

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Hoch als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Roch und Dr. Rassi und die Hofrätinnen Dr. Weixelbraun-Mohr und Dr. Kodek als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei J***** F*****, Deutschland, vertreten durch Dr. Frank Philipp, Rechtsanwalt in Feldkirch, gegen die beklagten Parteien 1. M***** GmbH, *****, Deutschland, 2. D***** S*****, Deutschland, beide vertreten durch Harisch & Partner Rechtsanwälte GmbH in Salzburg, wegen § 37 EO (Streitwert 15.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Feldkirch als Berufungsgericht vom 25. September 2018, GZ 1 R 206/18d-20, womit das Urteil des Bezirksgerichts Feldkirch vom 6. Juli 2018, GZ 11 C 3/18h-16, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden aufgehoben und die Rechtssache wird zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

B e g r ü n d u n g :

Mit Beschluss des Erstgerichts als Exekutionsgericht vom 15. November 2017 wurde den Beklagten gegen H***** F***** aufgrund eines vor dem deutschen Landgericht Traunstein abgeschlossenen vollstreckbaren Vergleichs zur Hereinbringung einer Forderung von 50.000 EUR die Fahrnis- und Gehaltsexekution bewilligt.

Im Zuge dieser Exekution wurden am 17. Jänner 2018 (nur) eine Registriertkassette und ein PKW beim Verpflichteten in Österreich gepfändet.

Der Kläger und der Verpflichtete trafen im September 2017 eine Vereinbarung („*Privater Darlehensvertrag*“), wonach der Kläger dem Verpflichteten (seinem Sohn) ein Darlehen von 18.000 EUR zur Rückzahlung bis September 2022 gewährte.

Punkt § 5 des Vertrags lautet wie folgt:

Sicherungsübereignung

Der Darlehensnehmer überträgt sicherungshalber das Eigentum an folgenden Gegenständen auf den Darlehensgeber:

*Mercedes R 320 Bj 2008, Registriertkassette für ...
[genannt ist das vom Verpflichteten geführte
Gastlokal in Vorarlberg]*

Der Darlehensgeber räumt dem Darlehensnehmer das Recht ein, den Gegenstand für den gewöhnlichen Gebrauch weiterhin zu nutzen.

Sobald die Darlehensforderung durch den Darlehensnehmer vollständig getilgt ist, fällt das

Eigentum an dem Gegenstand an den Darlehensnehmer zurück, ohne dass es eines besonderen Übertragungsaktes bedarf.

Kommt der Darlehensnehmer mit ... in Verzug, ist der Darlehensgeber berechtigt, das Nutzungsrecht zu widerrufen, den Sicherungsgegenstand in Besitz zu nehmen, ihn freihändig nach Schätzung zu veräußern und seine Forderung aus dem Erlös zu befriedigen.

Bei den Unterschriften der Vertragsparteien ist als Ort der Unterzeichnung T***** (Deutschland) angeführt.

Gegen die Exekutionsführung auf die beiden Gegenstände erhebt der Kläger Widerspruch mit der vorliegenden Exszindierungsklage und bringt vor, an diesen Gegenständen im September 2017 in Deutschland nach den anzuwendenden deutschen gesetzlichen Bestimmungen wirksam Sicherungseigentum erworben zu haben. Er habe an den Sachen Gewahrsame erlangt und diese danach seinen Söhnen zur Nutzung überlassen. Er verfüge auch über die Zulassungsbescheinigung und den Typenschein. Entgegen der durch den EU-Beitritt Österreichs gegenstandslosen Entscheidung 3 Ob 126/83 ändere auch das Verbringen der Gegenstände von einem EU-Staat in einen anderen nichts an den rechtswirksam zu Stande gekommenen Eigentumsverhältnissen.

Die Beklagten wandten ein, dass durch eine in Deutschland vereinbarte Sicherungsübereignung in Österreich nicht wirksam Sicherungseigentum begründet werden könne bzw diese Form der Sicherungsübereignung in Österreich, wo sie nur dann zulässig sei, wenn sie den pfandrechtlichen Publizitätserfordernissen entspreche, nicht anerkannt werde. Mit einem Besitzkonstitut könne kein Sicherungseigentum begründet werden. Der Vertrag vom September 2017 erfülle

die erforderlichen Voraussetzungen für Österreich nicht. Dem Kläger seien die Gegenstände nicht ausgehändigt worden.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Anknüpfend an den oben referierten Sachverhalt ging es davon aus, dass der Kläger nach deutschem Recht durch Besitzkonstitut rechtswirksam Sicherungseigentum an den gepfändeten Gegenständen erworben habe. Allerdings sei der Gegenstand in Österreich gepfändet worden. Die Frage, ob ein Exszindierungsgrund vorliege, sei nach § 31 IPRG nach österreichischem Recht zu klären. Die Vereinbarung über das Sicherungseigentum zwischen dem Kläger und dem Verpflichteten hindere mangels der Einhaltung der maßgeblichen Publizitätserfordernisse die Fahrnisexekution nicht. Das Erstgericht verneinte erkennbar einen Verstoß gegen Unionsrecht mit dem Hinweis, dass das Publizitätsprinzip beim Sicherungseigentum dem Schutz des Schuldners diene, der davor bewahrt werden solle, leichtfertig Kredit aufzunehmen und sich dafür einer Sache zu begeben.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Es ging erkennbar davon aus, dass der Kläger in Deutschland durch Besitzkonstitut wirksam Sicherungseigentum erworben habe. Die Regelung des § 31 Abs 1 IPRG, wonach sich das Verbringen einer Sache in einen anderen Staat auf die im ersten Staat bereits eingetretene dingliche Rechtsänderung nicht mehr auswirke, werde bei dinglichen Sicherungsrechten durchbrochen, weil sonst die strengen Publizitätsvorschriften in Österreich unterlaufen würden. Diese Vorschriften dienten dem Schutz der Gläubigerordnung und dem Schutz des Kreditverkehrs vor einem enttäuschten Vertrauen auf einen Haftungsfonds des Sicherungsgebers sowie dem Schutz des Schuldners, der vor einer leichtfertigen Kreditaufnahme bewahrt werden solle.

