 Abs 1 Z 5a (TEIL I), ÖJZ 1989, 97 (99).

21 RIS-Justiz RS0115549.

22 OGH 13 Os 36/01 JUS St/3095 = JBl 2002, 129 = JUS St/3108.

der Gerichtshof sogar: Aus dem Inhalt der in § 331 Abs 3 StPO bezeichneten Niederschrift können keine erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit der im Wahrspruch der Geschworenen festgestellten entscheidenden Tatsachen abgeleitet werden, weil die Niederschrift nicht „zu den Akten“ im Sinn des § 345 Abs 1 Z 10a StPO zählt.²³

Insgesamt hat sich die Judikatur des OGH zur Z 10a des § 345 Abs 1 StPO in den letzten drei Jahrzehnten wohl eher zu einem Katalog von Gründen entwickelt, warum eine Nichtigkeitsbeschwerde darauf nicht gegründet werden kann. Der Appell von *Moos*²⁴, die durch das StRÄG 1987 eröffneten Chancen zur Herstellung von noch mehr Gerechtigkeit auch wirklich zu nutzen und dem säkularen Ereignis in der Gesetzgebung einen säkularen Einschnitt in der Rechtsprechung folgen zu lassen, blieb ungehört.

IV. Antrag auf Aussetzung als mögliche Alternative?

Zu untersuchen bleibt, ob die Überprüfbarkeit des Wahrspruches durch den Schwurgerichtshof im Rahmen der Aussetzung der Entscheidung nach § 334 StPO einen Ausweg bietet. Ist der Schwurgerichtshof einstimmig der Ansicht, dass sich die Geschworenen bei ihrem Ausspruch in der Hauptsache geirrt haben, so beschließt er – ohne einen darauf abzielenden Antrag zuzulassen – dass die Entscheidung, dh die Fällung des Urteils, ausgesetzt und die Sache dem OGH vorgelegt werde. Dieser verweist die Sache – ohne weitere Prüfungskompetenz – an ein anderes Geschworenengericht. Stimmt der Wahrspruch des zweiten Geschworenengerichtes mit dem ersten überein, ist er dem Urteil zugrunde zu legen. Eine nochmalige Aussetzung ist dann unzulässig.

Auch Befürworter des Geschworenengerichtes, wie etwa *Burgstaller*²⁵, sehen in diesem Kontrollinstrument keinen Systembruch und stehen ihm uneingeschränkt positiv gegenüber. Allein es weist zwei Mängel auf: Einerseits steht dem Beteiligten ein Antrag auf die Entscheidung des Schwurgerichtshofes nicht zu, er ist also wiederum auf ein „Gnadengeschenk des Gerichts“ angewiesen, andererseits ist auch diese Entscheidung des Schwurgerichtshofes nicht zu begründen.

Zur Erklärung dieses Umstandes bietet sich neuerlich ein Gedanke von *Moos*²⁶ an: „Zu Zeiten des Inquisitionsprozesses beherrschte die Fürsorge des Gerichtes das ganze Verfahren. Das entsprach dem Geist des aufgeklärten Absolutismus, der davon ausging, daß der Herrscher bzw an seiner Stelle der Richter von sich aus am besten weiß, was die Rechtsunterworfenen nötig haben, oder wie Gerechtigkeit herzustellen ist.“ Diese tief verankerte Überzeugung konnten *Würth* (1850) und *Glaser* (1873) nicht einfach abschütteln, als die demokratische Revolution von 1848 mit der Einführung des Anklageprozesses die Initiative für die Veranlassung oder Fortführung eines Strafverfahrens in die Hände der Verfahrensbeteiligten legte.

Wie mächtig solche „Kompromisse mit dem [...] Inquisitionsverfahren [...], die uns heute fern liegen müßten, an die man sich aber leider längst gewöhnt hat“²⁷, auch heute noch wirken, zeigt die Ausgestaltung des erst mit dem StPRG 2004 eingeführten Antrags auf Fortführung des Ermittlungsverfahrens nach § 195 StPO. Entscheidet ein Drei-Richter-Senat des Landesgerichtes, dass

23 OGH 13. 5. 2008, 14 Os 44/08i.

24 *Moos*, Die Ausdehnung der Nichtigkeitsbeschwerde auf die Beweiswürdigung nach § 281 Abs 1 Z 5a (TEIL II), ÖJZ 1989, 135 (144).

