

# **Insolvenz-Forum 2013**

**Vorträge anlässlich  
des 20. Insolvenz-Forums  
Grundlsee im November 2013**

herausgegeben von

**Univ.-Prof. Dr. Andreas Konecny**

Universität Wien  
Institut für Zivilverfahrensrecht



**R E C H T**

Wien · Graz 2014

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten.

ISBN 978-3-7083-0999-6  
NWV Verlag GmbH  
Faradaygasse 6, 1030 Wien, Österreich  
Tel.: +43 1 796 35 62-24, Fax: +43 1 796 35 62-25  
E-Mail: [office@nwv.at](mailto:office@nwv.at)

Geidorfgürtel 24, 8010 Graz, Österreich  
E-Mail: [office@nwv.at](mailto:office@nwv.at)

[www.nwv.at](http://www.nwv.at)

© NWV Neuer Wissenschaftlicher Verlag, Wien · Graz 2014

Druck: Bookprint Kft., Győr

**Univ.-Prof. Dr. Martin SPITZER, Wien**

## **Der Eigentumsvorbehalt im Insolvenzverfahren\***

### **I Einleitung**

Der zentrale Gedanke hinter dem Eigentumsvorbehalt – sein Sicherungscharakter – wird naturgemäß vor allem bei Zahlungsunfähigkeit des Käufers schlagend. Die folgende Erörterung jüngster Rechtsprechungsentwicklungen soll aufzeigen, dass sich aber gerade in der Insolvenz des Schuldners im Zusammenhang mit Eigentumsvorbehaltsklauseln ganz grundlegende Fragen stellen, die erst kürzlich höchstgerichtlich beantwortet wurden bzw weiterhin offen sind. Dabei wird zunächst untersucht, wie sich der Kaufpreisanspruch und ein Herausgabeverlangen zueinander verhalten (s gleich unter II). In einem engen Zusammenhang dazu steht die Wirksamkeit von Entziehungsklauseln (s III). Schließlich wird die Gültigkeit von Verwertungsklauseln (s unten IV) diskutiert.

### **II Verhältnis Herausgabebegehren zu Zahlungsanspruch**

#### **A Rechtliche Rahmenbedingungen**

Die Ausgangssituation ist bekannt: Der Vorbehaltskäufer erwirbt durch den Kaufvertrag ein Recht zum Besitz gegenüber dem Verkäufer. Gerät der Käufer in Verzug, hat der Vorbehaltsverkäufer eine Wahlmöglichkeit: Er kann – mangels anderer Vereinbarungen<sup>1</sup> – vom Vertrag nach Setzung einer angemessenen Nachfrist zurücktreten,<sup>2</sup> was zur Rückabwicklung Zug um Zug führt: Der Verkäufer bekommt dann seine Sache zurück (§§ 366, 1435 iVm § 921 S 1 ABGB), der Käufer schon geleistete Kauf-

---

\* Der vorliegende Beitrag ist die schriftliche und ergänzte Fassung eines Vortrages, den der Verfasser am Insolvenzforum Grundsee 2013 gehalten hat. Er inkludiert die Ausführungen des Verfassers zu „Rücknahme und Verwertung von Vorbehaltsgut“ in ÖBA 2013, 473 und Teile der Ausführungen zu „Aktuelle Entwicklungen im Kreditsicherungsrecht“ in ÖBA 2013, 172.

1 Siehe dazu III.

2 Dieser Rücktritt unterliegt heute allgemeinen Regeln (§ 918 ABGB). Die frühere Überlagerung durch Art 8 Nr 21 der 4. EVHGB (kein Rücktritt nach § 918 ABGB bei Kreditierung) ist durch die UGB-Reform beseitigt worden. Vgl *P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB<sup>4</sup> (2013) § 918 Rz 11; OGH 2 Ob 109/09g JBI 2010, 184; zu spezifisch insolvenzrechtlichen Aspekten s *Riedler*, Der Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des Käufers nach dem IRÄG 2010, ÖJZ 2011/94, 904; *ders in Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht IX/2 (2011) Rz 3/29 ff; diesem folgend *Spitzer*, Rücknahme und Verwertung von Vorbehaltsgut – 2 Fragen der Vertragsgestaltung beim Eigentumsvorbehalt anlässlich 9 Ob 11/11z, ÖBA 2013, 473.

preisteile (§ 1435 iVm § 921 S 1 ABGB). Zusätzlich können Benützungsentgelte gebühren.<sup>3</sup> Der Verkäufer kann aber natürlich ebenso gut am Vertrag festhalten und weiterhin seinen Anspruch auf Zahlung des (Rest-) Kaufpreises geltend machen.

## **B OGH 8 Ob 94/09w**

Die E 8 Ob 94/09w dreht sich um den Verkauf einer Lüftungsanlage an die spätere Gemeinschuldnerin unter Eigentumsvorbehalt.<sup>4</sup> Dabei hat sich das Problem des Verhältnisses des Zahlungsanspruches (bei Festhalten am Vertrag) zum Herausgabeanspruch (bei Vertragsrücktritt) gestellt, weil die beiden einander eigentlich widersprechenden Begehren zusammen gebracht wurden.

Der Verkäufer hat nämlich zunächst seine Restkaufpreisforderung im Konkursverfahren als Konkursforderung angemeldet und nach Bestreitung durch den Masseverwalter im April 2005 in einem Prüfungsprozess die Feststellung der Kaufpreisforderung als Konkursforderung (§ 110 IO) begehrt. Im Juni 2005 brachte der Verkäufer dann eine zweite, gesonderte Klage ein, mit der er die Herausgabe der Lüftungsanlage begehrte. Diese Klage wurde rechtskräftig abgewiesen, die Gründe dafür sind nicht bekannt.<sup>5</sup> Im Prüfungsprozess wendete der Beklagte nun ein: Da der Herausgabeanspruch hinsichtlich der Vorbehaltsware den Rücktritt vom Vertrag voraussetze, sei die Klägerin durch Geltendmachung der Aussonderung im zweiten Verfahren vom Vertrag zurückgetreten. Somit gebe es keinen Rechtsgrund mehr für einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung (hier in Gestalt des Prüfungsbegehrens), sodass notwendigerweise die Feststellung der restlichen Entgeltforderung scheitern müsse. Die Klägerin habe sich durch ihren Rücktritt eben festgelegt und könne nicht jetzt, nach Scheitern des Aussonderungsprozesses, wieder auf die Kaufpreiszahlung umsteigen.

Mit dieser in sich durchaus schlüssigen und *prima facie* wohl auch einleuchtenden Ansicht hatte der Beklagte beim OLG Wien als Berufungsgerecht Erfolg. Die Klägerin habe ihrem Zahlungsbegehren eben durch das spätere Aussonderungsbegehren, das als Rücktritt zu werten sei, die Basis entzogen. Einen einmal gewählten Rücktritt kann man schließlich nicht einfach wieder ungeschehen machen.

„*Secunda facie*“ stellt sich aber doch die grundsätzliche Frage, wie sich der Kaufpreisanspruch (in welcher Gestalt immer, also als Zahlungsbegehren, aber auch im Prüfungsprozess) und ein Herausgabeverlangen zueinander verhalten.

---

3 F. Bydlinski in Klang, Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>2</sup> IV/2 (1978) 515 ff.

4 OGH 8 Ob 94/09w ÖBA 2010/1647 (541) = EvBl 2010/97 (Widhalm-Budak) = ZIK 2011/39, 25.

5 Leicht vorstellbar wäre bei der Lüftungsanlage ein Einbau und die daraus resultierende Sonderrechtsunfähigkeit.

## 1 Zahlungsanspruch vs Herausgabeanspruch

Fest steht jedenfalls, dass die Geltendmachung des Zahlungsanspruches einen zukünftigen Rücktritt und das daraus resultierende Herausgabe verlangen nicht hindert.<sup>6</sup> Dass eine Geltendmachung des Kaufpreisanspruchs zum Wegfall der Sicherung gerade dieses Anspruches führen würde,<sup>7</sup> ist natürlich undenkbar. Ein späterer Rücktritt ist daher – wenn die Voraussetzungen dann (noch) vorliegen – selbstverständlich möglich. Das gilt auch dann, wenn der Zahlungsanspruch in der Insolvenz geltend gemacht wird. Durch die Geltendmachung der Kaufpreisforderung vergibt sich der Verkäufer also nichts.

## 2 Herausgabeanspruch vs Zahlungsanspruch

Mit dem Herausgabebegehren ist die Sache etwas komplizierter: Tatsächlich gibt es nämlich einen Rechtssatz, der besagt, dass wenn der Vorbehaltsverkäufer seine Sache zurückverlangt, im Zweifel ein Rücktritt vom Vertrag vorliegt.<sup>8</sup> Das leuchtet ein, weil ohne Rücktritt ja kein Herausgabeanspruch besteht. Ordnet man diesen Rechtssatz allerdings in einen breiteren, rechtsgeschäftlichen Zusammenhang ein, zeigt sich, dass der Rücktritt als Gestaltungsrecht natürlich durch eine Willenserklärung ausgeübt wird. Gibt es – wie in der Entscheidung über die Lüftungsanlage – keine ausdrückliche Rücktrittserklärung, kann die Frage nur sein, ob das Herausgabe verlangen, eben weil es ohne Rücktritt nicht erfolversprechend ist, als Rücktrittserklärung verstanden werden kann. Damit stellt sich die Frage nach dem Erklärungswert des Herausgabe verlangens als konkludente Willenserklärung. Die Antwort darauf liegt in § 863 ABGB, aus dem sich ergibt, dass der Satz vom „Rücktritt durch Rückforderung“ ein Lippenbekenntnis ist. Eine konkludente Willenserklärung darf ja nur angenommen werden, wenn bei Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund übrig bleibt, am Erklärungswert zu zweifeln.

Solche Gründe liegen nach Ansicht der Gerichte aber oft vor. Tatsächlich finden sich nur wenige Fälle, in denen der OGH einen Rücktritt bejaht hat. Wie hoch die Anforderungen sind, illustriert die E 1 Ob 2297/96t,<sup>9</sup> in der der Kaufvertrag für den Fall des Verzuges nur zwei Möglichkeiten vorsah: Terminsverlust und sofortige Zahlung der ganzen Restschuld einerseits, Rücktritt und sofortige Aushändigung der Kaufsache andererseits. Der Verkäufer hat sich vor diesem Hintergrund entschlossen, die Sache in „Sicherungsverwahrung“ zu nehmen, was für ihn bedeutet hat, sie eigenmächtig vom Vater der Käuferin zurückzuholen. Diesen Vorgang hat der OGH als Rücktritt vom Vertrag gewertet. Ausschlaggebend dürfte dabei aber vor allem gewesen sein, dass bei dieser Nacht-und-Nebel-Kommandoaktion nicht viel gesagt wurde, was Zweifel iSd § 863 ABGB

---

6 PIB 23.5.1916, JB 246.

7 Zur Diskussion, welchen Anspruch der Eigentumsvorbehalt sichert, *Widhalm-Budak* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (26. Lfg; 2007) § 21 KO Rz 134 ff.

8 Vgl etwa OGH 1 Ob 2297/96t ÖBA 1998, 798 (*Bollenberger*); RIS-Justiz RS0020454.

9 ÖBA 1998, 798 (*Bollenberger*).

begründen hätte können. Sonst ist die Rsp mit der Annahme eines Rücktritts nämlich vorsichtig und interpretiert das Herausgabeverlangen eher als Bitte, der der Käufer aber nicht entsprechen muss. So etwa, wenn der Verkäufer die Rückgabe der Sache „zur Abgeltung der gegen [den Käufer] bestehenden Forderung“<sup>10</sup> verlangt oder sogar, wenn eine geheim eingebaute elektronische Sperre aktiviert wird, die ohne ebenfalls geheimen Code nicht wieder deaktiviert werden kann.<sup>11</sup>

Zweifel am Erklärungswert sollen immer schon dann bestehen, wenn Begehren auf Zahlung einerseits und auf Herausgabe andererseits gleichzeitig erhoben werden.<sup>12</sup> Das gilt insb auch in der Insolvenz, eine Situation, in der die Geltendmachung der Forderung und gleichzeitige Stellung eines Aussonderungsbegehrens praktisch häufig ist. Dasselbe gilt aber auch dann, wenn – wie in unserem Fall – einem Zahlungsbegehren ein Herausgabebegehren folgt und das Zahlungsbegehren aufrecht bleibt.<sup>13</sup>

Das bedeutet für den Lüftungsanlagen-Fall, dass auf Grund der Strenge des Maßstabes des § 863 ABGB und der damit korrespondierenden Großzügigkeit bei der Annahme von Zweifeln am Erklärungswert das Herausgabebegehren – nach Ansicht des OGH – nicht zum Rücktritt vom Vertrag geführt hat. Daran soll auch der Umstand nichts ändern, dass das Herausgabebegehren nicht etwa nur außergerichtlich gestellt, sondern in einem Gerichtsverfahren mit Anwaltszwang formuliert wurde. Es sei nämlich zu bezweifeln, dass die Einbringung der Aussonderungsklage „*eindeutig in einer Richtung zu verstehen sei*“. Damit kommt man der anwaltlich vertretenen Klägerin natürlich sehr entgegen, allerdings ist dann eines zu bedenken: Unter Zugrundelegung dieser Ansicht ist die Aussonderungsklage unschlüssig und schon deshalb – nach Verbesserungsversuch<sup>14</sup> – abweisungsreif.

### 3 Insolvenzbedingter Schwebestand

Aus der Erkenntnis, dass der Verkäufer nicht wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten sei, hat der OGH im Prüfungsprozess die Konsequenz gezogen, dass mangels anderer Einwendungen die Feststellung der Restforderung als Konkursforderung zu erfolgen habe. Er hat der Prüfungsklage daher stattgegeben. *Widhalm-Budak* hat das mit dem Hinweis kritisiert,<sup>15</sup> dass Kaufverträge unter Eigentumsvorbehalt, solange der Kaufpreis noch nicht voll bezahlt ist, als beiderseitig nicht erfüllte Verträge nach § 21 IO qualifiziert werden<sup>16</sup> und daher dem Insolvenzverwalter ein Rück-

---

10 OGH 7 Ob 507/85 SZ 58/39 = EvBl 1985/137 = JBl 1986, 307 (*Reidinger*).

11 OGH 6 Ob 526/94.

12 OGH 1 Ob 713/86 RdW 1987, 157.

13 Wie streng der OGH ist, sieht man auch im umgekehrten Fall, dass auf das Rücktrittsrecht nicht einmal unbedingt dadurch verzichtet werde, dass der Verkäufer die Zwangsausgleichsquote für die Kaufpreisforderung entgegennimmt, vgl OGH 8 Ob 184/00t zu einem Fall der Ersatzaussonderung; in differenzierender Abgrenzung zu OGH 9 ObA 206/88 SZ 61/123 = RdW 1989, 200 = wbl 1989, 124, wo die Sache noch vorhanden war.

14 *Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (2013) Rz 379.

15 *Widhalm-Budak*, EvBl 2010/97, 673 (Entscheidungsanmerkung).

16 *Gamerith* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht<sup>4</sup> I

trittsrecht zustehe. Tritt er zurück, stünde dem Verkäufer aber nicht einfach die Restforderung seines Kaufpreises zu – für diese wäre mit dem Vertragsrücktritt der Rechtsgrund ja gerade weggefallen –, sondern ein Schadenersatzanspruch nach § 21 Abs 2 IO.<sup>17</sup>

Aus welchem Rechtsgrund der Verkäufer was erhält, hängt also von der Wahl des Insolvenzverwalters ab, die nach der Entscheidung aber noch nicht stattgefunden haben dürfte. Damit befand sich das Vertragsverhältnis über die Lüftungsanlage in einer Art Schwebezustand, den man durch einen Fristsetzungsantrag nach § 21 Abs 2 IO hätte beenden können. So hätte der Verkäufer Gewissheit darüber erlangt, was er verlangen soll. Die Herausgabe der Sache und Schadenersatz – dann ohne eigenen Rücktritt – oder die Zahlung des Kaufpreises als Masseforderung.

### III Entziehungsklauseln

#### A Ausgangsfall

Ausgangspunkt für die folgenden Überlegungen ist die E 9 Ob 11/11z. Der Käufer und nunmehrige Kläger hatte ein Motorboot unter Eigentumsvorbehalt gekauft. Der beklagten finanzierenden Bank wurde die Kaufpreisforderung samt vorbehaltenem Eigentum am Boot vom Verkäufer abgetreten. Weil der Käufer mit der Ratenzahlung in qualifizierten Verzug geriet, machte die Bank von der vereinbarten Berechtigung Gebrauch, „dem Käufer das Benützungsgewalt am Kaufgegenstand zu entziehen und den Kaufgegenstand ohne Intervention von Gerichten oder Verwaltungsbehörden sowohl in Gewahrsam zu nehmen wie auch zu verwerten“. Der Käufer begehrte nun Schadenersatz von der Bank, weil die Verwertung zu ungünstigen Bedingungen erfolgt sei.

Die Entscheidung, in der der OGH eine Haftung der Bank bejaht hat, wirft verschiedene Fragen auf, die über den Einzelfall hinausgehen und lenkt den Blick auf Klauseln wie die hier verwendete, die dem Vorbehaltsverkäufer das Recht einräumen, dem Käufer die Kaufsache zu entziehen (dazu gleich unten).

#### B Rechtliche Rahmenbedingungen

##### 1 Abweichende Gestaltungen

In der Praxis soll von einem „klassischen“ Eigentumsvorbehalt (der Käufer hat ein Recht zum Besitz bis der Verkäufer den Vertrag wegen Verzug auflöst) oft abgewichen werden, indem zwar der Kaufvertrag aufrecht bleiben, die Ware aber bei qualifiziertem Verzug an den Verkäufer zurückgestellt werden soll. Man spricht bei solchen Klauseln von „Rücknahme-

---

(2009) § 21 KO Rz 11 ff; *Keplinger*, Das Synallagma in der Insolvenz (2000) 320; *Widhalm-Budak in Konecny/Schubert*, KO § 21 Rz 132 ff. Im konkreten Fall war noch die KO anwendbar. In den hier relevanten Bereichen hat das IRÄG 2010 aber keine Neuerungen gebracht.

17 *Widhalm-Budak in Konecny/Schubert*, KO § 21 Rz 158.

klauseln<sup>18</sup> oder „Entziehungsklauseln“<sup>19</sup>. Sie sollen die – im Hinblick auf eine allfällige Verwertung unerwünschte – weitere Abnutzung oder Wertminderung der Vorbehaltssache verhindern und üben gleichzeitig Erfüllungsdruck auf den Käufer aus. Er bekommt die Sache nur zurück, wenn er die aufgelaufenen Raten oder sogar den ganzen ausständigen Kaufpreis bezahlt.

Sehr häufig gehen solche Vereinbarungen aber über die bloße (vorübergehende) Entziehung der Kaufsache hinaus. Der Verkäufer soll – wie das hier der Fall war – das Vorbehaltsgut auch verwerten können, um den Erlös auf die aufrechte Kaufpreisforderung anzurechnen. In diesem Fall gibt es also ebenfalls keinen Rücktritt vom Vertrag (zu Verwertungsklauseln unten IV).

## 2 Positivierte Vorgaben

Die Verwendung solcher Klauseln ist schon lange gebräuchlich.<sup>20</sup> Daher ist es interessant, dass der OGH in der vorliegenden Entscheidung – *obiter* – formuliert, eine solche Vereinbarung sei „*außerhalb der Abzahlungsgeschäfte des KSchG (nunmehr VKrG) zulässig*“, eine Wendung, die den Umkehrschluss nahelegt und in ein etwas unübersichtliches Normendickicht führt. Gemeint ist mit diesem Verweis nämlich eine Rechtsprechungskette, die sich auf den mittlerweile aufgehobenen § 22 KSchG bezieht. „*Hat sich in den Fällen des § 18 KSchG [also beim drittfinanzierten Kauf] der Geldgeber vorbehalten, dem Verbraucher [bei Verzug] die Benützung der Sache zu entziehen und diese freihändig zu verkaufen, so ist die Geltendmachung dieser Rechte nicht als Rücktritt vom Vertrag anzusehen*“, wenn ein Terminsverlust vorliegt und dem Verbraucher „*der gesamte Erlös, mindestens aber der gemeine Wert*“ angerechnet wird.

Diese Norm ist auf den ersten Blick nicht leicht verständlich, was daran liegt, dass sie ein bruchstückhafter Rest eines umfangreicheren Schutzkonzeptes ist. Nach dem RatenG 1962<sup>21</sup> waren – in Kontinuität zu seinem Vorgänger, dem RatenG 1896 – Entziehungs- und Verwertungsklauseln grundsätzlich verboten. Eine Ausnahme gab es für den drittfinanzierten Kauf (§ 15 Abs 1 Z 6 RatenG), bei dem sich der Finanzierer (nicht aber der Verkäufer!) das Recht ausbedingen konnte, dem Käufer die Sache zu entziehen und unter Anrechnung auf die offene Verbindlichkeit zu verwerten.<sup>22</sup> § 5 Abs 2 RatenG konkretisierte dann die näheren Voraussetzungen für gültige Entziehungs- und Verkaufsabreden im Fall der Drittfinanzierung.

Seinem Vorbild folgte nach Abschaffung des RatenG der neu eingeführte § 22 KSchG, was deshalb nicht ganz unproblematisch war, weil das

---

18 F. Bydlinski in *Klang*<sup>2</sup> IV/2 502.

19 Mayrhofer, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz (1966) 202.

20 F. Bydlinski in *Klang*<sup>2</sup> IV/2, 503; Aicher in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> I (2000) § 1063 Rz 52.

21 BGBl 279/1961, BG über das Abzahlungsgeschäft, vgl. Mayrhofer, Abzahlungsgeschäft.

22 Mayrhofer, Abzahlungsgeschäft 202, der nach dem RatenG die reine Entziehungsabrede für unzulässig hält.

KSChG das grundsätzliche Verbot solcher Klauseln nicht übernommen hatte. Aus diesem Grund hing § 22 KSChG – als ursprüngliche Ausnahme von der nunmehr abhanden gekommenen Regel – etwas in der Luft und es war durchaus fraglich, ob diese Norm die Grenzen von Entziehungs- und Verkaufsabreden abstecken sollte und konnte.<sup>23</sup> Der OGH hat diese Frage zum KSChG jedenfalls bejaht. Wenn sich in der nunmehrigen Entscheidung für die Zulässigkeit solcher Klauseln der implizite Hinweis auf § 22 KSChG findet, entspricht das daher der bisherigen Rsp, nach der galt: „Eine derartige Klausel ist außerhalb der Abzahlungsgeschäfte des KSChG grundsätzlich zulässig (im Anwendungsbereich des KSChG gemäß § 22 ausdrücklich nur für den Drittfinanzierer bei Geschäften nach § 18 KSChG).“<sup>24</sup>

### 3 Schlussfolgerung

Über die bisherige Rechtslage muss man heute nicht mehr streiten. Problematisch ist in der hier gegenständlichen Entscheidung aber der Verweis, dass diese Klauseln „außerhalb des KSChG (nunmehr VKrG) zulässig“ sind, denn das VKrG hat § 22 KSChG gar nicht rezipiert. Die Norm wurde vielmehr ersatzlos aufgehoben.

