



## Eigentumsvorbehalt und Publizität

### Zwischen wirtschaftlichem Bedürfnis und dogmatischer Wertungskohärenz

Wolfgang Faber\*, Universität Salzburg

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

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

#### I. Einleitung und historischer Hintergrund

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

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

1 Übertragung mittels Besitzkonstitut genügt nicht. Statt vieler vgl. Eicher, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen, in Apathy/Iro/Kozioł (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX (2012) 1 (11 ff, Rz 1/22 ff); Hinteregger in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar II<sup>4</sup> (2012) § 451 Rz 3 ff, jeweils mwN.

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

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

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

Nur ein dingliches Sicherungsrecht verlangt nach ganz hA<sup>6</sup> zum österreichischen Recht keinerlei Publizität: der Eigentumsvorbehalt.<sup>7</sup> Auf eine bewusste Entscheidung des ABGB-Gesetzgebers gründen lässt sich dies nicht: Vorläufer eines auf Vertragsvereinbarung beruhenden Eigentumsvorbehalts (zum Teil auch in Gestalt eines „Pfandrechtsvorbehalts“) waren in den deutschsprachigen Ländern zwar an sich schon seit Längerem in Gebrauch.<sup>8</sup> In den Kodifikationsarbeiten zum ABGB haben solche Sicherungsinstrumente allerdings, soweit ersichtlich, keine Rolle gespielt. Vielmehr war in den Vorentwürfen zum ABGB unter bestimmten Voraussetzungen sogar eine von Gesetzes wegen eintretende Sicherung der offenen Kaufpreisforderung durch Hinaus-

(Hrsg), Kommentar zum ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 452 Rz 2; *Mader in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON<sup>1,02</sup> (2014) § 427 Rz 4 mwN. Gegen die von der hA angenommene Bedeutungslosigkeit wirtschaftlicher Gesichtspunkte mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 452 ABGB *Migsch*, Faustpfandprinzip und Publizitätsprinzip – Dargestellt anhand der Verpfändung eines Warenlagers, in FS Welser (2004) 711 (738 f und passim).

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

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

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

6 Nachgewiesen im passenden Kontext unten in FN 21.

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

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

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

Im Zuge der Vorarbeiten zum deutschen BGB hat man diese Diskussion durchaus geführt. Dass auch dort die Abkehr von der römisch-gemeinrechtlichen Mobiliarhypothek<sup>11</sup> endgültig vollzogen und das Pfandrecht dem Faustpfandprinzip unterstellt werden würde, war praktisch ausgemachte Sache.<sup>12</sup> Kritische Stimmen erachteten den publizitätslosen Eigentumsvorbehalt, der sich in der deutschen Kautelarpraxis des späten 19. Jahrhunderts ebenso wie die durch Besitzkonstitut vorgenommene Sicherungsübereignung zunehmend durchsetzte, denn auch für inkompatibel mit diesen strengen Publizitätsanforderungen beim Pfand.<sup>13</sup> Die Kritiker standen freilich auf verlore-

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

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

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

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

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

nem Posten. Die „Omnipotenz des wirtschaftlichen Bedürfnisses“<sup>14</sup>, den Kaufvertragsparteien ein einfach zu handhabendes Sicherungsrecht an die Hand zu geben, das dem Käufer die sofortige Sachnutzung bei Aufschiebung der Zahlung ermöglicht und zugleich dem Verkäufer eine dingliche Sicherheit für seinen Kaufpreisanspruch verschafft, war zu stark. Bereits die erste Kommission gab grünes Licht, wenngleich mit einer zur Rechtfertigung eines publizitätslosen Eigentumsvorbehalts gegenüber dem publizitätspflichtigen Pfandrecht unhaltbaren Begründung.<sup>15</sup> Zu einer tiefergehenden Prüfung der Publizitätsfrage kam es in den weiteren Beratungen nicht mehr; der publizitätslose Eigentumsvorbehalt wurde mehr oder weniger „durchgewunken“<sup>16</sup> und nach Inkrafttreten des BGB, das dem Eigentumsvorbehalt mit § 455 aF BGB (der Vorläuferbestimmung des heutigen § 449 BGB) immerhin eine positive Regelung widmete<sup>17</sup>, nur noch vereinzelt infrage gestellt.<sup>18</sup>

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

---

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

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

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

Erst um 1970 beginnen Vertreter der österreichischen Rechtslehre, die bisher fehlende dogmatische Rechtfertigung des publizitätslosen (einfachen)<sup>20</sup> Eigentumsvorbehalts im Gegensatz zum zwingenden Publizitätserfordernis beim Pfand und Sicherungseigentum gleichsam nachzuliefern. Zu diesem Zeitpunkt ist der Eigentumsvorbehalt längst zum festen und als unverzichtbar empfundenen Bestandteil des Wirtschaftslebens geworden. Anders als in der bekannten publizitätslosen Form scheint er nicht wirklich vorstellbar. Die von der hA<sup>21</sup> zur Absicherung des publizitätslosen Eigentumsvorbehalts vorgetragenen Argumente sind vielfältig. Sie beziehen sich zum Teil auf genuine Besonderheiten dieses Sicherungsinstrumentes, zum Teil wird auf Unterschiede zu Pfandrecht und Sicherungsübereignung verwiesen, die eine Verschiedenbehandlung in Bezug auf Publizitätsanforderungen rechtfertigen sollen. Gegenüber diesen Argumenten ist allerdings in jüngerer Zeit immer wieder Kritik laut geworden.<sup>22</sup> Eine umfassende Würdigung der von der hA vorgebrachten dogmatischen Argumente steht derzeit jedoch aus.<sup>23</sup> Sie soll im nachfolgenden Abschnitt II. versucht werden.

