



universität  
wien

DISSERTATION

Titel der Arbeit

„Der Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel bei Insolvenz  
und Zwangsvollstreckung. Rechtsvergleich Österreich-  
Deutschland-Schweiz.“

Verfasser

Mag. Robert Wippel

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, März 2012

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt.  
Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: o. Univ. -Prof. Dr. Dr. Arthur Weilingner



## ***Inhaltsverzeichnis***

<i>Inhaltsverzeichnis</i> .....	3
<i>Abkürzungsverzeichnis</i> .....	6
<i>Einleitung</i> .....	8
<b>1. Gegenstand der Arbeit</b> .....	8
<b>2. Gang der Untersuchung</b> .....	8
<b>3. Der Eigentumsvorbehalt im grenzüberschreitenden Warenverkehr</b> .....	9
3.1 Allgemeines .....	9
3.2 Import und Export von unter Eigentumsvorbehalt stehenden Waren .....	11
<b>I. TEIL: DER EIGENTUMSVORBEHALT IM RECHTSVERGLEICH</b> .....	16
<b>1. Die einfache Eigentumsvorbehalt im geltenden Recht</b> .....	16
1.1 Rechtsgrundlage und Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes .....	16
(a) <i>Der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt</i> .....	26
(b) <i>Kollision von AGB – „battle of forms“</i> .....	32
1.2 Gegenstand des Vorbehaltsobjektes .....	38
1.3 Die Wirkungen des Eigentumsvorbehaltes im Überblick .....	46
(a) <i>Rechte des Käufers</i> .....	46
(b) <i>Rechte des Verkäufers</i> .....	49
1.4 Der Eigentumsvorbehalt im drittfinanzierten Kauf am Beispiel des Kfz Zwischenhandels	51
1.5 Die sachenrechtlichen Folgen der Verarbeitung des Vorbehaltsobjekts .....	57
1.6 Untergang des Eigentumsvorbehalts durch Gutgläubenserwerb .....	61
1.7 Übergabe des Vorbehaltsobjekts und Wechsel der Gefahrtragung .....	65
1.8 Sonstige Möglichkeiten der Beendigung des Eigentumsvorbehalts .....	66
<b>2. Ausgewählte Sonderformen des Eigentumsvorbehaltes</b> .....	69
2.1 Der vertikal verlängerte Eigentumsvorbehalt .....	70
(a) <i>Der verlängerte EV im internationalen Warenverkehr</i> .....	80
(b) <i>Der verlängerte EV mit Verarbeitungsklausel im internationalen Warenverkehr</i> .....	81
2.2 Der weitergeleitete Eigentumsvorbehalt .....	83
2.3 Der nachgeschaltete Eigentumsvorbehalt .....	85

2.4	Horizontale Erweiterungsformen des EV.....	89
2.5	Uneigentlicher Eigentumsvorbehalt.....	93
<b>II. TEIL: DER EIGENTUMSVORBEHALT IN DER INSOLVENZ.....</b>		<b>95</b>
<b>1.</b>	<b>Insolvenzordnungen im Überblick .....</b>	<b>95</b>
<b>2.</b>	<b>Der Eigentumsvorbehalt in der Käuferinsolvenz.....</b>	<b>100</b>
<b>3.</b>	<b>Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Verkäufers.....</b>	<b>115</b>
<b>4.</b>	<b>Sonderformen des Eigentumsvorbehalts in der Insolvenz .....</b>	<b>128</b>
4.1	Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz.....	128
4.2	Der erweiterte Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz.....	135
<b>5.</b>	<b>Eigentumsvorbehalt bei grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren.....</b>	<b>138</b>
5.1	Gemeinschaftsrecht .....	138
	(a) <i>Vergemeinschaftung des Insolvenzrechts.....</i>	138
	(b) <i>Die europäische Insolvenzverordnung .....</i>	138
	(c) <i>Begriff des Eigentumsvorbehalts nach der EuInsVO.....</i>	139
	(d) <i>Der Eigentumsvorbehalt im Käuferkonkurs nach der EuInsVO.....</i>	140
	(e) <i>Der Eigentumsvorbehalt im Verkäuferkonkurs nach der EuInsVO.....</i>	141
5.2	Nationale Bestimmungen .....	142
<b>III. TEIL: DER EIGENTUMSVORBEHALT IN DER ZWANGSVOLLSTRECKUNG... 145</b>		
<b>1.</b>	<b>Pfändung und Verwertung der Vorbehaltssache durch Gläubiger des Käufers .....</b>	<b>145</b>
<b>2.</b>	<b>Pfändung und Verwertung der Vorbehaltssache durch Gläubiger des Verkäufers .</b>	<b>152</b>
<b>3.</b>	<b>Pfändung durch den Verkäufer gegen den Käufer .....</b>	<b>155</b>
<b>4.</b>	<b>Durchsetzung des Eigentumsvorbehalts im internationalen Warenverkehr .....</b>	<b>160</b>
4.1	Durchsetzung im Geltungsbereich der EuGVVO bzw. des revidierten LugÜ.....	160
4.2	Die EuGVVO .....	161
	Zusammenfassende Schlussbetrachtung .....	163
1.	<i>Literatur .....</i>	168
2.	<i>Rechtssprechungsübersicht .....</i>	182
3.	<i>Internetseiten .....</i>	188

4.	<i>Experteninterview</i> .....	189
5.	<i>Zusammenfassung/Abstract</i> .....	195
6.	<i>Lebenslauf</i> .....	197

## *Abkürzungsverzeichnis*

AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Dtl.)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ABGB	Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis (Schweiz)
Art.	Artikel
BA	Betreibungsamt (Schweiz)
BB	Betriebsberater
BG	Schweizer Bundesgericht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BHG	deutscher Bundesgerichtshof
BlSchK	Blätter für Schuldrecht und Konkurs (Schweiz)
BIZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
BTJP	Berner Tage für die juristische Praxis
Ders.	Derselbe
DZWIR	Dt. Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EheG	Ehegesetz
EV	Eigentumsvorbehalt
ff.	fort folgende
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
hRspr	herrschende Rechtsprechung
JBl	Juristische Blätter (Öst.)
JuS	Juristische Schulung (Dtl.)
KO	Konkursordnung
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
KV	Konkursverwalter
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Dtl.)
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (Dtl.)
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖjZ	Österreichische Juristen - Zeitschrift

OR	Schweizer Obligationenrecht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rspr	Rechtssprechung
Rz	Richtzahl
SchKG	Schweizer Schuldbetreibungs- und Konkursrecht
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SZIER/RSDIE	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
Vgl.	Vergleichend
WBl	Wohnrechtliche Blätter (Öst.)
z.B.	zum Beispiel

# Einleitung

## 1. GEGENSTAND DER ARBEIT

Gegenstand der Arbeit ist eine rechtsvergleichende Darstellung des Eigentumsvorbehalts und dessen Wirkungen im Insolvenz- und Exekutionsrecht in Österreich, Deutschland und der Schweiz. Dabei wird die Lehre und Rspr der letzten Jahrzehnte aufgearbeitet und der aktuelle Stand, den der Eigentumsvorbehalt in der heutigen Wissenschaft und Praxis dieser Staaten einnimmt, dargestellt.

Umfassende wissenschaftliche Arbeiten zum Eigentumsvorbehalt, liegen in allen drei Staaten schon mehr als 30 Jahre zurück.<sup>1</sup> Seit her sind jedoch hunderte einschlägige Entscheidungen und Aufsätze erschienen, sind etliche Novellen erlassen worden und hat das Europarecht mittlerweile zu einigen Besonderheiten geführt. Die Aufarbeitung dieser umfangreichen Judikatur und Literatur, sowie die damit verbunden Änderungen des Instituts des Eigentumsvorbehalts, sollen in dieser Arbeit aufgezeigt werden.

## 2. GANG DER UNTERSUCHUNG

Die Arbeit lässt sich in eine einleitende Darstellung des EV im internationalen Warenverkehr und die drei Abschnitte Teil I bis III unterteilen. Dabei soll im ersten Teil der einfache Eigentumsvorbehalt im geltenden Recht der drei Staaten rechtsvergleichend dargestellt werden. Gemeint ist damit nicht ein umfassender schuld- und sachenrechtlicher Rechtsvergleich, sondern eine Darstellung all jener Bereiche, in denen die Rechtsordnungen der drei Staaten, bzw. die Lehre und Rspr auseinanderklaffen. Das Augenmerk des ersten Abschnittes soll vor allem auf dem Aufzeigen von Unterschieden liegen. Auf die Anhäufung von juristischen Details, die in allen drei Staaten gleich gehandhabt werden, kann verzichtet werden. Dabei ist zu beachten, dass die in jedem Kapitel zunächst alle drei Staaten nacheinander behandelt werden und im Anschluss eine rechtsvergleichende Stellungnahme erfolgen soll, soweit diese notwendig ist.

---

<sup>1</sup> In Österreich: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> § 1063; BRD: *Serick* in Serick I-V; Schweiz: *Scherrer* in ZK IV/2<sup>2</sup> Art. 715, 716

Des Weiteren sollen dann ausgewählte vertikale und horizontale Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehalts beleuchtet werden. Vor allem bei den Sonderformen zeigt sich die unterschiedliche Ausgestaltung die der Eigentumsvorbehalt in der Praxis der drei Staaten erfahren hat. Schwerpunkt bildet dabei eine Untersuchung des verlängerten Eigentumsvorbehalts, welcher im alltäglichen Warenverkehr die mit Abstand größte Bedeutung erlangt hat.

Endlich sollen dann im zweiten Teil die Wirkungen des Eigentumsvorbehalts im Konkurs dargestellt werden. Gemeint sind damit sowohl der Konkurs des Käufers, als auch jener des Verkäufers. Aber auch die Auswirkungen der Insolvenz eines Vertragsteiles auf den verlängerten Eigentumsvorbehalt sollen untersucht werden. Den Abschluss dieses Teils soll eine Darstellung des grenzüberschreitenden Konkursrechts sowohl nach nationalem, als auch nach internationalem Recht, bilden.

Im letzten Teil der Arbeit sollen die Realisierungsmöglichkeiten des Eigentumsvorbehalts durch den Verkäufer und Dritte im Wege der Zwangsvollstreckung aufgezeigt werden. Auch in diesem Kapitel sollen die Möglichkeiten der grenzüberschreitenden Vollstreckung dargestellt werden.

### **3. DER EIGENTUMSVORBEHALT IM GRENZÜBERSCHREITENDEN WARENVERKEHR**

#### **3.1 Allgemeines**

Bevor der EV, bzw. seine Wirkungen als Sicherungsmittel in der Insolvenz und der Zwangsvollstreckung rechtsvergleichend untersucht werden, soll im Überblick dargestellt werden, welche Rechtsordnung der drei Staaten zur Anwendung kommt, wenn der EV von einem dieser Staaten in einen anderen verbracht wird.

Die Bedeutung des EV im internationalen Warenverkehr ist enorm. Für Lieferanten wäre es zumeist ein Wettbewerbsnachteil, wenn sie zur Sicherung der Kaufpreisforderung auf die Bestellung eines Bürgen, Warenkreditversicherers, oder gar einer Pfandsache bestehen würden. Demgegenüber bietet sich der EV als Sicherungsmittel des kreditierenden

Lieferanten an.<sup>2</sup> Dabei ist jedoch zu beachten, dass, wie in den folgenden Kapiteln dieser Arbeit ausführlich dargestellt, der EV von Staat zu Staat verschieden ausgestaltet ist.

Das UN-Kaufrecht bietet diesbezüglich keine Lösungen.<sup>3</sup> Auch aus dem Europarecht, welches einen gemeinsamen Markt für 27 Mitgliedstaaten geschaffen hat, hat das Recht der Mobiliarsicherheiten nicht vereinheitlicht. Auf dem Gebiet des Kreditsicherungsrechts, gibt es bis dato mit der Finanzsicherheiten-RL 2002/47/EG nur eine einzige Richtlinie, die auf eine Vereinheitlichung des Sachenrechts abzielt. Diese Richtlinie enthält aber keine Regelung bezüglich Mobiliarsicherheiten.<sup>4</sup>

Wird eine Sache unter EV verkauft und in weiterer Folge in einen anderen Staat verbracht, richtet sich die Gültigkeit des EV bis zum Grenzübertritt nach dem Recht des Absendestaats, danach, nach dem Recht des Bestimmungsstaats. Entscheidend ist also die *lex rei sitae* am Übergabeort.<sup>5</sup> Ist dem Recht des Bestimmungsstaats das Institut des EV unbekannt, erlischt der zunächst gültig vereinbarte EV ab Grenzübertritt.<sup>6</sup> Liefert etwa ein deutsches Unternehmen Waren unter erweitertem EV nach Taiwan, richtet sich die Gültigkeit des EV jedenfalls nach taiwanesischem Recht, da eine Rechtswahl im internationalen Sachenrecht unbeachtlich ist. Gerät der Käufer vor Erhalt, aber bereits nach Aufgabe der Ware in Konkurs, richtet sich die Gültigkeit des EV gemäß dem Grundsatz *res in transitu*, nach dem Recht des Durchgangslandes, in dem sich die Ware befindet.

Daneben besteht aber noch eine Fülle anderer Probleme. So stellt sich die Frage, ob der EV im Bestimmungsland konkursfest ist, innerhalb welcher Frist man den EV geltend machen kann und in welchem Umfang der Verkäufer durch den EV etwa bei Verarbeitung gesichert ist.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> Vgl.: *Kettler*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung an beweglichen Sachen im Recht der Russischen Föderation, Rz 118 ff.

<sup>3</sup> Der ursprüngliche Entwurf von 1948 sah einheitliche Regelungen zum EV vor, welche allerdings in die Endfassung von 1980 nicht aufgenommen wurden. Vgl.: *Kreuzer*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, FS Drobniig, Seite 35

<sup>4</sup> Vgl.: *Kreuzer*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, FS Drobniig, Seite 33

<sup>5</sup> Vgl.: *Czernich*, Internationales Kreditsicherungsrecht im Geschäftsverkehr der Banken, ÖBA 2000, 1067 ff.; *Kreuzer* in *RabelsZ* 65, 439 ff.

<sup>6</sup> Vgl.: *Kropholler*, Internationales Privatrecht<sup>5</sup>, Seite 550

<sup>7</sup> In Ägypten wird der einfache EV zwar anerkannt, ist aber nicht konkursfest. In Belgien ist der EV konkursfest, geht aber durch Verarbeitung unter etc., dazu ausführlich: *Lehr*, Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel im Exportgeschäft *RIW* 10/2000, Seite 747 ff.

Insgesamt lässt sich jedoch festhalten, dass der einfache EV in allen Industriestaaten und somit auch in Österreich, Deutschland und der Schweiz jedenfalls anerkannt ist.

Exporteure, die ihre Kaufpreisforderungen mittels EV sichern wollen, sollten daher folgende Faktoren vorab in Erfahrung bringen<sup>8</sup>:

- 1.: Wird das Institut des EV nach dem Recht des Zielstaats anerkannt?
- 2.: Bietet das dortige nationale Recht dem Exporteur die Möglichkeit, sein Eigentum im Falle der Insolvenz, oder Zahlungsunfähigkeit des Käufers auszusondern, bzw. herauszuverlangen?

Darüber hinaus sollten Exporteure jedenfalls darauf achten, dass sich die EV Klausel deutlich und zweifelsfrei aus den AGB ergibt, und, dass die Vorbehaltsware genau umschrieben ist.

### **3.2 Import und Export von unter Eigentumsvorbehalt stehenden Waren**

#### ***Österreich***

Ausdrückliche Bestimmungen zum EV sind dem österreichischen internationalen Privatrecht nicht bekannt. Bezüglich Waren, die unter EV von einem anderen Staat nach Österreich verbracht werden, ist daher die allgemeine Regel des § 31 ö. IPRG anzuwenden. Demnach richten sich der Erwerb und Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen, einschließlich des Besitzes, nach dem Recht des Staates, in dem sich die Sachen bei Vollendung des, dem Erwerb oder Verlust zugrunde liegenden Sachverhalts befinden. Die Frage der Gültigkeit eines EV bestimmt sich somit nach dem Recht des Belegenheitsorts der Sache. § 31 ö. IPRG normiert somit ausdrücklich den sachenrechtlichen Grundsatz der *lex rei sitae*.<sup>9</sup>

Die *lex rei sitae* kann sowohl einen, nach dem Recht des Ursprungsstaats, gültigen EV vernichten, umgekehrt aber auch eine mangelhafte EV Vereinbarung heilen.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Vgl.: *Lehr*, Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel im Exportgeschäft, RiW 2000/747 ff.

<sup>9</sup> Vgl.: *Binder* in *Schwimmann* ABGB<sup>3</sup> § 1063 Rz 40

<sup>10</sup> Vgl.: *Neumayr* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* ABGB<sup>3</sup> § 31 IPRG Rz 3

In Bezug auf Importgeschäfte stellen sich aus österreichischer Sicht, im Verhältnis zur Schweiz und der BRD, zwei Fragen. Erstens, was bei EV-Konstruktionen gelten soll, die zwar in Deutschland, aber nicht in Österreich anerkannt sind. Hier ist allen voran an den erweiterten EV zu denken. Zweitens, ob die erschwerten Formvorschriften für den EV nach schweizerischem Recht, für nach Österreich importierte Sachen beachtlich sind.

Wird eine Sache unter erweitertem EV von der BRD nach Österreich verbracht, ist die Frage, ob eine solche Erweiterung gültig ist, nach österreichischem Recht zu beurteilen und daher zu verneinen sein.<sup>11</sup> Das gilt unabhängig davon, ob der Käufer in Österreich in Besitz der Vorbehaltssache gelangt, oder bereits in Deutschland und dann in weiterer Folge die Sache nach Österreich verbracht wird.

Umgekehrt ist nach österreichischem internationalem Privatrecht ein EV, der nach schweizerischem Recht mangels Registereintragung unwirksam ist, als wirksam anzusehen, wenn die Sache nach Österreich geliefert wird. Gemäß der *lex rei sitae*, ist die Gültigkeit der EV Vereinbarung nach schweizerischem Recht zu beurteilen, solange die Vorbehaltssache noch in der Schweiz befindlich ist. Eine Rechtswahl ist dabei gemäß Art. 35 ö. IPRG unbeachtlich und würde daher nicht weiterhelfen.<sup>12</sup> Art. 7 ö. IPRG ordnet wiederum an, dass ein Statutenwechsel keinen Einfluss auf einen, nach dem Recht des Absendestaats, bereits abgeschlossenen Sachverhalt hat. Wird daher zwischen Verkäufer und Käufer ein EV vereinbart, ohne diesen im EV-Register eintragen zu lassen, würde der Käufer nach Schweizer Recht mit Übergabe Eigentümer werden. Da eine Übergabe gemäß Art. 923 ZGB beim Versandkauf aber bereits mit Aufgabe bewirkt sein kann, wäre der Sachverhalt bereits in der Schweiz abgeschlossen.

Die hL und Rspr in Österreich vertritt jedoch die *Transpositionstheorie*, wonach ein EV an importierten Waren wirksam sein soll, wenn die österreichischen Vorschriften betreffend des EV eingehalten wurden.<sup>13</sup> Die mangelnde Registereintragung wird also geheilt, sobald die Vorbehaltssache nach Österreich verbracht wird.

---

<sup>11</sup> OGH 1 Ob 40/73, SZ 46/38

<sup>12</sup> Vgl.: Czernich, ÖBA 2000, 1068

<sup>13</sup> OGH 10b 543/87, EvBl 1987/175, S. 652; Vgl.: *Verschraegen* in Rummel<sup>3</sup>, IPRG § 31Rz 33; Czernich, ÖBA 2000, 1068; *Hoyer*, Das Internationale Sachen- und Obligationenrecht Österreichs in der Rechtsprechung seit 1979, ZfRV 1988, 98 ff.;

Die Transpositionstheorie muss allerdings versagen, wenn der Sachverhalt, also der Eigentumserwerb des Käufers, bereits in der Schweiz vollendet wurde. Hier bietet das schweizerische IPRG eine Lösung in Art. 103 an. Dort wird normiert, dass der EV an einer zur Ausfuhr bestimmten beweglichen Sache dem Recht des Bestimmungsstaates untersteht.

Umgekehrt bleibt ein EV an Waren, die von Österreich in die Schweiz exportiert werden gemäß Art. 102 Abs. 2 Schweizer IPRG jedenfalls für drei Monate gültig.

### ***Deutschland***

Auf Grund der großzügigen Handhabung des EV im deutschen Recht, stellen sich bei Warenlieferungen unter EV aus der Schweiz oder Österreich in die BRD keine Probleme. Wird eine Sache von der Schweiz nach Deutschland verbracht, gilt das zur österreichischen Rechtslage gesagte sinngemäß. Ab Grenzübertritt richtet sich die Gültigkeit des EV nach deutschem Recht, wonach eine vertragliche Vereinbarung und die tatsächliche Übergabe ausreichend sind. Art. 43 Abs. 1 EGBGB normiert den Grundsatz der *lex rei sitae*.<sup>14</sup>

Für deutsche Exporteure ist zu beachten, dass der in der BRD übliche erweiterte EV in Österreich und der Schweiz unzulässig ist. Das hat die gänzliche Unwirksamkeit des EV in den betreffenden Staaten zur Folge.<sup>15</sup> Aus deutscher Sicht ist bezüglich der horizontalen Erweiterung daher Vorsicht geboten. Der verlängerte EV ist hingegen in Österreich jedenfalls, in der Schweiz sehr begrenzt zulässig. Dabei müssen bei der Forderungsabtretung die Publizitätsvorschriften beachtet werden, das heißt Drittschuldnerverständigung in Österreich und Schriftform in der Schweiz.

Der verlängerte EV bietet dem Exporteur eine zusätzliche Sicherung, da er im Falle der Ungültigkeit des EV im Bestimmungsort, er weiterhin die Forderung gegenüber einem zweiten Käufer besitzt.

---

<sup>14</sup> Vgl.: *Welter* in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch<sup>3</sup> § 26 Rz 81

<sup>15</sup> Vgl.: *Gottwald* in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch<sup>4</sup> § 43 Rz 109

## *Schweiz*

Bis in die 1980er Jahre wurde vom BG der Standpunkt vertreten, dass die Eintragung des EV ins EV-Register auch für importierte Waren zu gelten habe. Der dem Schweizer Sachenrecht immanente Gedanke der Publizität ging so weit, dass die Registrierungspflicht als Schweizer *ordre public* betrachtet wurde.<sup>16</sup>

Da die Registrierungspflicht den praktischen Gegebenheiten nicht Rechnung trug, wurde Art. 102 Abs. 2 IPRG dahingehend reformiert, dass ein im Ausland begründeter EV während dreier Monate ab Einfuhr des Vorbehaltsobjektes in die Schweiz aufrecht bleiben soll. Nach Ablauf der drei Monate ordnet Art. 100 Abs. 2 IPRG, wonach Inhalt und Ausübung dinglicher Rechte an beweglichen Sachen dem Recht des Ortes der belegenen Sache unterstehen, an, dass Art. 715 ZGB zur Anwendung kommen soll. Dass das BG auch in seinen aktuellen Entscheidungen der Registrierungspflicht *ordre public* Charakter beimisst, kann nicht nachvollzogen werden. Schließlich soll der im Ausland vereinbarte EV auf Grund einer Schweizer IPRG Bestimmung gültig bleiben, wogegen man sich nicht auf den *ordre public* des Art. 17 IPRG berufen kann.<sup>17</sup> Hat der Empfänger des Vorbehaltsobjektes in der Schweiz keinen Sitz, Wohnsitz oder Geschäftsniederlassung ist eine Eintragung des EV ins Register gar nicht möglich. Das BG lässt dieses Problem offen.<sup>18</sup> *Schwander* sieht in der Rspr des BG sogar die Aufforderung, die Eintragung am Lageort zu beantragen und allenfalls Beschwerde einzubringen.<sup>19</sup> Letztlich könnte das Problem nur durch eine Änderung der Verordnung des Bundesgerichtes betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte vom 19. Dezember 1910 behoben werden. Art. 1 der EigVV kennt nämlich nur den Eintrag am Sitz bzw. Wohnsitz oder dem Sitz der Geschäftsniederlassung. Ist der EV also nach Ablauf der dreimonatigen Gnadenfrist nicht eingetragen worden, erlischt er. Wird die Sache danach wieder in den Absendestaat verbracht, oder in einen Staat, der den ausländischen EV anerkennt, lebt dieser wieder auf.<sup>20</sup> Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Eidgenossenschaft mit ihrer Gnadenfrist eine sehr innovative Lösung gefunden hat. Dabei war ursprünglich angedacht, dass die dreimonatige Frist für sämtliche Sicherungsrechte gelten sollte, also auch für Pfandrechte oder das Sicherungseigentum. Die Transformationsmöglichkeit eines ausländischen

---

<sup>16</sup> BGE 106 II 197 S. 199

<sup>17</sup> M.a.W.: *Schwander*, SZIER/RSDIE 3/2006, Seite 342 ff. zu BGE 131 III 595 S. 595

<sup>18</sup> BGE 131 III 595 S. 595 ff.

<sup>19</sup> Vgl.: *Schwander*, SZIER/RSDIE 3/2006, Seite 343

<sup>20</sup> Vgl.: *Furrer/Grisberger/Schramm*, Internationales Privatrecht I Seite 313 ff.

Sicherungsrechts in ein schweizerisches wurde dann aber aus Gründen der Rechtssicherheit auf den EV beschränkt.<sup>21</sup>

Werden Waren unter EV von Österreich oder der BRD unter EV in die Schweiz geliefert, richtet sich die Gültigkeit des EV nach der *lex causae originis*, und zwar selbst dann, wenn der Vorbehaltskäufer erst in der Schweiz in den Besitz der Ware kommt und somit erst zu diesem Zeitpunkt ein EV nach österreichischem und deutschem Recht wirksam entsteht.<sup>22</sup>

Sind hingegen Waren zur Ausfuhr aus der Schweiz bestimmt, bereitet das Schicksal einer Vorbehaltsabrede keine Probleme. Art. 103 IPRG ordnet an, dass der Eigentumsvorbehalt an einer zur Ausfuhr bestimmten beweglichen Sache dem Recht des Bestimmungsstaates untersteht. Diese Bestimmung ist nicht nur zweckmäßig sondern auch erforderlich. Dies deshalb, weil in den seltensten Fällen ein ausländischer Käufer einen Sitz oder Wohnsitz im Sinne von Art. 1 EigVV vorweisen kann, womit eine Registereintragung nicht möglich ist.

---

<sup>21</sup> Vgl.: Kreuzer, Europäisches Kreditsicherungsrecht, FS Drobnič, Seite 40

<sup>22</sup> Vgl.: Graham-Siegenthaler, Seite 78

# I. Teil: Der Eigentumsvorbehalt im Rechtsvergleich

## 1. DIE EINFACHE EIGENTUMSVORBEHALT IM GELTENDEN RECHT

Die Regelungen des Eigentumsvorbehalts (im Weiteren mit EV abgekürzt) in Österreich, Deutschland und der Schweiz haben gemeinsame Wurzeln. Allerdings weist das heutige Institut des EV in den genannten Staaten eine große Unterschiedlichkeit, etwa in Bezug auf das Vorbehaltsobjekt oder das Zustandekommen auf. Des Weiteren führte die lange Zeit anhaltende, parallele Entwicklung dazu, dass die unterschiedlichen Arten des EV in den einzelnen Staaten zwar oftmals gleich bezeichnet werden, aber rechtlich unterschiedlich ausgestaltet sind.

Es ist daher zunächst notwendig, das Zustandekommen, die grundlegende Ausgestaltung, sowie die schuld- und sachenrechtlichen Wirkungen des EV, einer rechtsvergleichenden Gegenüberstellung zu unterziehen.

### 1.1 Rechtsgrundlage und Vereinbarung des Eigentumsvorbehaltes

#### *Österreich*

Eine explizite Regelung des EV ist der österreichischen Rechtsordnung fremd. Eine Erwähnung des EV erfolgt lediglich in den §§ 297a ABGB, § 24 Abs. 1 Z 9 KSchG sowie in § 86 Abs. 2 EheG, wobei sich aus diesen Bestimmungen nichts über den Charakter des EV ergibt. In den einschlägigen ABGB Kommentaren findet man detaillierte Informationen über den EV unter § 1063.<sup>23</sup> Darin wird der Kreditkauf bzw. der Kauf auf Borg geregelt und festgestellt, dass der Käufer, noch vor der Bezahlung des vollständigen Kaufpreises, mit Übergabe des Kaufobjektes auch Eigentümer desselben wird. Dem Wortlaut nach wird ein EV damit ausdrücklich ausgeschlossen. Der Käufer soll damit in der Lage sein, den

---

<sup>23</sup> Siehe etwa: *Binder* in Schwimann ABGB<sup>3</sup>, § 1063 RZ 28 ff.; *Aicher* in Rummel<sup>3</sup>, § 1063 RZ 24 ff.; *Apathy* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kommentar zum ABGB, § 1063 RZ 3 ff.; *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup>, § 1063 Seite 449 ff., um nur die Wichtigsten zu nennen.

Kaufgegenstand sofort nutzen zu können. Dafür ist das Eigentum an der Sache aber nicht erforderlich, außerdem ist der Kreditkauf aus Sicht des Verkäufers mit hohem Risiko verbunden. Was geschieht wenn der Käufer plötzlich insolvent wird? Da eine Rückforderung des Kaufgegenstandes mangels Eigentum nicht möglich wäre, müsste sich der kreditierende Verkäufer mit der Konkursquote, welche regelmäßig nur zwischen 1% bis 3 % der ursprünglichen Forderung beträgt, begnügen.<sup>24</sup>

Im rechtsgeschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmern ist es in Österreich daher seit jeher üblich, dem Kaufvertrag die Vereinbarung zu Grunde zu legen, dass das Eigentum, entgegen den Bestimmungen der §§ 426 ff. ABGB, erst bei vollständiger Kaufpreiszahlung auf den Käufer übergehen soll. Diese Vereinbarung bewirkt, dass zusätzlich, zu den in § 425 ABGB vorgesehenen Bedingungen für den Übergang des Eigentums (Titel und Modus), eine weitere hinzukommt, nämlich die Erbringung einer Gegenleistung, das heißt im Normalfall die Bezahlung des Kaufpreises.<sup>25</sup> Dass die Bezahlung des Kaufpreises grundsätzlich keine Voraussetzung für den Eigentumserwerb des Käufers darstellt, ergibt sich wiederum aus dem, bereits oben erwähnten § 1063 ABGB, dem, wie *Bydlinski* schon ausführlich dargelegt hat, eindeutig kein zwingender Charakter zukommt.<sup>26</sup> Die Zulässigkeit des, im ABGB nicht geregelten, EV ist somit seit Jahrzehnten unbestritten.<sup>27</sup>

Nach der Rspr des OGH und der hL sind handels- bzw. branchenübliche Bedingungen selbst dann Vertragsinhalt, wenn der Vertragspartner diesen nicht ausdrücklich zugestimmt hat oder wenn er auf allfällige AGB nicht ordnungsgemäß hingewiesen wurde. Auch wenn der EV im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern ein gängiges Kreditsicherungsmittel ist, ist er dennoch nicht Bestandteil der allgemeinen Verkehrssitte oder des Handelsbrauches.<sup>28</sup> Eine Ausnahme davon macht die Rspr nur bei Bestehen einer längeren und dauerhaften Geschäftsbeziehung, bei der der EV stillschweigend, durch einen schlichten Vermerk auf der Rechnung oder dem Lieferschein vereinbart wird.<sup>29</sup>

Der EV muss daher grundsätzlich stets gesondert vereinbart werden. Erforderlich für das Zustandekommen eines einfachen EV ist somit zunächst eine vertragliche Vereinbarung

---

<sup>24</sup> Vgl.: *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht<sup>4</sup>, Seite 5

<sup>25</sup> Vgl.: *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft, Seite 114

<sup>26</sup> Vgl.: *Bydlinski* in Klang IV/22 § 1063 S. 450 ff.

<sup>27</sup> So schon 1934 *Bettelheim* in Klang II/4 § 1063

<sup>28</sup> OGH 7 Ob 723/88, WBI 1989, 224.

<sup>29</sup> Vgl.: *Apathy* in Koziol/Bydlinski/Bollenberger § 1063 Rz 3

zwischen den Parteien. Dabei ist der EV grundsätzlich vor Abschluss des Kaufvertrages zu vereinbaren. Nach erfolgter Übergabe könnte ein EV nur zustande kommen kann, wenn der Käufer, als Eigentümer, den Kaufgegenstand mittels Sicherungsübereignung an den Verkäufer rückübereignet. Da dies aber nur in Form eines Besitzkonstituts möglich wäre und im Ergebnis kein EV sondern Sicherungseigentum vorliegen würde, scheidet eine solche nachträgliche EV Vereinbarung an den, für eine Sicherungsübereignung notwendigen Publizitätsvorschriften.<sup>30</sup>

Im Unterschied zur Sicherungsübereignung ist die wirksame Vereinbarung eines EV an keine Publizitätsvorschriften geknüpft. Dies war lange Zeit strittig, zumal § 1063 ABGB zunächst als zwingende Norm betrachtet wurde. Dabei wurde vor allem auf die sachenrechtlichen Grundsätze des österreichischen Zivilrechts verwiesen und eine Umgehung des Faustpfandprinzips behauptet. Die letzten Zweifel konnten erst durch die 3. Teilnovelle zum ABGB, speziell dessen § 297 a beseitigt werden.<sup>31</sup>

Dass an Publizitätsvorschriften bei der EV Vereinbarung kein Bedarf besteht, erklärt *Koziol* damit, dass zum einen lediglich eine neue Sache zum Vermögen des Schuldners hinzukommt und nicht eine bereits dazugehörende insgeheim hinausgenommen wird. Zum anderen ergibt es sich aber auch durch die Verknüpfung des EV mit der Kaufpreisforderung und der dadurch bewirkten Annäherung an das Zug um Zug Prinzip des § 1052 ABGB aus dem sich eine bevorzugte Sicherung der Kaufpreisforderung ergibt.<sup>32</sup> Eine Gefahr der Täuschung anderer Gläubiger sei außerdem gering, da im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern ein EV regelmäßig vereinbart wird.<sup>33</sup> Im Unterschied dazu sind bei der Sicherungsübereignung die Publizitätsvorschriften sehr wohl zu beachten. Dort ist eine Übergabe des Eigentums durch Besitzkonstitut kein gültiger Modus weil wegen des pfandrechtsähnlichen Zwecks dieser Rechtseinrichtung und zur Vermeidung von Umgehungsgeschäften die strengen Publizitätsregeln der §§ 451 bis 453 ABGB entsprechend eingehalten werden müssen.<sup>34</sup>

Die unterschiedliche Behandlung von EV und Sicherungsübereignung leuchtet ein, zumal bei letzterer wie beim Pfandrecht eine Sache aus dem Vermögen des Schuldners zur Sicherung

---

<sup>30</sup> a. A.: *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Seite 186 ff.; *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft, Seite 115

<sup>31</sup> Vgl.: *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft, Seite 114

<sup>32</sup> Vgl.: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> Seite 678 ff.

<sup>33</sup> Vgl.: *Koziol* in *Koziol/Welser*<sup>13</sup> Band I Seite 413

<sup>34</sup> Zuletzt: OGH 8 Ob 220/02i, ÖBA 2004, 1176; außerdem: OGH 3 Ob126/83 (3 Ob127/83), SZ 56/188=JBI 1984, 550

herangezogen wird, während das, wie oben bereits dargestellt, beim EV gerade nicht der Fall ist. Die Gefahr der Täuschung Dritter über die Kreditwürdigkeit des Schuldners, und nur darum geht es bei den pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften, ist daher bei der Sicherungsübereignung in gleichem Maße gegeben wie bei der Bestellung eines Pfandrechts.

Ganz außer acht gelassen können die Publizitätsvorschriften aber auch beim EV nicht werden. Der *verlängerte EV* etwa kommt zumeist durch eine Weiterveräußerungsermächtigung in Verbindung mit einer Vorausabtretung zustande. Auch wenn dieses Sicherungsinstrument des Vorbehaltskäufers *verlängerte EV* heißt, so gelten in den meisten dieser Fälle, im Hintergrund, die Vorschriften der Sicherungszession. Das heißt es kommen die Publizitätsvorschriften des Pfandrechts, §§ 452 ff. analog ABGB, zur Anwendung. Vom Pfandrecht unterscheidet sich der EV vor allem dadurch, dass sich der Kreditgeber durch seine eigene Sache sichert während beim Pfandrecht diese Funktion von einer fremden Sache erfüllt wird.

Problematisch ist der in der Praxis häufig vorkommende Fall, dass der Verkäufer im Nachhinein (etwa auf der Faktura) EV behauptet. Dabei spricht man von einem *einseitigen EV* der in Bezug auf den Titel einen Vertragsbruch darstellt.

### *Deutschland*

Grundsätzlich ist der Verkäufer nach deutschem Recht gemäß § 433 Abs. 1 BGB dazu verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. Dabei steht dem Verkäufer gemäß § 320 Abs. 1 BGB auch in der BRD die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu, muss also nur Zug um Zug gegen Bezahlung des Kaufpreises leisten. Gemäß § 271 BGB werden jedoch beide Verpflichtungen im Zweifelsfall sofort fällig. Diese Bestimmungen sind freilich nicht zwingend, sodass den Parteien die Vereinbarung eines EV problemlos offen steht.<sup>35</sup> Dieser ist in Deutschland teilweise in § 449 BGB geregelt. Dieser Paragraph enthält eine Auslegungsregel, wonach die Vereinbarung eines EV im Zweifel so zu deuten ist, dass dadurch die Eigentumsübertragung unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung steht. § 449 BGB bezieht sich somit nur auf die schuldrechtliche Seite des EV.

---

<sup>35</sup> Vgl.: *Bonin*, Probleme des vertragswidrigen Eigentumsvorbehalts, JuS 2002, 438 ff.

Der sachenrechtliche Abschnitt des BGB enthält keine Bestimmungen mit ausdrücklichem Bezug auf den EV. Sachenrechtlich ergibt sich die Konstruktion des EV durch die §§ 929 iVm 158 Abs. 1 BGB. § 929 BGB normiert dabei, dass neben der dinglichen Einigung über den Eigentumsübergang auch die Übergabe der Sache eine zwingende Voraussetzung der Eigentumsübertragung ist.<sup>36</sup> In § 158 BGB sind die aufschiebende (Abs. 1) und die auflösende Bedingung (Abs. 2) geregelt. Die unvollständige Regelung des EV in § 449 BGB war von den Autoren bewusst eingeführt worden um in der Praxis auch besondere Formen des EV (z.B.: erweiterter, verlängerter) zu ermöglichen.<sup>37</sup> Das hat dazu geführt, dass der EV in Deutschland *die klassische dingliche Sicherheit des vorleistenden Lieferanten darstellt*.<sup>38</sup>

Andererseits muss man auf Grund des, dem deutschen Zivilrecht immanenten, Trennungsprinzips bei der Frage ob ein EV wirksam zustande gekommen ist, stets zwischen schuld- und sachenrechtlicher Seite unterscheiden. Dieses Problem zeigt sich bereits bei der zweiten Voraussetzung für die wirksame Vereinbarung eines EV: neben der Einigung, dass das Eigentum aufschiebend bedingt übertragen werden soll, muss der EV jedenfalls vor Übergabe des Vorbehaltsobjektes vereinbart werden und diese Vereinbarung für den Käufer auch deutlich erkennbar sein. Nach bereits erfolgter Übergabe kann ein EV nur mehr zustande kommen indem der Käufer das Vorbehaltsobjekt mittels Besitzkonstitut gemäß § 930 BGB an den Verkäufer rückübereignet und der Verkäufer seinerseits die, sich nunmehr in seinem mittelbaren Besitz befindliche, Sache durch bloße Einigung über den Eigentumsübergang an den Käufer übereignet.<sup>39</sup> Sodann kann es, wie unten unter noch eingehend gezeigt wird, im deutschen Recht durchaus möglich sein, dass die schuldrechtliche EV-Vereinbarung zwar scheitert, der EV aber trotzdem sachenrechtliche Wirksamkeit erlangt.<sup>40</sup>

Anders als in Österreich und der Schweiz, wird in Deutschland von der hL und Rspr immer wieder behauptet, der EV hätte in bestimmten Branchen Eingang in den allgemeinen Handelsbrauch gefunden.<sup>41</sup> So wurde etwa in der Zigarrenbranche und der Textilindustrie von einer Mehrheit der Lehre und Rspr das Bestehen eines Handelsbrauchs behauptet.<sup>42</sup> *Künne*

---

<sup>36</sup> Vgl.: *Eckert in Schulze/Dörner/Ebert*, BGB<sup>5</sup> § 929 BGB Rz 1 ff.

<sup>37</sup> Vgl.: *Schwab/Prütting*, Sachenrecht<sup>32</sup> Seite 151 ff

<sup>38</sup> Zit.: *Schellhammer*, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen, Rz 1194

<sup>39</sup> BGH IV ZR 2/52, NJW 1953, 217

<sup>40</sup> Vgl.: *Eckert*, Sachenrecht<sup>4</sup>, Rz 527 ff.

<sup>41</sup> Vgl.: zuletzt *Cartano*, Die Sicherungsübereignung, Seite 62;

<sup>42</sup> Vgl.: *Lambsdorff*, Seite 22 ff.

behauptete gar, dass der EV in fast allen Branchen üblich geworden sei.<sup>43</sup> Mittlerweile ist man davon zwar wieder abgekommen, endgültig geklärt ist diese Frage aber nicht, auch wenn der überwiegende Teil der Lehre eine Handelsüblichkeit des EV heute ablehnt.<sup>44</sup> Der BGH hat im Jahr 2003 in Bezug auf die Windkraftbranche offen gelassen ob der EV in den allgemeinen Handelsbrauch Eingang gefunden hat oder nicht.<sup>45</sup>

Im Regelfall muss der EV jedoch zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart werden. Grundsätzlich entfaltet der EV daher erst dann seine schuld- und sachenrechtlichen Wirkungen, wenn er sowohl im Verpflichtungs- als auch im Verfügungsgeschäft geregelt wird. Dabei wird der EV in der Praxis im Kaufvertrag geregelt und seine Wirkung bei der dinglichen Einigung lediglich vermutet.<sup>46</sup> Die Einhaltung bestimmter Formvorschriften ist dabei nicht erforderlich. Der EV kann demnach auch mündlich vereinbart werden.<sup>47</sup> Daneben ist auch eine konkludente EV Vereinbarung denkbar. Die Wirksamkeit einer stillschweigenden Vorbehaltsabrede richtet sich nach dem gesamten Verhalten der Vertragsparteien. Dieses ist dann nach den §§ 157, 242 BGB auszulegen, wobei insbesondere bei einer bestehenden Geschäftsverbindung zwischen Kaufleuten, sowie der Üblichkeit solcher Vereinbarungen, ein EV zumeist Wirksamkeit erlangt.<sup>48</sup>

Eine Besonderheit gegenüber dem Schweizer und dem österreichischen Recht, ist die von der deutschen hL und Rspr für zulässig erachtete publizitätslose Sicherungsübereignung. Dabei ist die Sicherungsübereignung im BGB nicht geregelt. *Sie gilt kraft ungeschriebenen Rechts, was heute nicht mehr in Frage gestellt wird.*<sup>49</sup> Sie hat sich parallel zum Mobiliarpfandrecht als besondere Kreditsicherungsart herausgebildet und wird von der hL und Rspr seit langem als zulässig anerkannt.<sup>50</sup> Sachenrechtlich ist dies der vielleicht größte Unterschied zwischen der Rechtsordnung der BRD und jenen von Österreich und der Schweiz. Durch die Anerkennung der publizitätslosen Sicherungsübereignung werden die Formvorschriften für das Mobiliarpfandrecht faktisch umgangen. Denn dass das Sicherungseigentum wirtschaftlich betrachtet dem Pfandrecht wesentlich näher steht als dem Eigentumsrecht, hat auch die Rspr

---

<sup>43</sup> Vgl.: *Künne*, Die Verfolgung des Eigentumsvorbehalts im Konkurs und Vergleichsverfahrens des Käufers, DB 1971, 1509

<sup>44</sup> Vgl. statt vieler: *Beckmann* in Staudinger/BGB § 449 Rz 16; aber auch schon vorher: *Lambsdorff*, Eigentumsvorbehalt und AGB-Gesetze, Seite 39 ff

<sup>45</sup> BGH, II ZR 172/01, NJW-RR 2004, 555

<sup>46</sup> Vgl.: *Vieweg-Werner*, Sachenrecht<sup>3</sup>, Seite 370

<sup>47</sup> Vgl.: *Lwowski*, Das Recht der Kreditsicherung<sup>8</sup>, Seite 749

<sup>48</sup> Vgl.: *Meller-Hannich/Schilken* in Nomos Kommentar BGB Sachenrecht Band 3<sup>2</sup>, § 929 Rz 73

<sup>49</sup> Zit.: *Serick I*/Seite 2

<sup>50</sup> Vgl.: *Cartano*, Die Sicherungsübereignung, S. 1 ff.; BGH IX ZR 79/93, WM 1994, 414=BB 1994, 459=NJW 1994, 864=ZIP 1994, 305; BGH I StR 261/71, NJW 1971, 2235=DB 1971, 2110

anerkannt, sodass der BGH ohne weiteres feststellen konnte, dass die Sicherungsübereignung nichts anderes als ein von der Rspr zugelassenes besitzloses Pfandrecht darstellt.<sup>51</sup>

### *Schweiz*

Im Schweizer ZGB ist der EV (le pacte de réserve de propriété) ausdrücklich in den Art. 715 und 716 geregelt. Der EV ist in der Schweiz nicht im Schuld- bzw. Kaufrecht, sondern im Sachenrecht geregelt. Daneben finden sich weitere wichtige Bestimmungen mit Bezug auf den EV in der Verordnung des Bundesgerichtes betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte vom 19. Dezember 1910 und in der Verordnung des Bundesgerichtes betreffend die Bereinigung der Eigentumsvorbehaltsregister vom 29. März 1939.<sup>52</sup>

Die Regelungen des EV in der Schweiz bestehen seit etwa 100 Jahren unverändert. Damit wird deutlich, dass dem Institut des EV in der Schweiz eine geringere Bedeutung zukommt.<sup>53</sup> Die Gründe dafür liegen vor allem in der, mit der Vereinbarung eines EV verbundenen Eintragungspflicht in ein Eigentumsvorbehaltsregister. Diese Eintragungspflicht wurde eingeführt um damit vor allem Dritte zu schützen. Sie sollen den Käufer nicht fälschlicherweise für kreditwürdig halten, nur weil er im Besitz des Vorbehaltsobjektes ist (z.B. einer teuren Maschine oder einem Lkw). Die Schweizer Lehre steht damit in krassem Gegensatz zum restlichen deutschen Sprachraum, denn in Österreich wie auch in Deutschland ist der EV grundsätzlich ein publizitätsloses Sicherungsinstrument. Dies deshalb weil durch einen EV nicht eine bestehende Sache aus dem Vermögen des Käufers hinausgenommen wird, sondern eine neue, unter EV stehende Sache hinzukommt, wobei insbesondere bei neuen Sachen ohnehin angenommen wird, dass diese unter EV stünden.<sup>54</sup> Der Grund für dieses Publizitätserfordernis in der Schweiz liegt darin, dass der Gesetzgeber das Faustpfand forciert und besitzlose Mobiliarsicherheiten generell abgelehnt hat.<sup>55</sup> Eine publizitätslose Sicherungsübereignung ist gemäß Art. 717 ZGB ausdrücklich unzulässig. Auch in dieser Bestimmung zeigt sich ein Widerspruch zur österreichischen und deutschen Rechtslage. Zwar

---

<sup>51</sup> BGH VIII ZR 199/ 68, WM 1970, 817; außerdem vgl.: *Bülow*, Die Anwendung der pfandrechtlichen Vorschriften auf die Sicherungsübertragung, WM 1985, 373 ff.

<sup>52</sup> Vgl.: *Schmid, Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht<sup>3</sup>, Seite 261

<sup>53</sup> Siehe Interview mit Prof. Schwander; Anzahl der EV Eintragungen in der Stadt Basel: Höchststand = 8990 im Jahr 1962, danach massiver Rückgang auf 997 im Jahr 1980. St. Gallen Stadt: 26 Einträge im Jahr 2007

<sup>54</sup> Vgl.: *Koziol* in *Koziol/Welser* Band I<sup>13</sup> Seite 413

<sup>55</sup> Dazu sehr ausführlich: *Altorfer*, Die Mobiliarhypothek, Seite 45 ff.

ist auch in Österreich die publizitätslose Sicherungsübereignung verboten, doch ergibt sich dieses Verbot nicht aus der Rechtsordnung sondern wurde von der Judikatur entwickelt.<sup>56</sup>

Der EV muss daher gemäß Art. 715 Abs. 1 ZGB in das, vom Betreibungsamt geführte, Eigentumsvorbehaltsregister eingetragen werden. Diese Eintragungspflicht des Art. 715 ZGB hat konstitutive Wirkung, sowohl zwischen den Parteien, als auch gegenüber Dritten.<sup>57</sup> Welche der Parteien die Eintragung vornimmt wird nicht vorgeschrieben, sie muss jedoch am Wohnort des Käufers erfolgen.<sup>58</sup> Entgegen der Intention des Gesetzgebers, weist das Eigentumsvorbehaltsregister jedoch zahlreiche Mängel auf, womit der Zweck der Eintragung, nämlich die Publizität der Vorbehaltsabrede, mehrfach unterlaufen wird.

Zum einen setzt das ZGB den Parteien keine Frist zur Eintragung des EV in das Eigentumsvorbehaltsregister. Der EV kann daher problemlos auch nach erfolgter Übergabe beim Betreibungsamt eingetragen werden, theoretisch sogar nach der Pfändung der Sache oder nach Konkurseröffnung über das Vermögen des Käufers.<sup>59</sup> Das bedeutet aber auch, dass der Käufer bis zur Eintragung des EV Eigentum am Vorbehaltsobjekt erwirbt. Wie oben bereits erwähnt entfaltet der EV erst durch die Eintragung dingliche Wirkung.<sup>60</sup> Ist die Vereinbarung der Parteien über den EV jedoch mangelhaft, wird diese nicht durch die Eintragung geheilt. Die Eintragung bedeutet also nicht *per se*, dass ein EV auch tatsächlich zustande gekommen ist. Anders als im Schweizer Grundbuchsrecht, kommt dem Registereintrag auch kein öffentlicher Glaube zu und auch die Kenntnis des Eintrages wird nicht fingiert. Ein Dritter darf daher nicht darauf vertrauen, dass ein eingetragener EV auch tatsächlich noch besteht. Irritierend ist auch die Tatsache, dass ein gutgläubiger Dritter trotz Registereintrages gemäß Art. 933 ZGB geschützt ist und somit lastenfreies Eigentum am

---

<sup>56</sup> Zuletzt: OGH 8 Ob 220/02i, ÖBA 2004, 1176; außerdem: OGH 3 Ob126/83 (3 Ob127/83), SZ 56/188=JBI 1984, 550

<sup>57</sup> BGE 110 II 153 S. 155; a.M.: *Wiegand*: Seiner Meinung nach, soll durch die Eintragung in das Register vor allem der unbeteiligte Dritte und nicht die, von der EV-Vereinbarung wissenden, Parteien geschützt werden. Für die Parteien soll die Eintragung des EV ins Eigentumsvorbehaltsregister demnach nur deklarative Wirkung besitzen, der EV also unabhängig davon volle Wirksamkeit entfalten. Vgl.: *Wiegand*, *Mobiliarsicherheiten*, Seite 85 ff

<sup>58</sup> *Kähr* in *Kren-Kostkiewicz/Schwander/Wolf*, Handkommentar zum Schweizerischen ZGB, (2006) Art. 715 ff

<sup>59</sup> Siehe BGE 93 III 96, S. 104: Die Eintragung kann vielmehr auch nach der Übergabe der Kaufsache an den Erwerber noch wirksam erfolgen, sofern der Eigentumsvorbehalt vor der Übergabe gültig vereinbart worden ist. Dazu ausführlich: II. Teil, Kapitel 3, Schweiz.

<sup>60</sup> Falsche Namens- oder Zahlenangaben hindern die Wirksamkeit des EV nicht. Die Parteien od. Gläubiger können aber eine betreibungsrechtliche Anfechtungsklage erheben. Vgl.: *Scherrer* in *ZK IV/2<sup>2</sup>*, Art. 716 Rz 76

Vorbehaltsobjekt erwerben kann.<sup>61</sup> Das Eigentumsvorbehaltsregister ist daher nur mit negativer Rechtskraft ausgestattet.<sup>62</sup>

Durch all diese Schwächen die die Registereintragung aufweist, kommt man nicht umhin festzustellen, dass damit dem ursprünglichen Gedanken des Gesetzgebers, nämlich dem EV Publizität zu verschaffen, nur ungenügend Rechnung getragen wird. Dabei hat der Gesetzgeber, der auf diese seit Jahrzehnten bestehenden und bekannten Schwächen nicht reagiert hat, damit massiv dazu beigetragen, dass dem EV im heutigen Schweizer Geschäftsleben nur eine untergeordnete Rolle zukommt. Das Argument *Gmürs*, dass ein EV in der Schweiz nicht unbedingt erforderlich ist, da das Land klein und überschaubar sei und sich die Parteien häufig ohnehin persönlich kennen, sei nur ergänzend angeführt.<sup>63</sup> Ein in der Praxis jedoch häufiger Anwendungsfall der EV ist der drittfinanzierte Kauf eines Kfz. Auf diese Problematik wird in einem eigenen Kapitel eingegangen.

Wie in Österreich und Deutschland muss auch in der Schweiz der EV zwischen den Parteien ausdrücklich im Verpflichtungsgeschäft vereinbart werden. Dafür sieht das Schweizer ZGB keine Formvorschriften vor. Eine Ausnahme davon findet sich im OR wo in Art. 226a Abs. 2 das Schriftformgebot für die EV-Vereinbarung im Abzahlungsvertragsrecht gefordert wird.<sup>64</sup> Eine EV-Vereinbarung nach Übergabe der Vorbehaltsache, wie sie in Deutschland möglich ist, wird von der Rspr abgelehnt von einem Teil der Lehre jedoch durchaus für zulässig erachtet.<sup>65</sup>

Ein Rücktrittsrecht des Verkäufers ergibt sich aus Art. 214 Abs. 3 OR. Das Bundesgericht ist zudem der Ansicht, dass eine EV-Vereinbarung stets ein einseitiges Rücktrittsrecht des Verkäufers enthält, welches auch dann ausgeübt werden kann, wenn der EV nicht ins Register eingetragen wurde. In diesem Fall hat der Verkäufer mangels Eigentum zwar keinen dinglichen Herausgabeanspruch, er hat allerdings ein obligatorisch wirkendes Recht auf Rückgabe des Vorbehaltsobjektes. Selbst wenn also der auf den Namen und am Wohnort des

---

<sup>61</sup> Vgl.: *Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum<sup>3</sup> Seite 451 ff.; außerdem vgl.: *Schmid, Hürlimann-Kaup*, Sachenrecht<sup>3</sup>, Seite 264 ff.

<sup>62</sup> Vgl.: *Zobl*, Grundbuchrecht, Seite 16; *Scherrer* in ZK IV/2<sup>2</sup>, Art. 716 Rz 79; sowie BGE 93 III 96 S. 101

<sup>63</sup> Vgl.: *Kühnel* in *Reichard/Kühnel/Wittig/Grebner*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung im Ausland<sup>3</sup>, Seite 330 ff.

<sup>64</sup> Vgl.: *Graham-Siegenthaler*, Kreditsicherungsrechte im internationalem Rechtsverkehr, Seite 30

<sup>65</sup> Vgl. etwa *Scherrer*, der den EV als bloße Nebenabrede zum Veräußerungsgeschäft ansieht, sodass ein EV zulässig ist, solange die Parteien ihre Verpflichtungen aus dem Kausalgeschäft noch nicht erfüllt haben. *Scherrer* in ZK IV/2<sup>2</sup>, Art. 716 Rz 50 mit zahlreichen Verweisen auf Judikatur und Literatur.

Käufers eingetragene Eigentumsvorbehalt gegenüber dem Beklagten nicht gültig sein sollte, entfließt aus der bloßen Vereinbarung doch ein Rücktrittsrechts zugunsten des Verkäufers.<sup>66</sup>

### *Suspensiv- oder Resolutivbedingung?*

Im Unterschied zu Österreich und Deutschland ist es in der Schweizer Lehre umstritten, ob eine Vorbehaltsabrede der Parteien eine auflösende oder aufschiebende Bedingung darstellt. Die Rspr und eine überwiegende Mehrheit der Lehre sprechen sich für die aufschiebende Bedingtheit der Eigentumsübertragung aus.<sup>67</sup> Der Eigentumserwerb des Käufers soll unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung stehen. Begründet wird diese Haltung mit dem Willen der Parteien, dem Wortlaut des Art. 715 ZGB sowie dem Sicherungszweck des EV: er soll dem Verkäufer auch im Falle der Insolvenz oder der Weiterveräußerung an Dritte sein Eigentum bewahren.

Auf der anderen Seite argumentiert insbesondere *Staehelin*, dass der EV dem Verkäufer in erster Linie die Kaufpreisforderung und nicht das Eigentum sichert.<sup>68</sup> Außerdem ist seiner Ansicht nach auch der Parteiwille auf eine Übertragung des Eigentums gerichtet die nur im relativ selten auftretenden und von den Parteien nicht erwünschten Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises scheitert. Das überzeugendste Argument liefert *Staehelin* jedoch, wenn er aufzeigt, dass das Eigentum gerade bei der aufschiebenden Bedingung mehrmals zwischen den Parteien wechseln kann, bevor der Kaufpreis bezahlt ist. Etwa dann wenn dem Käufer das Vorbehaltsobjekt schon vor Registereintragung übergeben wird. In diesem Fall erwirbt der Käufer Eigentum und verliert es *ex nunc* mit der verpflichtenden Eintragung des EV ins Register. Wechselt der Käufer in weiterer Folge seinen Wohnsitz, wird er wiederum Eigentümer wenn eine der Parteien nicht innerhalb von drei Monaten den EV am neuen Wohnsitz des Käufer ins Register eintragen lässt.<sup>69</sup> Auch in diesem Fall tritt der EV erst mit der Eintragung *ex nunc* in Kraft.<sup>70</sup> Durch dieses hin und her Wechseln des Eigentums kann für die Parteien, wie für Dritte, eine massive Rechtsunsicherheit entstehen. Deshalb hat die, von Teilen der Schweizer Lehre, vertretene Auffassung, dass eine EV-Vereinbarung eine auflösend bedingte Eigentumsübertragung darstellt, durchaus ihre Berechtigung. Folgt man dieser Auffassung, hat der Verkäufer mangels Eigentum keine Möglichkeit mehr im Falle des

---

<sup>66</sup> BGE 90 II 285 S. 292

<sup>67</sup> Vgl.: *Wiegand*, *Mobiliarsicherheiten*, Seite 87; *Leemann*, *SJZ* 6/281 ff.; derselbe in *SJZ* 16/233 ff.;

<sup>68</sup> Vgl.: *Staehelin*, *Bedingte Verfügungen*, Seite 59 ff.

<sup>69</sup> Vgl.: *Staehelin*, *Bedingte Verfügungen*, Seite 61

<sup>70</sup> Vgl.: *Graham-Siegenthaler*, *Kreditsicherungsrechte im internationalem Rechtsverkehr*, Seite 32

Zahlungsverzugs seine Sache gemäß Art. 716 ZGB herauszuverlangen. Wie unten dargestellt, steht dem Verkäufer dann, im Falle des Zahlungsverzuges, lediglich ein Rücktrittsrecht gemäß Art. 214 Abs. 3 OR zu.

*Wiegand* vertritt die Ansicht, dass sich die Frage ob der EV aufschiebend oder auflösend bedingt ist, nach dem Willen der Parteien richten soll. *Eine solche Vereinbarung müsse im Titelgeschäft erfolgen, andernfalls habe der Richter die Entscheidung nach den allgemeinen Regeln der Auslegung zu treffen.*<sup>71</sup>

So überzeugend die Argumentation *Staelhins* sein mag, ist mE nach dennoch der Rspr und dem überwiegenden Teil der Lehre zu folgen, was sich insbesondere auch aus Art. 716 ZGB ergibt. Dort ist geregelt, unter welchen Voraussetzungen der Eigentümer, also der Vorbehaltsverkäufer, die Vorbehaltssache vom besitzenden Nichteigentümer herausverlangen kann.<sup>72</sup>

#### **(a) Der einseitig erklärte Eigentumsvorbehalt**

Wie sich aus dem oben dargestellten ergibt, muss ein EV um gültig zustande zukommen sowohl im Kaufvertrag als auch in der dinglichen Einigung erklärt werden. Wurde im Kaufvertrag kein EV vereinbart und will sich der Verkäufer trotzdem absichern, indem er nur bedingt übereignet, begeht er jedenfalls eine Vertragsverletzung. Darin sind sich die Rechtsordnungen aller drei Staaten gleich.

Bei der Frage der Gültigkeit eines einseitig erklärten EV ist es sinnvoll, zunächst Lehre und Judikatur in der Bundesrepublik Deutschland darzustellen, da die österreichische Rspr sich bis in die 80er Jahre nach der Judikatur des BGH gerichtet hat.

#### ***Deutschland***

Die Problematik des einseitig erklärten EV, die in Deutschland unter der Bezeichnung „nachträglicher, vertragswidriger EV“ läuft, ist seit der ersten einschlägigen Entscheidung aus

---

<sup>71</sup> Zit.: *Wiegand*, *Mobiliarsicherheiten*, Seite 87

<sup>72</sup> Zum selben Schluss kommt auch *Patleych*, *Eigentumsvorbehalt*, Seite 81

dem Jahre 1952 praktisch unverändert.<sup>73</sup> Sowohl in der Lehre als auch der Rspr der Bundesrepublik wird seit jeher der Standpunkt vertreten, dass ein einseitig erklärter EV sachenrechtlich wirksam sein soll, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Das heißt, aus Sicht des Verkäufers ist es ausreichend im Zeitpunkt der Übergabe einen EV zu erklären um einen Eigentumsübergang zu verhindern. Dass die Parteien im schuldrechtlichen Vertrag einen EV vereinbart haben, oder der Käufer bei der Übergabe dem EV zustimmt ist dabei nicht erforderlich.<sup>74</sup>

Entscheidend für das Zustandekommen eines nachträglichen, vertragswidrigen EV ist, ob diese Erklärung wirksam abgegeben, das heißt dem Käufer beim Besitzerwerb zugegangen ist. Insgesamt bestehen für die Gültigkeit zwei Voraussetzungen die sich ebenfalls bereits aus der Leitentscheidung von 1952 ergeben: (1.) zum einen muss die Vorbehaltserklärung dem Käufer zugehen (2.) und sie muss für ihn erkennbar gewesen sein.<sup>75</sup> Dabei legt der BGH einen strengen Maßstab auf der Grundlage der Zumutbarkeit an. Erklärt der Verkäufer etwa erst auf seinem Lieferschein einen EV so reicht dies nur aus, wenn der Käufer nach den Umständen damit rechnen musste, ansonsten erst, wenn er die Vorbehaltserklärung tatsächlich liest. Daher kann auch die Unterschrift des Käufers auf dem Lieferschein mitunter nicht ausreichen um einen EV zu begründen. Wenn die EV-Erklärung nicht gegenüber dem Käufer sondern einem seiner Angestellten abgegeben wird, richtet sich die Gültigkeit danach, ob der Empfänger geeignet war, solche Erklärungen entgegenzunehmen.<sup>76</sup>

Insgesamt kann man festhalten, dass die EV Erklärung dem Käufer nur dann zugegangen ist, *wenn vom Käufer erwartet werden konnte, dass er von dem gerade in dieser Form und unter diesen Umständen erklärten EV Kenntnis nehmen würde.*<sup>77</sup>

Grundsätzlich vertritt die hL und Rspr die Ansicht, dass ein vom Verkäufer erst im Lieferschein erklärter EV sachenrechtlich wirksam ist, wenn dieser dem Käufer zugegangen ist und ausreichend erkennbar war. Das Schweigen des Käufers gilt also stets als konkludente

---

<sup>73</sup> BGH IV ZR 2/52, NJW 1953, 217 (Raiser)

<sup>74</sup> Vgl.: *Larenz*, Lehrbuch des Schulrechts Besonderer Teil<sup>13</sup>, Seite 110 ff.

<sup>75</sup> BGH IV ZR 2/52, NJW 1953, 217 (Raiser)

<sup>76</sup> Bejahend: OLG Celle 8 U 69/59, NJW 1960, 870 bzgl. eines Maurerpoliers auf einer Baustelle dem Baumaterial übergeben wird. Ablehnend: BGH VIII ZR 232/78, NJW 1979, 2199 bzgl. der Unterschrift auf der, den EV enthaltenden, Empfangsbestätigung durch einen einfachen Angestellten des Käufers. Außerdem dazu vgl.: *Bülow*, Recht der Kreditsicherheit, Rz 640 ff.

<sup>77</sup> Zit.: *Serick*, I/Seite 92; außerdem: BGH VIII ZR 206/77, NJW 1979, 213

Zustimmung, sofern der EV spätestens bei der Übergabe erklärt wird.<sup>78</sup> Dabei ist allerdings zu beachten, dass ein nachträglich erklärter EV nur sachenrechtliche Wirksamkeit erlangt. Schuldrechtlich liegt eine Vertragsverletzung des Verkäufers vor.<sup>79</sup>

### *Österreich*

Im Unterschied zum BGH wurde vom OGH die Problematik des einseitig erklärten EV nicht einheitlich judiziert. Dabei sind drei Entscheidungen von Bedeutung anhand derer der Weg des OGH zur heutigen Rspr nachvollzogen werden kann.