Wenig hilfreich ist dabei allerdings, dass der Gesetzgeber an keiner Stelle explizit seine Motivation erklärt und sich der Leser der Materialien zum VKrG des Eindrucks nicht erwehren kann, dass § 22 KSChG durch Art 3 Z 4 DaKRÄG<sup>25</sup> einfach in Pausch und Bogen mit den sonstigen Bestimmungen über das richtlinienbedingt neu zu regelnde Abzahlungsgeschäft gestrichen wurde.<sup>26</sup> Die Materialien sprechen davon, dass die Bestimmungen über das Abzahlungsgeschäft durch einen „Akt der Rechtsbereinigung“ zur Gänze beseitigt werden sollten.<sup>27</sup> Manche Bestimmungen des alten Rechtsbestandes wurden dabei absichtlich nicht in das neue VKrG übersiedelt, die Gesetzesmaterialien erwähnen in diesem Zusammenhang die §§ 20 und 21 KSChG wegen befürchteter Richtlinienwidrigkeit und § 23 KSChG wegen praktischer Bedeutungslosigkeit.<sup>28</sup> Von § 22 KSChG ist allerdings nirgendwo die Rede. Ob er seinen Weg in das VKrG tatsächlich auf Grund einer gesetzgeberischen Wertung, die einen Schutz des Vorbehaltskäufers nicht mehr für notwendig hält, und damit im Ergebnis absichtlich nicht gefunden hat, oder ob § 22 KSChG bei der Umsetzung der Verbraucherkredit-RL, die dieses Thema nicht anspricht, schlicht unterwegs verloren ging, bleibt unglücklicherweise offen.

Dennoch gibt es an der Derogation von § 22 KSChG keine Zweifel, so dass damit jedenfalls der letzte Schritt einer gesetzgeberischen Entwicklung vollzogen ist, die vom völligen Verbot (RatenG 1896), über ein grund-

23 Dagegen *Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> II/4 (2002) § 22 KSChG Rz 4 ff; dafür *Apathy in Schwimann*, ABGB Praxiskommentar<sup>3</sup> V (2006) § 22 KSChG Rz 3.

24 OGH 7 Ob 507/85.

25 BGBl I 28/2010.

26 Vgl *Perner/Spitzer*, Das Darlehens- und Kreditrechtsänderungsgesetz (DaKRÄG) – Ein Überblick, ZIK 2010/245, 171 (176).

27 ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 39 f.

28 ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 39 f; *Perner/Spitzer*, ZIK 2010/245, 176.

sätzliches Verbot außer für den Drittfinanzierer (RatenG 1962) und einen unklaren Zwischenstand (KSchG) zum nunmehrigen *status quo* geführt hat: es finden sich keine einschlägigen Sondervorschriften für dieses Problem mehr. Insb gibt es kein explizites Verbot solcher Klauseln.

Das auf das VKrG bezogene *obiter dictum* sollte daher – auch wenn die Gründe für die Aufhebung von § 22 KSchG offen bleiben – zwar nicht weiter verfolgt werden. Aber auch der simple Gegenschluss zur Aufhebung von § 22 KSchG wäre unter diesen Bedingungen mE gefährlich. Was mangels greifbarer gesetzlicher Wertung notwendig ist, ist die Prüfung solcher Vereinbarungen mit dem allgemeinen Instrumentarium.<sup>29</sup> Dabei soll trotz des häufig gemeinsamen Auftretens das Problem der Entziehung von jenem der Verwertung (dazu unten IV) getrennt werden. Da die relevanten Fragen nicht dieselben sind, wird dadurch die Übersichtlichkeit gefördert.

### C Rechtsvergleichende Aspekte

Was Entziehungsklauseln betrifft, könnte sich gerade in Anbetracht der nunmehrigen Leere im österr Recht und der daraus resultierenden Notwendigkeit einer Prüfung nach allgemeinen Maßstäben wie § 879 Abs 3 ABGB ein Blick nach Deutschland als lohnend erweisen, wo es gleich zwei verschiedene Vorbilder gibt.

#### 1 Schutzniveau im BGB

Einerseits gibt es in Deutschland nach wie vor<sup>30</sup> eine klare Regelung für das Verbraucher-Teilzahlungsgeschäft (§ 506 Abs 3 BGB). § 508 Abs 2 S 5 BGB normiert dafür, dass die Rücknahme der Vorbehaltssache als Rücktritt gilt.<sup>31</sup> Diese Regel ist zwingend, eine entgegenstehende Rücknahmeklausel daher unwirksam. Eine Rücknahme unter Aufrechterhaltung des Vertrages kann nur ausnahmsweise stattfinden, nämlich dann, wenn der Unternehmer sich verpflichtet hat, dem Verbraucher den gewöhnlichen Verkaufswert<sup>32</sup> der Sache im Zeitpunkt der Wegnahme zu vergüten. Hinter dieser Ausnahme steckt die Hoffnung, dass man sich so die mitunter mühselige Rückabwicklung von Verträgen – mitsamt der Kalkulation von Nutzungsentgelten – erspart und dass der gewöhnliche Verkaufspreis in etwa dem noch offenen Teilzahlungspreis entspricht.<sup>33</sup> Damit ist die Rege-

---

29 Vgl schon *Krejci in Rummel*, ABGB<sup>3</sup> II/4 § 22 KSchG Rz 8 ff mit dem Hinweis auf die Parallele zur Situation des § 6 Abs 2 Z 1 KSchG.

30 Vgl den früheren § 13 dVerbrKrG.

31 „Nimmt der Unternehmer die auf Grund des Teilzahlungsgeschäfts gelieferte Sache wieder an sich, gilt dies als Ausübung des Rücktrittsrechts, es sei denn, der Unternehmer einigt sich mit dem Verbraucher, diesem den gewöhnlichen Verkaufswert der Sache im Zeitpunkt der Wegnahme zu vergüten.“ Die Norm entspricht dem früheren § 503 BGB.

32 Dazu *Kessal-Wulf in Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (2012) § 508 Rz 37. Es geht um den gegenüber einem Letztverbraucher erzielbaren Verkaufspreis, nicht den Händlereinkaufspreis (OLG Brandenburg BeckRS 2008, 8584).

33 *Kessal-Wulf in Staudinger*, BGB (2012) § 508 Rz 25.

lung für Teilzahlungsgeschäfte von Verbrauchern relativ klar und erinnert, was die Anrechnung zumindest des gemeinen Werts betrifft, an das RatenG 1962 und den aufgehobenen § 22 KSchG.

Andererseits enthält das BGB aber noch § 449 Abs 2, der ganz allgemein normiert, dass „auf Grund des Eigentumsvorbehaltes [...] der Verkäufer die Sache nur herausverlangen [kann], wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist“. Die Materialien dazu lesen sich *prima facie* ähnlich apodiktisch wie die Norm selbst: In Übereinstimmung mit der Rsp solle „klargestellt werden“, dass die Rücknahme der Vorbehaltsware den Rücktritt vom Vertrag voraussetzt.<sup>34</sup> „Hat der Verkäufer vorgeleistet und seine Ware aus der Hand gegeben, so muss er sie dem Käufer so lange belassen, wie der darüber geschlossene Vertrag in Geltung ist.“<sup>35</sup>

Der in den Materialien eigens angeführte und damit interpretatorisch besonders relevante historische Hintergrund spricht indes dafür, dass alles nicht ganz so streng gemeint ist, wie es klingt. Mit § 449 Abs 2 BGB wollte der Gesetzgeber nämlich im Anschluss an den BGH<sup>36</sup> einer Idee der dt Lehre eine Absage erteilen, die in Österreich nie Fuß gefasst hat. Die längste Zeit wurde in Deutschland nämlich die Auffassung vertreten, dass der Vorbehaltskäufer bei fehlender Vertragstreue (also im Verzug) ohne weiteres der *rei vindicatio* des Verkäufers ausgesetzt wäre,<sup>37</sup> das Ergebnis eines *ipso iure* Wegfalls seines Rechts zum Besitz. Dem Gesetzgeber ging es mit § 449 Abs 2 BGB um die Klarstellung, dass dem nicht so ist.<sup>38</sup> Den Hintergrund, vor dem diese Norm positiviert wurde, illustriert die Entscheidung, auf die die Materialien sich stützen, ganz anschaulich.<sup>39</sup> Dort ist davon die Rede, dass „beim Schweigen des Gesetzes aus dem Wesen des Eigentumsvorbehalts und dem mutmaßlichen Willen der Vertragsparteien nicht die Auslegungsregel entnommen werden kann“, der Vorbehaltsverkäufer könne die Sache allein auf Grund des Verzuges herausverlangen. „Dies kann er vielmehr nur, wenn die Vertragsparteien es besonders vereinbaren.“<sup>40</sup> Diesen Gedanken drückt § 449 Abs 2 BGB nicht unbedingt glücklich aus, weil gerade die Dispositionsmöglichkeit der Parteien zu kurz kommt.

34 BT-Drucks 6040, 241.

35 BT-Drucks 6040, 241.

36 BGHZ 54, 214 = NJW 1970, 1733.

37 Siehe etwa *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung (1963) I § 7 III (136 f) und den Überblick bei *Blomeyer*, Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers auf Grund des Kaufvertrages, JZ 1968, 691.

38 Die Materialien ergeben diesen Befund – über den in Deutschland freilich Einigkeit besteht – auch nur in Zusammenschau mit der erwähnten Entscheidung. „In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung (BGHZ 54,214) soll in [§ 449] Absatz 2 klargestellt werden, dass der Verkäufer die Vorbehaltsware nur herausverlangen kann, wenn er vom Vertrag zurückgetreten ist. Hat der Verkäufer vorgeleistet und seine Ware aus der Hand gegeben, so muss er sie dem Käufer so lange belassen, wie der darüber geschlossene Vertrag in Geltung ist“, BT-Drucks 6040, 241.

39 BGHZ 54, 214 = NJW 1970, 1733.

40 So auch BGH NJW-RR 2008, 818.

Aktuelle Rsp des BGH zeigt denn auch, dass die strenge Formulierung<sup>41</sup> über den historischen Hintergrund siegt.<sup>42</sup> Der BGH geht nunmehr vom Grundsatz aus: „Keine Rücknahme ohne Rücktritt“. Auch wenn sich der Gesetzgeber tatsächlich wie gezeigt weniger mit der Frage beschäftigen wollte, ob eine Rücknahme ohne Rücktritt vereinbart werden kann, sondern eben damit, dass sie ohne Vereinbarung jedenfalls unzulässig ist, ist die Entscheidung des BGH eine Akzentverschiebung, deren Revidierung nicht zu erwarten ist.<sup>43</sup>

In Anbetracht dieser neuen Deutung erschiene es sogar möglich, § 449 Abs 2 BGB überhaupt als zwingende Norm zu verstehen, so weit will man aber doch nicht gehen.<sup>44</sup> Folgerichtig ist dann jedenfalls der nächste Schritt: Die Vereinbarung eines Rücknahmerechts gegenüber einem Verbraucher in AGB hat der BGH in einem Verbandsprozess für unzulässig erklärt, da sie eine unangemessene Benachteiligung darstelle. Eine solche ist im Zweifel nämlich dann anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 Abs 2 Nr 1 BGB).<sup>45</sup> Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber – wenn auch eher *volens* als *volens* – in § 449 BGB einen neuen Grundgedanken des Eigentumsvorbehaltes geschaffen hat, ist die Unzulässigkeit von Abweichungen davon schlüssig. Für den B2B-Bereich hat sich die Rsp noch nicht festgelegt. Dass es in § 307 Abs 2 Nr 1 BGB aber um die „Abweichung von einem wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes“ geht, könnte – *lege non distinguente* – allerdings dafür sprechen, den Grundsatz „keine Rücknahme ohne Rücktritt“ auch beim Unternehmer greifen zu lassen.<sup>46</sup> Die Lehre ist sich dies-

---

41 Zu der *Kieninger*, LMK 2008, 256862 (Entscheidungsanmerkung) allerdings zu bedenken gibt, man könne die Norm durchaus so lesen, dass es heiße, gerade auf Grund des Eigentumsvorbehalts könne die Sache nicht zurückgefordert werden, auf Grund einer gesonderten Vereinbarung aber schon. So könnte man der Norm den klarstellenden Charakter geben, von dem die Materialien (BT-Drucks 6040, 241, s schon oben) und die Lit (so etwa *Schulze/Kienle*, Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt – eine Kehrtwende des Gesetzgebers? NJW 2002, 2842) sprechen.