25 *Burgstaller*, JBl 2006, 74.

26 *Moos*, ÖJZ 1989, 99.

27 *Moos*, Zwischenbilanz der Strafrechtsreform, AnwBl 1982, 653 (654).

das Ermittlungsverfahren gegen einen Beschuldigten, den die verfassungsmäßig (Art 90a B-VG) mit Ermittlungs- und Anklagefunktionen betraute Staatsanwaltschaft außer Verfolgung gesetzt hat, fortzusetzen ist, gesteht das Gesetz weder diesem noch der Anklagebehörde dagegen ein Rechtsmittel zu.²⁸ Ein Wildwuchs von nur im Wege des § 23 StPO überprüfbaren Entscheidungen ist in der Praxis die geradezu notwendige Folge. Erfrischend ist in diesem Zusammenhang der Ansatz von *Sadoghi*²⁹, einen Antrag auf Aussetzung (*appellatio in iudicio*) zuzulassen. Setzen die Berufsrichter die Entscheidung nicht aus, steht nach ihrem Vorschlag dagegen kein abgesondertes Rechtsmittel zu, vielmehr wäre dieser Umstand in einer auf die Z 10a des § 345 Abs 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde geltend zu machen. Damit bleibt *Sadoghi* mE aber auf halbem Wege stehen.

Von Laienrichtern kann eine reguläre Urteilsbegründung iSd § 270 Abs 2 Z 5 StPO nicht erwartet werden, sodass auf Begründungsbefehle (Begründung durch den Vorsitzenden oder mithilfe einer Urkundsperson bzw durch unbeteiligte Dritte) zurückgegriffen werden müsste, die wie *Moos*³⁰ eindrucksvoll aufzeigt, schon wegen fehlender Authentizität unbrauchbar sind. Das gilt nicht für die Berufsrichter, die die gesamte Hauptverhandlung miterlebt haben und demnach den gleichen Informationsstand wie die Geschworenen besitzen. Von ihnen kann daher – wie auch im geltenden Recht – verlangt werden, zu beurteilen, ob die Entscheidung der Geschworenen in der Hauptsache aufgrund der Verfahrensergebnisse vertretbar oder irrig ist. Von ihnen kann aber auch verlangt werden, dass sie ihre Entscheidung begründen. Dieser begründete Beschluss kann durch ein Rechtsmittelgericht überprüft werden. Als solches bietet sich das OLG an, darüber kann aber ebenso wie über den Prüfungsumfang (zu denken wäre jedenfalls an eine Überprüfung der intersubjektiven Überzeugungskraft) noch diskutiert werden.

Die Geschworenen würden dadurch sogar gestärkt, weil ihr Wahrspruch nicht wie bisher ohne Angabe von Gründen vernichtet werden kann. Auch die von *Burgstaller*³¹ als Argument für die Beibehaltung der Geschworenengerichte ins Treffen geführte besondere Qualität der Hauptverhandlung könnte sogar noch verbessert werden, wenn die Berufsrichter am Ende, auf Antrag des Angeklagten oder der Staatsanwaltschaft zu begründen haben, warum sie von ihrem Aussetzungsrecht Gebrauch machen oder aber warum sie dazu keine Veranlassung finden. Ohne Eingriff in die letzte Entscheidungshoheit der Geschworenen und losgelöst von der Nichtigkeitsbeschwerde wäre daher von den Verfahrensbeteiligten, wenn ihnen schon die Begründung der Geschworenen verwehrt bleibt, doch zumindest eine Begründung der Berufsrichter erzwingbar, warum sie bei gleicher Informationslage mit der Entscheidung der Geschworenen einverstanden sind.

Zusammen mit einer nicht nur partei- sondern auch volksöffentlichen Rechtsbelehrung wäre damit doch einiges gewonnen. Freilich kann der Mangel nur gemildert, aber nicht behoben werden. Eine weitergehende Sanierungsmöglichkeit besteht nämlich nicht. „Das Geschworenengericht leidet“ – so *Rittler*³² – „an wesentlichen Mängeln, aber diese Mängel sind mit dem Wesen des Geschworenengerichtes unzertrennlich verbunden.“ Die Alternative lautet: *Sint ut sunt, aut non sint!*

28 Siehe hiezu *Mühlbacher*, Inquisition mit einem Schuss Fehde? RZ 2009, 122 (123).

29 *Sadoghi*, Die Bekämpfung der Tatfrage im geschworenengerichtlichen Verfahren, JSt 2008, 78 (81).