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

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

21 Siehe mit Nuancen im Einzelnen und unterschiedlichem Grad an Vollständigkeit *F. Bydliński in Klang* (Hrsg), Kommentar zum ABGB<sup>2</sup> IV/2 (1978) 461 ff; *Koziol*, Zu Fragen des Eigentumsvorbehalts, QuHGZ 1970, 71; *Aicher in Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 1063 Rz 27; *Binder/Spitzer in Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar IV<sup>4</sup> (2014) § 1063 Rz 19; *Apathy in Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX 285 (Rz 4/10); vgl auch *Koziol – Welser/Kle-tečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts I<sup>14</sup> (2014) 457 f (Rz 1317); *Schauer*, Das Register für Mobiliarsicherheiten in Österreich: Rechtsdogmatische und rechtspolitische Grundlagen, in *Schauer* (Hrsg), Ein Register für Mobiliarsicherheiten im österreichischen Recht (2007) 1 (5); *Riedler*, Eigentumsvorbehalt, in *Apathy/Iro/Koziol* (Hrsg), Österreichisches Bankvertragsrecht IX (2012) 243 (247 f, Rz 3/5). Zu einzelnen Punkten auch *Mayrhofer*, Erweiterter Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, ÖJZ 1969, 197 (201 f). In der Folge werden meist nur einzelne Autoren stellvertretend angeführt. – Etwas problematisch ist der gelegentlich zu findende Verweis auf *Frotz*, Kreditsicherungsrecht 165 ff: Auch er führt etliche der im Folgenden referierten Argumente auf, die wesentliche Unterschiede zwischen Eigentumsvorbehalt und Sicherungseigentum aufzeigen; er tut dies allerdings nicht etwa, um die publizitätslose Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts zu untermauern, sondern um die Berechtigung des Vorbehaltseigentümers zur Exszindierungsklage nach § 37 EO darzutun, die er dem Sicherungseigentümer nicht zubilligen möchte.

22 Deziert kritisch *Aichinger*, Das „anonyme“ Sicherungsmittel Eigentumsvorbehalt – Maßnahmen für eine Offenkundigkeit, ZfRV 2010, 273; zum Teil wortgleich *Aichinger*, Der Eigentumsvorbehalt und seine Zukunft – In Österreich, England, Frankreich und der Schweiz (2009) 207 ff; *Harrer*, Sicherungsrechte – Bürgschaft, Faustpfand, Hypothek, Eigentumsvorbehalt (2002) 122 ff. An der Überzeugungskraft der seitens der hA vorgebrachten Argumente zweifelnd *Riedler*, Gedanken zur Publizität dinglicher Kreditsicherungsrechte de lege lata et ferenda, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1365 (1389 f); *Ch. Rabl*, Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, in FS Bucher (2009) 611 (614 mit FN 13); *ders*, Die Verarbeitungsklausel beim Eigentumsvorbehalt, in FS Koziol (2010) 341 (345 mit FN 6); ferner *F. Schwind*, Publizitäts- und Faustpfandprinzip im österreichischen und internationalen Sachenrecht, in *F. Schwind* (Hrsg), Europarecht – Internationales Privatrecht – Rechtsvergleichung (1988) 61 (64 f); *Iro*, Sachenrecht<sup>5</sup> (2013) 165 (Rz 8/2: „problematisch“); *Mayrhofer*, Zur neueren Entwicklung der Kreditsicherung durch Fahrnis (1968) 8 („offensichtliche Verletzung des Faustpfandprinzips“); *Rechberger*, Kreditsicherungsmittel – Wunsch und Wirklichkeit, in *Kühnelt* (Hrsg), Basel II (2005) 43 (61 f: „Wertungswiderspruch“); *Kaller*, Sicherungszession von Buchforderungen unter besonderer Berücksichtigung der Publizität (2007) 31 (auch Eigentumsvorbehalt müsse offenkundig sein); kritisch ferner bereits *Gschnitzer*, Schuldrecht Besonderer Teil und Schadenersatz (1963) 26 (die gegensätzliche Behandlung von Sicherungseigentum und Eigentumsvorbehalt bedeute eine „gewisse Inkonsistenz“).