1959, sechs Jahre nach der Richtungsweisenden Entscheidung des BGH, musste der OGH erstmals über einen nachträglich erklärten EV entscheiden.<sup>80</sup> Die Klägerin hatte der beklagten Partei eine Laderaupe verkauft und sich in der Rechnung das Eigentum an der Laderaupe bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vorbehalten. Im Konkurs der beklagten Partei verlangte die Klägerin die Ware vom Masseverwalter heraus, was dieser verweigerte. Die Klage wurde vom OGH abgewiesen mit der Begründung, dass die EV Erklärung auf der Rechnung als Anbot zur Vertragsänderung angesehen werden müsse. Das Schweigen des Käufers könne jedoch nicht als Zustimmung zur Vertragsänderung gewertet werden, zumal eine EV Vereinbarung nicht in die Faktura gehöre. Der OGH wies somit die Klage allein auf Grund schuldrechtlicher Überlegungen ab.<sup>81</sup>

1970 setzte sich der OGH dann erstmals mit den sachenrechtlichen Folgen eines einseitig erklärten EV auseinander.<sup>82</sup> Der OGH gab dabei der Klage des Vorbehaltsverkäufers auf Aussonderung der Ware statt. Nach Ansicht des Gerichtshofes kam es zu keinem Eigentumsübergang, da der Verkäufer seine Vorbehaltserklärung gegenüber dem Käufer zwar nach Vertragsschluss, aber noch vor Sachübergabe abgab. Die einseitige und vertragswidrige Vorbehaltserklärung war demnach sachenrechtlich wirksam. In seiner Begründung zitierte der OGH den deutschen Autor *Serick* der sich intensiv mit dem Thema Eigentumsvorbehalt

---

<sup>78</sup> BGH VIII ZR 206/77, NJW 1979, 213

<sup>79</sup> Eine Ausnahme davon besteht beim kaufmännischen Buchhandel. Wird der EV auf der Rechnung erklärt und diese widerspruchlos entgegengenommen, gelten auch die Lieferbedingungen des Verkäufers als akzeptiert, sodass der EV auch schuldrechtlich wirksam wird; vgl.: *Serick*, I/Seite 90

<sup>80</sup> OGH 5 Ob 505/59, HS I/46

<sup>81</sup> Das OLG Wien als Vorinstanz bejahte das Aussonderungsrecht der Klägerin. Nach Ansicht des OLG sei es zwischen den Parteien zu keiner Einigung über den Eigentumsübergang gekommen. Ein EV liege aber nicht vor.

<sup>82</sup> U.a. auf Grund der heftigen Kritik von *Frotz* an der Außerachtlassung der sachenrechtlichen Komponente. Vgl.: *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Seite 134 ff.

beschäftigt hatte.<sup>83</sup> Damit schloss sich der OGH der in der BRD herrschenden Lehre und Rspr an. In den Folgejahren wurde diese Rechtsansicht vom OGH durch weitere Entscheidungen verfestigt.<sup>84</sup>

Im Jahre 1987 kam es schließlich mit der Entscheidung 5 Ob 324/86 zu einer Wende in der Judikatur des OGH. So einschneidend diese Kehrtwende auch war, dem OGH dürfte sie eher unangenehm gewesen sein. *Iro* erkannte jedoch die Bedeutung der Entscheidung und kritisierte den OGH für dessen stillen Judikaturwechsel.<sup>85</sup> Bevor auf die Entscheidung eingegangen werde, sollen die Überlegungen der Wegbereiter dieser Judikaturwende näher beleuchtet werden. Dabei handelt es sich um *Spielbüchler* und *Bydlinski* die sich als eine der Ersten in Österreich mit der Problematik des einseitig erklärten EV intensiv beschäftigten.

*Spielbüchler* vertritt die Ansicht, dass ein einseitiger EV unwirksam sei, wenn ein solcher nicht bereits im Titelgeschäft wirksam vereinbart wurde.<sup>86</sup> Seiner Ansicht nach erfolgt die Eigentumsübertragung durch eine entsprechende Vereinbarung im Titelgeschäft, während die Übergabe als bloßer Realakt lediglich den Abschluss des Rechtsüberganges bewirke. Dabei stützt er sich im Wesentlichen auf die §§ 380, 425 ABGB und führt aus, dass diese Bestimmungen für den rechtswirksamen Eigentumsübergang einen gültigen und auf Eigentumsübertragung gerichteten Vertrag samt irgendeinem Übergabeakt verlangen. Des Weiteren beruft sich *Spielbüchler* in seiner Argumentation auf § 1063 ABGB und leitet daraus, im Zusammenhalt mit den §§ 380, 425 ABGB, ab, dass *die Übernahme bzw. Übergabe nur mehr ein Faktum ist, dessen normale, in § 1063 ABGB angeordnete sachenrechtliche Wirkung nur durch vertragliche, vor der Übergabe liegende Vereinbarungen abbedungen werden könnte.*<sup>87</sup> Dabei erkennt *Spielbüchler* in seinen Überlegungen sehr wohl, dass besitzrechtliche Einwände gegen seine These sprechen. Denn die Besitzübertragung, und damit *mutatis mutandis* die Eigentumsübertragung, erfordert den Willen, eine Sache zu Übergeben oder zu Übernehmen. Das bedeutet aber wiederum, dass die Übergabe durchaus ein dinglicher Rechtsvorgang ist und kein simpler Realakt. *Spielbüchler* löst dieses Problem indem er den Besitzwillen im Titelgeschäft aufgehen lässt. Dort und nicht erst bei Übergabe, verpflichten sich die Parteien zur Übernahme bzw. Aufgabe ihres

---

<sup>83</sup> OGH 5Ob 135/70, HS 7345

<sup>84</sup> zB OGH 7 Ob 623/83, JBl 1984, 671

<sup>85</sup> Vgl.: *Iro*, Anmerkung zu OGH 5 Ob 324/86, RdW 1987, 157

<sup>86</sup> Vgl.: *Spielbüchler*, Die Übereignung durch mittelbare Leistung, JBl 1971, 589 ff.

<sup>87</sup> Zit.: *Hoyer*, Einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt, WBl 1995, 181

Besitzes.<sup>88</sup> Mit seiner These lehnt sich *Spielbüchler* weit aus dem Fenster und bricht mit einer Jahrhunderte alten Rechtsauffassung, dass ein dinglicher Vertrag zusammen mit der Übergabe eine Einheit bildet. In der hL und Rspr konnte sich seine Theorie freilich nicht durchsetzen. ME ist *Spielbüchlers* These auf Grund der tiefgreifenden juristischen Analyse und Aufarbeitung der Problematik, sowie durch die Darbietung eines völlig neuen Lösungsansatzes jedenfalls zu würdigen.

*Bydlinski* versucht das Problem des einseitig erklärten EV einerseits über das, in § 1052 ABGB geregelte Zug um Zug Prinzip zu lösen. Demnach steht dem Verkäufer ein EV jedenfalls zu, ohne dass darin eine Vertragsverletzung zu erblicken ist. *Bydlinski* begründet dies mit dem funktionellem Synallagma und der daraus resultierenden Wirksamkeit eines EV bis zur Zug um Zug Erfüllung.<sup>89</sup> Auch wenn vertraglich nichts Entsprechendes vereinbart wurde, erlangt der Käufer nicht bereits bei Übergabe Eigentum, wenn der Verkäufer nur auf Grund der Annahme vorleistet, dass der Käufer pflichtgemäß sofort die Gegenleistung erbringen werde. Die hL bezeichnet dieses Konstrukt als *kurzfristigen EV*.<sup>90</sup> Das bedeutet folgendes: der Verkäufer leistet durch die Übergabe des Kaufgegenstandes vor und kann, bei Zahlungsverzug des Käufers, gemäß §§ 918 iVm 1052 ABGB vom Vertrag zurücktreten und den, in seinem Eigentum verbliebenen Kaufgegenstand, herausverlangen. Damit wäre im Falle der freiwilligen Vorleistung des Verkäufers eine einseitige Vorbehaltsabrede sachenrechtlich zulässig, praktisch aber nicht erforderlich.<sup>91</sup> *Spielbüchler* lehnt diese Auffassung, gemeinsam mit der hL und Rspr ab und spricht von der *These vom überflüssigen EV*.<sup>92</sup>

Abgesehen davon hält *Bydlinski* genauso wie *Spielbüchler* eine erst bei Übergabe abgegebene Vorbehaltserklärung sachenrechtlich für unzulässig, da alle schuld- und sachenrechtlichen Erklärungen welche die Parteien für die Eigentumsübertragung voraussetzen, bereits im Kaufvertrag abgegeben wurden. Dabei stützt sich *Bydlinski* in seiner Argumentation auf die allgemeine Bindungswirkung von rechtsgültig abgeschlossenen Verträgen. Wenn nun der Vorbehaltsverkäufer bei Übergabe dem Käufer erklärt, sich sein Eigentum bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vorbehalten zu wollen, dann liegt darin ein Anbot auf Vertragsänderung von Seiten des Verkäufers. *Bydlinski* geht somit ebenfalls davon aus, dass

---

<sup>88</sup> Vgl.: *Spielbüchler*, Die Übereignung durch mittelbare Leistung, JBl 1971, 589 ff.

<sup>89</sup> Vgl.: *Gschnitzer*, Österreichisches Sachenrecht<sup>2</sup> Seite 103 ff.

<sup>90</sup> Vgl.: *Kletečka* in *Koziol/Welser* Band I<sup>13</sup>, Seite 411

<sup>91</sup> Vgl.: *Bydlinski*, JBl 1977, 332

<sup>92</sup> Vgl.: *Spielbüchler*, Überflüssiger Eigentumsvorbehalt? JBl 1977, 296 ff.

die Übergabe nur ein bloßer Realakt sei und der Besitzwille ins Titelgeschäft zu ziehen sei. Im Unterschied zu *Spielbüchler* hält *Bydlinski* diesen Gedanken in seiner Argumentation jedoch nicht durch, sondern hält für die Übergabe einen zumindest rechtlich relevanten Willen für erforderlich.<sup>93</sup>

Die hL und Rspr verneint die sachenrechtliche Wirksamkeit eines einseitig erklärten EV. Denn ein vom Verkäufer im Zeitpunkt der Übergabe einseitig erklärter EV sei nicht nur vertragswidrig sondern, wie *Spielbüchler* oben bereits feststellte, auch sachenrechtlich wirkungslos, da die dingliche Einigung bereits im Kaufvertrag erfolgt.<sup>94</sup> Eine Ausnahme besteht nur dann, wenn vom Verkäufer die Unsicherheitseinrede nach § 1052 Satz 2 ABGB erhoben werden kann, die dem mit Übergabe der Sache einseitig erklärten EV Wirksamkeit verleiht.<sup>95</sup>

Wird der EV vom Verkäufer auf dem Lieferschein oder der Faktura verlangt, stellt sich die Frage, ob es durch die widerspruchslose Entgegennahme durch den Käufer zu einer Vertragsänderung kommt. Auch hier ziehen die hL und Rspr enge Grenzen und lassen eine stillschweigende EV-Vereinbarung nur zu, *wenn zwischen Käufer und Verkäufer eine länger dauernde Geschäftsverbindung besteht, die auf Lieferungen mit vereinbartem EV aufgebaut*.<sup>96</sup> Nur in einem solchen Fall muss der Käufer dem EV ausdrücklich widersprechen.

### **Schweiz**

Im Unterschied zu Österreich und der BRD, ist nach schweizerischem Recht eine stillschweigende Vereinbarung des EV nicht möglich.<sup>97</sup> Das hindert den Verkäufer freilich nicht, noch nach Abschluss des Kaufvertrags einen EV auszuhandeln, da bis zur Übergabe der Vorbehaltssache, eine Vertragsänderung möglich ist. Eine solche muss aber stets ausdrücklich schriftlich oder mündlich erfolgen. Wird bei der Übergabe der Sache der EV lediglich auf der Rechnung oder dem Lieferschein normiert, wird der Eigentumserwerb des Käufers dadurch nicht verhindert.

---

<sup>93</sup> Vgl.: *Bydlinski*, Die rechtlichen Voraussetzungen der Eigentumsübertragung nach österreichischem Recht, in FS Larenz I, Seite 1035

<sup>94</sup> OGH 7 Ob 632/83, JBl 1984, 671

<sup>95</sup> OGH 5 Ob 18/97a, ecolex 1997, 424

<sup>96</sup> Zit.: *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 29

<sup>97</sup> Vgl.: *Scherrer* in ZK/ZGB Art. 715/716 Rz 46

Die konstitutiv wirkende Eintragung ins EV-Register kann zwar auch vom Verkäufer vor dem Betreibungsamt erwirkt werden, wobei er weder an die Mitwirkung des Käufers gebunden, noch diesen davon benachrichtigen muss.<sup>98</sup> Gemäß Art. 4 EigVV ist eine einseitige Anmeldung allerdings nur zu berücksichtigen, wenn gleichzeitig das schriftliche Einverständnis der anderen Partei, und zwar in allen für die Eintragung wesentlichen Punkten, beigebracht wird.

### **(b) Kollision von AGB – „battle of forms“**

In den oben dargestellten Fällen, wurde stets davon ausgegangen, dass sich in etwa gleich starke Partner gegenüberstehen, welche faktisch in der Lage sind einen EV auszuhandeln. Im heutigen alltäglichen Rechtsverkehr besteht nur mehr selten die Möglichkeit, einzelne Vertragsklauseln konkret zu vereinbaren. Vielmehr stehen sich zum einen oftmals ungleiche Vertragspartner gegenüber, mit der Folge, dass der stärkere seine Vertragsklauseln dem schwächeren aufzwingt. Zum anderen sind in den meisten Branchen die Vertragsbedingungen bereits im Voraus kartellistisch festgelegt, man denke dabei etwa an Mietverträge, Versicherungen oder den Kauf eines Kfz. Das bedeutet freilich nicht, dass das Prinzip der Vertragsfreiheit und das darauf aufbauende Vertragsrecht überholt sind. Dennoch muss die Frage, welche Auswirkungen vorgefertigte AGB auf eine EV Klausel haben, gesondert behandelt werden.

### ***Österreich***

Eine EV-Klausel in AGB ist in Österreich heute in einigen Branchen bei den meisten Rechtsgeschäften Standard. Darauf hat auch die Gegenseite reagiert, sodass auch die AGB des Käufers zumeist Bestimmungen zum EV beinhalten. So lautet eine Klausel in den AGB des Verkäufers etwa „wir behalten uns unser Eigentum bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vor“. In den AGB des Käufers heißt es dann zumeist: „es gelten unsere AGB. Andere Verkaufsbedingungen müssen vom Käufer schriftlich anerkannt werden“. Sowohl die EV-Klausel als auch die Abwehrklausel gelten nicht als Klausel ungewöhnlichen

---

<sup>98</sup> Vgl.: *Liver* in SPR V/1, Seite 334

Inhalts im Sinne des § 864a ABGB.<sup>99</sup> Ausdrückliche Bestimmungen zur Kollision von AGB finden sich im österreichischen Recht nicht. Es kann sich daher keine Vertragsseite darauf berufen, von der EV-Klausel oder der Abwehrklausel überrascht worden zu sein. Man muss im redlichen Geschäftsverkehr mit derartigen Geschäftsbedingungen rechnen. Das gilt auch für Verbraucher, da der EV nicht im Katalog des § 6 KSchG aufscheint.<sup>100</sup> Der Vorbehaltskäufer muss eine solche Klausel gegen sich gelten lassen, es sei denn er schließt den Kaufvertrag nur unter Zugrundelegung seiner AGB ab. In einem solchen Fall spricht man von einem „battle of forms“.<sup>101</sup> Dabei hat der Käufer ein Interesse den EV zu verhindern, um einem Dritten Eigentum verschaffen zu können. Für den Verkäufer kann es jedoch um das wirtschaftliche Überleben gehen, wenn der Käufer insolvent wird. Ist der Vertrag aufgrund der unterschiedlichen AGB mangels Konsens der Parteien gescheitert, bleibt der Verkäufer Eigentümer und kann, im Falle der Insolvenz des Käufers, gemäß § 44 Abs. 1 IO von seinem Aussonderungsrecht Gebrauch machen. Eine solche Ansicht wäre jedoch zum einen unwirtschaftlich, da ein Vertrag im Regelfall auch von beiden Seiten erfüllt wird. Darüber hinaus sprechen aber auch rechtliche Bedenken dagegen, da im Falle der Nichterfüllung und Weiterveräußerung durch den Käufer die Rechtslage des Dritten stets einer genauen Prüfung unterzogen werden müsste.

Die Rspr vertritt daher die Ansicht, dass es im Falle unterschiedlicher AGB nur zu einem Teildissens kommen soll. Das heißt der Vertrag kommt grundsätzlich zustande, wenn zumindest über die Hauptpunkte Konsens erzielt wurde und die Parteien mit der Vertragserfüllung beginnen. Für den Bereich der Vertragslücke soll dispositives Recht, also § 1063 ABGB, zur Anwendung kommen. Da dadurch der Käufer sofort Eigentum erhält, trägt der Verkäufer das wirtschaftliche Risiko der gescheiterten EV Vereinbarung.<sup>102</sup>

Wird der Vertrag mündlich vereinbart und weist in weiterer Folge der Verkäufer in der schriftlichen Auftragsbestätigung auf den, in den AGB enthaltenen, Eigentumsvorbehalt hin, wird dieser selbst bei Stillschweigen des Empfängers nicht Vertragsinhalt.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> Vgl.: *Binder* in *Schwimann*<sup>3</sup> § 1063 Rz 32

<sup>100</sup> Bei Verbrauchergeschäften gilt jedoch, dass unklare und unverständliche AGB nicht Vertragsinhalt werden.

<sup>101</sup> Vgl.: *Kletečka* in *Koziol/Welser* Band I<sup>13</sup> Seite 133

<sup>102</sup> Vgl. dazu zuletzt sehr ausführlich: *Riss*, Die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts - neue Gedanken zu einer alten Streitfrage, *ÖBA* 2010, 215 ff.; außerdem: *Iro*, "Verlängerter Eigentumsvorbehalt" und "Abwehrklausel" in *Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, *RdW* 1987, 36 ff.; *G. Graf*, Eigentumsvorbehalt und kollidierende AGB, *FS Welser*, Seite 205

<sup>103</sup> OGH 1 Ob 673/79, *SZ* 52/120

## *Deutschland*

Wie in Österreich finden sich auch in Deutschland zum Fall der Kollision von AGB keine gesetzlichen Regelungen.<sup>104</sup> Vorbehaltsklauseln sind jedenfalls gemäß § 305c BGB keine überraschenden Klauseln, womit einer EV Vereinbarung durch AGB keine Bedenken begegnen.<sup>105</sup> Während jedoch in Österreich bei widersprüchlichen AGB Teildissens angenommen wird, geht der BGH seit den 1960er Jahren einen völlig anderen Weg.<sup>106</sup> Dabei ist die Ausgangslage in beiden Staaten dieselbe. Auch in der BRD ist der EV in den meisten Verkäufer-AGB Standard und auch Abwehrklauseln in den AGB des Käufers sind der Normalfall. Für die Wirksamkeit eines EV kommt es aber nach deutschem Recht nicht darauf an, ob einer Vorbehaltsklausel durch die AGB des Käufers widersprochen wird. Wie oben schon dargestellt, kann auf Grund des, dem deutschen Zivilrecht immanenten, Trennungsprinzips, auch eine vertragswidrige Klausel sachenrechtliche Wirksamkeit erlangen. Somit gelten bei widersprechenden AGB die Regeln für den nachträglichen, vertragswidrigen EV. Für diesen müssen allerdings zwei Voraussetzungen erfüllt sein: die Vorbehaltserklärung muss für den Käufer erkennbar gewesen sein und sie muss ihm zugegangen sein.<sup>107</sup> Als zugegangen gilt eine Vorbehaltsabrede in den AGB aber bereits dann, wenn der Käufer in seinen AGB auf einen allfälligen EV Bezug nimmt um zu verhindern, dass dieser Vertragsinhalt wird.<sup>108</sup> Erkennbar ist eine EV-Klausel nach Ansicht des BGH deshalb, weil der Verkäufer bereits im Stadium des Vertragsabschlusses deutlich macht, die Ware nicht unbedingt, sondern nur unter der Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung zu übereignen.<sup>109</sup> Erklärungen des Verkäufers sind in diesem Zeitpunkt jedenfalls beachtlich, da der Käufer wissen muss, ob die Regelung des BGB, wonach der Verkäufer gemäß § 320 dazu verpflichtet ist dem Käufer sofort Eigentum zu verschaffen, zur Anwendung kommt. Es ist dem Käufer also zumutbar, in die AGB des Verkäufers Einsicht zu nehmen, sodass er den EV unabhängig davon, ob er die Verkaufsbedingungen tatsächlich kannte, gegen sich gelten lassen muss.

---

<sup>104</sup> Vgl.: *Westermann*, MK/BGB<sup>5</sup> § 449 BGB Rz 13

<sup>105</sup> Vgl.: *Leible* in *jurisPK-BGB*<sup>3</sup> § 449 Rz 11

<sup>106</sup> Davor galt die Theorie des letzten Wortes, wonach darauf abgestellt wurde, von welcher Partei das Angebot angenommen wurde. Deren Verkaufsbedingungen kamen daraufhin zum Zuge, BGH II ZR 210/54, BGHZ 18, 212. Zur heutigen Rspr: BHG VIII ZR 162/81, NJW 1982, 1749 ff.

<sup>107</sup> BGH IV ZR 2/52, NJW 1953, 217

<sup>108</sup> BGH VIII ZR 162/81, NJW 1982, 1751

<sup>109</sup> BGH VIII ZR 162/81, NJW 1982, 1751

Nach der ständigen Rspr des BGH bleibt der Verkäufer daher Eigentümer und ist damit auch dann gesichert, wenn es ihm nicht möglich war, seine Geschäftsbedingungen durchzusetzen. Dieser Auffassung hat sich der überwiegende Teil der Lehre angeschlossen.<sup>110</sup>

Eine Mindermeinung hält diese Rspr jedoch für unzulässig. So argumentiert etwa *Grunewald*, dass *kein Käufer ohne entsprechende Erklärung des Verkäufers bei der Übereignung damit rechnen muss, dass der Verkäufer auch dann an einem EV festhält, wenn er nach dem Vertrag eine unbedingte Übereignung schuldet.*<sup>111</sup> Stattdessen soll der Verkäufer, nach Ansicht *Grunewalds* den EV zumindest auf dem Lieferschein erklären.<sup>112</sup> Damit widerspricht der Autor nicht nur dem EV-Schicksal bei einem *battle of forms* sondern überhaupt dem Konzept des nachträglichen, vertragswidrigen EV.

Berechtigter scheint die Kritik *Bonins*, wonach nicht einzusehen ist, warum nur auf Käuferseite die Bereitschaft vermutet wird, von den eigenen AGB Abstand zu nehmen. Schließlich muss auch dem Verkäufer erkennbar sein, dass der Käufer durch die Übereignung nur unbedingtes Eigentum erwerben will.<sup>113</sup> Die Autorin führt weiter aus, dass damit nicht der Interessenlage des Käufers entsprochen wird. Auch diese Kritik an der Rspr des BGH überzeugt mE nicht, denn bei widersprüchlichen AGB bleibt es ja gerade bei der Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer unbedingtes Eigentum zu verschaffen. Dass er dies nicht tut, stellt zwar eine Vertragsverletzung dar, ist sachenrechtlich aber wirksam, wenn wiederum die Voraussetzungen dafür vorliegen, das heißt die Erklärung erkennbar war und dem Käufer zugegangen ist.

Insgesamt lässt sich daher festhalten, dass nach deutschem Recht ein AGB Konflikt dazu führt, dass ein EV kraft Dissens nicht Vertragsinhalt wird, womit die deutsche Rspr mit der österreichischen konform geht. Anders als in Österreich, wo das Kausalprinzip gilt, muss in der BRD auf einer weiteren Ebene geprüft werden, ob ein EV dennoch sachenrechtliche Wirksamkeit erlangt hat. Dies wird von der hL und Rspr bejaht wobei die Voraussetzungen für einen nachträglichen, vertragswidrigen EV besonders großzügig zugunsten des Verkäufers gehandhabt werden.

---

<sup>110</sup> Vgl. statt vieler: *Schmidt* in PWW/BGB<sup>4</sup> § 449 Rz 12

<sup>111</sup> Zit.: *Grunewald* in Erman/BGB<sup>12</sup> § 449 Rz 3

<sup>112</sup> Vgl.: *Grunewald* in Erman/BGB<sup>12</sup> § 449 Rz 3

<sup>113</sup> Vgl.: *Bonin*, Probleme des vertragswidrigen Eigentumsvorbehalts, JuS 2002, 441

## *Schweiz*

Anders als in Österreich und der BRD, sehen AGB in der Schweiz selten einen EV vor. Der Grund dafür ist wiederum die konstitutiv wirkende Voraussetzung des Registereintrags. Allein durch die Vereinbarung in den AGB kommt kein EV zustande womit der Käufer mit Übergabe Eigentum am Vorbehaltsobjekt erlangen würde.

Daneben stellt sich noch die Frage ob eine solche Klausel überhaupt zulässig in AGB vereinbart werden könnte. Eine gesetzliche Regelung von AGB fehlt auch im Schweizer Recht. *Schwander* hält eine EV-Klausel in AGB für unzulässig mit Ausnahme der Kfz Branche, da in diesem Bereich die Vereinbarung eines EV üblich ist.

## *Rechtsvergleichende Stellungnahme*

In Österreich und Deutschland ist das Institut des EV eines der beliebtesten Kreditsicherungsmittel überhaupt und hat das Pfandrecht *de facto* völlig verdrängt.<sup>114</sup> Das Pfandrecht an beweglichen Sachen ist sowohl für Kreditgeber als auch Kreditnehmer wirtschaftlich unbrauchbar. Dabei ist der EV in Österreich nirgends, in der BRD nur oberflächlich in § 449 BGB geregelt. Gerade diese Tatsache ermöglichte es, den EV in der Praxis in vertikaler und horizontaler Form weiterzuentwickeln und damit den jeweiligen wirtschaftlichen Gegebenheiten anzupassen.

Der EV ist daher in Österreich und der BRD ein wirkungsvolles Kreditsicherungsmittel zum Schutz des Verkäufers. Einzig *Faust* vertritt die Meinung, der EV schütze in erster Linie den Käufer, für den Fall von Zwischenverfügungen durch den Verkäufer vor der Eigentumsübertragung.<sup>115</sup> Dem ist jedoch nicht zuzustimmen, da das Risiko vor allem beim kreditierenden Verkäufer liegt.<sup>116</sup>

In der Schweiz konnte sich der EV vor allem auf Grund des starren Regelungskorsetts nicht durchsetzen und hat durch das Aufkommen von Leasing und Miet-Kaufverträgen noch weiter

---

<sup>114</sup> Vgl.: *Schwab/Prütting*, Sachenrecht<sup>32</sup>, Seite 152

<sup>115</sup> Vgl.: *Faust* in BR/BGB § 449 Rz 8

<sup>116</sup> Vgl.: Experteninterview Prof. Schwander, Anhang

an Bedeutung verloren.<sup>117</sup> Beabsichtigt war das vom Schweizer Gesetzgeber allerdings nicht. Man wollte lediglich der EV-Vereinbarung Publizität verschaffen und damit letztendlich die Rechtssicherheit erhöhen. Der Gesetzgeber hat es bei seinen Bestimmungen bezüglich der Registrierungspflicht zu gut gemeint. Dabei ist anzumerken, dass auch von Teilen der österreichischen Lehre ein Register für Mobiliarsicherheiten befürwortet wird.<sup>118</sup>

Die Vereinbarung eines EV ist in Österreich und der BRD ident, in der Schweiz erschwert durch die, sowohl gegenüber Dritten als auch *inter partes*, konstitutiv wirkende Eintragung ins EV-Register. Schuldrechtlich kann die EV-Vereinbarung ausdrücklich schriftlich und mündlich, in Österreich und Deutschland auch stillschweigend erfolgen und zwar vor Übergabe des Vorbehaltsobjektes. In der Schweiz ist der EV zwar auch vor Übergabe zu vereinbaren, dadurch dass die Registrierungspflicht an keine Frist gebunden ist, kann es aber durchaus sein, dass der EV erst Monate nach der Übergabe sachenrechtliche Wirkungen entfaltet, welche in Österreich und Deutschland sofort mit Übergabe eintreten.

Die sachenrechtliche Konstruktion des EV ist in allen drei Staaten dieselbe: die Eigentumsübertragung steht unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung. Dabei ist die Tatsache, dass ein EV grundsätzlich aufschiebend bedingt wirken soll lediglich im deutschen Recht ausdrücklich geregelt. Dass in der Schweiz eine Mindermeinung bis heute eine auflösende Bedingtheit argumentiert, rührt mE zum Einen aus der missglückten Umsetzung und Vollziehung der Registrierungspflicht. Andererseits aber auch schlicht aus der Tatsache, dass die wenigen Entscheidungen die das BG in Bezug auf den EV zu treffen hat genug Raum für andere juristische Lösungsmodelle freilassen.

Die Vereinbarung, dass durch den EV der Käufer auflösend bedingtes Eigentum mit Übergabe erwirbt und dieses im Falle des Verzugs wieder an den Verkäufer zurückfällt wäre in allen drei Staaten zulässig. In der Praxis hat sich diese Konstruktion freilich nicht durchgesetzt da dadurch die Rechtssicherheit erheblich eingeschränkt werden würde. Der Käufer könnte nämlich sein auflösend bedingtes Eigentum dazu verwenden weitere Kredite mittels Verpfändung seiner Sache zu erlangen, womit die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Käufers immer mehr verzerrt würde.

---

<sup>117</sup> Vgl.: *Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum<sup>3</sup>, Rz 1738

<sup>118</sup> Bspw.: *Rechberger*, der zu dem Schluss kommt, dass sich die Frage nach der Erforderlichkeit eines solchen Registers allenfalls aus den wirtschaftlichen Erfordernissen ergeben müsste. Vgl.: *Rechberger*, Überlegungen zur Einführung eines Registerpfandrechts in Österreich, NZ 2002/2;

Rechtsvergleichend lässt sich somit festhalten, dass die Vereinbarung eines EV in den drei Staaten denselben Grundsätzen folgt. Dabei hat die stiefmütterliche Behandlung, die der EV in den Zivilrechtsordnungen Österreichs und Deutschland erfahren hat, eine Fülle von Rechtsproblemen offen gelassen, die erst mühsam von Lehre und Rspr gelöst werden mussten und zum Teil bis heute strittig sind.<sup>119</sup>

Die publizitätslose Sicherungsübereignung ist der Schweiz ausdrücklich gemäß Art. 717 ZGB, in Österreich kraft hL und Rspr absolut unzulässig, in der BRD hingegen erlaubt.

Die Rechtslage bezüglich des Falles der Kollision von AGB sowie die Fälle des einseitig erklärten EV in Österreich und Deutschland stellen sich gänzlich anders dar. Während in Deutschland der Verkäufer in hohem Maß sein Eigentum auch nach erfolgter Übergabe gesichert hat, ist es in Österreich genau umgekehrt.

Ergänzend sei noch angeführt, dass im Fürstentum Liechtenstein bis zum Jahr 2000 der Art. 715 ZGB wortwörtlich rezipiert war. Auf Anregung des liechtensteinischen Landgerichtes wurde der dingliche EV des Schweizer Sachenrechts jedoch durch den obligatorisch vereinbarten EV, wie er in Österreich und der BRD besteht, ersetzt. Durch eine weitere Änderung der Rspr im Jahr 2008 wurden auch die Voraussetzungen für die Begründungen von diesen beiden Staaten übernommen.<sup>120</sup> Das Fürstentum Liechtenstein hat damit auf die Tatsache, dass der EV nach Schweizer Recht von der Praxis nicht angenommen wurde, reagiert.

## **1.2 Gegenstand des Vorbehaltsobjektes**

### ***Österreich***

Die Frage an welchen Gegenständen überhaupt EV und somit ein wirksamer Schutz im Falle der Zwangsvollstreckung und Insolvenz begründet werden kann, ist von zentraler Bedeutung für diese Arbeit. Ausgehend vom weiten Sachbegriff des § 285 ABGB, wonach alles was vom

---

<sup>119</sup> Vgl.: *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Band I (1963), Seite 5 ff., in weiterer Folge nurmehr *Serick* I-V bezeichnet.

<sup>120</sup> Vgl.: *Opilio*, Liechtensteinisches Sachenrecht Arbeitskommentar, Band I<sup>1</sup>, Art. 173 Rz 001 ff.

Mensch verschieden ist als Sache anzusehen ist, könnte man den Schluss ziehen, dass sowohl bewegliche und unbewegliche, körperliche wie unkörperliche Sachen von einem EV umfasst sein können. Eine solche Reichweite hat das Sicherungsinstrument des EV freilich nicht. Jedenfalls kann aber an beweglichen, körperlichen und selbständigen Einzelsachen EV wirksam begründet werden, *gleichgültig, ob es sich dabei um einfache oder zusammengesetzte, vertretbare oder unvertretbare, verbrauchbare oder unverbrauchbare, der Exekution entzogene oder ihr zugängliche Sachen handelt.*<sup>121</sup>

Der EV an Liegenschaften scheitert jedenfalls an der Unzulässigkeit ihrer bedingten Übereignung.<sup>122</sup> Aus den §§ 431 und 438 ABGB ergibt sich, dass bedingte oder betagte Rechte vor Eintritt der Bedingung oder des Termins weder eingetragen noch vorgemerkt werden können und ein EV somit lediglich schuldrechtliche Wirkungen haben kann. Des Weiteren besteht die Pflicht zur Abgabe einer Aufsandungserklärung ohnehin nur Zug um Zug gegen Bezahlung des Kaufpreises. Wird die Liegenschaft dem Käufer faktisch übergeben und gerät dieser in Verzug, genügt daher das schlichte Unterlassen der bücherlichen Übertragung bzw. der Übergabe einer Aufsandungserklärung durch den Verkäufer, um einen wirksamen Eigentumsübergang zu verhindern.<sup>123</sup>

Wird eine Liegenschaft gutgläubig erworben, erwirbt der gutgläubige Käufer bei der Zwangsversteigerung alles, was im Schätzungsprotokoll, in den Versteigerungsbedingungen und im Versteigerungsedikt als Zubehör angeführt ist, selbst wenn einzelne Stücke einem Dritten gehören.<sup>124</sup>

Wird eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen verbunden, ist ein EV daran nur möglich, wenn sie kein unselbstständiger Bestandteil oder unlösbares Zubehör der unbeweglichen Sache wird.<sup>125</sup> Ein unselbstständiger Bestandteil liegt immer dann vor, *wenn dieser tatsächlich nicht oder nur durch eine unwirtschaftliche Vorgangsweise von der Hauptsache abgesondert werden kann.*<sup>126</sup> Wird nun eine selbstständige Sache dem

---

<sup>121</sup> Zit.: Aicher in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 32

<sup>122</sup> OGH 5 Ob 14/69, SZ 42/65

<sup>123</sup> Vgl.: Spielbüchler in Rummel<sup>3</sup> § 370 Rz 7

<sup>124</sup> OGH 2 Ob 302/51, SZ 24/123

<sup>125</sup> Vgl.: Binder in Schwimann ABGB<sup>3</sup> § 1063 Rz 97

<sup>126</sup> Zit.: Kletečka in Koziol/Welser Band I<sup>13</sup> Seite 247

Vorbehaltskäufer unter EV übergeben und diese übergebene Sache später unselbständiger Bestandteil einer dem Vorbehaltskäufer gehörigen Sache, erlischt der EV.<sup>127</sup>

In Bezug auf das in § 435 ABGB geregelte Superädifikat, hat der OGH in einer Entscheidung aus dem Jahre 1990 festgestellt, dass, sofern ein solches nicht auf Dauer errichtet wird, trotz fester Verbindung mit dem Grund und trotz der sich daraus möglicherweise ergebenden Tatsache, dass es nicht ohne Zerstörung der Substanz wieder entfernt werden kann, eine bewegliche und sonderrechtsfähige Sache ist.<sup>128</sup> In dieser Leitentscheidung hat der OGH das weite Verständnis des Begriffs Superädifikat begründet. Eine Kreditsicherung durch EV an Superädifikaten ist daher problemlos möglich.

Ob auch an unkörperlichen Sachen EV begründet werden kann ist umstritten. Der OGH hat dies in Bezug auf den Verkauf eines Unternehmens verneint, da ein Unternehmen nicht nur aus beweglichen, körperlichen Sachen besteht, sondern regelmäßig auch Liegenschaften und Forderungen, an denen ein EV nicht begründet werden kann, umfasst.<sup>129</sup> Begründet wurde das damit, dass im rechtsgeschäftlichen Verkehr beim Forderungskauf nicht mit einem EV gerechnet wird und auch Gläubiger des Forderungserwerbers große Schwierigkeiten hätten, über das Bestehen des EV aus Rechnungen und Zahlungsbelegen genaue Kenntnis zu erlangen.<sup>130</sup>

Letztlich kann aber mE nach mit *Binder* und *Iro* gesagt werden, dass ein EV an Unternehmen sehr wohl möglich ist, sich in der Praxis jedoch nur auf der sachenrechtlichen Ebene auswirkt.<sup>131</sup> Das bedeutet, dass sich der EV auf die einzelnen Bestandteile des Unternehmens bezieht.<sup>132</sup>

---

<sup>127</sup> OGH 4 Ob 523/90, JBl 1991, 376

<sup>128</sup> OGH 3 Ob 38/90, JBl 1991, 378

<sup>129</sup> OGH 5 Ob 14/69, SZ 42/65

<sup>130</sup> Vgl.: *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 34

<sup>131</sup> Vgl.: *Iro* in Apathy, Bürgerliches Recht IV Sachenrecht<sup>2</sup> Seite 117

<sup>132</sup> Vgl.: *Binder* in Schwimann<sup>3</sup> § 1063 Rz 27, wobei die Ansicht *Binders*, der auch Liegenschaften mitumfasst wissen will mE zu weit geht.

## *Deutschland*

In der BRD ist das Institut des EV in erster Linie ebenfalls auf die Sicherung des Eigentums an beweglichen Sachen gerichtet. Dabei geht das deutsche Recht, im Unterschied zum österreichischen Recht, in § 90 BGB von einem Sachbegriff aus, der als eng anzusehen ist und deutlich hinter dem des § 285 ABGB zurückbleibt.

Sachen sind gemäß § 90 BGB körperliche Gegenstände, wobei als Voraussetzung für die Körperlichkeit eine klare Abgrenzung im Raum verlangt wird. Daher sind mangels Abgrenzbarkeit fließendes Wasser, Luft, Licht, Strahlen, Energie nicht als Sachen anzusehen.<sup>133</sup> Die Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ist im BGB nicht geregelt sondern wird vorausgesetzt.<sup>134</sup>

Entsprechend diesem Sachbegriff kann an beweglichen, körperlichen Sachen ein EV wirksam begründet werden. Des Weiteren ist es in der deutschen Lehre und Rspr, anders als in Österreich, unstrittig, dass an unkörperlichen Sachen kein EV vereinbart werden kann.<sup>135</sup> Bei mehreren beweglichen Sachen muss ein Gesamtpreis vereinbart werden und bei einer Sachgesamtheit muss sich der EV auf einzelne, im Vertrag von den Parteien bestimmten Sachen beziehen. Grund dafür ist der in § 854 BGB geregelte Spezialitätsgrundsatz.<sup>136</sup> Der Spezialitätsgrundsatz verhindert auch die Vereinbarung eines EV beim Verkauf eines Unternehmens. Diesbezüglich hat der BGH judiziert, dass eine, sich auf das ganze Unternehmen beziehende Willenseinigung nicht möglich ist, da ein Unternehmen weder eine Sache noch ein Recht, sondern ein Inbegriff von Vermögensgegenständen ist. Ein Eigentumsvorbehalt kann daher nur an einzelnen zum Unternehmen gehörenden Sachen und Rechten wirksam vereinbart werden.<sup>137</sup> Durch eine dem § 449 BGB nachempfundene vertragliche Vereinbarung, können die Parteien an Rechten wie etwa an Beteiligungen an Unternehmen einen EV vereinbaren. Daneben ist in diesen Fällen die Regelung des Rechtskaufes in § 453 BGB zu beachten.<sup>138</sup>

---

<sup>133</sup> Vgl.: *Dörner in Schulze/Dörner/Ebert*, BGB<sup>5</sup>, § 90 BGB Rz 2

<sup>134</sup> Vgl.: *Dörner in Schulze/Dörner/Ebert*, BGB<sup>5</sup>, § 90 BGB Rz 5

<sup>135</sup> Vgl.: *Serick*, I/Seite 114 ff.

<sup>136</sup> BGH Ib ZR 144/65 NJW 1968, 392; außerdem vgl.: *Weidenkaff in Palandt BGB*<sup>69</sup> § 449 Rz 3

<sup>137</sup> BGH I b ZR 144/65, NJW 1968, 392

<sup>138</sup> Vgl.: *Schmidt in PWW/BGB*<sup>4</sup>, § 449 Rz 1 ff.

Die Übertragung von Liegenschaften erfolgt in Form einer Auflassung. So bezeichnet § 925 BGB die dingliche, formgebundene Einigung der Parteien über den Eigentumsübergang an unbeweglichen Sachen. Sie muss unter Anwesenheit sämtlicher Parteien vor einem Notar oder Gericht abgegeben werden.<sup>139</sup>

Das Institut des Superädifikates ist der BRD zwar fremd, doch auch die deutsche Lehre und Rspr kennt Ausnahmen vom Grundsatz *superficies solo cedit* in Bezug auf Bauten, die nur vorübergehend auf einem Grundstück verbleiben sollen. Es entspricht nämlich der hL und Rspr, dass ein Gebäude, welches in Ausübung eines Rechts im Sinne von § 95 Abs. 1 S. 2 BGB nur vorübergehend errichtet wurde, ein Scheinbestandteil des Grundstücks ist, der grundsätzlich als bewegliche Sache zu behandeln ist.<sup>140</sup> Dabei ist die Regelung dieser Scheinbestandteile in der BRD ebenso großzügig ausgefallen wie jene des Superädifikates in Österreich. § 95 BGB zielt bei der Frage, ob eine, auf einem Grundstück befindliche Sache als bewegliche oder unbewegliche anzusehen ist, ausschließlich auf den Zweck des Bestandteiles ab. Ist eine Sache nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund verbunden, ist sie ein sogenannter Scheinbestandteil der Liegenschaft, der zwar eine unbewegliche Sache darstellt, im Rechtssinn jedoch wie eine bewegliche Sache behandelt wird. Für die Prüfung ob die Verbindung nur vorübergehend ist kommt es gemäß § 95 BGB nur auf den Willen des Erbauers, bzw. des Einfügenden und ausschließlich auf den Zeitpunkt der Verbindung mit dem Grund und Boden. Danach allein bestimmt sich die dingliche Rechtslage. Durch eine bloße spätere Änderung der Zweckbestimmung wird sie nicht verändert.<sup>141</sup>

Bezüglich der Verbindung sonstiger beweglicher Sachen mit unbeweglichen und deren Beurteilung als rechtlich selbstständig oder unselbstständig, gelten die Ausführungen zur österreichischen Rechtslage sinngemäß.

Was die Früchte von unter EV stehenden Sachen betrifft, ordnet § 953 BGB an, dass Erzeugnisse einer Sache auch nach der Trennung dem Eigentümer der Sache gehören sollen. Dieser Rechtssatz wird in der Praxis aber nicht durchgehalten. So gehört nach ganz herrschender Meinung etwa die Milch von Kühen, welche unter EV verkauft wurden dem Käufer. Tierjunge hingegen fallen zunächst in das Eigentum des Verkäufers, gehen aber mit

---

<sup>139</sup> Vgl.: *Brambring*, Beck'sches Notar-Handbuch<sup>5</sup>, Rn 1 ff.

<sup>140</sup> Vgl.: *Tersteegen*, Der Überbau in der notariellen Praxis, RNotZ 10/2006, S. 448; sowie Beschluss des OLG Köln 2 Wx 2/93, NJW-RR 1993, 982

<sup>141</sup> BGH V ZR 153/54, NJW 1956, 1273 bzgl. Bunkeranlagen; sowie vgl.: *Lwowski*, Das Recht der Kreditsicherung, Seite 92

Kaufpreiszahlung auf den Käufer über. Bis dahin hat dieser ein Anwartschaftsrecht an den Tierjungen. Begründet wird diese Konstruktion damit, dass der Käufer die Gefahr des Todes des Muttertieres trägt.<sup>142</sup>

### *Schweiz*

Wie in Deutschland, geht auch das Schweizer ZGB von einem engen Sachbegriff aus. Eine Sache ist demnach *jeder unpersönliche, körperliche, für sich bestehender Gegenstand, der der menschlichen Herrschaft unterworfen werden kann.*<sup>143</sup> Die Zweiteilung des Zivilrechts in ZGB und OR hat jedoch bewirkt, dass sich im Obligationenrecht ein eigener Sachbegriff herausgebildet hat. Das OR sieht Sachen nur durch die Brille der aus dieser Sache bestimmten Personen zustehenden Rechte. Nach dem ZGB räumt das Pfandrecht etwa dem Gläubiger die Möglichkeit ein, sich aus der gepfändeten Sache zu befriedigen falls der Schuldner seine Leistung nicht erbringt. Vor dem Hintergrund des OR ist das Pfandrecht ein Forderungsrecht des Gläubigers gegen den Schuldner. Inhalt des OR ist somit immer ein persönlicher Anspruch.<sup>144</sup>

Zu den wesentlichen Prinzipien des Schweizer Sachenrechts zählen unter anderem die Typengebundenheit und das Publizitätsprinzip. Dabei ist das Publizitätsprinzip in der Schweiz besonders stark ausgeprägt.<sup>145</sup> Dasselbe gilt für die Unterscheidung zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, was man deutlich am Aufbau des ZGB erkennt.

Anders als in Österreich und der BRD enthält das Schweizer ZGB, wie schon zum EV selbst, auch zum Vorbehaltsobjekt detaillierte Bestimmungen. So bestimmt der erste Artikel des 20. Titels des ZGB, dass Gegenstand des Fahrniseigentums nur bewegliche körperliche Sachen sowie die Naturkräfte, die der rechtlichen Herrschaft unterworfen werden können, gehören und nicht die Grundstücke. Demnach kann gemäß Art. 715 Abs. 1 ZGB nur an beweglichen Sachen ein EV wirksam vereinbart werden. An Grundstücken kann zudem auch gemäß Art. 217 Abs. 2 OR kein EV begründet werden. Art. 715 Abs. 2 ZGB ordnet das Verbot einer EV-

---

<sup>142</sup> Vgl.: *Serick*, I/Seite 230 ff.

<sup>143</sup> Zit.: *Tuor/Schnyder/Schmid* in *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch<sup>13</sup>, Seite 813 Rz 2

<sup>144</sup> Vgl.: *Tuor/Schnyder/Schmid* in *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch<sup>13</sup>, Seite 813 ff.

<sup>145</sup> Vgl.: *Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum<sup>3</sup>, Rz 270 ff.

Vereinbarung beim Viehhandel an.<sup>146</sup> Des Weiteren ist für diejenigen Schiffe, die in ein kantonales oder eidgenössisches Schiffsregister eingetragen sind, ein EV ausgeschlossen. An beweglichen Sachen, die mit einer unbeweglichen Sache verbunden sind, kommt ein EV nur insoweit in Betracht, als ihnen Sonderrechtsfähigkeit zukommt.<sup>147</sup>

Der Begriff des Superädifikates ist dem Schweizer Sachenrecht fremd. Ausnahmen vom Grundsatz *superficies solo cedit* gibt es aber dennoch. So bestimmt Art. 677 ZGB, dass Hütten, Buden, Baracken und dgl. ihren Eigentümer behalten sollen, wenn sie ohne Absicht einer bleibenden Verbindung auf fremdem Boden aufgerichtet sind. Nach Ansicht der hL und Rspr ist die Aufzählung der Fahrnisbauten in Art. 677 ZGB nur demonstrativ. Stattdessen kann jede bautechnische Vorrichtung eine Fahrnisbaute sein, unabhängig davon ob diese ober- oder unterirdisch auf dem Grundstück errichtet wurde. Es soll, wie bei § 95 dt. BGB ausschließlich auf den Willen des Erbauers bzw. Errichters des Bauwerkes ankommen.<sup>148</sup> Die Anlehnung an die deutsche Rspr ist dabei durchaus bewusst und gewollt.<sup>149</sup> Solche Fahrnisbauten sind daher bewegliche Sachen, sondereigentumsfähig und einer wirksamen EV-Vereinbarung zugänglich. Eine gewisse Einschränkung zum Superädifikat und den Scheinbestandteilen ergibt sich jedoch daraus, dass das Bundesgericht nicht nur auf das subjektive Element des Willen des Erbauers bzw. Errichters des Bauwerkes abstellt, sondern auch auf das objektive Element der baulichen Verbindung mit dem Grundstück, woraus sich in der Praxis zahlreiche Einschränkungen ergeben.<sup>150</sup> Insgesamt liegt der Schwerpunkt der Beurteilung, ob ein Fahrnisbau vorliegt auf der subjektiven Seite.<sup>151</sup>

In den übrigen Fällen richtet sich die Frage, ob eine Sache als bewegliche aufzufassen ist oder nicht, nach der allgemeinen Verkehrsauffassung, bzw. gilt das zur österreichischen Rechtslage gesagte.

Das an unkörperlichen Sachen kein EV vereinbart werden kann ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Art. 713, 715 Abs. 1 ZGB. An Rechten kann ein EV daher nicht wirksam

---

<sup>146</sup> Stattdessen sieht Art. 885 ZGB die Möglichkeit einer Viehverpfändung vor, bei der anstelle des Eigentumsvorbehaltsregisters das Verschreibungsprotokoll tritt;

<sup>147</sup> Vgl.: Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum<sup>3</sup>, Rz 1742 u. 1743

<sup>148</sup> BGE 98 II 199 S. 205

<sup>149</sup> BGE 92 II 227 S. 231

<sup>150</sup> BGE 105 II 264 S. 264 ff., wonach vorfabrizierte Garagen, die, einmal aufgestellt, sich nur sehr schwer verschieben lassen, keine Fahrnisbauten im Sinne von Art. 677 ZGB sind.

<sup>151</sup> BGE 100 II 8 S. 12

vereinbart werden.<sup>152</sup> Auch bei Sachgesamtheiten kommt ein EV nicht in Betracht, sofern Eigentum nur an einzelnen Stücken und nicht an der Sachgesamtheit möglich ist. Das ergibt sich bereits aus dem Spezialitätsgrundsatz des EV-Registers, indem die vorbehaltenen Sache derart genau bezeichnet werden muss, dass keine Zweifel an der Identität der Sache entstehen.<sup>153</sup>

An Wertpapieren kann ein EV wirksam begründet werden. Dasselbe gilt, abgesehen von Vieh, für Tiere und letztlich auch für verbrauchbare Sachen, wobei hier der EV mit dem Verbrauch der Sache untergeht.

### ***Rechtsvergleichende Stellungnahme***

Die sachenrechtliche Reichweite des EV ist in Österreich, bedingt durch den weiten Sachbegriff des § 285 ABGB, am größten und ist außer an beweglichen körperlichen und unkörperlichen Sachen wohl auch an Unternehmen zulässig, wirkt sich dort aber nur auf der sachenrechtlichen Ebene aus. Aber auch in Deutschland genießt das Institut des EV einen breiten Anwendungsbereich. Das zeigt sich etwa in der Regelung der Scheinbestandteile, die ebenso großzügig gehandhabt werden wie jene des Superädifikates in Österreich. Die Fahrnisbauten nach dem Schweizer ZGB unterliegen hierbei einer Beschränkung, da, anders als in Österreich und der BRD, auch das objektive Element der Verbindung zum Grundstück berücksichtigt werden muss. Ein EV an Grundstücken ist stets ausgeschlossen.

Auf Grund der Registrierungspflicht des EV nach schweizerischem Recht, ergeben sich im Vergleich zu Österreich und der BRD weitere Beschränkungen in Bezug auf Rechte und Sachgesamtheiten.

---

<sup>152</sup> Vgl.: Scherrer in ZK IV/2<sup>2</sup>, Art. 715, 716 Rz 18 ff.

<sup>153</sup> So z.B. bei Bibliotheken, Warenlager, usw., vgl.: Schenkel, Aus der Praxis des Betreibungsbeamten zum Eigentumsvorbehalt, SJZ 39/208 ff

### 1.3 Die Wirkungen des Eigentumsvorbehaltes im Überblick

#### (a) Rechte des Käufers

##### *Österreich*

Zwar wird der Käufer beim Kauf unter EV trotz Titel und Modus nicht Eigentümer, wohl aber rechtmäßiger, redlicher und echter Rechtsbesitzer. Als solcher hat er das Recht die Sache unter Schonung der Substanz zu nutzen und zwar unabhängig davon, ob ihm dieses Recht vom Verkäufer ausdrücklich eingeräumt wurde oder nicht, da in Bezug auf dieses Recht, die Stellung des Vorbehaltskäufers jener eines Mieters oder Entlehners gleichgehalten werden kann.<sup>154</sup>

Ob der Vorbehaltskäufer auch Sachbesitzer ist, ist strittig. Gemäß § 309 ABGB ist dafür der Wille des Inhabers, die Sache als die seinige zu behalten erforderlich. *Leicht* spricht dem Vorbehaltskäufer diese Eigenschaft zu. Der Rest der Lehre lehnt diese Auffassung zusammen mit der Rspr ab.<sup>155</sup> *Mayrhofer* erkennt richtig, dass sich der Wille, die Sache als die seinige zu behalten, auf den Zeitpunkt bezieht, an dem der Preis bezahlt ist.<sup>156</sup> Da der Rechtsbesitzer aber ohnehin denselben Schutz genießt wie der Sachbesitzer, ist diese Frage entbehrlich.

Gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer genießt der Vorbehaltskäufer aufgrund seines, im ABGB nicht geregelten, Anwartschaftsrechtes eine besondere Stellung. Dabei handelt es sich zwar nicht um ein dingliches Recht, wohl aber um eine quasidingliche Rechtsstellung.<sup>157</sup> Diese ermöglicht ihm, die Verteidigung seiner Position durch possessorische und petitorische Klagen. Das Anwartschaftsrecht darf vom Vorbehaltsverkäufer nur bei Zahlungsverzug des Vorbehaltskäufers, in Form eines Rücktrittes vom Vertrag nach § 918 ABGB, beeinträchtigt werden. Ferner kann der Vorbehaltskäufer zwar kein Eigentum wohl aber sein Anwartschaftsrecht veräußern.

---

<sup>154</sup> Vgl.: *Mayerhofer*, Abzahlungsgeschäft, Seite 119

<sup>155</sup> Vgl.: *Binder* in Schwimann ABGB<sup>3</sup> § 1063 Rz 41; *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 65; OGH 6 Ob 203/72, SZ 45/115

<sup>156</sup> *Mayerhofer*, Abzahlungsgeschäft, Seite 118

<sup>157</sup> Vgl.: *Thoss*, Schadenersatzansprüche von Eigentümer und Anwartschaftsberechtigtem bei Verletzung des Vorbehaltsguts durch Dritte, JBl 2003, 277 ff.; *Spielbüchler*, Zur dinglichen Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, JBl 1981, 505 ff.

Die *actio Publiciana* nach § 372 ABGB steht dem Vorbehaltskäufer zwar nach hL und Rspr zu, § 372 kann aber nur analog angewendet werden, da der Vorbehaltskäufer nicht Ersitzungsbesitzer ist. Dennoch genießt der Vorbehaltskäufer dadurch eine absolute Position und kann, neben dem Eigentümer, Schadenersatzansprüche gegenüber dem Schädiger geltend machen.<sup>158</sup> Gegen den unbefugten Gebrauch der Vorbehaltssache kann sich der Vorbehaltskäufer mit einem Verwendungsanspruch nach § 1041 ABGB gegenüber dem Eingreifer behelfen.<sup>159</sup>

Ein Rücktritt vom Vertrag kommt nach Maßgabe der §§ 918 ff. ABGB in Betracht. Handelt es sich beim Vorbehaltskäufer um einen Verbraucher, findet zusätzlich das Rücktrittsrecht des § 3 KSchG Anwendung (Haustürgeschäfte). Beim drittfinanzierten Kauf steht das Recht zum Vertragsrücktritt, etwa wegen unbehebbarer Mängel, ebenfalls dem Vorbehaltskäufer zu.<sup>160</sup> Schuldrechtlich bewirkt der Rücktritt vom Vertrag, dass dieser *ex tunc* beseitigt wird. Die Kaufpreisforderung des Vorbehaltsverkäufers erlischt.<sup>161</sup> Für die Nutzung der Vorbehaltssache hat der Vorbehaltskäufer ein Benutzungsentgelt zu leisten, der Vorbehaltsverkäufer hat den, bis dahin bereits geleisteten Kaufpreis samt Zinsen rückzuerstatten. Hat der Vorbehaltskäufer Aufwendungen getätigt, kann er auch diese nach §§ 331 f iVm § 1437 ABGB herausverlangen. Dabei steht ihm freilich ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne von § 1052 Abs. 1 ABGB zu.

### ***Deutschland***

Auch in der BRD erwirbt der Käufer durch die EV-Vereinbarung zwar kein Eigentum, wohl aber Rechtsbesitz und eine besonders geschützte Rechtsposition. So geht das Eigentum an der Vorbehaltssache automatisch auf den Käufer über, sobald dieser den Kaufpreis zur Gänze geleistet hat. Schon mit der Übergabe erlangt er unmittelbaren Fremdbesitz und das Nutzungsrecht am Vorbehaltsobjekt. Der Eigentumsübergang kann vom Verkäufer auch nicht mehr einseitig verhindert werden.<sup>162</sup> Grundlage für diese Stellung ist das, dem Käufer zustehende Anwartschaftsrecht. Dieses Anwartschaftsrecht ist im BGB nicht geregelt. Nach der hL und Rspr handelt es sich um ein *subjektives dingliches Vermögensrecht, das der*

---

<sup>158</sup> Vgl.: *Kletečka* in Koziol/Welser Band I Seite 413 ff.; *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 70; OGH 5 Ob 197/58 SZ 31/91

<sup>159</sup> Vgl.: Bydlinski in Klang IV/2<sup>2</sup> Seite 606

<sup>160</sup> OGH 6 Ob 203/72, SZ 45/115

<sup>161</sup> OGH 1 Ob 713/86, RdW 1987, 157 = JBl 1988, 311

<sup>162</sup> Vgl.: *Schwab/Prittting*, Sachenrecht<sup>32</sup>, Seite 153

*Käufer durch Übertragung und die Gläubiger durch Pfändung nutzbar machen kann.*<sup>163</sup> Der Käufer kann sein Anwartschaftsrecht, wie in Österreich, auch an einen Dritten veräußern, der dann in den Kaufvertrag mit dem Verkäufer eintritt. Die Übertragung folgt den Regeln des Eigentumsrechts.<sup>164</sup> Veräußert der Verkäufer sein auflösend bedingtes Eigentum an einen Dritten durch eine Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 931 BGB, ist der Käufer als Rechtsbesitzer auch gegen den neuen Verkäufer geschützt.<sup>165</sup> Der Käufer kann dem auflösend bedingten Eigentümer sein Besitzrecht aus dem Kaufvertrag entgegenhalten und diesem die Herausgabe des Vorbehaltsobjektes gemäß § 986 Abs. 1, bzw. Abs. 2 (wenn der Verkäufer sein Eigentum veräußert) BGB verweigern.<sup>166</sup> Wird der Bedingungseintritt vom Verkäufer schuldhaft vereitelt, kann ihn der Käufer gemäß § 160 Abs. 1 BGB auf Schadenersatz klagen. Dass der Verkäufer in seiner Verfügungsbefugnis über das Vorbehaltsobjekt beschränkt ist, ergibt sich aus § 161 Abs. 1 BGB wonach jede Verfügung des Verkäufers während der Schwebezeit im Falle des Eintritts der Bedingung unwirksam sein soll, wenn sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Schließlich ordnet § 162 Abs. 1 BGB an, dass für den Fall, dass der Eintritt der Bedingung von dem Teil, dem der Eintritt zum Nachteil gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert wird, die Bedingung als eingetreten gelten soll.<sup>167</sup>

Strittig ist, ob das Anwartschaftsrecht dem Käufer auch ein dingliches Besitzrecht vermittelt, er also auch Sachbesitzer ist. Der BGH hatte in den letzten Jahre öfters mit dieser Problemstellung zu tun, lies die Frage aber stets offen.<sup>168</sup>

### ***Schweiz***

Wurde der EV zusätzlich zu Vereinbarung auch ins EV-Register eingetragen, erwirbt der Käufer aufschiebend bedingtes Eigentum und unselbstständigen Besitz, wobei sich sein Besitz nach den Regeln des Betreibungsrechts richtet. Zudem genießt der Vorbehaltskäufer auch in der Schweiz auf Grund eines nicht geregelten Anwartschaftsrechtes eine besondere Stellung. Die Anwartschaft wird automatisch zu Eigentum sobald der Kaufpreis bezahlt ist, die

---

<sup>163</sup> Zit.: *Schellhammer*, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen, Rz 1226

<sup>164</sup> Dazu ausführlich: *Serick I*/Seite 255 ff.

<sup>165</sup> Vgl.: *Baldus in Rebmann/Säcker/Rixecker*, MK zum BGB<sup>5</sup> § 986, Rz 9 ff.

<sup>166</sup> BGH IX ZR 220/05, NJW 2008, 1803

<sup>167</sup> Vgl.: *Ellenberger in Palandt BGB*<sup>69</sup> § 162 Rz 1 ff.

<sup>168</sup> BGH VIII ZR 184/05, NJW 2006, 3488, sowie BGH I ZR 241/03, NJW 2006, 3490

Bedingung also eingetreten ist.<sup>169</sup> Auf Grund des Anwartschaftsrechts, stehen auch dem Vorbehaltskäufer die *rei vindicatio* und die *actio negatoria* nach Art. 614 ZGB zu.<sup>170</sup>

Im Verhältnis zu Österreich und der BRD ist das Anwartschaftsrecht in der Schweiz jedoch schwächer ausgestaltet. So darf der Käufer ohne Zustimmung des Verkäufers sein Anwartschaftsrecht nicht veräußern oder verpfänden.<sup>171</sup> Tut er es trotzdem, kommt nur ein gutgläubiger Eigentumserwerb des Dritten in Betracht.

Dem Käufer steht außerdem ein Gebrauchs- und Nutzungsrecht am Vorbehaltsobjekt zu, sowie außerdem Besitz- und Rechtsschutz gemäß Art. 926 ZGB.

## **(b) Rechte des Verkäufers**

### *Österreich*

Vorbehaltsverkäufer ist Eigentümer und mittelbarer Sachbesitzer der Vorbehaltssache. Trotz seines Eigentumsrechtes, kann er die Sache jedoch nur bei berechtigtem Vertragsrücktritt nach § 918 ABGB zurückfordern, sofern nichts anderes vereinbart wurde. Wird die Sache vom Vorbehaltskäufer unrechtmäßig an einen Dritten weitergegeben, kann sich der Vorbehaltsverkäufer mit der *rei vindicatio* nach § 366 ABGB behelfen.<sup>172</sup> Danach müsste er das Gut grundsätzlich wieder dem Käufer aushändigen, in der Praxis wird hier aber regelmäßig ein Vertragsrücktritt erfolgen. Des Weiteren kann der Verkäufer sein Eigentum auch an Dritte übertragen. Der Dritte erlangt aber nur auflösend bedingtes Eigentum.<sup>173</sup>

Ein weiteres Recht des Verkäufers ist es, bei Zahlungsverzug des Käufers vom Vertrag nach § 918 ABGB zurücktreten zu dürfen. Dieses Rücktrittsrecht steht dem Verkäufer unabhängig davon zu, ob ihm dieses Recht besonders eingeräumt wurde oder nicht.<sup>174</sup> Die Rücktrittserklärung hat zunächst jedoch, unter Setzung einer Nachfrist, aufschiebend bedingt

---

<sup>169</sup> Vgl.: Scherrer in ZK IV/2<sup>2</sup> Art. 715, 716 Rz 135

<sup>170</sup> Vgl.: Liver in SPR V/1, Seite 26 ff.

<sup>171</sup> Vgl.: BGE 90 IV, 1964, Pra 54 Nr. 41, S.180 ff. zur strafrechtlichen Beurteilung einer widerrechtlichen Verfügung.

<sup>172</sup> Vgl.: Binder in Schwimann ABGB<sup>3</sup> § 1063 Rz 48 ff.

<sup>173</sup> Vgl.: Frotz, Kreditsicherungsrecht, Seite 101; Iro, Rechtsgründe für Eigentumserwerb, RdW 1997, 67 ff.

