



Die Nichtanerkennung publizitätsloser ausländischer Mobiliarsicherheiten im Lichte der Europäischen Grundfreiheiten

Eine Untersuchung der österreichischen Rechtslage anhand des Kohärenzgebotes des EuGH

Thomas Lindenbauer,* Salzburg

Abstract: Vor Kurzem stellte sich im Zuge einer Entscheidung des OGH die Frage, ob die Nichtanerkennung von in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union begründeten publizitätslosen Mobiliarsicherheiten durch Österreich gegen die Europäischen Grundfreiheiten verstößt. In der Vergangenheit wurde dies von großen Teilen der Literatur bejaht – unter anderem, weil das grundsätzlich strenge Publizitätsprinzip in Österreich nicht durchgehend verwirklicht sei. Auch der OGH hielt diese Bedenken für beachtlich. Der vorliegende Beitrag zeigt jedoch unter Heranziehung der einschlägigen Kriterien des EuGH, dass unterschiedlichste Ausnahmen vom Publizitätsprinzip sachlich gerechtfertigt werden können und damit auch keine Inkohärenz im Sinne der Rechtsprechung des EuGH begründen. Eine Nichtanerkennung von publizitätslosen ausländischen Mobiliarsicherheiten durch Österreich verstößt also keinesfalls per se gegen die Europäischen Grundfreiheiten.

Keywords: Mobiliarsicherheiten, Publizitätsprinzip, Faustpfandprinzip, Grundfreiheiten, Eigentumsvorbehalt, Kohärenzgebot, Verhältnismäßigkeitsprüfung

I. Einleitung

Im Zusammenhang mit der Begründung und Aufrechterhaltung von Mobiliarsicherheiten gilt in Österreich ein besonders strenges Publizitätsprinzip, welches grundsätzlich die Gewahrsame des Sicherungsnehmers an der jeweiligen Sache erfordert (Faustpfandprinzip).¹ Dies hatte in Kombination mit der Situs-Regel im Internationalen Privatrecht nach hA lange Zeit die Konsequenz, dass eine im Ausland begründete publizitätslose Mobiliarsicherheit mit

* Mag. Dr. Thomas Lindenbauer, BA MA, ist Universitätsassistent an der Paris-Lodron-Universität Salzburg, Fachbereich Privatrecht. Der Autor bedankt sich insbesondere bei Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Faber sowie auch bei Univ.-Prof. Dr. Andreas Geroldinger für die wertvollen Diskussionen bzw Anregungen.

¹ Vgl nur Iro/Riss, Sachenrecht⁷ (2019) Rz 10/4; Wolkerstorfer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Großkommentar zum ABGB, Klang-Kommentar³ (2016) § 447 ABGB Rz 21; Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.03} § 452 Rz 2.

der Verbringung der Sache nach Österreich **untergeht**.² Vor Kurzem kam es jedoch zu einer bedeutenden **Wendung in der Rechtsprechung**: Nach einer neuen Entscheidung des OGH soll ein in Deutschland durch Besitzkonstitut wirksam begründetes Sicherungseigentum an beweglichen Sachen auch bei Grenzübertritt der Sache nach Österreich wirksam bleiben.³ Im Rahmen seiner Begründung referierte der OGH insbesondere diverse Stimmen aus der Literatur, welche die Konformität der früheren Rechtsprechung mit den **Grundfreiheiten der EU** bezweifelten und erachtete diese **Bedenken „für beachtlich“**.⁴ Letztlich stützte der OGH seine Entscheidung jedoch bloß auf das österreichische IPRG – und somit ausschließlich auf innerstaatliches Recht.⁵

Die vom OGH vertretene Lösung über § 31 iVm § 7 IPRG ist nun jedoch selbst deutlicher Kritik ausgesetzt.⁶ Zum Teil wird ausdrücklich eine erneute Überprüfung angeregt.⁷ Damit hat die unionsrechtliche Problematik nichts an Aktualität eingebüßt. Die Frage, ob die Nichtanerkennung von ausländischen publizitätslosen Sicherheiten in Österreich mit den Grundfreiheiten vereinbar wäre, ist nämlich weiterhin ungeklärt.⁸ Käme man letztendlich tatsächlich zu dem Schluss, dass die lange Zeit geltende hA gegen die Grundfreiheiten verstößt, so wäre die Legitimation der Judikaturwende erheblich gesteigert. Im umgekehrten Fall wäre wieder vieles offen – gerade im Hinblick auf eine mögliche erneute Überprüfung der jüngsten Rechtsprechung. Die unionsrechtliche Dimension bedarf daher dringend einer tiefergehenden Untersuchung.

Als **besonders problematisch** wurde in der bisherigen europarechtlichen Diskussion vor allem der Umstand erachtet, wonach das **strenge Faustpfandprinzip** auch nach innerstaatlichem Recht **nicht durchgängig verwirklicht** sei – wie etwa die Anerkennung des

² Siehe etwa OGH 14.12.1983, 3 Ob 126/83, 3 Ob 127/83 SZ 56/188; *Verschraegen* in *Rummel* (Hrsg), ABGB³ § 31 IPRG Rz 28; *Schacherreiter*, Publizitätsloses Sicherungseigentum im deutsch-österreichischen Grenzverkehr. Die Versagung der Anerkennung auf dem Prüfstein des Gemeinschaftsrechts, ZFRV 2005, 173; *Zöchling-Jud*, Der Einfluss des Europarechts auf das Privatrecht, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1782.

³ OGH 23.1.2019, 3 Ob 249/18s JBl 2019, 439. Vgl zu dieser Entscheidung etwa *Faber*, In Deutschland publizitätslos begründetes Sicherungseigentum nach Grenzübertritt doch nicht unwirksam? Kritisches zu OGH 3 Ob 249/18s und Vorschlag einer alternativen Lösung, ÖBA 2019, 401; *Lurger*, Besitzloses (deutsches) Sicherungseigentum überlebt den Grenzübertritt nach Österreich: Der OGH verabschiedet sich von einem 35 Jahre alten Rechtssatz, Zak 2019, 124; *Bachner*, Publizität und stärkste Beziehung bei Mobiliarsicherheiten im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr. Besprechungsaufsatz zu OGH 23. 1. 2019, 3 Ob 249/18s, ÖJZ 2020, 53; *Schwartz*, Judikaturwende bei grenzüberschreitenden Sicherungsrechten: Publizitätslose Sicherungsübereignung bleibt auch nach Import der Sache nach Österreich wirksam, ZFR 2019, 468.

⁴ Vgl die Abschnitte 6.3 ff der Entscheidung OGH 3 Ob 249/18s.

⁵ Vgl OGH 3 Ob 249/18s, Abschnitt 6.3.5. Vgl auch *Ronacher*, Entscheidungsanmerkung zu OGH 23.1.2019, 3 Ob 249/18s, JBl 2019, 439 (444); *Bachner*, ÖJZ 2020, 53; *Schwartz*, ZFR 2019, 472; *Nitsch*, Mobiliarsicherheiten im österreichischen Internationalen Privatrecht – gestern und heute. Judikaturwende des österreichischen OGH hinsichtlich publizitätslosen Sicherungseigentums, ZfRV 2019, 250 (255 f); *Heindler*, Die Faustpfandpublizität im IPR, ÖBA 2020, 395 (401). Beachte demgegenüber *Lurger*, Aus einem hypothetischen Verstoß gegen die Grundfreiheiten folgt: Besitzloses (deutsches) Sicherungseigentum überlebt den Grenzübertritt nach Österreich nun doch, IPRax 2019, 560 (564), der zufolge der OGH die frühere Rechtsprechung ausdrücklich für nicht unionsrechtskonform halten würde. Ähnlich *Lurger*, Zak 2019, 126.

⁶ Vgl etwa *Faber*, ÖBA 2019, 402 ff; *Faber*, Aus dem Ausland „importierte“ Mobiliarsicherheiten: Handlungsbedarf im IPRG bzw im materiellen Recht? ZFR 2020, 280 ff; *Ronacher*, JBl 2019, 445 f.

⁷ Siehe nur *Faber*, ÖBA 2019, 407.

⁸ *Faber*, ÖBA 2019, 407; *Ronacher*, JBl 2019, 446. Vgl auch *Kieninger*, Perspektiven für ein Europäisches Mobiliarkreditsicherungsrecht, ZEuP 2016, 201 (203).

publizitätslosen Eigentumsvorbehaltes zeige. Dies stehe der Verhältnismäßigkeit einer Nichtanerkennung ausländischer publizitätsloser Mobiliarsicherheiten entgegen.⁹ Intensivere Untersuchungen dazu sind jedoch gerade in jüngerer Zeit nicht ersichtlich – erst Recht nicht unter genauer Beachtung der Rechtsprechung des EuGH zum **Kohärenzgebot**.¹⁰ Tatsächlich betont der Gerichtshof jüngst vermehrt, dass eine restriktive Maßnahme nur dann als verhältnismäßig betrachtet werden kann, wenn sie die vorgegebenen Ziele „in kohärenter und systematischer Weise“ verfolgt.¹¹ Unklar ist jedoch, welche Bedeutung die vom EuGH entwickelten Kriterien im Zusammenhang mit der Rechtfertigung einer Nichtanerkennung von ausländischen Mobiliarsicherheiten in Österreich haben. Genau darauf soll der Fokus der nun folgenden Untersuchung liegen: Ziel ist es **zu klären, ob die österreichische Rechtslage** im Bereich der Mobiliarsicherheiten, welche grundsätzlich ein strenges Faustpfandprinzip verwirklichen soll, **tatsächlich als inkohärent iSd einschlägigen EuGH Judikatur zu betrachten ist** und die Nichtanerkennung von ausländischen publizitätslosen Mobiliarsicherheiten somit schon deshalb gegen die Grundfreiheiten verstoßen würde.

II. Eingriff in den Schutzbereich der Grundfreiheiten

Bei der konkreten Prüfung der Konformität einer nationalen Maßnahme mit den Grundfreiheiten ist zunächst die Frage zu untersuchen, ob die betreffende Regelung überhaupt einen Eingriff in den Schutzbereich der Grundfreiheiten darstellt. Dies erfordert einerseits einen *grenzüberschreitenden Aspekt* und andererseits die *Annahme einer Beeinträchtigung* der Grundfreiheiten. Dass der Gerichtshof recht schnell vom Vorliegen eines Eingriffes in den Schutzbereich ausgeht,¹² liegt zum einen daran, dass die Anforderungen für das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes stetig gesenkt wurden¹³ und zum anderen daran, dass das Beschränkungsverbot im Hinblick auf sämtliche Grundfreiheiten sehr weit gefasst ist. Nationale Maßnahmen dürfen die Ausübung der Grundfreiheiten grundsätzlich nicht „verhindern, behindern, erschweren oder auch nur weniger attraktiv machen“.¹⁴ Zwischen den Grundfreiheiten bestehen hier keine tiefergehenden systematischen Unterschiede, auch wenn der EuGH teilweise verschiedene

⁹ Siehe nur *Schacherreiter*, ZfRV 2005, 183; *Czernich*, Internationales Kreditsicherungsrecht im Geschäftsverkehr der Banken, ÖBA 2000, 1067 (1073); *Berner*, Wohlerworbene Rechte im europäischen Kreditsicherungsrecht, in Behme/Fervers et al (Hrsg), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2016 (2017) 352 ff; *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht (2017) Rz 6/22; *Roth*, Secured Credit and the Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU's Mandate for Legislation, in *Eidenmüller/Kieninger* (Hrsg), The Future of Secured Credit in Europe (2008) 36 (57). Siehe nunmehr auch *Lurger*, IPRax 2019, 563. Für weitere kritische Stimmen im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit vgl das Literaturreferat in OGH 3 Ob 249/18s.

¹⁰ Siehe auch *Faber*, ÖBA 2019, 408.

¹¹ Vgl zB EuGH 21.5.2019, C-235/17, *Kommission/Ungarn*, Rn 61; EuGH 14.11.2018, C-342/17, *Memoria und Dall'Antonia*, Rn 52; EuGH 20.12.2017, C-322/16, *Global Starnet*, Rn 51; EuGH 10.3.2016, C-235/14, *Safe Interenvios*, Rn 104; EuGH 15.10.2015, C-168/14, *Grupo Itevelesa*, Rn 76. Siehe auch *Klamert*, EU-Recht² (2018) Rz 660.

¹² *Trstenjak/Beysen*, Das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Unionsrechtsordnung, EuR 2012, 275.

¹³ *Lippert*, Der grenzüberschreitende Sachverhalt im Unionsrecht (2013) 198 ff; *Ehlers*, Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten, in *Ehlers* (Hrsg), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten⁴ (2014) § 7 Rz 25. Das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Elements wird grundsätzlich schon dann angenommen, wenn Auswirkungen auf den europäischen Binnenmarkt nicht auszuschließen sind. Vgl zB EuGH 13.2.2014, C-367/12, *Sokoll-Seebacher*, Rn 10 f; EuGH 15.10.2015, C-168/14, *Grupo Itevelesa*, Rn 35 f.

¹⁴ *Klamert*, EU-Recht² Rz 640 mwN. Vgl auch EuGH 14.11.2018, C-342/17, *Memoria und Dall'Antonia*, Rn 52; EuGH 10.3.2016, C-235/14, *Safe Interenvios*, Rn 98.

Formeln verwendet.¹⁵ Wohl auch vor diesem Hintergrund wird das Vorliegen einer Beeinträchtigung der Grundfreiheiten im Hinblick auf die Nichtanerkennung von in anderen Mitgliedstaaten wirksam begründeten Mobiliarsicherheiten nach ganz überwiegender Ansicht bejaht.¹⁶

Dass die Grundfreiheiten auch im Bereich der Mobiliarsicherheiten zu beachten sind, ist unstrittig. Wie *Perner* nämlich zu Recht betont, ist die „Prüfung des Privatrechts am Maßstab der Grundfreiheiten nicht nur graue Theorie“.¹⁷ Dies gilt sowohl für materielles Privatrecht als auch für Kollisionsrecht.¹⁸ Relevanz erlangt dieser Umstand insofern, als ein möglicher Verlust einer Sicherheit – und damit eine mögliche Unionsrechtswidrigkeit – nur aus der kombinierten Anwendung von (zwingenden) Kollisionsregeln (konkret: der Situs-Regel) und zwingenden materiellrechtlichen Regeln (konkret: dem Publizitätserfordernis) resultiert.¹⁹

Betrachtet man nun etwa eine Sache, die mit deutschem Sicherungseigentum belastet ist, so könnte das Zusammenwirken dieser beiden Normenkomplexe zu einer ungerechtfertigten Beeinträchtigung von gleich mehreren verschiedenen Grundfreiheiten führen. Zu denken ist dabei zunächst vor allem an die Warenverkehrsfreiheit: Da ein Transport der Sache über die österreichische Grenze die Konsequenz haben würde, dass dem Gläubiger sein Sicherungsrecht genommen wird, erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass diese vom Schuldner nicht mehr für den grenzüberschreitenden Verkehr eingesetzt werden kann.²⁰ Die Ausübung der Warenverkehrsfreiheit wird durch die Nichtanerkennung des Sicherungsrechtes jedenfalls „weniger attraktiv gemacht“. Selbiges könnte jedoch gleichzeitig auch für die Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit gelten: Eine Bank, welche weiß, dass ihr Kunde grenzüberschreitend tätig ist, kann ihre Leistungen uU nicht wie gewohnt anbieten und so in ihrer Kapitalverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt sein.²¹ Für einen potentiellen Kreditnehmer bedeutet dies umgekehrt womöglich, dass ihm überhaupt kein Kredit gewährt wird.²²

Bei einer Nichtanerkennung von ausländischen Mobiliarsicherheiten besteht daher grundsätzlich Rechtfertigungsbedarf in Bezug auf mehrere Grundfreiheiten.²³ Da jedoch

¹⁵ *Klamert*, EU-Recht² Rz 640; *Ehlers* in *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten⁴ § 7 Rz 96. Vgl auch *Kingreen* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV⁵ (2016) AEUV Art 36 Rn 41 ff.

¹⁶ Siehe nur *Kieninger*, ZEuP 2016, 203 mwN; *Basedow*, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, *RabelsZ* 59 (1995) 42 ff; *Czernich*, ÖBA 2000, 1067 (1073); *Röthel*, Internationales Sachenrecht im Binnenmarkt, *JZ* 2003, 1027 (1032); *Schacherreiter*, *ZfRV* 2005, 180; *Diedrich*, Warenverkehrsfreiheit, Rechtspraxis und Rechtsvereinheitlichung bei internationalen Mobiliarsicherungsrechten, *ZVglRWiss* 104 (2005) 116 (123); *Berner*, Wohlerworbene Rechte 345 ff; *Zöchling-Jud* in *FS 200 Jahre ABGB 1782* mwN; *Lurger/Melcher*, Handbuch, Rz 6/22.

¹⁷ *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013) 134.

¹⁸ *Perner*, Grundfreiheiten 139. Siehe auch *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt (1996) 126.

¹⁹ *Faber*, ÖBA 2019, 405; *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 124. Vgl auch *Roth* in *Eidenmüller/Kieninger*, Future of Secured Credit 46 mwN.

²⁰ Vgl *Berner*, Wohlerworbene Rechte 346 f; *Lurger*, IPRax 2019, 562.

²¹ *Lurger*, IPRax 2019, 562.

²² *Berner*, Wohlerworbene Rechte 347. Für weitere Beispiele vgl *Heindler*, ÖBA 2020, 401.