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

forderungen beim Eigentumsvorbehalt im Gegensatz zu anderen dinglichen Sicherungsrechten dogmatisch befriedigend rechtfertigen lässt. Sollte sich erweisen, dass dem nicht so ist, wird weiter zu fragen sein, ob und inwieweit ein solcher dogmatischer Wertungsgleichklang hergestellt werden kann. Dabei wird mit einer Perspektive *de lege ferenda* insb auf mögliche Registerlösungen einzugehen und das Ziel im Auge zu behalten sein, den Eigentumsvorbehalt als praktisch funktionierendes Sicherungsinstrument nach Möglichkeit zu erhalten (hierzu Abschnitt III.). Dabei soll allerdings nicht der Eindruck erweckt werden, dogmatische Widerspruchsfreiheit in Publizitätsfragen und Praktikabilitätserwägungen seien nach Dafürhalten des Verfassers notgedrungen die wichtigsten oder überhaupt die einzigen Gesichtspunkte, die bei der Diskussion um eine sachgerechte Ausgestaltung des Eigentumsvorbehalts (und allenfalls äquivalenter Sicherungsinstrumente) Beachtung verdienen. Dies ist bestimmt nicht der Fall; Prioritätsfragen bei Zusammentreffen mit anderen Sicherungsrechten<sup>24</sup> und eine allfällige stärkere Beschränkung des Eigentumsvorbehalts auf seinen Sicherungszweck, was sich insb in der Frage zuspitzt, ob dem Vorbehaltsverkäufer ein Aussonderungsrecht oder lediglich ein dingliches Recht auf vorrangige Befriedigung zustehen soll<sup>25</sup>, seien als weitere Beispiele bloß erwähnt. Mit dem hier behandelten Publizitätsschwerpunkt soll also lediglich ein Teilsegment von mehreren herausgegriffen werden. Auch das Publizitätsthema selbst wird nicht in all seinen Facetten ausgeleuchtet.<sup>26</sup>

## II. Kritische Würdigung dogmatischer Rechtfertigungsversuche eines publizitätslosen Eigentumsvorbehalts

### A. Kein Entzug bereits vorhandenen Vermögens

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

#### 1. Zutreffende Ausgangsthese: konstanter Haftungsfonds

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

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

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

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

27 Vgl zB *Koziol – Welser/Kletečka*, Grundriss I<sup>14</sup> 457 f (Rz 1317); *F. Bydlinski* in *Klang*<sup>2</sup> IV/2, 463, der diesen Aspekt für sich alleine allerdings für „verhältnismäßig schwach und formal“ erachtet; *Koziol*, QuHGZ 1970, 72.



sen der Gläubiger des Erwerbers vorliege.<sup>28</sup> Dieser Einwand greift allerdings etwas zu kurz: Zwar fließen beim Käufer vorhandene Barmittel tatsächlich sukzessive „in die Sache“ und besteht die volle Zugriffsmöglichkeit auf das Vorbehaltsgut tatsächlich erst mit Vollzahlung, doch repräsentiert in der Zwischenzeit das dem Vorbehaltskäufer zustehende Anwartschaftsrecht einen auf das Volleigentum an der Kaufsache noch „fehlenden“ Vermögenswert. Setzt man für die Bewertung des Anwartschaftsrechts simplifizierend am Verhältnis der bereits geleisteten Zahlungen zur Restverbindlichkeit an<sup>29</sup>, stellt sich die Anschaffung aus Sicht dritter Gläubiger in der Tat quasi als Nullsummenspiel dar.<sup>30</sup>

Das gilt grundsätzlich auch in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers, wenn der Insolvenzverwalter statt Vertragserfüllung gemäß § 21 IO den Rücktritt wählt: In diesem Fall geht zwar der Wert der Anwartschaft verloren, dafür sind nach zutreffender Auffassung bereits gezahlte Kaufpreisanteile an die Masse zurückzugewähren<sup>31</sup>, sodass der Befriedigungsfonds für die restlichen Gläubiger wieder in etwa gleichbleiben sollte.<sup>32</sup>

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

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

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

30 In Bezug auf Exekutionsgläubiger des Vorbehaltskäufers ist zu beachten, dass diese, wie im Text diskutiert, natürlich in noch vorhandenes Barvermögen und in das Anwartschaftsrecht vollstrecken können, praktisch allerdings das Problem auftreten kann, dass mangels Kenntnis vom Eigentumsvorbehalt zunächst eine – infolge Drittwiderspruchsrechts des Vorbehaltsverkäufers (§ 37 EO) erfolglose – Exekution in die Kaufsache versucht wird. Dabei wird § 45 ZPO weitgehend verhindern, dass dem betreibenden Gläubiger aus Unkenntnis des bestehenden Aussonderungsrechts Verfahrenskosten aus einem Exszindierungsprozess entstehen bzw er dem Exszindierungsberechtigten solche zu ersetzen hat: Um die strengen Rechtsfolgen dieser Bestimmung (Tragen der Prozesskosten durch den Kläger, Kostenersatzpflicht gegenüber dem beklagten betreibenden Gläubiger) zu vermeiden, muss der Vorbehaltsverkäufer vor Erhebung der Exszindierungsklage sein vorbehaltenes Eigentum dem betreibenden Gläubiger bekanntgeben und diesen auffordern, von der Exekution in den betr Gegenstand abzusehen; vgl *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen II/1<sup>3</sup> (2014) § 45 ZPO Rz 6; *Jakusch* in *Angst* (Hrsg), Kommentar zur EO<sup>2</sup> § 37 EO Rz 70, jeweils mwN. Soweit dem Zwangsvollstreckung führenden Gläubiger durch derlei Vorkehrungen keine zusätzlichen Kosten entstehen, erweist sich das Bild vom „Nullsummenspiel“ somit auch auf exekutionsrechtlicher Ebene als stimmig. Nachteile verbleiben aber dann, wenn der betreibende Gläubiger sich nach pflichtgemäß erfolgter Aufforderung aufgrund vertretbarer Zweifel am Bestehen des Sicherungsrechts auf einen Rechtsstreit einlässt und unterliegt.

