

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

*Chefredakteur* Gerhard Hopf

*Redaktion* Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

*Evidenzblatt* Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

*Anmerkungen* Andreas Konecny, Martin Spitzer

Juni 2014

11

481 – 528

Verwaltungsverfahren praktisch

## Wo sind Schriftsätze im verwaltungsgerichtlichen Verfahren einzubringen

*Hans Peter Lehofer* ➔ 485

Beiträge

**Eigentumsvorbehalt, Vermengung und Individualisierbarkeit**

*Maximilian Harnoncourt und Martin Spitzer* ➔ 488

**Sanktionen des EU-Beihilfenrechts, Steuerzuschläge:**

**ne bis in idem zu Betrug?** *Fritz Zeder* ➔ 494

Evidenzblatt

**Ausgleichszulage für alle Unionsbürger mit**

**rechtmäßigem Aufenthalt im Inland** *Felix Schörghofer* ➔ 508

**Leerkassettenvergütung für Computer-Festplatten**

**ist nicht ausgeschlossen** ➔ 514

**Richterliche Endkontrolle als konkretes Recht des Staats** ➔ 516

Sprache und Recht

**Der erste Eindruck** *Max Leitner* ➔ 484

# Eigentumsvorbehalt, Vermengung und Individualisierbarkeit

## Case Study aus aktuellem Anlass<sup>1)</sup>

Der Beitrag geht anhand der aktuellen Insolvenz eines Großfilialisten möglichen Grenzen der Sicherheit nach, die Warenkreditgeber durch die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts erlangen. Wie wirken sich schlampig geführte Warenwirtschafts- und Buchhaltungssysteme des Käufers auf die Kreditsicherheit aus? Wer trägt das im Massengeschäft typisch drohende Risiko der Unaufklärbarkeit von Vermengungsvorgängen und der mangelnden Individualisierbarkeit konkreter Vermögensstücke, die auf ein großes Filialnetz verteilt wurden?

Von Maximilian Harnoncourt und Martin Spitzer

### Inhaltsübersicht:

- A. Ausgangspunkt
  - 1. Rechtlicher Ausgangspunkt
  - 2. Faktischer Ausgangspunkt
  - 3. Probleme
- B. Aussonderungsfähigkeit
  - 1. Vermengung von Eigengut und Vorbehaltsgut im Zentrallager
    - a) Normatives Umfeld
    - b) Unanwendbarkeit von § 371 ABGB bei Vermengung von Eigengut und Vorbehaltsgut
    - c) Anwendung von §§ 414 ff ABGB
    - d) Zusammenfassung
  - 2. Auslieferungen aus dem Lager
    - a) Ortsveränderung als Vindikationshindernis?
    - b) Veränderung der Gemengeanteile
    - c) Identität der Beteiligten
    - d) Zwischenergebnis
  - 3. Veränderungen des Gemenges durch Verkäufe
    - a) Rekapitulation der Ausgangssituation
    - b) Auswirkungen von Entnahmen auf Quantitätseigentum
    - c) Schlussfolgerung
- C. Zusammenfassung und Fazit

## A. Ausgangspunkt

### 1. Rechtlicher Ausgangspunkt

Der Eigentumsvorbehalt ist ein beliebtes und probates Mittel der Warenkreditsicherung. Als Abweichung von § 1063 ABGB, der auch beim Kreditkauf einen Eigentumsübergang an den Käufer im Zeitpunkt der Übergabe der Ware vorsieht, vereinbaren Vorbehaltverkäufer und Vorbehaltskäufer eine durch die Kaufpreiszahlung aufschiebend bedingte Eigentumsübertragung der Kaufsache.<sup>2)</sup> Der Käufer erlangt dadurch sofort die Sache, ein absolut geschütztes Anwartschaftsrecht und gegenüber dem Verkäufer ein Recht zum Besitz.<sup>3)</sup>

Der Eigentumsvorbehalt ermöglicht es dem Verkäufer aber, bei Zahlungsverzug des Käufers vom Ver-

trag zurückzutreten. Tut er das,<sup>4)</sup> kommt es zur Rückabwicklung des Vertrags Zug um Zug: Der Verkäufer kann seine Sache – Eigentum wurde ja nicht übertragen – herausverlangen (§§ 366, 1435 iVm § 921 Satz 1 ABGB). Der Anspruch ist, da auf eine massefremde Sache gerichtet, insolvenzfest (§ 44 IO). Im Gegenzug bekommt der Käufer schon geleistete Kaufpreisteile zurück. Außerdem sind angefallene Gebrauchsvorteile zu ersetzen (Benützungsentgelt).<sup>5)</sup>

Sinn und Zweck des Vorbehaltskaufs ist also, den Verkäufer nach einem Rücktritt in der Insolvenz des Käufers<sup>6)</sup> zur Aussonderung seiner Ware zu berechtigen.<sup>7)</sup> Dies klingt in der grauen Theorie einfacher als es in der bunten Praxis ist, wie derzeit ein Insolvenzverfahren über einen Großfilialisten zeigt, das grundsätzliche Fragen des Eigentumsvorbehalts, der Vermengung von Vorbehaltsgut und der Individualisierbarkeit von Aussonderungsgegenständen in Erinnerung ruft.

## 2. Faktischer Ausgangspunkt

Der Anlass für diese Case Study ist eine ganz typische Konstellation: Der spätere Gemeinschuldner bezog Waren von allen möglichen Herstellern. Geliefert

1) LG Linz 17 S 58/13 y. Die Case Study beruht auf der Anfrage eines am Verfahren beteiligten Warenlieferanten.

2) Riedler in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX/2<sup>2</sup> (2012) Rz 3/2; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht<sup>3</sup> (2012) 438.

3) Statt aller *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung I (1963) 251 f.