<sup>174</sup> OGH 3 Ob 232/08a, ecolex 2009/178 S 482 - ecolex 2009,482 = EvBl-LS 2009/116 = JB1 2009,656 = ZIK 2009/321 S 207 - ZIK 2009,207 = ÖBA 2010,240/1612 (Schumacher) - ÖBA 2010/1612 (Schumacher)

zu erfolgen und wird erst wirksam, wenn der Käufer die Nachfrist ungenutzt verstreichen hat lassen. Bezüglich der Länge einer Nachfrist verlangt der OGH lediglich, dass eine solche gewährt wird ohne dass sie gesetzt, das heißt zeitlich festgelegt werden muss.<sup>175</sup> In Deutschland ist die Rechtslage praktisch ident, was vor allem an der Umsetzung der Richtlinie 1999/44/EG in beiden Staaten liegt.<sup>176</sup>

### *Deutschland*

Der Verkäufer ist auflösend bedingter Eigentümer sowie mittelbarer Eigenbesitzer. Er kann daher sein Eigentum im Falle der Pfändung der Vorbehaltssache durch Gläubiger des Käufers, mittels *rei vindicatio* gemäß § 985 BGB heraus verlangen. Die ebenfalls mögliche Pfändung des Anwartschaftsrechts, berührt den Verkäufer in seinen Rechten nicht, da in diesem Fall der Gläubiger in den Kaufvertrag eintritt und den noch ausstehenden Kaufpreis zu bezahlen hat.

Für das Rücktrittsrecht statuierte § 455 BGB (alt) eine Auslegungsregel, wonach der Verkäufer im Zweifel vom Vertrag zurücktreten durfte, wenn der Käufer mit der Kaufpreiszahlung in Verzug geraten ist, ohne diesem eine Nachfrist setzen zu müssen.<sup>177</sup> Der Verkäufer genoss somit im Verhältnis zur Rechtslage in Österreich und der Schweiz eine Privilegierung. Dieses Recht wurde aber von der hL und der Rspr dahingehend eingeschränkt, dass bei Verzug des Käufers der Verkäufer eine Nachfrist zu setzen hatte.<sup>178</sup> Diese Rspr wurde vom Gesetzgeber berücksichtigt, sodass gemäß § 449 BGB das Rücktrittsrecht nur mehr unter Setzung einer angemessenen Frist im Sinne von § 323 Abs. 2 BGB ausgeübt werden darf.<sup>179</sup> Ansonsten richtet sich das Rücktrittsrecht des Verkäufers nach dem Leistungsstörungenrecht.

Ist der Verkäufer rechtswirksam vom Vertrag zurückgetreten, kommt es gemäß § 346 BGB zu einer Zug um Zug Rückabwicklung bei welcher der Verkäufer die bereits erhaltenen Raten samt Zinsen, der Käufer das Vorbehaltsobjekt einschließlich eines Benutzungsentgeltes

---

<sup>175</sup> OGH 1 Ob 203/98d, JBl 1999, 527

<sup>176</sup> Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (ABl. EG Nr. L 171 S. 12).

<sup>177</sup> Vgl.: *Schellhammer*, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen, Rz 1208; BGH VIII ZR 305/62, NJW 1964, 1788

<sup>178</sup> BGH VIII ZR 24/69, BeckRS 1970=NJW 1970, 1733=BGHZ 54, 214;

<sup>179</sup> Vgl.: Begr RE BT-Drucks 14/6040, Seite 241; *Huber*, Rücktrittsrecht des Vorbehaltverkäufers in der Insolvenz des Vorbehaltkäufers; NZI 2004, 57

herauszugeben hat. Im Unterschied zur österreichischen Rspr wird vom BGH die Möglichkeit der Zwangsvollstreckung des Verkäufers in das Vorbehaltsobjekt bejaht.

### *Schweiz*

Die *rei vindicatio* und die *actio negatoria* stehen dem Verkäufer, als Eigentümer und selbstständigen Besitzer, freilich auch in der Schweiz zu und sind in Art. 641 ZGB geregelt. Das gilt allerdings nicht im Verhältnis zum Käufer, solange dieser seinen Verpflichtungen nachkommt. Gerät der Käufer in Verzug kann der Verkäufer zwischen Rücktritt vom Vertrag und Erfüllung wählen. Das einseitige Rücktrittsrecht des Verkäufers gilt in einer EV-Vereinbarung gemäß Art. 214 Abs. 3 OR stets als stillschweigend miteingeschlossen.<sup>180</sup> Der Verkäufer ist in der Ausübung seines Rücktrittsrechts gemäß Art. 107 OR an die Einhaltung einer angemessenen Frist gebunden. Es ist ausreichend wenn der Käufer mit einer einzigen Rate in Verzug ist.<sup>181</sup> Dabei ist zu Berücksichtigen, dass eine *rei vindicatio* nur möglich ist, wenn der EV im Zeitpunkt der Rücktrittserklärung bereits im EV-Register eingetragen war. Ansonsten hat der Verkäufer nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Herausgabe des Vorbehaltsobjektes. Geht man mit der Mindermeinung der Lehre davon aus, dass der Vorbehaltskäufer auflösend bedingtes Eigentum erwirbt, fällt das Eigentum mit Bedingungseintritt an den Verkäufer zurück.<sup>182</sup>

Bezüglich der wechselseitigen Ansprüche auf Benutzungsentgelt bzw. Zinszahlung gilt das oben zur österreichischen Rechtslage gesagte. Der Verkäufer hat demnach Anspruch auf Benutzungsentgelt gemäß Art. 716 ZGB sowie Art. 226 OR.

## **1.4 Der Eigentumsvorbehalt im drittfinanzierten Kauf am Beispiel des Kfz Zwischenhandels**

Wie oben bereits erwähnt, kann der Vorbehaltsverkäufer sein auflösend bedingtes Eigentum an Dritte übertragen. Wirtschaftlich sinnvoll ist das vor allem dann, wenn der Verkäufer

---

<sup>180</sup> BGE 90 II 285, S. 291 ff.

<sup>181</sup> Vgl.: Scherrer in ZK IV/2, Art. 715, 716 Rz 88 ff.

<sup>182</sup> Vgl.: Liver in SPR V/1, Seite 331 ff.

finanziell nicht in der Lage ist, dem Käufer den Kaufpreis zu kreditieren. In diesem Fall springt ein Finanzierer, meist eine Bank, ein, um dem Käufer in den Besitz der Sache zu bringen. Eine solche Konstellation wird als drittfinanzierter Kauf bezeichnet und wird zumeist beim Kfz-Kauf angewandt.

Praktisch am häufigsten kommen solche Geschäfte über Abtretungskonstruktion zustande, bei der der Verkäufer der Bank, gegen Bezahlung des Kaufpreises, die Forderung gegenüber dem Käufer abtritt. Daneben besteht noch die Möglichkeit, dass die Bank dem Käufer ein Darlehen gewährt, die Darlehenssumme jedoch an den Verkäufer ausbezahlt wird und die Raten vom Käufer an die Bank zu leisten sind.<sup>183</sup>

Auch ein Tausch der vorbehaltenen Sache mit einer Anderen ist möglich, hierbei behilft man sich mit der Sicherungsübereignung.<sup>184</sup> Juristisch problematisch ist der drittfinanzierte Kauf vor allem deshalb, weil die Zahlungspflicht des Käufers gegenüber der Bank unabhängig von allfälligen Mängeln der Vorbehaltssache besteht.<sup>185</sup>

Der Darstellung des drittfinanzierten Kaufs in Österreich, Deutschland und der Schweiz soll folgender Fall zugrunde gelegt werden: ein Kunde kauft einen Wagen von einem Autohändler. Da der Kunde den Wagen nicht sofort bezahlen kann, wird im Kaufvertrag ein Ratenkredit mit einer Bank vereinbart. Diese zahlt in weiterer Folge den Kaufpreis direkt an den Autohändler, lässt sich als Sicherheit die Kaufpreisforderung abtreten und behält sich das Eigentum am Kfz vor. Es stellt sich dabei vor allem die Frage, ob ein solcher EV wirksam vereinbart werden kann, zumal die Bank nie im Besitz des Kfz war.

### **Österreich**

Man unterscheidet zwei Fälle des drittfinanzierten Kaufs: die Abtretungskonstruktion und die Darlehenskonstruktion.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> Vgl.: *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 11 ff

<sup>184</sup> OGH 3 Ob 308/97h, JBl 2000, 32

<sup>185</sup> Vgl.: *Bydlinski*, Zur Drittfinanzierung stiller Gesellschaftsbeteiligungen, JBl 1988, 205

<sup>186</sup> Auf die dritte Möglichkeit, das Schecksystem wird hier nicht eingegangen. Vgl.: *Binder* in Schwimann<sup>3</sup> § 1063 Rz 12; *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 11 ff.

Bei der Abtretungskonstruktion, kommt es zu einer Rahmenvereinbarung, innerhalb derer der Verkäufer dem Käufer das Kfz unter Vorbehalt des Eigentums verkauft. Zur Finanzierung des Kaufs gewährt die Bank dem Käufer ein Darlehen, welches direkt an den Verkäufer ausbezahlt wird. Im Gegenzug tritt der Verkäufer der Bank die Kaufpreisforderung ab und überträgt ihr das vorbehaltenene Eigentum. Was die Erwerbsart der Bank betrifft, gehen die hL und Rspr unterschiedliche Wege. Nach Ansicht des OGH, bewirkt allein die Zession der Kaufpreisforderung die Übertragung des vorbehaltenen Eigentums.<sup>187</sup>

In der Lehre ist die Frage der Eigentumsübertragung hingegen Gegenstand umfangreicher Kontroversen. Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass für den EV dieselben Rechtsfolgen gelten müssen wie für das Pfandrecht. Für dieses gibt es keine besonderen sachenrechtliche Vorschriften hinsichtlich der Übertragung, sodass es ohne Traditionshandlung als bloßes Nebenrecht gemäß § 1358 ABGB zusammen mit der Forderung auf den Zessionar übergeht.<sup>188</sup>

*Bydlinski* hat jedoch aufgezeigt, dass dies für den EV nicht gelten kann. Zunächst gibt es für die Eigentumsübertragung im Unterschied zum Pfandrecht ausdrückliche sachenrechtliche Vorschriften in den §§ 424 ff. ABGB. Ferner wird der EV als dingliches Recht gerade dann schlagend, wenn die damit gesicherte Forderung wegfällt, etwa bei Konkurs des Käufers. *Deshalb kann ein dingliches Recht, dass seine Wirkung am stärksten bei Wegfall einer Forderung zeigt, kein Nebenrecht dieser Forderung sein.*<sup>189</sup>

Dem hält *Reischauer* entgegen, dass der EV ohnehin kein Nebenrecht sei, dass die wirtschaftliche Nähe zum Pfandrecht offenkundig ist und sich der Übergang des vorbehaltenen Eigentums bei der Zession allein aus der *ratio* der §§ 1358 und 1422 ABGB ergebe.<sup>190</sup>

In der hL hat sich jedoch durchgesetzt, dass für die Übereignung des EV sehr wohl eine der Erwerbsart der §§ 424 ff. ABGB erforderlich ist.<sup>191</sup> Als Übertragung käme dann *de facto* nur die Besitzanweisung an den Käufer in Betracht. Für eine wirksame Besitzanweisung wird

---

<sup>187</sup> Dazu ausführlich: OGH 7 Ob 279/98z

<sup>188</sup> Dazu ausführlich: *Bydlinski* in Klang IV/22, Seite 650 ff.

<sup>189</sup> Zit.: *Bydlinski* in Klang IV/22, Seite 652

<sup>190</sup> Vgl.: *Reischauer* in Rummel<sup>3</sup>, § 1422 Rz 21: bzgl. der Nähe des EV zum Pfandrecht, bezieht sich *Reischauer* auf Art. 715 Schweizer ZGB.

<sup>191</sup> Vgl.: *Koziol* in *Koziol/Welser* Band I<sup>13</sup>, Seite 375; außerdem: *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft, Seite 131 ff.;

mittlerweile von der hL und Rspr die Ansicht vertreten, dass eine Zustimmung des Angewiesenen nicht erforderlich ist.<sup>192</sup>

Nach ständiger Rspr bedarf es aus Sicht des OGH zur Übertragung des EV keines dinglichen Rechtsaktes, also weder einer Besitzanweisung noch eine sonstige Traditions handlung.<sup>193</sup> Demnach geht im Falle der Einlösung (im Sinne von § 1422 ABGB) oder der Legalzession (im Sinne von § 1358 ABGB) einer Forderung das zu ihrer Besicherung vorbehaltene Eigentum *ipso iure* als Nebenrecht auf den Zessionar über.<sup>194</sup>

### *Deutschland*

Bei der Problematik des drittfinanzierten Kaufs, weicht die deutsche Lehre und Rspr deutlich von jener in Österreich und der Schweiz ab. Grund dafür ist die Zulässigkeit der publizitätslosen Sicherungsübereignung.<sup>195</sup> Bisweilen wird die Konstruktion des EV zur Sicherung der Kreditgeberin auch als *abgeleiteter* EV bezeichnet.<sup>196</sup> Dabei folgt das Grundgeschäft demselben Muster wie in Österreich: die Bank finanziert dem Abnehmer das Kfz indem sie direkt an den Verkäufer zahlt. Dabei handelt es sich zumeist um eine, mit dem Verkäufer konzernmäßig verbundene Bank. Es liegt also funktional gesehen eine Abtretungskonstruktion in Form eines Rahmenvertrags vor. In den AGB des Verkäufers wird ferner vereinbart, dass der EV auf die Kreditgeberin übergehen soll.

Nach Ansicht der hL und Rspr, erfüllt der abgeleitete EV die Funktion einer Sicherungsübereignung.<sup>197</sup> Begründet wird das damit, dass im Falle der Drittfinanzierung, das übertragene Eigentum der Bank nicht den Warenkredit sondern den Geldkredit sichern soll. Da diese Konstruktion wirtschaftlich dem, in der BRD unzulässigen, besitzlosen Pfandrecht entspricht, wird hier stattdessen Sicherungseigentum der Bank angenommen.<sup>198</sup> Dem liege außerdem die gesetzgeberische Intention zu Grunde, dass der Geldkreditgeber dem die Vorbehaltssache als Sicherheit überlassen wird, weniger schutzwürdig sei, als der

---

<sup>192</sup> OGH 10b543/87, EvBl 1987/175, S. 652; außerdem vgl.: *Bydlinski* in Klang IV/22, Seite 657 ff.

<sup>193</sup> OGH 7 Ob 279/98z; 3 Ob465/61, SZ 35/18

<sup>194</sup> OGH 10b543/87, EvBl 1987/175, S. 652

<sup>195</sup> Die publizitätslose Sicherungsübereignung ist in der Schweiz gemäß Art. 717 ZGB, in Österreich kraft ständiger Rspr unzulässig. Dazu zuletzt ausführlich: OGH 3 Ob2403/96w, SZ 70/118

<sup>196</sup> Vgl.: *Ganter* in MK zur InsO<sup>2</sup>, § 47 Rz 96a ff.

<sup>197</sup> Vgl.: *Ganter* in MK zur InsO<sup>2</sup>, § 47 Rz 96b

<sup>198</sup> Zuletzt: BGH IX ZR 220/05, NJW 2008, 1803

Warenkreditgeber, der die ihm gehörende Sache dem Schuldner übergibt, ohne dafür die vollständige Gegenleistung erhalten zu haben.<sup>199</sup> Das leuchtet ein, wobei dasselbe grundsätzlich auch für Österreich und die Schweiz gelten müsste. Da in diesen Staaten eine publizitätslose Sicherungsübereignung aber nicht möglich ist, behilft sich die Rspr in diesen Staaten stattdessen mit dem EV.

Im Falle der Insolvenz des Käufers ist die Bank als Sicherungseigentümerin auf Grund des fiduziarischen Charakters des Sicherungseigentums zur Absonderung nach § 51 Abs. 1 InsO und nicht zur Aussonderung berechtigt.<sup>200</sup> Nach außen hin ist die Bank Eigentümerin des Kfz, im Innenverhältnis jedoch treuhändisch gebunden. Sachenrechtliche Verfügungen wären zwar wirksam, würden aber gegen den Sicherungsvertrag verstoßen. Der *abgeleitete* EV stellt daher eine Sicherungsübereignung dar.

### *Schweiz*

In der Schweiz kommt ein drittfinanzierten Kauf im Wege der Absatzfinanzierung oder der Kundenfinanzierung in Betracht.

Hinter der Absatzfinanzierung steht dieselbe Idee wie bei der Abtretungskonstruktion. Es kommt zu einer Rahmenvereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer in der die Finanzierung des Geschäfts durch einen Bankkredit vereinbart wird. Des Weiteren lässt sich der Verkäufer zu seinem Gunsten einen EV eintragen. Zur Sicherung der Kreditgeberin, zediert der Verkäufer die Kaufpreisforderung an die Bank. Gemäß Art. 170 OR gehen mit der Forderung aber auch die Vorzugs- und Nebenrechte auf den Zessionar über. Das BG geht seit jeher ohne weiteres davon aus, dass der EV als ein solches Nebenrecht anzusehen ist und bejaht daher den Übergang des EV auf den Kreditgeber.<sup>201</sup> Mit diesem Ergebnis stimmt auch die Lehre überein. Nach Ansicht *Wiegands*, stellt der EV analog zum Pfandrecht ein Sicherungsrecht dar, welches an der Forderung haftet und daher gemäß Art. 170 OR durch Zession mit übergeht.<sup>202</sup> Außerdem stellt *Liver* ergänzend fest, dass der Verkäufer, auf Grund des auf seinen Namen eingetragenen EV, Eigentümer bleibt und durch eine Vereinbarung zwischen

---

<sup>199</sup> Vgl.: *Hörmann*, BB 2008, 1084

<sup>200</sup> M.a.W.: *Andres* in Nerlich/Römermann InsO<sup>17</sup>, § 47 Rn 15; BGH IX ZR 220/05, NJW 2008, 1803

<sup>201</sup> BGE 46 II, 1920, Pra 9 Nr. 25, S. 45 ff.

<sup>202</sup> M.a.W.: *Wiegand*, Mobiliarsicherheiten, Seite 97

Zedent und Zessionar eine Übertragung des EV auf einen Dritten problemlos möglich ist.<sup>203</sup> Dem entspricht auch Art. 4 EigVV wonach die Abtretung der Kaufpreisforderung ins EV-Register eingetragen werden kann. In der Praxis lassen sich die Banken, trotz des automatischen Überganges gemäß Art. 170 OR, den EV ausdrücklich übertragen.

Im Ergebnis entfernt man sich mit dieser Konstruktion weit vom eigentlichen EV und dem, dem Schweizer Sachenrecht immanenten, Gedanken der Publizität. Vielmehr entspricht die Absatzfinanzierung einer besitzlosen Sicherungsübereignung und verstößt damit gegen Art. 717 ZGB. *Honsell* sieht darin keine Umgehung des Publizitätsprinzips, sondern führt aus, dass die Eigentumsübertragung auf den Zessionar gemäß Art. 170 OR die nach Art. 717 ZGB unzulässige Sicherungsübereignung mittels Konstitut ersetzt.<sup>204</sup>

Die zweite Möglichkeit eines drittfinanzierten Kaufs stellt die Kundenfinanzierung dar. Hier liegen zwei selbstständige Vertragsverhältnisse vor: ein Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer, sowie ein Darlehensvertrag zwischen Käufer und Bank. In der Praxis sind diese Verträge selten wirklich unabhängig voneinander. Meist wird vom Verkäufer die Aufnahme eines Darlehens bei einer bestimmten Bank verlangt. Wird dabei der Verkäufer vermittelnd tätig, entsteht dieselbe Konstruktion wie bei der Absatzfinanzierung, sodass gemäß Art. 226m OR auf den Darlehensvertrag die Bestimmungen über den Abzahlungsvertrag sinngemäß anzuwenden sind.<sup>205</sup>

### ***Rechtsvergleichende Stellungnahme***

Die Konstruktion des drittfinanzierten Kaufs ist in Österreich und der Schweiz ident. Gerade beim Kfz Kauf eines Händlers liegt der einzige in der Schweiz häufig gebräuchliche Anwendungsbereich des EV. Der Grund dafür liegt auf der Hand: wie in Österreich lässt auch das BG den EV als bloßes Nebenrecht durch Zession an den Finanzierer übergehen. Anders als in österreichischen Lehre, stimmt die hL in der Schweiz mit diesem Ergebnis überein.

---

<sup>203</sup> Vgl.: *Liver* in SPR V/1, Seite 340 ff.

<sup>204</sup> M.a.W.: *Honsell*, Fälle mit Lösungen zum Obligationenrecht<sup>3</sup>, Seite 75

<sup>205</sup> Vgl.: *Wiegand*, Anwendungsbereiche des Abzahlungsrechtes ZBJV 134/1998, Seite 208 ff.; außerdem: BGE 122 III 160, S. 161 ff.

Anders stellt sich die Rechtslage in der BRD dar. Dort wird im Unterschied zu Österreich und der Schweiz auch die publizitätslose Sicherungsübereignung für zulässig erachtet. Auf Grund der Nähe zum besitzlosen Pfandrecht, wird daher von der deutschen Lehre und Rspr beim drittfinanzierten Kauf kein EV sondern Sicherungseigentum der Bank angenommen, mit dem Ergebnis einer theoretischen Schlechterstellung der Kreditgeberin im Konkurs des Käufers. Theoretisch deshalb, weil in der Praxis ein Absonderungsrecht kaum jemals schlechtere Befriedigungschancen ermöglichen wird als ein Aussonderungsrecht. Dennoch ist festzuhalten, dass der Problematik des drittfinanzierten Kaufes in der BRD, wo der EV wesentlich großzügiger gehandhabt wird, engere Schranken gesetzt sind.

### **1.5 Die sachenrechtlichen Folgen der Verarbeitung des Vorbehaltsobjekts**

Die Frage des sachenrechtlichen Schicksals des EV im Falle der Verarbeitung des Vorbehaltsobjektes ist in zweifacher Hinsicht von Bedeutung. Zum einen für die Frage, ob der EV durch eine Verarbeitung untergeht. Darüber hinaus für die wirtschaftlich wichtige Frage, ob durch eine parteiliche Vereinbarung das Eigentum des Vorbehaltsverkäufers auch nach erfolgter Spezifikation erhalten werden kann. Dazu ist es erforderlich, zunächst die Bestimmungen bezüglich der Verarbeitung rechtsvergleichend gegenüberzustellen.

#### ***Österreich***

Bei den sachenrechtlichen Wirkungen des EV sind vor allem die Fälle der Verarbeitung, Vermengung, Vermischung aber auch der Weiterveräußerung zu berücksichtigen.

Gemäß §§ 414 ff ABGB führt die Verarbeitung einer Sache nicht automatisch zum Eigentumserwerb des Herstellers. Stattdessen soll gemäß § 415 S. 2 ABGB in dem Fall, dass die Sache nicht mehr in ihren vorigen Zustand rückgeführt werden kann, Miteigentum im Verhältnis des Wertes der Sache und der, mit der Verarbeitung verbundenen Arbeit entstehen.<sup>206</sup> Die §§ 414 ff. ABGB besitzen jedoch keinen zwingenden Charakter.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> Im Gegensatz dazu sieht § 950 BGB Alleineigentum des Herstellers einer neuen Sache vor.

<sup>207</sup> Vgl.: *Spielbüchler*, Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, JBl 1968, 589 ff.; außerdem: OGH 7 Ob279/98z

Wird an der gelieferten Ware ein EV begründet und kommt es in weiterer Folge zur Verarbeitung der Ware kommt es allerdings zunächst darauf an, welche Rechtsfolgen die Parteien vereinbart haben. Nach der älteren Rspr erlischt der EV falls eine solche nicht besteht. Der *verlängerte EV* (siehe unten Punkt 2.2.) wurde von der österreichischen Rechtssprechung bis 1976 strikt abgelehnt.<sup>208</sup> Erst seit Ende der 1970er Jahre nimmt der OGH in Anschluss an *Bydlinski* ein Fortbestehen des EV an: *Wird zwischen einer unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache und der Sache eines anderen eine unlösbare Verbindung hergestellt, so entsteht Miteigentum im Verhältnis des Wertes der Beiträge der Sacheigentümer, sofern die Parteien keine andere Vereinbarung getroffen haben.*<sup>209</sup> Der OGH ordnet damit die Rechtsfolgen des § 415 Satz 2 ABGB an.

Kommt es allerdings zu einem Verbrauch, etwa von Benzin oder Heizöl, geht der EV zusammen mit der Sache unter. Dasselbe gilt, wenn eine unter EV stehende Nebensache mit einer selbstständigen Hauptsache verbunden wird. Wird die Nebensache dadurch unselbstständiger Bestandteil der Hauptsache, geht das Eigentum des Verkäufers an der Vorbehaltssache gemäß § 416 ABGB unter, da der unselbstständige Bestandteil stets dem sachenrechtlichen Schicksal der Hauptsache folgt.<sup>210</sup>

### ***Deutschland***

In Bezug auf die Verarbeitung einer fremden Sache, klaffen die Bestimmungen des ABGB und des BGB auseinander. So ordnet § 414 ABGB ausdrücklich an, dass derjenige, der eine fremde Sache verarbeitet dadurch noch keinen Anspruch auf das fremde Eigentum erwirbt. Demgegenüber bestimmt § 950 BGB, dass derjenige der durch die Verarbeitung von Stoffen eine neue Sache herstellt, auch das Eigentum an dieser Sache erwerben soll. § 950 BGB ist dabei nach ganz hL und Rspr eine zwingende Norm.<sup>211</sup> Der Eigentumserwerb des Verarbeiters ist dabei an zwei Voraussetzungen geknüpft. Erstens muss eine neue Sache entstehen. Auch wenn dafür mehrere Entwicklungsstufen notwendig sind, entsteht eine neue Sache bereits nach der ersten Entwicklungsstufe.<sup>212</sup> Dabei nimmt die Rspr das Vorliegen einer neuen Sache auch an, wenn die verarbeitete Sache nunmehr einen neuen Namen trägt oder

---

<sup>208</sup> Vgl.: *Gschnitzer*, Sachenrecht<sup>2</sup>, Seite 93

<sup>209</sup> OGH 5 Ob 303/80, JBl 1982, 88; vorher schon in OGH 4Ob525/76, SZ 49/138

<sup>210</sup> OGH 8 Ob 651/84, JBl 1986/724, SZ 60/66, EvBl 1992/155

<sup>211</sup> Vgl.: *Prütting* in *PPW/BGB*<sup>4</sup>, § 950 Rz 1; sowie *Bassenge* in *Palandt BGB*<sup>69</sup>, § 950 Rz 1;

<sup>212</sup> Zuletzt ausführlich dazu: OLG Stuttgart Beschluss 20 W 33/00, NJW 2001, 2889

ihre Form verändert hat.<sup>213</sup> Insgesamt kann aber mit *Bassenge* gesagt werden, dass die Voraussetzungen des § 950 Abs. 1 BGB insbesondere dann erfüllt sind, wenn die neu hergestellte Sache unter einer anderen Bezeichnung in den Verkehr gebracht wird und die wirtschaftliche Bedeutung der hergestellten Sache im Verhältnis zum Ausgangsstoff eine ganz andere ist.<sup>214</sup>

Zweitens erwirbt der Hersteller Eigentum nur dann nicht, wenn der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes.<sup>215</sup> Ausgangspunkt für die Berechnung bildet sowohl bei den verwendeten Stoffen wie bei der neuen Sache der Verkehrswert. Der Wert der aufgewendeten Arbeitsleistung wird dadurch ermittelt, dass der Verkehrswert der neuen Sache mit dem Verkehrswert des oder der verwendeten Stoffe verglichen wird.<sup>216</sup> Ein erheblich geringerer Wert liegt nach der ständigen Rspr des BGH immer dann vor, wenn sich der Stoffwert zum Verarbeitungswert etwa wie 100 zu 60 verhält, also bei einer Wertdifferenz von 40%.<sup>217</sup> Liegen diese Voraussetzungen vor, erwirbt der Verarbeitende originär Eigentum am Vorbehaltsobjekt.

In der BRD geht daher unabhängig einer diesbezüglichen Vereinbarung der Parteien, auf Grund des zwingenden Charakters des § 950 BGB, das Eigentum am Vorbehaltsobjekt im Falle einer entsprechenden Verarbeitung auf den Käufer über. Der Verkäufer kann dann gemäß § 951 BGB Schadenersatz in Geld fordern.

Auf Grund der wirtschaftlichen Bedeutung des EV in Deutschland, hat sich in der Praxis aber dennoch eine Methode entwickelt mit der die Bestimmungen des § 950 BGB durch eine vertragliche Vereinbarung der Parteien faktisch umgangen werden. Dabei wird nicht auf die Sache, sondern auf den Hersteller abgestellt. Die Frage der Wirksamkeit solcher parteilicher Vereinbarungen wird unten im Rahmen des *verlängerter EV* behandelt.

---

<sup>213</sup> OLG Köln 11 U 39/96, NJW 1997, 2187=NZV 1997, 385=LSK 1997 330034

<sup>214</sup> Vgl.: *Bassenge* in *Palandt* BGB 55, § 950 RZ 50

<sup>215</sup> Insgesamt zeigt sich also, dass sich im BGB bzgl. der Verarbeitung die römisch rechtliche Auffassung der *Prokulianer* durchgesetzt hat und die Tatbestände der Redlichkeit und Rückführbarkeit außen vor gelassen wurden.

<sup>216</sup> OLG Düsseldorf U 23/00, NJOZ 2001, 1601

<sup>217</sup> BGH II ZR 260/94, NJW 1995, 2633 bzgl. Der Herstellung eines Komplettmotors aus entwendetem Motorblock als neue Sache (BMW M 3)

## *Schweiz*

In Bezug auf die Verarbeitung lehnt sich das Schweizer ZGB stark an die Bestimmungen des dt. BGB an. Art. 726 ZGB ordnet an, dass für den Fall, dass eine fremde Sache verarbeitet oder umgewandelt wird, die neue Sache, wenn die Arbeit kostbarer ist als der Stoff, dem Verarbeiter gehört andernfalls dem Eigentümer des Ausgangsstoffes. Wie § 950 BGB ist auch Art. 726 ZGB zwingendes Recht.<sup>218</sup> Der originäre Eigentumserwerb des Verarbeiters richtet sich demnach nur danach, ob durch die Verarbeitung eine neue Sache entstanden ist und die dabei aufgewendete Arbeit den Wert des Ausgangsstoffes übersteigt.

Bei der Frage, wann eine neue Sache vorliegt, orientiert sich die Schweizer Lehre und Rspr an der Rspr des dt. BGH. Allerdings stellt ein neuer Name oder eine veränderte Form der verarbeiteten Sache lediglich ein Indiz für das Vorliegen einer neuen Sache dar. Stattdessen richtet sich der Begriff der neuen Sache in der Schweiz vor allem nach der Verkehrsanschauung. Die Ergebnisse sind jedoch dieselben wie in Deutschland. So gilt auch in der Schweiz das bloße Zerlegen, oder Wiederherstellen nicht als neue Sache im Sinne von Art. 726 ZGB.<sup>219</sup> Im Bezug auf das Verhältnis zwischen dem Wert der Arbeit und dem Wert des Ausgangsstoffes ist festzuhalten, dass der Verarbeiter Eigentum nur dann erwirbt, wenn der objektive Arbeitswert höher ist als der konkrete Wert des Stoffes vor der Verarbeitung. Sind diese beiden Faktoren gleich viel wert oder überwiegt der Wert des Ausgangsstoffes, erwirbt der Stoffeigentümer Eigentum an der neuen Sache.

Zudem ordnet Art. 726 ZGB an, dass der Richter dem Verarbeiter das Eigentum an der neuen Sache zusprechen kann, wenn dieser gutgläubig gehandelt hat und die Arbeit einen höheren Wert hatte als der Ausgangsstoff. Gutgläubigkeit wird von der hL bei Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung der Parteien hinsichtlich der Verarbeitung stets angenommen.<sup>220</sup>

## *Rechtsvergleichende Stellungnahme*

---

<sup>218</sup> Vgl.: Schwander in Honsell/Vogt/Geiser Basler Kommentar zum ZGB, Band II<sup>3</sup> Art. 726 Rz 6

<sup>219</sup> Vgl.: Scherrer in ZK IV/2<sup>2</sup>, Art. 726 Rz 18 ff.

<sup>220</sup> Vgl.: Zobl in ZK IV/2<sup>2</sup>, Art. 726 Rz 72; Vgl.: Rey, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum<sup>3</sup> Rz 1915

Rechtsvergleichend muss man die Regelungen in der BRD und der Schweiz jener in Österreich gegenüber stellen. Sowohl § 950 BGB als auch Art. 726 ZGB bestimmen als zwingende Normen, dass im Falle der Verarbeitung, dem Verarbeiter das Eigentum an der neu hergestellten Sache zufallen soll. Dabei stellen beide Rechtsordnungen auf das Wertverhältnis zwischen dem Ausgangsstoff und der Arbeit ab. In Deutschland ist dieses Verhältnis von der Rspr zugunsten des Verarbeiters ausgestaltet worden. Dieser erwirbt nur dann nicht Eigentum, wenn die Arbeit erheblich geringer ist als der Stoffwert. In der Schweiz hingegen erwirbt der Verarbeiter Eigentum, sobald seine Arbeit wertvoller ist, als der Ausgangsstoff.

In Österreich ist die Rechtslage eine ganz andere. Weder ordnen die §§ 414 ff. ABGB einen Eigentumserwerb des Verarbeiters an, noch handelt es sich dabei um *ius cogens*. Stattdessen bleibt selbst bei fehlender Vereinbarung der Parteien jeder Eigentümer seiner Sache und hat einen Anspruch auf Rückführung der Sache in den Ausgangszustand. Nur wenn die neue Sache nicht mehr zurückgeführt werden kann und sich die Verarbeitung wertsteigernd ausgewirkt hat, entsteht an der neuen Sache Miteigentum. Nach dem BGB und dem ZGB ist die Frage der Rückführbarkeit irrelevant.

## 1.6 Untergang des Eigentumsvorbehalts durch Gutgläubenserwerb

### *Österreich*

Auf der anderen Seite besteht aber auch die Möglichkeit, dass der Dritte nach Maßgabe des § 367 ABGB gutgläubig Eigentum am Vorbehaltsgut erwirbt. Hier legt der OGH allerdings strenge Maßstäbe an. Vor allem wenn Waren regelmäßig unter EV geliefert werden wird Redlichkeit des Käufers nicht angenommen.<sup>221</sup> Werden Waren jedoch im gewöhnlichen Betrieb eines Unternehmens gegen Barzahlung an Dritte veräußert, erlangen diese regelmäßig Eigentum, da sie darauf vertrauen können, dass durch die Bezahlung der Vorbehaltskäufer allfällige Forderungen bedienen kann.<sup>222</sup> In solchen Fällen schadet nicht einmal das Wissen über das Vorliegen eines EV, da im gewöhnlichen Betrieb eines Unternehmens auf das

---

<sup>221</sup> OGH 5 Ob 523/84, JBl 1986, 234

<sup>222</sup> OGH 1 Ob 614/87, JBl 1988, 314 (Czermak)

Bestehen einer Verfügungsermächtigung vertraut werden kann.<sup>223</sup> *E contrario* wird die Redlichkeit beim Verkauf der Ware auf Kredit nicht angenommen. Wird ein Verkauf gegen Barzahlung zwar vereinbart, dem Dritten die Sache aber sofort übergeben, ändert dies, auch bei Redlichkeit des Dritten, nichts an den Eigentumsverhältnissen, solange der Kaufpreis nicht vollständig bezahlt ist.<sup>224</sup>

Außerhalb des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes ist die Zusicherung seitens des Vorbehaltskäufers, dass die Waren nicht mit EV belastet sind, nach Ansicht des OGH nicht ausreichend um einen Gutgläubenserwerb zu rechtfertigen.<sup>225</sup>

Beim Kauf eines Kfz kann unter Umständen der Dritte sogar dazu verhalten sein, über die Einsicht in den Typenschein hinaus weitere Nachforschungen anzustellen, etwa durch Einsicht in einschlägige Urkunden. Das ist speziell dann geboten, wenn die gesamten Umstände den Verdacht nahelegen, dass der im Typenschein als Zulassungsbesitzer eingetragene Vertragspartner unredlich sein könnte.<sup>226</sup> Wird eine solche Nachforschung vom Dritten unterlassen, handelt er damit grob fahrlässig und ist nicht gutgläubig. Etwas lockerer urteilt der OGH nur in Fällen des Neuwagenkaufs.<sup>227</sup>

### ***Deutschland***

Der gutgläubige Eigentumserwerb ist in Deutschland nach wie vor sowohl im BGB als auch im HGB geregelt.

Anders als in Österreich wird nach § 932 BGB die Gutgläubigkeit des Erwerbers vermutet. Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Bestimmung, wonach ein Eigentumserwerb nur dann ausgeschlossen ist, wenn der Erwerber nicht im guten Glauben gehandelt hat. § 932 Abs. 2 BGB liefert dann auch gleich die Voraussetzungen unter welchen es dem Erwerber am erforderlichen gutem Glauben fehlt. Das soll immer dann der Fall sein, wenn ihm bekannt

---

<sup>223</sup> Vgl.: *Binder* in Schwimann ABGB<sup>3</sup> § 1063 Rz 75

<sup>224</sup> *Bollenberger* vertritt die Ansicht, dass der Dritte Miteigentum erwirbt, sobald er einen Teil der Kaufpreisforderung beglichen hat. Gutgläubenserwerb nach Maßgabe der Zahlung - Anhaltspunkte in der Rechtsordnung, vgl.: *Bollenberger*, Gutgläubenserwerb nach Maßgabe der Zahlung - Anhaltspunkte in der Rechtsordnung, ÖJZ 1996, 851 ff.

<sup>225</sup> OGH 7 Ob 505/76, HS IX/12, SZ 20/182

<sup>226</sup> OGH 3 Ob 501/89, WBl 1989, 256

<sup>227</sup> OGH 7 Ob 551/87, JBl 1988, 313

oder grob fahrlässig unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. Aus der Formulierung des § 932 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass es in der Praxis nicht auf die Gutgläubigkeit des Erwerbes ankommt, sondern vielmehr darauf, dass der Vorbehaltsverkäufer beweisen kann, dass der Erwerber im Zeitpunkt der Übergabe bösgläubig gehandelt hat.<sup>228</sup>

Ob Bösgläubigkeit des Erwerbers vorliegt richtet sich vor allem danach, ob er seiner, von der hL und Rspr auferlegten Nachforschungspflicht zur Genüge nachgekommen ist.<sup>229</sup> Auf Grund der Verkehrsüblichkeit des EV im allgemeinen Warenverkehr, legt der BGH strenge Anforderungen an die Nachforschungspflicht.

Das Ausmaß dieser Nachforschungspflicht ist indes nicht abschließend geklärt. Bei fabrikneuen Waren neigen die hL und Rspr dazu, das bloße Nachfragen ausreichen zu lassen. Bei Geschäften außerhalb des gewöhnlichen Betriebs muss hingegen ein strengerer Maßstab angelegt werden. Bei gebrauchten Waren reicht die Versicherung des Veräußerers, dass er uneingeschränkter Eigentümer sei, jedenfalls nicht aus. Vielmehr muss etwa beim Kauf eines Gebrauchtwagens vom Erwerber Einsicht in den Kfz-Brief genommen werden, andernfalls er grob fahrlässig handelt.<sup>230</sup> Wie in Österreich kann der Erwerber aber auch dazu verhalten sein, über die Einsicht in den Kfz-Brief hinaus noch weitere Nachforschungshandlungen zu unternehmen.<sup>231</sup> Der Erwerb durch Besitzkonstitut kommt nicht in Betracht. Der Erwerber muss an der Vorbehaltssache den unmittelbaren Besitz erlangen.

Im Handelsrecht sieht § 366 HGB eine Erweiterung des Gutgläubenserwerbes nach BGB insoweit vor, als dass der gute Glaube des Dritten an die Verfügungsbefugnis geschützt wird. Dies deshalb, weil der Kaufmann vom Vorbehaltsverkäufer im Regelfall zur Weiterveräußerung ermächtigt wird.

---

<sup>228</sup> Vgl.: *Prütting* in *PWW/BGB*<sup>4</sup> § 932 Rz 1 ff.

<sup>229</sup> BGH II ZR 228/57, NJW 1958, 1485: Nach Ansicht des BGH wurde die Nachforschungspflicht schon vom Reichsgericht begründet; In der Lehre werden zur Begründung dieser Nachforschungspflicht z.B. die guten Sitten, das Rechtsinstitut der Obliegenheiten oder der Vertrauensschutzgedanke herangezogen, vgl.: *Bartels*, AcP 205, Seite 687 ff.

<sup>230</sup> Vgl.: *Bartels*, AcP 205, Seite 687 ff.

<sup>231</sup> LG Mönchengladbach Urteil 2 O 36/05, NJW 2005, 3578: Der Käufer eines Kraftfahrzeugs ist nicht bösgläubig i.S. § 932 BGB, wenn der Verkäufer ihm neben dem Kfz-Brief sowohl eine Original-Abmeldebescheinigung als auch einen Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem vorher eingetragenen Halter vorlegt.

## *Schweiz*

Wie in Deutschland wird auch in der Schweiz gemäß Art. 3 Abs. 1 ZGB die Gutgläubigkeit des Erwerbers vermutet. Die Beweislastverteilungsregel des Art. 8 ZGB kommt hier daher nicht zur Anwendung. Stattdessen gilt der Erwerber solange als gutgläubig bis das Gegenteil bewiesen oder vom angeblich Gutgläubigen zugestanden wird.<sup>232</sup> In Art. 3 Abs. 2 ZGB wird jedoch sogleich statuiert, dass der Erwerber nicht berechtigt ist sich auf den guten Glauben zu berufen, wenn er bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte. Auch den Erwerber in der Schweiz trifft daher eine Nachforschungspflicht. Diese bleibt jedoch weit hinter jener in Österreich und der BRD zurück und wird vom BG nicht einheitlich judiziert.

Beim Kauf eines ausländischen Luxuswagens entschied das BG im Jahr 1987, dass der Erwerber den Wagen selbst, als auch die dazugehörigen Papiere, einer genauen Prüfung zu unterziehen habe. In der Begründung führte das BG aus, dass schließlich allgemein bekannt sei, dass gut organisierte internationale Banden sich gewerbsmäßig mit dem Diebstahl und der Hehlerei von Luxusautos und deren Absatz im europäischen Raum befassen.<sup>233</sup> In Bezug auf den Kauf eines Mittelklasse-Gebrauchtwagens von einem Occasionshändler ohne Nummerntafeln und ohne sich den Originalfahrzeugausweis übergeben zu lassen ging das BG im Jahr 1995 hingegen von einem Gutgläubenserwerb aus.<sup>234</sup>

Auch wenn das BG in den letzten Jahren die Anforderungen an den Erwerber erhöht hat, wird eine allgemeine Erkundigungspflicht weiterhin abgelehnt. Stattdessen trifft den Erwerber eine Abklärungs- bzw. Erkundigungspflicht hinsichtlich der Verfügungsberechtigung des Veräußerers und zwar nicht erst bei konkretem Verdacht des Rechtsmangels, sondern bereits, wenn aufgrund der Umstände Anlass zu Misstrauen besteht.<sup>235</sup>

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Kenntnis von der Eintragung des EV im EV-Register den guten Glauben nicht zerstört, da der Eintragung keine positive Publizitätswirkung zukommt. Außerdem sagt das Register kaum jemals etwas über die tatsächlichen Eigentumsverhältnisse aus, da Einträge selten von den Parteien gelöscht werden. Eine Pflicht

---

<sup>232</sup> BGE 113 II 397, S. 399 ff.

<sup>233</sup> BGE 113 II 397, S. 401

<sup>234</sup> BGE 121 III 345 S. 34 ff.

<sup>235</sup> BGE 122 III 1 S. 3

des gutgläubigen Erwerbers ins EV-Register Einsicht zu nehmen wird aus der Abklärungs- bzw. Erkundigungspflicht daher nicht abgeleitet.<sup>236</sup>

Auch eine Übertragung durch Besitzkonstitut oder Besitzeinweisung kommt in Betracht, allerdings muss in diesen Fällen der Erwerber in Bezug auf seine Gutgläubigkeit all jene Tatsachen gegen sich gelten lassen, die ihm bei einer körperlichen Übergabe auffallen mussten.<sup>237</sup>

### ***Rechtsvergleichende Stellungnahme***

Die Gutgläubigkeit muss nur in dem Zeitpunkt vorliegen, in dem der Erwerber das Eigentumsrecht an der Sache erwirbt. Es gilt daher der Grundsatz *mala fides superveniens non nocet*. In der Schweiz kommt auch ein Erwerb mittels Besitzkonstitut in Betracht.

Der Vorbehaltskäufer gilt stets als Vertrauensmann des Vorbehaltsverkäufers. Eine Definition des guten Glaubens findet sich in keiner der die Zivilrechtsordnungen.

An gestohlenen, verlorenen oder sonst abhanden gekommenen Sachen kann in keinem der drei Staaten gutgläubig Eigentum erworben werden.

Insgesamt zeigt sich, dass die Anforderungen hinsichtlich der Nachforschungspflicht in den letzten Jahren erhöht wurden.

## **1.7 Übergabe des Vorbehaltsobjekts und Wechsel der Gefahrtragung**

### ***Österreich***

Mit der Übergabe der Vorbehaltssache, geht auch die Gefahrtragung auf den Käufer über. Besitzverschaffung ist ausreichend. Der OGH hat schon früh festgestellt, dass es rechtens ist,

---

<sup>236</sup> Vgl.: *Wiegand*, *Mobiliarsicherheiten*, Seite 92 ff.; außerdem *Graham-Siegenthaler*, Seite 34

<sup>237</sup> Vgl.: *Stark/Ernst* in HVG<sup>3</sup> Art. 933 RZ 23 ff.: Als Schulbeispiel führen die Autoren die Entlehnung eines Buches durch den Bibliothekar an einer Dritten an. Wenn in weiterer Folge der Bibliothekar das Buch mittels Besitzeinweisung an einen Vierten verkauft, hätte diesem, auf Grund des Bibliotheksstempels die mangelnde Berechtigung auffallen müssen, sodass ein Gutgläubenserwerb scheitert.

dass derjenige, der die Sache nutzen kann, auch die Gefahr eines Unterganges oder der Entwertung tragen soll.<sup>238</sup> Annahmeverzug des Käufers kommt dem Verkäufer zugute.

### *Deutschland*

Auch in Deutschland trifft ab der Übergabe den Käufer die Gefahr des zufälligen Unterganges. Es bestehen diesbezüglich keine Unterschiede zur österreichischen Rechtsordnung.<sup>239</sup>

### *Schweiz*

Wie in Österreich und Deutschland, geht auch in der Schweiz mit der Übergabe der Vorbehaltssache die Gefahr der Wertminderung oder des Verlustes gemäß Art. 185 Abs. 1 OR auf den Käufer über. Diese Bestimmung gilt aber bereits mit Vertragsabschluss, somit unabhängig davon, ob der EV eingetragen wurde oder nicht. Mit dem Nutzen soll gleichzeitig die Gefahr auf den Käufer übergehen. Im Falle eines Unterganges trifft den Käufer daher jedenfalls die volle Zahlungspflicht.<sup>240</sup>

## **1.8 Sonstige Möglichkeiten der Beendigung des Eigentumsvorbehalts**

### *Österreich*

Im Normalfall tritt die Beendigung durch beidseitige Vertragserfüllung ein. Der Verkäufer überträgt dem Käufer den Besitz an der Vorbehaltssache und der Käufer bezahlt in weiterer Folge den Kaufpreis. Mit vollständiger Kaufpreiszahlung bewirkt der Käufer den Eintritt der Bedingung, sodass sein Anwartschaftsrecht automatisch zum Eigentumsrecht erstarkt. Mit Eintritt der Bedingung fällt der EV weg.<sup>241</sup> Auch die Leistung eines Dritten an den Verkäufer

---

<sup>238</sup> Vgl.: *Binder* in Schwimann ABGB<sup>3</sup> § 1048 Rz 17 u. § 1063 Rz 50

<sup>239</sup> Vgl.: *Schmidt* in PWW/BGB<sup>4</sup> § 446 Rz 1 ff.

<sup>240</sup> Vgl.: *Bühler*, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, S. 194; sowie vgl.: *Scherrer*, ZK IV/2, Art. 715, 716 Rz. 73a u. 96

<sup>241</sup> OGH 8 Ob 17/72, SZ 45/18

führt zum Wegfall des EV, es sei denn der Dritte will damit lediglich eine Einlösung im Sinne von § 1422 ABGB bewirken.<sup>242</sup>

Des Weiteren führen auch Zahlungssurrogate wie etwa die Kompensation, oder die Leistung an Zahlungsstatt zum Bedingungsseintritt und damit zum Wegfall des EV.<sup>243</sup>

Gerät der Käufer in Leistungsverzug, ohne zahlungsunfähig zu werden, und will der Verkäufer am Vertrag festhalten, bleibt diesem oft nur mehr die Möglichkeit, den noch ausstehenden Kaufpreis durch Vollstreckungen einzubringen. Wie unten noch näher dargestellt wird, geht der EV bei bewusster Zwangsvollstreckung des Verkäufers in die eigene Sache unter.<sup>244</sup> Bezieht sich die Zwangsvollstreckung jedoch auf andere Vermögenswerte des Käufers, ist dieses Vorgehen nicht als Verzicht auf den EV zu werten. Gerät hingegen der Verkäufer in Annahmeverzug, bewirkt die Hinterlegung des Kaufpreises den Bedingungsseintritt gemäß §§ 1419, 1425 ABGB.<sup>245</sup>

Daneben besteht freilich die Möglichkeit, auf den EV einvernehmlich zu verzichten, womit der Käufer Eigentümer wird, oder aber den Kaufvertrag aufzuheben, womit das Eigentum und das Besitzrecht wieder dem Verkäufer zufallen.

### *Deutschland*

Wie in Österreich entspricht auch in der BRD der *ex nunc* Untergang des EV durch vollständige Kaufpreiszahlung dem Normalfall.<sup>246</sup> Der Kaufpreiszahlung entspricht auch die Annahme an Erfüllung statt, die Aufrechnung, sowie die Hinterlegung unter Ausschluss der Rücknahme gemäß §§ 364, 378, 389 BGB.

---

<sup>242</sup> OGH 1 Ob 509/55, EvBl 1956/7; HS 1856

<sup>243</sup> Vgl.: Aicher in Rummel<sup>3</sup>, § 1063 Rz 84

<sup>244</sup> OGH 7 Ob 687/83, SZ 57/58

<sup>245</sup> Vgl.: Bydlinski in Klang IV/2<sup>2</sup>, § 1063 Seite 640

<sup>246</sup> Vgl.: Serick I/Seite 411 ff.

Der überwiegende Teil der Lehre und die ständige Rspr lassen auch einen einseitigen Verzicht auch den EV durch den Verkäufer zu.<sup>247</sup> Nach Ansicht des BGH *kann der aus der Bedingung Begünstigte einseitig durch formfreie, empfangsbedürftige Erklärung, die keiner Annahme bedarf, auf die Bedingung verzichten.*<sup>248</sup> Demnach lässt der BGH im Sachenrecht, im Unterschied zum Schuldrecht, einen einseitigen Verzicht zu. Die Kaufpreisforderung bleibt dadurch freilich unberührt. Auf diese kann der Verkäufer auch nicht einseitig verzichten, da nach § 397 BGB eine schuldrechtliche Verzichtserklärung zu ihrer Wirksamkeit, stets der Annahme durch den Schuldner bedarf. Erst mit dessen Zustimmung erlischt auch die Kaufpreisforderung. Die Zustimmung des Schuldners wiederum bewirkt dann den Eintritt der Bedingung, da sich der Verkäufer dann so behandeln lassen muss, als wäre der Kaufpreis bezahlt worden. Wenn also der Verkäufer durch eine Annahmebedürftige Erklärung, auf seinen schuldrechtlichen Anspruch verzichtet, wird auch der EV gegenstandslos.<sup>249</sup>

Durch Verjährung der Kaufpreisforderungen erlischt der EV nicht, vielmehr steht dem Verkäufer weiterhin die *rei vindicatio* nach § 925 BGB zu.<sup>250</sup>

### ***Schweiz***

Durch vollständige Kaufpreiszahlung erwirbt auch in der Schweiz der Käufer automatisch Eigentum am Vorbehaltsobjekt.<sup>251</sup> Eine Besonderheit ergibt sich auch hier aus dem Erfordernis des Registereintrags. Die Streichung des EV aus dem Register auf Antrag einer Partei führt nicht automatisch zum Untergang des EV, hat also keine konstitutive Wirkung in dem Sinne, dass der Käufer dadurch Eigentümer wird. Es kommt also allein auf die Erfüllung der aufschiebenden Bedingung an. Im Regelfall wird der Käufer schon vor Löschung aus dem Register Eigentümer geworden sein.

Anders verhält es sich bei der, von Amts wegen durchgeführten, Registerbereinigung im Zuge derer alle EV Einträge, die älter als fünf Jahre sind, gestrichen werden. Sofern nicht der Verkäufer dagegen Einspruch erhebt, führt dieses Vorgehen zum Untergang des EV. Dabei

---

<sup>247</sup> Dazu ausführlich vgl.: *Pohlmann*, Verzicht auf die aufschiebende Bedingung einer GmbH-Anteilsübertragung NJW 1999, 190

<sup>248</sup> BGH VIII ZR 262/87, NJW-RR 1989, 291

<sup>249</sup> Vgl.: *Serick I*/Seite 438

<sup>250</sup> BGH VIII ZR 168/76, LSK 1977, 850844 =BeckRS 1977=NJW 1978, 417=BGHZ 70, 96

<sup>251</sup> Vgl.: *Scherrer* in ZK IV/2<sup>2</sup>, Art. 715, 716 Rz 97

muss die beabsichtigte Bereinigung gemäß Art. 3 der VO betreffend die Bereinigung der Eigentumsvorbehaltsregister, drei Monate vorher im Schweizerischen Handelsamtsblatt, sowie im kantonalen Amtsblatt kundgemacht werden.<sup>252</sup>

Anders als in Österreich und der BRD erlischt nach schweizerischem Recht der EV durch Verjährung der Kaufpreisforderung, allerdings erst, wenn der Käufer die Verjährung im Rahmen eines Widerspruchsverfahrens geltend gemacht hat.<sup>253</sup>

Des Weiteren kann der Verkäufer auf den EV verzichten, ohne den Bestand der Kaufpreisforderung zu berühren.<sup>254</sup>

## 2. AUSGEWÄHLTE SONDERFORMEN DES EIGENTUMSVORBEHALTES

Ist ein EV wirksam vereinbart worden, wird der Käufer trotz Übergabe der Vorbehaltssache nicht Eigentümer. Wie oben bereits festgestellt, kommt der EV vor allem im rechtsgeschäftlichen Verkehr zwischen Unternehmern zur Anwendung. Betritt nun ein Dritter die Geschäftsräumlichkeiten des Vorbehaltskäufers, kann ihm dieser mangels dinglicher Berechtigung grundsätzlich kein Eigentum verschaffen. Die Möglichkeit der Übertragung des Anwartschaftsrechts ist im täglichen Güter- und Warenverkehr nicht dienlich. Letztlich bliebe somit nur ein gutgläubiger Erwerb des Dritten über.

In der Praxis kommen solche Fälle sehr häufig vor, wobei es verschiedene Möglichkeiten gibt einem Dritten im Einvernehmen mit dem Vorbehaltsverkäufer Eigentum zu verschaffen. In all diesen Fällen verlangt der Vorbehaltsverkäufer jedoch eine Ersatzsicherheit als Ausgleich für den Untergang des EV. Um an einem solchen Surrogat ein dingliches Recht zu erlangen, müssen die Publizitätsvorschriften stets eingehalten werden. Die häufigsten Ersatzsicherheiten stellen der *verlängerte EV* und der EV mit Verarbeitungsklausel, oftmals in Kombination, dar.<sup>255</sup> Die wirtschaftliche Bedeutung solcher Vereinbarungen ist enorm.

---

<sup>252</sup> BGE 69 III S. 7

<sup>253</sup> Vgl.: Scherrer in ZK IV/2<sup>2</sup>, Art. 715, 716 Rz 136 u. 66

<sup>254</sup> Vgl.: Scherrer in ZK IV/2<sup>2</sup>, Art. 715, 716 Rz 137

<sup>255</sup> Vgl.: Aicher in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 96 ff.

Verarbeitungsbetriebe die auf die regelmäßige Lieferung von Rohstoffen angewiesen sind könnten ohne Kreditierung durch den Lieferant mittels EV zumeist nicht profitabel wirtschaften.<sup>256</sup>

Auf der anderen Seite ist es auch möglich, dass sich der Vorbehaltsverkäufer mit dem EV noch andere Rechte sichern möchte. In diesem Fall spricht man von einem *erweiterten EV*.<sup>257</sup>

Weitere Spielarten sind der *weitergeleitete* und der *nachgeschaltete EV* welche in der Praxis jedoch nur eine geringe Bedeutung haben und in der Schweiz praktisch nicht bekannt sind. Auf diese zwei Arten soll in Bezug auf Österreich und der BRD nur überblicksmäßig eingegangen werden.

Insgesamt unterscheidet man somit zwischen einer vertikalen Verlängerung des EV, worunter der verlängerte, der weitergeleitete und der nachgeschaltete EV fallen und der horizontalen Erweiterung des EV.

Die Probleme die eine Verlängerung oder Erweiterung des EV im Fall der Insolvenz eines Vertragspartners mit sich bringen, sollen auf Grund ihres Umfangs im II. Teil gesondert behandelt werden.<sup>258</sup>

## **2.1 Der vertikal verlängerte Eigentumsvorbehalt**

### ***Österreich***

Speziell bei der Lieferung zur Weiterveräußerung stößt der EV als Sicherungsinstrument schnell an seine Grenzen. Zwar erlischt der EV nicht automatisch durch die Weiterveräußerung, es besteht jedoch die Gefahr, dass das Eigentum durch Weiterverarbeitung oder Gutgläubenserwerb untergeht. Aus diesem Grund hat es sich im Verkehr zwischen Unternehmern eingebürgert, dass der Lieferant dem Händler das Vorbehaltsobjekt unter *verlängertem EV* verkauft. Dabei handelt es sich um eine vertikale

---

<sup>256</sup> Vgl.: *Spielbüchler*, JB1 68/590

<sup>257</sup> Auch dazu ausführlich im II. Teil, Kapitel 5.3

<sup>258</sup> Siehe unten II. Teil, Kapitel 5.2.

Erweiterung des einfachen EV indem der Verkäufer für den Fall des Eigentumsverlustes eine Ersatzsicherheit erhält. Gleichzeitig wird dem Käufer das Recht einräumt, die Sache noch vor vollständiger Kaufpreiszahlung an einen Dritten zu veräußern. Im Gegenzug überträgt der Händler dem Lieferanten eine Ersatzsicherheit. Der dadurch bewirkte *verlängerte EV* kommt entweder durch eine Weiterveräußerungsermächtigung in Verbindung mit einer Vorausabtretung zustande, oder durch ein antizipiertes Besitzkonstitut.<sup>259</sup>

Die Weiterveräußerungsermächtigung in Verbindung mit einer Vorausabtretung bewirkt, dass im Falle des Weiterverkaufs durch den ersten Käufer an einen Dritten, dieser Eigentum erwirbt und die Kaufpreisforderung gegenüber dem neuen Eigentümer dem ersten Verkäufer zusteht. Dabei wird zunächst ein einfacher EV vereinbart. Dieser wird mit einer Weiterveräußerungsermächtigung verbunden und letztlich noch eine Vorausabtretung festgelegt. Die Vorausabtretung ist dabei keine Vollzession, sondern erfolgt typischerweise vor allem zur Sicherung, stellt also eine Sicherungszession dar, sodass pfandrechtliche Publizitätserfordernisse im Sinne von § 452 ABGB analog gesetzt werden müssen.<sup>260</sup>

Der OGH hat jüngst dazu ausgeführt, dass es sich bei der Forderungsabtretung beim verlängerten EV grundsätzlich um eine Vollzession handle, da das für eine Sicherungszession maßgebliche Kriterium, nämlich eine obligatorische Bindung im Innenverhältnis nur bei Zahlungsverzug die Forderung einzulösen und sich aus ihr zu befriedigen, fehle. Da allerdings beim verlängerten EV der Sicherungszweck und nicht der Befriedigungszweck im Vordergrund steht, müssen dennoch die Regeln für die Sicherungszession befolgt werden, *weil das Vorbehaltseigentum selbst Sicherungszwecken dient und daher bei Erlöschen im Fall der Weiterveräußerung durch die dadurch entstehende, bereits in der Vergangenheit abgetretene Kaufpreisforderung „ersetzt“ wird.*<sup>261</sup>

Als publizitätssicherer Modus gilt dabei der Buchvermerk, oder die Drittschuldnerverständigung.<sup>262</sup> Außerdem muss das Erfordernis der ausreichenden Bestimmtheit der künftigen Forderung, im Sinne von § 869 ABGB, beachtet werden. Dieses

---

<sup>259</sup> Vgl.: *Bollenberger*, ÖjZ 1995, 641 ff

<sup>260</sup> Dazu ausführlich: OGH 3 Ob531/91, ÖBA 1992, 392; in der Lit. vgl.: *Cermak*, JBl. 68/238; *Bollenberger*, RdW 93/36; *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 112 ff.; *Binder* in Schwimann ABGB<sup>3</sup> § 1063 Rz 82 ff.

<sup>261</sup> OGH 3 Ob 246/09 m, JBl 2010, 517

<sup>262</sup> Vgl.: *Koziol* in *Koziol/Welser* Band I<sup>13</sup>, Seite 342 ff.

ist nach hL und Rspr erfüllt, da Gläubiger und Rechtsgrund bereits feststehen und die künftige Forderung somit individualisierbar ist.<sup>263</sup>

Wie *Bollenberger* bereits festgestellt hat, liegt die Schwäche des *verlängerten EV* nach österreichischem Recht darin, dass der Vorbehaltsverkäufer auf die Mitwirkung des Vorbehaltskäufers angewiesen ist. Veräußert dieser die Sache ohne einen ausreichenden Publizitätsakt und verständigt er auch den Vorbehaltsverkäufer nicht davon, verliert dieser sein Eigentum an den Dritten, der dieses derivativ erwirbt. Der Eigentumserwerb des Dritten ist möglich, weil dem Vorbehaltskäufer eine Weiterveräußerungsermächtigung eingeräumt wurde. Ob die Weiterveräußerungsermächtigung automatisch davon abhängt, dass dem ersten Verkäufer eine Ersatzsicherheit verschafft wird, wofür auch die Setzung eines Publizitätsaktes, bzw. zumindest ein Mitwirken des Käufers erforderlich ist, ist indes nicht abschließend geklärt, ist mE allerdings zu bejahen.<sup>264</sup> Nach Ansicht des OGH hat jedenfalls der Berechtigte aus einem verlängerten Eigentumsvorbehalt das Risiko des fehlenden Publizitätsaktes zu tragen.<sup>265</sup>

Letztlich kann dieses Problem verhindert werden, indem in den AGB die Verfügungsbefugnis des Käufers an die Bedingung geknüpft wird, dass ein ausreichender Publizitätsakt gesetzt wird, andernfalls der Käufer einem Dritten kein Eigentum übertragen kann. Bedeutend ist diese Problemstellung im Falle der Insolvenz des ersten Käufers. Wurde bis zum Zeitpunkt der Konkursöffnung kein Publizitätsakt gesetzt, steht dem Vorbehaltsverkäufer nurmehr eine Forderung als einfacher Konkursgläubiger zu.<sup>266</sup>

Diese Form des *verlängerten EV* kommt in Österreich am häufigsten vor und ist meist schon in den AGB festgelegt. Der Verkäufer verliert zwar sein Eigentum an einen Dritten, dieser ist zumeist aber Verbraucher womit die Gefahr eines Zahlungsausfalles infolge Insolvenz erheblich geringer ist. Außerdem wird damit der ungerechtfertigte Eigentumserwerb eines Dritten kraft guten Glaubens verhindert.

---

<sup>263</sup> OGH 3 Ob 83/68, EvBl 1969/15 S 41 = MietSlg 20216(28); außerdem vgl. hierzu: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> Seite 689 ff.

<sup>264</sup> Vgl. *Bollenberger*, RdW 1993/2, Seite 36 ff.

<sup>265</sup> OGH 3 Ob 531/91, ÖBA 392, 92; aM vgl.: *Rodrigues*, JBl 1988/ 295 ff.: seiner Meinung nach ergibt sich aus der Vertragsauslegung, dass die Verfügungsbefugnis des Vorbehaltskäufers dahingehend beschränkt ist, dass er über die Sache nur verfügen darf, wenn er einen ausreichenden Publizitätsakt gesetzt hat.

<sup>266</sup> Vgl. *Bollenberger*, RdW 1993/2, Seite 37

Die zweite Form des verlängerten EV erfolgt, indem der Käufer den, durch die Weiterveräußerung, erhaltenen Kaufpreis, mittels antizipiertem Besitzkonstitut überträgt. In diesem Fall ist das Sicherungsgut beim Sicherungsgeber noch gar nicht vorhanden, stattdessen wird das Besitzmittlungsverhältnis unter der aufschiebenden Bedingung vereinbart, dass der künftige Besitzmittler die Sache erwirbt.<sup>267</sup> Die Ersatzsicherheit besteht hier nicht in einer Forderung sondern im Eigentum am Bargeld. Der Modus besteht darin, dass der Käufer den Kaufpreis abgesondert aufbewahrt und im Namen des Verkäufers innehat. Titel ist die Kaufpreisforderung.<sup>268</sup> Eine solche Konstruktion birgt jedoch eine große Unsicherheit, da die Ersatzsicherheit des Verkäufers allein von der Vertragstreue des Käufers abhängt. Unterlässt dieser die erforderliche Absonderung, erwirbt er am Kaufpreis Eigentum durch Vermengung.