30 *Moos*, JBl 2010, 82 f.

31 *Burgstaller*, JBl 2006, 71.

32 *Rittler*, Zur Frage der Geschworenengerichte, JBl 1947, 69 (70).



Kosovo – UNMIK accountability: Human Rights Advisory Panel Finds Discrimination in Privatization Cases

Wolfgang Benedek*, University of Graz

Abstract: *The Human Rights Advisory Panel (HRAP) established in 2006 to strengthen the accountability of UNMIK in Kosovo so far has dealt mainly with cases regarding property and missing persons. In two recent cases of members of the Egyptian and the Serbian minority (Fillim Guga and Nevenka Ristić) it also dealt with privatization of socially-owned enterprises and found discrimination on ethnic grounds by the Special Chamber of the Supreme Court, established by UNMIK for such cases, which raises the accountability of UNMIK. In doing so the panel applied Article 14 of the ECHR on prohibition of discrimination in conjunction with Article 6 ECHR on fair trial in the light of relevant jurisprudence of the European Court of Human Rights. It also pointed out that in these cases the Special Chamber did not recognize a prima facie case of indirect discrimination and did not apply the principle of reversal of proof as required by the Anti-Discrimination Law of Kosovo. On behalf of UNMIK, the Special Representative of the Secretary-General defended the findings of the Special Chamber. The conclusions and recommendations in the Opinion of the Panel hold UNMIK accountable for the violations found and require it to take immediate and effective measures including an apology and adequate compensation for non-pecuniary damage as well as urging EULEX and other competent authorities in Kosovo to reopen the case by the Special Chamber. The work of the HRAP raises wider issues of accountability of international missions like UNMIK, to which it makes an important contribution.*

Keywords: *Kosovo; Human Rights Advisory Panel; accountability; discrimination; European Convention on Human Rights.*

I. Background

There has been strong criticism of the lack of accountability of the United Nations Mission in Kosovo (UNMIK), which operated since its establishment in 1999 under a veil of immunity as the government of Kosovo.¹ It was endowed with practically unlimited powers although the Provisional Institutions of Self-Government (PISG) in Kosovo were successively given a larger role. In 2000 an independent international ombudsman was established by UNMIK, which, however,

* Wolfgang Benedek is Professor at the Institute of International Law and International Relations of the University of Graz and Director of the European Training and Research Centre for Human Rights and Democracy of the University of Graz.

1 See HUMAN RIGHTS WATCH, BETTER LATE THAN NEVER, ENHANCING THE ACCOUNTABILITY OF INTERNATIONAL INSTITUTIONS IN KOSOVO (2007), <https://www.hrw.org/sites/default/files/reports/kosovo0607web.pdf>; see also BLERIM REKA, UNMIK AS AN INTERNATIONAL GOVERNANCE IN POST-WAR KOSOVO: NATO'S INTERVENTION, UN ADMINISTRATION AND KOSOVAR ASPIRATIONS (2003); and generally CARSTEN STAHN, THE LAW AND PRACTICE OF INTERNATIONAL TERRITORIAL ADMINISTRATION. VERSAILLES TO IRAQ AND BEYOND (2008).

largely ignored its recommendations when they concerned activities of UNMIK. This institution was nationalized by UNMIK in 2006.² With the Declaration of Independence of Kosovo in 2008, UNMIK lost its dominant role, but still remained with limited activities. In 2004, the Venice Commission on Democracy through Law of the Council of Europe adopted a report on possible review mechanisms,³ which led to the establishment of the Human Rights Advisory Panel (HRAP) by UNMIK in 2006,⁴ which really became operative only at the end of 2007. Institutionally it is part of UNMIK, but fully independent.⁵ The present members of the Panel appointed by the Special Representative of the Secretary-General (SRSG) on the nomination of the President of the European Court of Human Rights are *Marek Nowicki* as presiding member, and *Christine Chinkin* as well as *Françoise Tulkens* as members. *Marek Nowicki* also served as international ombudsman in Kosovo after the establishment of this institution in 2000 until 2005.