31 Dieses Ergebnis erscheint vor dem Hintergrund herrschender Insolvenzrechtsdogmatik zunächst freilich gar nicht so selbstverständlich: Nur eine – wohl im Vordringen begriffene – Mindermeinung geht nämlich davon aus, dass der Rücktritt des Insolvenzverwalters nach § 21 IO wie etwa ein Rücktritt nach § 918 ABGB schuldrechtlich *ex tunc* wirke und damit Bereicherungsansprüche nach § 1435 ABGB (hier: der Masse auf Rückzahlung bereits geleisteter Kaufpreisteile) auslöse; so insb *F. Bydlinski* in *Klang*<sup>2</sup> IV/2, 541 f FN 517; *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> I (2000) § 21 KO Rz 24 mwN; im Kontext des Eigentumsvorbehalts jüngst auch *Riedler*, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers nach dem IRÄG 2010, ÖJZ 2011, 904 (911 f); *ders* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX 260 f (Rz 3/29); vgl auch schon *Mayrhofer*, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz (1966) 122. Die hA nimmt dagegen an, dass der Rücktritt nach § 21 IO (weil der Vertrag aufrecht bleibe) keine Rückforderungsansprüche bzgl bereits erbrachter Leistungen auslöse, jeder Teil somit das ihm Geleistete behalte; idS etwa *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert* (Hrsg), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2012) § 21 KO Rz 184 f, 218 mwN; aus der Rsp OGH 1 Ob 100/66 SZ 39/147 und darauf aufbauend RIS-Justiz RS0064493. Auch diese Auffassung müsste allerdings Rückgewähransprüche der Masse für bereits geleistete Kaufpreiszahlungen insoweit anerkennen, als sie der Masse Bereicherungsansprüche zubilligt, wenn der Vertragspartner (Vorbehaltsverkäufer) auf ihre Kosten bereichert ist – wovon mit Rückstellung der Kaufsache nach Aussonderung durch den Vorbehaltsverkäufer auszugehen wäre.

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

genommen zutrifft. Dass dies einiger modellhafter Vereinfachungen bedarf – immerhin muss man den im Exekutionsfall lukrierbaren Erlös des Anwartschaftsrechts mit den geleisteten Teilzahlungen gleichsetzen<sup>33</sup> – mag hingenommen werden. Umgekehrt besteht ja auch die Möglichkeit, dass der Käufer unter Einsatz der Vorbehaltssache sonst nicht eintretende Gewinne zu erwirtschaften imstande ist, was den allgemeinen Haftungsfonds im Einzelfall erhöhen kann.

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

## 2. Tauglicher Differenzierungsgesichtspunkt?

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

Hiergegen könnte der Einwand erhoben werden, dass Pfandrechte natürlich nicht nur zur Sicherung von Investitionskrediten bestellt werden können bzw dass die Pfandrechtpublizität wohl nicht vorrangig mit Blick auf derartige Kredite angeordnet worden sei.<sup>34</sup> Der erstgenannte Aspekt trifft ohne Zweifel zu: Die pfandgesicherte Forderung kann beliebigen Zwecken dienen. Insb wenn die Schuld eines Dritten gesichert wird bzw generell wenn die pfandgesicherten Kreditmittel Dritten zugutekommen, kann von einem gleichbleibenden Haftungsfonds des Pfandbestellers keine Rede sein. Eine Antwort zum zweitgenannten Aspekt muss hingegen differenzierter ausfallen: Die in den Vorarbeiten zum ABGB als tragend empfundenen Gründe für die Übernahme des Faustpfand- bzw Publizitätsprinzips beim Pfandrecht sind in den durch *Harras von Harrasowsky* und *Ofner* publizierten Gesetzesmaterialien<sup>35</sup> nicht dokumentiert; in *Zeillers* früher Kommentierung ist nur von einem recht allgemein formulierten Warnzweck die Rede.<sup>36</sup> Man wird annehmen dürfen, dass die

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

## **B. Variationen: Vergleichbarkeit mit Barkauf, Vergrößerung des Haftungsfonds**

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

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

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

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

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

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

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

#### **1. Verzicht auf Publizität als Ausgleich für Entgegenkommen des Verkäufers**

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

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

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

---

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

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

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

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

Diese kaufrechtliche Perspektive auf den Eigentumsvorbehalt ist nachvollziehbar. Der Sicherungseffekt wird ja durch bloßes Hinausschieben der Erfüllung einer Verkäuferpflicht erreicht. Die Perspektive erscheint uns zudem vertraut: Dass der Eigentumsvorbehalt bei § 1063 ABGB – also eben im Kaufrecht – behandelt wird, hat in systematischen Darstellungen zum österreichischen Privatrecht Tradition<sup>45</sup> und ist in der Kommentarliteratur geradezu typisch<sup>46</sup>; ähnlich in Deutschland, wo der Eigentumsvorbehalt mit § 455 aF bzw § 449 nF BGB im Kaufrecht seine einzige positive Regelung im Zivilgesetzbuch erfahren hat. Zugleich verstellt diese kaufrechtliche Perspektive zum Teil den Blick auf wesentliche Zusammenhänge, gerade wenn es um das Verhältnis zwischen Eigentumsvorbehalt und anderen dinglichen Sicherungsrechten geht; insb im Hinblick auf unsere Ausgangsfrage, warum nämlich der einfache Eigentumsvorbehalt keinerlei Publizitätsanforderungen unterworfen sein soll, andere dingliche Sicherungsrechte hingegen schon.