²³ Siehe nur *Wendehorst* in *Münchener Kommentar zum BGB XXII*⁷ Art 43 EGBGB Rz 154 (Freiheit des Waren- und Dienstleistungsverkehrs sowie des Kapitalverkehrs); in Bezug auf Österreich *Schacherreiter*, *ZfRV* 2005, 180 („Beschränkung der Waren und/oder Kapitalverkehrsfreiheit“); *Lurger/Melcher*, Handbuch, Rz 6/22 (möglicher Verstoß gegen die

sämtliche Grundfreiheiten im Hinblick auf die Rechtfertigungsprüfung im Wesentlichen gleich zu behandeln sind,²⁴ kann eine endgültige Klärung an dieser Stelle unterbleiben. Fest steht, dass **durch die Nichtanerkennung ausländischer publizitätsloser Mobiliarsicherheiten in die Grundfreiheiten der EU eingegriffen wird** und es somit einer **Rechtfertigung bedarf**. Genau diese Rechtfertigung ist nun im Zusammenhang mit der hier zu erörternden Rechtsfrage der eigentlich umstrittene Punkt.²⁵

III. Verfolgung eines legitimen Zieles

Wegen der expansiven Interpretation des Gerichtshofes in Bezug auf Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten durch die Mitgliedstaaten kommt der Rechtfertigungsmöglichkeit schon ganz allgemein eine besonders große Bedeutung zu.²⁶ Eine solche erfordert zunächst das Vorliegen eines berücksichtigungswürdigen nationalen Interesses, das mit der jeweiligen restriktiven Maßnahme gewahrt werden soll. Traditionell wird dabei zwischen „geschriebenen“ und „ungeschriebenen“ Rechtfertigungsgründen unterschieden, wobei letztere grundsätzlich nur in Bezug auf nicht (direkt) diskriminierende Maßnahmen herangezogen werden können.²⁷ Eine direkte Diskriminierung liegt immer dann vor, wenn eine Benachteiligung aufgrund der Staatsangehörigkeit bzw Herkunft der Ware erfolgt.²⁸

Letzteres ist bei einer Nichtanerkennung von ausländischen publizitätslosen Mobiliarsicherheiten nicht der Fall, weil entscheidendes Kriterium alleine die Publizitätslosigkeit ist.²⁹ Insofern kämen zur Rechtfertigung der österreichischen Regelung neben den im AEUV³⁰ ausdrücklich normierten Rechtfertigungsgründen³¹ auch die ungeschriebenen „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ in Betracht, welche der EuGH bereits in der Sache *Cassis de Dijon*³² anerkannt und seither in Bezug auf sämtliche Grundfreiheiten laufend fortentwickelt hat.³³ Darunter fällt zB der Verbraucherschutz³⁴, der Umweltschutz³⁵, die Gewährleistung von Straßenverkehrssicherheit³⁶ oder die Vermeidung einer erheblichen Gefährdung der finanziellen Leistungsfähigkeit des Systems der sozialen Sicherheit³⁷. Letztendlich **akzeptiert der EuGH** unabhängig von den jeweils betroffenen

Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit); *Lurger*, IPRax 2019, 562 (mögliche Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, Kapitalverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit).

²⁴ So zumindest im Hinblick auf die Rechtfertigung durch „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“. Vgl etwa *Klamert*, EU-Recht² Rz 624, 653 ff, 659 ff; *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 275.

²⁵ Vgl neben vielen *Flessner*, Rechtswahl im Internationalen Sachenrecht – neue Anstöße aus Europa, in FS Koziol (2010) 125 (143); *Faber*, ÖBA 2019, 407 f.

²⁶ Vgl *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 275 ff.

²⁷ Vgl hierzu etwa *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ AEUV Art 36 Rn 80 ff; *Frenz*, Handbuch Europarecht I² (2012) Rz 517. Zur Aufweichung dieses Ansatzes in jüngerer Zeit vgl *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 276 f; *Klamert*, EU-Recht² Rz 644.

²⁸ *Klamert*, EU-Recht² Rz 635; *Frenz*, Handbuch Europarecht I² Rz 491 f.

²⁹ Dies zeigt sich im Fall des deutschen Sicherungseigentumes schon daran, dass etwa auch österreichisches publizitätsloses Sicherungseigentum nicht anerkannt wird.

³⁰ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) idF ABI C 2012/326, 47.

³¹ Darunter fällt insbesondere der Schutz der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit. Siehe nur *Klamert*, EU-Recht² Rz 644 ff.

³² EuGH 20.2.1979, 120/78, *Cassis de Dijon*.

³³ Vgl zB *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ AEUV Art 36 Rn 80; *Roth* in *Eidenmüller/Kieninger*, Future of Secured Credit 51 f; *Ehlers* in *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten⁴ § 7 Rz 84, 119.

³⁴ Vgl zB EuGH 28.1.2016, C-375/14, *Laezza*, Rn 31.

³⁵ Vgl zB EuGH 11.3.2010, C-384/08, *Attanasio Group*, Rn 50.

³⁶ Vgl zB EuGH 15.10.2015, C-168/14, *Grupo Itevelesa*, Rn 74.

³⁷ Vgl zB EuGH 10.3.2009, C-169/07, *Hartlauer*, Rn 47.

Grundfreiheiten **fast alle vorgegebenen Ziele**. Keine Rechtfertigung gibt es allerdings für restriktive Maßnahmen aus rein wirtschaftlichen Gründen.³⁸

A. Denkbare Rechtfertigungsgründe

Aufgrund der Großzügigkeit des Gerichtshofes bei der Anerkennung von legitimen Zielen und des Umstandes, dass es keine abschließende Liste gibt,³⁹ **kommen** für die Nichtanerkennung publizitätsloser ausländischer Sicherheiten in Österreich **mehrere Rechtfertigungsgründe in Betracht**. Im Folgenden sollen nun einige davon kurz erläutert werden. In Literatur und Judikatur immer wieder genannt wird dabei vor allem der Schutz der nationalen Güter- und Gläubigerordnung.⁴⁰ Auf den ersten Blick unklar ist jedoch, was genau unter diesen beiden Schlagworten verstanden wird.

1. Schutz der Güterordnung

Bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass mit dem „Schutz der Güterordnung“ zunächst wohl vor allem die *Aufrechterhaltung des Typenzwanges* sowie des *numerus clausus* des Sachenrechtes gemeint ist.⁴¹ Hinter diesen beiden allgemeinen Sachenrechtsprinzipien steht das Interesse des Rechtsverkehres, sich nicht permanent mit einer Unzahl an inhaltlich unbekanntem, gegenüber jedermann wirksamen Sicherungsrechten auseinandersetzen zu müssen.⁴² Genau dies würde jedoch eintreten, wenn man ausländische Mobiliarsicherheiten anerkennen würde, welche nicht mit der Typenbeschränkung und dem Typenzwang vereinbar sind. Insofern erscheint es nachvollziehbar, die Aufrechterhaltung dieser wesentlichen Prinzipien des österreichischen Sachenrechtes⁴³ – und damit den Schutz der dahinterstehenden Interessen – zur Rechtfertigung einer Nichtanerkennung von ausländischen publizitätslosen Sicherheiten heranzuziehen.

Eine weitere tragende Säule des österreichischen Sachenrechtes wird durch das Prinzip des Typenzwanges sowie der Typenbeschränkung jedoch noch nicht direkt erfasst: der Grundsatz der Publizität im Mobiliarsicherungsrecht. Während sich nämlich sowohl der Typenzwang als auch die Typenbeschränkung alleine auf die inhaltliche Ausgestaltung eines Rechtes beziehen, so geht es bei der Publizität vielmehr um dessen Kenntlichmachung.⁴⁴ Erst das Publizitätsprinzip bezweckt, die Existenz eines drittwirksamen Rechtes erkennbar zu machen und dadurch dem Interesse des Rechtsverkehres Rechnung zu tragen, von allenfalls

³⁸ Kingreen in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁵ AEUV Art 36 Rn 91; Klamert, EU-Recht² Rz 625, 653 ff.

³⁹ Frenz, Handbuch Europarecht I² Rz 559; Roth in Eidenmüller/Kieninger, Future of Secured Credit 52.

⁴⁰ Siehe etwa Kieninger, Mobiliarsicherheiten 173 f; Schacherreiter, ZfRV 2005, 180; Basedow, RabelsZ 1995 (59), 44 f; Verschraegen in Rummel, ABGB³ § 31 IPRG Rz 30 mwN; Lurger, IPRax 2019, 563. Vgl auch OGH 3 Ob 249/18s.

⁴¹ So ausdrücklich Schacherreiter, ZfRV 2005, 180. Vgl auch Kieninger, Mobiliarsicherheiten 172 ff.

⁴² Vgl etwa Baur/Stürmer, Sachenrecht¹⁸ (2009) § 1 Rn 9 f, wonach „Leichtigkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs [...] die Typenbeschränkung und den typisierten Inhalt der Rechte an Sachgütern“ erfordern. Die absolute Wirkung der dinglichen Rechte, wonach sie jedermann zu respektieren hat, setze voraus, dass „der Inhalt der dinglichen Rechte für jeden anderen Rechtsgenossen erkennbar ist“. Vgl auch Akkermans, The Principle of Numerus Clausus in European Property Law (2008) 439, 484 f, wonach Rechtssicherheit die wohl tragende Überlegung hinter dem numerus clausus im Sachenrecht sei.

⁴³ Vgl nur Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 1/5 f; Helmich in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 308 Rz 1; Holzner in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum ABGB⁴ § 308 Rz 1.

⁴⁴ Vgl Iro/Riss, Sachenrecht⁷ Rz 1/6 f.

fremden, unbekanntem dinglichen Rechten nicht überrascht zu werden. Daher ist die *Aufrechterhaltung des Publizitätsprinzips* als zusätzliches Element zum Schutz der österreichischen Güterordnung zu nennen. Wäre dies nicht der Fall, so wäre der Rechtfertigungsgrund des „Schutzes der Güterordnung“ völlig unbrauchbar, um die über Jahrzehnte hinweg hervorgehobene Sonderstellung des Publizitätsprinzips im Mobiliarsicherheitenrecht⁴⁵ und damit die österreichische Sachenrechtsordnung in ihrer derzeitigen Form zu schützen. Der Rechtfertigungsgrund könnte dann beispielsweise nicht herangezogen werden, um die Nichtanerkennung eines deutschen, publizitätslosen Sicherungseigentums zu rechtfertigen. Auch die österreichische Rechtsordnung kennt schließlich ein Sicherungseigentum – nur eben kein publizitätsloses.⁴⁶ Hält man sich die zentrale Rolle des Publizitätsprinzips im österreichischen Sachenrecht sowie die dadurch zu wahren Interessen des Rechtsverkehrs vor Augen, so muss unter dem Schutz der Güterordnung also nicht nur die Aufrechterhaltung des *numerus clausus* und des Typenzwanges, sondern auch des Publizitätsprinzips als solches verstanden werden.

2. Schutz der Gläubigerordnung

Als weiterer Zweck der Publizitätsvorschriften wird daneben immer wieder der Schutz der Gläubigerordnung im Inland genannt.⁴⁷ Darunter sollen sämtliche Regeln über jene Befriedigungsrechte fallen, welche den Gläubigern bei einem Leistungsausfall an den Gegenständen des Vermögens des Schuldners zustehen.⁴⁸ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass ein Gesetzgeber nicht nur die Interessen von gesicherten, sondern auch von ungesicherten Gläubigern durch eine entsprechende Ausgestaltung seines Sachen-, Exekutions- und Insolvenzrechtes schützen kann.⁴⁹ Die Einräumung der Möglichkeit einer Bestellung von dinglichen Sicherheiten steht schließlich im Spannungsverhältnis zum Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.⁵⁰ Mit dem in der Literatur vielfach genannten Ziel des Schutzes der Gläubigerordnung sprechen die jeweiligen Autoren daher auch jene Rechtspolitik des Staates an, welche ein angemessenes Verhältnis von gesichertem und ungesichertem Kredit herstellen soll.⁵¹

Während im Zusammenhang mit dem Schlagwort der „Güterordnung“ vor allem die Voraussetzungen und der Inhalt einzelner Sicherungsrechte im Zentrum stehen, ist mit der Gläubigerordnung wohl insbesondere die *Schaffung einer Rangfolge* zwischen einzelnen Gläubigern und Sicherungsrechten sowie in weiterer Folge der *Schutz des Vertrauens, den der Verkehr in diese Ordnung setzt*, zu verbinden. Letztendlich sollen die Rechtsunterworfenen durch den Schutz der Güter- und Gläubigerordnung darauf vertrauen dürfen, dass im Inland befindliche Sachen nur mit dinglichen Rechten belastet sind, welche einen durch die inländische Rechtsordnung gewährten Inhalt und Rang haben. Da das

⁴⁵ Zur herausragenden Stellung des Publizitätsprinzips im österreichischen Mobiliarsicherheitsrecht s nur *Faber*, ZFR 2020, 282 mwN; *Faber*, Was tun im Recht der grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten? in FS 40 Jahre IPRG (2020) 353 ff.

⁴⁶ Vgl *Lurger*, Zak 2019, 125, wonach das Sicherungseigentum als solches mit gleichem Inhalt sowohl dem deutschen als auch dem österreichischen System bekannt sei. Lediglich die Bedingungen für die Begründung und Aufrechterhaltung würden sich unterscheiden.

⁴⁷ So zB OGH 14.12.1983, 3 Ob 126/83, 3 Ob 127/83; *Schacherreiter*, ZfRV 2005, 181. Vgl daneben FN 40.

⁴⁸ *Schacherreiter*, ZfRV 2005, 181.

⁴⁹ *Kieninger*, ZEuP 2016, 206.

⁵⁰ Vgl dazu *Schacherreiter*, ZfRV 2005, 181.

⁵¹ *Flessner* in FS Koziol 138 mwN.

Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die jeweilige Güter- und Gläubigerordnung als unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren des Rechtsverkehrs und damit den Gütertausch zu betrachten ist, bestehen wohl keine Zweifel, dass der Schutz dieser Ordnung als zwingendes Erfordernis des Allgemeininteresses angesehen werden kann.⁵²

3. Gläubigerschutz

Der Hauptzweck der österreichischen pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften wird jedoch vor allem in einem *Schutz des Rechtsverkehrs vor einer Fehlvorstellung* über die Kreditwürdigkeit des Pfandschuldners gesehen.⁵³ Wohl auch daher wird in der Literatur immer wieder auf das generelle Ziel des Gläubigerschutzes als Rechtfertigungsmöglichkeit für eine Nichtanerkennung von publizitätslosen ausländischen Mobiliarsicherheiten verwiesen.⁵⁴

Sofern bereits verpfändete Sachen in der Gewahrsame des Schuldners verblieben, könnte bei potentiellen Vertragspartnern nämlich „der falsche *Eindruck* erweckt werden, dass sich eben jene *Sachen noch im Haftungsfonds* des Schuldners befinden.“⁵⁵ Die Publizitätsvorschriften sollen nun nach hA genau dies verhindern und eine *allfällige Belastung für den Rechtsverkehr erkennbar machen*.⁵⁶ Dabei gilt es anzumerken, dass hier nicht der Schutz des (überindividuellen) Rechtsverkehrs an sich im Vordergrund steht, sondern vor allem der Schutz des Vertrauens einer konkreten Person als potentieller Gläubiger.⁵⁷ Von *Spitzer* wurde in dieser Hinsicht jüngst betont, dass es insbesondere darum gehe, eine aktive Täuschung durch den Schuldner zu verhindern.⁵⁸

Es besteht also zwar eine gewisse Überlappung zwischen dem möglichen Rechtfertigungsgrund des Gläubigerschutzes und insbesondere jenem des Schutzes der Güterordnung – in beiden Fällen nimmt das Publizitätsprinzip schließlich eine besonders zentrale Rolle zum Schutz des Rechtsverkehrs ein. Während es bei dem Schutz der Güterordnung jedoch darum geht, den Rechtsverkehr vor inhaltlich unbekanntem dinglichen Sicherheiten zu bewahren, steht bei dem hier erörterten möglichen Rechtfertigungsgrund des Gläubigerschutzes jener Aspekt des Publizitätsprinzips im Mittelpunkt, welcher eine Täuschung des Gläubigers in Bezug auf die Kreditwürdigkeit des Schuldners nicht nur durch

⁵² Vgl. *Kieninger*, *Mobiliarsicherheiten* 174 f. In diesem Sinne wohl auch *Akkermans/Ramaekers*, *Free Movement of Goods and Property Law*, *European Law Journal* 2013, 237 (249).

⁵³ Vgl. nur *Fidler* in *Klang*³ § 467 ABGB Rz 22; *Wolkerstorfer* in *Klang*³ § 451 ABGB Rz 3; *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimmann/Kodek*, *ABGB Praxiskommentar*⁵ § 451 ABGB Rz 3; *Aigner*, *Die Verpfändung mittels Übergabe durch Zeichen, deren Entfernung und Wiederanbringung. Gedanken zum pfandrechtlichen Publizitätsprinzip*, *ÖJZ* 2016, 293 (294); *Ronacher*, *JB* 2019, 445.

⁵⁴ Siehe etwa *Schacherreiter*, *ZfRV* 2005, 181; *Verschraegen* in *Rummel*, *ABGB*³ § 31 IPRG Rz 29; *Lurger*, *IPRax* 2019, 563.

⁵⁵ *Wolkerstorfer* in *Klang*³ § 451 ABGB Rz 3 (eigene Formatierung).

⁵⁶ Vgl. nur *Faber*, *Entwicklungslinien und Entwicklungsperspektiven im Mobiliarsicherungsrecht* (2014, bisher unveröffentlichte Habilitationsschrift) 110 mwN; *Aigner*, *ÖJZ* 2016, 294 mwN; *P. Bydlinski*, *Durchbrechungen des Publizitätsprinzips im Mobiliarpfandrecht?* *ÖJZ* 1986, 328; *Wolkerstorfer* in *Klang*³ § 451 ABGB Rz 2; *Fidler* in *Klang*³ § 467 ABGB Rz 22; *Koch* in *Kozioł/P. Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB*⁶ (2020) § 451 ABGB Rz 3; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.03} § 452 Rz 3.

⁵⁷ *Fidler* in *Klang*³ § 467 ABGB Rz 47.

⁵⁸ *Spitzer*, *Zu Zweck, Wegfall und Wiederherstellung kreditsicherungsrechtlicher Publizität*, *JB* 2014, 556 (559).

inhaltlich unbekannte, sondern auch durch inhaltlich grundsätzlich bekannte Mobiliarsicherheiten verhindern soll.

4. Schutz des Schuldners?

Kaum diskutiert wurde demgegenüber bisher, dass das Publizitätsprinzip womöglich auch dem Schutz des Schuldners dient. Einer Ansicht nach erscheine es nämlich durchaus denkbar, dass der Schuldner durch den strengen Ansatz davor bewahrt werden soll, leichtfertig Verbindlichkeiten einzugehen und als Sicherungsmittel dabei eine in seinem Besitz befindliche Sache zu verwenden.⁵⁹

B. Legitimität der möglichen Ziele

Aufgrund der bereits erwähnten großzügigen Haltung des EuGH bestehen hinsichtlich einer möglichen Anerkennung der soeben genannten Ziele keine Bedenken. Es kann vielmehr davon ausgegangen werden, dass sowohl der **Schutz der Güter- und Gläubigerordnung** als auch der **Gläubigerschutz** sowie der Schutz des Schuldners **als zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu betrachten** sind, welche grundsätzlich zur Rechtfertigung einer Nichtanerkennung ausländischer publizitätsloser Sicherheiten vorgebracht werden können.⁶⁰ Dass die möglichen Rechtfertigungsgründe des Gläubiger- und Schuldnerschutzes insbesondere einzelnen Personen zugutekommen, sollte in dieser Hinsicht einer Anerkennung als zwingende Gründe des Allgemeininteresses nicht entgegenstehen – man betrachte nur das legitime Ziel des Verbraucherschutzes, welches in ähnlichem Maße auch den Schutz individueller Personen bewirkt und trotzdem seit Langem als zwingender Grund des Allgemeininteresses⁶¹ gilt.