Ein weiteres Problem dieser Konstruktion besteht darin, dass es zu einem Durchgangserwerb kommt, das heißt, der Käufer erwirbt am Kaufpreis Eigentum, welches aber auf Grund der Vereinbarung mit dem Verkäufer sofort auf diesen übergeht. Die juristische Sekunde in der das Eigentumsrecht dem Käufer zusteht reicht allerdings aus, um den exekutiven Zugriff anderer Gläubiger oder im Falle der Insolvenz des Käufers jenen der Konkursmasse zu ermöglichen. Das kann wiederum nur verhindert werden, wenn der Käufer das Vorbehaltsobjekt einem Dritten im Namen des Verkäufers veräußert und somit als dessen Stellvertreter auftritt. Die Offenlegung der Eigentumsverhältnisse stellt für den Käufer aber zumeist eine wirtschaftliche Belastung dar und kann daher zu dem bereits oben erwähnten treuwidrigen Verhalten desselben führen.<sup>269</sup>

Eine in wirtschaftlicher Hinsicht bedeutende Frage ist, ob ein *verlängerter EV* auch eine vom Käufer verarbeitete Vorbehaltsache erfassen kann. Das wurde von der österreichischen hL und Rspr lange Zeit verneint. Begründet wurde das unter anderem damit, dass ein EV an einer noch gar nicht existierenden Sache logischerweise ausscheiden müsse, da der Begriff „etwas vorbehalten“ auf die Wahrung eines gegenwärtigen Zustandes abzielen würde.<sup>270</sup> Des Weiteren wurde auf die Verordnung zur Sicherung ausländischer Rohstofflieferanten aus dem Jahre 1920 verwiesen.<sup>271</sup> Nach dieser Verordnung, sollten ausländische Lieferanten besonders

---

<sup>267</sup> Vgl.: *Ganter* in MK zur InsO<sup>2</sup>, § 51 Rn 66-69

<sup>268</sup> Vgl.: *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 116

<sup>269</sup> Vgl.: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> S. 694 ff.; aM: *Mayrhofer*: seiner Meinung nach scheidet eine Stellvertretung aus, weil zwischen dem Dritten und dem ersten Verkäufer kein Titel bestehe.

<sup>270</sup> OGH 19. März 1913, GIUNF 6360

<sup>271</sup> Siehe: *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Seite 185

geschützt werden, indem sie einen EV auch auf das, vom Käufer, verarbeitete Produkt ausdehnen konnten, sofern der EV in ein entsprechendes Register bei der Handelskammer eingetragen wurde.<sup>272</sup> Daraus ergab sich nach Ansicht der Lehre im Umkehrschluss, dass auf Grund dieser Sonderregelung, eine einfache Verarbeitungsklausel unwirksam sein müsste.<sup>273</sup>

Erst im Jahre 1976 änderte der OGH, nach einer detaillierten Analyse dieser Problematik insbesondere von *Spielbüchler* und *Frotz*, seine Rspr in einem verstärkten Senat.<sup>274</sup>

Die Frage der Zulässigkeit einer Verarbeitungsklausel ist in Österreich auf Grund des deklarativen Charakters der §§ 414 ff. ABGB nach ganz hL und Rspr zu bejahen.<sup>275</sup> Das heißt, die Parteien können im Rahmen des *verlängerte EV* auch vereinbaren, dass das Eigentum auch nach einer erfolgten Verarbeitung dem Lieferanten erhalten bleiben soll.<sup>276</sup> Gemeint ist damit freilich nur Miteigentum des Verkäufers an der neuen, sich aus dem Stoffwert und dem Wert der Arbeit zusammensetzenden Sache.<sup>277</sup> Eine solche Verarbeitungsklausel kann problemlos auch in AGB aufgenommen werden.

Fraglich ist, ob die Parteien auch Alleineigentum des Verkäufers im Falle einer Verarbeitung der Vorbehaltssache durch den Käufer, vereinbaren können. Dies wird von der hL abgelehnt, mit der Begründung, dass die Vorbehaltssache nach einer Verarbeitung regelmäßig mehr wert ist als vorher und das Eigentum an diesem Mehrwert, dem Verkäufer, nur mithilfe einer Sicherungsübereignung übertragen werden kann. Da nach österreichischem Recht, wie bereits mehrfach erwähnt, für eine gültige Sicherungsübereignung die pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften der §§ 451 ff. ABGB zu berücksichtigen sind, muss daher eine Verarbeitungsklausel welche Alleineigentum des Verkäufers vorsieht, scheitern.<sup>278</sup>

Eine Ausnahme davon macht die hL nur, *wenn der Wert der Arbeit gegenüber dem Sachwert iSd § 416 ABGB ganz erheblich zurücktritt,*<sup>279</sup> bzw. *wenn der Wert des Vorbehaltsgutes durch*

---

<sup>272</sup> wurde durch Art. 13 Z. 7 der 4. EVzHGB. aufgehoben.

<sup>273</sup> Vgl.: *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Seite 185 ff.

<sup>274</sup> Vgl.: *Spielbüchler*, Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, JBl 1968/589 ff.; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Seite 185 ff.; OGH 4 Ob 525/76 (verstärkter Senat), SZ 49/138

<sup>275</sup> Vgl.: *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 91 ff.; *Binder* in Schwimann ABGB<sup>3</sup> § 1063 Rz 94

<sup>276</sup> OGH 4 Ob 525/76 (verstärkter Senat), SZ 49/138

<sup>277</sup> OGH 1 Ob 714/79, SZ 52/154

<sup>278</sup> Vgl.: *Koziol* in *Koziol/Welser* Band I<sup>13</sup> Seite 416; *Spielbüchler*, Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, JBl 1968/589 ff.; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Seite 192

<sup>279</sup> Zit.: *Binder* in Schwimann ABGB<sup>3</sup> § 1063 Rz 94

*die Verarbeitung nur geringfügig gesteigert wird.*<sup>280</sup> Begründet wird dies damit, dass § 416 ABGB auch bei der Vorbehaltsabrede zur Anwendung kommt. Daraus ergibt sich freilich im Umkehrschluss ein Erlöschen des EV, wenn der Wert der Vorbehaltssache im Verhältnis zum verarbeiteten Produkt so gering ist, dass nur mehr eine Nebensache vorliegt.<sup>281</sup>

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Gültigkeit eines *verlängerten EV* in der österreichischen Lehre und Rspr mittlerweile unbestritten ist und bezüglich einer Verarbeitungsklausel vertreten wird, dass sich der EV im Miteigentumsanteil an der neu erstandenen Sache fortsetzt.

### ***Deutschland***

Auch in der BRD ist der *verlängerte EV* zwischen Lieferant und Hersteller üblich und kann daher ohne Weiteres auch in AGB vereinbart werden.<sup>282</sup> Dabei besteht der *verlängerte EV* aus vier Teilen.

Zum einen aus einer einfachen EV-Vereinbarung im Sinne von §§ 929 in Verbindung mit § 158 Abs. 1 BGB.

Ferner aus der Ermächtigung des Verkäufers an den Käufer, das Vorbehaltsobjekt an einen Dritten weiterzuveräußern. Der Dritte erwirbt dabei mit Übergabe der Sache Eigentum. Diese Ermächtigung, die sich nach § 185 BGB richtet, deckt jedoch nur eine Weiterveräußerung im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr.<sup>283</sup> In den ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr fällt etwa die Veräußerung gegen Barzahlung oder EV, nicht jedoch der Verkauf zu einem Schleuderpreis oder die Veräußerung in Form eines „sale and lease back“ Verfahrens.

An die Verfügungsermächtigung des Verkäufers schließt sich eine Vorausabtretung des Käufers, aller künftig Forderungen, die durch die Veräußerung des Vorbehaltsobjektes entstehen, im Voraus an den Verkäufer abzutreten.

---

<sup>280</sup> Zit.: *Spielbüchler* in Rummel<sup>3</sup> § 415 Rz 7

<sup>281</sup> Vgl.: *Spielbüchler* in Rummel<sup>3</sup> § 416 Rz 4

<sup>282</sup> Vgl.: *Schellhammer*, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen, Rz 1198

<sup>283</sup> OLG Düsseldorf Beschluss 5 Ss 437/83 - 360/83 I, NJW 1984, 810

Der vierte Teil ist die, aus § 185 BGB analog abgeleitete, Einziehungsermächtigung des Käufers zugunsten des Verkäufers, wobei der Käufer die Einziehung auch über ein echtes Factoring vornehmen kann.<sup>284</sup> Die Einziehung der Forderung kann der Käufer auch im eigenen Namen tätigen, eine Verständigung des Drittschuldners von der Zession ist nicht erforderlich, womit im Ergebnis eine stille Zession vorliegt. Im Unterschied zu Österreich und der Schweiz ist die Einhaltung bestimmter Publizitätserfordernisse nicht erforderlich. Wird der Drittschuldner nicht verständigt berührt das die Wirksamkeit der Zession nicht. Des Weiteren kann der Käufer die Forderungen aus dem Weiterverkauf nochmals im Rahmen echter Factoring-Geschäfte an einen Factor verkaufen und abtreten.<sup>285</sup>

Für die Bestimmbarkeit der Forderung ist es nach deutschem Recht ausreichend, wenn sie im Zeitpunkt der Abtretung bestimmbar ist, unabhängig davon, ob die Rechtsgrundlage der künftigen Forderung bereits existiert oder nicht.

Eine Unwirksamkeit des verlängerten EV tritt dann auf, wenn die Höhe der zedierten Forderung und der Wert des Vorbehaltsobjektes außer Verhältnis stehen. In diesem Fall spricht man von einer Übersicherung, die den verlängerten EV unwirksam macht.<sup>286</sup>

In Deutschland ist es zudem üblich, den *verlängerten EV* mit einer Verarbeitungsklausel zu verbinden. Hierbei wird im Sinne der sogenannten Zurechnungstheorie vereinbart, dass eine allfällige Weiterverarbeitung der Vorbehaltssache so wirken soll, als ob sie für den Verkäufer bearbeitet worden sei. Damit wird die zwingende Bestimmung des § 950 BGB, wonach bei Verarbeitung das Eigentum auf den Hersteller übergehen soll, umgangen, indem der Tatbestand des Herstellers auf den Vorbehaltsverkäufer bezogen wird. Trotz des zwingenden Charakters des § 950 BGB akzeptiert der BGH seit langem, dass wenn die Verarbeitung in der Weise erfolgt, wie dies bei der Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts erwartet und vorausgesetzt wurde, dass dann die Lieferfirma ohne Rücksicht auf einen etwa entgegenstehenden Willen des verarbeitenden Unternehmens Hersteller im Sinne des § 950 BGB ist.<sup>287</sup> Der zwingende Charakter des § 950 BGB bleibt somit erhalten, doch die Frage wer als Hersteller im Sinne des § 950 gelten soll, unterliegt der Parteienvereinbarung. Da

---

<sup>284</sup> Vgl.: *Schmidt* in *PWW/BGB*<sup>4</sup>, § 449 Rz 21 ff.; sowie vgl.: *Schellhammer*, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen, Rz 1246 ff.

<sup>285</sup> BGH VIII ZR 80/77, LSK 1978, 850934;

<sup>286</sup> BGH VIII ZR 342/85, NJW 1987, 487=BGHZ 98, 303

<sup>287</sup> BGH IV ZR 334/55, LSK 1956, 848036

dieselbe Meinung auch in der Lehre vertreten wird, ist die Abdingbarkeit der Verarbeitungsregel des BGB heute unbestritten.<sup>288</sup>

### *Schweiz*

Der Schweizer Lehre und Rspr ist der Begriff des bloßen *verlängerten EV* grundsätzlich nicht geläufig. Meistens wird diese Konstruktion als *vertikal verlängerter EV* bezeichnet.<sup>289</sup> Zutreffender ist jedoch der Begriff des *EV mit Zessionsklausel*.<sup>290</sup> Der Begriff des bloßen *erweiterten EV* kann sowohl horizontale als auch vertikale Verlängerungsformen des EV umfassen, sodass sich innerhalb der schweizerischen Rechtswissenschaft bis heute keine einheitliche Bezeichnung etabliert hat.

Ob eine vertikale Verlängerung des EV, sprich ein *verlängerter EV*, auch in der Schweiz möglich ist, ist nicht abschließend geklärt. Voraussetzung dafür ist, dass der EV zusammen mit einer sogenannten Zessionsklausel vereinbart wird. Unter einer Zessionsklausel versteht man die Abrede, dass der Käufer die Forderungen, die ihm aus einem eventuellen Weiterverkauf entstehen, im Voraus an den Vorbehaltsverkäufer abtritt. Es handelt sich somit um eine gewöhnliche Vorausabtretung wie sie auch in Österreich und der BRD üblich ist. Dabei wird zunächst ein *einfacher EV* im Sinne des Art. 715 ZGB vereinbart. In weiterer Folge müssen für die wirksame Vorausabtretung die Bestimmungen der Sicherungszession nach den Art. 164 ff. OR eingehalten werden. Nach Art. 165 OR bedarf die Forderungsabtretung zu ihrer Gültigkeit der Einhaltung der Publizitätserfordernisse, wobei diesbezüglich ein Schriftformgebot statuiert wird. Es gelten daher dieselben Formvorschriften wie für die Verpfändung, wobei sämtliche Vorschriften der Verpfändung analog anzuwenden sind. Die Schriftlichkeit bedeutet gemäß Art. 13 OR, dass die Parteien im Vertrag der die Forderung betrifft, also dem Kaufvertrag, die Klausel bezüglich der Forderungsabtretung unterschreiben müssen. Dadurch scheidet eine Vereinbarung eines verlängerten EV durch AGB praktisch aus. Eine Drittschuldnerverständigung ist dabei wie auch im deutschen Recht nicht erforderlich.<sup>291</sup>

---

<sup>288</sup> Vgl.: Prütting in PWW/BGB<sup>4</sup>, § 950 Rz 9 ff.

<sup>289</sup> Vgl.: Schwander in HVG<sup>3</sup> Art. 726 RZ 6 ff.

<sup>290</sup> Vgl.: Wiegand, Mobiliarsicherheiten, Seite 99 ff.

<sup>291</sup> Vgl.: Zobl in BK IV 2/5/1, Seite 527 ff.

Obwohl die Konstruktion eines verlängerten EV in der Schweiz somit durchaus möglich ist, wurde ihre Gültigkeit von einem Großteil der Lehre bis vor wenigen Jahren bezweifelt.

*Bürgi* etwa steht einer Verlängerung des EV skeptisch gegenüber, da seiner Ansicht nach die Gefahr einer Verquickung mit anderen Sicherungsmitteln dem kaufmännischen Verkehr abträglich wäre.<sup>292</sup> Gemeint ist damit wohl die Umgehung des Faustpfandprinzips. Aus demselben Grund lehnt auch *Zobl* den verlängerten EV ab.<sup>293</sup>

In der neueren Literatur steht man dem verlängerten EV hingegen aufgeschlossener gegenüber. *Wiegand* sieht in der Vereinbarung eines verlängerten EV keine Probleme, solange die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Sicherungszession erfüllt sind.<sup>294</sup> Die Abtretung künftiger Forderungen ist nach Ansicht des BG jedenfalls zulässig, solange die abzutretende Forderung hinsichtlich der Person des Schuldners, der Höhe und des Rechtsgrundes bestimmt wird, oder zumindest bestimmbar ist.<sup>295</sup> Zur allgemeinen Gültigkeit eines verlängerten EV hat das BG aber bis heute nicht eindeutig Stellung bezogen.<sup>296</sup>

In Bezug auf Verarbeitungsklauseln, gingen früher die Meinungen deutlich auseinander. Ein Teil der Lehre, allen voran *Scherrer*, versuchte dieses Problem durch Anleihen aus dem deutschen Recht zu lösen. Dabei wurde zumeist die Zurechnungstheorie zitiert, bei der die Eigenschaft des Herstellers dem Parteiwillen unterworfen wird. Teilweise wurde überhaupt behauptet Art. 726 ZGB habe dispositiven Charakter.<sup>297</sup> Das Obergericht Zürich schloss in einer Entscheidung aus dem Jahre 1969 den Fortbestand des EV an, zu Garn weiterverarbeiteter Baumwolle aus.<sup>298</sup> Dabei vertrat jedoch eine Mindermeinung des Gerichts die Ansicht, dass der Eintrag eines EV an der Baumwolle im gegenständlichen Fall ausreiche, um dem Verkäufer auch nach erfolgter Verarbeitung der Ware sein Eigentum an dieser zu sichern. Begründet wurde das zum einen damit, dass das Erfordernis der genauen Bezeichnung des Vorbehaltsobjekts gemäß Art. 7 EigVV nichts mit dem Verarbeitungszustand der Ware zu tun habe. Des Weiteren vertrat die Mindermeinung die

---

<sup>292</sup> Vgl.: *Bürgi* in Probleme der Kreditsicherheit, Seite 121

<sup>293</sup> Vgl.: *Zobl* in BK IV 2/5/1, Seite 535 ff.

<sup>294</sup> Vgl.: *Wiegand*, Mobiliarsicherheiten, Seite 100; zum selben Ergebnis gelangt auch *Graham-Siegenthaler*, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, Seite 35

<sup>295</sup> BGH 57 II 1931, Pra 21 Nr. 15, S. 537 ff.

<sup>296</sup> Vgl. aber: BGH 102 III 150, S. 152 ff.

<sup>297</sup> Vgl.: *Scherrer* in ZK IV/2<sup>2</sup>, Art 726 ZGB, Rz 47 ff.

<sup>298</sup> Obergericht Zürich 30. 5. 1969, BIZR 146/371 ff.

Auffassung, dass Art. 726 ZGB dispositives Recht sei.<sup>299</sup> Die Ansicht der Mindermeinung konnte sich freilich nicht durchsetzen, wobei eine konkrete Stellungnahme des BG zum verlängerten EV mit Verarbeitungsklausel ebenfalls ausständig ist.

In der Lehre hat sich mittlerweile die Ansicht durchgesetzt, dass eine Verarbeitungsklausel wirkungslos sein soll.<sup>300</sup> Dafür werden zwei sachenrechtliche Gründe ins Feld geführt. Wie oben bereits ausgeführt, geht nach Schweizer Recht das Eigentum des Vorbehaltsverkäufers im Zuge der Verarbeitung unter, wenn die Arbeit kostbarer ist als der Stoff. Will dieser nun eine Ersatzsicherheit für den untergegangenen EV, müsste ihm die Sache mittels Besitzkonstitut übertragen werden um ihm eine dingliche Sicherheit einzuräumen. Damit würden aber die Bestimmungen des Faustpfandprinzips in Art. 884 ZGB, wonach ein Pfandrecht nicht begründet werden kann solange der Verpfänder die ausschließliche Gewalt über die Sache behält, umgangen werden. Insgesamt kann festgehalten werden, dass auf Grund des Verbots der Mobiliarhypothek, welches dem Schweizer Mobiliarsicherungsrecht immanent ist, das Besitzkonstitut als Übereignungsform von Sicherungsrechten ausgeschlossen ist.<sup>301</sup>

Außerdem würde bei einer Erstreckung des EV auf die neu hergestellte Sache, der Registereintrag sich auf die falsche, nämlich die Ausgangssache beziehen. Das Vorbehaltsobjekt muss im EV-Register gemäß Art. 7 EigVV jedoch immer genau bezeichnet und verortet werden. Die Lösung wäre die Vereinbarung eines neuen EV was wiederum an Art. 884 ZGB scheitert.<sup>302</sup> *Schwander* hingegen will in diesen Fällen Art. 102 IRPG analog anwenden mit der Folge, dass der EV auch ohne Registereintrag während dreier Monate gültig bleibt.<sup>303</sup>

Insgesamt ist festzuhalten, dass die Frage nach der Wirksamkeit eines verlängerten EV in der schweizerischen Rechtswissenschaft nur eine untergeordnete Rolle spielt, was sich zum einem an der spärlichen Literatur, vor allem aber daraus, dass bis heute noch keine BG Entscheidung zu dieser Frage ergangen ist, ergibt.

---

<sup>299</sup> Obergericht Zürich 30. 5. 1969, BIZR 146/373 ff.

<sup>300</sup> Dazu zuletzt: *Graham-Siegenthaler*, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, Seite 36; außerdem *Bühler*, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Seite 199; *Zobl* in ZK IV/2<sup>2</sup>, Art. 726 ZGB, Rz 47 ff.

<sup>301</sup> Vgl.: *Graham-Siegenthaler*, Seite 21 ff.; sowie BGE 88 II 73 S. 74 ff.

<sup>302</sup> Vgl.: *Zobl* in BK IV 2/5/1 Rz 1695 ff.; vgl. auch: *Wiegand*, Mobiliarsicherheiten, Seite 99 ff.

<sup>303</sup> Siehe Experteninterview mit Prof. Schwander im Anhang

### ***Rechtsvergleichende Stellungnahme***

Die schuld- und sachenrechtliche Konstruktion des verlängerten EV richtet sich in Österreich, der BRD und der Schweiz nach den gleichen gesetzlichen Grundlagen. In allen drei Staaten wird zunächst ein einfacher EV vereinbart und zusätzlich eine künftige Forderung aus einer Weiterveräußerung der Vorbehaltssache an den Verkäufer abgetreten.

Der zentrale Unterschied besteht jedoch in den Publizitätsbestimmungen für eine wirksame Abtretung der künftigen Kaufpreisforderung. Hier unterscheiden sich alle drei Staaten deutlich voneinander. In Österreich wird die Abtretung als Sicherungszession gewertet, mit dem Ergebnis einer analogen Anwendung der pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften gemäß §§ 452 ff. ABGB also Buchvermerk oder Drittschuldnerverständigung. Auch in der Schweiz bestehen Publizitätsvoraussetzungen hinsichtlich der Sicherungszession. Hier wird gemäß Art. 164 ff. OR die Schriftlichkeit der Forderungsabtretung verlangt, eine Verständigung des Dritten ist hingegen nicht erforderlich. In der BRD wird die Forderungsabtretung als stille Zession gewertet, sodass der Drittschuldner nicht verständigt werden muss.

#### **(a) Der verlängerte EV im internationalen Warenverkehr**

Beim einfachen EV richtet sich die Gültigkeit nach der einfach zu handhabenden und in allen drei Staaten ausdrücklich geregelten *lex rei sitae*. Dieser sachenrechtliche Grundsatz greift allerdings nicht bei der schuldrechtlichen Vereinbarung der Parteien, dass der Käufer die Vorbehaltssache an Dritte weiterveräußern darf, unter der Bedingung, dass der Verkäufer durch Abtretung der Kaufpreisforderung eine Ersatzsicherheit erhält. Diese schuldrechtliche Verlängerung des EV wird durch eine Forderungsabtretung erreicht, wobei sich die Frage stellt, nach welchem nationalen Schuldrecht diese Zession zu erfolgen hat. Diese Frage ist deshalb von Bedeutung, da hier alle drei Staaten unterschiedliche Publizitätserfordernisse vorsehen.

So sind nach österreichischem Recht die pfandrechtlichen Publizitätserfordernisse der §§ 452 ff. ABGB einzuhalten, da nach absolut hM die Zession beim verlängerten EV eine

Sicherungszession darstellt.<sup>304</sup> Als Modus kommen daher Drittschuldnerverständigung oder Buchvermerk in Betracht. In der Schweiz wiederum besteht, gemäß Art. 165 OR, für die Sicherungszession das Schriftformgebot, während in der BRD die Forderungsabtretung beim verlängerten EV als bloße stille Zession betrachtet wird und formlos möglich ist.

Diese schuldrechtlichen Folgen richten sich im Warenverkehr zwischen Österreich und Deutschland nach der Rom I Verordnung und im Verhältnis dieser Staaten zur Schweiz nach dem revidierten LugÜ. Gemäß Art. 14 Rom I VO ist die Zession bzw. Sicherungszession immer nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem der Schuldner seinen Sitz, oder Wohnsitz hat.

#### **(b) Der verlängerte EV mit Verarbeitungsklausel im internationalen Warenverkehr**

Bei der Frage der Wirkungen von Verarbeitungsklauseln im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr zwischen Österreich und der BRD ist ebenfalls die *lex rei sitae* maßgeblich.<sup>305</sup>

Wurde demnach eine Sache in der BRD unter verlängertem EV mit Verarbeitungsklausel verkauft, dort verarbeitet und in weiterer Folge nach Österreich verbracht, verliert der Verkäufer seine Sicherheit. Obwohl der Verkäufer zunächst ein dingliches Recht an der verarbeiteten Sache erhält, fällt dieses durch den Statutenwechsel dahin, da nach österreichischem Recht eine publizitätslose Sicherungsübereignung unzulässig ist.<sup>306</sup> Erfolgt die Verarbeitung erst in Österreich, kommt § 415 Satz 2 ABGB zur Anwendung, es entsteht also Miteigentum der Parteien entsprechend dem Wert des Ausgangsstoffes und dem Wert der Arbeit. Der Verkäufer bleibt somit zwar weiterhin dinglich gesichert, seine Sicherheit bleibt aber wertmäßig hinter jener, welche er durch eine Sicherungsübereignung bekäme, zurück.

Wird umgekehrt eine Sache unter EV in Österreich verkauft und verarbeitet, bleibt der Verkäufer auch nach Verbringung der Sache in die BRD gesichert, da sich sein EV als Miteigentumsanteil an der verarbeiteten Sache fortsetzt. Erfolgt die Verarbeitung erst in Deutschland, bleibt der Verkäufer durch publizitätslose Sicherungsübereignung ebenfalls

---

<sup>304</sup> OGH 3 Ob 531/91, JBl 1992, 652; außerdem vgl.: *Koziol* in *Koziol/Welser* Band I<sup>13</sup> Seite 342 ff.

<sup>305</sup> Vgl.: hinsichtlich der österreichischen Rechtslage: *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 31 IPRG Rz 34; hinsichtlich der deutschen Rechtslage: *Wendehorst* in *MK/BGB*<sup>5</sup> Art. 43 EBGB Rz 85

<sup>306</sup> Vgl.: *Verschraegen* in *Rummel*<sup>3</sup> § 31 IPRG Rz 28

dinglich gesichert. Dies allerdings nur, wenn zwischen den Parteien auch tatsächlich ein verlängerter EV mit Verarbeitungsklausel vereinbart wurde. Hier ist jedoch Vorsicht geboten, denn nach den §§ 414 ff. ABGB, entsteht, mangels abweichender Parteienvereinbarung, jedenfalls Miteigentum an der verarbeiteten Sache, ohne, dass eine Verarbeitungsklausel in den Kaufvertrag aufgenommen werden müsste. Ein in Österreich ansässiger Verkäufer sollte daher trotzdem eine Verarbeitungsklausel in den Vertrag aufnehmen, um auch bei einer Verbringung der Sache in die BRD umfassend gesichert zu bleiben. Zweckmäßig wäre dabei eine entsprechende Bestimmung in den AGB des Verkäufers.

Es zeigt sich somit im Warenverkehr von Deutschland nach Österreich eine Schlechterstellung des kreditierenden Verkäufers, der dem Käufer eine Verarbeitung des Vorbehaltsobjektes gestattet. Grund dafür ist die strenge Bindung an die *lex rei sitae* Regel nach § 31 IPRG bzw. Art 43 EGBGB.

Anders als in Österreich und der BRD, wo das Institut des verlängerten EV mit Verarbeitungsklausel allgemein anerkannt ist, stellt sich diese Frage in der Schweiz nicht, da eine Vorbehaltsabrede mit Verarbeitungsklausel nach der absolut herrschenden schweizerischen Lehre abgelehnt wird.<sup>307</sup> Unabhängig davon, ob eine Verarbeitung der Vorbehaltssache erst in der Schweiz erfolgt, oder schon vorher, geht der EV unter. Das ergibt schon aus Art. 7 EigVV, wonach das Vorbehaltsobjekt im EV-Register genau bezeichnet sein muss.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass auch an einer verarbeiteten Vorbehaltssache dingliche Rechte des Verkäufers haften können. Gemäß Art. 102 Abs. 2 IPRG bleibt ein EV nach Verbringung in die Schweiz für drei Monate, unabhängig einer Registereintragung, aufrecht. Wird die Vorbehaltssache erst in der Eidgenossenschaft verarbeitet, geht der EV trotzdem unter. War die Sache hingegen bereits verarbeitet, muss man mE unterscheiden. In der BRD bewirkt die Verarbeitung samt Verarbeitungsklausel eine publizitätslose Sicherungsübereignung, welche in der Schweiz gemäß Art. 717 ZGB unzulässig ist. Miteigentum beider Parteien an der Sache, wie es das österreichische Recht vorsieht, ist aber auch nach schweizerischem Recht möglich.

---

<sup>307</sup> Vgl.: *Graham-Siegenthaler*, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr, Seite 36; *Bühler*, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr, Seite 199; *Zobl* in ZK IV/2<sup>2</sup>, Art. 726 ZGB, Rz 47 ff

## 2.2 Der weitergeleitete Eigentumsvorbehalt

### *Österreich*

Hier erhält der Käufer die Ermächtigung, die Vorbehaltssache an Dritte weiterzuveräußern, allerdings unter der Bedingung, dass der EV des ersten Verkäufers aufrechterhalten wird. Aber auch ohne ausdrückliche Weiterveräußerungsermächtigung oder sogar bei einem Veräußerungsverbot kann der Erstkäufer als Rechtsbesitzer sein Anwartschaftsrecht gemäß § 364c ABGB analog an einen Dritten weitergeben.<sup>308</sup> Jedenfalls muss er aber seine mangelnde dingliche Berechtigung an der Sache dem Dritten gegenüber einräumen was in der Praxis selten gewünscht ist.

Wird ein weitergeleiteter EV dennoch vereinbart, hat das zur Folge, dass der Käufer einem Dritten sein Anwartschaftsrecht veräußert. Sobald die Vorbehaltssache dem zweiten Käufer übergeben worden ist, besteht zwischen diesem und dem Verkäufer ein einfacher EV. Der Zweitkäufer erwirbt daher nicht schon Eigentum, wenn er die Forderung des Erstkäufers geleistet hat, sondern erst, wenn auch der Erstkäufer den Verkäufer befriedigt. Wobei freilich der Zweitkäufer auch direkt an den Verkäufer nach §§ 1358, 1422 ABGB leisten kann.

Im Konkurs des ersten Käufers, kann der Verkäufer gemäß § 44 Abs. 1 IO sein Eigentum aussondern lassen, wenn die Ware noch nicht veräußert wurde. Dasselbe gilt, wenn die Sache bereits veräußert wurde und über das Vermögen des zweiten Käufers Konkurs eröffnet wird.

Umgekehrt kann der Insolvenzverwalter im Konkurs des Verkäufers nach ständiger Rspr stets von seinem Wahlrecht nach § 21 IO Gebrauch machen, also zwischen Vertragserfüllung und Rücktritt vom Vertrag wählen.<sup>309</sup>

### *Deutschland*

---

<sup>308</sup> Vgl.: *Bollenberger*, Veräußerung von Vorbehaltsgut, ÖJZ 1995, 641 ff; *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> § 1063 Seite 587

<sup>309</sup> OGH 1 Ob 295/53, JBl 1953, 630; auf die gegenteilige Ansicht der Lehre wird unten im II. Teil, Kapitel 4 detailliert eingegangen.

Auch in der BRD ist ein weitergeleiteter EV möglich, in der Praxis jedoch selten.<sup>310</sup> Die rechtliche Ausgestaltung folgt dabei jener in Österreich. Der Käufer hat einem Dritten gegenüber seine Eigentumsverhältnisse offen zu legen und kann diesem somit lediglich sein Anwartschaftsrecht veräußern.<sup>311</sup>

Wird der Zweitkäufer insolvent, kann der Verkäufer sein Eigentum von diesem herausverlangen, indem er vom Vertrag mit dem Käufer zurücktritt und somit dessen Recht zum Besitz vernichtet. Wird hingegen der Erstkäufer insolvent, kann der Zweitkäufer von seinem Ablösungsrecht gemäß § 268 BGB Gebrauch machen und den noch offenen Teil der Kaufpreisforderung direkt an den Verkäufer zahlen.<sup>312</sup>

Nach ganz hL und Rspr, stellt die Vereinbarung eines weitergeleiteten EV in AGB eine unangemessene Benachteiligung des ersten Käufers dar und ist daher gemäß § 9 AGBG nicht möglich.<sup>313</sup>

Sowohl im Konkurs des ersten als auch in jenem des zweiten Käufers, steht dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht zwischen Erfüllung und Erfüllungsablehnung gemäß § 103 InsO offen.<sup>314</sup> Beim Konkurs des Zweitkäufers kann der Insolvenzverwalter vom Erstkäufer Erfüllung, also Befriedigung des Verkäufers verlangen. Im Regelfall wird der Insolvenzverwalter jedoch den noch ausstehenden Kaufpreis selbst an den Verkäufer zahlen, wozu er gemäß § 268 BGB analog berechtigt ist.<sup>315</sup>

Im Verkäuferkonkurs ist die, im deutschen Recht ausdrücklich geregelte, Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts nach § 107 Abs. 1 InsO zu berücksichtigen. Eine Erfüllungsablehnung ist daher nur möglich wenn keiner der beiden Käufer den Kaufpreis fristgerecht bezahlt.

## *Schweiz*

---

<sup>310</sup> Vgl.: *Ganter* in MK/InsO<sup>2</sup> § 47 Rz 97

<sup>311</sup> Vgl.: *Serick I*/Seite 79 ff.

<sup>312</sup> Vgl.: *Ganter* in MK/InsO<sup>2</sup> § 47 Rz 99; *Bassenge* in Palandt BGB<sup>69</sup> § 929 Rz 58

<sup>313</sup> BGH II ZR 36/90, NJW 1991, 2285; *Westermann* in MK/BGB<sup>5</sup> § 449 Rz 95; *Beckmann* in Staudinger/BGB § 449 Rz 134

<sup>314</sup> Vgl.: *Ganter* in MK/InsO<sup>2</sup> § 47 Rz 99

<sup>315</sup> Vgl.: *Bassenge* in Palandt BGB<sup>69</sup> § 929 Rz 58

Auch nach schweizerischem Recht ist ein weitergeleiteter EV möglich, auch wenn ein solcher in der Praxis wohl nur eine sehr geringe Bedeutung hat. Voraussetzung dafür ist, dass der Käufer und der Dritte im Kaufvertrag ausdrücklich einen EV zugunsten des Verkäufers vereinbaren. Außerdem muss der EV im Register auf den Dritten übertragen werden. Die Zustimmung des Verkäufers ist mA nach nicht erforderlich, bleibt sein Eigentum doch weiterhin gesichert. Dabei kann vereinbart werden, dass der Dritte die Kaufpreisschuld des Käufers übernimmt.<sup>316</sup>

Im Konkurs des Erst- oder Zweitkäufers gilt das zur österreichischen Rechtslage gesagte, das heißt, der Verkäufer kann sein Eigentum gemäß Art. 242 SchKG stets aussondern lassen.

Im Verkäuferkonkurs gilt hingegen, wie im deutschen Recht, der Grundsatz der Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts des Erwerbers.<sup>317</sup>

## 2.3 Der nachgeschaltete Eigentumsvorbehalt

### *Österreich*

Im Regelfall wird der Käufer vom Verkäufer nicht verpflichtet seine Eigentumsverhältnisse Dritten gegenüber offenzulegen. Der Käufer kann daher im Rechtsverkehr mit Dritten als uneingeschränkter Eigentümer auftreten und sich selbst sein behauptetes Eigentum vorbehalten. Erwirbt der Dritte vom Käufer gutgläubig die Vorbehaltssache, entstehen somit zwei EV und zwei Anwartschaftsrechte. Man spricht hierbei von einem *nachgeschalteten EV* der vor allem im Zwischenhandel vorkommen kann.

In weiterer Folge muss man jedoch danach unterscheiden, ob dem ersten Käufer eine Weiterveräußerungsermächtigung eingeräumt wurde, oder nicht.

Ein nachgeschalteter EV mit einer Weiterveräußerungsermächtigung entspricht sachenrechtlich dem verlängerten EV, jedoch ohne Sicherungssurrogat des Verkäufers. Bei

---

<sup>316</sup> Vgl.: *Liver* in SPR V/1, Seite 337 ff.

<sup>317</sup> Vgl.: *Guldener* in SJZ 61/339; *Plenio*, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung, Seite 139 ff.; *Haberthür*, Der EV im Betreibungs-, Konkurs- und Nachlassverfahren, BLSchK, 13/169. Siehe außerdem unten II. Teil Kapitel 4, Rechtslage in der Schweiz.

Verzug des ersten Käufers kann der Verkäufer sein Eigentum nur vindizieren, indem der Erstkäufer gegenüber dem Zweitkäufer sein Rücktrittsrecht ausübt.<sup>318</sup> War der Zweitkäufer zu diesem Zeitpunkt nicht in Verzug stehen ihm Schadenersatzansprüche gegen den ersten Käufer wegen Nichterfüllung des Vertrages im Sinne von §§ 1295 ff. ABGB zu.

Liegt eine Weiterveräußerungsermächtigung nicht vor, kann der Zweitkäufer das Anwartschaftsrecht am Vorbehaltsobjekt nur nach den Gutglaubensvorschriften gemäß §§ 367, 368 ABGB erwerben. Ist dies der Fall, entspricht das Anwartschaftsrecht des Zweitkäufers jenem des Erstkäufers mit der Folge, dass der Zweitkäufer sein Besitzrecht auch gegenüber dem Verkäufer geltend machen kann.

Zahlt der Zweitkäufer den Kaufpreis noch vor dem ersten Käufer, erwirbt er von diesem Eigentum, wenn der Erstkäufer zur Weiterveräußerung ermächtigt war. Ansonsten kommt ein Eigentumserwerb nur in Frage, wenn der Zweitkäufer zuvor das Anwartschaftsrecht gutgläubig im Sinne von §§ 367, 368 ABGB erworben hat. Der EV des Verkäufers geht damit unter.<sup>319</sup> Allenfalls stehen auch ihm gegenüber dem Erstkäufer Schadenersatzansprüche zu, wenn dieser die Sache ohne Weiterveräußerungsermächtigung verkauft hat.

Der zentrale Unterschied zum weitergeleiteten EV besteht beim nachgeschalteten EV somit darin, dass der Verkäufer sein Eigentum bereits dann verliert, wenn der Zweitkäufer den Kaufpreis an den Erstkäufer leistet, während hingegen beim weitergeleiteten EV die Bedingung erst bei Befriedigung des Verkäufers eintritt.

Im Verkäuferkonkurs kann der Insolvenzverwalter gemäß § 21 Abs. 1 IO vom Vertrag mit dem Erstkäufer zurücktreten. Der Vertragsrücktritt gegenüber dem Erstkäufer würde im Falle einer Weiterveräußerungsermächtigung auch dem Anwartschaftsrecht des Zweitkäufers die rechtliche Grundlage nehmen. Dieser muss dann das Vorbehaltsobjekt an den Insolvenzverwalter herausgeben und kann gegen den Erstkäufer Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrags geltend machen.

Hat allerdings der Zweitkäufer das Anwartschaftsrecht gutgläubig erworben, kann er durch Bezahlung des restlichen Kaufpreises an den Erstkäufer Eigentum an der Vorbehaltsache

---

<sup>318</sup> Vgl.: *Binder* in Schwimm ABGB<sup>3</sup> § 1063 Rz 88

<sup>319</sup> Vgl.: *Bollenberger*, Veräußerung von Vorbehaltsgut, ÖJZ 1995, 641 ff.

erwerben, denn *mala fides superveniens non nocet*. Der Insolvenzverwalter kann dann die, vom Zweitkäufer bezahlte Kaufpreisforderung vom Erstkäufer herausverlangen.

In der Insolvenz des Erstkäufers muss unterschieden werden. War er zur Weiterveräußerung ermächtigt, bleibt der Verkäufer weiterhin voll gesichert.

Lag keine Weiterveräußerungsermächtigung vor und hat der Zweitkäufer das Anwartschaftsrecht gutgläubig erworben, geht die dingliche Sicherung des Verkäufers mit Zahlung des Kaufpreises an den Erstkäufer unter.<sup>320</sup> Dadurch ist mE die Masse ungerechtfertigt bereichert gemäß § 46 Z. 6 IO. Der Verkäufer hat dann einen Absonderungsanspruch bis zur Höhe des, mit dem Erstkäufer vereinbarten, Kaufpreises.

Wird über das Vermögen des Zweitkäufers Konkurs eröffnet, muss ebenfalls unterschieden werden. Unabhängig davon, ob Weiterveräußerungsermächtigung vorliegt, steht dem Verkäufer ein Aussonderungsanspruch nach § 44 Abs. 1 IO zu, wenn der Zweitkäufer den Kaufpreis im Zeitpunkt der Konkursöffnung noch nicht bezahlt hat. Der Insolvenzverwalter kann jedoch durch Bezahlung des Kaufpreises an den Erstkäufer den Bedingungseintritt herbeiführen.

Nur wenn der Zweitkäufer vor Konkursöffnung den Kaufpreis bereits gezahlt hat, besteht die Möglichkeit, dass er entweder auf Grund einer Weiterveräußerungsermächtigung oder nach den Gutgläubensvorschriften Eigentum am Vorbehaltsobjekt erworben hat und der Verkäufer damit seine dingliche Sicherung verloren hat.<sup>321</sup> Der Verkäufer hat dann zwar seine sachenrechtliche Sicherheit verloren, der schuldrechtliche Anspruch gegen den Erstkäufer bleibt davon aber unberührt.

### ***Deutschland***

In der BRD ist die Konstruktion des *nachgeschalteten EV* grundsätzlich dieselbe wie nach österreichischem Recht. In Deutschland ist der nachgeschaltete EV allerdings weiter verbreitet als in Österreich und wird oftmals mit einer Vorausabtretung verbunden.<sup>322</sup> Das

---

<sup>320</sup> Vgl.: Aicher in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 101; Bydlinski in Klang IV/2<sup>2</sup> Seite 635

<sup>321</sup> Vgl.: Spielbüchler in Rummel<sup>3</sup>, §§ 357-360 Rz 10

<sup>322</sup> Vgl.: Graf Lambsdorff, Handbuch des Eigentumsvorbehalts Rz 462 ff.

heißt, der Käufer verkauft dem Dritten die Sache unter EV und tritt die Kaufpreisforderung an den Verkäufer ab. Der *verlängerte EV* wird dadurch durch einen *nachgeschalteten EV* nochmals vertikal ausgedehnt. Der Verkäufer verliert zwar durch die Weiterveräußerung sein Eigentum, sobald der Zweitkäufer an den Erstkäufer bezahlt, er erhält aber durch die Vorauszession eine Ersatzsicherheit.<sup>323</sup> Wie in Österreich, kann auch in der BRD der Dritte auf Grund seines Anwartschaftsrechts, sein Recht zum Besitz gemäß § 986 BGB dem ersten Verkäufer entgegenhalten.

In der Praxis spricht man von einem pflichtgemäß nachgeschalteten EV wenn der Käufer zu Weiterveräußerung ermächtigt wurde, unter der Bedingung, dass er die Sache dem Dritten gegenüber unter EV verkauft. Dabei wird zumeist noch vereinbart, dass der Erstkäufer die, dem Verkäufer abgetretene Forderung gegen den Zweitkäufer einziehen darf.

Besteht keine solche Verpflichtung und verkauft der Käufer die Sache dem Dritten dennoch unter EV, spricht man von einem freiwillig nachgeschalteten EV. Hier hat der Käufer also die freie Wahl, ob er an den Dritten unter EV verkauft, oder nicht. Der freiwillig nachgeschaltete EV ist in der Praxis vorherrschend, zumal der Verkäufer darauf vertrauen kann, dass ein Zwischenhändler zur eigenen Sicherheit die Ware nur unter EV weiterveräußert.<sup>324</sup>

Zahlt nun der Dritte den Kaufpreis, erwirbt er gemäß §§ 158, 185, 929 BGB Eigentum am Vorbehaltsobjekt, da der Käufer zur Weiteräußerung ermächtigt war. Ansonsten richtet sich der Eigentumserwerb nach den Gutgläubensvorschriften gemäß §§ 932 ff. BGB, wobei hierzu anzumerken ist, dass mit einem nachgeschalteten EV grundsätzlich zu rechnen ist. Wird der Erstkäufer nun insolvent bevor er seine Forderung gegenüber dem Verkäufer befriedigt hat, steht dem Verkäufer nur mehr eine einfache Insolvenzforderung zu.<sup>325</sup>

Von der Lehre wurde Anfangs kritisiert, dass der nachgeschaltete EV in Verbindung mit einer Vorausabtretung zu einer Doppelsicherung des Verkäufers führe, weil dessen Eigentum auch bei der Weiterveräußerung an einen Dritten aufrecht bleibt und ihm daneben auch die Kaufpreisforderung abgetreten wird. Dabei wird aber übersehen, dass die Forderung aus dem Erstverkauf und der Eigentumserwerb des Zweitkäufers durch Bezahlung des Kaufpreises völlig unabhängig voneinander bestehen. Der Erstverkäufer würde ohne Forderung gegen den

---

<sup>323</sup> BGH VIII ZR 145/69, NJW 1971, 1403

<sup>324</sup> Vgl.: Weber, *Kreditsicherheiten*<sup>7</sup> Seite 211 ff.

<sup>325</sup> Vgl.: Braun, *Insolvenzordnung*<sup>3</sup> § 47 Rz 38

Zweitkäufer sein Eigentum unkontrolliert verlieren, wenn der Zweitkäufer an den ersten Käufer zahlt.<sup>326</sup> Was aber sehr wohl eintreten kann, ist eine Übersicherung des Erstverkäufers. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Käufer das Vorbehaltsobjekt um einen wesentlich höheren Preis an den Dritten weiterveräußert und diese Forderung an den Verkäufer zediert. Hier liegt eine Übersicherung vor, da der Verkäufer nur bis zum Wert der Forderung aus dem Erstgeschäft gesichert sein sollte.<sup>327</sup>

In der Verkäuferinsolvenz ist wie beim weitergeleiteten EV der Grundsatz der Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts nach § 107 InsO zu berücksichtigen.

Da dem Zweitkäufer lediglich ein Anwartschaftsrecht auf das Eigentum zukommt, folgen die Fälle der Insolvenz des Zweitkäufers den Regeln des Käuferkonkurses beim einfachen EV.<sup>328</sup>

Wird der Erstkäufer insolvent bevor der Zweitkäufer den Kaufpreis bezahlt hat, gelten die Grundsätze des Verkäuferkonkurses. Bei einem pflichtgemäß nachgeschaltetem EV mit Forderungsabtretung, ist der Verkäufer weiterhin gesichert. Er kann vom Zweitkäufer die Bezahlung des Kaufpreises verlangen. Dieser wiederum kann sich auf die Insolvenzfestigkeit seines Anwartschaftsrechts berufen, wenn der Erstkäufer zur Weiterveräußerung berechtigt war, oder der Zweitkäufer das Anwartschaftsrecht gemäß §§ 932 ff. BGB gutgläubig erworben hat. Bestand keine Ermächtigung und hat der Zweitkäufer auch nicht gutgläubig gehandelt, fällt das Vorbehaltsobjekt in die Masse.<sup>329</sup>

## 2.4 Horizontale Erweiterungsformen des EV

### *Österreich*

Eine horizontale Ausdehnung des EV ist in Österreich nicht möglich.<sup>330</sup> In diesem Fall spricht man von einem *erweiterten EV* bei dem zusätzlich zur Bezahlung des Kaufpreises noch

---

<sup>326</sup> Vgl.: *Serick*, I/Seite 80 ff.

<sup>327</sup> Vgl.: *Serick*, I/Seite 82

<sup>328</sup> Dazu unten II. Teil, Kapitel 3, Deutschland

<sup>329</sup> Vgl.: *Ganter* in MK/InsO<sup>2</sup> § 47 Rz 102

<sup>330</sup> Richtungsweisend war dabei die Kritik von *Koziol* an einer OGH Entscheidung aus dem Jahr 1966, vgl.: *Koziol* in JBl, 67, 202 ff.; außerdem vgl.: *Holzner*, JBl 1998, 300 ff.; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Seite 197 ff.; *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> § 1063 Seite 677 ff.; OGH zuletzt in 4 Ob 221/06p, *ecolex* 2007,601 (Wilhelm) = ÖBA 2007/1450 (Rummel) = *Gehring*, RdW 2008/10 S 53; erstmals 4 Ob 540/71, SZ 44/64=EvBl 1971/334 S 631

andere Forderungen erbracht werden müssen, damit der Käufer Eigentum erhält.<sup>331</sup> Sein aufschiebend bedingtes Eigentum wird somit schlechter gestellt und das auflösend bedingte Eigentum des Verkäufers verbessert. Eine solche Sicherung beliebiger anderer Forderungen widerspricht zum einem dem pfandrechtliche Spezialitätsprinzip im Sinne von § 451 ABGB. Denn im Unterschied zum *einfachen EV* besteht hier bezüglich der Sicherung des Verkäufers keine bzw. nur eine bedingte Konnexität zur Kaufpreisforderung, womit das kaufrechtliche Zug um Zug Prinzip verlassen wird.

Der erweiterte EV ist somit der Rechtssicherheit ebenso abträglich wie die Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut. In der Praxis ließe sich der erweiterte EV vom Verkäufer durch neue Kreditgewährungen beliebig lange aufrecht erhalten, womit es für Dritte unmöglich wäre, die finanzielle Leistungsfähigkeit des Käufers richtig einzuschätzen. Das gilt für voneinander verselbstständigte Lieferungen sowie für sämtliche, aus einem Kontokorrentverhältnis stammenden Forderungen. Vertragliche Abreden mit dem Ziel, das Verbot des erweiterten EV zu umgehen in Form einer Anrechnungsabrede, bei der Ratenleistungen des Käufers zunächst auf andere Forderungen und erst nach deren Begleichung auf den Kaufpreis angerechnet werden, widersprechen ebenfalls dem Publizitätsprinzip und sind auch gemäß § 879 ABGB nichtig.<sup>332</sup> Wird im Rahmen eines Kontokorrentverhältnisses vereinbart, dass das Eigentum erst mit Zahlung der Saldoforderung übergehen soll, sind gemäß §§ 1415 ff. ABGB die vom Käufer erbrachten Teilzahlungen auf den Kaufpreis zu beziehen.<sup>333</sup> Ist der Kaufpreis zur Gänze bezahlt, erwirbt der Käufer Eigentum am Vorbehaltsobjekt. Im Unterschied zur deutschen Rechtslage wird ein erweiterter EV von der hL und Rspr nicht akzeptiert.<sup>334</sup>

Nach Ansicht des OGH bewirken Erweiterungen des EV auf andere Forderungen oder eine zeitliche Verlängerung über den Zeitpunkt der Kaufpreiszahlung hinaus nur eine schuldrechtliche Verpflichtung des Käufers mit der Folge, dass dieser trotz eingetretenen Erwerbs des Eigentums die Sache rückzuübereignen hat.<sup>335</sup> Dieser obligatorische Anspruch gewährt aber kein Aussonderungsrecht im Konkurs nach § 44 IO, sondern wäre eine Konkursforderung im Sinne des § 14 IO.

---

<sup>331</sup> Vgl.: *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Seite 197 ff.

<sup>332</sup> OGH 6 Ob 760/79, JBl 1981, 256

<sup>333</sup> Vgl.: *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 111

<sup>334</sup> Vgl.: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> Seite 677 ff.; OGH 4 Ob 540/71, SZ 44/64=EvBl 1971/334 S 631

<sup>335</sup> OGH 4 Ob 540/71, SZ 44/64=EvBl 1971/334 S 631

## *Deutschland*

Anders als in Österreich ist in Deutschland auch die Vereinbarung eines *erweiterten EV* zulässig.<sup>336</sup> Die Gründe für die Zulässigkeit liegen nach hL und Rspr in der Möglichkeit zur freien Parteienvereinbarung bezüglich der Bedingungen für den Eigentumsübergang, da einer solchen keine zwingenden Rechtsvorschriften entgegenstehen. Außerdem hänge die Eigentumsübertragung ohnehin nicht nur von der Bezahlung des Kaufpreises ab, sondern regelmäßig auch von der Erbringung diverser Nebenleistungen. Dennoch kann durch die Erweiterung des EV die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Vorbehaltskäufers zu sehr eingeschränkt werden, sodass eine Übersicherung des Verkäufers vorliegt, die den erweiterten EV unwirksam macht. Eine Übersicherung wird von der Praxis immer dann angenommen, wenn der Eigentumserwerb des Käufers daran scheitert, dass trotz Abzahlung eines Großteils der Forderungen noch ein kleiner Restbetrag offen ist.<sup>337</sup> Stand eine Übersicherung bereits bei Vertragsabschluss fest, führt dies zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB. Nach Ansicht des BGH liegt eine solche *ursprüngliche* Übersicherung vor, *wenn bereits bei Vertragsschluss gewiss ist, dass im noch ungewissen Verwertungsfall ein auffälliges Missverhältnis zwischen dem realisierbaren Wert der Sicherheit und der gesicherten Forderung bestehen wird.*<sup>338</sup> Führt jedoch ein zunächst ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Wert der Forderungen und dem Vorbehaltsobjekt erst im Laufe der weiteren Geschäftsbeziehung zu einer krassen Übersicherung des Verkäufers, spricht man von einer *nachträglichen* Übersicherung. Nach Ansicht des BGH soll eine solche die dingliche Rechtskraft des Rechtsgeschäftes nicht berühren. Stattdessen hat der Käufer einen Freigabeanspruch mit dem er die Freigabe von endgültig nicht mehr benötigten Forderungen verlangen kann. Welche von mehreren Forderungen in weiterer Folge freigegeben werden, liegt dabei im Ermessen des Verkäufers. Eine Übersicherung liegt jedenfalls vor, wenn der Wert der zedierten Forderungen jenen des Vorbehaltsobjektes um mindestens 50 % übersteigt, wobei ein Freigabeanspruch auch schon bei einer Differenz von

---

<sup>336</sup> BGH VIII ZR 176/92, NJW 1994, 1154=BGHZ 125, 83=JZ 1994, 732; BGH VIII ZR 342/85, NJW 1987, 487=BGHZ 98, 303=NJW-RR 1987, 309; *Beckmann* in Staudinger/BGB § 449 Rz 127 ff.; *Westermann* in MK/BGB<sup>5</sup> § 449 Rz 81 ff.

<sup>337</sup> BGH VIII ZR 176/92, NJW 1994, 1154=BGHZ 125, 83=JZ 1994

<sup>338</sup> BGH IX ZR 74-95, NJW 1998, 2047

10 % zugesprochen werden kann. Die Deckungsgrenze des Verkäufers durch Forderungen liegt daher bei 110 % des Wertes des Vorbehaltsobjektes.<sup>339</sup>

In der Praxis sind zwei Formen des erweiterten EV, nämlich der Kontokorrent- und bis vor wenigen Jahren der Konzernvorbehalt, am häufigsten. Daneben kommt es häufig auch zu einer Verbindung von erweitertem und verlängertem EV.

Beim Kontokorrentvorbehalt wird vereinbart, dass das Eigentum erst dann auf den Käufer übergehen soll, wenn alle, selbst künftige Forderungen aus der gesamten Geschäftsverbindung zwischen Verkäufer und Käufer erfüllt sind, was eine umfassende Sicherung des Verkäufers bewirkt.<sup>340</sup> Der EV erlischt erst, wenn der Schuldsaldo auf Null steht. Dabei findet sich der Kontokorrentvorbehalt zumeist auch in AGB mit dem Satz „Alle gelieferten Waren bleiben bis zur völligen Bezahlung sämtlicher uns aus der Geschäftsverbindung mit dem Besteller zustehenden Forderungen unser Eigentum“.<sup>341</sup> Die Gefahr einer Übersicherung ist dabei sehr hoch. Ein echtes Kontokorrentverhältnis zwischen den Parteien ist allerdings nicht erforderlich. Damit hat der BGH durchaus für Unklarheit gesorgt, indem er selbst den Kontokorrentvorbehalt als solchen bezeichnet, für den Bestand eines erweiterten EV aber kein Kontokorrentverhältnis voraussetzt.<sup>342</sup>

Im Rechtsverkehr mit Verbrauchern stellen solche Klauseln eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 9 Abs. 2 Nr. 2 AGB-Gesetz dar und sind daher unwirksam. Gegenüber dem Letztverbraucher darf sich der erweiterte EV nur auf Forderungen beziehen, die aus dem Vorbehaltsobjekt fließen.<sup>343</sup> Der erweiterte EV im Verhältnis zum Verbraucher entspricht somit dem einfachen EV.

Neben dem Kontokorrentvorbehalt wurde als zweite Form des erweiterten EV oftmals ein Konzernvorbehalt vereinbart. Demnach soll der Käufer erst dann Eigentum erwerben, wenn er alle Forderungen gegenüber dem Verkäufer und der mit diesem konzernmäßig verbundenen Unternehmen befriedigt hat. In der Lehre wird der Konzernvorbehalt seit langem abgelehnt.<sup>344</sup>

---

<sup>339</sup> Vgl.: *Lwowski*, Seite 135 ff.; außerdem BGH großer Senat Beschluss GSZ 1 u. 2/97, NJW 1997, 671; LSK 1998 100001; BGHZ 137, 212.

<sup>340</sup> BGH VIII ZR 305/62, NJW 1964, 1788; BGH VIII ZR 188/69, NJW 1971, 799

<sup>341</sup> BGH VIII ZR 7/76, NJW 1978, 632

<sup>342</sup> BGH VIII ZR 188/69, NJW 1971, 799

<sup>343</sup> OLG Frankfurt 6 U 184/79, NJW 1981, 130

<sup>344</sup> Eine umfangreiche Vorarbeit leistete dabei *Serick* in *Serick*, V/Seite 233 ff.

Der BGH gab zunächst kein abschließendes Urteil ab.<sup>345</sup> Seit 01. 01. 1999 ist der Konzernvorbehalt gemäß § 449 Abs. 3 BGB (bis 01. 01. 2010 § 455 BGB) ausdrücklich verboten und gemäß § 134 BGB nichtig.

### *Schweiz*

Der klassische *erweiterte EV*, das heißt die Vereinbarung, dass das Eigentum erst nach der Erfüllung zusätzlicher Forderungen übergehen soll, wird von der Schweizer Lehre und Rspr seit jeher abgelehnt.<sup>346</sup> Das liegt nach Ansicht des BG in der Natur dieses Rechtsinstituts und bedarf keiner näheren Begründung. Wenn nämlich mit der Verabredung eines EV beliebige Forderungen gesichert werden könnten, würde das auf eine Umgehung des, dem Fahrnispfandrecht immanenten, Faustpfandprinzips hinauslaufen.<sup>347</sup> Die juristische Konstruktion eines erweiterten EV würde zwar keine Sicherungsübereignung bewirken, sich einer solchen aber zu sehr annähern, sodass von der hL die Bestimmungen der Sicherungsübereignung angewendet werden sollen. Im Ergebnis bewirkt ein erweiterter EV dieselbe publizitätslose Sicherung wie eine Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstitut, welche gemäß Art. 717 ZGB ausdrücklich verboten ist.<sup>348</sup> Die Begründung für die Ablehnung eines horizontal erweiterten EV entspricht somit jener in Österreich.

Eine horizontale Erweiterung des EV auf Forderungen, für die er nicht bestellt wurde, ist damit ausgeschlossen. Eine Erstreckung des EV beim Gesamtkauf oder bei Sukzessivlieferungsverträgen ist jedoch möglich.

## **2.5 Uneigentlicher Eigentumsvorbehalt**

Der uneigentliche EV ist nur der deutschen Lehre und Rspr geläufig. Dabei wird dem Käufer mit der Übergabe das volle Eigentum übertragen. Die Sicherung des Verkäufers besteht darin, dass der Käufer bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises nicht über die Sache verfügen, also etwa verpfänden, darf. Eine solche Beschränkung hat aber nach herrschender

---

<sup>345</sup> BGH VIII ZR 340/86, NJW 1988, 1774; BGH VIII ZR 176/92, NJW 1994, 1154

<sup>346</sup> Stellvertretend für viele: *Zobl* in BK IV 2/5/1, Seite 535

<sup>347</sup> BGE 102 III 150 S. 152

<sup>348</sup> Vgl.: *Wiegand*, *Mobiliarsicherheiten*, Seite 99 ff.

Auffassung gemäß § 137 BGB nur schuldrechtliche Wirkung. Eine Weiterveräußerung ist daher sehr wohl möglich, stellt aber gegenüber dem ersten Verkäufer eine Vertragsverletzung dar und begründet Schadenersatzansprüche.<sup>349</sup>

Insgesamt zeigt sich, dass der uneigentliche EV mit einem eigentlichen EV nichts gemein hat. Eine rein schuldrechtliche Verfügungsbeschränkung bis zur Kaufpreiszahlung wäre auch nach österreichischem und schweizerischem Recht zulässig ohne dadurch eine sittenwidrige Knebelung des Käufers zu bewirken.<sup>350</sup>

---

<sup>349</sup> Vgl.: *Serick*, I/Seite 84

<sup>350</sup> Vgl. in Bezug auf die Schweiz: *Liver* in SPR V/1, Seite 337 ff.

## II. Teil: Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz

### 1. INSOLVENZORDNUNGEN IM ÜBERBLICK

#### *Österreich*

In Österreich gilt seit 1. 7. 2010 das IRÄG 2010, welches die umfangreichsten Änderungen des österreichischen Insolvenzrechts in den letzten Jahren mit sich gebracht hat. So wurde die Ausgleichsordnung aufgehoben und mit der Konkursordnung in der Insolvenzordnung zusammengefasst.<sup>351</sup> Inhaltlich betroffen war nicht nur das Verfahrensrecht, sondern auch das materielle Konkursrecht. Hauptanliegen war es dabei, Sanierungen zu erleichtern.<sup>352</sup> Die Problematik der fehlenden Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers wurde bei der Reform nicht berücksichtigt.

Im österreichischen Insolvenzrecht sind drei unterschiedliche Verfahren denkbar. Der Konkurs, der Sanierungsplan und die Unternehmensreorganisation, dabei können alle drei Verfahren sowohl auf natürliche als auch auf juristische Personen angewandt werden. Auf eine Darstellung des Sanierungsverfahrens und der Unternehmensreorganisation kann hier verzichtet werden, wobei sich letzteres ohnehin in der Praxis bislang nicht durchsetzen konnte.

Insolvenzgericht ist der Gerichtshof erster Instanz in dessen Sprengel der Schuldner seinen Wohnsitz hat oder mangels einem solchen seinen gewöhnlichen Aufenthalt. Ein Antrag auf Konkurseröffnung kann sowohl vom Schuldner als auch vom Gläubiger gestellt werden. Voraussetzung ist gemäß §§ 66 ff. IO, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist und kostendeckendes Vermögen vorhanden ist. Ab Eröffnung des Verfahrens durch Beschluss des Gerichts und Bekanntmachung in der Insolvenzdatei, hat der Insolvenzverwalter zu prüfen, ob das Unternehmen fortgeführt werden kann oder nicht. Die Frage der Unternehmensfortführung, sowie die Frage ob ein Sanierungsplan in Betracht kommt, sind dann in der Folge die wichtigsten Punkte in der ersten Berichtstagsatzung. Die Gläubiger

---

<sup>351</sup> Grund dafür war die immer geringer werdende Bedeutung des Ausgleichsverfahrens, so gab es im 1. Halbjahr 2009 lediglich 25 Ausgleich (Quelle: *Kodek*, Von der KO zur IO, ÖBA 2010, 499).

<sup>352</sup> Vgl.: *Kodek*, Von der KO zur IO, ÖBA 2010, 498

müssen, wenn sie am Verfahren teilnehmen wollen, ihre Forderung beim Insolvenzgericht anmelden. In der ersten Berichtstagsatzung äußert sich dann der Insolvenzverwalter zu jeder Forderung und gibt bekannt, ob er sie anerkennt oder ganz oder teilweise bestreitet. Bei diesen Forderungen handelt es sich aber stets um Konkursforderungen. Gehören zur Masse Gegenstände, die dem Schuldner nicht gehören, steht dem eigentlichen Eigentümer diesbezüglich ein Aussonderungsanspruch zu. Er kann also die Herausgabe verlangen. Davon zu unterscheiden sind Absonderungsrechte, bei denen dem Gläubiger nur das Recht auf abgesonderte Befriedigung aus einer bestimmten Sache zusteht. Absonderungsrechte sind beim Insolvenzverwalter geltend zu machen. Diesem obliegt dann auch die Verwertung. Im Unterschied zum Aussonderungsrecht, unterliegt das Absonderungsrecht aber gewissen, in § 12a KO geregelten, zeitlichen Schranken.

### *Deutschland*

In Deutschland gilt seit 1. 1. 1999 die Insolvenzordnung, welche die Konkursordnung und sämtliche anderen insolvenzrechtlichen Vorschriften ersetzt hat und somit, wie in Österreich seit 2010, das gesamte Insolvenzrecht kodifiziert hat.

Das Insolvenzverfahren in der BRD läuft nach denselben Grundsätzen ab wie jenes in Österreich. Insolvenzgericht ist jenes Gericht, in dessen Sprengel der Gemeinschuldner seinen Sitz bzw. Wohnsitz hat.

Liegen die Voraussetzungen vor und besteht ausreichende Kostendeckung, wird das Konkursverfahren mittels Eröffnungsbeschluss eingeleitet. Über die Frage der Unternehmensfortführung entscheidet die Gläubigerversammlung zum Berichtstermin des Insolvenzverwalters.<sup>353</sup> Die Gläubiger müssen ihre Forderungen bis zum Prüfungstermin eingebracht haben. Als anerkannt gelten die Forderungen erst, wenn weder der Insolvenzverwalter noch einer der übrigen Insolvenzgläubiger der Forderung zum Prüfungstermin widerspricht.

---

<sup>353</sup> Vgl.: *Seagon* in Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz<sup>3</sup> § 27 Rz 15 ff.