The HRAP's mandate is to examine alleged human rights violations attributable to UNMIK and to make recommendations to the SRSG. For this purpose it issues "Opinions", but has no enforcement capacity.⁶ The applicable law is the European Convention on Human Rights and the major UN human rights conventions. The last deadline for complaints was March 31, 2010, and only incidents occurred within the period from April 23, 2005, until this deadline, including ongoing violations from before, could be covered. The Panel altogether received 527 cases of which, at the end of 2014, 439 were closed while 88 were still pending. Until that date the Panel in 79 sessions delivered 521 decisions on admissibility and 267 opinions on the merits. 252 opinions found violations in 164 cases, while only 15 opinions found no violations.⁷ By June 30, 2015, the statistics are as follows: 474 closed cases, 53 pending cases, 302 opinions issued, 282 violations found, 20 cases in which no violation has been found.⁸

The kinds of cases received by the Panel stretched from property claims and privatization cases to missing persons, killings and disappearances. For example, after reviewing more than 100 complaints alleging the lack of adequate criminal investigations in relation to disappearances, abductions and killings, the Panel found systemic failures of UNMIK in this regard, which could not be justified by the difficulties encountered by UNMIK at the beginning of its mission.⁹

In 2014, for the first time, two opinions were adopted in which the HRAP found a violation of Article 14 of the European Convention on Human Rights (ECHR) due to ethnic discrimination. In the following, these decisions will be presented and discussed leading to some general conclusions on the work of the HRAP.

2 See Christopher Waters, *Nationalizing Kosovo's Ombudsperson*, 12 JOURNAL OF CONFLICT AND SECURITY LAW, 2007, at 139.

3 EUROPEAN COMMISSION ON DEMOCRACY THROUGH LAW, OPINION ON HUMAN RIGHTS IN KOSOVO: POSSIBLE ESTABLISHMENT OF REVIEW MECHANISMS (2004), [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2004\)033-e.asp](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2004)033-e.asp).

4 See UNMIK Regulation 2006/12 of Mar. 13, 2006, on the establishment of the Human Rights Advisory Panel; and UNMIK Regulation 2007/3 of Jan., 12, 2007, amending UNMIK Regulation No. 2006/12 on the establishment of the Human Rights Advisory Panel.

5 See the pertinent regulations and rules of procedure on the homepage of the Human Rights Advisory Panel, <http://www.unmikonline.org/hrap/Eng/Pages/default.aspx> (last visited Aug. 21, 2015).

6 See the homepage of the Human Rights Advisory Panel for more details; see also CHATHAM HOUSE, INTERNATIONAL LAW MEETING SUMMARY: THE KOSOVO HUMAN RIGHTS ADVISORY PANEL, SPEAKER: PROF. CHRISTINE CHINKIN, Jan. 2012, <http://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/public/Research/International%20Law/260112summary.pdf>.

7 HRAP, ANNUAL REPORT 2014, at 34 (Mar. 2015), http://www.unmikonline.org/hrap/Eng/Documents/Annual_report_2014.pdf.

8 Information received from the HRAP.

9 HRAP, ANNUAL REPORT 2014, at i.

II. *Fillim Guga* against UNMIK

Fillim Guga introduced his complaint on November 3, 2008. He claimed to have worked for the socially owned enterprise “KNI Dukagjini OTHPB-BP IMN Tjegulltorja” (IMN) for 20 years. Around July 1, 1999, the father of the complainant went missing, which made the complainant flee to Montenegro for fear of his own security. Later his house was burned and his father was found shot dead.

By decision of August 24, 2000, IMN terminated the employment of *Mr. Guga* for his failure to appear at work for a prolonged period without justification. When the complainant returned to Kosovo in 2001, several requests to resume work were rejected. He took court action against this decision, which was rejected on all levels, i.e. the Municipal Court, the District Court and the Supreme Court.

In 2006 IMN was privatized and 20 % of the proceeds were to be distributed among the employees based on the pertinent UNMIK regulation.¹⁰ *Mr. Guga*, however, was not included in the list of IMN employees to receive a share of the proceeds of the privatization. Therefore, he complained to the Kosovo Trust Agency (KTA), basing his claim on Article 10.6 of UNMIK Regulation 2003/13, which contains an exception to the eligibility requirements. Accordingly, employees “who claim that they would have been so registered and employed, had they not been subject to discrimination [...]” shall not be precluded. *Mr. Guga* declared that he felt discriminated because he belonged to the Egyptian Minority in Kosovo and provided the details of his story with all documents. However, KTA dismissed his claim arguing that his employment had been terminated by a decision of IMN for not showing up and that he had not provided evidence of any legal action taken against that decision. A complaint against the final list of share recipients published by KTA also was unsuccessful.