IV. Prüfung der Verhältnismäßigkeit

In der Praxis ist jedoch meist ohnehin nicht die Frage nach einem legitimen Ziel, sondern eher die Frage nach der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme entscheidend.⁶² Ein bloßes Berufen auf legitime Rechtfertigungsgründe reicht nämlich noch keinesfalls, um Unionsrechtskonformität sicherzustellen. Die vorgegebenen Ziele müssen vielmehr auch verhältnismäßig verfolgt werden.⁶³ Ob dies bei der Nichtanerkennung einer ausländischen publizitätslosen Sicherheit auf Basis des strengen Publizitätsprinzipes tatsächlich der Fall wäre, wird jedoch von großen Teilen der Lehre bezweifelt.⁶⁴

⁵⁹ *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB³ § 31 IPRG Rz 30. Ebenso jüngst BG Feldkirch 6.7.2018, 11 C 3/18h sowie LG Feldkirch 25.9.2018, 1 R 206/18d (vgl die entsprechenden Verweise in OGH 3 Ob 249/18s).

⁶⁰ Vgl auch *Röthel*, JZ 2003, 1032; *Roth* in *Eidenmüller/Kieninger*, Future of Secured Credit 53; *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 174; *Diedrich*, ZVglRWiss 104 (2005) 125; *Lurger*, IPRax 2019, 563; *Berner*, Wohlerworbene Rechte 349.

⁶¹ Vgl nur *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ AEUV Art 36 Rn 80; *Klamert*, EU-Recht² Rz 655 sowie FN 34.

⁶² *Klamert*, EU-Recht² Rz 625.

⁶³ Siehe zB EuGH 21.5.2019, C-235/17, *Kommission/Ungarn*, Rn 59 ff; *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ AEUV Art 36 Rn 89 ff; *Mathisen*, Consistency and Coherence, Common Market Law Review 2010, 1021 (1023). Vgl auch *Akkermans/Ramaekers*, European Law Journal 2013, 249; *Roth* in *Eidenmüller/Kieninger*, Future of Secured Credit 54; *Schacherreiter*, ZfRV 2005, 181; *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 174.

⁶⁴ Siehe nur FN 9.

A. Der grundsätzliche Aufbau der Verhältnismäßigkeitsprüfung

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung wird insbesondere abgeklärt, ob die jeweilige restriktive Maßnahme zur Erreichung der vorgegebenen Rechtfertigungsgründe tatsächlich geeignet ist und ob dafür nicht auch gelindere Mittel zur Verfügung stehen würden. Auch wenn der EuGH meist nur auf diese beiden Elemente der Geeignetheit und Erforderlichkeit eingeht, beinhaltet die Verhältnismäßigkeitsprüfung daneben einen dritten Test bezüglich der Angemessenheit der Regelung.⁶⁵ Im Folgenden sollen nun die einzelnen Bestandteile der dreistufigen Prüfung kurz erläutert werden. Hervorzuheben ist nochmals, dass zwischen den einzelnen Grundfreiheiten kein wesentlicher Unterschied besteht.⁶⁶

Die erste Hürde, die eine restriktive nationale Maßnahme im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung passieren muss, ist eine Überprüfung im Hinblick auf ihre **Geeignetheit** zur Erreichung der vom jeweiligen Mitgliedstaat offiziell verfolgten Ziele. Der Gerichtshof untersucht dabei, ob die betreffende Maßnahme tatsächlich in der Lage ist, zur Erreichung der als legitim festgestellten Rechtfertigungsgründe beizutragen.⁶⁷ Der Einsatz der jeweiligen Mittel muss in der betreffenden Situation Sinn ergeben⁶⁸ und den Zweck fördern.⁶⁹ Es ist zu prüfen, ob die Maßnahme zu den offiziellen Zielen „passt“ und insoweit ein kausaler Zusammenhang⁷⁰ besteht, als der Regelung eine gewisse Zielerreichungsfähigkeit beigemessen werden kann. Zunächst wird also ein bestimmter Grad an Effektivität der Maßnahme gefordert.⁷¹

Auf der nächsten Ebene wird dann untersucht, ob die jeweilige Beeinträchtigung der Grundfreiheiten zur Erreichung der selbst gesteckten Ziele wirklich auch **erforderlich** ist. Das bedeutet, dass es keine anderen ebenso geeigneten Maßnahmen geben darf, welche in Bezug auf die Grundfreiheiten weniger restriktiv wirken.⁷² Letztendlich wird hier also ein Vergleich zwischen all jenen Handlungsmöglichkeiten angestellt, welche den ersten Test bezüglich der Geeignetheit überstehen würden. Ist darunter eine weniger beeinträchtigende Maßnahme, als die, von der Gebrauch gemacht wurde, so ist letztere als nicht erforderlich anzusehen und verstößt somit gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁷³

⁶⁵ Vgl. *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 276; *Klamert*, EU-Recht² Rz 659 ff; *Ehlers* in *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten⁴ § 7 Rz 130; *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1023; *Jans*, Proportionality Revisited, Legal Issues of Economic Integration 2000, 240 f. Das Erfordernis der Angemessenheit wird dabei teilweise auch als Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn bezeichnet.

⁶⁶ *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 275. Siehe auch *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ AEUV Art 36 Rn 88 ff.

⁶⁷ Vgl. *Stuyck*, Case C-262/02, Commission v. France and Case C-429/02, Bacardi France SAS and Télévision française 1 SA (TF1) et al., judgments of the Grand Chamber of the Court of Justice of 13 July 2004, Common Market Law Review 2005, 795 f.

⁶⁸ *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1037.

⁶⁹ *Ehlers* in *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten⁴ § 7 Rz 130; *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ AEUV Art 36 Rn 92.

⁷⁰ *Jans*, Legal Issues of Economic Integration 2000, 240.

⁷¹ Vgl. *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1037.

⁷² Vgl. *Ehlers* in *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten⁴ § 7 Rz 130; *Klamert*, EU-Recht² Rz 661; *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ AEUV Art 36 Rn 93.

⁷³ Vgl. *Jans*, Legal Issues of Economic Integration 2000, 240 f; *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 271.

Wird die Erforderlichkeit der restriktiven Regelung hingegen bejaht, weil keine weniger einschränkende Maßnahme geeignet erscheint, so kann einer Unionsrechtskonformität noch deren Unangemessenheit entgegenstehen. Diese **Verhältnismäßigkeitsprüfung im engeren Sinn** bezieht sich im Gegensatz zu den vorangegangenen beiden Tests nicht mehr auf das Verhältnis zwischen den Maßnahmen und deren legitimer Ziele, sondern beinhaltet eine Abwägung zwischen den Interessen der EU und jenen des betreffenden Mitgliedstaates.⁷⁴ Je gravierender die Einschränkung der Grundfreiheiten ist, desto bedeutender muss das verfolgte nationale Interesse sein. Wohl auch aufgrund des Umstandes, dass die Vornahme einer Interessenabwägung äußerst heikel sein kann,⁷⁵ wird die Angemessenheit einer Maßnahme vom EuGH jedoch – wie bereits erwähnt – nur in Ausnahmefällen geprüft. Meist versucht der Gerichtshof, mit einer Prüfung der Geeignetheit und Erforderlichkeit das Auslangen zu finden.⁷⁶

B. Kritikpunkte gegenüber der früheren österreichischen Judikatur

Sowohl die Geeignetheit als auch die Erforderlichkeit der früheren österreichischen Judikatur, der zufolge im Ausland begründete publizitätslose Mobiliarsicherheiten mit Grenzübertritt unwirksam werden, wurde in der Literatur allerdings vermehrt in Zweifel gezogen. So bestünde ein gelinderes Mittel zum Verkehrs- und Vertrauensschutz einer Ansicht nach etwa in der Einführung eines Registerpfandes.⁷⁷ Hinsichtlich des Schutzes der Güterordnung sei außerdem zu beachten, dass die gänzliche Nichtanerkennung eines ausländischen Sicherungsrechtes nur dann erforderlich sei, wenn dieses mit der österreichischen Rechtsordnung gänzlich inkompatibel ist und sich keinem inländischen Rechtsinstitut assimilieren lässt.⁷⁸

In diesem Zusammenhang gilt es allerdings hervorzuheben, dass etwa gerade das Problem der Nichtanerkennung von deutschem Sicherungseigentum nicht durch „Anpassung“ gelöst werden kann. Wie *Lurger* richtig hervorhebt, ist das Sicherungseigentum mit gleichem Inhalt sowohl in Österreich als auch in Deutschland bekannt. Unterschiede bestehen lediglich in den Voraussetzungen für eine wirksame Begründung und Aufrechterhaltung.⁷⁹ Hinsichtlich der Einführung eines Registerpfandes ist darüber hinaus zu beachten, dass dieses in Bezug auf sämtliche in Frage kommenden Ziele des Faustpfandprinzipes ebenso geeignet sein müsste, um die Erforderlichkeit der früheren von der Rspr angewandten Regel verneinen zu können.⁸⁰ Ob dies tatsächlich der Fall ist, soll nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein. Es sei jedoch angemerkt, dass hierzu bereits Zweifel geäußert wurden.⁸¹

Entscheidend ist zunächst vielmehr ohnehin die Geeignetheit einer Maßnahme. Genau darauf bezog sich auch die meiste Kritik in Bezug auf die frühere Judikatur – und zwar insbesondere auf das mögliche Ziel des Verkehrs- und Vertrauensschutzes: Besitz sei nämlich

⁷⁴ Vgl. *Ehlers* in *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten⁴ § 7 Rz 130; *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1046; *Trstenjak/Beyesen*, EuR 2012, 272; *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ AEUV Art 36 Rn 98.

⁷⁵ Vgl. *Jans*, Legal Issues of Economic Integration 2000, 248.

⁷⁶ Siehe bereits FN 65.

⁷⁷ Vgl. etwa *Schacherreiter*, ZfRV 2005, 183; *Roth* in *Eidenmüller/Kieninger*, Future of Secured Credit 57.

⁷⁸ *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB³ § 31 IPRG Rz 30 mwN; *Schacherreiter*, ZfRV 2005, 181. Vgl. auch *Basedow*, RabelsZ 1995 (59) 45 f.

⁷⁹ *Lurger*, IPRax 2019, 561.

⁸⁰ Vgl. FN 72 f.

⁸¹ Vgl. *Berner*, Wohlerworbene Rechte 351, wonach eine Registrierungspflicht „wohl kein gleich wirksames Mittel“ sei.

einer Ansicht nach schon ganz allgemein nicht in der Lage, den Haftungsfonds einer Person widerzuspiegeln, weil die beim Schuldner befindlichen Sachen auch gemietet, geleast oder geliehen sein könnten.⁸² Hierbei schwingt bereits **einer der Hauptkritikpunkte** mit, welcher in der Literatur immer wieder genannt wurde: Eine **fehlende „Konsequenz“** oder auch „Stimmigkeit“ bzw. „Folgerichtigkeit“ der früheren österreichischen Judikatur, welche einer Rechtfertigung entgegenstünde. Als zentrales Beispiel wurde in der Literatur speziell auf die **Anerkennung des publizitätslosen Eigentumsvorbehalts** verwiesen.⁸³ Schon *Kieninger* führte aus, dass ein Sachenrechtsprinzip, welches nicht durchgehend verwirklicht ist, für eine bestimmte Güter- und Gläubigerordnung nicht mehr kennzeichnend sei und daher nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden könne.⁸⁴

Tatsächlich betont der EuGH vor allem in jüngerer Zeit immer wieder, dass eine restriktive Maßnahme nur dann als verhältnismäßig angesehen werden kann, wenn die vorgegebenen Ziele „in kohärenter und systematischer Weise“ verfolgt werden.⁸⁵ Während diverse Stimmen in der Literatur zwar des Öfteren einen gewissen Widerspruch zwischen der Anerkennung des publizitätslosen Eigentumsvorbehalts und dem grundsätzlich strengen Publizitätsprinzip erkannten und bereits daraus eine Unionsrechtswidrigkeit ableiteten,⁸⁶ wurden die entsprechenden, vom EuGH heute herangezogenen Kriterien zum Kohärenzgebot bisher kaum tiefergehend untersucht. Dies mag auch daran liegen, dass der Gerichtshof seine Rechtsprechung in Bezug auf die Kohärenz einer nationalen restriktiven Maßnahme erst ab etwa der Jahrtausendwende näher konkretisierte. Daher soll der Fokus der nachstehenden Untersuchung nun genau auf diese Anforderung gelegt werden.

C. Das Kohärenzerfordernis des EuGH

Wie oben schon ausgeführt, verweist der EuGH im Rahmen der Rechtfertigungsprüfung von restriktiven nationalen Maßnahmen nunmehr immer öfter auch ausdrücklich auf das Erfordernis, dass die vom betreffenden Mitgliedstaat vorgegebenen *Ziele „in kohärenter und systematischer Weise“ zu verfolgen* sind.⁸⁷ Mittlerweile kann das durch diese Formulierung ausgedrückte **Kohärenzgebot des EuGH** als allgemeine Anforderung für restriktive Maßnahmen gesehen werden.⁸⁸ Auf den ersten Blick erscheint fraglich, ob dieses eine völlig eigenständige Schranke darstellt.⁸⁹ Bei näherer Betrachtung stellt sich jedoch heraus, dass

⁸² *Schacherreiter*, ZfRV 2005, 183; *von Wilmsowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht (1996) 169. Vgl. auch *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 327 (333 f).

⁸³ Vgl. FN 9.

⁸⁴ *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 180.

⁸⁵ Vgl. FN 11 und näher die Ausführungen in Kap IV.C.

⁸⁶ Vgl. insb die in FN 9 genannte Lit.

⁸⁷ Vgl. FN 11 sowie die Beispiele unten ab FN 100 ff.

⁸⁸ *Streinz/Kruis*, Unionsrechtliche Vorgaben und mitgliedstaatliche Gestaltungsspielräume im Bereich des Glücksspielrechts, NJW 2010, 3745 (3747); *Barbist/Pinggera*, Zur Zulässigkeit des österreichischen Glücksspielmonopols, EuZW 2010, 286. Vgl. auch *Trstenjak/Beyesen*, EuR 2012, 272; *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1021 ff.

⁸⁹ So zB *Lippert*, Das Kohärenzerfordernis des EuGH, EuR 2012, 90 (92 f). Dessen Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen, da sich Inkohärenzen nicht zwingend durch mindestens zwei sich widersprechende Maßnahmen ergeben, sondern, wie im Folgenden aufgezeigt wird, auch durch Widersprüche in Bezug auf die vorgegebenen Ziele innerhalb einer einzigen Maßnahme entstehen können.

das Kohärenzerfordernis als eine spezielle Facette des jeweiligen Prüfungsschrittes im Rahmen der üblichen Rechtfertigungsprüfung zu behandeln ist. Wie die folgenden Ausführungen auf Basis einschlägiger Judikatur zeigen werden, sind die Auswirkungen dieser Anforderung daher vielfältig. Zuvor soll jedoch noch kurz anhand diverser Stimmen aus der Literatur zusammengefasst werden, was dieses „Kohärenzerfordernis“ des EuGH im Zusammenhang mit der Verhältnismäßigkeitsprüfung überhaupt bedeutet.⁹⁰

1. Bedeutung des Kohärenzgebotes

Sobald ein Mitgliedstaat durch seine Maßnahmen die Grundfreiheiten einschränkt, fordert der EuGH mit dem Kohärenzgebot⁹¹ „eine konsequente und widerspruchsfreie Politik“.⁹² Es wird eine gewisse Ernsthaftigkeit bei der Zielverfolgung erwartet.⁹³ Daher müssen die jeweiligen Maßnahmen tatsächlich und widerspruchsfrei zur Erreichung der offiziell verfolgten Ziele geeignet sein.⁹⁴ Negativ kann die Kohärenz eines nationalen Regelungsregimes als das **Fehlen von sachlich nicht gerechtfertigten Widersprüchen**, welche eine an sich legitime Zielsetzung unterminieren würden, umschrieben werden.⁹⁵ Es darf keine wie auch immer ausgestaltete „Unterwanderung“ der vorgegebenen Ziele zugelassen werden,⁹⁶ sondern sämtliche Maßnahmen des betreffenden Mitgliedstaates müssen einer internen Logik folgen.⁹⁷ Als insgesamt wohl treffendste Umschreibung kann Kohärenz schließlich als „Widerspruchsfreiheit und konzeptionelle Stimmigkeit von Einzelmaßnahmen zur Erreichung eines konkreten Ziels“⁹⁸ bezeichnet werden.

2. Auswirkungen auf die Rechtfertigungsprüfung

Welche Auswirkungen können nun festgestellte Inkohärenzen auf die Rechtfertigungsprüfung haben? Denkbar wäre, die Kohärenzprüfung rein dem Test in Bezug auf die Geeignetheit einer Maßnahme zuzuordnen.⁹⁹ Nach dieser Ansicht würden Inkohärenzen stets nur Einfluss auf das Ergebnis der ersten Ebene der

⁹⁰ Allgemein gilt das Kohärenzgebot im Unionsrecht als „Bemühen um ein aufeinander abgestimmtes, zusammenhängendes Verhalten, das die gleiche Zielsetzung mit vergleichbaren Mitteln in verschiedenen Bereichen verfolgt und dadurch eine widerspruchsfreie Politik ermöglicht“ (*Hilf* in *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union [Loseblattsig 40. ErgLfg] Art 1 EUV Rz 29). Im Hinblick auf die verschiedenen Facetten dieses allgemeinen unionsrechtlichen Kohärenzgebotes sei als Abgrenzung darauf hingewiesen, dass der Begriff im Rahmen dieser Arbeit ausschließlich als Kennzeichnung für die Anforderung des EuGH verwendet wird, wonach nationale Regelungen, welche die Grundfreiheiten beeinträchtigen, ihre Ziele „in kohärenter und systematischer Weise“ verfolgen müssen, um einer Rechtfertigung zugänglich zu sein.

⁹¹ Das Kohärenzgebot wird teilweise auch – vielleicht sogar treffender – als Konsistenzgebot bezeichnet. Vgl. *Dederer*, Konsistente Glücksspielregulierung – Eckpunkte aus den Sportwetten-Urteilen des EuGH vom 8.9.2010, *EuZW* 2010, 771 (772); *Lippert*, *EuR* 2012, 90.

⁹² *Talos/Strass*, Das Kohärenzgebot im Glücksspielsektor, *wbl* 2013, 481 (482).