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

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

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

45 Vgl. Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts<sup>2</sup> II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse (1928) 411 f.; Gschnitzer, Schuldrecht BT 23 ff. Die Sachenrechtsbände dieser Standardwerke enthalten demgegenüber keine systematische Erörterung des Eigentumsvorbehalts.

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

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

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

Auch einem solchen Ansatz wäre mE nicht zu folgen. Festzuhalten ist zunächst, dass sich *Brinkmann* in seinen Ausführungen nicht auf Publizitätsfragen bezieht. Vielmehr geht es ihm bspw um die Rechtfertigung stillschweigender Vorbehaltsvereinbarungen im Fall kurzfristiger Zahlungsziele ohne Kreditierungsfunktion im Gegensatz zu Fällen mit langfristigen Zahlungszielen, ferner um eine seiner Funktion angemessene Wirkung des Eigentumsvorbehalts in der Insolvenz (Aussonderungsrecht bei bloßer Sicherung des Synallagmas, allenfalls bloße Absonderungswirkung bei Sicherung langfristigen Kredits).<sup>50</sup> Neben wohl unvermeidlichen Abgrenzungsschwierigkeiten<sup>51</sup> überzeugt aber jedenfalls im hier erörterten Publizitätskontext, der sich notgedrungen vor allem der Perspektive Dritter annehmen muss, die von *Brinkmann* gezogene Schlussfolgerung nicht, dass nämlich dem bloß für einen kurzen Zeitraum zur Wahrung des Synallagmas vereinbarten Eigentumsvorbehalt keinerlei Sicherungsfunktion zukomme, die Kaufsache folglich gar nicht als

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

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

49 Siehe *Brinkmann*, Kreditsicherheiten 177 ff.

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

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

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

Somit verdient also auch der zuletzt diskutierte, in Fortentwicklung von Überlegungen *Brinkmanns* entwickelte (hypothetische) Ansatz, dem Eigentumsvorbehalt komme zumindest bei bloß kurzem Zahlungsziel ohne Kreditierungsfunktion kein Sicherungscharakter zu, sodass hier im Gegensatz zu „wirklichen“ Sicherungsrechten ein gänzlicher Verzicht auf Publizitätsanforderungen gerechtfertigt werden könne, keine Gefolgschaft. Dass es auf solche Gesichtspunkte nicht entscheidend ankommen sollte, legt auch ein kurzer Blick auf das Pfandrecht nahe: Dieses erfüllt auch dann, wenn es für eine unverzinsliche Forderung bestellt ist, ohne Frage eine Sicherungsfunktion<sup>54</sup> und bedarf nach dem Gesetz der Publizität; gleiches gilt, wenn Fahrnisgegenstände zur Sicherung einer uU ausgesprochen kurzfristigen Überbrückungsfinanzierung verpfändet werden.<sup>55</sup>

#### D. Wertverfolgung

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

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

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

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

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

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

57 *F. Bydlinski* in *Klang*<sup>2</sup> IV/2, 464 f unter Rückgriff auf *Wilburg*, *Gläubigerordnung und Wertverfolgung*, *JBl* 1949, 29.



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

Damit sind zunächst jedenfalls zwei zutreffende Beobachtungen benannt: Die Forderung steht mit dem Sicherungsmittel in einem besonderen Zusammenhang; der ursprünglich dem Verkäufer zustehende Vermögenswert setzt sich in der Kaufpreisforderung und wertmäßig gewissermaßen korrelierend in dem diese sichernden, nun auflösend bedingten Eigentum fort. Es ist auch richtig, dass sich vergleichbare Feststellungen in Bezug auf ein Pfandrecht für eine beliebige Forderung nicht treffen lassen.<sup>59</sup> Nicht ganz so offensichtlich ist jedoch, warum diese Umstände ausgerechnet publizitätsrelevant sein sollten. Ließe man publizitätslose Pfänder und Sicherungseigentum zu: Man sähe einer im Besitz des Schuldners befindlichen Sache nicht an, ob sie eine Kaufpreisschuld, eine andere Schuld oder gar keine Schuld sichert (außer vielleicht, der Beobachter hat zusätzlich Kenntnis von dem Umstand, dass die Sache erst unlängst angeschafft worden ist, in welchem Fall ein Eigentumsvorbehalt vergleichsweise nahe liegen könnte). Der Wertverfolgungsgedanke impliziert ein Absehen von Publizitätserfordernissen nur insofern, als dann, wenn man seine Wirkung in der Insolvenz aus *Wilburgs* Gerechtigkeitserwägungen annimmt, sich hieraus zwangsläufig eine Wirksamkeit des Eigentumsvorbehalts an sich ergibt<sup>60</sup>, ohne die Publizitätsfrage selbst positiv gestellt zu haben.<sup>61</sup>

