

§ 1 Problemaufriss

1. Der Eigentumsvorbehalt erfreut sich in der heutigen⁴ **Vertragspraxis** größter Beliebtheit – und zwar sowohl in reinen Unternehmensgeschäften als auch gegenüber Verbrauchern. Er gilt als zuverlässiges Kreditsicherungsinstrument, das zumeist den Interessen beider Vertragsteile gerecht wird⁵. Der Käufer genießt den Vorteil, ein Wirtschaftsgut anschaffen und nutzen zu können, selbst wenn er nicht über ausreichende Liquidität verfügt, um das Entgelt zu bezahlen, und selbst wenn er keine Möglichkeit hat, einen Finanzierer einzuschalten, weil es ihm an einer tauglichen Sicherheit fehlt. Da nach herrschender Auffassung beim Eigentumsvorbehalt das Faustpfandprinzip nicht eingreift⁶, kann er das erworbene Wirtschaftsgut selbst als Sicherheit einsetzen, ohne darauf verzichten zu müssen, es in der Folge (im Unternehmen) einzusetzen, um damit Erträge zu erwirtschaften⁷. Dem Verkäufer wiederum eröffnet der Eigentumsvorbehalt die Möglichkeit, Ware auch dann gefahrlos auf Kredit zu verkaufen, wenn der Erwerber (noch) nicht über ausreichende Mittel zu deren Anschaf-

-
- 4 Zwar kannte das römische Recht noch keine Konstruktion, die den Eigentumserwerb des Käufers an die Zahlung des Kaufpreises koppelte, doch hatten schon die antiken Juristen vergleichbare Vertragsgestaltungen entwickelt, um dasselbe Ergebnis zu erzielen; aufschlussreich *Scheibelreiter*, JAP 2022/2023, 3 ff (8 ff mit weiteren Hinweisen).
 - 5 Siehe etwa nur *Wolff/Raiser*, Sachenrecht¹⁰ 732 f; *Baier*, ÖJZ 1973, 200 (204); *F. Bydliński* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 451; *H. P. Westermann* in MünchKommBGB⁸ § 449 Rz 3; *Marotzke*, JZ 1995, 803 (804); *Schulz*, Eigentumsvorbehalt 4 mit weiteren Hinweisen. Punktuell offenbar kritisch aber *Mayrhofer*, Kreditsicherung durch Fahrnis 10: „Rechtsform, die dem Gläubiger mehr Rechte einräumt, als er benötigt, nämlich Eigentum statt Pfandrecht“.
 - 6 Im Gegensatz zu anderen Mobiliarsicherheiten stellt das *Faustpfandprinzip* (§ 451 ABGB) hier keine Hürde für die insolvenzfeste Sicherung auf (statt aller *F. Bydliński* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 461 ff; *derselbe*, FS Kaneti 11 (17); siehe etwa auch schon *Leist*, Sicherung von Forderungen 63 ff [insbesondere 69]; de lege ferenda kritisch *Häsemeyer*, KTS 1982, 507 [562]). Dazu eingehend unten 3. Kapitel § 4 C.IV; S 293 ff mit weiteren Nachweisen (insbesondere S 294 FN 1190) zu den Rechtfertigungsversuchen und mit eigenem Lösungsansatz.
 - 7 Daneben bietet ein Sicherungsrecht ohne Erfordernis der Gewahrsamsübertragung generell noch weitere Vorteile, etwa dass beim Sicherungsnehmer keine Kosten für Verwahrung und Wartung des Sicherungsgutes anfallen; siehe etwa nur *Mayrhofer*, ÖJZ 1969, 197 (197); *derselbe*, Kreditsicherung durch Fahrnis 6.

fung verfügt; so kann er seinen Absatz ankurbeln, muss aber keine besonderen Risiken auf sich nehmen. Warenkredite auf diese Weise besichern zu können, bringt ferner **gesamtwirtschaftlich** betrachtete wünschenswerte Effekte mit sich: Ist es möglich, Umsatzgeschäfte auf Kredit gefahrlos abzuwickeln, fördert dies die Wirtschaftsleistung und damit den Wohlstand einer Volkswirtschaft⁸.