Die Publizitätsregeln stellten eine Dauervoraussetzung für den Fortbestand der Sicherungsrechte dar. Bei Anwendung des § 31 Abs 2 IPRG gingen publizitätslose Mobilarsicherheiten als dingliche Rechte unter. Wie sich aus § 467 Satz 3 ABGB ergebe, stehe das Wiedererlangen der Gewahrsame des Pfandbestellers dem Fortbestand des Pfandrechts entgegen.

Das Berufungsgericht sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR, nicht aber 30.000 EUR übersteigt und ließ die Revision mangels Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu § 31 IPRG bei grenzüberschreitender Sicherungsübereignung nach dem EU-Beitritt Österreichs zu.

Dagegen richtet sich die Revision des Klägers mit dem Antrag, die Entscheidungen der Vorinstanzen im stattgebenden Sinn abzuändern, hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Beklagten beantragen in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht herangezogenen Grund zulässig, sie ist auch im Sinn des Aufhebungsantrags berechtigt.

1.1 Die Sicherungsübereignung bewirkt die vorläufige Übertragung des Eigentums als Vollrecht zur Sicherung von Forderungen des Vertragspartners. Dieser ist im Innenverhältnis an die Sicherungsabrede gebunden (7 Ob 12/55 SZ 28/72; 6 Ob 246/65 SZ 38/190; RIS-Justiz RS0010391 [T2]; RS0000843 [insb T1, T4]; *Eccer/Riss* in KBB⁵ § 358 Rz 4 f; *Geroldinger/Holzner* in *Burgstaller/Deixler-Hübner* § 37 EO Rz 68; *Illedits* in

Schwimann/Neumayr, ABGB-TaKom⁴ § 358 Rz 14; *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1299).

1.2 Auch Sicherungseigentum berechtigt zur Exszindierung (2 Ob 31/52 SZ 25/138; 3 Ob 96/64 RZ 1964, 220; 3 Ob 112/68 SZ 41/140; 3 Ob 31/81 SZ 54/89 [Sicherungszeession]; 3 Ob 2403/96w; 3 Ob 33/08m; RIS-Justiz RS0000843; *Jakusch in Angst/Oberhammer*³ § 37 EO Rz 18), was darin begründet ist, dass die Sicherungsübereignung Volleigentum schafft (3 Ob 112/68; 3 Ob 71/71 EvBl 1972/37; RIS-Justiz RS0000843; *Illedits in Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 358 Rz 14; *Klicka in Schwimann/Kodek*⁴ § 358 ABGB Rz 22). Die zitierte Rechtsprechung bejaht – im Gegensatz von Teilen der Lehre (vgl. *Burgstaller*, Das Pfandrecht in der Exekution [1988] 150 ff; *Jakusch in Angst/Oberhammer*³ § 37 EO Rz 18 ua; aA allerdings *Heller/Berger/Stix*, EO⁴ I 462; *Klicka in Schwimann/Kodek*⁴ § 358 ABGB Rz 22; *E. Walter*, Die Treuhand im Exekutions- und Insolvenzverfahren [1998] 130 ff, 161) – die Anwendung des § 37 EO auch (und vor allem) dann, wenn sich die Sache bei der Pfändung im Gewahrsame des Sicherungsgebers befindet.

2.1 Nach deutschem Recht überträgt bei einer Sicherungsübereignung der Sicherungsgeber (hier der Verpflichtete) das Eigentum an einer oder mehreren Sachen zur Sicherung einer oder mehrerer Forderungen auf den Sicherungsnehmer (hier den Kläger) mit der Abrede, dass dieser von dem ihm überlassenen Eigentum nur im Rahmen der Zweckbestimmung Gebrauch machen darf. Die Eigentumsübertragung erfolgt durch Übereignung gemäß §§ 929–931 BGB, wobei das – hier vereinbarte – Besitzkonstitut gemäß § 930 BGB die Regel bildet. Die Rechte und Pflichten des Sicherungsgebers richten sich

grundsätzlich nach dem Sicherungsvertrag (dazu zB 1 Ob 224/14v mwN).

2.2 Der Kläger beruft sich auf eine wirksame Sicherungsübereignung nach deutschem Recht. Die Vorinstanzen haben den Klagsanspruch verneint und sind im Sinn der Entscheidung 3 Ob 126/83 SZ 56/188 davon ausgegangen, dass – ungeachtet wirksamer Begründung des Sicherungseigentums in Deutschland (aufgrund Besitzkonstituts) – der Kläger sein Eigentum durch den Transport der Sachen nach Österreich verloren hat.

3. Entgegen den Ausführungen des Klägers gelangt hier das IPRG zur Anwendung.

3.1 Das IPRG enthält Bestimmungen darüber, nach welcher Rechtsordnung Sachverhalte mit Auslandsberührung in privatrechtlicher Hinsicht zu beurteilen sind (RIS-Justiz RS0046214). Immer dann, wenn ein Sachverhalt mit Auslandsberührung vorliegt, hat das Gericht zu prüfen, welches nationale Recht zur Anwendung gelangt (RIS-Justiz RS0009230 [T4]); diese Prüfung ist auch im Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten der EU vorzunehmen (vgl jüngst für Deutschland: 5 Ob 211/17s).