4) Zur Möglichkeit der Rückforderung der Kaufsache bei aufrechtem Vertrag durch Vereinbarung von Entziehungsklauseln vgl unlängst *Spitzer*, Rücknahme und Verwertung von Vorbehaltsgut, ÖBA 2013, 473 (474 ff).

5) *F. Bydlinski* in *Klang*<sup>2</sup> IV/2, 515 ff; *Aicher* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1063 Rz 56 ff. Zum Benützungsentgelt, das der Verkäufer schuldet, *F. Bydlinski* in *Klang*<sup>2</sup> IV/2, 528 f; *Aicher* in *Rummel*<sup>3</sup> § 1063 Rz 57.

6) Zur Qualifikation des Eigentumsvorbehaltskaufs als beiderseitig nicht erfülltes Rechtsgeschäft nach § 21 IO und den daraus resultierenden Konsequenzen vgl *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, § 21 KO Rz 132 ff und *Spitzer*, Aktuelle Entwicklungen im Kreditsicherungsrecht, ÖBA 2014, 172 (174).

7) Wurde der Rücktritt vor Insolvenzeröffnung erklärt, kann der Aussonderung temporär die Aussonderungssperre nach § 11 IO entgegenstehen. Wurde der Rücktritt noch nicht erklärt, kann § 25 a IO die Ausübung des Rücktrittsrechts blockieren. Vgl dazu *Riedler* in *Apathy/Iro/Koziol*, BVR IX/2<sup>2</sup> Rz 3/29 und *Spitzer*, ÖBA 2014, 172 (174).

wurde in ein Zentrallager, aus dem die Ware wiederum in die Filialen ausgeliefert wurde. Dabei kann es natürlich vorkommen, dass sich im Zeitpunkt der Einlieferung der Vorbehaltsware in das Lager ebendort jeweils schon gleichartige Ware aus früheren Lieferungen befindet. Dasselbe gilt für die Auslieferung aus dem Lager in die Filialen, in denen oft ebenfalls Vorräte übrig sind.

In professionell geführten Unternehmen ist es kein großes Problem, diese durchaus lebensnahen Annahmen zu überprüfen und Ware zu individualisieren. Die Parfümlieferung von vor drei Monaten lässt sich von der Parfümlieferung von gestern etwa durchaus unterscheiden. Das geschieht schon aus Eigennutz, da das betriebswirtschaftlich (etwa im Hinblick auf Produktzyklen und Ablaufdaten) meist sinnvolle FIFO-Prinzip (first in first out) Gewissheit darüber verlangt, was vom vorhandenen Warenbestand eigentlich „first in“ war. Gleichzeitig führt ein elektronisches Warenwirtschaftssystem dazu, dass auf Knopfdruck ein sehr genauer Bestand im Lager und in den Filialen angegeben werden kann. Dieses System ist wiederum oft mit dem Bestellwesen verknüpft, sodass fehlende Produkte automatisch nachgeordert werden.

Dass das nicht überall so ist, zeigt sich im angesprochenen Großverfahren. Ob und wenn ja wie viel Ware noch im Lager war, als die letzten Lieferungen vor Insolvenzeröffnung eintrafen, weiß niemand. Ebenso wenig ist bekannt, ob allenfalls im Lager befindliche Ware schon bezahlt war oder nicht. Das ist nicht unerheblich: Wären solche Warenreste schon bezahlt gewesen, wären sie schon im Eigentum der späteren Gemeinschaftschuldnerin gestanden.

Die unter Eigentumsvorbehalt gelieferten und allenfalls noch vorhandenen, allenfalls schon bezahlten Waren wurden in weiterer Folge an die einzelnen Filialen ausgeliefert. Aufgrund des unzureichenden Warenwirtschafts- und Buchhaltungssystems ließ sich nicht feststellen, was wann wohin ausgeliefert wurde. Ebenso wenig konnte man feststellen, wie viel Ware sich im Zeitpunkt der jeweiligen Lieferung in den jeweiligen Filialen befunden hat und ob solche Produkte bereits bezahlt und damit der Gemeinschaftschuldnerin gehörige Ware oder noch unbezahlte Ware waren. Dieser zweite Vorgang ist daher nichts als eine Neuauflage des ersten.

Inmitten dieser babylonischen Warenverwirrung gibt es nur einen Lichtblick: Da die gelieferten Waren Markenprodukte waren, bestand immerhin nicht die Sorge, dass gleiche Waren verschiedener Lieferanten im Spiel sind.<sup>8)</sup> Parfüm X wurde also nur von X bezogen; Parfüm Y nur von Y. Wem gehören nun aber die Waren, die im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung noch im Lager und in den Filialen waren?

### 3. Probleme

Der Fall stellt sich *prima facie* als einfacher Aussonderungsfall dar, bei dem nur noch zu klären ist, in welchem Umfang Aussonderungsansprüche nach § 44 IO bestehen. Tatsächlich gehen die Meinungen über die Aussonderbarkeit im vorliegenden Verfahren aber auseinander.

Was könnte dem Lieferanten entgegengehalten werden?

- Bei Einlagerung der Ware im Zentrallager könnte sich bereits Ware der gleichen Art im Lager befinden haben. In den Filialen könnte das ebenso gewesen sein.
- Wenn das so war, wurde möglicherweise schon bezahlte Ware weder im Lager noch in den Filialen von unbezahlter Vorbehaltsware getrennt aufbewahrt.
- Wenn das so war, kann Ware, die (noch) im Vorbehaltsseigentum steht, faktisch nicht von schon bezahlter Ware unterschieden werden. Niemandem gelingt also bei einer Menge von 50 Parfümflaschen der Beweis, welche 30 davon aus den letzten, noch unbezahlten Lieferungen stammen.