## *Schweiz*

Das Insolvenzverfahren nach schweizerischem Recht unterscheidet sich deutlich von jenem nach österreichischen oder deutschen Recht und verdient daher eine detaillierte Darstellung.

Das schweizerische Konkursrecht weist im Verhältnis zu Österreich und Deutschland einige Besonderheiten auf. Zunächst ist zu beachten, dass das Zivilprozessrecht in der Eidgenossenschaft nicht einheitlich geregelt ist, sondern in 26 verschiedene Zivilprozessordnungen, zersplittert ist. Jeder Kanton besitzt seine eigene Zivilprozessordnung. Über diesen steht das Schweizer Konkursverfahren, welches im SchKG geregelt ist und als Bundesgesetz in der gesamten Schweiz gilt.

Diese Einheitlichkeit kann in der Praxis, bedingt durch zahlreiche Verweise des SchKG auf kantonales Zivilprozessrecht, nicht durchgehalten werden. Das schweizerische Prozessrecht ist daher durch Unübersichtlichkeit und Überschneidungen geprägt.<sup>354</sup>

Nach Schweizer Recht gibt es zwei grundlegende Möglichkeiten zur Konkursöffnung: Die ordentliche Konkursbetreibung und die Konkursöffnung ohne Betreibung. Zur Durchführung von Konkursen zuständig sind in der Schweiz die Konkursämter. Diese befassen sich ausschließlich mit der Abwicklung von Konkursen. Unterstützt werden sie von den Betreibungsämtern, wobei beide Ämter meistens zusammengelegt sind.

### *Die ordentliche Konkursbetreibung*

Befindet sich der Schuldner mit einer Leistung in Verzug, kann der Gläubiger gemäß Art. 67 SchKG ein Betreibungsbegehren beim örtlich zuständigen Betreibungsamt (BA) einbringen. Dieses kann schriftlich und mündlich eingebracht werden und muss bestimmte, in Art. 67 SchKG aufgezählte Formvorschriften erfüllen.<sup>355</sup> Liegen diese formellen Voraussetzungen vor, hat das BA dem Betreibungsbegehren des Gläubigers stattzugeben, einen Zahlungsbefehl im Sinne des Art. 38 SchKG zu erlassen und diesen dem Schuldner zuzustellen. Erst damit beginnt die Schuldbetreibung mit der Folge, dass die Verjährung der Forderung unterbrochen

---

<sup>354</sup> Vgl.: *Jahn/Sahm*, Insolvenzen in Europa<sup>4</sup>, Seite 445

<sup>355</sup> Name und Wohnort des Schuldners und des Gläubigers, Bezeichnung der Forderung etc. .

wird. Dieser Abschnitt wird als Einleitungsverfahren bezeichnet. Als Rechtsmittel steht dem Schuldner in dieser Phase der Rechtsvorschlag zu, welcher nicht begründet werden muss.<sup>356</sup>

Hat der Schuldner wirksam einen Rechtsvorschlag eingebracht, bewirkt dies die Einstellung des Betreibungsverfahrens, nicht jedoch die Aufhebung. Es liegt nun am Gläubiger, seine Forderung in einem ordentlichen Zivilverfahren mit Hilfe einer Anerkennungsklage zu beweisen.<sup>357</sup>

Hat der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel muss er ebenfalls das Einleitungsverfahren samt Betreibungsbegehren und Zahlungsbefehl durchlaufen. Eine direkte Zwangsvollstreckung auf Grund eines vollstreckbaren Titels kann der Gläubiger in der Schweiz gemäß Art. 80 SchKG nicht verlangen. Erhebt der Schuldner trotz bestehendem Titel Rechtsvorschlag, braucht der Gläubiger jedoch keine Anerkennungsklage einzubringen. Vielmehr kann er vom Richter die definitive Aufhebung des Rechtsvorschlags verlangen. Man spricht dabei von einer definitiven Rechtsöffnung. Im darauffolgenden Rechtsöffnungsverfahren wird lediglich überprüft, ob der Gläubiger über einen vollstreckbaren Titel, das heißt ein vollstreckbares Urteil oder eine Schuldanerkennung verfügt oder nicht.<sup>358</sup> Art. 80 Abs. 1 SchKG verlangt dabei zwar nur die Vollstreckbarkeit. Die hL und Rspr verlangt jedoch zusätzlich, dass der Titel auch formell rechtskräftig sein muss.<sup>359</sup> Darüber hat ein Richter zu entscheiden, dessen Entscheidung aber nichts über die materielle Gültigkeit der Betreibungsforderung sagt. *Das Rechtsöffnungsverfahren hat daher ausschließlich betreibungsrechtlichen Charakter.*<sup>360</sup> Dringt der Gläubiger mit seiner Anerkennungsklage durch oder wird im Rahmen des definitiven Rechtsöffnungsverfahrens die Betreibungseinstellung aufgehoben, erwächst der Zahlungsbefehl in Rechtskraft. Mit Rechtskraft des Zahlungsbefehls ist das Einleitungsverfahren beendet.

Der Gläubiger kann nun innerhalb eines Jahres ab Zustellung des Zahlungsbefehls, die Fortsetzung der Betreibung gemäß Art. 88 SchKG begehren. Das Fortsetzungsbegehren muss nicht ausdrücklich auf Konkursöffnung lauten. Es ist gemäß Art. 38 Abs. 3 SchKG Sache

---

<sup>356</sup> BGE 108 III 6, Regeste; vgl.: *Bessenich* in *Staehelin/Bauer/Staehelin* SchKG I, Art. 75 Rz 3

<sup>357</sup> Handelt es sich bei der Forderung um einen öffentlich rechtlichen Anspruch, hat darüber eine Verwaltungsbehörde zu entscheiden. Vgl. dazu ausführlich: *Staehelin* in *Staehelin/Bauer/Staehelin* SchKG I, Art. 79 Rz 13 ff. .

<sup>358</sup> Vgl.: *Amonn/Walther*, Grundriss des SchKG, Seite 147 ff.

<sup>359</sup> BGE 105 III 43 S. 44; BGE 113 III 6 S. 9; Stellvertretend für viele: *Zraggen* in *ZBJV* 1956, Seite 33 ff.

<sup>360</sup> BGE 133 III 645 S. 653

des Konkursgerichts zu bestimmen, welche Betreibungsart anwendbar ist.<sup>361</sup> Jedenfalls ist dem Schuldner unverzüglich eine Konkursandrohung zuzustellen. In der Konkursandrohung wird dem Schuldner eine 20 tägige Frist gewährt um seine Schulden zu bezahlen. Innerhalb dieser Frist kann der Gläubiger bereits die Aufnahme eines Güterverzeichnisses beim Schuldner begehren. Dieses soll das Schuldnervermögen sichern und wird vom BA aufgenommen.<sup>362</sup> Nach Ablauf der 20 tägigen Frist kann der Gläubiger bis spätestens 15 Monate nach Zustellung des Zahlungsbefehls beim Konkursgericht ein Konkursbegehren einreichen, dem der rechtskräftige Zahlungsbefehl und die Konkursandrohung beizufügen sind. Über das Konkursbegehren entscheidet das Konkursgericht ebenfalls in einem summarischen Verfahren. Es kann das Begehren gutheißen, abweisen, oder die Entscheidung vorläufig aussetzen, etwa wenn der Ausgang eines anderen Verfahrens abgewartet wird. Wird das Begehren gutgeheißen, spricht man von einem Konkurserkennntnis, welches sofort vollstreckbar ist.

### *Konkurseröffnung ohne Betreuung*

Eine Konkursöffnung ohne Betreuung ist auf Antrag eines Gläubigers, des Schuldners oder auf Grund behördlicher Anordnung möglich. Voraussetzung dafür ist stets das Vorliegen eines materiellen Konkursgrundes.

Will der Gläubiger ohne Betreuung einen Konkursantrag einbringen, muss einer der in Art. 190 SchKG aufgezählten Gründe vorliegen. Der in der Praxis mit Abstand am häufigsten angerufene Konkursgrund ist die in Art. 190 Abs. 1 Z. 2 SchKG geregelte Zahlungseinstellung des Schuldners im kaufmännischen Verkehr.<sup>363</sup> *Mit der Zahlungseinstellung manifestiert der Schuldner nach außen seine Zahlungsunfähigkeit.*<sup>364</sup> Voraussetzung ist, dass der Schuldner im Handelsregister eingetragen ist und zumindest gegenüber einem Hauptgläubiger die Zahlungen eingestellt hat. Dabei kann auch der Schuldner selbst einen Antrag auf Konkursöffnung stellen. Erforderlich für die Zustimmung des Konkursgerichts ist die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, die nicht offensichtlich rechtsmissbräuchlich bewirkt worden sein darf, etwa zur Flucht in den Konkurs.

---

<sup>361</sup> Vgl.: *Amonn/Walther*, Grundriss des SchKG (2008), Seite 330 ff.

<sup>362</sup> Vgl.: *Amonn/Walther*, Grundriss des SchKG (2008), Seite 326

<sup>363</sup> Daneben nennt Art. 190 SchKG noch folgende Gründe: unbekannter Aufenthalt od. unredliches Verhalten des Schuldners, sowie Pfändungsbetrug.

<sup>364</sup> Zit.: *Amonn/Walther*, Grundriss des SchKG (2008), Seite 346 RZ 13

## 2. DER EIGENTUMSVORBEHALT IN DER KÄUFERINSOLVENZ

### *Österreich*

Ist der Käufer zahlungsunfähig hat er binnen 60 Tagen Insolvenz beim zuständigen Landesgericht anzumelden.<sup>365</sup> Der Antrag auf Konkursöffnung kann gemäß § 70 IO auch von einem der Gläubiger gestellt werden, sofern dieser die Zahlungsunfähigkeit, bzw. bei juristischen Personen, eine Überschuldung des Schuldners glaubhaft machen kann. Dabei reicht das bloße Vorbringen eines Gläubigers, dass der Schuldner seine laufenden Verbindlichkeiten nicht mehr begleichen kann, oder das globale Anführen, dass mehrere Exekutionen anhängig seien, jedenfalls nicht aus.<sup>366</sup>

Wird nun ein Konkurs über das Vermögen des Vorbehaltskäufers eröffnet und hat dieser vor Eröffnung eine Sache unter EV gekauft, greift nach heute hL und Rspr § 21 IO.<sup>367</sup>

§ 21 Abs. 1 IO gilt für zweiseitige Verträge, die zum Zeitpunkt der Konkursöffnung weder vom Schuldner noch vom Gläubiger vollständig erfüllt wurden. Ein zweiseitiger, oder synallagmatischer Vertrag ist beispielsweise ein Kauf- Tausch- oder Werkvertrag, nicht jedoch der Auftrag. Einseitig verbindliche Verträge (Bürgschaft, Darlehen) fallen ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich des § 21 IO. Erfüllung des Vertrages bewirken auch Erfüllungssurrogate, wie etwa Drittleistungen, Aufrechnung, Erlass oder Leistungen an zahlungsstatt. Anders verhält es sich bei der Leistung einer mangelhaften Sache. In diesem Fall verhindern die Gewährleistungsansprüche eine vollständige Erfüllung.

Nach hL und Rspr gilt, dass beim Kauf einer Sache unter EV beide Parteien noch nicht vollständig erfüllt haben, solange der Vorbehaltskäufer noch mindestens eine Rate leisten muss, um vom Verkäufer das Eigentum an der Sache zu erhalten.<sup>368</sup> Als Begründung werden die §§ 1047 und 1061 ABGB herangezogen, aus denen sich ergibt, dass der Verkäufer dem

---

<sup>365</sup> Bei juristischen Personen, Handelsgesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, sowie bei Verlassenschaften reicht bereits eine Überschuldung als Konkursgrund.

<sup>366</sup> Vgl.: *Mohr*, KO<sup>10</sup>, § 71 E 11 ff.

<sup>367</sup> Vgl.: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup>, Seite 299 ff.; *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 44 ff.; *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft, Seite 121; OGH 1 Ob 295/53, JBl 1953, 630; 7 Ob 523/56, JBl 1957,218; 4 Ob525/76, SZ 49/138

<sup>368</sup> Vgl.: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup>, Seite 299 ff.; *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 44 ff.; *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft, Seite 121; OGH 1 Ob 295/53, JBl 1953, 630; 7 Ob 523/56, JBl 1957,218; 4 Ob525/76, SZ 49/138

Käufer Eigentum an der an der Sache verschaffen muss. Der Kaufvertrag umfasst stets auch eine Pflicht des Verkäufers zur Eigentumsverschaffung.<sup>369</sup> Zusätzlich muss es sich bei dem gegenständlichen Vertrag um einen Massezugehörigen handeln. Verträge, die eine höchstpersönliche Leistung zum Inhalt haben sind vom Konkurs nicht betroffen.

In der OGH Entscheidung 8 Ob 48/88 aus dem Jahre 1989 beurteilte der Gerichtshof diesen Punkt jedoch anders und argumentierte, dass der Vorbehaltsverkäufer *alle ihn treffenden Pflichten aus dem Kaufvertrag erfüllt, wenn er dem Käufer den Besitz an der veräußerten Sache wengleich unter Eigentumsvorbehalt übertragen hat.*<sup>370</sup> Die bloße Besitzübertragung mit der Vereinbarung, dass das Eigentum automatisch auf den Käufer übergehe, sobald dieser den Kaufpreis restlos bezahlt hat, sei demnach von Seiten des Verkäufers keine weiteren Erfüllungshandlungen mehr geschuldet werden.<sup>371</sup> Der OGH versuchte damit von der bisherigen ständigen Rspr abzugehen und § 21 IO nicht auf den Kauf unter EV anzuwenden, was von der Lehre scharf kritisiert wurde.<sup>372</sup>

*Iro* wies dabei zu Recht auf die nachteiligen Folgen eines solchen Judikaturwechsels hin. Geht man davon aus, der Vorbehaltsverkäufer habe bereits mit Besitzübertragung erfüllt, hätte der Insolvenzverwalter praktisch keine Möglichkeit den Vertrag zu erfüllen, da die restliche Kaufpreisforderung dann lediglich eine Konkursforderung wäre und keine Massforderung. Die Verwertung der Sache durch den Insolvenzverwalter wäre demnach nicht möglich.<sup>373</sup> Andererseits hätte der Insolvenzverwalter auch keine Möglichkeit vom Vertrag zurückzutreten, sondern wäre diesbezüglich auf den Verkäufer angewiesen. Dieser wird allerdings in den Fällen in denen die Vorbehaltssache nur mehr schwer verwertbar ist von einem Rücktritt absehen.<sup>374</sup>

Positive Stimmen zu diesem Urteil kamen aus der Lehre keine.<sup>375</sup> Auch mE überzeugt der Versuch des OGH, von der ständigen Rspr abzugehen nicht, obwohl die Zielsetzung dieser Entscheidung eine durchaus positive war. ME versuchte der OGH mit dem Abgehen der Anwendbarkeit des § 21 IO auf den Vorbehaltskauf, die nachteiligen Wirkungen zu

---

<sup>369</sup> Vgl.: *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 17

<sup>370</sup> OGH 8 Ob 48/88, ÖBA 1989, 918 = RdW 1989, 299

<sup>371</sup> OGH 8 Ob 48/88, ÖBA 1989, 918 = RdW 1989, 299

<sup>372</sup> Vgl.: *Iro*, Kein Wahlrecht des Masseverwalters nach § 21 KO beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt? RdW 1989, 294

<sup>373</sup> Vgl.: *Iro*, RdW 1989, 294

<sup>374</sup> Vgl.: *Chalupsky*, Zur Auskunftspflicht des Masseverwalters gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer, WBI 1989, 182 ff.

<sup>375</sup> Vgl.: *Chalupsky*, WBI 1989, 182; *Patleych*, Eigentumsvorbehalt, Seite 46

beseitigen, die der EV für den Käufer im Konkurs des Verkäufers mit sich bringt. Denn nach Ansicht der hL ist es unbillig, wenn der Käufer die Kaufpreisraten vertragsgemäß bezahlt und der Insolvenzverwalter dennoch vom Vertrag zurücktritt.<sup>376</sup> Stattdessen könnte der MV bei Nichtanwendbarkeit des § 21 IO nur bei Verzug nach § 918 ABGB zurücktreten. In allen anderen Fällen hingegen könnte der Käufer dem MV sein Anwartschaftsrecht an der Vorbehaltssache entgegenhalten.

Insgesamt konnte sich der OGH mit seiner in 8 Ob 48/88 geäußerten Rechtsansicht nicht durchsetzen, womit nach heute ganz hL und Rspr der Kauf unter EV einen synallagmatischen Vertrag darstellt.<sup>377</sup>

Liegt ein noch nicht vollständig erfüllter Vertrag vor und hat sich der Verkäufer sein Eigentum an der Kaufsache vorbehalten, liegt das weitere Schicksal des Vertrages in den Händen des Insolvenzverwalters. Dieser kann nun gemäß § 21 IO entweder an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung, also Eigentumsübertragung, verlangen oder vom Vertrag zurücktreten.<sup>378</sup> Die Ausübung des Wahlrechts durch den Insolvenzverwalter erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung und kann auch stillschweigend erfolgen. Entscheidend für die Auslegung der Erklärung des Insolvenzverwalters ist immer, ob vom maßgeblichen Empfängerhorizont her der Vertragspartner der Erklärung bzw dem Verhalten des Insolvenzverwalters entnehmen konnte und musste, dass dieser von seinem Wahlrecht gemäß § 21 Abs. 1 IO Gebrauch machen will.<sup>379</sup> Gemäß §§ 116 Abs. 1 hat der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht mindestens acht Tage im Vorhinein zusammen mit der Äußerung des Gläubigerausschusses mitzuteilen, ob er sich für Erfüllung oder Rücktritt entscheidet. Bei Verträgen, deren Wert € 100.000 nicht übersteigen ist eine solche Mitteilungspflicht nicht erforderlich.

Bis zur Entscheidung des Insolvenzverwalters, befinden sich alle synallagmatischen Schuldverhältnisse in einem Schwebezustand. Da für den Vorbehaltverkäufer dieser Zustand der Ungewissheit oftmals eine wirtschaftliche Belastung darstellt, wurde ihm vom

---

<sup>376</sup> Vgl.: *Duursma-Kepplinger*, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz, ZIK 2000/135; *Holzhammer*, Österreichisches Insolvenzrecht Konkurs und Ausgleich<sup>5</sup>, Seite 45; *Doralt*, Entscheidungsanmerkung, ÖBA 1989, 921 ff.; *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, KO § 21 Rz 136; *Nowotny* in *FS Koren*, Seite 352 ff.

<sup>377</sup> Vgl.: *Bydlinski* in *Klang IV/22*, Seite 299 ff.; *Aicher* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1063 Rz 44 ff.; *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft, Seite 121; OGH 1 Ob 295/53, JBl 1953, 630; 7 Ob 523/56, JBl 1957, 218; 4 Ob 525/76, SZ 49/138

<sup>378</sup> Vgl.: *Kletečka* in *Koziol/Welser Band I*<sup>13</sup> Seite 412

<sup>379</sup> OGH 4 Ob 541/88, SZ 61/170 = EvBl 1989/62 S 217 = RdW 1988,452 = WBl 1988,430 = RZ 1988/61 S. 277

Gesetzgeber das Recht eingeräumt, einen Antrag zu stellen, dass das Konkursgericht dem Insolvenzverwalter eine Mitteilungsfrist setzt, innerhalb derer er sich über das weitere Schicksal des Vertrages erklären muss. Lässt der Insolvenzverwalter diese Frist ungenutzt verstreichen, wird sein Schweigen vom Gericht als Rücktritt vom Vertrag gewertet. Im IRÄG 1997 wurde diese Frist dahingehend erweitert, als dass die vom Konkursgericht zu bestimmende Frist nunmehr frühestens drei Tage nach der Berichtstagsatzung enden darf.<sup>380</sup>

Ob die Rücktrittserklärung des Insolvenzverwalters nach § 21 IO *ex tunc* oder *ex nunc* Wirkung hat, ist in der Lehre seit Jahren Gegenstand heftiger Kontroversen. *Bydlinski* kam schon früh zu dem Schluss, dass mangels besonderer Vorschriften im Insolvenzrecht die *lex generalis*, also die §§ 918 ff. ABGB, anzuwenden sei, woraus sich eine *ex tunc* Wirkung ergäbe.<sup>381</sup> Dem haben sich *Iro* und *Mayrhofer* angeschlossen.<sup>382</sup> In Bezug auf Kaufverträge ist der Meinungsstreit für die Praxis ohne große Relevanz, hat doch der Verkäufer die Möglichkeit den Vertrag durch Ausübung seines Aussonderungsrechtes nach § 44 Abs. 1 IO rückwirkend zu beseitigen. Die Vertragsauflösung wirkt dann *ex tunc* und richtet sich nach den §§ 918 ff. ABGB.<sup>383</sup> Probleme ergeben sich hingegen bei Werkverträgen. *Pitkowitz* will auch hier der Aufhebung *ex tunc* Wirkung beimessen und auf die Rückabwicklung die §§ 918 ff. insbesondere § 921 ABGB anwenden.<sup>384</sup> Als Begründung führt er an, § 918 ABGB besitze eine Schlüsselfunktion im österreichischen Zivilrecht, und der Wortlaut „vom Vertrag zurücktreten“, wie er in § 21 Abs. 1 IO normiert wird, habe sich nach den Bestimmungen des ABGB, damit nach dessen § 918 zu richten. Aus Gründen der Einheitlichkeit der Rechtsordnung sei nicht einzusehen, dass dem Begriff „vom Vertrag zurücktreten“ in § 21 Abs. 1 IO eine andere Bedeutung zukomme als dem „Rücktritt vom Vertrag“ des § 918 Abs. 1 ABGB.<sup>385</sup> Dem hält *Hock* mE zu Recht entgegen, dass einem Rücktritt mit *ex tunc* Wirkung bei den meisten Werkverträgen § 918 Abs. 2 ABGB, also die Teilbarkeit der Leistung entgegensteht, wonach in solchen Fällen, ein Gesamt- und damit *ex tunc* wirkender Rücktritt nicht mehr möglich ist.<sup>386</sup> Auf teilbare Leistungen nimmt § 21 Abs. 4 IO ausdrücklich Bezug, wobei diese Bestimmung im Sinne der, von *Pitkowitz* selbst geforderten, Einheitlichkeit der Rechtsordnung, im Zusammenhalt mit § 918 Abs. 2 ABGB zu sehen ist.

---

<sup>380</sup> BGBl. I Nr. 114/1997

<sup>381</sup> Vgl.: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> Seite 541 ff.

<sup>382</sup> Vgl.: *Iro*, Das Zug um Zug-Prinzip in Insolvenzverfahren, RdW 1985, 101; *Pitkowitz*, Wirkt der Rücktritt des Masseverwalters gem. § 21 KO *ex tunc*? ÖjZ 1990, 677 ff.

<sup>383</sup> Vgl.: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> Seite 541 ff.

<sup>384</sup> Vgl.: *Pitkowitz*, ÖjZ 1990, 677 ff.

<sup>385</sup> Vgl.: *Pitkowitz*, ÖjZ 1990, 679

<sup>386</sup> Sowohl *Pitkowitz* als auch *Hock* beziehen sich in ihren Ausführungen auf einen Bauvertrag als Beispiel. Vgl.: *Hock*, Zur Wirkung der Rücktrittserklärung des Masseverwalters gem. 21 KO ÖjZ 1991, 297 ff.

Der OGH vertritt in ständiger Rspr die Ansicht, dass durch die Rücktrittserklärung des Insolvenzverwalters nach § 21 Abs. 2 IO der Vertrag nicht aufgehoben wird, sondern nur die weitere Erfüllung unterbleibt, womit sich der Gerichtshof für einen Rücktritt mit *ex nunc* Wirkung entschieden hat.<sup>387</sup>

Entscheidet sich der Insolvenzverwalter am Vertrag festzuhalten, muss er diesen auch zur Gänze erfüllen. Die Kaufpreisforderung des Vorbehaltsverkäufers wird somit zu einer Masseforderung gemäß § 46 Abs. 1 Z 4 IO welche im Unterschied zur Konkursforderung voll aus der Masse zu befriedigen ist. Klagt der Vorbehaltsverkäufer in der Folge dennoch auf Aussonderung, steht ihm das Recht der Masse auf Innehabung entgegen.<sup>388</sup>

Trotz der Entscheidung des Insolvenzverwalters am Vertrag festzuhalten, kann der Verkäufer durch die Ausübung gesetzlicher oder vertraglicher Rücktrittsrechte vom Vertrag zurücktreten.<sup>389</sup> Die Ausübung des Rücktrittsrechts ist allerdings nur nach Maßgabe der Beschränkung des § 25a IO möglich, wonach eine Vertragsauflösung die die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte, innerhalb der ersten 6 Monate nach Konkurseröffnung nur aus wichtigem Grund erfolgen darf.<sup>390</sup> Nach dieser Bestimmung können sich die Vertragssteile auf Vertragsklauseln wodurch die Anwendung der §§ 21 bis 25 im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt werden, nicht berufen. Das erscheint logisch, da der Insolvenzverwalter Zeit braucht um festzustellen mit welchen, unter Umständen unter EV stehenden, Mitteln, das Unternehmen fortgeführt werden kann.

Unwirksam im Sinne des § 25a IO waren nach Ansicht des OGH außerdem solche Rücktrittsvereinbarungen sein, die das Recht des Insolvenzverwalters auf die vorzeitige Auflösung des Vertrages einschränken oder ausschließen würden. Dies gelte jedoch nicht nur für ein dem Vertragspartner des späteren Gemeinschuldners eingeräumtes Rücktrittsrecht, sondern auch für die Vereinbarung einer *ipso iure* Auflösung des Vertrages im Falle einer Konkurseröffnung.<sup>391</sup> Diese Rspr wurde durch das IRÄG 2010 in § 25b IO auf eine gesetzliche Grundlage gestellt, wonach die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts oder der

---

<sup>387</sup> OGH 4 Ob 541/88, SZ 61/170 = EvBl 1989/62 = RdW 1988,452 = WBl 1988,430 = RZ 1988/61 S 277; 1 Ob 710/87 SZ 61/31 = WBl 1988, 203; 7 Ob 538/91, WBl 1991,403 = SZ 64/63 = eclex 1992,160

<sup>388</sup> OGH 7 Ob 523/56, JBl 1957,218

<sup>389</sup> OGH 8 Ob 234/00w, ZIK 2001/316, 208 Vgl.: *Mohr KO*<sup>10</sup> § 21 E 71

<sup>390</sup> Vgl.: *Duursma.-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz, Seite 65

<sup>391</sup> OGH 8 Ob222/01g, JTT\_20011025\_OGH0002\_0080OB00222\_01G0000\_000

Vertragsauflösung für den Fall der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens unzulässig ist, außer bei Verträgen nach § 20 Abs. 4 IO.

Vereinbaren die Parteien beispielsweise ein sofortiges Rücktrittsrecht des Verkäufers im Falle des Verzuges des Käufers, gilt folgendes: ab Konkursöffnung ist der Vertrag in einem Schwebestadium und ein Verzug des Insolvenzverwalters nicht möglich. Erst wenn dieser sich für eine Erfüllung des Vertrages entscheidet, sind ein Verzug und das damit verbundene Rücktrittsrecht möglich. Der Insolvenzverwalter hat dabei regelmäßig ein Interesse mit der Entscheidung solange zu warten, bis geklärt ist, ob das insolvente Unternehmen geschlossen oder weitergeführt werden soll. Deshalb wurde ihm die bereits oben erwähnte dreitägige Frist bis nach der Berichtstagsatzung eingeräumt.

Erklärt der Insolvenzverwalter seinen Rücktritt vom Vertrag, oder schweigt er bis zum Ablauf der Frist und bewirkt damit einen automatischen Rücktritt vom Vertrag, wird der Eigentumsvorbehalt schlagend und der Vorbehaltsverkäufer erhält ein Aussonderungsrecht gegen die Masse.<sup>392</sup> Wird das Unternehmen allerdings trotz Insolvenz weitergeführt und würde die Erfüllung eines Aussonderungsanspruchs die Fortführung des Unternehmens gefährden, so kann der Insolvenzverwalter eine Zwangsstundung für maximal 6 Monate nach § 11 Abs 2 IO verlangen. Eine solche Gefährdung ist etwa beim Fehlen von Betriebswichtigen Maschinen oder Lkw gegeben. Dabei hindert die Zwangsstundung nicht die zivilrechtlichen Folgen dieses Verzuges: die Verzugszinsen laufen weiterhin und werden zusammen mit einer Benutzungsentschädigung Masseforderungen.<sup>393</sup>

### *Deutschland*

Das Insolvenzverfahren ist in der Bundesrepublik Deutschland in der Insolvenzordnung (InsO) geregelt.

Ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens kann in erster Linie vom Schuldner selbst eingebracht werden, wobei für natürliche Personen, anders als im österreichischen

---

<sup>392</sup> Wurde dem Insolvenzverwalter hingegen keine Frist zur Wahlrechtsausübung gesetzt, bleibt dieses während der gesamten Dauer des Konkurses aufrecht, sodass sein Schweigen nicht als Rücktritt gewertet wird. Vgl.: *Mohr KO*<sup>10</sup> § 21 E 42

<sup>393</sup> *Duursma.-Kepplinger*, Seite 49

Recht, keine Pflicht zur Antragstellung normiert wird.<sup>394</sup> Daneben kann ein Eröffnungsantrag gemäß § 14 InsO auch von einem Gläubiger eingebracht werden, der neben einem rechtlichen Interesse an der Eröffnung, eine Forderung und das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes vorweisen muss. Eröffnungsgrund ist auch nach deutschem Recht bei natürlichen Personen lediglich die Zahlungsunfähigkeit, bei juristischen Personen zusätzlich die Überschuldung des Schuldners.<sup>395</sup> Kann der Gläubiger das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes sowie das Bestehen einer Forderung nachweisen, wird das rechtliche Interesse vermutet.<sup>396</sup>

In der BRD hat der Insolvenzverwalter gemäß § 103 Abs. 1 InsO das Wahlrecht, gegenseitige Verträge entweder zu erfüllen, oder deren Erfüllung abzulehnen. Im Unterschied zur österreichischen Rechtslage, hat der Insolvenzverwalter somit keine Möglichkeit von sich aus vom Vertrag zurückzutreten. Die in der österreichischen Lehre umstrittene Frage, ob ein Rücktritt vom Vertrag *ex tunc* oder *ex nunc* Wirkung hat, stellt sich in der BRD somit nicht.

Durch die Insolvenzeröffnung werden gegenseitige Verträge nicht berührt. Stattdessen bestehen die vertraglichen Erfüllungsansprüche fort, sind aber bis zur Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters nicht durchsetzbar, da beiden Parteien die Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB zusteht.<sup>397</sup> Eine Leistung mit Wirkung gegen die Masse, um dem Gläubiger auf dieser Weise einen Gegenleistungsanspruch einzuräumen lässt § 103 InsO nicht zu, wäre aber auf Grund der sachenrechtlichen Konstruktion des EV ohnehin nicht möglich, da das Eigentum automatisch, also ohne Zutun des Gläubigers auf den Käufer übergeht.<sup>398</sup> Aber auch die Masse kann vor Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters den Leistungsanspruch gegenüber dem Gläubiger nicht durchsetzen, denn unterlässt der Insolvenzverwalter eine solche Wahl, so kann er gemäß § 103 Abs. 2 Satz 3 InsO auf die Erfüllung nicht bestehen. Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Eröffnung eines

---

<sup>394</sup> Vgl. hierzu: § 69 österr. IO. Für juristische Personen ordnet hingegen § 15a dt. InsO an, dass die Mitglieder des Vertretungsorgans oder die Abwickler ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, einen Insolvenzantrag zu stellen haben.

<sup>395</sup> Zur Frage, wann Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gegeben ist zuletzt sehr ausführlich: BGH IX ZR 63/08, GWR 2009, 177 (*Nachmann*); außerdem BGH 5 StR 505/06, BeckRS 2007, 08198 (*Schmitz*); BGH IX ZR 123/04, NZI 2005, 547

<sup>396</sup> Vgl.: *Ahrendt* HK/InsO § 14 Rz 23 ff.

<sup>397</sup> Damit sich der BGH im Jahre 2002 von der Erlöschenstheorie verabschiedet. Bis dahin vertrat der BGH die Ansicht, dass die Erfüllungsansprüche mit der Verfahrenseröffnung automatisch erlöschen. Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters hätte das Neuentstehen der Primäransprüche bewirkt. Zur neuen Rspr siehe: BGH IX ZR 313/99, NJW 2002, 375; zur alten Rspr: BGH IX ZR 36/87, NJW 1988, 1790

<sup>398</sup> BGH VIII ZR 352/82, NJW 1984, 1557

Insolvenzverfahrens zweiseitige, noch nicht vollständig erfüllte Verträge in einen Schwebezustand versetzt.<sup>399</sup>

Der Begriff des gegenseitigen, synallagmatischen Vertrags, auf den sich § 103 InsO beschränkt deckt sich mit dem des österreichischen Rechts.<sup>400</sup> Voraussetzung für das Wahlrecht ist auch nach deutschem Recht, dass der Vertrag im Zeitpunkt der Konkurseröffnung von keiner Partei vollständig erfüllt worden ist. Erfüllungssurrogate sind dabei freilich auch nach deutschem Recht beachtlich.<sup>401</sup>

Der Kauf unter EV stellt im Falle der Insolvenz einen von beiden Seiten noch nicht erfüllten Vertrag im Sinne von § 103 InsO dar, sofern noch mindestens eine Kaufpreisrate ausständig ist. Das ergibt sich aus der Auslegungsregel des § 449 BGB wonach eine Vorbehaltsabrede im Zweifel so zu deuten ist, dass der Verkäufer nur unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung leistet. Wie in Österreich, gilt auch in der BRD die Übertragung des Anwartschaftsrechts nicht als vollständige Erfüllung von Seiten des Verkäufers.<sup>402</sup>

Liegt nun ein nicht erfüllter synallagmatischer Vertrag vor, hat der Insolvenzverwalter gemäß § 103 Abs. 1 InsO das bereits erwähnte Wahlrecht. Er kann demnach entweder am Vertrag festhalten, oder die Erfüllung ablehnen. Zweck dieses Wahlrechts ist nach neuerer Rspr des BGH nicht das funktionelle Synallagma, sondern der Schutz der Masse und die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger.

Hält er am Vertrag fest, muss er den noch ausstehenden Kaufpreis zur Gänze leisten und erwirbt dadurch das Eigentum am Vorbehaltsobjekt für die Masse. Der Insolvenzverwalter bewirkt dadurch einen „Qualitätssprung“ hinsichtlich der noch bestehenden Leistung und Gegenleistung.<sup>403</sup> Diese werden zu Masseverbindlichkeiten bzw zu Massenforderungen nach § 55 Abs. 1 Z 2 InsO. Durch die Möglichkeit der Vertragserfüllung, soll der Insolvenzverwalter die Möglichkeit haben, für die Masse vorteilhafte Gegenleistungen einzubringen.<sup>404</sup>

---

<sup>399</sup> Vgl.: *Kreft* in MK/InsO § 103 Rz 17

<sup>400</sup> Vgl. etwa *Ahrendt* HK/InsO § 103 Rz 5 ff.: einseitig verpflichtende Verträge, wie Bürgschaften, Darlehen od. Aufträge, sind nicht von § 103 Abs. InsO erfasst.

<sup>401</sup> Vgl.: *Ahrendt* HK/InsO § 103 Rz 10

<sup>402</sup> Vgl.: *Ott* in MK/InsO § 107 RZ 17

<sup>403</sup> Vgl.: *Kreft* in MK/InsO § 103 Rz 40

<sup>404</sup> BGH IX ZR 457/99, NJW 2002, 2313=Beck RS2002,03567= LSK 2008, 24042; IX ZR 191/98, NZI 2001, 537= LSK 2001, 300301= NJW 2001, 3704

Lehnt der Insolvenzverwalter die Erfüllung ab, wird der von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllte Vertrag insolvenzmäßig abgehandelt. Der Verkäufer kann daher die noch aushaftende Kaufpreisschuld nurmehr als Insolvenzforderung gemäß § 38 InsO anmelden. Es erlischt damit das Anwartschaftsrecht des Käufers und der Verkäufer erhält ein Aussonderungsrecht im Sinne von § 47 InsO. Das Aussonderungsrecht wird erst nach erfolgter Ablehnung der Vertragserfüllung durch den Verwalter, oder bei dessen Schweigen schlagend.

Das Bestehen von Sicherungsrechten an Gegenständen, die sich im Besitz des Schuldners befinden, hat der Gläubiger gemäß § 28 InsO in der Forderungsmeldung anzuzeigen. Die Forderungsanmeldung ist dabei nicht an das Gericht sondern direkt an den Insolvenzverwalter zu schicken. Als Frist zur Anmeldung der Forderung nennt § 28 InsO einen Zeitraum von zwei Wochen bis drei Monate, wobei die genaue Bestimmung durch das Gericht im Eröffnungsbeschluss erfolgt.

Wie in Österreich kann auch in Deutschland der Verkäufer vom Verwalter eine Entscheidung über den Fortbestand des Vertrages verlangen. Gemäß § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO hat sich dieser dann unverzüglich zu erklären. Die Frist kann dabei weder vom Verkäufer noch vom Gericht festgelegt werden sondern ergibt sich direkt aus § 103 InsO. Unverzüglich bedeutet allerdings nicht sofort, sondern soll im Sinne von § 121 BGB verstanden werden, wonach der Verwalter ohne schuldhaftes Zögern eine Entscheidung treffen soll.<sup>405</sup> Für den EV gibt es in § 107 InsO jedoch eine Sonderregelung zu § 103, wonach der Verwalter die Entscheidung über die Vertragserfüllung erst unmittelbar nach dem Berichtstermin abgeben muss. Durch diese Neuerung kommt es zu einer Besserstellung des Verwalters. In der Praxis kann aber auch diese Frist zu kurz bemessen sein. Handelt es sich bei der Gemeinschuldnerin etwa um eine Speditionsfirma bei der einige Lkw unter EV gekauft wurden und wird im Berichtstermin die Fortführung des Unternehmens beschlossen, ist mitunter eine genaue betriebswirtschaftliche Analyse erforderlich. Dabei muss der Insolvenzverwalter wissen, welche Lkw er für die Aufrechterhaltung des Betriebs benötigt und bei welchen er die Erfüllung ablehnen kann. Da die Frist zur Forderungsanmeldung gemäß § 29 InsO aber bis eine Woche vor dem Berichtstermin andauern kann, ergeben sich hier mitunter Probleme, die sich dem

---

<sup>405</sup> Vgl.: *Huber* in MK/InsO § 103 Rz 173

Insolvenzverwalter in Österreich auf Grund der längeren Entscheidungsfrist und der Möglichkeit der Zwangsstundung nach § 11 Abs. IO nicht stellen.

### *Schweiz*

Das Schweizer Konkursrecht ist im SchKG geregelt. Der Konkursverwalter wird von den Gläubigern in der 1. Gläubigerversammlung bestimmt. Dabei kann die Verwaltung dem Konkursamt übertragen werden, oder, was die Regel ist, einer oder mehreren natürlichen oder juristischen Personen.<sup>406</sup>

Das Schweizer SchKG hebt Verträge, die vor Konkurseröffnung gültig zustande gekommen sind und noch nicht vollständig erfüllt sind, durch die Eröffnung des Konkurses über einen der Vertragspartner grundsätzlich nicht auf.<sup>407</sup> Art. 211 SchKG ordnet die Umwandlung sämtlicher nicht auf Geld lautender Forderungen in Geldforderungen, womit der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung ermöglicht wird.

Gemäß Art. 211 SchKG, kann der Konkursverwalter zweiseitige Verträge, die im Zeitpunkt der Konkurs nicht oder nur teilweise erfüllt wurden, anstelle des Schuldners erfüllen. Ein ausdrückliches Rücktrittsrecht, wie es der Insolvenzverwalter in Österreich, besteht nach schweizerischem Recht, wie auch in der BRD, nicht.<sup>408</sup> Der Konkursverwalter kann jedoch die Erfüllung des Vertrages ablehnen, was den Fortbestand des Vertrages nicht berührt. Entscheidet sich der Konkursverwalter für Erfüllung, wird der Anspruch des betreffenden Gläubigers zu einer Massaverbindlichkeit.<sup>409</sup>

Für den Gläubiger kann die Erfüllung des Vertrages jedoch Unsicherheiten mit sich bringen, denn es ist nicht immer sicher, ob die Konkursmasse ausreicht, um ihren Verpflichtungen nachzukommen. Art. 212 SchKG normiert zudem, dass ein Verkäufer, welcher dem Schuldner die verkaufte Sache vor der Konkurseröffnung übertragen hat, nicht mehr von dem Vertrag zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern kann, auch wenn er sich dies

---

<sup>406</sup> BGE 101 III 43 S. 44, in der Praxis werden meist Wirtschaftstreuhänder od. Rechtsanwälte berufen, siehe: [www.konkursverwaltung.ch](http://www.konkursverwaltung.ch)

<sup>407</sup> Vgl.: *Schwob* in Staehelin S/B/S SchKG II Art. 211 Rz 4 ff.: Ausnahmen bestehen jedoch für Schenkungen im Konkurs des Schenkers, Pachtverträge im Konkurs des Pächters und Aufträge (mit Ausnahmen).

<sup>408</sup> BGE 105 III 11 S. 15

<sup>409</sup> BGE 110 III 84 S. 84 ff.

ausdrücklich vorbehalten hat. Auf den ersten Blick erscheint diese Bestimmung wie auf den Kauf unter EV zugeschnitten und würde demnach den Zweck des EV, nämlich die Sicherung des Verkäufers auch in der Insolvenz des Käufers unterlaufen. Nach der hL und Rspr hat diese Bestimmung allerdings nur schuldrechtliche Wirkungen, verhindert die sachenrechtliche Geltendmachung des Eigentums durch den Verkäufer mittels *rei vindicatio* nach Art. 641 ZGB daher nicht.<sup>410</sup> Ausgeschlossen wird durch den, unglücklich formulierten, Art. 212 SchKG somit ein vertragliches Rücktrittsrecht des Verkäufers, welches ihm auch bei unbedingter Übereignung ein Rücktrittsrecht sichern soll. Damit geht die schweizerische Rechtsordnung mit der österreichischen und deutschen konform.

Der Gläubiger hat allerdings das Recht, gemäß Art. 211. Abs. 2 SchKG eine Sicherstellung zu verlangen. Danach braucht der Gläubiger seine Leistung nicht zu erbringen, solange ihm die Gegenleistung noch nicht sichergestellt wurde, oder zur Gänze erbracht wurde. Die Sicherstellung erfolgt in der Praxis zumeist durch Bürgschaft, Hinterlegung, Bankgarantie oder Bestellung eines Pfandrechtes zugunsten des Gläubigers.<sup>411</sup> Das Sicherstellungsrecht ist dabei jenem des Art. 83 OR ähnlich, wonach der Gläubiger, dessen Gegenleistung gefährdet ist, seine Leistung so lange zurückhalten kann, bis ihm die Gegenleistung sichergestellt wird. Art. 211 Abs. 2 SchKG geht jedoch darüber hinaus und verlangt keine Gefährdung des Anspruches des Gläubigers. Die konkursrechtliche *lex specialis* führt daher zu einer Besserstellung des Gläubigers als nach der obligationenrechtlichen *lex generalis*. Verlangt nun der Gläubiger eine Sicherstellung und kommt die Konkursverwaltung diesem Ersuchen nach, ist ein Rücktritt des Gläubigers vom Vertrag ausgeschlossen. Insgesamt profitiert der Gläubiger durch die Sicherstellung, denn *einerseits wird sein Anspruch zur Masseverbindlichkeit, und andererseits ist die Erfüllung durch die Masse garantiert.*<sup>412</sup> Ist die Konkursverwaltung nicht in der Lage die gewünschte Sicherstellung zu erbringen, muss sie auf die Erfüllung des Vertrages gemäß Art. 211 Abs. 2 SchKG verzichten.<sup>413</sup>

Wie bereits erwähnt, kann der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages auch ablehnen. Der Gläubiger muss dann seine Forderung im Konkursverfahren anmelden, wobei die Forderung eine Dividendenforderung (Konkursforderung) darstellt. Hat der Gläubiger seine Leistung noch nicht erbracht, steht ihm ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß Art. 83 OR

---

<sup>410</sup> BGE 93 III 96 S. 101 ff.; Beck, Eigentumsvorbehalt, Seite 200; Staehelin, Eigentumsvorbehalt, Seite 142

<sup>411</sup> Vgl.: Plenio, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung, Seite 52 ff.

<sup>412</sup> Zit.: Schwob in S/B/S SchKG Band II, Art. 211 Rz 11

<sup>413</sup> Vgl.: Plenio, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung, Seite 53

zu. Ein sofortiger Rücktritt vom Vertrag steht dem Gläubiger allerdings nicht zu. Er hat auch nicht die Möglichkeit dem Konkursverwalter eine Frist zur Sicherstellung aufzuerlegen. Vielmehr muss er die Entscheidung des Konkursverwalters über das weitere Schicksal des Vertrages abwarten. Dabei sieht das SchKG, anders als das österreichische und deutsche Recht keine Frist vor, innerhalb derer die Konkursverwaltung die Entscheidung treffen muss. In Anlehnung an die deutsche Rechtslage, gehen die hL und Rspr aber davon aus, dass der Konkursverwalter, nach Aufforderung durch den Gläubiger, die Entscheidung innerhalb einer angemessenen Frist zu treffen hat.<sup>414</sup> Ob eine Frist angemessen ist oder nicht, richtet sich stets nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls.<sup>415</sup> *Erweist sich die Frist als objektiv zu kurz, ist sie in eine angemessene Frist umzudeuten.*<sup>416</sup> Letztlich wird die Frist zumindest bis zur ersten Gläubigerversammlung andauern. Die Eingabefrist für den Kollokationsplan kann jedenfalls nicht zur Bestimmung der Frist herangezogen werden. Der Kollokationsplan sollte innerhalb von 60 Tagen nach Ablauf der Eingabefrist erstellt sein, wobei die Eingabefrist wiederum bei einem Monat liegt. In der Praxis kommt der Konkursverwalter mit dieser Frist jedoch zumeist nicht aus und beantragt daher regelmäßig eine Verlängerung, sodass zwischen Konkurseröffnung und Erstellung eines Kollokationsplanes durchaus 1 Jahr verstreichen kann.<sup>417</sup> Zu beachten ist dabei, dass der Konkursverwalter sich unverzüglich gegen die zu kurz bemessene Frist verwahren muss, indem er um eine Fristverlängerung ersucht. Andernfalls muss der Konkursverwalter die Frist gegen sich gelten lassen.<sup>418</sup> Nach Ablauf der Frist, kann der Gläubiger gemäß Art. 83 Abs. 2 OR vom Vertrag zurücktreten, wenn seine Leistung nicht sichergestellt wurde.<sup>419</sup> Der Rücktritt hat nach ganz hL und Rspr *ex tunc* Wirkung.<sup>420</sup> Die bereits erbrachte Leistung kann der Gläubiger als Konkursforderung anmelden. Schadenersatzansprüche stehen dem, den Rücktritt erklärenden Gläubiger jedenfalls nicht zu.<sup>421</sup>

Ein ausschließlich in der Schweiz auftretendes Problem ist die Frage, was passieren soll, wenn der Konkursverwalter nicht erfüllt, der Gläubiger aber auch nicht zurücktritt. Zunächst wird der Gläubiger freilich seine Forderung als Konkursforderung anmelden. Dabei ist sich die hL und Rspr uneinig darüber, welche Rechtsnatur dieser Anspruch haben soll. *Jaeger*

---

<sup>414</sup> Vgl.: *Zobl* in FS Walder, Seite 534; außerdem: BGE 111 II 156 S. 159 ff.; BGE 105 II 28 S. 33

<sup>415</sup> Dazu ausführlich vgl.: *Weber* in BK/OR Band VI/1/4, Art. 83 RZ 74 ff.

<sup>416</sup> BGE 105 II 28 S. 34

<sup>417</sup> BGE 107 III 3 S. 5 wonach vier Jahre als zu lange anzusehen sind.

<sup>418</sup> Vgl.: *Gauch/Schraner* in OR V 1e, Art. 83 RZ 42 ff.

<sup>419</sup> BGE 111 II 156 S. 160

<sup>420</sup> Vgl.: *Leu* in Honsell/Vogt/Wiegand Art. 83 RZ 4

<sup>421</sup> Vgl.: *Leu* in Honsell/Vogt/Wiegand Art. 83 RZ 4

argumentiert, dass die Ablehnung der Vertragserfüllung durch den Konkursverwalter ein Fall der Nichterfüllung sei und somit dem Gläubiger ein Schadenersatzanspruch in Höhe des Erfüllungsinteresses zustehen müsse. Dem schloss sich auch das BG in seiner älteren Rspr an und urteilte, dass der Konkurs weder den Schuldner noch den Gläubiger von ihren Verpflichtungen befreit. Es ändert sich lediglich die Art der Erfüllung, indem der Gläubiger nur eine Konkurs- und keine Massenforderung geltend machen kann. Nichterfüllung führe zu einem Schadenersatzanspruch des Gläubigers.<sup>422</sup> Mittlerweile hat sich aber die Ansicht durchgesetzt, dass keine Verpflichtung der Konkursverwaltung besteht, den Vertrag anstelle des Gemeinschuldners zu erfüllen. Es werden also durch die Ablehnung der Erfüllung keine Pflichten verletzt, folglich auch keine Schadenersatzansprüche auf Seiten des Gläubigers entstehen können. Auch das Vertragsverhältnis bleibt bestehen, womit die einzige Folge darin besteht, dass die Verpflichtung der Gemeinschuldnerin nicht zur Massaschuld wird und der Gläubiger, nicht Anspruch auf vollständige Befriedigung erhält.<sup>423</sup>

Abschließend ist zur Problematik des Rücktrittsrechts des Gläubigers noch zu sagen, dass das Wahlrecht des Konkursverwalters gemäß Art. 211 Abs. 2 SchKG kein zwingendes Recht darstellt, sondern lediglich eine verfahrensrechtliche Norm ohne materiellen Regelungsgehalt ist. Klauseln, wonach der Vertrag unter der auflösenden Bedingung der Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners steht, sind daher zulässig. Im Verhältnis zwischen dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und jenem der Gläubigergleichbehandlung im Konkurs, wird daher, sofern der Tatbestand der anfechtbaren Gläubigerbenachteiligung nicht erfüllt ist, zugunsten der Vertragsfreiheit entschieden. Diese Auffassung entspricht der hL und Rspr, sodass die Durchsetzbarkeit von Vertragsbeendigungsklauseln im Falle der Insolvenz nach schweizerischem Recht problemlos möglich ist.<sup>424</sup>

Wie in Österreich und der BRD steht auch in der Schweiz dem Vorbehaltsverkäufer ein Aussonderungsrecht am Vorbehaltsobjekt gemäß Art. 242 SchKG zu. Voraussetzung dafür ist, dass der EV gültig vereinbart und im EV-Register eingetragen wurde. Wie oben aber bereits angemerkt, sieht Art. 715 ZGB keine Frist für die Eintragung des EV ins Register vor. Nach hL und Rspr wirkt die Eintragung allerdings konstitutiv. Ob nun eine Eintragung erst nach Konkurseröffnung erfolgen kann oder nicht war lange Zeit umstritten.

---

<sup>422</sup> Vgl.: *Kren*, Konkurseröffnung und schuldrechtliche Verträge, Seite 100 ff.

<sup>423</sup> BGE 104 III 84 S. 91; außerdem vgl.: *Kren*, Konkurseröffnung und schuldrechtliche Verträge, Seite 106 ff.

<sup>424</sup> Dazu ausführlich vgl.: *Zobl/Werlen*, 1992 ISDA Master Agreement, Seite 119 ff.

Nach der Ansicht *Curtis* verfügt der Verkäufer über die Kompetenz, die Eintragung einseitig, ohne Mitwirkung des Käufers vornehmen zu lassen. Bis zum Registereintrag bleibt das Vorbehaltsobjekt zwar im Eigentum des Käufers, steht aber unter der Bedingung, dass der Verkäufer jederzeit durch eine einseitige Handlung das Eigentum wieder an sich ziehen kann. Das Vorbehaltsobjekt kann daher nur bedingt zum Vermögen des Käufers gezählt werden. Ein derart belasteter Vermögensgegenstand gehört zwar zur Konkursmasse, die Bedingung bleibt aber an der Sache haften.<sup>425</sup>

*Curti* kommt somit zum Ergebnis, dass auch nach Konkurseröffnung ein EV wirksam ins EV-Register eingetragen werden kann. Dem halten *Staelin* und *Guldener* entgegen, dass das Recht des Verkäufers bis zum Eintrag bloß obligatorischer und nicht dinglicher Natur ist.<sup>426</sup> Der Käufer wird somit trotz vertraglicher EV-Vereinbarung Eigentümer und kann die Sache Dritten wirksam verpfänden oder übertragen. Dass der Käufer damit einen Vertragsbruch begeht soll nur *inter partes* wirken. Zudem berufen sich beide auf die Art. 96 und 204 SchKG wonach Rechtshandlungen, die der Schuldner nach Konkurseröffnung vornimmt den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam sein sollen. Die Autoren kommen daher zu dem Schluss, dass durch die nachträgliche EV-Eintragung die Rechte anderer Gläubiger nicht beeinträchtigt werden können. In der Judikatur wurde zunächst die Eintragung des EV nach Konkurseröffnung zugelassen.<sup>427</sup> Seit einer Leitentscheidung des BG aus dem Jahre 1967 wird die Eintragung zwar weiterhin als zulässig erachtet, jedoch ohne im Konkurs ihre Wirkungen zu entfalten.<sup>428</sup> Dem hat sich mittlerweile auch die hL angeschlossen, so dass abschließend festgehalten werden kann, dass trotz der fehlenden Frist zur Eintragung eines EV im EV-Register, ein Eintrag nach Konkurseröffnung unwirksam ist.<sup>429</sup>

Ein solches Ergebnis liegt auf der Hand. Zum einen ergibt sich aus der konstitutiven Wirkung des Registereintrages, dass der Käufer bzw. Schuldner ohne eine solche Eintragung Eigentümer des Vorbehaltsobjektes wird. Des Weiteren wird die Konkursmasse in Art. 197 SchKG als das gesamte pfändbare Vermögen des Schuldners zur Zeit der Konkurseröffnung definiert. Dem muss daher auch das nicht registrierte Vorbehaltsobjekt angehören. Zwar gibt es im SchKG keine ausdrückliche Bestimmung, dass Rechte an den zur Konkursmasse gehörigen Gegenständen sowie Vorzugsrechte und Zurückbehaltungsrechte in Ansehung nach

---

<sup>425</sup> Vgl.: *Curti* in SJZ 61/320 ff.

<sup>426</sup> Vgl.: *Staelin* in BISchK 28/97 ff; sowie *Guldener* in SJZ 61/ 338 ff.

<sup>427</sup> Bezirksgericht Horgen, 28. 02. 1961, SJZ 58/357 ff.

<sup>428</sup> BGE 93 III 96 S. 105; bestätigt in BGE 96 II 161 S. 171

<sup>429</sup> Stellvertretend für viele: *Bürgin* in BISchK 48/121 ff.

der Eröffnung des Verfahrens nicht mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern erworben werden können. Diese Gesetzeslücke lässt sich jedoch mit Verweis auf die mangelnde Dispositionsfähigkeit des Schuldners nach Konkurseröffnung gemäß Art. 96 und 204 SchKG schließen.<sup>430</sup>

Liegt nun ein wirksamer EV vor, kommt es in erster Linie auf das Verhalten des Konkursverwalters an. Entscheidet sich dieser für Erfüllung, kommt ein Rücktritt des Gläubigers, bzw. Verkäufers nicht mehr in Frage. Dieser wird dann Sicherstellung seiner Ansprüche verlangen. Lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung ab, muss der Gläubiger zunächst formell vom Vertrag zurücktreten. Erst dann wird der EV schlagend und der Gläubiger kann sein Eigentum mittels Aussonderungsklage herausverlangen.<sup>431</sup>

Ein bisher weder in der Literatur noch in der Rspr des BG behandeltes Problem ist der Fall, das eine Ware unter EV in die Schweiz importiert wird und über das Vermögen des Käufers in weiterer Folge innerhalb der dreimonatigen Frist des Art. 102 IPRG Konkurs eröffnet wird. Wie oben bereits dargestellt soll im internationalen Warenverkehr ein EV an importierten Waren während dreier Monate nach Einfuhr in die Schweiz auch ohne Registereintrag gültig sein. Nach Ablauf der Frist, ordnet Art. 100 Abs. 2 IPRG die Anwendbarkeit des Art. 715 ZGB an. Das heißt, dass der EV erlischt, wenn er bis dahin noch nicht registriert wurde. Wird nun der Käufer vor Ablauf dieser Frist insolvent, stellt sich die Frage, ob eine rechtswirksame Registrierung überhaupt noch möglich ist. Dem stellen sich zwei Probleme entgegen. Zum einen ist es absolut herrschende Rspr des BG, dass ein Eintrag ins EV-Register nach Konkurseröffnung keine rechtlichen Wirkungen nach sich ziehen soll.<sup>432</sup> Zum anderen misst das BG dem Eintrag ins Register im internationalen Warenverkehr *ordre public* Charakter zu.<sup>433</sup> Meiner Meinung nach, muss hier Art. 102 IPRG als *lex specialis* jedoch sämtliche Rechtsprechungsgrundsätze durchbrechen, mit dem Ergebnis, dass ein Eintrag auch nach Konkurseröffnung, aber innerhalb der dreimonatigen Frist des Art. 102 IPRG zur Aufrechterhaltung des EV führt.

---

<sup>430</sup> Vgl.: *Hanisch*, Eigentumsvorbehalt, Seite 166 ff.

<sup>431</sup> Vgl.: *Plenio*, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung, Seite 134 ff.

<sup>432</sup> BGE 93 III 96 S. 105

<sup>433</sup> BGE 131 III 595 S. 595

### 3. EIGENTUMSVORBEHALT IN DER INSOLVENZ DES VERKÄUFERS

#### *Österreich*

Wie im Käuferkonkurs ist auch im Konkurs des Verkäufers nach hL und Rspr § 21 IO anwendbar.<sup>434</sup> Auch hier hat der Insolvenzverwalter demnach ein Wahlrecht zwischen Vertragserfüllung und Rücktritt vom Vertrag. Anders verhält es sich beim Kauf unter EV. Hier will die Rspr dem Insolvenzverwalter ebenfalls ein Wahlrecht nach § 21 IO einräumen.<sup>435</sup> In der Lehre ist die Anwendbarkeit des § 21 IO zwar umstritten, die Mehrheit lehnt allerdings ein Rücktrittsrecht des Insolvenzverwalters in den Fällen der Insolvenz des Vorbehaltsverkäufers ab.

Solange der Käufer mit den Kaufpreisraten nicht in Verzug ist, wird der Verwalter in der Praxis jedoch kaum vom Vertrag zurücktreten. Ansonsten wäre die Masse zusätzlich belastet, da dem Käufer Schadenersatzansprüche gegen die Masse zustehen würden, wenn auch nur als Insolvenzforderung. Des Weiteren würde der Insolvenzverwalter im Zuge der Verwertung für das vormalige Vorbehaltsobjekt, als gebrauchte Sache, niemals denselben Erlös lukrieren können wie ihn der Käufer zu bezahlen hat.

Entscheidet sich der Masseverwalter dennoch für den Rücktritt, etwa weil das Vorbehaltsobjekt zur Unternehmensfortführung erforderlich ist, steht dem Käufer freilich kein Aussonderungsrecht zu. Allerdings muss der Käufer das Vorbehaltsobjekt nur Zug um Zug gegen die bereits geleisteten Raten samt Zinsen herausgeben. Dieses Zurückbehaltungsrecht richtet sich nicht nach § 471 ABGB sondern nach dem Zug um Zug Prinzip des § 1052 ABGB, wobei die Ansprüche des Käufers allesamt nur Konkursforderungen sind.<sup>436</sup>

Daneben steht dem Käufer ein Schadenersatzanspruch zu, der in der Praxis allerdings mit dem Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsentgelt aufgerechnet wird. Alle Ansprüche des Käufers, die nach erfolgter Aufrechnung noch übrig sind, sind freilich ebenfalls Konkursforderungen.

---

<sup>434</sup> Vgl.: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> § 1063 Rz 540 ff; OGH 1 Ob 295/53, JBl 1953, 630

<sup>435</sup> FN 370

<sup>436</sup> OGH 2 Ob 995/28, SZ 10/331; außerdem vgl.: *Binder* in Schwimann<sup>3</sup> § 1063 RZ 122; a.M.: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup>, Seite 546

Ein Versuch das Wahlrecht des Insolvenzverwalters ins Leere laufen zu lassen, ist das Argument der Konkursfestigkeit des Anwartschaftsrechts wie es insbesondere von *Nowotny* vertreten wird.<sup>437</sup> Mit der Übergabe des Vorbehaltsobjektes erwirbt der Käufer ein Anwartschaftsrecht auf Eigentum, welches ein Recht auf Innehabung und Gebrauch umfasst und inhaltlich über die Stellung eines bloßen Forderungsberechtigten hinaus geht. Es handelt sich um ein quasidingliches Recht.<sup>438</sup> Seiner Meinung ergibt sich aus dem Schutzzweck des § 21 IO in Verbindung mit den Sonderregelungen für Bestandverträge gemäß §§ 23 und 24 IO, sowie aus der Anerkennung von bestehenden Sicherheiten eines vorausleistenden Gläubigers, die Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts.<sup>439</sup> Dabei erkennt *Nowotny* selbst an, dass die Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts als Zielsetzung des Gesetzgebers mit Hilfe der gewöhnlichen Interpretationsmethoden kaum zu verteidigen ist. Zwar war das Anwartschaftsrecht dem Gesetzgeber bei der Schaffung der Konkursordnung bekannt, reichte aber bei weitem nicht an die Stellung die es, in Verbindung mit dem heute nicht mehr wegzudenkenden EV, im heutigen Recht einnimmt heran. Der Autor kommt somit zu dem Schluss, dass dieses Problem von den Gerichten im Rahmen der allgemeinen Rechtsfortbildung nach § 7 ABGB zu lösen sei.<sup>440</sup> ME überzeugen die Überlegungen des Autors, leiden aber an der Tatsache, dass sie vor Erlass der neuen Insolvenzordnung niedergeschrieben wurden. Mit der neuen IO hätte der Gesetzgeber auf die Kritik der Lehre Bezug nehmen könne und wie im deutschem Recht einen Rücktritt des Insolvenzverwalters im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers bei Wohlverhalten des Käufers ausschließen können. Gerade das wurde jedoch unterlassen und die Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts, wie § 107 Abs. 1 dt. InsO normiert, nicht in § 21 IO aufgenommen.

Im Folgenden sollen überblicksmäßig die wichtigsten Argumente gegen und für die Zulassung eines Vertragsrücktritts des Insolvenzverwalters im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers dargestellt werden.

*Gamerith* sieht in der Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Insolvenzverwalter ein rechtsmissbräuchliches Verhalten, wenn der Käufer alle, bis zur Konkurseröffnung fällig gewordenen Raten, fristgerecht gezahlt hat.<sup>441</sup> *Einer rechtsmissbräuchlichen Ausübung des*

---

<sup>437</sup> Vgl.: *Nowotny* in FS Koren, Seite 352 ff.

<sup>438</sup> Siehe Seite 37

<sup>439</sup> Vgl.: *Nowotny* in FS Koren, Seite 354

<sup>440</sup> Vgl.: *Nowotny* in FS Koren, Seite 354

<sup>441</sup> Vgl.: *Widhalm-Budak* in Konecny/Schubert, KO § 21 Rz 136

*Rücktrittsrechtes könne jedoch durch § 1295 ABGB entgegengewirkt werden.*<sup>442</sup> Dies deshalb, weil nicht einzusehen ist, dass der vertragstreue Käufer mit seinen Schadenersatzansprüchen auf die Konkursquote verwiesen wird. Damit wird versucht, den Insolvenzverwalter in der Ausübung des Wahlrechts nach § 21 IO einzuschränken. *Duursma-Kepplinger* hält dem entgegen, dass eine Anwendung des § 1295 Abs. 2 ABGB nur dann möglich sei, wenn der Rücktritt für die Masse absolut keinen Vorteil mit sich bringt und der Insolvenzverwalter damit absichtlich gegen die guten Sitten verstoßen würde, um dem Käufer einen Schaden zuzufügen.<sup>443</sup> Allerdings ergibt sich das Wahlrecht des Verkäufers bereits aus dem Schutzzweck des § 21 IO. Dieser zielt nämlich auf den Schutz der Konkursmasse ab und gewährt dem Insolvenzverwalter ein gesetzliches Wahlrecht. Gemäß § 81 Abs. 3 IO wird der Insolvenzverwalter zwar schadenersatzpflichtig, wenn der Rücktritt für die Masse nachteilig war und er schuldhaft gehandelt hat. Diese Schadenersatzpflicht gilt aber nur gegenüber der Masse und nicht gegenüber dem Vorbehaltskäufer. Es kann daher mE nicht *e contrario* gefolgert werden, dass ein Rücktritt verboten ist, wenn dies für den Käufer nachteilig wäre. Das Ergebnis ist trotzdem unbillig, da *von den wechselseitigen Rückabwicklungsansprüchen die einen voll, die anderen nur quotenmäßig befriedigt werden.*<sup>444</sup>

*Mayrhofer* kommt in seinen Überlegung zu dem Schluss, dass die Anwendbarkeit des § 21 IO in den Fällen des Verkäuferkonkurses ungerecht und unbillig wäre, da von Seiten des Vorbehaltsverkäufers keine Leistungen mehr zu erbringen sind und somit die Aufrechterhaltung des Vertrags bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung keinen Aufwand mit sich brächte.<sup>445</sup>

*Holzhammer* führt aus, dass, solange der Käufer die Kaufpreisraten vereinbarungsgemäß bezahlt, das Eigentum selbstständig auf diesen übergeht, denn *den mit Aussonderungskraft ausgestatteten Rechtsgestaltungsautomatismus vermag der Masseverwalter nicht zu durchbrechen.*<sup>446</sup> Seiner Meinung nach ist daher nur im Falle des Verzugs des Käufers ein Rücktritt nach § 918 ABGB möglich. *Holzhammer* beruft sich demnach in seiner Argumentation auf die Tatsache, dass das Eigentum bei vollständiger Kaufpreiszahlung ohne Zutun des Verkäufers, automatisch auf den Käufer übergeht, der Insolvenzverwalter somit keine Möglichkeit mehr habe vom Vertrag bei Wohlverhalten des Käufers zurückzutreten.