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

58 F. Bydlinki in *Klang*<sup>2</sup> IV/2, 464.

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

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

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

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

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

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

## E. Geringe Täuschungsgefahr, leichte Feststellbarkeit

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

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

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

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

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

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

Allein die Existenz vergleichsweise valider Informationsquellen garantiert aber auch nicht, dass diese von Gläubigern faktisch (leicht bzw überhaupt) genutzt werden können, wie dies für den von *Mayrhofer* vorgebrachten Begründungsansatz hinsichtlich des Eigentumsvorbehalts konstitutiv wäre. Jegliche Unterlagen bekommt der Drittbeteiligte nur zu Gesicht, wenn der Schuldner Einsicht gewährt. Warum er diesbezüglich beim Eigentumsvorbehalt signifikant großzügiger agieren sollte als bei Pfandbestellungen, ist nicht recht ersichtlich. *Riedler* weist völlig zutreffend darauf hin, dass gerade in Fällen des gestuften Warenabsatzes ein (Weiter-)Verkäufer regelmäßig wenig Antrieb verspüren wird, seine Einkaufsquellen und Einkaufsrechnungen offenzulegen, um damit seine Gewinnspanne bekanntzugeben<sup>69</sup> und dem Abnehmer vielleicht auch gleich den Weg zu weisen, wie er sich diese durch künftigen Direktbezug allenfalls sparen könnte. Insoweit – also gegenüber solchen Personen, die an den betreffenden Gegenständen Eigentum erwerben möchten – ist somit gerade keine eklatant höhere Auskunftsbereitschaft von Vorbehaltskäufern im Vergleich zu Pfandbestellern zu erwarten.<sup>70</sup> Gleiches wird im Ergebnis, wenngleich aus anderen Gründen, im Hinblick auf die zweite hier praktisch bedeutsame Kategorie von Gläubigern gelten, nämlich in Bezug auf (potenzielle) ungesicherte Gläubiger. Solchen Geschäftspartnern werden dingliche Belastungen am Mobiliarvermögen ja generell kaum offengelegt. Ob die Belastung im Einzelfall in einem Eigentumsvorbehalt oder (soweit rechtlich möglich)<sup>71</sup> einem Pfandrecht besteht, wird diesbezüglich keine signifikante Rolle spielen.

67 *Mayrhofer*, ÖJZ 1969, 202; zustimmend *F. Bydlinki* in *Klang*<sup>2</sup> IV/2, 461 f.

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

69 *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1389.

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

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

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

## F. Konsequenzen für die *lex lata*?

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

Bevor allerdings die Frage nach dem bestmöglichen Ausgleich dieser beiden widerstreitenden Ziele weiter verfolgt wird, drängt sich die Frage auf, ob nicht der oben erzielte Befund *de lege lata* ein der hA diametral entgegengesetztes Ergebnis nachgerade erzwingt. Lassen sich keine bzw nur unzureichend überzeugende Gründe für eine Ungleichbehandlung finden, läge es ja nahe, in gleicher Weise zu verfahren wie beim Sicherungseigentum<sup>72</sup> und die pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften analog auch auf den einfachen Eigentumsvorbehalt anzuwenden. Im Ergebnis wäre, da eine konstitutive Voraussetzung für die Begründung des Sicherungsrechts fehlen würde, der Vorbehalt des Eigentums sachenrechtlich unwirksam, sofern bzw sobald die Sache dem Käufer (Schuldner) übergeben wird. Der Käufer erhielte mit Lieferung unbelastetes Eigentum. Ob analog §§ 452 iVm 427 ABGB Raum für einen ausnahmsweise wirksamen „Vorbehalt durch Zeichen“ verbliebe, scheint fraglich; zumindest wäre er wohl sehr eng.<sup>73</sup>

72 Vgl oben bei und mit FN 4.

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

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

74 Vgl bloß F. Bydliński, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 472 ff (insb 475); Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft<sup>6</sup> (1991) 370 ff (insb 373 f zur Abgrenzung zwischen relevanter Gesetzeslücke und rechtspolitischem Fehler des Gesetzes).

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

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

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

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

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

Eine mögliche „Reservebegründung“ für die publizitätslose Zulässigkeit des Eigentumsvorbehalts *de lege lata* sei hier nur kurz angeschnitten: Es lägen wohl alle Voraussetzungen für eine Anerkennung durch Gewohnheitsrecht vor.<sup>80</sup> Die Begründung von Vorbehaltseigentum durch Vereinbarung und Sachübergabe entspricht in Österreich einer allgemeinen, über 100 Jahre währenden tatsächlichen Übung durch die Mitglieder der Rechtsgemeinschaft. Zudem wird man vom Bestehen einer allgemeinen Überzeugung der Rechtsgemeinschaft ausgehen dürfen, die Maxime, die dieser tatsächlichen Übung zugrunde liegt, sei rechtlich verbindlich (*opinio iuris*). Insb wird diese allgemeine Rechtsüberzeugung von den österreichischen Gerichten geteilt.<sup>81</sup> Dass sich Vertreter der Rechtswissenschaft in den letzten Jahrzehnten kritisch geäußert haben<sup>82</sup>, dürfte der Annahme einer hinreichend verbreiteten Rechtsüberzeugung im Ergebnis nicht entgegenstehen. Die Kritik kam vielleicht auch bereits zu spät, dh zu einem Zeitpunkt, zu dem man die Bildung des Gewohnheitsrechtssatzes bereits als abgeschlossen ansehen konnte.

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

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

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

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

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

82 Vgl die Nw in FN 22.

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



## **G. Rechtspolitische Argumente gegen unterschiedliche Publizitätsanforderungen bei Pfandrecht und Eigentumsvorbehalt**

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

## **III. Neujustierung durch Mobiliarsicherheitenregister?**

### **A. Vorbemerkungen**

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

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

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

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

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

<sup>85</sup> Erwogen bei *Riedler* in FS 200 Jahre ABGB 1390 f.