Zu beantworten ist daher die Frage, inwieweit die Rechtsposition des Vorbehaltsverkäufers in einer solchen Konstellation durch das mangelhafte Aufzeichnungssystem seines Vertragspartners und durch Vermengungsvorgänge bedroht ist. Dabei empfiehlt sich eine chronologische Prüfung der Vorgänge, um nicht vom (wie sich zeigen wird, nur vermeintlichen) Chaos am Ende fehlgeleitet zu werden. Die Unsicherheiten im Sachverhalt lassen es dabei angezeigt erscheinen, vom worst case auszugehen, also das Vorliegen aller drei der angesprochenen Umstände als Prämisse anzunehmen: Unterstellt wird also, dass es zur Vermengung von Vorbehaltsgut und Eigengut im Lager und in den Filialen kam, wobei eine faktische Zuordnung nicht möglich ist. Anhand dieses praktischen Fallbeispiels zeigt sich, wie mit immer wieder auftretenden Unsicherheiten beim Eigentumsvorbehalt umzugehen ist.

## B. Aussonderungsfähigkeit

### 1. Vermengung von Eigengut und Vorbehaltsgut im Zentrallager

Ein Hindernis für eine Aussonderung könnte der Umstand sein, dass Vermengungsvorgänge es unmöglich machen, konkrete Produkte („dieses Parfümfläschchen“) in konkreten Filialen („dieses Parfümfläschchen in Filiale Y“) als Vorbehaltsgut zu identifizieren, sodass eine Aussonderung durch fehlende Bestimmtheit bedroht sein könnte. Die Aussonderung ist ja an sich von der allgemeinen Vermögenszuordnung nach dem ABGB abhängig.<sup>9)</sup> Will man eine Sache herausverlangen, muss man sie dementsprechend an sich individualisieren und sein Eigentum beweisen.<sup>10)</sup>

Der Fall wird durch gleich zwei mögliche Vermengungsvorgänge – im Lager und in den Filialen – kompliziert, eine Gefahr, die sich abstrakt in allen gleich gelagerten Situationen stellt. Bei der Überprüfung der Stichhaltigkeit dieses Arguments muss bei der Einbringung ins Lager begonnen werden. Die anschließende Auslieferung in die Filialen wird dann geprüft (dazu

8) Dies könnte dann ein Fall für einen Poolvertrag sein, vgl. Hödl, Der Lieferantenpool (2010) 79 ff.

9) Schulyok in Konecny/Schubert § 44 KO Rz 3; Uhlenbruck in Uhlenbruck, Insolvenzordnung Kommentar<sup>13</sup> (2010) § 47 InsO Rz 3.

10) Iro, Sachenrecht<sup>6</sup> (2013) Rz 7/2.

B.2.), wenn über die sachenrechtliche Zuordnung der Waren im Lager Gewissheit besteht.

**a) Normatives Umfeld**

Bei unbefangener Betrachtung kommen für die sachenrechtliche Beurteilung einer Vermischung von eigenen und fremden Sachen zwei Rechtsgrundlagen in Betracht: § 371 ABGB, der für Alleineigentum des Vermengenden sprechen könnte, einerseits; §§ 414ff ABGB andererseits, die festlegen, dass eine Vermengung gerade nicht zum Erwerb fremden Eigentums führt (§ 414: „wer fremde Sachen vermengt oder vermischt erhält dadurch noch keinen Anspruch auf das fremde Eigentum“) und die für eine gemeinschaftliche Berechtigung am Gemenge sprechen.

**b) Unanwendbarkeit von § 371 ABGB bei**

**Vermengung von Eigentum und Vorbehaltsware**

Das Verhältnis der beiden Regelungskomplexe ist schwierig und Gegenstand umfangreicher und andauernder literarischer Kontroversen.<sup>11)</sup> Wesentlich ist die Erkenntnis, dass egal welcher These man anhängt, eine Vermengung im Lager des Vorbehaltskäufers keinesfalls zum Erlöschen des Vorbehalts Eigentums führt.

**§ 371 als prozessuale Norm**

Zu einem Untergang des Eigentums des Vorbehaltsverkäufers kann ohnehin nicht kommen, wer in § 371 ABGB keinen Erwerbstatbestand erblickt. Die überwiegende Ansicht geht zwar davon aus, dass § 371 ABGB für bestimmte Fälle einen originären, vom guten Glauben unabhängigen Erwerb durch Vermengung anordnet, in jüngster Zeit wurde dieses Verständnis von § 371 ABGB freilich grundsätzlich in Frage gestellt: Hödl und Iro sehen die Norm als eine rein prozessuale Regel. Diese Ansicht steht in der Tradition des Ansatzes von F. Bydlinski, der § 371 so verstehen wollte, dass § 371 bei Vermischung „ja nur die Eigentumsherausgabeklage bezüglich bestimmter Geldscheine [es geht an der Stelle um Bargeld], materiellrechtlich gesprochen also das Alleineigentum daran, verneint“.<sup>12)</sup>

Schon die Marginalrubrik „Was dem Kläger zu beweisen obliege?“ spreche gegen materiellrechtliche Auswirkungen wie einen Eigentumsverlust.<sup>13)</sup> Die Wendung „Gegenstand der Eigentumsklage“ und auch die systematische Einbettung in das Umfeld der Eigentumsklagen deuten nach dieser Ansicht eindeutig auf eine bloß prozessuale Norm hin. Könne der Beweis erbracht werden, dass überhaupt eine Beteiligung an dem Gemenge vorliege, sei § 371 nicht anwendbar.<sup>14)</sup> In diesem Fall sei sodann die Zweifelsregel des § 839 heranzuziehen, die als *ultima ratio* Anteile nach Köpfen vorsieht.<sup>15)</sup> Auch F. Bydlinski will für Beweisprobleme auf § 839 ABGB bzw auf § 273 ZPO rekurrieren.