---

<sup>442</sup> Zit.: *Widhalm-Budak* in Konecny/Schubert, KO § 21 Rz 136

<sup>443</sup> Dazu ausführlich: *Duursma-Kepplinger* Seite 24 ff.;

<sup>444</sup> Zit.: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup>, Seite 545

<sup>445</sup> Vgl.: *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft, Seite 123 ff.

<sup>446</sup> Zit.: *Holzhammer*, Österreichisches Insolvenzrecht Konkurs und Ausgleich<sup>5</sup>, Seite 45

Indes sind die Ausführungen des Autors dogmatisch unscharf. So ergibt sich aus der Insolvenzordnung keine Beschränkung des Rücktrittsrechts des Insolvenzverwalters auf Fälle des Verzugs.

*Doralt* will § 21 IO auf die Fälle der Konkurseröffnung über das Vermögen des Vorbehaltsverkäufers nicht anwenden.<sup>447</sup> Er beruft sich dabei auf die Ausreißerentscheidung 8 Ob 48/88 des OGH, wonach § 21 IO beim Kauf unter EV überhaupt nicht zur Anwendung kommen soll, da der Verkäufer mit Besitzverschaffung seine Leistung bereits voll erbracht hat.<sup>448</sup> Dabei führt *Doralt* mE zutreffend ins Feld, dass die Gewährung eines Rücktrittsrechts ungerechtfertigt ist, da die Masse nicht durch eine schwer erfüllbare, wirtschaftlich ungünstige Leistung belastet ist. Vielmehr geht das Eigentum automatisch auf den Käufer über und die einzige Aufgabe des Insolvenzverwalters besteht darin, den noch aushaftenden Kaufpreis einzuziehen.<sup>449</sup> Auch wenn dem Autor inhaltlich zuzustimmen ist, fehlt der Argumentation dennoch das nötige Fundament. Die OGH Entscheidung auf die sich *Doralt* stützt, war ein unausgereifter Versuch, die Anwendbarkeit des § 21 IO generell für den Kauf unter EV auszuschließen und konnte sich weder in der hL noch in der Rspr des OGH durchsetzen. Ferner ist es zwar richtig, dass die Masse durch die bereits übertragene Vorbehaltssache nicht wirtschaftlich belastet ist, eine Beschränkung des Rücktrittsrechts auf, für die Masse belastende Geschäfte, ist der Insolvenzordnung jedoch fremd.

Ein weiteres gutes Argument liefert *Duursma-Kepplinger* wenn sie ausführt, dass der Insolvenzverwalter nicht mehr Rechte haben kann als der Gemeinschuldner selbst. Dieser könne nur bei Verzug des Käufers vom Vorbehaltskauf zurücktreten, was auch für den Insolvenzverwalter gelten müsste.<sup>450</sup> Die Argumentation ist indes nicht neu, sondern schon *Haberthür* kam zum selben Ergebnis in Bezug auf die Rechtslage in der Schweiz.<sup>451</sup>

Ähnlich wie *Doralt* versucht auch *Frotz* das Problem durch eine teleologische Interpretation des § 21 IO zu lösen, kommt dabei jedoch zu einer anderen Lösung. Seiner Meinung nach dient § 21 IO in erster Linie dem Schutz der Masse und nicht dem Schutz eines Gegners des Gemeinschuldners. Ferner richtet sich die Anwendbarkeit des § 21 IO nicht danach, ob noch echte Leistungen ausstehen, sondern mit Hinblick auf den Schutz der Masse, ob die Leistung

---

<sup>447</sup> Vgl.: *Doralt*, Entscheidungsanmerkung, ÖBA 1989, 921 ff.

<sup>448</sup> OGH 8 Ob 48/88, ÖBA 1989, 918 = RdW 1989, 299

<sup>449</sup> Vgl.: *Doralt*, Entscheidungsanmerkung, ÖBA 1989, 921 ff

<sup>450</sup> Vgl.: *Duursma-Kepplinger*, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz, ZIK 2000/135

<sup>451</sup> Vgl.: *Haberthür*, Der EV im Betreibungs-, Konkurs- und Nachlassverfahren, BLSchK, 13/169

bereits zum völligen Ausscheiden der Kaufsache aus dem Vermögen geführt hat, oder ob praktisch noch die Möglichkeit zu einer Wahlrechtsausübung besteht.<sup>452</sup> Da jedoch das Vorbehaltsobjekt noch im Eigentum des Verkäufers steht, muss es auch zur Masse gezählt werden. *Frotz* lässt demnach einen Rücktritt des Insolvenzverwalters vom Vorbehaltskauf im Verkäuferkonkurs zu. Dass dadurch der Insolvenzverwalter bei Wohlverhalten des Käufers eine Vertragsverletzung begeht, gesteht *Frotz* ein, argumentiert aber, dass das gesetzliche Rücktrittsrecht des § 21 IO durch Schadenersatzansprüche in der Insolvenzordnung selbst ausgeglichen wird. Der Autor schließt mit der Bemerkung, dass sich im Verkäuferkonkurs die rasche Bezahlung des ausstehenden Kaufpreises empfiehlt.<sup>453</sup> Dem hält *Nowotny* entgegen, dass § 21 IO keineswegs nur den Zweck hat, dem Insolvenzverwalter ein umfassendes Verfolgungsrecht bezüglich aller noch zur Masse gehörenden Gegenstände einzuräumen. Vielmehr diene seiner Ansicht nach § 21 IO vor allem der Gläubigergleichbehandlung. Aus diesem, die gesamte Insolvenzordnung durchziehenden Grundsatz, ergäbe sich die Pflicht, das Rücktrittsrecht zur Gleichbehandlung ungesicherter Gläubiger, vor allem jener die bereits vorgeleistet haben, zu nutzen.<sup>454</sup>

Nach Ansicht *Bydlinskis* steht dem Käufer an der Vorbehaltssache ein Absonderungsrecht zu, da gemäß §§ 10 ff. IO Zurückbehaltungsrechte im Konkurs wie Absonderungsrechte behandelt werden. Da das Zurückbehaltungsrecht allerdings kein Befriedigungsrecht beinhaltet, muss der Käufer die Vorbehaltssache zunächst pfänden und kann sich dann daraus befriedigen. Für *Bydlinski* bringt daher das Wahlrecht des Insolvenzverwalters im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers keinerlei Benachteiligungen des Käufers mit sich.<sup>455</sup> Auch ein Rücktritt des MV kann daher nur nach den §§ 918 ff. ABGB möglich sein.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der überwiegende Teil der hL ein Rücktrittsrecht des Insolvenzverwalters im Konkurs des Verkäufers ablehnt, solange der Käufer den noch aushaftenden Kaufpreis vertragsgemäß leistet. Ansonsten wird ein Rücktritt wegen Verzug nach § 918 Abs. 1 ABGB zugelassen. Die Rspr ist indes seit jeher unverändert und bejaht ein Rücktrittsrecht des Insolvenzverwalters.

---

<sup>452</sup> Vgl.: *Frotz*, *Kreditsicherungsrecht*, Seite 178 ff.

<sup>453</sup> Derselbe, Seite 179

<sup>454</sup> Vgl.: *Nowotny* in *FS Koren*, Seite 353

<sup>455</sup> Vgl.: *Bydlinski* in *Klang IV/2<sup>2</sup>* Seite 546

Hat der Verkäufer seinen Sitz in einem anderen EU-Mitgliedsstaat, kommen die Bestimmungen der EuInsVO zur Anwendung. Gemäß Art. 7 Abs. 2 dieser Verordnung, rechtfertigt die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gegen den Verkäufer einer Sache nach deren Lieferung nicht die Auflösung oder Beendigung des Kaufvertrages und steht dem Eigentumserwerb des nichts entgegen. Einzige Voraussetzung ist gemäß Art. 7, dass sich das Vorbehaltsobjekt zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats als dem der Verfahrenseröffnung befindet.

### *Deutschland*

Während in Österreich die Rechtslage beim Verkäuferkonkurs seit Jahrzehnten unverändert ist, hat das Wahlrecht des Insolvenzverwalters in der BRD einen massiven Wandel durchlebt. Dabei wurde in § 17 KO, dem Vorläufer des § 103 InsO, lediglich normiert, dass der Insolvenzverwalter synallagmatische Verträge erfüllen kann. Die Nichterfüllung wurde außen vor gelassen, da der Gesetzgeber davon ausging, dass in der Insolvenz gegenseitige Verträge ohnehin nicht erfüllt werden würden.

Anstoß zur Rechtsfortbildung war eine BGH Entscheidung aus dem Jahre 1976.<sup>456</sup> Dabei ging es um eine Verkäuferinsolvenz, wobei der Verkäufer neben der Übereignung einer Liegenschaft, auch zur Errichtung eines Eigenheims verpflichtet war. Der Gerichtshof kam zu dem Urteil, dass eine getrennte Behandlung der beiden Verpflichtungen nicht möglich sei, womit der Insolvenzverwalter gemäß § 17 KO den gesamten Vertrag, ohne Rücksicht auf die Vormerkung des Grundstücks, ablehnen konnte. Der Käufer, der seine gesamten Ersparnisse in den Erwerb eines Eigenheimes gesteckt hatte, war daher im Konkurs des Bauträgers völlig schutzlos gestellt worden. Das § 17 KO dem Verwalter das Recht einräumt, vom Vertrag zurückzutreten, wurde ohne Begründung angenommen, obwohl § 17 KO ein solches Recht mit keinem Wort erwähnt. Die hL leitete das Rücktrittsrecht aus dem Schutzbedürfnis der Gläubiger ab.<sup>457</sup> Auf Grund dieses Urteils wurde § 24 KO novelliert, wonach der Gläubiger, der eine Vormerkung im Grundbuch vorweisen konnte, auch die Erfüllung etwaiger, mit der Grundstücksübereignung verbundener Leistungen verlangen konnte.

---

<sup>456</sup> BGH V ZR 4/75, NJW 1977, 146; LSK 1976, 945054; MittBayNot 1976, 214

<sup>457</sup> Vgl. dazu ausführlich: *Musielak*, Die Erfüllungsablehnung im Konkurs, AcP 179, 189 ff.

In Bezug auf den Vorbehaltskäufer blieb man jedoch beim Rücktrittsrecht des Verwalters. Die hL distanzierte sich jedoch zunehmend von dieser Rspr da das Ergebnis von vielen als unbillig empfunden wurde, wenn der Käufer die Kaufpreistraten vertragsgemäß bezahlt. Dabei wurden von der Lehre zahlreiche Argumente geliefert, die dem Käufer den EV erhalten sollten.

Zum einem wurde die Ansicht vertreten, § 161 Abs. 1 BGB schütze den Käufer auch im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers.<sup>458</sup> § 161 Abs. 1 BGB normiert für den Fall dass, wenn jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt hat, jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam sein soll, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde. Einer solchen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die während der Schwebezeit durch den Insolvenzverwalter erfolgt. Verweigert nun der Insolvenzverwalter die Erfüllung und somit die Eigentumsübertragung auf den Käufer, verstößt er damit gegen das Gebot der Unwirksamkeit von Verfügungen während der Schwebezeit. Im Ergebnis führt diese Ansicht zur Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts im Verkäuferkonkurs. Der BGH hielt dem jedoch entgegen, dass die allgemeine Regel des § 161 BGB nicht *lex specialis* zu § 17 KO sein könne und blieb beim Wahlrecht des Insolvenzverwalters. Auch *Serick* sprach sich gegen eine Anwendung des § 161 Abs. 1 BGB aus, mit der Begründung, dass die Erfüllungsablehnung lediglich eine schuldrechtliche Verfügung darstelle.<sup>459</sup>

*Kilger* vertrat die Meinung, dass § 17 KO dem Konkursverwalter lediglich eine Einwirkungsmöglichkeit auf die schuldrechtliche Seite des Kaufvertrags, nicht jedoch auf die sachenrechtliche Seite ermögliche.<sup>460</sup>

Ein Teil der Lehre hielt § 17 KO überhaupt für unanwendbar in Bezug auf den EV. Begründet wurde dies damit, dass der Vertrag von Seiten des Verkäufers bereits mit Besitzverschaffung erfüllt sei, da der Begriff der Erfüllung des § 17 KO auf den Zeitpunkt der Leistungshandlung

---

<sup>458</sup> Vgl.: *Bauknecht*, Die Anwartschaft aus der bedingten Übereignung im Konkurs, NJW 1956, 1177 ff.; *Flume*, Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 161, 404 ff.

<sup>459</sup> Vgl.: *Serick I*/Seite 355 ff.

<sup>460</sup> Vgl.: *Kilger* in *Böhle-Stramschröder/Kilger KO*, § 17 Rz 3b

und nicht auf den Eintritt des Leistungserfolgs abstelle.<sup>461</sup> Nach absolut hL und Rspr ist jedoch auf den Zeitpunkt des Leistungserfolgs abzustellen.<sup>462</sup>

Für *Wolf* ergibt sich die Unanwendbarkeit des § 17 KO auf den Vorbehaltskauf aus einer teleologischen Interpretation.<sup>463</sup> Das Wahlrecht des § 17 KO soll nicht den Konkursverwalter, sondern den, mit dem Gemeinschuldner synallagmatisch verbundenen Vertragspartner schützen.<sup>464</sup> Nur wenn dieser schutzbedürftig ist, soll § 17 KO anwendbar sein. Gerade beim Kauf unter EV sei aber weder der Käufer noch der Verkäufer schutzbedürftig. Der Käufer erwerbe durch Zahlung des Kaufpreises ohne Zutun des Verkäufers Eigentum, womit er nicht auf die Geltendmachung eines speziellen Anspruches angewiesen sei. Im Käuferkonkurs könne der Verkäufer bei Zahlungsverzug ohnehin vom Vertrag zurücktreten und die Sache zurückverlangen. *Wenn aber beim Vorbehaltskauf generell ein Schutzbedürfnis für den Partner des Gemeinschuldners entfällt, so darf § 17 KO generell keine Anwendung finden.*<sup>465</sup>

Eine weitere, mE überzeugende, Lösung bietet *Häsemeyer* der aufzeigt, dass der Käufer seine Sache bei Erfüllungsablehnung nur Zug um Zug gegen Rückerstattung der Anzahlung bis zur Wertgrenze der Anwartschaft herausgeben muss. Der Wert des Anwartschaftsrechtes richtet sich nach Ansicht des Autors nach dem Verkehrswert der Sache.<sup>466</sup> Diese Argumentation kann auf die österreichische Rechtslage freilich nicht bezogen werden. § 21 IO räumt dem Insolvenzverwalter ausdrücklich ein Wahlrecht zwischen Erfüllung und Rücktritt und nicht bloß zwischen Erfüllung und Erfüllungsablehnung ein.

Der BGH blieb davon unbeeindruckt und änderte seine, schon zu Zeiten des Reichsgerichts bestehende Rspr nicht. Dabei erkannte der BGH die Kritik der Lehre und zahlreicher Bezirksgerichte an. Im Ergebnis war nach Ansicht des BGH ein Rücktrittsrecht dennoch gegeben, weil *einerseits der Bestand des Anwartschaftsrechts von der schuldrechtlichen Grundlage des Kaufvertrages abhängig ist und andererseits § 17 KO dem Konkursverwalter nach ständiger Rechtsprechung des BGH das Recht verleiht, durch Wahl der Nichterfüllung*

---

<sup>461</sup> Vgl.: *Ott* in MK zur InsO/II, § 107 Rz 2 ff.

<sup>462</sup> Vgl.: *Brox*, Jus 1984/667; *Häsemeyer*, Das funktionelle Synallagma im Konkurs- und Vergleichsverfahren, KTS 1973, Seite 12 ff.; BGH VIII ZR 203/61, NJW 1962, 2296

<sup>463</sup> Vgl.: *Wolf*, ZZP 83/232 ff.

<sup>464</sup> *Frotz* hingegen vertritt genau das Gegenteil und behauptet, aus einer teleologischen Interpretation ergäbe sich, dass das Wahlrecht dem Schutz der Masse und nicht dem Schutz eines Gegners des Gemeinschuldners diene. Vgl.: *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Seite 178 ff.

<sup>465</sup> Vgl.: *Wolf*, ZZP 83/233

<sup>466</sup> Vgl.: *Häsemeyer*, KTS 1973, Seite 15

*des Vertrages umgestaltend auf diesen einzuwirken.*<sup>467</sup> Diese Begründung aus dem Jahre 1986 weist jedoch einige Mängel auf. Zum einen gilt in der BRD das, bereits mehrfach erwähnte, Trennungsprinzip, wonach Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in ihrem Bestand voneinander unabhängig sind. Es muss daher durchaus möglich sein, die Leistungshandlung, also die Übergabe des Vorbehaltsobjektes an den Käufer vor Konkurseröffnung, als Vertragserfüllung anzusehen. Denn sachenrechtlich ist der Vertrag dadurch tatsächlich erfüllt. Der Käufer erwirbt durch die Übergabe Eigentum, allerdings unter der, im Kaufvertrag festgelegten, aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung. In Österreich und der Schweiz wäre eine solche Argumentation auf Grund des Kausalprinzips nicht möglich. In diesen Staaten kann man die schuldrechtliche Vereinbarung nicht einfach außen vor lassen. Des Weiteren nahm der BGH in seiner Entscheidung zwar auf die Kritik Bezug, berücksichtigte die Überlegungen der Lehre und anderer Gerichte aber in keiner Weise sondern stützte sich auf seine eigene bisher dazu ergangene Rspr.

Einzigste Ausnahme von dieser Rspr des BGH bildeten besonders krasse Fälle.<sup>468</sup> So entschied das Reichsgericht 1933, dass die Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter grob unbillig sei und gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoße. Konkret ging es in der Entscheidung darum, dass der Käufer Wechsel akzeptierte und der Kaufvertrag aus Sicht des Verkäufers bereits vor Konkurseröffnung wirtschaftlich abgewickelt war, da sich der Verkäufer *durch die Diskontierung der Wechsel schon wegen des gesamten Kaufpreises bezahlt gemacht habe.*<sup>469</sup> Das Reichsgericht führte dazu aus, dass die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters nicht gegen den, das gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen darf. § 17 KO beruhe auf einer Billigkeitserwägung und es sei unbillig, wenn der Käufer, der den vom Verkäufer gegebenen Wechsel einlöst, dennoch zur Herausgabe der Sache gezwungen werden kann.<sup>470</sup> Einen Verstoß gegen den Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB nahm der BGH in weiterer Folge allerdings nur selten an.<sup>471</sup>

Interessant ist diese, auch von der Lehre befürwortete<sup>472</sup>, Rspr des BGH vor allem deshalb, weil sie ohne weiteres auch auf die österreichische Rechtslage übertragen werden kann.<sup>473</sup>

---

<sup>467</sup> BGH VIII ZR 232/85, NJW 1986, 2948; BGHZ 98, 160; Henckel, JZ 1987, 359

<sup>468</sup> BHG VIII ZR 203/61, NJW 1962, 2296 = LSK 1962, 932744

<sup>469</sup> RGZ Band 140 Seite 158

<sup>470</sup> RGZ Band 140 Seite 162

<sup>471</sup> BHG VIII ZR 203/61, NJW 1962, 2296 = LSK 1962, 932744

<sup>472</sup> Vgl.: Brox, JuS 1984/667

Bei der Ausarbeitung einer neuen Insolvenzordnung Mitte der Neunziger, wurde den Bedenken der Lehre dann in § 107 InsO Rechnung getragen. Dabei ist das Wahlrecht des Insolvenzverwalters in § 103 Abs. 1 InsO geregelt, wobei das Rücktrittsrecht abermals nicht ausdrücklich normiert ist. Dem Rücktrittsrecht des Insolvenzverwalters steht nunmehr aber § 107 Abs. 1 InsO entgegen, wonach der Käufer, wenn er vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verkäufers eine bewegliche Sache unter EV von diesem gekauft und der Verkäufer ihm den Besitz an der Sache übertragen hat, die Erfüllung des Kaufvertrages verlangen kann. In Deutschland ist somit die Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts des Vorbehaltskäufers gesetzlich verankert. Dabei ist die Regelung nicht unbedingt gelungen. Vorausgesetzt werden ein Kauf unter EV und die Besitzübertragung, nicht jedoch eine aufschiebend bedingte Übereignung. Erst durch eine solche entsteht aber das Anwartschaftsrecht des Käufers. Die vertragliche Vereinbarung eines EV im Kaufvertrag ist nicht erforderlich, gleichzeitig aber auch nicht ausreichend. Die Besitzübertragung ist insofern bedeutsam, als das sie für die Entstehung des Anwartschaftsrechts eine Voraussetzung ist. Für den Tatbestand des § 107 Abs. 1 InsO ist somit schuldrechtlich der Abschluss eines Kaufvertrags, sachenrechtlich die aufschiebend bedingte Übereignung des Vorbehaltsobjektes vor Konkurseröffnung erforderlich.<sup>474</sup>

### *Schweiz*

Nach der allgemeinen Regel, kann der Käufer, wenn der sich Konkursverwalter des Verkäufers für Erfüllungsablehnung entscheidet, vom Vertrag zurücktreten. Seine Schuld gegenüber dem Gemeinschuldner, könnte er mit seinen bereits geleisteten Kaufpreistraten verrechnen. Das wäre jedenfalls die Lösung, wenn man auch im Verkäuferkonkurs allein nach Art. 211 Abs. 2 SchKG vorgeht. Eine besondere Bestimmung bezüglich des EV im Verkäuferkonkurs gibt es in der Schweiz, wie in Österreich nicht.

---

<sup>473</sup> Vgl. etwa OGH 1 Ob 558/78, HS 2398/6: Der Begriff "Treu und Glauben", der der im § 914 ABGB erwähnten Übung des redlichen Verkehrs entspricht, beherrscht ganz allgemein das bürgerliche Recht; der rechtsgeschäftliche Verkehr darf nicht dazu missbraucht werden, einen anderen hineinzulegen, sondern soll sich ehrlich abspielen.

<sup>474</sup> Vgl.: *Marotzke*, Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht, JZ 1995, 803 ff.; sowie *Wegener* in Uhlenbruck, InsO 13. Auflage (2010) § 107 RZ 3 ff.; Im Regierungsentwurf BT-Drucks. 12/2443 heißt es: *Der Verwalter kann die Anwartschaft des Vorbehaltskäufers nicht durch eine Ablehnung der Erfüllung des Kaufvertrages zerstören. Solange der Käufer vertragstreu bleibt, ist der Verwalter nicht berechtigt, die Kaufsache zurückzuverlangen*; <http://www.insolvenzrecht.de/inhalte/materialien/rege-inso-1992/#rz764>

Anders als in Österreich hat in der Schweiz der Käufer jedoch die Möglichkeit durch vollständige Bezahlung der Kaufpreisraten Eigentum an der Vorbehaltssache zu erwerben, ungeachtet der Tatsache, dass über das Vermögen des Verkäufers ein Konkurs eröffnet wurde. Der Grund dafür wird darin gesehen, dass der Käufer durch die Übergabe zusammen mit dem Besitz auch bedingtes Eigentum erworben hat. Dabei handelt es sich nach der Ansicht *Guldener* um ein dingliches Recht, das wie jedes andere dingliche Recht von den Gläubigern des Verkäufers zu akzeptieren ist.<sup>475</sup>

*Plenio* geht überhaupt davon aus, dass der Besitz des Käufers am Vorbehaltsobjekt von der Konkursverwaltung schlichtweg hingenommen werden müsse.<sup>476</sup>

Die beste Erklärung liefert vermutlich *Haberthür*, wenn er ausführt, dass anstelle des konkursiten Verkäufers dem Dritten gegenüber die Konkursmasse tritt. *Diese hat nicht mehr Rechte als der Konkursite selbst und kann daher auch die Vorbehaltssache, die zwar suspensiv bedingt noch im Eigentum des Konkursiten steht, nicht einfach zur Masse ziehen.*<sup>477</sup>

Alle drei Autoren lassen einen Rücktritt des Konkursverwalters nur bei Verzug des Käufers im Sinne von Art. 83 OR zu. Auffallend ist, dass sich die Schweizer Lehre bei der Begründung der Insolvenzfestigkeit des EV im Verkäuferkonkurs ausschließlich auf das Anwartschaftsrecht stützt. Andere Argumente, wie insbesondere der Rechtsmissbräuchlichkeit des Rücktritts trotz Wohlverhaltens des Käufers, haben nicht Eingang gefunden. Das überrascht vor allem deshalb, weil gerade der sachenrechtliche Abschnitt des ZGB durch einen hohen Formalismus geprägt ist, sich zum Anwartschaftsrecht jedoch keine Bestimmungen finden. Die Rechtsmissbräuchlichkeit des Rücktritts, wie sie in der österreichischen Lehre und bis zur neuen InsO auch in der BRD vertreten wurde, könnte man aber auch in der Schweiz unter Berufung auf Art. 107 ff OR konstruieren.

Auch wenn es zur Frage der Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters im Verkäuferkonkurs insgesamt nur wenig Literatur gibt, kann letztlich dennoch davon ausgegangen werden, dass die Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts der herrschenden Lehre und Rspr entspricht, allerdings beschränkt auf die Fälle, in denen der Käufer die

---

<sup>475</sup> Vgl.: *Guldener* in SJZ 61/339

<sup>476</sup> Vgl.: *Plenio*, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung, Seite 139 ff.

<sup>477</sup> Zit.: *Haberthür*, Der EV im Betreibungs-, Konkurs- und Nachlassverfahren, BLSchK, 13/169

Kaufpreistraten vertragsgemäß leistet.<sup>478</sup> Das Vorbehaltsobjekt gehört daher nicht zur Konkursmasse sondern muss als zwar bestehendes, aber nicht einseitig vom Verkäufer bzw. KV realisierbares Eigentumsrecht gemäß Art. 225 SchKG im Inventar vorgemerkt werden.<sup>479</sup>

*Schwander* hingegen hält einen Rücktritt des Konkursverwalters im Verkäuferkonkurs durchaus für möglich. Seiner Meinung nach muss man sich streng an den Gesetzeswortlaut halten und Art. 211 SchKG enthält keine einschlägige Bestimmung im Sinne von § 107 dt. InsO. Außerdem trage hier der Käufer und nicht der Verkäufer das Risiko, denn der Käufer lässt sich seine Leistung kreditieren. Eine Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts im Verkäuferkonkurs lehnt *Schwander* somit ab. Auch eine Beschränkung des Rücktrittsrechts auf Zahlungsverzug des Käufers gemäß Art. 83 OR schließt *Schwander* für diese Fälle aus.<sup>480</sup> ME verdient die Argumentation *Schwanders* durchaus Beachtung, denn es muss berücksichtigt werden, dass der EV vorzugsweise im Rechtsverkehr zwischen Unternehmern und nicht gegenüber dem Endverbraucher zum Einsatz kommt. Einem unternehmerischen Käufer der sich eine Leistung kreditieren lässt, kann durchaus zugemutet werden, sich im Vorfeld über die Solvenz des Verkäufers zu informieren. Das Risiko eines Konkurses des Verkäufers, kann daher meiner Meinung nach dem Käufer als Unternehmer aufgebürdet werden, zumal umgekehrt auch der Verkäufer das nicht zu unterschätzende Risiko des Untergangs der Sache in Verbindung mit einer Zahlungsunfähigkeit des Käufers trägt.

Folgt man jedoch der überwiegenden Lehrmeinung, kann der Konkursverwalter nur, wenn der Käufer mit zumindest einer Kaufpreistraten in Verzug gerät, die Erfüllung ablehnen und vom Vertrag gemäß Art. 83 OR zurücktreten. Voraussetzung dafür ist freilich, dass der EV ins EV-Register eingetragen wurde. Fehlt ein solcher Eintrag, ist der Käufer ohnehin Eigentümer des Vorbehaltsobjektes. Wie oben bereit ausführlich erörtert, muss die Eintragung jedenfalls vor Konkurseröffnung erfolgen, um sachenrechtliche Wirkungen zu entfalten.

### ***Rechtsvergleichende Stellungnahme***

---

<sup>478</sup> So auch: *Jaeger*, Die Behandlung des EV im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Seite 68 ff; sowie *Stahelin*, Eigentumsvorbehalt, Seite 146; ablehnend: *Scherrer* in ZK IV/12, Art. 716 Rz 125, jedoch ohne Begründung.

<sup>479</sup> Vgl.: *Scherrer* in ZK IV/12, Art. 716 Rz 127, der Zweck dieser Vormerkung des, vom Verkäufer einseitig nicht mehr realisierbaren Eigentums, liegt darin, dass im Falle eines Verzugs des Käufers die KV dennoch vom Vertrag zurücktreten kann.

<sup>480</sup> Siehe: *Schwander*, Experteninterview

Österreich ist der einzige der drei untersuchten Staaten, indem der Insolvenzverwalter auch im Konkurs des Verkäufers vom Vorbehaltskauf zurücktreten kann und damit das Anwartschaftsrecht des Käufers zerstört. Die Frage, ob sich die österreichische Rspr der deutschen anschließt hat sich spätestens mit der Erlassung der neuen Insolvenzordnung erübrigt, in der auf die Problematik, anders als in der deutschen InsO, überhaupt nicht eingegangen wurde. Stattdessen wurde § 21 KO unverändert in die IO aufgenommen. Aber auch unabhängig von der neuen IO ist mE davon nicht auszugehen, zeigen doch der erweiterte EV und die Problematik des nachträglich, einseitig erklärten EV, dass sich die österreichische Lehre und Rspr von der deutschen schon in den 1970er Jahren emanzipiert haben und seither ihren eigenen Weg gehen. Dabei sind diese Schritte meiner Meinung nach auf die rechtshistorische Unterschiedlichkeit zwischen ABGB und BGB zurückzuführen. Das ABGB zielt in seiner Gesamtheit auf den Schutz des einzelnen ab, während das, zu einer völlig anderen Zeit entstandene, BGB, den damals tonangebenden Grundsätzen des Großbürgertums folgend, eher den Kaufmann schützt. Damit lässt sich der Judikaturwandel des OGH in den 1970er Jahren hin zu einem Verbot des erweiterten EV und in der Praxis kaum durchsetzbaren einseitig erklärtem EV erklären.

Gerade im Verkäuferkonkurs geht man aber in Österreich einen völlig umgekehrten Weg und schützt den, bei ordnungsgemäßer Zahlung des Käufers, absolut nicht schutzwürdigen Verkäufer.

Hier hilft mE ein funktioneller Rechtsvergleich vor allem mit der schweizerischen aber auch der deutschen Rechtslage weiter. Zwar hat das schweizerische BG zu Frage des Wahlrechts des Konkursverwalters im Verkäuferkonkurs bis heute noch nicht Stellung genommen, in der hL ist man sich jedoch einig, dass ein Rücktritt vom Vertrag bei Wohlverhalten des Käufers nicht möglich ist. Die Gründe die die Schweizer Autoren dafür heranziehen sind deshalb auch für die österreichische Rechtslage maßgeblich, als dass im Zivilrecht beider Staaten das Kausalprinzip gilt und somit Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft in ihrem Bestand von einander abhängig sind. Die Argumente in der BRD, die oftmals auf dem Trennungsprinzip fußen, können hingegen zur Lösung der Problematik in Österreich nur teilweise herangezogen werden.

Letztlich ist aber bei einer Heranziehung sowohl der deutschen als auch der schweizerischen Rechtslage zur Lösung des Problems Vorsicht geboten. Nur im österreichischen Insolvenzrecht wird ausdrücklich ein Wahlrecht des Insolvenzverwalters zwischen Erfüllung und Rücktritt vom Vertrag normiert. In der BRD und der Schweiz besteht nur die Wahl zwischen Erfüllung und Erfüllungsablehnung. Dieses Leistungsverweigerungsrecht impliziert keinesfalls die Auflösung des Vertrags.

#### **4. SONDERFORMEN DES EIGENTUMSVORBEHALTS IN DER INSOLVENZ**

##### **4.1 Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz**

###### *Österreich*

Bei der Frage nach den Wirkungen eines verlängerten EV in der Insolvenz, muss unterschieden werden, zwischen einem verlängerten EV mit Weiterveräußerungsermächtigung, Besitzkonstitut und Weiterverarbeitungsklausel. Bei allen drei Konstruktionen gelten jedoch die Regeln bezüglich des einfachen EV, wenn die Vorbehaltssache im Zeitpunkt der Geltendmachung des EV durch den Eigentümer weder an einen Dritten weiterveräußert noch verarbeitet wurde. Dasselbe gilt auch für den Fall, dass die Vorauszession erst nach Konkurseröffnung erfolgt.<sup>481</sup>

Unabhängig davon, mithilfe welcher Methode der EV verlängert wurde, wird die Weiterveräußerung der Vorbehaltssache durch den Insolvenzverwalter, also nach Konkurseröffnung, als Erfüllungswahl nach § 21 Abs. 1 IO gewertet.

Wird von den Parteien ein verlängerter EV mittels Besitzkonstitut vereinbart, besteht die Ersatzsicherheit nicht in einer Forderung, sondern im Eigentum am Bargeld. Der Modus besteht darin, dass der Käufer den Kaufpreis abgesondert aufbewahrt und im Namen des Verkäufers innehat. Wird nun über das Vermögen des Käufers Konkurs eröffnet, kann der Verkäufer das Bargeld gemäß § 44 Abs. 1 IO aussondern, sofern es noch zu keiner Vermengung des Geldes mit anderem gekommen ist. Andernfalls geht das Eigentum des

---

<sup>481</sup> OGH 3 Ob531/91, ÖBA 1992, 392

Verkäufers am Bargeld unter und es steht ihm nurmehr ein Schadenersatzanspruch als Insolvenzforderung zu.

Der verlängerte EV mit einer Weiterveräußerungsermächtigung sichert dem Verkäufer auch bei Weiterveräußerung der Vorbehaltssache durch den Käufer an einen Dritten die Kaufpreisforderung, sofern die pfandrechtlichen Publizitätserfordernisse im Sinne von § 452 ABGB analog eingehalten wurden, also Drittschuldnerverständigung oder Buchvermerk.<sup>482</sup> Ist dies nicht der Fall, geht die Forderung nicht auf den Verkäufer über und er verliert damit jegliche Sicherheit. An Stelle des Eigentums tritt durch die Sicherungszession die Forderung als neuer Sicherungsgegenstand des Verkäufers. Dabei trifft den Insolvenzverwalter gegenüber dem Verkäufer eine Auskunftspflicht hinsichtlich des Verbleibes des Vorbehaltsobjekts.<sup>483</sup> Diese Pflicht leitet sich nach Ansicht des OGH daraus ab, dass die Beschaffung derartiger Informationen notwendige Voraussetzung für die Durchsetzung von Ersatzaussonderungs- und/oder Absonderungsansprüchen ist.<sup>484</sup>

Die Sicherungszession räumt dem Verkäufer im Konkurs des Käufers die Möglichkeit zur abgesonderten Befriedigung bis zur Höhe der Forderung ein. Dieses Absonderungsrecht bezieht sich auf die Forderung welche der Masse gegenüber dem Dritten zusteht und erlischt nicht durch die Klage des Verkäufers auf Bezahlung des Kaufpreises.<sup>485</sup>

Wird die Vorbehaltssache während des laufenden Konkursverfahrens weiterveräußert, und entscheidet sich der Verkäufer dafür vom Vertrag zurückzutreten, hat er ein Recht auf Ersatzaussonderung bezüglich des bereits geleisteten Entgeltes aus der Masse gemäß § 44 Abs. 2 IO. Wurde das Entgelt noch nicht an die Masse geleistet, kann er nach § 44 Abs. 2 zweiter Halbsatz IO die Abtretung des Rechtes auf das ausstehende Entgelt vom Insolvenzverwalter verlangen.<sup>486</sup> Der Nachteil der Ersatzaussonderung liegt darin, dass sie stets auf die Herausgabe eines bestimmten, individualisierten Geldbetrages, nämlich den Verkaufserlös gerichtet ist.<sup>487</sup> Wurde der Erlös aus dem Weiterverkauf jedoch ununterscheidbar mit anderem Bargeld vermengt, scheidet eine Ersatzaussonderung aus. Dadurch ist die Masse unrechtmäßig bereichert. § 46 Z. 6 IO gewährt allerdings dem

---

<sup>482</sup> Vgl.: zuletzt sehr ausführlich: OGH 3 Ob 246/09 m, JBl 2010, 517

<sup>483</sup> Vgl.: *Chalupsky*, Zur Auskunftspflicht des Masseverwalters gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer, WBl 1989, 182

<sup>484</sup> OGH 8 Ob 48/88, ÖBA 1989, 918 = RdW 1989, 299

<sup>485</sup> Vgl.: *Verschraegen* in K/S ABGB ON § 1063 Rz 38; OGH 8 Ob 184/00t

<sup>486</sup> Vgl.: *Verschraegen* in K/S ABGB ON § 1063 Rz 39

<sup>487</sup> OGH 1 Ob 714/79, SZ 52/154

Aussonderungsberechtigten, dessen Ersatzaussonderung scheidet, einen Bereicherungsanspruch als Masseforderung. Dass das österreichische Recht keine allgemeine Verpflichtung zur Herausgabe jeder Bereicherung, sondern lediglich Verpflichtungen dieser Art auf Grund bestimmter einzelner Tatbestände kennt, ist in diesem Fall kein Problem, da durch die Vermengung der Masseverwalter ohnehin eine Vertragsverletzung begangen hat. Der Bereicherungsanspruch des Verkäufers gegen die Masse richtet sich nach den §§ 1431 ff. ABGB und stellt eine Masseforderung dar.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, was gelten soll, wenn die Vorbehaltssache erst nach Konkurseröffnung veräußert wird und auch der für die Forderungszession notwendige Publizitätsakt erst im laufenden Verfahren erfolgt. Ob eine Sicherungszession zugunsten eines Gläubigers in der Insolvenz noch möglich ist, ist umstritten. Die Rspr des OGH ist diesbezüglich jedenfalls widersprüchlich. In der schon mehrfach erwähnten Entscheidung des OGH 8 Ob 48/88 wird auf dieses Problem nicht weiter eingegangen und somit ein Zustandekommen einer Sicherungszession nach Konkurseröffnung angenommen. *Chalupsky* hat auf diese Unschärfe in der Entscheidung des Gerichtshofes mit Recht hingewiesen.<sup>488</sup> Dabei kann eine Sicherungszession sehr wohl zustande kommen, wenn der Publizitätsakt schon vor Konkurseröffnung gesetzt wurde, etwa der Dritte schon vorher von der Zession verständigt wurde. *Chalupsky* will in solchen Fällen ein Auskunftsrecht des Verkäufers ablehnen, weil diesem dann der Dritte bereits bekannt ist und dieser ohnehin nurmehr an den Vorbehaltverkäufer mit schuldbefreiender Wirkung zahlen kann.

In jüngeren Entscheidungen hat der OGH allerdings, unter Bezugnahme auf seine eigene Rspr, wiederholt ausgesprochen, dass durch einen, nach Konkurseröffnung gesetzten Modus, ein Absonderungsrecht nicht mehr wirksam begründet werden kann.<sup>489</sup>

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass, wenn der Zedent zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft oder der Verständigung des Drittschuldners in Konkurs fällt, die Setzung eines Modus für eine Sicherungszession unwirksam ist.<sup>490</sup>

Im Konkurs des Verkäufers, bleibt es, wie oben bereits dargestellt, beim Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 21 Abs. 1 IO. Wurde die Vorbehaltssache noch nicht veräußert,

---

<sup>488</sup> Vgl.: *Chalupsky*, WBI 1989, 182 ff.

<sup>489</sup> OGH 3 Ob18/54, SZ 27/13; 6 Ob561/85

<sup>490</sup> OGH 10 Ob S233/02s; 6 Ob 319/01g; 5 Ob 2155/96i, SZ 70/228

kann der Insolvenzverwalter vom Kaufvertrag zurücktreten und die Sache vom Käufer herausverlangen. Ist die Sache hingegen bereits vor Konkursöffnung veräußert worden und wurde die Kaufpreisforderung unter Einhaltung der §§ 452 ff. analog ABGB auf den Verkäufer zediert, hat der Insolvenzverwalter nur mehr die Forderung beim Dritten geltend zu machen.

Etwas schwieriger ist die Lage, wenn die Vorbehaltssache erst nach Konkursöffnung über das Vermögen des Verkäufers, an einen Dritten veräußert wird. Geschieht dies ohne Setzung eines Publizitätsaktes, geht dies zulasten des Verkäufers, da nach Ansicht des OGH der Berechtigte, wie jeder Sicherungszessionar, aus einem verlängerten Eigentumsvorbehalt das Risiko des fehlenden Publizitätsaktes zu tragen hat.<sup>491</sup> Dabei kann mE ohne Setzung eines Publizitätsaktes auch ein Dritter nicht *derivativ* Eigentum an der Vorbehaltssache erwerben, da die Weiterveräußerungsermächtigung des Verkäufers davon abhängig gemacht werden muss, dass der Käufer diesem eine Ersatzsicherheit in Form einer Forderungsabtretung verschafft.

Wurde die Vorbehaltssache weiterverarbeitet und wird in weiterer Folge über das Vermögen des Käufers Konkurs eröffnet, bleibt dem Verkäufer sein Eigentum an der neuen Sache erhalten. Denn § 415 S. 2 ABGB ordnet für jene Fälle, dass die Sache nicht mehr in ihren vorigen Zustand rückgeführt werden kann, an, dass Miteigentum im Verhältnis des Wertes der Sache und der mit der Verarbeitung verbundenen Arbeit entsteht.<sup>492</sup> Der EV des Verkäufers setzt sich demnach am Miteigentumsanteil fort. Sein Miteigentum kann der Verkäufer gemäß § 44 Abs. 1 IO aussondern lassen. Dass die neue Sache nur im Verhältnis des Werts der ursprünglichen Sache im Eigentum des Verkäufers steht, stellt kein Hindernis für ein Aussonderungsbegehren dar, da Gegenstand der Aussonderung auch die Geltendmachung von Miteigentum sein kann, weil nach dem Wortlaut des § 44 Abs. 1 IO Sachen *die dem Gemeinschuldner ganz oder zum Teil nicht gehören* ausgesondert werden können.<sup>493</sup> Die §§ 414 ff. ABGB sind allerdings dispositives Recht, die Parteien können für die Fälle der Weiterverarbeitung auch Alleineigentum des Verkäufers oder des Käufers an der neu hergestellten Sache vereinbaren. Letzteres hätte allerdings zur Folge, dass der Verkäufer seine Sicherheit mit Verarbeitung der Vorbehaltssache verliert.

---

<sup>491</sup> OGH 3 Ob 531/91, ÖBA 1992,395 = RdW 1992,107 = ZfRV 1992,387 = JBl 1992,652

<sup>492</sup> Im Gegensatz dazu sieht § 950 BGB Alleineigentum des Herstellers einer neuen Sache vor.

<sup>493</sup> OGH 1 Ob 714/79, SZ 52/154

Bleibt es nun bei den Bestimmungen des ABGB und veräußert der Insolvenzverwalter die Sache an einen Dritten, steht dem Verkäufer nach hL und Rspr ein Ersatzaussonderungsanspruch auf den, durch den Verkauf erzielten Erlös zu. Ist das Geld aus dem Verkauf ununterscheidbar mit anderem vermengt, was der Regelfall sein wird, ist die Masse unrechtmäßig bereichert. Diesfalls hat der Verkäufer einen Anspruch wegen unrechtmäßiger Bereicherung gegen die Masse nach §§ 1431 ff. ABGB im Rang einer Masseforderung.

### *Deutschland*

Beim verlängerten EV mit Weiterveräußerungsermächtigung wird in der deutschen Lehre und Rspr die Ansicht vertreten, dass es sich bei der vom ersten Käufer an den Verkäufer abgetretenen Forderung lediglich um eine Sicherungsabtretung handle und nicht um eine Vollzession.<sup>494</sup> Demnach ist der Verkäufer im Falle der Insolvenz des zweiten Käufers lediglich zur Absonderung nach § 51 InsO berechtigt. Während es beim einfachen EV um den Erhalt an der eigenen Sache geht, übernimmt beim verlängerten EV mit der Forderungsabtretung ein anderer Gegenstand die Sicherungsfunktion.<sup>495</sup> Ein Gegenstand dessen Eigentümer der Verkäufer jedoch erst durch die Zession wird. Die Nähe zum Sicherungseigentum liegt auf der Hand.

Befindet sich das Vorbehaltsobjekt im Zeitpunkt der Konkursöffnung über das Vermögen des Käufers noch bei diesem, ist der Insolvenzverwalter trotz Weiterveräußerungsermächtigung nicht befugt, die Ware im ordentlichen Geschäftsverkehr an einen Dritten zu veräußern.<sup>496</sup>

Beim verlängerten EV mit Verarbeitungsklausel, soll dem Verkäufer im Falle einer Verarbeitung des Vorbehaltsobjekts ebenfalls nur ein Absonderungsrecht zustehen. Dies allerdings nur, wenn die Vorbehaltssache im Zeitpunkt der Konkursöffnung bereits verarbeitet wurde. Durch die Verarbeitungsklausel wird fingiert, dass der Verkäufer der Hersteller der neuen Sache im Sinne des § 950 BGB ist, wodurch dieser originär Eigentum

---

<sup>494</sup> Vgl.: *Beckmann* in Staudinger/BGB § 449 Rz 138; *Bäuerle* in Braun InsO<sup>4</sup>, § 51 Rz 19;

<sup>495</sup> Vgl.: *Serick* VI/S. 423 ff.

<sup>496</sup> Die Leitentscheidung des BGH dazu: IV ZR 2/52, NJW 1953, 217; außerdem vgl.: *Serick* V/S. 330 ff.

daran erwirbt. Im Ergebnis ähnelt die Stellung des Verkäufers nach erfolgter Verarbeitung der eines Sicherungseigentümers.<sup>497</sup>

Wurde die Vorbehaltssache im Zeitpunkt der Konkureröffnung noch nicht verarbeitet, bleibt es bei den Regeln für den einfachen EV, das heißt Aussonderungsrecht und Schadenersatzansprüche als Insolvenzforderung. Dabei ist zu beachten, dass nach hL und Rspr eine erteilte Befugnis zur Verarbeitung mit der Konkureröffnung automatisch erlischt.<sup>498</sup> Eine Verarbeitung bedarf in diesem Fall eine neuerliche Erlaubnis oder die Erfüllungswahl durch den Insolvenzverwalter.

Wurde zwischen den Parteien lediglich ein einfacher EV vereinbart und wird die Vorbehaltssache dennoch vom Käufer verarbeitet, erwirbt dieser an der neuen Sache originäres Eigentum. Dem Verkäufer stehen dann Schadenersatzansprüche gegen den Käufer zu, die jedoch nur mit der Konkursquote bedient werden. Eine Ersatzaussonderung nach § 48 InsO kommt hier jedenfalls nicht in Betracht.<sup>499</sup> Verarbeitet der Insolvenzverwalter dennoch, erwirbt er für die Masse Eigentum an der Vorbehaltssache. Dabei wird ein solches Verhalten des Insolvenzverwalters nicht als Erfüllungswahl betrachtet, womit es auch in diesem Fall beim Absonderungsrecht des Verkäufers bleibt.<sup>500</sup> Da ein EV nach deutschem wie auch nach österreichischem Recht allerdings auch stillschweigend vereinbart werden kann, müssen mE die äußeren Umstände berücksichtigt werden. Diese können durchaus dazu führen, dass die Verarbeitung des Vorbehaltssache durch den Insolvenzverwalter ohne entsprechende Genehmigung, als Erfüllungswahl nach § 103 Abs. 1 InsO gedeutet werden kann, mit der Wirkung, dass ein Absonderungsrecht des Verkäufers erhalten bleibt. Dennoch wird dies von der hL und Rspr abgelehnt.<sup>501</sup> Auch eine Ersatzaussonderung scheidet aus, da die Verarbeitung nicht als Veräußerung gewertet wird.<sup>502</sup>

Daneben kommt es in den Fällen der Verarbeitung trotz fehlender Befugnis zu einer persönlichen Ersatzpflicht des Insolvenzverwalters nach § 60 Abs. 1 InsO, da dieser bei

---

<sup>497</sup> Vgl.: *Leible/Sosnitzka*, Grundfälle zum Recht des Eigentumsvorbehalts, Jus 2001, 449 ff.

<sup>498</sup> Vgl.: *Serick V*/Seite 429 ff.; *Ganter* in MK/InsO § 47 Rz 111

<sup>499</sup> BGH IX ZR 167/88, NJW 1989, 3213=WM 1989, 1342=ZIP 1989, 933=JZ 1989, 808

<sup>500</sup> Vgl.: *Gottwald/Adolphsen* in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch<sup>4</sup> § 43 Rz 38 ff.

<sup>501</sup> Vgl.: *Ganter* in MK/InsO § 47 Rz 112

<sup>502</sup> Vgl.: *Gottwald/Adolphsen* in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch<sup>4</sup> § 41 Rz 11 ff.

fehlender Erlaubnis zur Verarbeitung nicht mit der geforderten Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters agiert.<sup>503</sup>

Wird über das Vermögen des Verkäufers Konkurs eröffnet, greift § 107 Abs. 2 InsO, wonach das Anwartschaftsrecht insolvenzfest ist. Die Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts gilt dabei freilich auch für den zweiten Käufer, wenn dieser das Vorbehaltsobjekt bereits erhalten hat. Befindet sich die Ware noch beim ersten Käufer gelten ohnehin dieselben Regeln wie beim einfachen EV.

Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, dem Vorbehaltsverkäufer auf Verlangen Auskunft über den Verbleib der Ware zu erteilen. Das gilt nach hL und Rspr auch für den Zeitpunkt vor der Konkurseröffnung.<sup>504</sup>

### *Schweiz*

Wie oben bereits dargestellt, ist es in der Schweizer Lehre bis heute umstritten, ob ein verlängerter EV zulässig vereinbart werden kann, auch wenn sich in den letzten Jahren einige Autoren dafür ausgesprochen haben.<sup>505</sup> Das BG hat jedenfalls bis heute nicht eindeutig zu der Frage Stellung genommen. Die Frage nach den Wirkungen eines verlängerten EV in der Insolvenz ist also in Bezug auf die Schweiz in der Praxis nur von geringer Bedeutung.

Ist die Vorbehaltssache zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht veräußert, bleibt es jedenfalls auch in der Schweiz bei der Regelung hinsichtlich des einfachen EV, das heißt Wahlrecht des Konkursverwalters zwischen Erfüllung und Erfüllungsablehnung nach Art. 211 SchKG.

Ist die Vorbehaltssache indes bereits veräußert worden, lässt sich die weitere Vorgangsweise mit jener in Österreich und der BRD vergleichen.

Dabei ist zu beachten, dass wie nach österreichischem Recht für eine wirksame Vorausabtretung die Bestimmungen der Sicherungszession nach Art. 164 ff. OR eingehalten

---

<sup>503</sup> Vgl.: *Ganter* in MK/InsO § 47 Rz 111 ff.

<sup>504</sup> Vgl.: *Beckmann* in Staudinger/BGB § 449 Rz 140

<sup>505</sup> Siehe dazu I. Teil Kapitel 2.1. Schweiz

werden müssen. Dabei statuiert Art. 165 OR das Schriftformgebot. Die Schriftlichkeit bedeutet gemäß Art. 13 OR, dass der Verkäufer und der Käufer im Kaufvertrag die Klausel bezüglich der Forderungsabtretung unterschreiben müssen. Eine Drittschuldnerverständigung ist dabei wie auch im deutschen Recht nicht erforderlich.<sup>506</sup> Dieser Publizitätsakt erschwert zwar die Vereinbarung eines verlängerten EV, verhindert aber die in Österreich auftretende Problematik, dass der Verkäufer seine Sicherheit verliert, wenn die Vorbehaltssache während des Konkursverfahrens an einen Dritten ohne Einhaltung der §§ 452 ff. ABGB analog veräußert wird. Wurde der Dritte nicht verständigt, kann er gemäß Art. 167 OR mit schuldbefreiender Wirkung an den Käufer zahlen.

Wurde die Kaufpreisforderung wirksam abgetreten, stört auch eine fehlende Eintragung des EV ins EV-Register nicht. Der Dritte erwirbt vom Käufer *derivatives* Eigentum und der Vorbehaltsverkäufer kann gegen den Dritten die Kaufpreisforderung geltend machen.

## 4.2 Der erweiterte Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz

### *Österreich*

Wie oben bereits ausgeführt, ist nach hL und Rspr ein erweiterter EV nach österreichischem Recht sachenrechtlich unzulässig.<sup>507</sup> Der Verkäufer kann den Eigentumsübergang demnach nicht von der Erfüllung weiterer, sich nicht aus dem Kaufvertrag ergebenden Forderungen, abhängig machen.

Diese, den Grundsätzen des österreichischen Zivilrechts folgend, absolut sinnvolle sachenrechtliche Unwirksamkeit, bedeutet allerdings nicht automatisch die schuldrechtliche Unwirksamkeit einer EV-Erweiterung. Vielmehr kann unter Umständen eine Erweiterungsklausel in eine Sicherungsabrede umgedeutet werden mit dem Inhalt, *dass der Käufer für den Fall des Verzuges mit der Zahlung weiterer Forderungen bei Aufrechterhaltung des Vorbehaltskaufes obligatorisch zur Herausgabe der Sache verpflichtet*

---

<sup>506</sup> Vgl.: *Zobl* in BK IV 2/5/1, Seite 527 ff.

<sup>507</sup> Vgl.: *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Seite 197 ff.; *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> § 1063 Seite 677 ff.; OGH 4 Ob 540/71, SZ 44/64=EvBl 1971/334 S 631

ist.<sup>508</sup> Eine solche Umdeutung würde auch nicht gegen die pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften verstoßen, da es sich bei der Sicherungsabrede um keine dingliche Sicherheit handelt.

Dieser bloß obligatorische Anspruch gewährt aber dem Verkäufer in weiterer Folge kein Aussonderungsrecht im Konkurs nach § 44 Abs. 1 IO, sondern wäre eine Konkursforderung im Sinne des § 14 IO.<sup>509</sup>

Grundsätzlich bleibt es bei der Unwirksamkeit des erweiterten EV mit der Folge, dass der Insolvenzverwalter von seinem Wahlrecht Gebrauch machen kann, solange die Kaufpreisforderung im Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht vollständig beglichen ist. Entschidet sich der Insolvenzverwalter für Vertragserfüllung, braucht nur die Kaufpreisrestanz geleistet werden.<sup>510</sup>

### *Deutschland*

Im Unterschied zu Österreich und der Schweiz, ist der erweiterte EV nach hL und Rspr in der BRD zulässig.<sup>511</sup> Die mit Abstand häufigste Form des erweiterten EV ist der Kontokorrentvorbehalt, auf den hier näher eingegangen werden soll.

Bei der Frage, ob dem Vorbehaltskäufer ein Aus- oder nur ein Absonderungsrecht zusteht, muss danach unterschieden werden, ob der Käufer den Kaufpreis bereits zur Gänze bezahlt hat. Ist das nicht der Fall, sichert das vorbehaltene Eigentum dem Verkäufer neben anderen Forderungen also auch noch die Hauptforderung, das heißt die Bezahlung des Kaufpreises für das Vorbehaltsobjekt, dann steht ihm in der Insolvenz des Käufers ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO zu.<sup>512</sup> Wurde hingegen die Hauptforderung bereits beglichen und sichert das Vorbehaltsobjekt dem Verkäufer nurmehr weitere Forderungen gegenüber dem Käufer aus deren Geschäftsbeziehung, steht ihm im Falle der Insolvenz des Käufers lediglich ein Absonderungsrecht nach § 51 InsO zu. Begründet wird das damit, dass in diesem Fall, die

---

<sup>508</sup> Zit.: *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 109

<sup>509</sup> Vgl.: *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 109

<sup>510</sup> Vgl.: *Widhalm-Budak* in Konecny/Schubert, KO § 21 Rz 141

<sup>511</sup> BGH VIII ZR 176/92, NJW 1994, 1154=BGHZ 125, 83=JZ 1994, 732; BGH VIII ZR 342/85, NJW 1987, 487=BGHZ 98, 303=NJW-RR 1987, 309; *Beckmann* in Staudinger/BGB § 449 Rz 127 ff.; *Westermann* in MK/BGB § 449 Rz 81 ff.

<sup>512</sup> Vgl.: *Leible/Sosnitza*, Grundfälle zum Recht des Eigentumsvorbehalts, Jus 2001, 556 ff.

Stellung des Verkäufers der eines publizitätslosen Sicherungseigentümers ähnelt und einem solchen steht, wie oben beim drittfinanzierten Kauf bereits dargestellt, in der Insolvenz immer nur ein Absonderungsrecht zu.<sup>513</sup>

Entscheidet sich der Insolvenzverwalter des Käufers für Vertragserfüllung, hat er lediglich die Kaufpreisforderung und nicht alle weiteren Forderungen, auf die sich der erweiterte EV bezieht zu erfüllen.<sup>514</sup>

Wie beim verlängerten EV kommt es somit auch beim erweiterten EV auf die tatsächliche Situation an, wenn es darum geht, ob dem Verkäufer ein Aus- oder Absonderungsrecht zusteht.

In der Insolvenz des Verkäufers, bestehen hinsichtlich des erweiterten EV keine besonderen Unterschiede zum einfachen EV.<sup>515</sup> Das heißt, dass das Anwartschaftsrecht des Käufers gemäß § 107 Abs. 2 InsO insolvenzfest ist. Zur Erlangung des Eigentums am Vorbehaltsobjekt, muss der Käufer grundsätzlich sämtliche Forderungen begleichen, die im Kaufvertrag zur Bedingung für den Eigentumsübergang gemacht wurden. Davon wird der Käufer jedoch nur selten Gebrauch machen, da der Insolvenzverwalter gemäß § 103 Abs. 1 InsO die Erfüllung des Vertrags wählen kann, mit der Folge, dass der Käufer nur die Kaufpreisforderung an die Masse zu leisten hat um Eigentum am Vorbehaltsobjekt zu erlangen. Der Insolvenzverwalter wird regelmäßig ein Interesse daran haben, zumindest die Kaufpreisforderung zu erhalten, da er im Falle der Rückabwicklung des Vertrags, für die dann bereits gebrauchte Sache nur mehr einen geringeren Wert für die Masse erzielen wird können. Entscheiden sich dennoch beide Parteien gegen eine Vertragserfüllung, wird der Kaufvertrag rückabgewickelt.<sup>516</sup>

### **Schweiz**

---

<sup>513</sup> Vgl.: *Leible/Sosnitza*, Grundfälle zum Recht des Eigentumsvorbehalts, Jus 2001, 557; BGH VIII ZR 188/69, NJW 1971, 799; BGH VIII ZR 7/76, NJW 1978, 632; BGH IX ZR 220/05, NJW 2008, 1803

<sup>514</sup> Dazu ausführlich: *Marotzke*, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, S. 135 ff.; *Serick V/S*. 692 ff

<sup>515</sup> Vgl.: *Ganter*, MK/InsO § 47 Rz 94

<sup>516</sup> Vgl.: *Ganter*, MK/InsO § 47 Rz 94

Wie in Österreich, ist auch nach schweizerischem Recht eine Erweiterung des EV unzulässig, da darin eine Umgehung der pfandrechtlichen Publizitätsvorschriften gesehen wird, welche auf Grund der Nähe zur Sicherungsübereignung anzuwenden wären.<sup>517</sup>

## **5. EIGENTUMSVORBEHALT BEI GRENZÜBERSCHREITENDEN INSOLVENZVERFAHREN**

### **5.1 Gemeinschaftsrecht**

#### **(a) Vergemeinschaftung des Insolvenzrechts**

Die EU als Binnenmarkt ermöglichte schon mit dem Erlass der Grundfreiheiten den freien Verkehr von Waren und Vermögenswerten. Seit damals können Vermögenswerte auf legale Weise beliebig innerhalb der EU verschoben werden, was in Bezug auf das Insolvenzrecht Vorteile für den Schuldner brachte und dem Gläubiger zum Nachteil gereichte. Das EuGVÜ bezog sich gemäß Art. 1 Abs. 2 Z 2 ausdrücklich nicht auf Konkurse, Vergleiche oder ähnliche Verfahren. In weiterer Folge wurde Anfang der 90er Jahre ein EG-Übereinkommen über Insolvenzverfahren ausgearbeitet, dessen In-Kraft-Treten jedoch an der Zustimmung Großbritanniens scheiterte. Erst durch den Vertrag von Amsterdam wurde die Voraussetzung, dass ein Übereinkommen von sämtlichen Mitgliedsstaaten unterzeichnet werden musste, abbedungen und somit der Schaffung einer europäischen Insolvenzverordnung der Weg geebnet.<sup>518</sup>

#### **(b) Die europäische Insolvenzverordnung**

Mit der am 31. Mai 2002 in Kraft getretenen Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates über Insolvenzverfahren, kurz EuInsVO, wurde die Abwicklung grenzüberschreitender Insolvenzverfahren im europäischen Binnenmarkt wesentlich vereinfacht und effizienter gestaltet. Die EuInsVO verdrängt daher im Verhältnis zu anderen EU-Mitgliedstaaten die nationalen Vorschriften betreffend der Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren. Im

---

<sup>517</sup> BGE 102 III 150 S. 152

<sup>518</sup> Dazu ausführlich: *Rößler-Hecht*, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz im europäischen Rechtsvergleich, S. 171 ff.

Verhältnis zu Drittstaaten kommen freilich die nationalen Bestimmungen weiterhin zur Anwendung. In Art. 1 EuInsVO wird der sachliche und persönliche Anwendungsbereich der VO geregelt. Demnach kommt die VO immer dann zur Anwendung, wenn (1.) ein Gesamtverfahren vorliegt, (2.) welches die Insolvenz des Schuldners voraussetzt, (3.) den vollen oder teilweisen Beschlag seines Vermögens zur Folge hat und (4.) ein Verwalter zu Bestellen ist. Mir dem Erfordernis des Gesamtverfahrens wird verdeutlicht, dass Verfahren zur Befriedigung eines einzelnen Gläubigers ausgeschlossen sind. Für diese gilt im europäischen Binnenmarkt die EuGVVO.<sup>519</sup> Auch wenn es der Definition insgesamt an der nötigen Klarheit fehlt und insbesondere keine Zielsetzung erwähnt wird, ergeben sich keine besonderen Probleme, da sich aus Art. 2 EuInsVO iVm dem Anhang A genau ergibt, welche einzelstaatlichen Verfahren in den Anwendungsbereich der VO fallen sollen. Im Anhang A sind die Verfahren genau aufgelistet.<sup>520</sup>

### (c) Begriff des Eigentumsvorbehalts nach der EuInsVO

Art. 7 EuInsVO regelt das Schicksal des EV sowohl im Käufer- als auch im Verkäuferkonkurs. Dabei wird in Abs. 1 angeordnet, dass ein EV von der Eröffnung des Verfahrens unberührt bleiben sollen, wenn sich die Sache zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens in einem anderen Mitgliedstaat befindet. Mit einem anderen Mitgliedstaat ist ein Staat gemeint indem nicht das Hauptverfahren durchgeführt wird. Eine Definition des Begriffes „Eigentumsvorbehalt“ sucht man in der EuInsVO vergebens. Nach Ansicht der hL ist davon auszugehen, dass der Begriff EV eher restriktiv auszulegen ist und nur der einfache EV darunter zu verstehen ist.<sup>521</sup> Begründet wird das mit der zeitlich nahestehenden Erlassung der ZahlungsverzugsRL in deren Art. 4 Abs. 1 sowie Art. 2 Nr. 3 ausschließlich der einfache EV geregelt ist. Zudem ergibt eine simple Wortinterpretation des Art. 7, dass die VO nur das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer regelt. Das alleine schließt aber einen erweiterten oder verlängerten EV nicht aus. Wie *Duursma-Kepplinger* richtigerweise feststellt, würde allerdings eine großzügige Interpretation des Art. 7 zu einer Aushöhlung der Insolvenzmasse führen, da sich die Frage, ob ein EV gültig zustande gekommen ist weiterhin nach nationalem

---

<sup>519</sup> Vgl.: *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung, Art. 1 RZ 6 ff.

<sup>520</sup> In Bezug auf Deutschland: Das Konkursverfahren, das gerichtliche Vergleichsverfahren, das Gesamtvollstreckungsverfahren, das Insolvenzverfahren. In Bezug auf Österreich: Das Konkursverfahren, das Ausgleichsverfahren (letzteres existiert nicht mehr, stattdessen gibt es seit dem IRÄG 2010 den Sanierungsplan).

<sup>521</sup> Vgl.: *Leible/Staudinger*, Die europäische Verordnung über Insolvenzverfahren, KTS 2000, 553; *Rößler-Hecht*, S. 239.; *Reinhart*, MK/InsO, Art. 7 Rz 1 ff.

