



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Publizitätswirkungen im Fahrnisrecht“

Dissertation vorgelegt von Leon Marcel Arno Kahl

Erstgutachter: Prof. Dr. Christoph Kern

Zweitgutachter: Prof. Dr. Christian Baldus

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

Die Untersuchung vollzieht sich in vier Schritten. Im ersten entwirft sie ein Modell sogenannter beschränkter sachenrechtlicher Publizität (Kapitel 2), im zweiten prüft sie die deutsche Rechtsordnung und zum Abgleich die österreichische und französische auf das Bestehen von Publizitätswirkungen (Kapitel 3). Im dritten Schritt betrachtet sie, inwieweit der Publizitätsträger des Besitzes diese Wirkungen zu rechtfertigen vermag (Kapitel 4). Weil dem Besitz das nicht ohne Mängel gelingt, entwirft die Arbeit im letzten Schritt Ansätze für ein zweistufiges Online-Register zur Milderung der Defizite des Besitzes (Kapitel 5). Im Einzelnen:

1. a) Publizität bedeutete ursprünglich Öffentlichkeit mit Blick auf die mittelalterliche Gewere. Heute ist Publizität auf Erkennbarkeit beschränkt.

b) Die Begriffe Publizität und Publizitätsprinzip abzugrenzen, gestaltet sich schwierig. Zumeist werden sie gleichbedeutend verwendet. Soweit man sie voneinander abheben will, ist denkbar, das sachenrechtliche Publizitätsprinzip als den Leitsatz zu beschreiben, dass die dingliche Rechtslage möglichst erkennbar sein solle. Publizität im engeren Sinne meint schlicht Erkennbarkeit. Im weiteren Sinne beschreibt sie neben dem Publizitätsprinzip selbst sämtliche Aspekte, die dieser Leitsatz voraussetzt oder die aus ihm folgen, also auch die Herstellung und Wirkungen davon, dass Sachenrechte erkennbar sind.

c) Beschränkte sachenrechtliche Publizität grenzt sich von vollkommener und fehlender Publizität ab. Vollkommene Publizität setzt Zeichen und Recht gleich. Fehlende Publizität nimmt dem Zeichen jede Bedeutung. Beschränkte Publizität hingegen lässt sich auf zwei Kerngedanken verkürzen: Jedes Sachenrecht soll erkennbar sein. Daher wird auch dasjenige Erkennbare als Sachenrecht behandelt, was kein Sachenrecht ist. Von allen drei Lösungen bietet beschränkte Publizität den besten Ausgleich von Rechtssicherheit und Verkehrserleichterung. Sie rechtfertigt sich nicht bereits aus dem Satz, gegen jedermann wirkende Rechte müssten auch für jedermann erkennbar sein. Vielmehr bemüht sie sich, dass Recht und Zeichen möglichst häufig parallel laufen, ohne eine solche Parallelität zu erzwingen, sodass Verkehrsteilnehmer regelmäßig auf das Zeichen vertrauen können und sogar dann geschützt werden, wenn das Zeichen einmal lügt.

d) Zentral im Rahmen der Publizität sind die Publizitätswirkungen. Hier unterscheidet die deutsche Literatur ausgehend von *Fritz Baur* zwischen Übertragungswirkung (§§ 873, 929 S. 1 BGB), Vermutungswirkung (§§ 891, 1006 Abs. 1 S. 1 BGB) und Gutglaubenswirkung (§§ 932 Abs. 1 S. 1, 892 f. BGB). Diese Arbeit kommt zu anderen Ergebnissen:

e) Publizitätswirkungen bezeichnen jeden Rechtsvorteil, der an einen erkennbaren Umstand, das Zeichen, knüpft und unabhängig von der materiellen Berechtigung der Parteien gilt. Ausgehend davon disqualifiziert die Arbeit die Übertragungswirkung als Publizitätswirkung, weil kein Rechtsvorteil durch

Zeichen darin liegt, dass die Übergabe oder Eintragung Erwerbsvoraussetzung ist; vielmehr dient die sogenannte Übertragungswirkung der Rechtfertigung der Publizitätswirkungen durch einen dogmatisch geforderten Gleichlauf von Zeichen und Recht.

f) In der Folge schlägt die Arbeit statt der Drei- eine Fünfteilung vor: Erwerb, Erfüllung und Verfügung, Forderung, Vermutung sowie Vollstreckung. Dabei können die ersten drei im Wesentlichen auch als Gutgläubenswirkungen gefasst werden, die letzten beiden als Umkehrungswirkungen. Denn Vermutung und Vollstreckung kehren nur die Lasten zugunsten des Zeichens um.