**§ 371 als Sondernorm für Geld**

Doch auch wenn man dieser Ansicht nicht folgt, führt die Vermengung von Vorbehaltsgut und Eigengut im Lager des Vorbehaltskäufers nicht zum Untergang des Eigentumsvorbehalts. Qualifiziert man § 371 ABGB nämlich doch als eigenständigen Erwerbstatbestand – wofür historisch manches spricht<sup>16)</sup> –, ist der

Anwendungsbereich der Norm in Abgrenzung zu den Regeln der §§ 414ff ABGB zu bedenken.

§ 371 ABGB steht wohl in der Tradition von Sonderregeln für die Vermengung von Geld. Mit solchen Regeln sollte Geschäftsleuten eine freie Kassaführung gesichert werden, die nicht von Eigentumsansprüchen Dritter blockiert werden konnte.<sup>17)</sup>

Eine engherzige Auslegung ist zwar nicht angebracht: § 371 ABGB deutet ja schon selbst im Wortlaut an, dass der Anwendungsbereich nicht auf Geld beschränkt ist, sondern etwa auch Inhaberpapiere umfasst. Der Normzweck ist dann aber klar: Der Gesetzgeber wollte einen erleichterten Erwerb an besonders verkehrs- und umlauffähigen Sachen.<sup>18)</sup>

Dies berücksichtigt in jüngster Zeit auch Leupold, die betont, der Gemengeinhaber könne von vornherein nur an Geld, Inhaberpapieren oder ähnlich verkehrs- und umlauffähigen Sachen kraft Vermengung Alleineigentum erwerben. „Bei allen anderen vertretbaren Sachen, die in concreto ununterscheidbar vermengt wurden, bleibt es dagegen von vornherein bei der Entstehung von Miteigentum nach §§ 414ff.“<sup>19)</sup> Sind die Quoten am Gemenge nicht feststellbar,<sup>20)</sup> kommt es auch nach dieser Ansicht zur Anwendung der Zweifelsregel des § 839 ABGB.<sup>21)</sup>

Der Anwendungsbereich von § 371 ABGB ist daher beschränkt, er wird – was für den vorliegenden Fall allerdings keine Bedeutung hat – durch die nahezu einhellig befürwortete Quantitätsvindikation aber auch bei Geld nochmals verkleinert.<sup>22)</sup>

**Abgrenzbarkeit/Anteilsbestimmung**

Unter Zugrundelegung der Ansicht, dass § 371 ABGB eine Sondernorm für Geld ist, entpuppt sich „die allgemein behauptete auflösungsbedürftige Antinomie zwischen § 415 und § 371 ABGB [...] als Scheinproblem“.<sup>23)</sup> Teilt man diese Auffassung nicht,<sup>24)</sup> wird die vermeint-

11) Vgl die Ausführungen bei Holzner, Vermengung und Eigentum, JBl 1988, 564 und 632, und die historischen Auf bei Klang in Klang<sup>2</sup> II 233.  
 12) F. Bydlinski in Klang<sup>2</sup> IV/2, 694 f, 630 f.  
 13) Hödl, Lieferantenpool 45 ff; Iro, Sachenrecht<sup>9</sup> Rz 6/25.  
 14) Hödl, Lieferantenpool 45 f.  
 15) Hödl, Lieferantenpool 58 ff. Er erkennt, dass eine Lösung nach Köpfen nicht immer sachgerecht ist, und begrenzt die Anteile als Maximum mit dem Eingebrachten.  
 16) Gamauf, Eigentumserwerb an Geld durch Vermengung im römischen Recht (D 46.3.78) und in § 371 ABGB, JAP 1997/98, 217 (217 f); Rabl, Die Aussonderung von Buchgeld, ÖBA 2006, 575 (579); Spitzer, Bargeld, Buchgeld, Kontokorrent, in Jahrbuch Zivilverfahrensrecht 2011, 215 (220 f).  
 17) Karner, Gutgläubiger Mobilärerwerb. Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen (2006) 81.  
 18) Holzner, JBl 1988, 570 f; Leupold in Klang<sup>3</sup> § 371 Rz 3; Krainz, System<sup>12</sup> 559 f; Stubenrauch, Kommentar<sup>18</sup> 465; Zeller, Kommentar II 141 f; einen anderen Weg nimmt Randa, Das Eigentumsrecht<sup>2</sup> (1893) 352; der den Hintergedanken von § 371 darin sieht, dass bei Geld und Inhaberpapieren typischerweise Gutgläubigkeit des Erwerbers vorläge.  
 19) Leupold in Klang<sup>3</sup> § 371 Rz 14.  
 20) Bezüglich der Feststellbarkeit s Leupold in Klang<sup>3</sup> § 371 Rz 24; sie folgt dabei Holzner, JBl 1988, 635 ff.  
 21) Leupold in Klang<sup>3</sup> § 371 Rz 16; Hödl, Lieferantenpool, 41 ff.  
 22) Vgl dazu Gamauf, JAP 1997/98, 219 ff, der § 371 als lex specialis nur für Geld und ähnliche Wertträger sieht, dabei aber insofern konsequent ist, als er umgekehrt eine Quantitätsvindikation gem §§ 414 ff bei diesen Gegenständen dann immer ausschließt.  
 23) Rabl, ÖBA 2006, 579.  
 24) Holzner in ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 371 Rz 2; Eccher in KBB<sup>3</sup> § 371 Rz 2; Spielbüchler in Rumme<sup>8</sup> § 371 Rz 2; Klicka/Reidinger in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 371 Rz 5. Zum impliziten Berührungspunkt (Aufgehen im Vermögen) s unten FN 31.

liche Antinomie freilich zur wirklichen und der Auflösungsbedarf steigt.