Recht richtet.<sup>522</sup> Auch, dass die zahlreichen Sonderformen speziell des deutschen EV den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten zudem fremd sind und sich die EuInsVO wohl auf den Regel- und nicht auf die Ausnahmefälle bezieht, spricht für eine Beschränkung auf den einfachen EV.<sup>523</sup>

Ob ein EV nach Verbringung der Sache in einen anderen Mitgliedstaat weiter aufrecht bleibt, richtet sich nach den anwendbaren nationalen Vorschriften, wie sie durch das internationale Privatrecht bestimmt werden.<sup>524</sup> Die Verbringung des Vorbehaltsobjekts von einem Mitgliedstaat in einen anderen, führt daher zu einem Statutenwechsel.<sup>525</sup>

#### **(d) Der Eigentumsvorbehalt im Käuferkonkurs nach der EuInsVO**

Art. 7 Abs. 1 EuInsVO normiert, dass die Rechte des Verkäufers aus einem EV im Falle der Insolvenz des Käufers unberührt bleiben sollen. Gemeint ist damit, dass der EV nicht unter den Grundsatz der *lex fori concursus* fallen soll, das heißt, dass das Insolvenzrecht des Konkursöffnungsstaates keine Anwendung darauf findet.

Findet sich im Staat der Belegenheit der Sache eine Niederlassung des Schuldners im Sinne von Art. 2 lit. h EuInsVO, besteht grundsätzlich die Möglichkeit, ein Sekundärinsolvenzverfahren zur Verwertung der Sache zu eröffnen. Auf dieses finden wiederum gemäß Art. 28 EuInsVO die nationalen Bestimmungen Anwendung.<sup>526</sup> Da ein gültiger EV aber sowohl in Österreich als auch in der BRD zur Aussonderung berechtigt, hätte der Sekundärverwalter kein Verwertungsrecht.

Insgesamt ist die Bedeutung des Art. 7 Abs. 1 gering, denn in den meisten Fällen, befindet sich das Vorbehaltsobjekt beim Käufer womit sich die Sache zum Zeitpunkt der Konkursöffnung in dem Mitgliedstaat befindet, indem auch das Hauptverfahren durchgeführt wird und die EuInsVO nicht zur Anwendung kommt.<sup>527</sup> Stattdessen entscheidet in diesen Fällen die *lex fori concursus* über das Fortbestehen des EV in der Insolvenz.

---

<sup>522</sup> Vgl.: *Duursma-Kepplinger*, EuInsVO, Art. 7 Rz 40

<sup>523</sup> Vgl.: *Herchen*, Seite 120 ff.

<sup>524</sup> EuGH Rs C-302/05, Slg. 2006 I-10697, Rz 30

<sup>525</sup> Vgl.: *Duursma-Kepplinger*, EuInsVO, Art. 7 Rz 6

<sup>526</sup> Vgl.: *Duursma-Kepplinger*, EuInsVO, Art. 7 Rz 12

<sup>527</sup> Vgl.: *Duursma-Kepplinger*, EuInsVO, Art. 7 Rz 21 mit zahlreichen Beispielen.

### (e) Der Eigentumsvorbehalt im Verkäuferkonkurs nach der EuInsVO

Der Verkäuferkonkurs ist in Art. 7 Abs. 2 geregelt. Danach rechtfertigt die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verkäufers keinen Rücktritt vom Vertrag, sofern sich die Sache zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung in einem anderen Mitgliedstaat befindet. Zusätzlich zu den Voraussetzungen des Abs. 1 verlangt Abs. 2, dass das Vorbehaltsobjekt bereits geliefert wurde.

Die Anlehnung an § 107 dt. InsO ist dabei immanent. So werden sowohl in Art. 7 EuInsVO als auch in § 107 dt. InsO auf die Folgen des Käufer- und Verkäuferkonkurses gesondert eingegangen, vor allem aber wird der Grundsatz der Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechtes aus dem deutschen Recht übernommen. Politisch ist diese Bestimmung gewiss auf die Bedeutung des EV für das Wirtschaftsleben der exportorientierten BRD zurückzuführen, allenfalls auch auf die untergeordnete Rolle die der EV in Großbritannien und Frankreich spielt, woraus sich eine gewisse Gleichgültigkeit dieser anderen großen EU Staaten in Bezug auf diese Regelung ergibt.

Im Unterschied zu Art. 7 Abs. 1 wurde in Abs. 2 mit der Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechtes eine konkrete materiell-rechtliche Bestimmung aufgenommen.<sup>528</sup> Dabei stellt sich die Frage, was gelten soll, wenn das Recht des Mitgliedstaates nach dem der EV vereinbart wurde eine solche Insolvenzfestigkeit gar nicht kennt. *Paulus* hält in solchen Fällen die Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechtes für ausgeschlossen. Er führt dabei ins Feld, dass Art. 7 auf den Gedanken des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit fußt.<sup>529</sup> Zweck des Art. 7 sei demnach, *eine nach dem Recht der lex concursus vor Verfahrenseröffnung erworbene Rechtsposition des jeweiligen Nicht-Schuldners zu bewahren.*<sup>530</sup> Auch *Reinhart* beruft sich auf den Vertrauensschutz. Dieser sei außer Verhältnis, wenn etwa sowohl der Mitgliedstaat der Verfahrenseröffnung als auch jener der Belegenheit der Sache keine Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechtes kennen.<sup>531</sup> Die überwiegende Mehrheit der hL folgt jedoch dem Wortlaut des Art. 7 Abs. 2 wonach der Käufer den Schutz der

---

<sup>528</sup> Vgl.: *Duursma-Kepplinger*, EuInsVO, Art. 7 Rz 22 ff.

<sup>529</sup> Vgl.: *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung – Kommentar, Art.7 Rz 11

<sup>530</sup> Zit.: *Paulus*, Art. 7 Rz 1

<sup>531</sup> Vgl.: *Reinhart*, MK/InsO, Art. 7 Rz 10

Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts genießt.<sup>532</sup> In Bezug auf Deutschland wundert dies nicht, da die deutsche Regelung übernommen wurde. Für Österreich führt die EuInsVO damit allerdings zu einer einschneidenden Veränderung. Schließlich gilt auch im Fall eines Sekundärverfahrens Art. 7 Abs. 2 der VO. Wenn etwa der Vorbehaltskäufer eine Niederlassung in Österreich besitzt und über sein dort befindliches Vermögen ein Sekundärverfahren eröffnet werden würde, müsste, wie oben bereits erwähnt, gemäß Art. 28 EuInsVO auch österreichisches Insolvenzrecht zur Anwendung gelangen. Demnach hätte der Insolvenzverwalter das Rücktrittsrecht nach § 21 Abs. 1 IO. Der materiell-rechtlichen Gehalt des Art. 7 Abs. 2, mit dem das Ziel der Rechtsvereinheitlichung verfolgt wird, geht jedoch Art. 28 EuInsVO vor, womit auch für Sekundärverfahren der Grundsatz der Insolvenzfestigkeit des Anwartschaftsrechts gilt.<sup>533</sup>

Dabei durchbricht Art. 7 den in Art. 4 aufgestellten Grundsatz der *lex fori concursus*, wonach für ein Insolvenzverfahren und seine Wirkungen immer das Recht des Mitgliedstaats gilt, indem das Verfahren eröffnet wurde.

## 5.2 Nationale Bestimmungen

### *Österreich*

Im Unterschied zu der Europäischen Insolvenzverordnung, sieht die österreichische IO kein förmliches Anerkennungsverfahren für ausländische Insolvenzverfahren vor. Vielmehr werden gemäß § 240 IO die Wirkungen eines, in einem anderen Staat eröffneten, Insolvenzverfahrens und die in einem solchen Verfahren ergangenen Entscheidungen in Österreich anerkannt, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind. Zum einen muss gemäß § 240 Abs. 1 IO der Mittelpunkt der hauptsächlichen Interessen des Schuldners im anderen Staat liegen, zum anderen gemäß Abs. 2 das Insolvenzverfahren in den Grundzügen mit dem österreichischen vergleichbar sein, insbesondere österreichische Gläubiger wie Gläubiger aus

---

<sup>532</sup> Vgl.: *Haubold*, Gebauer/Wiedemann – Zivilrecht unter europäischem Einfluss, S. 1472; außerdem: *Huber*, Internationales Insolvenzrecht in Europa, ZZP 114/2001, S. 160; *Duursuma-Kepplinger*, EuInsVO, Art. 7 Rz 22 ff.; *Rößler-Hecht*, S. 250.

<sup>533</sup> Dazu ausführlich: *Duursuma-Kepplinger*, EuInsVO, Art. 7 Rz 28 ff.

dem Staat der Verfahrenseröffnung behandelt werden.<sup>534</sup> Auch wenn diese Voraussetzungen vorliegen, wird das ausländische mit dem österreichischen Insolvenzverfahren nicht gleichgestellt. Stattdessen ordnet § 240 IO ausdrücklich an, dass die Wirkungen des ausländischen Insolvenzverfahrens im Inland nach der *lex fori concursus* eintreten sollen. § 240 Abs. 2 IO ordnet ferner an, dass die Anerkennung unterbleibt, soweit in Österreich ein Konkurs- oder Ausgleichsverfahren eröffnet wurde oder einstweilige Vorkehrungen angeordnet wurden, oder die Anerkennung zu einem Ergebnis führt, das den Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung offensichtlich widerspricht.

### *Deutschland*

Auch die deutsche InsO sieht kein förmliches Anerkennungsverfahren vor. Nach § 343 InsO wird die Eröffnung eines ausländischen Insolvenzverfahrens in Deutschland automatisch anerkannt. Dies gilt gemäß § 343 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO jedoch nicht, wenn die Gerichte des Staats der Verfahrenseröffnung nach deutschem Recht nicht zuständig sind, oder soweit die Anerkennung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist, insbesondere soweit sie mit den Grundrechten unvereinbar ist. Die Ansicht des BGH, dass ein ausländisches Verfahren nur anzuerkennen ist, wenn es in das Gesamtgefüge der deutschen konkursrechtlichen Vorschriften und Rechtsgrundsätze eingebettet ist, stellt keine zusätzliche Anerkennungsvoraussetzung dar.<sup>535</sup>

### *Schweiz*

Im Unterschied zu Österreich und der BRD sieht die schweizerische Rechtsordnung keine automatische Anerkennung vor. Lediglich zwei Staatsverträge sehen die automatische Anerkennung eines ausländischen Insolvenzverfahrens vor.<sup>536</sup> Abgesehen von diesen Ausnahmen, benötigt man für die Anerkennung zunächst einmal einen darauf gerichteten Antrag bei jenem Gericht, in dessen Sprengel sich schuldnerisches Vermögen befindet.<sup>537</sup> Das

---

<sup>534</sup> Vgl.: *Pogacar*, Grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren ZfRV 2008/32, Seite 258 ff.

<sup>535</sup> BGH IX ZR 178/84, NJW 1985, 2897; BGHZ 95, 256; JZ 1985, 91, 96; RiW 1986, 93; vgl.: *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch<sup>3</sup>, § 132 InsO RZ 12

<sup>536</sup> Eröffnungsentscheidungen im Zuständigkeitsbereich des OLG Stuttgart, sowie im Bundesstaat Bayern.

<sup>537</sup> Vgl.: *Pogacar*, Grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren ZfRV 2008/32, Seite 261

darauf folgende förmliche Anerkennungsverfahren ist in erster Instanz ein einseitiges Verfahren, in welchem dem Schuldner kein rechtliches Gehör gewährt wird und kantonales Recht zur Anwendung kommt. Die Anerkennung erfolgt, wenn drei, in Art. 166 IPR-G genannte Voraussetzungen erfüllt sind. Es muss das Dekret im dem Staat, in dem es ergangen ist, vollstreckbar sein. Es darf kein *ordre public* Verstoß vorliegen. Vor allem aber muss der Staat, in dem das Dekret ergangen ist, Gegenrecht halten, das heißt, ein schweizerisches Insolvenzverfahren müsste in diesem Staat ebenfalls anerkannt werden. Durch diesen Grundsatz der Gegenseitigkeit, wird die Anerkennung ausländischer Verfahren vor allem im Verhältnis zu nicht EU-Mitgliedstaaten stark eingeschränkt.<sup>538</sup> Kommt es zu einer Anerkennung, wird ein eigenes, eingeschränktes Insolvenzverfahren nach dem Schweizer SchKG durchgeführt. Eine Wirkungserstreckung des ausländischen Konkursverfahrens in die Schweiz ist nicht vorgesehen.

---

<sup>538</sup> Dazu ausführlich vgl.: *Gehri/Kostkiewicz*, Anerkennung ausländischer Insolvenzscheidungen in der Schweiz-ein neuer Réduit National? SZIER 2/2009, Seite 193 ff.; Im Verhältnis zu Österreich und der BRD ist Gegenseitigkeit gegeben.

### III. Teil: Der Eigentumsvorbehalt in der Zwangsvollstreckung

Wie bereits mehrfach erwähnt, erfreut sich der EV großer Beliebtheit als Kreditsicherungsmittel. Dies vor allem deshalb, weil dadurch selbst in der Insolvenz des Schuldners dem Gläubiger sein Eigentum bewahrt wird. Auf der letzten Stufe geht es in dieser Arbeit um die Frage, wie nun ein EV in der Praxis realisiert werden kann, wie also der Gläubiger tatsächlich wieder in den Besitz seiner Sache kommt. Dabei sind drei verschiedene Konstellationen denkbar, die es näher zu erörtern gilt: Der Zugriff auf das Vorbehaltsobjekt durch Gläubiger des Käufers, durch Gläubiger des Verkäufers und schließlich durch den Verkäufer selbst.

#### 1. PFÄNDUNG UND VERWERTUNG DER VORBEHALTSSACHE DURCH GLÄUBIGER DES KÄUFERS

##### *Österreich*

Führen dritte Gläubiger in das Vermögen des Schuldners Exekution, kann der Vorbehaltsverkäufer sein Eigentum mittels der in § 37 EO geregelten Exzindierungsklage schützen und die Einstellung der Exekution begehren.<sup>539</sup> Dabei trifft den Käufer eine Mitteilungspflicht gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer, unabhängig davon, ob eine solche vereinbart wurde.<sup>540</sup>

Die Gläubiger des Käufers können allerdings einen nicht erfüllten Anspruch des Käufers auf Eigentumsübertragung gemäß § 325 EO pfänden lassen. In Bezug auf den Kauf unter EV bedeutet dies eine Pfändung des Anwartschaftsrechts des Käufers.

In diesem Zusammenhang stellt sich aus Sicht der Gläubiger des Käufers die Frage, was überhaupt ein taugliches Exekutionsobjekt beim Kauf unter EV darstellt. Dabei wurden drei

---

<sup>539</sup> Entspricht der hL und Rspr, vgl.: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> § 1063 Seite 557 ff.; *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft, Seite 117 ff.; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Seite 167

<sup>540</sup> Vgl.: *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> § 1063 Seite 558; *Frotz*, Kreditsicherungsrecht, Seite 166

Theorien entwickelt, jene von der *Sachpfändung*, von der *Rechtspfändung* und von der *Doppelpfändung*.<sup>541</sup>

Nach Ansicht des OGH wird die Pfändung dabei durch die Zustellung des Verfügungsverbots an den Verpflichteten, also den Käufer bewirkt. Ob zusätzlich auch noch eine Pfändung der Vorbehaltssache selbst erforderlich ist, wurde vom OGH, wohl bewusst, offen gelassen.<sup>542</sup>

Damit entspricht die Judikatur des OGH der hL, wo sich die Theorie der reinen *Rechtspfändung* durchgesetzt hat.<sup>543</sup> Exekutionsobjekt ist demnach das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers. Dieses wird von der hM als ein Gesamtrecht angesehen, *das sich aus dem aufschiebend bedingten Eigentum und dem Gestaltungsrecht auf Erwerb des Eigentums durch Zahlung des (Rest-) Kaufpreises zusammensetzt*.<sup>544</sup> Leistet der Gläubiger die Kaufpreisrestanz an den Verkäufer, bewirkt er damit den Bedingungseintritt und den Übergang des Eigentums an der Vorbehaltssache auf den Käufer. Nach der Theorie der *Rechtspfändung* setzt sich das Pfandrecht des Gläubigers durch Surrogation am neu entstandenen Eigentum des Käufers fort. Er kann nun Einzelzwangsvollstreckung nach den Regeln der Fahrnisexekution in das vormalige Vorbehaltsobjekt führen.<sup>545</sup>

Demgegenüber wird die Theorie der *Doppelpfändung*, welche in der BRD gilt, abgelehnt. Für eine wirksame *Doppelpfändung* muss neben dem Anwartschaftsrecht auch die Vorbehaltssache selbst gepfändet werden.

Einzig *Frotz* hält eine Pfändung nach den Regeln der *Doppelpfändung* für nötig. Seiner Meinung nach geht das Anwartschaftsrecht unter, sobald der Gläubiger die Kaufpreisrestanz an den Verkäufer geleistet hat. Damit muss in weiterer Folge auch das, nach § 331 EO begründete, Pfandrecht am Anwartschaftsrecht untergehen. Um ein Pfandrecht an der, nun im Eigentum des Käufers stehenden, Vorbehaltssache zu erlangen, sei daher eine Sachpfändung notwendig. Er schließt sich somit der Argumentation der hL in Deutschland an.<sup>546</sup> Dem ist mE entgegen zu halten, dass dem österreichischen Recht eine Bestimmung im Sinne des §

---

<sup>541</sup> Vgl.: *Oberhammer* in *Angst/EO*<sup>2</sup> § 331 Rz 51 ff.

<sup>542</sup> OGH, 3 Ob 534/93, SZ 66/172 = *ecolex* 1994, 386 = JBI 1994, 615 = *JUS Z* 1519 = NRsp 1994/111

<sup>543</sup> Vgl.: *Bydlinski* in *Klang IV/2*<sup>2</sup>, Seite 599; *Aicher* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1063 Rz 77

<sup>544</sup> Zit.: *Oberhammer* in *Angst/EO*<sup>2</sup> § 331 Rz 52; außerdem OGH 3 Ob 534/93, SZ 66/172 = *ecolex* 1994, 386 = JBI 1994, 615 = *JUS Z* 1519 = NRsp 1994/111 mit zahlreichen Verweisen auf die Literatur

<sup>545</sup> Vgl.: *Oberhammer* in *Angst/EO*<sup>2</sup> § 331 Rz 55

<sup>546</sup> Vgl.: statt vieler *Beckmann* in *Staudinger/BGB* § 449 Rz 86

1287 BGB fremd ist und die Theorie der Rechtspfändung durch Rechtsfortbildung entstanden ist.

Eine unmittelbare Zwangsvollstreckung in die Vorbehaltssache selbst, ist nach österreichischem Recht jedenfalls unzulässig. Das ergibt sich, wie *Oberhammer* richtigerweise feststellt, schon aus § 37 EO, da der Käufer nicht Eigentümer der Sache ist.<sup>547</sup> Wie die *Doppelpfändung* konnte sich auch diese Theorie der *Sachpfändung* in Österreich nicht durchsetzen.

Die Möglichkeit der *Rechtspfändung* besteht allerdings nur bis zur Konkurseröffnung über das Vermögen des Käufers. Danach verhindert die Prozesssperre des § 10 Abs. 1 IO eine Drittschuldnerklage der übrigen Gläubiger.<sup>548</sup>

Wurde das Vorbehaltsobjekt von einem Gläubiger des Käufers bereits verwertet, kann der Verkäufer nur mehr mit Hilfe des Verwendungsanspruches nach § 1041 ABGB versuchen die Kaufpreisrestanz aus dem Erlös des Gläubigers herauszuverlangen. Die Unterlassung der Widerspruchsklage gemäß § 37 EO bewirkt nicht den Verlust aller Ansprüche des Verkäufers, dessen Eigentum zu Unrecht im Exekutionsverfahren verwertet worden ist.<sup>549</sup>

Stützt sich der Verkäufer auf einen EV obwohl dieser vertragswidrig erklärt wurde und somit nicht zustande gekommen ist, kann der Käufer auf Übertragung des Eigentums klagen.

### *Deutschland*

Führen Gläubiger des Käufers Zwangsvollstreckung in das, beim Käufer befindliche, Vorbehaltsgut, kann der Verkäufer mit Hilfe der Drittwiderspruchsklage gemäß § 711 ZPO, welche der Exszindierungsklage des österreichischen § 37 EO entspricht, seine Ansprüche sichern. Ein Zugriff dritter Gläubiger scheitert daher am auflösend bedingten Eigentum des Verkäufers.<sup>550</sup> Dem Eigentumsrecht des Verkäufers kann man als Gläubiger des Käufers jedoch begegnen, indem man den noch ausstehenden Kaufpreisrestbetrag selbst bezahlt und

---

<sup>547</sup> Vgl.: *Oberhammer* in *Angst/EO*<sup>2</sup> § 331 Rz 51 ff.

<sup>548</sup> Vgl.: *Bollenberger*, Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit: Aussonderung durch Anfechtung, Seite 81 ff.

<sup>549</sup> OGH 1 Ob 220/99f; 6 Ob 6/73 SZ 46/8 = JBl 1973,315 = EvBl 1973/197 S 435 = JBl 1974, 351

<sup>550</sup> Vgl.: *Beckmann* in *Staudinger/BGB* § 449 Rz 86

damit den Bedingungseintritt herbeiführt. Die Zustimmung des Käufers bei der Leistung durch Dritte ist gemäß § 267 BGB nicht erforderlich.<sup>551</sup>

Wie in Österreich ist aber auch in der BRD die Pfändung des Anwartschaftsrechts möglich.<sup>552</sup> Dies deshalb, weil das Anwartschaftsrecht als ein echtes Vermögensrecht angesehen wird. Von dieser Möglichkeit wird der Gläubiger Gebrauch machen, wenn ihm das Bestehen eines EV bekannt ist. Bezüglich der Pfändung dieses Anwartschaftsrechts, sind auch in Deutschland die Theorien von der *Sach-* *Rechts-* und der *Doppelpfändung* zu berücksichtigen.

Ein Teil der Lehre wollte die *Rechtspfändung* genügen lassen.<sup>553</sup> Dabei soll ein Recht, eben das Anwartschaftsrecht, gepfändet werden. Nach den §§ 828 ff. und 857 ZPO, ist dafür ein Pfändungsbeschluss des Vollstreckungsgerichts erforderlich. Mit der Zustellung dieses Beschlusses an Käufer und Verkäufer ist die Pfändung bewirkt. Die Sicherung des Gläubigers soll in weiterer Folge gewährleistet werden, indem sich das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht mit vollständiger Bezahlung des Kaufpreises, also mit Bedingungseintritt, in ein Pfandrecht am Vorbehaltsobjekt umwandeln soll.<sup>554</sup> Begründet wurde dieser pfandrechtl. Übergang von einem Recht auf eine Sache mit einer analogen Anwendung des § 1287 BGB, der regelt, dass an die Stelle des Pfandrechts an einer Forderung kraft Surrogation ein Pfandrecht am geleisteten Gegenstand treten soll. Voraussetzung dafür ist, dass die geschuldete Leistung erbracht wird, womit das Pfandrecht am Anwartschaftsrecht auf Grund der Akzessorietät untergeht.<sup>555</sup> § 1287 BGB bezieht sich aber nur auf jene Fälle, in denen der Gläubiger im Zeitpunkt des Bedingungseintritts Besitzer der Vorbehaltssache war.<sup>556</sup> Eine Fortsetzung des Pfandrechts an der Sache selbst, setzt daher nach deutschem Recht stets den Besitz an dieser durch den Gläubiger voraus und ist somit publizitätspflichtig. Gerade an einer solchen Publizität fehlt es jedoch, sodass die bloße *Rechtspfändung* dem Gläubiger nur eine bedingte Sicherheit bringt, da das Pfandrecht, mit Eintritt der Bedingung für den Eigentumserwerb des Käufers, untergeht. Eine Mindermeinung der Lehre will jedoch die bloße *Rechtspfändung* genügen lassen.<sup>557</sup>

---

<sup>551</sup> Vgl.: Beckmann in Staudinger/BGB § 449 Rz 44

<sup>552</sup> BGH VIII ZR 68/60, BeckRS 1961=NJW 1961, 1349=BGHZ 35, 85

<sup>553</sup> Vgl.: Leible/Sosnitzer, Grundfälle zum Recht des Eigentumsvorbehalts, Jus 2001, 343 ff.

<sup>554</sup> Vgl.: Brox, Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, JuS 1984/664

<sup>555</sup> Vgl.: Damrau, MK-BGB, § 1287 Rz 1 ff.

<sup>556</sup> Vgl.: Brox, JuS 1984/665

<sup>557</sup> Allen voran: Weber, Kreditsicherheiten, Seite 199; außerdem Wolf, Sachenrecht<sup>22</sup>, Seite 331, beide Autoren bleiben eine nähere Begründung schuldig.

Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen die hL und Rspr in den Fällen der reinen *Sachpfändung*.<sup>558</sup> Hier wird nicht das Vorbehaltsobjekt, sondern ebenfalls das Anwartschaftsrecht, allerdings unter Anwendung der Regeln der *Sachpfändung*, gepfändet. *Westermann* argumentiert, dass durch das Anbringen der Pfandsiegel am Vorbehaltsobjekt, die Gefahr einer anschließenden Verwertung zu groß sei, was eine Drittwiderspruchsklage des Verkäufers sehr wahrscheinlich mache.<sup>559</sup> Dem kann jedoch die Ansicht *Brox* entgegengehalten werden, der richtigerweise erkennt, dass eine Beeinträchtigung des Verkäufers gar nicht vorliegt, da nicht die Sache, sondern das Anwartschaftsrecht nach den Regeln der *Sachpfändung* gepfändet wird.<sup>560</sup>

Nach der hM soll eine Zwangsvollstreckung von Gläubigern des Käufers in das Vorbehaltsobjekt nach den Regeln der *Doppelpfändung* möglich sein, das heißt, dass neben der Pfändung des Anwartschaftsrechtes auch einer Pfändung der Vorbehalts Sache selbst erforderlich ist.<sup>561</sup> Die Pfändung des Anwartschaftsrechtes dient dabei lediglich der Rangwahrung. Die Sachpfändung bewirkt dann den erforderlichen Publizitätsakt mit der Wirkung, dass sich *das Pfändungspfandrecht am Anwartschaftsrecht in ein solches an der Sache umwandelt*.<sup>562</sup>

Im Unterschied zur österreichischen Rechtslage, wo sich die Theorie der *Rechtspfändung* durchsetzen konnte, müssen Gläubiger des Käufers nach deutschem Recht *de facto* zwei Pfändungen vornehmen, um sich aus dem Vorbehaltsobjekt befriedigen zu können.

Erhebt der Verkäufer nicht rechtzeitig Widerspruch nach § 771 ZPO, bleiben ihm, wie nach österreichischem Recht, weiterhin Bereicherungsansprüche gegen den vollstreckenden Gläubiger.<sup>563</sup>

---

<sup>558</sup> Vgl.: *Tiedtke*, Die verdeckte Pfändung des Anwartschaftsrechtes, NJW 1972, 1404 ff.

<sup>559</sup> Vgl.: *Westermann*, MK-BGB § 449 RZ 66

<sup>560</sup> Vgl.: *Brox*, JuS 1984/665

<sup>561</sup> Vgl.: statt vieler *Beckmann* in Staudinger/BGB § 449 Rz 86

<sup>562</sup> Zit.: *Brox*, JuS 1984/665

<sup>563</sup> BGH III ZR 22/59, BGHZ 32, 240= LSK 1960, 848685

## *Schweiz*

Die Möglichkeiten Dritter, auf das Vorbehaltsobjekt zu pfänden und zu verwerten, waren in der Schweiz zunächst praktisch unbrauchbar. Dabei kam es oft vor, dass Verkäufer und Käufer durch das bewusste Stehenlassen eines Restbetrags, einen Untergang des EV und dadurch einen Zugriff dritter Gläubiger des Käufers verhindern konnten. Die Bezahlung des restlichen Kaufpreises durch einen Gläubiger wäre zwar möglich, aber unwirtschaftlich gewesen. Dies hat auch das BG früh erkannt und diesbezüglich festgestellt, dass *zunächst das Eigentum des Verkäufers [vom Gläubiger] zu bestreiten und zu allem übrigen auch noch die Kosten eines für ihn im voraus verlorenen Widerspruchsprozesses zu übernehmen, um dann vielleicht nach Durchführung des Prozesses konstatieren zu müssen, dass es sich überhaupt nicht lohnt, die Kaufpreisrestanz zu bezahlen.*<sup>564</sup> Dieses, aus Sicht des betreibenden Gläubigers, unbefriedigende Ergebnis wurde daher vom BG durch den Erlass zweier Kreisschreiben bereits im Jahre 1911 bereinigt. Durch diese zwei Kreisschreiben hat das Schweizer BG ein dreiteiliges Verfahren festgelegt, welches bei der Pfändung und Verwertung von Vorbehaltssachen durch Drittgläubiger angewandt werden soll.<sup>565</sup> Die Kreisschreiben gelten freilich nur für Spezialexécutionen und sind nicht im Konkurs des Käufers anwendbar.

Auf der ersten Stufe des Verfahrens, ist es zunächst einmal erforderlich, dass im Zuge des Pfändungsverfahrens ein EV gemeldet wird. Von Amts wegen, also vom BA, wird nicht nachgeforscht ob ein EV im Vorbehaltsregister eingetragen wurde oder nicht. Von dieser Verpflichtung sind die Beamten gemäß Art. 18 EigVV ausdrücklich befreit, wonach das BA keine Verpflichtung hat, bei Pfändung von Gegenständen im Register nach allfällig eingetragenen EV Nachschau zu halten. Begründet wird dies vom BG mit der fehlenden positiven Rechtsscheinwirkung einer solchen Eintragung.<sup>566</sup> Obwohl das Register vom BA geführt wird und ein kurzer Blick in dieses, wie *Stahelin* kritisch anmerkt, in der Praxis wohl nur mit geringem Aufwand verbunden wäre, wird von den Beamten des BA gemäß dem Gesetzeswortlaut darauf verzichtet.<sup>567</sup> ME ist die Bestimmung des Art. 18 EigVV, auf Grund der Unsicherheiten die das, mangelhaft ausgestaltete, EV-Register mit sich bringt, durchaus sinnvoll. Man denke nur an das Geisterdasein von EV die längst hätten gelöscht werden

---

<sup>564</sup> BGE 37 I 166, S. 173

<sup>565</sup> Vgl.: *Haberthür*, Der EV im Betreibungs-, Konkurs- und Nachlassverfahren, BISchK, 13/135 ff.

<sup>566</sup> BGE 64 III 117, S. 119

<sup>567</sup> Dazu kritisch: *Stahelin*, Probleme aus dem Gebiete des Eigentumsvorbehaltes, Seite 121 ff.

sollen, oder an EV die auf Grund eines Wohnsitzwechsels des Käufers ihre Wirksamkeit verloren haben. Die Möglichkeit der Parteien, einen vermuteten EV zu melden, dessen Bestehen dann im Feststellungsverfahren geprüft wird, erscheint mir daher zweckmäßig.

Wurde das Bestehen eines EV gemeldet, wird der Vorbehaltsverkäufer vom BA zur Angabe der Kaufpreisrestforderung binnen 10 Tagen aufgefordert. Schweigt der Verkäufer und äußert sich auch der Käufer nicht zu dem noch aushaftenden Betrag, wird angenommen, der Käufer wäre Eigentümer. Stillschweigen des Verkäufers gilt somit als Verzicht auf den EV.<sup>568</sup> Im Regelfall wird vom Verkäufer jedoch die Höhe der restlichen Kaufpreisforderung bekannt gegeben, womit das Zwangsvollstreckungsverfahren weitergeführt werden kann.

Bestreitet der Gläubiger den EV, folgt ein in Art. 106 bis 109 SchKG geregeltes Widerspruchsverfahren in welchem das BA endgültig feststellt, ob der Verkäufer einen EV zu Recht geltend machen kann. Endet dieses Feststellungsverfahren zugunsten des Gläubigers, hat dieser ein unanfechtbares Recht auf Verwertung des Vorbehaltsobjekts.<sup>569</sup> Ansonsten ist er auf die Mitwirkung des Verkäufers angewiesen. Der Gläubiger kann dann ein Zwangsvollstreckungsrecht nur erwerben, indem er dem Vorbehaltsverkäufer ein Angebot macht, dessen Betrag die Kaufpreisrestanz übertrifft. Der Wert der Kaufpreisrestanz ergibt sich wiederum aus dem Widerspruchsverfahren.

Die Frage, ob nach den Regeln der *Sach- Rechts-* oder *Doppelpfändung* vorzugehen ist, stellt sich nach schweizerischem Recht somit nicht.

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Bezahlung des noch ausstehenden Kaufpreises durch einen Gläubiger an den Verkäufer, für diesen oftmals wünschenswert sein wird. Er erspart sich dadurch im Falle des Zahlungsverzugs des Käufers eine Rückabwicklung, im Zuge derer er das Vorbehaltsobjekt als gebrauchte Sache zurückerhält und die bereits geleisteten Raten rückerstatten müsste. Die pfandrechtliche Verwertung des Vorbehaltsobjektes durch einen Gläubiger des Käufers ist für alle Beteiligten eine einfache und wirtschaftlich sinnvolle Lösung.

---

<sup>568</sup> Schweigt er und trifft ihn daran kein Verschulden, kann er sein Eigentumsrecht weiterhin geltend machen. Nach Verwertung bleibt ihm dann die Bereicherungsklage. Vgl. dazu: ders. Seite 123

<sup>569</sup> Vgl.: *Jaeger*, Die Behandlung des EV im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Seite 16 ff.

Hat eine Pfändung und Verwertung der Vorbehaltssache ohne Wissen des Verkäufers stattgefunden, steht diesem wie nach österreichischem und deutschem Recht ein Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger zu. In der Praxis kommen solche Fälle öfters vor, da das BA, wie oben bereits ausgeführt, nicht von Amts wegen festzustellen hat, ob ein EV vorliegt oder nicht.<sup>570</sup>

## **2. PFÄNDUNG UND VERWERTUNG DER VORBEHALTSSACHE DURCH GLÄUBIGER DES VERKÄUFERS**

### *Österreich*

Durch die Übergabe des Vorbehaltsobjekts wird der Käufer unmittelbarer Rechtsbesitzer und erhält aufschiebend bedingtes Eigentum. Seine besondere Position äußert sich in seinem Anwartschaftsrecht. Das Eigentum verbleibt jedoch zunächst noch beim Verkäufer. Werden gegen diesen Exekutionen betrieben, ist zu prüfen, ob die Gläubiger auch auf das, grundsätzlich zum Eigentum des Verkäufers gehörende Vorbehaltsobjekt greifen können. Kommt es in weiterer Folge zu einem Zwangsvollstreckungsverfahren gegen den Verkäufer indem die Gläubiger auf das Vorbehaltsobjekt zugreifen, muss man zwischen den Fällen unterscheiden, in denen der Käufer in Verzug ist und jenen, wo dies gerade nicht der Fall ist.

Befindet sich der Käufer nicht in Verzug, kann er gegenüber den Gläubigern des Verkäufers, nach ganz hL und Rspr, mit Hilfe einer Exszindierungsklage gemäß § 37 EO *nach ständiger Rechtsprechung die Unzulässigerklärung der auf die Sache geführten Exekution begehren*.<sup>571</sup> Daneben kann er sich aber schon gegen den versuchten Zugriff mittels Vollzugsbeschwerde gemäß § 68 iVm §§ 253, 262 EO wehren. Auf Grund dieser formfreien und unbefristeten Beschwerde, hat dann der Rechtspfleger mit Beschluss dafür Sorge zu tragen, dass der Gerichtsvollzieher die zur Abhilfe notwendigen Handlungen setzt.<sup>572</sup> Eine Pfändung ist nach diesen Bestimmungen nur mehr möglich, wenn der Käufer dazu bereit ist. Dabei besteht die

---

<sup>570</sup> Vgl.: Scherrer in ZK IV/12, Art. 715, 716 Rz 79 und 123; sowie Staehelin, Probleme aus dem Gebiete des Eigentumsvorbehaltes, Seite 121

<sup>571</sup> OGH 8 Ob 17/72, SZ 45/18, mit zahlreichen Verweisen auf Literatur und Judikatur.

<sup>572</sup> Vgl.: Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht, Seite 85 ff.

Möglichkeit zur Erhebung einer Drittwiderspruchsklage selbst dann, wenn sich die Vorbehaltssache nicht in der Gewahrsame des Käufers befindet.<sup>573</sup>

Die Tatsache, dass sich der Käufer auch gegen Gläubiger des Verkäufers mittels Widerspruch nach § 37 EO wehren kann, zeigt, dass das Vorbehaltsobjekt aus exekutionsrechtlicher Sicht bereits zum Vermögen des Käufers gezählt wird, wenn auch unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung.<sup>574</sup>

Die *actio Publiciana* ist indes kein ausreichendes Abwehrmittel, da der Käufer damit nur gegen den schlechter qualifizierten Besitz, als nur gegenüber Dritte, durchdringt. Der Gläubiger nimmt allerdings die Rechtsposition des Verkäufers zur Befriedigung in Anspruch, womit eine Anwendung des § 372 ABGB ausscheidet.<sup>575</sup>

Ist der Käufer hingegen in Verzug und leistet er auch innerhalb einer angemessenen Nachfrist nicht die ausstehenden Raten, steht dem Verkäufer gemäß § 918 ABGB ein Rücktritt vom Vertrag zu. Dabei steht dem Käufer das Zurückbehaltungsrecht nach § 1052 ABGB zu, solange die bereits geleisteten Kaufpreisraten nicht rückerstattet wurden.

### ***Deutschland***

Auch in der BRD muss in den Fällen, in denen Gläubiger des Vorbehaltsverkäufers auf das Vorbehaltsobjekt greifen wollen unterschieden werden, ob der Käufer in Verzug ist oder nicht.

Ist dies nicht der Fall, scheidet eine Pfändung an § 808 ZPO, wonach sich die Sache im Besitz des Schuldners, also in diesem Fall des Verkäufers befinden muss. Befindet sich die Vorbehaltssache jedoch im Besitz des Käufers, was die Regel sein wird, dann kommt eine Pfändung, wie nach österreichischem Recht, gemäß § 809 ZPO nur in Betracht, wenn der

---

<sup>573</sup> Vgl.: *Jakusch* in *Angst/EO*<sup>2</sup> § 37 Rz 17; gemeint sind damit Fälle, in denen sich die Vorbehaltssache bei Dritten befindet, nicht jedoch beim Verkäufer. In diesem Fall stünde dem Käufer keine Drittwiderspruchsklage zu.

<sup>574</sup> Vgl.: *Oberhammer* in *Angst/EO*<sup>2</sup> § 333 Rz 10

<sup>575</sup> Gegenüber Drittgläubigern kann sich der Käufer jedoch auch mit der *actio Publiciana* wehren. Vgl.: *Aicher* in *Rummel*<sup>3</sup>, § 1063 Rz 71

Käufer dazu bereit ist.<sup>576</sup> Eine Pfändung des Herausgabeanspruches ist zwar möglich, führt aber ebenfalls nicht zum Ziel, da der Käufer dem Herausgabeverlangen des Gläubigers sein Recht zum Besitz entgegenhalten kann.<sup>577</sup> Selbst wenn der Verkäufer aber im Besitz der Vorbehaltssache ist, kann der Käufer dem Vollstreckungsbegehren eines Gläubigers die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO entgegenhalten. Begründet wird dies mit dem Anwartschaftsrecht des Käufers.<sup>578</sup> Dies ist insofern bemerkenswert, als das dem Käufer die Sache noch nicht übergeben wurde und es somit an einem Modus für die Entstehung des Anwartschaftsrechts fehlt. Der BGH lässt daher ein schuldrechtliches Anwartschaftsrecht, welches aus dem Verpflichtungsgeschäft entfließt für eine Drittwiderspruchsklage genügen. Ein weiteres Beispiel für die Unterschiede zwischen der österreichischen und schweizerischen Rechtslage einerseits und der deutschen Rechtslage andererseits, welche auf das, dem deutschen Zivilrecht immanenten, Abstraktionsprinzip zurückzuführen sind.

Am sinnvollsten ist es für den Gläubiger daher, die Ansprüche des Verkäufers auf die noch ausstehenden Kaufpreisraten zu pfänden.

### *Schweiz*

Der Vorbehaltverkäufer bleibt bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung Eigentümer und hat einen obligatorischen Anspruch auf Bezahlung der ausstehenden Raten.<sup>579</sup> Auch nach schweizerischem Recht muss differenziert werden, ob der Käufer mit zumindest einer Rate in Verzug ist oder nicht.

Befindet sich der Käufer nicht in Verzug, kommt eine Pfändung der Vorbehaltssache durch Gläubiger des Verkäufers nicht in Betracht. Dies deshalb, weil zur Geltendmachung des EV stets ein Rücktritt vom Vertrag erforderlich ist. Ein Rücktrittsrecht des Verkäufers gilt zwar nach schweizerischem Recht, wie oben ausführlich dargelegt, gemäß Art. 214 Abs. 3 OR bei einer EV-Vereinbarung stets als stillschweigend miteingeschlossen, steht dem Verkäufer allerdings erst bei Verzug des Käufers zu. Da der Gläubiger niemals mehr Rechte haben kann, als der Gemeinschuldner, ist ohne Verzug eine Pfändung des Vorbehaltobjektes daher nicht

---

<sup>576</sup> Vgl.: *Leible/Sosnitza*, Grundfälle zum Recht des Eigentumsvorbehalts, Jus 2001, 346

<sup>577</sup> Vgl.: *Serick I*/Seite 292

<sup>578</sup> BGH VIII ZR 242/68, NJW 1971, 799 = BGHZ 55, 20 = LSK 1970, 849951

<sup>579</sup> Vgl.: *Scherrer* in ZK IV/12, Art. 715, 716 Rz 126

möglich, da der Käufer auch dem Gläubiger des Verkäufers sein Anwartschaftsrecht entgegenhalten kann.<sup>580</sup> Dieses kann der Käufer im Wege eines Widerspruchsverfahrens geltend machen. Ein direkter Zugriff im Rahmen der Zwangsvollstreckung ist somit zwar nicht möglich, die Gläubiger können aber die noch ausstehenden Kaufpreistraten pfänden. Da in der Schweiz, wie in Österreich, bei der Zession der EV als bloßes Nebenrecht *ipso iure* auf den Berechtigten übergeht, kann sich der Gläubiger sohin als Nachfolger des Verkäufers gemäß Art. 4 EigVV im EV-Register eintragen lassen. Eine Verwertung der obligatorisch wirkenden Forderung erfolgt dann dadurch, *dass sie entweder in der Versteigerung einem Bieter zugeschlagen wird, oder, dass sie an einen Gläubiger abgetreten wird.*<sup>581</sup>

Anders verhält es sich wenn der Käufer in Verzug ist. Hat der Verkäufer von seinem Rücktrittsrecht bereits Gebrauch gemacht, besteht die Möglichkeit eines exekutiven Zugriffs durch Gläubiger des Verkäufers. Diesen kann der Käufer zwar mangels Berechtigung nicht mehr sein Anwartschaftsrecht entgegenhalten, er hat jedoch bis zur Rückerstattung seiner geleisteten Anzahlungen ein Zurückbehaltungsrecht gemäß Art. 109 SchKG. Liegt zwar Verzug vor, oder tritt dieser erst nach Eröffnung des Zwangsvollstreckungsverfahrens ein, ist es Aufgabe des BA bzw. im Konkurs des Konkursverwalters eine Rücktrittserklärung abzugeben, da der Verkäufer ab Zustellung der Pfändungserklärung in seiner Verfügungsmacht beschränkt ist.<sup>582</sup>

### **3. PFÄNDUNG DURCH DEN VERKÄUFER GEGEN DEN KÄUFER**

#### ***Österreich***

Die Wirkungen einer Zwangsvollstreckung des Verkäufers gegen das, sich in der Gewahrsame des Käufers befindende Vorbehaltsobjekt, sind umstritten. Nach der älteren Rspr des OGH wurde darin stets ein Verzicht des Verkäufers auf den EV, also auf sein Eigentum gesehen, mit der Begründung, dass eine Zwangsvollstreckung in die eigene Sache unmöglich sei. Dabei wurde im Judikat 246 (alt) angeführt, dass wenn der Verkäufer dennoch bewusst Exekution in die eigene Sache führt, dies gemäß § 863 ABGB wie ein stillschweigender

---

<sup>580</sup> Vgl.: *Staehelin*, Probleme auf dem Gebiete des Eigentumsvorbehaltes, Seite 128 ff.

<sup>581</sup> Zit.: *Scherrer* in *Zobl IV/12*, Art. 715, 716 Rz 127

<sup>582</sup> Siehe Art. 96, 100 SchKG

Verzicht auf das Eigentum an der Sache gewertet werden müsse.<sup>583</sup> Diese Judikatur wurde vom OGH, wonach Versuche des Verkäufers, den noch ausstehenden Kaufpreis geltend zu machen, als Verzicht auf den EV gewertet wurde, in weiterer Folge schrittweise zurückgenommen.

So erklärte der Gerichtshof, dass die Klage und auch die Erwirkung eines Urteils des Verkäufers gegen den Käufer auf Bezahlung des Kaufpreises nicht die Möglichkeit des Verkäufers, vom Kaufvertrag zurückzutreten und sein Eigentum geltend zu machen, ausschließen.<sup>584</sup> Auch in der Anmeldung der Kaufpreisforderung in einem Insolvenzverfahren will der OGH seit langem keinen Verzicht mehr auf den EV sehen.<sup>585</sup> Letztlich soll angenommen werden, dass der Verkäufer den Kaufvertrag aufrechterhalten will, solange er die vollstreckbare Kaufpreisforderung weiterhin verfolgt.<sup>586</sup>

In einer unlängst ergangenen Entscheidung erklärte der OGH unter Verweis auf seine eigene Rspr, dass zwar der Vorbehaltsverkäufer zur Durchsetzung der noch ausstehenden Kaufpreisraten gegen die verkauften, eigenen Sachen Exekution führen kann, dass in der Exekutionsführung allerdings ein Verzicht auf den EV zu erblicken ist.<sup>587</sup> Gemeint ist damit eine Durchsetzung des Interesses des Verkäufers im Sinne des § 368 EO.<sup>588</sup>

In der Lehre wird zumeist das Gegenteil vertreten. So argumentierte schon *Gschnitzer*, dass der Verkäufer ein berechtigtes Interesse habe, einerseits die Kaufpreisforderung durchzusetzen, andererseits sein Eigentum nicht aufzugeben, ehe er vollständige Befriedigung erlangt.<sup>589</sup>

*Aicher* will bei der Frage, ob ein stillschweigender Verzicht vorliegt oder nicht, streng nach dem Gesetzeswortlaut vorgehen. § 863 ABGB normiert, dass man seinen Willen auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären kann, welche, unter Berücksichtigung aller Umstände, keinen vernünftigen Grund daran zu zweifeln, übrig lassen. Daraus ergibt sich

---

<sup>583</sup> OGH 1 Ob 455/50, SZ 24/91

<sup>584</sup> OGH 8 Ob 180/65, HS 5389/16; 1 Ob 223/73; 7 Ob 655/82, SZ 55/152; 1 Ob 713/86, RdW 1987,157 = JBl 1988,311 = SZ 60/13; 3 Ob 84/05g; 3 Ob 232/08a

<sup>585</sup> OGH 8 Ob 237/64, SZ 37/118; 8 Ob 184/00t

<sup>586</sup> OGH 7 Ob 507/85, SZ 58/39 = JBl 1986, 307

<sup>587</sup> OGH 3 Ob 232/08a, ecolex 2009/178 S 482 - ecolex 2009,482 = EvBl-LS 2009/116 = JBl 2009,656 = ZIK 2009/321 S 207 - ZIK 2009,207 = ÖBA 2010,240/1612 (Schumacher) - ÖBA 2010/1612 (Schumacher); OGH 3 Ob 173/94, SZ 67/178

<sup>588</sup> OGH 7 Ob 687/83, SZ 57/58; vgl.: *Binder* in Schwimann ABGB<sup>3</sup> § 1063 Rz 106; *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 103

<sup>589</sup> Vgl.: *Gschnitzer*, Sachenrecht<sup>1</sup>, Seite 211

nach Ansicht *Aichers* aber nur, dass der Verkäufer auf seinen EV stillschweigend verzichten kann, ob er dies durch die Vollstreckung in die Vorbehaltssache auch tatsächlich will, hat sich hingegen stets nach den äußeren Umständen des Falles zu richten.<sup>590</sup>

### *Deutschland*

Die ältere Lehre und Rspr der BRD sah in der Pfändung der eigenen Sache einen Verzicht auf das Eigentum.<sup>591</sup> Dabei wurde diese sogenannte Verzichtstheorie von der Rspr schon früh kritisch hinterfragt und eingeschränkt. Demnach sei es zwar durchaus möglich, dass eine Vollstreckung in die eigene Sache als ein stillschweigender Eigentumsverzicht gewertet wird, es müsse aber immer auf die Umstände des konkreten Einzelfalles abgestellt werden.<sup>592</sup>

Noch in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurde die Verzichtstheorie in weiterer Folge aufgegeben, sodass nach heute absolut hL und Rspr in der BRD eine Pfändung der eigenen Sache zulässig ist.<sup>593</sup> Gerät der Käufer in Verzug und entscheidet sich der Verkäufer dazu, dennoch am Vertrag festzuhalten, kann er den noch ausstehenden Kaufpreis einklagen und auf Grund der titulierten Kaufpreisforderung in das Vorbehaltsobjekt vollstrecken.

Dabei wird die Pfändung nicht als Verzicht des Verkäufers auf sein Eigentum gewertet. Eine solche Annahme wäre auch nicht zielführend, da man dadurch Gläubiger des Käufers in die Lage versetzen würde, ein Pfandrecht mit besserem Rang an der, durch den Verzicht, im Eigentum des Käufers befindlichen Sache zu erwerben. Der Verkäufer kann somit das Vorbehaltsobjekt ohne Verzicht verwerten, allerdings nur innerhalb der Grenzen des § 811 ZPO, der die unpfändbaren Sachen regelt.<sup>594</sup> Solche Gegenstände können, wie *Serick* ausführlich dargestellt hat, auch vom Eigentümer nicht gegenüber dem Vorbehaltskäufer herausverlangt werden.<sup>595</sup>

Da in Deutschland, im Unterschied zu Österreich und der Schweiz, eine Zwangsvollstreckung des Verkäufers in das Vorbehaltsobjekt zulässig ist, stellen sich hier besondere Fragen.

---

<sup>590</sup> Vgl.: *Aicher* in Rummel<sup>3</sup> § 1063 Rz 103 unter Berufung auf *Bydlinski* in Klang IV/2<sup>2</sup> § 1063 Seite 643 ff.

<sup>591</sup> RGZ 66, 348 mit Literaturverweisen

<sup>592</sup> RGZ 66, 345, 348

<sup>593</sup> BGH VIII ZR 2/69, NJW 1971, 191; vgl.: *Beckmann* in Staudinger/BGB § 449 Rz 43

<sup>594</sup> Vgl.: *Westermann*, MK/III, § 449, Rz 37

<sup>595</sup> Vgl.: *Serick* I/Seite 322 ff.

Zunächst ist zu klären, ob sich der Verkäufer, der dem Käufer die Vorbehaltssache durch Pfändung entzieht, dadurch Schadenersatzpflichtig macht. Immerhin bewirkt der Verkäufer durch die Zwangsvollstreckung, dass die Bedingung nicht mehr eintreten kann und somit der Käufer kein Eigentum erwerben kann. Letztlich kommt es auch hier zunächst auf das Verhalten des Käufers an. Leistet dieser die Kaufpreisraten vertragsgemäß, kann er sich gegen einen Zugriff auf das Vorbehaltsobjekt durch den Verkäufer ohnehin wehren. Gerät er jedoch in Verzug, *kann der Verkäufer seine Ansprüche durchsetzen, ohne hierbei weiterhin an die aufschiebende Bedingung gebunden zu sein.*<sup>596</sup>

Ein weiteres Problem stellt sich bei Verbrauchergeschäften. Hier kann es zu einer Umgehung der Schuldnerschutzvorschriften kommen. Dies deshalb, weil der Käufer auch nach Pfändung und Verwertung des Vorbehaltsobjekts durch den Verkäufer noch ausstehende Raten zu bezahlen hätte und der Verkäufer bereits erhaltene Teilzahlungen nicht rückerstatten hätte. Aus diesem Grund gehen die hL und Rspr davon aus, dass die Pfändung und Wegnahme eine *Wiederansichnahme* im Sinne des § 503 Abs. 2 Satz 4 BGB darstellen soll. Nach dieser Bestimmung wird die Wegnahme von Besitz und Nutzungsmöglichkeit als Ausübung des Rücktrittsrechts durch den Verkäufer gewertet.<sup>597</sup>

### *Schweiz*

Wie in Österreich, so ist auch in der Schweiz eine Zwangsvollstreckung des Vorbehaltskäufers in die eigene Sache ausgeschlossen. Dabei ging die ältere Lehre davon aus, dass schon mit der Vornahme einer Betreibung der Verkäufer sein Eigentumsrecht verwirkt hätte.<sup>598</sup> Demgegenüber stellte das BG schon sehr früh fest, dass zunächst zwischen der bloßen Betreibung und der Pfändung zur Verwertung unterschieden werden muss. In der Anhebung der Betreibung für die Kaufpreisforderung sei jedenfalls noch kein stillschweigender Verzicht auf das Eigentum an dem Vorbehaltsobjekt zu sehen. Durch die Betreibung versucht der Verkäufer lediglich Bezahlung des Kaufpreises zu erlangen, *und so wenig aus der Tatsache des Begehrens der Zahlung ein Verzicht auf das Eigentum hergeleitet*

---

<sup>596</sup> Zit.: *Serick I*/Seite 322

<sup>597</sup> BGH VIII ZR 77/56, BeckRS 1956= NJW 1957, 20=BGHZ 22, 123; vgl.: *Weber*, Kreditsicherheiten, Seite 200

<sup>598</sup> Vgl.: *Beck*, Eigentumsvorbehalt, Seite 170 ff.

werden kann, so wenig kann ein Verzicht liegen in der Anhebung der Betreibung für den Kaufpreis.<sup>599</sup>

Kommt es jedoch zu einer Pfändung und Verwertung der unter EV stehenden Sachen durch den Verkäufer, ist darin ein Verzicht auf das Eigentum zu sehen, da es dem Wesen des Eigentumsrechts widerspricht, dieses vom Berechtigten im Wege der Zwangsvollstreckung geltend zu machen. Ein solches Recht entfließt dem Verkäufer nicht aus seinem Eigentum, vielmehr, so führt das BG aus, *folgt es aus seinem Forderungsrecht und in der Nichtgeltendmachung des Eigentums muss daher ein Verzicht auf das Eigentum erblickt werden.*<sup>600</sup> Dass die bloße Einleitung einer Betreibung noch keinen Verzicht bewirkt, macht nach praktischen Gesichtspunkten Sinn, denn es muss zunächst einmal abgewartet werden, ob das Vorbehaltsobjekt überhaupt in Beschlag genommen wird, also in die Pfändungsurkunde aufgenommen wird. Oftmals wird der Käufer auch über andere Vermögenswerte verfügen. Scheint nun in der, dem Verkäufer vom BA zuzustellenden, Pfändungsurkunde das Vorbehaltsobjekt nicht auf, kann er ohne Gefahr des Verlustes seines Eigentumsrechts, die Verwertung begehren.

Diese Ansicht, dass ein solches Verhalten des Verkäufers als stillschweigender Verzicht auf den EV zu werten ist, ist mittlerweile ganz hRspr.<sup>601</sup> In der Lehre wird ein solcher stillschweigender Verzicht vehement abgelehnt.<sup>602</sup>

Nach Ansicht *Usteris*, liegt ein Verzicht nur dann vor, wenn der Verkäufer ausdrücklich die Pfändung der unter EV stehenden Sachen verlangt, oder er, bei einer Pfändung ohne sein Zutun, nach Erhalt der Pfändungsurkunde eine Eigentumsansprache unterlässt. Im ersten Fall erklärt er ausdrücklich, im zweiten Fall stillschweigend, dass er die Sache als im Eigentum des Käufers stehend betrachtet.<sup>603</sup>

In der Praxis ist es daher aus Sicht des Verkäufers sinnvoll, auf eine Zwangsvollstreckung zu verzichten und stattdessen vom Kaufvertrag zurückzutreten, um so sein Eigentum jedenfalls

---

<sup>599</sup> BGE 32 II 131, S. 135

<sup>600</sup> BGE 32 II 131, S. 136

<sup>601</sup> Siehe: SJZ 9, 273 (239); SJZ 33, 155 (111); BGE 106 II 320 S. 324 ff.

<sup>602</sup> Vgl. statt vieler: *Scherrer* in ZK IV/2<sup>2</sup> Art. 715, 716 Rz 101

<sup>603</sup> Vgl.: *Usteri*, Die Wirkungen des EV in der Betreibung des Verkäufers gegen den Käufer für den Kaufpreis, SJZ 35, 129 ff.

aufrechtzuerhalten.<sup>604</sup> Das Rücktrittsrecht des Verkäufers ist dabei ohnehin von der EV-Vereinbarung miteingeschlossen.

Dasselbe gilt freilich auch für die Pfändung der Kaufpreisforderung. Allerdings gilt der EV in der Schweiz, wie auch nach der österreichischen Rspr, als bloßes Nebenrecht zur Kaufpreisforderung. Gerät der Käufer also in Verzug, kann der Verkäufer die noch ausstehende Forderung pfänden wodurch *ipso iure* auch der EV von dieser Pfändung mit umfasst ist.<sup>605</sup>

#### **4. DURCHSETZUNG DES EIGENTUMSVORBEHALTS IM INTERNATIONALEN WARENVERKEHR**

##### **4.1 Durchsetzung im Geltungsbereich der EuGVVO bzw. des revidierten LugÜ**

Wird eine Sache vom Verkäufer ins europäische Ausland verkauft und wird über das Vermögen des Käufers nach dem Erhalt der Ware Konkurs eröffnet, stellt sich zunächst die Frage nach welchem Recht der Verkäufer seinen EV durchsetzen kann. Dabei bietet das Gemeinschaftsrecht mit der EuGVVO ein einheitliches und einfaches Instrument zur gegenseitigen Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen der Mitgliedstaaten. Allerdings schließt Art. 1 Abs. 2 lit. b EuGVVO Konkurse, Vergleiche und ähnliche Verfahren ausdrücklich vom sachlichen Anwendungsbereich der EuGVVO aus.

Auf der anderen Seite bestünde die Möglichkeit, solche Fälle durch ein Zusammenwirken von EuInsVO und *lex fori concursus* zu lösen. So ordnet Art. 16 EuInsVO an, dass ein, in einem Mitgliedstaat eröffnetes Hauptinsolvenzverfahren von allen anderen Mitgliedstaaten automatisch anerkannt wird. Art. 25 Abs. 1 EuInsVO bestimmt dann weiter, dass alle Entscheidungen des Gerichts, die unmittelbar auf Grund des Insolvenzverfahrens ergehen und im engen Sachzusammenhang damit stehen, ebenfalls ohne weitere Förmlichkeiten anerkannt

---

<sup>604</sup> Vgl.: Scherrer in ZK IV/2<sup>2</sup> Art. 715, 716 Rz 101

<sup>605</sup> Vgl.: Habermair, Der EV im Betreibungs-, Konkurs- und Nachlassverfahren, BLSchK, 13/129 ff.

werden. Bis vor kurzem bewegten sich internationale insolvenznahe Verfahren in einem Graubereich zwischen EuInsVO und EuGVVO.<sup>606</sup>

In einer Leitentscheidung aus dem Jahr 2009 „*German Graphics*“, hat der EuGH zum Verhältnis zwischen EuGVVO und EuInsVO Stellung genommen.<sup>607</sup> Nach Ansicht des EuGH ist Art. 25 EuInsVO nicht weit auszulegen.<sup>608</sup> Wenn der Verkäufer seinen EV geltend macht, hat das Konkursgericht nur zu klären, wer Eigentümer des Vorbehaltsobjekts ist. Die Beantwortung dieser Rechtsfrage ist von der Eröffnung eines Insolvenzverfahren und der Durchführung eines solchen unabhängig.<sup>609</sup> Die Klage mit der der Verkäufer seinen EV geltend machen will richtet sich demnach nach den Bestimmungen der EuGVVO.<sup>610</sup>

Im Verhältnis zur Schweiz stellt sich dieses Problem nicht. Dort gilt die EuInsVO nicht, die EuGVVO tritt dort hingegen als „revidiertes Übereinkommen von Lugano“ mit 1. 1. 2011 in Kraft.

## 4.2 Die EuGVVO

Die Verordnung über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, kurz EuGVVO trat am 1. 3. 2002 in Kraft und hat damit das EuGVÜ innerhalb der EU abgelöst.<sup>611</sup> Systematisch lässt sich die EuGVVO in zwei Abschnitte unterteilen. Im ersten Abschnitt werden der sachliche, zeitliche und räumlich-persönliche Anwendungsbereich geregelt, im zweiten Abschnitt die Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen anderer Mitgliedstaaten.<sup>612</sup>

Sachlich ist die Verordnung gemäß Art. 1 Abs. 2 auf Zivil- und Handelssachen beschränkt. Darunter fällt auch eine Vorbehaltsabrede, welche stets auf einer zivilrechtlichen Vereinbarung beruht. Zeitlich bezieht sich die EuGVVO auf alle Rechtsstreitigkeiten, die

---

<sup>606</sup> Vgl.: *Manowski*, Insolvenznahe Verfahren und Sicherung des Eigentumsvorbehalts im Grenzbereich zwischen EuInsVO und EuGVVO, NZI 2008, 604 ff.

<sup>607</sup> EuGH Rs C-292/08, DZWIR 2010, 102 ff.

<sup>608</sup> EuGH Rs C-292/08, DZWIR 2010, 104 Rz 25

<sup>609</sup> EuGH Rs C-292/08, DZWIR 2010, 104 Rz 31

<sup>610</sup> Dazu zuletzt sehr ausführlich: *Cranshaw*, DZWIR 2010, 89 ff.

<sup>611</sup> Mit Ausnahme des Königreichs Dänemark, wo weiterhin die EuGVÜ Anwendung findet. Vgl.: *Mayr/Czernich*, Europäisches Zivilprozessrecht, Rz 29

<sup>612</sup> Vgl.: *Mayr/Czernich*, Europäisches Zivilprozessrecht, Rz 267

nach dem 1. 3. 2002 anhängig gemacht wurden.<sup>613</sup> Zum räumlich-persönlichen Anwendungsbereich ist zu sagen, dass dieser nicht einheitlich geregelt wurde. Auf eine nähere Beleuchtung der einzelnen Gerichtsstände nach der EuGVVO soll hier verzichtet werden. Ein ausschließlicher Gerichtsstand nach Art. 22 EuGVVO kommt für die Geltendmachung eines jedenfalls EV nicht in Betracht. Damit bleibt es bei der Grundregel, wonach gemäß Art. 2 die Klage bei dem Gericht einzubringen ist, in dessen Sprengel der Beklagte seinen Sitz bzw. Wohnsitz hat.<sup>614</sup> Dabei ist zu beachten, dass Art. 2 EuGVVO nur voraussetzt, dass der Beklagte seinen Sitz bzw. Wohnsitz innerhalb der EU hat. Der Kläger hingegen unterliegt jedenfalls den Bestimmungen der EuGVVO sobald er seinen Sitz bzw. Wohnsitz in einem anderen Staat als der Beklagte hat, womit auch EU-Ausländer unter den räumlich-persönlichen Anwendungsbereich der VO fallen. Auch auf die Staatsbürgerschaft der Parteien kommt es nicht an.<sup>615</sup> Ob der Beklagte seinen Sitz oder Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat, richtet sich nach dem nationalen Recht des Aufenthaltsstaates.

Haben die Parteien keinen Wahlgerichtsstand vereinbart, gilt gemäß Art. 22 Z 5 EuGVVO die ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Sprengel die Zwangsvollstreckung durchgeführt werden soll. Die tatsächliche Zwangsvollstreckung richtet sich in weiterer Folge stets nach dem Vollstreckungsrecht des jeweiligen Vollstreckungsstaates.

Die Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen sollte nach der Konzeption der EuGVVO grundsätzlich automatisch, also ohne Durchführung eines besonderen Verfahrens erfolgen.<sup>616</sup> Wenn keiner der Versagungsgründe der Art. 34, 35 vorliegt, ist eine gerichtliche Entscheidung aus einem anderen Mitgliedstaat genauso viel wert wie eine Entscheidung eines österreichischen Gerichtes.<sup>617</sup> Rechtskraft der Entscheidung ist dabei nicht erforderlich.

In der Praxis machen die Parteien jedoch häufig von der, in Art. 33 Abs. 2 EuGVVO geregelten, Möglichkeit eines Feststellungsverfahrens Gebrauch. Dabei prüft das Gericht,

---

<sup>613</sup> Für die danach der EU beigetretenen Mitgliedstaaten gilt die EuGVVO seit dem Beitritt zur Gemeinschaft.

<sup>614</sup> Vgl.: *Mayr/Czernich*, Europäisches Zivilprozessrecht, Rz 88 ff.

<sup>615</sup> Ein Amerikaner klagt von den USA aus einen russischen Staatsbürger der seinen Wohnsitz in Österreich hat: es gelten die Bestimmungen der EuGVVO.