g) Die Erwerbswirkung umfasst neben dem bereits anerkannten gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten auch die Ersitzung und den Fruchterwerb. Erfüllungs- und Verfügungswirkung meinen die Wirksamkeit von entsprechenden Rechtshandlungen gegenüber dem Zeicheninhaber im Glauben, dieser sei der Berechtigte. Die Forderungswirkung bedeutet, dass gegen den Zeicheninhaber Pflichten in Abhängigkeit vom Recht geltend gemacht werden können, etwa Rechte gegen den Verpfänder wie gegen den Eigentümer. Sie hat nur einen geringen Anwendungsbereich und bleibt im Übrigen theoretisch. Die Vermutungswirkung vermutet das Recht beim Blick auf das Zeichen. Die Vollstreckungswirkung knüpft die Vollstreckung an das Zeichen statt ans Recht selbst.

h) Die Publizitätswirkungen werden auf drei Ebenen gerechtfertigt: durch die Erkennbarkeit des Zeichens, dessen eindeutigen Verweis auf ein Sachenrecht (etwa Eigentum oder Pfandrecht) und durch den Gleichlauf von Zeichen und Recht. Vorbild ist hier das Grundbuch. Dass sie bestehen, ist nicht Voraussetzung für ein System der Publizität, sondern bloß dessen Rechtfertigung dafür, dass der Verkehrsschutz gegenüber dem Bestandsschutz überwiegt.

i) Erkennbarkeit bedeutet idealerweise Drittöffentlichkeit des Zeichens. Das meint, dass jeder Dritte, der vom konkreten sachenrechtlichen Zustand betroffen sein kann, diesen zu erkennen vermag, wenn er nur hinsieht. Der Begriff ist damit enger als allgemeine Bekanntheit. Misslingt die Rechtfertigung über Drittöffentlichkeit, kann die konkrete Publizitätswirkung jeweils dadurch gerechtfertigt sein, dass der Begünstigte die Möglichkeit hat, das Zeichen im Moment des Rechtsvorteils zu erkennen.

j) Die Nutznießer der Publizitätswirkungen sind offensichtlich diejenigen, die konkret von den Wirkungen profitieren, etwa der gutgläubige Erwerber. Darüber hinaus unterstützen sie auch diejenigen, die sonst aufwendig ihre Berechtigung darlegen müssten. Die Publizitätswirkungen können auch im internationalen Vergleich einer ganzen Rechtsordnung dienen, die nämlich so attraktiver erscheint.

2. a) Das deutsche und auch das österreichische sowie französische Recht füllen weitgehend das in Kapitel 2 skizzierte Idealbild von Publizitätswirkungen aus und zeigen sich damit als Ausdruck eines inneren Systems der Publizität. Prüfungsmaßstab war, inwiefern ein Rechtsvorteil an ein Zeichen knüpft

und nicht durch andere vom Begünstigten darzulegende, aber unsichtbare Merkmale gehindert wird.

b) Bei den Erwerbswirkungen bilden im deutschen Recht für den gutgläubigen Erwerb der Veräußerer- oder Erwerberbesitz Rechtsscheinträger; die ausschließenden Merkmale wie Abhandenkommen und böser Glaube beeinträchtigen die Publizitätswirkungen, vernichten sie aber nicht. Das österreichische Recht sieht hier schwächere Wirkungen als das deutsche vor, weil die im deutschen Recht ausschließenden Merkmale in Österreich vom Begünstigten zu beweisen und nicht immer ohne Weiteres zu erkennen sind. Frankreich sieht stärkere Wirkungen als Deutschland vor, weil die Ausschlussgründe im Rahmen des Art. 2276 Abs. 1 Code civil (Cc) enger gefasst sind.

c) Auch Ersitzung, Fruchterwerb und – nach hiesigem Verständnis im deutschen Recht – die Verarbeitung bilden Erwerbswirkungen; dabei sind die Ersitzung in Frankreich und die Verarbeitung keine Gutglaubenswirkungen.

d) Das deutsche Recht kennt nicht nur weitgehende Erfüllungs- und Verfügungswirkungen in § 893 BGB, sondern auch einen Auffangtatbestand für Rechtshandlungen gegenüber dem Besitzer in entsprechender Anwendung des § 851 BGB. Denn die Vorschrift beruht auf dem allgemeinen Gedanken des Fahrnisrechts, dass der Besitzer einem Dritten als Eigentümer erscheine. Hinzu kommen §§ 1058 und 1248 BGB als spezielle Erfüllungswirkungen bei Nießbrauch und Pfand.