⁹³ Vgl. *Frenz*, Kohärente und systematische nationale Normgebung – nicht nur im Glücksspielrecht, *EuR* 2012, 344 (349).

⁹⁴ Vgl. *Stadler/Aquilina*, Apropos LG Linz: Glücksspielmonopol fällt bei Kohärenzprüfung durch, *ecolex* 2015, 442; *Stadler/Aquilina*, Monopol versus Unionsrecht – zurück zum Start? *ÖBl* 2015, 108 (113).

⁹⁵ *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1023 f. Siehe auch EuGH 17.7.2008, C-500/06, *Corporación Dermoestética*, Rn 39.

⁹⁶ Vgl. auch *Thalmann*, Bedarfsprüfung und Rechtfertigungsbedarf: Selbstständige Ambulatorien im Lichte der Niederlassungsfreiheit, *European Law Reporter* 2009, 291 (297).

⁹⁷ Vgl. *Drijber/Cadenau*, Discrimination and beyond, in *van de Gronden/Szysczczak/Neergaard/Krajewski*, Health Care and EU Law (2011) 72.

⁹⁸ *Leidenmühler*, Das Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand des Kohärenzgebots. Zugleich eine Anmerkung zu OGH 27.11.2013, 2 Ob 243/12t, *MR* 2014, 42 (43).

⁹⁹ So zB *Klamert*, EU-Recht² Rz 660; *Ehlers* in *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten⁴ § 7 Rz 130; *Talos/Strass*, *wbl* 2013, 482. Vgl. auch *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV⁵ AEUV Art 36 Rn 92.

Verhältnismäßigkeitsprüfung ausüben. Dafür spricht der häufige Wortlaut in einschlägigen Entscheidungen des EuGH, in denen oft angeführt wird, dass eine „nationale Regelung insgesamt und die verschiedenen einschlägigen Regeln [...] nur dann *geeignet* [sind], die Erreichung des angestrebten Ziels zu gewährleisten, wenn sie tatsächlich dem Anliegen gerecht werden, es in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen.“¹⁰⁰ Die Eignung einer Maßnahme wird also immer dann verneint, wenn es innerhalb eines Regelungsregimes derartig gravierende Widersprüche gibt, dass anzunehmen ist, dass die vorgegebenen Ziele nicht mehr zu erreichen sind.¹⁰¹

Inkohärenzen können allerdings nicht nur der Geeignetheit, sondern auch der Erforderlichkeit einer Maßnahme entgegenstehen. Dies ließ schon die Entscheidung in *Schumacher*¹⁰² erkennen.¹⁰³ Explizit angesprochen wurde die Bedeutung der Kohärenz im Zusammenhang mit der Erforderlichkeit jedoch vor allem in neueren Entscheidungen wie jenen in *Laezza*¹⁰⁴, *Konstantinides*¹⁰⁵, *Politanò*¹⁰⁶ oder *Global Starnet*¹⁰⁷. Diesen Entscheidungen zufolge ist bezüglich der Frage, ob eine „Regelung *geeignet* ist, die Erreichung des verfolgten Ziels zu gewährleisten, *und ob sie nicht über das hinausgeht, was zu seiner Erreichung erforderlich ist*, [...] zu prüfen [...], ob diese Regelung tatsächlich dem Anliegen gerecht wird, das verfolgte Ziel *in kohärenter und systematischer Weise* zu erreichen.“¹⁰⁸ Bestehen erhebliche Widersprüche innerhalb eines Regelungsregimes in der Form, dass beispielsweise vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich streng behandelt werden, kann dies aufzeigen, dass auch der Mitgliedstaat selbst weniger restriktive Alternativen zur Erreichung des Zieles als geeignet erachtet. In derartigen Fällen wäre die Erforderlichkeit der strengeren Maßnahmen zu verneinen.¹⁰⁹ Somit bleibt festzuhalten, dass das Kohärenzerfordernis sowohl auf der Ebene der Geeignetheit als auch auf der Ebene der Erforderlichkeit zu beachten ist.¹¹⁰

¹⁰⁰ EuGH 15.10.2015, C-168/14, *Grupo Itevelesa*, Rn 76; EuGH 26.9.2013, C-539/11, *Ottica New Line*, Rn 47 (eigene Hervorhebung). Ähnlich jüngst EuGH 11.7.2019, C-716/17, *A*, Rn 24; EuGH 4.7.2019, C-377/17, *Kommission/Deutschland*, Rn 89; EuGH 21.5.2019, C-235/17, *Kommission/Ungarn*, Rn 61; EuGH 14.11.2018, C-342/17, *Memoria und Dall'Antonia*, Rn 52.

¹⁰¹ Vgl auch *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1039 ff.

¹⁰² EuGH 7.3.1989, 215/87, *Schumacher*.

¹⁰³ Vgl *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1042 ff.

¹⁰⁴ EuGH 28.1.2016, C-375/14, *Laezza*.

¹⁰⁵ EuGH 12.9.2013, C-475/11, *Konstantinides*.

¹⁰⁶ EuGH 8.9.2016, C-225/15, *Politanò*.

¹⁰⁷ EuGH 20.12.2017, C-322/16, *Global Starnet*.

¹⁰⁸ EuGH 12.9.2013, C-475/11, *Konstantinides*, Rn 52 (eigene Hervorhebungen). Ähnlich EuGH 20.12.2017, C-322/16, *Global Starnet*, Rn 51; EuGH 8.9.2016, C-225/15, *Politanò*, Rn 44; EuGH 28.1.2016, C-375/14, *Laezza*, Rn 36.

¹⁰⁹ *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1043 f.

¹¹⁰ Abgesehen von negativen Auswirkungen auf diese beiden Elemente der Verhältnismäßigkeitsprüfung können Inkohärenzen uU jedoch auch als Indiz dafür herangezogen werden, dass in Wahrheit ein ganz anderes als das offiziell vorgegebene, legitime Ziel verfolgt wird. Darum wird im Zusammenhang mit dem Kohärenzerfordernis oft auch vom „Scheinheiligkeitstest“ gesprochen (vgl zB *Stadler/Aquilina*, *ecolex* 2015, 442; in diesem Sinne auch *Haslehner*, "Consistency" and fundamental freedoms, Common Market Law Review 2013, 737 [745 f, 751]; *Straetmans*, Case C-6/01, *Anomar v. Estado português*; Case C-243/01, *Piergiorgio Gambelli e.a.*; and C-42/02, *Diana Elisabeth Lindman*, Common Market Law Review 2004, 1424 [FN 59]). Als Resultat könnte die Anerkennung des vorgegebenen Rechtfertigungsgrundes verweigert werden. Auch weil die Unterstellung einer Scheinheiligkeit politisch heikel ist, bevorzugt der EuGH in jüngerer Zeit jedoch grundsätzlich eher die

Im Fokus einer konkreten Kohärenzprüfung liegen dabei stets die innerstaatlichen Maßnahmen im Verhältnis zu den selbst gewählten Zielen.¹¹¹ Widersprüchlichkeiten zu den Regelungen anderer Mitgliedstaaten schaden grundsätzlich nicht.¹¹² Innerhalb des Mitgliedstaates selbst muss hingegen ein kohärenter Ansatz gewählt werden. Dies gilt nicht nur in Bezug auf einzelne Maßnahmen, sondern betrifft sämtliche Praktiken und das Regelungsregime als Ganzes.¹¹³ Jeder Mitgliedstaat ist dafür verantwortlich, dass die selbst gesteckten Ziele auf seinem Staatsgebiet tatsächlich und widerspruchsfrei verfolgt werden.¹¹⁴ Sofern in einem Bereich keine Harmonisierung vorliegt, haben die Mitgliedstaaten zwar grundsätzlich einen großen Ermessensspielraum sowohl hinsichtlich der beabsichtigten Ziele bzw. des Schutzniveaus als auch in Bezug auf die dazugehörigen Maßnahmen.¹¹⁵ Die Grenze liegt dabei jedoch unter anderem in den Grundfreiheiten, die stets beachtet werden müssen.¹¹⁶ Mit der Beachtung der Grundfreiheiten geht nun eine Wahrung der Kohärenz von Maßnahmen einher.¹¹⁷ Damit kommt dem Kohärenzkriterium eine wesentliche Funktion bei der Überprüfung der Ausübung der nationalen Ermessensspielräume – selbst in Bereichen mit ausschließlichen Kompetenzen der Mitgliedstaaten – zu.¹¹⁸ Folge einer unionsrechtswidrigen Inkohärenz ist die Unanwendbarkeit der jeweiligen restriktiven Bestimmung in grenzüberschreitenden Fällen.¹¹⁹

3. Maßstäbe des EuGH

Nachdem die Bedeutung des Kohärenzkriteriums in Bezug auf die Rechtfertigung einer restriktiven nationalen Maßnahme geklärt wurde, sollen nun einige konkrete Kriterien aus der Rechtsprechung erörtert werden. Es stellt sich nämlich die Frage, welche Maßstäbe der EuGH bei der Prüfung der Kohärenz genau anlegt. Im Folgenden werden daher mehrere einschlägige Entscheidungen des EuGH dargestellt, um auf dieser Grundlage Schlussfolgerungen für den Untersuchungsgegenstand ableiten zu können.

a. Rechtliche Ungleichbehandlung von sachlich vergleichbaren Fällen

Wie bereits erwähnt, erfordert das Kohärenzkriterium die Widerspruchsfreiheit und konzeptionelle Stimmigkeit von restriktiven Maßnahmen zur Erreichung eines konkreten Zieles.¹²⁰ Das bedeutet, dass die jeweiligen Maßnahmen das vorgegebene Ziel nicht unterminieren dürfen.¹²¹ Nach der Rechtsprechung des EuGH können sich Inkohärenzen nun

„technischere“ Prüfung in Bezug auf die Geeignetheit und Erforderlichkeit. Vgl. hierzu *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1034 ff.

¹¹¹ *Frenz*, EuR 2012, 348 f. Insofern richtig *Lippert*, EuR 2012, 92. Grundsätzlich keinen Einfluss hat das Kohärenzkriterium daher auf die Prüfung der Angemessenheit einer Regelung, weil sich diese ja mit einer übergeordneten Interessenabwägung und nicht mit der Umsetzung der verfolgten Ziele beschäftigt (*Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1046 f.).

¹¹² Siehe zB EuGH 30.4.2014, C-390/12, *Pfleger*, Rn 43 f.

¹¹³ *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1039.

¹¹⁴ Vgl. *Talos/Strass*, wbl 2013, 484 f.

¹¹⁵ Siehe zB EuGH 13.2.2014, C-367/12, *Sokoll-Seebacher*, Rn 26; EuGH 30.4.2014, C-390/12, *Pfleger*, Rn 45.

¹¹⁶ Vgl. nur EuGH 15.10.2015, C-168/14, *Grupo Itevelesa*, Rn 64; *Frenz*, EuR 2012, 345 ff.; *Talos/Strass*, wbl 2013, 482; *Allram*, Verbot von Landesauspielungen mit Glücksspielautomaten – eine unionsrechtliche Betrachtung, ÖZW 2014, 68; *Trstenjak/Beysen*, EuR 2012, 274 f.

¹¹⁷ Vgl. *Stadler/Aquilina*, ÖBl 2015, 109.

¹¹⁸ Siehe nur *Frenz*, EuR 2012, 345 ff.

¹¹⁹ Vgl. etwa EuGH 4.2.2016, C-336/14, *Ince*, Rn 52 f.; *Klamert*, EU-Recht² Rz 622; *Kletečka*, Glücksspielmonopol und Rückforderungsansprüche, ecollex 2013, 17 (18).

¹²⁰ Siehe nur FN 98.

¹²¹ *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1023 ff.

insbesondere aus einer **rechtlichen Ungleichbehandlung von im Hinblick auf die verfolgten Ziele sachlich vergleichbaren Fällen** ergeben.¹²² Im Fokus stehen dabei vor allem auch **sachlich nicht nachvollziehbare Ausnahmen**, welche die gewünschte Wirkung einer restriktiven Regelung untergraben.¹²³ Dies zeigt beispielsweise ein Blick auf die Entscheidung in *Presidente del Consiglio dei Ministri*. Hier ging es um eine von der Region Sardinien insbesondere aus Umweltschutzgründen eingeführte Steuer auf touristische Landungen von Flugzeugen und Booten. Besteuert wurden letztlich jedoch nur Unternehmen, die ihren steuerlichen Sitz außerhalb Sardinien hatten. Begründet wurde dies mit dem Umstand, dass die Unternehmer der Region mit ihren Steuern ohnehin zur Finanzierung von Umweltschutzprojekten beitrugen. Der Gerichtshof ließ dieses Argument jedoch nicht gelten und verwies darauf, dass Umweltbelastungen durch Landungen von Flugzeugen und Booten unabhängig von dem steuerlichen Sitz ihrer Betreiber hervorgerufen werden. Die Unterscheidung zwischen den besteuerten Personen stünde in keinem Zusammenhang mit dem vorgebrachten Umweltziel.¹²⁴

Aufgrund von diversen Widersprüchlichkeiten zwischen Maßnahme und Zielsetzung wurde vor Kurzem auch eine ungarische Regelung als unverhältnismäßig erachtet, welche ein ex lege eintretendes Erlöschen von Nießbrauchsrechten an landwirtschaftlichen Flächen vorsah, die zugunsten von anderen Personen als nahen Familienangehörigen bestellt wurden. Zwar seien das von Ungarn vorgebrachte Ziel einer fachgerechten Bewirtschaftung landwirtschaftlicher Flächen durch die Eigentümer sowie das Ziel, eine beständige Bevölkerung in den ländlichen Gebieten zu erhalten, grundsätzlich als legitime Rechtfertigungsgründe zu erachten.¹²⁵ Wie der Gerichtshof betonte, vermag jedoch ein zwischen dem Nießbraucher und dem Eigentümer verlangtes Verwandtschaftsverhältnis „nicht sicherzustellen, dass der Nießbraucher das betreffende Grundstück selbst bewirtschaftet und dass er das fragliche Nießbrauchsrecht nicht zu reinen Spekulationszwecken erworben hat.“¹²⁶ Ebenso könne „nicht von vornherein angenommen werden, dass ein nicht zur Familie des Eigentümers gehörender Dritter, der einen Nießbrauch an einem solchen Grundstück erworben hat, nicht in der Lage wäre, es selbst zu bewirtschaften, und dass der Erwerb zwangsläufig zu reinen Spekulationszwecken und ohne jede Bewirtschaftungsabsicht erfolgte.“¹²⁷ Letztendlich trug also auch in diesem Fall eine rechtliche Ungleichbehandlung von sachlich vergleichbaren Fällen zur Annahme einer Unverhältnismäßigkeit der restriktiven Regelung bei. Zu einem ähnlichen Ergebnis kam der EuGH auch in einem kürzlich entschiedenen Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich, in dem es um eine restriktive nationale Regelung ging, welche sachlich nicht nachvollziehbare

¹²² Siehe zB EuGH 17.11.2009, C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Rn 42 ff; EuGH 3.3.2011, C-161/09, *Kakavetsos-Fragkopoulos*, Rn 42 ff; EuGH 17.10.2002, C-79/01, *Payroll*, Rn 37. Vgl auch *Streinz/Kruis*, NJW 2010, 3747.

¹²³ Vgl *Frenz*, EuR 2012, 348.

¹²⁴ EuGH 17.11.2009, C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, Rn 33 ff, 42 ff.

¹²⁵ EuGH 21.5.2019, C-235/17, *Kommission/Ungarn*, Rn 91.

¹²⁶ EuGH 21.5.2019, C-235/17, *Kommission/Ungarn*, Rn 97.

¹²⁷ EuGH 21.5.2019, C-235/17, *Kommission/Ungarn*, Rn 97.

Ausnahmen in Bezug auf Anforderungen an Gesellschafter von Patentanwaltsgesellschaften enthielt.¹²⁸

b. Rechtliche Gleichbehandlung, obwohl Unterscheidung geboten wäre

Neben derartigen Fällen kann eine Inkohärenz jedoch uU auch bei einer **rechtlichen Gleichbehandlung** vorliegen, **wenn eigentlich eine Unterscheidung geboten wäre**. Zu denken ist hier insbesondere an generelle Verbote, obwohl in sachlicher Hinsicht eigentlich Ausnahmen bzw Differenzierungen nötig wären. Als Beispiel sei die Entscheidung in *Yves Rocher* genannt – auch wenn der Gerichtshof damals noch nicht explizit von einer vorliegenden Inkohärenz sprach. In diesem Fall ging es um ein Verbot von blickfangmäßigen Preisgegenüberstellungen zum Schutz der Konsumenten. Das Verbot galt allerdings unabhängig davon, ob die Gegenüberstellungen der Wahrheit entsprachen oder nicht. Im Ergebnis führte dies dazu, dass von der restriktiven Regelung auch Preisgegenüberstellungen betroffen waren, welche für den Endverbraucher nützlich hätten sein können. Dem Konsumenten wurden also durch das generelle Verbot entscheidungsrelevante Informationen vorenthalten, obwohl die Zurverfügungstellung von Informationen eigentlich eine der Grundsäulen des Konsumentenschutzes ist. Aufgrund dieses Widerspruches wurde die Maßnahme letztlich als unverhältnismäßig eingestuft.¹²⁹

c. Weitere Kriterien

Ein weiterer vom EuGH als problematisch erachteter Umstand ist das Ausmaß des Ermessensspielraumes der zuständigen Behörden und damit einhergehend auch der Grad der Vorherbestimmtheit von deren Handlungen.¹³⁰ Darüber hinaus ist eine Inkohärenz vor allem immer dann anzunehmen, wenn ein Mitgliedstaat nicht wirklich ernsthaft versucht, seine Ziele zu erreichen bzw die Politik der Behörden die Erreichung dieser unterminiert.¹³¹

Keine Inkohärenz liegt demgegenüber insbesondere dann vor, wenn vorhandene Widersprüche **nicht erheblich genug** sind oder **Ungleichbehandlungen bzw Ausnahmen gerechtfertigt** erscheinen. Dies zeigte sich unter anderem in einem Vertragsverletzungsverfahren gegen Österreich¹³²: Zur Bekämpfung der Luftverschmutzung wurde unter anderem ein sektorales Fahrverbot für bestimmte Lastkraftwagen auf einem Autobahnabschnitt der A12 in Tirol erlassen. Um den Güterverkehr vermehrt auf die Eisenbahn zu verlagern, knüpfte das damalige Verbot auch daran an, ob Güter mit „Bahnaffinität“ transportiert wurden. Eine mögliche Inkohärenz in Bezug auf das Ziel der Verringerung von Schadstoffemissionen lag nun darin, dass bei einer Anknüpfung an die transportierten Güter anstatt des Schadstoffausstoßes der verwendeten Lastkraftwagen uU umweltfreundliche Lastkraftwagen den Autobahnabschnitt nicht benutzen durften, während

¹²⁸ Vgl EuGH 29. 7.2019, C-209/18, *Kommission/Österreich*, Rn 95 – auch wenn diese Entscheidung speziell zur RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABI L 2006/376, 36 erging.