3.2 Die von den Vorinstanzen zitierten Normen des IPRG lauten wie folgt:

Statutenwechsel

§ 7. Die nachträgliche Änderung der für die Anknüpfung an eine bestimmte Rechtsordnung maßgebenden Voraussetzungen hat auf bereits vollendete Tatbestände keinen Einfluss.

SACHENRECHT

Allgemeine Regel

§ 31. (1) Der Erwerb und der Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen einschließlich des Besitzes sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sachen

bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust zugrunde liegenden Sachverhalts befinden.

(2) Die rechtliche Gattung der Sachen und der Inhalt der im Abs. 1 genannten Rechte sind nach dem Recht des Staates zu beurteilen, in dem sich die Sachen befinden.

4.1 Nach der Entscheidung 3 Ob 126/83 besteht ein im Ausland wirksam erworbenes Sicherungseigentum an beweglichen Sachen nach deren Verbringung ins Inland (jedenfalls) nicht mehr, wenn die zu seinem Weiterbestehen im Inland geforderten Publizitätserfordernisse fehlen (aA zur Rechtslage vor dem IPRG: 3 Ob 96/64 RZ 1964, 220).

Die Entscheidung 3 Ob 126/83 ist – zusammengefasst – wie folgt begründet: Zwar sind der Erwerb und der Verlust dinglicher Rechte an körperlichen Sachen einschließlich des Besitzes nach § 31 Abs 1 IPRG nach dem Recht des Staats zu beurteilen, in dem sich die Sachen bei Vollendung des dem Erwerb oder Verlust zugrunde liegenden Sachverhalts befinden. Die rechtliche Gattung der Sachen und der Inhalt der im Abs 1 genannten Rechte sind (hingegen) nach dem zweiten Absatz der zitierten Gesetzesstelle nach dem Recht des Staats zu beurteilen, in dem sich die Sachen befinden. Im Unterschied zum ersten Absatz der zitierten Gesetzesstelle wird hier nicht auf einen bestimmten Anknüpfungszeitpunkt abgestellt. Die Wirkungen des allenfalls nach dem Recht eines anderen Staats erworbenen dinglichen Rechts richten sich daher nach dem Recht des jeweiligen Lageorts. Gelangt eine Sache ins Inland, so kann das im Ausland entstandene dingliche Recht nur dann dingliche Wirkungen entfalten, wenn es mit der inländischen Sachenrechtsordnung vereinbar ist. Der Grundsatz der Anerkennung im Ausland entstandener dinglicher Rechte gilt nicht ausnahmslos, insbesondere nicht für besitzlose

Pfandrechte, deren Grundsätze auch auf das Sicherungseigentum übertragen werden können. Der Fortbestand eines unter der Herrschaft des früheren Belegenheitsrechts wirksam begründeten Sicherungsrechts hängt nach einem Lageortwechsel des Sicherungsguts allein von der Anerkennung durch die neue *lex rei sitae* ab, die hierfür in der Regel die Einhaltung ihrer grundlegenden Publizitätserfordernisse verlangt. Nach österreichischem Recht ist nicht nur zur Begründung, sondern auch zum Weiterbestehen des Pfandrechts und des Sicherungseigentums eine gewisse Publizität notwendig, die zum Schutz der Gläubigerordnung im Inland festgesetzt wurde und deren eigener Anwendungswille Beachtung verlangt.

4.2 Da nach dieser Judikatur auch der Weiterbestand des Sicherungsrechts vom jeweiligen Belegenheitsrecht abhängt und nicht nur vom Recht des Lageorts, an dem das dingliche Sicherungsrecht erworben bzw begründet wurde (RIS-Justiz RS0076753; so auch 7 Ob 723/88 und 3 Ob 2403/96w), ist das Sicherungseigentum besonders anfällig gegen einen Lageortwechsel (vgl. *Schwartze*, *Kreditsicherung bei Grenzüberschreitung in Apathy/Iro/Koziol*, Österreichisches Bankvertragsrecht VIII/Teil I Rz 6/44).

5. Aus den getroffenen Feststellungen ist allerdings nicht eindeutig abzuleiten, ob hier – wie von den Vorinstanzen angenommen – iVm § 31 Abs 1 IPRG davon ausgegangen werden kann, dass das Eigentum in Deutschland tatsächlich wirksam begründet wurde. Die bisherigen Feststellungen decken zwar eine entsprechende Vereinbarung samt Besitzkonstitut. Es bleibt aber offen, ob sich die Gegenstände im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (= der dem Erwerb zugrundeliegender Sachverhalt im Sinn des § 31

Abs 1 IPRG) überhaupt in Deutschland befanden. Wenn man aber – im Gegensatz zu den Vorinstanzen und 3 Ob 126/83 – davon ausgeht, dass ein in Deutschland durch Besitzkonstitut wirksam begründetes (Sicherungs-)Eigentum auch in Österreich aufrecht bleibt, würden die fehlenden Feststellungen einen rechtlichen Feststellungsmangel erfüllen, weil sich der Kläger auf eine wirksame Begründung von Sicherungseigentum nach deutschem Recht wegen der Situsregel nur dann berufen kann, wenn sich die Gegenstände damals in Deutschland befunden haben. Diesbezüglich blieb das Vorbringen des Klägers unklar. Zum einen sprach er etwa bei der Registrierkasse im Zusammenhang mit der Sicherungsübereignung ausdrücklich von einem „Standort“ in Vorarlberg (ON 10). An anderer Stelle nimmt er auf ein „*Verbringen der Gegenstände*“ von einem EU-Land in ein anderes EU-Land Bezug.