On April 11, 2008, the complainant filed a petition with the Special Chamber of the Supreme Court of Kosovo, giving the same reasons but claiming in addition that ethnic Serbs who failed to appear at work after June 10, 1999, for security reasons were included in the list of eligible employees. The KTA, however, argued that there were no ethnic tensions after June 1999 as some non-Albanians returned to work and therefore it saw no reasonable grounds to presume discrimination.

The Special Chamber rejected the claim as ungrounded. It also referred to Section 8 of the Anti-Discrimination Law of Kosovo.¹¹ According to this Section complaints of discrimination have to present a *prima facie* case of direct or indirect discrimination, in which case the respondent is to prove the absence of discrimination. But the Chamber found that the facts submitted did not show direct or indirect discrimination. Also, an appeal against this judgment to a different panel of the Special Chamber, made possible by an amendment of UNMIK to its pertinent regulation,¹² was rejected.

The complaint submitted to the HRAP in November 2008, in substance, is about discrimination due to the Egyptian ethnicity of the complainant whose *prima facie* case had not been properly

10 See UNMIK Regulation No. 2003/13 of May 9, 2003, on the Transformation of the Right to Use to Socially-Owned Immovable Property.

11 See Law on Anti-Discrimination, (Law No. 2004/3) promulgated by UNMIK Regulation No. 2004/32 of Aug. 20, 2004, on the promulgation of the Anti-Discrimination Law adopted by the Assembly of Kosovo.

12 UNMIK Regulation No. 2008/4 of Feb. 5, 2008, amending UNMIK Regulation No. 2002/13 on the Establishment of a Special Chamber of the Supreme Court of Kosovo on Kosovo Trust Agency Related Matters.

addressed by the Special Chamber, which amounts to an invocation of a violation of Article 14 ECHR on prohibition of discrimination in conjunction with Article 6 on the right to a fair trial. Furthermore, Article 1 of Protocol No. 1 and Article 1 of Protocol No. 12 to the ECHR were to be considered. On June 9, 2011 the HRAP, after asking the SRSB for his cooperation on KTA files and his comments, declared the complaint partly admissible.

Entering into the merits of the case, the HRAP asked the SRSB for the observations of UNMIK. Of particular interest is the SRSB's view that Article 14 would not apply to this case because of its accessory nature and because it could not be invoked in employment-related matters, while Article 6 was considered not to have been violated. The panel went to some length to review that argument drawing heavily on the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR), starting from the "Belgian linguistics" case of 1968, which only requires that the violation falls within the provisions of the ECHR, in this case Article 6.¹³

The main issue in the discussion on the merits of the case was whether the proceedings of the Special Chamber met the requirements of Article 14 ECHR in conjunction with Article 6. Again the HRAP referred to the jurisprudence of the ECtHR to clarify the meaning of the concept of "indirect discrimination", which accordingly may result from a *de facto* situation,¹⁴ in cases of ethnic discrimination, because of its invidious nature, requires "special vigilance and a vigorous reaction" by the authorities,¹⁵ and which applies the principle of reversal of proof in cases of alleged ethnic discrimination,¹⁶ which was also to be found in the Kosovo Anti-Discrimination Law. The Panel noted that the Special Chamber did not specify why it found the facts indicated by the complainant as insufficient for a *prima facie* case of discrimination. However, in the concrete circumstances, a more detailed demonstration of the discrimination would have placed an unjustified burden on a great number of members of minority communities.¹⁷ It observed the different attitude of the Special Chamber in the case of the privatization of the company "Termostan" in 2004, where it had accepted the argument of former Serb employees that the security situation from early 2000 onwards prevented them from coming to work as a "matter of common knowledge" not requiring further proof, and had found that their dismissal had been discriminatory,¹⁸ an approach, which was also taken in another case of 2006. Accordingly, the HRAP found divergences in the case law of the Special Chamber, which, in the absence of satisfactory explanation, compromised the principle of legal certainty.¹⁹

Furthermore, the Panel considered that the Special Chamber did not adequately take the particular situation of the complainant as a member of an ethnic community, whose persecution in the aftermaths of the conflict was a matter of common knowledge, into account.²⁰ The Special Chamber had acted in a discriminatory way also by its failure to reverse the burden of proof as required by Article 8 of the Anti-Discrimination Law. The SRSB had not rebutted the *prima facie* case of discrimination. In conclusion, the Panel found a violation of Article 14 in conjunction with

13 *Fillim Guga v. UNMIK*, Case No. 47/08, 24. January 2014, HRAP (Opinion), paras. 56–60, http://www.unmikonline.org/hrap/Eng/Cases%20Eng/OP_47-08_ENG.pdf (last visited Aug. 21, 2015).

14 *D.H. and others v. Czech Republic* [GC], no. 57325/00, 13. November 2007, ECtHR, para. 175.

15 *Horváth and Kiss v. Hungary*, no. 11146/11, 29. January 2013, ECtHR, para. 101.

16 *D.H. and others v. Czech Republic*, ECtHR, paras. 176–177.

17 See *Fillim Guga v. UNMIK*, HRAP, para. 76.

18 *Fillim Guga v. UNMIK*, HRAP, para. 70.

19 *Fillim Guga v. UNMIK*, HRAP, para. 74.

20 *Fillim Guga v. UNMIK*, HRAP, para. 81.

Article 6 ECHR,²¹ while it considered the alleged violations of Article 1 of Protocol No. 1 and of Article 1 of Protocol No. 12 to the ECHR not necessary to examine as additional issues.²²

The Panel did not enter into the contradiction that the complainant had sought reinstatement into his job with IMN with the courts, while the KTA had claimed that he had not provided any evidence of legal action against the decision of the company terminating his employment,²³ which could also have been considered a violation of Article 6 ECHR.

In its concluding comments the HRAP recalls that ethnic discrimination requires a “vigorous reaction” from authorities. While it would have been for UNMIK to redress the effects of the violation found, the fact that UNMIK after the entry into force of the Kosovo constitution on June 15, 2008, had ceased to perform executive functions in Kosovo, limited its ability to provide full and effective reparation and its responsibility regarding the judiciary ended on December 9, 2008, when the EU Rule of Law Mission (EULEX) assumed operational control in that area.²⁴ Nonetheless, the Panel held that this did “not relieve UNMIK from its obligation to redress as far as possible the effects of the violation for which it is responsible”.²⁵

Consequently, the Panel made a number of recommendations, in particular that UNMIK urges EULEX and other competent authorities in Kosovo towards a review of the claim by the Special Chamber, to make a public apology to the complainant for the failure of the Special Chamber, to take appropriate steps towards payment of adequate compensation to the complainant for the non-pecuniary damage suffered, to liaise with competent authorities in Kosovo to ensure full implementation of the Kosovo anti-discrimination law and to take immediate and effective measures to implement the recommendations of the Panel.

III. *Nevenka Ristić against UNMIK*

In the case *Nevenka Ristić* against UNMIK, decided by the HRAP on May 13, 2014, the Panel reached a similar result.²⁶ In this case, a Serbian complainant employed by the socially-owned enterprise “*Eximkos*” for 22 years left Kosovo for Montenegro due to security reasons and was “pensioned off” in 2000. In this case, the complainant’s name was included by KTA on the list of employees eligible for sharing the proceeds from the privatization, but the Special Chamber of the Supreme Court excluded her in response to a claim filed by a group of former employees of the company, arguing that she and a number of other persons did not meet the criteria for being included.

Ms. Ristić provided documents to the Special Chamber to prove that these allegations were substantially wrong and claimed that she was discriminated as a non-Albanian employee. The Special Chamber found that she did not prove that she was still an employee at the time of the privatization and also “did not prove that she was discriminated”.²⁷

21 *Fillim Guga v. UNMIK*, HRAP, paras. 85–87.

22 *Fillim Guga v. UNMIK*, HRAP, paras. 88–91.

23 *Fillim Guga v. UNMIK*, HRAP, paras. 20, 25, 29 and 34.

24 *Fillim Guga v. UNMIK*, HRAP, para. 94.

25 *Fillim Guga v. UNMIK*, HRAP, para. 95.

26 *Nevenka Ristić v. UNMIK*, Case No. 319/09, May 13, 2014, HRAP (Opinion), http://www.unmikonline.org/hrap/Eng/Cases%20Eng/319_09%20Ristic%20Final%20opinion%2030May14.docx (last visited Aug. 21, 2015).