Angesichts der evidenten Vorteile nimmt es kaum Wunder, dass sich dieser „an sich geniale Gedanke“⁹, die kreditierte Kaufpreisforderung mit dem Wert der Kaufsache zu sichern, im Wirtschaftsleben rasant verbreitet hat; Vorbehaltsklauseln sind heutzutage nahezu flächendeckend in allgemeinen Geschäftsbedingungen von Warenlieferanten zu finden¹⁰. Dennoch treten bisweilen Schwierigkeiten auf: Zwar beabsichtigt der Verkäufer durchwegs, einen Eigentumsvorbehalt im Kaufvertrag zu vereinbaren, jedoch scheitert dies nicht selten an den Hürden der Rechtsgeschäftslehre, etwa wenn es dem Verkäufer nicht gelingt, seine allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam in den Vertrag einzubeziehen¹¹, oder wenn der Käufer mit „Abwehrklauseln“¹² in den eigenen allgemeinen Geschäftsbedingungen die vom Verkäufer gewünschte Sicherung des kreditierten Kaufpreises verhindert¹³. Fehlt es dem Kaufvertrag an einer wirksamen Vorbehaltsabrede, versucht der kreditierende Verkäufer in der Rechtspraxis mitunter, diesen Mangel nachträglich, das heißt im bereits perfekt gewordenen Vertrag zu sanieren: Dazu erklärt er bei Übergabe (typischerweise

8 Siehe etwa den Befund bei *von Bar/Clive*, DCFR IX.–1:103 comments A (S 5396); aus diesem Grund knüpft der DCFR an die Qualifikation als sogenannte *acquisition finance device*, zu der auch der Eigentumsvorbehalt (*retention of ownership device*) zu zählen ist (IX.–1:201 DCFR), bestimmte Privilegien (IX.–4:102 DCFR: *Superpriority*). Siehe auch schon *Löwenstein*, Abzahlungsgeschäfte 8 und 20.

9 *Mayrhofer*, ÖJZ 1969, 197 (197).

10 Siehe etwa bereits als plastisches Beispiel die Empfehlung eines sogenannten „Eigentums-scheins“ im 1891 erschienenen Werk von *Löwenstein*, Abzahlungsgeschäfte 11 und 22.

11 Zu den Erfordernissen wirksamer Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen vgl allgemein etwa nur *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB, ABGB⁷ § 864a Rz 2. Der Eigentumsvorbehalt ist grundsätzlich keine Klausel ungewöhnlichen Inhalts im Sinne von § 864a ABGB (*Spitzer/Told* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1063 Rz 32; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1063 Rz 36).

12 Zu diesem Problemkreis speziell im Zusammenhang mit Vorbehaltsklauseln jüngst eingehend *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt 24 ff, sowie OGH 6 Ob 306/02x in JBl 2003, 856. De lege ferenda kritisch *Riedler*, FS 200 Jahre ABGB 1365 (1388). Überzeugend weist *Holzner*, JBl 2010, 674 (677), in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Verkäufers vorgesehene Vorbehalt zwar wegen gegenteiliger allgemeiner Geschäftsbedingungen des Käufers nicht als vereinbart anzusehen ist, er aber jedenfalls als gültige einseitige Erklärung wirke. Denn die Wirksamkeit des einseitig erklärten Vorbehalts außerhalb von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bedeute, dass ihm gegenteilige Erklärungen des Vertragspartners (Käufers) nichts anhaben könnten, was auch für gegenteilige Erklärungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten müsse.