Um die Anwendungsbereiche von §§ 371 und 415 zu definieren, stellt die ältere Lehre auf die Abgrenzbarkeit vom sonstigen Vermögen ab. Nicht mehr abgrenzbar ist nach dieser Theorie ein Gegenstand dann, wenn er im sonstigen Vermögen des Gemeinnehmers aufgegangen ist.<sup>25)</sup> Was man sich unter diesem Aufgehen im Vermögen genau vorstellen soll, bleibt freilich oft unklar.<sup>26)</sup>

Die neuere Lehre geht im Gefolge der grundlegenden Ausführungen von Holzner<sup>27)</sup> überhaupt davon aus, dass nicht die Abgrenzbarkeit des Gemenges vom übrigen Vermögen, sondern der Anteilsnachweis das relevante Kriterium im Verhältnis zwischen §§ 371 und 414 ff ist. Durch Vermengung der vertretbaren Sachen entstehe Eigentum nach Quanten, solange diese nachweisbar seien.

Zum Zeitpunkt der Lieferung von Vorbehaltsware in ein Lager des Käufers sind die Anteile nach beiden Ansichten aber jedenfalls abgrenzbar bzw nachweisbar, sodass der Vorbehaltsverkäufer beruhigt sein kann.

### Zwischenergebnis

Wenn es im Lager des Vorbehaltskäufers zu einer Vermengung von Eigentum und Vorbehaltsware kommt, führt eine solche Vermengung nicht dazu, dass das Vorbehaltsvermögen untergeht und der Käufer somit Eigentümer auch der Vorbehaltsware wird. Niemand vertritt die Ansicht, dass eine solche Vermengung fremder Sachen mit eigenen automatisch zum Alleineigentum des Vermengenden führt. Ein solcher Gedanke wäre als krasser Verstoß gegen den Bestandschutz des Eigentums auch abzulehnen.

Steht fest, dass ein mögliches Gemenge gleichartiger Sachen des Vorbehaltskäufers einerseits und des Verkäufers andererseits nicht ins Eigentum des Käufers übergeht, ist nur noch die sachenrechtliche Qualifikation dieses Gemenges nachzutragen. Dafür ist der Blick nochmals auf die §§ 414 ff ABGB zu richten.

### c) Anwendung von §§ 414 ff ABGB

§ 414 ABGB sichert das soeben erzielte Zwischenergebnis ab, dass aus der bloßen Vermengung von Sachen kein Anspruch auf das Eigentum folgt. Vielmehr werden nach § 415 ABGB, wenn vereinigte, vermengte oder vermischte Sachen wieder abgesondert werden können, jedem Eigentümer seine Sachen zurückgestellt. Ist das nicht der Fall, wird die Sache den Teilnehmern gemein.

Nach unbestrittener Ansicht wird diese Anordnung für die Vermengung von Gattungssachen so verstanden, dass diese stets abgesondert werden können, sodass am Gemenge nicht Miteigentum i.e.S., sondern Quantitätseigentum (Miteigentum nach Quanten) entsteht.<sup>28)</sup> Dieses Quantitätseigentum lässt sich durch Quantitätsvindikation wieder auflösen, dabei handelt es sich um eine vereinfachte Auseinandersetzung des Gemenges durch Realteilung entsprechend den Miteigentumsquoten.<sup>29)</sup> Es lässt sich daher sagen, dass, wenn der Vorbehaltsverkäufer Eigentum und Vorbehaltsware vermengt, ein Gemenge im Quantitätseigentum ent-

steht. Die Anteile an diesem Gemenge ergeben sich aus den jeweiligen Beiträgen.

### d) Zusammenfassung

Vermengt der Käufer in seinem Lager Eigentum und Vorbehaltsware, bestehen keine Zweifel an einer Quantitätsaussonderung. Dieses Zwischenergebnis ist – egal welcher Position zum Verhältnis von § 371 und § 415 man folgt – zwingend und unbestritten. Die Bestimmung der Anteile ist zu dem Zeitpunkt in aller Regel kein Problem, da der aus der Vermischung resultierende Gesamtlagerbestand sich aus einer einfachen Addition von Vorbehaltsgut und Eigentum ergibt.

Doch selbst wenn die Bestimmung der Anteile schwer fiele, weist F. Bydlinski für die vorliegende Fallkonstellation schon darauf hin, dass eine gemeinsame Berechtigung beider die einzig akzeptable Lösung sei: „Ein Käufer hat gleichartige Ware teils mit, teils ohne Eigentumsvorbehalt gekauft und wieder zum Teil [...] veräußert, zum Teil gelagert. Konkret wird sich nicht mehr beweisen lassen, welche verkauften und gelagerten Stücke aus dem einen oder anderen Quantum stammen. Niemand wird sich hier mit der schlichten Begründung, das sei eine gar zu unpraktische und schwierige Situation, einer der Rechtslage entsprechenden Entscheidung entziehen können, die nur in der Anwendung der Regeln über die Vermengung (§ 415) liegen kann.“<sup>30)</sup>

## 2. Auslieferungen aus dem Lager

An diesem Befund ändert sich nichts dadurch, dass der Vorbehaltsverkäufer Ware in die einzelnen Filialen liefert. Das Gemenge, das sich vorher an einem Ort (Lager) befunden hat, befindet sich dann eben an mehreren Orten (Lager und Filialen). Diese Aufteilung hat für sich genommen keinerlei Rechtsfolge, sie ist insbesondere nicht mit dem vielfach als Hindernis einer Vindikation ins Spiel gebrachten „Aufgehen im sonstigen Vermögen des Schuldners“ zu verwechseln,<sup>31)</sup> das zur Abgrenzung von § 371 und §§ 414 ff ABGB herangezogen wird.<sup>32)</sup>

Hödl<sup>33)</sup> weist in diesem Zusammenhang aber schon darauf hin, dass ein solches Aufgehen ohnehin nur bei Sachen hoher Fungibilität (wie Geld oder Wertpapieren) möglich sei, nicht aber in den typischen Fällen von Vorbehaltsvermögen. Tatsächlich ist die Schranke des „Aufgehens im sonstigen Vermögen“, die auf Ehrenzweig<sup>34)</sup> zurückgeht, so zu erklären, dass es nicht angehe, den Kläger zum Miteigentümer des „nicht abgegrenzten, stetig wechselnden Geldvorrates zu machen“.<sup>35)</sup> Dies illustriert, dass auch die Vertreter der unter B.1.b)

25) Klicka/Reidinger in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 371 Rz 7 mwN.

26) Dazu unten B.2.

27) Holzner, JBl 1988, 564 und 632; Spielbüchler in Rummeß § 371 Rz 2. So auch Leupold in Klang<sup>3</sup> § 371 Rz 24 ff, freilich erst auf der Ebene der Zulässigkeit der Quantitätsvindikation bei Geld.

28) Eccher in KBB<sup>3</sup> § 415 Rz 29; Iro, Sachenrecht<sup>5</sup> Rz 6/23.

29) Iro, Sachenrecht<sup>5</sup> Rz 6/23; Mader in ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 415 Rz 7; Illedits in Schwimann, Taschenkommentar ABGB<sup>2</sup> § 415 Rz 1.

30) F. Bydlinski in Klang<sup>2</sup> IV/2, 630 f, 694 f.

31) Vgl SZ 42/181; Kletečka, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> (2006) 321; Riedler, Zivilrecht V. Sachenrecht<sup>9</sup> (2010) Rz 3/181 f; Klicka/Reidinger in Schwimann/Kodek<sup>4</sup> § 371 Rz 7 (wenn sich die Sache im Vermögen des anderen „verloren“ hat).

32) Siehe schon oben B.1.b.

33) Lieferantenpool 47 ff.

34) Ehrenzweig, System I/2<sup>2</sup> 215 f.

35) Ehrenzweig, System I/2<sup>2</sup> 216. Vgl aber SZ 11/61: Bierflaschen.

geschilderten Ansicht in aller Regel zur Anwendung von § 371 ABGB nur bei Geld kommen. Jedenfalls bestimmt dies die gegebenen Beispiele, bei klassischer Vorbehaltsware spielt dieses Kriterium hingegen keine Rolle, da sich Kosmetika, Baustoffe, Maschinen, Fernseher usw nicht „im Vermögen verlieren“.

**a) Ortsveränderung als Vindikationshindernis?**

Liefert der Vorbehaltskäufer Ware also aus seinem Lager in seine Filialen, vermag dies an der vermögensrechtlichen Zuordnung nichts zu ändern. Wollte man das anders sehen, würde eine bloß räumliche Veränderung über den Bestandschutz des Eigentums entscheiden, wofür kein Grund ersichtlich ist. Warum sollte die simple Ortsveränderung, ja vielleicht schon das Verladen auf den Lkw eine materiellrechtliche Zuweisungsänderung bewirken? Dafür ist weder ein vernünftiger Grund noch eine taugliche Rechtsgrundlage ersichtlich. Die Erkenntnis des römischen Rechts, dass der Eigentümer dort vindiziert, wo er seine Sache eben antrifft, gilt auch heute noch (*ubi meam rem invenio, ibi vindico*).

Eine Parallele zum Aufteilen des Gemenges auf mehrere Standorte zeigt der Fall, in dem schon die Vermengung ohne physisches Zusammenbringen der Ware erfolgt, weil der Vorbehaltskäufer die Ware zwar getrennt lagert, aber auf Grund unzureichender Dokumentation nicht nachvollziehbar ist, ob die 50 Parfümflaschen in Lager A oder die 50 in Lager B Vorbehaltsgut sind. Es ist völlig unbestritten, dass auch dann Quantitätseigentum durch Vermengung entsteht, obwohl eine physische Vermengung gar nicht stattgefunden hat.<sup>36)</sup> Damit zeigt sich, dass ein Gemenge an mehreren Standorten nichts Überraschendes ist, ein Umstand, den schon *Spielbüchler* gebilligt hat.<sup>37)</sup>

**b) Veränderung der Gemengeanteile**

Sehr wohl ist es natürlich möglich, dass durch die räumliche Aufteilung weitere Vermengungen stattfinden. Praktisch relevant ist das insbesondere, wenn ausgelieferte Ware in den Filialen in die Regale eingeschichtet wird, wo sich noch Ware befindet. Das dem Vorbehaltskäufer einerseits und dem Verkäufer andererseits gehörende Gemenge kann bei solchen Vorgängen also noch einmal vermengt werden.

Auch das ist für eine Aussonderung aber unschädlich. Wenn einem Gemenge weitere Stücke des einen oder anderen Quantitätseigentümers zugeführt werden, verändern sich die Anteile am Gemenge entsprechend. Ein ganz vergleichbares Beispiel, an dem wie hier auch zwei Rechtsträger beteiligt waren, hat schon *Holzner* gebildet, der erläutert: „*Gelangen in ein Gemenge von 30:30 weitere dreißig des Vermengers, dann beträgt das Verhältnis [...] 30:60*“.<sup>38)</sup> Das ist konsequent und überzeugt. Kommen in den Filialen also noch weitere gleichartige Produkte zum Gemenge dazu, so ändert sich eben das Anteilsverhältnis.

Das bedeutet: Besteht zum Beispiel im Lager bei 50 Parfümflaschen Quantitätseigentum von 20:30 zugunsten des Vorbehaltsverkäufers, führt eine Zuführung von 5 Stück Eigengut des Gemeinschuldners dazu, dass sich die Anteile auf 25:30 verändern.

**c) Identität der Beteiligten**

Dass mit der Auslieferung in die Filialen das Gemenge vielfach zersplittert werden kann, spielt keine Rolle und darf den Blick auf die sachenrechtlich relevante Frage nicht verstellen. Maßgebend ist nämlich nicht die Anzahl der Standorte des Gemenges, sondern der Umstand, dass sich rechtlich an der Vindikationslage durch die Auslieferung in die Filialen nichts ändert. Am Quantitätseigentum sind vor und nach einer Auslieferung in die Filialen der Vorbehaltsverkäufer auf der einen Seite und der Käufer auf der anderen Seite beteiligt. An den beteiligten Rechtsträgern ändert sich durch Lieferungen nichts, allenfalls die Quoten werden korrigiert.

Für Quantitätseigentum ist es in dieser Situation somit nicht erforderlich zu beweisen, welche Parfümflasche in welcher Filiale Vorbehaltsware ist. Ein solches Erfordernis ist der Quantitätsvindikation überhaupt fremd. Sie bewirkt ja gerade, dass der Kläger „*vindizieren kann, obwohl er nicht identifizieren kann*“;<sup>39)</sup> das sachenrechtliche Bestimmtheitsgebot wird für das Quantitätseigentum also abgemildert. Diese – unbestritten sachgerechte und notwendige – Modifikation der *rei vindicatio* soll gerade den notwendigen Bestandschutz verwirklichen.

**d) Zwischenergebnis**

Selbst wenn ein schlampiger Vorbehaltskäufer Waren auf sein Filialnetz aufteilt, bleibt der Eigentumsvorbehalt bestehen. Eine Anreicherung des Gemenges durch in den Filialen befindliches Eigengut ist für das Quantitätseigentum völlig unschädlich. Eine rechtlich relevante Veränderung kann sich nur im Hinblick auf die Anteile ergeben, den neuen Aufbewahrungsorten kommt hingegen keine rechtliche Bedeutung zu.

Aus praktischer Sicht erwähnenswert scheint, dass auch nach einer Auslieferung die Bestimmung der Anteile keine Probleme bereitet. Eine Inventur ergibt den Gesamtbestand der Ware, der Anteil des Verkäufers entspricht der unbezahlten Lieferung, sodass sich der Anteil des Käufers durch simple Subtraktion ermitteln lässt.

**3. Veränderungen des Gemenges durch Verkäufe**

Als letzter Schritt ist zu prüfen, welchen Einfluss in den Filialen stattfindende Verkäufe auf das Quantitätseigentum haben.

**a) Rekapitulation der Ausgangssituation**

Nimmt man an, dass es zu einer Vermengung von Vorbehaltsware mit bereits bezahlter Ware kommt, befindet sich – bevor es Entnahmen daraus gibt – in der Gewahrsame des Vorbehaltsverkäufers ein Gemenge, das im gemeinsamen Quantitätseigentum steht. Die Anteile ergeben sich recht unproblematisch aus der Addi-

36) *Hödl*, Lieferantenpool 50.

37) *Spielbüchler* in *Rummel* § 371 Rz 2, den es nicht stört, wenn „*der räumliche Zusammenhang fehlt*“.

38) *Holzner*, JBI 1988, 637.

39) *Holzner*, JBI 1988, 636.

tion von Vorbehaltsware und Eigengut. *Holzner* hat schon darauf hingewiesen, dass der Anteilsnachweis dann keine Schwierigkeiten bereite, wenn der Kläger seinen Anteil an einem unverändert gebliebenen Gemenge nachweise.<sup>40)</sup>

Welche Auswirkungen hat es aber, wenn in den Filialen Produkte aus diesem Gemenge verkauft werden? Ausgeklammert bleiben kann dabei die vermögensrechtliche Zuordnung der an Kunden verkauften Produkte. Das Eigentum an ihnen erlischt jedenfalls.<sup>41)</sup>

## b) Auswirkungen von Entnahmen auf Quantitätseigentum

*Holzner* hat herausgearbeitet, dass die Vermengung eine Situation ist, die ein sorgfältiger Vorbehaltskäufer zu vermeiden trachtet. Davon ausgehend ist mit ihm zu bedenken, dass ein redlicher Gemengeinhaber „regelmäßig bemüht sein [wird], den fremden Anteil nicht anzutasten“. Daraus folgt: „Man wird ganz allgemein die entnommenen Stücke ihm selbst zurechnen [...] dürfen.“

Dazu bildet *Holzner* das einfache Beispiel zweier 1.000-Schilling-Geldscheine, die zusammengelegt werden. Begleiche der Inhaber dann eine Forderung über 900, „so ist anzunehmen, dass er mit ‚seinem‘ Schein zahlen wollte und die noch vorhandene Eintausendschillingnote dem Kläger gehört“. Ein gegenteiliger – unredlicher – Wille bleibt unbeachtlich, weil der unredliche Handelnde nicht besser gestellt werden darf als der redliche. „Seinen Einwand, er habe mit seinen Entnahmen eine andere – etwa anteilmäßige – Belastungsverteilung beabsichtigt, braucht man ebensowenig gelten zu lassen, wie den Einwand, er habe nur den fremden Anteil belasten wollen“.<sup>42)</sup>

Diese Ansicht ist seit *Holzners* Beitrag<sup>43)</sup> herrschend geworden und ist heute unwidersprochen, explizite Zustimmung findet sich etwa bei *Spielbüchler*,<sup>44)</sup> *Hödl*,<sup>45)</sup> *Leupold*<sup>46)</sup> und *Binder/Spitzer*.<sup>47)</sup> Es kann daher das Fazit gezogen werden, dass Entnahmen nur den Anteil des Käufers belasten, „solange dies rechnerisch nur möglich ist“.<sup>48)</sup> *Hödl* bringt es auf den Punkt: „Entnahmen des Gemengeinhabers gehen daher zunächst zu dessen Lasten; erst wenn sie seinen Anteil übersteigen, gehen Entnahmen zu Lasten der Miteigentümer“.<sup>49)</sup>

## c) Schlussfolgerung

Daraus folgt: Jede Entnahme, die aus dem Gemenge getätigt wird, vermindert das Eigentumsquantum des Vorbehaltskäufers. Dies so lange, bis die Produkte in seiner Gewahrsame (nur mehr) im Alleineigentum des Verkäufers stehen.<sup>50)</sup> Die Gemengelage wird damit Stück für Stück wieder abgebaut.

Die Rechtsposition des Verkäufers ist bei einem solchen Vorgang nur soweit gefährdet, als ein Abrutschen der Gesamtmenge unter dessen Quantum zum – unwiederbringlichen – Verlust der Sicherheit führt. Das ist konsequent, wie sich anhand der Fortführung des obigen Beispiels zeigt: Wird das Gemenge von 20:30 Parfümflaschen aus dem Lager auf die Filialen aufgeteilt, in denen sich Eigengut der Insolvenzschuldnerin von 5 befindet, verschieben sich die Quanten dement-

sprechend auf 25:30 Parfümflaschen. Jede Entnahme aus diesem Gemenge belastet zuerst die Insolvenzschuldnerin.

Zur Beeinträchtigung der Sicherheit des Verkäufers kann es folglich erst beim Verkauf des 26. Parfüms kommen, der notwendig zu dessen Lasten geht. „Entnahmen des Gemengeinhabers gehen zunächst zu dessen eigenen Lasten. Erst wenn sie seinen Anteil überschreiten, mindern sie das Eigentum des Gegners“.<sup>51)</sup> Mit anderen Worten: Es kommt zu einer stückweisen Bereinigung des Gemenges um den Eigenanteil der Insolvenzschuldnerin, sodass zu einem bestimmten Zeitpunkt nur mehr Eigentum des Verkäufers vorhanden ist.

## C. Zusammenfassung und Fazit

- Mit Lieferung der Vorbehaltswaren in ein Lager des Käufers, in dem sich Eigengut befindet, entsteht Quantitätseigentum. Der Anteil des Lieferanten ergibt sich durch Subtraktion der gelieferten Waren vom Gesamtbestand; der Rest ist dem Käufer zuzurechnen.
- Die Auslieferung aus dem Lager in einzelne Filialen ändert daran nichts, da eine Verteilung des Gemenges auf mehrere Standorte das Quantitätseigentum nicht untergehen lässt. Durch in den Filialen bereits vorhandene gleichartige Produkte ändert sich nur das Verhältnis der Anteile des Lieferanten und des Gemeinschuldners.
- Weiterveräußerungen durch den Vorbehaltskäufer belasten den Anteil des Gemeinschuldners so lange, bis dieser Anteil auf null sinkt. Ab diesem Zeitpunkt liegt Alleineigentum des Lieferanten vor.
- Veräußerungen, die stattfinden, nachdem der Anteil des Gemeinschuldners auf null gesunken ist, gehen daher zulasten des Lieferanten. Dritte werden derivativ auf Grund einer Verfügungsbeziehung oder gutgläubig nach § 367 Eigentümer; von ihnen kann der Lieferant nicht vindizieren.
- Vorbehaltsgut, das im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung über den Käufer noch vorhanden ist, steht zumindest im Quantitätseigentum des Lieferanten und des Gemeinschuldners oder im Alleineigentum des Lieferanten. Bezüglich dieser Waren kann der Lieferant (Quantitäts-)Aussonderungsansprüche gem § 44 Abs 1 IO geltend machen. →

40) *Holzner*, JBl 1988, 636.

41) Entweder auf Grund einer sachenrechtlichen Verfügungsermächtigung oder nach § 367 ABGB.

42) *Holzner*, JBl 1988, 636 f.

43) Siehe jüngst auch in ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 371 Rz 2.

44) In *Rummel* § 71 Rz 2.

45) Lieferantenpool 63 f.

46) In *Klang* § 371 Rz 24.

47) In *Schwimann/Kodek* (2014) § 1063 Rz 69.

48) *Holzner* in ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 71 Rz 2; *Leupold* in *Klang* § 371 Rz 24.

49) *Hödl*, Lieferantenpool 63.

50) *Spielbüchler* in *Rummel* § 371 ABGB Rz 2; *Holzner*, JBl 1988, 636 f.; *ders* in ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 371 Rz 2; *Leupold* in *Klang* § 371 Rz 24.

51) *Holzner*, JBl 1988, 637.



## → In Kürze

Der Beitrag beleuchtet, wie viel Sicherheit dem Verkäufer von vertretbaren Sachen die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts bietet. Untersucht werden die Auswirkungen von Vermengungen und von Schwächen im Lagerhaltungs- und Warenwirtschaftssystem des Käufers.

## → Zum Thema

### Über die Autoren:

Mag. Maximilian Harnoncourt ist Universitätsassistent am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht der WU Wien; Univ.-Prof. Dr. Martin Spitzer Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht ebendort. Kontaktadresse: Welthandelsplatz 1/D3, 1020 Wien. E-Mail: lehrstuhl.spitzer@wu.ac.at

### Literatur:

*Spitzer*, Rücknahme und Verwertung von Vorbehaltsgut. 2 Fragen der Vertragsgestaltung beim Eigentumsvorbehalt anlässlich 9 Ob 11/11 z, ÖBA 2013, 473; *ders*, Aktuelle Entwicklungen im Kreditsicherungsrecht, ÖBA 2014, 172; *ders*, Betrieb und Betriebsgefahr im EKHG, in FS Fenyves (2013) 331; *Harnoncourt*, Anm zu 14 Os 10/13 x, iFamZ 2013, 246.