e) Das österreichische Recht wendet in eng umgrenzten Fällen die Vorschrift des § 367 Abs. 1 ABGB über den gutgläubigen Erwerb analog auf Fälle der Erfüllung an, sperrt sich aber gegen eine allgemeine Anwendung. In Frankreich ist eine entsprechende Erweiterung des Art. 2276 Cc genauso wie eine eigene Vorschrift über die Erfüllung im Fahrnisrecht nicht zu finden.

f) Eine Forderungswirkung kennt das deutsche Recht nur im Sonderfall der Pflichten des Eigentümers gegenüber dem Pfandgläubiger beim Pfandverkauf gemäß § 1248 BGB. Auch in Österreich kann man von einer vorgeschalteten Forderungswirkung bei Pfandrechten sprechen, bestehen dort doch alle Rechte und Pflichten von vornherein gegenüber dem Verpfänder.

g) Sämtliche Vermutungswirkungen im deutschen Recht sind Publizitätswirkungen; neben den Vermutungen dinglicher Rechte in §§ 1006, 1065, 1227 BGB finden sich solche noch in §§ 1253 Abs. 2, 938 BGB. Der Blick nach Frankreich zeigt in den Art. 2276, 2264 Cc weitgehende Parallelen. Österreich ist hingegen unergiebig.

h) Schließlich sind auch die Vollstreckungswirkungen Publizitätswirkungen: Sie knüpfen in allen drei Rechtsordnungen die Vollstreckung (letztlich) an den Gewahrsam oder die Gewahrsame und schaffen damit ein gegenüber dem Besitz sogar noch leichter erkennbares Merkmal.

3. a) Bei der Rechtfertigung der Publizitätswirkungen sind drei Ebenen zu unterscheiden: Erkennbarkeit, Eindeutigkeit und Gleichlauf. Die Erkennbarkeit des Zeichens rechtfertigt das Bestehen einer Publizitätswirkung überhaupt, weil sonst der Schutz für den Begünstigten bloß zufällig wäre. Der eindeutige Verweis vom Zeichen aufs Recht spricht in der Abwägung mit den Interessen des Benachteiligten für den Begünstigten. Der weitgehende Gleichlauf von Zeichen und Recht verringert die Wahrscheinlichkeit, dass Publizitätswirkungen überhaupt eingreifen müssen.

b) Der Besitz als solcher ist im deutschen Recht nicht jedem irgendwie betroffenen Dritten erkennbar und damit nicht dritttöffentlich. Genauso liegt es in Österreich und Frankreich. Denn der unbeteiligte Dritte kann weder den gegenwärtigen Besitz noch dessen Wechsel sicher erkennen.

c) Vielfach rechtfertigt die Publizitätswirkungen jedoch der Besitz, der konkret dem Begünstigten erkennbar ist. Darüber hinaus Erkennbarkeit zu fordern, würde heißen, die Publizitätswirkungen auch gegenüber anderen als dem jeweiligen Adressaten rechtfertigen zu wollen.

d) Der Besitz ist dem Begünstigten jeweils dann erkennbar, wenn er die tatsächliche Gewalt an der Sache (er)hält. Genauso genügt, wenn er oder sein Gehilfe erkennen können, wie der andere Teil auf die Sache einwirkt.

e) In der Folge sind nahezu sämtliche Erwerbswirkungen, nicht aber die Erfüllungswirkung des § 851 BGB durch erkennbaren Besitz gerechtfertigt, weil im entscheidenden Augenblick der Schädigung der Besitzer nicht durch besonderes Verhalten kenntlich wird.

f) Die Rechtfertigung der Vollstreckungswirkungen gelingt von vornherein leichter, weil der Gewahrsam sich im deutschen Recht anders als der Besitz allein nach äußeren Merkmalen richtet.

g) Für die Vermutungswirkungen stellt sich im prozessualen Kernbereich die Frage nach Erkennbarkeit nicht, weil allein Beweisbarkeit entscheidet; außerprozessual verläuft die Rechtfertigung wie bei den Erwerbswirkungen.

h) Der eindeutige Verweis des Zeichens auf ein Recht kann jeweils auch konkret auf das Verhalten des mutmaßlich Berechtigten gestützt werden. Folglich ist der Verweis bei den Erwerbswirkungen stets eindeutig. Bei § 851 BGB hingegen setzt sich der Mangel der Erkennbarkeit des Besitzes in der Eindeutigkeit fort. Der Gewahrsam im Rahmen der Vollstreckungswirkungen ist nicht eindeutig, weil er nur an Äußerlichkeiten und nicht das Parteiverhalten knüpft. Bei den Vermutungswirkungen wird der Verweis mit der Berufung des Begünstigten auf ein Recht eindeutig.

i) Auf den Gleichlauf von Zeichen und Recht ist wenig Verlass. Denn mit Sicherungsübereignung und schlichter schuldrechtlicher Überlassung geht eine Vervielfältigung des Besitzes einher, ohne dass auch mehrere dingliche Rechte bestünden. Wie häufig sich ein fehlender Gleichlauf auswirkt, ist kaum empirisch zu prüfen.

j) Die Frage, ob die Publizitätswirkungen gerechtfertigt sind, lässt sich nicht mit Ja oder Nein beantworten. Denn weder sind die Gründe für eine Rechtfertigung eindeutig noch wiegen die Bedenken so schwer, dass den Publizitätswirkungen die Grundlage entzogen ist.

k) In Kürze besteht das wesentliche Defizit des Publizitätsträgers Besitz darin, dass leicht einen falschen Rechtsschein erzeugen kann, wer der Sache nähersteht als der Berechtigte, schlicht indem er sich als Berechtigter gibt.

4. a) Ein zweigeteiltes Online-Fahrnisregister erscheint als Möglichkeit, die Defizite zu mildern, die mit dem Rechtsscheinträger Besitz einhergehen.

b) Im geltenden Recht findet sich eine Reihe von Pfandregistern, die darauf zielen, dass Sachen trotz Belastung für einen Kredit nutzbar bleiben. Weiter informieren sie Sicherungsnehmer und andere Gläubiger über eventuell bestehende Belastungen und regeln so auch Rangkonflikte.

c) Das französische Recht, der Uniform Commercial Code, die Kapstadt-Konvention sowie der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions trennen zwischen Bestellung im Verhältnis der Parteien und Wirksamkeit gegenüber Dritten. In der Folge ist aus dem Register allein die Möglichkeit eines Rechts zu entnehmen. Insofern ist der Publizitätsschutz nur negativ: Ist nichts eingetragen, kann auch kein Recht bestehen. Der Registrierungsvorgang wird dadurch beschleunigt, dass nur wenige Informationen einzureichen sind und die Registerbehörde wenig bis nichts prüft.

d) Die Register kennen zwei Grundmodelle der Sortierung: entweder nach Sachen oder nach Bestellern. Soweit nicht einzelne große Sachen von hohem Wert betroffen sind, sondern sogar Sachgesamtheiten, die gegebenenfalls leicht zu verwechseln und schwer beschreibbar sind, dürfte die Ordnung nach Bestellern übersichtlicher sein.

e) Die technische Grundlage für ein Online-Register kann die Blockchain bilden. Sie ermöglicht die fälschungssichere Registrierung von Fahrnis, ohne dass eine behördliche Prüfung dazwischentreten muss, die Transaktionen unnötig verlangsamen würde. Die Risiken einer Blockchain dürften nicht schwer wiegen, zum einen weil Fälschungen mit erheblichem Aufwand verbunden sind und ihr Erfolg ungewiss, zum anderen weil kein großes Interesse an der Fälschung von Transaktionen bestehen dürfte, da damit noch kein Zugriff auf die Sachen selbst verbunden ist.

f) Als Vorbild für ein Online-Register kann das Liechtensteiner Gesetz über die Tokenisierung unter anderem von Fahrnis dienen. Danach können Sachen tokenisiert und anschließend durch Überschreibung des Tokens übertragen werden. Ein Token ist eine auf einer Blockchain angelegte Hülle (sogenannter Container), in der die jeweiligen Sachenrechte abgelegt werden können.

g) Ein Online-Register im deutschen Recht sollte aufgeteilt sein in Pfand- und Vollregister. Das Pfandregister dient zur Erleichterung von Rangkonflik-

ten an nur schwer individualisierbaren Sachen, die sich nicht oder nicht wirtschaftlich sinnvoll registrieren lassen. Ein Pfandregister ist nicht auf eine Technik wie Blockchain angewiesen. Das Vollregister kann sämtliche Publizitätswirkungen gewährleisten.

h) Denkbar sind derzeit drei Arten der Registrierung von Fahrnis: per Kennzeichen (etwa QR-Code oder NFC-Chip), durch Beschreibung nach Merkmalen (etwa Sachkategorie, Hersteller, Modell, Seriennummer) sowie durch eine Art der Gesichtserkennung für Sachen.

i) Für die rechtliche Funktionalität können die Vorschriften des Liegenschaftsrechts weitgehend entsprechend herangezogen werden. Z.B. würde verfügt durch Einigung und Überschreibung nach dem Vorbild des § 873 Abs. 1 BGB.

j) Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Registers würde sich grundsätzlich nach dem Vorbild des § 892 Abs. 1 BGB vollziehen. Dabei sollte Kenntnis der fehlenden Berechtigung des Tokeninhabers ein Erwerbshindernis bilden genauso wie ein Abhandenkommen des privaten Schlüssels.

k) Ist ein Token falsch zugewiesen oder unbrauchbar oder ein Schlüssel abhandengekommen, muss der Berechtigte jenen nach dem Vorbild des liechtensteinischen Rechts für kraftlos erklären lassen können. In der Zwischenzeit muss ihm ein Widerspruch nach dem Vorbild des § 899 BGB zustehen.

l) Für die Erfüllungs- und Verfügungswirkungen sollte das Register mit Blick auf §§ 893, 851 BGB eine umfassende Vorschrift vorsehen. Auch eignet sich eine Vermutungswirkung nach dem Vorbild des § 891 BGB. Für eine erleichterte Vollstreckung anhand von Registereintrag oder Schlüsselinhaltung können die §§ 17 Abs. 1 ZVG und 808 f. ZPO als Vorbild dienen.

m) Bestimmte Kategorien von werthaltigen Sachen sollten als registrierungsfähige Fahrnis festgelegt werden. Eine Registrierung nach Willkür der Parteien oder anhand von reinen Wertgrenzen bürge zu viele Rechtsunsicherheiten.

n) Beim Übergang in eine Rechtsordnung mit Fahrnisregister sollte es einen Zeitpunkt geben, ab dem Fahrnis registrierungsfähig ist, und kann es einen geben, ab dem sie registrierungspflichtig wird.

o) Ab Registrierung einer Sache sollten sich registerliche gegenüber außerregisterlichen Publizitätswirkungen durchsetzen.

p) Bei einer Übertragung der Sache ins registerlose Ausland bietet sich an, vom Prinzip der *lex rei sitae* abzuweichen und ans Registerstatut zu knüpfen, andernfalls die Kraftloserklärung des Tokens zu erzwingen.

q) In der Gesamtschau gewährt das Pfandregister nur negative, das Vollregister hingegen negative und positive Publizität.

r) Betreffend die Finanzierung des Registers dürften die Kosten des Registers selbst gering sein. Neben einer Finanzierung durch eine Gebühr pro Interaktion oder pro Transaktion bieten sich auch Querfinanzierungsmodelle an, etwa indem nur Transaktionen des Kreditsicherungsrechts gebührenpflichtig

sind. Diese trügen mutmaßlich zur Akzeptanz des Registers bei, weil den meisten Verkehrsteilnehmern die gesparten Kosten der Streitvermeidung nicht bewusst sein dürften.

s) Der wirtschaftliche Gewinn eines Online-Registers gegenüber früheren Ideen von Papierregistern liegt maßgeblich in den erheblich geringeren Transaktionskosten. Aber auch gegenüber dem derzeitigen besitzbasierten System dürfte das Online-Register wirtschaftlich die Oberhand haben: Bei schuldrechtlicher Überlassung fällt das Risiko des gutgläubigen Erwerbs eines Dritten weg. Auch der Erwerber trägt nicht mehr das Risiko des Abhandenkommens der Sache. Der Nachforschungsaufwand gegenüber einer Sicherungsübereignung nach § 930 BGB ohne effektiven Gutgläubensschutz sinkt. Mehrfachbelastungen einer Sache sind ohne Wettbewerbsverlust möglich. Die Diebstahlgefahr ist ebenfalls niedriger, weil Sachen entweder nur unter erheblichem Fälschungsaufwand neuregistriert werden oder bloß an Hehler oder im Ausland veräußert werden können.

t) Mittels Vollregisters sind die Rechtfertigungsmängel der Publizitätswirkungen anhand der Kriterien Erkennbarkeit, Eindeutigkeit und Gleichlauf im Vergleich zum Besitz erheblich gemildert. Denn das Zeichen des Eintrags ist erkennbar, sogar dritthöfentlich, und eindeutig, es läuft mit dem Rechtserwerb gleich. Freilich steht ein solches System immer noch hinter dem Vorbild des Grundbuchs zurück. Denn es fehlt eine notarielle sowie behördliche Kontrolle im Vorhinein, und Manipulierbarkeit etwa durch Falschregistrierungen, Fälschungen oder missliche Auslandsübertragungen bleibt ein Risiko. So ist auch das System eines Online-Registers defizitär, es birgt aber wirtschaftlich auch erheblichen Fortschritt.