27 *Nevenka Ristić v. UNMIK*, HRAP, para. 17.

The HRAP again requested the views of the SRSG on the matter, which were supportive of the decision of the Special Chamber and, in particular, held that it was “not within HRAP’s purview to assess the legality and accuracy of decisions made by competent judicial institutions, unless there is evidence that such decisions have been rendered in an obviously unfair and inaccurate way”.²⁸ The Panel accepted this approach in line with the pertinent jurisprudence of the European Court of Human Rights²⁹ and, following a similar line of reasoning as in “*Guga*”, found that the complainant had indeed shown circumstances that indicate discrimination and that the Special Chamber had ignored relevant facts although confirmed by KTA. It found this attitude “disturbing” and “surprising”, in particular as the Special Chamber had followed the claims of the group challenging the inclusion of the complainant in spite of facts confirming the contrary and its own findings in other cases of discrimination.³⁰ The Panel, therefore, reached the same conclusion as in “*Guga*”, in particular that the Special Chamber had failed to recognize the existence of a *prima facie* case of indirect discrimination and to give effect to the reversal of burden of proof in the Kosovo anti-discrimination law. It thus found a “violation of Article 14, taken in conjunction with Article 6 of the ECHR”,³¹ which resulted in the same set of concluding comments and recommendations as in “*Guga*”.³²

IV. Comments on the Cases

The two cases show the important role that the HRAP managed to play in applying the standards of the ECHR to the specific area of minority protection in privatization cases in Kosovo. While the Republic of Kosovo itself and its citizens are prevented from participating in the enforcement system of the ECHR for lack of membership in the Council of Europe, the HRAP in its area of competence demonstrates, what such membership could entail for the state and its minorities.

There were serious limitations of the mandate of the HRAP in terms of substance, i.e. potential human rights violations by UNMIK, and time, as it could only accept complaints for events since 2005 till the year 2008, when UNMIK ceased to exercise its executive powers (in some areas this happened with the entry into force of the Kosovo constitution, in others – like the police and justice components – this meant the end of 2008 as a result of the establishment of the EULEX mission). Its competence, however, included ongoing violations from before 2005. In any case, the competence of the Panel to review the accountability of the United Nations Mission in Kosovo on the basis of the applicable law, i.e. the ECHR and other international human rights treaties, which did not play a role in these cases, is by itself very remarkable. UNMIK was the highest authority during this time and, like a government, also responsible for the actions of the Courts. The review of these actions by the HRAP can be compared to the reviews by the European Court of Human Rights of decisions by national courts, however, only within its limited mandate.

Certainly, it is disturbing that it is in the hands of the United Nations how to comply with the recommendations of the Panel and this compliance has not been satisfactory. However, the work of the HRAP can be considered as best practice, setting standards not only for international

28 *Nevenka Ristić v. UNMIK*, HRAP, para. 29.

29 *Nevenka Ristić v. UNMIK*, HRAP, para. 53, referring to *I.J.L. and Others/United Kingdom*, no. 29522/95, 30056/96, 30574/96, Dec. 19, 2000, ECtHR and other judgments.

30 *Nevenka Ristić v. UNMIK*, HRAP, paras. 57 and 58.

31 *Nevenka Ristić v. UNMIK*, HRAP, para. 78.

32 *Nevenka Ristić v. UNMIK*, HRAP, paras. 79–82.

accountability but also for the judicial institutions active in Kosovo, as well as for EULEX, on how to bring the ECHR to life in a country which incorporated the direct applicability of the convention in its constitution without being – as yet – a member state of the Council of Europe. It needs to be noted, however, that in the past the ECHR had already been used as the main reference instrument for the Kosovo Ombudsperson in cases related to UNMIK.

Both of the described cases show that in spite of an elaborate system developed by UNMIK to assure a fair distribution of privatization gains to the employees by taking the possibility of discrimination into account, there have been deficiencies in the practice of the Special Chamber, in particular with regard to the application of the anti-discrimination law, which made the panel draw some general comments on the need to adopt positive protective measures by the authorities in cases of displaced minorities in a situation of vulnerability.³³ All in all, the jurisprudence of the HRAP on discrimination cases in the context of privatization is an important contribution to the application of the ECHR in Kosovo.

V. General Conclusions

The Human Rights Advisory Panel of UNMIK in Kosovo is of particular interest for the development of the accountability of international organizations. The large number of opinions by the HRAP finding a violation of the ECHR shows that UNMIK indeed had a major accountability problem, which has been ignored by the United Nations for too long, maybe because this was not a unique but rather a general structural problem of the United Nations and other international institutions.³⁴

The findings of discrimination on ethnic grounds in the two reported cases are of particular importance in Kosovo, where UNMIK from its first regulation on put a major emphasis on fighting discrimination,³⁵ which can also be seen from the Kosovo anti-discrimination law.

The procedures and practice of the HRAP prove that accountability mechanisms are possible although there is room for improvement, in particular with regard to the implementation of the opinions. If the accountability of UNMIK is to be taken seriously, it should make best efforts to comply with the detailed recommendations made by the HRAP. However, in practice it seems that there was little follow up. Victims of violations could therefore take the opinions mainly as “just” or “moral satisfaction”, but not expect a proper reinstatement in their rights. Therefore, and in view of the fact that UNMIK no longer has powers of enforcement, the opinions also address themselves through UNMIK to the Kosovar government and EULEX, which has a monitoring and advisory function and, in some respects, also an executive role to strengthen the rule of law, to take all possible steps to address the violations found. However, the attitude of EULEX has been rather disappointing as shown by the last Annual Report of the HRAP,³⁶ which may also partly explain why EULEX does have an accountability problem itself.

33 See *Fillim Guga v. UNMIK*, HRAP, para. 18; *Nevenka Ristić v. UNMIK*, HRAP, para. 17.

34 See GUGLIELMO VERDIRAME, *THE UN AND HUMAN RIGHTS: WHO GUARDS THE GUARDIANS?* (2011).

35 See UNMIK Regulation 1999/1 of July 25, 1999, on the authority of the Interim Administration in Kosovo.

36 See HRAP, *ANNUAL REPORT 2014*, at i.

One particular limitation of the procedure is the lack of any compensation scheme provided by UNMIK for victims of human rights violations found by the HRAP.³⁷ While this is a general problem of UN missions, which only provide compensation *ex gratia*,³⁸ in the case of UNMIK the establishment of an accountability mechanism in the form of the HRAP has raised legitimate expectation from the side of victims of violations to see these violations addressed. However, as noted by the HRAP in its 2014 report, “the Panel does not see any meaningful activity undertaken by UNMIK in response to its recommendations [...] due to UNMIK’s inertia, there has been no redress for the complainants. As such they have been victimized twice by UNMIK [...]”.³⁹ This is a bitter conclusion before the forthcoming termination of its activities.

What is remarkable is that the main standard of accountability is the European Convention on Human Rights, as interpreted by the European Court of Human Rights, which is part of the constitutional law of Kosovo although Kosovo is not (yet) a member of the Council of Europe. Accordingly, UNMIK as a United Nations mission is held accountable for not respecting regional human rights law. However, it was UNMIK itself, which by regulation decreed in 1999 made the ECHR (next to other international human rights conventions) applicable in Kosovo.⁴⁰ But until today, Kosovars have no way to file complaints at the European Court of Human Rights, thus lacking a remedy every European citizen is granted.⁴¹ The “jurisprudence” of the HRAP, which orientates itself closely towards the European Court of Human Rights, can be considered as an important contribution to closing that gap. However, its obvious temporary and substantive limitations also limit the potential of this contribution. Furthermore, the HRAP is in the process of winding up its activities. No doubt it leaves an important legacy of case law on human rights in Kosovo, from which the Kosovar judiciary could be inspired with regard to applying the European Convention on Human Rights.

37 HRAP, ANNUAL REPORT 2014, at para. 77.

38 Compare GERHARD NIEDRIST, THE NECESSITY OF A HUMAN RIGHTS ACCOUNTABILITY FOR THE UNITED NATIONS (2014), http://works.bepress.com/gerhard_niedrist/1.

39 HRAP, ANNUAL REPORT 2014, at para. 79.

40 See UNMIK Regulation 1999/24 of Dec. 12, 1999, on the applicable law in Kosovo.

41 See Bernhard Knoll, *Rights Without Remedies: The European Court’s Failure to Close the Human Rights Gap in Kosovo*, 68 HJIL, 2008, at 431.