¹²⁹ EuGH 18.9.1993, C-126/91, *Yves Rocher*, Rn 14 ff. Vgl hierzu auch *Mathisen*, Common Market Law Review 2010, 1030.

¹³⁰ Siehe zB EuGH 26.9.2013, C-539/11, *Ottica New Line*, Rn 52 ff; EuGH 22.6.2017, C-49/16, *Unibet International*, Rn 40 ff; EuGH 10.3.2009, C-169/07, *Hartlauer*, Rn 64 ff.

¹³¹ Siehe etwa EuGH 19.12.2018, C-375/17, *Stanley International Betting und Stanleybet Malta*, Rn 51 ff; EuGH 28.2.2018, C 3/17, *Sporting Odds*, Rn 24.

¹³² EuGH 21.12.2011, C-28/09, *Kommission/Österreich*. Vgl zu dieser Entscheidung *Keiler*, Warenverkehr, in *Eilmansberger/Herzig* (Hrsg), Jahrbuch Europarecht 12 (2012) 103.

umweltschädliche möglicherweise zugelassen waren.¹³³ Der EuGH sah dies jedoch als nicht erheblich genug an und erkannte insbesondere vor dem Hintergrund, dass es ein legitimes Anliegen eines Mitgliedstaates sei, Güter, die sich für den Schienenverkehr eignen, genau auf diesen zu verlagern, keine Inkohärenzen, welche die Verhältnismäßigkeit der nationalen Regelung beeinträchtigen würden. Ebenso zu keiner Annahme einer relevanten Inkohärenz führte der Umstand, wonach es diverse Ausnahmen vom Fahrverbot gab. Diese erschienen nämlich in den Augen des Gerichtshofes allesamt als gerechtfertigt.¹³⁴

Auch in *Josemans* konnte die unterschiedliche Behandlung von Marktteilnehmern derartig schlüssig begründet werden, dass keine Unionsrechtswidrigkeit angenommen wurde: Zur Bekämpfung von Drogentourismus und den damit einhergehenden Belästigungen war es nach einer niederländischen kommunalen Regelung verboten, nicht in den Niederlanden ansässigen Personen Zutritt zu Coffeeshops zu gestatten. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung führte der Gerichtshof aus, dass der diskriminierende Charakter der Maßnahme an sich noch keine Inkohärenz begründete. Dies erscheint insofern verständlich, als eine Regelung, die den Zustrom von Einwohnern anderer Mitgliedstaaten einzudämmen versucht, wohl zwangsläufig zwischen in- und ausländischem Wohnsitz unterscheiden muss. Auch der Umstand, dass die Regelung nur für Einrichtungen galt, deren Hauptgeschäft im Verkauf von Cannabis lag, war aus der Sicht des EuGH unproblematisch. Diese Unterscheidung trug eher noch zur Unionsrechtskonformität bei, weil den nicht in den Niederlanden ansässigen Personen damit die Möglichkeit offen gelassen wurde, alkoholfreie Getränke und Essen in anderen Bewirtungsbetrieben zu konsumieren, in denen keine Drogen verkauft werden. Somit erachtete der Gerichtshof die betreffende Regelung als kohärent.¹³⁵

Ähnliches gilt auch für die Entscheidungen in *Apothekerkammer des Saarlandes* und *Kommission/Italien*. Hier wurden die nationalen Regelungen insbesondere im Hinblick darauf untersucht, ob die vorgesehenen Ausnahmen von dem grundsätzlichen Gebot, dass eine Apotheke zur Sicherung der Qualität nur von einem Apotheker betrieben werden darf, in der Lage waren, die Kohärenz zu beeinträchtigen. Der Gerichtshof konnte in beiden Fällen jedoch keine nennenswerten Inkohärenzen feststellen, weil sämtliche Ausnahmen sachlich gerechtfertigt erschienen. Dies betraf beispielsweise sowohl ein übergangswises Recht der Erben zur Weiterführung der Apotheke des Verstorbenen als auch die Möglichkeit, drei Apotheken gleichzeitig innerhalb eines räumlich begrenzten Gebietes zu führen.¹³⁶

Für das **österreichische Publizitätserfordernis** bedeutet dies **im Ergebnis** vor allem, dass **Ausnahmen** von der grundsätzlich strengen Grundregel **nachvollziehbar begründet sein müssen** und die **Erreichung** der selbst gesteckten, legitimen **Ziele nicht unterminieren dürfen**.

¹³³ Siehe Schlussanträge von GA Trstenjak vom 16.12.2010 zu EuGH 21.12.2011, C-28/09, *Kommission/Österreich*, Rn 95 ff. Vgl dazu auch Kröll, Warenverkehr, in *Eilmansberger/Herzig* (Hrsg), Jahrbuch Europarecht 11 (2011) 141 f.

¹³⁴ EuGH 21.12.2011, C-28/09, *Kommission/Österreich*, Rn 133 ff.

¹³⁵ EuGH 16.12.2010, C-137/09, *Josemans*, Rn 70 ff. Vgl zu dieser Entscheidung Kröll, Warenverkehr, in *Eilmansberger/Herzig*, Jahrbuch Europarecht 11, 116 ff.

¹³⁶ EuGH 19.5.2009, C-171/07 und C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes*, Rn 42 ff; EuGH 19.5.2009, C-531/06, *Kommission/Italien*, Rn 66 ff.

D. Mögliche Inkohärenzen in der österreichischen Rechtsordnung

In der Lehre wurde im Vorfeld der jüngsten Judikaturwende vor allem ein großer Widerspruch im österreichischen System gesehen: Die Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes als publizitätslose Sicherheit.¹³⁷ Daneben beinhalten allerdings auch die Möglichkeit einer Übergabe durch Zeichen sowie – je nach Auslegung – die Regel des § 467 ABGB gewisse Ausnahmen von der Grundregel. Diese beiden möglichen Kritikpunkte sollen nun zuerst geprüft werden.¹³⁸

1. Übergabe durch Zeichen

Dass die Möglichkeit einer Übergabe durch Zeichen eine gesetzliche Ausnahme vom Faustpfandprinzip darstellt,¹³⁹ wurde in der Vergangenheit vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten vereinzelt kritisiert. *Von Wilimowsky* führte beispielsweise aus, dass das österreichische System nur wenig Überzeugungskraft ausstrahle, weil „besitzlose Sicherungsrechte allein an unter erheblichem Aufwand zu transportierenden Mobilien, nicht jedoch an Sachen [...], die sich ohne weiteres übergeben lassen“, erlaubt seien.¹⁴⁰

Tatsächlich besteht mit § 452 ABGB eine Ausnahme von der strengen Regelung des § 451 ABGB, mit der bewegliche Gegenstände im Besitz des Sicherungsgebers verbleiben und trotzdem wirksam verpfändet werden können. Zu beachten ist jedoch, dass diese Möglichkeit nur dann greift, wenn eine physische Übergabe nach der objektiven Beschaffenheit einer Sache nicht möglich oder wirtschaftlich untunlich ist.¹⁴¹

¹³⁷ Vgl insb die in FN 9 zitierte Literatur.

¹³⁸ Die in der EulnsVO (Verordnung (EU) 2015/848 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über Insolvenzverfahren, ABl L 141/19) enthaltenen Bestimmungen in Bezug auf ausländische dingliche Sicherheiten begründen demgegenüber jedenfalls keine Inkohärenz: Art 8 EulnsVO bestimmt lediglich, dass ein dingliches Recht eines Gläubigers an Gegenständen des Schuldners, welche sich im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates befinden, von der Eröffnung des Verfahrens nicht berührt wird. Nach der von der hA vertretenen „Sachnormtheorie“ bedeutet dies mit anderen Worten, dass die Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens überhaupt keinen Einfluss auf das dingliche Recht hat (s nur *J. Schmidt in Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EulnsVO [2016] Art 8 Rn 34; *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB XXIII⁸ [2021], EulnsVO Art 8 Rn 15, 22 f; hinsichtlich des von Art 10 erfassten einfachen Eigentumsvorbehaltes vgl *Knof in Uhlenbruck* [Hrsg], Insolvenzzordnung: EulnsVO¹⁵ [2020] Art 10 Rn 18). Dass dingliche Rechte *durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens* nicht berührt werden (dürfen), bedeutet jedoch nicht, dass eine nachträgliche Verbringung der belasteten Sache in einen anderen Mitgliedstaat (wie zB Österreich) keine Auswirkungen auf die Anerkennung des dinglichen Rechtes haben darf. Das dingliche Recht wird in diesem Fall ja nicht durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, sondern durch die Verbringung der Sache in einen anderen Mitgliedstaat „berührt“. Letzteres betrifft also eine völlig andere Konstellation, welche nicht von Art 8 der EulnsVO erfasst ist (vgl in diesem Zusammenhang etwa auch *Knof in Uhlenbruck*, Insolvenzzordnung: EulnsVO¹⁵, Art 8 Rn 9, wonach allgemeine Fragen nach der wirksamen Begründung oder einer zwischenzeitlichen Erlöschung eines dinglichen Rechtes nicht Gegenstand des Art 8 EulnsVO sei, sowie *J. Schmidt in Mankowski/Müller/J. Schmidt*, EulnsVO, Art 8 Rn 24, wonach Art 8 insbesondere nicht regle, welches Recht darüber entscheide, ob ein dingliches Recht überhaupt noch wirksam besteht). Hinzu kommt, dass die Bestimmungen der EulnsVO die innere Kohärenz der österreichischen Rechtsordnung *schon dem Grunde nach* nicht beeinträchtigen können, weil es sich bei der EulnsVO um eine europäische Verordnung handelt und bei der Kohärenzprüfung des EuGH im Zusammenhang mit der Rechtfertigung von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten bloß die innerstaatlichen Maßnahmen im Verhältnis zu den selbst gesteckten Zielen untersucht werden (vgl auch die Ausführungen bei FN 91 ff und 111 ff). Es erschiene auch nicht einleuchtend, die Rechtfertigung für einen Widerspruch zum Unionsrecht schon alleine deswegen zu versagen, weil ein Widerspruch zum Unionsrecht besteht. Das Kohärenzerfordernis soll nicht jegliche Abweichungen nationaler Maßnahmen vom Unionsrecht verhindern, sondern vielmehr sicherstellen, dass die Grundfreiheiten nur dann beeinträchtigt werden, wenn sich ein Mitgliedstaat auf legitime Ziele beruft und diese selbst auch konsequent und widerspruchsfrei verfolgt.

¹³⁹ *Hofmann in Rummel*, ABGB³ § 451 ABGB Rz 4, § 452 ABGB Rz 1; *Wolkerstorfer* in Klang³ § 452 ABGB Rz 1.

¹⁴⁰ *Von Wilimowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht 135.

¹⁴¹ *Wolkerstorfer* in Klang³ § 452 ABGB Rz 1.

Hintergrund der Ausnahmeregelung ist die Überlegung, dass auch eine Verpfändung von nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand zu übergebenden Sachen möglich sein soll. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte die Publizität und damit der Schutz Dritter allerdings trotzdem möglichst im gleichen Ausmaß wie bei einer körperlichen Übergabe gewahrt werden.¹⁴² Als Zeichen genügen daher nur solche, aus denen die Verpfändung für jedermann leicht zu erkennen ist.¹⁴³ Das Ergebnis ist also durchaus vergleichbar mit einer „üblichen“ Verpfändung nach § 451 ABGB: „In Verwahrung nehmen“ bedeutet schließlich, dass die Verfügungsgewalt nach außen hin in Erscheinung treten muss.¹⁴⁴ Eine Publizitätswirkung nach außen ist auch bei einer Verpfändung durch Zeichen, welche für Dritte besonders leicht zu erkennen sind, der Fall.¹⁴⁵ Somit ist der angestrebte Gläubigerschutz grundsätzlich auch hier gegeben.¹⁴⁶

Die sonstigen möglichen Rechtfertigungsgründe werden durch die Ausnahme des § 452 ABGB ebenfalls nicht unterminiert. In Bezug auf die Güter- und Gläubigerordnung wie auch den Schuldnerschutz sind keine Probleme erkennbar. Sowohl das Anliegen des Gesetzgebers, eine Verpfändung von schwierig zu übergebenden Sachen zu ermöglichen, als auch dessen Umsetzung erscheinen durchaus nachvollziehbar und im Einklang mit den übergeordneten Zielen des Publizitätsprinzips. In Bezug auf die **Ausnahmeregelung des § 452 ABGB** ist daher **keine Inkohärenz ersichtlich**.

2. Rückstellung der Sache

Ein Problem im Hinblick auf die Kohärenz der österreichischen Regelung könnte sich jedoch aus der Norm des § 467 ABGB ergeben. Diese bestimmt ua, dass ein Pfandrecht erlischt, wenn der Gläubiger das Sicherungsgut ohne Vorbehalt zurückstellt. Einem formalen Umkehrschluss zufolge könnte das bedeuten, dass bereits eine Rückstellung *unter erklärtem Vorbehalt des Fortbestandes* ein Erlöschen verhindert. Dies würde „in einem unübersehbaren Konflikt zum Faustpfandprinzip“ stehen, weil damit ein publizitätsloses Sicherungsrecht ohne weiteres möglich wäre.¹⁴⁷ Daran vermochte auch die ältere Rspr.¹⁴⁸ nichts zu ändern, welche auf die Dauer der Rückstellung abstellte. Für einen konkreten Dritten, der auf den Haftungsfonds des Eigentümers vertraut hat, macht es schließlich keinen Unterschied, ob die Sache über einen längeren Zeitraum oder bloß kurzfristig zurückgestellt wurde.¹⁴⁹ Auch der Ansatz der Rspr führte vielmehr dazu, dass das Publizitätsprinzip leicht zu umgehen war.¹⁵⁰ Dies könnte wohl vor allem im Hinblick auf das Ziel des Gläubigerschutzes durchaus als Inkohärenz gesehen werden.

¹⁴² P. Bydlinski, ÖJZ 1986, 337.

¹⁴³ Hofmann in Rummel, ABGB³ § 452 ABGB Rz 4.

¹⁴⁴ Vgl zu diesem Begriff Wolkerstorfer in Klang³ § 451 ABGB Rz 3.

¹⁴⁵ Vgl Hofmann in Rummel, ABGB³ § 452 ABGB Rz 1, wonach der Publizität hier durch Zeichen genügt werde.

¹⁴⁶ Vgl Fidler in Klang³ § 467 ABGB Rz 39.

¹⁴⁷ Fidler in Klang³ § 467 ABGB Rz 19.

¹⁴⁸ Vgl etwa OGH 23.10.1968, 3 Ob 112/68 SZ 41/140.

¹⁴⁹ P. Bydlinski, ÖJZ 1986, 330; Fidler in Klang³ § 467 ABGB Rz 25.

¹⁵⁰ P. Bydlinski, ÖJZ 1986, 330.

Es ist jedoch durchaus fraglich, ob der OGH derartige Fälle heute nicht anders beurteilen würde. Bei der symbolischen Übergabe ist die Linie des Gerichtshofes nämlich bereits wesentlich strenger geworden: Die nachträgliche Entfernung von Zeichen – welche grundsätzlich mit der Rückstellung einer Pfandsache gleichzusetzen ist¹⁵¹ – macht eine Verpfändung nach der neueren Rspr sachenrechtlich wirkungslos.¹⁵² In diesem Sinne ist man sich in der Lehre mittlerweile grundsätzlich einig, dass ein dingliches Pfandrecht auch bei bloß vorübergehender Rückstellung der Pfandsache unter Vorbehalt erlöschen (bzw ruhen) muss. Die Bestimmung des § 467 ABGB sei dahingehend zu deuten, dass dem Pfandgläubiger in derartigen Fällen nur ein obligatorischer Anspruch auf neuerliche Übergabe der Sache erhalten bleibt.¹⁵³

Wie ein Teil der Lehre ausdrücklich hervorhebt, muss dieser Ansatz konsequent und auf alle Pfandrechtsarten einheitlich angewendet werden, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Das Publizitätsprinzip könne seine Aufgabe nämlich nur dann vollständig erfüllen, wenn Ausnahmen davon nicht zugelassen werden.¹⁵⁴ Das Pfandrecht müsse daher sogar bei einer Entziehung der Pfandsache gegen den Willen des Pfandgläubigers erlöschen. Aus der Sicht eines Dritten hänge die Täuschungsgefahr ja nicht von der Willentlichkeit einer Rückstellung ab.¹⁵⁵ Derselbe Ansatz gelte auch bei der symbolischen Verpfändung und sei hier von der hL und der stRspr bereits anerkannt.¹⁵⁶ Folgt man diesen Überlegungen, welchen uneingeschränkt zuzustimmen ist, so sind keinerlei Widersprüche zum grundsätzlich strengen Faustpfandprinzip mehr erkennbar.

Festzuhalten bleibt daher an dieser Stelle, dass man in der Bestimmung des § 467 ABGB zwar grundsätzlich eine Inkohärenz erblicken könnte, sofern man sich stark am Wortlaut orientiert oder der OGH seine ältere Rechtsprechung bestätigen würde. Dem ist jedoch zu entgegnen, dass die Judikatur des OGH zur Entfernung von Zeichen bereits wesentlich strenger wurde und nach dem Gerichtshof eine möglichst weitgehende sachliche Gleichbehandlung beider Arten der Pfandrechtsbegründung anzustreben ist.¹⁵⁷ Eine Auslegung des § 467 ABGB, wonach die dingliche Wirkung eines Pfandrechtes uU auch bei einer Rückstellung der Pfandsache erhalten bleibt, erscheint angesichts dessen unzulässig.¹⁵⁸ Als Resultat ist daher **auch in der Bestimmung des § 467 ABGB keine Inkohärenz zu sehen**, welche einer Europarechtskonformität der Nichtanerkennung von publizitätslosen ausländischen Mobiliarsicherheiten entgegenstehen würde.

¹⁵¹ Vgl nur *Hinteregger/Pobatschnig* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁵ § 467 ABGB Rz 8 mwN.

¹⁵² *Fidler* in *Klang*³ § 467 ABGB Rz 26. Zur nachträglichen Entfernung von Zeichen s zB OGH 23.4.2014, 5 Ob 233/13w JBI 2014, 592.

¹⁵³ Siehe etwa *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 12/4 mwN; *Fidler* in *Klang*³ § 467 ABGB Rz 27 f mwN; *Koch* in *KBB*⁵ § 467 ABGB Rz 3; *Aigner*, ÖJZ 2016, 297 f mwN; *Spitzer*, JBI 2014, 560 ff mwN; *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 333.

¹⁵⁴ *Fidler* in *Klang*³ § 467 ABGB Rz 23, 28, 47 ff.

¹⁵⁵ *Spitzer*, JBI 2014, 562 f. So auch schon *P. Bydlinski*, ÖJZ 1986, 333, welcher im Ergebnis allerdings dennoch Ausnahmen gewähren will. Gegen ein Erlöschen bei einer Entziehung gegen den Willen des Pfandgläubigers *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 12/4; *Schacherreiter*, ZfRV 2005, 175 f.

¹⁵⁶ *Fidler* in *Klang*³ § 467 ABGB Rz 45 ff. Siehe auch schon *Spitzer*, JBI 2014, 560 ff. Zum Ansatz bei der Entfernung von Zeichen vgl *Spitzer*, JBI 2014, 563 ff; *Aigner*, ÖJZ 2016, 297 ff.

¹⁵⁷ OGH 5 Ob 233/13w.

¹⁵⁸ Vgl auch *Spitzer*, JBI 2014, 560 ff.

3. Eigentumsvorbehalt

Während also sowohl § 452 ABGB als auch § 467 ABGB im Hinblick auf die Kohärenz des österreichischen Publizitätserfordernisses als unbedenklich eingestuft werden können, bedürfen die Auswirkungen der Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes noch einer näheren Untersuchung. Der Eigentumsvorbehalt ist nämlich das einzige Mobiliarsicherungsinstrument des österreichischen Rechtes, das nach heute ganz einhelliger Auffassung keiner Publizität bedarf,¹⁵⁹ weswegen die grundsätzlich strenge Herangehensweise hier bereits nach innerstaatlichem materiellen Recht durchbrochen wird.¹⁶⁰ Die Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes zeigt, dass publizitätslose Sicherheiten der österreichischen Rechtsordnung nicht grundsätzlich fremd sind.¹⁶¹ Auf den ersten Blick erscheint es daher denkbar, darin eine Inkohärenz zu erblicken.¹⁶² Da sich die Kritik in der Literatur sowohl auf den Schutz der Güter- und Gläubigerordnung als auch auf den Gläubigerschutz bezieht, wird die Kohärenz im Hinblick auf die oben bereits erläuterten möglichen Rechtfertigungsgründe für die Nichtanerkennung ausländischer publizitätsloser Mobiliarsicherheiten durch Österreich nun getrennt beleuchtet.¹⁶³

Vorweg sei jedoch nochmals betont, dass nicht jede Ausnahme von einer grundsätzlich restriktiven Regelung *per se* bereits eine Inkohärenz begründet, sondern der EuGH bei der Kohärenzprüfung insbesondere darauf abstellt, ob eine solche *in Anbetracht des jeweiligen Zieles sachlich gerechtfertigt* ist.¹⁶⁴ Eine sachliche Rechtfertigung für die Ausnahme des Eigentumsvorbehaltes vom grundsätzlich strengen Publizitätsprinzip und damit dessen Sonderbehandlung im Vergleich zu sonstigen Mobiliarsicherheiten wie dem Pfandrecht oder Sicherungseigentum könnte insbesondere im *funktionalen Unterschied* der verschiedenen Sicherungsmittel liegen. Während nämlich sowohl das Pfandrecht als auch das Sicherungseigentum an einer Sache begründet werden, welche sich bereits im Vermögen des Kreditnehmers befindet, so ist dies beim Eigentumsvorbehalt nicht der Fall: Hier behält sich der Verkäufer das Eigentum bloß zur Kaufpreissicherung¹⁶⁵ zurück.¹⁶⁶ Die Sache hat sich hier

¹⁵⁹ *Faber*, Eigentumsvorbehalt und Publizität. Zwischen wirtschaftlichem Bedürfnis und dogmatischer Wertungskohärenz, ALJ 2015, 212 (213). Zur publizitätslosen Wirksamkeit des Eigentumsvorbehaltes vgl etwa auch *Aigner*, ÖJZ 2016, 294 f; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 1063 ABGB Rz 33; *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1063 Rz 19; *Apathy/Perner* in *KBB*⁶ § 1063 Rz 8. Aufgrund deren Ähnlichkeit zum Eigentumsvorbehalt sind uU auch bestimmte Finanzierungsleasingkonstruktionen rechtlich weitgehend wie Eigentumsvorbehalte zu behandeln und daher ebenfalls als publizitätsloses Mobiliarsicherungsinstrument zu nennen. Siehe dazu *Faber*, Mobiliarsicherungsrecht 187; *Fischer-Czermak*, Mobilienleasing – Rechtsnatur, Gewährleistung und Gefahrtragung (1995) 71 ff, 162 f; *Duursma-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing (2002) 236 ff (247). Die folgende Diskussion wird jedoch insbesondere in Bezug auf den Eigentumsvorbehalt geführt.

¹⁶⁰ *Kieninger*, AcP 208 (2008), 202; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 452 Rz 2.

¹⁶¹ *Schacherreiter*, ZfRV 2005, 178.

¹⁶² Vgl FN 9.

¹⁶³ Dies entspricht im Übrigen auch der Vorgangsweise des EuGH, welcher die Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die vorgegebenen Ziele grundsätzlich getrennt untersucht. Vgl zB EuGH 10.3.2009, C-169/07, *Hartlauer*, Rn 47 ff, 60 ff; EuGH 21.5.2019, C-235/17, *Kommission/Ungarn*, Rn 91 ff.

¹⁶⁴ Vgl oben bei FN 123 sowie FN 132.

¹⁶⁵ Unter „Kaufpreissicherung“ wird im Folgenden sowohl die Sicherung der Kaufpreisforderung als auch die Sicherung eines möglichen Bereicherungsanspruches auf Rückgabe der Kaufsache verstanden. Zum Sicherungsumfang des Eigentumsvorbehaltes vgl *Schwartz* in *Klang*³ § 1063 ABGB Rz 30 mwN.

¹⁶⁶ *Faber*, ÖBA 2019, 404. Vgl zB auch *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1063 Rz 19.

also noch nie im Eigentum des Kreditnehmers befunden. Aufgrund der besonderen Funktion zur *Anschaffungsfinanzierung* ist es im europäischen Vergleich auch durchaus üblich, einen Eigentumsvorbehalt ohne spezielle Publizitätsanforderungen zuzulassen – selbst wenn in den jeweiligen Staaten für Mobiliarsicherheiten eigentlich die Sachübergabe oder eine Registrierung gefordert wird.¹⁶⁷ Dahinter steht auch ein *wirtschaftliches Interesse der Rechtsunterworfenen* „an einer praktisch funktionsfähigen und insb kostengünstigen dinglichen Sicherheit für Anschaffungsfinanzierungen“¹⁶⁸. Der (einfache) Eigentumsvorbehalt ist schließlich „ein außerordentlich einfaches und kostengünstiges Mittel, die wechselseitigen Interessen [zwischen Käufer und Verkäufer] zu befriedigen.“¹⁶⁹

Die Charakteristik der Kaufpreissicherung bringt im Übrigen mit sich, dass der Eigentumsvorbehalt im Gegensatz zum Pfandrecht oder Sicherungseigentum nur an *einer konkreten Kaufsache* und nicht an sonstigen Vermögensgegenständen begründet werden kann. Des Weiteren lässt sich auch die *Höhe der Haftungssumme* nicht beliebig festlegen, sondern ist mit der Höhe des Kaufpreises *begrenzt*.¹⁷⁰ Diese Überlegungen sind nun im Rahmen der folgenden Kohärenzprüfung im Hinblick auf die einzelnen denkbaren Ziele stets zu bedenken.

a. Schutz der Güterordnung

Zunächst soll auf den Schutz der Güterordnung durch die Aufrechterhaltung des numerus clausus und des Typenzwanges eingegangen werden.¹⁷¹ Denkbar wäre hierbei sogar, den im AEUV im Hinblick auf alle Grundfreiheiten vorgesehenen¹⁷² „geschriebenen“ Rechtfertigungsgrund der öffentlichen Ordnung heranzuziehen.¹⁷³ Der Begriff ist nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch eng auszulegen.¹⁷⁴ Eine Berufung auf die öffentliche Ordnung ist nach Ansicht des Gerichtshofes „nur möglich, wenn eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“¹⁷⁵. Dass die Anerkennung von ausländischen Sicherheiten tatsächlich mit einer derartig schwerwiegenden Gefährdung einhergeht, muss wohl bezweifelt werden.¹⁷⁶

Unabhängig davon besteht jedoch die Möglichkeit, auf den Schutz der Güterordnung als „ungeschriebenen“ Rechtfertigungsgrund zurückzugreifen. Wie bereits oben erwähnt, stellen Typenbeschränkung und Typenzwang schließlich tragende Säulen des österreichischen Sachenrechtes dar.¹⁷⁷ Fraglich ist in diesem Zusammenhang allerdings, ob nicht bereits die Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes eine Inkohärenz in Bezug auf die Aufrechterhaltung

¹⁶⁷ Faber, ÖBA 2019, 404 mwN.

¹⁶⁸ Faber, ALJ 2015, 229.

¹⁶⁹ Brinkmann, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen (2011) 177.

¹⁷⁰ Vgl zu diesen und weiteren Argumenten für die Sonderbehandlung des Eigentumsvorbehaltes etwa Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1063 ABGB Rz 33 mwN; Aigner, ÖJZ 2016, 294 f; Binder/Spitzer in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1063 Rz 19; Verschraegen in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.08} § 1063 Rz 9. Für eine kritische Würdigung vgl Faber, ALJ 2015, 217 ff.

¹⁷¹ Zum Schutz des Publizitätsprinzips als weiteres Element des Schutzes der Güterordnung s unten ab FN 180.

¹⁷² Kingreen in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁵ AEUV Art 36 Rn 76.

¹⁷³ Akkermans/Ramaekers, European Law Journal 2013, 248.

¹⁷⁴ Siehe zB Schroeder in Streinz, EUV/AEUV³ AEUV Art 36 Rn 11 mwN; Kingreen in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV⁵ AEUV Art 36 Rn 76.

¹⁷⁵ EuGH 14.10.2004, C-36/02, Omega, Rn 30 mwN. Vgl auch Klamert, EU-Recht² Rz 647.

¹⁷⁶ Vgl auch OGH 3 Ob 249/18s, worin der OGH durch die Anerkennung von deutschem publizitätslosem Sicherungseigentum keine „Grundwertungen des österreichischen Rechts verletzt“ sah (dort allerdings nicht im Kontext der Grundfreiheiten).

¹⁷⁷ Vgl die Ausführungen in Kap III.A.1.

dieser Prinzipien darstellt, wodurch eine Rechtfertigung auf diesem Weg scheitern würde. Hintergrund ist der Umstand, dass der Eigentumsvorbehalt gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist¹⁷⁸ und trotz numerus clausus und Typenzwang dennoch als dingliche Sicherheit anerkannt wird. Man könnte sich die Frage stellen, ob darin bereits eine sachlich nicht gerechtfertigte Ausnahme und damit eine Inkohärenz zu erblicken ist. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass auch der Gesetzgeber die Wirksamkeit des (publizitätslosen) Eigentumsvorbehaltes an verschiedenen Stellen voraussetzt.¹⁷⁹ Darüber hinaus ist der Eigentumsvorbehalt in Judikatur und Literatur seit mehr als einem Jahrhundert als Sicherungsinstrument anerkannt und in dieser Zeit wohl „zum festen und als unverzichtbar empfundenen Bestandteil des Wirtschaftslebens geworden“.¹⁸⁰ Zu betonen ist außerdem, dass ein Eigentumsvorbehalt letztendlich bloß durch eine aufgeschobene Eigentumsübertragung begründet wird. Auch wenn der Eigentumsvorbehalt also nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt ist, so ist keine Ausnahme – und schon gar keine unsachgemäße – vom numerus clausus bzw dem Typenzwang ersichtlich.

Von diesem Ergebnis zu trennen ist die Frage, ob die *Publizitätslosigkeit* des Eigentumsvorbehaltes als Sicherungsinstrument eine Inkohärenz in Bezug auf die Aufrechterhaltung des Publizitätsprinzips zum Schutz der Güterordnung darstellt. In dieser Hinsicht gilt es insbesondere zu bedenken, dass für die Begründung von Sicherungseigentum im Inland Gewahrsame erforderlich ist, für die Begründung eines Eigentumsvorbehaltes jedoch nicht. Allerdings ist auch hier von einer sachlichen Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung auszugehen: Hervorzuheben ist zunächst vor allem, dass der Eigentumsvorbehalt allein der Sicherung des Kaufpreises dient, weswegen hier bereits ein *funktionaler Unterschied* zum Sicherungseigentum bzw dem Pfandrecht besteht. In diesem Zusammenhang sei nochmals auf eine Besonderheit hingewiesen, welche sich aus der *Begründung* des Eigentumsvorbehaltes ergibt: Ein Eigentumsvorbehalt entsteht immer schon dann, wenn der Verkäufer den Verlust des Eigentums bei Sachübergabe nicht akzeptiert und die Eigentumsübertragung daher entgegen der dispositiven Bestimmung des § 1063 ABGB von der *Bedingung der (vollständigen) Kaufpreiszahlung* abhängig macht. Solange der Käufer dieser Bedingung nicht nachkommt, sind die gesetzlichen Erwerbsvoraussetzungen nicht erfüllt, weswegen kein Eigentumsübergang stattfinden kann. Wie *P. Bydlinski* betont, ergibt sich die Wirksamkeit eines Eigentumsvorbehaltes letztendlich „schlicht daraus, dass der Verkäufer sein Eigentum an der Sache (noch) nicht auf den Käufer übertragen hat.“¹⁸¹ Dies bringt im Übrigen mit sich, dass der Eigentumsvorbehalt im

¹⁷⁸ Zur fehlenden gesetzlichen Konkretisierung vgl etwa *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1063 Rz 17; *Schwartze* in *Klang*³ § 1063 ABGB Rz 29.

¹⁷⁹ Siehe etwa § 103 Abs 4 Z 1 sowie § 224 IO. Vgl daneben auch *Faber*, ALJ 2015, 230 f, wonach sich die Anerkennung des publizitätslosen Eigentumsvorbehaltes durch den Gesetzgeber etwa in den Materialien zu § 297a ABGB sowie auch in (ehemaligen) Bestimmungen des RatenG und des KSchG zeige. Zur „spärlichen Bezugnahme“ des Gesetzgebers auf den Eigentumsvorbehalt s weiters *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1063 Rz 17.

¹⁸⁰ *Faber*, ALJ 2015, 216, mit Erläuterungen zum historischen Hintergrund des Eigentumsvorbehaltes in 212 ff. Vgl daneben *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1063 Rz 17, wonach der Eigentumsvorbehalt in der Rechtspraxis einen festen Platz einnehme und von der Judikatur seit langer Zeit anerkannt sei.

¹⁸¹ *P. Bydlinski*, Replik auf Wolfgang Faber: Ergänzende Bemerkungen zum vereinbarten Eigentumsvorbehalt und dessen „Wirksamkeit“, ALJ 2015, 247 (249).

Gegensatz zu sonstigen Mobiliarsicherheiten nur an einer *konkreten Kaufsache* begründet werden kann und die Höhe der *Haftungssumme* mit der Höhe des Kaufpreises *begrenzt* ist.¹⁸² Es bestehen also durchaus wesentliche Unterschiede zwischen dem Eigentumsvorbehalt und den sonstigen Mobiliarsicherheiten, weswegen von einer sachlichen Rechtfertigung der Sonderbehandlung im Hinblick auf das Publizitätsprinzip auszugehen ist.

Selbst wenn man diese dogmatische Begründung der Ausnahme des Eigentumsvorbehaltes vom Publizitätsprinzip als unbefriedigend erachten sollte, so ist doch zu konstatieren, dass in der Praxis ein großes ökonomisches Interesse an einem praktischen und kostengünstigen dinglichen Sicherungsinstrument für Anschaffungsfinanzierungen besteht, dem mit der Anerkennung des publizitätslosen Eigentumsvorbehalts nachgekommen werden soll.¹⁸³ Nicht umsonst wird der publizitätslose Eigentumsvorbehalt auch in anderen Rechtsordnungen anerkannt, welche eigentlich ein mehr oder weniger strenges Publizitätsprinzip verfolgen.¹⁸⁴ Bedenkt man die grundsätzlich offene Herangehensweise des EuGH,¹⁸⁵ so könnte man wohl auch diesen Umstand bei der Rechtfertigung berücksichtigen.

Aufgrund der jahrzehntelangen Praxis im Interesse der Rechtsunterworfenen besteht in Bezug auf den Eigentumsvorbehalt jedenfalls keine Gefahr für den Rechtsverkehr, sich mit einer unbekanntem Mobiliarsicherheit auseinandersetzen zu müssen. Als Zwischenfazit bleibt daher festzuhalten, dass der **Eigentumsvorbehalt weder eine ungerechtfertigte Ausnahme vom numerus clausus bzw dem Typenzwang, noch vom grundsätzlich strengen Publizitätsprinzip** begründet und daher nicht vom Vorliegen einer Inkohärenz iSd Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf das Ziel der Aufrechterhaltung der österreichischen Güterordnung auszugehen ist. Entgegen diverser Ansichten in der Literatur ist die Nichtanerkennung einer ausländischen, publizitätslosen Sicherheit zum Schutz der Güterordnung also nicht schon aufgrund der grundsätzlichen Anerkennung des (publizitätslosen) Eigentumsvorbehaltes unverhältnismäßig.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass umgekehrt jede Nichtanerkennung von publizitätslosen ausländischen Mobiliarsicherheiten automatisch verhältnismäßig ist. Wie oben erläutert, muss eine restriktive Maßnahme im Hinblick auf die Erreichung der verfolgten Ziele ganz allgemein immer sowohl geeignet als auch erforderlich und angemessen sein. Diese Voraussetzungen mögen zwar bei einer der inländischen Rechtsordnung gänzlich unbekanntem Mobiliarsicherheit gegeben sein.¹⁸⁶ Ist eine ausländische Mobiliarsicherheit jedoch sowohl mit dem numerus clausus und dem Typenzwang als auch mit dem Publizitätsprinzip zu vereinbaren, wäre deren Nichtanerkennung zum Schutz der Güterordnung wohl weder geeignet noch erforderlich – und damit unionsrechtswidrig. Wie

¹⁸² Vgl FN 170.

¹⁸³ Siehe bereits bei FN 168 f. Zum Bedürfnis des Rechtsverkehrs vgl weiters *Faber*, ÖBA 2019, 408; *Faber*, ZFR 2020, 280 f; *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1063 Rz 19; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,08} § 1063 Rz 9 mwN.

¹⁸⁴ Vgl FN 167.

¹⁸⁵ Vgl die Ausführungen bei FN 38.

¹⁸⁶ Vgl in diesem Zusammenhang *Berner*, Wohlerworbene Rechte 348 ff, welcher zwar eine grundsätzliche Geeignetheit und Erforderlichkeit der Nichtanerkennung von deutschem Sicherungseigentum zum Schutz der Sachenrechtsordnung Österreichs bejaht, allerdings die Angemessenheit verneint, weil die Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes zeigen würde, dass dem Publizitätsprinzip keine derartig überragende Bedeutung zukommt, welche das Interesse am freien Binnenmarkt überwiegt. Eine derartige Argumentation kann jedoch wohl insbesondere dann nicht greifen, wenn es – wie hier – eine sachliche Begründung für die Sonderbehandlung des Eigentumsvorbehaltes gibt.

oben ausgeführt, soll das Publizitätsprinzip in Kombination mit Typenbeschränkung und Typenzwang den Rechtsverkehr ja gerade vor einer Überraschung durch der Rechtsordnung unbekanntes dingliche Rechte bewahren.¹⁸⁷

Im Ergebnis bedeutet dies: **Ausländische, dem österreichischen Sachrecht entsprechende publizitätslose Eigentumsvorbehalte** (oder sonst mit der österreichischen Güterordnung zu vereinbarende Mobiliarsicherheiten) sind vor dem Hintergrund der Europäischen Grundfreiheiten grundsätzlich **anzuerkennen**, andere publizitätslose Mobiliarsicherheiten hingegen nicht. Letzteres trifft insbesondere auf das durch die österreichische Rechtsordnung nicht anerkannte publizitätslose Sicherungseigentum zu. Anders als beim Eigentumsvorbehalt ist hier nämlich keine sachliche Rechtfertigung für dessen Ausnahme vom Publizitätsprinzip ersichtlich – das Sicherungseigentum ist insbesondere in funktionaler Hinsicht mit dem Pfandrecht vergleichbar.¹⁸⁸ Eine Nichtanerkennung von ausländischem publizitätslosem Sicherungseigentum ist daher nach der hier vertretenen Ansicht zum Schutz der nationalen Güterordnung durchaus als verhältnismäßig zu betrachten.

Zusammenfassend ist daher an dieser Stelle festzuhalten, dass eine Nichtanerkennung von publizitätslosen ausländischen Sicherheiten prinzipiell mit dem Schutz der Güterordnung gerechtfertigt werden kann – ausgenommen davon sind jedoch insbesondere ausländische Eigentumsvorbehalte. Die Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes im Inland begründet nach der hier vertretenen Ansicht jedenfalls keine Inkohärenz in Bezug auf den *numerus clausus*, den Typenzwang und auch nicht in Bezug auf das strenge Publizitätsprinzip als solches.

b. Schutz der Gläubigerordnung

Ähnlich wie in Bezug auf den Schutz der Güterordnung muss die Unionsrechtskonformität der Ausnahme des Eigentumsvorbehaltes vom Publizitätsgrundsatz auch hinsichtlich des Schutzes der Gläubigerordnung differenziert betrachtet werden. Geht man davon aus, dass es bei dem Schutz der Gläubigerordnung vor allem um den Schutz der Rangfolge zwischen einzelnen Gläubigern und Sicherungsrechten sowie des Vertrauens geht, das die Rechtsunterworfenen in diese setzen,¹⁸⁹ so scheint die Ausnahme des Eigentumsvorbehaltes von der grundsätzlichen Publizitätspflicht insofern gerechtfertigt, als Eigentumsvorbehalte – unabhängig von ihrer Publizitätslosigkeit – mit den geltenden exekutions- und insolvenzrechtlichen Bestimmungen kompatibel sind und die Praxis auch aufgrund jahrzehntelanger Übung¹⁹⁰ mit Eigentumsvorbehalten durchaus umzugehen weiß. Welche Rechte ein Eigentumsvorbehalt in Exekutions- bzw. Insolvenzverfahren vermittelt, ist hinlänglich geklärt.¹⁹¹ Ob eine *konkrete* Sache mit einem Eigentumsvorbehalt belastet ist,

¹⁸⁷ Siehe III.A.1.

¹⁸⁸ Zu den Argumenten für eine unterschiedliche Behandlung von Eigentumsvorbehalt und Sicherungseigentum bzw. Pfandrecht s. bereits oben, insb. bei FN 164 ff. sowie bei FN 181 ff.

¹⁸⁹ Vgl. die Ausführungen in Kap. III.A.2.

¹⁹⁰ Zur Geschichte und praktischen Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes vgl. *Faber*, ALJ 2015, 212 ff.

¹⁹¹ Siehe nur *Binder/Spitzer* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar⁴ § 1063 Rz 41, 74 ff. mwN; *Verschraegen* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.08} § 1063 Rz 34 ff. mwN.

kann im Exekutions- oder Insolvenzfall darüber hinaus relativ einfach etwa durch das Vorliegen (oder eben Nicht-Vorliegen) von Rechnungen und Zahlungsbelegen abgeklärt werden.¹⁹² Das System der Rangfolge zwischen den einzelnen Gläubigern und Sicherheiten sowie das Vertrauen des (überindividuellen) Verkehrs darin wird somit bloß durch die **Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes** keinesfalls gestört. Insofern stellt diese eine Ausnahme vom Publizitätsprinzip grundsätzlich auch **keine Inkohärenz in Bezug auf das Ziel des Schutzes der Gläubigerordnung** dar.

Sehr wohl gestört werden könnte die inländische Gläubigerordnung und das Vertrauen des Verkehrs darin jedoch werden, wenn in Exekutions- und Insolvenzverfahren plötzlich auch fremde, der inländischen Rechtsordnung unbekannt publizitätslose Mobiliarsicherheiten zu beachten wären. Den Rechtsunterworfenen wäre damit ein gewisser Grad an Rechtssicherheit genommen. Sie könnten sich letztendlich nicht mehr auf den von der inländischen Rechtsordnung gewährten Rang verlassen. Wie bereits *Kieninger* ausführte, ist das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in die jeweilige Güter- und Gläubigerordnung jedoch „eine unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren des Rechtsverkehrs“.¹⁹³ Insofern erscheint die Nichtanerkennung von ausländischen publizitätslosen Mobiliarsicherheiten durchaus verhältnismäßig, um die österreichische Gläubigerordnung zu schützen.

Die Grundfreiheiten erfordern jedoch wiederum, dass all jene ausländischen publizitätslosen Mobiliarsicherheiten, welche mit der österreichischen Gläubigerordnung zu vereinbaren sind, anerkannt werden. Eine Nichtanerkennung würde gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip verstoßen, weil eine solche Maßnahme zum Schutz der nationalen Gläubigerordnung weder geeignet noch erforderlich wäre. Dies betrifft aber erneut nur ausländische Kaufpreissicherungen und deren funktionale Äquivalente, welche dem österreichischen Eigentumsvorbehalt entsprechen. Aus der Nichtanerkennung des hier im Fokus stehenden deutschen Sicherungseigentums ergibt sich daher keine Unionsrechtswidrigkeit im Hinblick auf das Ziel des Schutzes der Gläubigerordnung.

c. Gläubigerschutz

Sowohl der Schutz der Güterordnung als auch der Schutz der Gläubigerordnung kommen also trotz Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes grundsätzlich als Rechtfertigungsmöglichkeiten für die Nichtanerkennung publizitätsloser ausländischer Mobiliarsicherheiten in Betracht. Fraglich ist, ob dasselbe auch für den Gläubigerschutz gilt.

Wie bereits erwähnt, wird dieser Aspekt in der Literatur als eines der Hauptziele des strengen Publizitätserfordernisses gesehen.¹⁹⁴ Die Publizitätspflicht solle allfällige Belastungen für den Rechtsverkehr erkennbar machen und verhindern, dass Dritte in ihrem Vertrauen auf den Haftungsfonds enttäuscht werden.¹⁹⁵ Dem Schuldner soll insbesondere gar keine Möglichkeit offen stehen, den künftigen Gläubiger durch aktive Täuschung in die Irre zu führen.¹⁹⁶ Nach Ansicht des OGH solle stets klar sein, ob eine Sache zum unbelasteten Vermögen des

¹⁹² Siehe insb *Mayrhofer*, Erweiterter Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, ÖJZ 1969, 197 (202). Vgl auch *Faber*, ÖBA 2019, 408; *Faber*, ZFR 2020, 282 f.

¹⁹³ *Kieninger*, Mobiliarsicherheiten 174.

¹⁹⁴ Vgl die Ausführungen in Kap III.A.3.

¹⁹⁵ Vgl FN 55 f.

¹⁹⁶ Siehe FN 58.

Schuldners gehört oder nicht.¹⁹⁷ Letztendlich soll dem potentiellen Gläubiger durch das Publizitätsprinzip also ermöglicht werden, das konkrete Kreditrisiko im Einzelfall abzuschätzen.¹⁹⁸ Wie ebenfalls bereits ausgeführt, wird die Geeignetheit der Publizitätspflicht im Hinblick auf dieses Ziel jedoch zT erheblich bezweifelt. Dritte würden nämlich schon ganz grundsätzlich nicht damit rechnen können, dass sämtliche beim Schuldner befindlichen Sachen zum Haftungsfonds gehören. Dazu trage vor allem die anerkannte Rechtsfigur des Eigentumsvorbehaltes bei.¹⁹⁹ Die Sachen könnten aber beispielsweise auch geliehen, gemietet, geleast oder verkauft und bereits mittels Besitzkonstitut übergeben sein.²⁰⁰

Diesen Überlegungen ist insofern zuzustimmen, als durch Gewahrsame alleine tatsächlich niemals auf den Haftungsfonds geschlossen werden kann. Durch das Faustpfandprinzip als solches wird noch nicht klar, ob eine Sache zum unbelasteten Vermögen des Schuldners gehört oder nicht. Anstatt daraus bereits eine Inkohärenz in Bezug auf das Ziel des Gläubigerschutzes abzuleiten, erscheint es jedoch vielmehr geboten, zunächst das Publizitätskonzept als solches zu hinterfragen. Es ist nämlich ernsthaft zu bezweifeln, ob das Faustpfandprinzip überhaupt ein berechtigtes Vertrauen dahingehend schaffen will, dass ein Schuldner jedenfalls Eigentümer der in seinem Besitz befindlichen Sachen ist.²⁰¹ Da sich stets fremdes Eigentum in der Gewahrsame eines Schuldners befinden kann, ist es dazu schließlich gar nicht in der Lage. Womöglich wird dem Eigentumsvorbehalt daher vielfach die Unterminierung eines Zieles vorgehalten, das es so gar nicht gibt. Bevor auf mögliche Inkohärenzen in Bezug auf das Ziel des Gläubigerschutzes eingegangen wird, soll daher noch das eigentliche Ziel des Faustpfandprinzipes erörtert werden.

Bereits *Hromadka* hob hervor, dass ein Faustpfandrecht grundsätzlich niemals positiv erkennbar ist. Darauf würden die strengen Publizitätserfordernisse aber auch nicht abzielen. Der Drittgläubigerschutz solle vielmehr durch das umgekehrte Prinzip der *negativen Publizität* erreicht werden.²⁰² Ein Interessent könne zwar aus dem Besitz nicht auf ein Pfandrecht schließen – sehr wohl aber werde er bei fehlender Gewahrsame daran gehindert, den Schuldner für den Berechtigten zu halten.²⁰³ Nach diesem Prinzip sollen verpfändete Sachen daher „aus dem sichtbaren Vermögen des Schuldners verschwinden; dem Verpfänder soll die Möglichkeit genommen werden, sie als unbelastet auszugeben.“²⁰⁴ Im Ergebnis sollten dadurch „[i]m Besitz des Schuldners befindliche Sachen [...] unbelastet sein, belastete Sachen sich umgekehrt nicht im Besitz des Schuldners befinden.“²⁰⁵ Dieser Ansatz weist bereits auf die tatsächliche Funktion des Faustpfandprinzipes hin. Die Schlussfolgerung

¹⁹⁷ OGH 5 Ob 233/13w.

¹⁹⁸ Vgl auch *Schacherreiter*, ZfRV 2005, 183.

¹⁹⁹ Siehe nur OGH 3 Ob 249/18s. Vgl auch FN 9.

²⁰⁰ Siehe FN 82.

²⁰¹ AA offenbar OGH 3 Ob 249/18s, Abschnitt 6.3.4.

²⁰² Siehe nur *Hromadka*, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert (1971) 178.

²⁰³ *Hromadka*, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips 10 f.

²⁰⁴ *Hromadka*, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips 177 f. Siehe auch *Hromadka* aaO 58: „Wenn der Gesetzgeber beschränkte dingliche Rechte schon nicht allgemein positiv erkennbar machen kann, so kann er doch wenigstens verhindern, dass eine verpfändete Sache für lastenfrei gehalten wird.“

²⁰⁵ *Hromadka*, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips 186.

Hromadkas ist jedoch ein wenig verkürzt, weil man in fremdem Eigentum stehende Sachen durchaus als „belastet“ in dem Sinne bezeichnen könnte, dass sie nicht zum Haftungsfonds gehören – und trotzdem können sich genau solche Sachen immer auch im Besitz des Schuldners befinden. Richtig ist jedenfalls, dass die Entfernung von *pfandreichtlich* belasteten Sachen aus der Gewahrsame des Schuldners im Zentrum des Faustpfandprinzipes steht.²⁰⁶

Eine Konsequenz des pfandrechten Publizitätsprinzipes ist daher jedenfalls die folgende: Was der Sicherungsgeber *nicht in Gewahrsame* hat, das ist grundsätzlich auch *nicht dem Haftungsfonds* zuzuordnen. Ein gänzlicher Umkehrschluss ist dabei allerdings nicht zulässig: Zwar dürfen potentielle Gläubiger davon ausgehen, dass sich keine *verpfändeten* Sachen in der Gewahrsame des Schuldners befinden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass *alle* in der Gewahrsame des Schuldners befindlichen Sachen automatisch dessen Haftungsfonds zuzuordnen sind. Wie schon mehrfach ausgeführt, könnten bestimmte Sachen ja auch geliehen, gemietet, geleast oder verkauft und bereits mittels Besitzkonstitut übergeben sein. Reiht man in diese Aufzählung auch noch unter Eigentumsvorbehalt gekaufte Sachen ein, so ist durch dessen Ausnahme vom Publizitätsprinzip kein Widerspruch zu erkennen. Sämtliche der soeben aufgezählten Sachen stehen in fremdem Eigentum – und mit fremdem Eigentum in der Gewahrsame des Schuldners ist wohl immer zu rechnen. Womit nach der hier vertretenen Ansicht aufgrund des Faustpfandprinzipes nicht gerechnet werden muss, sind *pfandreichtlich* belastete Sachen. Als *Zwischenfazit* kann daher festgehalten werden, dass das pfandrechte *Publizitätsprinzip* gar nicht darauf abzielt, dass alle *im Besitz des Schuldners* befindlichen Sachen dem Haftungsfonds zuzuordnen sind, sondern vielmehr darauf, dass sich darunter *keine pfandreichtlich belasteten Sachen* befinden.²⁰⁷

In diesem Zusammenhang stellt sich allerdings die Frage, wie die Ausnahme des Eigentumsvorbehaltes von diesem Prinzip *mit dem Ziel des Gläubigerschutzes zu vereinbaren* ist. Die Antwort könnte insbesondere darin liegen, dass die Entfernung der Sache aus der Gewahrsame des Schuldners beim Eigentumsvorbehalt gar nicht nötig ist, um zu verhindern, dass ein potentieller Gläubiger in seinem Vertrauen auf den Haftungsfonds enttäuscht wird. Zur Überprüfung von dessen *Nichtbestehen* reicht im Gegensatz zum Pfandrecht nämlich eine bloße Bestätigung des Verkäufers aus. Selbiges gilt für einen (wie auch immer gestalteten) Eigentumsnachweis. Kann der potentielle Gläubiger ermitteln, dass bestimmte Sachen in der Gewahrsame des Schuldners auch in dessen Eigentum stehen bzw erhält er zumindest Zugang zu einer Zahlungsbestätigung in Verbindung mit einem Kaufvertrag oder einer Rechnung²⁰⁸, so darf der Gläubiger jedenfalls darauf vertrauen, dass diese Sachen nicht mit einem Eigentumsvorbehalt belastet sind. Auch die Gefahr einer aktiven Täuschung durch den Schuldner ist hier minimiert, weil für die Erstellung eines Zahlungsnachweises bzw von sonstigen Dokumenten, welche das Eigentum des Schuldners (oder zumindest das Nichtbestehen eines Eigentumsvorbehaltes) nachweisen, grundsätzlich eine dritte Partei involviert werden muss. In Bezug auf möglicherweise bestehende Pfandrechte hilft ein Eigentumsnachweis oder eine Zahlungsbestätigung demgegenüber

²⁰⁶ Vgl auch *Spitzer*, JBl 2014, 556: „Aus teleologischen Gründen [...] geht es nicht darum, dass die Pfandsache beim Pfandgläubiger ist, sondern darum, dass sie nicht beim Pfandbesteller ist.“

²⁰⁷ Vgl hierzu auch *Faber* in FS 40 Jahre IPRG 350 f.

²⁰⁸ Vgl hierzu *Faber*, ÖBA 2019, 408 (Kaufvertrag und Zahlungsbestätigung); *Mayrhofer*, ÖJZ 1969, 202 (Rechnung und Zahlungsbeleg). Vgl auch *Spitzer*, JBl 2014, 559, wonach ein Eigentumsbeweis grds etwa durch Vorweisen der Rechnung gelinge.

nicht weiter: Ein Pfandrecht besteht unabhängig von den Eigentumsverhältnissen. Dessen Nichtbestehen kann auch nicht in irgendeiner Form durch *einen* Dritten bestätigt werden.²⁰⁹ Es müsste hierzu praktisch von allen potentiellen Gläubigern der Welt eine Bestätigung eingeholt werden.²¹⁰ Daher macht es vor dem Hintergrund des Gläubigerschutzes Sinn, für die Wirksamkeit des Pfandrechtes zusätzliche (Publizitäts-) Kriterien vorzusetzen. Erst durch das negative Publizitätsprinzip darf der potentielle Gläubiger darauf vertrauen, dass sich in der Gewahrsame des Schuldners kein Eigentum befindet, das *verpfändet* wurde.

Die **Anerkennung des publizitätslosen Eigentumsvorbehaltes steht dem Ziel des Gläubigerschutzes also nicht in unsachlicher Weise entgegen**, weil es im Gegensatz zum Pfandrecht hier zusätzliche Möglichkeiten gibt, sich vom Bestehen oder Nichtbestehen dieser Mobiliarsicherheit zu überzeugen,²¹¹ und ein Gläubiger ja schon ganz allgemein nicht darauf vertrauen darf, dass sich in der Gewahrsame des Schuldners kein fremdes Eigentum befindet. Ganz unabhängig vom Eigentumsvorbehalt wird dem Schuldner erst durch die Kombination aus einem Eigentumsnachweis und dem pfandrechtlichen Publizitätsprinzip die Möglichkeit genommen, den künftigen Gläubiger durch aktive Täuschung in die Irre zu führen. Ein Eigentumsnachweis stellt sicher, dass die Sachen nicht geliehen, geleast oder gemietet sind und zusätzlich eben auch keinem Eigentumsvorbehalt unterliegen. Das pfandrechtliche Publizitätsprinzip stellt sicher, dass diese Sachen auch nicht mit einem Pfandrecht belastet sind. Auf diese Weise werden allfällige Belastungen für den Rechtsverkehr erkennbar gemacht und dem Schuldner ermöglicht, das Kreditrisiko im Einzelfall abzuschätzen. Insofern ist durch die Anerkennung des publizitätslosen Eigentumsvorbehaltes keine Inkohärenz zu erkennen.²¹²

²⁰⁹ Vgl auch *Mayrhofer*, ÖJZ 1969, 202, wonach es für den Gläubiger bei der Verpfändung bzw der Sicherungsübereignung keine derartige Möglichkeit zur Abklärung mit Rechnungen und Zahlungsbelegen bestehe, wie es sie beim Eigentumsvorbehalt gibt. Zustimmend *F. Bydlinski* in Klang IV/2² 461 f. Dem Einwand von *Faber*, ALJ 2015, 228, wonach die Differenzierung nicht allzu plausibel erscheine, weil auch eine Pfandbestellungsurkunde in Verbindung mit Rückzahlungsbelegen Klarheit über das Bestehen der Sicherheit schaffe, ist zu entgegnen, dass der Unterschied vor allem in der Möglichkeit der Abklärung des *Nichtbestehens* liegt: Während das Nichtbestehen eines Eigentumsvorbehaltes durch Dokumente im Zusammenhang mit dem Kauf der Sache überprüft werden kann, ist das Nichtbestehen eines Pfandrechtes durch Dokumente kaum nachweisbar. Eine Pfandbestellungsurkunde in Verbindung mit Rückzahlungsbelegen mag zwar Klarheit in Bezug auf das Nichtbestehen eines Pfandrechtes in Bezug auf *einen bestimmten* Dritten schaffen – das schließt jedoch nicht die Möglichkeit aus, dass die Sache inzwischen wieder an eine ganz andere Person verpfändet wurde.

²¹⁰ Vgl auch *Faber*, ZFR 2020, 283 (speziell zum Sicherungseigentum).

²¹¹ In der Literatur wird freilich darauf hingewiesen, dass gerade Verkäufer im gestuften Warenabsatz in der Praxis oftmals nicht gewillt sein werden, Zahlungsbelege in Bezug auf Waren und damit sowohl Einkaufspreis als auch die Bezugsquelle offenzulegen (vgl etwa *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1389). Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass das *Nichtbestehen* eines Eigentumsvorbehaltes im Gegensatz zum Pfandrecht durch einen Dritten bestätigt werden kann – durchaus auch ohne Nennung des Preises.

²¹² Vgl in diesem Zusammenhang *Lurger*, IPRax 2019, 563, wonach auch das Finanzierungsleasing als (problematische) Ausnahme vom Publizitätsprinzip zu betrachten sei (s auch FN 159). Ähnlich wie die Anerkennung des Eigentumsvorbehaltes unterminiert jedoch auch die Anerkennung des Finanzierungsleasings das Ziel des Gläubigerschutzes nicht, weil ein Gläubiger immer mit fremdem Eigentum in der Gewahrsame des Schuldners rechnen muss und das Nichtbestehen von fremdem Eigentum leichter überprüft werden kann als das Nichtbestehen von Pfandrechten – indem eben beispielsweise ein Eigentumsnachweis erbracht wird. Dass die zusätzlichen Publizitätsvoraussetzungen daher gerade in Bezug auf die Wirksamkeit von Pfandrechten Sinn machen, bei denen die Überprüfung des Nichtbestehens ansonsten kaum möglich wäre, wurde bereits erläutert.

Rechtfertigt man die Sonderbehandlung des Eigentumsvorbehaltes im Hinblick auf das grundsätzlich strenge Publizitätsprinzip damit, dass allfällige Zweifel hier im Gegensatz zum Pfandrecht durch diverse Dokumente ausgeräumt werden können, so stellt sich noch die Frage, weshalb die Ausnahme nicht auch für das Sicherungseigentum gelten sollte. Die Antwort liegt wiederum darin, dass das *Nichtbestehen* von Sicherungseigentum eben nicht wie beim Eigentumsvorbehalt nachgewiesen werden kann. Ein Kaufvertrag in Verbindung mit einer Zahlungsbestätigung könnte zwar darauf hinweisen, dass jedenfalls kein Eigentumsvorbehalt besteht und dass der Schuldner uU Eigentümer wurde. Das bedeutet jedoch nicht, dass keine darauffolgende sicherungsweise Übereignung an einen Dritten stattfinden konnte. Für einen Nachweis des Nichtbestehens von Sicherungseigentum müsste also wie beim Pfandrecht eine Bestätigung von allen potentiellen Gläubigern eingeholt werden. Insofern ist es völlig **sachgerecht, das Sicherungseigentum** aufgrund dessen Nähe zum Pfandrecht²¹³ und vor dem Hintergrund des Gläubigerschutzes **dem pfandrechtlichen Publizitätsprinzip zu unterwerfen**.

Will man durch das soeben geschilderte System einen Gläubigerschutz in dem Sinne erreichen, dass dem Schuldner sämtliche Täuschungsmöglichkeiten genommen werden,²¹⁴ so könnte man in der Möglichkeit, eine verkaufte Sache durch Besitzkonstitut zu übereignen, womöglich noch einen gewissen Widerspruch sehen: Der Gläubiger kann sich schließlich schon aufgrund dieser Möglichkeit nicht sicher sein, dass grundsätzlich nachgewiesenes Eigentum des Schuldners an in dessen Gewahrsame stehenden Sachen immer noch besteht. Die Problemlage ähnelt hier auf den ersten Blick also jener, welche zuvor in Bezug auf das Sicherungseigentum erläutert wurde. Allerdings gilt es zu bedenken, dass durch die Übergabe einer endgültig verkauften Sache mittels Besitzkonstitutes keine Mobiliarsicherheit begründet wird und eine analoge Anwendung der pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften daher (im Gegensatz zum Sicherungseigentum) schon aus diesem Grund nicht in Frage kommt. Das pfandrechtliche Publizitätsprinzip soll grundsätzlich ja nur sicherstellen, dass sich in der Gewahrsame des Schuldners keine pfandrechtlich belasteten Sachen befinden. Insofern ist die Möglichkeit der Übereignung einer Sache mittels Besitzkonstitut nicht als ungerechtfertigte Ausnahme vom Faustpfandprinzip zu betrachten.

Im Gegensatz zu diversen Ansichten in der Literatur kann daher an dieser Stelle festgehalten werden, dass die **Anerkennung des publizitätslosen Eigentumsvorbehaltes auch in Bezug auf das mögliche Ziel des Gläubigerschutzes grundsätzlich keine Inkohärenz begründet** – sofern man davon ausgeht, dass das Publizitätsprinzip sicherstellen soll, dass sich keine verpfändeten Sachen in der Gewahrsame befinden sollen und nicht, dass sämtliche in der Gewahrsame des Schuldners befindlichen Sachen auch tatsächlich dem Haftungsfonds zuzuordnen sind. Letzteres würde angesichts der Tatsache, dass sich immer auch in fremdem Eigentum stehende Sachen beim Schuldner befinden können, schlichtweg keinen Sinn ergeben. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip erfordert jedoch wiederum, dass dem Eigentumsvorbehalt im Hinblick auf das Ziel des Gläubigerschutzes entsprechende ausländische publizitätslose Mobiliarsicherheiten anerkannt werden. Nur dann kann davon ausgegangen werden, dass die grundsätzliche Nichtanerkennung von ausländischen

²¹³ Vgl auch die Ausführungen bei FN 164 ff.

²¹⁴ Siehe FN 58.

publizitätslosen Mobiliarsicherheiten zum Schutz potentieller Gläubiger sowohl geeignet als auch erforderlich ist.

d. Schuldnerschutz

Als weiteren möglichen Rechtfertigungsgrund soll abschließend noch auf das potentielle Ziel des Schuldnerschutzes eingegangen werden. Hierbei ist zunächst vor allem auf die kritischen Ausführungen des OGH hinzuweisen. In seiner jüngsten Entscheidung stand er einer Rechtfertigung mit dem Schutz des Schuldners vor einer leichtfertigen Kreditaufnahme eher ablehnend gegenüber, weil „sich an einer allfälligen leichtfertigen Kreditaufnahme des Verpflichteten durch den späteren Wegfall der Sicherung nichts ändern“ würde.²¹⁵

Diese Ansicht des OGH klingt auf den ersten Blick zwar schlüssig. Es gilt jedoch zu bedenken, dass das Publizitätsprinzip *stets* nur die Wirksamkeit der dinglichen Sicherung und nicht jene des zugrundeliegenden Vertragsverhältnisses betrifft. Es erscheint daher geboten, das mögliche Ziel des Schuldnerschutzes nochmals ein wenig näher zu betrachten: Grundüberlegung ist offenbar, dass Kreditgeber für den Abschluss eines Kreditvertrages idR Sicherheiten verlangen und dem potentiellen Schuldner die Tragweite seiner Entscheidung eher vor Augen geführt wird, wenn ihm die jeweils zur Besicherung vorgesehene Sache tatsächlich aus seiner Gewahrsame „weggenommen“ wird, als wenn die Sache bei ihm verbliebe. Auf Basis dieser Überlegung erscheint das Publizitätsprinzip als solches dem Grunde nach durchaus geeignet, vor übereilter Bestellung von Sicherheiten und damit indirekt auch vor übereilter Kreditaufnahme zu schützen. Wenn aber die Nichtanerkennung publizitätsloser Sicherheiten durch die österreichische Rechtsordnung prinzipiell geeignet ist, den Schuldner vor Übereilung zu schützen, dann erscheint es nur konsequent, auch ausländische publizitätslose Sicherheiten nicht anzuerkennen, weil sonst genau dieses Ziel unterminiert werden könnte.

Fraglich ist nun jedoch wiederum, ob nicht durch die Anerkennung des publizitätslosen Eigentumsvorbehaltes eine Inkohärenz begründet wird. Hierzu ist anzumerken, dass in Bezug auf den Eigentumsvorbehalt durchaus eine andere Ausgangslage besteht als bei einer „üblichen“ Verpfändung. Die strengen Publizitätserfordernisse mögen zwar uU auch darauf abzielen, den Schuldner vor unüberlegten Kreditaufnahmen unter Belastung seines Vermögens zu schützen. Eine solche Gefahr besteht bei einem Eigentumsvorbehalt jedoch nicht. Dieser kann sich nämlich nicht auf irgendwelche Vermögensgegenstände beziehen, sondern nur auf eine konkrete Kaufsache, welche darüber hinaus noch gar nie im Eigentum des Schuldners stand. Auch die Höhe der Haftungssumme lässt sich nicht beliebig festlegen, sondern ist mit dem Kaufpreis begrenzt.²¹⁶

Bei einem Kauf unter Eigentumsvorbehalt besteht daher zwar allenfalls die Gefahr, die Kaufsache bei Nichtbezahlung derselben zu „verlieren“. Alle anderen Sachen im Vermögen des Schuldners können jedoch schon aufgrund der Natur des Eigentumsvorbehaltes von

²¹⁵ OGH 3 Ob 249/18s. Vgl auch *Lurger*, IPRax 2019, 563.

²¹⁶ Vgl insb die Ausführungen bei FN 165 ff.

keiner derartigen dinglichen Belastung betroffen sein. Vor diesem Hintergrund erscheint die **Ausnahme des Eigentumsvorbehaltes** von der strengen pfandrechtlichen Publizitätspflicht **auch im Hinblick auf das potentielle Ziel des Schuldnerschutzes durchaus gerechtfertigt**. Um die Verhältnismäßigkeit der Nichtanerkennung ausländischer Mobiliarsicherheiten zu gewährleisten, sind dem Eigentumsvorbehalt entsprechende ausländische Sicherungsrechte jedoch wiederum anzuerkennen.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Die in diesem Beitrag vorgenommene Untersuchung zeigt, dass das **zentrale Argument gegen die frühere Rspr nicht greift, weil** im österreichischen Recht der Mobiliarsicherheiten **grundsätzlich keine Inkohärenzen** iSd Rechtsprechung des EuGH zu erkennen sind. Daran ändern auch diverse Ausnahmen vom grundsätzlich strengen Publizitätsprinzip – wie etwa die Anerkennung des (publizitätslosen) Eigentumsvorbehaltes – nichts, weil für diese in Bezug auf sämtliche der untersuchten Rechtfertigungsgründe eine sachliche Begründung besteht. Dies gilt insbesondere auch für das mögliche Ziel des Gläubigerschutzes, wenn man richtigerweise davon ausgeht, dass das pfandrechtliche Publizitätsprinzip gar nicht darauf abzielen kann, dass alle im Besitz des Schuldners befindlichen Sachen tatsächlich auch dem Haftungsfonds zuzuordnen sind. Hinzu kommt, dass das Nichtbestehen eines Eigentumsvorbehaltes von Dritten leichter überprüft werden kann als dies bei sonstigen Mobiliarsicherheiten ohne Publizität der Fall wäre. Sofern – wie in diesem Fall – sachliche Gründe für Ausnahmen von einer restriktiven nationalen Regelung vorliegen, so geht der EuGH grundsätzlich nicht von einer Inkohärenz aus, welche einer Rechtfertigung entgegenstehen würde. Zu beachten gilt es in diesem Zusammenhang allerdings, dass ausländische Sicherungsrechte, welche dem inländischen Eigentumsvorbehalt entsprechen, grundsätzlich anerkannt werden müssen, um die Verhältnismäßigkeit zu wahren.

Die in der Literatur geäußerten Zweifel in Bezug auf die Kohärenz der österreichischen Regelung sind also kein taugliches Argument, um die kürzlich vollzogene Judikaturwende durch den OGH zu untermauern. Dies bedeutet allerdings ausdrücklich nicht, dass eine Rückkehr zur früheren Rechtsprechung definitiv unionsrechtskonform wäre. Dagegen sprechen könnten womöglich die vom EuGH entwickelten Grundsätze aus dem Bereich des Gesellschafts- oder Namensrechtes. Nach der Judikatur des Gerichtshofes muss etwa ein Mitgliedstaat die Rechtsfähigkeit achten, die eine zuziehende Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates besitzt.²¹⁷ Die Eintragung einer Zweigniederlassung darf vom Aufnahmestaat selbst dann nicht verweigert werden, wenn die Gründung der Gesellschaft im Ausland in der Absicht erfolgte, strengeren inländischen Vorschriften zu entgehen.²¹⁸

Allerdings ist unklar, ob diese Rechtsprechung des EuGH überhaupt auf die Frage der Anerkennung von publizitätslosen Mobiliarsicherheiten übertragen werden kann. Ein zentrales Argument gegen den vorgebrachten Rechtfertigungsgrund des Gläubigerschutzes

²¹⁷ EuGH 5.11.2002, C-208/00, *Überseering*, Rn 95. Vgl hierzu etwa *Weller* in Münchener Kommentar zum GmbHG³, Einleitung Rn 356. Umfassend zu den Leitentscheidungen hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften s *Kindler* in Münchener Kommentar zum BGB XIII⁸, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht Rn 112 ff (118 ff).

²¹⁸ EuGH 30.9.2003, C-167/01, *Inspire Art*, Rn 137; EuGH 9.3.1999, C-212/97, *Centros*, Rn 39. Zu diesen Entscheidungen s etwa *v. Hein* in Münchener Kommentar zum BGB XXII⁸, EGBGB Art 3 Rn 97 ff; *Weller* in Münchener Kommentar zum GmbHG³, Einleitung Rn 351, 353 ff; *Lurger/Melcher*, Handbuch, Rz 7/27 f.

war für den EuGH nämlich sowohl in *Inspire Art* als auch in *Centros*, dass die Gesellschaften als Gesellschaften ausländischen Rechtes auftraten, weswegen potenzielle Gläubiger hinreichend darüber unterrichtet gewesen seien, dass erstere anderen Rechtsvorschriften als den inländischen unterliegen.²¹⁹ Maßgeblich war für den EuGH also insbesondere auch die Erkennbarkeit der ausländischen Rechtsform für den Rechtsverkehr. Beweglichen Sachen ist es demgegenüber aber gerade nicht anzusehen, ob sie mit publizitätslosen ausländischen Mobiliarsicherheiten wie einem deutschen Sicherungseigentum belastet sind.²²⁰ Noch deutlichere Unterschiede bestehen zum Anerkennungsgrundsatz, welcher im Bereich des Namensrechtes entwickelt wurde.²²¹ Die Rechtsprechung ist wohl alleine schon deswegen nicht übertragbar, weil durch die Anerkennung eines Namens kaum jemals ein Dritter Nachteile erleiden wird. Wie eingehend erläutert, gilt selbiges nicht auch für die Anerkennung von publizitätslosen ausländischen Mobiliarsicherheiten. Zur endgültigen Klärung der Frage, ob die Nichtanerkennung von ausländischen publizitätslosen Mobiliarsicherheiten mit den Grundfreiheiten zu vereinbaren ist, erscheint eine Vorlage an den EuGH daher dringend geboten.

²¹⁹ EuGH 30.9.2003, C-167/01, *Inspire Art*, Rn 135; EuGH 9.3.1999, C-212/97, *Centros*, Rn 36. Siehe auch OGH 16.3.2011, 6 Ob 67/10m, wonach ein ausländischer Gesellschaftszusatz (in diesem Fall „Ltd“) ausreiche, um einen potentiellen Gläubiger zur Einholung weitergehender Informationen zu veranlassen. Vgl *Lurger/Melcher*, Handbuch, Rz 7/31.

²²⁰ *Ronacher*, JBl 2019, 446 (im Zusammenhang mit der Frage der Relevanz der Umgehungsmöglichkeit des Faustpfandprinzipes durch die Begründung einer Mobiliarsicherheit im Ausland).

²²¹ Zum Anerkennungsgrundsatz im Namensrecht vgl *Lurger/Melcher*, Handbuch, Rz 2/24 f.