<sup>616</sup> Vgl.: Art. 32 und 33 EuGVVO

<sup>617</sup> Vgl.: *Kodek in Czernich/Tiefenthaler/Kodek* Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht<sup>3</sup> Art. 33 Rz 1

unter Anwendung des nationalen Rechts, ob die Entscheidung eine solche im Sinne des Art. 33 EuGVVO ist, und ob die Formvorschriften des Art. 53 der Verordnung erfüllt sind.<sup>618</sup>

Letztlich bewirkt die EuGVVO nicht die *ipso iure* Vollstreckbarkeit von ausländischen Entscheidungen. Vielmehr ist eine Vollstreckbarkeitserklärung welche im Rahmen eines, in den Art. 48 ff. EuGVVO geregelten, Verfahrens ergeht.<sup>619</sup>

Diese Bestimmungen gelten jedenfalls zwischen Österreich und Deutschland und auf Grund des revidierten Lugano Übereinkommens, ab 1. 1. 2011 auch in Bezug auf die Schweiz.

## **Zusammenfassende Schlussbetrachtung**

Gleich zu Beginn der Arbeit, bei der Frage nach den gesetzlichen Grundlagen des EV wird deutlich, wie unterschiedlich dieses Institut in den untersuchten Staaten behandelt wird. In der Schweiz setzte sich zu Beginn des 20. Jahrhunderts die Ansicht durch, dem EV müsse zur Wahrung der Rechtssicherheit Publizität verliehen werden. Damit wurde dem bis dahin sehr beliebten EV der Wind aus den Segeln genommen und das Institut des EV verkümmerte in der Folge zu einem Sicherungsinstrument, welches beinahe ausschließlich in der Kfz Branche zur Anwendung gelangt. Sogar dort hat die Bedeutung des EV durch das Aufkommen des Leasinggeschäfts weiter abgenommen. Dass der EV im schweizerischen Rechtsleben dennoch weiterhin immanent ist, ergibt sich zum einen aus der Tatsache, dass der wichtigste Handelspartner der Eidgenossenschaft, die BRD, ihre Waren in hohem Ausmaß unter EV exportiert, sodass der Gesetzgeber, aber auch die hL und Rspr in der Schweiz sich mit diesem Thema in den letzten Jahrzehnten vermehrt befassen mussten. Aus dieser Problematik heraus wurden teils kreative Lösungen geschaffen, wie etwa Art. 102 IPRG, wonach der EV an Waren die in die Schweiz importiert werden, jedenfalls während dreier Monate aufrecht bleiben soll. Andererseits, zeigen die Statistiken der kantonalen Betreibungsämter, dass in Zeiten der Wirtschaftskrise, auch klein- und mittelgroße Unternehmen im Binnenhandel häufiger den EV zur Sicherung ihres Warenkredits wählen. Bemerkenswert ist, dass die Schweiz, trotz ausführlicher Bestimmungen zum EV, der einzige der untersuchten Staaten ist,

---

<sup>618</sup> Vgl.: *Kodek* in Czernich/Tiefenthaler/Kodek Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht<sup>3</sup> Art. 33 Rz 9 ff.

<sup>619</sup> Vgl.: *Kodek* in Czernich/Tiefenthaler/Kodek Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht<sup>3</sup> Art. 48 Rz 1 ff.

indem sich die hL bis heute nicht darüber einig ist, ob eine EV Vereinbarung aufschiebend oder auflösend wirken soll. In Österreich und der BRD ist der EV nicht vom Gesetzgeber ausdrücklich geregelt worden. Zwar nimmt § 449 BGB ausdrücklich auf den Kauf unter EV Bezug, beschränkt sich jedoch auf die rein schuldrechtliche Feststellung, dass durch eine Vorbehaltsklausel das Eigentum stets aufschiebend bedingt übertragen wird. Eine solche Feststellung hielt die österreichische Gesetzgebung nicht für nötig und auch in der Lehre hat sich bisher noch niemand gefunden, der für einen EV mit auflösender Eigentumsübertragung eintritt.

Im I. Teil der Arbeit wird die großzügige Handhabung des EV in Deutschland deutlich, welche immer wieder auf das Trennungsprinzip zurückgeführt werden kann. Etwa die Frage der Gültigkeit einer nachträglichen EV-Vereinbarung, welche in der Schweiz schon aus systematischen Gründen nicht möglich ist und in Österreich von der hRpsr abgelehnt wird, wird von deutschen Lehre und Rspr bejaht. Dabei bezieht sich die Wirksamkeit einer nachträglichen EV-Vereinbarung in der BRD nur auf die sachenrechtliche Seite. Schuldrechtlich begeht der Verkäufer auch nach deutschem Recht eine klare Vertragsverletzung, wenn er sich, entgegen der im Kaufvertrag ausbedungenen unbedingten Übereignung, sein Eigentum vorbehält. Im Ergebnis führt das Trennungsprinzip sogar dazu, dass Abwehrklauseln des Käufers in dessen AGB nicht gegen eine EV Klausel in den Verkäufer AGB durchgreifen. In Österreich geht der OGH bei widersprüchlichen AGB, dem sogenannten *battle of forms*, seit langem von einem Teildissens aus, mit der Folge, dass der EV nicht Vertragsinhalt wird.

Zu den Verlängerungs- und Erweiterungsformen des EV ist zu sagen, dass der verlängerte EV in Österreich und der BRD absolut anerkannt und in der schweizerischen Lehre zunehmend höhere Akzeptanz genießt. Dabei ist der verlängerte EV in der Praxis die mit Abstand wichtigste Form des EV, da der Käufer regelmäßig ein wirtschaftliches Interesse daran hat, die Ware weiterzuveräußern um die Kaufpreisforderung tilgen zu können.

Der erweiterte EV ist in Österreich seit den 1970er Jahren und in der Schweiz seit jeher nach absolut hL und Rspr unzulässig. In der BRD, ist der EV zwar erlaubt, hat allerdings in der Vergangenheit einige Einschränkungen erfahren. So wurde der Konzernvorbehalt 1999 vom Gesetzgeber ausdrücklich für unzulässig erklärt. Diese Einschränkung macht mE durchaus Sinn, da die Rechtssicherheit beim erweiterten EV, wo eine für fremde Gläubiger oft nicht

abzuschätzende Anzahl von Forderungen vom Vorbehaltskäufer zu befriedigen ist, aufs äußerste strapaziert wird.

Während die allgemeinen sachenrechtlichen Bestimmungen der drei untersuchten Staaten in von einer hohen Konstanz geprägt sind, hat das Insolvenzrecht in den letzten Jahrzehnten einschneidende Veränderungen erfahren.

Dabei ist Deutschland der einzige der drei Staaten, indem das Rücktrittsrecht des Insolvenzverwalters im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers ausdrücklich nur beschränkt möglich ist. Der Gesetzgeber hat dabei der Jahrzehnte alten Forderung der Lehre nachgegeben und die Wirkungen des, im BGB nur teilweise geregelten, EV, in § 107 Abs. 1 InsO für die Fälle des Verkäuferkonkurses beschränkt, wonach der Käufer, wenn er vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verkäufers eine bewegliche Sache unter EV von diesem gekauft und der Verkäufer ihm den Besitz an der Sache übertragen hat, die Erfüllung des Kaufvertrages verlangen kann. In der Schweiz hatte das BG zwar noch nicht über einen derartig gelagerten Fall zu entscheiden, der überwiegende Teil der Lehre lehnt jedoch ebenfalls, mit stets sehr guten Argumenten, ein Rücktrittsrecht des Verkäufers bei Wohlverhalten des Käufers ab. Einzig in Österreich, wo zumeist der Vorbehaltskäufer eine bevorzugte Stellung genießt, halten die Rspr und der Gesetzgeber an der bestehenden Regelung, wonach der Insolvenzverwalter im Konkurs des Verkäufers jedenfalls vom EV zurücktreten kann, fest. Insgesamt ist diese Problematik ein Fall für sich, bei dem eine weiterführende Untersuchung, unter Umständen im Rechtsvergleich mit weiteren Staaten, jedenfalls zielführend wäre.

Eine große Weiterentwicklung hat es auf dem Gebiet des europarechtlichen Insolvenzrechts gegeben. Durch die EuInsO und die EuGVVO wurde ein Regelwerk geschaffen, welches in Zusammenhang mit dem internationalen Privatrecht der einzelnen Staaten, die Abwicklung grenzüberschreitender Insolvenzen und Zwangsvollstreckungen stark vereinfacht hat.

Die Kapitel über die europarechtlichen Rahmenbedingungen, dürfen aber nicht den Eindruck erwecken, der EV hätte mittels Europarecht eine Vereinheitlichung erfahren, oder gar einen festen Rahmen erhalten. Vielmehr zielen diese Regelungen darauf ab, die Rechtssicherheit im innergemeinschaftlichen Warenverkehr und bei grenzüberschreitenden Insolvenzen zu erhöhen, indem sich die Parteien auf, in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen geltende,

Verordnungen berufen können. Besonderes Augenmerk verdient dabei Art. 7 Abs. 2 EuInsVO, welcher anordnet, dass im Falle der Verkäuferinsolvenz, der Insolvenzverwalter nicht vom Vorbehaltskauf zurücktreten darf. Diese, seit 2001 in der dt. InsO enthaltene Bestimmung, ist ein Beweis für die Bedeutung des EV in der Bundesrepublik, wo zuvor, ähnlich wie in Österreich und der Schweiz, eine erbitterte Auseinandersetzung über diesen Streitpunkt innerhalb der Lehre und zwischen Lehre und Rspr tobte. Erstere setzte sich schließlich durch und die wirtschaftliche Großmachtstellung der BRD ermöglichte es, diese Bestimmung auch innerhalb des Europarechts durchzusetzen.

Im III. Teil der Arbeit, wo die tatsächliche Realisierungsmöglichkeit eines EV im Exekutionsrecht untersucht wird, wird besonders deutlich, dass die drei Staaten, zu oftmals gleich gelagerten Rechtsproblemen, unterschiedliche Lösungszugänge haben. Bei der Frage, in welcher Weise ein Gläubiger des Käufers auf das Vorbehaltsobjekt zugreifen kann, genügen der österreichischen Lehre und Rspr die Rechtspfändung. Die Pfändung ist demnach mit der Zustellung des Verfügungsverbots an den Verpflichteten, also den Käufer bewirkt. Gegenstand der Pfändung ist somit lediglich das Anwartschaftsrecht. In der BRD will zwar ein Teil der Lehre ebenfalls die Rechtspfändung genügen lassen, die hL und Rspr verlangen jedoch die Doppelpfändung. Die Pfändung des Anwartschaftsrechts soll nur der Rangwahrung dienen, die Publizität ist indes erst durch die Pfändung der Vorbehaltssache selbst gegeben. In der Schweiz hat man einen anderen Weg beschritten und ein formalistisches Verfahren vor dem Betreibungsamt eingeführt, um Gläubigern des Käufers einen exekutiven Zugriff auf das Vorbehaltsobjekt zu ermöglichen.

Eine Pfändung der Vorbehaltssache durch Gläubiger des Verkäufers ist in allen drei Staaten möglich, jedoch stets an die Bedingung geknüpft, dass der Käufer mit zumindest einer Rate in Verzug ist.

Die Frage, ob der Vorbehaltsverkäufer in die eigene Sache vollstrecken kann, wird in allen drei Staaten unterschiedlich bewertet. In der BRD wurde die Zwangsvollstreckung in die eigene Sache ursprünglich abgelehnt und darin ein Verzicht des Verkäufers auf sein Eigentum gesehen. Von dieser Verzichtstheorie verabschiedeten sich die hL und Rspr aber zusehends. Begründet wird dies damit, dass der Eigentumsverlust des Verkäufers durch die Vollstreckung in die eigene Sache nur den anderen Gläubiger des Käufers zu Gute käme, da diese dadurch in die Lage versetzt würden, ein Pfandrecht mit besserem Rang zu erwerben.

Von der schweizerischen Lehre und Rspr wird die Möglichkeit, Zwangsvollstreckung in die eigene Sache zu führen, seit jeher abgelehnt. In Österreich wiederum, geht die Entwicklung in Richtung einer Aufgabe der Verzichtstheorie. Zwar vertritt der OGH in ständiger Rspr, dass in der Exekutionsführung in die eigene Sache ein Eigentumsverzicht zu erblicken ist, diese enge Sichtweise wurde jedoch schrittweise zurückgenommen. In der österreichischen Lehre wird darüber hinaus vermehrt zugunsten der Aufgabe der Verzichtstheorie argumentiert.

Bezüglich der Entwicklung des EV ist davon auszugehen, dass in der exportorientierten BRD seine Bedeutung weiter zunehmen wird, sind der einfache und der erweiterte EV doch auch in der Volksrepublik China mittlerweile anerkannt<sup>620</sup>. Selbiges ist auch in Bezug auf Österreich anzunehmen. Voraussetzung ist dafür freilich, dass die immer wieder auftauchende Forderung nach einem EV-Register zur Erhöhung der Rechtssicherheit nicht vom Gesetzgeber umgesetzt wird<sup>621</sup>. Auch wenn die Überlegungen jener Autoren, welche sich für die Einführung eines Registers aussprechen, durchaus ihre Berechtigung haben, ist insgesamt die Einführung eines solchen Instruments nicht zielführend. Wie die rechtsvergleichende Darstellung des EV in den untersuchten Staaten ergibt, verliert der EV stark an Bedeutung, sobald der Gesetzgeber dieses Kreditsicherungsmittel erst einmal mit Publizität ausgestattet hat.

Persönlich hat mir die Bearbeitung dieses Themas große Freude bereitet und gezeigt, dass trotz aller Unterschiede welche die einzelstaatlichen Rechtsordnungen aufzeigen, die Probleme die es zu bewältigen gilt, oftmals die selben sind, jedoch die einzelnen Staaten verschiedene Zugänge zu den Lösungen dieser Probleme haben. Das Aufzeigen dieser Unterschiede und eine rechtsvergleichende Gegenüberstellung der angebotenen Lösungen war das zu Beginn erklärte Ziel dieser Arbeit.

---

<sup>620</sup> Vgl.: *Wendehorst*, Warenverkehr mit der VR China - viel Neues durch das neue Sachenrecht?, *ecolex* 200/392, Seite 394

<sup>621</sup> Vgl. zuletzt ausführlich: *Aichinger*, Das "anonyme" Sicherungsmittel, *ZfRV* 2010/37, Seite 282 ff. mit zahlreichen Literaturverweisen.

## ANHANG

### 1. LITERATUR

*Aichinger*, Das "anonyme" Sicherungsmittel , ZfRV 2010/37

*Amonn/Walther*, Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts 8. Auflage (2008), Stämpfli Verlag AG Bern

*Angst*, Kommentar zur Exekutionsordnung 2. Auflage (2008), Manz Verlag; zit.: Autor in Angst/EO<sup>2</sup>

*Altorfer*, Die Mobiliarhypothek, Dissertation Universität Zürich (1981), Schulthess Polygraphischer Verlag AG Zürich

*Bartels*, Zur Frage der Ursächlichkeit bei den Nachforschungsobliegenheiten des § 932 BGB, Archiv für civilistische Praxis (AcP) 205/687, Mohr Siebeck Verlag

*Bauknecht*, Die Anwartschaft aus der bedingten Übereignung im Konkurs, NJW 1956, 1177 ff.

*Beck*, Der Eigentumsvorbehalt nach dem Schweizer ZGB, Dissertation (1916) Verlag von Stämpfli & Cie.

*Beckmann (Hrsg.)*, juris Praxiskommentar BGB 3. Auflage (2006), juris GmbH; zit.: Autor in jurisPK-BGB<sup>3</sup>

*Bessenich, Staehelin/Bauer/Staehelin* Kommentar zum SchKG Band I (1998), Helbing & Liechtenhahn

*Binder*, Sachenrecht, (2003), Verlag Österreich

*Böhle-Stramschräder/Kilger* (Hrsg.), Beck'sche Kurz-Kommentare Band 27  
Konkursordnung (1981), C.H.Beck Verlag München; zit.: *Autor* in Böhle-  
Stramschräder/Kilger KO

*Bollenberger*, Gutgläubenserwerb nach Maßgabe der Zahlung - Anhaltspunkte in der  
Rechtsordnung, ÖjZ 1996, 851

- Veräußerung von Vorbehaltsgut, ÖjZ 1995, 641
- Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit: Aussonderung durch Anfechtung (1995),  
Springer Verlag 86 X
- Konkursfeste Gestaltung des verlängerten Eigentumsvorbehaltes, RdW 1992/2, Seite  
36

*Bonin*, Probleme des vertragswidrigen Eigentumsvorbehalts, JuS 2002, 438 ff.

*Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht 4. Auflage (2005), Mohr Siebek Verlag

*Brambring*, Beck'sches Notar-Handbuch 5. Auflage (2009), C.H. Beck Verlag München

*Braun*, Insolvenzordnung, 3. Auflage, (2007), C.H. Beck Verlag München; zit.: *Autor* in  
Braun InsO

- Insolvenzordnung, 4. Auflage, (2010), C.H. Beck Verlag München; zit.: *Autor* in  
Braun InsO

*Brox*, Das Anwartschaftsrecht des Vorbehaltskäufers, JuS 1984/664

*Bühler*, Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr (1997), Schulthess Polygraphischer  
Verlag Zürich

*Bülow*, Recht der Kreditsicherheit 4. Auflage, (1996) C.F. Müller Verlag Heidelberg

*Bürgi*, Theorie und Praxis des Eigentumsvorbehaltes, in Wolfgang Wiegand (Hrsg.), Probleme der Kreditsicherheit, BTJP 1981, Bern Stämpfli Verlag

- Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BlSchK) 48/121 ff

*Bydlinski Peter*, Die rechtlichen Voraussetzungen des Eigentumsübertragung nach österreichischem Recht, in FS Larenz I (1973)1027

- Überflüssiger Eigentumsvorbehalt und schlüssige Argumentation, JBl 1977, 332
- Zur Drittfinanzierung stiller Gesellschaftsbeteiligungen, JBl 1988, 205

*Chalupsky*, Zur Auskunftspflicht des Masseverwalters gegenüber dem Vorbehaltsverkäufer, WBl 1989, 182

*Cranshaw*, Fragen zur Durchsetzung des Eigentumsvorbehalts im Hauptinsolvenzverfahren des Vorbehaltskäufers im Geltungsbereich der EuInsVo, DZWIR, 2010 Heft 3

*Curti*, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 61. Jahrgang, 320 ff

*Czernich*, Internationales Kreditsicherungsrecht im Geschäftsverkehr der Banken, ÖBA 2000, 1067 ff

*Czernich/Tiefenthaler/Kodek*, Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht 3. Auflage (2009) Lexis Nexis; zit.: Autor in Czernich/Tiefenthaler/Kodek Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsrecht<sup>3</sup>

*Dauner-Lieb/Heidel/Ring*, Nomos Kommentar BGB Sachenrecht Band 3 2. Auflage (2007), Nomos

*Doralt Paul*, Entscheidungsanmerkung, ÖBA 1989, 921 ff.

*Duursma.-Kepplinger*, Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz  
(2002) Springer Verlag

*Duursma-Kepplinger/Duursma/Chalupsky (Hrsg)*, Europäische Insolvenzverordnung  
Kommentar (2002), Springer Verlag; zit.: *Duursma-Kepplinger*, EuInsVO,

- Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz. Eine Gegenüberstellung der  
österreichischen und deutschen Rechtslage, ZIK 2000/135

*Eckert*, Sachenrecht, 4.überarbeitete Auflage (2005), Nomos

*Eichendorf*, Anwartschaftslehre und Pendenztheorie – Zwei Deutungen von  
Vorbehaltseigentum, AcP 185, Seite 162

*Erman*, Handkommentar zum BGB 12. Auflage (2008), Verlag Dr. Otto Schmidt; Zit.: Autor  
in Erman/BGB

*Fischer-Czermak (Hrsg.)*, Festschrift Rudolf Welser zum 65. Geburtstag (2004), Manz  
Verlag; zit.: Autor in FS Welser

*Floßmann*, Österreichische Privatrechtsgeschichte 4. Auflage, (2001) Springer Verlag

*Flume*, Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 161, 404 ff.

*Frotz*, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrecht, Gutachten (1970) Manz Verlag; zit.:  
*Frotz*, Kreditsicherungsrecht

*Furrer/Grisberger/Schramm*, Internationales Privatrecht I (2006), Schulthess Verlag

*Gauch/Schraner*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht,  
Teilband V 1e (1991), Schulthess; zit.: *Gauch/Schraner* in OR V 1e

*Gebauer/Wiedemann (Hrsg) – Zivilrecht unter europäischem Einfluss (2005), Richard Boorberg Verlag; zit.: Autor, Gebauer/Wiedemann – Zivilrecht unter europäischem Einfluss*

*Gehri/Kostkiewicz, Anerkennung ausländischer Insolvenzscheidungen in der Schweiz-ein neuer Réduit National? SZIER 2/2009, Seite 193 ff*

*Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch 3. Auflage (2006), Verlag C.H.Beck München zit.: Autor in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch<sup>3</sup>*

- *Insolvenzrechts-Handbuch 4. Auflage (2010) Verlag C.H.Beck München; zit.: Autor in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch<sup>4</sup>*

*Graf Lambsdorff, Handbuch des Eigentumsvorbehaltes, (1974), Athenäum*

- *Eigentumsvorbehalt und AGB-Gesetze, (1982), RWS Verlag*

*Graham-Siegenthaler, Kreditsicherungsrechte im internationalem Rechtsverkehr, (2005) Stämpfli Verlag Bern*

*Gschnitzer, Österreichisches Sachenrecht 1. Auflage, (1968) Springer Verlag*

- *Österreichisches Sachenrecht 2. Auflage, (1985) Springer Verlag*

*Guldener, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 61. Jahrgang, 338 ff.*

*Haab/Simonius/Scherrer/Zobl Züricher Kommentar zum ZGB, Band IV, 2. Auflage (1977) Schulthess Polygraphischer Verlag; zit.: Autor in ZK/ZGB*

*Haberthür, Der EV im Betreibungs-, Konkurs- und Nachlassverfahren, BLSchK, 13/129 ff.*

*Hadzimanovic, Die allgemeine Mobiliarhypothek-entbehrlich fürs Schweizer Recht? AJP/PJA 11/2009, Seite 1435 ff*

*Hanisch*, Eigentumsvorbehalt im Normenkonflikt, in Isaak Meier/ Kurt Siehr (Hsrg), Rechtskollisionen, Festschrift für Anton Heini zum 65. Geburtstag, (1995) Seiten 159 – 177, zit.: *Hanisch*, Eigentumsvorbehalt; Zürich Schulthess

*Häsemeyer*, Das funktionelle Synallagma im Konkurs- und Vergleichsverfahren, KTS 1973, Heft 1, Seite 2 ff.

*Herchen*, Das Übereinkommen über Insolvenzverfahren der Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 23. 11. 1995, (2000) Diss. Universität Würzburg, Ergon Verlag

*Holzhammer Richard*, Österreichisches Insolvenzrecht Konkurs und Ausgleich 5. Auflage (1996) Springer Verlag

*Holzner*, Verbindung unter Eigentumsvorbehalt stehender Koaxialkabel mit einer Kabelfernsehanlage, JBl 1998, 300

*Honsell/Vogt/Geiser*, Basler Kommentar zum ZGB, Band II, 3. Auflage (2007) Helbing Lichtenhahn Verlag

*Honsell/Vogt/Wiegand*, Basler Kommentar Obligationenrecht Band I, 4. Auflage (2007) Helbing Lichtenhahn Verlag; zit.: Autor in Honsell/Vogt/Wiegand

*Honsell*, Fälle mit Lösungen zum Obligationenrecht 3. Auflage, (2005), Schulthess

*Hörmann*, BB 2008, 1084

*Hoyer*, Einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt, WBl 1995, 181

- Das Internationale Sachen- und Obligationenrecht Österreichs in der Rechtsprechung seit 1979, ZfRV 1988, 98

*Huber*, Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers; Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung 2004, 57

- Internationales Insolvenzrecht in Europa, ZZZ 114. Band, Heft 2, 2001.

*Iro, Apathy Peter* (Hrsg.) Bürgerliches Recht IV Sachenrecht 2. überarbeitete Auflage,  
Springer Verlag

- Rechtsgründe für Eigentumserwerb, RdW 1997, 67
- Kein Wahlrecht des Masseverwalters nach § 21 KO beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt? RdW 1989, 294
- Anmerkung zu OGH 5 Ob 324/86, RdW 1987, 157
- "Verlängerter Eigentumsvorbehalt" und "Abwehrklausel" in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, RdW 1987, 36
- Das Zug um Zug-Prinzip in Insolvenzverfahren, RdW 1985, 101

*Jaeger*, Die Behandlung des EV im schweizerischen Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Dissertation Zürich 1936, Diss.-Druckerei AG Gebr. Leemann & Co.

*Jahn/Sahm*, Insolvenzen in Europa, 4. neu bearbeitete Auflage (2004), Economica Verlag

*Kettler*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung an beweglichen Sachen im Recht der Russischen Föderation (2008), V & R Unipress

*Kirchhof/Lwowski/Stürner* (Hrsg), Münchner Kommentar zur InsO Band II (2008), Verlag C.H.Beck; zit.: *Autor*, MK/InsO

*Klang/Gschnitzer* Kommentar zum ABGB, IV. Band, 2. Handband, (1978) Verlag österreichische Staatsdruckerei

*Klang*, Kommentar zum ABGB, II. Band, 4. Handband, (1934) Verlag österreichische Staatsdruckerei

*Kletečka, Koziol/Welser* Band I 13. Auflage, (2006) Manz Verlag

*Kletečka, Schauer*, ABGB Online Kommentar (2010) Manz Verlag

*Kodek*, Von der KO zur IO, ÖBA 2010, 498

*Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze Kommentar (2007), Manz Verlag; zit.: Autor in  
Konecny/Schubert, KO

*Kost*, Konsensprobleme im internationalen Schuldvertragsrecht, (1994) Peter Lang  
Europäischer Verlag der Wissenschaften

*Koziol*, JBl 1967, 202

*Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kommentar zum ABGB 3. Auflage (2010), Springer Verlag

*Kren-Kostkiewicz/Schwander/Wolf*, Handkommentar zum Schweizerischen ZGB,  
(2006), Orell Füssli Verlag AG

*Kreuzer*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, FS Drobnič (2010), Mohr Siebeck Verlag

- RabelsZ 65, 439 ff.

*Kropholler*, Internationales Privatrecht 5. Auflage, (2004), Mohr Siebeck Verlag

*Larenz*, Lehrbuch des Schulrechts Besonderer Teil, 13. Auflage (1986), X

*Lehr*, Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel im Exportgeschäft, Recht der  
internationalen Wirtschaft (RIW) Heft 10 aus 2000, Seite 747 ff., Verlag Recht und  
Wirtschaft mbh Heidelberg

*Leicht*, Der Eigentumsvorbehalt, (1937) Im Selbstverlage, Druck: Erste Reichenberger  
Buch- u. Steindruckerei

*Leemann*, Reflexionen über die Ausgestaltung des Eigentumsvorbehaltes nach Art. 715/716 ZGB; SJZ 6/281 ff.

- Die rechtliche Natur des Eigentumsvorbehaltes nach schweizerischem Recht; SJZ 16/233 ff.

*Liver*, Das Eigentum, in Schweizerisches Privatrecht, Band V, Sachenrecht, 1. Teilband, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG Basel und Stuttgart 1977; zit.: *Liver* SPR V/1

*Lwowski*, Das Recht der Kreditsicherung, 8. Auflage (2000), Erich Schmidt Verlag

*Manowski*, Insolvenznahe Verfahren und Sicherung des Eigentumsvorbehalts im Grenzbereich zwischen EuInsVO und EuGVVO, NZI 2008, 604 ff.

*Marotzke*, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich (1985), J. Schweitzer Verlag München

- Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht, JZ 1995, 803 ff

*Mayr/Czernich*, Europäisches Zivilprozessrecht (2006), WUV

*Mayrhofer*, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz, (1966) Springer Verlag; zit.: *Mayrhofer*, Abzahlungsgeschäft

*Meier-Hayoz*, Berner Kommentar zum ZGB, Band IV Das Sachenrecht 2/5/1 systematischer Teil, (1982) Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern

*Mohr*, Kommentar zur Konkurs-, Ausgleichs- und Anfechtungsordnung 10. Auflage, (2006) Manz Verlag

*Musielak*, Die Erfüllungsablehnung im Konkurs, AcP 179, 189 ff.

*Nerlich/Römermann*, Insolvenzordnung Kommentar, 17. Ergänzungslieferung (2009) C.H. Beck Verlag München

*Nowotny Christian*, Gläubigerschutz, Betriebswirtschaftslehre und Recht, Festgabe für Otmar Koren zum 75. Geburtstag, herausgegeben von Seicht (1993); zit.: *Nowotny* in FS Koren

*Opilio*, Liechtensteinisches Sachenrecht Arbeitskommentar, Band I, 1. Auflage (2009), EDITION EUROPA Verlag

*Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch 69. Auflage (2010), C.H. Beck Verlag München; zit.: Autor in Palandt BGB<sup>69</sup>

*Patleych*, Der Eigentumsvorbehalt im Rechtsvergleich zwischen Österreich und der Schweiz unter besonderer Berücksichtigung des internationalen Privatrechts beider Länder; Dissertation Universität Wien (1996)

*Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung Kommentar, (2005), Verlag Recht und Wirtschaft GmbH Frankfurt am Main; zit.: *Paulus*, Europäische Insolvenzverordnung

*Plenio*, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung und schuldrechtliche Verträge im Konkurs (2002); Verlag Paul Haupt; zit.: *Plenio*, Das Erfüllungsrecht der Konkursverwaltung

*Pogacar*, Grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren ZfRV 2008/32, Seite 258 ff.

*Pohlmann*, Verzicht auf die aufschiebende Bedingung einer GmbH-Anteilsübertragung NJW 1999, 190

*Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB Kommentar, 4. Auflage (2009), Luchterhand; Zit.: Autor in PWW/BGB

*Rebmann/Säcker/Rixecker*, Münchener Kommentar zum BGB 5. Auflage (2009), C.H. Beck Verlag München

*Rechberger*, Überlegungen zur Einführung eines Registerpfandrechts in Österreich, NZ 2002/2;

*Reichard/Kühnel/Wittig/Grebner*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung im Ausland, 3. Auflage (1973), Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft mbh Heidelberg

*Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum 3. Überarbeitete Auflage, (2007) Stämpfli Verlag Bern

*Riss*, Die sachenrechtliche Wirksamkeit des einseitig erklärten Eigentumsvorbehalts - neue Gedanken zu einer alten Streitfrage, ÖBA 2010, 215

*Rodrigues*, Eigentumserwerb an der Vorbehaltssache innerhalb der Vertriebskette ohne  
Einsicht in den Typenschein? JBl 1988, 295

*Rößler-Hecht*, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz im europäischen  
Rechtsvergleich, (2009) Verlag Dr. Kovac

*Rummel*, ABGB Kommentar 3. Auflage, (2000) Manz Verlag; zit.: Autor in Rummel<sup>3</sup>

*Sandmann*, Zur Geschichte des Eigentumsvorbehaltes in Deutschland, (1973),  
Dissertationsdruck – Schön

*Schellhammer*, Sachenrecht nach Anspruchsgrundlagen, (2001) C.F. Müller Verlag  
Heidelberg

*Schenkel*, Aus der Praxis des Betreibungsbeamten zum Eigentumsvorbehalt, SJZ  
39/208

*Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch 3. Auflage (2007), C. H. Beck Verlag  
München

*Schmid*, Sachenrecht 3. Auflage, (2009), Schulthess

*Schmidt*, Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht 2. Auflage (2006), ZAP Verlag; Zit.:  
Autor in HK/InsO

*Schoditsch*, Die Kollision von AGB bei der Eigentumsvorbehalts-Vereinbarung, ÖJZ  
2009/53

*Schulze/Dörner/Ebert*, Bürgerliches Gesetzbuch, 5. Auflage (2007), Nomos

*Schwab/Prütting*, Sachenrecht, 32. Auflage (2006), C.H.Beck Verlag, München

*Schwander*, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht, Reue  
suisse de droit international et de droit européen (SZIER/RSDIE) 03/2006

*Schwimann*, ABGB Praxiskommentar 3. Auflage, (2005)

*Schwob, Staehelin/Bauer/Staehelin* Kommentar zum SchKG Band II (1998) Helbing &  
Liechtenhahn, zit.: *Staehelin* in S/B/S SchKG Band II

*Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Band I bis V (1963 - 1982),  
Verlagsgesellschaft „Recht und Wirtschaft“ mbh Heidelberg

*Spielbüchler*, Zur dinglichen Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, JBl 1981, 505

- Überflüssiger Eigentumsvorbehalt? JBl 1977, 296
- Die Übereignung durch mittelbare Leistung, JBl 1971, 589
- Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, JBl 1968, 589

*Staehelin Adrian*, Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BlSchK) 28/97 ff.

*Staehelin Alfred*, Probleme aus dem Gebiete des Eigentumsvorbehaltes (1937), Basler  
Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 11, Hrsg.

Ruck/Simonius/Haab/Germann/Lewald, Helbing & Liechtenhahn; zit.:  
*Stahelin*, Eigentumsvorbehalt

*Stahelin Daniel*, Bedingte Verfügungen, (1993), Schweizer Zeitschriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich

- in *Stahelin/Bauer/Stahelin* Kommentar zum SchKG Band I (1998) Helbing & Liechtenhahn, zit.: *Stahelin* in S/B/S SchKG Band I

*Staudingers*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung (2004); zit.: Autor in *Staudinger/BGB*

*Tersteegen*, Der Überbau in der notariellen Praxis, Rheinische Notar-Zeitschrift 10/2006, C.H. Beck

*Thiemann*, Die Entwicklung der Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltskauf in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte, Dissertation Münster (1974), Im Selbstverlage

*Thoss*, Schadenersatzansprüche von Eigentümer und Anwartschaftsberechtigtem bei Verletzung des Vorbehaltsguts durch Dritte, JBl 2003, 277 ff.

*Tiedtke*, Die verdeckte Pfändung des Anwartschaftsrechts, NJW 1972, 1404 ff

*Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage (2009), Schulthess

*Usteri*, Die Wirkungen des EV in der Betreibung des Verkäufers gegen den Käufer für den Kaufpreis, SJZ 35, 129 ff.

*Vieweg-Werner*, Sachenrecht 3. Auflage (2007), Carl Heymanns Verlag

*Weber*, Kreditsicherheiten 7. Auflage, (2002), Verlag C.H. Beck München

*Weber*, Berner Kommentar zu Art. 68-96 OR / erl. von Rolf H. Weber. Band VI, 1. Abteilung, 4. Teilband 2. Auflage (2005), Bern Stämpfli 1983, zit.: Weber in BK zu OR Band VI/1/4

*Wegener*, Uhlenbruck, Insolvenzordnung 13. völlig neu bearbeitete Auflage (2010), Verlag Franz Vahlen GmbH

*Wendehorst*, Warenverkehr mit der VR China - viel Neues durch das neue Sachenrecht?, *ecolex* 2008, 392

*Westermann*, Münchner Kommentar zum BGB 5. Auflage *Säcker/Rixecker* (Hrsg.) (2008), Verlag C.H. Beck München; zit.: Autor in MK/BGB

*Wiegand*, Mobiliarsicherheiten (1998), Stämpfli Verlag AG Bern

- Anwendungsbereiche des Abzahlungsrechtes, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 134/1998, Stämpfli Verlag AG Bern

*Wolf*, Grundrisse des Rechts - Sachenrecht 22. Auflage (2006), Verlag C.H. Beck

- ZJP, Buchbesprechung, Band 83 (1970), Seite 230 ff

*Zraggen*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1956, Seite 33 ff.  
Stämpfli Verlag AG Bern

*Zobl*, Grundbuchrecht (1999), Schulthess Polygraphischer Verlag Zürich

- Festschrift für Hans Ulrich Walder zum 65. Geburtstag / hrsg. von Isaak Meier, Hans Michael Riemer, Peter Weimar; (1994) Zürich Schulthess, zit.: *Zobl* in FS Walder

*Zobl/Werlen*, 1992 ISDA Master Agreement (1995), Schulthess Polygraphischer Verlag

## 2. RECHTSSPRECHUNGSÜBERSICHT

### *Österreich*

<b>Datum</b>	<b>Geschäftszahl</b>	<b>Fundstellen</b>
19. 03. 1913	Nr. 1572	GIUNF 6360
27. 11. 1928	2 Ob 995/28	SZ 10/331
04. 04. 1951	1 Ob 455/50	SZ 24/91
04. 05. 1951	2 Ob 302/51	SZ 24/123
15. 04. 1953	1 Ob 295/53	JBl 1953, 630
20. 01. 1954	3 Ob18/54	SZ 27/13
10. 08. 1955	1 Ob 509/55	EvBl 1956/7; HS 1856
30. 10. 1956	7 Ob 523/56	JBl 1957,218
25. 06. 1958	5 Ob 197/58	SZ 31/91
21. 10. 1959	5 Ob 505/59	HS I/46
31. 02. 1962	3 Ob465/61	SZ 35/18
15. 09. 1964	8 Ob 237/64	SZ 37/118
15. 06. 1965	8 Ob 180/65	HS 5389/16
31. 07. 1968	3 Ob 83/68	EvBl 1969/15 S. 41 = MietSlg 20216(28)
30. 04. 1969	5 Ob 14/69	SZ 42/65
09. 09. 1970	5Ob 135/70	HS 7345
04. 05. 1971	Ob 540/71	SZ 44/64, EvBl 1971/334 S. 631
22. 02. 1972	8 Ob 17/72	SZ 45/18
27. 10. 1972	6 Ob 203/72	SZ 45/115
25. 01. 1973	6 Ob 6/73	SZ 46/8 = JBl 1973,315 = EvBl 1973/197 S 435 = JBl 1974, 351
04. 04. 1973	1 Ob 40/73	SZ 46/38
30. 04. 1974	1 Ob 223/73	
12. 02. 1976	7 Ob 505/76	HS IX/12, SZ 20/182
15. 11. 1976	4 Ob525/76	SZ 49/138
13. 07. 1978	1 Ob 558/78	HS 2398/6
29. 08. 1979	1 Ob 673/79	SZ 52/120
30. 10. 1979	1 Ob 714/79	SZ 52/154

20. 02. 1980	6 Ob 760/79	JBl 1981, 256
20. 05. 1980	5 Ob 303/80	JBl 1982, 88
14. 10. 1982	7 Ob 655/82	SZ 55/152
14. 12. 1983	3 Ob126/83	SZ 56/188, JBl 1984, 550
16. 02. 1984	7 Ob 632/83	JBl 1984, 671
22. 03. 1984	7 Ob 687/83	SZ 57/58
07. 03. 1985	7 Ob 507/85	SZ 58/39 = JBl 1986, 307
23. 05. 1985	8 Ob 651/84	JBl 1986/724, SZ 60/66, EvBl 1992/155
18. 06. 1985	5 Ob 523/84	JBl 1986, 234
28. 01. 1987	1 Ob 713/86	RdW 1987, 157=JBl 1988, 311=SZ 60/13
16. 04. 1987	7 Ob 551/87	JBl 1988, 313
13. 05. 1987	1 Ob543/87	EvBl 1987/175, S. 652
24. 06. 1987	1 Ob 614/87	JBl 1988, 314
10. 02. 1988	1 Ob 710/87	SZ 61/31=WBl 1988, 203
12. 07. 1988	4 Ob 541/88	SZ 61/170=EvBl 1989/62 S 217=RdW 1988,452=WBl 1988,430=RZ1988/61 S. 277
19. 01. 1989	7 Ob 723/88	WBl 1989, 224
30. 03. 1989	8 Ob 48/88	ÖBA 1989, 918 = RdW 1989, 299
12. 04. 1989	3 Ob 501/89	WBl 1989, 256
08. 05. 1990	4 Ob 523/90	JBl 1991, 376
11. 07. 1990	3 Ob 38/90	JBl 1991, 378
23. 05. 1991	7 Ob 538/91	WBl 1991,403 = SZ 64/63 = ecolex 1992,160
18. 09. 1991	3 Ob 531/91	ÖBA 1992,395 = RdW 1992,107 = ZfRV 1992,387 = JBl 1992,652
19. 10. 1994	3 Ob173/94	SZ 67/178
11. 02. 1997	5 Ob 18/97a	ecolex 1997, 424
18. 06. 1997	3 Ob2403/96w	SZ 70/118
29. 10. 1997	5 Ob 2155/96i	SZ 70/228
24. 11. 1998	1 Ob 203/98d	JBl 1999, 527
25. 08. 1999	3 Ob 308/97h	JBl 2000, 32
27. 08. 1999	1 Ob 220/99f	
13. 10. 1999	7 Ob279/98z	
12. 04. 2001	8 Ob 234/00w	ZIK 2001/316, 208
28. 05. 2001	8 Ob 184/00t	

25. 10. 2001	8 Ob 222/01g	
11. 07. 2002	6 Ob 319/01g	
10. 12. 2002	10 ObS233/02s	
26. 06. 2003	8 Ob 220/02i	ÖBA 2004, 1176
20. 03. 2007	4 Ob 221/06p	ecolex 2007,601 (Wilhelm) = ÖBA 2007/1450 (Rummel) = Gehringer, RdW 2008/10 S 53
25. 03. 2009	3 Ob 232/08a	ecolex 2009/178 S 482 – ecolex 2009, 482=EvBl-LS2009/116=JBl2009,656=ZIK 2009/321 Seite 207 - ZIK2009,207=ÖBA 2010,240/1612 (Schumacher) - ÖBA 2010/1612 (Schumacher)
24. 03. 2010	3 Ob 246/09m	JBl 2010, 517

### *Deutschland*

<b>Datum</b>	<b>Geschäftszahl</b>	<b>Fundstellen</b>
04. 10. 1907		RGZ 66, 345 ff.
02. 10. 1952	IV ZR 2/52	NJW 1953, 217
29. 09. 1955	II ZR 210/54	BGHZ 18, 212
03. 03. 1956	IV ZR 334/55	LSK 1956, 848036
13. 06. 1956	V ZR 153/54	NJW 1956, 1273
30. 10. 1956	VIII ZR 77/56	BeckRS 1956=NJW 1957, 20=BGHZ 22,123
19. 06. 1958	II ZR 228/57	NJW 1958, 1485
24. 06. 1958	VIII ZR 205/57	NJW 1958, 1133, BeckRS 1958,BGHZ 28,16
01. 12. 1959	8 U 69/59	NJW 1960, 870
10. 04. 1961	VIII ZR 68/60	BeckRS 1961=NJW 1961,1349=BGHZ 35,85
10. 10. 1962	VIII ZR 203/61	NJW 1962, 2296
15. 06. 1964	VIII ZR 305/62	NJW 1964, 1788
11. 10. 1967	I b ZR 144/65	NJW 1968, 392
03. 06. 1970	VIII ZR 199/ 68	WM 1970, 817
01. 07. 1970	VIII ZR 24/69	BeckRS 1970=NJW 1970, 1733=BGHZ 54, 214
25. 11. 1970	VIII ZR 2/69	NJW 1971, 191
10. 02. 1971	VIII ZR 188/69	NJW 1971, 799

24. 03. 1971	VIII ZR 145/69	NJW 1971, 1403
28. 09. 1971	I StR 261/71	NJW 1971, 2235=DB 1971, 2110
29. 10. 1976	V ZR 4/75	NJW 1977, 146; LSK 1976, 945054; MittBayNot 1976, 214; BeckRS 1976
07. 12. 1977	VIII ZR 168/76	LSK 1977, 850844=BeckRS 1977=NJW 1978, 417=BGHZ 70, 96
25. 10. 1978	VIII ZR 206/77	NJW 1979, 213
23. 11. 1978	VIII ZR 7/76	NJW 1978, 632
30. 05. 1979	VIII ZR 232/78	NJW 1979, 2199
11. 09. 1980	6 U 184/79	NJW 1981, 130
05. 05. 1982	VIII ZR 162/81	NJW 1982, 1751
23. 11. 1983	5 Ss 437/83 - 360/83	I NJW 1984, 810
14. 12. 1983	VIII ZR 352/82	NJW 1984, 1557
11. 07. 1985	IX ZR 178/84	NJW 1985, 2897; BGHZ 95, 256; JZ 1985, 91, 96; RiW 1986, 93
09. 07. 1986	VIII ZR 232/85	NJW 1986, 2948; BGHZ 98, 160; Henckel, JZ 1987, 359
08. 10. 1986	VIII ZR 342/85	NJW 1987, 487; BGHZ 98, 303
11. 02. 1988	IX ZR 36/87	NJW 1988, 1790
30. 03. 1988	VIII ZR 340/86	NJW 1988, 1774
23. 11. 1988	VIII ZR 262/87	NJW-RR 1989, 291
15. 06. 1989	IX ZR 167/88	NJW 1989, 3213=WM 1989,1342=ZIP 1989, 933=JZ 1989, 808
04. 03. 1991	II ZR 36/90	NJW 1991, 2285
01. 02. 1993	2 Wx 2/93	NJW-RR 1993, 982
13. 01. 1994	IX ZR 79/93	WM 1994, 414=BB 1994, 459=NJW 1994, 864=ZIP 1994, 305
09. 02. 1994	VIII ZR 176/92	NJW 1994, 1154
22. 05. 1995	II ZR 260/94	NJW 1995, 2633
23. 08. 1996	11 U 39/96	NJW 1997, 2187; NZV 1997, 385; LSK 1997 330034
27. 11. 1997	GSZ 1 u. 2/97	NJW 1997, 671; LSK 1998 100001; BGHZ 137, 212.
12. 03. 1998	IX ZR 74-95	NJW 1998, 2047

31. 01. 2001	U 23/00	NJOZ 2001, 1601
22. 02. 2001	IX ZR 191/98	NZI 2001, 537= LSK 2001,300301 =NJW 2001, 3704
20. 03. 2001	20 W 33/00	NJW 2001, 2889
07. 03. 2002	IX ZR 457/99	NJW2002, 2313=Beck RS2002,03567 = LSK 2008, 24042
25. 04. 2002	IX ZR 313/99	NJW 2002, 375
22. 09. 2003	II ZR 172/01	NJW-RR 2004, 555
24. 05. 2005	5 StR 505/06	BeckRS 2007, 08198 (Schmitz)
29. 08. 2005	2 O 36/05	NJW 2005, 3578
13. 07. 2006	I ZR 241/03	NJW 2006, 3490
13. 09. 2006	VIII ZR 184/05	NJW 2006, 3488
19. 04. 2007	IX ZR 123/04	NZI 2005, 547
27. 03. 2008	IX ZR 220/05	NJW 2008, 1803
14. 05. 2009	IX ZR 63/08	GWR 2009, 177 (Nachmann)

### *Schweiz*

<b>Datum</b>	<b>Geschäftszahl</b>	<b>Fundstellen</b>
31. 03. 1906	32 II 131	S. 135 ff, Entscheidungen des Schweizer BG, Amtliche Sammlung, 32. Band 2. Teil 1906
28. 02. 1911	37 I 166	S. 173, Entscheidungen des Schweizer BG, Amtliche Sammlung, 37. Band 1. Teil 1911
1920	46 II, 1920	Pra 9 Nr. 25, S. 45 ff.
12. 11. 1931	57 II, 1931	Pra 21 Nr. 15, S. 537 ff
24. 06. 1938	64 III 117	S. 119, Entscheidungen des Schweizer BG, Amtliche Sammlung, 64. Band 3. Teil 1938
27. 01. 1943	69 III 1943	S. 7
28. 02. 1961		SJZ 58/357 ff
22. 03. 1961	88 II 73	S. 74 ff
22. 09. 1964	90 II 285	S. 292
02. 10. 1964	90 IV, 1964	Pra 54 Nr. 41, S.180 ff

24. 11. 1966	92 II 227	S. 231
06. 07. 1967	93 III 96	S. 101 ff.
30. 05. 1969	Obergericht Zürich	BlZR 146/371 ff
23. 04. 1970	96 II 161	S. 171
11. 07. 1972	98 II 199	S. 205
14. 02. 1974	100 II 8	S. 12
15. 02. 1974	113 III 6	S. 9
13. 01. 1975	101 III 43	S. 44
01. 09. 1976	102 III 150	S. 152
11. 05. 1978	105 III 43	S. 44
26. 10. 1978	104 III 84	S. 91
30. 01. 1979	105 II 28	S. 33
14. 02. 1979	105 III 11	S. 15
30. 11. 1979	105 II 264	S. 264
19. 08. 1980	106 II 197	S. 197
30. 10. 1980	106 II 320	S. 324
21. 05. 1981	107 III 3	S. 5
03. 03. 1982	108 III 6	Regeste
08. 03. 1984	110 II 153	S. 155
24. 10. 1984	110 III 84	Regeste u. S. 84 ff.
04. 06. 1985	111 II 156	S. 159 ff.
24. 09. 1987	113 II 397	S. 399
06. 10. 1995	121 III 345	S. 34 ff.
05. 03. 1996	122 III 1	S. 3
02. 06. 2005	131 III 595	S. 595
28. 09. 2007	133 III 645	S. 653

## **EuGH**

26. 10. 2006	Rs C-302/05	Slg. 2006 I-10697
10. 09. 2009	Rs C-292/08	DZWIR 2010, 102 ff

### **3. INTERNETSEITEN**

<http://www.bger.ch>

<http://www.insolvenzrecht.de/inhalte/materialien/rege-inso-1992/#rz764>

<http://www.konkursverwaltung.ch>

<http://www.ris.bka.gv.at>

#### 4. EXPERTENINTERVIEW

##### **Experteninterview mit Prof. Dr. Ivo Schwander, aufgenommen am 03. 05. 2010 von Robert Wippel an der Universität St. Gallen (auszugsweise):**

*Wippel:* Sehr geehrter Herr Prof.! Ich möchte mich erst einmal bedanken, dass sie sich Zeit für dieses Interview nehmen.

*Prof. Schwander:* Sehr gerne. Sie schreiben also über den Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz. Wie lautet der genaue Titel ihrer Dissertation?

*Wippel:* Der Titel lautet Eigentumsvorbehalt als Sicherungsmittel bei Zwangsvollstreckung und Insolvenz, im Rechtsvergleich Österreich, Deutschland, Schweiz. Herr Professor, wie beurteilen sie die Bedeutung des EV in der Schweiz?

*Prof. Schwander:* Ich denke, die Bedeutung hat vielleicht tendenziell etwas abgenommen einfach weil doch ziemlich hohe Formanforderungen gestellt sind. Etwa wegen dem Eintrag ins Register, der ja auch von den Parteien überwacht werden muss. D.h. wenn der Schuldner seinen Wohnsitz ändert, muss der EV ja neuerdings eingetragen werden, der Überwachungsaufwand für den Verkäufer ist also hoch. Deshalb bedient man sich in der Praxis einer anderen Sicherheit, beispielsweise der Garantie, oder der Vereinbarung, dass konkrete Teilzahlungen erfolgen sollen, ansonsten der Verkäufer zurücktreten kann. Die Kontrolle der Person, mit der man den Vertrag abschließt, sollte man vielleicht auch bereits im Vorfeld des Vertragsabschlusses intensivieren. D.h. die Zahlungsfähigkeit sollte man als Gläubiger besser durchleuchten.

*Wippel:* Würden sie sagen, dass diese Einschränkung des EV im Kreditsicherungsgeschäft durch die formalistische Regelung in Art. 715 ZGB vom historischen Gesetzgeber bewusst gewollt war?

*Prof. Schwander:* Ja, das war vom Gesetzgeber von Anfang an vorgesehen, dass der EV eingetragen sein muss. Das Schweizer Recht ist eher ablehnend eingestellt gegenüber Mobiliarsicherheiten. Man will vielmehr den Anschein schützen, der durch den Besitz einer

Sache geweckt wird. Man sollte also davon ausgehen können, dass, wer im Besitz einer Sache ist, über diese auch frei verfügen kann.

*Wippel:* Sind Änderungen diesbezüglich geplant, bzw. könnten sie sich solche vorstellen?

*Prof. Schwander:* Durchaus. Es wird darüber auch in der Lehre diskutiert Mobiliarsicherheiten wieder attraktiv zu machen. In Bezug auf den EV etwa durch ein vereinfachtes Registersystem. Dabei kann ich sie auf einen interessanten Artikel in der Novemberausgabe der Zeitschrift AJP verweisen.

*Wippel:* Nun zum verlängerten EV. Von der Schweizer Lehre wird dieser größtenteils für zulässig erachtet, ein Teil der Lehre hält diese Konstruktion für unzulässig. Das BG hat bis dato noch nicht ausdrücklich dazu Stellung genommen. Wie ist ihre Meinung?

*Prof. Schwander:* Der verlängerte EV ist meiner Meinung nach zulässig. Der Käufer kann über sein Anwartschaftsrecht frei verfügen und somit die Sache einem Dritten weiterveräußern. Die damit verbundene Zession der Forderung an den ersten Verkäufer stellt ebenfalls kein Hindernis dar. Ich denke also schon, auch wenn Stimmen in der Lehre dies für unzulässig erachten, dass ein verlängerter EV in der Schweiz möglich ist.

*Wippel:* Und die Verbindung des verlängerten EV mit einer Verarbeitungsklausel?

*Prof. Schwander:* Dann handelt der Käufer allenfalls vertragswidrig, aber wenn der Dritte das nicht weiß, dann bleibt es bei der allgemeinen Regel. Wobei, wenn eine neue Sache entsteht, muss diese neuerlich registriert werden, womit der EV untergeht. Nein, ich bin nicht der Ansicht, dass eine Verarbeitungsklausel mit dem Schweizer Recht konform geht.

*Wippel:* Aber ist das nicht eine allzu starke Beschränkung der Vertragsfreiheit der Parteien?

*Prof. Schwander:* Dabei kommt es dann darauf an, ob eine neue Sache vorliegt. Um den Registereintrag kommt man nicht herum. Wobei hier die dreimonatige Frist des Art. 102 IPRG meiner Meinung nach analog heranzuziehen wäre, sodass im Ergebnis das BG eine solche Konstruktion vermutlich zulassen würde, wenn der EV innerhalb dieser Frist neuerlich ins Register eingetragen wird.

*Wippel:* Dann noch eine theoretische Frage zum EV. Sind ihrer Meinung nach ein weitergeleiteter, oder ein nachgeschalteter EV nach schweizerischem Recht möglich?

*Prof. Schwander:* Ein weitergeleiteter EV ist jedenfalls möglich, weil es ja letztlich nur auf die Zustimmung des Schuldners ankommt. Stimmt dieser zu, dass der EV zugunsten des ersten Verkäufers eingetragen wird, sehe ich darin keine Probleme.

*Wippel:* Und der einseitige EV. Stellt sich dieses Problem in der Schweiz überhaupt?

*Prof. Schwander:* In einem solchen Fall, etwa wenn der EV in AGB erklärt wird, würde man freilich die Ungewöhnlichkeitsregel anwenden müssen. Danach ist ein EV sicher unzulässig, es sein denn, dass es in gerade dieser Branche handelsüblich ist, unter EV zu kontrahieren. Ein einmaliger Käufer muss damit aber nicht rechnen. Im Verhältnis zum Verbraucher halte ich eine einseitige EV Erklärung stets für unzulässig. Branchenüblich ist eine EV Klausel in AGB vor allem beim Kfz Verkauf.

*Wippel:* Mir ist aufgefallen, dass überhaupt der EV in der Schweiz am häufigsten beim Kfz Kauf zur Anwendung kommt, vor allem bei Zwischenhändlern. Stimmen sie dem zu?

*Prof. Schwander:* Auf jeden Fall, ja.

*Wippel:* Beim Drittfinanzierten Kauf ist die Konstruktion in Österreich und der Schweiz dieselbe. Sowohl das BG als auch der OGH gehen davon aus, dass durch die Zession der Forderung vom Verkäufer an die Bank, bzw. den Finanzierer, der EV als Nebenrecht übergehen soll. In der österreichischen Lehre wird das jedoch bestritten, während die Schweizer Lehre es für zulässig erachtet. Wie sehen sie das?

*Prof. Schwander:* Das hängt wiederum mit der Verbreitung des EV im Kfz Handel zusammen. Aber es ist auch zu sagen, dass die Bank und der Verkäufer zumeist in einer dauerhaften Geschäftsbeziehung stehen und die Bank auch für den Käufer kein großer Unbekannter ist. Es wird hier aber auch selten zu einem Prozess kommen, gerade weil die Bank dem Verkäufer nahe steht. Dazu gibt es aber sehr wenig Judikatur in der Schweiz.

*Wippel:* Dann zum Konkursrecht. Das Rücktrittsrecht des KV ist in Art. 211 SchKG nicht ausdrücklich geregelt, es wird nur die Möglichkeit genannt, vom Vertrag zurückzutreten. Kann man dennoch von einem Wahlrecht des KV zwischen Erfüllung und Rücktritt sprechen?

*Prof. Schwander:* Ja, natürlich. Auch wenn dieses, wie in Deutschland nicht ausdrücklich bezeichnet wird. Wobei die rechtliche Ausgestaltung dieses Rücktrittsrecht, auch in seiner Ausübung, gewisse Besonderheiten gegenüber Österreich und Deutschland aufweist.

*Wippel:* Wie in Österreich gibt es auch in der Schweiz keine Regelung bezüglich des EV im Konkurs des Vorbehaltsverkäufers. Während in Österreich die hL dieses Rücktrittsrecht massiv ablehnt mit verschiedenen Argumenten, lässt der OGH ein Rücktrittsrecht zu. In der Schweiz lehnt das BG ein solches ab ohne dies im Detail zu begründen und auch in der hL wird dies nur mit der Dinglichkeit des Anwartschaftsrechts begründet. Macht man es sich hier in der Schweiz nicht etwas zu einfach?

*Prof. Schwander:* Also meiner Meinung nach muss man hier streng nach dem Gesetzeswortlaut vorgehen und Art. 211 SchKG kennt keine Ausnahme von der Möglichkeit des Vertragsrücktritts im Falle des Verkäuferkonkurses. Wenn der EV im Register eingetragen ist, steht die Sache im Eigentum des Verkäufers und wenn sich der KV gegen Erfüllung entscheidet, hat der Käufer die Sache dann auch entsprechend rückzuerstatten. In der Praxis wird hier der KV häufig einen neuen Verkauf anstreben.

*Wippel:* Und Art. 83 OR, würden sie diese Bestimmung hier zur Begründung heranziehen?

*Prof. Schwander:* Nein, Art. 83 OR kann meiner Meinung nach zwar auf das Leasinggeschäft, nicht aber auf den EV angewendet werden. Letztlich ist es auch eine Frage des Risikos. Der Käufer dem der Kaufpreis kreditiert wird, trägt hier nun mal das wirtschaftliche Risiko.

*Wippel:* Gemäß Art. 102 IPRG soll ein EV an einer Sache, die in die Schweiz importiert wird während dreier Monate auch ohne Registereintrag gültig sein. Das BG misst der Registrierung dennoch ordre public Charakter zu, und dass, obwohl der Eintrag nicht einmal mit positiver Rechtsscheinwirkung ausgestattet ist. Ist diese Haltung nicht etwas überzogen?

*Prof. Schwander:* Früher hat das BG auch schon die Auffassung vertreten, dass die Eintragung absolute Voraussetzung sein soll und dem ordre public angehört. Vernünftig ist diese Einstellung seit dem neuen Art. 102 IPRG sicher nicht. Eher eine Übertreibung. Außerdem wäre die Verletzung des Registrierungspflicht nach dem Verständnis des BG eigentlich ein Fall des Art. 18 IPRG und nicht des Art. 17 IPRG.

*Wippel:* Gemäß Art. 166 IPRG ist unter anderem die Gegenseitigkeit Voraussetzung für die Anerkennung ausländischer Insolvenzverfahren. Da es nur 2 Staatsverträge bzgl der automatischen Anerkennung gibt, erscheint mir diese Voraussetzung als massive Einschränkung.

*Prof. Schwander:* Das wurde auch sehr von der hL kritisiert, aber es ist nun einmal im Gesetz drinnen. Man war eben verunsichert, als man dieses System geschaffen hat und hat daher durch die Gegenseitigkeit bewusst die Anerkennung von Insolvenzverfahren in vielen Staaten erschwert. Vielleicht wird diese Bestimmung auch mal gestrichen, könnte ich mir schon vorstellen. Das BG neigt dann aber auch dazu die Anerkennung zu einzelnen Staaten sehr rasch anzunehmen. Im Verhältnis zu Österreich und Deutschland bestehen mittlerweile überhaupt keine Probleme mehr. Wobei dies in Bezug auf Österreich erst seit einigen Jahren, seit einer Novelle der österreichischen KO, der Fall ist.

*Wippel:* Würden sie darin übereinstimmen, dass der sachenrechtliche Teil des ZGB sehr formalistisch ist und dieser Formalismus die Rechtsfortbildung auch gehemmt hat?

*Prof. Schwander:* In Bezug auf den sachenrechtlichen Teil stimmt das jedenfalls. Dort ist der Formalismus stark ausgeprägt. Dazu kommt aber auch, dass dieser Teil seit dem Erlass des ZGB nur wenige Neuerungen erfahren hat, während etwa im Familienrecht und Erbrecht unzählige Novellen erlassen wurden. In Bezug auf den EV hat man aber bewusst von Anfang an dem Aspekt des Anscheins größeres Gewicht beigemessen. Der Schutz Dritter und die Rechtslage wie sie erscheint war dem Gesetzgeber wichtiger, die Folge ist daher der Formalismus speziell beim EV und im Sachenrecht im Allgemeinen.

*Wippel:* Können sie mir noch irgendwelche Denkanstöße oder Literaturtipps geben?

*Prof. Schwander:* Die Wirkungen des EV im Konkurs sollten sie auf jeden Fall sehr detailliert im Rechtsvergleich darstellen. Die verschiedenen Sonderformen des EV vielleicht nur im Überblick. Literatur gibt es diesbezüglich in der Schweiz sehr wenig. Ich würde ihnen empfehlen sich hier vor allem an die Rspr des BG zu halten.

...

## 5. ZUSAMMENFASSUNG/ABSTRACT

Die vorstehende Arbeit befasst sich mit einer rechtsvergleichenden Untersuchung des Eigentumsvorbehaltes in den Jurisdiktionen Österreich, Deutschland und der Schweiz.

Der erste Teil der Arbeit ist eine Aufarbeitung der Rechtsgrundlage und der allgemeinen Wirkungen die dem Eigentumsvorbehalt in der jeweiligen Jurisdiktion zukommen. Dabei liegt der Schwerpunkt der Arbeit mehr auf einer Gegenüberstellung der Unterschiedlichkeiten anstatt einer detaillierten Darlegung der ohnehin gleich ausgestalteten Wirkungen. Darüber hinaus werden im ersten Teil auch die Sonderformen des Eigentumsvorbehaltes beschrieben.

Der zweite Teil dient der Analyse der Wirkungen des Eigentumsvorbehaltes im Falle der Insolvenz einer der beteiligten Parteien. Dieser Teil ist der Schwerpunkt der Arbeit welche das Ziel verfolgt das sachenrechtliche Sicherungsinstrument des Eigentumsvorbehaltes mit all seinen Möglichkeiten das Recht des Gläubigers auf bevorzugte Befriedigung zu sichern und zeitgleich ein wirtschaften mit den unter Eigentumsvorbehalt stehenden Sachen zu ermöglichen.

Im letzten Teil folgt in logischer Konsequenz die Darstellung der Möglichkeiten eines Zugriffs auf das Vorbehaltsobjekt wobei alle Varianten abgedeckt werden. Die Darstellung deckt einerseits die Rechtslage in Österreich, Deutschland und der Schweiz ab, andererseits aber auch den europarechtlichen Kontext im Falle von grenzüberschreitenden Sacherhalten zwischen den untersuchten Jurisdiktionen.

---

This doctoral thesis is a legal comparison of retention of title in Austria, Germany and Switzerland.

The first part of the thesis is an analysis of the legal principles and general legal processes involved in retention of title in the respective jurisdictions. The aim of this thesis is to compare the differences between the legal processes in the jurisdictions rather than providing

a detailed analysis of the individual processes where the jurisdictions provide the same legal framework. Moreover the first part of this thesis addresses the alternative forms of retention of title that are available.

The second part of the thesis is an analysis of the legal consequences of retention of title in the case of an insolvency of one of the parties involved. This part is the emphasis of the dissertation, and shows all possibilities how retention of title, as a security instrument, provides for creditors' rights of preferential satisfaction against other claims.

As a logical consequence, the last part of the thesis shows the practical possibilities available to a creditor, the possessor of the retained title, against a debtor. The analysis reflects both Austrian, German and Swiss law provisions as well as the European law framework in connection with cross border legal issues within the compared jurisdictions.

## 6. LEBENS LAUF

Name: Robert Andreas Wippel

Geburtsdatum: 9. Juli 1986

Staatsbürgerschaft: Österreich

E-Mail: [robert.wippel@univie.ac.at](mailto:robert.wippel@univie.ac.at)

### Akademische Ausbildung

---

Seit 03/2009           Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien.  
08/2012                Forschungsaufenthalt am Max Planck Institut für internationales  
                              Privatrecht und Rechtsvergleichung, Hamburg.  
02/2010 – 06/2010    Erasmus Semester an der Universität St. Gallen.  
10/2005 – 01/2009    Diplomstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien.

### Berufstätigkeit

---

Seit 03/2011           Rechtsanwaltsanwärter bei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP.  
05/2009 – 01/2010    Gerichtspraxis OLG Sprengel Wien.  
10/2008 – 02/2009    Studienassistent am Institut für Recht der Wirtschaft, Universität Wien.  
08/2008                Praktikum bei der Hübner & Hübner Wirtschaftsprüfungs GmbH.