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

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

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

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

88 UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (2010).

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

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

## B. Der österreichische MSG-Entwurf von 2007

Der im Jahr 2007 von einer beim Ludwig-Boltzmann-Institut für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen eingerichteten Arbeitsgruppe unter Leitung von *Martin Schauer* vorgelegte Entwurf für ein „Gesetz über ein Register für Mobiliarsicherheiten (MSG)“ – im Folgenden kurz MSG-E<sup>90</sup> – sieht im Gegensatz zu den anderen dinglichen Sicherungsrechten (Pfandrecht, Sicherungseigentum, Sicherungszession) für den Eigentumsvorbehalt eine Kundbarmachung nicht zwingend vor. Ein Eigentumsvorbehalt kann nach diesem Entwurf im Register eingetragen werden; erforderlich ist dies zu seiner Wirksamkeit nicht (§ 13 MSG-E).<sup>91</sup> Damit wird gerade aus der in diesem Beitrag verfolgten Perspektive, unterschiedliche Publizitätsanforderungen zwischen Eigentumsvorbehalt und anderen dinglichen Sicherungsrechten nach Möglichkeit abzubauen, kein nennenswerter Fortschritt erzielt.

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

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

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

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

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

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

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

Für die Zwecke dieses Beitrag ist zum MSG-E wohl nur noch so viel zu ergänzen: In das – als Personalfoliensystem bezogen auf die Person des Sicherungsgebers organisierte<sup>99</sup> – Mobiliarsicherheitenregister sollten nur von Unternehmern bestellte Sicherheiten eingetragen werden können.<sup>100</sup> Hinreichende Unterstützung insb aus den betroffenen Wirtschaftskreisen hat das Projekt in der Folge nicht erfahren. Die Gründe sind nicht unbedingt bei den Vorschlägen der Arbeitsgruppe zum Eigentumsvorbehalt zu suchen. Eine prominente Rolle haben vor allem die Sorge vor zu intensiver Registerpublizität („gläserner Schuldner“) und vor einer weiter zunehmenden Aushöhlung von Insolvenzmassen gespielt.<sup>101</sup>

---

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

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

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

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

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

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

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

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

### C. Aktuelle internationale Entwicklungen am Beispiel von Buch IX DCFR

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

#### 1. Grundlagen

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

---

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

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

Eigentum als bloßes Sicherungsrecht<sup>104</sup>; die von UNCITRAL unterbreiteten Vorschläge folgen dem grundsätzlich zumindest in den praktischen Ergebnissen.<sup>105</sup>

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Das Registersystem des DCFR im Überblick

### a. Allgemeines

Das Mobiliarsicherheitenregister des DCFR<sup>114</sup> versteht sich als elektronisch geführtes, als Personalfoliensystem konzipiertes, einheitliches europäisches Register (*European register of proprietary security*). Eintragungen werden (unter der Voraussetzung einer Zustimmung des Sicherungsgebers) unmittelbar durch den gesicherten Gläubiger vorgenommen, ohne dass eine Registrierungsbehörde den Inhalt oder gar die Richtigkeit der gemachten Angaben vor dem Aufscheinen im Register zu prüfen hat. Neben der Registrierung erfolgt auch die – jedermann offenstehende<sup>115</sup> – Recherche im Register online. Das soll nicht nur die Kosten minimal halten, sondern auch eine rasche, im Grunde unmittelbare Datenverarbeitung gewährleisten, sodass „Drittwirksamkeit“ und Rangwahrung ohne Zeitverlust und daraus resultierenden Risiken bewirkt werden können. Dass das DCFR-Register – wie das Modellregelwerk insgesamt – gerade auch zur Registrierung von Sicherheiten für Anschaffungsfinanzierungen unter Einschluss des klassischen Eigentumsvorbehalts dient, ist bereits deutlich geworden.<sup>116</sup> Registereinträge erlöschen im Übrigen automatisch nach fünf Jahren, sofern nicht rechtzeitig eine Verlängerung erfolgt.<sup>117</sup>

### b. Voraussetzungen und Wirkungen der Eintragung

Die Eintragung bzw das Aufscheinen im Register hat keinen konstitutiven Effekt auf die Begründung (*creation*) oder das Erlöschen (*termination*) des Sicherungsrechts als dingliches Recht. Das ergibt sich einerseits aus bereits Gesagtem: Die Registrierung ist (alternative) Voraussetzung für die *effectiveness* und damit mittelbar für die Prioritätswirkung, nicht aber für die *creation*. Zweitens korreliert diese – im Vergleich etwa zum oben erörterten österreichischen MSG-E von 2007 oder zum Grundbuch österreichischer oder deutscher Prägung gewissermaßen herabgestufte – Rechtswirkung des Registereintrags mit dem Informationsgehalt und Informationswert des Registers: Die aus dem Register beziehbare Information muss nicht besonders exakt und detailliert sein. Sie kann sich letztlich auf einen Hinweis beschränken, dass ein Sicherungsrecht bestehen könnte. Die aus dem Register ersichtliche Mindestinformation umfasst demgemäß<sup>118</sup>:

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

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

115 IX.-3:317 DCFR.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### c. Informationsgehalt des Registers und weitere Information durch den Gläubiger