Es ist daher zunächst die vom Berufungsgericht und Revisionswerber zutreffend als erheblich qualifizierte Rechtsfrage zu klären, ob die Aussagen in 3 Ob 126/83 auch nach dem EU-Beitritt Österreichs noch aufrecht zu erhalten sind.

6.1 Die referierte Entscheidung 3 Ob 126/83, die wegen der dort zu bejahenden Relevanz des IPRG (anders 7 Ob 723/88) für einen Lageortwechsel nach wirksamer Begründung eines dinglichen Rechts im Ausland insoweit vereinzelt geblieben ist, fand nur zum Teil Zustimmung im Schrifttum.

6.1.1 *Schwimann* (JBl 1984, 552 [Entscheidungsanm]) begrüßte das Ergebnis mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die bisher herrschende Ansicht (bzw. „*die vielen einhelligen und bis in kollisionsrechtliche Urzeiten zurückreichenden fachliterarischen*“

Meinungsäußerungen“), räumte aber ein, dass die Entscheidung die Regelung der §§ 7 und 31 Abs 1 IPRG „*durchbrechen musste*“, denen zufolge ein in Deutschland wirksam begründetes Sicherungseigentum nach Lageortwechsel auf österreichisches Gebiet „*hätte anerkannt werden müssen*“. Auch § 31 Abs 2 IPRG trage das Ergebnis nicht, weil diese Norm vom Inhalt und nicht von den Wirkungen der einmal begründeten dinglichen Rechte spreche und damit lediglich die Anpassung fremder Mobiliarsachenrechte an den Typenkatalog und die Rechtsschutzeinrichtungen des neuen Lageorts meine. Der Hinweis von *Schwimann* darauf, dass die Entscheidung „*eines der zahlreichen Versäumnisse des österreichischen Gesetzgebers im IPRG wieder gutgemacht hat*“, lassen seine Zustimmung vorderhand rechtspolitisch erscheinen. An anderer Stelle führt *Schwimann* aus, dass das Erlöschen auf einer Sonderanknüpfung der Publizitätsvorschriften nach ihrem eigenen Anwendungswillen „*zur Wahrung der inländischen Gläubigerordnung*“ fußten (*Schwimann*, Internationales Privatrecht³ 141).

6.1.2 *Hoyer* (Sind Sicherungseigentum und Pfandrecht gleich zu behandeln? JBl 1984, 543) konstatiert, die Entscheidung habe das Richtige getroffen, jedoch keine überzeugenden Gründe anzubieten; diese sollten nachgebracht werden: Das Ergebnis könne eine analoge Anwendung des § 467 ABGB für das Sicherungseigentum stützen. Für die Analogie spreche der idente Interessengegensatz zwischen dem unbeteiligten Dritten und dem Sicherungsnehmer, dem die ganz herrschende Ansicht dadurch Rechnung trage, dass sie zur Begründung des Sicherungseigentums die strengen Publizitätserfordernisse des Pfandrechtserwerbs fordere. Die Anwendung des § 467 ABGB erweise sich als legitim, weil

aus § 10 Abs 3 KO abzuleiten sei, dass das Sicherungseigentum im sachenrechtlichen und im obligatorischen Außenbereich (nur!) als Pfandrecht anzusehen sei. Dadurch werde das obligatorische Innenverhältnis nicht getroffen, wohl aber den Publizitätsvorschriften des Sachenrechts die zum Schutze Dritter gegen Umgehung derselben nötige Durchschlagskraft verliehen (idS für einen Binnenfall: 3 Ob 2403/96w). An anderer Stelle führt *Hoyer* aus, dass eine Sonderanknüpfung im Interesse der inländischen Gläubigerordnung gar nicht erforderlich sei, weil dem Erfordernis der dauernden Publizität durch § 31 Abs 2 IPRG und der Anordnung der ausschließlichen Maßgeblichkeit der *lex rei sitae* „für die Wirkungen dinglicher Rechte“ Rechnung getragen werde (*Hoyer*, Mobilarsicherheiten und Grenzübertritt des Sicherungsgutes im österreichischen Recht, QuGZ 1986, 53 [63]).

6.2 Andere Autoren haben nicht nur gegen die Begründung, sondern auch gegen das Ergebnis der Entscheidung massive Einwände erhoben.

6.2.1 Nach *Schwind* (Internationales Privatrecht³ [1990] Rz 393, *ders* in Kegel-FS, Hinkendes Eigentum – ein juristischer Alptraum, 599 ff) sei es nur vor dem Inkrafttreten des IPRG in Kauf zu nehmen gewesen, dass eine im Ausland durch Besitzkonstitut begründete Sicherungsübereignung in Österreich als wirkungslos bezeichnet werde. Das „*shockierende*“ Ergebnis der von ihm als „*unglücklich*“ qualifizierten Entscheidung sei jedoch nach dem IPRG „*schlechtweg unmöglich*“. Die vom IPRG grundlegende herbeigeführte Änderung der diesbezüglichen Rechtslage, wonach das Eigentumsrecht als vollendeter Tatbestand entstanden sei, das nach § 7 IPRG unbeeinflusst durch einen Statutenwechsel als solches zu respektieren sei, werde