13 Siehe dazu nur *Riedler* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht XI Rz 3/7 mit weiteren Hinweisen.

durch Vermerk auf Lieferschein¹⁴ oder Faktura¹⁵), das Eigentum an der übergebenen Sache solle – entgegen der gesetzlichen Regel (§ 1063 ABGB) – nicht vor vollständiger Bezahlung des Kaufpreises auf den Käufer übergehen. Unproblematisch sind dabei die – in der Rechtswirklichkeit seltenen – Fälle, in denen der Käufer dieses Angebot des Verkäufers zur Änderung des Kaufvertrages annimmt. Kommt es jedoch – wie meistens – zu keiner (nachträglichen) Vertragsänderung, spricht man vom *einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt*¹⁶.

2. Damit erhebt sich die Frage, welche Konsequenzen ein solcherart einseitig erklärter Vorbehalt für die dingliche Rechtslage nach sich zieht, wie er also auf die Übertragung des Eigentums wirkt, die nach der Abrede im Kaufvertrag geplant ist. Geläufig ist dafür das Schlagwort der **sachenrechtlichen Wirksamkeit** des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts¹⁷. Ihr kommt entscheidende Bedeutung zu, wenn der Käufer die Kaufpreisforderung nicht befriedigt. Denn von der sachenrechtlichen Wirksamkeit hängt ab¹⁸, ob der Verkäufer die Sache exszindieren (§ 37 EO)¹⁹ und in der Insolvenz des Käufers aussondern kann (§ 44 IO)²⁰. Allein die sachenrechtliche Wirksamkeit der einseitigen Vorbe-

14 Etwa OGH 5 Ob 17/97a in ecolex 1997, 424 mit Anmerkung *Wilhelm*.

15 Etwa OGH 5 Ob 505/59 in HS 253/46.

16 Siehe nur *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 8/3; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht¹⁵ I Rz 1314; *Aicher* in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 1063 Rz 39; *Apathy/Perner* in KBB, ABGB⁷ § 1063 Rz 3; *Spitzer/Told* in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 1063 Rz 31; *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 42. Bisweilen wird auch vom „nachträglichen Eigentumsvorbehalt“ gesprochen (*Serick*, Eigentumsvorbehalt I 88; *Beckmann* in Staudinger, BGB [2013] § 449 Rz 4), was Abgrenzungsschwierigkeiten gegenüber jener Konstellation hervorrufen kann, in der der Eigentumsvorbehalt einvernehmlich nach Übergabe der Sache begründet werden soll.

17 Vgl etwa *F. Bydliński* in Klang/Gschnitzer, ABGB² IV/2, 372; *Iro/Riss*, Sachenrecht⁷ Rz 6/40 und Rz 8/3; *Schoditsch*, Eigentumsvorbehalt 35 mit weiteren Hinweisen; OGH 5 Ob 18/97a; RIS-Justiz RS0011131.

18 Diesen Vorteil der dinglichen Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers rückt etwa *Serick*, Eigentumsvorbehalt I 76 f, in den Vordergrund.

19 Siehe nur *Jakusch* in Angst/Oberhammer, EO³ § 37 Rz 16; *Schulyok* in Konecny, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 27; *Riedler* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 3/27. Die früher (vereinzelt) vertretene Auffassung, der Verkäufer könne sich nur in der Insolvenz des Käufers auf den Eigentumsvorbehalt berufen, ist heute nicht mehr anzutreffen (siehe *Leist*, Sicherung von Forderungen 52 ff mit weiteren Hinweisen).

20 Dazu umfassend zur Rechtslage nach dem IRÄG 2010 *Riedler* in Apathy/Iro/Koziol, Bankvertragsrecht IX Rz 3/29, sowie *derselbe*, ÖJZ 2011, 904 (907 ff). Siehe ferner *Schulyok* in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 44 KO Rz 25; *Buchegger*, Insolvenzrecht³ 51; *Serick*, Eigentumsvorbehalt I 75 ff, 136 ff, 345. Im Zuge der Beratungen zur deutschen Insolvenzreform stand allerdings in Diskussion, ob der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz – so wie das Sicherungseigentum (vgl § 10 Abs 3 IO) – lediglich als Absonderungsrecht wirken soll (so auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht⁴ Rz 11.10 und Rz 18.34); letztlich entschied sich der deutsche Gesetzgeber, an der Behandlung als Aussonderungsrecht festzuhalten. Für diese Lösung spricht vor allem, dass der

haltserklärung verschafft dem Verkäufer aber keineswegs endgültig eine insolvenzfeste Position: Mag der Vorbehalt auch sachenrechtlich wirksam sein, so hat sich der Verkäufer vertraglich doch zur Vorleistung verpflichtet, indem er einen Kreditkauf ohne Vorbehaltssabrede geschlossen hat. Wird der Käufer insolvent, ist damit die – zweite – grundsätzliche Frage aufgeworfen, wie eine solche **Vorleistungs-/Kreditierungspflicht in der Insolvenz** wirkt: Kann das freiwillige Abgehen vom Zug-um-Zug-Austausch dazu führen, dass der Verkäufer/Vertragspartner trotz Insolvenz des Käufers an die Masse vorleisten muss, während ihm selbst nur eine Insolvenzforderung verbleibt? Oder aber ist der (einseitig zustande gekommene) Vorbehaltskauf als ein beidseitig unerfüllter Vertrag im Sinne von § 21 IO anzusehen? In diesem Fall könnte der vorleistungspflichtige Verkäufer nur dann auf Erfüllung (= Übereignung) in Anspruch genommen werden, wenn der Insolvenzverwalter den Vertragseintritt erklärt und den Verkäufer daher hinsichtlich der noch offenen Kaufpreisforderung als Massegläubiger (§ 46 Z 4 IO) behandelt. Bei dieser Sichtweise hätte der Verkäufer sozusagen allein auf Grund seiner *faktischen Leistungsverweigerung* die Stellung als Massegläubiger und sohin eine insolvenzfeste Position „erschlichen“. In Betracht zu ziehen ist somit – *drittens* – dass es sich beim einseitig erklärten Vorbehalt um eine **anfechtbare Rechtshandlung** (§§ 27 ff IO) handelt. Auch hierin könnte ein Stolperstein für den Verkäufer liegen, wenn er es verabsäumt hat, im Verpflichtungsgeschäft wirksam für eine Sicherheit durch Eigentumsvorbehalt zu sorgen.

3. Den folgenden Überlegungen liegt der Versuch zugrunde, die Rechtsprobleme rund um den einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt auf diesen drei Ebenen zu beleuchten. Die dabei zu lösenden Detailfragen sind vielschichtig. Das zwingt dazu, sich auf die spezifisch **sachen- und insolvenzrechtlichen Aspekte zu beschränken**; so manches Rechtsproblem, das der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt regelmäßig aufwirft, lässt diese Arbeit deshalb beiseite. Reizvoll, aber dennoch unbehandelt ist etwa die rechtsgeschäftliche Seite der Vorbehaltserklärung des Verkäufers, insbesondere jene Probleme, die auftauchen, sobald man die Frage der wirksamen Stellvertretung und der Botenschaft bei Ablieferung der Ware prüft. Ebenso wenig geht diese Untersuchung den Besonderheiten nach, die der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt im Streckengeschäft aufwirft.

Vorbehaltsverkäufer anders als andere Sicherungsnehmer nicht in der Lage ist, eine insolvenzrechtliche Belastung im Wege der Bemessung der (höheren) Sicherheit abzufangen, weil beim Eigentumsvorbehalt zu sichernde Forderung und Sicherheit durch Kaufpreis und Kaufsache vorgegeben sind (dazu näher *Wilhelm*, Sachenrecht⁷ Rz 2441 FN 3702 mit weiteren Hinweisen).

§ 2 Gang der Untersuchung

1. Die drei eben skizzierten Fragestellungen geben vor, wie die vorliegende Arbeit aufgebaut und gegliedert ist: Der **erste Hauptteil** (2. Kapitel; S 11 ff) untersucht, ob die einseitige Vorbehaltserklärung überhaupt **sachenrechtliche Wirkungen** entfalten kann oder ob der Verkäufer mangels wirksamer Vorbehaltsabrede im Titelgeschäft dazu verdammt ist, mit Vollzug der körperlichen Übergabe auch das Eigentum zu übertragen. Nach Analyse des Meinungsstands zur sachenrechtlichen Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts im österreichischen und deutschen Privatrecht (2. Kapitel § 1; S 11 ff) folgt eine knappe Befundaufnahme zum Status quo der Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung (2. Kapitel § 2; S 25 ff). Die dabei zutage tretenden Unterschiede erlauben es, den eigentlichen Problemerkern zu identifizieren (2. Kapitel § 3 A; S 59 ff) und eine dogmatische Lösung zu entwickeln, die sowohl mit den tangierten Regelungsprinzipien des Schuld- und des Sachenrechts harmoniert als auch den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs entspricht (2. Kapitel § 3 B.III; S 80 ff).

2. Der **zweite Hauptteil** (3. Kapitel; S 127 ff) widmet sich der Frage, wie ein **vorleistungspflichtiger Verkäufer in der Käuferinsolvenz** zu behandeln ist. Zentral ist dabei, ob und in welcher Form eine privatautonom begründete Vorleistungspflicht für die Stellung eines Gläubigers (= des Verkäufers) in der Insolvenz seines Gegenübers (= des Käufers) bedeutsam ist. Die Antwort entscheidet darüber, wie § 21 IO und § 46 Z 4 IO auszulegen sind. Ausgangspunkt der Analyse ist wiederum der Meinungsstand samt rechtsvergleichendem Blick nach Deutschland (3. Kapitel § 2; S 145 ff). Wer danach fragt, wie der Vorleistungspflichtige in der Insolvenz seines Gegenübers zu behandeln ist, sticht – so das Ergebnis der Befundaufnahme – in ein dogmatisches Wespennest. Um dieser Konstellation auf den Grund zu gehen, wird es erforderlich sein, grundlegende Überlegungen dazu anzustellen, welche insolvenzrechtlichen und allgemein privatrechtlichen Regelungsprinzipien hier aufeinandertreffen. Der folgende Teil beginnt daher damit, die zahlreichen, von diesem konkreten Rechtsproblem tangierten Regelungsprinzipien zu identifizieren und zu inventarisieren (3. Kapitel § 3 C; S 160 ff). Sodann ist nach Wertungen im positiven Recht zu suchen, die Auskunft darüber geben, in welchem Verhältnis die als relevant erkannten und häufig konfligierenden Prinzipien zueinander stehen

(3. Kapitel § 4; S 203 ff); konkret tangiert sind die Vertragstreue, die Maxime der bestmöglichen Masseverwertung, der Synallagmaschutz und der insolvenzrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Erst sobald Klarheit darüber besteht, welche Rangordnung das positive Recht vorgibt, um die hier auftretenden Prinzipienkonflikte aufzulösen, kann der Rechtsanwender den Wegweiser lesen, den er braucht, um bei der Auslegung der einschlägigen insolvenzrechtlichen Normen ans Ziel zu kommen (§ 21, § 46 Z 4 IO). Diese Überlegungen werden – gleichsam als nützliches „Abfallprodukt“ – auch einige Erkenntnisse zutage fördern, die mit der hier interessierenden Situation des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts nicht unmittelbar in Verbindung stehen; vor allem so manche grundlegende, bis heute nicht restlos aufbereitete Frage zur teleologischen Stoßrichtung des Faustpfandprinzips (insbesondere 3. Kapitel § 4 C.III; S 258 ff).

3. Der dritte Hauptteil geht schließlich der Möglichkeit nach, die im einseitig erklärten Eigentumsvorbehalt liegende Rechtshandlung des Verkäufers nach den Regeln über die **Insolvenzanfechtung** (§§ 27 ff IO) zu bekämpfen (4. Kapitel; S 395 ff).