42 Krit dazu *Kieninger*, LMK 2008, 256862.

43 Vgl auch *Kieninger*, LMK 2008, 256862.

44 *Beckmann* in *Staudinger*, BGB (2014) § 449 Rz 63; *H. P. Westermann* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>6</sup> III (2012) § 449 Rz 11 f.

45 Der BGH weist noch auf einen zusätzlichen Umstand hin. Die Klausel wurde im Verbandsprozess gegen den Verkäufer von Messgeräten für die Erfassung von Wärme und Warmwasserverbrauch geprüft. Die Kunden hätte ein Rücknahmerecht besonders hart getroffen, weil sie rechtlich (HeizkostenVO) zum Einsatz solcher Geräte verpflichtet sind. Dieser Aspekt hat aber auf den Rechtssatz zur Unzulässigkeit von Rücknahmeklauseln keine feststellbare Bedeutung gehabt. Durchaus eine Rolle für die „Unangemessenheit der Rücknahmeklausel“ hat hingegen der Umstand gespielt, dass jeder Verzug, ohne Androhung der Rücknahme oder Nachfristsetzung bereits zur Entziehung berechtigt hätte.

46 Dabei wird natürlich nicht verkannt, dass die Prüfung der „unangemessenen Benachteiligung“ nach § 307 BGB bei Verbraucher und Unternehmer nicht immer zum selben Ergebnis führen muss.

bezüglich zwar nicht einig,<sup>47</sup> allerdings gibt es gewichtige Stimmen, die für eine grundsätzliche Unzulässigkeit der Vereinbarung von Rücknahmeklauseln in AGB eintreten.

Zusammengefasst gilt in Deutschland Folgendes: Die Vereinbarung eines Entziehungsrechts in AGB ist unwirksam (§ 449 Abs 1 iVm § 307 Abs 2 Nr 1 BGB). Das gilt jedenfalls beim Verbrauchergeschäft, beim Unternehmergegeschäft ist die Frage strittig. Beim Verbraucher-Teilzahlungsgeschäft führt eine Entziehung der Sache überhaupt kraft Gesetzes zum Rücktritt, selbst einzelvertraglich kann nichts anderes vereinbart werden (§ 508 Abs 2 S 5 BGB). Der Vertrag bleibt nur dann aufrecht, wenn zusätzlich vereinbart wurde, dass der Verbraucher zumindest den gewöhnlichen Verkaufspreis angerechnet bekommt.

## 2 Verwertbarkeit für das österreichische Recht

Obwohl das österr Recht keine vergleichbaren Normen mehr aufweist, könnte die dt Rechtslage Impulse geben. Das gilt weniger für § 508 BGB, der das Pendant des aufgehobenen § 22 KSchG ist, sondern vielmehr für § 449 BGB. Der BGH betont nämlich, diese Norm sei Ausfluss eines allgemeinen Gerechtigkeitsgebotes. Ein solches könnte im Hinblick auf § 879 Abs 3 ABGB und in Anbetracht des sang- und klanglosen Verschwindens von § 22 KSchG auch eine Rolle für die österr Rechtslage spielen. Welche Wertungsgesichtspunkte stützen die Klassifikation als Gerechtigkeitsgebot?

Mit dem neu entdeckten Grundsatz „keine Rücknahme ohne Rücktritt“ trägt der dt Gesetzgeber nach Ansicht des BGH einem „wesentlichen Schutzbedürfnis des Käufers Rechnung, der ohne den Erhalt der Kaufsache nicht zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet sein soll“.<sup>48</sup> Der Vorbehaltskäufer solle die Kaufsache so lange haben, wie der Vertrag in Geltung ist.<sup>49</sup> Die Materialien leugnen ganz grundsätzlich ein Bedürfnis, dem Verkäufer die Rücknahme seiner Ware zu gestatten und gleichzeitig den Vertrag – unter Wegfall der Vorleistungspflicht – aufrecht zu erhalten.<sup>50</sup> Eine solche Privilegierung der vorleistenden Vertragspartei sei dem Schuldrecht auch sonst fremd.

47 Für Vertragsfreiheit zumindest im Unternehmergegeschäft *Kieninger*, LMK 2008, 256862; *H. P. Westermann* in MünchKommBGB<sup>6</sup> III § 449 Rz 38; und wohl auch *Wurmnest* in MünchKommBGB<sup>6</sup> II (2012) § 307 Rz 222; für die Unzulässigkeit *Beckmann* in *Staudinger*, BGB (2014) § 449 Rz 66; *Habersack/Schürmbrand*, Der Eigentumsvorbehalt nach der Schuldrechtsreform, JuS 2002, 833 (836 f); *Koch*, Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf die Ausgestaltung Allgemeiner Geschäftsbedingungen – Teil II, WM 2002, 2217 (2227).

48 NJW-RR 2008, 818.

49 NJW-RR 2008, 818. Warum die Norm dann nicht zwingend ist, bleibt allerdings rätselhaft. Dies umso mehr, als das Gesetz sich beim Teilzahlungskauf ja eindeutig entschieden hat (s schon oben zu § 508 BGB). ME kann diese Norm bei der Auslegung von § 449 Abs 2 BGB nicht ganz außer Acht gelassen werden und es müsste – wenn man die Bedenken gegen eine Rücknahme für so gravierend hält – eine analoge Anwendung überlegt werden.

50 BT-Drucks 6040, 241.

Ausgangspunkt für den Eigentumsvorbehalt ist in Österreich § 1063 ABGB, der auch beim Kreditkauf den Eigentumserwerb des Käufers im Zeitpunkt der Übergabe vorsieht. Will der Verkäufer dieses Risiko einer sicherheitslosen Vorleistung nicht eingehen, dürfte er die Sache nicht übergeben, dann könnte der Käufer sie allerdings auch noch nicht nutzen. Diese Pattsituation wird vom Eigentumsvorbehalt elegant neutralisiert.

Verpflichtet sich ein Vorbehaltsverkäufer aber, die Sache schon zu übergeben, während der Käufer dafür den Kaufpreis in Raten bezahlt, ist die Überlegung nicht überraschend, dass der Verkäufer die Sache wieder herausverlangt, wenn der Käufer seine Pflichten nicht erfüllt. Die Vorleistung erfolgt ja unter bestimmten Voraussetzungen. Wie nahe dieser Gedanke liegt, zeigt die erwähnte Diskussion in der dt Lehre, die ein solches Rücknahmerecht geradezu als dem Eigentumsvorbehalt immanent betrachtet hat. Prononcierte Vertreter dieser Ansicht wie etwa *R. Serick* haben das Rücknahmerecht daher für einen Ausfluss der Natur des Eigentumsvorbehaltes gehalten.<sup>51</sup> Auch wenn diese Ansicht nach österr Verständnis nicht zu teilen ist, fragt sich, warum man eine solche Gestaltung nicht zumindest vereinbaren können soll.

Dass sich durch eine Entziehung der Kaufsache die Verhältnisse ändern, liegt dabei auf der Hand. Die Wieder-Herausgabe der Sache an den Käufer erfolgt immerhin nur Zug um Zug gegen Beseitigung des Verzuges. Bei gleichzeitigem Terminsverlust verkehrt sich die (durch den Eigentumsvorbehalt eingeschränkte) Vorleistungspflicht des Verkäufers sogar ganz ins Gegenteil, nämlich in eine Vorleistungspflicht des Käufers, der die Sache erst wieder zurückbekommt, wenn er den ganzen noch offenen Kaufpreis bezahlt hat.

Nun ist aber doch ganz unstreitig, dass alle genannten Gestaltungsvarianten für sich genommen zulässige Vereinbarungen darstellen. Das Spektrum der Möglichkeiten reicht eben von kompletter Vorleistung des Verkäufers (inklusive Eigentumsübertragung) bis zu kompletter Vorleistung des Käufers, jeweils mit den damit einhergehenden Insolvenzrisiken. Warum eine Vertragsgestaltung, die *ex ante* zulässig sein soll, nicht als eine die ursprüngliche Gestaltung verändernde Reaktion auf Vertragsverletzungen einer Partei vorgesehen werden darf, leuchtet nicht recht ein. Nach dieser Logik wäre auch der Terminsverlust unzulässig, der den Schuldner um seine ursprüngliche Zahlungsfrist bringt. Dass die Umwandlung des Vorbehaltskaufes zum Geschäft mit Vorleistungspflicht des Käufers problematisch ist, wenn eine Vorleistungspflicht des Käufers an sich unproblematisch ist, überzeugt daher nicht. Dementsprechend hat schon *F. Bydlinski* zur Rechtslage außerhalb des RatenG bemerkt, dass es eben grundsätzlich kein Problem sei, wenn sich ein Vertrag mit Vorleistungspflicht des Verkäufers in ein Zug-um-Zug Geschäft oder sogar ein solches mit Vorleistungspflicht des Käufers verwandle.<sup>52</sup>

Wenn *Grunewald* und ihr folgend der BGH dem entgegenhalten, dass eine Rücknahmeklausel der vereinbarten Risikoverteilung beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt widerspräche, weil der Eigentumsvorbehalt den Käu-

---

51 Vgl *Serick*, Eigentumsvorbehalt I § 7 II 4, 132 f.

52 *F. Bydlinski* in *Klang*<sup>2</sup> IV/2 503.

fer gerade davor bewahren solle, vor Erhalt der Kaufsache zu bezahlen,<sup>53</sup> so verweilt der Blick einseitig beim Käufer und wird damit ein Zirkelschluss riskiert. Der Verzug des Käufers widerspricht doch seinerseits dem vereinbarten Programm, die ursprünglichen Vorstellungen und Wünsche der Parteien haben sich also gerade nicht verwirklicht. Es gibt keinen Grund, den vertragswidrig Handelnden dann in seinem Vertrauen auf die unter anderen Bedingungen vorgestellte Abwicklung zu schützen. Durch Entziehungsklauseln wird bei fehlender Vertragstreue des Käufers das Konzept durch die Entziehung geradezu auf das gesetzliche Prinzip zurückgeführt. Eine gröbliche Benachteiligung kann darin nicht liegen.

Dem kann man mE auch nicht erfolversprechend entgegenen, dass es kein Bedürfnis des Vorbehaltsverkäufers gebe, die Sache ohne Rücktritt wieder an sich zu nehmen. Fragt man den Vorbehaltsverkäufer, würde er das wohl anders sehen. Aus seiner Perspektive kann ein Schuss vor den Bug, wie es die Entziehung der Sache ist, eine wirkungsvolle Maßnahme sein. Aber auch dem Käufer mag es bisweilen lieber sein, den Vertrag nicht gleich durch Rücktritt des Verkäufers zu verlieren. *Apathy* weist zu § 22 KSchG etwa plausibel darauf hin, dass im Vergleich zum Rücktritt – dieser und nicht einfach die weitere Belassung beim Käufer ist ja die realistische Alternative zur Rücknahme – die bloße Entziehung bei Aufrechterhaltung des Vertrages für den Käufer insofern von Vorteil sein könnte, als er kein Benützungsentgelt zahlen muss.<sup>54</sup> In diese Richtung geht ja schließlich auch § 508 BGB.<sup>55</sup>

Der BGH führt dagegen ins Treffen, dass ein Käufer, der vor der angeordneten Entziehung nicht bezahlt habe, an einer Rückerlangung der Kaufsache ohnehin kein Interesse haben werde, weil ihm die Zahlung unmöglich sei oder er sie endgültig verweigern wolle. Das ist entweder eine unbewiesene Behauptung oder zumindest eine etwas freihändige Interessengewichtung, die völlig vage bleibt. Wenn ein schutzwürdiges Interesse identifiziert ist, ist es eine legitime und notwendige Aufgabe der Rechtsordnung, sich dieser Position anzunehmen. Die Gerichte sind allerdings nicht dazu berufen, eine privatautonome Vertragsgestaltung darauf zu prüfen, ob sie wirklich so sinnvoll ist, wie die Parteien das vielleicht glauben. Auch vermeintlich sinnlose Vertragsgestaltungen sind nicht gleich sittenwidrig.

## D Schlussfolgerung

### 1 Keine Sittenwidrigkeit

Es ist nicht gelungen, ein inhaltliches Unwerturteil über Entziehungsklauseln zu fällen. Schon *Krejci* hat allerdings nachvollziehbar zu bedenken gegeben, dass solche Vereinbarungen ein vergleichbares Gewicht wie Rücktrittsrechte hätten,<sup>56</sup> immerhin verliert der Käufer zumindest zeitweilig

53 *Grunewald* in *Erman*, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch<sup>13</sup> (2011) § 449 Rz 14.54 *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> V § 22 KSchG Rz 2.

54 *Apathy* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> V § 22 KSchG Rz 2.

55 Vgl zum Normzweck *Schürnbrand* in MünchKommBGB<sup>6</sup> III § 508 Rz 60.

56 *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> II/4 § 22 KSchG Rz 9 f.

die Sache. Daraus folgt mE zwanglos, dass gegen die Vereinbarung eines Entziehungsrechts für Fälle, in denen nach dispositivem Recht sogar ein Rücktritt zustünde, keine Bedenken bestehen. Mangels gegenteiliger gesetzgeberischer Entscheidung sind Entziehungsklauseln dann zulässig. Sie sind insb vor dem Hintergrund der von der Rechtsordnung gebilligten Gestaltungsmöglichkeiten beim Kreditkauf nicht gröblich benachteiligend und verstoßen daher nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB. Zusätzliche Gesichtspunkte könnten im Verbrauchergeschäft (s 2.) und in der Insolvenz (s 3.) eine Rolle spielen.

## 2 Grenzen durch § 6 Abs 2 Z 1 KSchG

Über diese Fälle hinaus ist im Verbrauchergeschäft zu berücksichtigen, dass § 6 Abs 2 Z 1 KSchG die Vereinbarung der Berechtigung zum Rücktritt ohne sachliche Rechtfertigung zu den Klauseln zählt, die einer Individualvereinbarung bedürfen. Solche Klauseln können daher im Verbrauchergeschäft nicht in AGB, sondern nur einzelvertraglich vereinbart werden,<sup>57</sup> was praktisch einem Ausschluss solcher Abreden gleichkommt. Für formularmäßig vereinbarte Entziehungsrechte für Fälle, in denen nach dispositivem Recht kein Rücktrittsrecht zustünde, bedarf es daher einer besonderen sachlichen Rechtfertigung.

Was die Bedingungen der Rückgabe an den Vorbehaltskäufer anlangt, wurde schon ausgeführt, dass diese entweder nach Beseitigung des vertragswidrigen Zustandes durch Nachzahlung der offenen Raten erfolgen kann oder erst nach Zahlung des gesamten noch aushaftenden Kaufpreises. Eine solche Fälligkeitstellung ist freilich nur unter den Voraussetzungen des Terminverlustes möglich. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die bisherige Regelung des § 13 KSchG ein noch unklarerer Schicksal erlitten hat als § 22 KSchG. Es ist nämlich nicht einmal klar, ob die Bestimmung noch existiert!<sup>58</sup>

§ 14 Abs 3 VKrG schafft eine identische Bestimmung, sodass § 13 KSchG im MinE des DaKRÄG ursprünglich gestrichen werden sollte. Die Regierungsvorlage weist allerdings darauf hin, dass es dann für Geschäfte, die nicht dem VKrG unterfallen (zB unentgeltliche Finanzierungshilfen),

---

57 Wendet man § 6 Abs 2 Z 1 KSchG analog auf Entziehungsklauseln an (so auch *Krejci* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> II/4 § 22 KSchG Rz 9) besteht keine Notwendigkeit mehr, sie im Verbrauchergeschäft nach § 879 Abs 3 ABGB zu prüfen (so aber *Krejci* in *Rummel* ABGB<sup>3</sup> II/4 § 22 KSchG Rz 11, der so verhindern will, dass Kleinigkeiten zur Entziehung führen können. ME ist der Ausschluss der „Kleinigkeiten“ dann schon durch § 6 Abs 2 Z 1 KSchG gewährleistet; § 879 Abs 3 ABGB könnte nur Bedeutung haben, wenn trotz sachlich gerechtfertigten Rücktrittsrechts die Vereinbarung in eine unzulässige, weil gröblich benachteiligende Schiefelage käme).

58 Dagegen *Kathrein* in *KBB*<sup>4</sup> § 13 KSchG Rz 1; *Perner/Spitzer*, ZIK 2010/245, 176; *Stabentheiner*, Das Verbraucherkreditgesetz – Gestaltungsrechte und Informationspflichten während des Kreditverhältnisses, ÖJZ 2010/69, 636; und nunmehr auch OGH 9 Ob 69/11d Zak 2012/599, 315 = *ecolex* 2012, 966 = RdW 2012, 465; dafür *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III – Schuldrecht Besonderer Teil<sup>4</sup> Rz 9/25; OGH 8 Ob 37/10i ÖBA 2011, 597 = *ecolex* 2011, 810 = RdW 2011, 336.

keine Regel mehr gibt, sodass § 13 KSchG aufrechterhalten werden sollte.<sup>59</sup> Allerdings wurde vergessen, § 13 KSchG auch aus der Auflistung der aufgehobenen Gesetzesstellen in der Übergangsbestimmung des § 41a Abs 23 KSchG zu streichen, sodass mE § 13 KSchG derogiert wurde,<sup>60</sup> wobei dieses Ergebnis durchaus umstritten ist.<sup>61</sup> Dieses Missgeschick könnte man interpretatorisch allenfalls durch die Lehre vom Redaktionsversehen in den Griff bekommen.<sup>62</sup> Das ist aber nicht erforderlich, weil Schutzlücken – die in Anbetracht des Wunsches der Materialien unvermeidbar sind – durch analoge Anwendung des § 14 Abs 3 VKrG geschlossen werden können.<sup>63</sup> Im Ergebnis käme man daher dazu, dass die Rechtslage unverändert ist.

Dass der OGH dies in seiner soweit ersichtlich bisher einzigen Entscheidung zu diesem Problembereich nicht getan hat,<sup>64</sup> wiegt mE nicht so schwer. Das Höchstgericht geht mit Ausnahme des Hinweises, dass die Bestimmung möglicherweise ungewollt aufgehoben wurde, auf das Problem nicht weiter ein.<sup>65</sup> Das war aber auch nicht unbedingt erforderlich, weil es sich bei diesem Verfahren um ein Verbandsklageverfahren handelte, in dem bei kundenfeindlichster Interpretation ohnehin eine Unzulässigkeit wegen § 879 Abs 3 ABGB gegeben war. Für das hier betrachtete Problem der Entziehungsklauseln lässt sich daher mE allgemein sagen: Die Vereinbarung einer Rückstellung erst gegen Zahlung des gesamten noch offenen Kaufpreises ist nur zulässig, wenn die Voraussetzungen des Terminverlustes erfüllt sind.

### 3 Insolvenz

Nach dem bisher Gesagten halten Entziehungsklauseln einer Prüfung nach § 879 Abs 3 ABGB stand. Besonderheiten gelten im Verbrauchergeschäft. Eine Betrachtung unter spezifisch insolvenzrechtlichen Auspizien könnte eine weitere Schranke ergeben, die die Zulässigkeit von Entziehungsklauseln auch im Unternehmensgeschäft beschränkt.

Allerdings verbietet § 25a IO für 6 Monate ab Insolvenzeröffnung Vertragsauflösungen, durch die die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens gefährdet würde, es sei denn, es liegt ein wichtiger Grund vor oder die Auflösungssperre würde zu schweren Nachteilen des Vertragspartners führen.<sup>66</sup>

Wenn beim Eigentumsvorbehalt §§ 25a, b IO einem Rücktritt entgegenstehen, stellt sich die Frage, ob nicht auch das Entziehungsrecht unzulässig ist. Dagegen spricht auf den ersten – freilich etwas technischen –

59 ErläutRV 650 BlgNR 24. GP 26 f und 38.

60 Schon *Perner/Spitzer*, ZIK 2010/245, 176.

61 S den Meinungsstand in FN 58.

62 *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991) 393.

63 *Perner/Spitzer*, ZIK 2010/245, 176.

64 OGH 9 Ob 69/11d Zak 2012/599, 315 = *ecolex* 2012, 966 = *RdW* 2012, 465.

65 § 13 KSchG sei aufgehoben worden. Die Norm sei daher „nicht anzuwenden und kann auch in Zukunft kein Prüfungsmaßstab sein“.

66 *Riedler*, ÖJZ 2011/94, 904; *ders* in *Apathy/Iro/Kozioł*, Bankvertragsrecht IX/2 Rz 3/29 ff; diesem folgend *Spitzer*, ÖBA 2013, 473.

Blick, dass das Entziehungsrecht den Vertrag ja aufrecht lässt. Auf den zweiten Blick muss man aber konstatieren, dass es für den Insolvenzverwalter keinen großen Unterschied macht, ob er die Sache bei aufrechter oder aufgelöstem Titel verliert,<sup>67</sup> wenn gerade der Sachverlust die Fortführung des Unternehmens gefährdet. Genau dieser Gefahr wollte der Gesetzgeber ja entgegenreten. Diese Ähnlichkeit könnte für eine analoge Anwendung der Auflösungssperre auf das wirkungsgleiche Rücknahmerecht sprechen. Bei näherer Betrachtung zeigt sich freilich, dass sich die Frage so gar nicht stellt:

§ 11 IO sieht nämlich eine weitere insolvenzbedingte Sperre für die Geltendmachung von Absonderungs- und Aussonderungsrechten vor. Betrachtet man das Herausgabeverlangen auf Grund einer Entziehungsklausel, zeigt sich, dass dieses Begehren seine Grundlage zwar im Kaufvertrag hat, weil durch diese Vereinbarung das Recht zum Besitz des Vorbehaltskäufers durchbrochen wird. Dieser Umstand ändert aber nichts daran, dass die Geltendmachung des Herausgabeanspruches durch den Verkäufer letztlich die Geltendmachung eines Aussonderungsrechts gem § 44 IO ist. Auf Entziehungsrechte ist somit § 11 IO anzuwenden, der bei Gefährdung der Fortführung des Unternehmens die Entziehung für bis zu 6 Monate sperrt. Dieses Ergebnis ist für den Verkäufer vielleicht unerfreulich, aber gemessen am gesetzgeberischen Plan durchaus stimmig, weil so ein Einklang mit § 25a IO hergestellt wird. In der Unternehmerinsolvenz unterliegen Entziehungsklauseln daher den Einschränkungen der IO, die die Entziehung für bis zu 6 Monate verhindern können.

## **IV Verwertungsklauseln**

### **A Ausgangspunkt**

#### **1 Rechtlich**

Die Kernaussagen der E 9 Ob 11/11z betreffen allerdings nicht Entziehungsklauseln, sondern allgemeine und sehr grundsätzliche Fragen der Verwertung von Vorbehaltsgut. Die Bank hatte sich im konkreten Fall ja nicht nur die Entziehung der Ware vorbehalten, sondern auch die Verwertung unter Anrechnung des Erlöses auf die Kaufpreisschuld des Vorbehaltskäufers. Auch solche Abreden werden grundsätzlich für zulässig gehalten.<sup>68</sup>

Während in Deutschland § 508 Abs 2 S 5 BGB für das Verbraucherteilzahlungsgeschäft – bei sonstiger Annahme eines Rücktritts – die Vergütung zumindest des gewöhnlichen Verkaufswerts der Sache im Zeitpunkt der Wegnahme anordnet, hat die Aufhebung von § 22 KSchG in Österreich ein Vakuum hinterlassen. Der vorliegenden Entscheidung kommt daher umso größere Bedeutung zu.

---

67 Die Ähnlichkeit von Sachentziehung und Rücktritt hat ja bereits bei der verbraucherrechtlichen Beurteilung solcher Klauseln eine Rolle gespielt (§ 6 Abs 2 Z 1 KSchG), dazu oben II D 2.

68 *F. Bydliniski in Klang<sup>2</sup> IV/2 504; Aicher in Rummel, ABGB<sup>3</sup> I § 1063 Rz 52.*

## 2 Faktisch

Für die Beurteilung des Falles ist die folgende Chronologie interessant: Die finanzierende Bank machte am 1.6. ihr Rücknahmerecht geltend, am 5.8. veräußerte sie das Boot. Die Bank holte vor dem Verkauf drei Angebote ein, nämlich vom 20.6. (23.000 €), 1.7. (22.000 €) und 13.7. (20.000 €). Das höchste Angebot stammte von dem Unternehmen, bei dem das Boot eingestellt war und das es gut kannte. Am 13.7. wurde der Vorbehaltskäufer informiert und aufgefordert, bis 29.7. ein besseres Kaufangebot vorzulegen. Daraufhin legte ein Bekannter des Vorbehaltskäufers ein Anbot (25.000 €), das von der Beklagten aber auf Grund der Verbrauchereigenschaft des Offerenten zurückgewiesen wurde. Die Beklagte wollte das Boot nur an einen Unternehmer verkaufen, weil sie die Gewährleistung ausschließen und die Angelegenheit so endgültig erledigen wollte. Am 5.8. veräußerte die Beklagte das Boot daher an den bisherigen Höchstbieter, der sein Angebot aber offenbar nachgebessert hat, um 25.000 €. Dieser verkaufte es nach Investitionen um 43.000 € weiter. Der Kläger macht nun die Differenz von 18.000 € (43.000-25.000) aus dem Titel des Schadenersatzes geltend.

### B Problemstellung

Von der Frage der Bemessung eines allfälligen Ersatzanspruches abgesehen, setzt ein Anspruch des Klägers gegen die beklagte Bank dem Grunde nach natürlich rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten voraus. Dass die Bank besonders sorglos vorgegangen sei, kann man allerdings nicht behaupten. Sie hat drei Angebote eingeholt, dem Kläger Gelegenheit gegeben, seinerseits Kaufinteressenten namhaft zu machen und das Vorbehaltsgut schließlich um den Preis verkauft, den ein Bekannter des Klägers geboten hatte. Bejaht man hier wie der OGH dennoch eine Haftung, muss das Pflichtenprogramm offenbar recht hoch angesetzt werden.

Ein *prima facie* naheliegender Blick zu den Regeln über fremde Geschäftsbesorgung (§ 1009 ABGB, § 384 UGB) ergibt den wenig überraschenden Befund, dass wer fremde Geschäfte führt, zur Interessenwahrung verpflichtet ist. Typischer Ausfluss dieser Pflicht ist in einem ebenso typischen Fall der Geschäftsbesorgung, dem Kommissionsgeschäft, dass der Kommissionär das vom Kommittenten aufgetragene Ausführungsgeschäft möglichst günstig abschließen muss.<sup>69</sup> Er wird seine Pflicht aber dann erfüllt haben, wenn er „die Marktentwicklung beobachtet und auswertet, die Abschlusschancen für das ‚übernommene Geschäft‘ gegenüber uU verschiedenen möglichen Geschäftspartnern und zu uU unterschiedlichen Bedingungen eruiert, um schließlich die im Lichte der Vorgaben und der Umstände optimale Abschlussgelegenheit zu finden und zu ergreifen“.<sup>70</sup> Legt man diesen Maßstab zugrunde, wäre eine Haftung der Bank nicht unbedingt naheliegend gewesen. Wieso haftet sie dennoch?

69 Apathy in Jabornegg/Artmann, Kommentar zum UGB<sup>2</sup> I (2010) § 384 Rz 7, § 387 Rz 1; Häuser in Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch<sup>2</sup> VI (2013) § 384 Rz 22.

70 Martinek in Oetker, Kommentar zum Handelsgesetzbuch<sup>3</sup> (2013) § 384 Rz 6.

## C Sorgfaltsanforderungen

Der OGH hat sich zur Haftungsbegründung bei den Regeln zur Pfandverwertung bedient. Für die Relevanz dieser Regeln auch für die Verwertung von Vorbehaltsgut hat sich schon *F. Bydlinski* ausgesprochen. Schließlich sei die Interessenlage gleich „und der Gesetzesgrund, die Vermögensinteressen des Schuldners vor der Willkür des Gläubigers zu schützen, trifft in vollem Umfang zu“.<sup>71</sup>

Seit der UGB-Reform sieht das ABGB ausführliche Regeln zur außergerichtlichen Pfandverwertung vor (§§ 466a ff ABGB). Die Verwertung kann danach durch öffentliche Versteigerung durch einen dazu befugten Unternehmer (§ 158 GewO) stattfinden (§ 466b Abs 2 ABGB). Ein Freihandverkauf durch den Pfandgläubiger selbst ist nur bei Sachen zulässig, die einen Börsen- oder Marktpreis haben (§ 466b Abs 4 ABGB). Abweichende Arten der Verwertung können allerdings vereinbart werden.<sup>72</sup> Dies ist im vorliegenden Fall auch geschehen. Die beklagte Bank wollte das Vorbehaltsgut durch Freihandverkauf selbst verwerten.

### 1 Willkürverbot

Auch wenn die Regeln über die Pfandverwertung dispositiv sind, gibt es doch zwingende Grenzen, die – im Vergleich zum Pfandrecht etwas entlegen<sup>73</sup> – in § 1371 ABGB zum Pfandvertrag zu finden sind.<sup>74</sup> Dort ist ua vom Verbot der willkürlichen Veräußerung des Pfandes durch den Pfandgläubiger die Rede, was nach hA einen größeren Anwendungsbereich hat als die Formulierung vermuten lässt. Es geht dabei nämlich keineswegs nur um einen verwerflich handelnden Pfandgläubiger, vielmehr genügt schon die abstrakte Gefahr der Verkürzung des Schuldners, um eine Verwertung unzulässig zu machen. Als „willkürlich“ wurde es etwa qualifiziert, wenn der Pfandgläubiger sich zur „bestmöglichen“ Verwertung verpflichtet<sup>75</sup> oder zur Einhaltung der *diligentia quam in suis*.<sup>76</sup> Beides sind zweifellos Fälle, in denen von böser Absicht des Pfandgläubigers nicht die Rede sein kann, aber eben auch nicht die Sorge einer Verkürzung des Pfandbestellers entkräftet worden war. Die hinter diesem strengen Konzept stehende Befürchtung des Gesetzgebers ist, dass ein Pfandgläubiger, der reichlich Deckung seiner Forderung hat, am Erzielen eines *superfluum*s, also eines die gesicherte Forderung übersteigenden Erlöses, nicht mit der nötigen Begeisterung arbeitet.<sup>77</sup> Das Pflichtenprogramm des Pfandgläubi-

---

71 *F. Bydlinski* in *Klang*<sup>2</sup> IV/2 504.

72 Vgl nur *Apathy* in *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht IX/2 Rz 4/31.

73 Vgl aber § 466a Abs 2 ABGB, der ein (etwas diffuses) Rücksichtnahmegebot normiert, krit *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.01 § 466a Rz 6 ff.

74 Ob diese Schranken auch nach Eintreten der Pfandreife gelten, ist umstritten; offenlassend OGH 11.02.2010, 5 Ob 258/09s; OGH 5 Ob 16/08a JBI 2009/317 (*Holzner*).

75 OGH 5 Ob 295/01w RdW 2002/641 = ÖBA 2002/1076; OGH 1 Ob 112/50 SZ 23/139.

76 OGH 1 Ob 13/73 SZ 46/24.

77 *Spitzer*, Die Pfandverwertung im Zivil- und Handelsrecht (2004) 36.

gers wird also zum Schutz des Pfandbestellers vor Verschleuderung<sup>78</sup> so intensiv ausgestaltet.<sup>79</sup>

Dieser Aspekt unterscheidet das Pfandrecht allerdings doch vom Eigentumsvorbehalt.<sup>80</sup> Das Willkürverbot hat Situationen vor Augen, in denen das Pfand viel mehr wert ist als die gesicherte Forderung. Dass diese Gefahr beim Eigentumsvorbehalt so typisch ist wie beim Pfandrecht, ist mE zweifelhaft. Gerade bei Konsumgütern sichert das Vorbehaltsgut schon zu Beginn die Kaufpreisforderung mehr schlecht als recht, weil die Ware, kaum dass sie „gebraucht“ ist, die Kaufpreisforderung vielleicht nicht mehr hereinspielt. Beim klassischen Ratenkauf kann daher mE gerade nicht typischerweise von derselben Gefahr ausgegangen werden wie beim Pfandrecht. Entgegen der Ansicht von *F. Bydlinski* und diesem folgend des OGH ist die Anwendbarkeit der besonders strengen pfandrechtlichen Vorschriften daher nicht ohne weiteres möglich. Das vermag der Hinweis auf die Notwendigkeit des Schutzes der Vermögensinteressen des Schuldners vor der Willkür des Gläubigers nicht zu ändern, da diese Situation bei allen Geschäftsbesorgungsfällen gegeben ist und die spezifisch pfandrechtliche Gefährdungslage sich beim Eigentumsvorbehalt nicht verwirklicht. Unter Zugrundelegung dieser restriktiven Ansicht wäre die Pflichtwidrigkeit der Bank daher kritisch zu sehen. Der OGH nimmt jedenfalls im Anschluss an *F. Bydlinski* eine so große Ähnlichkeit der Interessenlagen an, dass er es für gerechtfertigt hält, die pfandrechtlichen Vorschriften analog auf den Eigentumsvorbehalt anzuwenden. Was folgt daraus?

Den Schutz des Pfandgläubigers/Eigentumsvorbehaltskäufers muss dann die Formel von der verbotenen „Willkür“ gewähren. Die Rsp füllt diesen konkretisierungsbedürftigen Begriff des § 1371 ABGB dafür mit der ihrerseits konkretisierungsbedürftigen Formel, es gehe darum, „*daß die Sache unter Kontrolle des Schuldners oder sonst in einer Weise veräußert wird, die die Wahrung der Interessen des Schuldners gewährleistet*“.<sup>81</sup>

Häufig findet sich dazu die Wendung, entsprechende Vorsorge sei dann getroffen, wenn der Wert der Kaufsache durch einen Sachverständigen festgestellt und dem Pfandbesteller die Gelegenheit gegeben werde, einen Kaufinteressenten namhaft zu machen.<sup>82</sup> Freilich ist es gefährlich,

78 OGH 5 Ob 295/01w; OGH 6 Ob 2031/96m; OGH 1 Ob 112/50 SZ 23/139.

79 Ein Umstand, der im Übrigen die hier nicht zu vertiefende Frage aufwirft, ob dem Pfandgläubiger für seine Tätigkeit nicht ein Entgelt zustehen müsste (vgl § 354 UGB). ME besteht ein solcher Entgeltanspruch, so etwa auch *Canaris* in *Canaris/Schilling/Ulmer*, Großkommentar zum Handelsgesetzbuch<sup>4</sup> IV (2004) § 354 Rz 12; *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, HGB<sup>35</sup> (2012) § 354 Rz 5.

80 Vgl auch *Kindler* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB<sup>2</sup> (2009) § 354 Rz 12, dessen Gedanke, dass der Verkäufer im eigenen Interesse handle, aber mE zu kurz greift.

81 OGH 1 Ob 13/73 SZ 46/24; vgl auch OGH 5 Ob 295/01w RdW 2002/641 = ÖBA 2002/1076 = wobl 2002/125 = ecolex 2002/230; OGH 7 Ob 507/85 SZ 58/39 = EvBl 1985/137, 654 = JBI 1986,307 (*Reidinger*); OGH 7 Ob 655/82 SZ 55/153; OGH 1 Ob 13/73 SZ 46/24 = JBI 1974, 90; OGH 3 Ob 574/51 SZ 24/303.

82 OGH 6 Ob 54/66 JBI 1966, 471; im Anschluss daran *F. Bydlinski* in *Klang*<sup>2</sup> IV/2, 504 zum Eigentumsvorbehalt; *Mader/Faber* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> VI

tradierte Leitsätze fortzuschreiben, da sich das normative Umfeld stark geändert hat. Wo früher einer außergerichtlichen Pfandverwertung schon grundsätzlich mit Skepsis begegnet wurde, ist diese jetzt unproblematisch zulässig. Im Zuge dieser Reform sind detaillierte Regeln zur Pfandverwertung im Handelsrecht,<sup>83</sup> die auch das Zivilrecht überlagert hatten,<sup>84</sup> weggefallen. Die neue Rechtslage ermöglicht einen unbefangeneren Zugang zu § 1371 ABGB.<sup>85</sup>

## 2 Namhaftmachung von Interessenten

Gerade deshalb erscheint es nicht gesichert, dass es sich bei der sachverständigen Preisermittlung und der Möglichkeit des Pfandbestellers, einen Käufer namhaft zu machen, tatsächlich um kumulative Voraussetzungen handelt.<sup>86</sup> Der OGH selbst spricht bisweilen nur exemplarisch von der Einschaltung eines Sachverständigen zur Ermittlung des Verkehrswerts oder (!) der Namhaftmachung von Kaufinteressenten<sup>87</sup> und schon bei *Zeiller* und *Pfaff/Krainz* findet sich als erlaubte Bedingung, dass statt einer gerichtlichen Versteigerung „zur Verfallzeit das Pfand [...] in einem von Sachverständigen zu bestimmenden Werthe veräußert werden könne“.<sup>88</sup>

ME ist auch zu bezweifeln, dass ein gesondertes Recht des Pfandbestellers, einen Käufer namhaft zu machen, einen nennenswerten Mehrwert

---

§ 1371 Rz 9 („Der Gläubiger muss also etwa verpflichtet sein, den Wert der Pfandsache durch einen Sachverständigen zu erheben und dem Schuldner Gelegenheit zu geben, Kaufinteressenten namhaft zu machen oder den Verkauf zu Marktpreis oder Schätzwert durchzuführen“).

83 Konkret geht es um die vom HGB 1938 statisch rezipierten Bestimmungen des dt BGB.

84 Diese schon im Handelsgeschäft zwingenden Schutzvorschriften hatten nach hA im Größenschluss erst recht auch für Nichthandelsgeschäfte zu gelten OGH 1 Ob 536/87 RdW 1987, 324; s auch *Iro* in *Avancini/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht I (1987) Rz 1/106 FN 218; *ders*, RdW 1987, 324; diesem folgend *Böhler*, Die Verpfändung von Sparbüchern (1992) 162; *Spitzer*, Pfandverwertung 37.

85 So erscheint es zB überprüfungsbedürftig, ob ein „Heruntergehen unter den Marktpreis oder den Schätzwert“ wirklich auch dann ausgeschlossen sein soll, „wenn der Pfandgläubiger gerade im Zeitpunkt des Verkaufes keinen Interessenten findet, der einen zumindest dem Marktpreis oder Schätzwert entsprechenden Preis bietet“, wie OGH 1 Ob 112/50 SZ 23/139 meint. ME zu Recht dagegen *Apathy/Iro/Koziol*, Bankvertragsrecht<sup>2</sup> I (2006) 1/301.

86 Zurückhaltender *Hofmann* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> I § 1371 Rz 4: Abstellen auf den jeweiligen Marktpreis oder Möglichkeit des Schuldners, einen Käufer namhaft zu machen; *Oberhammer/Domej* in *Kletecka/Schauer*, ABGB-ON §§ 1371, 1372 Rz 22 f: Verkauf zum Markt- oder Börsenpreis oder Schätzwert oder zumindest nach entsprechender öffentlicher Bekanntmachung; *Pröbsting* in *Schwimann*, ABGB Taschenkommentar<sup>2</sup> (2012) § 1371 Rz 9 (Möglichkeiten des Schuldners zur Optimierung des Verkaufserlöses zB durch Sachverständige oder die Befugnis, Kaufinteressenten namhaft zu machen).

87 OGH 5 Ob 295/01w.

88 *Zeiller*, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch IV (1813) 48; *Krainz/Pfaff*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts<sup>1</sup> II/1 (1889) 117 FN 2.

schafft. Jedenfalls beim Eigentumsvorbehalt besteht dafür kein Bedarf, weil im Fall der Entziehung der Vorbehaltssache – die sich anders als das Pfand, das auf Grund des Faustpfandprinzips ja schon beim Pfandgläubiger ist, noch beim Vorbehaltskäufer befindet – diesem ohnehin klar ist, dass für ihn Handlungsbedarf besteht. Wenn er einen guten Käufer namhaft macht, kann ihn der Gläubiger ohnehin – also ganz ohne Anwendung von § 1371 ABGB – nicht übergehen, ohne eine Schadenersatzpflicht zu riskieren. Auch beim Pfand erscheint die Möglichkeit der Namhaftmachung von Käufern aber keinen besonderen Gehalt zu haben. Das Gesetz sieht vor, dass der Pfandbesteller die Verwertung einen Monat vorher anzudrohen hat (§ 466b Abs 1 ABGB).<sup>89</sup> In dieser Zeit kann der Pfandbesteller natürlich eigene Interessenten suchen und namhaft machen, deren Übergang wiederum schadenersatzpflichtig machen könnte.

### 3 Sachverständige Preisschätzung

Während also die Möglichkeit, einen Interessenten namhaft zu machen, den Schutz des Sicherheitenbestellers nicht besonders erhöht, scheint bei grundsätzlicher Anwendung von § 1371 ABGB auf den Eigentumsvorbehalt ein Verzicht auf die sachverständige Preisschätzung demgegenüber weniger aussichtsreich. Der OGH hat im vorliegenden Fall die Möglichkeit der Namhaftmachung eines Kaufinteressenten explizit für nicht ausreichend gehalten, um die Interessen des Schuldners zu wahren. Vielmehr betont er die Bedeutung einer sachverständigen Preisschätzung, deren Fehlen er für haftungsbegründend hält. Wie stark die dogmatische Begründung für dieses Erfordernis ist, erscheint diskutabel.<sup>90</sup> Unbestreitbar bietet die Einholung eines Sachverständigengutachtens für den Pfandbesteller aber große Sicherheit. Setzt der Sachverständige den Preis zu niedrig an, haftet er nämlich.<sup>91</sup> Dahingestellt hat der OGH gelassen, ob auch eigene Sachkunde des Gläubigers oder ausreichende Markterhebungen genügen, weil beide Voraussetzungen nicht vorlagen. Daraus ist ersichtlich, dass das Einholen von drei Angeboten, das Nachverhandeln mit dem Bestbieter und der Verkauf um den Preis, den der vom Schuldner namhaft gemachte Bieter geboten hat, jedenfalls nicht genügen.<sup>92</sup> Für die Praxis folgt aus dieser Entscheidung jedenfalls eines klar: Wer auf der sicheren Seite sein will, kommt um die Einschaltung eines Sachverständigen kaum herum.

---

89 Vgl aber § 368 UGB für das Unternehmergeschäft.

90 Der OGH bezieht sich im geltenden Recht nur auf § 466b Abs 4 ABGB, nach dem ein Freihandverkauf von Pfändern nur zum Börsen- oder Marktpreis stattfinden darf, womit im Anschluss an die Materialien die Gefahr einer unterpreisigen Veräußerung minimiert werde. Dass diese Norm einen so gewichtigen Hinweis auf das Erfordernis der sachverständigen Schätzung bildet, ist nicht gesagt. Die sonst vorgesehene öffentliche Versteigerung bietet diesbezüglich keine Sicherheit, ist aber ohne weiteres zulässig (§ 466b Abs 2 ABGB).

91 Vgl jüngst *Kamer*, Haftung für Rat und Auskunft zwischen Vertrag und Delikt, in FS Koziol (2010) 695.

92 Der OGH erwähnt in dem Zusammenhang Inserate und Internetrecherchen.

## D Marktstufe der Verwertung

Der vielleicht bemerkenswerteste Punkt der vorliegenden Entscheidung ist allerdings nicht, dass der OGH die sachverständige Preisfestsetzung für ein zentrales Merkmal der Verwertung von Sicherungsgut hält, sondern das nur auf den ersten Blick als Nebenschauplatz erscheinende Problem der „Marktstufe“ der Verwertung, also der Frage, an wen verkauft werden soll. Der OGH hat dem Kläger nämlich zwar wegen Verletzung der Sorgfaltspflichten bei der Verwertung die Differenz zwischen dem im Verfahren festgestellten Schätzwert des Sachverständigen und dem tatsächlichen Verkaufspreis zugesprochen. Der Sachverständige hatte aber zwei Preise ermittelt, den Händlerankaufpreis (28.440 €) und den Privatankaufpreis (34.165 €). Während Erst- und Berufungsgericht die Differenz zum Privatankaufpreis zusprachen, gab der OGH nur hinsichtlich der Differenz zum Händlerankaufpreis statt. Der Grund dafür sei ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers, nur an einen Unternehmer zu verkaufen. Worin besteht dieses Interesse?