„schlicht ignoriert“ bzw „einfach nicht zur Kenntnis genommen“. Bei den von § 31 Abs 1 IPRG umfassten Vorgang handle es sich eindeutig um einen vollendeten Tatbestand im Sinn des § 7 IPRG, sodass ein späterer Statutenwechsel diese einmal geschaffene Wirkung nicht mehr beseitigen könne. Der Fehler liege (auch) darin begründet, dass man § 31 Abs 2 IPRG eine weit über seinen Sinn und Wortlaut hinausgehende Bedeutung unterschiebe. Abs 2 solle nur zum Ausdruck bringen, dass sich das einmal erworbene Recht nach einem Statutenwechsel den sozialen, nachbarrechtlichen, öffentlich-rechtlichen Normen sowie den Beschränkungen in der Verfügungsmöglichkeit (Waffengesetz, Suchtgiftgesetz, Ausfuhrbeschränkungen, Möglichkeiten des gutgläubigen Erwerbs udgl) anpassen müsste. Es gehe dabei nicht um die Existenz des Rechts, das nach § 31 Abs IPRG der *lex rei sitae* unterworfen und durch § 7 IPRG vor allen Möglichkeiten der Vernichtung eindeutig geschützt sei. Der Autor befürchtete allerdings, dass auch weiter gesetzwidrig judiziert werde, weil diese Fehlmeinung durch verschiedenste juristische Kunstgriffe durch Jahrzehnte aufrechterhalten worden sei.

6.2.2 *Rauscher* (Sicherungsübereignung im deutsch-österreichischen Rechtsverkehr, JBl 1985, 321 [324, 327]) kritisiert, dass ein Erlöschen einer in Deutschland wirksam erfolgten Sicherungsübereignung durch Transport nach Österreich nach den Grundsätzen des Fortbestehens von Rechten aufgrund abgeschlossener Tatbestände nicht angenommen werden könne. Ein Erlöschen des sicherungshalber übertragenen Eigentums wegen des Verbringens der Sache über die Grenze könne nicht mit einem Mangel im Erwerbsvorgang begründet werden, weil die Übereignung nach deutschem Recht unabhängig von der Sicherungsabrede voll wirksam erfolgt und als solche

abgeschlossen sei. Der Oberste Gerichtshof modifiziere mit der sachenrechtlichen Dauervoraussetzung das Volleigentum nachträglich. Dies bedeute in Wirklichkeit den Entzug des wirksam begründeten Eigentums und damit eine Durchbrechung des Grundsatzes vom Fortbestand wohlerworbener Sachenrechte.

6.2.3 Auch *Lurger/Melcher* führten jüngst dazu aus, dass sich das referierte Ergebnis nicht mit § 31 IPRG erzielen lasse. Zentrale Frage sei, ob bereits Vollendung gegeben sei, also ein abgeschlossener Tatbestand vorliege. Bejahendenfalls könne die einmal hergestellte dingliche Rechtslage nicht mehr durch einen Standortwechsel der beweglichen Sache verändert werden (*Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht [2017] 6/13 und 6/21). Der mit einem späteren Transport (etwa von Deutschland nach Österreich) bewirkte Statutenwechsel (§ 7 iVm § 31 Abs 1 IPRG) könne nicht zurückwirken. Auch aus § 31 Abs 2 IPRG lasse sich nicht begründen, dass das im Ausland wirksam begründete Sicherungseigentum durch den Transport nach Österreich weg falle, weil sich diese Norm nur auf die Typenfragezuordnung beziehe, die sich im Verhältnis Deutschland zu Österreich nicht stelle, zumal in beiden Ländern Sicherungseigentum anerkannt sei (*Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht 6/23).

6.3 Unionsrechtliche Komponente

6.3.1 Seit dem EU-Beitritt Österreichs wird die Entscheidung 3 Ob 126/83 im Schrifttum auch deshalb kritisch bewertet, weil der Verlust des Sicherungseigentums wegen eines Transports innerhalb der Union in Spannung zu unionsrechtlichen Grundfreiheiten stehen könnte (vgl dazu ua etwa die weiteren Hinweise von *Schwartz*, Kreditsicherung bei Grenzüberschreitung in *Apathy/Iro/Koziol*,

Österreichisches Bankvertragsrecht VIII/Teil I Rz 6/44 und *Verschraegen* in *Rummel*³ § 31 IPRG Rz 30).

6.3.2 *Basedow* verweist – auch unter Bezugnahme auf 3 Ob 126/83 – darauf, dass der Untergang dinglicher Rechte nach Grenzüberschritt Mobiliarsicherheiten wertlos mache. Das habe wegen der deshalb notwendigen schuldrechtlichen Sicherheiten eine Verteuerung von Exporten zur Folge, was einer mengenmäßigen Einfuhrbeschränkung gleichkomme und zur Einschränkung der Warenverkehrsfreiheit führe (*Basedow*, Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, *RabelsZ* 59 [1995] 41 ff).