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

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

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

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

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

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

#### a. Allgemeines

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

Auf die erwähnten Sonderregeln wird weiter unten in den Abschnitten b. und c. näher eingegangen. Die Erörterung beschränkt sich also zunächst auf jene Grundsätze, die für alle Sicherungsrechte gleichermaßen gelten. Dabei ergibt sich bereits aus dem oben<sup>126</sup> Ausgeführten, dass die *creation* des Sicherungsrechts und damit nach dem DCFR auch seine grundsätzliche Wirksamkeit gegenüber Sacherwerbern und Erwerbern weiterer Sicherungsrechte an derselben Sache keine Registrierung (oder einen sonstigen Publizitätsakt) voraussetzt. Dies gilt auch für *acquisition finance devices*. Ihre *creation* erfolgt im Regelfall sofort mit Übergabe der Sache an den Erwerber.<sup>127</sup> Eine erfolgte Registrierung kann wie auch sonst allerdings insofern eine erhebliche Rolle spielen, als sie den gutgläubigen (lastenfreien) Eigentumserwerb ebenso wie den gutgläubigen Erwerb eines Sicherungsrechts an der Sache grundsätzlich ausschließt; siehe IX. 6:102(2) DCFR mit den dort angeordneten Ausnahmen, insb. bei Erwerb im ordentlichen Geschäftsbetrieb.<sup>128</sup>

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

126 Abschnitt III.C.1.

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

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

schäftsbeziehung praktisch „in einem Aufwaschen“ hergestellt werden kann. Der Eintrag gilt für maximal fünf Jahre und kann vor Ablauf dieser Frist erneuert werden.<sup>129</sup> Es liegt auf der Hand, dass gerade diese Möglichkeit eine ganz erhebliche Erleichterung für die Parteien darstellt, dem Registrierungserfordernis zu entsprechen. Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch daran, dass nach dem DCFR die Anforderungen an eine Identifizierung des Sicherungsguts im Register bewusst niedrig gehalten sind („Minimalangaben“ und Auswahl von Sachkategorien).<sup>130</sup> Auch dies erleichtert die praktische Durchführung einer Registrierung durch die Kaufvertragsparteien und hält – im Vergleich zum geltenden österreichischen Recht – deren durch das Registrierungserfordernis bewirkten Mehraufwand in Grenzen. Pauschalregistrierungen für eine Vielzahl an Warenlieferungen im Rahmen einer bestehenden Geschäftsverbindung sind nach diesem Modell auch deutlich einfacher – und damit sicherer – möglich als bei einer (fakultativen) Eigentumsvorbehaltsregistrierung nach dem österreichischen MSG-E von 2007.<sup>131</sup>

#### **b. 35-tägige Gnadenfrist ab Übergabe**

Auch die erste der beiden genannten Ausnahmeregelungen in Bezug auf die *effectiveness* von Anschaffungsfinanzierungssicherheiten bezweckt eine erheblich praktische Erleichterung für die Parteien des Finanzierungsgeschäfts: IX.–3:107(2) DCFR sieht vor, dass bei Registrierung innerhalb von 35 Tagen ab Sachübergabe die *effectiveness* iSv Kapitel 3 rückwirkend mit dem Zeitpunkt der *creation* des *acquisition finance device* eintritt. Ist das Sicherungsrecht spätestens im Zeitpunkt der Übergabe vereinbart worden, löst die nachträglich aber fristgerecht vorgenommene Registrierung somit eine Rückwirkung der *effectiveness* auf den Lieferzeitpunkt aus.<sup>132</sup> Die Rückwirkung ist insb auch für die Wahrung der in IX.–4:102(1) DCFR angeordneten Superpriorität<sup>133</sup> von Bedeutung, da diese ausdrücklich an die *effectiveness* anknüpft.<sup>134</sup> Die Einräumung einer „Gnadenfrist“ bezweckt, dass von einer Registrierung bei Warenlieferungen mit kurzfristigem Zahlungsziel abgesehen werden kann, sofern der Erwerber pünktlich zahlt. Die Bemessung der 35-Tage-Frist geht im Übrigen davon aus, dass Käufern oft eine 30-tägige Zahlungsfrist eingeräumt wird. Geht die Zahlung nicht rechtzeitig ein, hat der Verkäufer (bzw sonstige Sicherungsnehmer) immer noch etwas Zeit, den Registereintrag vor Ablauf der 35 Tage herbeizuführen.<sup>135</sup>

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

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

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

131 Vgl oben III.B. bei FN 98.

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

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

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

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



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

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

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

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

---

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

<sup>137</sup> Dazu oben II.C. nach FN 48.

### c. Von Verbrauchern bestellte *acquisition finance devices*

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

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

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

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

<sup>138</sup> Vgl etwa § 9–309(1) UCC und dazu *White & Summers*, Uniform Commercial Code IV<sup>5</sup> (Practitioner Treatise Series, 2002) 133 ff (insb 138 ff); *Brinkmann*, Kreditsicherheiten 376 f; *Kieninger*, RNotZ 2013, 219. Der österreichische MSG-E von 2007 umgeht die Frage dadurch, dass er von vornherein nur für Sicherungsrechte gilt, die von Unternehmen bestellt werden (vgl oben III.B. mit FN 100).

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

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

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

#### IV. Fazit

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

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

---

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