Die UGB-Reform hat sich bei der Pfandverwertung dem Motto „mehr privat, weniger Staat“ verschrieben, indem die Pfandverwertung seither auch außergerichtlich stattfinden kann, nämlich durch Versteigerung oder Freihandverkauf. Wo ein Freihandverkauf als Gesetzesform nicht vorgesehen ist, kann er unter Wahrung des Pfandbestellerschutzes iSd § 1371 ABGB dennoch vereinbart werden. Interessant ist aber nicht nur, was der Gesetzgeber vorgesehen hat, sondern auch, was er in seinem neuen Regelungskonzept nicht vorgesehen hat. Anders als § 445 BGB über öffentliche Versteigerungen kennt das ABGB nämlich keinen Gewährleistungsausschluss für die Pfandverwertung.<sup>93</sup> § 445 BGB wirkt zwar seinerseits nur im Unternehmerverschaff und nicht beim Verbrauchsgüterkauf (§ 474 Abs 2 BGB),<sup>94</sup> allerdings sieht § 474 Abs 1 S 2 BGB einen weitreichenden, allgemeinen und nicht an eine Pfandverwertung gebundenen Gewährleistungsausschluss für den Kauf gebrauchter Waren in einer öffentlichen Versteigerung vor. Dieser Ausschluss gilt auch im Verbrauchergeschäft!<sup>95</sup> Die Pfandverwertung durch Versteigerung führt in Deutschland also idR zu einer abschließenden Klärung der Verhältnisse. Der Gläubiger weiß zumindest bei der Verwertung gebrauchter Sachen, wie viel er bekommt und dass dieser Betrag ihm auch verbleiben wird.

In Österreich ist das nicht der Fall, § 9 KSchG steht einer solchen Sicherheit des Gläubigers entgegen. Der frühere Art 8 Nr 14 Abs 2 EVHGB, der einen Gewährleistungsausschluss bei öffentlichen Pfandversteigerungen vorgesehen hatte, hat die UGB-Reform ohne Angabe von Gründen nicht überstanden.<sup>96</sup> Den naheliegenden „Trick“, zur öffentlichen Versteigerung einfach nur Unternehmer zuzulassen, hat schon *Holzner* als un-

---

93 Damit nicht zu verwechseln ist der Gewährleistungsausschluss bei exekutiver Verwertung, §§ 189, 277a, 278, 278a EO.

94 *Beckmann* in *Staudinger*, BGB (2014) § 445 Rz 9; *H. P. Westermann* in *MünchKommBGB*<sup>6</sup> § 445 Rz 1.

95 Dies findet Deckung in Art 1 Abs 3 Verbrauchsgüterkauf-RL.

96 Die Kritik am MinE (vgl etwa *Graf* in *Harrer/Mader*, HGB-Reform [2005] 89 f; *Spitzer*, Pfandverwertung 114) hat nicht verfangen.

tauglich entlarvt, weil die Versteigerung dann wohl nicht mehr „öffentlich“ genug iSd § 466b Abs 3 ABGB wäre und die Gefahr suboptimaler Verwertungserlöse bestünde.<sup>97</sup> Da damit keine Möglichkeit besteht, den Verkauf an Verbraucher auszuschließen und da gleichzeitig keine Möglichkeit besteht, beim Verkauf an Verbraucher die Gewährleistung einzuschränken (§ 9 KSchG), hat *Holzner* daraus die Schlussfolgerung gezogen, dass bei gewährleistungsgefährdeten Gütern eine außergerichtliche Pfandverwertung nicht die beste Wahl sei.

Diesem Dilemma hat die vorliegende Entscheidung abgeholfen, indem sie es für zulässig erklärt, das Sicherungsgut grundsätzlich nur Unternehmern zu veräußern. Angelpunkt dieses ganzen Problemkomplexes ist, dass der OGH ein Interesse des Gläubigers anerkennt, seine Ruhe zu haben und die Angelegenheit ein für allemal zu erledigen. Dass sich ein Gläubiger solche Sicherheit wünscht, ist nachvollziehbar. Dass er sie auf Kosten des Sicherheitenbestellers auch bekommt, überzeugt nicht.<sup>98</sup> Eine nachvollziehbare Begründung, warum dieser Wunsch der Bank dem Motorbootkäufer im konkreten Fall 5.725 € wert sein musste, gibt der OGH nicht, anerkennt aber das Interesse des Gläubigers an einer „*raschen und abschließenden Verwertung der Vorbehaltssache*“ als rechtlich schützenswert.

So nachvollziehbar der Wunsch der Bank sein mag, so offen ist, wie er in das System der Pfandverwertung passt. Man wird den Eindruck nicht los, dass die Ansprüche, die der OGH bezüglich der Verwertungsstufe an die Verwertung der Pfandsache stellt, in einem deutlichen Spannungsverhältnis zur sonstigen Pflichtenlage des Sicherheitengläubigers stehen. Wo nicht einmal die Verpflichtung zur „bestmöglichen“ Verwertung ausreicht, billigt der OGH im Endeffekt die zweitbeste Verwertung. Die Entscheidung ist dabei in sich selbst widersprüchlich: Nach der strengen Prüfung des Sorgfaltsmaßstabes des § 1371 ABGB, der nach dem OGH jedenfalls die sachverständige Schätzung, vielleicht zusätzlich die Namhaftmachung eines Käufers verlangt, jedenfalls aber nicht das Einholen dreier Angebote und den Verkauf zu dem Preis, den der vom Schuldner namhaft gemachte Käufer geboten hatte, genügen lässt, wird die notwendig unterpreisige Verwertung für zulässig gehalten. So kommt der OGH zum Ergebnis, dass es nicht sorgfaltswidrig ist, wenn eine Vorbehaltssache vom Sicherungnehmer zum Händlerankaufspreis verwertet wird. Bemerkenswert ist dabei, dass dies nicht etwa aus einer Vereinbarung der Parteien gefolgert wurde, sondern offenbar die gesetzliche Form des Freihandverkaufes darstellen soll.

Die Folgen zeigen sich an einem Fall wie dem vorliegenden besonders deutlich, da der Sicherheitenbesteller oder hier eben der Vorbehaltskäufer ein Verbraucher ist. Er ist von Anfang an im Minus: vor der Verwertung seiner zum Verbrauchereinkaufspreis angeschafften Sicherheit nur hypothetisch, danach ganz real. Es erscheint daher zweifelhaft, dass eine solche Verwertung den Ansprüchen des § 1371 ABGB genügt. Im Hinblick

97 *Holzner*, Zur Neuregelung der außergerichtlichen Pfandverwertung, ÖBA 2007, 940 (947 f).

98 So implizit auch *Holzner*, ÖBA 2007, 947 f.

auf die Verbrauchereigenschaft des Vorbehaltskäufers erscheint das Ausbedingen einer Verwertungsbefugnis, die die Wahl einer suboptimalen Verwertung gestattet, besonders bedenklich und könnte eine solche Vereinbarung auch in einen Widerspruch zum Transparenzgebot des § 6 Abs 3 KSchG bringen.

Das Problem ist nur, dass taugliche Verwertungsalternativen, die den wirtschaftlichen und praktischen Interessen der Bank Rechnung tragen, nicht in Sicht sind. Schon *Holzner* konnte in diesen Fällen ja nur auf die exekutive Verwertung verweisen, die das Problem zwar lösen würde, bei der aber zu bezweifeln ist, dass diese Variante wirklich günstiger und ertragreicher ist. Jedenfalls wäre das Prozedere für den Gläubiger erheblich aufwendiger. Aus Gläubigersicht kann man daher nur hoffen, dass der OGH seine Linie zur Verwertung zum Händlerankaufpreis beibehält. Zur zukünftigen Absicherung des *status quo* könnte man auch daran denken, solche Verwertungsmodalitäten zu vereinbaren. Wie eine Klausel aussehen müsste, die – den Grundsätzen der AGB-Kontrolle entsprechend – einem Verbraucher gegenüber vereinbart, dass man eine Verwertungsart wählen darf, bei der im Vorhinein klar ist, dass sie ein schlechtes Ergebnis erzielen wird, ist freilich offen. Dieser kautelarjuristische Gedanke illustriert vielleicht, wie weit das vom OGH erzielte Ergebnis von den Vorstellungen des Gesetzgebers entfernt ist. ME würde eine solche Vereinbarung gegen § 879 Abs 3 ABGB verstoßen.

Eine alle Beteiligten zufriedenstellende Lösung gibt es auf Grund der mangelnden Flexibilität von § 9 KSchG nicht. Abhilfe könnte in diesem Bereich daher wohl nur der Gesetzgeber schaffen, der – von der Verbrauchsgüterkauf-RL gedeckt – wie in Deutschland Sonderregeln für die Versteigerung vorsehen könnte und somit zumindest eine Form der außergerichtlichen Verwertung privilegieren könnte, bei der der Verwertungspreis zwar (auf Grund der unzweifelhaft gegebenen Preisrelevanz eines Gewährleistungsausschlusses) auch gedrückt würde, bei der dem Sicherheitenbesteller aber zumindest die Gewinnspanne des Unternehmers zukommen würde.

## V Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Im Verzug des Vorbehaltskäufers kann der Verkäufer unter Nachfristsetzung vom Vertrag zurücktreten oder am Vertrag festhalten. Für die Annahme einer konkludenten Rücktrittserklärung des Vorbehaltsverkäufers setzt der OGH einen hohen Maßstab an. So ist nicht einmal das vor Gericht (und unter Anwaltszwang) erhobene Herausgabebegehren als schlüssiger Vertragsrücktritt zu deuten.

2. Nach dispositivem Recht hat der Vorbehaltsverkäufer im Zahlungsverzug des Vorbehaltskäufers ein Rücktrittsrecht. Die Vereinbarung, dass der Vorbehaltsverkäufer am Vertrag festhalten, dem Käufer die Sache aber entziehen kann, ist grundsätzlich möglich. Sie unterliegt dem allgemeinen Instrumentarium der Sittenwidrigkeitsprüfung und der Inhaltskontrolle von AGB.

3. Entziehungsklauseln sind jedenfalls dann nicht gröblich benachteiligend und verstoßen daher nicht gegen § 879 Abs 3 ABGB, wenn sie für

Fälle vereinbart werden, in denen der Vorbehaltsverkäufer ein Rücktrittsrecht hat. Sollen darüber hinaus Entziehungsrechte vereinbart werden, bedarf es im Verbrauchergeschäft in analoger Anwendung von § 6 Abs 2 Z 1 KSchG einer sachlichen Rechtfertigung, wenn sie nicht einzeln ausgehandelt wurden.

4. Bei der Verwertung von Vorbehaltsgut ist nach Ansicht des OGH die Interessenlage jener bei der Pfandverwertung gleichzuhalten. Aus dieser – in Anbetracht verschiedener Gefährdungsszenarien überprüfungsbedürftigen – Auffassung folgt die Anwendung des Willkürverbots des § 1371 ABGB, gegen das nach hA schon immer dann verstoßen wird, wenn die Verwertung nicht auch die abstrakte Gefahr der Verkürzung des Sicherheitenbestellers ausschließt.

5. Grundsätzlich ist daher die Schätzung durch einen Sachverständigen notwendig. Eine darüber hinausgehende Notwendigkeit, dem Vorbehaltskäufer das Recht einzuräumen, selbst Kaufinteressenten namhaft zu machen, besteht nicht.

6. Entgegen der Ansicht des OGH ist eine Verwertung von Vorbehaltsgut – zu Zwecken des dann zulässigen Gewährleistungsausschlusses – ausschließlich an Unternehmer mit dem Schutz des Vorbehaltskäufers jedenfalls dann nicht in Einklang zu bringen, wenn dieser Verbraucher ist.