In seiner Habilitationsschrift betrachtet *von Wilmsky* (Europäisches Kreditsicherungsrecht [1996] 97 ff) den freien Warenverkehr als eingeschränkt, wenn der Statutenwechsel dazu führe, dass Sicherungsrechte aufgehoben werden. Aufgrund des Drucks, den die Situsregel ausübe, seien die Parteien der Sicherungsvereinbarung gezwungen, den räumlichen Bereich, innerhalb dessen der Sicherungsgeber das Sicherungsgut einsetzen könne, auf das Inland zu begrenzen. In dieser vertraglichen Regelung liege kein freiwilliger Verzicht auf die Freiheit des Warenverkehrs. Die Behinderung liege darin, dass die Kreditgewährung und deren Besicherung nicht an der Internationalität des Geschäfts teilnehmen könnten, sondern „auf der nationalen Ebene eingepfercht bleiben“. Daneben schränke die Situsregel und der durch sie ausgeübte Druck, die Mobilität des Sicherungsobjekts auf das Inland zu beschränken, auch den Kapitalverkehr in der Union ein. Sei der Gebietswechsel des Objekts von der Sicherungsabrede gedeckt, so stecke in ihm nicht nur eine Handlung des Sicherungsnehmers, durch die

dieser seine dingliche Sachbeziehung über eine Binnengrenze hinweg verlagere. Diese grenzüberschreitende Übertragung von Sachkapital werde unmöglich gemacht, wenn der Gebietswechsel mit einem Statutenwechsel einhergehe und das neue Lageortrecht dem Sicherungsrecht die sachrechtliche Anerkennung verweigere. Der Autor bezieht auch die Entscheidung 3 Ob 126/83 in seine Überlegungen ein (vgl. *von Wilimowsky*, Kreditsicherungsrecht 127 f).

Nach *Stoll* (Zur gesetzlichen Regelung des internationalen Sachenrechts in Art 43–46 EGBGB, IPRax 2000, 259 [262 f]) bestimmten die Grundfreiheiten das nationale Kreditwesen, er geht davon aus, dass eine Entscheidung wie 3 Ob 126/83 seit dem Beitritt Österreichs zur EU ausgeschlossen sein sollte.

Röthel (Internationales Sachenrecht im Binnenmarkt, JZ 2003, 1027 [1032]) bejaht eine Beschränkung der Grundfreiheiten dann, wenn durch einen Statutenwechsel Rechtspositionen verloren gehen. Der Statutenwechsel in milderes Recht sei gemeinschaftsrechtlich unauffällig. Anderes gelte beim Statutenwechsel in strengeres Recht, wobei sie unter Hinweis auf 3 Ob 126/83 den Export von deutschem Sicherungseigentum ins benachbarte Österreich als „*prominentes Beispiel*“ anführt. Der maßgebliche Einfluss des Empfangsrechts habe eine territoriale Begrenzung der Wirksamkeit von (deutschen) Mobiliarsicherheiten und damit eine Beschränkung jedenfalls der Warenverkehrsfreiheit zur Folge.

Schacherreiter (Publizitätsloses Sicherungseigentum im deutsch-österreichischen Grenzverkehr, ZfRV 2005, 173) bejaht – aufbauend auf den Lehren *von Wilimowskys* – im Fall des Untergangs von besitzlosem Sicherungseigentum im Grenzverkehr wegen des Drucks, die

Mobilität des Sicherungsguts auf das Inland zu beschränken, eine Einschränkung auch des Kapital- und Zahlungsverkehrs in der Union. Mit der Verbringung der Sache in ein anderes Land überquere nämlich auch das dingliche Rechtsverhältnis zwischen dem Sicherungsnehmer und der belasteten Sache die Grenze. Es liege eine Kapitalbewegung vor, die von der Kapitalverkehrsfreiheit geschützt werde. Die Kapitalverkehrsfreiheit solle nämlich ganz allgemein die gemeinschaftsweite Mobilität von Kapital gewährleisten. Sie erfasse daher auch solche Fälle, in denen Kapital von einer einzigen Person grenzüberschreitend transferiert werde. Darüber hinaus spreche der den besitzlosen Mobiliarsicherheiten eigentümliche Zweck dafür, die Mobilität der Sache selbst zu schützen. Diesen Sicherheiten liege nämlich die Idee zu Grunde, dass sie der Sicherungsgeber weiterhin zur Einkommenserzielung einsetzen könne. Ihre Mobilität drücke sich daher primär darin aus, dass die Sache selbst mobil sei. Da die Grundfreiheiten nur willensgetragene Transaktionen erfassen, seien allerdings nur jene Grenzübertritte betroffen, die durch die Sicherungsvereinbarung gedeckt seien. Es genüge, dass die Verbringung über die Grenze nicht ausdrücklich ausgeschlossen werde, weil dadurch, dass der Sicherungsnehmer die Sache dem Sicherungsgeber belasse, er es diesem auch anheim stelle, die Sache in einem anderen Land einzusetzen. Ein durch die Sicherungsabrede gedeckter Grenzübertritt der sicherungsweise übertragenen Sache stelle eine von der Kapitalverkehrsfreiheit geschützte Kapitalbewegung dar. Wenn aber mit diesem Grenzübertritt das an der Sache haftende Sicherungsrecht untergehe, werde diese Kapitalbewegung verunmöglicht und dadurch die Kapitalverkehrsfreiheit beschränkt.

Lurger/Melcher (Handbuch Internationales Privatrecht [2017] 6/22) sehen („wohl zweifellos“) eine Beschränkung der Dienstleistungs- und Kapitalverkehrsfreiheit des AEUV, weil die grenzüberschreitende Mobilität des Sicherungsguts deutlich eingeschränkt werde.

Auch nach *Verschraegen* (Internationales Privatrecht Rz 768) stößt es innerhalb der EU auf Bedenken, wenn ein im Ausland wirksam gesicherter Kredit auf österreichischem Boden völlig ungesichert, daher wirtschaftlich wertlos werden solle. Die „*drakonische und unverhältnismäßige Folge*“ der Entscheidung 3 Ob 126/83 spieße sich mittlerweile mit unionsrechtlichen Grundfreiheiten, indem die dingliche Sicherung von internationalen Kreditvergaben aufgrund nationaler Voraussetzungen scheitere (*Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 755).

Czernich (Internationales Kreditsicherungsrecht im Geschäftsverkehr der Banken, ÖBA 2000, 1067 [1073]), der primär die Problematik des Eigentumsvorbehalts und der Sicherungszession untersucht hat, bezweifelt, dass eine Sonderanknüpfung der Publizitätsvorschriften (bei der Sicherungszession) unionsrechtskonform sei, dabei hebt er den freien Warenverkehr hervor und sieht besonders das Kriterium der Folgerichtigkeit als relevant an: Tatsächlich kenne das österreichische Recht publizitätslose Sicherheiten, nämlich den Eigentumsvorbehalt. Es sei davon auszugehen, dass die Durchsetzung der Publizitätsvorschriften des österreichischen Rechts als Eingriffsnormen jedenfalls nicht unionsrechtskonform sei, wenn die Auslandsbeziehung zu einem anderen EU-Mitgliedstaat bestehe.

6.3.3 Von den genannten Autoren, die sich mit einer möglichen Rechtfertigung der Beschränkung der Grundfreiheiten auseinandergesetzt haben, wird eine solche Rechtfertigung für die hier zu prüfende Problematik des Erlöschens von Sicherungseigentum durch Export der Sachen vor allem mit Hinweis auf die fehlende Verhältnismäßigkeit verneint (umfassend: *von Wilimowsky*, Kreditsicherungsrecht 122 ff und 133 ff, *Schacherreiter*, ZfRV 2005, 173; siehe auch *Basedow*, RabelsZ 59, 44 ff; *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht 6/22; *Röthel*, JZ 2003, 1027 [1032]; *Verschraegen*, Internationales Privatrecht Rz 768 aA noch *Verschraegen* in *Rummel*³ § 31 IPRG Rz 30).

6.3.4 Der Senat erachtet die referierten Bedenken gegen die Unionsrechtskonformität des Ergebnisses der Entscheidung 3 Ob 126/83 für beachtlich. Die dadurch indizierte Einschränkung der Kapitalmarkt- und Warenfreiheit lässt sich *prima vista* schon deshalb schwer mit einem Hinweis auf den gebotenen Schutz der Güter- und Gläubigerordnung bzw den Verkehrs- und Vertrauensschutz rechtfertigen, weil auch in Österreich wegen der anerkannten Rechtsfigur des Eigentumsvorbehalts niemand ohne weiteres darauf vertrauen kann, dass ein Schuldner (jedenfalls) Eigentümer der in seinem Besitz befindlichen Sachen ist (vgl *Basedow*, RabelsZ 59, 46; *Czernich*, ÖBA 2000, 1073; *Lurger/Melcher*, Handbuch Internationales Privatrecht 6/22). Auch die Argumentation mit dem Schutz des Schuldners vor einer leichtfertigen Kreditaufnahme ist nicht zwingend, weil diese Problematik der hier zu klärenden Frage des Wegfalls durch Grenzübertritt vorgelagert ist. Im Anlassfall würde sich an einer allfälligen leichtfertigen Kreditaufnahme des Verpflichteten durch den späteren Wegfall der Sicherung nichts ändern.

6.3.5 Auf die unionsrechtliche Problematik bzw die Anforderungen an eine allenfalls gebotene unionsrechtskonforme Auslegung (vgl *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 31), die sich auch auf das Primärrecht bezieht (*Rebhahn* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang*³ Nach §§ 6, 7 Rz 145 mwN), muss aber aus folgenden Erwägungen nicht näher eingegangen werden. Das trifft auch auf die im Rechtsmittel erwähnte Bestimmung des Art 17 GRC zu.

7. Neubewertung der Rechtslage bei grenzüberschreitenden Sicherungsrechten

7.1 Bereits nach einer an Wortlaut und Normzweck orientierten Auslegung der §§ 7, 31 IPRG ist der Untergang eines in Deutschland wirksam begründeten Eigentums (bloß) durch den Import der Sache nach Österreich somit nicht zu begründen und eine Verletzung des Unionsrechts in diesem Zusammenhang daher ausgeschlossen.

7.2 Das IPRG geht bei der Sicherungsübereignung von der Anwendbarkeit der *lex rei sitae* aus und unterstellt die Wirksamkeit der Übertragung dem Regelungsbereich von § 31 Abs 1 IPRG (3 Ob 126/83; 5 Ob 518/89; RIS-Justiz RS0076753; vgl für den Eigentumsvorbehalt: RIS-Justiz RS0076763). Im Sinn der referierten Stimmen im Schrifttum ist bei der Auslegung des § 31 Abs 1 IPRG darauf abzustellen, ob bereits Vollendung des zugrunde liegenden Sachverhalts gegeben ist, also ein abgeschlossener Tatbestand vorliegt.

7.3 Sieht das Recht eines Staats einen wirksamen Erwerb von „gewöhnlichem“ Eigentum auch ohne Übergabe vor, ist der Erwerb ungeachtet der unterschiedlichen Rechtslage des neuen Lageorts auch dort wirksam, weil der Eigentumserwerb ein bereits abgeschlossener Tatbestand im

Sinn des § 7 IPRG ist (vgl. *Schwind*, Internationales Privatrecht³ Rz 389). Nichts anderes kann für eine wirksam vorgenommene Sicherungsübereignung gelten, die zu einer Vollrechtsübertragung führt (vgl. oben 1.1 und 1.2). Auch mit einer wirksamen Begründung des Sicherungseigentums im Ausland ist der dinglichen Rechtsgestaltung zugrundeliegende Tatbestand bereits vollendet.

7.4 Ein Erlöschen eines in Deutschland mit Besitzkonstitut wirksam zur Sicherung übertragenen Eigentums durch Transport nach Österreich kann daher auf § 31 Abs 1 IPRG schon deshalb nicht gestützt werden, weil die nachträgliche Änderung der für die Anknüpfung an eine bestimmte Rechtsordnung maßgebenden Voraussetzungen auf bereits vollendete Tatbestände keinen Einfluss hat. Der mit einem späteren Transport bewirkte Statutenwechsel kann nicht zurückwirken (in diesem Sinn auch 7 Ob 637/90). Ein Rechtsverlust stünde auch im Widerspruch zum in § 7 IPRG allgemein anerkannten Prinzip der wohl erworbenen Rechte (*droits acquis*, vgl. dazu auch *Hoyer*, QuGZ 1986, 62), welche auch unter dem neuen Statut erhalten bleiben, wenn das erworbene Recht an der Sache dem neuen Statut nicht völlig wesensfremd ist (*Rauscher*, JBl 1985, 324; vgl. auch 3 Ob 560/88): Letzteres trifft auf in Deutschland zur Sicherheit übertragenes Eigentum nämlich nicht zu, weil ein solches Institut auch in Österreich anerkannt ist. Die an 3 Ob 126/83 angelehnte Rechtsansicht des Berufungsgerichts hätte zur Folge, dass ein nach deutschem Recht wirksames Volleigentum durch eine sachenrechtliche Dauervoraussetzung neu modifiziert wird (zutreffend *Rauscher*, JBl 1985, 327).

7.5 Im Umstand, dass nach deutschem – im Gegensatz zum österreichischem (RIS-Justiz RS0010370) –

Recht ein Besitzkonstitut ausreicht, um Sicherungseigentum wirksam zu begründen, liegt auch kein Verstoß gegen den *ordre public*; ist doch von dieser Klausel sparsamst Gebrauch zu machen (RIS-Justiz RS0077010) und zwar nur dann, wenn Grundwertungen des österreichischen Rechts verletzt werden (RIS-Justiz RS0110743). Diese Voraussetzung ist bei einer Sicherungsübereignung ohne erschwerte Publizitätsanforderungen jedenfalls nicht erfüllt, zumal in der österreichischen Rechtsordnung der Eigentumsvorbehalt – als anerkanntes Institut, das der Sicherungsübereignung wirtschaftlich nahekommt – ebenfalls ohne erschwerte Publizitätsvoraussetzungen wirksam ist (*Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 1317).

7.6 Der in der Rechtsprechung für Binnenfälle anerkannte (und hier nicht weiter zu prüfende) Umstand, dass das Sicherungseigentum dem Pfandrecht auch insoweit gleichgestellt ist, als der Berechtigte sein Recht am Gegenstand bei nicht bloß vorübergehender Rückstellung verliert (3 Ob 112/68 SZ 41/140; 3 Ob 2403/96w; RIS-Justiz RS0010363; *Winner in Rummel/Lukas*⁴ § 358 ABGB Rz 9 mwN), rechtfertigt keinen – mit § 7 IPRG im Widerspruch stehenden – Verlust eines im Ausland wirksam erworbenen Eigentumsrechts allein deshalb, weil der Gegenstand zur Rückstellung über die Grenze nach Österreich gebracht wurde.

7.7 Auch auf § 31 Abs 2 IPRG kann ein Wegfall des Sicherungseigentums nicht gestützt werden, weil diese Bestimmung ausdrücklich vom Inhalt und nicht von den Wirkungen der einmal begründeten dinglichen Rechte spricht und damit lediglich die Anpassung fremder Mobiliarsachenrechte an den Typenkatalog und die

Rechtsschutzeinrichtungen des neuen Lageortrechts meint (*Schwimmann*, JBl 1984, 552 [Entscheidungsanm]).

8. Der exekutionsrechtliche Fachsenat hält den in der Entscheidung 3 Ob 126/83 vertretenen Standpunkt, dass in Deutschland wirksam erworbenes Sicherungseigentum nach Verbringen der Gegenstände nach Österreich eine Fahrnisexekution darauf nicht unzulässig macht, daher nicht mehr aufrecht, sondern folgt der in 6.2 referierten Rechtsansicht der dort genannten Autoren.

9. Damit kommt es entscheidend darauf an, ob die Sicherungsübereignung durch Besitzkonstitut zu einem Zeitpunkt erfolgte, als der PKW bzw die (dem 340 km vom Vertragsort entfernten Lokal des Verpflichteten in Österreich zugeordnete) Registrierkasse in Deutschland waren. Dafür ist der Kläger beweispflichtig (RIS-Justiz RS0112092 [T2]).

Ob der Erwerb des Eigentums – wie vom Kläger hilfsweise behauptet – in Deutschland durch körperliche Übergabe erfolgte, ist hingegen irrelevant, weil das Sicherungseigentum in Deutschland mit einem Besitzkonstitut jedenfalls begründet werden kann (siehe oben). Das Erstgericht wird das Beweisverfahren daher im aufgezeigten Sinn zu ergänzen und anschließend neuerlich zu entscheiden haben.

10. Der Kostenvorbehalt beruht auf § 52 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 23. Jänner 2019
Dr. H o c h
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: