

LEON MARCEL ARNO KAHL

Publizitätswirkungen im Fahrnisrecht

*Heidelberger
Rechtswissenschaftliche
Abhandlungen
24*

Mohr Siebeck

HEIDELBERGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
der Juristischen Fakultät
der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Band 24



Leon Marcel Arno Kahl

Publizitätswirkungen im Fahrnisrecht

Mohr Siebeck

Leon Marcel Arno Kahl, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Heidelberg und am Trinity College Dublin; Research Fellow am Max Planck Institute for Procedural Law (Luxemburg); Rechtsreferendariat am Landgericht Heidelberg; 2023 Promotion; Universitätsassistent (postdoc) am Institut für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien.
orcid.org/0000-0003-3205-5519

Gefördert durch die Studienstiftung ius vivum.

ISBN 978-3-16-163453-6 / eISBN 978-3-16-163454-3
DOI 10.1628/978-3-16-163454-3

ISSN 1869-3075 / eISSN 2569-4022 (Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2024. www.mohrsiebeck.com

© Leon Marcel Arno Kahl

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Für Christiane und Norbert
sowie für Felia Louisa und Benedikt Louis

*“It is only shallow people who do not
judge by appearances. The true mys-
tery of the world is the visible, not the
invisible.”*

Lord Henry zu Dorian Gray.

Vorwort

Mit der vorliegenden Arbeit wurde ich im September 2023 an der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg promoviert. Literatur und Rechtsprechung sind auf dem Stand von Dezember 2023.

Mein Dank gilt zuvörderst meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Christoph A. Kern, LL.M. (Harvard), beginnend mit der Zuversicht, mir dieses Thema zuzutrauen, und endend mit seinen Hinweisen auf sämtliche Ungeheimtheiten der Arbeit. Herrn Professor Dr. Christian Baldus danke ich für das rasend erstellte Zweitgutachten; es war mit seinem Augenmerk auf Geschichte, Vergleichung und Methode eine weitere Lehrstunde. Herrn Professor Dr. Thomas Lobinger gebührt Dank für Kritik und unerhörte Ideen im Rahmen der Verteidigung sowie für die Aufnahme in die Reihe der Heidelberger juristischen Spitzenforschung. Schließlich danke ich Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. Burkhard Hess. Er war mein erster Lehrer. Ihm bin ich mit Freude nach Luxemburg und jetzt Wien gefolgt. Alle vier haben mich seit dem Studium begleitet und gefördert. Alle vier sind Vorbilder.

Für einen großzügigen Druckkostenzuschuss danke ich der Studienstiftung *ius vivum*.

Weiter danke ich den Kollegen des Max-Planck-Instituts für Prozessrecht Luxemburg, wo ich vier Jahre lang immer wieder in ausländische Perspektiven tauchen durfte. Herausgehoben seien meine Luxemburger Kollegen Professor Dr. Björn Laukemann, *Maître en droit* (Aix-en-Provence) und Professor Dr. Wiebke Voß, LL.M. (Cambridge) sowie mein Studienkollege Dr. Wenzel Kiehne; sie waren mir teure Gesprächspartner im Sachenrecht und darüber hinaus. Hinzu kommt mein Dank an Christiane, Norbert und Julia für ihre eiligen Korrekturen, ohne die ich die Arbeit nicht rechtzeitig hätte abschließen können.

Nicht genug danken kann ich meinen Familien Kahl, Pechar und Esch. Sie stehen mit Zuspruch und Freude stets fest an meiner Seite.

Wien, im März 2024

Leon Marcel Arno Kahl

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	IX
Inhaltsverzeichnis.....	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XXIX

Kapitel 1: Einführung..... 1

<i>A. Warum Publizitätswirkungen im Fahrnisrecht?</i>	<i>1</i>
<i>B. Vorgehensweise.....</i>	<i>3</i>

Kapitel 2: Die Konzeption einer beschränkten sachenrechtlichen Publizität..... 6

<i>A. Der Publizitätsbegriff – Entwicklung und Abgrenzung</i>	<i>6</i>
<i>B. Beschränkte sachenrechtliche Publizität im Überblick.....</i>	<i>26</i>
<i>C. Warum das Sachenrecht beschränkter Publizität bedarf</i>	<i>27</i>
<i>D. Die Eckpunkte beschränkter sachenrechtlicher Publizität.....</i>	<i>38</i>
<i>E. Zusammenfassung</i>	<i>57</i>

Kapitel 3: Die Wirkungen einer beschränkten sachenrechtlichen Publizität.....61

<i>A. Die Erwerbswirkungen.....</i>	<i>61</i>
<i>B. Die Erfüllungs- und Verfügungswirkungen</i>	<i>152</i>
<i>C. Die Forderungswirkungen</i>	<i>177</i>
<i>D. Die Vermutungswirkungen</i>	<i>182</i>
<i>E. Die Vollstreckungswirkungen.....</i>	<i>205</i>
<i>F. Zusammenfassung</i>	<i>210</i>

Kapitel 4: Die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen	212
<i>A. Die Rechtfertigung mittels dritthöfentlichen Besitzes</i>	<i>212</i>
<i>B. Die Rechtfertigung mittels für den Begünstigten erkennbaren Besitzes ..</i>	<i>267</i>
<i>C. Der eindeutige Verweis des Besitzes auf ein bestimmtes Sachenrecht</i>	<i>290</i>
<i>D. Die Herstellung von Publizität durch den Gleichlauf von Zeichen und Recht</i>	<i>300</i>
<i>E. Gesamtschau: Güte und Mängel bei Rechtfertigung der Publizitätswirkungen.....</i>	<i>314</i>
 Kapitel 5: Ein neuer Rechtsscheinträger für die Publizitätswirkungen?	 317
<i>A. Register im geltenden Recht</i>	<i>318</i>
<i>B. Grundlagen für den eigenen Ansatz eines Online-Registers</i>	<i>327</i>
<i>C. Eigener Ansatz für ein Online-Register</i>	<i>340</i>
 Kapitel 6: Zusammenfassung der Ergebnisse	 363
Literaturverzeichnis.....	373
Sachregister	385

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	IX
Inhaltsübersicht	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXIX

Kapitel 1: Einführung..... 1

A. Warum Publizitätswirkungen im Fahrnisrecht? 1

B. Vorgehensweise..... 3

I. Zum Rechtsvergleich..... 3

II. Zur Rechtsgeschichte und Verwendung der Materialien zum BGB.... 5

Kapitel 2: Die Konzeption einer beschränkten sachenrechtlichen Publizität..... 6

A. Der Publizitätsbegriff – Entwicklung und Abgrenzung 6

I. Die Entwicklung des Publizitätsbegriffs

1. Der Ursprung des Publizitätsbegriffs in der Gewere..... 6

2. Publizität als Mittel zum Erwerb kraft öffentlichen Glaubens im Liegenschaftsrecht im 19. Jahrhundert und in den Anfängen des BGB..... 9

3. Die Entwicklung der Publizität hin zu einem allgemeinen Prinzip des Sachenrechts.....10

II. „Publizität“

1. Allgemeinsprachliche Definition.....14

2. Juristische Definitionen.....15

3. Juristischer Gebrauch

4. Zwischenergebnis: Publizität als Erkennbarkeit

III. „Publizitätsprinzip“

1. Rechtsprinzipien bei Esser und Alexy

2. Das Publizitätsprinzip im Rechtswörterbuch

a) Einordnung nach Alexy: Das Publizitätsprinzip als Optimierungsgebot	22
b) Einordnung nach Esser: Das Publizitätsprinzip nur als Grundfigur des Liegenschaftsrechts	24
IV. Zusammenfassung und Versuch einer Abgrenzung der Begriffe	25
<i>B. Beschränkte sachenrechtliche Publizität im Überblick</i>	<i>26</i>
<i>C. Warum das Sachenrecht beschränkter Publizität bedarf</i>	<i>27</i>
I. Klassische Begründung: Rechtswirkungen gegen jedermann	27
II. Alternative Begründung: Vergleich zwischen beschränkter, vollkommener und keiner Publizität	31
1. Beschränkte, wenn auch nahezu vollkommene Publizität im Liegenschaftsrecht	32
2. Interessenabwägung zwischen Bestandsinteresse und Verkehrserleichterung im Fahrnisrecht	36
3. Zusammenfassung: Beschränkte Publizität als beste von drei Lösungen für den Ausgleich von wahrer Rechtslage, Rechtssicherheit und Verkehrserleichterung	38
<i>D. Die Eckpunkte beschränkter sachenrechtlicher Publizität</i>	<i>38</i>
I. Die Wirkungen von Publizität	38
1. Die sogenannte Übertragungswirkung	39
2. Gutglaubenswirkungen: Erwerb und Erfüllung. Außerdem: Verfügung und Forderung?	41
3. Vermutungswirkung	44
4. Vollstreckungswirkung	44
5. Weitere Publizitätswirkungen? Fruchterwerb und Behaltenswirkung als Gutglaubenswirkungen	45
6. Zusammenfassung: Fünf Wirkungen der Publizität	49
II. Die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen	50
1. Die Erkennbarkeit des Zeichens	50
2. Die Eindeutigkeit des Zeichens	53
3. Der Gleichlauf von Zeichen und Recht durch die sogenannte Übertragungswirkung	53
4. Zusammenfassung: Mechanismen nicht zwingend, um Publizität herzustellen	55
III. Der persönliche Schutzbereich der Publizitätswirkungen	56
<i>E. Zusammenfassung</i>	<i>57</i>

Kapitel 3: Die Wirkungen einer beschränkten sachenrechtlichen Publizität.....61

A. Die Erwerbswirkungen.....61

- I. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten.....62
 1. Deutschland, §§ 932–936 BGB 63
 - a) Rechtsschein in den Materialien zum BGB 64
 - aa) Das Nebeneinander von Besitz und Besitzverschaffungsmacht in den §§ 932–934 BGB 64
 - bb) Verkehrsschutz und Vertrauen in öffentliche Autorität bei § 935 Abs. 2 BGB.....65
 - cc) Zwischenergebnis: Besitz, Besitzverschaffungsmacht und öffentliche Autorität als Anscheins Elemente 66
 - b) Mögliche Rechtsscheinelemente qua Gesetzesanalyse: Veräußererbesitz, Erwerberbesitz, Besitzverschaffungsmacht, die Sache selbst, öffentliche (Internet-)Versteigerung? 66
 - aa) Rechtsscheinelemente in den §§ 932–934 BGB 68
 - bb) Rechtsscheinelemente in § 936 BGB 69
 - cc) Rechtsscheinelemente in § 935 Abs. 2 BGB 70
 - dd) Zwischenergebnis: Erwerberbesitz als allumfassendes Rechtsscheinmerkmal 70
 - c) Quantz' Kritik am Erwerberbesitz als tauglichem Rechtsscheinträger.....72
 - d) Rechtsschein beim gutgläubigen Geheißerwerb 73
 - aa) Rechtsschein bei einer Geheißperson auf der Veräußererseite.....74
 - bb) Rechtsschein bei einer Geheißperson auf der Erwerberseite.....75
 - cc) Rechtsschein beim Geheißerwerb in einer Vier-Personen-Kette 79
 - dd) Zwischenergebnis: Der Rechtsschein des (Erwerber-)Besitzes kann den gutgläubigen Geheißerwerb nicht vollständig abbilden 83
 - e) Ernsts methodische Kritik daran, ein „erklärendes“ Grundprinzip“ des gutgläubigen Erwerbs zu bilden 84
 - f) Unberechtigte Zweifel an der Erwerbswirkung als Publizitätswirkung wegen über die Rechtsscheinmerkmale hinausgehender Anforderungen an den gutgläubigen Erwerb...85
 - g) Keine Besonderheiten beim gutgläubigen Erwerb des Nießbrauchs gemäß §§ 1032, 932, 933–936 BGB 88

h) Allein der Verpfänderbesitz als Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Pfandrechtserwerb vom Nichtberechtigten, §§ 1207 f. BGB	89
i) Zusammenschau: Das Prinzip des Rechtsscheins als Grundlage des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten ..	92
2. Österreich, §§ 367 f., 371 ABGB	93
3. Frankreich, Art. 2276 Abs. 1, 2277 Abs. 1 Cc	97
II. Ersitzung	99
1. Deutschland, §§ 937–945 BGB	99
a) Das Verhältnis von Ersitzungszwecken und Publizität	100
b) Der Besitz des Ersitzenden als einziges Rechtsscheinelement der Ersitzung	105
c) Die Zweifel am gutgläubigen Erwerb als Publizitätswirkung sind auf die Ersitzung nicht übertragbar	108
d) Keine Besonderheiten bei der Ersitzung des Nießbrauchs gemäß § 1033 BGB	111
e) Zusammenfassung: Die Ersitzung als Publizitätswirkung wegen des Besitzes des Ersitzenden	111
2. Österreich, § 1460 ABGB	112
3. Frankreich, Art. 2258, 2272 Abs. 1 Cc	113
III. Verbindung, Vermischung, Verarbeitung	114
1. Deutschland, §§ 946–950 BGB	114
a) Verbindung mit einem Grundstück §§ 94 f., 946 BGB	114
b) Verbindung beweglicher Sachen, §§ 93, 947 BGB	117
c) Vermischung, § 948 BGB	119
d) Verarbeitung, § 950 BGB	119
aa) Das Wertverhältnis zwischen Stoff und Verarbeitung	119
bb) Die Entstehung einer neuen Sache	120
cc) Der Herstellerbegriff	121
(1) Exkurs: Ist die Regelung des § 950 zu streichen?	123
(2) Der Eigenbesitzer als Hersteller?	125
dd) Zwischenergebnis: Die Verarbeitung als Publizitätswirkung, wenn der Eigenbesitzer als Hersteller gilt	132
e) Zusammenschau: Nur § 950 BGB ist als Publizitätswirkung zu verstehen	132
2. Österreich, § 415 ABGB	133
3. Frankreich, Art. 566, 571 f., 573 Abs. 2 Cc	133
IV. Fruchterwerb	134
1. Deutschland, §§ 955, 957 BGB	134
a) § 955 BGB als vorläufige Erwerbswirkung	135

b) §§ 955, 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB als endgültige Erwerbswirkung sowie § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB als Behaltenswirkung	137
c) § 957 BGB als (vorläufige) Erwerbswirkung auch ohne Veräußererbesitz	138
d) Zusammenfassung: §§ 955, 957 BGB sind Publizitätswirkungen	143
2. Österreich, § 330 ABGB	143
3. Frankreich, Art. 549 Cc	144
V. Aneignung, Fund und Schatzfund	144
1. Deutschland, §§ 958, 973 f., 977, 984 BGB	144
a) Die Aneignung gewährt keinen Rechtsvorteil gegen bestehende Rechte	144
b) Der Fund ist Erwerbsgrund kraft Verschweigung des Berechtigten	145
c) Beim Schatzfund hängen Besitzergreifer und Erwerber nicht zusammen	147
d) Zusammenschau: In Aneignung, Fund und Schatzfund liegen keine Publizitätswirkungen	148
2. Österreich, §§ 381, 395, 399 ABGB	148
3. Frankreich, Art. 716 Abs. 1 Cc	149
VI. Erwerb trotz Veräußerungsverbots, § 135 Abs. 2 BGB, oder Streitbefangenheit der Sache, § 325 Abs. 2 ZPO	149
VII. Zusammenfassung: Die Erwerbswirkungen sind im Wesentlichen Publizitätswirkungen	150
<i>B. Die Erfüllungswirkungen</i>	<i>152</i>
I. Die Erfüllungswirkungen am Beispiel des § 893 BGB	152
1. § 893 Var. 1 BGB erfasst auch Leistungen auf schuldrechtliche Forderungen wegen Eingriffs in das eingetragene Recht	153
2. § 893 Var. 2 BGB analog für weitere Rechtsgeschäfte mit dem Buchberechtigten	159
3. Zwischenergebnis: Hinter der Erfüllungswirkung steht in § 893 BGB die Begünstigung jeder Erfüllung und beinahe jedes verfügenden Rechtsgeschäfts mit dem Buchberechtigten ..	161
II. Deutschland, §§ 851 (analog), 1248, 1058, 969 BGB	162
1. § 851 BGB als Publizitätswirkung	162
a) Die Erfüllungswirkung als Grundsatz des Fahrnisrechts in den Materialien zum BGB	162
b) Der Rechtsschein des Besitzes bei § 851 BGB	164

c) Quantz' Einordnung als deliktsrechtliche Sondervorschrift überzeugt nicht.....	165
d) Zusammenfassung: § 851 BGB ist eine Erfüllungs- und Publizitätswirkung	167
2. § 851 BGB analog als Auffangtatbestand im Fahrnisrecht.....	167
3. § 1248 BGB ist teilweise Publizitätswirkung.....	170
a) Der Besitz als Rechtsscheinmerkmal bei Verpfändung durch einen Nichtberechtigten sowie bei zwischenzeitlicher Übereignung des Verpfänders	170
b) Quantz' Gegenargumentation übergeht die Verpfändung durch den Nichtberechtigten	172
4. § 1058 BGB ist ebenso teilweise Publizitätswirkung.....	173
5. § 969 BGB als spezielle Publizitätswirkung im Fundrecht?.....	174
6. Zusammenschau: Die Erfüllungs- und Verfügungswirkungen sind im Fahrnisrecht Publizitätswirkungen	175
III. Österreich, § 367 Abs. 1 S. 1 Var. 3 ABGB analog.....	175
IV. Frankreich	177
<i>C. Die Forderungswirkungen</i>	177
I. Deutschland, §§ 1004, 862, 1029, 1090 Abs. 2, 1058, 836 f., 834, 823 BGB	178
1. Die §§ 1004, 862, 1029, 1090 Abs. 2 BGB als Publizitätswirkungen zu verstehen, würde den Störerbegriff aus dem Gleichgewicht bringen.....	178
2. § 1058 BGB gilt nur im Verhältnis zum Eigentümer	179
3. § 1248 BGB begründet in beschränktem Rahmen eine Forderungswirkung.....	179
4. Die §§ 836 f. BGB knüpfen die Haftung an die Unterhaltung des Gebäudes.....	179
5. Die §§ 834, 823 Abs. 1 BGB knüpfen an Gefahrbeherrschung...	180
6. Zusammenschau: Die Ansprüche beruhen in der Mehrzahl nicht auf Publizität, sondern auf Gefahrbeherrschung.....	181
II. Österreich	181
III. Frankreich	182
<i>D. Die Vermutungswirkungen</i>	182
I. Deutschland, §§ 1006, 1065, 1227, 1253 Abs. 2, 938 BGB	182
1. § 1006 BGB als Publizitätswirkung in Form eines Beweisvorteils	183
a) Der Wortlaut der Vorschrift beschreibt eine Publizitätswirkung.....	183

b) Die herrschende Auslegung der Vorschrift, ihre Rechtfertigungsmängel und inneren Reibungen	184
aa) §§ 929 ff. und 1006 Abs. 1 S. 2 BGB rechtfertigen nicht, dass Eigentum und Besitz für die Vermutungswirkung gleichzeitig erworben werden müssen.....	185
bb) Keine Rechtfertigung anhand der typischen Dokumentationslage	186
cc) Reibungen zwischen den Erwerbstatbeständen in Bezug auf § 1006 BGB.....	188
dd) Zwischenergebnis: Das Gleichzeitigkeitsdogma ist nicht zu rechtfertigen.....	190
c) Die Vorschrift ist Publizitätswirkung nach herrschender und nach alternativer Auslegung.....	191
d) Auch Quantz' Gegenmodell hindert nicht, § 1006 BGB als Publizitätswirkung zu betrachten.....	192
e) Der begrenzte persönliche Schutzbereich wirkt sich im Wesentlichen nur beim bereicherungsrechtlichen Verwendungsersatz aus.....	194
f) Zwischenergebnis: § 1006 BGB als umfassend wirkende Publizitätswirkung in jeder dargelegten Auslegungsvariante..	197
2. §§ 1065, 1227 BGB erstrecken die Wirkung des § 1006 BGB auf Nießbrauch und Pfandrecht	198
3. § 1253 Abs. 2 BGB erspart den Beweis der Rückgabe	200
4. § 938 BGB schützt den Ersitzenden über die allgemeine Rechtsfortdauervermutung hinaus	202
5. § 1362 BGB läuft den konkreten Besitzverhältnissen genau entgegen.....	203
6. Zusammenschau: Sämtliche Vermutungswirkungen im Fahrnisrecht sind Publizitätswirkungen	203
II. Österreich, § 323 ABGB.....	204
III. Frankreich, Art. 2276, 2264 Cc.....	204
<i>E. Die Vollstreckungswirkungen.....</i>	<i>205</i>
I. Deutschland, §§ 808 f., 739 ZPO	205
1. § 808 ZPO ist Publizitätswirkung.....	205
2. § 809 ZPO als Publizitätswirkung bei beschränktem Prüfprogramm des Gerichtsvollziehers.....	207
3. § 739 ZPO läuft dem äußeren Anschein genau zuwider.....	207
4. Zusammenfassung: Die §§ 808 f. ZPO sind Publizitätswirkungen; ein Vergleich von §§ 808 f. ZPO und § 1006 BGB.....	208

II. Österreich, §§ 253, 262 EO.....	209
III. Frankreich, Art. L221-1 Abs. 1, R221-9 Code des procédures civiles d'exécution.....	209
<i>F. Zusammenfassung</i>	<i>210</i>
 Kapitel 4: Die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen	212
 A. Die Rechtfertigung mittels dritthöfentlichen Besitzes	212
I. Deutschland.....	213
1. Die tatsächliche Gewalt des Besitzers, § 854 Abs. 1 BGB.....	213
a) Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Frage der Erkennbarkeit.....	213
aa) Erkennbarkeit als Dritthöfentlichkeit.....	213
(1) Der Schuhfabrikfall.....	214
(2) Holzstapelfall	214
(3) Der Rohstoffgenossenschaftsfall	215
(4) Der Strandfall.....	217
bb) Erkennbarkeit als äußere Verlautbarung des Besitzwillens – der im Selbstbedienungsgroßmarkt verlorene Geldschein	218
cc) Zuordnung der Besitzverhältnisse anhand der Parteiinteressen	219
(1) Baustellenmaterialfälle.....	220
(2) Die vor Ort gewartete Maschine.....	220
dd) Zwischenergebnis: Dritthöfentlichkeit, Verlautbarung und Parteiinteressen – drei Antworten auf die Frage nach Erkennbarkeit.....	221
b) Stellungnahmen in der Literatur	222
c) Zwischenergebnis: Tatsächliche Sachherrschaft muss nicht dritthöfentlich sein	223
2. Die mögliche Sachherrschaft, § 854 Abs. 2 BGB	223
3. Die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners, § 855 BGB	224
a) Rechtsprechung zur Frage der Erkennbarkeit.....	225
aa) Erkennbarkeit als Dritthöfentlichkeit.....	225
(1) Der Rohstoffgenossenschaftsfall – Fortsetzung	225
(2) Der Altzahngoldfall.....	226
bb) Zuordnung der Besitzverhältnisse anhand des Innenverhältnisses	227
(1) Die verpfändeten Juwelen	227
(2) Der Platzanweiserfall	228

(3) Der Kutscherfall.....	228
(4) Die Probefahrtfälle.....	228
cc) Zuordnung der Besitzverhältnisse anhand der Parteiinteressen?.....	229
(1) Der Baustellenwerkzeugfall	229
(2) Der Geldscheinfall – Fortsetzung	231
dd) Zwischenergebnis: Das Innenverhältnis als herausragender Maßstab.....	231
b) Stellungnahmen in der Literatur.....	232
c) Zwischenergebnis: Für Dritte klare Zuordnung des Besitzes nur, wenn das Besitzdienerverhältnis im Einzelfall dritttöffentlich ist	234
4. Die tatsächliche Gewalt eines auf Zeit zum Besitz Berechtigten, § 868 BGB	235
a) Rechtsprechung zur Frage der Erkennbarkeit	235
aa) Der Rundhölzerfall	236
bb) Der Tresenfall und ähnlich gelagerte Fälle.....	236
cc) Der Teppichfall.....	237
dd) Der Fall FlowTex	238
ee) Der Plakat-„Dogge“-Fall	238
ff) Zwischenergebnis: Erkennbarkeit als Verlautbarung	239
b) Stellungnahmen in der Literatur.....	239
c) Zwischenergebnis: Erkennbarkeit meint beim Besitzmittlungsverhältnis nur Verlautbarung des Besitzmittlungswillens	240
5. Der ererbte Besitz, § 857 BGB	241
a) Rechtsprechung zur Frage der Erkennbarkeit	241
b) Stellungnahmen in der Literatur.....	241
c) Zwischenergebnis: Ererbter Besitz hängt nicht von Erkennbarkeit ab	241
6. Organbesitz	242
7. Ergebnis: Die ursprünglich teilweise geforderte Erkennbarkeit des Besitzes im Sinne einer Dritttöffentlichkeit ist zur äußeren Verlautbarung des Besitzwechsels als Beweiszeichen abgeschwächt.....	243
II. Österreich	244
1. Die österreichische Besitzdogmatik.....	245
a) Vorrangiges Tatbestandsmerkmal für die Besitzzuweisung: der Besitzwille	246
b) Maßstab für die Besitzzuweisung: die Verkehrsanschauung...248	
aa) Die auf dem Kassapult verschwundenen 400.000 Schillinge.....	249
bb) Die im Kaufhaus liegen gelassene Handtasche	249

cc) Die übergebenen und verliehenen Möbel	250
dd) Schlussfolgerung: Die Verkehrsanschauung als Entscheidungsregel statt Erkennbarkeit	250
2. Gutgläubiger Erwerb: Wie das Anvertrautsein in § 367 Abs. 1 S. 1 Var. 3 ABGB die Frage der Besitzzuweisung vermeidet	251
3. Eigene Publizitätsvorschriften beim Pfandrecht	252
a) Fälle, in denen die Publizität von Anfang an nicht gewahrt war	253
b) Fälle, in denen die Publizität durchgehend gewahrt war	254
c) Fälle, in denen die eingangs bestehende Publizität möglicherweise verloren ging	254
d) Gesamtschau: Publizität als dritthöfentlichlicher Zustand	255
4. Besitzübertragung gemäß §§ 315 Hs. 2, 319 Hs. 2 ABGB und Übereignung nach § 427 Var. 2 ABGB	256
5. Ergebnis: Dritthöfentlichkeit spielt nur für die Verpfändung durch Zeichen eine Rolle	258
III. Frankreich	259
1. Die französische Besitzdogmatik; der Besitzwille	259
2. Öffentlicher und eindeutiger Besitz für die Ersitzung gemäß Art. 2261 Cc und den gutgläubigen Erwerb sowie die Rechtsvermutung gemäß Art. 2276 Abs. 1 Cc	260
a) Vorbemerkung zur Vorgehensweise der Recherche	260
b) „Possession publique“	262
aa) Balzacs Gesamtausgabe in einem Keller	262
bb) Kunstwerke im Bankschließfach	263
cc) Inhaberpapiere im Bankschließfach	264
dd) Der vor der Polizei verheimlichte Erwerb	264
c) „Possession non équivoque“	265
d) Zwischenergebnis: Weder öffentlich noch eindeutig heißt dritthöfentlich	266
3. Öffentlicher Besitz beim Pfandrecht?	266
IV. Zusammenfassung: Keine Dritthöfentlichkeit des Besitzes	266
<i>B. Die Rechtfertigung mittels für den Begünstigten erkennbaren Besitzes ..</i>	<i>267</i>
I. Erkennbarer Besitz im Rahmen der Erwerbswirkungen	267
1. Die Erkennbarkeit des Besitzes bei der Übereignung durch Übergabe nach §§ 932 Abs. 1 S. 1, 932a Hs. 1, 933 BGB	267
a) Der Erwerberbesitz ist bei der Übergabe zur tatsächlichen Gewalt des Erwerbers gemäß § 854 Abs. 1 BGB stets erkennbar	268
b) Bei der Übergabe durch Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB ist der Besitz höchstens nach dem Erwerb erkennbar	269

c) Bei der Übergabe zur tatsächlichen Gewalt des Besitzdieners gemäß § 855 BGB ist der Erwerberbesitz in der Regel kurz nach dem Erwerb erkennbar	269
d) Bei der Übergabe zur tatsächlichen Gewalt des Besitzmittlers gemäß § 868 BGB ist die Erkennbarkeit des Veräußererbesitzes dem Erwerber analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen	271
e) Bei der Anweisung an den Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist nur der Besitzwechsel mittels Besitzdiener erkennbar	272
f) Bei der Umwandlung der Besitzverhältnisse zwischen Besitzdiener und Besitzer ist unter anderem der Besitzwechsel vom Herrn zum Diener erkennbar	273
g) Beim Geheißerwerb ist der Besitz nur mit Geheißperson auf Veräußererseite erkennbar	273
h) Zwischenergebnis: Im Wesentlichen rechtfertigt der erkennbare Besitz den gutgläubigen Erwerb mittels Übergabe, soweit kein Besitzmittler beteiligt ist.....	274
2. Der Besitz ist bei der Übereignung durch Einigung nach § 932 Abs. 1 S. 2 BGB im Wesentlichen erkennbar	275
3. Der Besitz ist bei der Übereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 934 Var. 1 BGB nicht erkennbar.....	276
4. Bei der Übereignung durch Besitzerwerb vom Dritten nach Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 934 Var. 2 BGB ist der unmittelbare Erwerberbesitz erkennbar.....	276
5. Keine Besonderheiten bei Bestellung von Pfandrecht und Nießbrauch gemäß §§ 1207 f. und 1032 BGB sowie dem Anwartschaftsrecht	276
6. Bei der Ersitzung gemäß § 937 Abs. 1 BGB ist der Besitz erkennbar, wenn er ursprünglich unmittelbar war.....	277
7. Bei der Verarbeitung gemäß § 950 Abs. 1 BGB erkennt der mittelbare Besitzer nicht den Zeitpunkt seines Erwerbs.....	278
8. Beim Erwerb durch Trennung gemäß §§ 955, 957 Var. 1 BGB erkennt der mittelbare Besitzer nicht den Zeitpunkt seines Erwerbs; der Erwerb durch Besitzergreifung gemäß § 957 Var. 2 BGB ist erkennbar wie bei §§ 932 Abs. 1 S. 1, 932a, 933 BGB oder § 934 Var. 2 BGB.....	279
9. Zusammenschau: Solange der Erwerber nicht mittelbaren Besitz erhält oder wenigstens die tatsächliche Gewalt an der Sache wechselt, ist ihm der Besitz erkennbar.....	281
II. Erkennbarer Besitz im Rahmen der Erfüllungs- und Verfügungswirkungen.....	282

1. Der Besitz ist bei der Leistung an den Besitzer gemäß und analog § 851 BGB nicht erkennbar.....	282
2. Der Verpfänderbesitz ist nicht beim Verkauf des Pfandes gemäß § 1248 BGB, aber der unmittelbare Verpfänderbesitz ist bei Pfandbestellung erkennbar	284
3. Im Rahmen des § 1058 BGB ist der Besitz oder die Besitzverschaffungsmacht des Bestellers bei Nießbrauchbestellung erkennbar.....	284
4. Zusammenfassung: Keine gemeinsame Rechtfertigungsgrundlage für die Erfüllungs- und Verfügungswirkungen	285
III. Erkennbarer Besitz im Rahmen der Vermutungswirkungen im Prozess und außerhalb dessen.....	285
1. Die Erkennbarkeit verläuft bei § 1006 BGB parallel zu den zugrundeliegenden Erwerbswirkungen.....	286
2. § 1253 Abs. 2 BGB unterstützt materiell den bösgläubigen Verpfänder oder Eigentümer sowie den Besitznachfolger des Eigentümers	287
3. § 938 BGB ist außerhalb des Prozesses bedeutungslos.....	288
4. Zusammenfassung: Erkennbarkeit ist im Prozess ohne Bedeutung.....	288
IV. Die erkennbaren äußeren Merkmale rechtfertigen die Vollstreckungswirkungen	289
V. Zusammenfassung: Die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen durch einen für den Publizitätsbegünstigten notwendig erkennbaren Besitz ist nur unvollkommen.....	289
<i>C. Der eindeutige Verweis des Besitzes auf ein bestimmtes Sachenrecht</i>	290
I. Das Verhalten einer Partei ist ein zulässiger Umstand dafür festzustellen, ob der Besitz ein bestimmtes Sachenrecht anzeigt.....	291
II. Eindeutiger Verweis auf das betreffende Sachenrecht im Rahmen der Erwerbswirkungen.....	292
III. Bei den Erfüllungswirkungen ist der Verweis bei den §§ 1248, 1058 BGB eindeutig, nicht aber bei § 851 BGB.....	292
IV. Eindeutiger Verweis des Besitzes auf ein Sachenrecht im Rahmen der Vermutungswirkungen.....	293
1. Bei der Rechtsbehauptung für sich selbst ist der Verweis auf ein Sachenrecht eindeutig; beim schuldrechtlich berechtigten Fremdbesitzer gilt als Regel die Eigentumsvermutung zugunsten eines Oberbesitzers; beim Nichtbesitzer ist der Verweis nicht eindeutig.....	293

2. Der Verweis auf das Erlöschen des Pfandrechts in § 1253 Abs. 2 BGB ist eindeutig; für § 938 BGB stellt sich die Frage nicht.....	296
V. Bei § 808 ZPO fehlt es für den eindeutigen Verweis am Verhalten des Gewahrsamsinhabers; bei § 809 ZPO ist aus dem Verhalten des Gewahrsamsinhabers nichts für das Eigentum des Schuldners abzuleiten.....	296
VI. Gesamtschau: Das Verhalten des Begünstigten ist wesentlicher Anknüpfungspunkt für die Erkennbarkeit des Besitzes und dessen eindeutigen Verweis auf ein Sachenrecht	297
VII. Zwei Ebenen der Rechtfertigung durch Erkennbarkeit und Eindeutigkeit	298
<i>D. Die Herstellung von Publizität durch den Gleichlauf von Zeichen und Recht</i>	300
I. Eine empirische Untersuchung des Gleichlaufs im Rahmen der Publizitätswirkungen ist nicht zu leisten	302
II. Der dogmatische Gleichlauf von Sachenrecht und Besitz	303
1. Der Rechtsübergang ohne Übergang des Zeichens an den Erwerber	304
a) Fälle fehlender Besitzübertragung bei der rechtsgeschäftlichen Übereignung.....	305
b) Verbindung und Vermischung verhalten sich neutral zum Gleichlauf.....	306
c) Beim Fruchterwerb fallen Eigentum und Besitz auseinander, wenn ein Bösgläubiger die Frucht trennt.....	306
d) Weder Fund noch Schatzfund verlangen den Gleichlauf von Eigentum und Besitz	307
e) Gesamtschau: Der Rechtsübergang läuft nur in wenigen Fällen dem Besitz zuwider	308
2. Das Erlöschen des Rechts ohne Verlust des Zeichens seitens des vormals Berechtigten.....	309
a) Erlischt ein Recht durch Erwerb eines anderen, verliert der vormals Berechtigte nur bei § 930 BGB das Zeichen nicht.....	309
b) Außer bei der Dereliktion fallen Zeichen und Recht bei der Rechtsaufgabe wenigstens vorübergehend auseinander....	310
c) Bei Tieren erlischt das Eigentum bei Besitzverlust	311
d) Erlöschen durch Konfusion betrifft den Gleichlauf nicht	311
e) Gesamtschau: Nur bei § 930 BGB erlischt das Recht, ohne dass der ehemals Berechtigte letztlich auch das Zeichen verliert.....	312

III. Zusammenfassung: Die Besitzdoppelung durch § 930 BGB und schuldrechtliche Überlassung schwächen den Gleichlauf von Zeichen und Recht erheblich.....	313
<i>E. Gesamtschau: Güte und Mängel bei Rechtfertigung der Publizitätswirkungen.....</i>	<i>314</i>
 Kapitel 5: Ein neuer Rechtsscheinträger für die Publizitätswirkungen?	317
<i>A. Register im geltenden Recht</i>	<i>318</i>
I. Fahrnisregister im deutschen Recht	318
II. Artikel 9 Uniform Commercial Code.....	320
III. Kapstadt-Konvention.....	321
IV. Französische Register	322
V. Exkurs: Der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions	324
VI. Zusammenschau: Die Pfandregister verfolgen andere Zwecke als ein allgemeines Sachenrechtsregister.....	325
<i>B. Grundlagen für den eigenen Ansatz eines Online-Registers</i>	<i>327</i>
I. Volmers Vorschlag für ein Online-Register.....	327
1. Inhalt: Der Registereintrag als zusätzliches Rechtsscheinmerkmal für den Erwerb zwischen Privaten	327
2. Bewertung: Das Potential des Registers, den Besitz als Rechtsscheinträger zu ersetzen, bleibt unausgeschöpft.....	329
II. Die Blockchain als technische Grundlage eines Online-Registers...331	
1. Funktionsweise der Blockchain	332
2. Token und sogenannte Smart Contracts.....	333
3. Ethereum Upgrade von Proof of Work zu Proof of Stake	334
4. Nachteile und Risiken der Blockchain.....	334
III. Das Liechtensteiner Gesetz über Token und VT-Dienstleister	335
1. Verfügung über Token und darin liegende Rechte; Publizitätswirkungen im TVTG.....	336
2. Der Gleichlauf von Token und Recht	339
<i>C. Eigener Ansatz für ein Online-Register</i>	<i>340</i>
I. Zweiteilung des Online-Registers in ein Vollregister und ein Pfandregister.....	341
II. Umsetzung des Vollregisters im Rahmen eines Online-Registers ...	342

1. Technische Grundlagen	343
2. Registrierungsvorgang.....	343
3. Möglicher Aufbau des Online-Registers.....	344
a) Verfügung durch Einigung und Überschreibung	344
b) Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Registers und dessen Hindernisse	345
aa) Kenntnis als Erwerbshindernis.....	346
bb) Abhandenkommen des privaten Schlüssels als Erwerbshindernis.....	347
cc) Unrichtiges Register: Erweiterter Widerspruch neben Kraftloserklärung	349
dd) Die Verfügung über registrierte Sachen bei Kraftloserklärung.....	349
c) Erfüllung und Verfügung im Verhältnis zum Registerberechtigten.....	350
d) Die Vermutungswirkungen	351
e) Die Vollstreckungswirkungen	352
f) Weitere Wirkungen im Register	352
4. Grenzen des Online-Registers	354
a) Vom Register erfasste und nicht erfasste Fahrnis	355
b) Der Übergang in eine Rechtsordnung mit Fahrnisregister	356
c) Der Wettstreit der Publizitätswirkungen im und außerhalb des Registers	357
d) Nachwirkungen des Fahrnisregisters bei Auslandsbezug.....	357
III. Der Schutzzumfang des Online-Registers.....	358
IV. Die Finanzierung des Online-Registers.....	358
V. Der wirtschaftliche Gewinn eines Online-Registers.....	359
VI. Die Folgen eines Online-Registers für die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen	361
 Kapitel 6: Zusammenfassung der Ergebnisse	 363
 Literaturverzeichnis.....	 373
Sachregister.....	385

Abkürzungsverzeichnis

a.A., a.E.	andere Ansicht/am Anfang, am Ende
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Österreich)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ArchBürgR	Archiv für bürgerliches Recht
AUR	Agrar- und Umweltrecht
BeckRS	Beck-Rechtssachen
BFH NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
Cc	Code civil
CR	Computer und Recht
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung
DR	Das Recht (Deutschland)
Dr. et patr.	Droit et Patrimoine
EPLJ	European Property Law Journal
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (Österreich)
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FS	Festschrift
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
GIU	Glaser und Unger
GIUNF	Glaser und Unger Neue Folge
GmbHR	GmbH-Rundschau
Gruchot	Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GS	Gedächtnisschrift
GVRZ	Zeitschrift für das gesamte Verfahrensrecht
HRG	Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Deutschland)
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen (Österreich)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JA	Juristische Arbeitsblätter
JBl	Juristische Blätter (Österreich)
Jherings Jb.	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau

JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier Möhring
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Zivilsachen
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLGE	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
OLGR	OLG-Report
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
PrJZ	Juristenzeitung für das Gebiet der tschechoslowakischen Republik
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Recht der Wirtschaft
REDOK	Rechtsdokumentation (Österreich)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
Rsp	Rechtsprechung (Zeitschrift Österreich)
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
SavZ, Rom. Abtlg.	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung
SeuffA	J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofs in Zivilsachen
TVTG	Token- und VT-Dienstleister-Gesetz (Liechtenstein)
VersR	Versicherungsrecht
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht
VT	Vertrauenswürdige Technologien
WarnR	Rechtsprechung des Reichsgerichts, hrsg. von Warneyer
WM	Wertpapiermitteilungen
WürttJb	Jahrbücher der Württembergischen Rechtspflege
ZBl	Zentralblatt für die juristische Praxis (Österreich)
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfranzZR	Zeitschrift für französisches Zivilrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGH	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt	Zeitschrift für Zivilprozess International

Kapitel 1

Einführung

A. Warum Publizitätswirkungen im Fahrnisrecht?

Diese Arbeit dringt in zwei Lücken: eine dogmatische (i), eine tatsächliche (ii). Dogmatisch ist von den Prinzipien des Sachenrechts – Typizität, Absolutheit, Publizität, Spezialität, Abstraktion – die Publizität viel erwähnt, aber selten eingehend behandelt. Eine umfassende Analyse eines Systems sachenrechtlicher Publizität fehlt.

Tatsächlich haben sich Besitz und Eigentum seit Erlass des BGB unentwegt auseinanderentwickelt. Hier vermag die voranschreitende Digitalisierung die Schwächen des Besitzes als Rechtsscheinträger zu mildern durch ein zweigeteiltes Online-Register, bestehend aus Pfandregister und Vollregister ähnlich dem Grundbuch.

(i) Soweit sich Literaturstimmen mit Publizität im Fahrnisrecht befasst haben, war sie heftigen Angriffen ausgesetzt, in deren Mittelpunkt der gutgläubige Erwerb sowie die fehlende Erkennbarkeit des Besitzes standen. So nannte etwa bereits *Süß* das Traditionsprinzip im Titel einen „Atavismus des Sachenrechts“, also ein Merkmal, das als überholt gelten muss; er kritisierte, dass das Übergabeerfordernis des § 929 S. 1 BGB durch etliche Vorschriften im BGB und HGB durchbrochen werde.¹ *Hübner* schrieb, der Besitz sei „kein normaler äußerer Tatbestand des Eigentums mehr“.² Denn als Kennzeichen des Eigentums sei er schon bei der Kodifikation des BGB wirtschaftlich unzeitgemäß gewesen. Mit zunehmenden Kreditsicherheiten ab den 1930er Jahren habe die Rechtsprechung mehr Nachforschung zwecks Gutgläubigkeit gefordert und daher den Besitz als Rechtsscheinträger ausgehöhlt.³ Auch mit Schwerpunkt auf dem gutgläubigen Erwerb reiht sich *Hager* ein. Nach ihm ist rechtstatsächlich der Rechtsschein des Besitzes beim Veräußerer durch die Redlichkeitsanforderungen überlagert; besser sei daher ein Modell, das – orientiert an § 934 Var. 2 BGB – auf den erfolgreich verschafften Besitz blicke.⁴

Monografisch widmen sich der Publizität im Fahrnisrecht umfassend allein *Quantz* und *Füller*. Beide bestreiten, dass das deutsche Fahrnisrecht Publizität

¹ *Süß*, in: FS Wolff 1952, 141, passim.

² *Hübner*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, 74.

³ *Hübner*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, 62, 72.

⁴ *Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, 243 f., 248.

oder ein Publizitätsprinzip kenne. Sie erklären den Besitz als untauglichen Rechtsscheinträger und die hergebrachten Publizitätswirkungen mit anderen Mechanismen als dem Rechtsschein des Besitzes.⁵ Insofern setzt ihre Kritik noch grundlegender an als die rechtstatsächlich orientierte von *Hübner* und *Hager*.

Es fehlt eine Schrift, die sachenrechtliche Publizität über die anerkannte Dogmatik der Publizitätswirkungen – Übertragungs-, Vermutungs- und Gutglaubenswirkung⁶ – hinaus strukturiert. Genauso findet sich kein Werk, das sich im Rahmen einer Untersuchung der Rechtfertigung sachenrechtlicher Publizität den Angriffen von *Quantz* und *Füller* stellt. Beidem nimmt sich diese Arbeit an.

(ii) Die zweite, tatsächliche Lücke eröffnet die Digitalisierung. Als Idealtypus eines Rechtsscheinträgers wird schon lange das Grundbuch gepriesen, zu dem sich bisher im Fahrnisrecht kaum eine Parallele hat bilden lassen, weil der Aufwand einer Registrierung im Verhältnis zum Ertrag unverhältnismäßig war. Währenddessen nahm die Parallelität zwischen dem Besitz als Rechtsscheinträger und dem Eigentum als durch ihn ausgedrücktem Recht tatsächlich weiter ab.⁷ Während die Sicherungsübereignung vom Reichsgericht erstmals im Jahr 1910 im Leitsatz einer Entscheidung aus der amtlichen Sammlung erwähnt ist⁸ und sich bis 1939 noch achtzehn weitere Male findet, enthalten seit dem Jahr 1951 insgesamt 570 Entscheidungen des BGH das Wort.⁹ Das zeigt, wie viel bedeutsamer dieses Rechtsinstitut geworden ist. Ähnliches gilt für den Eigentumsvorbehalt.¹⁰ Weiter haben sich seit deren Erfindung im Jahr 1951¹¹ Leasingverträge etabliert; im Jahr 2020 z.B. lag die Leasing-Quote für Ausrüstungsinvestitionen bei 25 %, sogar knapp 44 % der Neuzulassungen für Straßenfahrzeuge betrafen Leasingwagen.¹² Zugleich ermöglicht die Digitalisierung, Fahrnis ohne weiteres zu orten, was Geschäftsmodelle über Kurzzeitmietfahrzeuge hervorgebracht, aber auch etwa zu einer Auseinandersetzung über die Möglichkeit geführt hat, die Wiederaufladefunktion einer Autobatterie

⁵ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 327–330; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 365–369.

⁶ Näher dazu s.u. Kapitel 2 D.I.

⁷ Ähnlich bereits *Giehl*, AcP 161 (1962), 357, 364.

⁸ RG, Urteil v. 04.03.1910 – VII 222/09, RGZ 73, 141.

⁹ Diesem Ergebnis zugrunde liegt eine juris-Recherche nach „Sicherungsübereignung“, Stand: 10.01.2024.

¹⁰ Dort stehen 28 Treffer in Leitsätzen der amtlichen Sammlung des RG zwischen 1883 und 1942 gegenüber 648 Treffern in den Entscheidungen des BGH seit 1951. Diesem Ergebnis zugrunde liegt eine juris-Recherche nach „Eigentumsvorbehalt“, Stand: 10.01.2024.

¹¹ Überblick bei *Dietz*, AcP 190 (1990), 235, 236–239.

¹² Bundesverband Deutscher Leasing-Unternehmen, Marktbericht 2020 – BDL Jahresbericht 2021, <https://2021.jahresbericht.leasingverband.de/leasing-markt-und-umfeld/marktbericht-2020/>, Stand: 15.01.2024.

per Fernzugriff abzuschalten.¹³ Im Rahmen der Digitalisierung erscheint nun möglich, den Besitz jedenfalls teilweise durch ein Online-Register als Rechtsscheinträger zu ersetzen, um so sachenrechtliche Publizität zuverlässiger und mit erheblich verringertem Registrierungsaufwand zu gewährleisten. Soweit eine Vollregistrierung nicht gelingt, ist immerhin ein Pfandregister denkbar, um Rangkonflikte zu lösen.

Der Titel dieser Arbeit lautet deswegen nicht auf Publizität oder Publizitätsprinzip, sondern Publizitätswirkungen, weil sich zeigen wird, dass es Letztere sind, die den Kernbereich sachenrechtlicher Publizität bilden. Die Arbeit konzentriert sich auf das Fahrnisrecht, da es dieses und weniger das Liegenschaftsrecht ist, das Anlass zu Kritik und Neuerungen gibt. Dabei verzichtet die Arbeit auf die heute verbreiteten Bezeichnungen Mobiliar- und Immobiliarsachenrecht; denn jene Wörter sind lang, pleonastisch und führen insbesondere bei mündlicher Wiedergabe zu Verwirrung.

B. Vorgehensweise

Die Arbeit verfährt in vier Schritten. Zunächst entwirft sie als Grundlage ein Modell sogenannter beschränkter sachenrechtlicher Publizität. Hiernach kann auch dasjenige Erkennbare als Sachenrecht behandelt werden, was kein Sachenrecht ist. Sodann prüft sie, inwieweit sich die Rechtsvorteile durch Zeichen einer der fünf formulierten Publizitätswirkungen zuordnen lassen. Diese sind Erwerb, Erfüllung und Verfügung, Forderung, Vermutung sowie Vollstreckung. Sie fragt damit nach einem inneren System der Publizitätswirkungen. Im dritten Schritt erörtert die Arbeit die Güte des Publizitätsträgers Besitz als Zeichen, konkret inwieweit er die Publizitätswirkungen rechtfertigen kann auf den Ebenen Erkennbarkeit des Zeichens, Eindeutigkeit des bezeichneten Rechts, Gleichlauf mit dem Recht. Im letzten Schritt entwirft sie Ansätze eines Online-Registers als Alternative, um die Defizite des Rechtsscheinträgers Besitz zu mildern. Ein solches könnte sich auf die Technik der Blockchain stützen; es würde freilich nicht alle Sachen zur Registrierung führen und selbst noch unterscheiden zwischen einem bloßen Pfandregister einerseits und einem Vollregister andererseits, das sämtliche sachenrechtlichen Zustände ähnlich dem Grundbuch abbildet.

I. Zum Rechtsvergleich

Diese Arbeit ist im Kern nicht rechtsvergleichend. Sie enthält jedoch rechtsvergleichende Teile, die in den ersten Kapiteln der Arbeit zeigen sollen, dass ein Zustand oder eine Problemlage nicht auf das deutsche Recht beschränkt ist.

¹³ BGH, Urteil v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, BGHZ 235, 27.

Zum Vergleich dienen dort das französische und österreichische Recht. Ein System sachenrechtlicher Publizität für diese Rechtsordnungen kann die Arbeit dabei nicht entwickeln. Grund für diese Wahl ist im Ausgangspunkt, dass das österreichische Recht kein Abstraktions- und das französische nicht einmal ein Trennungsprinzip kennt. Das wird zeigen, dass Fragen der Publizität unabhängig davon sind, wie Planung und Vollzug zueinanderstehen. Hinzu kommt, dass der französische Code civil aus dem Jahr 1804 Vorbild für die Privatrechtsgesetzbücher des romanischen Rechtskreises und darüber hinaus ist,¹⁴ die hieraus gewonnen Eindrücke also auf weitere (romanische) Rechtsordnungen schließen lassen. Weiter hat der Code civil im Fahrnisrecht mit dem deutschrechtlichen Grundsatz: „En fait de meubles, la possession vaut titre“ in Art. 2276 Cc¹⁵ über Art. 306 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs von 1861 Einzug in die §§ 932 ff., 1006 BGB gefunden¹⁶ und so wesentlich zu den Publizitätswirkungen des BGB beigetragen. Als dritte Rechtsordnung zum Vergleich entscheidet sich die Arbeit nicht etwa mit der italienischen oder schweizerischen für eine, die den Einflüssen sowohl des Code civil als auch des BGB unterliegt.¹⁷ Denn beide erscheinen ihnen zu ähnlich. So folgt der Codice auch dem Konsensualprinzip; *Sacco/Rossi* bezeichnen ihn gar als „französisch“.¹⁸ Von der Struktur her erinnern etwa die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb in Art. 714 Abs. 2 ZGB¹⁹ und mehr noch Art. 1153 Codice civile²⁰ an § 932 BGB. Das ABGB hingegen steht als Naturrechtskodifikation selbständig neben Code civil und BGB.²¹ Von konkretem Interesse ist hier etwa, dass das österreichische Recht die publizitätslose Sicherungsübereig-

¹⁴ Dazu *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, §§ 6 I, 8.

¹⁵ Näher s.u. Kapitel 3 A.I.3.

¹⁶ *Boehmer*, AcP 151 (1950), 289, 296, 305, 307.

¹⁷ S. dazu etwa *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 13 (zum ZGB); *Sacco/Rossi*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 2017, §§ 6, 7 (zum Codice civile).

¹⁸ *Sacco/Rossi*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 2017, §§ 4 Rn. 10 f., 7 Rn. 20.

¹⁹ Die Vorschrift des Art. 714 ZGB lautet: „(1) Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber.

(2) Wer in gutem Glauben eine bewegliche Sache zu Eigentum übertragen erhält, wird, auch wenn der Veräußerer zur Eigentumsübertragung nicht befugt ist, deren Eigentümer, sobald er nach den Besitzregeln im Besitze der Sache geschützt ist.“

²⁰ Die Vorschrift lautet: „Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà.“

Deutsche Übersetzung der Südtiroler Landesverwaltung: „Derjenige, dem bewegliche Sachen durch jemanden veräußert werden, der nicht Eigentümer ist, erwirbt das Eigentum mittels des Besitzes, sofern er zum Zeitpunkt der Übergabe gutgläubig ist und ein für die Übertragung des Eigentums geeigneter Rechtstitel vorliegt.“ Verfügbar unter: <https://recht.provinz.bz.it/de/ubersetzte-rechtsvorschriften>, Stand: 15.01.2024.

²¹ *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996, § 12 I.

nung verbietet, um das Publizitätsprinzip zu wahren, dieses Ergebnis aber wiederum durch die Möglichkeit zur Verpfändung durch Zeichen abmildert.²² Freilich ließe sich der Blick ins österreichische Recht auch als bloßes Vorgehen *lege artis* einstufen, wie es für die österreichische Rechtswissenschaft der Blick nach Deutschland ist.²³

Im letzten Kapitel dient der Rechtsvergleich der Ideenschöpfung für die Reichweite und Ausgestaltung eines Online-Registers. Er erstreckt sich auf einige Rechte oder Rechtsordnungen, die dem nützlich erscheinen, schlicht weil sie entsprechende jüngere Vorschriften enthalten. Nicht behandelt das Kapitel dabei die italienische Autohypothek.²⁴

II. Zur Rechtsgeschichte und Verwendung der Materialien zum BGB

Ebenso ist diese Arbeit keine rechtsgeschichtliche. Weil aber das geltende Recht und seine Dogmatik von den Vorstellungen des 19. Jahrhunderts geprägt sind als Zeit der Entstehung des BGB, nehmen die hiesigen Erwägungen immer wieder Bezug auf die Literatur insbesondere um die Jahrhundertwende. Darüber hinausgehende rechtsgeschichtliche Blicke – gerade ins römische Recht – bleiben punktuell.

Gerade das Kapitel 3 verwendet die Materialien zum BGB reichlich. Zweck dessen ist nicht, einen etwaigen Willen des Gesetzgebers als schlagendes Argument fruchtbar zu machen.²⁵ Vielmehr darf vor aller Diskussion um den Wert genetischer Auslegung eine Literaturschau, die im späten 19. Jahrhundert ansetzt, die Materialien zum BGB als gründliche Auseinandersetzung mit dem Stoff nicht außer Acht lassen. Entsprechend ist der Blick in die Materialien auch nie allein ein Argument für hier aufgestellte Thesen. Wenn in dieser Arbeit eine Auslegungsmethode dominiert, so ist es die systematische. Denn das hiesige Modell einer beschränkten sachenrechtlichen Publizität und seine Rechtfertigung gehen maßgeblich aus der Gesamtschau zahlreicher Vorschriften hervor.

²² Näher s.u. Kapitel 4 A.II.3 bei Fn. 182.

²³ Thematisch einschlägig etwa *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, 2006, der stets Deutschland und die Schweiz mitbehandelt. Zu bedenken ist aber, dass schon ein gewisser Materialmangel zum Blick ins deutschsprachige Ausland nötigt.

²⁴ Dazu s. näher *Stefenelli*, Gläubigerschutz im italienischen Recht, 2009, 73 f.

²⁵ Hierzu kritisch etwa *Baldus*, in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung: Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen, 2013, 5 sowie monografisch m.w.N. zum Diskussionsstand *Frieling*, Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers, 2017, 41–104, zu den Materialien des BGB insb. 46. Mit Fokus auf das BGB *Honsell*, Historische Argumente im Zivilrecht, 1982; *Thiessen*, in: *Fleischer* (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“: Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, 2013, 45. Aus der jüngeren Literatur auch *Sehl*, Was will der Gesetzgeber?, 2018.

Kapitel 2

Die Konzeption einer beschränkten sachenrechtlichen Publizität

Dieses Kapitel versucht, ein Modell sogenannter beschränkter sachenrechtlicher Publizität zu entwerfen. Dafür gibt es einen knappen Überblick (B), legt sodann dar, warum ein Bedürfnis nach Publizität besteht (C), und stellt anschließend die Eckpunkte einer beschränkten sachenrechtlichen Publizität vor (D). Dabei orientiert es sich am geltenden deutschen Recht und strukturiert im Wesentlichen die bisherige Dogmatik zur Publizität; darüber hinaus verweist das Kapitel auf ein Verständnis von beschränkter Publizität, dessen Anwendungsbereich über das hinausgeht, was das Recht bisher festschreibt.¹ Zuvor steht jedoch eine Bestandsaufnahme davon, wie die Wörter Publizität und Publizitätsprinzip zu verstehen sind (A).

A. Der Publizitätsbegriff – Entwicklung und Abgrenzung

Dieser Abschnitt sieht sich dem grundlegenden Problem gegenüber, dass in der Literatur offenkundig niemand zwischen „Publizität“ und „Publizitätsprinzip“ trennt. Die beiden Wörter in ihrer Bedeutung zu unterscheiden, erscheint aber aus zwei Gründen sinnvoll: Erstens erlaubt es, sie – zerlegt in ihre Bestandteile – genauer zu untersuchen. Zweitens kann in zwei verschiedene Wörter anschließend mehr Erklärungswert gelegt werden. Mit der hiesigen Unterscheidung ist allerdings verbunden, dass die in den Unterabschnitten zitierten Literaturstellen sich offenbar wahllos entweder auf Publizität oder auf Publizitätsprinzip beziehen.

I. Die Entwicklung des Publizitätsbegriffs

1. Der Ursprung des Publizitätsbegriffs in der Gewere

Ursprünglich, so fasst es *Otto von Gierke*, entstamme die Idee der Publizität der deutschrechtlichen Figur der Gewere.² An diesem Satz sind beide wesent-

¹ Näher s.u. Kapitel 2 D.I.2.

² *Gierke*, Sachenrecht, 1905, § 137, S. 187–209; s. auch *Huber*, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894, 49 f.

lichen Elemente fraglich:³ Zum einen kann die Gewere wohl nicht als germanisches Institut dem römischen Recht entgegengesetzt werden.⁴ Köbler etwa hat die Gewere auf die „sprachliche Nachbildung einer kirchlichen Metapher“ zurückgeführt, weshalb es sich dabei jedenfalls auch um ein „kanonistisches Institut“ handle.⁵ Levy wiederum hat der mangelnden Abgrenzung von Besitz und Eigentum, wie auch sie die Gewere auszeichnet, Verbindungen zum römischen Vulgarrecht nachgewiesen.⁶ Zum anderen findet sich die Idee von Publizität bereits im römischen Recht jedenfalls bei der Übertragung von sogenannten *res mancipi*. Dabei handelte es sich um Sachen von erheblichem wirtschaftlichem Wert, nämlich Grundstücke, Sklaven und Großvieh.⁷ Sie wurden übertragen durch einen ritualisierten Verkauf mit insgesamt acht Anwesenden – neben den Parteien einem Waagehalter und fünf Zeugen –,⁸ die man offenbar hinzuzog, damit die Übertragung bekannt wurde. Wie angekündigt, soll hier das Verständnis des 19. Jahrhunderts im Mittelpunkt stehen.⁹

Die Gewere wurde als äußere Form des Sachenrechts verstanden.¹⁰ Sie bestand aus zwei Elementen, nämlich der tatsächlichen Sachherrschaft über eine Sache und der Behauptung, ein dingliches Recht an der Sache zu haben.¹¹ Der Gewere kamen drei Zwecke zu: Erstens machte sie als besonders begünstigtes Beweismittel die Geschäfte zwischen Parteien weitgehend unanfechtbar; zweitens machte sie dingliche Rechte an Sachen äußerlich wahrnehmbar; drittens bildete sie die formale Legitimation für das dingliche Recht.¹² Im Zweck der äußerlichen Wahrnehmbarkeit lag denn auch die Publizität begründet. Konkret zeigte sich die Publizität der Gewere – mit den Worten *Hubers* – darin, dass „sie, aus einem thatsächlich gegebenen und wahrnehmbaren Verhältnis heraus-

³ Methodisch kritisch zum im 19. Jahrhundert geformten Bild der Gewere überhaupt: *Ogris*, in: HRGdigital 2012, Bd. II, 10. Lfg., Gewere, Sp. 347–352 (Stand: 21.12.2023).

⁴ Es ist überhaupt zweifelhaft, inwieweit germanisches Recht sich dem römischen als nicht-römisches entgegensetzen lässt, näher *Dilcher*, in: HRGdigital 2012, Bd. II, 10. Lfg., Germanisches Recht, Sp. 241–252 (Stand: 21.12.2023); *Cordes*, in: HRGdigital 2008, Bd. I, 5. Lfg., Deutsches Recht, Sp. 1003–1007 (Stand: 21.12.2023).

⁵ *Köbler*, TRG 43 (1975), 195, 209, 211.

⁶ *Levy*, West Roman vulgar law, the law of property, 1951, 96–99; Parallelen zwischen *possessio* und Gewere zeigt bereits *Heusler*, Die Gewere, 1872, 59–66.

⁷ *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 28 Rn. 8 f.

⁸ *Gaius* 1.119. Näher *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 17 Rn. 2 f.

⁹ S.o. Kapitel 1 B.II.

¹⁰ *Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht II, 1873, § 9 A I, S. 137. Tatsächlich ist der Gewerebegriff noch wesentlich komplexer, weil er sich durch das Mittelalter hindurch gewandelt hat und auch örtlich teilweise verschieden war. Näher s. *Huber*, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894, 65–68.

¹¹ *Huber*, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894, 22.

¹² *Huber*, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894, 49.

gebildet, dieses als faktische Herrschaft zur formalen Bedeutung erhoben hatte“.¹³ *Gierke* fasst es so zusammen:

„Die Gewere brachte den dem deutschen Sachenrecht eingeborenen Gedanken der Publizität zu allseitiger Entfaltung. Sie verhalf ihm zur Ausprägung in der doppelten Richtung; daß einerseits jedes Herrschaftsrecht an einer Sache, um voll wirksam zu werden, in offensichtliche Erscheinung treten muß, andererseits die gehörige sachenrechtliche Erscheinungsform, bis sie sich etwa als bloßer Schein erweist, selbständige Rechtswirkungen äußert.“¹⁴

Zwar war das zweite Element der Gewere, die Behauptung des dinglichen Rechts, nicht publik. Allerdings unterstellte man diese Behauptung, sobald die tatsächliche Sachherrschaft bestand. Um diese Unterstellung zu widerlegen, war es nötig, das mittels publiker Mittel darzulegen.¹⁵ Ganz allgemein waren die Möglichkeiten, die Gewere zu brechen, streng an Publizität geknüpft: Grundsätzlich war dem dritten Erwerber nicht anzulasten, dass das Recht seines Vormanns mangelhaft war – weder bei anvertrauten noch bei weggenommenen Sachen. Ausschlaggebend war vielmehr, ob der Mangel an der Gewere des Vormanns publik war. War eine bewegliche Sache anvertraut, fehlte es an der Publizität, dass der Berechtigte die Sache aus seinen Händen gegeben hatte.¹⁶ Hatte der Rechtsinhaber die Sache jedoch entgegen seinem Willen verloren, machte er die Wegnahme durch das sogenannte Gerüfte publik.¹⁷ Beim Gerüfte handelte es sich, grob gesagt, um einen Hilferuf im Unglücksfall.¹⁸ Infolgedessen war anzunehmen, dass die anderen Dorfbewohner vom Verlust Kenntnis hatten, und musste der dritte Erwerber die Sache wieder herausgeben.^{19, 20}

¹³ *Huber*, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894, 50.

¹⁴ *Gierke*, Sachenrecht, 1905, 189 f.

¹⁵ *Huber*, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894, 50.

¹⁶ Anders hingegen bei Liegenschaften, wo der sogenannte „Einweisungsakt“ öffentlich war und daher die Rückforderung möglich.

¹⁷ *Huber*, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894, 13; *Meyer*, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, 1909, 42–49.

¹⁸ Deutsches Rechtswörterbuch IV, 1998, Gerücht, Gerüfte; *Lück*, in: HRGdigital 2012, Bd. II, 10. Lfg., Gerüfte, Sp. 259–264 (Stand: 21.12.2023).

¹⁹ *Huber*, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894, 60 f., der das Gerüfte als Mittel der Tataufdeckung erklärt; gegen dieses Verständnis jedoch *Schultze*, *Jherings Jb.* 1905, 159, 169–171, der darauf hinweist, dass die Idee der Publizität des Diebstahls mit dem Aufkommen der Städte obsolet geworden war, und die Benachteiligung des gutgläubigen Erwerbs im Falle von Diebstahl oder Raub stattdessen mit dem Rechtsfrieden in Form einer Gesamthaftung der Bürgerschaft erklärt, die konkret jeden Erwerber der Sache treffen könne. Dazu fasst er später (S. 174) so zusammen: „Der Friedensschutzgedanke siegte in diesen Fällen – nur in diesen – über den Publizitätsgedanken.“

²⁰ Was zur Zeit der Gewere noch als reiner Mechanismus von Publizität erschienen war, erklärte *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, 1906 später zu einer Frage des Vertrauensschutzes. Näher s.u. Kapitel 3 A.I.1.e).

2. Publizität als Mittel zum Erwerb kraft öffentlichen Glaubens im Liegenschaftsrecht im 19. Jahrhundert und in den Anfängen des BGB

Später fiel die Gewere zunächst den naturrechtlichen Bestrebungen zum Opfer, die Formalismen des Sachenrechts abzustreifen, und fand sich schließlich im Liegenschaftsrecht im Grundbuchsystem wieder.²¹ Hierum drehte sich auch die Diskussion von Publizität im 19. Jahrhundert bis zur Schaffung des BGB. Sie ging dabei von den Hypothekenbüchern aus.²²

In seinem Sachenrechtsentwurf für das BGB definiert *Johow* das Publizitätsprinzip²³ für das Liegenschaftsrecht. Er teilt es in eine formelle und eine materielle Seite. Formell sei das Grundbuch öffentlich, indem es allgemein zugänglich sei.²⁴ Die materielle Öffentlichkeit des Grundbuchs liege im öffentlichen Glauben des Grundbuchs: Dieser garantiere, dass die vorhandenen Eintragungen vollständig und richtig seien.²⁵ Der öffentliche Glaube des Grundbuchs wirke zugunsten desjenigen, der im Vertrauen auf ein eingetragenes Recht ein Sachenrecht erwerben wolle.²⁶ Die materielle Seite der Publizität hatte bereits *Exner* für die Hypothekenbücher als den entscheidenden Fortschritt beschrieben:

„Die öffentliche Zugänglichkeit der Grundbücher mag unter allen Umständen ihren Werth haben, aber erst die öffentliche Glaubhaftigkeit derselben (*publica fides*) involvirt die Verwirklichung des Gedankens der Publizität der Sachenrechte. Denn nicht darin liegt das Neue und Bedeutende des modernen Rechtsinstituts, welches wir im Auge haben, dass Jedermann zu einem gewissen Buche Zutritt hat, in welchem allerlei Angaben über dingliche Rechtsverhältnisse eines bestimmten Grundstückes enthalten sind, sondern darin, dass der Inhalt des Buches von Rechtswegen wahr und in seinem Bereiche erschöpfend ist.“²⁷

Schließlich grenzt *Johow* das „Öffentlichkeitsprinzip“, wie er Publizität auch nennt, von dem der Verschweigung ab: Während bei jenem der Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs notwendige Voraussetzung des Erwerbs sei, vollziehe sich der Erwerb beim Verschweigungsgrundsatz selbst dann, wenn der

²¹ *Huber*, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, 1894, 72.

²² Exemplarisch *Exner*, Das Publizitätsprinzip, 1870, 3: „Es ist längst ein Gemeinplatz in der juristischen Literatur geworden, dass das ‚Prinzip der Publizität‘ die Hauptsäule des modernen Hypothekenrechts sei und dass in ihm die Quelle jener Kraft liege, welche das gemeinrechtliche Immobiliarpfandsystem mehr und mehr verdrängt hat.“ S. z.B. auch *Platner*, Sachenrecht, 1875, § 39, S. 171–174.

²³ Publizität und Publizitätsprinzip verwendet er gleichbedeutend, s. z.B. *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 181.

²⁴ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 181.

²⁵ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 185 f.

²⁶ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 186.

²⁷ *Exner*, Das Publizitätsprinzip, 1870, 3 f.

Erwerber wisse, dass das Grundbuch unrichtig sei.²⁸ An keiner Stelle stellt er Publizität und Fahrnisrecht in einen Zusammenhang oder erörtert die Publizität gar als allgemeines Prinzip des Sachenrechts.

Der Blick *Johows* auf Publizität allein als Frage des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs setzt sich fort in den Motiven der 1. Kommission zum BGB. Die Motive fassen das Publizitätsprinzip als Bestandteil eines Dreiklangs aus Publizitäts-, Eintragungs- und Legalitätsprinzip im Liegenschaftsrecht:

„Dieser Zweck [für den die Immobilienbücher bestimmt sind] ist nur erreichbar, wenn demjenigen, welcher ein auf die Erwerbung eines Rechtes an einem Grundstücke gerichtetes Rechtsgeschäft im Vertrauen auf den Inhalt des Buches eingeht, dieser Inhalt als richtig bz. als vollständig gewährleistet, dem Buche öff. Glaube (*publica fides*) beigelegt wird (Publizitätsprinzip).“²⁹

Später heißt es dazu noch einmal:

„Hauptzweck [des Publizitätsprinzips] ist, die Erwerbung von Rechten an Grundstücken von demjenigen, welchen das Buch als Berechtigten ausweist, zu ermöglichen, ohne daß der Erwerber der Gefahr einer Anfechtung aus Gründen ausgesetzt wird, welche in nicht ersichtlichen Mängeln des eingetragenen Rechtes des Veräußerers liegen.“³⁰

Das Publizitätsprinzip nach der Definition der Motive ist vollkommen in § 892 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB aufgegangen. Es beschreibt nur eine mehrerer Publizitätswirkungen und bildet nicht Publizität für das gesamte Sachenrecht ab.

3. Die Entwicklung der Publizität hin zu einem allgemeinen Prinzip des Sachenrechts

Es lässt sich nur schwer nachvollziehen, wie die Publizität, ausgehend von der Gewere, als allgemeines Prinzip den Weg zurück in die moderne Sachenrechtswissenschaft gefunden hat. Denn die Quellen stehen weitgehend ohne Bezug

²⁸ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 186.

²⁹ Motive III, 17. Der Absatz geht wie folgt weiter: „Es tritt dann freilich bei einem Widerspruche zwischen der Darstellung des Buches und der wirklichen Rechtslage der Uebelstand ein, daß für denjenigen, welcher dem Glauben des Buches gefolgt ist, ein anderer Rechtsstand des Grundstückes gilt als für die sonstigen Beteiligten. Allein dieser Uebelstand wird gehoben oder doch wesentlich abgeschwächt, wenn man die Buchführung für den Rechtserwerb selbst verwerthet, so zwar, daß derselbe in den praktisch wichtigsten Fällen, also namentlich in den Fällen der Eigenthumsübertragung und der Hypothekenbestellung, von der Eintragung abhängig gemacht wird (Eintragungsprinzip). Die Gefährdung wohlverworbener Rechte durch das Publizitätsprinzip aber beschränkt sich auf das geringste Maß, wenn für die Eintragungen bestimmte, einem Widerspruche zwischen dem Buche und der wirklichen Rechtslage möglichst vorbeugende Voraussetzungen vorgeschrieben, bz. die Buchbehörden verpflichtet werden, eine Eintragung nur beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen vorzunehmen (Legalitätsprinzip).“

³⁰ Motive III, 139.

nebeneinander. Zwar nennt schon etwa *Biermann* die Publizität als Grundsatz des Sachenrechts und erklärt sie damit, dass die „an einer Sache bestehenden Rechte nach außen offenkundig gemacht“ werden; bei Grundstücken durch das Grundbuch, bei Fahrnis durch den Besitz.³¹ Nicht auszuschließen sind auch hier römische Einflüsse, bedenkt man etwa, dass die daneben von *Biermann* genannte Abstraktion römischen Ursprungs ist.³² Mutmaßlich bildet aber *Gierkes* Band zum Sachenrecht in seinem Werk *Deutsches Privatrecht* eine treibende Kraft für das Wiederaufleben von Publizität als allgemeinem Begriff des Sachenrechts. Dort hebt er die Bedeutung der Gewere und damit der Publizität für das geltende Recht hervor:

„Der einheitliche Gewerebegriff ist uns verloren gegangen. Aber das durch ihn vermittelte System der Publizität hat die Herrschaft im deutschen Sachenrecht zurückerobert. Heute wie im Mittelalter gilt das Prinzip, dass alle Sachenrechte an die Erscheinung in einer sie offensichtlich machenden Form gebunden sind, dass aber dieser Form zugleich die Wirksamkeit eines selbständigen dinglichen Rechtsverhältnisses innewohnt. Ein geschichtliches Verständnis des geltenden formellen Sachenrechts ist nur durch die Aufdeckung seiner Herkunft aus dem Geweresystem zu gewinnen. Dabei ist aber zu beachten, dass die Gewere nur den kleineren Teil ihrer Kraft auf den heutigen Besitz vererbt hat, während der kraftvollste von ihr hervor getriebene Spross im modernen Grundbuchrecht fortlebt.“³³

Gierke beschreibt den Besitz weiter „als ein bis zum Bruch des Scheins durch widerstreitendes wahres Recht wirksames formales Rechtsverhältnis“; außerdem umfasse der Besitz alle als möglich anerkannten dinglichen Rechte.³⁴ Dieses Besitzverständnis als Form des Rechts knüpft unmittelbar an die mittelalterliche Gewere.

In seinem wenig später folgenden Lehrbuch zum Sachenrecht stellt auch *Martin Wolff* in § 4 über „Die geschichtlichen Grundlagen des heutigen Sachenrechts“ die Verbindung her zwischen einerseits der Gewere und dem Besitz sowie andererseits der „Ersichtlichmachung dinglicher Rechte“.³⁵ Nach ihm „erscheint die tatsächlich geübte Herrschaft, die Gewere, der Besitz, zugleich als (freilich höchst unvollkommenes) Mittel, ein Besitzrecht des Besit-

³¹ *Biermann*, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1903, Vorbemerkungen 6, S. 2. Laut *Biermann* bestehen neben der Publizität als Sachenrechtsgrundsätze noch die beschränkte Zahl der Sachenrechte, die Bestimmtheit sowie der abstrakte dingliche Vertrag.

³² S. etwa *Kaser/Knütel/Lohsse*, Römisches Privatrecht, 22. Aufl. 2021, § 34 Rn. 12, 15, 17.

³³ *Gierke*, Sachenrecht, 1905, 190. An anderer Stelle (S. 211) schreibt er: „Rein deutschen Ursprungs dagegen sind seine [des Besitzes] für die Durchsetzung und Übertragung des materiellen Sachenrechts massgebenden Publizitätswirkungen.“

³⁴ *Gierke*, Sachenrecht, 1905, 212.

³⁵ *Wolff*, Sachenrecht, 1910, § 4 II 4, S. 14; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 4 II 4, S. 22.

zenden kundzumachen.“³⁶ *Wolff* sieht die Wirkung des Besitzes in Dreierlei hervortreten: Prozessual in der Vermutung des Besitzes nach § 1006 BGB; materiell zum einen darin, dass die Übertragung dinglicher Rechte regelmäßig durch die Übertragung des Besitzes bedingt ist, zum anderen in der Legitimationskraft des Besitzes als Rechtsschein („§§ 932 ff., 1032, 1207, 793, 851 BGB“). Damit bilde der Besitz materiellrechtlich das Mittel, um über dingliche Rechte zu verfügen.³⁷ Auch für den Eintrag im Grundbuch findet sich bei *Wolff* eine entsprechende, wenn auch knappere Darstellung der drei Wirkungen.³⁸ Er hebt indes hervor, dass der Bucheintrag, anders als der Besitz, keine Ansprüche entsprechend den §§ 861 f., 1007 BGB begründe. Bei *Wolff* erscheint folglich bereits der Dreiklang der Publizitätswirkungen, wie sie später *Fritz Baur* unter dem Stichwort Publizitätsprinzip als allgemeines Prinzip des Sachenrechts darlegt³⁹ – aber noch jeweils getrennt für Besitz und Grundbucheintrag.

Nach *Gierke* und außerhalb von *Wolffs* Neuauflagen geht die Rede von der Gewere in der sachenrechtlichen Literatur offenbar wieder verloren, und Publizität steht nur noch in Zusammenhang mit Besitz und Grundbuch.⁴⁰ Die inhaltliche Verknüpfung von Gewere und Publizität bleibt indes erhalten; und die Publizität bildet sich als Sachenrechtsprinzip heraus. Etwa *Heck* nennt in seinem Grundriß des Sachenrechts die „Sichtbarkeit der Rechtsverhältnisse“ neben dem Typenzwang als eines von zwei Prinzipien, die die Privatautonomie einschränkten. Von der Gewere spricht er dort aber nicht, und auch weder *Gierkes* noch *Wolffs* Sachenrecht führt er als Quelle⁴¹ an:

„Zweitens wird die Sichtbarkeit der Rechtsverhältnisse dadurch erstrebt, daß die Wirkung einer rechtsgeschäftlichen Aenderung von dem Gebrauche eines Rechtszeichens abhängig gemacht wird (Publizitätsprinzip). Dieses Erfordernis ist bei den Rechten an Grundstücken folgerichtig durchgeführt (Notwendigkeit der Buchung, Eintragungszwang). Auch bei den Rechten an beweglichen Sachen geht das Gesetz von diesem Gedanken aus, wenn auch weit-

³⁶ *Wolff*, Sachenrecht, 1910, § 4 II 4, S. 14; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 4 II 4, S. 23.

³⁷ *Wolff*, Sachenrecht, 1910, § 4 II 4, S. 15; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 4 II 4, S. 23.

³⁸ *Wolff*, Sachenrecht, 8. Aufl. 1929, § 2 I 2, S. 4; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 2 II 2, S. 10.

³⁹ S. sogleich bei Fn. 43.

⁴⁰ Im Historisch-kritischen Kommentar zum BGB, wo sich Untersuchungen hierzu finden sollten, ist der Band VI zum Sachenrecht derzeit geplant für 2025, <https://www.hkk.uni-bonn.de/projekt> (Stand: 21.12.2023).

⁴¹ Gleichwohl schrieb *Heck* sein Werk in Kenntnis der beiden Werke, erscheinen diese doch auf S. XV im Abkürzungsverzeichnis.

gehende Ausnahmen zugelassen sind (Notwendigkeit der Besitzänderung, Traditionsprinzip).“⁴²

Den vorläufigen Abschluss ihrer Entwicklung findet die sachenrechtliche Publizität schließlich in *Fritz Baur*s Sachenrechtslehrbuch. Darin stellt er die Publizität zunächst als einen von fünf Sachenrechtsgrundsätzen vor.⁴³ Anschließend erklärt er das Publizitätsprinzip anhand der drei Funktionen des Besitzes bzw. des Grundbuchs: der Übertragungswirkung, der Vermutungswirkung und der Gutglaubenswirkung.⁴⁴ Diese hatte, wie gesehen, *Wolff* bereits dargelegt⁴⁵, allerdings weder gemeinsam noch an zentraler Stelle.

Dass *Baur* gerade diese drei Wirkungen zu denen der Publizität erkoren hat, liegt möglicherweise nicht nur an *Wolff*s Vorbild, wo die Parallelität bereits erscheint, sondern auch daran, dass allein sie sowohl dem Grundbucheintrag als auch dem Besitz gemeinsam sind und sich damit als Teil eines allgemeingültigen Sachenrechtsprinzips darstellen lassen. Bei *Gierke* nämlich lassen sich für den Besitz noch einige Wirkungen mehr finden: Neben dem Besitzschutz nennt er eine Reihe von Schutzwirkungen für das materielle Recht sowie die Wirkungen des Besitzes betreffend Rechtsübertragung, Ersitzung und noch weitere Wirkungen, z.B. Fruchterwerb und Gefahrtragung.⁴⁶ Zu den Schutzwirkungen für das materielle Recht zählt er die Vermutungswirkung des Fahrnisbesitzes, den Besitz als dinglich wirksames Verteidigungsmittel bei Rechtsübertragung mittels Abtretung (§ 986 Abs. 2 BGB), die Klage aus früherem Besitz; bei der Rechtsübertragung führt *Gierke* den Besitz als Rechtsübertragungsmittel und als Legitimationsmittel (für den gutgläubigen Erwerb) an. Drei dieser insgesamt neun Besitzwirkungen kategorisiert *Baur* nun als Ausdruck von Publizität. Dass er etwa die Ersitzung von den Publizitätswirkungen

⁴² *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 1 10. b), S. 5. Ähnlich, aber insoweit oberflächlicher *Fuchs*, Grundbegriffe des Sachenrechts, 1917, § 20 A I 2, S. 150: „Der Grundsatz der Erkennbarkeit (Publizitätsprinzip). [...] Im Fahrnisrecht wird die Erkennbarkeit grundsätzlich dadurch geschaffen, dass zum Erwerbe des Eigentums, Nießbrauchs, Pfandrechts Übergabe gefordert wird. (§§ 929, 1032, 1205.) Im Liegenschaftsverkehr wird die Publizität durch das Grundbuchsystem gewahrt. (§ 891 ff.) In voller Strenge lässt sich das Erkennbarkeitsprinzip nicht durchführen.“

⁴³ *F. Baur*, Sachenrecht, 1960, § 4 S. 23: beschränkte Zahl (später: Typizität), Absolutheit, Publizität, Spezialität, Abstraktheit. In späteren Auflagen kommt als sechster Grundsatz die Übertragbarkeit hinzu.

⁴⁴ *F. Baur*, Sachenrecht, 1960, § 4 S. 23–27; unverändert bis in die neueste Auflage: *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, Rn. 9–16. Näher zur Kritik hieran s.u. Kapitel 2 D.I.

⁴⁵ Dass *Baur* die Ideen *Wolff*s Werk entnommen und verbessert geordnet hat, kann man nur mutmaßen: Denn zwar nennt *Baur* an dieser Stelle *Wolff* nicht als Quelle, führt das Lehrbuch von *Wolff/Raiser* jedoch im Abkürzungsverzeichnis, S. LXX. An anderer Stelle waren die Ideen so nicht zu finden.

⁴⁶ *Gierke*, Sachenrecht, 1905, 257–266.

ausnimmt,⁴⁷ ergibt sich womöglich daraus, dass ihr keine Rechtsfigur im Liegenschaftsrecht entspricht⁴⁸ – seine allgemeingültige Systematisierung für beide Kategorien des Sachenrechts wäre so wesentlich komplexer geworden, weil *Baur* die andere Handhabung im Liegenschaftsrecht hätte erklären müssen.

Die Entwicklung hin zum von *Baur* geformten Begriff der Publizitätswirkungen zeigt, dass dieser als Schnittmenge der Wirkungen von Grundbucheintrag und Besitz zu verstehen ist und nicht bloß streng am Wortlaut als „Öffentlichkeitswirkungen“. Das wiederum mildert die Kritik an den in der Wissenschaft anerkannten Publizitätswirkungen.⁴⁹

Zwar verfeinert die Strukturierung der gemeinsamen Besitz- und Grundbuchwirkungen als Publizitätswirkungen die Dogmatik. Gleichwohl entbehrt sie noch eines eigenen Gehalts für den Publizitätsbegriff. Daher stehen im Folgenden eine Auseinandersetzung mit den Wörtern Publizität und Publizitätsprinzip sowie der Versuch, sie voneinander abzugrenzen.

II. „Publizität“

Im Abschnitt über die Entwicklung des Publizitätsbegriffs⁵⁰ haben wir gesehen, dass nicht im Zentrum der Diskussion stand, die Wortbedeutung der Publizität herauszuschälen. Stattdessen ging es darum, zunächst die Wirkungen der Gewere aus dem in der Literatur ausgemachten germanischen Recht in die Dogmatik des BGB zu übertragen (*Gierke, Wolff*), und später, diese weiter zu strukturieren (*Baur*). Inwieweit unter Publizität (noch) etwas anderes zu verstehen ist als die Zusammenfassung der Besitz- und Grundbuchwirkungen, ist dort nicht erörtert.

Dieser Abschnitt nähert sich dem Begriff der Publizität von der Wortbedeutung her; seinen Mittelpunkt bildet die Frage, wie weitgehend sachenrechtliche Zustände kenntlich gemacht sein müssen, um von Publizität zu sprechen.

I. Allgemeinsprachliche Definition

Allgemeinsprachlich bedeutet das Wort Publizität „Öffentlichkeit“. Das Duden Herkunftswörterbuch beispielsweise schreibt unter Publizität:

„Das seit dem 18. Jh. gebräuchliche Publizität ‚allgemeines Bekanntsein, Öffentlichkeit‘ ist nach gleichbedeutend frz. *publicité* (zu frz. *public*) gebildet. Daraus entlehnt ist engl. *publi-*

⁴⁷ Zur Ordnung zu den Publizitätswirkungen s.u. Kapitel 2 D.I.2.

⁴⁸ Im Liegenschaftsrecht setzt die Ersitzung gemäß § 900 Abs. 1 S. 1 BGB bekanntlich Eintragung *und* Besitz des Grundstücks voraus, nicht aber öffentlichen Glauben, s. etwa BGH, Urteil v. 26.01.1994 – IV ZR 19/93, NJW 1994, 1152, juris-Rn. 8 m.w.N.

⁴⁹ Dazu s.u. Kapitel 2 D.I.

⁵⁰ S. soeben Kapitel 2 A.I.3.

city ‚Bekanntsein in der Öffentlichkeit; Öffentlichkeitsarbeit‘, aus dem im 20. Jahrhundert *Publicity* ins Deutsche übernommen wurde.“⁵¹

Unter dem Wort *publik* wiederum findet sich dieses:

„öffentlich, offenkundig, allgemein bekannt‘: Das Adjektiv wurde im 17. Jahrhundert aus gleichbed. frz. *public* entlehnt, das auf lat. *publicus* ‚öffentlich; staatlich; allgemein‘ zurückgeht.“⁵²

Die allgemeinsprachliche Bedeutung neigt sich gerade von ihrem lateinischen Wortursprung her der weiteren (staatlichen) Öffentlichkeit zu. Auf bloße Erkennbarkeit, die enger ist und nur konkrete Sichtbarkeit verlangt, lässt Publizität sich von der allgemeinen Wortbedeutung her nicht beschränken. Mit Blick auf den Besitz als anerkannten *Publizitätsträger* muss man schon hier daran zweifeln, dass die juristische Wortbedeutung sich der allgemeinen fügen kann.

2. Juristische Definitionen

Zwar geht das neuere juristische Schrifttum stärker vom Begriff der Publizität aus als noch die Quellen, bei denen die Gewere eine maßgebende Rolle spielte. Allerdings fehlt auch hier bislang ersichtlich eine Definition sachenrechtlicher Publizität.

Immerhin hat *Quantz* eine allgemeine Definition rechtlicher Publizität gewagt, und zwar als „die Verknüpfung von unsichtbaren rechtlichen Verhältnissen und wahrnehmbaren Tatsachen.“⁵³ Näher beschreibt er damit die Art, auf die (Sachen-)Rechte kenntlich gemacht werden, nämlich durch Zeichen. Gerade nicht behandelt er aber die Frage, die hier im Mittelpunkt stehen soll, nämlich wie weit diese Kenntlichmachung gehen soll.

Das Rechtswörterbuch schweigt zwar zu „Publizität“. Unter dem Stichwort *Sachenrecht* definiert es jedoch das Publizitätsprinzip:

„*Publizitätsprinzip* (die dingliche Rechtslage soll möglichst offenkundig sein, bei beweglichen Sachen durch den Besitz, bei unbeweglichen Sachen durch Eintragung im Grundbuch).“⁵⁴

Das Rechtswörterbuch besagt also, „Publizitätsprinzip“ bezeichne die Forderung, dass die dingliche Rechtslage möglichst gut kenntlich sein solle, und nennt jeweils das Publizitätsmittel für das Liegenschafts- bzw. das Fahrnisrecht.⁵⁵

⁵¹ Duden, Das Herkunftswörterbuch, 5. Aufl. 2014, 637.

⁵² Duden, Das Herkunftswörterbuch, 5. Aufl. 2014, 637.

⁵³ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 25; unter Bezug darauf auch *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 366.

⁵⁴ *Fuchs*, in: Rechtswörterbuch 2023, „Sachenrecht“; inhaltlich übereinstimmend: *Heinze*, in: Staudinger BGB 2018, Einl zum SachenR, Rn. 56.

⁵⁵ Ebenso *Volmer*, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, 2018, 33 unter Berufung auf eine Reihe von Fundstellen, die sich derart nicht äußern.

Wie widersprüchlich Publizität erscheinen kann, wenn sie weit verstanden wird, zeigen die Ausführungen von *Einsele*:

„[...] bedeutet Offenkundigkeit daher die gegenüber der Allgemeinheit erforderliche Erkennbarkeit der sachenrechtlichen Zuordnung eines Gegenstandes. Dem sachenrechtlichen Offenkundigkeitsgrundsatz wird somit durch einen tatsächlichen, nach außen grundsätzlich sichtbar werdenden Vorgang Genüge getan [...]“⁵⁶

Sie fordert zwar Erkennbarkeit gegenüber der Allgemeinheit (also: Öffentlichkeit), will dafür aber zugleich ein Geschehnis genügen lassen, das grundsätzlich sichtbar (also: nicht einmal immer(?) erkennbar) ist. Kürzer und insgesamt unscharf fasst *Martinek* das Publizitätsprinzip als „Prinzip der Ersichtlichkeit und Kundbarmachung (Publizität)“.⁵⁷ Auch *Oechsler* hält Publizität und Kundbarmachung unter Berufung auf einen Abschnitt der Motive über das Traditionsprinzip⁵⁸ für gleichbedeutend.⁵⁹ *Füller* beschreibt den Sinn des Publizitätsprinzips unter Berufung auf eine andere Stelle der Motive⁶⁰ als einen Schluss vom Sein auf das Sollen.⁶¹ Eine sinnlich wahrnehmbare Tatsache solle für ein Recht sprechen; kurz gesagt gehe es um einen Rechtsschein, der von einem bestimmten Rechtsscheinträger ausgehe. *Von Wilmsky* setzt ausgehend vom Recht der Kreditsicherheiten an und spricht in Bezug auf Publizität schlicht von der „Offenlegung dinglicher Rechtsverhältnisse“⁶². Schließlich nimmt *Walz* den Blick der ökonomischen Analyse des Rechts ein und schreibt über sachenrechtliche Publizität, sie bedeute „Offenlegung der transaktionsrelevan-

⁵⁶ *Einsele*, JZ 45 (1990), 1005, 1006.

⁵⁷ *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 578.

⁵⁸ Motive III, 333: „Wie im Immobilienrechte das Eintragungsprinzip der Richtigerhaltung des Grundbuches und damit der Kundbarmachung des zeitigen Rechtsbestandes dient, so dient im Mobilenrechte das Traditionsprinzip ähnlichen Zwecken, indem es ein Auseinanderfallen von Besitz und Eigenthum thunlichst verhütet und in einer, wenn auch dem Grundbuche gegenüber unvollkommenen, aber doch immer von großem praktischen Werthe bleibenden Weise zur Kundbarmachung des zeitigen Rechtszustandes beiträgt.“

⁵⁹ *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 932 BGB, Rn. 5.

⁶⁰ Motive III, 801, die das aber nicht so nicht hergeben, sondern nur die Erkennbarkeit von Pfandrechte und Nießbrauch ohne unmittelbaren Besitz des Begünstigten abgrenzen: „Wenn das Pfand in der Inhabung des Verpfänders verbleibt, so tritt einerseits das dem Rechtsverhältnisse entsprechende thatsächliche Verhältniß äußerlich weit weniger deutlich hervor als in dem gleichen Falle bei dem Nießbrauche, in welchem regelmäßig der behaltende Eigenthümer einen die Nutzungen darstellenden Entgelt [sic!] für die Belastung gewährt, und andererseits ist die mit der Zulassung des const. poss. verknüpfte Unersichtlichkeit des Rechtsverhältnisses gerade bei dem Pfandrechte mit besonderen Gefahren verbunden, indem das const. poss. vielfach benutzt werden würde, um geheime, die Sicherheit des Verkehrs, namentlich auf den Fall des Konkurses hin, beeinträchtigende Pfandrechte zu schaffen.“

⁶¹ *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?*, 2006, 247 f.

⁶² *von Wilmsky*, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, 1996, 153.

ten Informationen zwecks Senkung der Transaktionskosten, der negativen Externalitäten und der Streitbewältigungskosten.“⁶³

Von Klarheit darüber, was genau Publizität sei, kann mithin in der Zusammenschau der Literaturquellen keine Rede sein. Einigkeit besteht nur dahingehend, dass irgendein tatsächliches Geschehen sachenrechtliche Zustände irgendwie nach außen kenntlich machen solle, also über die Existenz der von *Quantz* beschriebenen Zeichenfunktion.

3. Juristischer Gebrauch

Neben den Definitionen ist auch der Gebrauch des Begriffs Publizität im juristischen Schrifttum weitgehend unscharf. Vielfach kann Publizität etwa mit „Öffentlichkeit“, „Veröffentlichung“ oder auch „Erkennbarkeit“ übersetzt werden.⁶⁴ Andernorts jedoch steht Publizität klar für „Erkennbarkeit“; öfter heißt es so im Zusammenhang mit dem Besitz, insbesondere der Besitzdienerschaft, als bei der Eigentumsübertragung.⁶⁵ *Heck* spricht von Sichtbarkeit durch Nutzung eines Rechtszeichens,⁶⁶ *Wolff* von Offenkundigkeit,⁶⁷ *Gierke* von Publizität als Offensichtlichkeit.⁶⁸ Auch die Motive⁶⁹ und Protokolle⁷⁰ handeln von der Erkennbarkeit sachenrechtlicher Zustände. Soweit „Öffentlichkeit“ dort eine Rolle spielt, geht es um öffentliche Bücher oder den öffentlichen Glauben des Grundbuchs.⁷¹ An den meisten Stellen stehen die Begriffe für sich, und sie sind auch nicht in einen Zusammenhang mit „Publizität“ ge-

⁶³ *Walz*, KritV 73 (1990), 374, 385.

⁶⁴ Z.B. *Kieninger*, AcP 208 (2008), 182, passim; *Lohsse*, AcP 206 (2006), 527, 552; *Lutter*, AcP 164 (1964), 122, 134; *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, passim; *Stiß*, in: FS Wolff 1952, 141, passim; *Wiegand*, in: Canaris/Heldrich (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof: Festgabe aus der Wissenschaft: Bürgerliches Recht, 2000, 753, 766; *Meyer-Cording*, NJW 1979, 2126, passim; *Klinck*, in: BeckOGK BGB 01.12.2023, § 930 BGB, Rn. 28.

⁶⁵ *Hromadka*, JuS 1980, 89; *Götz*, in: BeckOGK BGB 01.10.2023, § 855 BGB, Rn. 17; *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 855 BGB, Rn. 10; *Stadler*, in: Soergel BGB 2002, § 855 BGB, Rn. 4; *Fuchs*, Grundbegriffe des Sachenrechts, 1917, § 20 A I 2, S. 150.

⁶⁶ *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 1 10 b, allerdings verweist er dabei auf das Publizitätsprinzip; *Säcker*, in: FS Boguslavskij 2004, 805, 808 spricht über Publizität als Sichtbarkeit nach außen hin.

⁶⁷ *Wolff*, Sachenrecht, 1910, § 4 II 4, S. 8 f.; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 4 II 4, S. 23; ebenso *Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 33; ebenso *Säcker*, in: FS Boguslavskij 2004, 805, 808.

⁶⁸ *Gierke*, Sachenrecht, 1905, 190.

⁶⁹ Motive III, 16, 18 f., 35, 161 f., 640, 748 zu Grundstücken und dem Grundbuch.

⁷⁰ Protokolle III, 3681 zum constitutum possessorium; 3876, 3879 zum Grundbuch; 3919 zum Besitzschutz; 4163, 4167–70, 8603, 4254 f., 4258 zum Pfandrecht.

⁷¹ Motive III, 7, 136–138, 151–270 passim, 306 f., 309, 600–756 passim; Protokolle III, 3295–3450 passim, 8531, 8530, 4004, 8567, 4298–4310 passim, 8613 f., 4539–41, 4650, 4653, 4663.

stellt; z.B. beim Pfandrecht ist ausschließlich von Erkennbarkeit die Rede.⁷² Zweimal jedoch finden sich „Öffentlichkeit“ und „Erkennbarkeit“ in engem Zusammenhang,⁷³ einmal kommt sogar das „Publizitätsprinzip“ nach dem engen Verständnis der Materialien (Erwerb kraft öffentlichen Glaubens) hinzu.⁷⁴ Zwar bestanden also damals schon Ansätze zur Unschärfe; der Grad an (potentieller) Vermischung der beiden Begriffe „öffentlich“ und „erkennbar“, wie ihn die neuere Literatur bietet, ist jedoch in jenen Quellen bei weitem noch nicht auszumachen.

Die Schwierigkeit an der sprachlichen Unschärfe liegt darin begründet, dass „öffentlich“ und „erkennbar“ gerade nicht gleichbedeutend sind.⁷⁵ Öffentlichkeit geht weiter als Erkennbarkeit: Was erkennbar und daher bloß sichtbar ist, ist infolgedessen noch nicht allgemein bekannt und damit öffentlich. Wer mit dem Wort Publizität – allgemeinsprachlich korrekt – „allgemeine Bekanntheit“ meint, muss wesentlich höhere Anforderungen an die Reichweite der Kenntlichmachung stellen, als wer unter „Publizität“ – von der Grundbedeutung des Wortes her falsch – nur „Sichtbarkeit“ versteht. Schließlich ist Publizität als Öffentlichkeit ohne öffentliches Register⁷⁶ oder andere Veröffentlichungen, beispielsweise durch öffentliches Aufgebot (§ 433 FamFG)⁷⁷, kaum zu erreichen.

Wir haben bereits gesehen, dass der Publizitätsgedanke auf die Gewere zurückgeführt wird.⁷⁸ Es liegt nahe, dass zumindest zu den Anfängen der Gewere Publizität auch im Sinne von Öffentlichkeit zu verstehen war, wo doch z.B. das Gerüfte (der Hilferuf bei Diebstahl oder Raub) jedermann im Dorf wenigstens mittelbar zu Ohren gekommen sein wird. Für das städtische Mittelalter ist diese Reichweite fraglich; schließlich verhinderte doch die schiere Größe der Städte, dass das Gerüfte bis zu allen Einwohnern durchdrang.

Bezüglich der Entwicklung hin zum geltenden Recht ist zwischen Liegenschafts- und Fahrnisrecht zu trennen: Im Liegenschaftsrecht standen die Hypotheken- und Grundbücher bereits in Verbindung mit Publizität.⁷⁹ In manchen

⁷² S.o. Fn. 70.

⁷³ Motive III, 16, 161.

⁷⁴ Motive III, 18 in der engen Bedeutung der Materialien, s.o. Kapitel 2 A.I.2.

⁷⁵ Duden, Das Synonymwörterbuch, 5. Aufl. 2012: Zwischen „erkennbar“ einerseits und „publik machen“, „publik werden“ und „öffentlich“ andererseits gibt es keine Überschneidung sinnverwandter Wörter; ebenso nicht bei *J. Grimm/D. Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Online-Ausg., 1785–1863 zwischen „erkennen“ und „öffentlich“.

⁷⁶ § 9 Abs. 1 S. 1 HGB gestattet jedem zu Informationszwecken die Einsichtnahme ins Handelsregister sowie in die zum Handelsregister eingereichten Dokumente.

⁷⁷ Und auch dieses bleibt oft nur Fiktion, weil seine Mitteilungskanäle nicht ausreichen.

⁷⁸ S.o. Kapitel 2 A.I.1.

⁷⁹ Z.B. *Exner*, Das Publizitätsprinzip, 1870 über das Hypothekenrecht; eine Analyse der deutschen Partikular- und anderer Rechte bietet *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 182–187; knapper Motive III, 16–21.

Partikularstaaten waren die Bücher derart öffentlich, dass jeder voraussetzungslos Einsicht nehmen konnte; in der Mehrheit musste man ein rechtliches Interesse geltend machen.⁸⁰ Die Frage, wie weit die Einsichtnahme reichen sollte, befand *Johow* nicht für wichtig. Denn praktische Argumente hierzu konnte auf dem dritten deutschen Juristentag niemand vorbringen. Er überließ die Frage daher der Grundbuchordnung.⁸¹ Die GBO schloss sich der Mehrheit der Partikularstaaten an: Seit seiner ersten Fassung von 1897 gestattet § 12 Abs. 1 S. 1 GBO (§ 11 Abs. 1 S. 1 GBO a.F.⁸²) all denjenigen Einsicht ins Grundbuch, die ein berechtigtes Interesse darlegen. Das spricht für weitgehende Erkennbarkeit, nicht aber für Öffentlichkeit. Die Einschränkung ließe sich mit dem Gedanken erhärten, dass die Interessen der Marktteilnehmer darüber entscheiden sollten, wer von der Publizität profitiert; bloße Neugier rechtfertige nicht den Aufwand, die dinglichen Rechtsverhältnisse wem auch immer zu offenbaren. Gleichwohl bleibt dieses Argument ein theoretisches, konnte doch auf dem Juristentag 1862 niemand praktische Bedenken vorbringen – zu einer Zeit, wo allgemein zugängliche Bücher in einigen Partikularstaaten existierten. Schließlich sind die wesentlichen Kosten für die heutigen digitalisierten Grundbücher fix, sodass das Aufwandsargument gegen Neugier wegfällt.⁸³ Sollen sachenrechtliche Zustände allerdings nicht allgemein bekannt sein, fragt sich, welche Marktteilnehmer ein ausreichendes Interesse daran haben, sie zu erkennen.⁸⁴

Was das Fahrnisrecht angeht, so drückte die Gewere wohl schon im Mittelalter nicht mehr Öffentlichkeit aus. Zwar ging zwischenzeitlich die Funktion des Besitzes als nach außen sichtbares Element überhaupt verloren. Allerdings fand Öffentlichkeit später zurück in die Dogmatik des BGB, wenn auch die fehlende Strahlkraft des Besitzes sie davon abhielt, über Erkennbarkeit hinauszugehen.

4. Zwischenergebnis: Publizität als Erkennbarkeit

Im Zentrum stand die Frage, welche Anforderungen Publizität an den Grad der Kenntlichmachung stellt. Allgemeinsprachlich bedeutet Publizität „Öffentlichkeit“. Das heißt, dass etwas allgemein bekannt ist. Die wenigen vorhandenen juristischen Definitionen allerdings beziehen keine oder uneindeutig Stellung

⁸⁰ Im Einzelnen *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 222–224.

⁸¹ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 225.

⁸² Deutsches RGBl. Band 1897, Nr. 15, vom 24.03.1897, S. 139–157, bekanntgemacht am 03.04.1897.

⁸³ Als neues Argument hiergegen steht aber der Datenschutz, im Besonderen die Profilerstellung.

⁸⁴ Hierzu s.u. Kapitel 2 D.III.

zur Frage, wie weit eine Kenntlichmachung reichen muss, um publik zu sein. Auch im übrigen Gebrauch in der juristischen Literatur ist die allgemeinsprachliche Bedeutung des Worts Publizität nicht recht klar. In Zusammenhang mit dem Besitz gibt es jedoch die Neigung, Erkennbarkeit und damit Sichtbarkeit ausreichen zu lassen. Diese Position beziehen auch die Materialien zum BGB und ihre Ausführungen zum Fahrnisrecht, wo der Begriff der Publizität noch wenig auftaucht: Dort geht es fast ausschließlich um Erkennbarkeit.⁸⁵ Im Liegenschaftsrecht ist das Grundbuch seit jeher ohnehin nicht öffentlich im Sinne von allgemein bekannt, sondern gewährt Einsicht stets nur demjenigen mit berechtigtem Interesse, § 12 Abs. 1 S. 1 GBO. Vieles spricht daher dafür, „Erkennbarkeit“ zu verstehen, wenn im Sachenrecht die Rede von „Publizität“ ist. Noch nicht geklärt ist damit freilich, wie viel oder wenig Kenntlichmachung nötig ist, um von Erkennbarkeit sprechen zu können;⁸⁶ klar bleibt dabei jedoch, dass das Grundbuch viel größere Erkennbarkeit bietet, als es der Besitz je könnte.

III. „Publizitätsprinzip“

Dieser Abschnitt fragt, inwieweit das Publizitätsprinzip als Rechtsprinzip einzuordnen ist. Wie eben gesehen, ist in der sachenrechtlichen Literatur zwar vielfach die Rede vom Publizitätsprinzip. Ersichtlich ist es aber fast nirgends definiert, insbesondere wird nicht zwischen Publizität und Publizitätsprinzip abgegrenzt.⁸⁷ Um den Begriff des Publizitätsprinzips daher einzuordnen und um aus ihm Erkenntnisse zu gewinnen, ist zu klären, welche Bedeutung die Worte „Prinzip“ und „Publizität“ zusammen ergeben. Allgemeinsprachlich ist die Rede vom Prinzip kaum erhellend, weil dem Wort so viele Bedeutungen zukommen, z.B. Ursprung, Grundregel, Richtschnur oder zugrundeliegende Gesetzmäßigkeit.⁸⁸ Daher bedarf es spezifisch juristischer Ansätze. Diese führen über eine rechtstheoretische Betrachtung des Worts „Prinzip“ zu einer Einordnung des Publizitätsprinzips in die vorgestellten Konzeptionen der Rechtsprinzipien.

⁸⁵ S.o. Fn. 70.

⁸⁶ S. dazu u. Kapitel 2 D.II.1.

⁸⁷ So auch bislang nicht in dieser Arbeit.

⁸⁸ *J. Grimm/D. Grimm*, Deutsches Wörterbuch, Online-Ausg., 1785–1863, Bd. 13, Sp. 2129–31 machen mindestens drei Bedeutungsgruppen aus: „PRINCIP, prinzip, n., plur. principien, im 18. jahrh. entlehnt aus franz. principe mit dem geschlecht des lat. principium (anfang, ursprung, grund wovon), grundursache, grundregel, -satz, grundwesen (vgl. principal 2, c) [...]“. Klarer gegliedert bei Duden, Fremdwörterbuch, 10. Aufl. 2010, 847: „Prinzip [...]: a) Regel, Richtschnur; b) Grundlage, Grundsatz; c) Gesetzmäßigkeit, Idee, die einer Sache zugrunde liegt, nach der etwas wirkt; Schema, nach dem etwas aufgebaut ist.“

1. Rechtsprinzipien bei Esser und Alexy

Rechtstheoretisch haben sich vor allem *Esser* und *Alexy* mit der Bedeutung von Prinzipien auseinandergesetzt.⁸⁹ Sie nehmen den Begriff des Prinzips aus einer jeweils anderen Sicht in Angriff. Während bei *Esser* die strukturierende Funktion in der Rechtsordnung eine wesentliche Rolle spielt, gebraucht *Alexy* das Wort „Optimierungsgebot“, um zu beschreiben, dass Prinzipien möglichst weitgehend erfüllt werden sollten, aber nicht unbedingt immer erfüllt werden müssen, wenn sie mit anderen Prinzipien kollidieren.⁹⁰ *Alexy* beschreibt Prinzipien als Optimierungsgebote im Unterschied zu Regeln, die entweder erfüllt werden können oder nicht:

„Der für die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien entscheidende Punkt ist, daß *Prinzipien* Normen sind, die gebieten, daß etwas in einem relativ auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten möglichst hohen Maße realisiert wird. Prinzipien sind demnach *Optimierungsgebote*, die dadurch charakterisiert sind, daß sie in unterschiedlichen Graden erfüllt werden können und daß das gebotene Maß ihrer Erfüllung nicht nur von den tatsächlichen, sondern auch von den rechtlichen Möglichkeiten abhängt.“⁹¹

Esser wiederum stellt eine ganze Reihe von Einordnungen für Prinzipien auf.⁹² Zwei davon erscheinen tauglich, um das Publizitätsprinzip zu beschreiben. Zunächst unterscheidet er drei Arten von Prinzipien:

„Axiomatische Prinzipien im neuzeitlich-konstruktiven Sinne, Problemprinzipien oder Grundgedanken im rhetorischen Sinne und dogmatische Prinzipien. [...] Ein axiomatisches Prinzip unseres Zivilrechts wäre z. B. die Vertragsfreiheit oder auch die Relativität schuldrechtlicher Bindung, ein rhetorisches der ‚Bereicherungsgedanke‘ oder auch das sog. ‚Vertrauensprinzip‘ im Rechtsverkehr, dogmatische (eigentlich: dogmatisierte) Prinzipien wären z. B. das Prinzip der Abstraktheit des Erfüllungsgeschäfts oder das Prinzip der Akzessorietät von Sicherheiten.“⁹³

Später geht *Esser* auf eine andere Art der Kategorisierung ein, zu der die sogenannten Arbeitsprinzipien gehören:

„Als dritte Gruppe dieser Reihe können wir die heuristischen Arbeitsprinzipien, darunter auch die Prinzipien der wissenschaftlichen oder auch der judiziellen Systembildung, bezeichnen. Hier handelt es sich darum, in einer Vielheit von Rechtsfiguren jene übergeordnete

⁸⁹ Hinzu kommt z.B. auch *Dworkin*, *Taking Rights Seriously*, Bloomsbury ed. 2013, der außen vor bleibt, weil er, soweit relevant, bereits vollständig von *Alexy* verarbeitet wurde; weiter nennt *Alexy*, *Rechtstheorie* (Beiheft) 1979, 59, 66 eine Reihe von Autoren, die hier ebenfalls außer Betracht bleiben.

⁹⁰ In Abgrenzung zu Regeln geht es ihm darum, dass keine zwingende allgemeine Vorrangregelung besteht wie z.B. Art. 31 GG, Bundesrecht bricht Landesrecht, *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, stw-Ausg. 1994, 77–87.

⁹¹ *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, stw-Ausg. 1994, 75 f.

⁹² Zusammengefasst bei *Alexy*, *Rechtstheorie* (Beiheft) 1979, 59, 66.

⁹³ *Esser*, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956, 47 f.

ten Kriterien zu finden, die eine einheitliche Rechtsanwendung und stetige Verfeinerung erlauben. Im axiomatischen Denken geschieht dies durch die Suche nach dogmatischen Prinzipien und Grundfiguren, auf welche die einzelnen Erscheinungen ‚zurückgeführt‘ werden können.“⁹⁴

Sogleich ist daher zu prüfen, ob das bestehende Verständnis des Publizitätsprinzips als Optimierungsgebot und ob es (auch) als Prinzip im Sinne *Essers* einzuordnen ist.

2. Das Publizitätsprinzip im Rechtswörterbuch

Untersuchungsobjekt ist die im Rechtswörterbuch vorgestellte Definition des Publizitätsprinzips, nämlich dass die dingliche Rechtslage möglichst offenkundig sein soll.⁹⁵ Sie gibt am ehesten den Literaturkonsens über den Inhalt des Publizitätsprinzips bzw. der Publizität wieder. Was die Motive hingegen „Prinzip“ nennen,⁹⁶ ist weniger als der Inhalt einer einzelnen Rechtsvorschrift. Weder unterstützt dieses „Prinzip“ im Sinne von *Esser* die Systembildung, indem es eine einheitliche Rechtsanwendung ermöglicht, noch geht damit im Sinne *Alexys* ein Optimierungsgebot einher. Die Bezeichnung „Prinzip“ für diese bloße Regel ist von beiden Blickpunkten her irreführend.⁹⁷ Es verdient daher hier keine nähere Betrachtung.

a) Einordnung nach Alexy: Das Publizitätsprinzip als Optimierungsgebot

Zunächst ist die Definition „möglichst große Erkennbarkeit“ in *Alexys* Abgrenzung zwischen Regeln und Prinzipien einzuordnen. *Alexy* beschreibt eine Regel als ein definitives Gebot, das entweder wirke oder das ausnahmsweise nicht wirke oder schlicht ungültig sei, weil eine andere Regel immer vorgehe.⁹⁸ Ein Prinzip hingegen sei ein Optimierungsgebot und daher nur als sogenanntes *prima facie*-Gebot zu verstehen: Bei entsprechenden gegenläufigen Gründen könne es beiseitegeschoben werden. Zwar seien Prinzipien regelmäßig abstrakter als Regeln; dass eine Norm besonders abstrakt gefasst sei, mache sie aber noch nicht zum Prinzip.⁹⁹ Während also die Ausnahme bei Regelkonflikten derart wirke, dass sie für eine Reihe von Fällen den Anwendungsbereich der ganzen Regel einschränke, werde bei der Prinzipienkollision eine sogenannte

⁹⁴ *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, 91.

⁹⁵ S.o. Kapitel 2 A.II.2 bei Fn. 54.

⁹⁶ S.o. Kapitel 2 A.I.2 bei Fn. 29 und 30.

⁹⁷ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, stw-Ausg. 1994, 75–77 führt dazu unter anderem aus: „Demgegenüber [gegenüber Prinzipien] sind *Regeln* Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können.“

⁹⁸ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, stw-Ausg. 1994, 88; *ders.*, Rechtstheorie (Beiheft) 1979, 59, 72 f.

⁹⁹ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, stw-Ausg. 1994, 92 f.

„bedingte Vorrangrelation“ festgelegt.¹⁰⁰ Bedingte Vorrangrelation bedeutet, dass hier das eine Prinzip obsiegen kann und dort das andere, dass niemals aber das eine dem anderen in allen Fällen vorgeht.

Für die Einordnung des Publizitätsprinzips als Prinzip im Sinne *Alexys* stellen sich zwei Fragen: erstens, womit das Publizitätsprinzip kollidieren kann; zweitens, wie eine etwaige Kollision gelöst wird. Begrifflich am nächsten liegt zwar eine Kollision mit dem Geheimhaltungsprinzip;¹⁰¹ dieses kann z.B. in der fremdnützigen Treuhand Ausdruck finden. Da der Treuhand indes das für das Zivilrecht typische Regelgerüst fehlt, eignet sie sich weniger dafür, die typisch zivilrechtliche Prinzipienkollision zu erörtern.¹⁰²

Hier soll daher eine Kollision mit den Verkehrsinteressen¹⁰³ am zügigen und wirtschaftlich flexiblen Güterverkehr untersucht werden. Z.B. bei einem Mietverhältnis setzt das Verkehrsinteresse sich durch, indem die Übergabe der Mietsache an den Mieter nach § 535 Abs. 1 S. 1 BGB schlicht erlaubt ist, obwohl hierdurch die dingliche Rechtslage schwerer erkennbar wird.¹⁰⁴ Bei der Eigentumsübertragung hingegen kann das Interesse an einer möglichst gut erkennbaren dinglichen Rechtslage obsiegen, z.B. indem nach § 873 Abs. 1 bzw. § 929 S. 1 BGB die Eintragung oder Übergabe der Sache für den Rechtswechsel nötig ist. Dass es zu keiner Abwägung im Einzelfall kommt, ist unschädlich: Denn anders als beispielsweise das Verfassungsrecht hat das Zivilrecht ein hohes Effizienzbedürfnis. Daher kann unmöglich jede Prinzipienkollision über die Abwägung im Einzelfall gelöst werden, sondern es sind Lösungen über kodifizierte Fallgruppen nötig. Hierzu dient ein ausführliches Regelgerüst, das anhand begrifflich ausgerichteter Tatbestandsmerkmale¹⁰⁵ die meisten¹⁰⁶ Konflikte durch definitive Vorrangregeln löst. Nur weil das bürgerliche Recht aber regelbasierte Kollisionslösungen bereithält, werden die dahinterstehenden Prinzipien noch nicht zu Regeln.¹⁰⁷ Vielmehr ist die Einzelfallabwägung zwi-

¹⁰⁰ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, stw-Ausg. 1994, 81.

¹⁰¹ *Heinze*, in: Staudinger BGB 2018, Einl. zum SachenR, Rn. 137 spricht hier von einem „Streben nach Diskretion“.

¹⁰² *Einsele*, JZ 45 (1990), 1005, 1011 f. setzt sich mit dem Verhältnis von „Offenkundigkeitsprinzip“ und Treuhand auseinander und schließt, die Offenkundigkeit müsse gegenüber der Treuhand zurücktreten, wolle man diese als Rechtsfigur nicht begraben.

¹⁰³ Begrifflich ist zu beachten, dass sich auch hinter einem „Interesse“ ein Optimierungsgebot und damit Prinzip im Sinne *Alexys* verbergen kann.

¹⁰⁴ Näher s.u. Kapitel 4 D.III.

¹⁰⁵ Damit ist gemeint, dass die einzelnen Tatbestandsmerkmale einer Rechtsnorm vorwiegend anhand ihrer Bedeutung und weniger ihrer Güte ausgelegt werden – jedenfalls, soweit nicht eine Güte-Auslegung im Rahmen des Methodenkanons möglich ist.

¹⁰⁶ Ein nicht so gelöster Konflikt ist beispielsweise die Zulässigkeit der Treuhand, vgl. *Einsele*, JZ 45 (1990), 1005, 1010–1012.

¹⁰⁷ Auch nach *Alexy*, Theorie der Grundrechte, stw-Ausg. 1994, 91 können Prinzipien Gründe für Regeln sein, weshalb die Lösung von Prinzipienkollisionen durch Regeln nicht verhindert, dass es sich um Prinzipien handelt.

schen den Prinzipien für bestimmte Bereiche zugunsten des einen Prinzips, für andere Bereiche zugunsten des anderen gesetzlich vorweggenommen. Da das Publizitätsprinzip weder in sämtlichen Regeln zurücktritt noch in sämtlichen Regeln die Oberhand hat,¹⁰⁸ ist es Gegenstand bedingter Vorrangrelationen und damit als Prinzip im Sinne *Alexys* einzuordnen.

Fasst man das Publizitätsprinzip derart als Optimierungsgebot, das sich durchsetzen kann, aber nicht muss, so erscheint infolgedessen die Rede irreführend, das Publizitätsprinzip sei z.B. wegen der Übergabesurrogate „stark durchlöchert“. ¹⁰⁹ Denn es ist der Charakter jeden Prinzips, sich nur dort durchzusetzen, wo es die gegenüber konkurrierenden Prinzipien schwererwiegenden Gründe vorweisen kann. Lesen muss man stattdessen, dass das Publizitätsprinzip kein besonders starkes Prinzip ist, weil andere Prinzipien ihm gegenüber so oft die Oberhand haben.

b) Einordnung nach Esser: Das Publizitätsprinzip nur als Grundfigur des Liegenschaftsrechts

Essers erste Kategorisierung ist deshalb schwer fassbar, weil er seine Prinzipienkategorien nicht mittels Definitionen, sondern allein anhand von Beispielen unterscheidet. Deshalb gilt es, zuerst herauszufinden, wie die als axiomatischen, rhetorischen und dogmatischen Prinzipien aufgelisteten Beispiele sich voneinander unterscheiden. Keinen Unterschied liefert ein Blick auf die Formulierung des Publizitätsprinzips als „möglichst große Erkennbarkeit“, weil auch das Prinzip der Vertragsfreiheit (axiomatisch), das Vertrauens[schutz]prinzip (rhetorisch) oder das Prinzip der Abstraktheit des Erfüllungsgeschäfts (dogmatisch) sich wie alle anderen Beispiele fassen lassen als „möglichst viel von ...“. Begrifflich fällt eine Differenzierung ebenfalls schwer: Wie unterscheiden sich das als gültige Wahrheit anerkannte (axiomatische)¹¹⁰ und das einen Lehrsatz betreffende (dogmatische)¹¹¹ Prinzip laut *Esser* voneinander? Was ist ein den Regeln der Redekunst entsprechendes (rhetorisches)¹¹² Prinzip? Ein anderer Ansatz könnte daher sein, die Kategorien anhand des Stellenwerts in der Rechtsordnung zu unterscheiden, was jedoch weder die gewählten Begriffe erklärte noch einen Hinweis gäbe, wo das Publizitätsprinzip zu verorten ist. Um einen Hinweis für den Umgang mit dem Publizitätsprinzip zu gewinnen, ist diese Einteilung untauglich.

¹⁰⁸ Im ersten Fall wäre es eine ungültige Regel oder ein ungültiges Prinzip, im zweiten Fall eine bloße – übergeordnete – Regel, vgl. *Alexy*, *Theorie der Grundrechte*, stw-Ausg. 1994, 93 f.

¹⁰⁹ *Einsele*, JZ 45 (1990), 1005, 1007.

¹¹⁰ Duden, Fremdwörterbuch, 10. Aufl. 2010, 134, Axiom.

¹¹¹ Duden, Fremdwörterbuch, 10. Aufl. 2010, 263, Dogma.

¹¹² Duden, Fremdwörterbuch, 10. Aufl. 2010, 914, rhetorisch. Alternativ wird das Wort mit „phrasenhaft“ übersetzt.

Nützlicher für die hiesigen Zwecke hingegen ist *Essers* Darstellung der sogenannten Arbeitsprinzipien zur „wissenschaftlichen oder auch judiziellen Systembildung“. ¹¹³ Danach sind Prinzipien „Grundfiguren“, die übergeordnete Kriterien zu einzelnen Rechtsfiguren bieten. Zu dieser Definition verhält sich das Publizitätsprinzip, wobei „möglichst große Erkennbarkeit“ umzuformulieren ist etwa in „Grundfigur der Erkennbarkeit“: Im Liegenschaftsrecht deutet zwar § 873 Abs. 1 BGB mit seinen vier Varianten darauf hin, dass die Grundfigur gelte, eine wirksame Rechtsänderung bedürfe der Kenntlichmachung (hier durch Eintragung); dem wird nur begrenzt widersprochen, z.B. im Hypothekenrecht bei der Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld ohne Grundbuchänderung nach § 1177 Abs. 1 S. 1 BGB. Im Fahrnisrecht lässt sich schon angesichts der Gebrauchsüberlassungsverträge daran zweifeln und auch in Anbetracht des Gegensatzes zwischen Übergabe in § 929 S. 1 BGB einerseits und Vereinbarung statt Übergabe in § 930 BGB sowie Abtretung des Herausgabeanspruchs statt Übergabe in § 931 BGB andererseits. So betrachtet lässt sich die Erkennbarkeit als Grundfigur zwar des Liegenschaftsrechts, aber nur schwerlich des Fahrnisrechts einordnen, weil im zweiten Fall die Grundfigur kaum verlässlich gilt; die Rede von der Durchlöcherung ¹¹⁴ des Publizitätsprinzips ist gemäß *Essers* Kategorisierung also gerechtfertigt.

IV. Zusammenfassung und Versuch einer Abgrenzung der Begriffe

Zwar bedeutet „Publizität“ allgemeinsprachlich „Öffentlichkeit“ und damit allgemeine Bekanntheit. In dieser Form ist der sachenrechtliche Publizitätsbegriff aus Sicht der oben rezipierten Literatur um die Jahrhundertwende auch der öffentlichen, mittelalterlichen Gewere entsprungen. Im heutigen Recht jedoch ist das Grundbuch nur beschränkt einsehbar (§ 12 Abs. 1 S. 1 GBO), und auch die Strahlkraft des Besitzes reicht nicht über Sichtbarkeit hinaus. Daher muss sachenrechtliche Publizität heute „Erkennbarkeit“ in Form von Sichtbarkeit meinen, nicht „Öffentlichkeit“. Noch ungeklärt ist mit der Abgrenzung zwischen Öffentlichkeit und Erkennbarkeit indes, wie weit eine Kenntlichmachung gehen muss, um die Interessen der Beteiligten angemessen auszugleichen. ¹¹⁵

Die von *Baur* als Publizitätswirkungen strukturierten Vermutungs-, Übertragungs- und Gutglaubenswirkungen beschreiben Rechtsfolgen, die im Liegenschaftsrecht an den Grundbucheintrag und im Fahrnisrecht an den Besitz knüpfen und sich in beiden Teilen des Sachenrechts wiederfinden. Diese sogenannten Publizitätswirkungen sind damit aber noch nicht Wirkungen der Erkennbarkeit von Grundbucheintrag oder Besitz. ¹¹⁶ Darüber hinaus schließt

¹¹³ *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956, 91.

¹¹⁴ *Einsele*, JZ 45 (1990), 1005, 1007.

¹¹⁵ Dazu s.u. Kapitel 2 D.II.1.

¹¹⁶ Dazu s.u. Kapitel 2 D.I.

Baurs Strukturierung nicht aus, dass auch weitere Wirkungen, die an Besitz oder Grundbuch knüpfen, solche der Erkennbarkeit sind.

Das Publizitätsprinzip verlangt, dass die dingliche Rechtslage möglichst gut erkennbar ist. Betrachtet man das Prinzip mit *Alexy* als ein Optimierungsgebot, das damit auch anderen Prinzipien unterlegen sein kann, wird nachvollziehbar, warum das Publizitätsprinzip sich nicht immer gegen Prinzipien wie Verkehrsinteressen durchsetzen muss, nämlich schlicht dann nicht, wenn deren Interessen vorrangig sind.

Bislang fehlt in der Literatur jede Abgrenzung zwischen Publizität und Publizitätsprinzip. Im Grundsatz wird man auch nicht umhin kommen, die Begriffe weiter synonym zu verwenden. Es sind aber diese Schwerpunkte denkbar: Das sachenrechtliche Publizitätsprinzip beschreibt den Leitsatz, dass die dingliche Rechtslage möglichst erkennbar sein solle. Die sachenrechtliche Publizität bedeutet im engeren Sinne schlicht Erkennbarkeit. Im weiteren Sinn ist sie ein dem Publizitätsprinzip übergeordneter Begriff und umfasst 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. Welche Form von Publizität jeweils gemeint ist, ergibt der Zusammenhang. Ausgehend davon folgt nun der Entwurf einer beschränkten sachenrechtlichen Publizität:

B. Beschränkte sachenrechtliche Publizität im Überblick

Jedes Sachenrecht soll erkennbar sein. Daher wird auch dasjenige Erkennbare als Sachenrecht behandelt, was kein Sachenrecht ist.

Diese beiden Sätze umfassen die zwei Kerngedanken einer beschränkten sachenrechtlichen Publizität¹¹⁷, für die sich die deutsche und, so wird man sagen können, auch die österreichische und französische Rechtsordnung entschieden haben. Der erste Gedanke ist, dass Sachenrechte für andere erkennbar sein sollen. Er ist oben¹¹⁸ als Publizitätsprinzip bezeichnet. Bereits diese Forderung ist ein Wert für sich. Denn so dürfen Verkehrsteilnehmer ein gewisses Vertrauen darin haben, dass die Zeichen, die sie sehen, auf dahinterstehende Sachenrechte verweisen. Vorteilhaft dafür ist die Erkennbarkeit des Zeichens und ein eindeutiger Verweis vom Zeichen aufs Recht. Umgekehrt muss das bedeuten, dass Sachenrechte in der Regel nur übertragen werden sollen, wenn damit auch die Übertragung ihres Zeichens einhergeht. Weiter muss es bedeuten, dass mit dem Erlöschen des Rechts in der Regel auch das Erlöschen des Zeichens einherge-

¹¹⁷ Zu anderen Arten sogleich in Kapitel 2 C.II.

¹¹⁸ S.o. Kapitel 2 A.IV a.E.

hen soll.¹¹⁹ Kurz gesagt, Zeichen und Recht sollen gleichlaufen. Beides ist aber bloß eine Forderung, keine notwendige Bedingung. Damit steht die beschränkte Publizität im Gegensatz zu einer vollkommenen Publizität, bei der die Erkennbarkeit derart dominiert, dass sie zur notwendigen und zugleich hinreichenden Bedingung der Sachenrechte wird. Vollkommene Publizität setzt Zeichen und Recht gleich: Das Angezeigte ist immer zugleich das Recht. Das entsprechende vollkommene Publizitätsprinzip lautet, dass jedes Sachenrecht erkennbar und das Erkennbare immer auch ein Sachenrecht ist.

Der zweite Kerngedanke setzt den ersten voraus: Beschränkte Publizität erkennt an, dass das Zeichen und das bezeichnete Sachenrecht auseinanderfallen können. Für diesen Fall schützt die beschränkte Publizität denjenigen, der dem Zeichen vertraut. Unter welchen Voraussetzungen (z.B. bei gutem Glauben) und mit welchen Rechtsfolgen (z.B. durch erfolgreichen Rechtserwerb) sie ihn schützt, spielt an dieser Stelle keine Rolle; es handelt sich dabei um Fragen darüber, wie die beschränkte Publizität ausgestaltet ist, welche Wirkungen ihr zukommen.

C. Warum das Sachenrecht beschränkter Publizität bedarf

I. Klassische Begründung: Rechtswirkungen gegen jedermann

Zwar kannte noch das römische Recht Sachenrechte, z.B. „Hypotheken“, die gegen jedermann wirkten, aber von Dritten nicht zu erkennen waren.¹²⁰ Dem setzte sich jedoch die deutsche Rechtswissenschaft im Anschluss an das von ihr ausgemachte germanische Recht mit Blick auf das BGB entgegen.¹²¹ Ihre klassische Begründung, warum es „der Publizität“¹²² bedürfe, lautet: Dingliche Rechte wirken gegen jedermann. Daher müssen sie auch für jedermann erkenn-

¹¹⁹ Für das Fahrnisrecht bedeutet das den Besitzwechsel bzw. -verlust, für das Liegenschaftsrecht die Änderung des Grundbucheintrags.

¹²⁰ *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 4 II. 4, S. 23 schreiben hierzu beispielsweise: „Die Römer ließen es [das dingliche Recht] auch solchen Personen gegenüber wirken, die es weder kannten noch kennen konnten; sie nahmen z.B. an einer niemandem ersichtlichen, aber gegen jedermann wirksamen Hypothek keinen Anstoß.“ Im römischen Recht entwickelte sich die *hypotheca* in Abgrenzung zum *pignus* als Bezeichnung für das übergabefreie Pfandrecht, s. etwa *Schanbacher*, in: *Babusiaux/Baldus/Ernst/Meissel/Platschek/Rüfner* (Hrsg.), *Handbuch des Römischen Privatrechts*, 2023, § 48 Rn. 19.

¹²¹ Hierzu etwa *Gierke*, Sachenrecht, 1905, § 114, S. 211: „Rein deutschen Ursprungs dagegen sind seine [des Besitzes] für die Durchsetzung und Übertragung des materiellen Sachenrechts massgebenden Publizitätswirkungen.“

¹²² Zwischen vollkommener und beschränkter Publizität zu unterscheiden, ist für die Zwecke dieser Begründung hinfällig.

bar sein.¹²³ Schon früh hat sich das Reichsgericht diesem Gedankengang unter Bezug auf *Carl Crome* angeschlossen.¹²⁴ In jüngerer Zeit hat der BGH auf das betreffende Urteil mit Blick auf die Erkennbarkeit¹²⁵ und ein notwendiges tatsächliches Herrschaftsverhältnis zur Besitzübertragung¹²⁶ Bezug genommen.

Diese klassische Begründung lässt sich an zwei Punkten angreifen, und zwar der Frage nach der Erkennbarkeit des Besitzes vorgelagert, die in der Literatur seit 1900 den Kern der Kritik bildet.¹²⁷ Der erste und wichtigere Angriffspunkt, den *Bauer* und *Quantz* bereits benannt haben, liegt in ihrem Ursprung, nämlich beim Eigentumsrecht die Befugnis, andere von jeder Einwirkung auf seine Sache auszuschließen, § 903 S. 1 Var. 2 BGB. Umgekehrt folgt daraus das Interesse des anderen zu wissen, dass der Erste ein Recht an der Sache hat, damit der andere vermeiden kann, sich zu Schadens- oder Bereicherungsausgleich zu verpflichten, weil er irgendwie mit der Sache umgeht. Für diesen schützenden Schluss muss der andere aber nicht wissen, wem genau das dingliche Recht zusteht – dem Ersten oder irgendeinem Dritten; es genügt die Kenntnis, dass es nicht er selbst ist.¹²⁸ Anders gewendet, genügt es also zu sehen, ob eine Sache irgendwem gehört, was der Lebenserfahrung nach bei werthaltigen Sachen fast immer der Fall sein wird. Das Interesse daran zu wissen, wer genau wahrer Rechtsinhaber ist, beschränkt sich darauf sicherzustellen, dass man das eigene Recht, mit der Sache zu verfahren, auch vom Rechtsinhaber erhalten wird oder hat, also beispielsweise vom Eigentümer kauft oder mietet, oder darauf vorher-

¹²³ *Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, 1905, 6 f.; ohne dessen Nennung: *Süß*, in: FS Wolff 1952, 141, 144; mit Bezug nur auf *Süß*: *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 576; *Crome* vorausgehend wiederum *Petersen*, in: Deutscher Juristentag e.V. (Hrsg.), Verhandlungen des 14. Deutschen Juristentages, 1878, I/2 S. 181; ähnlich auch *Fuchs*, Grundbegriffe des Sachenrechts, 1917, 150; und früher schon *Ziebarth*, Die Realexecution und die Obligation, 1866, 321, der noch zwischen Wirksamkeit *inter partes* und *erga omnes* unterschied, je nachdem ob das Sachenrecht publik war; mit dem Plädoyer, das Übergabeerfordernis zu stärken, *Krause*, AcP 145 (1939), 312, 314.

¹²⁴ RG, Urteil v. 24.06.1911 – VI 525/10, RGZ 77, 201, 208. S. dazu erneut u. Kapitel 4 A.I.1.a)aa(3).

¹²⁵ BGH, Urteil v. 13.12.2013 – V ZR 58/13, BGHZ 199, 227, Rn. 10.

¹²⁶ BGH, Beschluss v. 16.09.2015 – V ZR 8/15, MDR 2016, 414, juris-Rn. 16.

¹²⁷ *Walz*, KritV 73 (1990), 374, 386; *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 393; *Marianne Bauer*, in: FS Bosch 1976, 1; *Süß*, in: FS Wolff 1952, 141; ihm folgend *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 4 II 4 Fn. 13, S. 23; *Hübner*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, 56–75; *von Lübtow*, in: FS FU Berlin 1955, 119, 208 ff.; *Giehl*, AcP 161 (1962), 357; *Rebe*, AcP 173 (1973), 186.

¹²⁸ So schon *Marianne Bauer*, in: FS Bosch 1976, 1, 4 f.; *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 34; *Fabricius*, AcP 160 (1961), 273, 290 spricht im Zusammenhang mit den von § 823 Abs. 1 BGB geschützten Rechten und Rechtsgütern von einer „sozialtypischen Offenkundigkeit“: „Das Interesse des nicht notwendig bekannten Eigentümers an der Ausübung der durch den Inhalt der Rechtsordnung umrissenen Befugnisse an der Sache, das Rechtsgut, ist ebenso wie die vorher genannten Lebensgüter sozialtypisch offenkundig.“

zusehen, einem wie unangenehmen Gläubiger man gegenübersteht, wenn man unerlaubterweise mit einer fremden Sache verfährt.

Den zweiten Angriffspunkt liefert ein Blick auf das Urheberrecht. Es befasst sich ebenfalls mit absolut wirkenden Rechten.¹²⁹ Allerdings ist das Werk, das die Grundlage des absoluten Schutzes bildet, kein so vergleichsweise klarer Indikator für urheberrechtlich geschützte Rechte wie der Besitz. Denn schon das Urheberrecht selbst hält zahlreiche Grenzfälle vor, beispielsweise was den Schutz von Werkteilen angeht,¹³⁰ bei denen der potentielle Verwerter nicht recht erkennen kann, ob es sich schon um die persönliche geistige Schöpfung eines anderen im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG handelt. Hinzu kommt der begrenzte zeitliche Schutz von Werken in §§ 64–69 UrhG von maximal 70 Jahren nach dem Todesjahr des Urhebers. Auch die Übertragung des ausschließlichen Nutzungsrechts nach § 31 Abs. 1 UrhG muss niemandem bekannt gemacht werden.¹³¹ Trotzdem hat diese teils unsichtbare Umgrenzung der Urheberrechte den Gesetzgeber nicht davon abgehalten, den Urheberrechten im Grundsatz ebenfalls Schutz gegenüber jedermann zuzusprechen, und er hat nicht gefordert, dass die Urheberrechte etwa in ein Register eingetragen werden müssten. Begründen lässt sich das mit dem persönlichkeitsrechtlichen Gehalt des Urheberrechts, der nicht erlaubt, es der Publizität zu unterwerfen. Nur weil Urheberrechte gegen jedermann wirken, müssen sie noch nicht für jedermann erkennbar sein.¹³²

Darüber hinaus greift auch *Lieder* die klassische Begründung sachenrechtlicher Publizität an:¹³³ Wenn die absolute Wirkung der Sachenrechte an Erkennbarkeit knüpfe, so dürfte die Wirkung gegen jedermann dann nicht bestehen, wenn ein Sachenrecht ausnahmsweise nicht erkennbar sei. Zwar sei eine weniger streng gehandhabte Publizität vorzuziehen, weil sie den Güterumlauf eher begünstige. Jedoch verliere damit die so verstandene Publizität ihre ursprüngliche Rechtfertigung. Diese Einwände können indes nur schwer durchdringen. Für *Lieder* fällt offenbar unter die klassische Publizitätsbegründung nur eine lückenlose Publizität. Diese Sicht macht die Begründung erst unbeweglich und lässt sie anschließend zerbrechen. Den Verfechtern des Publizitätsgedankens hingegen wird einerseits wohl bewusst gewesen sein, dass ihre Begründung unmöglich umfassend gelten kann, bedenkt man allein, dass der Erbfall das Grundbuch stets unrichtig macht, und sie wollten sicher nicht dem Erben sein Recht bis zur Eintragung versagen. Außerdem mag es Gründe geben, von der Publi-

¹²⁹ *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 833.

¹³⁰ LG Frankfurt a.M., Urteil v. 02.12.1993 – 2/3 O 736/92 „Tausendmal berührt“, GRUR 1996, 125.

¹³¹ Das gilt ebenfalls für andere Rechte geistigen Eigentums: *Heinze*, in: Staudinger BGB 2018, Einl zum SachenR, Rn. 140. Mit diesem Punkt der Übertragung ist jedoch nur das Argument von oben wiederholt: Es geht nicht darum, wer, sondern nur, dass ein anderer das Recht innehat.

¹³² Ähnlich bereits *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 250 f.

¹³³ *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 367.

tätsforderung abzuweichen;¹³⁴ beispielsweise beim Schutz des gutgläubigen unverklagten Besitzers in den §§ 987 ff. BGB, wo der Besitzer gerade nicht erkannt hat, dass einem anderen ein Sachenrecht zusteht. Eine andere Kritik ist die anhand des Urheberrechts, weil mit diesem nicht einzelne Lücken geschaffen, sondern ein ganzer Bereich absolut wirkender Rechte von der Publizität ausgenommen wird. Andererseits war Ausgangspunkt der Verfechter eine Zeit, die noch das römische Recht beherrscht hatte, und es liegt daher nahe, die Publizitätsbegründung auch als rhetorisches Gegengewicht hierzu aufzufassen.

Schließlich scheint *Lieder* noch ausgemacht zu haben, dass die Publizitätsbegründung nicht trägt, weil Schuld- und Sachenrechte inkonsequenterweise ungleich behandelt würden. Denn schuldrechtliche Rechte wirkten ebenfalls absolut, weshalb man deren Öffentlichkeit ebenso fordern müsste.¹³⁵ Auch diese Kritik hält einem genaueren Blick nicht stand. Denn erstens geht es bei der Publizitätsbegründung um die absolute Wirkung dinglicher Rechte gegen andere, nämlich gegen jedermann, und nicht nur um die absolute Zuordnung zu einer Person, bei der Schuld- und Sachenrechte sich laut *Lieder* gleichen.¹³⁶ Zweitens ist auch mit der parallelen absoluten Zuordnung noch nicht gesagt, dass die Begründung für Publizität im Sachenrecht falsch sei, sondern es könnte auch sein, dass stattdessen sämtliche Schuldrechte publiziert werden müssten, wie er selbst vorschlägt.

Mit Blick auf die herausgearbeiteten Vorteile der Erkennbarkeit – nämlich vor allem die Sicherheit, als Berechtigter mit einer Sache zu verfahren¹³⁷ – lässt sich die klassische Publizitätsbegründung jedoch in veränderter Form aufrechterhalten. Denn die Kritik von *Bauer* und *Quantz*¹³⁸ krankt daran, dass sie voraussetzen muss, der Eindringling ins dingliche Recht kenne seine Nichtberechtigung. Ist allerdings gerade die Berechtigung umstritten, steht damit oft¹³⁹ im Mittelpunkt, ob der mutmaßliche Eindringling die Berechtigung seinerseits von einem Berechtigten erworben hat oder zumindest darauf vertrauen durfte, sie zu erwerben. Hierfür wiederum sollte dem mutmaßlichen Eindringling das dingliche Recht seines Vordermanns erkennbar sein. Folglich sollten die dinglichen Rechte für die Beteiligten erkennbar sein, um beim konkreten Zusammenstoß zwischen Bestands- und Verkehrsinteresse dem Verkehrsinteresse ein Gewicht zu geben, sich gegebenenfalls gegen das Bestandsinteresse durchzu-

¹³⁴ Man bedenke *Alexys* Ausführungen zum Rechtsprinzip als Optimierungsgebot, s.o. Kapitel 2 A.III.2.a).

¹³⁵ *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 368, 27–30.

¹³⁶ Im Einzelnen mit dem fehlenden Bedürfnis, obligatorische Rechte erkennbar zu machen, weil die Betroffenen sie jeweils schon sehen können, befasst sich *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 249 f.

¹³⁷ § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB, der den redlichen, unverklagten Besitzer von der Haftung freistellt, begründet hierzu gerade kein Gegenargument dadurch, dass er den redlichen Besitzer von Ansprüchen des Berechtigten weitgehend freistellt. Vielmehr liegt der Vorschrift zugrunde, dass der Besitzer sich auf das ihm gebotene Bild der dinglichen Rechtslage verlassen konnte, als er den Besitz an sich genommen hat.

¹³⁸ S.o. bei Fn. 128.

¹³⁹ Nur beim abgeleiteten (gutgläubigen) Erwerb, nicht beim ursprünglichen (etwa Ersitzung).

setzen. Dieses Gewicht bildet die Erkennbarkeit. Der so veränderte Gedanken- gang schwenkt bereits in die alternative Begründung über.

Was das Urheberrecht betrifft, so steht seine fehlende Erkennbarkeit einer veränderten Begründung des Publizitätsprinzips nicht mehr mit gleicher Kraft entgegen wie noch der Verknüpfung von Erkennbarkeit und absoluten Rechten. Denn während beim Urheberrecht ein typischer Konflikt das Bestehen und die Reichweite des Rechts und hierauf aufbauend dessen Verletzung ist, findet sich der Streit zwischen Bestands- und Verkehrsinteresse dort nicht, schon weil das Urheberrecht selbst bloß im Erbfall übertragbar ist, §§ 28 Abs. 1, 29 Abs. 1 UrhG. Was die Einräumung und Übertragung von Nutzungsrechten angeht, liegt es wie bei Forderungen: Der gutgläubige Erwerber bleibt dinglich schutzlos.¹⁴⁰ Zwar besteht hier derselbe Widerstreit wie im Sachenrecht zwischen Bestands- und Verkehrsinteresse. Allerdings fehlt dem Verkehrsinteresse inso- weit jedes Gewicht, als das Objekt des gutgläubigen Erwerbs nicht einmal be- stimmt ist: Manuskripte lassen sich beliebig kopieren, ohne dass hiermit neue Urheberrechte einhergingen – nicht aber ohne neue Sachenrechte. Schließlich ist mit Bedacht auf *Lieder* im Blick zu behalten, dass Publizität keine notwen- dige Bedingung, sondern ein Postulat für absolute Rechte ist – mit anderen Worten: Wo ein Rechtsscheinträger Erkennbarkeit erlaubt, ist er mit dem Recht zu verknüpfen.

II. Alternative Begründung: Vergleich zwischen beschränkter, vollkommener und keiner Publizität

Ein Blick darauf, welchen Gewinn beschränkte Publizität bringt, offenbart eine andere Begründung dafür, warum es der beschränkten Publizität bedarf. Wie bereits mit dem ersten Kerngedanken beschränkter Publizität festgestellt, soll- ten Rechtsverhältnisse im Rechtsverkehr stets für jedermann mit schützenswer- tem Interesse erkennbar sein; gedient ist damit der umfassenden Rechtssicher- heit.¹⁴¹ Darüber hinaus nützt die Erkennbarkeit der Verkehrserleichterung. Denn die Verkehrsteilnehmer müssen so die Rechtsverhältnisse nicht mehr (im Einzelnen) nachprüfen. In die Kerbe der Verkehrserleichterung schlägt auch der zweite Kerngedanke, indem er das Vertrauen in das leichter als das Recht zu erkennende Zeichen schützt.

Diesen beiden Zielen der Rechtssicherheit und Verkehrserleichterung ge- meinsam wird die beschränkte Publizität besser gerecht als die vollkommene oder keine Publizität. Vollkommene Publizität erzeugt größtmögliche Rechts-

¹⁴⁰ Etwa *Wandtke/Ostendorff*, Urheberrecht, 9. Aufl. 2023, 4. Kapitel, § 7.

¹⁴¹ *Heinze*, in: Staudinger BGB 2018, Einl zum SachenR, Rn. 137 spricht von Rechtssi- cherheit, „Verkehrsschutz für Folgeerwerber“ und der „Wirkung gegenüber Jedermann“. Als Ausgangspunkt für die Schutzwürdigkeit kann die Wertung des § 12 Abs. 1 S. 1 GBO die- nen: Bloße Neugier ist nicht schützenswert. *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?*, 2006, 245 betont, dass das Publizitätsprinzip eine Wertentscheidung sei.

sicherheit, indem sie Zeichen und Recht gleichsetzt; aber sie übergeht den dinglichen Vertrag als Grundlage der Rechtsänderung.¹⁴² So geht sie auch zu lasten des materiellen Rechts, indem sie bereits an kleine Fehler weitreichende dingliche Folgen bindet;¹⁴³ sie setzt den Berechtigten einem großen Risiko aus, da Redlichkeit zum Erwerb nicht erforderlich wäre, weil der Erwerb vom durch die Publizität Legitimierten stets ein Erwerb vom Berechtigten wäre; und sie geht im Fahrnisrecht auch insoweit zu lasten des Verkehrs, als sie die Anzahl der möglichen Rechte reduziert. Knüpfte man zur Lösung die verschiedenen Rechte an jeweils andere Zeichen, verlöre das Sachenrechtssystem an Abstraktion und würde überkomplex, weil andere Zeichen als der Besitz fehlen, die allen Sachen gemeinsam sind. Fehlt Publizität ganz, schadet das sowohl der Rechtssicherheit als auch der Leichtigkeit des Verkehrs, denn kein Verkehrsteilnehmer erhält von rechtlicher Seite einen Hinweis, worauf er sich verlassen darf.

Dieser Abschnitt vergleicht die drei Modelle, um näher zu begründen, warum die beschränkte Publizität den beiden anderen Modellen überlegen ist. Er geht dabei vom Liegenschaftsrecht aus und dann auf die besonderen Hürden ein, die das registerlose Fahrnisrecht an die Publizität stellt.

1. Beschränkte, wenn auch nahezu vollkommene Publizität im Liegenschaftsrecht

Das Grundbuch beschreibt im Bestandsverzeichnis und seinen drei Abteilungen die Sache und die an ihr bestehenden Rechte. Vollkommene Publizität bestünde im Grundstücksrecht, wenn das Recht ausnahmslos demjenigen zukäme, der im Grundbuch eingetragen ist.¹⁴⁴ Damit dürfte also einzig die Grundbucheintragung nach § 873 Abs. 1 BGB konstitutiv für den Rechtserwerb sein.¹⁴⁵ Dieses Vorgehen bürge indes den Nachteil, dass der ursprünglich Berechtigte bereits wegen des kleinsten Fehlers allein auf schuldrechtliche Ansprüche verwiesen wäre und damit immer Gefahr liefe, sein Recht endgültig zu verlieren;¹⁴⁶ ein Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB fehlte,

¹⁴² Protokolle III, 139.

¹⁴³ Näher s. sogleich bei Fn. 146 und 160.

¹⁴⁴ So für das damalige österreichische bürgerliche Gesetzbuch dargestellt bei: *Exner*, Das Publizitätsprinzip, 1870, 3–5, 55 ff. Dessen Behauptung, das folge aus dem Publizitätsprinzip, bereits als Zirkelschluss aufdeckend: Protokolle III, 139.

¹⁴⁵ Protokolle III, 137 f. diskutieren die Immobilienrechte der Städte Lübeck und Hamburg, die Grundbuch- und Hypothekengesetze Mecklenburgs sowie das sächsische BGB und den bayerischen Entwurf, nach all denen „die Eintragung [...] unabhängig von ihrer gesetzlichen Voraussetzung die Rechtsänderung bewirkt.“

¹⁴⁶ Hierzu Protokolle III, 137: „[...] und wenn auch der, welcher durch sie [die formale Rechtskraft der Eintragung] in seinem Rechte verletzt wird, gegen den Eingetragenen nicht schutzlos ist, so ist doch vermöge seiner Wirkung das durch die Rechtsverletzung begründete Verhältniß nur ein obligatorisches.“

einen Widerspruch nach § 899 Abs. 1 BGB könnte er nicht eintragen. Der Schaden vollkommener Publizität besteht nicht in der Idee an sich; er liegt darin, dass dafür Mittel nötig sind, die das materielle Recht und Bestandsinteresse auf der einen Seite und das Verkehrsinteresse auf der anderen Seite einseitig und pauschal zugunsten des Verkehrsinteresses aus dem Gleichgewicht bringen.¹⁴⁷ Denn jede noch so genaue Prüfung von etwaigen Mängeln im Vorhinein wird nie ausschließen können, dass beim dinglichen Rechtsgeschäft nicht doch noch ein Fehler unterlaufen ist, sodass die Publizität beschränkt bleibt, solange die Rechtsveränderung nicht allein an die Zeichenveränderung geknüpft ist.

Statt für die missliche vollkommene Publizität hat das deutsche Liegenschaftsrecht sich für eine beschränkte Publizität entschieden, die in der Praxis wohl nahezu vollkommen ist: Das Grundbuch darf falsch sein. Viele Vorschriften verhindern aber, dass Eintragung und Recht auseinanderfallen. Zwar forderten die Motive als Sicherungsmechanismus vorrangig, dass „die Buchbehörden verpflichtet werden, eine Eintragung nur beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen vorzunehmen (Legalitätsprinzip).“¹⁴⁸ Die zentrale Rolle der Sicherung kommt aber heute den Notaren zu:¹⁴⁹ Die Eintragung in § 873 Abs. 1 BGB ist notwendige Bedingung dafür, das Recht zu übertragen.¹⁵⁰ Nach § 873 Abs. 2 Var. 1 BGB macht die Einigung unter anderem die Beurkundung bindend, die in der Praxis das vorherrschende Mittel ist. Bei der Beurkundung wiederum hat der Notar nach § 10 BeurkG die Identität der Beteiligten, nach § 11 BeurkG deren Geschäftsfähigkeit, nach § 12 BeurkG deren Vertretungsbefugnis festzustellen. Hinzu kommen nach §§ 4, 17–21 BeurkG Prüf- und Belehrungspflichten, um Willensmängel, die Rechtswidrigkeit oder sonstige Unwirksamkeit des Geschäfts und öffentlich-rechtliche Hindernisse auszuschließen. Bei einer öffentlichen Beglaubigung muss der Notar nach §§ 40 Abs. 2, 4 BeurkG immerhin sicherstellen, dass er nicht an erkennbar unerlaubten oder unredlichen Zwecken mitwirkt. Schließlich sind nach § 15 Abs. 3 S. 1 GBO die zu einer Eintragung erforderlichen Erklärungen vor ihrer

¹⁴⁷ Protokolle III, 139 schreiben hierzu: „Einen Vorzug hat allerdings das Prinzip der formalen Rechtskraft der Eintragungen, nämlich den, daß es jeden Widerstreit zwischen dem in dem Grundbuche dargestellten und dem wirklichen Rechte, [sic!] ausschließt und auf diese Weise eine ungemein einfache Gestaltung des Immobilienrechtes ermöglicht. Dieser Vorzug aber verringert sich erheblich, wenn man beachtet, daß er nur durch eine völlige Zurückdrängung des materiellen Rechtes zu erlangen ist. Ein praktisches Bedürfnis dafür, daß auch der, welcher in Folge eines Irrthumes oder einer Fälschung oder auf Grund eines wegen Verfügungsunfähigkeit des anderen Theiles nichtigen Vertrages eingetragen wird, durch die Eintragung das ihm zugeschriebene Recht erwerbe, läßt sich nicht nachweisen.“

¹⁴⁸ Protokolle III, 10.

¹⁴⁹ Knapp zusammengefasst bei BGH, Beschluss v. 13.02.2020 – V ZB 3/16, NJW 2020, 1670, Rn. 15–25.

¹⁵⁰ Protokolle III, 140: „[...] und das Eintragungsprinzip wird nur in dem Sinne verworther, daß die vertragsmäßige Rechtsänderung nicht eintritt, wenn sie nicht eingetragen wird.“

Einreichung für das Grundbuchamt von einem Notar auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen.

Der Prüfungsumfang des Grundbuchamts bleibt hinter dem des Notars zurück: In den Fällen des § 20 GBO, insbesondere dem der Auflassung eines Grundstücks, muss für eine Eintragung beim Grundbuchamt die Einigung zwar erklärt sein; das Grundbuchamt hat die Wirksamkeit der Erklärungen dabei aber nicht nachzuprüfen. Vielmehr genügt es, dass ihm die Einigung in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 Var. 2 GBO durch öffentlich beglaubigte Erklärungen nachgewiesen ist.¹⁵¹ Im Regelfall des § 19 GBO prüft das Grundbuchamt bloß die Bewilligung des Betroffenen, wobei es damit von einer materiellen Prüfung gerade befreit ist.¹⁵² Der Form genügt gemäß § 29 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GBO die öffentliche Beglaubigung.

Wegen der vielen Schutzmechanismen bedingen es also regelmäßig äußere Vorgänge, dass das Grundbuch falsch wird, beispielsweise ein Erbfall, die Umwandlung eines Unternehmens oder Zwangsvollstreckungsakte,¹⁵³ nur selten jedoch ein misslingendes Rechtsgeschäft¹⁵⁴.

Statt eine möglichst hohe Rechtssicherheit über den einfachen Mechanismus zu erreichen, dass allein die Eintragung zählt, bemüht sich das deutsche Recht, die Einigung zwischen den Parteien von möglichst allen materiellen Fehlern fernzuhalten. Freilich wird damit die Übertragung eines Grundstücks in die Länge gezogen, was als Verkehrshemmnis zu betrachten ist. Indessen ist die Umschlagszahl bei Grundstücken ohnehin weit geringer als bei Fahrnis, und wenigstens im geschäftlichen Verkehr nehmen die rechtliche, technische und Umweltprüfung einer Immobilie regelmäßig mehrere Wochen bis hin zu einigen Monaten in Anspruch, weshalb die umfängliche notarielle Belehrung und Prüfung im Gesamtbild nur unerheblich verzögern.

Schließlich ist ein System ganz ohne Publizität vorstellbar: Auf ein Grundbuch könnte man verzichten. Im Rechtsverkehr wäre niemals greifbar, ob der Verkehrsteilnehmer gerade dem Berechtigten gegenübersteht, und schädlich, wenn dem nicht so ist. Um möglichst klarzustellen, wem man gegenübersteht und welche sonstigen Rechte bestehen, zöge das wiederum erhebliche Nachforschungsobliegenheiten des Teilnehmers auf der einen Seite und Dokumentationsobliegenheiten des Berechtigten auf der anderen nach sich.¹⁵⁵ Sobald

¹⁵¹ Demharter, Grundbuchordnung, 33. Aufl. 2023, § 20 GBO, Rn. 38.

¹⁵² Demharter, Grundbuchordnung, 33. Aufl. 2023, § 19 GBO, Rn. 1.

¹⁵³ Für weitere Beispiele siehe Schäfer, in: MünchKommBGB 2023, § 894 BGB, Rn. 8–12.

¹⁵⁴ Schäfer, in: MünchKommBGB 2023, § 894 BGB, Rn. 13 führt hierzu nur wenige Fallbeispiele an.

¹⁵⁵ Protokolle III, 9 beschreiben die Risiken eines publizitätslosen Liegenschaftsrechts: „Die Nothwendigkeit der Bucheinrichtung ist unter den heutigen Verkehrsverhältnissen mit der absoluten Wirkung der dinglichen Rechte gegeben. Soll diese Wirkung nicht zu Unbil-

man die Nachforschung und Dokumentation entsprechend institutionalisiert, bildet sich dann doch ein beschränkter Publizitätsschutz heraus. In den USA beispielsweise hat der schwache Gutglaubensschutz im Grundstücksverkehr¹⁵⁶ zur sogenannten Rechtstitelversicherung (*title insurance*) geführt.¹⁵⁷ An die Stelle eines positiven dinglichen Publizitätsschutzes (kein Erwerb vom Nichtberechtigten) ist so ein rein finanzieller Schutz durch Versicherungsgesellschaften getreten: Sie dokumentieren die Titellkette, um die Gefahr des Erwerbs vom Nichtberechtigten zu verkleinern, und entschädigen den Erwerber eines Grundstücks, falls sich nach dem Erwerb eine ältere Erwerbsurkunde von einem früheren Eigentümer zugunsten eines Dritten findet, derentwegen der Erwerber das Grundstück herausgeben muss.¹⁵⁸ Was das Recht an Publizitätsschutz versagt, gleicht der Markt wenigstens vermögensrechtlich aus.¹⁵⁹

Die Analyse zeigt, dass die beschränkte Publizität der vollkommenen Publizität und fehlender Publizität überlegen ist, weil sie zugleich Rechtssicherheit und Verkehrserleichterung gewährleisten kann. Das Grundbuch ist deswegen ein so geeigneter Publizitätsträger, weil es fast fehlerfrei ist und vollkommener Publizität damit nahekommt, ohne die Vorteile der Verkehrserleichterung aufgeben zu müssen, und weil seine Zeichen (Bestandsverzeichnis und drei Abteilungen) im Gegensatz zum Fahrnisrecht leicht zu erkennen und eindeutig sind.

ligkeiten und Ungerechtigkeiten gegen diejenigen führen, welche von ihr betroffen werden, so muß die Gesetzgebung eine positive Einrichtung schaffen, welche die Erkennbarkeit des Rechtsstandes jedes einzelnen Grundstückes gewährleistet. Wo eine solche nicht besteht, da kann es nicht ausbleiben, daß Jemand, welcher auf ein die Erwerbung oder die Beleihung eines Grundstückes bezweckendes Rechtsgeschäft sich eingelassen hat, hinterher erfährt, daß ältere Rechte an demselben begründet sind, welche ihn von dem Rechtserwerbe ausschließen oder doch den Werth des Gegenstandes erschöpfen. Das Vorhandensein dieser Gefahr mindert naturgemäß die Neigung, Grundstücke zu erwerben und zu beleihen, erschwert in Folge dessen den Abschluß von Veräußerungs- und Kreditgeschäften zu angemessenen Bedingungen und schädigt auf diese Weise das Interesse der Grundbesitzer auf das Empfindlichste.“

¹⁵⁶ S. dazu *Stürner/Kern*, in: FS Schlechtriem 2003, 923, 931 f.

¹⁵⁷ *Hay*, US-Amerikanisches Recht, 7. Aufl. 2020, Rn. 473; knapper Blick über die Funktionsweise der *title insurance* bei *Matthew J. Bauer*, Connecticut Insurance Law Journal 12 (2006), 17, 21–23.

¹⁵⁸ *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 64 Rn. 52; s.a. *Bernhardt/Burkhart*, Real property in a nutshell, 2016, 395–402.

¹⁵⁹ Ob der Käufer nur den Kaufpreis zurückerhält oder auch noch die Kosten etwaiger Umbauten erstattet erhält, wird im Wesentlichen von den Versicherungsbedingungen abhängen.

2. Interessenabwägung zwischen Bestandsinteresse und Verkehrserleichterung im Fahrnisrecht

Im Fahrnisrecht fehlt bislang ein Register, das die Rechtsverhältnisse anzeigt. Eine beschränkte, aber nahezu vollkommene Publizität wie im Liegenschaftsrecht ist daher außer Reichweite; es bleibt nur, auf das sonst Sichtbare zu blicken.

Vollkommene Publizität im Fahrnisrecht sähe derart aus, dass das Recht immer demjenigen zustünde, von dem jedermann erkennen kann, dass er die Sache hat.¹⁶⁰ Ein Modell, das an mehrere Zeichen knüpft, könnte kaum für das gesamte Sachenrecht gelten¹⁶¹ oder wäre überkomplex, weil es für verschiedene Wirtschaftsbereiche immer andere Kennzeichnungsmerkmale vorsehen müsste. Bei einem System indes, das die Rechtsinhaberschaft stets dem Inhaber zuschreibt, könnte nie ein Zweifel bestehen, ob man vom Berechtigten erwirbt, an den Berechtigten zahlt oder dem Berechtigten im Prozess gegenübersteht. Offensichtlich widerstrebt aber eine solche maximale Publizität den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs, weil es nur noch ein Recht geben könnte, welches stets der Inhaber der Sache hätte – das Fahrnisrecht verkäme zu einem binären System: Beschränkte dingliche Rechte wären von vornherein ausgeschlossen, Besitzdiener würden zu Vollrechtsinhabern, und auch Miete, Leihe und Pacht wären stets mit einem Rechtsverlust verbunden. Der eigentliche (ursprüngliche) Rechtsinhaber wäre noch weitergehend als mit einem Grundbuchsystem vollkommener Publizität¹⁶² auf schuldrechtliche Ausgleichsansprüche beschränkt, nämlich auch ohne dass die Parteien eine dingliche Übertragung im Sinne des BGB beabsichtigt hätten.

Andersherum betrachtet, ließe sich auf Publizität auch völlig verzichten. Hierdurch wären die Parteien wiederum zu Dokumentation und Nachforschung gedrängt, wenn auch in wohl kleinerem Maße als bei Grundstücken, weil die Vermögenswerte erheblich geringer und in der Regel kürzerlebig sind, weshalb

¹⁶⁰ Im Gegensatz zum Besitz ist stets (leicht) erkennbar, wer die Sache hat. Ein solches theoretisches Modell, das noch an den Besitz anknüpft, stellt *von Wilimowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1996, 154 vor. Das Alternativmodell hierzu ist, dass dingliche Wirkungen stets nur dann eintreten, wenn die Rechte gegenüber Dritten erkennbar sind; dieses Modell entwirft, kritisiert und verwirft *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 367.

¹⁶¹ Die Ohrmarken bei Vieh (vgl. Verordnung (EG) Nr. 2629/97 vom 29.12.1997) eignen sich z.B. dafür, auch die jeweils dinglich Berechtigten an den Tieren anzuzeigen, sind aber doch nicht auf alle Sachen übertragbar, wie etwa Computerchips. Näherliegend als immer die Marken auszutauschen, ist aber auch hier, an die Markennummer eine Registereintragung über die dingliche Berechtigung zu knüpfen.

¹⁶² Diesen Nachteil diskutiert bereits *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 196.

es sich wirtschaftlich eher lohnt, höhere Restrisiken auf sich zu nehmen.¹⁶³ International wäre eine publizitätslose Rechtsordnung im Fahrnisrecht benachteiligt, soweit die Parteien entscheiden können, wo sie das dingliche Rechtsgeschäft vollziehen. Denn die Transaktionskosten durch Dokumentation und Nachforschung sowie die Restrisiken wären dort eben größer als in solchen Rechtsordnungen, die – in welcher Form auch immer – das Vertrauen in den Anschein schützen. Insgesamt gewichtet eine publizitätslose Rechtsordnung das Interesse an Verkehrserleichterung damit zu niedrig gegenüber dem Bestandsinteresse.

Vergleicht man die beiden fahrnisrechtlichen Extremlösungen, so zeigt sich im Gegensatz zum Liegenschaftsrecht die völlig fehlende Publizität als die bessere von zwei schlechten Lösungen, weil sie überhaupt eine gewisse wirtschaftliche Beweglichkeit gewährleistet. Aus der Betrachtung der beiden äußersten Positionen mit vollkommener und ohne jede Publizität ergibt sich demnach: Die wirtschaftlichen Bedürfnisse erfordern, dass Zeichen und Recht auseinanderfallen können; die wirtschaftlichen Bedürfnisse erfordern aber auch, dass das Vertrauen darauf geschützt wird, das Zeichen sei wahr. Es ist zwar an jeder Rechtsordnung zu entscheiden, wo sie diese Grenze ziehen will, z.B. wie umfassend und lange sie denjenigen schützt, dem seine Sache abhandengekommen ist. Der Grad des Publizitätsschutzes muss dabei jedoch immer einerseits das Interesse des dinglich Berechtigten daran, die wahre materielle Rechtslage zu beachten, mit andererseits den Interessen derjenigen ausgleichen, die sich zwecks Verkehrserleichterung auf das Zeichen verlassen wollen. Die Gruppe derer, die auf Verkehrserleichterung aus sind, enthält typischerweise den gutgläubigen Erwerber, kann sich des Weiteren aber auch aus Gläubigern, Schuldner oder gar dem mutmaßlichen Rechtsinhaber selbst zusammensetzen, die im Vertrauen auf das Zeichen eine Forderung begründen, sie vom Bezeichneten einfordern, an ihn bezahlen, unter Berufung auf das Zeichen in eine Sache vollstrecken oder sich des bezeichneten Rechts berühren.¹⁶⁴ Weil im Fahrnis-

¹⁶³ Die teuersten Luxusautos oder -uhren der Welt sind jeweils Einzelstücke und kosten „nur“ mehrere zehn Millionen Euro (*Bähr*, Die 11 teuersten Autos der Welt und was sie kosten, 02.12.2022, <https://www.gq-magazin.de/auto-technik/article/top-10-teuerste-autos>, Stand: 10.01.2024; *Bähr*, Luxusuhren: Das sind die 10 teuersten Uhren der Welt 2023, 24.10.2023, <https://www.gq-magazin.de/mode-stil/mode-news/die-teuersten-uhren-der-welt>, Stand: 10.01.2024), während Gewerbeimmobilien in Vororten schon in Millionenhöhe anfangen und herausragende Immobilien wie die Elbphilharmonie oder der neue Berliner Flughafen hunderte Millionen oder gar Milliarden allein an Baukosten haben, wo also die jeweiligen Grundstückswerte noch nicht eingerechnet sind (NDR, Elbphilharmonie soll 789 Millionen Euro kosten, 23.04.2013, <https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Elbphilharmonie-soll-789-Millionen-Euro-kosten,elbphilharmonie821.html>, Stand: 10.01.2024; Spiegel ONLINE, Hauptstadtflughafen: Kosten für BER übersteigen sieben Milliarden Euro, 23.02.2018, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/flughafen-berlin-brandenburg-berkosten-steigen-auf-7-3-milliarden-euro-a-1195101.html>, Stand: 10.01.2024).

¹⁶⁴ Näher s.u. bei den Publizitätswirkungen Kapitel 2 D.I.

recht aber mangels Güte des Zeichens die wahre Rechtslage stärker gefährdet ist als im Liegenschaftsrecht, muss ihr in der Abwägung auch ein höheres Gewicht zukommen. Mit einer beschränkten Publizität, die mangels Register niemals so nahezu vollkommen werden kann wie im Liegenschaftsrecht, kann der Verkehrsschutz daher auch nur entsprechend geringer gewichtet sein.¹⁶⁵

3. Zusammenfassung: Beschränkte Publizität als beste von drei Lösungen für den Ausgleich von wahrer Rechtslage, Rechtssicherheit und Verkehrserleichterung

Insgesamt zeigt sich die beschränkte Publizität als die beste von drei Lösungen, um im Sachenrecht Rechtssicherheit und Verkehrserleichterung nebeneinander zu gewährleisten; denn vollkommene Publizität übergeht eine nuancierte wahre Rechtslage zugunsten von Rechtssicherheit und Verkehrserleichterung beschränkt auf Schnelligkeit, und keine Publizität missachtet die Verkehrserleichterung zugunsten der wahren Rechtslage. Im registerlosen Fahrnisrecht kommt hinzu, dass der wahren Rechtslage in der Abwägung ein höheres Gewicht beigemessen werden muss, weil ein anderes Publizitätszeichen als ein Register so vergleichsweise unzuverlässig ist und daher eine Abweichung von Zeichen und Recht im Gegensatz zum Liegenschaftsrecht näherliegt.

D. Die Eckpunkte beschränkter sachenrechtlicher Publizität

I. Die Wirkungen von Publizität

Publizität bietet Erleichterung im Verkehr. Sie soll erlauben, dass der Verkehrsteilnehmer auf ein Zeichen für ein Recht vertrauen oder sich darauf berufen darf, statt aufwendig nach dem Recht suchen oder es beweisen zu müssen. Er darf mit einer gewissen Sicherheit auf die Beziehungen von Sachen und Personen schließen. Die neuere deutsche Literatur¹⁶⁶ spricht der Publizität im Sachenrecht ausgehend von *Fritz Baur*s Sachenrechtslehrbuch¹⁶⁷ drei Wirkungen zu. Sie nennt die Übertragungswirkung (§§ 873, 929 S. 1 BGB), die Vermutungswirkung (§§ 891, 1006 Abs. 1 S. 1 BGB) und die Gutglaubenswirkung

¹⁶⁵ *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 367 zweifelt an der „rechtspolitische[n] Sinnhaftigkeit“ eines solchen Publizitätsprinzips, dem die ursprüngliche Rechtfertigung abhandengekommen sei.

¹⁶⁶ *Mathiaß*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1914, § 153 I, S. 451 etwa nannte nicht die Übertragungswirkung, sondern nur die Rechtsvermutung in § 891 BGB und die „Fiktion“ der §§ 892 f. BGB als „Richtungen“ der „rechtlichen Bedeutung der Publizität“.

¹⁶⁷ *F. Baur*, Sachenrecht, 1960, § 4 II, S. 25. Der Abschnitt über Publizität ist seit der ersten Auflage textlich unverändert und um bloß fünf Fußnoten ergänzt. Wie gesehen, hat *Baur* seine Publizitätswirkungen mutmaßlich anhand des von *Wolff/Raiser* dargestellten Parallelismus entwickelt, s.o. Kapitel 2 A.I.3.

(§§ 932 Abs. 1 S. 1, 892 f. BGB).¹⁶⁸ Wir haben gesehen, dass es sich dabei um Wirkungen handelt, die Besitz und Grundbucheintrag gemeinsam sind.¹⁶⁹

Einerseits ist damit jedoch noch nicht gesagt, dass es sich auch um Wirkungen der Publizität handelt, weil nicht jede Rechtsfolge, die sich etwa aus dem Besitz ergibt,¹⁷⁰ eine sein muss, die auch aus der Erkennbarkeit des Besitzes folgt. Wer nach den Publizitätswirkungen als solchen Wirkungen fragt, die sich aus der Erkennbarkeit von Bucheintrag oder Besitz ergeben, dem zeigt sich ein verändertes Bild gegenüber dem allgemein gezeichneten. Mit dem Wort Publizitätswirkungen dieses veränderte Bild zu bezeichnen, erscheint deshalb tauglicher, weil es näher an dem ermittelten Wortsinn von Publizität und Publizitätsprinzip liegt als das Wort Publizitätswirkungen, um bloß manche Wirkungen zu bezeichnen, die Besitz und Bucheintrag gemeinsam sind.

Andererseits sind mit dieser Dreiteilung die Wirkungen der Publizität noch nicht vollständig erfasst. Denn erstens reicht die Gutgläubenswirkung über den bloßen Erwerb vom Nichtberechtigten kraft Publizität hinaus; zweitens ist zu diskutieren, ob nicht weitere Rechtsfolgen bestehen, die bereits an den erkennbaren Besitz oder Grundbucheintrag anknüpfen. Hieraus ergeben sich fünf Publizitätswirkungen:

1. Die sogenannte Übertragungswirkung

Wer Publizitätswirkungen als Wirkungen der Erkennbarkeit versteht, kann die Übertragungswirkung nicht mehr darunter fassen. Denn so müsste die Publizität dahingehend „wirken“, dass sie Publizitätsmittel zur Voraussetzung des Rechtserwerbs erklärt. Es ist aber kein Ausfluss von Erkennbarkeit, wenn das Gesetz für den Rechtserwerb die Besitzübertragung oder die Eintragung ins Grundbuch vorschreibt.¹⁷¹ Für den Erwerb vom Berechtigten muss niemand auf ein Zeichen vertrauen. Von einer Verkehrserleichterung kann also niemand profitieren. Vielmehr stellen die zwei Übertragungsmodi sicher, dass Zeichen und Recht möglichst gleichlaufen, indem sie das rechtsgeschäftliche Auseinan-

¹⁶⁸ J. F. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 4 Rn. 9; Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 2 Rn. 5; Heinze, in: Staudinger BGB 2018, Einl zum SachenR, Rn. 138–140.

¹⁶⁹ S.o. Kapitel 2 A.I.3.

¹⁷⁰ Martinek, AcP 188 (1988), 573, 577 f. betont z.B. die Verschaffungsfunktion des Besitzes im Rahmen des § 929 S. 1 BGB; im Anschluss daran auch Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 399 f. Für eine Auflistung weiterer Besitzwirkungen s. außerdem u. Kapitel 2 D.I.5.

¹⁷¹ Das erkennt auch Quantz, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 27 Fn. 3, der deswegen von einer „Voraussetzungswirkung“ oder bloß „Voraussetzung“ sprechen will, sich aber noch nicht vom herkömmlichen Begriff der Publizitätswirkungen löst.

derfallen von Zeichen und Recht vermeiden. Damit machen sie das Zeichen zuverlässiger.¹⁷²

Ein Blick in das Liegenschaftsrecht zu der Zeit, als das BGB entstand, streitet auch für diese Lesart: *Johow* unterschied in seiner Rezeption der deutschen Partikularrechte streng zwischen dem Publizitäts- und dem Eintragungsprinzip.¹⁷³ Das Publizitätsprinzip beschränkte er noch auf den gutgläubigen Erwerb dinglicher Rechte. Inhalt des Eintragungsprinzips sei, dass Rechte an einem Grundstück nur mittels Eintragung erworben werden können. Zwar sei das Eintragungsprinzip in einigen deutschen Partikularstaaten als wesentlicher Bestandteil des Publizitätsprinzips betrachtet worden. Durch einen so weit gefassten Publizitätsbegriff, der öffentlichen Glauben des Grundbuchs und Pflicht zur Eintragung umfasse, gehe aber die klare Abgrenzung der Prinzipien verloren.¹⁷⁴

¹⁷² S. sogleich Kapitel 2 D.II.2.

¹⁷³ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 187–194.

¹⁷⁴ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 187 f.: „In einer Reihe von Gesetzen hat sich der Grundsatz Geltung verschafft, daß Rechte an Grundstücken, sofern sie überhaupt zur Veröffentlichung durch das Grundbuch bestimmt sind, nur mittelst der Eintragung in dieses Buch erworben werden können. In Hamburg und Lübeck hat dieser Grundsatz sich aus der alten Auffassung rein geschichtlich entwickelt. Für das mecklenburgische, das sächsische, das nassauische und das österreichische Grundbuchrecht pflegt er aus dem Publizitätsprinzip hergeleitet oder vielmehr als die wichtigste Seite dieses Prinzips betrachtet zu werden. Es scheint indessen hierin eine Vermengung zweier durchaus nicht mit einander identischer Prinzipien zu liegen. Die Publizität des Grundbuchs hat ihre materielle Bedeutung lediglich in dem öffentlichen Glauben desselben. Dieser aber fordert in seiner negativen Richtung nur, daß Rechte, die nicht aus dem Buche erhellen, einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengesetzt werden dürfen, keineswegs, daß die Erwerbung solcher Rechte an die Eintragung geknüpft werde. Nun läßt sich allerdings nicht verkennen, daß bei dem Mangel einer allgemein üblichen Terminologie mit dem Publizitätsprinzip im materiellen Sinne ein über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs hinausgehender, die Bedeutung der Eintragung für die Erwerbung der Rechte mitumfassender, weiterer Begriff verbunden werden kann, ohne daß dadurch gerade gegen die Logik verstoßen würde. Allein wenn man das will, so läuft man Gefahr, das Prinzip in dessen Allgemeinheit aus Gründen zu rechtfertigen, welche nur für einige Seiten desselben sprechen. Zur Reinhaltung der Begriffe empfiehlt es sich daher, an der oben gegebenen Begrenzung des Grundsatzes der Öffentlichkeit festzuhalten und diesem Grundsatz das die Eintragung zur Erwerbungsart stempelnde Prinzip gegenüber zu stellen.“

An anderer Stelle über die Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland (S. 102) äußert er sich indes dem widersprechend: „Die der politischen und sozialen Gestaltung des Lebens entsprechende Scheidung des Sachenrechts in ein Recht der beweglichen und ein Recht der unbeweglichen Sachen, welche von Alters her in Deutschland mit den Volksanschauungen verwachsen war, hatte den romanisierenden Tendenzen weichen müssen. Und wenn wirklich die Gesetzgeber der alten Publizität sich erinnerten, so verwechselten sie den Akt der Begründung oder Uebertragung des dinglichen Rechts, auf welchen dieselbe sich bezogen hatte, mit dem Rechtsgeschäft, welches diesem Akte voranzugehen pflegte.“

Soweit sogar allein die Eintragung eine Übertragungswirkung im Sinne von Publizität haben solle, nämlich mittels formaler Rechtskraft aus sich heraus schon das Recht begründe, geht dieses Verständnis der Übertragungswirkung laut *Johow* wiederum auf eine Rechtsfigur zurück, die zusätzlich in Teilen des Grundbuchrechts mancher deutscher Partikularstaaten bestand. Dort war die Eintragung nicht nur notwendige Voraussetzung für den rechtsgeschäftlichen Erwerb von Grundstücksrechten, sondern wirkte sogar selbst schützend zugunsten des Eingetragenen, indem sie allein diesen zum Rechtsinhaber machte;¹⁷⁵ der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens war damit entbehrlich. *Johow* unterschied auch sie von der Publizitätswirkung, weil er unter die Publizitätswirkung nur den „Schutz des Rechtserwerbs dritter Personen“ fassen wollte, „das Prinzip der formalen Rechtskraft dagegen auf den Schutz der Einschreibungen zu Gunsten desjenigen, der dieselbe vorgenommen hat, berechnet ist.“¹⁷⁶

Nach dem hier vorgeschlagenen Verständnis der Publizitätswirkungen fällt das Eintragungsprinzip mit *Johow* aus dem Bereich der Publizitätswirkungen heraus. Das Prinzip der formalen Rechtskraft allerdings wäre entgegen *Johow* als Publizitätswirkung einzuordnen, wenn es noch geltendes Recht wäre. Denn in Erweiterung *Johows* sollen „Publizität“ und somit auch die Publizitätswirkungen sich hier nicht auf den Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs beschränken. Vielmehr bezeichnen hier die Publizitätswirkungen jeden Rechtsvorteil, der an einen erkennbaren Umstand geknüpft ist und unabhängig von der materiellen Berechtigung der Parteien gilt. Dass der Erwerb vom Berechtigten nur durch Übertragung des Zeichens gelingt, knüpft aber nicht an einen erkennbaren Umstand, und die materielle Berechtigung des Veräußerers ist beachtlich.

2. Gutglaubenswirkungen: Erwerb und Erfüllung. Außerdem: Verfügung und Forderung?

Die herkömmliche Einteilung der Literatur erfasst die Gutglaubenswirkungen unvollständig, weil diese noch mehr Gesichter haben als nur den gutgläubigen Rechtserwerb vom Nichtberechtigten: Der Verkehrsteilnehmer kann die Sache bekanntlich erstens unmittelbar durch Rechtsgeschäft erwerben, und insoweit kommt ihm die anerkannte Gutglaubenswirkung zugute.¹⁷⁷ Er kann sie aber auch durch Ersitzung erwerben und sich hierbei auf seinen guten Glauben an

¹⁷⁵ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 195–197.

¹⁷⁶ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 195.

¹⁷⁷ Näher s.u. Kapitel 3 A.I.

den Anschein über eine lange Zeit verlassen.¹⁷⁸ Die Ersitzung lässt sich also ebenfalls als Publizitätswirkung einordnen, denn sie knüpft einen Rechtsvorteil an den äußeren Anschein.¹⁷⁹

Der Verkehrsteilnehmer kann die Sache aber auch zweitens rechtswidrig beschädigen oder nutzen und sich Schadensersatz- oder Ansprüchen wegen ungerechtfertigter Bereicherung ausgesetzt sehen. Vor dem Haftungsfall offenbart ihm die Publizität, wer ihn später in Anspruch nehmen wird. Nach dem Haftungsfall sagt sie ihm, wem gegenüber er befreiend leisten kann. Man kann im Vorhinein von der Gläubiger- und im Nachhinein von der Erfüllungswirkung der Publizität sprechen. Die Erfüllungswirkung ist im Liegenschaftsrecht in § 893 BGB¹⁸⁰ und im Fahrnisrecht beschränkt auf das Deliktsrecht mutmaßlich¹⁸¹ in § 851 BGB geregelt. Dafür, mit wem der Verkehrsteilnehmer als Gläubiger rechnen muss, gibt es keine eigene Regelung im deutschen Recht. Wie an § 893 Var. 2 BGB zu sehen ist, wird nicht nur die Erfüllung an den vermeintlichen Gläubiger geschützt, sondern gleichfalls jedes Rechtsgeschäft über ein dingliches Recht. Es fragt sich daher, ob die Erfüllungswirkung um eine Verfügungswirkung zu erweitern ist.¹⁸²

Die dritte Gutglaubenswirkung der Publizität könnte in der Kehrseite der Gläubiger- und Erfüllungswirkung gesehen werden. Es wäre die Schuldner- und Forderungswirkung. Eine solche Wirkung setzte voraus, dass die Haftung an das Zeichen statt das dahinterstehende Sachenrecht knüpfte. Bisher ist eine Forderungswirkung der Publizität aber nicht anerkannt und das in nahezu allen Fällen zu Recht, schon weil die Haftung im Ausgangspunkt an Gefahrbeherrschung und nicht an ein Sachenrecht knüpft, weshalb eine erleichterte Haftung anhand des Zeichens von vornherein nicht in Betracht kommt.¹⁸³ Denkbar für die Forderungswirkung wären etwa folgende Konstellationen: Ist für den Verkehrsteilnehmer eine Sache gefährlich – z.B. ein aggressives Tier oder ein auffälliges Gebäude auf dem Nachbargrundstück –, weiß er, wen er auf Vorsichtsmaßnahmen in Anspruch nehmen oder an wem er sich schadlos halten kann. Das deutsche Recht birgt im Vorhinein das Potential zur Schuldnerwirkung in § 1004 BGB, soweit es ausreicht, dass auf Unterlassung haftet, wer die Sache hat.¹⁸⁴ Die Schuldnerwirkung im Nachhinein könnte man, speziell für den Ge-

¹⁷⁸ Die Ersitzung nannte auch schon *Gierke*, Sachenrecht, 1905, 265 f. als eine der Besitzwirkungen. Näher s.o. Kapitel 2 A.I.3 bei Fn. 46 f.

¹⁷⁹ Näher s.u. Kapitel 3 A.II.

¹⁸⁰ Diese Wirkung war auch schon früher bekannt, so z.B. umschrieben von *Mathiaß*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 6. Aufl. 1914, § 154 III, S. 452. Näher s.u. Kapitel 3 B.I.

¹⁸¹ Ob § 851 BGB Ausdruck von Publizität ist, ist strittig. Dagegen *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 305–310. Näher s.u. Kapitel 3 B.II.

¹⁸² Dazu s.u. Kapitel 3 B.I.

¹⁸³ Im Einzelnen s.u. Kapitel 3 C.I. Die Ausnahme bildet § 1248 BGB; hier bedingt die mögliche Verpfändung durch einen Nichtberechtigten eine Forderungswirkung.

¹⁸⁴ Dazu s.u. Kapitel 3 C.I.1.

bäudebesitzer geregelt, in §§ 836 f. BGB finden.¹⁸⁵ Weiter lässt sich bei der Haftung des Tieraufsehers nach § 834 BGB darüber nachdenken, dass die Vorschrift ein Ausdruck der Forderungswirkung ist, weil sie dem Geschädigten unter relativ geringen Anforderungen denjenigen als Schuldner zur Verfügung stellt, der die gefährliche Sache kontrolliert hat. Allgemeiner noch kommen die Verkehrssicherungspflichten im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB in Frage, für die einzuhalten nicht unbedingt der Eigentümer, sondern derjenige haftet, der „aufgrund seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt zur Gefahrsteuerung am besten in der Lage ist“¹⁸⁶. Schließlich ist an die Fiktionen der §§ 1058 und 1248 BGB zu denken, wonach der Besteller des Nießbrauchs bzw. der Verpfänder als Eigentümer gilt.

Bei der Erfüllungs- wie auch der Forderungswirkung verlässt die Publizität den Kernbereich des Sachenrechts. Es geht nicht mehr nur darum, aus dem sachenrechtlichen Grundsatz der Publizität sachenrechtliche Rechtsfolgen herzuleiten, sondern der sachenrechtliche Schein kann zur Grundlage schuldrechtlicher Wirkungen werden. Die knappe Analyse hat gezeigt, dass das deutsche Fahrnisrecht, wenn überhaupt, dann nur wenige Elemente einer Forderungswirkung der Publizität kennt. Die Analyse hat aber auch Hinweise darauf gegeben, dass durchaus eine Rechtsordnung vorstellbar ist, deren Fahrnisrecht Verkehrserleichterungen für Forderungen bietet. Wer skizzieren will, was ein von Publizität durchzogenes Fahrnisrecht leisten kann, muss zu den Gutgläubenswirkungen auch diese hinzuzählen.

Hingewiesen sei noch auf die Doppelnatur von gutgläubigem Erwerb und Ersitzung. Einerseits sind die beiden Einrichtungen nämlich tatsächlich Ausdruck der Gutgläubenswirkung: Der gutgläubige Erwerber schließt vom Besitz des Veräußerers¹⁸⁷ auf dessen Recht und wird belohnt; der gutgläubige Ersitzer schließt von seinem Besitz auf sein Recht und wird belohnt.¹⁸⁸ Andererseits stellen gutgläubiger Erwerb und Ersitzung wiederum einen Gleichlauf von Zeichen und Recht her, weil mit dem Erwerbsakt das Zeichen richtig wird.¹⁸⁹ Wo die Ersitzung unabhängig vom guten Glauben stattfindet, wie z.B. im französischen Recht für Grundstücke nach Art. 2272 Cc, ist sie allein auf die Herstellung von Publizität beschränkt.¹⁹⁰

¹⁸⁵ Auch *Gierke*, Sachenrecht, 1905, § 116, S. 266 Fn. 90 nennt die §§ 836–838 [sic!] BGB als Besitzwirkungen, fasst den Begriff aber noch deutlich weiter als hier Publizitätswirkungen verstanden werden, näher s.o. Kapitel 2 A.I.3 sowie u. Kapitel 2 D.I.5.

¹⁸⁶ *Wagner*, in: MünchKommBGB 2020, § 823 BGB, Rn. 462.

¹⁸⁷ Das ist allerdings zu grob gesagt. Näher s.u. Kapitel 3 A.I.

¹⁸⁸ Näher s.u. Kapitel 3 A.II.

¹⁸⁹ Näher zu diesem Mechanismus s.u. Kapitel 2 D.II.3. und Kapitel 4 D.II.

¹⁹⁰ Das gilt allerdings nur, soweit man unter Publizität eine beschränkte versteht. Wer unter Publizität auch die vollkommene fassen will (dazu s.o. Kapitel 2 C.II.2), muss Art. 2272 Cc ebenfalls als eine Vorschrift mit Doppelnatur einordnen.

3. Vermutungswirkung

Die vierte, bereits anerkannte sogenannte Vermutungswirkung¹⁹¹ der Publizität liegt auf prozessualer Ebene: Sie erleichtert im Prozess den Beweis dafür, dass der Inhaber des Zeichens auch der Rechtsinhaber ist. Im Grundstücksrecht ist sie zugunsten und zulasten des Eingetragenen in § 891 BGB umgesetzt; für das Fahrnisrecht gilt sie gemäß § 1006 BGB nur zugunsten des Besitzers.¹⁹² Sie greift auch dort, wo das Recht keine materiellen Publizitätswirkungen vorsieht.

Die materielle und prozessuale Publizitätswirkung können durchaus nebeneinander bestehen. Zum Beispiel hat Urlauberin U den Sommer unerlaubt über im Ferienhaus des Eigentümers E gewohnt, an dessen Ende Bucheigentümer B sie dort ertappt und auf Nutzungsersatz in Anspruch genommen hat. Erfährt E von Us Aufenthalt und fordert sie erneut auf zu zahlen, kann sie sich mit zwei Publizitätsvorschriften zur Wehr setzen: Erstens kann sie prozessual die Vermutung nach § 891 Abs. 1 BGB geltend machen, B sei eingetragen und gelte daher als Eigentümer; in der Folge muss E beweisen, dass er und nicht B wahrer Eigentümer des Grundstücks ist, damit er seinen Anspruch vor Gericht durchsetzen kann. Zweitens kann sie sich materiell auf § 893 Var. 1 BGB berufen und E an B verweisen; E kann das nur verhindern, indem er auf einen Widerspruch im Grundbuch hinweist oder darlegt, warum U von Bs Nichtberechtigung wusste. Genauso kann sich jemand gegenüber einem Anspruch aus § 985 BGB nebeneinander auf eine Ersitzung oder einen gutgläubigen Erwerb und § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB berufen.¹⁹³

4. Vollstreckungswirkung

Schließlich kann Publizität fünftens Gläubiger bei der Vollstreckung schützen. So fordert § 808 Abs. 1 ZPO nicht, dass der Gerichtsvollzieher bei der Pfändung beweglicher Sachen in eine Eigentumsprüfung eintrete, sondern es genügt, wenn sich die Sachen im Gewahrsam des Schuldners befinden. Will nun ein Dritter ihm zustehende Sachen aus der Pfändung befreien, muss er eines der Verfahren in §§ 771 ff. ZPO beginnen. Auch § 17 Abs. 1 ZVG stützt die Zwangsversteigerung nicht auf das Eigentum am Grundstück, sondern verlangt bloß, dass der Schuldner als Eigentümer eingetragen ist;¹⁹⁴ umgekehrt muss die Vollstreckung gemäß § 28 Abs. 1 ZVG eingestellt werden, sobald ihr entgegenstehende Rechte aus dem Grundbuch ersichtlich sind. Dieser Begünstigung des Anscheins kann man nicht etwa mit *Lieder* entgegensetzen, dass die Vollstreckungsgrundlage des ungesicherten Gläubigers „von Rechts wegen unsi-

¹⁹¹ Näher s.u. Kapitel 3 D.

¹⁹² Näher s.u. Kapitel 3 D.I.1.e).

¹⁹³ A.A. mit guten Gründen *Raff*, in: MünchKommBGB 2023, § 1006 BGB, Rn. 57–61, der die Vorschrift im Vindikationsprozess teleologisch reduzieren will.

¹⁹⁴ Für die Zwangsverwaltung genügt gemäß § 147 Abs. 1 ZVG ausnahmsweise auch der Eigenbesitz.

cher“ sei.¹⁹⁵ Denn ihr Vorteil besteht genau wie der der prozessualen Vermutungswirkung nicht darin, Verhältnisse endgültig anhand der Publizität zu bestimmen. Vielmehr bevorzugt die Publizität insoweit, als sie die Lasten zugunsten des Vollstreckungsgläubigers umkehrt. Der Dritte muss einen Prozess anstrengen; bleibt er untätig, gereicht ihm das zum Nachteil.

Dass die Vollstreckung an den Gewahrsam knüpft, lässt sich nicht allein mit dem Hinweis auf die Formalisierung der Zwangsvollstreckung erklären. Denn die Formalisierung besagt nur, dass die Vollstreckungsorgane weder die Rechtmäßigkeit des Titels noch etwaige Rechte Dritter prüfen dürfen.¹⁹⁶ Der Grund liegt vielmehr in der hinter der Formalisierung liegenden effektiven Vollstreckung: Der Gewahrsam als im Wesentlichen unmittelbare Sachherrschaft ist viel leichter erkennbar als das Eigentum des Vollstreckungsschuldners. Die Lasten so zugunsten des Vollstreckungsgläubigers zu verteilen und damit Dritte ihre Rechte nachgeordnet verteidigen zu lassen, erleichtert die Vollstreckung. Vermutungs- und Vollstreckungswirkung bieten damit parallele Vorteile.¹⁹⁷

5. Weitere Publizitätswirkungen? Fruchterwerb und Behaltenswirkung als Gutglaubenswirkungen

Das Fahrnisrecht mag darüber hinaus noch weitere Publizitätswirkungen kennen. Den Ausgangspunkt der Frage bilden die fünf übrigen der von *Gierke* erörterten neun Besitzwirkungen:¹⁹⁸ (i) der Besitzschutz, (ii) der Anspruch aus früherem Fahrnisbesitz, (iii) der Besitz als dinglich wirksames Verteidigungsmittel bei Rechtsübertragung mittels Abtretung (§ 986 Abs. 2 BGB), (iv) die Gefahrtragung anhand des Besitzwechsels und (v) der Fruchterwerb wegen Besitzes. Um eine Rechtsfolge als Publizitätswirkung einzuordnen, fragt das zuvor eingeführte Kriterium¹⁹⁹ nach einem Rechtsvorteil, der an einen erkennbaren Umstand knüpft und unabhängig von der materiellen Berechtigung der Parteien gilt.

(i) Subsumiert man die Ansprüche der §§ 861 f. BGB wegen Besitzstörung und -entziehung diesem Maßstab, so scheitert die Einordnung als Publizitätswirkung aus zwei Gründen. Erstens geht aus den Ansprüchen nicht hervor, dass es in irgendeiner Weise auf die Erkennbarkeit des Besitzes ankommt, weil für

¹⁹⁵ *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 398 merkt dort an, dass das Traditionsprinzip nicht dem Gläubigerschutz diene.

¹⁹⁶ *Stürner*, ZJP 99 (1986), 291, 315 f.; ebenso (und teils wortgleich) *F. Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 14. Aufl. 2022, Rn. 6.53. Näher s.u. Kapitel 3 E.I.

¹⁹⁷ Für einen Vergleich von § 1006 BGB und §§ 808 f. ZPO s.u. Kapitel 3 E.I.4.

¹⁹⁸ S.o. Kapitel 2 A.I.3 bei Fn. 46 f. Behandelt sind bereits: der Besitz als Rechtsübertragungsmittel, als Legitimationsmittel für den gutgläubigen Erwerb, der Besitz zwecks Ersitzung und die Vermutungswirkung des Fahrnisbesitzes.

¹⁹⁹ S.o. Kapitel 2 D.I.1.

die verbotene Eigenmacht gleichgültig ist, ob der Eindringling mit dem Besitz des anderen rechnet oder rechnen muss. Zweitens geht der gewonnene Rechtsvorteil nicht über die Rückgewinnung des (störungsfreien) Besitzes hinaus; Kerngedanke der Publizitätswirkungen ist aber, dass mit der Wirkung des Zeichens ein Rechtsvorteil verbunden ist, der noch weitergehend wirkt als nur für das Zeichen selbst. Dieser Gedanke ergibt sich aus dem Hinweis auf die „materielle Berechtigung der Parteien“, auf die es ohne Publizitätswirkung gerade ankäme. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, es werde beim Besitzschutz nicht nur das Zeichen zurückerlangt, weil sich der Besitz – anders als der Grundbucheintrag – nicht im Innehaben des Zeichens erschöpfe, sondern tatsächlichen Zugriff auf die Sache erlaube. Eine solche Sicht verliert sich in einer Zeichen-Rechtsvorteil-Rhetorik. Denn wie an den fehlenden Parallelvorschriften zu §§ 861 f. BGB für den Grundbucheintrag zu sehen ist, wird der Besitz nicht an erster Stelle als Zeichen zurückerlangt, sondern als tatsächliche Position, mit der wegen der Doppelfunktion des Besitzes bloß das Zeichen einhergeht. Darauf, dass der Besitz zugleich Zeichen ist, kommt es für den Besitzschutz nicht an.

(ii) Auch der Anspruch aus dem früheren Fahrnisbesitz gemäß § 1007 Abs. 1 BGB ist keine Publizitätswirkung. Zwar enthält er als Einwand die Gutgläubigkeit des neuen Besitzers. Diese wiederum knüpft aber nicht notwendig an die Verbindung von erkennbarem Besitz und Sachenrecht. So ist etwa auch gutgläubig, wer nur an die Vertretungsmacht desjenigen glaubt, von dem er den Besitz erlangt hat.²⁰⁰ Beim Rechtsvorteil liegt es so wie beim Besitzschutz: In der Rechtsfolge erhält der Anspruchsteller bloß den Besitz zurück; das genügt nicht für eine Publizitätswirkung.

(iii) Zwar ordnet *Gierke* den gegenwärtigen Fahrnisbesitz als „Verteidigungsmittel gegen den Herausgabeanspruch“ ein.²⁰¹ Tatsächlich ist es aber nicht der Besitz, sondern das Besitzrecht des obligatorisch Berechtigten, auf dem die Einwendung nach § 986 Abs. 2 BGB fußt.²⁰² Der Besitz ist hier nur Grundlage dafür, potentiell den Nachteil zu erleiden, die Sache herausgeben zu müssen. Weil schon keine Besitzwirkung besteht, ist eine Publizitätswirkung ausgeschlossen.

(iv) Die am Besitz ausgerichtete Gefahrtragung gemäß § 446 BGB ist ebenfalls keine Publizitätswirkung. Zwar geht die Rechtsfolge über den Besitz hinaus, weil sie die zufällige Verschlechterung und den Untergang der ganzen Sache regelt, also auch Auswirkungen auf dingliche Rechte. Allerdings ist sie keine besondere Folge des erkennbaren Besitz(wechsels), sondern regelt standardmäßig die vertragliche Risikoverteilung. Denn erstens sehen die §§ 447,

²⁰⁰ Beispiel nach *Thole*, in: Staudinger BGB 2023, § 1007 BGB, Rn. 22.

²⁰¹ *Gierke*, Sachenrecht, 1905, § 116, S. 261.

²⁰² Der beschränkt dinglich Berechtigte verliert sein Recht nicht gemäß § 936 Abs. 3 BGB.

475 Abs. 2 BGB in Teilbereichen abweichende Regeln vor, die nicht nur an den Besitzübergang zwischen den Parteien knüpfen, sondern auch Dritte und eine etwaige Parteivereinbarung einbeziehen; zweitens kommt es auch im Fall des § 446 BGB gar nicht notwendig auf irgendeine Übergabe an, sondern es genügt gemäß Satz 3 der Annahmeverzug, um den Gefahrübergang auszulösen. Ließe sich also zwar der § 446 S. 1 BGB isoliert als Publizitätswirkung zugunsten des Verkäufers lesen (Rechtsvorteil der Zufallsenthaftung, sobald sie in den Händen des Käufers liegt), so bleibt die Vorschrift ihrem Zweck nach eine der vertraglichen Risikoverteilung, wie sich an ihren sonstigen Varianten und ihrer Abdingbarkeit zeigt.²⁰³

(v) Im Gegensatz zu den bisher diskutierten Besitzwirkungen lässt sich der Fruchterwerb durch den Nichtberechtigten gemäß §§ 955, 957 BGB bei knapper Diskussion²⁰⁴ als eine Publizitätswirkung einordnen. § 955 BGB bildet dabei eine Parallele zur Ersitzung: Der Fruchterwerber vertraut auf den Anschein seines Besitzes an der Muttersache (Abs. 1 S. 1, Abs. 2) und erhält deshalb den Vorteil, Eigentümer ihrer Früchte zu werden. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal zur Ersitzung ist der sofortige Erwerb anstatt erst nach Ablauf der Zehnjahresfrist. § 957 BGB funktioniert wie der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten.²⁰⁵ Der Fruchterwerber vertraut auf den Anschein der Berechtigung desjenigen, der ihm die Muttersache überlässt (Var. 1) oder der die Muttersache selbst besitzt und die Aneignung der Früchte gestattet (Var. 2). Die Lesart der zweiten Variante ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Vorschrift, sondern soll auf eine Auslegung parallel zu § 932 Abs. 1 S. 2 BGB zurückzuführen sein, wonach der gutgläubige Erwerb des bereits Besitzenden nur dann greift, wenn er die Sache zuvor vom nichtberechtigten Veräußerer erhalten hatte.²⁰⁶ Einzuordnen sind die beiden Varianten des Fruchterwerbs damit wie gutgläubiger Erwerb und Ersitzung unter der Erwerbswirkung der Publizität. Auch ihnen kommt die Doppelnatur zu, dass sie nicht nur Publizitätswirkung sind, sondern auch Publizität herstellen.²⁰⁷ Weil der Erwerb in §§ 955, 957 Var. 1 BGB wegen der Herausgabeansprüche nach §§ 987, 988,

²⁰³ Den Grundgedanken des § 446 BGB beschreibt *Westermann*, in: MünchKommBGB 2019, § 446 BGB, Rn. 1 so, dass wer die tatsächliche Sachherrschaft übernommen habe, das Risiko der Sache und ihre Lasten tragen, umgekehrt aber auch den Nutzen haben solle. Hierin liegt ebenfalls keine Publizitätswirkung.

²⁰⁴ Ausführlich s.u. Kapitel 3 A.IV.1.

²⁰⁵ *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 957 BGB, Rn. 3 beschreibt die Vorschrift denn auch als Sonderfall des gutgläubigen Erwerbs nach § 932 BGB.

²⁰⁶ Im Ergebnis ebenso die ganz h.M., s. nur *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 957 BGB, Rn. 3 m.w.N., der allerdings nur mit dem Besitz argumentiert und das Argument des § 932 Abs. 1 S. 2 BGB auf den Fall beschränkt, in dem der Besitz an der Muttersache dem Fruchterwerber bereits vor der Berechtigung überlassen worden ist (Rn. 4). Zum hiesigen Widerspruch gegen diese enge Sicht der Rechtsscheingrundlage s.u. Kapitel 3 A.IV.1.c).

²⁰⁷ Näher s.u. Kapitel 4 D.II.1.

990, 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB aber nur vorläufig ist, enthalten sie die mit der Erwerbswirkung typischerweise verbundene Behaltenswirkung erst unter den weiteren Voraussetzungen des § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB. Zugleich findet sich damit in § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB noch eine reine Behaltenswirkung, die bei Gebrauchsvorteilen und mittelbaren Sachfrüchten zu tragen kommt.²⁰⁸

In einer Fußnote schließlich verzeichnet *Gierke* noch weitere Besitzwirkungen:²⁰⁹ (vi) den Fortlauf der Verjährung dinglicher Ansprüche zugunsten des Besitznachfolgers gemäß § 198 BGB (§ 221 BGB a.F.), (vii) das Ablösungsrecht des Besitzers gemäß § 268 Abs. 1 S. 2 BGB, (viii) die Passivlegitimation im Falle des § 985 BGB, (ix) im Liegenschaftsrecht die „dingliche Befestigung“ von Miete und Pacht gemäß §§ 566 Abs. 1, 578, 581 Abs. 2 BGB.²¹⁰

Keine dieser weiteren Besitzwirkungen lässt sich als eine der Publizität einordnen. (vi) Der Verjährungsfortlauf zugunsten des Besitznachfolgers unterstützt zwar den Rechtsvorteil, dass dingliche Ansprüche gegen den Besitzer irgendwann nicht mehr durchsetzbar sind. Der Vorteil der Zeitanrechnung ist aber immer nur an den Besitz geknüpft; er würde sonst nicht aus einer dinglichen Berechtigung folgen. Auch wird infolge der Verjährung keine dingliche Berechtigung erworben, sondern es fallen nur Recht und Besitz dauerhaft auseinander. (vii) Zweck des Ablösungsrechts ist, den berechtigten Besitz zu erhalten, indem der Besitzer die Forderung des Gläubigers begleicht.²¹¹ Etwas über den bestehenden Besitz und die Rechte an ihm Hinausgehendes gewinnt der Ablösende nicht. (viii) Gegenüber dem Herausgabeanspruch passivlegitimiert zu sein, ist kein rechtlicher Vorteil. (ix) Gemäß §§ 566 Abs. 1, 578, 581 Abs. 2 BGB wirkt das Miet- oder Pachtverhältnis insoweit dinglich²¹², als es sich gegenüber dem Sonderrechtsnachfolger fortsetzt. Zwar ist Voraussetzung dieses Rechts der erkennbare Besitz, weil es nur besteht, wenn die Sache dem Mieter überlassen ist, § 566 Abs. 1 BGB. Allerdings wirkt im Übergang der Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis gerade das Mietrecht selbst und nicht der Besitz anstelle eines (dinglichen) Mietrechts, das in Wirklichkeit nicht (so) besteht. Erst Letzteres wäre aber eine Publizitätswirkung. Das Mietrecht selbst wirkt wie ein erweiterter § 986 Abs. 2 BGB.²¹³

²⁰⁸ Näher s.u. Kapitel 3 A.IV.1.b).

²⁰⁹ *Gierke*, Sachenrecht, 1905, § 116, S. 266 Fn. 90.

²¹⁰ Als letztes nennt *Gierke* die Haftung für Gebäudeeinsturz gemäß §§ 836–838 BGB. Dazu s. bereits o. Kapitel 2 D.I.2 bei Fn. 184.

²¹¹ *Krüger*, in: MünchKommBGB 2022, § 268 BGB, Rn. 8.

²¹² Gegen diese Bezeichnung: *Häublein*, in: MünchKommBGB 2023, § 566 BGB, Rn. 3 unter Verweis auf *Wieling*, in: GS Sonnenschein 2003, 201, der sich aber genau dafür ausspricht.

²¹³ Zum Verhältnis der beiden Vorschriften s. *Häublein*, in: MünchKommBGB 2023, § 566 BGB, Rn. 2 f.

6. Zusammenfassung: Fünf Wirkungen der Publizität

Die neuere deutsche Lehre kennt, ausgehend von *Fritz Baur*, drei Publizitätswirkungen: Übertragungs-, Gutgläubens- und Vermutungswirkung. Sie bezeichnet damit manche Wirkungen, die Besitz und Grundbucheintrag gemeinsam sind. Indes entspricht es eher dem Wortsinn von Publizität²¹⁴, unter Publizitätswirkung jeden Rechtsvorteil zu verstehen, der an einen erkennbaren Umstand (Besitz oder Bucheintrag) knüpft und unabhängig von der materiellen Berechtigung der Parteien gilt. Hierdurch verschiebt sich der Bereich der Besitz- und Grundbuchwirkungen, die als Publizitätswirkungen einzuordnen sind:

Die sogenannte Übertragungswirkung des Besitzes erklärt sich so als Mechanismus, um eine möglichst wirksame Publizität erst herzustellen; als Publizitätswirkung kann sie nicht gelten. Die Gutgläubenswirkung besteht nicht nur aus dem gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten, sondern auch der Ersitzung und dem Fruchterwerb – typischerweise jeweils einschließlich Behaltensrecht –, einer Erfüllungswirkung bei Leistung an den Rechtsscheinbegünstigten sowie potentiell einer Forderungswirkung unter anderem gegenüber dem, dem eine gefährliche Sache zugeordnet ist (ein Gebäude oder ein Tier) und von dem der Bedrohte, ohne das tatsächliche Recht des anderen zu kennen, Unterlassung oder Schadensersatz verlangen könnte, wenn man denn an das Sachenrecht statt an Gefahrbeherrschung knüpfte. Gutgläubiger (Frucht-)Erwerb und Ersitzung zeichnen sich zudem doppelt aus als Publizitätswirkung und als Herstellungsmechanismus, weil sie einerseits an einen Rechtsschein knüpfen, andererseits selbst wieder einen Rechtsschein erzeugen, wenn sie gelingen. Weiter findet sich im Anschluss an die Literatur die Vermutungswirkung. Schließlich kommt die Vollstreckungswirkung hinzu, nach der die Vollstreckung nicht an das Recht selbst, sondern dessen Anschein knüpft und dem Vollstreckungsgläubiger einen ähnlichen Vorteil schafft wie im Prozess dem (Buch-)Besitzer. Damit kennt die Publizität fünf Wirkungen:

- 1) Erwerbswirkung
- 2) Erfüllungswirkung
- 3) Forderungswirkung
- 4) Vermutungswirkung
- 5) Vollstreckungswirkung

Zwei strukturelle Parallelen zwischen den Publizitätswirkungen seien hier noch herausgestellt: Die ersten drei Wirkungen sind solche, die eine materielle Nichtberechtigung voraussetzen – in der Mehrzahl des Gegenübers, bei Ersitzung und Fruchterwerb des Eigenbesitzers aber auch des Begünstigten selbst. Der Rechtsvorteil besteht in der Veränderung der materiellen Rechtslage *gegen* den wirklich Berechtigten. Bei der Vermutungs- und Vollstreckungswirkung

²¹⁴ Zu dessen Verständnis s.o. Kapitel 2 B.

allerdings besteht der Rechtsvorteil darin, dass die Frage nach der Berechtigung zunächst keine Rolle spielt, bis nämlich der Berechtigte sein Recht beweist. Insofern bietet sich noch eine übergeordnete Strukturierung der Wirkungen an: Die ersten drei lassen sich als die Gutglaubenswirkungen zusammenfassen,²¹⁵ die sich in dreierlei Ausprägung zeigen. Die letzten beiden Wirkungen lassen sich unter dem Begriff der „Umkehrungswirkungen“ vereinigen. Denn sie kehren die gewöhnliche Lastenverteilung im Verfahrensrecht um, wonach eine Partei immer das für sie Günstige darlegen muss.²¹⁶ Sobald nämlich eine leichter zu erreichende Voraussetzung erfüllt ist, verschiebt sich die Darlegungslast auf die benachteiligte Partei.

In diesem Abschnitt über die Publizitätswirkungen sollte nicht abschließend behauptet werden, dass das deutsche Recht Publizitätswirkungen in der vorgestellten Form kenne. Zwar sind die vorstehenden Überlegungen zu den Publizitätswirkungen am deutschen Recht ausgerichtet. Sie sind aber hier noch nicht im Einzelnen begründet. Dieser Abschnitt sollte nur zeigen, dass die vorgestellten Wirkungen als solche der Publizität verstanden werden können. Die genaue Untersuchung bleibt dem dritten Kapitel über die Publizitätswirkungen vorbehalten.

II. Die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen

Das Zeichen entscheidet maßgeblich darüber, wie gut die Publizitätswirkungen gerechtfertigt sind. Im Liegenschaftsrecht ist dieses Zeichen der Grundbucheintrag; im Fahrnisrecht ist es der Besitz.²¹⁷ Wie gut das Zeichen die Publizitätswirkungen rechtfertigt, lässt sich wiederum in drei Elemente aufschlüsseln: die Erkennbarkeit des Zeichens selbst, dessen Eindeutigkeit und die Herstellung von Publizität durch den Gleichlauf von Zeichen und Recht.²¹⁸ Eine Untersuchung im Einzelnen folgt im vierten Kapitel über die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen; hier soll nur ein Überblick stehen.

1. Die Erkennbarkeit des Zeichens

Je leichter ein Zeichen erkennbar ist, desto günstiger ist das für die Publizitätswirkungen. Wenn beispielsweise B Bucheigentümer des Flurstücks 123 ist, kann Holzfäller H, der ins Grundbuch schaut, sofort erkennen, dass B als Eigentümer dieses Flurstücks gilt und er deshalb nach § 893 Var. 1 BGB befreiend an B leisten kann für den Baum, den er kürzlich darauf gefällt hat. Dabei ist es gleichgültig, ob nicht in Wahrheit dem E das Grundstück gehört. Das

²¹⁵ Zur Ausnahme des § 950 BGB s.u. Kapitel 3 A.III.1.d)dd) in Fn. 335.

²¹⁶ Für den Zivilprozess: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 116 Rn. 9.

²¹⁷ *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 4 Rn. 9.

²¹⁸ Bereits von *Wilmowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1996, 153 spricht davon, sachenrechtliche Publizität herzustellen.

Nachsehen hat H wegen § 95 Abs. 1 S. 1 BGB nur dann, wenn der Mieter M den Baum dort eingepflanzt hatte in dem Willen, ihn später wieder mitzunehmen, weil damit der Baum nur Scheinbestandteil war und § 893 Var. 1 BGB nicht greift.

Wenn H nun die Speichen eines am Straßenrand stehenden Fahrrads beschädigte, weiß er nicht sicher, ob er trotz § 851 BGB später noch einmal in Anspruch genommen werden kann, nachdem er dem schlaunen S als Schadensersatz 100 Euro gezahlt hat, der sofort aus seinem Haus stürmte und die Zerstörung „seines“ Rads beklagte.

Die Beispielsfälle unterscheiden sich darin, dass H im ersten Fall direkt aus dem Grundbuch ablesen kann, wer der richtige Gläubiger für ihn ist. Abgesehen vom (kleinen) Risiko des § 95 BGB ist eindeutig, an wen er befreiend zahlen kann. Anders hingegen liegt es im zweiten Fall. Besitzer ist nicht unbedingt derjenige, der gerade auf dem Fahrrad sitzt, sondern der Besitzbegriff verläuft bekanntlich anders.²¹⁹ Der Besitzer des Fahrrads am Straßenrand ist damit nicht ohne weiteres zu erkennen. H hat Grund, dem S zu misstrauen, weil er dessen Besitz nicht sehen kann. War das Fahrrad abgeschlossen, kann S vielleicht den Schlüssel herbeibringen und dadurch seinen Besitz zumindest plausibilisieren. Vielleicht war es aber auch das Rad seines Bruders (dann wäre S bei Beschädigung auch ohne Besitz gewesen), und er hat nur dessen Schlüssel mitgebracht; oder es war sein Dienstfahrrad und S damit trotz eigener Gewalt nur Besitzdiener. Die Erklärungen dafür, wer Besitzer ist, sind vielfältig.²²⁰

Die Beispielsfälle zeigen, dass auf das Publizitätszeichen umso eher Verlass ist, je leichter es zu erkennen ist. So wäre es für den Fahrradfall zuträglich, würde stets als Besitzer gelten, wer den Schlüssel für das Fahrrad hat, weil H dann auch geschützt wäre, wenn die Erklärung über das Dienstfahrrad oder den Bruder zuträfe.

Im besten Fall ist das Publizitätszeichen dritthöfentlich. Damit ist gemeint, dass jeder betroffene Dritte von außen auf das Zeichen blicken, es als solches erkennen und jemandem zuordnen kann. „Dritthöfentlichkeit“ versteht sich enger als reine Öffentlichkeit, wie sie oben²²¹ Gegenstand war: Sie verlangt nicht allgemeine Bekanntheit, sondern nur dass jeder Dritte, der vom konkreten sachenrechtlichen Zustand betroffen sein kann, diesen zu erkennen vermag. Diese Art von Erkennbarkeit soll sich nicht nur auf den jeweiligen Rechtsinhaber oder die an einem dinglichen Rechtsgeschäft Beteiligten erstrecken.

Das Grundbuchrecht setzt Dritthöfentlichkeit musterhaft um: Nach § 12 Abs. 1 S. 1 GBO ist jedem mit berechtigtem Interesse die Einsicht in das

²¹⁹ S. etwa *Gutzeit*, in: Staudinger BGB 2018, Vorbem zu §§ 854–872 BGB, Rn. 34–36.

²²⁰ Näher zu den Erkennbarkeitsproblemen im Rahmen des § 851 BGB s.u. Kapitel 4 B.II.1.

²²¹ S.o. Kapitel 2 A.I.

Grundbuch gestattet. Der Eintrag an sich ist damit dritthöfentlich²²² (im Grundbuch steht etwas von einem Sachenrecht), und es ist dritthöfentlich, wem er zugeordnet ist (der Eintrag enthält einen Namen). Im Fahrnisrecht sollte das Publizitätszeichen Besitz also möglichst so gefasst sein, dass ohne rechtliche Analyse festgestellt werden kann, dass Besitz besteht, und – in einer Rechtsordnung nahezu ohne herrenlose Sachen viel wichtiger – wer Besitzer ist.

Quantz führt hinsichtlich der Erkennbarkeit zwei Unterscheidungen ein: einerseits zwischen andauernder Zustands- und punktueller Handlungspublizität, andererseits zwischen Erkennbarkeit im Vorhinein und Beweisbarkeit oder Manifestation im Nachhinein.²²³ Als Beispiele für die eine Unterscheidung nennt er den bestehenden Besitz als andauernd und die Übergabe als punktuell öffentlich.

Das hier skizzierte Ideal der Dritthöflichkeit fällt in die Kategorie, die *Quantz* als Zustandspublizität bezeichnet: Das ständig sichtbare Publizitätszeichen soll den betroffenen Dritten über die Rechtslage aufklären. Gewiss kann ein Zustand auch dann noch publik sein, wenn er nicht ohne weiteres zu erkennen ist – in diesem Fall ist die Publizität geschwächt. Die Handlungspublizität hingegen dehnt den Begriff der sachenrechtlichen Publizität weit aus: Eine Handlung kann zwar dritthöfentlich sein, aber sie ist es dann doch nur für einen Augenblick, und wer diesen nicht erlebt, kann sich nicht darauf stützen. Vollständig verwässert der Publizitätsbegriff, nimmt man auch diejenigen Akte mit auf, die nicht ohne weiteres erkennbar sind. Denn damit erklärte man jeden bloßen äußeren Akt für publik. Die Grundidee der Publizität, nämlich an zuverlässig Sichtbares besonderes Vertrauen zu knüpfen, wäre in die Widersinnigkeit geführt, wollte man beispielsweise einen Grundbucheintrag und die Einigung zum Eigentumsübergang nach § 930 BGB gleichermaßen als Ausdruck von Publizität verstehen.²²⁴

Nützlicher als auch einzelne Akte unter „Handlungspublizität“ zu fassen, ist daher *Quantz*’ andere Unterscheidung zwischen Erkennbarkeit im Vorhinein und bloßer Manifestation im Nachhinein. Während die Manifestation nur der Anhaltspunkt dafür ist, dass später etwas nachgewiesen werden kann, dient die Erkennbarkeit im Vorhinein unmittelbar dazu, im Verkehr eine Vertrauensgrundlage zu schaffen, bevor eine Partei handelt.

Ist das Zeichen nicht dritthöfentlich, so kann es für die Rechtfertigung der konkreten Publizitätswirkung allerdings genügen, wenn der Begünstigte das Zeichen im Moment des Rechtsvorteils erkennen kann.²²⁵

²²² Und zwar mit der Einschränkung, dass der Einsehende ein berechtigtes Interesse „rechtlicher, wirtschaftlicher, tatsächlicher, öffentlicher oder wissenschaftlicher Natur“ haben muss, was in Bezug auf die diskutierten Publizitätsfunktionen stets gegeben sein wird, s. *Wilsch*, in: BeckOK GBO 01.11.2023, § 12 GBO, Rn. 3. Zur geschichtlichen Entwicklung dieses Erfordernisses s.o. Kapitel 2 A.II.3 bei Fn. 80. Weiter geht die Einsichtsbefugnis heute z.B. im Handelsregister, das gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 HGB jedem Einsicht gewährt.

²²³ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 30–33.

²²⁴ Dieses Problem kennt speziell die Besitzdienerschaft, für die die Gerichte ein erkennbares soziales Abhängigkeitsverhältnis fordern, näher s.u. Kapitel 4 A.I.3.a)dd).

²²⁵ Näher s.u. Kapitel 4 B.

2. Die Eindeutigkeit des Zeichens

Um Publizität möglichst zuverlässig zu machen, muss das Zeichen das betreffende Sachenrecht eindeutig bezeichnen.²²⁶ Dabei geht es nicht darum, dass der Besitzer auch etwa Mieter, Pächter, Entleiher, Beauftragter oder Verwahrer sein kann – in diesen Fällen soll die Publizität ebenfalls schützen, und die Publizität wäre gerade der Gutglaubenswirkungen beraubt, würde sie nicht in solchen Fällen gelten, wo Besitz und Recht auseinanderfallen. Stattdessen sollte unter mehreren Sachenrechten wie Eigentum, Pfandrecht, Nießbrauch oder Anwartschaft eindeutig sein, welches bezeichnet ist.

Wieder kann das Grundbuch als Vorbild dienen: Dort steht schlicht, welches Recht jemandem zusteht. Im deutschen Fahrnisrecht gibt das Zeichen Besitz unmittelbar keinen Aufschluss darüber, welches Sachenrecht dahintersteht. Hinzukommen kann aber die Äußerung des Besitzers, er habe dieses oder jenes Recht inne. Hier fragt sich, inwieweit solche externen Umstände für die Publizität zulässig und inwieweit sie erkennbar sind.²²⁷

3. Der Gleichlauf von Zeichen und Recht durch die sogenannte Übertragungswirkung

Schließlich hängt der Erfolg des Publizitätsschutzes wesentlich von dem ab, was die herrschende Literatur²²⁸ als Übertragungswirkung bezeichnet: dass Zeichen und Recht im Regelfall übereinstimmen.²²⁹ Denn die Schutzwirkungen der Publizität rechtfertigen sich wesentlich gerade daraus, dass im Regelfall etwa der Bucheigentümer auch wahrer Eigentümer der Liegenschaft oder der Besitzer auch Eigentümer der Fahrnis ist.²³⁰ So sehen denn auch die Motive in der notwendigen Übergabe beim Eigentumserwerb ein Mittel, das „Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum thunlichst [zu] verhüten“²³¹. Zwar wird diese Fundstelle doppelt abgeschwächt: zum einen, indem bereits die Motive anerkennen, dass es bei Fahrnis im Gegensatz zu Liegenschaften „sehr häufig vorkommen [wird], daß ein Inhaber, welcher nicht Eigenthümer ist, sich in der Lage befindet, tradiren zu können“²³²; zum anderen, weil die 2. Kommission den „wesentlichen Zweck der Uebergabe“ beim Eigentumserwerb dahin verschob, „durch die Uebergabe den ernstlichen Willen festzustellen, daß eine dingliche Wirkung beabsichtigt sei“²³³, weil sich das *constitutum possessorium*

²²⁶ Näher s.u. Kapitel 4 C.

²²⁷ Dazu s.u. Kapitel 4 C.I.

²²⁸ S.o. Fn. 168.

²²⁹ Näher s.u. Kapitel 4 D.II.

²³⁰ Quantz, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 30, sieht den Zweck des § 873 BGB darin, den Grundbucheintrag zuverlässiger zu machen.

²³¹ Motive III, 333.

²³² Motive III, 347 f.

²³³ Protokolle III, 3681.

andernfalls nicht erklären ließ. Liegt der Zweck der Übergabe damit zwar anders als von der 1. Kommission beabsichtigt, entfällt so allerdings noch nicht, dass mit der Übergabe der Sache zwecks Rechtsübertragung genau der gewünschte Gleichlauf von Zeichen und Recht einhergeht.²³⁴

Freilich wäre ein Rechtssystem denkbar, das Publizitätswirkungen unabhängig von dem Bestreben enthält, dass Zeichen und Bezeichnetes gleichlaufen – Eintragung oder Besitz einerseits und Sachenrecht andererseits. Ein solches System birgt jedoch einen viel größeren Aufwand, die Publizitätswirkungen zu begründen: Denn warum sollte etwa der Widerstreit zwischen Bestands- und Verkehrsinteresse zugunsten des Letzteren entschieden werden, wenn ein Erwerber doch ohnehin in aller Regel nicht auf das Veräußerungsrecht seines Gegenübers zählen darf? Wieso trägt der wahre Berechtigte nach vermeintlicher Erfüllung das Insolvenzrisiko eines dritten Zeichenträgers (§ 816 Abs. 2 BGB), wo der Schuldner doch nicht mit der Berechtigung des Dritten rechnen konnte, nur weil dieser die Sache besaß? Warum darf eine Prozesspartei sich auf einem vermeintlichen Recht ausruhen, das ihr wahrscheinlich ohnehin nicht zusteht? Weshalb darf der Staat auf der Grundlage von einem Zeichen die Vollstreckung einleiten, wenn doch ohnehin die große Aussicht besteht, dass er in die Rechte eines anderen eingreift und die Vollstreckung aufzuheben ist? All diese Fragen vermeidet ein möglichst großer Gleichlauf von Zeichen und Recht. Denn er rechtfertigt die Publizitätswirkungen damit, dass ihr Eingreifen eben nur die Ausnahme bildet.

Zuvörderst kann das Gesetz den Gleichlauf herstellen, indem es die Verkehrsteilnehmer zwingt, zusammen mit dem Recht stets auch das Zeichen zu übertragen.²³⁵ Das zeigen etwa die Vorschriften der §§ 873 Abs. 1 Var. 1, 929 S. 1 BGB, wonach ohne Eintragung oder ohne Übergabe die Übereignung nicht wirksam ist. Zeichenübertragung ist darin notwendige Bedingung der Rechtsübertragung. Je mehr Ausnahmen das Gesetz zulässt – z.B. die Doppelung des Zeichens in § 930 BGB²³⁶ –, umso schwächer wird die normativ rechtfertigende Wirkung der Parallelität. Eine schwächere normative Rechtfertigung bedeutet, dass der Blick ins Gesetz nicht mehr genügt, um die Parallelität von Zeichen und Recht zu unterstellen.

²³⁴ *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 400 sieht hierin einen „nicht unwillkommenen Rechtsreflex“.

²³⁵ So für das Liegenschaftsrecht bereits festgehalten in Motive III, 17: „Allein dieser Uebelstand [daß für denjenigen, welcher dem Glauben des Buches gefolgt ist, ein anderer Rechtsstand des Grundstückes gilt als für die sonstigen Beteiligten] wird gehoben oder doch wesentlich abgeschwächt, wenn man die Buchführung für den Rechtserwerb selbst verwertet, so zwar, daß derselbe in den praktisch wichtigsten Fällen, also namentlich in den Fällen der Eigentumsübertragung und der Hypothekenbestellung, von der Eintragung abhängig gemacht wird (Eintragungsprinzip).“ In diese Richtung für das Fahrnisrecht: *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 576.

²³⁶ Näher s.u. Kapitel 4 D.II.2.a).

Was normativ fehlt, kann aber das tatsächliche Verhalten im Verkehr ausgleichen: Nutzen die Verkehrsteilnehmer die Ausnahmegesetze praktisch nicht, z.B. weil sie derer nicht bedürfen oder die nachteiligen Folgen der fehlenden Gutgläubenswirkung zu sehr fürchten (wie den fehlenden gutgläubigen Erwerb ohne Übergabe in § 933 BGB), so rechtfertigen sich die Publizitätswirkungen zwar nicht mehr normativ, aber doch ontologisch, also dadurch, wie das Recht tatsächlich gebraucht wird. In der Untersuchung sind zwei Ansätze möglich: Einmal ließen sich, soweit verfügbar, Statistiken betrachten, inwieweit Zeichen und Recht systematisch auseinanderfallen – etwa die Leasingquote von Neuwagen.²³⁷ Zum zweiten – und gröber – lässt sich am Gesetz abschätzen, welche wirtschaftlichen Vorteile den Parteien das Auseinanderfallen von Zeichen und Recht bietet²³⁸ und wie hoch daher der Anreiz beispielsweise zur Sicherungsübereignung nach § 930 BGB ist, obwohl der Sicherungsnehmer damit rechnen muss, das Sicherungseigentum nicht zu erwerben.

4. Zusammenfassung: Mechanismen nicht zwingend, um Publizität herzustellen

Bestenfalls ist Publizität verwirklicht durch ein Zeichen, das für jeden Betroffenen erkennbar und damit dritthöfentlich ist und das einschlägige Sachenrecht eindeutig bezeichnet. Außerdem sind die Publizitätswirkungen bestenfalls dadurch gerechtfertigt, dass Zeichen und Recht in aller Regel parallel laufen, also beispielsweise Besitzer und Eigentümer dieselbe Person sind. Dass eine Publizitätswirkung eingreift, bildet so nur den Ausnahmefall. Diese Parallelität lässt sich gesetzlich fördern, indem Übertragungstatbestände stets vorschreiben, dass es notwendige Bedingung ist, das Zeichen zu übertragen, um auch das Recht zu übertragen.

Bei aller Rede von Erkennbarkeit, Eindeutigkeit und Gleichlauf als Idealen, um Publizität zu gewährleisten, darf man dieses nicht übersehen: Jedem Gesetzgeber steht es frei, Publizitätswirkungen einzuführen, die an ein Zeichen knüpfen, das weder erkennbar noch eindeutig ist noch mit dem bezeichneten Recht einhergehen muss. Mit anderen Worten ist eine Rechtsordnung denkbar, die Publizitätswirkungen kennt, ohne sich um eine glaubhafte Grundlage zu sorgen. Allerdings muss sich diese Rechtsordnung sämtliche oben²³⁹ skizzierten Einwände entgegenhalten lassen, die z.B. danach fragen, warum der Verkehrsschutz gegenüber dem Bestandsschutz überwiegen soll, wo doch der Ver-

²³⁷ Dazu s. bereits o. Kapitel 1 A bei Fn. 12.

²³⁸ Ein Beispiel für den *Gleichlauf* bietet etwa *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 400, indem er argumentiert: „Das konstitutive Übergabeerfordernis erleichtert so die Realisierung der physisch-realen Nutzungsmöglichkeit des Verfügungsgegenstands [...]“.

²³⁹ S.o. insbesondere Kapitel 2 D.II.3.

kehrsteilnehmer keinen Anhaltspunkt dafür hat, an einen Rechtsschein zu glauben.

III. Der persönliche Schutzbereich der Publizitätswirkungen

In den persönlichen Schutzbereich einbezogen sind all diejenigen, denen die Wirkungen der Publizität nützen. Darunter fallen offensichtlich der Erwerber, der Schuldner und der Vollstreckungsgläubiger sowie zumindest theoretisch der Deliktsgläubiger, weil sie alle sich auf die Erleichterungen verlassen können, die die Publizität bietet. Prozessual gewinnt immer die Partei aus der Publizität, die sich auf eine Vermutungswirkung berufen kann und dadurch weniger Aufwand hat.²⁴⁰ Außerdem profitiert auch der Veräußerer oder Belaster einer Sache, weil er sich den Aufwand spart, dem Erwerber seine Berechtigung darzulegen, und seine zugrunde liegende schuldrechtliche Verpflichtung erfüllt.²⁴¹ Ob man auch den Staat zum Profiteur erklärt, ist eine Frage der Betrachtung – fraglos profitiert er, wenn er selbst Vollstreckungsgläubiger ist. Jedenfalls verläuft die Vollstreckung günstiger und schneller, weil die Publizitätswirkungen den Prüfungsumfang der Vollstreckungsorgane (Gerichtsvollzieher oder Grundbuchamt) verringern.²⁴²

In der Literatur gehen die Meinungen darüber auseinander, ob der Einzelne oder nicht vielmehr der ganze Verkehr Schutzadressat der Publizitätswirkungen sei. Etwa *Wolff/Raiser* behaupten, die §§ 932 ff. BGB förderten die Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs insgesamt und eher nicht den einzelnen Erwerber.²⁴³ Auch *Lieder* meint, der Einzelne sei bloß Repräsentant des Schutzes der Leichtigkeit und Sicherheit des Rechtsverkehrs als solchem.²⁴⁴ Denn er könne schon nicht auf die Gutglaubenswirkungen verzichten.

An anderer Stelle zur ökonomischen Analyse des gutgläubigen Erwerbs hingegen trägt *Lieder* vor, die Gutglaubensvorschriften schützten *nicht nur* den unmittelbaren Erwerber in seinem Vertrauen, sondern es profitierten auch sämtliche Verkehrsteilnehmer, die mit dem Erwerber in Verbindung stehen, weil sie auf die Beständigkeit seines Erwerbs vertrauen dürften und daher eher investierten.²⁴⁵ Der Beschränkung auf den Verkehr insgesamt tritt auch *Quantz* entgegen mit dem Argument, die Publizitätswirkungen konkretisierten sich jeweils im Einzelfall gegenüber *einem* Verkehrsteilnehmer, sodass vom Schutz des gesamten Verkehrs keine Rede sein dürfe, außer um alle zu benennen, die im Einzelfall profitierten.²⁴⁶

²⁴⁰ So schon *Quantz*, *Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen*, 2005, 35. Näher s.u. Kapitel 3 D.I.1.e).

²⁴¹ *Quantz*, *Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen*, 2005, 35.

²⁴² Genaugenommen müsste man aber vergleichen, wie sehr im Gegenzug Dritte den Staat mit dem Rechtsschutz nach §§ 771 ff. ZPO belasten. Näher dazu der Einblick u. in Kapitel 4 D.I.

²⁴³ *Wolff/Raiser*, *Sachenrecht*, 10. Aufl. 1957, § 68 II 1.

²⁴⁴ *Lieder*, *Die rechtsgeschäftliche Sukzession*, 2015, 453.

²⁴⁵ *Lieder*, *Die rechtsgeschäftliche Sukzession*, 2015, 457.

²⁴⁶ *Quantz*, *Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen*, 2005, 34; ähnlich auch *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?*, 2006 mit dem Argument, § 12 GBO schränke den Kreis der Einsichtsberechtigten ein.

Hübner will beim gutgläubigen Erwerb nur die konkreten Interessen des Erwerbers gegen die des Eigentümers abwägen. Nähme man nämlich übergeordnete Faktoren hinzu, müsste das verwerfliche oder gar strafbare Verhalten des Nichtberechtigten ein so großes Gewicht erlangen, dass die Erwerberinteressen sich kaum noch durchsetzen könnten.²⁴⁷ Freilich disqualifiziert er so bloß eine Betrachtungsweise, weil er anders offenbar das begehrte Ergebnis nicht mehr für erreichbar hält.

Für die hiesige Untersuchung ist der Schutzzweck nachrangig gegenüber der Schutzwirkung: Fest steht, dass die Publizität ihre Wirkungen jeweils im konkreten Fall entfaltet; fest steht zudem, dass jeder künftige Erwerber sich weniger um das Eigentum seines Veräußerers sorgen muss, weil ihm widrigenfalls der Erwerb vom Nichtberechtigten zugutekommen kann. Diese Wirkungen im Einzelfall können aber auch den gesamten Verkehr in einer Rechtsordnung bevorzugen: Beispielsweise ist Italien im internationalen Verkehr ein gern genutzter Ort für die Übereignung von (gestohlener) Kunst.²⁴⁸ Denn der italienische gutgläubige Erwerb in Art. 1153 Abs. 1 Codice civile²⁴⁹ kennt nicht das Hindernis des Abhandenkommens.²⁵⁰ Wegen der stärkeren Publizitätswirkung ist der Fahrnisverkehr in Italien folglich attraktiver als in anderen Rechtsordnungen.

E. Zusammenfassung

Dieses Kapitel hat versucht, ein Modell sogenannter beschränkter sachenrechtlicher Publizität zu entwerfen. Ausgehend von einem rechtsgeschichtlichen Abriss, ist es dafür in die Dogmatik des geltenden deutschen Rechts eingetaucht, hat diese leicht verändert strukturiert und ihr einige neue Gedanken hinzugefügt.

Ausgangspunkt war die deutschrechtliche Gewere, die in dörflichen mittelalterlichen Verhältnissen noch öffentlich im Sinne von allgemein bekannt sein konnte.²⁵¹ Sie ging zwischenzeitlich durch den Einfluss des römischen Rechts verloren und erstarkte von Neuem im Grundbuchrecht.²⁵² Für das BGB erkannte die Lehre wohl ausgehend von *Gierke* parallele Wirkungen von Besitz und Grundbucheintrag und entwickelte sie hin zu den drei von *Baur* sogenann-

²⁴⁷ *Hübner*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, 77.

²⁴⁸ *Schellerer*, Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen, 2016, 23.

²⁴⁹ Die Vorschrift lautet: „Colui al quale sono alienati beni mobili da parte di chi non ne è proprietario, ne acquista la proprietà mediante il possesso, purché sia in buona fede al momento della consegna e sussista un titolo idoneo al trasferimento della proprietà.“

Deutsche Übersetzung der Südtiroler Landesverwaltung: „Derjenige, dem bewegliche Sachen durch jemanden veräußert werden, der nicht Eigentümer ist, erwirbt das Eigentum mittels des Besitzes, sofern er zum Zeitpunkt der Übergabe gutgläubig ist und ein für die Übertragung des Eigentums geeigneter Rechtstitel vorliegt.“ Verfügbar unter: <http://www.provinz.bz.it/politik-recht-aussenbeziehungen/recht/sprachangelegenheiten/uebersetzte-rechtsvorschriften.asp>, Stand: 15.01.2024.

²⁵⁰ *Eccher/Schurr/Christandl*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, 2009, Rn. 4/66.

²⁵¹ S.o. Kapitel 2 A.I.1.

²⁵² S.o. Kapitel 2 A.I.2.

ten Publizitätswirkungen: Vermutungs-, Übertragungs- und Gutglaubenswirkung.²⁵³

Unschärf geblieben sind hingegen die Begriffe Publizität und Publizitätsprinzip, die „Öffentlichkeit(sgrundsatz)“ bedeuten müssten, was aber, verstanden als „allgemeine Bekanntheit“, kaum durchzuhalten ist.²⁵⁴ Daher sollte man – so schlägt dieses Kapitel vor – unter dem sachenrechtlichen Publizitätsprinzip den Leitsatz verstehen, dass die dingliche Rechtslage möglichst erkennbar, also sichtbar sei.²⁵⁵ Da es sich bei dem Leitsatz um ein Prinzip im Sinne eines Optimierungsgebots und nicht um eine Regel handelt, können andere Prinzipien ihm gegenüber durchaus die Oberhand haben.²⁵⁶ Die sachenrechtliche Publizität im weiteren Sinne wiederum soll einen dem Publizitätsprinzip übergeordneten Begriff bilden. Danach umfasst 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 sein sollen. Im engeren Sinn heißt Publizität bloß Erkennbarkeit.²⁵⁷

Die beschränkte sachenrechtliche Publizität lässt sich im Kern auf zwei Sätze verkürzen: Jedes Sachenrecht soll erkennbar sein. Daher wird auch dasjenige Erkennbare als Sachenrecht behandelt, was kein Sachenrecht ist. Weiter gefasst bedeutet das zweierlei: Erstens bemüht sich eine Rechtsordnung, dass dingliches Recht und Rechtszeichen möglichst immer parallel laufen – z.B. Eigentum und Besitz –; sie erzwingt die Parallelität aber nicht, wie es eine sogenannte vollkommene Publizität täte. Zweitens erlaubt die weitgehende Parallelität von Zeichen und Recht, dass die Verkehrsteilnehmer auf die Wahrheit der Zeichenaussage vertrauen können. Daher können sie auch dann geschützt werden, wenn das Zeichen einmal lügt.²⁵⁸

Ein Bedürfnis für (beschränkte) sachenrechtliche Publizität besteht nicht etwa deswegen, weil Sachenrechte gegen jedermann wirken.²⁵⁹ Vielmehr bringt eine beschränkte sachenrechtliche Publizität das Bestandsinteresse und die Interessen an Rechtssicherheit und Verkehrserleichterung im Vergleich zu vollkommener oder fehlender Publizität am besten in Ausgleich.²⁶⁰

Abschließend hat dieses Kapitel die Eckpunkte einer beschränkten sachenrechtlichen Publizität skizziert: Sie teilen sich in die Publizitätswirkungen und die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen. Unter Publizitätswirkungen ist jeder Rechtsvorteil zu verstehen, der an einen erkennbaren Umstand, das Zei-

²⁵³ S.o. Kapitel 2 A.I.3.

²⁵⁴ S.o. Kapitel 2 A.II und III.

²⁵⁵ S.o. Kapitel 2 A.IV.

²⁵⁶ S.o. Kapitel 2 A.III.

²⁵⁷ S.o. Kapitel 2 A.IV.

²⁵⁸ S.o. Kapitel 2 B.

²⁵⁹ S.o. Kapitel 2 C.I.

²⁶⁰ S.o. Kapitel 2 C.II.

chen, geknüpft ist und unabhängig von der materiellen Berechtigung der Parteien gilt.

Damit fällt die von der herrschenden Literatur als Publizitätswirkung eingeordnete sogenannte Übertragungswirkung heraus.²⁶¹ Ihr kommt nach dem hiesigen Verständnis vielmehr die wesentliche Funktion zu, den Gleichlauf von Zeichen und Recht herzustellen und somit eine Rechtfertigungsgrundlage für die Publizitätswirkungen zu schaffen.²⁶² Als Publizitätswirkungen verbleiben fünf: die Erwerbswirkung, die Erfüllungswirkung, die Forderungswirkung, die Vermutungswirkung sowie die Vollstreckungswirkung.²⁶³ Die Erwerbs- und Vermutungswirkung sind bereits jetzt anerkannt; erstere umfasst indes neben dem gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten auch Ersitzung und Frucht-erwerb. Die Erfüllungswirkung existieren gesetzlich bereits, wenn auch zum Teil unvollständig,²⁶⁴ sind aber dogmatisch nicht eingeordnet. Die Erfüllungswirkung schützt denjenigen, der an den Rechtsinhaber befreiend leisten will und auf den Zeichenträger trifft. Die Vollstreckungswirkung knüpft die Vollstreckung an das Zeichen statt ans Recht selbst. Als Publizitätswirkung denkbar, aber kaum rechtliche Realität ist die Forderungswirkung: Die Publizität könnte etwa vorsehen, dass nicht nur der für eine Sache haftet, der ihre Gefahren effektiv beherrscht, sondern die Haftung bereits den Zeichenträger trifft. Die fünf Wirkungen lassen sich wiederum in zwei Gruppen zusammenfassen: einmal die der Gutglaubenswirkungen, nämlich Erwerb, Erfüllung und Forderung; zum zweiten die Gruppe der „Umkehrungswirkungen“, nämlich prozessuale Vermutung und erleichterte Vollstreckung. Der Name folgt daraus, dass diese Wirkungen die materielle Rechtslage nicht endgültig verändern, sondern nur die Lasten umkehren, sobald ein Kriterium erfüllt ist, das im Gegensatz zur Frage nach der tatsächlichen Berechtigung leicht sichtbar ist.²⁶⁵

Gerechtfertigt werden die Publizitätswirkungen im besten Fall durch drei nebeneinanderlaufende Mechanismen: Erstens sollte das Rechtszeichen im besten Fall drittförmlich sein.²⁶⁶ Drittförmlichkeit soll bedeuten, dass jeder Dritte, der vom konkreten sachenrechtlichen Zustand betroffen sein kann, diesen zu erkennen vermag, wenn er nur hinsieht; der Begriff ist damit enger zu verstehen als „Öffentlichkeit“ im Sinne von allgemeiner Bekanntheit. Misslingt das, so kann es für die Rechtfertigung der konkreten Publizitätswirkung indes ausreichen, wenn der Begünstigte das Zeichen im Moment des gedachten Rechtsvorteils erkennen kann. Zweitens sollte das Rechtszeichen das ange-

²⁶¹ S.o. Kapitel 2 D.I.1.

²⁶² S.o. Kapitel 2 D.II.3.

²⁶³ Zum Ganzen s.o. Kapitel 2 D.I.

²⁶⁴ § 893 BGB wirkt beinahe umfassend im Gegensatz zu § 851 BGB, dessen Wortlaut sich nur auf das Deliktsrecht bezieht. Näher s.u. Kapitel 3 B.I und Kapitel 3 B.II.2.

²⁶⁵ S.o. Kapitel 2 D.I.6.

²⁶⁶ S.o. Kapitel 2 D.II.1.

zeigte Sachenrecht auch eindeutig bezeichnen, also beispielsweise klarstellen, ob es für Eigentum oder Pfandrecht steht.²⁶⁷ Drittens sollten die Publizitätswirkungen dadurch gerechtfertigt sein, dass Zeichen und Recht regelmäßig parallel laufen, was, wie gesehen, die sogenannte Übertragungswirkung sicherstellt.²⁶⁸ Dass eine Publizitätswirkung eingreifen muss, ist damit nur der Ausnahmefall. Bei allem ist zu beachten, dass keiner der genannten Mechanismen zwingend ist, um Publizität herzustellen. Ein Gesetzgeber könnte sie genauso allesamt weglassen; er müsste sich dann aber der Kritik unterziehen, dass er Publizitätswirkungen ohne genügende Grundlage einführt.

Schließlich nützt die beschränkte sachenrechtliche Publizität offensichtlich allen, die unmittelbar von den Publizitätswirkungen profitieren: dem gutgläubigen Erwerber, dem befreiend leistenden Schuldner, dem Vollstreckungsgläubiger und der zeicheninnehabenden Prozesspartei sowie theoretisch auch dem Deliktsgläubiger der (mutmaßlich) gefährlichen Sache. Darüber hinaus erspart Publizität auch demjenigen Aufwand, der sonst ausführlich seine Berechtigung darlegen müsste, und sie kann im internationalen Vergleich sogar eine ganze Rechtsordnung unterstützen, weil eine Rechtsordnung mit Publizitätsschutz vermutlich einer solchen ohne vorgezogen wird.²⁶⁹

²⁶⁷ S.o. Kapitel 2 D.II.2.

²⁶⁸ S.o. Kapitel 2 D.II.3.

²⁶⁹ S.o. Kapitel 2 D.III.

Kapitel 3

Die Wirkungen einer beschränkten sachenrechtlichen Publizität

Nun ist zu prüfen, inwieweit die Sachenrechte das im vorigen Kapitel skizzierte Idealbild einer beschränkten sachenrechtlichen Publizität umsetzen. Dieses Kapitel untersucht die Vorschriften, die nach obiger¹ Kurzanalyse oder sonst auf den ersten Blick als Publizitätswirkungen in Frage kommen, daraufhin, inwieweit sie tatsächlich als eine der fünf Kategorien von Publizitätswirkungen erklärbar sind oder nicht vielmehr andere Zwecke verfolgen. Dafür beleuchtet das Kapitel im Schwerpunkt das deutsche Recht, ergänzt um Blicke auf das österreichische und französische. Noch keine Rolle spielt die Erkennbarkeit des hier ausgemachten Publizitätsträgers Besitz. Damit befasst sich das vierte Kapitel.

A. Die Erwerbswirkungen

Dieser Abschnitt untersucht die Frage, inwieweit die von einer Berechtigung unabhängigen Erwerbswirkungen auch Wirkungen der Publizität sind. Wie anhand der folgenden Tabelle zu sehen, sind die Erwerbswirkungen in den Sachenrechten beinahe umfassend, was den Schutzzumfang angeht: Zwar kennt das deutsche Recht keine Pfandrechtsersitzung; das österreichische Recht behält bei der Verarbeitung die ursprünglichen Eigentumsverhältnisse bei und im Code civil gibt es keinen Eigentumserwerb des Finders. Im Übrigen jedoch bestehen alle möglichen Tatbestände, um ein dingliches Recht unabhängig von irgendeiner Berechtigung zu erwerben. Diese sind im Folgenden, geordnet nach Erwerbsart und Sachenrecht, auf ein Publizitätsmittel hin zu untersuchen; es schließt jeweils die Frage an, inwieweit sie sich an ein Vertrauen auf das Publizitätsmittel knüpfen lassen und entsprechend als Publizitätswirkungen zu betrachten sind.

¹ S.o. Kapitel 2 D.I.

	BGB	ABGB	Code civil
Gutgläubiger Eigentumserwerb	§§ 932–935	§§ 367 Abs. 1, 371	
Gutgläubiger Geheißerwerb	§ 932	§ 367 Abs. 1 analog	
Gutgläubiger Erwerb lastenfreien Eigentums	§ 936	§ 367 Abs. 2	
Gutgläubiger Erwerb des Nießbrauchs	§§ 1032, 932, 935	§ 367 Abs. 1 analog	Art. 2276 Abs. 1
Gutgläubiger Pfandrechtserwerb	§§ 1207, 932, 934, 935	§§ 456 Abs. 1, 367	
Gutgläubiger Erwerbs des Vorrangs eines Pfandrechts	§§ 1208, 932, 935, 936 Abs. 3	§ 456 Abs. 2	
Eigentumsersitzung	§ 937	§§ 1452, 1460	
Nießbrauchersitzung	§§ 1033, 937		Art. 2258, 2272 Abs. 1
Pfandrechtseritzung	–	§§ 1455 S. 1, 1460	
Verbindung	§§ 946 f.	§§ 414–420	Art. 566
Vermischung	§ 948	§§ 414 f., 371	Art. 573 Abs. 2
Verarbeitung	§ 950	§§ 414 f.	Art. 571 f.
Gutgläubiger Fruchterwerb	§§ 955, 957	§ 330	Art. 549
Aneignung	§ 958	§ 381	<i>contra legem</i>
Eigentumserwerb nach Fund	§§ 973 f.	§ 395	–
Schatzfund	§ 984	§ 399	Art. 716 Abs. 1

I. Gutgläubiger Erwerb vom Nichtberechtigten

Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten gründet auf dem Spannungsverhältnis zwischen dem Bestandsinteresse des Eigentümers und dem Interesse des Verkehrs², darauf zu vertrauen, dass ein dinglicher Erwerb wirksam ist.³ In diesem Spannungsverhältnis – so lautet allgemein die Argumentation⁴ – kann es sinnvoll sein, dem Verkehrsinteresse den Vorrang einzuräumen, weil für einen Erwerber gar nicht oder nur sehr schwer zu prüfen ist, ob sein Ge-

² Zur Auseinandersetzung über den Schutzadressaten näher s.o. Kapitel 2 D.III.

³ Grundlegend *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, 1906, passim, etwa S. 115.

⁴ Zurückgehend auf *Mevius*, einen Kommentator des Lübisches Stadtrechts von 1586, *Karner*, ZfRV 2004, 83, 90; ebenso *ders.*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, 2006, 96–100; ein rechtsgeschichtlicher Abriss über die Entwicklung des gutgläubigen Erwerbs aus Bedürfnissen der Kaufleute heraus findet sich auch bei *Hübner*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, 22–32.

schäftspartner berechtigt ist. Die untersuchten Rechte weisen nun dem Besitz im Rahmen der Frage, welches Interesse Vorrang hat, zu unterschiedlichem Grad eine entscheidende Rolle zu. Hält der gutgläubige Erwerber die Sache am Ende des Geschäfts in seinen Händen, hat er jedenfalls in allen Rechten regelmäßig wirksam das Eigentum erworben.

1. Deutschland, §§ 932–936 BGB

In der deutschen Rechtsprechung⁵ und Lehre weitgehend anerkannt ist die Figur vom Rechtsschein des Veräußererbesitzes⁶ bzw. neuerdings mehrheitlich der sogenannten Besitzverschaffungsmacht⁷, wenn die Rechtsprechung den Begriff auch noch kaum übernommen hat.⁸ Dieser Abschnitt tritt einen Schritt hinter die bestehende Einhelligkeit: Zunächst erörtert er den Standpunkt der

⁵ Grundlegend für den Besitz als Rechtsscheinträger BGH, Urteil v. 11.06.1953 – IV ZR 181/52, BGHZ 10, 81, juris-Rn. 25; im Anschluss hieran BGH, Urteil v. 05.05.1971 – VIII ZR 217/69, BGHZ 56, 123, juris-Rn. 23; den Rechtsschein streng auf den Veräußererbesitz beschränkend BGH, Urteil v. 21.12.1960 – VIII ZR 146/59, BGHZ 34, 153, juris-Rn. 12; auf den Veräußererbesitz hebt ab, ohne jedoch vom einem Rechtsschein zu sprechen, RG, Urteil v. 17.12.1909 – VII 132/09, RGZ 72, 309, 312; von einer „Grundlage in einem äußeren Tatbestande [...] regelmäßig dem Besitz“ ist die Rede bei RG, Urteil v. 16.05.1924 – VII 582/23, RGZ 108, 269, 271; den Rechtsschein des Veräußererbesitzes ignorieren jedoch der Koks- und Hemdenfall: BGH, Urteil v. 30.10.1961 – VII ZR 218/60, BGHZ 36, 56, juris-Rn. 40; BGH, Urteil v. 14.03.1974 – VII ZR 129/73, NJW 1974, 1132, juris-Rn. 20; ebenso BGH, Urteil v. 08.11.1972 – VIII ZR 79/71, NJW 1973, 141, juris-Rn. 17; den Rechtsschein des Veräußererbesitzes und die Besitzverschaffungsmacht in der Sache gleichachtend OLG München, Urteil v. 29.11.1956 – 6 U 1470/56, NJW 1957, 875, 876.

⁶ E. Wolf, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. 1979, § 5 A IV d, S. 239 f.; Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 927, der die Besitzverschaffungsmacht nicht deutlich nennt; Wellspacher, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, 1906, 17, der § 934 Alt. 2 BGB noch nicht diskutiert; klar gegen die Besitzverschaffungsmacht als Rechtsscheinträger: von Lübtow, in: FS FU Berlin 1955, 119, 217.

⁷ Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 45 Rn. 2, 6; J. F. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 52 Rn. 3, zurückhaltender in Rn. 12; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 10 Rn. 15; Gursky, Klausurenkurs im Sachenrecht, 12. Aufl. 2008, 73 f.; Gernhuber, JZ 11 (1956), 544 spricht von „Disposition über den Besitz“; Überblick zur Entwicklung bei Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, 239–251, der sich auch dieser Meinung anschließt; Martinek, AcP 188 (1988), 573, 629 f., der mit dem in § 933 BGB geforderten Besitzwechsel gegen den Rechtsschein des Veräußererbesitzes argumentiert und die Besitzverschaffungsmacht im Besitzwechsel verwirklicht sieht; die Besitzverschaffungsmacht eng und komplex fassend: von Olshausen, JZ 30 (1975), 29, 31: „Rechtsscheinträger in solchen Fällen [des gutgläubigen Geheißerwerbs] ist also die Veranlassung einer Lieferung in Verbindung mit einem vom Nichtbesitzer im eigenen Namen über den Liefergegenstand abgeschlossenen Rechtsgeschäft.“

⁸ Juris-Suche „Besitzverschaffungsmacht“, ordentliche Gerichtsbarkeit vom 11.01.2024: keine Ergebnisse. Allerdings genannt in: OLG Braunschweig, Urteil v. 19.05.2015 – 8 U 153/12, BeckRS 2016, 5768, Rn. 10; LG München I, Urteil v. 24.05.2005 – 10 O 14907/04, BeckRS 2005, 12848; LG Potsdam, Urteil v. 02.03.2012 – 1 O 152/10, BeckRS 2015, 5608.

Materialien zum BGB im Hinblick auf etwaige Rechtsscheinelemente, an die der gute Glaube des Erwerbers knüpfen kann; dann analysiert er systematisch die §§ 932–936 BGB sowie den gutgläubigen Geheißerwerb. Dabei setzt er sich mehrfach mit Argumenten gegen die §§ 932–936 BGB als Vorschriften des Rechtsscheins und damit der Publizität auseinander. Abschließend folgt ein Modell, um den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten als Publizitätswirkung zu beschreiben.

a) Rechtsschein in den Materialien zum BGB

aa) Das Nebeneinander von Besitz und Besitzverschaffungsmacht in den §§ 932–934 BGB

Während heute mit dem Argument des § 934 Alt. 2 BGB das Gewicht darauf liegt festzustellen, dass eigentlicher Rechtsscheinträger die Besitzverschaffungsmacht sei,⁹ ergibt sich aus den Materialien zum BGB eher ein Nebeneinander von Besitz und Besitzverschaffungsmacht als Rechtsscheinträger.¹⁰

Gewiss betrachteten die Motive noch allein den Veräußererbesitz als „Grundlage des zu schützenden guten Glaubens.“¹¹ Dort fand sich denn auch kein gutgläubiger Erwerb neben dem heutigen § 932 Abs. 1 S. 1 BGB. Bereits Satz 2, die Übergabe kurzer Hand, scheiterte am fehlenden Veräußererbesitz; nur ein Hin- und Herreichen der Sache sollte gegebenenfalls genügen.¹² Nach den Protokollen hingegen bestand die Grundlage für den guten Glauben ebenso, wenn der Erwerber die Sache zuvor vom Veräußerer erhalten hat; sie fügten den heutigen § 932 Abs. 1 S. 2 BGB an.¹³

Weiter meinten die Protokolle für den Fall des § 934 Alt. 2 BGB zwar, es „fehle, falls der Dritte zu dem angeblichen Eigentümer nicht in einem ihn zur Herausgabe verpflichtenden Rechtsverhältnisse stehe, für den Anderen jede Grundlage zu dem Vertrauen“, Eigentümer zu werden.¹⁴ Räume jedoch später der Dritte dem anderen den Besitz ein, „so müsse dieser hierin eine Anerkennung des Eigentums des Veräußerers erblicken, und in diesem Vertrauen dürfe er nach dem Grundgedanken der [§§ 932 ff. BGB] nicht getäuscht werden.“¹⁵ Um hier den gutgläubigen Erwerb zu begründen, griffen die Protokolle also auf den „Grundgedanken“ der §§ 932 ff. BGB zurück. Woraus dieser besteht,

⁹ S. sogleich u. Kapitel 3 A.I.1.b)aa) nach Fn. 35.

¹⁰ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 2, 1880, 762 f., 767 ist allerdings für die Erörterung ohne Gewinn, weil er den gutgläubigen Erwerb im Wesentlichen nur in den Fällen des § 935 Abs. 2 BGB zulassen wollte.

¹¹ Motive III, 344, ähnlich noch einmal auf S. 345: „des Besitzstandes als Grundlage des guten Glaubens“.

¹² Motive III, 346.

¹³ Protokolle III, 3703 f.

¹⁴ Protokolle III, 3705.

¹⁵ Protokolle III, 3706.

stellten sie nicht klar; aus der Erläuterung zu § 932 Abs. 1 S. 2 BGB lässt sich gleichwohl ablesen, dass der Erwerber eine „Grundlage für das Vertrauen auf das Eigentum des Veräußerers“¹⁶ haben solle. Dafür genügt offenbar neben dem Veräußererbesitz auch, dass der Erwerber den Besitz nachher erhält, die später sogenannte Besitzverschaffungsmacht. Die Ausführungen der Protokolle bieten insoweit Raum für den Erwerberbesitz als Rechtsscheinmerkmal.

Der Ausgangspunkt für den Begriff der Besitzverschaffungsmacht hingegen findet sich in den Protokollen nicht bei § 934 Alt. 2 BGB, sondern bei Alt. 1. Erstaunlicherweise bezogen sich die Protokolle bei der Grundlage für den guten Glauben bei § 934 Alt. 1 BGB nämlich nicht auf den mittelbaren Besitz, sondern bereits auf die Besitzverschaffungsmacht: „Die Fähigkeit des Veräußerers, [dem Erwerber] diese Herrschaft [über die Sache] zu verschaffen, biete eine ebenso berechtigte Grundlage für das Vertrauen des Erwerbers auf das Eigentum des Veräußerers wie der eigene Besitz des letzteren.“¹⁷ Um den Einklang mit dieser Stelle zu wahren, darf für § 934 Alt. 2 BGB nicht nur irgendeine „Anerkennung des Eigentums des Veräußerers“ genügen, sondern auch diese Anerkennung muss auf eine Handlung des Veräußerers zurückgehen. Gewiss klingt wiederum dieses Zitat zu § 934 Alt. 1 BGB danach, als könne die Besitzverschaffungsmacht als solche den nötigen Rechtsschein begründen.

bb) Verkehrsschutz und Vertrauen in öffentliche Autorität bei § 935 Abs. 2 BGB

Was den gutgläubigen Erwerb gemäß § 935 Abs. 2 BGB angeht, beriefen sich die Motive bloß auf das „Interesse des Verkehres“;¹⁸ für den Erwerb in öffentlicher Versteigerung führten sie zudem das „Vertrauen“ auf die öffentliche Autorität an. Diese Ausführungen legen nahe, dass der bessergestellte Erwerb in öffentlicher Versteigerung, nicht aber derjenige von Geld und Inhaberpapieren eine Rechtsscheinwirkung ist.¹⁹ Die 2. Kommission ließ die Vorschrift und ihre Begründung insoweit unangetastet. Den Antrag, wie im österreichischen Recht in § 367 S. 1 Var. 2 ABGB a.F.²⁰ beim Erwerb vom Gewerbetreibenden in dessen Betrieb auch das Abhandenkommen außer Betracht zu lassen, lehnte sie

¹⁶ Protokolle III, 3703 f.

¹⁷ Protokolle III, 3706.

¹⁸ Motive III, 349.

¹⁹ So auch gleich das Ergebnis der Gesetzesanalyse, s.u. Kapitel 3 A.I.1.b)cc).

²⁰ Die Vorschrift, in Kraft bis zum 31.12.2006, lautete: „Die Eigenthumsklage findet gegen den redlichen Besitzer einer beweglichen Sache nicht statt, wenn er beweiset, daß er diese Sache entweder in einer öffentlichen Versteigerung, *oder von einem zu diesem Verkehre befugten Gewerbsmanne*, oder gegen Entgelt von jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer anderen Absicht anvertrauet hatte. ²In diesen Fällen wird von den redlichen Besitzern das Eigenthum erworben, und dem vorigen Eigenthümer stehet nur gegen jene, die ihm dafür verantwortlich sind, das Recht der Schadloshaltung zu.“ (Hervorh. hinzugef.)

unter anderem mit der Begründung ab, dass der gute Glaube im Verkehr nicht weitergehend geschützt werden dürfe als im Handelsrecht (§ 306 ADHGB).²¹

cc) Zwischenergebnis: Besitz, Besitzverschaffungsmacht und öffentliche Autorität als Anscheinslemente

Die Materialien zum BGB bringen als grundlegendes Rechtsscheinelement den Veräußererbesitz hervor. Diesen ergänzt ein noch nicht klar gefasstes Konstrukt betreffend die später sogenannte Besitzverschaffungsmacht, die sich ausweislich der Protokolle bereits in § 934 Alt. 1 BGB verwirklicht. Aus den Materialien lässt sich somit zwar nicht die herrschende Literaturansicht ableiten, die den Rechtsschein beim gutgläubigen Erwerb letztlich einzig durch die Besitzverschaffungsmacht erklären will. Möglich bleibt aber, die Besitzverschaffungsmacht als eines von mehreren Rechtsscheinelementen anzuführen.

Weil die Motive beim Erwerb in öffentlicher Versteigerung gemäß § 935 Abs. 2 Var. 2 BGB vom Vertrauen auf öffentliche Autorität sprechen, liegt es nahe, dass auch die öffentliche Versteigerung als Anscheinslement zu verstehen ist, indem sie ein weiteres Hindernis des Erwerbs vom Nichtberechtigten bezwingt. Hingegen überwiegt beim Erwerb von Geld und Inhaberpapieren gemäß Var. 1 offenbar schlicht das Verkehrsinteresse. Diesbezüglich ist die Überwindung des Abhandenkommens ausweislich der Materialien keine Rechtsscheinwirkung.

b) Mögliche Rechtsscheinelemente qua Gesetzesanalyse: Veräußererbesitz, Erwerberbesitz, Besitzverschaffungsmacht, die Sache selbst, öffentliche (Internet-)Versteigerung?

Keine der Vorschriften der §§ 932–936 BGB nennt ein Rechtsscheinelement für den gutgläubigen Erwerb. Das offenbart nicht nur die bloße Lektüre der Vorschriften, sondern deutlicher noch ein Vergleich mit § 892 Abs. 1 S. 1 BGB; denn hiernach „gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig“. § 932 Abs. 1 S. 1 BGB dagegen lautete vollständig ausgeschrieben etwa wie folgt:

„Durch eine Veräußerung, bei der der Veräußerer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll, wird der Erwerber auch dann Eigentümer, wenn die Sache nicht dem Veräußerer gehört, es sei denn, dass er zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist.“

Hier ist keine Rede davon, dass der „Besitz des Veräußerers als Eigentum gilt“;²² stattdessen genügt es, dass die Voraussetzungen des § 929 S. 1 BGB

²¹ Protokolle III, 8552.

²² So auch schon *Ernst*, in: FS Gernhuber 1993, 95, 96 f.; *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 231. Allerdings sprechen die Protokolle III, 2792 im Zusammenhang mit dem Pfandrecht von einer solchen Geltung; zum Vollzitat s.u. Kapitel 3 B.II.1.a) bei Fn. 499.

erfüllt sind und der Erwerber nicht bösgläubig ist. Auch ein Verweis auf § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB hilft nicht weiter, weil hiernach nur „zugunsten des Besitzers“ vermutet wird, „dass er Eigentümer der Sache sei“.²³ Sollte die Vorschrift den gutgläubigen Erwerb unterstützen, müsste außerdem „zugunsten des Erwerbers“ gelten, dass der Besitzer Eigentümer der Sache ist.²⁴ Hieraus aber bereits ein wesentliches Argument gegen den gutgläubigen Erwerb zu ziehen,²⁵ ginge zu weit. Denn wie soeben gesehen, gingen beide Kommissionen davon aus, dass der Gutgläubenserwerb das Vertrauen auf das Eigentum des Veräußerers schütze;²⁶ darüber hinaus hätte die Formulierung entsprechend § 892 Abs. 1 S. 1 BGB nur zu schwerer zu verstehenden Vorschriften geführt, schon weil ständig die Rede davon wäre, dass der Veräußerer als Eigentümer gelte, während es darum geht, dass der Erwerber Eigentümer werden soll.²⁷

²³ Anders etwa *Schulte-Nölke*, in: Schulze BGB 2022, § 932 BGB, Rn. 4 f.; *Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 920; jedoch wie hier *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 932 BGB, Rn. 20; *Rebe*, AcP 173 (1973), 186, 193 f.; mit weiteren Argumenten *Ernst*, in: FS Gernhuber 1993, 95, 98; *Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, 241–243; *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 629; *Stagl*, AcP 211 (2011), 530, 542.

²⁴ Aus der Sicht von *Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 927 Fn. 1630 etwa ist dem entgegenzuhalten, dass der Erwerber eben mittelbar aus der Eigentumsvermutung zugunsten des Veräußerers Gewinn zieht. Gleichwohl lassen sich nach diesem Modell § 934 Alt. 2 BGB sowie der gutgläubige Geheißerwerb mangels Besitzes des Veräußerers nur als Ausnahmen erklären, und *Wilhelm* nimmt hierzu auch nicht Stellung. *Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 45 Rn. 6 argumentieren, dass auch die erfolgreiche Disposition über den Besitz „eben in aller Regel nur bei eigenem Besitz des Verfügenden möglich [ist], und dieser wiederum führt zu der Eigentumsvermutung des § 1006.“ Dabei müssen sie aber übergehen, dass die beiden Fälle, derentwegen es um des einheitlichen Systems des Rechtsscheins willen auf die Besitzverschaffungsmacht ankommen soll, solche sind, in denen es immer am Besitz des Veräußerers fehlt.

²⁵ In diese Richtung *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 231.

²⁶ S.o. Kapitel 3 A.I.1.a)aa). Diesen Umstand unter Berufung auf § 934 Alt. 2 und „stärkere Publizitätselemente“ im 1. Entwurf bestreitet wohl *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 231 Fn. 69.

²⁷ Dem § 892 Abs. 1 S. 1 BGB nachempfunden, müssten die §§ 932–934 BGB in etwa so lauten (Änderungen kursiv):

§ 932 Abs. 1 S. 1 BGB. *Bei einer nach § 929 erfolgenden Veräußerung gilt der Veräußerer auch dann als Eigentümer, wenn ihm die Sache nicht gehört, es sei denn, dass der Erwerber zu der Zeit, zu der er nach diesen Vorschriften das Eigentum erwerben würde, nicht in gutem Glauben ist.*

§ 933 BGB. *Gehört eine nach § 930 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so gilt dieser als Eigentümer, wenn dem Erwerber die Sache von ihm übergeben wird, es sei denn, dass jener zu dieser Zeit nicht in gutem Glauben ist.*

§ 934 BGB. *Gehört eine nach § 931 veräußerte Sache nicht dem Veräußerer, so gilt dieser, wenn er mittelbarer Besitzer der Sache ist, mit der Abtretung des Anspruchs, anderenfalls dann als Eigentümer, wenn der Erwerber den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt,*

Folglich bleibt nichts anderes, als in den Übertragungsakten der § 932 ff. BGB implizite Anknüpfungspunkte für Rechtsscheinelemente zu suchen. In Frage kommen dabei alle äußeren Merkmale, wobei wir die bloße Einigung herauslassen wollen, weil sonst jeder Vertragsschluss für publik erklärt werden müsste und so die Idee des Rechtsscheins verwässerte. Dass ein Anscheinselement besteht, kann freilich stets nur notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für die Publizitätswirkung sein.²⁸

aa) Rechtsscheinelemente in den §§ 932–934 BGB

Relevante äußere Merkmale bei §§ 932 Abs. 1 S. 1, 932a, 933 BGB sind die Sache selbst, der Besitz des Veräußerers, der Besitz des Erwerbers sowie die Übergabe.

Bei § 934 Alt. 1 BGB sind äußere Merkmale die Sache selbst, der Besitz des Veräußerers und der Besitz des Erwerbers²⁹. Die Übergabe fehlt; und da es sich beim Übergabesurrogat wieder um eine bloße Vereinbarung handelt, fällt dieses heraus.³⁰

Bei § 934 Alt. 2 BGB fällt der Veräußererbesitz weg; hinzu kommt dafür, dass der Erwerber „den Besitz der Sache von dem Dritten erlangt“. Hinter der Besitzerlangung vom Dritten wird, wie gesehen, in der Literatur die sogenannte Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers erblickt.³¹ Das verengt zwar den Wortlaut des § 934 Alt. 2 BGB, nach dem es beispielsweise auch genügt, wenn allein der Erwerber den Dritten dazu bringt, ihm die Sache zu übergeben oder sie für ihn zu besitzen; es steht aber im Einklang mit den §§ 926 Abs. 2 Hs. 1, 936 Abs. 1 S. 3 BGB³² sowie § 932 Abs. 1 S. 2 BGB³³, die sämtlich verlangen, dass die Besitzposition des Erwerbers vom Veräußererverhalten herrührt.³⁴ Die Besitzverschaffungsmacht wird wiederum in die §§ 932–934 Alt. 1 BGB hineingelesen; sie ist es, die auch den gutgläubigen Erwerb mit Geheißperson auf Veräußererseite für möglich erklärt, bei der der Veräußerer die Sache also ge-

es sei denn, dass er zur Zeit der Abtretung oder des Besitzerwerbs nicht in gutem Glauben ist.

²⁸ S. dazu auch u. Kapitel 3 A.I.1.f).

²⁹ Nach § 870 BGB genügt für die Besitzübertragung bekanntlich die Abtretung des Herausgabeanspruchs.

³⁰ Trotzdem erklärt *Wadle*, JZ 29 (1974), 689, 695 die Übergabe als „Aufeinanderfolge des Besitzeinräumens und Besitzergreifens“ zum Rechtsschein. Dabei beschränkt er sich aber auf § 932 BGB sowie den gutgläubigen Geheißerwerb. Schon weil er § 934 Alt. 1 BGB außer Acht lässt, kann diese Betrachtung nicht allgemeingültig sein.

³¹ Statt fast aller *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 932 BGB, Rn. 6 m.w.N.

³² „Erlangt der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz [...]“ und „[...] wenn der Erwerber aufgrund der Veräußerung den Besitz der Sache erlangt“.

³³ „[...] wenn der Erwerber den Besitz von dem Veräußerer erlangt hatte“.

³⁴ So schon *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 240–242.

rade nicht selbst übergibt.³⁵ Wie schon am Wortteil „Macht“ zu ersehen ist, bildet sie indes nur eine Fähigkeit³⁶ des Veräußerers und begründet an sich kein äußeres Merkmal. Vielmehr äußert die erfolgreich eingesetzte Besitzverschaffungsmacht sich entweder in der Übergabe oder der Erklärung des Dritten, mittels derer der Erwerber jeweils den Besitz erlangt; am Ende steht äußerlich wieder der Erwerberbesitz.

Äußere Merkmale, die die §§ 932–934 BGB gemeinsam haben, sind also die Sache selbst und der Besitz des Erwerbers. Die Sache selbst ist als Anscheinselement deswegen wichtig, weil ihre Sichtbarkeit begründen kann, wieso es einen gutgläubigen Fahrniserwerb gibt, während ein gutgläubiger Forderungserwerb regelmäßig fehlt. Denn sie rechtfertigt das Vertrauen darauf, dass es überhaupt ein zu erwerbendes Recht gibt. Diese Begründung entspricht dem Umgang mit Forderungen: Einen Gutgläubensschutz kennt das Recht nur beim Erwerb einer (sichtbaren) Urkunde im Rahmen des § 405 BGB sowie bei Inhaberpapieren, bei denen wiederum sachenrechtliche Regelungen führen.³⁷ Darüber hinaus kann der Sichtbarkeit der Sache indes keine Funktion zukommen, weil es für den gutgläubigen Erwerb im weiteren nicht allein auf ihre Verkörperung, sondern vielmehr auf ihre Beziehung zu einer Person ankommt. Das verbleibende, für alle Erwerbstatbestände gültige Rechtsscheinelement ist die Äußerung der Besitzverschaffungsmacht: Dass der Veräußerer die Besitzverschaffungsmacht hat, zeigt sich immer dann, wenn er den Erwerber in den Besitz der Sache bringt. Sieht man § 934 Alt. 2 BGB hingegen nur als Ausnahme gegenüber den restlichen Erwerbstatbeständen, bleibt der Veräußererbesitz entgegen der weit überwiegenden Literatur³⁸ taugliches Rechtsscheinmerkmal.

bb) Rechtsscheinelemente in § 936 BGB

Der lastenfreie Erwerb in § 936 Abs. 1 BGB funktioniert als Kurzfassung der §§ 932–934 BGB: Dort sind wieder keine Anscheinselemente genannt; herauslesen lassen sich aber ebenfalls der Besitz des Erwerbers, die Übergabe sowie der Besitz des Veräußerers. Gemäß § 936 Abs. 1 S. 3 Var. 3 BGB gilt allerdings für den Fall, dass der Veräußerer nicht mittelbarer Besitzer war, genau wie bei § 934 Alt. 2 BGB, dass er den Besitz auf Grund der Veräußerung er-

³⁵ Oechsler, in: MünchKommBGB 2023, § 932 BGB, Rn. 6, 16; a.A. Martinek, AcP 188 (1988), 573, 636, der § 934 Alt. 2 BGB als Ausnahmenvorschrift betrachtet, weil sie das sonst herrschende Rechtsscheinprinzip des Besitzwechsels aufgebe. Im Einzelnen dazu s. sogleich Kapitel 3 A.I.1.d).

³⁶ Dieser Begriff entstammt Protokolle III, 3706. Zum Vollzitat s.o. Kapitel 3 A.I.1.a)aa) bei Fn. 17.

³⁷ Dies ist ausgedrückt in dem Satz: Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier. Statt aller: Groh, in: Rechtswörterbuch 2023, Inhaberpapier.

³⁸ S.o. Fn. 13.

langt haben muss. Damit ersetzt die Besitzverschaffungsmacht auch hier den Besitz des Veräußerers; sie äußert sich freilich erst, sobald der Erwerber selbst Besitz begründet. Wie oben kann man in § 936 Abs. 1 S. 3 Var. 3 BGB das allumfassende Rechtsscheinmerkmal Erwerberbesitz erblicken oder nur die zu § 934 Alt. 2 BGB parallele Ausnahme, die den Veräußererbesitz als Rechtsscheinmerkmal ergänzt.

cc) Rechtsscheinelemente in § 935 Abs. 2 BGB

Ein besonderes Anscheinselement lässt sich § 935 Abs. 2 Var. 2 BGB entnehmen: Werden Sachen „im Wege öffentlicher Versteigerung oder in einer Versteigerung [im Internet] nach § 979 Absatz 1 a veräußert“, so sind sie trotz Abhandenkommens gutgläubig erwerbbar. Hier strahlen die beiden Versteigerungsarten eine öffentliche Legitimation aus,³⁹ sodass der gutgläubige Erwerb weitergehend erleichtert ist als im gewöhnlichen Verkehr.

Da Geld und Inhaberpapiere in der Regel leicht zu identifizieren sind,⁴⁰ könnte man schließen, dass hierin ein besonders starkes Anscheinsmerkmal liege, weshalb der gutgläubige Erwerb gemäß § 935 Abs. 2 Var. 1 BGB ebenfalls erleichtert sei. Allerdings betrifft dieser Anschein nicht die Beziehung zwischen Sache und Person wie die anderen genannten Anscheinsmerkmale, sondern nur die Sache an sich. Deren Sichtbarkeit rechtfertigt aber, wie gerade gesehen,⁴¹ nur den gutgläubigen Erwerb als solchen. Stattdessen lässt die Erleichterung sich allein auf das Verkehrsinteresse zurückführen, dass Geld und Inhaberpapiere besonders schnell und zuverlässig handelbar sein sollen;⁴² dass ihr gutgläubiger Erwerb eine Rechtsscheinwirkung sein kann, ergibt sich aus dem Gesetz nicht.

dd) Zwischenergebnis: Erwerberbesitz als allumfassendes Rechtsscheinmerkmal

Wer die Publizitätsgrundlage sämtlicher Erwerbstatbestände vom Nichtberechtigten mit *einem* Rechtsscheinmerkmal beschreiben will, muss den Erwerber-

³⁹ Dazu genauso auch die Motive III, 849, s. sogleich Kapitel 3 A.I.1.a)bb).

⁴⁰ Umstritten ist etwa, wie Gold- und Silbermünzen einzuordnen sind; den Krügererrand nicht als Geld einordnend BGH, Urteil v. 14.06.2013 – V ZR 108/12, NJW 2013, 2888, Rn. 6.

⁴¹ S.o. Kapitel 3 A.I.1.b)aa) a.E.

⁴² *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 935 BGB, Rn. 14; *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 935 BGB, Rn. 23; *Henssler*, in: Soergel BGB 2002, § 935 BGB, Rn. 16; mit Argumenten der ökonomischen Analyse *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 528 f.

besitz anführen.⁴³ Zwar ergibt scheinbar die Gesetzesanalyse, dass es an einem die §§ 932–936 BGB vollständig umfassenden Rechtsscheinmerkmal schon deshalb fehlt, weil § 935 Abs. 2 Var. 2 BGB sich auf die öffentliche Legitimation des Versteigerers als Rechtsschein stützt. Tatsächlich aber kommt hier nur ein zweites Merkmal zum ersten hinzu; jenes überwindet nicht das fehlende Eigentum des Veräußerers, sondern dass die Sache dem Berechtigten abhandengekommen ist. Der Erwerberbesitz bleibt Grundlage des Anscheins von der dinglichen Berechtigung.

Auch lässt sich beim Rechtsscheinmerkmal nicht mit der Lehrbuchliteratur auf die Besitzverschaffungsmacht weisen. Schließlich äußert diese sich erst, sobald der Erwerber den Besitz vom Veräußerer oder einem Dritten erhält. So kritisiert denn auch *Füller* die Besitzverschaffungsmacht, bevor sie sich äußerlich verwirklicht hat, als reduziert auf das „Versprechen des Veräußerers [...], das Eigentum zu verschaffen.“⁴⁴ Ihr fehlt mithin die objektive Grundlage. Weil *Füller* aber als Rechtsschein nur gelten lassen will, was der Übertragung der Sache vorhergeht, und – so muss man ihn verstehen – § 934 Alt. 2 BGB dann nicht mehr als Rechtsscheinwirkung erklärbar ist, entfällt für ihn der Rechtsschein beim gutgläubigen Erwerb vollständig.⁴⁵ Wie sogleich zu sehen sein wird, ist jedoch auch derjenige Rechtsschein tauglich, der mit dem Moment des Erwerbs zusammenfällt.⁴⁶

Wer aber den Veräußererbesitz als Rechtsscheinmerkmal bewahren will – immerhin besteht er beim Großteil der Vorschriften, nämlich den §§ 932–934 Alt. 1, 936 Abs. 1 S. 1–2 BGB –, hat zwei Möglichkeiten: Entweder er lässt den Erwerberbesitz als Erweiterung daneben treten; oder er erklärt die Tatbestände, bei denen dem Veräußerer der Besitz fehlt, für Ausnahmen. Freilich sollte diesen Erwerbstatbeständen im zweiten Fall noch eine andere Rechtfertigung zur Seite stehen, wie sie etwa für Geld und Inhaberpapiere (§ 935 Abs. 2 Var. 1 BGB) das gesteigerte Umlaufinteresse bildet, will man nicht den Rechtsschein als Grundlage des gutgläubigen Erwerbs, ausgehend von anscheinend willkürlichen Ausnahmen, neu denken oder gar ganz aufgeben.⁴⁷

⁴³ Genannt für die §§ 932, 933 BGB bereits von *Michalski*, AcP 181 (1981), 384, 418: „Diese Besitzposition [des unmittelbaren Besitzes des Erwerbers] ist der für das Eigentum des Veräußerers sprechende Rechtsschein, auf den der Erwerber vertraut.“ Dem sei in § 934 Alt. 1 BGB der mittelbare Besitz gleichgestellt. Dabei beruft er sich auf den Fräsmaschinenfall (BGH, Urteil v. 27.03.1968 – VIII ZR 11/66, BGHZ 50, 45, 50), der allerdings den Rechtsschein nicht einmal erwähnt.

⁴⁴ *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?*, 2006, 368.

⁴⁵ So auch *Hager*, *Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb*, 1990, 248, der nur auf den erfolgreich verschafften Besitz blicken will, was seinerseits „gar keinen Rechtsschein begründet, sondern lediglich das Ergebnis der Verfügung beschreibt.“

⁴⁶ S. nachfolgend Kapitel 3 A.I.1.c).

⁴⁷ Zu den verschiedenen Modellen, mit dem Scheitern des Rechtsscheingedankens in einzelnen Fallgruppen umzugehen, s.u. Kapitel 3 A.I.1.d)cc).

c) Quantz' Kritik am Erwerberbesitz als tauglichem Rechtsscheinträger

Zu Unrecht disqualifiziert *Quantz* den Erwerberbesitz als mögliches Rechtsscheinelement mit dem Argument, dass der Erwerber zugleich mit diesem „Rechtsschein“ das Recht erhalte, weshalb von einem „Rechtsschein“ keine Rede mehr sein könne.⁴⁸ Denn er argumentiert damit rein begrifflich und übersieht, dass der Erwerber den Besitz schon erhalten haben kann, bevor der Erwerbstatbestand verwirklicht ist, nämlich wenn die Einigung erst nachfolgt. Hinter seinem Einwand steht allerdings die berechtigte Frage, ob ein Rechtsschein möglich ist, der zeitlich mit dem Rechtserwerb zusammenfällt, wenn also die Einigung der Übergabe vorausgeht oder zusammen mit der Übergabe erklärt wird.⁴⁹

Auf den ersten Blick spricht gegen das Bestehen des objektiven Rechtsscheins erst im Moment des Erwerbs ein Vergleich mit den §§ 932–934 Alt. 1 BGB: Hier legt der Veräußerer seine Besitzverschaffungsmacht in Form des eigenen Besitzes bereits vor dem Erwerb offen. Und auch intuitiv liegt nahe, dass jemand auf eine günstige Rechtsfolge vertraut, weil er vorher günstige Umstände beobachten konnte.

Ein anderes Bild eröffnet indes der entscheidende Zeitpunkt für den guten Glauben des Erwerbers, nämlich die Zeit, zu der er vom Berechtigten das Eigentum erwerben würde, § 932 Abs. 1 S. 1 BGB. Soll der gute Glaube an einen Rechtsscheinträger knüpfen, muss es folglich auch genügen, dass dieser gleichzeitig mit dem entscheidenden Zeitpunkt für die Gutgläubigkeit vorliegt. Wer gleichwohl auf strikter Vorzeitigkeit beharrt, sieht sich einem Gedankenspiel mit juristischen Sekunden gegenüber: Wenn der Erwerber den Besitz erhält, kann er nicht erwerben, weil seinem guten Glauben der vorzeitige Bezugspunkt fehlt. Im nächsten Moment allerdings besteht der Besitz als vorzeitiger Bezugspunkt für seinen guten Glauben; wer nicht die vorige Einigung für nichtig erklären will, weil im Augenblick zuvor der Tatbestand noch nicht erfüllt war,⁵⁰ muss nun den gutgläubigen Erwerb mittels des Rechtsscheinträgers Erwerberbesitz zulassen.

Nicht nur dogmatisch, auch wertungsmäßig erscheint dieses Ergebnis richtig, gibt doch entgegen der ersten juristischen Intuition erst der eigene Besitz dem Erwerber die starke Gewissheit, das Recht an der Sache erworben zu haben; diese Sicherheit fehlt dort, wo der Erwerber die Sache bloß im Besitz des Veräußerers weiß, wie auch an den §§ 932a f. BGB deutlich zu erkennen ist,

⁴⁸ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 230.

⁴⁹ Hierzu sich nicht klar äuernd, aber genau dieses Zusammentreffen ohne weitere Begründung nicht als Rechtsschein, sondern „lediglich [als] das Ergebnis der Verfügung“ beschreibend, *Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, 248; knapp verneinend *Stagl*, AcP 211 (2011), 530, 544.

⁵⁰ Und auch derjenige muss dann darüber nachdenken, ob sich aus dem weiteren Verhalten nicht eine Bestätigung ableiten lässt, § 141 Abs. 1 BGB.

wo erst mit Übergabe gutgläubig erworben wird. Die Sache nicht auch beim Veräußerer vorgefunden zu haben, sollte dem Erwerber nicht zum Nachteil gereichen. Beispielsweise im Online-Handel wird sich ein Erwerber stets nur auf die erfolgte Lieferung verlassen; und auch etwa beim Kauf eines Möbels zieht niemand die Sicherheit, wirksam zu erwerben, aus einem Lagerbesuch möglicherweise auch noch beim Lieferanten des Verkäufers.⁵¹ Mit anderen Worten: Warum sollte der Erwerber sich ausschließlich daran festhalten dürfen, die Sache beim Veräußerer gesehen zu haben, und nicht auch, sie selbst in den Händen zu halten? Wer eine Sache *vorher* nicht beim Veräußerer sieht, ist sich auch *vorher* des höheren Risikos bewusst, sie nicht zu erwerben; sobald er die Sache hat, geht er jedoch davon aus, dass sich dieses Risiko nicht verwirklicht hat.

d) Rechtsschein beim gutgläubigen Geheißerwerb

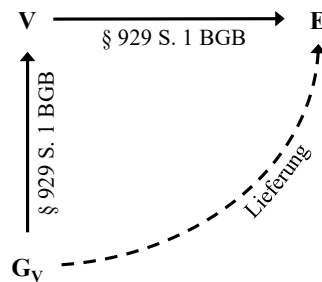


Abbildung 1: Geheißerwerb mit Drei-Personen-Kette

Jede Rechtsscheinlehre, die auf der Äußerung eines Tatbestandsmerkmals gründet, findet ihre Grenzen im gutgläubigen Geheißerwerb. In aller Kürze⁵² betrifft der Geheißerwerb eine Kette bestehend aus mindestens drei Personen, hier zwischen Lieferant G_v , Veräußerer V und Erwerber E: Im Verhältnis zwischen V und E übereignet jener diesem eine Sache gemäß § 929 S. 1 BGB.⁵³ V übergibt sie aber nicht selbst, sondern bedient sich dafür seines Lieferanten G_v . Besonders ist der Geheißerwerb deswegen, weil G_v weder Besitzdiener

⁵¹ Hierzu bereits OLG München, Urteil v. 29.11.1956 – 6 U 1470/56, NJW 1957, 875, 876: „Der Käufer einer Ware, die von auswärts übersandt wird, pflegt nicht zu prüfen, ob der Veräußerer selbst unmittelbaren Besitz hat; für ihn ist vielmehr maßgebend, daß der ihm häufig unbekannt bleibende Dritte, der die Sache übersendet, sich als der auf Übertragung des Besitzes gerichteten Weisung des Veräußerers unterworfen erweist.“ Das ist ihm gewiss erst damit zu erkennen, dass er die Sache erhält.

⁵² Einen ausführlichen Überblick über die Konstellationen gibt Martinek, AcP 188 (1988), 573, 599–621.

⁵³ Diese Übereignung beim Geheißerwerb gemäß § 929 S. 1 BGB ohne Besitz von Veräußerer oder Erwerber ist allgemein anerkannt, s. etwa BGH, Urteil v. 08.11.1972 – VIII ZR 79/71, NJW 1973, 141; BGH, Urteil v. 22.03.1982 – VIII ZR 92/81, NJW 1982, 2371.

noch Besitzmittler des V ist, sondern Eigenbesitzer. G_V ist Geheißperson des V, indem er, veranlasst durch V, die Sache unmittelbar an E liefert. V übereignet daher an E, ohne je im Veräußererbesitz der Sache gewesen zu sein. G_V wiederum erfüllt durch die Lieferung seine eigene vertragliche Pflicht gegenüber V.⁵⁴

Im Verhältnis zwischen G_V und V übereignet jener diesem ebenfalls die Sache gemäß § 929 S. 1 BGB. Damit liegt auch in diesem Verhältnis ein Geheißerwerb vor mit dem Unterschied, dass V sich des E als Geheißperson bedient und V Eigentum kraft Einigung und Übergabe erwirbt, ohne dass er jemals Erwerberbesitz an der Sache hatte.

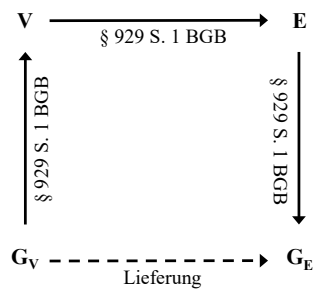


Abbildung 2: Geheißerwerb mit Vier-Personen-Kette

Sobald die Kette auf mindestens vier Personen ausgeweitet ist, indem man etwa die Geheißperson G_E des Erwerbers E hinzufügt, übereignen die mittleren Teilnehmer der Kette einander, ohne dass einer von beiden die Sache je besessen hätte. Im Beispiel also veräußert V die Sache an E gemäß § 929 S. 1 BGB, indem G_V diese an G_E liefert. Weder V noch E haben je Besitz.

aa) Rechtsschein bei einer Geheißperson auf der Veräußererseite

Mit dem Modell des Erwerberbesitzes als Rechtsscheinträger lässt sich der gutgläubige Geheißerwerb mit einer Geheißperson auf Veräußererseite noch erklären.

⁵⁴ Nicht so beim Scheingeheißerwerb: Hier glaubt G_V , unmittelbar gegenüber E zu erfüllen, während E die Lieferung des G_V als Leistung des V versteht, hierzu etwa der Hemdenfall des BGH, Urteil v. 14.03.1974 – VII ZR 129/73, NJW 1974, 1132. Es ist dabei nicht nötig, dass G_V Eigenbesitzer ist; er kann auch etwa glauben, an E im Rahmen eines (Unter-)Mietvertrags zu erfüllen. Nach dem hiesigen Verständnis betrifft die Diskussion um den Scheingeheißerwerb nur Zurechnungsfragen (etwa: Wann ist von Unterwerfung des Lieferanten zu sprechen?), die keine objektive Äußerung betreffen; Publizität steht dabei also nicht im Vordergrund. Daher behandelt diese Arbeit nicht die Frage, ob der Scheingeheiß zulässig sein sollte.

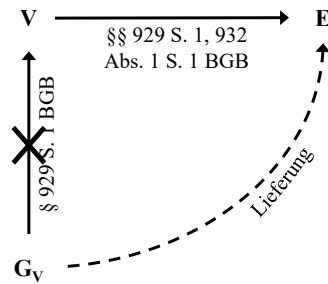


Abbildung 3: Gutgläubiger Geheißerwerb bei Geheißperson auf Veräußererseite

Wenn wir wieder von obiger Drei-Personen-Kette G_V – V – E ausgehen und diesmal die Übereignung zwischen G_V und V fehlerhaft ist,⁵⁵ so kann E von V nur noch gutgläubig erwerben gemäß §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB. Am Veräußererbesitz fehlt es V genau wie im Falle des § 934 Alt. 2 BGB. Hiervon kann also kein Rechtsschein ausgehen. Allerdings kann sich der Rechtsschein auf die Besitzerlangung des E und damit seinen Erwerberbesitz stützen, der äußert, dass V die Macht hatte, dem E wie angekündigt den Besitz an der Sache zu verschaffen. Tritt also eine Geheißperson auf Veräußererseite auf, rüttelt dieser Umstand nicht am obigen Modell vom Rechtsschein des Erwerberbesitzes.

bb) Rechtsschein bei einer Geheißperson auf der Erwerberseite

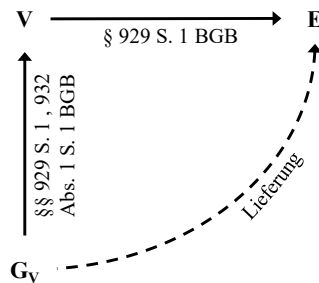


Abbildung 4: Gutgläubiger Geheißerwerb bei Geheißperson auf Erwerberseite

Indes stellt der gutgläubige Geheißerwerb mit einer Geheißperson auf Erwerberseite das Modell vom Rechtsschein des Erwerberbesitzes wesentlich in Frage. In dieser Drei-Personen-Kette G_V – V – E will nun G_V als Nichtberechtigter an den gutgläubigen V übereignen gemäß §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB, indem er die veräußerte Sache auf Geheiß des V an E ausliefert. Da V aller-

⁵⁵ Sei es wegen eines Willensmangels, sei es, weil G_V selbst nicht Eigentümer ist und V bösgläubig, sei es, weil G_V nur unter Eigentumsvorbehalt übereignet, V diesen Vorbehalt aber nicht weitergibt, s. dazu etwa BGH, Urteil v. 08.11.1972 – VIII ZR 79/71, NJW 1973, 141.

dings nie Besitz an der Sache erhält, fehlt der oben ins Auge gefasste objektive Rechtsschein *seines* Besitzes, den wir bislang als allgemeingültige Grundlage ausgemacht hatten, um gemäß einem der Tatbestände der §§ 932–934 BGB gutgläubig zu erwerben.

Als Lösung bietet sich, die Einzigkeit des Rechtsscheinmerkmals Erwerberbesitz zu bezweifeln: Warum ist es notwendig, sämtliche Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs ausschließlich an *ein* Rechtsscheinmerkmal zu knüpfen? Der wesentliche Grund, überhaupt den Erwerberbesitz als allgemeingültiges Rechtsscheinmerkmal vorzusehen, war, dass § 934 Alt. 2 BGB nicht auch an den Rechtsschein des Veräußererbesitzes knüpfen konnte. Die Vorschrift sollte nicht als Ausnahme gelten. Nun aber führt ihre Einbeziehung dazu, im umgekehrten Fall, wo der Veräußererbesitz besteht, der Erwerberbesitz aber fehlt, eine Ausnahme vorsehen zu müssen. Als Rechtfertigung dafür, gerade den gutgläubigen Erwerb mit Geheißperson auf Erwerberseite zur Ausnahme zu machen, kann man nicht anführen, der gutgläubige Geheißerwerb bewege sich außerhalb der §§ 932–934 BGB. Denn diese Erwerbskonstellation wird gerade dem § 932 Abs. 1 S. 1 BGB zugeordnet. Man könnte weiter zwar erwägen, auch Sachen bei Kettenlieferungen Geld und Inhaberpapieren analog § 935 Abs. 2 Var. 1 BGB gleichzustellen. Allerdings bietet die Vorschrift schon nicht die gewünschte Rechtsfolge; denn aus obiger Analyse folgt, dass § 935 Abs. 2 Var. 1 BGB nicht etwa den fehlenden Rechtsschein überwindet, sondern das für den Erwerber unsichtbare Abhandenkommen als zusätzliches Merkmal.⁵⁶ Am nächsten liegt daher, dass Veräußerer- und Erwerberbesitz als Rechtsscheinmerkmale nebeneinander treten. Damit geht zwar die so einfach erscheinende Erklärung von dem einen entscheidenden Rechtsscheinmerkmal verloren, dieses Modell des Rechtsscheins kann aber mehr Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs fassen. Auch steht es im Einklang mit den Materialien zum BGB, die Veräußererbesitz und Besitzverschaffungsmacht nebeneinandergestellt hatten.⁵⁷ Schließlich ist nicht ersichtlich, wo die damit doppelten Rechtsscheinmerkmale in den §§ 932–934 Alt. 1 BGB irgendeinen Schaden brächten; der Erwerber hat so schlicht zwei Anknüpfungspunkte für sein Vertrauen auf das Eigentum des Veräußerers.

Gewiss keine Lösung liegt darin, den Rechtsschein gleichsam in Analogie zum Erwerberbesitz an eine Bestätigung der Geheißperson des Erwerbers oder gar deren Schweigen zu knüpfen: Im Beispiel würde das Vertrauen also darauf gründen, dass E mitteilt, die Sache erhalten zu haben, oder sich nicht beschwert, wo sie denn bleibe. Denn einerseits läge in der Bestätigung aufs Neue eine Erklärung, die wir oben als taugliche Rechtsscheinträger ausgeschieden

⁵⁶ S.o. Kapitel 3 A.I.1.b)dd), wo für § 935 Abs. 2 Var. 2 BGB klargestellt wird, dass der zusätzliche Rechtsschein der öffentlichen Legitimation allein das Abhandenkommen überwindet; bei Var. 1 bezwingt allein das Verkehrsbedürfnis das Abhandenkommen.

⁵⁷ S.o. Kapitel 3 A.I.1.a)cc).

haben, weil andernfalls allein die Übereignungserklärung als Rechtsschein genügen müsste.⁵⁸ Dass wiederum Schweigen und damit nichts Ausgangspunkt für einen Rechtsschein sein sollte, verkehrte die Idee des Scheins, wo doch nichts nicht scheint.⁵⁹ Andererseits erfolgte die Bestätigung zu einer Zeit, die dem angestrebten Erwerbszeitpunkt, nämlich bei Auslieferung an E, weit nachgelagert ist. Wäre der Erwerb so lange schwebend unwirksam? Oder verlöre der zunächst wirksame Erwerb schlicht seine Gültigkeit, wenn die Bestätigung zu lange (wie lange?) ausbleibt? Schlimmer noch stünde es, wollte man den Rechtsschein am Schweigen der Geheißperson ausrichten. Denn wann hätte E lange genug geschwiegen, dass V mit dem Erwerb rechnen könnte?

Zuletzt liegt es fern, den gutgläubigen Erwerb mit Geheißperson auf Erwerberseite mangels Rechtsscheins zu versagen. Das liegt nicht schon allein daran, dass es merkwürdig erschiene, wäre der Erwerb mit Geheißperson auf Veräußererseite noch weiter zulässig; denn dessen Besitzverhältnisse entsprechen genau denen des § 934 Alt. 2 BGB. Hinzu kommt vielmehr, dass sich die Einschränkung in einer Veräußerungskette praktisch kaum auswirkte: Ein Mangel in der Berechtigung des Lieferanten G_V nämlich könnte zwar nicht im Verhältnis zum Zwischenmann V geheilt werden, aber stets doch noch im Verhältnis von V zum Belieferten E.

Die Ähnlichkeit zum Fräsmaschinenfall⁶⁰ ist offenkundig. Dort hatte der BGH zwar gemäß dem Wortlaut des § 933 BGB mangels Übergabe die Sicherungsübereignung der unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Sache für unwirksam befunden, allerdings, dem Wortlaut des § 934 Alt. 1 BGB genau folgend, die anschließende Übereignung des Sicherungsnehmers an einen Dritten unter Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Eigentumsvorbehaltskäufer für wirksam erachtet. Während im Fräsmaschinenfall also der Eigentumserwerb des Dritten ungerecht erscheint, wo doch der Sicherungsnehmer, der Vormann, nicht erwerben konnte, wirkt es beim gutgläubigen Geheißerwerb in der Drei-Personen-Kette umgekehrt widersinnig, dass der Vormann V nicht erwerben können soll, wo doch sein Hintermann E wiederum gutgläubig erwerben kann. Gleich schlecht gestellt wird E allein dann, wenn er bösgläubig ist, was wohl selten naheliegt, weil er auf die fehlende Berechtigung des V nur ausgehend von der des ersten Kettenglieds G_V schließen kann; G_V wird er aber kaum kennen und damit ebenso wenig dessen Nichtberechtigung erahnen können.

⁵⁸ S.o. Kapitel 3 A.I.1.a).

⁵⁹ Dass dieser Ausspruch allgemeingültig ist, mag man zu Recht bezweifeln. Hier aber gilt er doch uneingeschränkt. Denn ein Rechtsschein ließe sich dem Schweigen des E nur dort entnehmen, wo es keine oder wenigstens keine andere plausible Möglichkeit gibt, wieso er sich nicht meldet. Bei einer Veräußerungskette mag es dafür allerdings viele Gründe geben, etwa weil die Sache noch nicht ankam und E noch abwartet oder weil E noch keine Zeit fand, sich zu beschweren.

⁶⁰ BGH, Urteil v. 27.03.1968 – VIII ZR 11/66, BGHZ 50, 45.

Während im Verhältnis der §§ 933, 934 BGB die Besitzaufgabe des Veräußerers das (vermeintlich)^{61, 62} entscheidende Merkmal für die Ungleichbehandlung des ursprünglichen Sicherungsnehmers und seines Refinanzierers begründet, welchem eine Entscheidung des Gesetzgebers zugrunde lag, die der BGH für „jedenfalls nicht willkürlich“⁶³ hielt, fehlt ein solches Argument beim gutgläubigen Geheißerwerb, wo doch die Protokolle eher für ein Nebeneinander von Besitz und Besitzverschaffungsmacht werben.⁶⁴ Entsprechend schwer sollte es der Dogmatik fallen, auf dem sinnwidrigen Ergebnis zu beharren, dass der Zwischenmann in der Geheißkette mangels Erwerberbesitz nicht gutgläubig erwerben könne. Vielmehr ist auch der gutgläubige Erwerb mit Geheißperson des Erwerbers dem Wortlaut des § 932 Abs. 1 S. 1 BGB zu subsumieren, sobald nur die Sache im Sinne des § 929 S. 1 BGB übergeben werden kann,

⁶¹ Die Auseinandersetzungen mit dem Widerspruch von §§ 933, 934 BGB sind zahlreich, s. nur *Stagl*, AcP 211 (2011), 530, 579–581; *Lohsse*, AcP 206 (2006), 527; *Kindl*, AcP 201 (2001), 391; *Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, 338–342; *Picker*, AcP 188 (1988), 511; *Medicus*, in: FS Hübner 1984, 611; *Michalski*, AcP 181 (1981), 384.

⁶² Der BGH, Urteil v. 27.03.1968 – VIII ZR 11/66, BGHZ 50, 45 nutzte nicht das gesamte methodisch verfügbare Werkzeug, etwa die teleologische Reduktion, um das von ihm erkannte wirtschaftliche Problem zu beseitigen, sondern war insoweit gegenüber dem Gesetzgeber zurückhaltend und bezeichnete die Schwierigkeiten als rechtspolitischer Natur:

„Dabei verschließt sich der Senat den von *Böhmer* [(*Böhmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II 2, 1952, § 23 S. 31 f. – A, B, C)] aufgezeigten Bedenken nicht. Es ist in der Tat auffallend, daß wirtschaftlich gleichliegende Sachverhalte verschieden beurteilt werden müssen, je nach dem, ob die eine oder die andere Bestimmung (§ 933 oder § 934 Halbsatz 1 BGB) zur Anwendung kommt, daß also die Anwendung des geltenden Rechts zu unterschiedlichen Ergebnissen führt, deren Berechtigung nicht ohne weiteres einsichtig ist. In einem Falle wie dem vorliegenden fällt dies besonders auf, weil hier der zweite Sicherungsnehmer, dem die Bestimmung des § 934 Halbsatz 1 BGB zugute kommt, der Vorbehaltssache fernergerückt war als der erste, der gemäß § 933 BGB kein Eigentum erwerben konnte.

Entscheidend ist aber, daß der Gesetzgeber bei dieser unterschiedlichen Regelung nicht willkürlich verfahren ist. Beiden Regelungen liegt, wie oben dargelegt ist, das Prinzip zugrunde, daß der unmittelbare Besitz dem mittelbaren gleichzusetzen ist und daß es für den gutgläubigen Eigentumserwerb genügt, wenn sich der Veräußerer seines Besitzes vollständig entledigt, gleichgültig, ob es sich hierbei um mittelbaren oder unmittelbaren Besitz handelt. Diese Regelung ist jedenfalls nicht willkürlich, so daß der Richter nicht in der Lage ist, von dem vom Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebrachten Willen abzuweichen.“ (Rn. 19 f.)

Dass sich bereits *eine* Parallele zwischen den Vorschriften findet (vollständige Besitzaufgabe des Veräußerers), bedeutet nämlich nicht, dass man nicht noch eine zweite in den § 934 Alt. 1 BGB hineinlesen könnte (Sache weiter weg vom Eigentümer).

⁶³ BGH, Urteil v. 27.03.1968 – VIII ZR 11/66, BGHZ 50, 45, juris-Rn. 20.

⁶⁴ S.o. Kapitel 3 A.I.1.a)aa) bei Fn. 17.

auch wenn mindestens eine Partei nie Besitz an der Sache hat. Das wird für den Geheißerwerb vom Berechtigten bereits bejaht.⁶⁵

Erwirbt V nicht gutgläubig, sind ferner die haftungsrechtlichen Folgen im Verhältnis G_V –V unerheblich: Der Übereignungsanspruch des V nach § 433 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB ist erloschen gemäß § 275 Abs. 1 Var. 1 (gegebenenfalls in Verbindung mit § 243 Abs. 2) BGB, sobald E Eigentum erworben hat; sein Rückgewähranspruch gemäß § 346 Abs. 1 a.E. BGB ist nicht durchsetzbar wegen §§ 348, 320 Abs. 1 S. 1 BGB, weil die Sache bei E liegt; für einen Anspruch nach § 311a Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB fehlt V der Schaden, weil er selbst wirksam übereignet hat. Ist E hingegen ausnahmsweise doch bösgläubig, so ist der Schadensersatzregressanspruch des V ausgeschlossen, weil V gegenüber E in Unkenntnis seiner Nichtberechtigung mangels Vertretenmüssens nicht wegen anfänglicher Unmöglichkeit haftet. Will der bösgläubige E freilich die Rückabwicklung, so steht diese im Anschluss auch V gegenüber G_V offen.

Nichts spricht also dafür, den gutgläubigen Erwerb des Zwischenmanns zu verweigern; sich dafür auszusprechen, wäre haarspalterisch.

cc) Rechtsschein beim Geheißerwerb in einer Vier-Personen-Kette

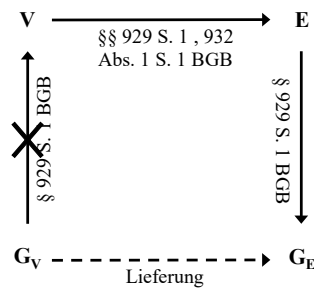


Abbildung 5: Gutgläubiger Geheißerwerb bei Geheißpersonen auf beiden Seiten

Mit den Erwägungen zum alternativen Rechtsschein durch Veräußererbesitz oder Erwerberbesitz sind die vom Geheißerwerb ausgelösten Probleme gleichwohl noch nicht gebannt. Denn sowohl das ursprüngliche Rechtsscheinmodell mit dem Erwerberbesitz als Rechtsscheinträger als auch das erweiterte Modell mit alternativem Rechtsschein versagen endgültig beim gutgläubigen Erwerb mit Geheißpersonen auf Seiten des Veräußerers wie des Erwerbers: In dieser Vier-Personen-Kette G_V –V–E– G_E will nun V als Nichtberechtigter an den gut-

⁶⁵ Hierzu etwa *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 929 BGB, Rn. 69 f., wonach bei der Übergabe der Veräußererbesitz durch die Besitzverschaffungs- und der Erwerberbesitz durch die Besitzzuweisungsmacht ersetzt werden kann. Ähnlich auch *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 929 BGB, Rn. 55–58, der sich für eine zeitgemäße Auslegung des Traditionsprinzips ausspricht, nämlich dass die Publizitätsfunktion bei der Übergabe praktisch unerheblich sei.

gläubigen E übereignen gemäß §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB, indem G_V die veräußerte Sache auf Geheiß des E an V und auf Geheiß des V an G_V an die Geheißperson G_E des E liefert. E kann deswegen nur gutgläubig von V erwerben, weil die Veräußerung des G_V an V fehlerhaft war.⁶⁶ Weder V noch E besitzen zu irgendeinem Zeitpunkt der Übertragung die Sache. Es fehlt also der Rechtsschein des Erwerberbesitzes, der allgemein für die §§ 932–934 BGB gelten soll, und es fehlt auch der Rechtsschein des Veräußererbesitzes, den wir soeben⁶⁷ als Alternative erwogen haben. Ab einer Vier-Personen-Kette fehlt mithin jeder Rechtsschein in den inneren Kettengliedern, wo nicht also entweder Lieferant oder Belieferter, hier also G_V und G_E, Vertragsparteien sind.

Einen Weg aus dieser Sackgasse des Rechtsscheinmodells weist scheinbar *Martinek*.⁶⁸ Für möglich hält er den gutgläubigen „Durchgangsgeheißerwerb“, also im Beispielfall den Erwerb des E, weil der Erwerb zwar nicht publik sei, aber E nur für eine juristische Sekunde Eigentümer der Sache werden solle und daher das Interesse der Allgemeinheit, die Eigentumsverhältnisse zu kennen, vernachlässigbar sei.⁶⁹ Der Rechtsschein knüpfe an die Publizität des unmittelbaren Besitzwechsels und weder an den Veräußerer- noch den Erwerberbesitz; die Besitzverschaffungsmacht bedeute also nicht, dass auch der Erwerber selbst den Besitz an der veräußerten Sache erhalten müsse.⁷⁰ Schon beim Geheißerwerb vom Berechtigten sei der Besitzwechsel nur mittels Zurechnung zu den Parteien der Übereignung publik, wo die Parteien nicht selbst an der Übergabe beteiligt sind. Die Zurechnung auf Seiten des Veräußerers erfolge, indem dieser seine Geheißperson zur Übergabe veranlasse und sie sich dem unterwerfe.⁷¹ Nach diesem Modell übergibt im Beispielfall V die Sache, indem G_V an G_E liefert, wie V es wünscht. Dem Erwerber E allerdings ist die Übergabe an dessen Geheißperson G_E in seiner Rolle als Empfänger der Sache hiernach nicht zurechenbar, weil dessen Erwerber G_E sich nicht dessen Geheiß unterwirft.⁷² Denn eine Unterwerfung erfordere, dass die Geheißperson, hier G_E, „den unmittelbaren Besitz in Anerkennung des (gerade erworbenen) Eigentums des E“ begründe; erwerbe die Geheißperson für sich, unterwerfe sie sich

⁶⁶ Zu möglichen Gründen s.o. Fn. 55.

⁶⁷ S.o. Kapitel 3 A.I.1.d)bb).

⁶⁸ *Martinek*, AcP 188 (1988), 573 – der gutgläubige Geheißerwerb ist nur eines von vielen Themen. Entsprechend bietet der Beitrag bloß einen verstreuten Entwurf, der hier erst zur Einheit gefasst wird.

⁶⁹ *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 643, 618, 621.

⁷⁰ *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 629 f., 640.

⁷¹ Damit scheidet er zugleich den gutgläubigen Scheingeheißerwerb vom Rechtsschein aus, weil es dort an der Unterwerfung fehlt, *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 627–632.

⁷² Bemerkenswerterweise wird aber E, der die Sache nie hatte, wiederum die Übergabe an G_E mit ihm in der Rolle als Übergebendem zugerechnet; kurz gesagt: E übergibt die Sache, ohne sie zwischendurch erhalten zu haben. In derselben Lage befindet sich übrigens auch V.

nicht.⁷³ Die mit der Unterwerfung verbundene Publizitätsfunktion des Besitzwechsels sei aber entbehrlich, wenn E nur für eine juristische Sekunde Eigentum erwerben solle (sogenannter Durchgangserwerb), weil hier kein Drittinteresse an Sichtbarkeit bestehe, und insofern sei das Zurechnungserfordernis als notwendige Bedingung der Übergabe teleologisch zu reduzieren.⁷⁴ Weil der Übergabebegriff in § 929 S. 1 und § 932 Abs. 1 S. 1 BGB derselbe sei, bedürfe also auch der gutgläubige Geheißerwerb keiner Publizität.⁷⁵

Da *Martinek* den Rechtsschein als Ausfluss der Publizität betrachtet⁷⁶ und beim Durchgangserwerb die Publizität fehle, ist der gutgläubige Geheißerwerb nach ihm auch keine Publizitätswirkung. Er löst also den aufgeworfenen Konflikt zwischen Rechtsschein und Geheißerwerb, indem er die beiden voneinander isoliert. Warum für den Erwerber die Frage des Rechtsscheins keine Rolle spiele, begründet er nicht. Der gutgläubige Geheißerwerb wird so schlicht zur Ausnahme. Soweit man indes *Martinek* so versteht, dass der Rechtsschein aus der Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers folge,⁷⁷ hier also V, fragt sich, inwieweit dann E die Veranlassung und Unterwerfung des G_V anders erkennen können soll als mit den eben⁷⁸ als untauglich erwiesenen Mitteln der Bestätigung durch G_E oder dessen Schweigen.

Da *Martineks* Lösung nicht befriedigen kann, ist ein alternativer Lösungsweg zu erwägen. Den gutgläubigen Erwerb im Verhältnis V–E zu versagen, kann dabei nicht ernsthaft in Betracht kommen: Zwar fehlt im Gegensatz zum gutgläubigen Erwerb mit Geheißperson auf Veräußererseite tatsächlich jeder Rechtsschein. Wieder ist aber der gutgläubige Geheißerwerb in der Vier-Personen-Kette vom Wortlaut der §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB umfasst, sobald man den Geheißerwerb vom Berechtigten mit dem Übergabebegriff für vereinbar hält.⁷⁹ Darüber hinaus wäre es praktisch erneut unerheblich, wenn die Zwischenübereignungen unwirksam wären, weil der Belieferte schließlich doch immer gutgläubig erwerben könnte und daher auch die Zwischenhändler untereinander keiner Haftung ausgesetzt wären.⁸⁰ Will man demnach den gutgläubigen Durchgangserwerb auch in der Kette mit mindestens vier Personen aufrecht erhalten,⁸¹ obwohl keines der erörterten Rechtsscheinmodelle ihn mehr einzufassen vermag, bleiben zur Lösung drei Schritte:

⁷³ *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 610.

⁷⁴ *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 617 f.

⁷⁵ *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 639–643.

⁷⁶ *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 579.

⁷⁷ In diese Richtung *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 647.

⁷⁸ S.o. Kapitel 3 A.I.1.d)bb).

⁷⁹ Hierzu s.o. Fn. 65.

⁸⁰ Ausführlich s. soeben o. Kapitel 3 A.I.1.d)bb).

⁸¹ Dagegen etwa *Flume*, in: FS Wolf 1985, 61, 64, nach dem der Rechtsschein für den Lieferanten spricht.

Zunächst lässt sich der Rechtsschein des Besitzes als Modell in dem Wissen beibehalten, dass er nicht sämtliche Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs abbilden kann. Freilich wirkt diese Antwort vordergründig mehr als Flucht, denn als Lösung. Zu bedenken ist aber, was sich oben⁸² in der Erörterung zum Publizitätsprinzip nach *Alexy* ergeben hat, nämlich dass ein Prinzip, verstanden als Optimierungsgebot, nicht schon deswegen kraftlos ist, weil es sich nicht in allen erdenklichen Fällen seines potentiellen Anwendungsbereichs durchsetzt. Verstehen wir auch den Rechtsschein als Prinzip, welches die Grundlage für den gutgläubigen Erwerb bietet, so wird er nicht gleich dadurch entwertet, dass in einer einzelnen Fallgruppe das Verkehrsbedürfnis so hoch ist, dass dieses allein genügt, den gutgläubigen Erwerb zu tragen, und der Rechtsschein dort in seiner Eigenschaft als Erklärungsmuster entfällt.

Wen das nicht überzeugte, der müsste ein neues Rechtsscheinmodell entwickeln. In diesem Rahmen müsste er dann etwa die oben⁸³ gesetzte Vorbedingung in Frage stellen, dass Erklärungen als Rechtsscheinträger des gutgläubigen Erwerbs ausscheiden. Denn beim gutgläubigen Geheißerwerb bleibt dem jeweiligen Erwerber zwischen zweitem und vorletztem Glied der Kette nichts anderes, als sich allein auf die Versicherung seines Vormanns oder die Bestätigung (oder gar das Schweigen) seines Erwerbers zu verlassen, mithin das, was seit *Flume*⁸⁴ stets abwertend als „Gerede“ bezeichnet wird. Nur der erste Erwerber nämlich kann sich auf den Veräußererbesitz und der letzte Erwerber in der Kette auf den selbst erlangten Besitz stützen. Gewiss erforderte das Wagnis eines neuen Rechtsscheinmodells, sich mit den über sechzig Jahre gewachsenen Rechtsscheinlehren unter anderem von *Meyer*⁸⁵ über *Wellspacher*⁸⁶ und *Oertmann*⁸⁷ bis hin zu *Canaris*⁸⁸ auseinanderzusetzen und ihnen zum Teil zu widersprechen. Dem würde sich diese Arbeit erst dann unterziehen, sobald die Grundfesten des bisherigen Modells vom objektiven Rechtsscheinträger durch so viele Ausnahmen und Gegenargumente erschüttert wären, dass es als Prinzip nicht mehr aufrecht zu erhalten wäre.

Sollte es schließlich scheitern, ein neues Rechtsscheinmodell zu bilden, müsste man den Rechtsschein als Modell für den gutgläubigen Erwerb insgesamt aufgeben, weil er so nicht in der Lage erschiene, den gutgläubigen Erwerb in Tatbeständen und Rechtsfolge sinnvoll zu strukturieren. Für den Moment aber kann es dabei bleiben, den gutgläubigen Geheißerwerb unter Mittelglie-

⁸² S.o. Kapitel 2 A.III.2.a).

⁸³ S.o. Kapitel 3 A.I.1.a).

⁸⁴ *Flume*, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, 739; *ders.*, AcP 161 (1962), 385, 395, wo er jeweils den gutgläubigen Zweiterwerb eines Pfandrechts deswegen ausschließt, weil der Erwerber dann an das Gerede des Veräußerers glauben müsste.

⁸⁵ *Meyer*, Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, 1909.

⁸⁶ *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, 1906.

⁸⁷ *Oertmann*, ZGH 1930, 443.

⁸⁸ *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971.

dern aus dem System der Publizitätswirkungen auszugliedern und nur über den Verkehrsschutz zu erklären.

dd) Zwischenergebnis: Der Rechtsschein des (Erwerber-)Besitzes kann den gutgläubigen Geheißerwerb nicht vollständig abbilden

Tritt eine Geheißperson auf Seiten des Veräußerers auf, fügt sich der gutgläubige Geheißerwerb noch nahtlos in das mittels Gesetzesanalyse erarbeitete Modell des Rechtsscheins ausgehend vom Erwerberbesitz: Zwar hat der Veräußerer selbst nie Besitz an der Sache, allerdings kann sich der Erwerber darauf verlassen, wirksam zu erwerben, weil er die Sache erhält. Befindet sich die Geheißperson hingegen auf Seiten des Erwerbers, so versagt das auf den Erwerberbesitz beschränkte Modell, weil der Erwerber nie Besitz erhält. Im Einklang mit den Erwägungen der 2. Kommission in den Protokollen zum Entwurf des BGB liegt es aber nahe, dass Veräußererbesitz und Erwerberbesitz gleichberechtigt als Rechtsscheinträger dienen können. Auch dass die Erwerber in den §§ 932–934 Alt. 1 BGB dann durch einen doppelten Rechtsschein abgesichert sind, schadet dabei nicht; schließlich fehlen Gründe dafür, auf der Einzigkeit des Rechtsscheinmerkmals Erwerberbesitz zu beharren.

Das Modell vom Rechtsschein scheitert allerdings, sobald sowohl auf Seiten des Veräußerers als auch des Erwerbers Geheißpersonen auftreten: Dann kann sich der Erwerber weder auf den Besitz des Veräußerers noch den eigenen verlassen. Den gutgläubigen Erwerb sollte man ihm trotzdem nicht versagen, weil auch der gutgläubige Geheißerwerb unter Mittelgliedern vom Wortlaut der §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB erfasst ist und es praktisch keine Auswirkungen hätte, verböte man ihn.⁸⁹ Der letzte in der Erwerbskette, der Belieferte nämlich, würde trotz der unwirksamen Zwischenerwerbe nie vom gutgläubigen Erwerb abgehalten, weshalb auch alle Folgeansprüche der Zwischenerwerber untereinander belanglos wären.

Zwar kann mithin selbst ein erweitertes Rechtsscheinmodell den gutgläubigen Erwerb nicht in Gänze fassen. Das bedeutet indes noch nicht, dass es damit hinfällig ist. Begreift man es nämlich als Prinzip im Sinne *Alexys*, das seine Gültigkeit also auch dann behält, wenn es sich nicht in jedem denkbaren Fall seines Anwendungsbereichs durchsetzt, so bleibt es für alle übrigen Fälle als Erklärungsmuster erhalten. Das Rechtsscheinmodell ist noch nicht dadurch entwertet, dass beim gutgläubigen doppelten Geheißerwerb das Verkehrsbedürfnis so hoch ist, dass dieses allein genügt, ihn zu tragen.

⁸⁹ Die ausführliche Argumentation hierzu findet sich bereits oben unter Kapitel 3 A.I.1.d)bb).

e) Ernsts methodische Kritik daran, ein „erklärendes“ Grundprinzip“ des gutgläubigen Erwerbs zu bilden

Unberechtigterweise kritisiert *Ernst* die Rechtsscheinlehre insgesamt als „methodisch verfehlt“.⁹⁰ Im Wesentlichen wehrt er sich dagegen, sie als Rechtfertigung hinter den gesetzlichen Tatbestand zu setzen; denn die §§ 932 ff. BGB rechtfertige bereits das Prinzip des Verkehrsschutzes.⁹¹ Ein Rechtsschein sei in den §§ 932 ff. BGB als Tatbestandsmerkmal nicht vorgeschrieben und damit nach der gesetzlichen Regel belanglos. Ein solches „rechtssystematisch-dogmatisches Wirkungsprinzip“ sei bloß eine begriffliche Konstruktion, um den gutgläubigen Erwerb rechtstheoretisch zu begründen; dieser werde damit wie die „naturgesetzliche Wirkung einer Ursache ‚Rechtsschein‘“ erklärt. Schließlich beruft *Ernst* sich auf *Esser*, nach dem der gutgläubige Erwerb ein rechtspolitisch gesetzter „Enteignungsvorgang“ ist, dessen Herkunft begriffliche Ableitungen nur verdecken.⁹²

Vorweg ist zu sagen, dass weder *Ernsts* Kritik noch ihre Würdigung sich in Arbeiten zum Sachenrecht finden sollten, behandeln sie doch grundsätzliche Fragen über die Dogmatik. Diese Fragen stellen sich nicht speziell für die Rechtsscheinlehre, und auch *Esser* führt in dem von *Ernst* in Bezug genommenen Werk den gutgläubigen Erwerb nur als ein Beispiel für seine Kritik an.⁹³ Angesichts ihrer Schwere erscheint jedoch eine Erwiderung nötig:

In der Sache fasst *Ernst* die Dogmatik als naturwissenschaftlichen Methoden nachempfundenen Gebilde auf, das die Rechtssätze wie Naturgesetze erst erkennen, anschließend voneinander ableiten und so erklären soll. Diese induktiv-deduktive Wissenschaftstheorie ist jedoch seit dem Einfluss von *Karl Poppers* Falsifikationslehre (eine Theorie ist nur so lange gültig, bis sie widerlegt ist)⁹⁴ nicht mehr gebräuchlich. Auch die Rechtswissenschaft hat die Erkenntnisgewissheit *Newtonscher* Art (Naturwissenschaft als Finden und Beschrei-

⁹⁰ Hierzu und zum Folgenden *Ernst*, in: FS Gernhuber 1993, 95, 99 f.

⁹¹ Bereits hier ließe sich kritisieren erstens, warum *Ernst* nicht erwägt, ob der Verkehrsschutz mittels Rechtsschein umgesetzt wurde; zweitens, ob das von ihm angerufene Verkehrsschutzprinzip nicht ebenfalls ein begrifflich konstruiertes „rechtssystematisch-dogmatisches Wirkungsprinzip“ ist, wie er später den Rechtsschein kritisiert.

⁹² *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 1969, 145.

⁹³ Die entsprechende grundsätzliche Kritik findet sich davor: *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen, 1969, § 12.

⁹⁴ *Popper*, Logik der Forschung, 10. Aufl. 1994, I 6: „Das induktionslogische Abgrenzungskriterium, die Abgrenzung durch den positivistischen Sinnbegriff, ist äquivalent mit der Forderung, daß alle empirisch-wissenschaftlichen Sätze (alle ‚sinnvollen Aussagen‘) endgültig entscheidbar sein müssen: Sie müssen eine solche Form haben, daß sowohl ihre Verifikation als auch ihre Falsifikation logisch möglich ist. [...] Nach unserer Auffassung aber gibt es keine Induktion. Der Schluß von den durch ‚Erfahrung‘ [was immer wir auch mit diesem Worte meinen] verifizierten besonderen Aussagen auf die Theorie ist logisch unzulässig, Theorien sind somit niemals empirisch verifizierbar.“

ben *der Naturgesetze*) mittlerweile aufgegeben,⁹⁵ wenn sie dafür auch länger brauchte als die Naturwissenschaft im Anschluss an *Einsteins* Relativitätstheorie. Kommt aber damit der Dogmatik nicht mehr die Funktion zu, das Recht *logisch* herzuleiten, so kann sie es doch, ausgehend vom Gesetz, strukturieren. Sie kann etwa gemeinsame Merkmale einzelner Vorschriften ausmachen und auf deren Grundlage (begrifflich gekennzeichnete) Strukturen bilden, die wiederum rechtfertigen – wenn auch nicht zwingend –, wie Zweifelsfragen in einzelnen Vorschriften oder ungeregelte Fälle zu lösen sind.⁹⁶ Der Begriff Rechtsscheinlehre bietet eine solche Struktur: Er macht die §§ 932 ff. BGB als Summe an Vorschriften mit derselben Funktionsweise leichter verständlich. Weiter kann er Kriterien an die Hand geben, um ungeregelte Fälle zu lösen: Der Rechtsschein kann ein Merkmal dafür bilden zu entscheiden, inwieweit der gutgläubige Geheißerwerb⁹⁷ oder der Erwerb mittels Ermächtigung vom nichtberechtigten Dritten ebenfalls als Erwerbswirkungen zuzulassen sind. *Ernsts* Hinweis auf den Verkehrsschutz greift hingegen zu kurz: Er kann damit allein das Ziel der §§ 932 ff. BGB erklären, nicht, wie sie es erreichen. Sich nur etwa auf die Methode der Analogie zu richten, um die beiden Problemfälle zu klären, genügt nicht, weil erst die Dogmatik die Strukturen bildet, um die Analogie mit Inhalt zu füllen; mit Hilfe der Dogmatik kann z.B. die vergleichbare Interessenlage zwischen geregeltem und ungeregeltem Fall begründet werden.

f) Unberechtigte Zweifel an der Erwerbswirkung als Publizitätswirkung wegen über die Rechtsscheinmerkmale hinausgehender Anforderungen an den gutgläubigen Erwerb

Als wesentliche Bedingung dafür, dass der Erwerb vom Nichtberechtigten als Publizitätswirkung eingeordnet werden kann, muss der Erwerb bekanntlich an ein Rechtsscheinmerkmal knüpfen. Die vorstehende Gesetzes- und Materialienanalyse hat zwar eine Reihe möglicher Merkmale hervorgebracht, auf die dieser Erwerb sich stützen kann: den Veräußererbesitz, den Erwerberbesitz sowie die öffentliche (Internet-)Versteigerung und mit Vorbehalt⁹⁸ auch die Besitzverschaffungsmacht. Gegen diesen Zwischenstand könnte man jedoch einwenden, dass die Erwerbswirkung durch die zusätzlichen Anforderungen an

⁹⁵ S. nur die Darstellung bei *Lennartz*, Dogmatik als Methode, 2016, 175.

⁹⁶ Ähnlich auch *Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 927 Fn. 1630, der im Rechtsschein ein teleologisches Verständnis der Regelung erblickt. Hierdurch seien Abgrenzungsfragen entscheidbar, z.B. die Auslegung des § 934 Alt. 1 BGB im Fräsmaschinenfall (BGHZ 50,45). Freilich dringt *Wilhelm* hier auf eine Korrektur des Gesetzeswortlauts (Rn. 981a), was mittels der Dogmatik auch möglich sein muss.

⁹⁷ Freilich haben wir oben (Kapitel 3 A.I.1.d)) gesehen, dass der Rechtsschein sich in dieser Frage als entscheidender Maßstab nicht durchzusetzen vermag; er könnte es aber doch, wögen die Gründe, ihn gefügig zu machen oder gar zu missachten, nicht so schwer.

⁹⁸ Hierzu s.o. Kapitel 3 A.I.1.b)dd).

den Erwerb vom Nichtberechtigten wie vor allem fehlende Bösgläubigkeit oder fehlendes Abhandenkommen letztlich nicht entscheidend von einem Anscheinsmoment abhängen, auf das der Erwerber sich also ausreichend verlassen könne, und damit keine Publizitätswirkung sei.⁹⁹ Allerdings können die zusätzlichen Anforderungen an den gutgläubigen Erwerb die herausragende Rolle der Anscheinsmerkmale nicht zerstören:

Denn erstens ist es zwar richtig, dass die Existenz eines Anscheinsmerkmals im Tatbestand noch nicht notwendig bedeuten muss, dass allein damit die Frage nach der Berechtigung entbehrlich wird. Weiß aber der Erwerber nicht sicher um die Berechtigung des Veräußerers, so besteht die Funktion des Anscheinsmerkmals gerade darin, dass er weniger Nachforschungen anstellen muss. Das heißt, ein Gewinn und damit eine Publizitätswirkung ist schon, dass der Erwerber in diesem Fall das – mutmaßlich erkennbare – Anscheinsmerkmal prüfen muss, dafür aber nicht die – unter Umständen nicht erkennbare – Berechtigung. Die Publizitätswirkung besteht mithin nicht erst im gutgläubigen Erwerb im Falle fehlender Berechtigung, sondern bereits im reduzierten Prüfungsumfang jedes Erwerbers, weil dieser sich im Zweifelsfall auf den gutgläubigen Erwerb stützen kann.

Zweitens sind die beiden die §§ 932–936 BGB durchziehenden Merkmale, nämlich fehlende Bösgläubigkeit und fehlendes Abhandenkommen, prozessual zulasten des Berechtigten gefasst; er muss also deren Vorliegen zuungunsten des Erwerbs nachweisen.¹⁰⁰

Drittens ist das Abhandenkommen das einzige äußere Tatbestandsmerkmal, auf das der Erwerber keinerlei Einfluss hat und das er nur schwer überprüfen kann; die eigene Bösgläubigkeit kann er bei gehöriger Sorgfalt selbst am besten abschätzen und abwenden. Mittels Publizitätswirkung gutgläubig zu erwerben, heißt zudem nicht, risikolos zu erwerben.

Viertens können zwar neben fehlender Bösgläubigkeit und fehlendem Abhandenkommen gemäß §§ 932a Hs. 1, 933, 936 Abs. 1 S. 3, Abs. 3 BGB weitere Merkmale für den gutgläubigen bzw. lastenfreien Erwerb erforderlich sein. Auch bei ihnen handelt es sich indes um solche, die für den Erwerber äußerlich ohne weiteres erkennbar sind: Die §§ 932a Hs. 1, 933 BGB fordern nicht nur

⁹⁹ *Martinek*, AcP 188 (1988), 573, 630 wirft diesen Einwand gegen den Veräußererbesitz als Rechtsscheinträger auf und argumentiert, wenn er wirklich Rechtsscheinträger wäre, müsste doch sofort gutgläubiger Erwerb eintreten, und nicht erst mit Übergabe der Sache. Allerdings unterscheidet sich die Übergabe in ihren den gutgläubigen Erwerb hemmenden Wirkungen von den anderen Tatbestandsmerkmalen nur insofern, als sie erstens einen äußeren Akt erfordert und zweitens regelmäßig den relevanten Zeitpunkt bestimmt, um sämtliche Tatbestandsmerkmale zu prüfen. Denn sie erfolgt oft gemeinsam mit oder erst nach dem dinglichen Vertrag. Daher gelten die hiesigen Ausführungen auch für diesen Einwand.

¹⁰⁰ Betreffend die Gutgläubigkeit hatte die 2. Kommission sogar von einer Beweislast des Erwerbers auf die des ursprünglichen Eigentümers umgeschwenkt mit dem Argument der „Rücksicht auf das Verkehrsinteresse“, Protokolle III, 3703.

die Besitzerlangung, sondern sogar eine Übergabe und damit die Besitzaufgabe auf Seiten des Veräußerers.¹⁰¹ Es bleibt also der ursprünglich Berechtigte so lange Eigentümer, bis die Sache sich – für den Erwerber wahrnehmbar – fortbewegt. Genauso liegt es bei den zusätzlichen Anforderungen für den gutgläubig lastenfreien Erwerb gemäß § 936 Abs. 1 S. 3 BGB. Zwar spricht die Vorschrift für die Veräußerung nach §§ 929a, 930 und 931 BGB nicht von einer Übergabe, sondern nur davon, dass „der Erwerber auf Grund der Veräußerung den Besitz erlangt“. Im Falle der §§ 929a, 930 BGB wäre der gutgläubig lastenfrei Erwerbende damit aber bessergestellt als der nur gutgläubig Erwerbende bei §§ 932a, 933 BGB, weil er nicht unmittelbarer Besitzer der Sache werden müsste. Daher wird die Vorschrift des § 936 Abs. 1 S. 3 BGB in den ersten beiden Varianten dahingehend reduziert, dass mit „Besitz erlangen“ eine Übergabe gemeint sei.¹⁰² Die Übergabe wiederum ist für den Erwerber erkennbar.

Fünftens erhöht auch § 936 Abs. 3 BGB die Anforderungen an den gutgläubig lastenfreien Erwerb: Nach herrschender erweiterter Auslegung¹⁰³ der Vorschrift setzt sich hiernach der Besitzer eines beschränkten Sachenrechts immer gegen den höherstufig besitzenden Erwerber der Sache durch. Belässt der Erwerber die Sache beim besitzenden Dritten, so besteht das ihm ohne weiteres erkennbare Risiko, dass dessen beschränktes dingliches Recht erhalten bleibt; der Dritte verliert sein Recht erst, wenn er die Sache an den Erwerber übergibt.

Folglich genügen in den Fällen der §§ 932a Hs. 1, 933, 936 Abs. 1 S. 3, Abs. 3 BGB weder der Besitz des Erwerbers oder Veräußerers noch die Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers, damit der gutgläubige Erwerber unbeschränkter Eigentümer wird. Die zusätzlich geforderte Übergabe ist aber deswegen vom Blick der Publizität her unschädlich, weil der Erwerber sehen kann, ob sie vollzogen ist oder nicht; auch sie ist ein äußeres Merkmal.¹⁰⁴

Es bleibt also das Abhandenkommen das einzige sachenrechtliche Tatbestandsmerkmal, das für den Erwerber unsichtbar ist und außerhalb seines Einflussbereichs liegt. Damit, wie es sich rechtfertigt, hat sich die Rechtswissenschaft bereits tiefgreifend auseinandersetzt – zum BGB beginnend schon mit *Wellspacher*¹⁰⁵ und zuletzt ausführlich mit *Hager*, der die Sichtweisen im We-

¹⁰¹ *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 932a BGB, Rn. 1; *ders.*, in: MünchKommBGB 2023, § 933 BGB, Rn. 2. Bei der Anteilsübertragung nach § 932a Hs. 2 BGB genügt Mitbesitz, was dem Erwerber ebenfalls erkennbar ist.

¹⁰² Statt aller: *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 936 BGB, Rn. 8.

¹⁰³ Grundlegend: *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 70 II, S. 259.

¹⁰⁴ Das Problem der unsichtbaren Übergabe beim Geheißerwerb stellt sich hier nicht, weil er nur die §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB betrifft.

¹⁰⁵ *Wellspacher*, Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, 1906, 115: „Wer im Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, der zufolge Gesetzes oder Verkehrsauffassung die Erscheinungsform eines bestimmten Rechtes,

sentlichen erschöpfend dargelegt hat¹⁰⁶; diese Frage ist für die Publizitätswirkung indes nicht weiter von Bedeutung.

Schließlich kann die Erwerbswirkung der §§ 932–936 BGB auch keine Mängel außerhalb des Sachenrechts überwinden, wie etwa fehlende Geschäftsfähigkeit oder Dissens. Denn diese Risiken treffen alle Rechtsgeschäfte und sind damit keine Einwände spezifisch gegen den Erwerb vom Nichtberechtigten; nur ein System vollkommener sachenrechtlicher Publizität würde auch diese Mängel heilen.

g) Keine Besonderheiten beim gutgläubigen Erwerb des Nießbrauchs gemäß §§ 1032, 932, 933–936 BGB

Den gutgläubigen Erwerb des Nießbrauchs vom Nichtberechtigten unterscheiden mit Blick auf Publizität bloß drei unwesentliche Dinge vom gewöhnlichen Erwerb nach §§ 932–936 BGB. Erstens ist § 932a BGB nicht anwendbar. Das dürfte sich praktisch nur darin auswirken, dass der gutgläubige Erwerb eines Nießbrauchs am Miteigentümeranteil eines nicht eingetragenen Seeschiffes ausgeschlossen ist.¹⁰⁷ Zweitens erlischt gemäß § 1032 S. 2 Hs. 2 BGB das beschränkte Recht eines Dritten nicht, sondern geht dem gutgläubig erworbenen Nießbrauch im Rang nur nach. Damit wirkt die Erwerbswirkung gegenüber den Rechten Dritter nicht übermäßig zerstörerisch. Drittens ist der Nießbrauch jedenfalls teilweise vor den Schwierigkeiten gefeit, die der Geheißerwerb an den Rechtsschein stellt, weil nämlich § 1059 S. 1 BGB verbietet, den Nießbrauch zu übertragen. Der Nießbraucher kann gemäß Satz 2 nur dessen Ausübung einem anderen überlassen und auch sonst ein Rechtsverhältnis mit einem anderen begründen, sodass er die Sache unmittelbar von einer Geheißperson G_E an seinen G_N übergeben lässt.¹⁰⁸ Er bleibt so aber immer mittelbarer Besitzer, weshalb sich die Frage des Rechtsscheins nur beim Veräußererbesitz stellt; das Problem fehlenden Erwerber- wie Veräußererbesitzes der Vier-Personen-Kette besteht nicht.¹⁰⁹

Rechtsverhältnisses oder eines anderen rechtlich relevanten Momentes bildet, ist in seinem Vertrauen geschützt, wenn jener Tatbestand *mit Zutun desjenigen zu stande gekommen ist*, dem der Vertrauensschutz zum Nachteil gereicht.“ (Hervorh. hinzugef.)

¹⁰⁶ Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, § 9 diskutiert unter der Überschrift „Die Zurechnung“ das Veranlassungs-, Verschuldens- und Missbrauchs- oder Risikoprinzip sowie im Anschluss eine „Zurechnung anhand normativer Kriterien, insbesondere der Vorschriften über das Rechtsgeschäft.“

¹⁰⁷ Koller, JZ 27 (1972), 646, 649.

¹⁰⁸ Die Übertragungskette lautet dann wie folgt: G_E – [unwirksame Übertragung] – E – §§ 1032 S. 2, 932 Abs. 1 S. 1 BGB – N – rein schuldrechtliche Übertragung – G_N .

¹⁰⁹ Dazu s.o. Kapitel 3 A.I.1.d)cc).

h) Allein der Verpfänderbesitz als Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Pfandrechtserwerb vom Nichtberechtigten, §§ 1207 f. BGB

Beim gutgläubigen Pfandrechtserwerb ist wie beim Nießbrauch § 932a BGB nicht anwendbar, und gemäß § 1208 S. 1 BGB wird das beschränkte dingliche Recht eines anderen ebenfalls nicht zerstört, sondern gutgläubig nur der Vorrang erworben.

Darüber hinaus fällt beim gutgläubigen Pfandrechtserwerb der Erwerberbesitz als Rechtsscheinträger weg. Diese Besonderheit entspringt § 1205 Abs. 2 BGB. Die Vorschrift verlangt nämlich für den Erwerb vom Berechtigten durch Abtretung des Herausgabeanspruchs nicht nur die Anzeige an den Besitzmittler, sondern auch stets, dass der Verpfänder mittelbarer Besitzer der Sache ist; anders als bei § 931 BGB genügt also die bloße Abtretung des Herausgabeanspruchs nicht.¹¹⁰ Damit ist trotz des Verweises in § 1207 BGB auf § 934 BGB gleichfalls ein gutgläubiger Pfandrechtserwerb parallel zu § 934 Alt. 2 BGB ausgeschlossen, bei dem der Verpfänder zwar nicht Besitzer ist, aber der Pfandgläubiger später Besitz erwirbt. Denn die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs darf nicht weiterreichen als der Erwerb vom Berechtigten. Entgegen einigen Literaturstimmen¹¹¹ gründet der gutgläubige Pfandrechtserwerb daher nicht auf einer Besitzverschaffungsmacht, weil der Verpfänderbesitz, die Entsprechung zum Veräußererbesitz, notwendige Bedingung bleibt. Folglich müssen ein gutgläubiger Geheißerwerb mit Geheißperson auf Verpfänderseite und ein gutgläubiger Geheißerwerb mit Vier-Personen-Kette ebenfalls ausgeschlossen sein, weil der Verpfänder dort jeweils nicht Besitzer ist.¹¹²

Dogmatisch lässt sich an diesem Ergebnis kaum rütteln: Zwar ist der eindeutige Wortlaut des § 1205 Abs. 2 BGB durch die Gesetzesbegründung unzureichend abgesichert. Dort heißt es:

„Mit dem Erfordernisse der Besitzeinräumung [an den Pfandgläubiger] werde namentlich die Herstellung eines äußeren das Bestehen des Pfandrechtes erkennbar machenden Zustandes bezweckt. Nach dieser Richtung biete für die hier fragliche Verpfändung die Anzeige von der Abtretung des Herausgabeanspruches an den dritten Besitzer einen gewissen Ersatz.

¹¹⁰ So klar *Reinicke/Tiedtke*, JA 1984, 202, 206; unter isoliert unverständlichem Bezug auf die Vindikationszession, die nicht ausreiche, *Wiegand*, in: Staudinger BGB 2019, § 1207 BGB, Rn. 11, näher zum Grund dieser Formulierung, die auf die Materialien zurückgeht, s.u. bei und in Fn. 114.

¹¹¹ *Wiegand*, in: Staudinger BGB 2019, § 1207 BGB, Rn. 6; *Schärftl*, in: Hau/Poseck BGB 01.11.2022, § 1207 BGB, Rn. 6; *Förster*, in: BeckOGK BGB 01.10.2023, § 1207 BGB, Rn. 12.

¹¹² Die wegen § 1205 Abs. 2 BGB unwirksamen Übertragungsketten lauten dann etwa wie folgt:

1. Gutgläubiger Geheißerwerb mit Geheißperson auf Verpfänderseite: G_E – [unwirksame Übereignung] – E – §§ 1205, 1207, 932 Abs. 1 S. 1 BGB – P .

2. Gutgläubiger Geheißerwerb mit Vier-Personen-Kette: G_E – [unwirksame Übereignung] – E – §§ 1205, 1207, 932 Abs. 1 S. 1 BGB – P – §§ 398, 1250 Abs. 1 S. 1 BGB – G_P .

Die Anzeige diene jedoch zur Erkennbarmachung des Pfandrechtes nur dann, wenn sich an sie die Rechtsfolge knüpfe, daß der Besitzer die Sache dem Pfandgläubiger herauszugeben verpflichtet werde, also nur, wenn der Verpfänder sich im mittelbaren Besitze befinde, nicht aber auch dann, wenn ihm gegen den Besitzer lediglich der vindikatorische Eigentumsanspruch zustehe; denn in diesem Falle werde der Besitzer, wenigstens der redliche, durch Herausgabe der Sache an einen Anderen dem Eigenthümer und trotz Anzeige der Abtretung des Eigentumsanspruches dem Pfandgläubiger gegenüber frei. Deshalb könne hier, abweichend von der Vorschrift des [§ 931 BGB], die bloße Abtretung des vindikatorischen Anspruches nicht als ausreichend anerkannt werden.“¹¹³

Diese Ausführungen sind kaum nachzuvollziehen. Klar erscheint noch, dass die Abtretungsanzeige dem unmittelbaren Besitzer die Übertragung des mittelbaren Besitzes erkennbar mache. Allerdings werde das Pfandrecht durch die Anzeige nur dadurch erkennbar, dass der Besitzer die Sache an den Pfandgläubiger herausgeben müsse. Die Herausgabepflicht ist jedoch vielmehr notwendige Voraussetzung für das Pfandrecht, hat aber nichts mit dessen Erkennbarkeit zu tun. Darüber hinaus müsse sich für diese Herausgabepflicht des Besitzers der Verpfänder (!) im mittelbaren Besitz der Sache befinden; dafür genüge nicht allein der vindikatorische Anspruch.

Dass die Protokolle stets von der Abtretung des vindikatorischen oder Eigentumsanspruches und nicht irgendeines Herausgabeanspruches sprechen, liegt daran, dass man zu dieser Zeit noch von der Abtretbarkeit des § 985 BGB unabhängig vom Eigentum ausging¹¹⁴ und es für die Verfügung mittels Abtretung wohl allein auf sie ankommen sollte.¹¹⁵

Nach heutiger dogmatischer Erkenntnis ist für die Herausgabepflicht freilich unbedeutend, ob mittelbarer Besitz besteht oder nicht, und es ist darüber hinaus unerheblich für den späteren mittelbaren Besitz des Pfandgläubigers, ob der Verpfänder ursprünglich mittelbarer Besitzer gewesen ist. Weiter begründen die Protokolle die Notwendigkeit des mittelbaren Besitzes damit, dass ohne mittelbaren Besitz wenigstens der redliche Besitzer trotz Anzeige und Abtretung dem Pfandgläubiger gegenüber frei werde, wenn er die Sache an einen anderen herausgebe. Sie stellen damit folgende Verbindung her: Voraussetzung für die Erkennbarkeit durch Anzeige ist, dass der Pfandbesitzer durch die

¹¹³ Protokolle III, 4163 f.

¹¹⁴ Die Motive III, 399 halten hierzu fest: „Man wird also anzunehmen haben, daß die allgemeinen Vorschriften des Obligationenrechtes über die Abtretung von Forderungsrechten auch auf die Abtretung des Herausgabeanspruches Anwendung zu finden haben, soweit sich nicht aus der dinglichen Natur dieses Anspruches ein Hinderniß ergibt. Der Herausgabeanspruch bezweckt die Herstellung desjenigen Zustandes, welcher dem Inhalte des bei dem Eigenthümer verbleibenden Rechtes entspricht. Folglich kann der abgetretene Anspruch sich nicht gegen den Eigenthümer richten; denn, wenn dieser die Sache hat, so ist der dem Rechte entsprechende Zustand hergestellt.“ Aus der Literatur *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, Exkurs 3, 493–496 m.w.N. Nicht umsonst spricht das Gesetz in § 931 BGB denn auch davon, „den Anspruch auf Herausgabe“ abzutreten.

¹¹⁵ Vgl. zu § 931 BGB Protokolle III, 3695.

Herausgabe an einen Dritten, der weder Eigentümer noch Pfandgläubiger ist, nicht von der Herausgabepflicht frei wird. Weder aber ist eine Verbindung zwischen Anzeige und Herausgabepflicht recht begreiflich noch, dass die Herausgabe einer Sache sämtliche Herausgabeansprüche nicht zum Erlöschen bringen sollte, sei es nun durch Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 Var. 1 BGB oder, weil § 985 BGB schlicht wegfällt¹¹⁶. Der in den Protokollen aufgeworfene Gesichtspunkt der Redlichkeit entscheidet dann nur über die Haftung entweder nach §§ 280 ff. oder 989 f. BGB. Mithin vermögen die Materialien nicht zu erklären, warum § 1205 Abs. 2 BGB den mittelbaren Besitz des Verpfänders fordert.

Umgekehrt lässt sich allerdings auch nur schwerlich dafür argumentieren, § 1207 BGB als Vollverweis auf § 934 BGB zu verstehen und somit den im Wortlaut des § 1205 Abs. 2 BGB geforderten mittelbaren Besitz des Verpfänders außer Acht zu lassen, weil kaum ein Verkehrsbedürfnis bestehen dürfte, um diese Lesart zu rechtfertigen: Schon die Anwendungsfälle des § 934 Var. 2 BGB sind gering an der Zahl.¹¹⁷ Auch wenn eine Verschaffung nur des mittelbaren Besitzes beim Pfandrecht nicht den Nachteil hat, dass dem unmittelbaren Besitzer der Sache ihre Nutzung versagt ist, so würden Parteien gleichwohl die Sicherungsübereignung vorziehen, weil die Nutzungsmöglichkeit weiter besteht und sie gegenüber dem Besitzer nicht anzeigepflichtig ist.¹¹⁸ Ein Verkehrsbedürfnis lässt sich auch nicht für einen gutgläubigen Geheißerwerb des Pfandrechts vorbringen, dessen dogmatischer Anknüpfungspunkt in §§ 1207, 934 Var. 2 BGB läge. Denn es erscheint unwahrscheinlich, dass ein Bedürfnis besteht, einen gutgläubigen, Pfandrechtserwerb im Streckengeschäft zu ermöglichen, wo der Käufer die Sache sogleich verpfänden will (Geheißperson auf Verpfänderseite) oder gar zusätzlich der Pfandgläubiger Forderung und Pfandsache sogleich weiterüberträgt (Geheißerwerb mit Vier-Personen-Kette).¹¹⁹

Damit steht fest: Auf der einen Seite erzwingt § 1205 Abs. 2 BGB den Verpfänderbesitz beim gutgläubigen Pfandrechtserwerb. Auf der anderen Seite aber fehlt eine Vorschrift, die in Eingrenzung der Praxis zum gutgläubigen Geheißerwerb stets einen Erwerberbesitz fordert; der gutgläubige Geheißerwerb mit Geheißperson auf Erwerberseite bleibt mithin möglich. In Betracht kommt deshalb als Rechtsscheinträger immer nur der Verpfänderbesitz, die Entspre-

¹¹⁶ *Baldus*, in: MünchKommBGB 2023, § 985 BGB, Rn. 169, 16, 48–52.

¹¹⁷ Eine juris-Recherche nach „§ 934 BGB“, Rechtsprechung, Stand: 11.01.2024, brachte 44 Urteile hervor, davon 3 von 18 des BGH explizit zu Var. 2: BGH, Urteil v. 25.05.1979 – I ZR 147/77, NJW 1979, 2037; BGH, Urteil v. 14.11.1977 – VIII ZR 66/76, NJW 1978, 696; BGH, Urteil v. 14.06.1972 – VIII ZR 163/70, WM 1972, 1222.

¹¹⁸ Vgl. zu dieser Realität bei der Forderungspfändung *Wiegand*, in: Staudinger BGB 2019, Vorbemerkung § 1273 ff BGB, Rn. 1; *ders.*, in: Staudinger BGB 2019, § 1280 BGB, Rn. 2.

¹¹⁹ Zu den Übertragungsketten s.o. Fn. 112.

chung zum Veräußererbesitz. Denn er bildet das einzige Merkmal, das bei sämtlichen Verpfändungen vorliegen muss.

i) Zusammenschau: Das Prinzip des Rechtsscheins als Grundlage des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten

Die Analyse hat ergeben, dass der gutgläubige (lastenfreie) Erwerb in den §§ 932–936 BGB im Wesentlichen als Publizitätswirkung einzuordnen ist. Entgegen der herrschenden Lehrbuchliteratur ist die Besitzverschaffungsmacht weder das entscheidende noch überhaupt ein Rechtsscheinmerkmal. Soweit sich nämlich diese Fähigkeit des Veräußerers nach außen hin zeigt, geschieht das immer in Form des Erwerberbesitzes.¹²⁰ Hierin liegt denn auch ein Rechtsscheinmerkmal. Gegen den Erwerberbesitz als Rechtsscheinträger lässt sich nicht einwenden, dieser falle zeitlich erst mit dem gutgläubigen Erwerb zusammen und sei deshalb als Rechtsscheinträger nicht geeignet.¹²¹ Denn allein entscheidend ist, ob der Erwerber im Erwerbszeitpunkt an das Eigentum des Veräußerers glaubt; zu diesem Zeitpunkt muss also auch erst der Rechtsschein bestehen. Gerade der Moment, da der Erwerber die Sache in den Händen hält, gewährt ihm einen wichtigen Anhaltspunkt für das Eigentum des Veräußerers, hat dieser damit doch vermocht, was er versprach.

Zwar dient die Ausrichtung auf die Besitzverschaffungsmacht und damit nach dem hiesigen Entwurf auf den Erwerberbesitz dazu, ein einzelnes Rechtsscheinmerkmal zu finden, dem sich sämtliche Tatbestände der §§ 932–934 BGB zuordnen lassen, insbesondere auch der gutgläubige Erwerb nach § 934 Alt. 2 BGB, bei dem bekanntlich der Veräußererbesitz fehlt. Betrachtet man allerdings den gutgläubigen Geheißerwerb, so fällt der Erwerb mit Geheißerperson auf Erwerberseite aus diesem Modell heraus. Denn dort soll das Eigentum übergehen, ohne dass der Erwerber jemals Besitz an der Sache erhält; der Erwerber kann sich nur auf den Veräußererbesitz verlassen. Folglich sollten Veräußerer- und Erwerberbesitz als Rechtsscheinmerkmale nebeneinander treten; ein wichtiges Argument für die Einzigkeit des Erwerberbesitzes als Rechtsscheinmerkmal besteht nicht, genauso wenig wie ein Schaden durch den dann doppelten Rechtsschein bei den §§ 932–934 Alt. 1 BGB.¹²² Während beim Nießbrauch keine Besonderheiten hinsichtlich des Rechtsscheins bestehen,¹²³ ergibt sich aus § 1205 Abs. 2 BGB, dass der Verpfänder stets wenigstens mittelbarer Besitzer sein muss. Deshalb kommt dort allein der Verpfänderbesitz als Rechtsscheinträger in Betracht.¹²⁴

¹²⁰ S.o. Kapitel 3 A.I.1.b)aa) a.E.

¹²¹ S.o. Kapitel 3 A.I.1.c).

¹²² S.o. Kapitel 3 A.I.1.d)bb).

¹²³ S.o. Kapitel 3 A.I.1.g).

¹²⁴ S.o. Kapitel 3 A.I.1.h).

Jeden Rechtsscheins entbehrt der gutgläubige Geheißerwerb mit Vier-Personen-Kette, bei dem also auf Veräußerer- wie Erwerberseite Geheißpersonen stehen; denn dort hat keine der Parteien der Übereignung je Besitz an der Sache. Es handelt sich um eine echte Ausnahme zum Rechtsscheinmodell. Der Wortlaut der §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB steht ihr nicht entgegen; weiter rechtfertigt sie sich aus dem Verkehrsbedürfnis, den sparsamen Geheißerwerb gegenüber anderen Erwerbsarten nicht zu benachteiligen. Letztlich wäre ein Verbot des gutgläubigen Erwerbs auch deswegen widersinnig, weil der Letzte in der Kette ohnehin immer gutgläubig erwerben könnte und infolgedessen auch sämtliche Haftungsansprüche der Zwischenerwerber untereinander belanglos wären.¹²⁵

Eine zweite, teilweise Ausnahme zum Rechtsscheinmodell bildet der Erwerb von abhandengekommenem Geld und Inhaberpapieren. Dort überwindet nämlich kein äußeres Merkmal das Abhandenkommen, sondern allein das Bedürfnis, diese Güter schnell und sicher zu übertragen.¹²⁶

Schließlich gründet der Erwerb kraft öffentlicher Versteigerung auf zwei Rechtsscheinträgern. Die fehlende Berechtigung des Veräußerers überwinden wie gehabt Veräußerer- oder Erwerberbesitz; das Abhandenkommen bezwingt der Rechtsschein, den die öffentliche Autorität gewährt.¹²⁷

Dass der gutgläubige Erwerb weitere Voraussetzungen als das Rechtsscheinmerkmal kennt, verhindert nicht, ihn als Publizitätswirkung einzuordnen. Denn erstens liegt eine Publizitätswirkung schon darin, dass der Erwerber das Eigentum des Veräußerers nicht umfassend nachprüfen muss, um seinen Erwerb sicherzustellen. Zweitens ist das Abhandenkommen der Sache das einzige Merkmal, das der Erwerber weder beeinflussen noch überblicken kann. Und drittens ist auch dieses Merkmal so gefasst, dass es prozessual weniger Risiken birgt, weil es vom wahren Eigentümer erst nachzuweisen ist.¹²⁸

2. Österreich, §§ 367 f., 371 ABGB

Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ist im österreichischen Recht geregelt in den §§ 367 f., 371, 824, 1088 ABGB.¹²⁹ Dabei bilden die §§ 367 f., 371 ABGB den §§ 932, 935 BGB, 366 Abs. 1 HGB vergleichbare Erwerbstatbestände, und die §§ 824, 1088 ABGB lassen diese grob gesagt auch im Verhältnis zum Erben und beim sogenannten Verkaufsauftrag gelten.

¹²⁵ S.o. Kapitel 3 A.I.1.d)cc).

¹²⁶ S.o. Kapitel 3 A.I.1.b)cc).

¹²⁷ Ebd.

¹²⁸ S.o. Kapitel 3 A.I.1.f).

¹²⁹ Frotz, in: FS Kastner 1972, 131, 132.

§ 367 Abs. 1 S. 1 ABGB¹³⁰ kennt drei Varianten des gutgläubigen Erwerbs: in öffentlicher Versteigerung, von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder vom Vertrauensmann. Alle drei sind – zum Teil erheblich – schwächere Publizitätswirkungen als die parallelen Tatbestände im deutschen Recht. Die drei Erwerbsformen eint, dass der Erwerber im Ergebnis Besitzer im Sinne des ABGB sein muss, also die Sache als die seinige innehaben muss, § 309 S. 2 ABGB, und die Sache gegen Entgelt erwerben muss. Zudem muss der Erwerber jeweils die Tatbestandsmerkmale der drei Varianten beweisen,¹³¹ was zur besagten Schwächung der Publizitätswirkungen führt, soweit der Erwerber diese Merkmale nicht ohne weiteres erkennen kann.¹³² Das gilt jedoch nicht für die Redlichkeit des Erwerbers, die gemäß §§ 328 S. 2, 368 Abs. 2 ABGB¹³³ vermutet wird, wenn sie auch bei leichter Fahrlässigkeit bereits entfällt. Soweit sich in der Literatur der Hinweis findet, der gutgläubige Erwerb erfordere den Besitz, verweist er auf die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs an sogenannten körperlichen Sachen überhaupt im Gegensatz zu obligatorischen Rechten.¹³⁴ Der Veräußererbesitz ist also kein ausdrückliches allgemeines Kriterium, wenn er auch regelmäßig vorliegen wird.

Der gutgläubige Erwerb kraft öffentlicher Versteigerung nach Var. 1 ist neben dem Erwerberbesitz maßgeblich daran gebunden, dass die Versteigerung ordnungsgemäß war, das heißt, das anordnende Organ funktionell zuständig war und die Versteigerung ordnungsgemäß angekündigt sowie durchgeführt

¹³⁰ Die Vorschrift lautet: „(1) ¹Die Eigentumsklage gegen den rechtmäßigen und redlichen Besitzer einer beweglichen Sache ist abzuweisen, wenn er beweist, dass er die Sache gegen Entgelt in einer öffentlichen Versteigerung, von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder von jemandem erworben hat, dem sie der vorige Eigentümer anvertraut hatte. ²In diesen Fällen erwirbt der rechtmäßige und redliche Besitzer das Eigentum. ³Der Anspruch des vorigen Eigentümers auf Schadenersatz gegen seinen Vertrauensmann oder gegen andere Personen bleibt unberührt. [...]“

¹³¹ Auch sogleich zur Redlichkeit *Leupold*, in: Klang ABGB 2011, § 367 ABGB, Rn. 37.

¹³² S. zu den insoweit negativ gefassten Hindernissen im deutschen Recht o. Kapitel 3 A.I.1.f) bei Fn. 100.

¹³³ Die Vorschriften lauten:

„§ 328. ¹Die Redlichkeit oder Unredlichkeit des Besitzes muß im Falle eines Rechtsstreites durch richterlichen Ausspruch entschieden werden. ²Im Zweifel ist die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes.

§ 368. (1) ¹Der Besitzer ist redlich, wenn er weder weiß noch vermuten muss, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört. ²Beim Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens genügt der gute Glaube an die Befugnis des Veräußerers, über die Sache zu verfügen.

(2) Beweist der Eigentümer, dass der Besitzer aus der Natur der Sache, aus ihrem auffällig geringen Preis, aus den ihm bekannten persönlichen Eigenschaften seines Vormanns, aus dessen Unternehmen oder aus anderen Umständen einen begründeten Verdacht hätte schöpfen müssen, so hat der Besitzer die Sache dem Eigentümer zu überlassen.“

¹³⁴ *Iro/Riss*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 6/46.

worden ist.¹³⁵ Diese Merkmale sind für einen Erwerber kaum zu überblicken, insbesondere strenger als die in § 935 Abs. 2 BGB für die Versteigerung durch einen öffentlich anerkannten Versteigerer in einem öffentlichen Versteigerungstermin nach § 383 Abs. 3 S. 1 BGB.¹³⁶ Gleichwohl dürften sie in der Praxis selten einen gutgläubigen Erwerb verhindern.

Für den Erwerb von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens nach Var. 2 fordert die Literatur, dass beide Merkmale objektiv vorliegen, sodass etwa ein Erwerb vom Scheinunternehmer nicht möglich ist.¹³⁷ Auch das schwächt die Erwerbswirkung, weil die fehlende Unternehmereigenschaft des Veräußerers dem Erwerber kaum erkennbar ist und ihm zusätzlich noch die Beweislast dafür obliegt; praktisch sollte auch sie freilich selten zu Problemen führen. Soweit es um die Zuordnung eines Geschäfts zum Betrieb des Unternehmens geht, hilft die Zweifelsregelung des § 344 UGB, wobei sie nicht erfasst, dass diese auch zum gewöhnlichen Betrieb gehört.¹³⁸

Nicht geknüpft wird für die ersten beiden Varianten an die Gewahrsame des Veräußerers gemäß § 309 S. 1 ABGB, die alle Inhabungsformen von Besitzdienerschaft bis mittelbaren Besitz nach deutschem Verständnis einschließt.¹³⁹ Nötig ist die Gewahrsame aber für den Erwerb vom Vertrauensmann nach Var. 3. Vertrauensmann meint den, der vom Eigentümer die ausschließliche Gewahrsame erhalten hat.¹⁴⁰ Für ein Anvertrauen genügt also bereits, die bloße Innehabung zu übertragen; damit kann auch einem Besitzdiener anvertraut werden, allerdings nur dem, der die Sache außerhalb des Machtbereichs des Eigentümers und dessen Aufsicht innehat.¹⁴¹ Das Anvertrauen als positives, vom Erwerber zu beweisendes Merkmal dürfte von allen drei Erwerbswirkungen des § 367 Abs. 1 S. 1 ABGB die größte Hürde für die Einstufung als Publizitätswirkung bilden. Denn der Erwerber kann schlicht kaum einschätzen, ob er einem Vertrauensmann gegenübersteht. Das oben zum deutschen Recht angeführte Bedenken, dass die zusätzlichen Anforderungen an den Erwerb die herausragende Rolle der Anscheinsmerkmale zerstören können,¹⁴² sodass an einer Publizitätswirkung zu zweifeln ist, hat hier erhebliches Gewicht. Der in der österreichischen Literatur für die Variante 3 geführte Streit darüber, welcher sogenannte Modus (Übergabeform) der §§ 426 ff. ABGB für einen gut-

¹³⁵ Zoppel, in: ABGB-Praxiskommentar 2019, § 367 ABGB, Rn. 11.

¹³⁶ Näher s. Kern, in: Staudinger BGB 2022, § 383 BGB, Rn. 13 f.

¹³⁷ Zoppel, in: ABGB-Praxiskommentar 2019, § 367 ABGB, Rn. 13; Leupold, in: Klang ABGB 2011, § 367 ABGB, Rn. 65 jeweils m.w.N.

¹³⁸ Für das Pfandrecht Hinteregger/Pobatschnig, in: ABGB-Praxiskommentar 2019, § 456 ABGB, Rn. 7.

¹³⁹ S. Kletečka/Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 15. Aufl. 2018, Rn. 813.

¹⁴⁰ Zoppel, in: ABGB-Praxiskommentar 2019, § 367 ABGB, Rn. 16.

¹⁴¹ Leupold, in: Klang ABGB 2011, § 367 ABGB, Rn. 71.

¹⁴² S.o. Kapitel 3 A.I.1.f) nach Fn. 99.

gläubigen Erwerb genügt, etwa auch ein Besitzkonstitut,¹⁴³ tritt vor dem Hintergrund dieser klaren Anforderung auf Veräußererseite zurück.

Für den gutgläubigen Geheißerwerb soll § 367 Abs. 1 ABGB analog gelten mit der Begründung, dass die durch die Direktlieferung des Eigentümers gezeigte Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers mit Geheißperson eine noch stärkere Rechtsscheingrundlage sei als das Anvertrauen.¹⁴⁴ Damit dürften obige Erwägungen zum Geheißerwerb im deutschen Recht für das österreichische Recht entsprechend gelten.¹⁴⁵

Der lastenfreie Erwerb gemäß § 367 Abs. 2 ABGB wird anhand des Abs. 1 ausgelegt,¹⁴⁶ sodass sich hier keine Besonderheiten ergeben. Analog gilt die Vorschrift außerdem für den gutgläubigen Erwerb von Dienstbarkeiten, also auch etwa Nießbrauch (sogenannte FruchtNießung gemäß § 509 ABGB).¹⁴⁷ Der gutgläubige Erwerb eines Pfandrechts richtet sich nach §§ 456 Abs. 1¹⁴⁸ in Verbindung mit 367 Abs. 1 ABGB, für den Erwerb des Vorrangs gilt über § 456 Abs. 2 ABGB die Vorschrift des § 368 ABGB. Auch hier fehlen Besonderheiten.

Erwähnenswert ist schließlich die Möglichkeit zum gutgläubigen Erwerb des Zurückbehaltungsrechts eines Werkunternehmers gemäß § 471 ABGB, was dieser anstelle eines Pfandrechts im deutschen Recht erwirbt. Die Rechtsprechung gewährt ein solches analog § 367 Abs. 1 S. 1 Var. 3 ABGB, wenn der nichtberechtigte Vertrauensmann bestellt.¹⁴⁹ Dass es sich dabei um eine Publizitätswirkung handeln muss, ist nach den Ausführungen zu § 367 ABGB deutlich; schwer fällt aber ihre Einordnung. Sie ist keine übliche Erwerbswirkung, weil mit ihr kein dingliches Recht erworben wird; deswegen lehnt die wohl überwiegende österreichische Literatur sie auch ab.¹⁵⁰ Sie lässt sich auch nicht als Verfügungswirkung fassen, weil mit ihr keinerlei Verfügung einhergeht. Als Forderungswirkung kommt sie nicht in Betracht, weil sie nicht Ansprüche gegen den Eigentümer auf den Besteller erstreckt. Am nächsten liegt

¹⁴³ S. dazu *Leupold*, in: Klang ABGB 2011, § 367 ABGB, Rn. 51–56 m.w.N.

¹⁴⁴ *Leupold*, in: Klang ABGB 2011, § 367 ABGB, Rn. 106 m.w.N.

¹⁴⁵ Dazu s.o. Kapitel 3 A.I.1.d).

¹⁴⁶ *Zoppel*, in: ABGB-Praxiskommentar 2019, § 367 ABGB, Rn. 23; *Leupold*, in: Klang ABGB 2011, § 367 ABGB, Rn. 114.

¹⁴⁷ *Winner*, in: Rummel/Lukas ABGB 2016, § 367 ABGB, Rn. 4.

¹⁴⁸ Die Vorschrift lautet:

„(1) ¹Wird eine bewegliche Sache von jemandem verpfändet, dem sie nicht gehört und der darüber auch nicht verfügen kann, so hat der Eigentümer zwar in der Regel das Recht, sie zurückzufordern. ²In solchen Fällen, in denen die Eigentumsklage gegen einen rechtmäßigen und redlichen Besitzer abzuweisen ist (§§ 367 und 368), ist er aber verpflichtet, den Pfandbesitzer schadlos zu halten oder das Pfand fahren zu lassen und sich mit dem Schadenersatzanspruch gegen den Verpfänder oder dritte Personen zu begnügen. [...]“

¹⁴⁹ OGH, 15.11.1990 – 7 Ob 615/90; *Leupold*, in: Klang ABGB 2011, § 367 ABGB, Rn. 2; *Iro/Riss*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 14/5 m.w.N. auch zur Gegenansicht.

¹⁵⁰ So *Iro/Riss*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 14/5.

sie folglich den Erwerbswirkungen, stellt sie sich doch dem dinglichen Herausgabeanspruch entgegen.

Insgesamt zeigt der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten ein gemischtes Bild: Der Besitz als Rechtsscheinträger wird nur beim Erwerb vom Vertrauensmann ausdrücklich vorausgesetzt, dort in der Form des unmittelbaren Besitzes. Die Publizitätswirkungen sind im Vergleich zum deutschen Recht geschwächt, weil die Beweislast des Erwerbers erheblich weiterreicht und ihm auch leichte Fahrlässigkeit bereits schadet. Nur was das Abhandenkommen betrifft, steht es um den Erwerber in Österreich besser. Denn dieses schadet beim Erwerb vom Unternehmer allgemein nicht.

3. Frankreich, Art. 2276 Abs. 1, 2277 Abs. 1 Cc

Der gutgläubige Erwerb ist im französischen Recht geregelt in Art. 2276 Abs. 1 Cc mit der Sentenz: „En fait de meubles, la possession vaut titre.“ Zu Deutsch: Für Fahrnis gilt der Besitz als Titel. Besitz meint wie im österreichischen Recht Eigenbesitz.¹⁵¹ In Abs. 2 sieht die Vorschrift bei Abhandenkommen einen drei Jahre währenden Herausgabeanspruch vor.¹⁵² Um Eigentum zu erwerben, müssen nach ständiger Rechtsprechung zudem die Voraussetzungen des Ersitzungsbesitzes gemäß Art. 2261 Cc¹⁵³ vorliegen;¹⁵⁴ das heißt, der Begünstigte muss die Sache ununterbrochen („continue et non interrompue“), friedlich („paisible“), öffentlich („publique“), als Eigentümer („à titre de propriétaire“) und darf sie nicht mehrdeutig („non équivoque“) besitzen.¹⁵⁵

Unfriedlich besitzt, wer die Sache durch Gewalt oder Drohung an sich gebracht hat.¹⁵⁶ Der Besitz ist ununterbrochen, wenn der Besitzer über gewisse Zeit nicht Handlungen vornimmt, die von einem Eigentümer zu erwarten sind. Fehlt die regelmäßige Ausübung, kommt der Besitz dem Recht, wie es ausgeübt würde, nicht nah genug und verdient daher auch nicht den Schutz als Recht.¹⁵⁷ Schließlich muss der Besitzer gutgläubig sein („de bonne foi“).¹⁵⁸ Die

¹⁵¹ Näher s.u. Kapitel 4 A.III.1.

¹⁵² „Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient.“

¹⁵³ Die Vorschrift lautet: „Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.“

¹⁵⁴ Grundlegend: Cour de cassation, Chambre commerciale, 5.3.1996, JCP 1996.éd.E.I.584, n° 12, obs. *Cabrillac*; Cour de cassation, Chambre civile 1, 14.5.1996, Bull. civ. I, n° 199, JCP 1996.I.3972, n° 2, obs. *Périnet-Marquet*; beide Entscheidungen sind zusammengefasst bei *Zenati*, RTD civ. 1998, 408.

¹⁵⁵ Näher zu den Voraussetzungen „publique“ und „non équivoque“ s.u. Kapitel 4 A.III.2.

¹⁵⁶ *Djoudi*, in: Répertoire de droit civil Dalloz, Possession, Februar 2021, Rn. 33.

¹⁵⁷ *Djoudi*, in: Répertoire de droit civil Dalloz, Possession, Februar 2021, Rn. 48.

¹⁵⁸ *Djoudi*, in: Répertoire de droit civil Dalloz, Revendication, Dezember 2021, Rn. 103.

Beweislast der ausschließenden Merkmale einschließlich bösem Glauben obliegt dem Gegner des Erwerbers.¹⁵⁹

Damit handelt es sich bei Art. 2276 Abs. 1 Cc um eine Publizitätswirkung, die im Gegensatz zum österreichischen Recht dem gutgläubigen Erwerb im deutschen Recht wohl mindestens gleichkommt, wobei als Rechtsscheinträger klar der Erwerberbesitz dient. Besser gestellt als im deutschen Recht ist der Erwerber mit Blick auf das Abhandenkommen: In Frankreich schadet es nur drei Jahre ab Verlust – so lange hat der Eigentümer Zeit, die Sache zurückzuholen, bis der Erwerber unter die Regel des Abs. 1 fällt.¹⁶⁰

Eine weitere Milderung abhängig von der Erwerbsart findet sich in Art. 2277 Abs. 1 Cc: Hat der Besitzer die Sache auf einer Messe, einem Markt oder einem öffentlichen Verkauf gekauft oder von einem Händler, der gleichartige Sachen verkauft, muss er die Sache nur gegen Zahlung des Kaufpreises herausgeben.¹⁶¹ Ein solches Lösungsrecht, das auch noch der erste Entwurf des BGB vorsah,¹⁶² ähnelt in der Rechtsfolge dem in Österreich gutgläubig erworbenen Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers,¹⁶³ sodass es ebenfalls am ehesten als Erwerbswirkung einzuordnen ist, wenn es auch kein dingliches Recht gewährt. Praktisch dürfte es außerdem vielfach zum Behalten der Sache führen, sofern nämlich der für die Sache gezahlte Preis angemessen ist; in diesem Fall wird der Eigentümer wenig Interesse haben, sie auf diese Art zurückzukaufen.¹⁶⁴

Der gutgläubige Erwerb des Pfandrechts, der lastenfreie Erwerb sowie der Erwerb des Nießbrauchs richten sich ebenfalls nach Art. 2276 Abs. 1 Cc.¹⁶⁵

Einen Geheißerwerb als solchen kennt das französische Recht mit Blick auf das Einheitsprinzip nicht, weil das Eigentum bereits jeweils mit Abschluss des Kaufvertrags übergeht, Art. 1583 Cc. Für den gutgläubigen Erwerb in der Kette ist daher schlicht Art. 2276 Abs. 1 Cc anwendbar;¹⁶⁶ die Frage eines Erwerbs der Mittelglieder einer Vier-Personen-Kette¹⁶⁷ stellt sich nicht.

¹⁵⁹ *Djoudi*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Revendication, Dezember 2021, Rn. 110, 113, 124.

¹⁶⁰ Es wird insofern als Verschiebung des Anwendungsbereichs von Art. 2276 Abs. 1 Cc gefasst. Übersicht zum Meinungsstand bei *Costa/Faber*, EPLJ 3 (2014), 147, 185 Fn. 172.

¹⁶¹ Gleiche Regelung in Art. 934 Abs. 2 ZGB Schweiz.

¹⁶² Motive III, 147 f.

¹⁶³ S.o. Kapitel 3 A.I.2 bei Fn. 149.

¹⁶⁴ Mit diesem Hinweis schon *Malaurie/Aynès/Julienne*, *Droit des biens*, 10. Aufl. 2023, Rn. 286.

¹⁶⁵ *Malaurie/Aynès/Julienne*, *Droit des biens*, 10. Aufl. 2023, Rn. 279.2 m.w.N.; *Djoudi*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Revendication, Dezember 2021, Rn. 97; *Crocq*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Gage, Juni 2023, Rn. 8.

¹⁶⁶ *Cashin Ritaine*, in: *Faber/Lurger* (Hrsg.), *National Reports on the Transfer of Movable in Europe: Volume 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal*, 2008, 106 f.

¹⁶⁷ Dazu s. für das deutsche Recht o. Kapitel 3 A.I.1.d)cc).

Für den Doppelverkauf kennt das französische Recht mit Art. 1198 Abs. 1 Cc eine Sonderregelung, dass derjenige sich durchsetzt, der gutgläubig zuerst den Besitz an der Sache erhält. Wenn man wollte, könnte man hier für die Erwerbswirkung an den Rechtsschein des Veräußererbesitzes knüpfen.

Zusammenfassend steht hinter den Art. 2276 f. Cc eine recht starke Publizitätswirkung, weil die Hinderungswirkungen des gutgläubigen Erwerbs im Vergleich zum deutschen Recht mit Blick auf die Verfolgungsfrist von nur drei Jahren und das Lösungsrecht bei bestimmten Verkaufsarten den Erwerber weitergehend schützen als im deutschen Recht.

II. Ersitzung

1. Deutschland, §§ 937–945 BGB

Gemäß § 937 Abs. 1 BGB erwirbt das Eigentum an einer Sache (bzw. in Verbindung mit § 1033 BGB den Nießbrauch), wer diese zehn Jahre ununterbrochen in Eigenbesitz hat. Schädlich ist gemäß Abs. 2 bei Besitzerwerb Bösgläubigkeit und später Kenntnis hinsichtlich des Eigentums eines anderen. Wie beim gutgläubigen Erwerb spricht auch hier der erste Eindruck dagegen, die Ersitzung als Publizitätswirkung einzuordnen, weil sie nicht davon spricht, dass der Eigenbesitzer als Eigentümer „gilt“, wie § 892 Abs. 1 BGB dieses Wort verwendet, sondern schlicht vorsieht, dass er Eigentum „erwirbt“. ¹⁶⁸ Allerdings ist dieses formalistische Argument kaum ernst zu nehmen, wie schon *Johows* Ausführungen zum Vorentwurf zeigen:

„Das Gesetz sagt, die Ersitzung *verschaffe* Eigenthum, und drückt sich nicht dahin aus, daß der Ersitzungsbeweis als voller und unwiderleglicher Eigenthumsbeweis *gelten* solle. Diese gesetzliche Redeweise ist um deswillen gerechtfertigt, weil die gesetzliche Annahme der Beweisvollendung *gleichsteht* der Zusprechung des Rechts an den Einen und der Absprechung des Rechts gegenüber dem Anderen.“ ¹⁶⁹

In der deutschen Literatur fehlen ganz überwiegend Stellungnahmen dazu, inwieweit die Ersitzung als Publizitätswirkung einzuordnen ist. Zwar hat *Naendrup* einen ganzen Beitrag über „Die Ersitzung als Rechtsscheinwirkung“ ¹⁷⁰ verfasst, allerdings hat er darin als dogmatische Begründung bloß ausgeführt, dass die Ersitzung auf der „Wirkung des Rechtsanscheines eigenen

¹⁶⁸ Vergleiche zum parallelen Problem beim gutgläubigen Erwerb oben Kapitel 3 A.I.1.b).

¹⁶⁹ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 2, 1880, 788 (Hervorh. hinzugef.). Zur „Beweisvollendung“ als Motiv der Ersitzung s. sogleich Kapitel 3 A.II.1.a).

¹⁷⁰ *Naendrup*, in: FG Reichsgericht 1929, 35.

Rechts“ fuße.¹⁷¹ Auch *Kohler* hat die Ersitzung als Rechtsscheinwirkung eingegliedert wegen „der Steigerung des Rechtsscheines durch einen in öffentlicher Weise fortgesetzten Besitz.“¹⁷² Dem hat *von Lübtow* ausdrücklich widersprochen und stattdessen an das „Kontinuitätsinteresse des Besitzers“ geknüpft.¹⁷³ Beide schauen auf denselben Umstand (langer Besitz) aus je unterschiedlichem Winkel; beide berufen sich zur Rechtfertigung ihrer Sicht auf das römische Recht.¹⁷⁴ Wessen Rückgriff auf das römische Recht besser begründet ist, spielt hier keine Rolle.

Weil die Äußerungen unmittelbar zur Einordnung der Ersitzung als Publizitätswirkung so spärlich sind, ist zunächst auf die vorgebrachten Zwecke der Ersitzung zu blicken und zu erörtern, ob diese möglicherweise deren Einschätzung als Publizitätswirkung grundsätzlich entgegenstehen, weshalb sie seit *Kohler* und *Naendrup* nicht mehr mit dem Stichwort Rechtsschein in Verbindung gebracht worden ist. Freilich liegt nicht nahe, der Ersitzung die Publizitätswirkung abzusprechen, ähnelt sie wegen der geforderten Gutgläubigkeit doch wesentlich der Rechtsscheinwirkung des gutgläubigen Erwerbs. Anschließend steht die bereits bekannte¹⁷⁵ Frage, auf welches Rechtsscheinmerkmal die Ersitzung sich stützen kann.

a) Das Verhältnis von Ersitzungszwecken und Publizität

Ihre möglichen Zwecke müssen zulassen, die Ersitzung als Publizitätswirkung einzuordnen. Als Publizitätswirkung hat diese Arbeit den Umstand beschrieben, dass ein Verkehrsteilnehmer auf ein Zeichen für ein Recht vertrauen oder sich darauf berufen darf, statt aufwendig nach dem Recht suchen oder es beweisen zu müssen.¹⁷⁶ Vier Zwecke der Ersitzung lassen sich in der Literatur ausmachen (i–iv):

Die Materialien zum BGB sahen in der Ersitzung vor allem einen beweisrechtlichen Zweck: Laut *Johow* ist die Ersitzung kein Mittel für den, der Eigentum erwerben will, sondern sie schützt nur den, der meint, bereits Eigentum

¹⁷¹ *Naendrup*, in: FG Reichsgericht 1929, 35; *ders.*, Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der Rechtsscheinsforschung, 1910, 9, auch dieser ältere Beitrag, auf den er in FG Reichsgericht verweist, liefert keine nähere Begründung dafür, als dass im Unterschied zum gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten der Scheinberechtigte und der Vertrauende bei der Ersitzung identisch seien. Damit bestehe nur eine Zwei-Personen-Konstellation: Der Berechtigte und Vertrauende einerseits sowie der Wirklichberechtigte und Benachteiligte andererseits.

¹⁷² *Kohler*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 1919, § 83 II.

¹⁷³ *von Lübtow*, in: FS FU Berlin 1955, 119, 174.

¹⁷⁴ *Kohler*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 1919, § 83 IV; für das römische Recht eine Rechtsscheinfunktion der Ersitzung behauptend *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, Exkurs 2 III 2; *von Lübtow*, in: FS FU Berlin 1955, 119, 174.

¹⁷⁵ S.o. Kapitel 3 A.I.1.

¹⁷⁶ So. Kapitel 2 D.I.

erworben zu haben.¹⁷⁷ Das zeigt sich auch heute so im Tatbestand des § 937 BGB mit Eigenbesitz und gutem Glauben. Weiter sprach er davon, die Ersitzung erzeuge eine Beweisvollendung des Eigentums (i).¹⁷⁸ Die Ersitzung sei weder durch die Zeit noch den Besitz, den Titel oder den guten Glauben zu rechtfertigen, „weil ein erweislich unrechtmäßiger Zustand dadurch, daß er den Schein des Rechts für sich hat, an sich nicht zu einem rechtmäßigen wird.“¹⁷⁹ *Johow* schloss damit jede andere Rechtfertigung für die Ersitzung aus als die Beweisfunktion. Bei diesem unnachgiebigen Blick auf den Rechtserwerb eines Nichtberechtigten durch Ersitzung ist zu bedenken, dass sein Entwurf auch den gutgläubigen Erwerb von Fahrnis im Wesentlichen noch nicht kannte, ein Entgegenkommen in Richtung Rechtsschein hier also folgewidrig gewesen wäre.¹⁸⁰ Im Ansatz schlossen die Motive sich ihm an; sie sprechen von „der Entbindung von der Angabe eines Titels“ (i), was auf eine Beweiserleichterung hinweist.¹⁸¹ Ihre Ausführungen zum Liegenschaftsrecht erscheinen ebenfalls einschlägig. Dort nennen sie den „Schutze des erworbenen Eigenthumes“ (i) und verbinden diesen mit dem Interesse an Rechtssicherheit; dieses kann nicht als eigenständiger Zweck der Ersitzung gelten, weil, wie die Motive besagen, die Ersitzung meistens dem Eigentümer nützt und damit die Rechtssicherheit in der Beweisvollendung besteht.¹⁸²

Teils bestätigen die Stimmen in der Literatur dieses Ziel (i), teils ergänzen sie es mit materiellen Erwägungen: *Baur/Stürner* sprechen gleichfalls vom Zweck der Ersitzung, Beweisschwierigkeiten zu beseitigen (i), nennen aber auch noch das Bedürfnis, nach einiger Zeit das Auseinanderfallen von wirklicher und vermeintlicher Rechtslage auszumerzen (ii), was man in Teilanerkennung von *Johows* Ausführungen unter dem Vorbehalt lesen muss, dass davon nur derjenige profitieren dürfe, der sich ohnehin für berechtigt hält;¹⁸³ insoweit gleiche die Ersitzung der Verjährung (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB),¹⁸⁴ der Tabu-

¹⁷⁷ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 2, 1880, 787.

¹⁷⁸ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 2, 1880, 788 und dann weiter wie bei Fn. 169.

¹⁷⁹ Zum Grundstücksrecht *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, 1880, 729.

¹⁸⁰ S.o. Fn. 10.

¹⁸¹ Motive III, 351.

¹⁸² Motive III, 309.

¹⁸³ So auch *Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 51 Rn. 2.

¹⁸⁴ Das ist freilich aus heutiger Sicht kritisch zu sehen, weil die Verjährung auch dem Bösgläubigen zugute kommt und zementiert, dass Besitz und Eigentum bis zum Diebstahl der Sache durch einen Dritten auseinanderfallen, infolgedessen der Eigentümer erneut den Herausgabeanspruch erlangt, da § 198 BGB nicht einschlägig ist. Historisch liegt darin wohl ein Hinweis auf die Nähe der *praescriptio extinctiva* zur *praescriptio acquisitiva*, s. dazu *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, § 105 Fn. 1a.

larersatzung (§ 900 BGB) und dem Aufgebotsverfahren (§ 927 BGB).¹⁸⁵ Schließlich nennen sie ohne nähere Erklärung das „*Beharrungsinteresse* des Eigenbesitzers“ (iii);¹⁸⁶ im Einklang damit schreibt auch *Heck* der Ersitzung die Funktion zu, „*die starken Kontinuitätsinteressen des Erwerbers [zu] schützen*, nicht entwertete Rechtsüberreste zu beseitigen“¹⁸⁷ (iii). Wie gesehen, beruft sich auch *von Lübtow* auf das „Kontinuitätsinteresse des Besitzers“ und verbindet damit, anders als *Heck*, gerade keinen Rechtsschein, sondern den „Gedanken einer Beruhigung der Rechtslage“.¹⁸⁸

Die Idee des Verkehrsschutzes (iv) findet sich erst bei *Westermann*. Er sieht die Ersitzung als dessen Ergänzung,¹⁸⁹ was wohl bedeutet, dass diese den Verkehrsschutz durch gutgläubigen Erwerb erweitern solle. *Stagl* widerspricht dem. Er beschreibt die Ersitzung nach § 937 BGB als einen Unterfall des gutgläubigen Erwerbs, den er für eine sofortige Ersitzung hält, und rechtfertigt beide gerade nicht mit Verkehrsschutz, sondern dem Verlangen nach Rechtssicherheit.¹⁹⁰ Dabei beruft er sich erstens auf *Gaius*:

D.41.3.1: Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.¹⁹¹

Zu Deutsch:

Für das öffentliche Wohl ist die Ersitzung eingeführt worden, damit nämlich nicht lange Zeit und beinahe für immer das Eigentum an gewissen Sachen unsicher ist, wo der festgesetzte Zeitraum den Eigentümern doch genügt, ihren Sachen nachzuforschen.

Allerdings ergibt sich aus *Stagls* Erwägungen, dass heute der gutgläubige Erwerb erfüllt, was bei *Gaius* noch die Ersitzung erreicht hat. Gerade mit Blick auf die lange Ersitzungszeit von zehn Jahren liegt fern, dass sich *Gaius* anführen lässt, um die Ersitzung mit dem Zweck Rechtssicherheit zu rechtfertigen, wollte er doch die lange Unsicherheit gerade verhindern („ne ... diu ... incerta ... essent“).

¹⁸⁵ J. F. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 53 Rn. 85.

¹⁸⁶ J. F. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 53 Rn. 85.

¹⁸⁷ *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 61 I; *Neuner*, AcP 203 (2003), 46, 67 spricht vom „Schutz einer entsprechenden Kontinuitätserwartung“.

¹⁸⁸ S.o. bei und in Fn. 174.

¹⁸⁹ *Harry Westermann*, Lehrbuch des Sachenrechts, 1951, § 51 I 2; und auch heute noch *Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 51 Rn. 2; sich anschließend *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, Vorbem zu §§ 937–945 BGB, Rn. 3.

¹⁹⁰ *Stagl*, AcP 211 (2011), 530, 536 f., 550.

¹⁹¹ Verfügbar unter: <http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest41.shtml>, Stand: 15.01.2024.

Als Zweites nennt *Stagl* den Begriff der ‚normativen Kraft des Faktischen‘, zurückgehend auf *Georg Jellinek*,¹⁹² womit dieser die Neigung der Menschen meinte, „das sich ständig Wiederholende als ein So-Sein-Sollendes aufzufassen.“¹⁹³ Gebrauche jemand eine Sache über längeren Zeitraum, so sähen er selbst und die Gesellschaft ihn als Eigentümer dank der normativen Kraft des Faktischen.¹⁹⁴ So betrachtet, geht die abstrakte Rede von Rechtssicherheit in dem Ansinnen auf, das *Baur/Stürner* vorgetragen haben,¹⁹⁵ nämlich dass nach einiger Zeit wirkliche und vermeintliche Rechtslage übereinstimmen (ii).¹⁹⁶

Von den angeführten Zwecken stehen drei (i, ii, iv) glatt im Einklang mit Publizität: Der Zweck der Beweisvollendung (i) entspricht genau einem Ziel der Publizität, das Vertrauen auf das Zeichen zum Beweis genügen zu lassen. Das Auseinanderfallen von wahrgenommener und tatsächlicher Rechtslage zu vermeiden (ii), stärkt das Vertrauen in das Zeichen, weil es das Recht nach dem Zeichen ausrichtet. Gleichzeitig wird damit der Gleichlauf von Zeichen und Recht gefördert.¹⁹⁷ Beide Zwecke wurden in der Literatur auch unter dem Stichwort Rechtssicherheit gefasst.

Weiter mag man zu Recht bezweifeln, dass bei einer Wartezeit von mindestens zehn Jahren (vgl. §§ 939–944 BGB) noch die Rede von Verkehrsschutz (iv) sein kann, verstanden im Sinne von Förderung des Güterumlaufs wie beim gutgläubigen Erwerb.¹⁹⁸ Will man der Ersitzung diesen Zweck indes beilegen, spricht von Seiten der Publizität nichts dagegen, weil der Erwerber nach all der Zeit zusätzliche Sicherheit über den Erwerb seines Rechts gewinnt und auch seine Rechtsnachfolger sich noch eher auf dessen Bestand verlassen können.¹⁹⁹

¹⁹² *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1905, 11. Kap. II 1, S. 329: „Der Mensch sieht das ihn stets Umgebende, das von ihm fortwährend Wahrgenommene, das ununterbrochen von ihm Geübte nicht nur als Tatsache, sondern auch als Beurteilungsnorm an, an der er Abweichendes prüft, mit der er Fremdes richtet.“

¹⁹³ *W. Jellinek*, JZ 6 (1951), 347, 348. Hierzu *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1905, 11. Kap. II 1, S. 330: „Den Grund der normativen Kraft des Faktischen in einer bewussten oder unbewussten Vernünftigkeit zu suchen, wäre ganz verkehrt. Das Tatsächliche kann später rationalisiert werden, seine normative Bedeutung liegt in der nicht weiter ableitbaren Eigenschaft seiner Natur, kraft welcher das bereits Geübte physiologisch und psychologisch leichter reproduzierbar ist als das Neue.“

¹⁹⁴ *Stagl*, AcP 211 (2011), 530, 551, in Bezug auf den Besitzer selbst ist diese Aussage wohl tatsächlich falsch und auch rechtlich wider § 937 BGB, wenn er nicht von Anfang an von seinem Eigentum ausging.

¹⁹⁵ S.o. bei Fn. 183.

¹⁹⁶ In diese Richtung auch *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 281.

¹⁹⁷ Dazu s.u. Kapitel 4 D.II.1.

¹⁹⁸ *Stagl*, AcP 211 (2011), 530, 536 f. will den Begriff „Verkehrsschutz“ für den gutgläubigen Erwerb nicht gelten lassen, sondern lieber von Umsatzschutz sprechen. Das führt gewiss nur ein neues Begriffspaar ein, das lautet: Umsatzschutz – Bestandsschutz.

¹⁹⁹ Am nächsten liegt hier die Anwendung auf Kunstgegenstände.

Den Verkehr kann man allerdings auch dadurch geschützt sehen, dass der Besitzmittler der Sache (Mieter, Entleiher, Pächter) sicher gehen kann, keine Herausgabeansprüche von Dritten zu gewärtigen, gegen die ihm eine Einwendung nach § 986 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB fehlt. Insoweit kann man von einer qualitativen Ergänzung des Verkehrsschutzes mittels gutgläubigen Erwerbs sprechen: Die Ersitzung schützt ebenso diejenigen, für die ein gutgläubiger Erwerb von vornherein nicht in Frage kommt. Auch diese Betrachtung eines Verkehrsschutzzwecks steht im Einklang mit Publizität, weil sie das Recht nach dem Zeichen ausrichtet.

Der verbleibende Zweck, das sogenannte Beharrungs- oder Kontinuitätsinteresse zu schützen (iii), lässt sich nur mit Mühe einordnen, weil aus den angeführten Literaturstellen nicht recht klar werden will, was darunter zu verstehen ist. Zumindest das allgemeine Interesse, Eigentum und Besitz irgendwann zusammenzuführen, haben *Baur/Stürner* anscheinend damit nicht gemeint, nennen sie Beharrung und Zusammenführung doch nebeneinander. Dass es sich beim Beharrungsinteresse indes nur um die am Besitzer ausgerichtete Kehrseite der Medaille ‚Zusammenführung von Besitz und Eigentum‘ handelt, macht eine Stellungnahme *Kohlers* deutlich, wo er das Beharrungsinteresse näher erläutert, wenn er es auch nicht als solches benennt:

„Zustände, die in ungeschmälerter Weise anstandslos bestanden haben, haben eine gewisse Anwartschaft auf Fortdauer, weil der bisherige Wirtschaftler auf sie gebaut und von ihnen aus über die Güter geschaltet hat.“²⁰⁰

Hier begründet *Kohler* die Zusammenführung von Besitz und Eigentum („Fortdauer“ der „Zustände“) vom Interesse des Besitzers her, der als „bisheriger Wirtschaftler [...] geschaltet hat“. Wenn nun *Baur/Stürner* das allgemeine Interesse an Zusammenführung nennen, so blicken sie dabei wohl entweder auf die Interessen Dritter und so den Verkehrsschutz zugunsten von nachfolgenden Erwerbern und von Besitzmittlern oder sie betrachten damit den Satz von der normativen Kraft des Faktischen, der nicht an den Verkehrserwartungen Einzelner ausgerichtet ist, sondern an allgemeinen, menschlichen Annahmen.²⁰¹ Von allen drei Blickpunkten aus geht es darum, dem tatsächlichen Zustand Legitimation durch materielle Rechtsänderung zu verleihen; sie unterscheiden sich nur hinsichtlich derer, deren Interessen berücksichtigt werden. Die Rede vom Beharrungsinteresse macht also nicht mehr, als die Zusammenführung von Eigentum und Besitz, orientiert am Eigenbesitzer, zu begründen. Abstrakt gesprochen geht es wieder um die Ausrichtung des Rechts am Zeichen. Auch dieser Zweck steht der Einordnung als Publizitätswirkung nicht entgegen. *Von Lübtows* Rede, dass nicht ein Rechtsschein, sondern das „Kontinuitätsinteresse des Besitzers“²⁰² Grundlage der Ersitzung sei, stellt sich damit als irreführend

²⁰⁰ *Kohler*, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, 1919, 238.

²⁰¹ S.o. bei Fn. 193.

²⁰² S.o. bei Fn. 173.

heraus. Zwischen den beiden Begriffen besteht nämlich kein notwendiger Widerspruch: Das Beharrungsinteresse kann sich durchsetzen, wenn der Besitzer anhand des Rechtsscheins das materielle Recht für sich gewinnt. Umgekehrt betrachtet heißt das: Publizitätswirkungen sind nie Selbstzweck, sondern dienen immer dazu, Interessen von Verkehrsteilnehmern Geltung zu verleihen.²⁰³

b) Der Besitz des Ersitzenden als einziges Rechtsscheinelement der Ersitzung

Eindeutig ist der Eigenbesitz das einzige Tatbestandsmerkmal in § 937 BGB, das als Anscheinselement in Frage kommt. An seiner Eignung kann man allerdings zweifeln, da nach § 872 BGB der Wille, für sich zu besitzen, zwar nach außen dringen, aber weder den bisherigen mittelbaren Besitzer erreichen muss noch sich sonst irgendeinem Beteiligten gegenüber äußern.^{204, 205} Der Besitz an sich und der Eigenbesitzwille lassen sich jedoch aufspalten. Daher ist dieses Bedenken nur insoweit relevant, als die fehlende Äußerung des Eigenbesitzwillens gegenüber den Betroffenen auch das Merkmal Besitz entleert. Um das zu ergründen, bietet sich an, auf die Parteien zu blicken, denen die Ersitzung unmittelbar schadet oder nützt: den ursprünglichen Eigentümer, den Ersitzenden sowie gegebenenfalls seinen Besitzmittler, dessen Position infolge der Ersitzung vom ursprünglichen Eigentümer nicht mehr angreifbar ist.

Weder für den Ersitzenden noch für den Fremdbesitzer macht die fehlende Erkennbarkeit des Eigenbesitzwillens einen Unterschied. Der Ersitzende selbst kennt seinen eigenen Willen und bedarf daher nicht dessen Erkennbarkeit; unerheblich ist, dass er ihn erkennen kann, weil er bei dessen Äußerung dabei ist. Der Fremdbesitzer schließlich kann immer davon ausgehen, dass ein höherstufiger Besitzer mit Eigenbesitzwillen existiert, dessen Eigentum nach Fristablauf Einwendungen Dritter ausschließen wird; wer genau das ist, spielt für ihn hinsichtlich der Ersitzung keine Rolle.²⁰⁶

²⁰³ S. dazu auch o. Kapitel 2 D.III.

²⁰⁴ Grundlegend BGH, Urteil v. 10.11.1965 – VIII ZR 228/63, WM 1965, 1254, juris-Rn. 26: „Der unmittelbare Besitzer braucht die Änderung seines Willens nicht gerade dem bisherigen mittelbaren Besitzer gegenüber zu äußern, er muß sie nur eindeutig nach außen erkennbar machen“; bestätigt in BGH, Urteil v. 10.11.2004 – VIII ZR 186/03, BGHZ 161, 90, juris-Rn. 69. Aus der Literatur J. F. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 58; Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 18 Rn. 6 m.w.N.; a.A. Ernst, Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, 1992, 228–240, der nur eine Erklärung des Besitzmittlers gegenüber dem mittelbaren Besitzer genügen lassen will, um den Eigenbesitz zu begründen. S. zum Ganzen auch u. Kapitel 4 A.I.4.a)bb).

²⁰⁵ Die folgende Darstellung unterscheidet, anders als das soeben in Fn. 204 zitierte BGH-Urteil, zwischen Erkennbarkeit und Äußerung: Erkennbarkeit meint dabei die Äußerung gegenüber einem Beteiligten. Äußerung meint bloß, dass sich irgendetwas Äußeres zeigt, es also nicht beim inneren Vorgang bleibt.

²⁰⁶ Höchstens kann er so Herausgabeansprüchen nach § 986 Abs. 1 S. 2 BGB gegenüberstehen.

Auch für den Eigentümer ist es unwichtig, den Eigenbesitzwillen erkennen zu können, weil dieser gar nicht das entscheidende Merkmal dafür ist, dass er um sein Eigentum fürchten muss. Denn sobald er bloß den Besitz an seiner Sache verliert, also niemand mehr für ihn besitzt, läuft er Gefahr, dass ein anderer die Sache ersitzt. *Wer* den Eigenbesitzwillen gefasst hat, spielt dafür keine Rolle. Um die Erkennbarkeit des Besitzverlusts wiederum steht es nur in einer Fallgruppe kritisch; in allen anderen ist entweder der Besitzverlust ohne weiteres erkennbar oder wenigstens leicht nachprüfbar, oder aber es ist unschädlich, dass er unsichtbar ist, weil der neue Eigenbesitzer ohnehin nicht ersitzen kann.

Der leichteste Fall der Erkennbarkeit des Besitzverlusts ist der, dass dem Eigentümer mit tatsächlicher Gewalt (§ 854 Abs. 1 BGB) die Sache abhandenkommt. Ab diesem Moment weiß er um die Gefahr der Ersitzung. Kommt sie seinem Besitzdiener oder Besitzmittler abhanden, kann das dem Eigentümer bloß theoretisch die gesamte Ersitzungszeit über verborgen bleiben. Gibt hingegen sein Besitzmittler die Sache an einen Dritten, der dann Eigenbesitzer wird, so ist die Frage der Ersitzung in aller Regel unerheblich, weil dieser entweder unmittelbar gutgläubig erwirbt oder wegen Bösgläubigkeit weder nach § 932 Abs. 1 S. 1 BGB noch nach § 937 BGB erwerben kann. Liegt die Sache dann in den Händen eines Bösgläubigen, beginnt die Ersitzungsfrist erst in dem Augenblick, da der Erwerber nachträglich gutgläubig wird (*bona fides superveniens*) oder sein gutgläubiger Erbe den Besitz an der Sache ergreift; hier hat der Eigentümer also in der Regel weit über zehn Jahre Zeit.²⁰⁷ Gibt sein Besitzdiener die Sache fort, hat er lange Zeit, um die Sache nicht mehr bei jenem vorzufinden. Ändert der Besitzdiener seinen Besitzwillen und schwingt sich so zum Besitzer auf²⁰⁸ oder besitzt er fortan als Diener für einen Dritten, muss dieser Umstand dem Eigentümer erkennbar sein, wenn auch nicht sofort, weil der Besitzdiener nur abtrünnig werden kann, indem er sich den Weisungen seines Besitzherrn widersetzt (§ 855 BGB).²⁰⁹

Schließlich bestehen die zwei Fallgruppen, wo der Fremdbesitzer seinen Besitzwillen ändert: In der ersten war der Ersitzende zuvor selbst der Fremdbesitzer. Hat der Eigentümer diesen Wechsel im Besitzwillen veranlasst, weiß er auch davon. Hat sich der Fremd-, zum Eigenbesitzer aufgeschwungen, ist er

²⁰⁷ S. z.B. *Hamdorf*, in: MünchKommBGB 2023, § 937 BGB, Rn. 62; *ders.*, in: MünchKommBGB 2023, § 943 BGB, Rn. 13; *Gursky*, JR 1986, 225, 227.

²⁰⁸ Str., hier aber im Einzelnen unerheblich; dafür etwa *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 855 BGB, Rn. 18; *Stadler*, in: Soergel BGB 2002, § 855 BGB, Rn. 6 Fn. 25; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08.11.1996 – 3 W 454/96, NJW-RR 1997, 998, 998 f.; dagegen *Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 5; allgemein zitiert, aber ohne Stellungnahme zu dieser Frage im Besonderen BGH, Urteil v. 27.11.1952 – IV ZR 178/52, BGHZ 8, 130, 133 f.; Überblick bei *Ernst*, Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, 1992, 232 f.

²⁰⁹ S. zur Frage der Erkennbarkeit auch u. Kapitel 4 A.I.3.

nach § 937 Abs. 2 BGB bösgläubig. Auch Fälle, in denen ein Dritter, weder Besitzer noch Eigentümer, den Fremdbesitzer dazu bringt, seinen Besitzwillen umzuwandeln, werden mittels Bösgläubigkeit zu lösen sein; etwa, wenn D dem F die vom E geliehene Sache im eigenen Namen verkauft oder schenkt.²¹⁰

In der zweiten, endlich kritischen Fallgruppe spielt der Fremdbesitzer doppelt und macht einen Dritten zum Eigenbesitzer, während er selbst seine tatsächliche Besitzposition an der Sache zurückhält (in der Regel den unmittelbaren Besitz). Für den Eigentümer lässt sich die Erkennbarkeit des Besitzwechsels bezweifeln, etwa wenn ein Sicherungsnehmer ersitzt, nachdem die Sicherungsübereignung des Eigentumsvorbehaltskäufers gemäß § 933 BGB fehlgeschlagen ist, weil er die Sache dem Sicherungsnehmer noch nicht übergeben hat.²¹¹ Man könnte hier vorbringen, der mittelbare Besitz als vergeistigte Form des Besitzes sei für den Eigentümer (und auch für Dritte) unsichtbar; nicht einmal, wenn er beim vermeintlichen Besitzmittler nachsähe, könnte der Eigentümer nämlich erkennen, dass ein anderer Eigenbesitz begründet habe und dabei sei, die Sache zu ersitzen.²¹² So berechtigt der Einwand ist, zeigt er doch, dass gerade nicht die Erkennbarkeit des Eigenbesitzwillens in Frage steht, sondern er begründet eine allgemeine Kritik an der fehlenden Erkennbarkeit des mittelbaren Besitzes.²¹³ Könnte der Eigentümer nämlich sehen, dass der Eigentumsvorbehaltskäufer für irgendeinen anderen besitzt, und damit, dass er selbst den Besitz verloren hat, spielte es keine Rolle, ob er auch erkennen könnte, wer im Einzelnen den betreffenden Eigenbesitzwillen hat, um die Ersitzung zu verhindern.

Folglich ist es stets entbehrlich, dass der Eigentümer den Eigenbesitzwillen des Ersitzenden erkennen kann. Und auch die möglicherweise fehlende Erkennbarkeit des Besitzverlusts an sich kann nur im Fall des nach § 933 BGB gescheiterten Erwerbs schaden. Dementsprechend erscheint *Füllers* Kritik überzogen, Publizität sei bei der Ersitzung höchstens Nebensache, gegebenen-

²¹⁰ Der gutgläubige Erwerb scheitert hier jeweils an § 932 Abs. 1 S. 2 BGB, weil F den Besitz von E und nicht von D erlangt hat. Im Verhältnis E–F kommen praktisch nur unentgeltliche Rechtsverhältnisse in Frage, weil beispielsweise bei einem Mietvertrag E die Ersitzung schon deshalb verhindern würde, weil er bei F nachfragen und so den Sachverhalt aufklären würde.

²¹¹ S. zu den Schwierigkeiten auch *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 282; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 345.

²¹² Im Unterschied zum Besitzdiener wird sich der Besitzverlust auch praktisch eher nicht darin äußern, dass der Besitzmittler einen Herausgabeanspruch des Eigentümers verneint, ist es doch im Gegensatz zu einer Anweisung unüblich, sich regelmäßig derart seiner Herrschaftsposition zu versichern.

²¹³ Dazu s.u. Kapitel 4 A.I.4.

falls sei sie gänzlich unerheblich.²¹⁴ In der Summe ergibt sich damit der einfache Besitz des Ersitzenden als taugliches Rechtsscheinmerkmal.²¹⁵

c) Die Zweifel am gutgläubigen Erwerb als Publizitätswirkung sind auf die Ersitzung nicht übertragbar

Beim gutgläubigen Erwerb waren im Anschluss an die Gesetzesanalyse noch einige Zweifel aufgekommen, ob man ihm die Rechtsscheinwirkung nicht deswegen absprechen müsse, weil neben den Besitz als Rechtsscheinträger noch eine Reihe weiterer Voraussetzungen trete. Am Ende blieben als – wenn auch nicht durchdringende – Störfaktoren stehen: einerseits das vom Erwerber nicht zu ersiehende Abhandenkommen der Sache; andererseits rechtsgeschäftliche Übertragungsmängel.²¹⁶

Wie gezeigt, kennt die Ersitzung im Grundsatz nur vier Anforderungen: Besitz, Eigenbesitzwillen, Zeitablauf und fehlende Bösgläubigkeit. Alle davon kann der Ersitzende überblicken; bleibende Störfaktoren wie beim gutgläubigen Erwerb bestehen nicht. Das gilt größtenteils ebenso für die Unterbrechung der Ersitzung (§§ 940–942 BGB): Der Besitzverlust (§ 940 Abs. 1 BGB) ist dem Ersitzenden erkennbar, jedoch wieder mit der Ausnahme, dass sein Besitzmittler ihm abtrünnig wird, wobei er hier nur ein Jahr Zeit hat, die Sache wiederzuerlangen, § 940 Abs. 2 BGB. Ebenfalls erkennbar ist die Vornahme einer Vollstreckungshandlung (§ 941 S. 1 Var. 1 BGB); nur falls die Vollstreckungshandlung kurz vor Ablauf der Ersitzungsfrist beantragt wird (§ 941 S. 1 Var. 2 BGB), aber erst nach der Ersitzung tatsächlich vollstreckt wird, hat der Ersitzende das Nachsehen wegen eines für ihn unsichtbaren Umstands. Und auch dieser schmale Anwendungsbereich des § 941 S. 1 Var. 2 BGB wird dadurch weiter eingeschränkt, dass jeder Vollstreckungshandlung in aller Regel ein Prozess vorhergeht, der den Ersitzenden bösgläubig gemacht hat.²¹⁷

Ebenso ist die Hemmung der Ersitzung weitgehend erkennbar: Wird der Herausgabeanspruch des Eigenbesitzers gegen den Besitzer gemäß § 939 Abs. 1 BGB derart geltend gemacht, dass die Verjährung nach §§ 203 f. BGB gehemmt ist, so erhält der Besitzer davon stets Kenntnis; ist der Anspruch über eine dritte Stelle geltend zu machen, ist die Ersitzung jedoch – unsichtbar – in aller Regel schon in dem Moment gehemmt, da der Anspruchsteller sich gegenüber dieser Stelle erklärt. Grund dafür sind die Rückwirkung des § 167 ZPO sowie parallele Vorschriften in § 204 Abs. 1 BGB, nämlich Nr. 4 (Streitbeile-

²¹⁴ Füller, *Eigenständiges Sachenrecht?*, 2006, 345.

²¹⁵ An späterer Stelle sehen wir, dass sogar bloß Erkennbarkeit für den Begünstigten genügt, s.u. Kapitel 4 B.I.6 bei und in Fn. 304.

²¹⁶ S.o. Kapitel 3 A.I.1.f).

²¹⁷ Hamdorf, in: MünchKommBGB 2023, § 941 BGB, Rn. 1.

gung), 11 (schiedsrichterliches Verfahren)²¹⁸, 12 (Einreichung des Antrags bei einer Behörde), 13 (Einreichung des Antrags bei einem höheren Gericht), 14 (Antrag auf Prozesskostenhilfe). Praktisch relevant wird diese Rückwirkung wie auch in § 941 S. 1 Var. 2 BGB nur dann, wenn der Anspruchsteller sich erst kurz vor Fristablauf rührt.

Die Ersitzung ist schließlich gemäß § 939 Abs. 2 BGB auch gehemmt, falls ein Hemmungs- oder Ablaufhemmungsgrund der §§ 205–207 bzw. 210 f. BGB besteht. Für den Ersitzenden davon unsichtbar sind die Fälle höherer Gewalt (§ 206 BGB), nicht voll Geschäftsfähiger ohne gesetzlichen Vertreter (§ 210 BGB) sowie eines schwebenden Nachlasses (§ 211 S. 1 BGB).

Mithin gibt es einige verbleibende Risiken, dass der Ersitzende trotz Fristablaufs (noch) kein Eigentum an der Sache erwirbt. Dass diese Gefahren der Ersitzung ihren Publizitätscharakter rauben, liegt jedoch fern, weil der Zeitraum, in dem sich diese Risiken realisieren können, so knapp ist (jeweils nur wenige Monate vor der Ersitzung) und weil sie bis auf den Antrag der Vollstreckung (§ 941 S. 1 Var. 2 BGB) sämtlich nur aufschiebende Wirkung haben. Bevor wir uns nun abschließend wieder auf den Satz zurückziehen, Publizitätswirkung bedeute nicht, dass jede unsichtbare, noch so kleine Unwägbarkeit ausgeschlossen sein müsse,²¹⁹ wollen wir noch die geringe praktische Bedeutung der §§ 939–942 BGB beleuchten:²²⁰ Zwar finden sich in der juris-Datenbank 22 Entscheidungen mit Zitaten dieser Vorschriften.²²¹ Davon behandeln in der Sache jedoch nur sechs überhaupt diese Paragraphen und bloß eine²²² die Ersitzung einer beweglichen Sache. Die anderen fünf²²³ befassen sich mit

²¹⁸ Hierzu beispielsweise Art. 6.1 DIS Schiedsgerichtsordnung 2018: „Das Schiedsverfahren beginnt am Tag des Eingangs der Schiedsklage [...] bei der DIS [...].“

²¹⁹ S. dazu o. Kapitel 3 A.I.1.f): „Mittels Publizitätswirkung gutgläubig zu erwerben, heißt zudem nicht, risikolos zu erwerben.“

²²⁰ Zur allgemeinen Kritik statistischer Methoden in der Rechtsanalyse s. *Kern*, in: *Cadiet/Hess/Requejo Isidro* (Hrsg.), *Approaches to Procedural Law: The Pluralism of Methods*, 2017, 121, 126: „But there is an important difference between natural sciences, psychology, sociology, political science and economics on one hand and law on the other: Law can neither be understood merely by observing what happens in the real world, nor merely by looking into the codes, statutes and books. It is neither a mere description of social reality, nor does it limit itself to explaining how human beings interact. To the contrary, it is a theoretical framework, and a uniquely sophisticated at that, aimed at *influencing* the reality.“

²²¹ Diesem Ergebnis zugrunde liegt eine juris-Recherche nach „§ 939 BGB ODER § 940 BGB ODER § 941 BGB ODER § 942 BGB“, Rechtsprechung, Stand: 13.01.2024. Bei den meisten anderen, nicht einschlägigen Entscheidungen handelt es sich um Zitierfehler, wo entweder im Urteilstext oder in den Metadaten „§ 940 BGB“ statt „§ 940 ZPO“ steht.

²²² BGH, Urteil v. 07.03.1962 – V ZR 132/60, BGHZ 36, 395.

²²³ KG, Beschluss v. 19.05.2014 – 12 W 57/12; OLG Dresden, Urteil v. 18.07.2002 – 7 U 232/02, OLGR 2003, 407; OLG Brandenburg, Urteil v. 31.05.1995 – 3 U 184/94, OLGR 1995, 191; OLG Nürnberg, Urteil v. 23.03.1994 – 4 U 4005/93; OLG Sachsen-Anhalt, Urteil v. 21.01.1993 – 4 U 65/92.

der Buchersitzung nach § 900 BGB, die in Abs. 1 S. 2 auf die Regeln zur Ersitzung verweist. In dieser einen Entscheidung betreffend die Ersitzung einer beweglichen Sache konnte sich die beklagte Tochter Hermann Görings nicht auf die Ersitzung eines Gemäldes berufen, das sie mit sittenwidrigem Vertrag von der Stadt Köln erworben hatte. Denn die Ersitzung war jedenfalls gemäß § 940 Abs. 1 BGB wegen Besitzverlusts unterbrochen worden, und die Beklagte hatte den Besitz nicht binnen Jahresfrist zurückerlangt. Daher waren auch die Kriegs- und Nachkriegsvorschriften über die Hemmung der Verjährung und mithin der Ersitzung (§ 939 Abs. 1 S. 1 BGB (§ 939 BGB a.F.)) nicht zu prüfen.²²⁴

Bemerkenswert ist, dass auch in diesem Fall kein unsichtbarer Hinderungsgrund für die Ersitzung bestand, sondern der für den Besitzer erkennbare Besitzverlust zur Unterbrechung führte. In der registrierten Rechtsprechung sind die unsichtbaren Hinderungstatbestände der Ersitzung also durchweg unerheblich. Gewiss lässt sich hieraus noch nicht sicher herleiten, dass diese Tatbestände auch praktisch völlig belanglos sind, bilden doch etwa besonders klare Vorschriften selten den Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten, weil sie kaum Streitpotential bergen. Gleichwohl liegt es fern, dass die unsichtbaren Hinderungstatbestände nicht wenigstens in der Prüfung eines in verwandter Sache umstrittenen Falls oder sonst wie auch immer am Rande erscheinen, wenn ihnen irgendein praktisches Gewicht zukommt. Dagegen ließe sich noch argumentieren, dass die Anzahl der Ersitzungsfälle ohnehin so gering sei, dass eine zahlenmäßige Untersuchung mangels genügender Daten kaum Aussagekraft habe – es finden sich zur Ersitzung nämlich bloß 52 Entscheidungen in der juris-Datenbank.²²⁵ Allerdings heißt das bloß, dass die gegebenen Daten das mittels Plausibilitätsprüfung gefundene Ergebnis jedenfalls nicht zu erschüttern vermögen.

Damit ergibt sich: Hinsichtlich unsichtbarer Erwerbshindernisse steht es um die Ersitzung besser als um den gutgläubigen Erwerb. Nur der für den Ersitzenden zunächst unsichtbare Vollstreckungsantrag kann gemäß § 941 S. 1 Var. 2 BGB die Ersitzung verhindern; alle anderen (zwischenzeitlich) unsichtbaren Hindernisse wirken nur aufschiebend (zwischenzeitlich unsichtbar: §§ 939 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit § 204 Abs. 1 Nr. 4, 11–14 BGB bzw. mit § 167 ZPO; unsichtbar: §§ 939 Abs. 2 in Verbindung mit §§ 206, 210, 211 S. 1 BGB). Endgültig scheitert die Ersitzung ihretwegen nur infolge der dann anschließenden Bösgläubigkeit des Ersitzenden. Indes fehlt ein auf Dauer unsichtbarer Grund, der die Ersitzung verhindern könnte; mit Abhandenkommen

²²⁴ BGH, Urteil v. 07.03.1962 – V ZR 132/60, BGHZ 36, 395, juris-Rn. 50.

²²⁵ juris-Recherche nach „§ 937 BGB“, Rechtsprechung, Stand: 12.01.2024. Zum Vergleich: 388 Entscheidungen nennen § 932 BGB, juris-Recherche nach „§ 932 BGB“, Rechtsprechung, Stand: 12.01.2024.

und rechtsgeschäftlichen Mängeln vergleichbare Hindernisse wie beim gutgläubigen Erwerb kennt die Ersitzung nicht.

d) Keine Besonderheiten bei der Ersitzung des Nießbrauchs gemäß § 1033 BGB

In Bezug auf Publizität bestehen keinerlei Besonderheiten bei der Ersitzung des Nießbrauchs.²²⁶ Das Pfandrecht ist nach deutschem Recht nicht zu ersitzen.

e) Zusammenfassung: Die Ersitzung als Publizitätswirkung wegen des Besitzes des Ersitzenden

Die Ersitzung ist als Publizitätswirkung einzuordnen und knüpft dafür an den Rechtsscheinträger des Besitzes, ohne dass es speziell auf den Eigenbesitzwillen ankommt. Die Publizitätsfunktion, den Prüfungsumfang zu reduzieren und somit auch dem Erwerber vom Berechtigten Nachforschungen zu ersparen, kann der Ersitzung offensichtlich nicht zukommen, weil ihr ein paralleler Tatbestand fehlt. Über den Eigentumserwerb hinaus besteht ihre Funktion in der Gewissheit über die eigene Berechtigung in Form der damit verbundenen Beweiserleichterung.²²⁷

Die vier gefundenen Ersitzungszwecke teilen sich in zwei Kategorien, die beide der Ersitzung als Publizitätswirkung nicht widersprechen: Die erste (i) ist die Ersitzung als Vollendung des Eigentumsbeweises; hier nützt die Ersitzung dem Eigentümer, indem er über § 1006 BGB hinaus davon entlastet wird, sein Eigentum darzulegen, indem sie also die Vermutungswirkung unerschütterlich macht. Die zweite Kategorie (ii-iv) ist die Ersitzung als materielle Verstärkung des Zeichens hin zum Recht. Das lange Vertrauen auf das Zeichen wird so belohnt, sei es das des Eigenbesitzers, Besitzmittlers oder mitunter sogar das Vertrauen Dritter. Gleichzeitig werden damit auch Recht und Zeichen angeglichen, sodass künftig dem Zeichen besser zu vertrauen ist.²²⁸

Zwar verlangt § 937 BGB den Eigenbesitz des Ersitzenden, der sich vom bloßen Besitz durch den Eigenbesitzwillen abhebt. Allerdings kommt es auf dessen Erkennbarkeit für die Rechtsscheinwirkung nicht an. Denn der Ersitzende selbst kennt seinen Willen, der Besitzmittler kann stets mit einem übergeordneten Eigenbesitzer rechnen, dessen Ersitzung ihn vor den Zugriffen Dritter schützt, und für den Eigentümer ist nur wichtig, seinen Besitzverlust zu erkennen. Das ist rechtzeitig jeweils unproblematisch möglich außer in dem Fall, dass der Besitzmittler doppeltes Spiel treibt und etwa die unter Eigen-

²²⁶ Praktisch erscheint sie ohnehin unerheblich; weder in der Kommentarliteratur noch in der juris-Datenbank finden sich hierzu Entscheidungen, die die Vorschrift problematisieren. Stand: 12.01.2024.

²²⁷ S.o. Kapitel 3 A.II.1.a), Zweck (i).

²²⁸ Das weist auf den Gleichlauf von Zeichen und Recht hin, dazu s.u. Kapitel 4 D.II.1.

tumsvorbehalt erworbene Sache zur Sicherheit an einen Dritten übereignet. In der Kritik muss hier aber die Erkennbarkeit des mittelbaren Besitzes stehen,²²⁹ nicht die des Eigenbesitzwillens.

Die Ersitzung begegnet nicht den gleichen Bedenken wie der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten in Bezug auf weitere unsichtbare Merkmale, die möglicherweise den Charakter der Publizitätswirkung schwächen oder gar zerstören: Hindernisse wie Abhandenkommen oder rechtsgeschäftliche Übertragungsmängel fehlen; die gesetzlich vorgesehenen Hindernisse sind in aller Regel sichtbar. Falls sie unsichtbar sind, so nur kurz, bis sie dem Ersitzenden bekannt werden (die Hemmungen genannt in § 939 Abs. 1 BGB und unter besonderen Umständen die Unterbrechung nach § 941 BGB), oder die Hindernisse bleiben unsichtbar, aber gehen regelmäßig vorüber (die Hemmungen genannt in § 939 Abs. 2 BGB). Ist es bereits theoretisch unwahrscheinlich, dass solche Hindernisse sich zeigen, so sind sie praktisch bislang unerheblich.²³⁰

2. Österreich, § 1460 ABGB

Die Ersitzung nach österreichischem Recht ist eine gegenüber der BGB-Ersitzung schwächere Publizitätswirkung. Die Ersitzung im österreichischen Recht reicht weiter als im deutschen; sie bezieht sich auf alle möglichen Rechte und erfasst auch solche an Grundstücken, sodass gemäß § 1455 S. 1 ABGB auch Pfandrecht²³¹ und Nießbrauch (Fruchtnießung) ersessen werden können. Die Ersitzung setzt die dauerhafte Ausübung des Besitzes während der Ersitzungszeit voraus, § 1460 ABGB.²³² Die Rechtsprechung fordert darüber hinaus Erkennbarkeit des Besitzes; dieser ist aber schon etwa dann genügt, wenn die von einem Grundeigentümer geduldete Handlung nicht nur aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Verpflichtung zur Gestattung des Gemeingebrauches besteht²³³ oder über die örtliche Gewohnheiten hinausgeht.²³⁴ Das Merkmal ist für hiesige Zwecke demnach unerheblich. Weiter muss der Ersitzende redlich sein, § 1463 ABGB, was gemäß § 328 S. 2 ABGB vermutet wird. Schließlich muss der Besitz rechtmäßig sein, das heißt auf einem für den Erwerb tauglichen Rechtsgrund beruhen, §§ 1461, 316 S. 1 ABGB, der also nach deutscher Sicht die Kondiktion ausschließen würde (eine Folge des Kausalprinzips); und der Besitz muss echt sein, das heißt gemäß §§ 1646, 345 Hs. 1 ABGB nicht durch Gewalt, List oder dergleichen erlangt.

Neben diesen für den Begünstigten erkennbaren Merkmalen steht die Dauer der Ersitzungszeit, die wiederum Schwächungen der Ersitzung als Publizitäts-

²²⁹ Dazu s.u. Kapitel 4 A.I.4.

²³⁰ S.o. Fn. 221.

²³¹ Näher *Apathy*, JBl 1999, 205, 206–210.

²³² *Iro/Riss*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 6/87.

²³³ OGH, 30.04.1958 – 5 Ob 129/58, SZ 31, 71.

²³⁴ OGH, 17.02.1982 – 1 Ob 502/82, SZ 55, 19.

wirkung bereithält, weil der Ersitzende keine der Verlängerungen der Ersitzungszeit überblicken kann. Hier seien sie knapp zusammengefasst: Grundsätzlich beträgt die Ersitzungszeit gemäß § 1466 ABGB drei Jahre. Beim unredlichen, unechten oder unbekannten Vormann muss die doppelte Ersitzungszeit ablaufen, § 1476 ABGB,²³⁵ genauso wie gegen den Staat und juristische Personen allgemein die Ersitzungszeit verdoppelt ist, §§ 1742 f. ABGB.²³⁶ Hinzu kommen Hemmungen abhängig vom Ersitzungsgegner, nämlich § 1745 ABGB und die gemeinsam mit den Verjährungshemmungen geregelten §§ 1494–1496 ABGB. Die Verjährung wird schließlich durch eine Klage unterbrochen, § 1497 S. 1 Hs. 2 ABGB. In der Summe wird der Besitzer schlimmstenfalls regelmäßig sechs Jahre nach Besitzerwerb mit dem Rechtserwerb rechnen dürfen; sicher sein kann er nicht.

3. Frankreich, Art. 2258, 2272 Abs. 1 Cc

Die Ersitzung („*prescription acquisitive*“) im Sinne eines Rechtserwerbs durch Zeitablauf spielt im französischen Recht nur eine untergeordnete Rolle, weil Art. 2276 Abs. 1 Cc so weit reicht und darüber hinaus als sofortige Ersitzung konstruiert ist.²³⁷ So bleibt für die Fahrnisersitzung nur Raum zugunsten des bösgläubigen Besitzers.²³⁸ Der Ersitzungsbesitz muss eine Reihe von Eigenschaften aufweisen, nämlich ununterbrochen, friedlich, öffentlich und nicht mehrdeutig sein sowie der Besitzer die Sache als Eigentümer haben, Art. 2261 Cc.²³⁹ Sämtliche dieser Merkmale kann der Ersitzende abschätzen, weil er Zustandekommen und Verlauf seines Besitzes kennt. Für die fehlende Unterbrechung hilft ihm zudem die Vermutung des Art. 2264 Cc.²⁴⁰ Auch Nießbrauch und Pfandrecht können ersessen werden.²⁴¹ Die Ersitzungsfrist für Liegenschaften, die auch für Fahrnis gilt, beträgt dreißig Jahre, Art. 2272 Abs. 1 Cc.²⁴² Die verkürzte Ersitzungsfrist von zehn Jahren nach Abs. 2 gilt für Fahr-

²³⁵ Den dritten Fall kann der Ersitzende möglicherweise erkennen.

²³⁶ *Iro/Riss*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 6/91.

²³⁷ *Grimonprez*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Prescription acquisitive, November 2022, Rn. 8.

²³⁸ *Grimonprez*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Prescription acquisitive, November 2022, Rn. 12.

²³⁹ Die Vorschrift lautet: „Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire.“

Näher zu den Voraussetzungen „publique“ und „non équivoque“ s.u. Kapitel 4 A.III.2.b) und c). Zu den übrigen Voraussetzungen s. bereits o. Kapitel 3 A.I.3 nach Fn. 155.

²⁴⁰ Näher s.u. Kapitel 3 D.III.

²⁴¹ *Grimonprez*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Prescription acquisitive, November 2022, Rn. 23, 28.

²⁴² *Grimonprez*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Prescription acquisitive, November 2022, Rn. 52.

nis mit Blick auf Art. 2276 Cc nicht.²⁴³ Die Frist beginnt mit dem Besitzerwerb.²⁴⁴ Das französische Recht kennt ebenfalls Unterbrechung („interruption“, Art. 2240–2246 Cc) und Hemmung („suspension“, Art. 2233–2239 Cc) der Ersitzungsfrist, Art. 2230 f. Cc. Diese Vorschriften sind den deutschen ähnlich, werfen jedenfalls keine unbekannten Probleme auf. Entsprechend schwächen sie in einigen Fälle die Publizitätswirkung (z.B. bei höherer Gewalt, Art. 2234 Var. 3 Cc), weil der Begünstigte insofern die Hemmung nicht erkennen kann. Sonst ist aber auch die französische Ersitzung binnen dreißig Jahren als Erwerbswirkung einzuordnen, indem sie an den Besitz als Rechtsscheinträger knüpft und das Eigentum gewährt.

III. Verbindung, Vermischung, Verarbeitung

1. Deutschland, §§ 946–950 BGB

Bei der Untersuchung dieser Vorschriften wird sich zeigen, dass die §§ 946–948 BGB keine Publizitätswirkungen sind. Die §§ 946, 947 Abs. 2 (in Verbindung mit § 948) BGB dienen allein der Rechtsklarheit, § 947 Abs. 1 (in Verbindung mit § 948) BGB erhält bloß wirtschaftlichen Wert. § 950 BGB lässt sich als Publizitätswirkung einordnen, wenn man bereit ist, mit hiesiger Auffassung den Eigenbesitzer als Hersteller zu sehen.

a) Verbindung mit einem Grundstück §§ 94 f., 946 BGB

Nach § 946 BGB erstreckt sich das Eigentum an einem Grundstück auch auf die beweglichen Sachen, die dessen wesentliche Bestandteile sind. Nach § 94 Abs. 1 und 2 BGB gehören zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks fest mit dem Boden verbundene sowie solche Sachen, die zur Herstellung des darauf stehenden Gebäudes eingefügt sind. Sind diese Sachen gemäß § 95 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB nur zu einem vorübergehenden Zweck verbunden oder eingefügt, bilden sie keinen wesentlichen Bestandteil.

Bei § 946 BGB handelt es sich nicht um eine Publizitätswirkung,²⁴⁵ obgleich er mittelbar die Publizität des Grundbuchs unterstützt. Die Materialien zum BGB äußern sich nicht dazu, ob die Vorschrift mit Publizität zusammenhängt. Zwar mag man die Rechtsprechung so lesen, dass sie dahin tendiere, § 946 BGB eine solche Wirkung zuzusprechen. Zum inhaltlich benachbarten § 94 BGB hält sie nämlich fest, dieser schütze das „Interesse des Verkehrs mit

²⁴³ *Grimonprez*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Prescription acquisitive, November 2022, Rn. 118.

²⁴⁴ *Grimonprez*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Prescription acquisitive, November 2022, Rn. 59.

²⁴⁵ Hingegen begründungslos von der Publizitätsfunktion von Verbindung, Vermischung und Verarbeitung sprechend: *Henssler*, in: *Soergel BGB* 2002, Vor § 946 BGB, Rn. 1.

Grundstücken an Klarheit und Publizität der Rechtsverhältnisse“.²⁴⁶ In Ergänzung hierzu ließe sich argumentieren, dass § 94 BGB also mitbestimme²⁴⁷, wie weit das Vertrauen auf den Grundbucheintrag reiche, und § 946 BGB den Erwerbsvorgang bilde, der dieser Mitbestimmung stets vorhergehe. Sicher ist dieses Argument insofern ungenau, als § 94 BGB allein noch keine eigentumsrechtliche Bedeutung hat, und erst mit § 946 BGB klar ist, dass wesentliche Bestandteile auch immer dem Grundstückseigentümer gehören. Die Vorschriften sind also stets gemeinsam zu lesen.²⁴⁸ Genau in dieser Mitbestimmung der Reichweite des Grundbucheintrags liegt jedoch der entscheidende Punkt, weshalb die §§ 94, 946 BGB nicht als Publizitätswirkung einzuordnen sind: Bildet eine Sache einen wesentlichen Bestandteil eines Grundstücks, so erwirbt der Grundstückseigentümer ohne weitere Voraussetzung auch Eigentum an ihr. Gewiss ist diese Regelung schlicht und nimmt, genau wie die §§ 932 ff. BGB, keine Rücksicht auf die Berechtigung der Beteiligten beim Übertragungsvorgang; sie beachtet nicht einmal, ob der Einbauende das Recht an der Sache übertragen wollte. Indes knüpft sie dafür nicht an irgendeinen Schein, sondern erweitert bloß das Eigentum des in Wahrheit Berechtigten. Als Publizitätswirkung wären die §§ 94, 946 BGB etwa einzuordnen, wenn mit der Verbindung nicht stets der wahre Eigentümer, sondern gegebenenfalls der Bucheigentümer erwürbe. So handelt es sich zwar um eine Vorschrift, die die Rechtsverhältnisse erdenklich einfach regelt. Denkt man die grundbuchrechtlichen Publizitätsvorschriften der §§ 891 ff. BGB jedoch weg, so wüsste der Betrachter des Grundstücks nur, dass dessen wesentliche Bestandteile auch dem Eigentümer gehören – so wie er abschätzen kann, dass die Sache in den Händen eines anderen in irgendjemandes Eigentum steht, weil gemäß § 958 Abs. 1 BGB nur besitzlose Sachen ohne Eigentümer sein können.²⁴⁹ Den Schluss, *wer* Rechtsinhaber ist, könnte er nicht ziehen. Allein für eine Publizitätswirkung kann das nicht genügen, weil die für den Betrachter sichtbare Rechtsfolge völlig unbestimmt

²⁴⁶ Grundlegend BGH, Urteil v. 02.12.2005 – V ZR 35/05, BGHZ 165, 184, juris-Rn. 25; bestätigend OLG Celle, Urteil v. 25.03.2009 – 4 U 162/08, juris-Rn. 5; BGH, Urteil v. 07.04.2017 – V ZR 52/16, NJW 2017, 2099, Rn. 21; BGH, Urteil v. 22.10.2021 – V ZR 69/20, BGHZ 231, 310, Rn. 41.

²⁴⁷ Der andere Gesichtspunkt ist die genaue Bezeichnung des Lands im Grundbuch selbst mittels Gemarkung, Flur, Wirtschaftsart und Lage.

²⁴⁸ Das vollständige Normzitat hat der BGH, Urteil v. 02.12.2005 – V ZR 35/05, BGHZ 165, 184, juris-Rn. 25 hingegen gewiss deswegen ausgespart, weil der Fall die Umwandlung in einen Scheinbestandteil gemäß § 95 Abs. 1 BGB behandelte und eine komplementäre Vorschrift zu § 946 BGB insoweit fehlt.

²⁴⁹ Freilich ist diese Aussage hölzern, weil gemäß Abs. 2 das Eigentum dann ausgeschlossen ist, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist oder einem anderen ein Aneignungsrecht zusteht, näher *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 958 BGB, Rn. 7–12. Diskutabel ist außerdem noch der Fall, in dem jemand als Fremdbesitzer oder Besitzdiener die Sache für einen anderen ergreift, es aber am entsprechenden Verhältnis gemäß §§ 868 oder 855 BGB fehlt.

ist: Er weiß, dass ein Eigentumswechsel eingetreten ist, aber nicht, wem er nützt. Um diese Unschärfe der §§ 94, 946 BGB wissend, erscheint das obige Zitat des BGH in neuem Licht: § 94 BGB wahrt nicht das „Interesse des Verkehrs mit Grundstücken an Klarheit und Publizität der Rechtsverhältnisse“, indem er selbst unmittelbar irgendein Vertrauen schützt. Vielmehr fördern die §§ 94, 946 BGB die Wirkung der grundbuchrechtlichen Publizitätsvorschriften der §§ 891 ff. BGB dadurch, dass sie demjenigen, der auf sie vertraut, ohne weitere eingehende Prüfung darlegen, wie weit sein Vertrauen tatsächlich reichen darf.

Weitere denkbare und in der Literatur anzutreffende Argumente eignen sich nicht, die Publizitätswirkung der §§ 94, 946 BGB zu bestreiten: Nicht entscheidend dafür, den § 946 BGB aus den Erwerbswirkungen der Publizität auszuscheiden, ist etwa, dass der gute Glaube des Grundstückseigentümers in der Vorschrift keine Rolle spielt. Vielmehr ließe sich dieser Umstand in Anbetracht der obigen²⁵⁰ Trennung zwischen vollkommener und beschränkter Publizität damit erklären, dass die Wirkung des § 946 BGB stärker als der gutgläubige Erwerb hin zu vollkommener Publizität neige, weil sie als Erwerbshindernis nur die Scheinbestandteile des § 95 BGB kennt.

Genau auf die Einschränkung des Erwerbs nach § 946 BGB durch § 95 BGB beruft sich zu Unrecht wiederum *Quantz*: Zwar scheine es so, dass die Publizität des Grundbucheintrags Auskunft über das Recht an der verbundenen Sache gebe. Allerdings sei ein möglicherweise vorübergehender Zweck nach § 95 BGB nicht erkennbar. Dieser zerstöre die Publizität.²⁵¹ Diese Kritik liegt jedoch erstens neben der Sache, weil *Quantz* hier den Verlass auf die Reichweite der im Grundbuch ausgewiesenen Rechte angreift, mithin also die §§ 891 ff. BGB; denn die Rechtsfolge der §§ 94, 946 BGB geht, wie gesehen, weder vom Grundbuch aus noch schlägt sie sich dort nieder. Zweitens greift seine Kritik zu kurz, selbst wenn man zugestünde, dass mit § 95 BGB eine Publizitätswirkung unterwandert werde. Denn wie schon oben zum gutgläubigen Erwerb festgestellt,²⁵² heben weitere, unsichtbare Tatbestandsmerkmale die Publizitätswirkung eines Tatbestands noch nicht auf, schon weil der eingeschränkte Prüfungsaufwand über die Eigentumslage einen Rechtsscheinvorteil begründet. Für den Grundstückseigentümer wie den Dritten ersetzt die Frage nach dem wesentlichen Bestandteil eine umfassende Eigentumsprüfung. Hinzu kommt, dass § 95 BGB (wie auch § 935 BGB) als Ausschluss und damit zu lasten dessen gefasst ist, der den Scheinbestandteil behauptet. *Quantz* legt hier den überhöhten Maßstab vollkommener Publizität²⁵³ an die Verbindung mit Grundstücken.

²⁵⁰ S.o. Kapitel 2 C.II.

²⁵¹ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 145.

²⁵² S.o. Kapitel 3 A.I.1.f).

²⁵³ Dazu s.o. Kapitel 2 C.II.

Aus der Kritik durch und an *Quantz* ergibt sich eine wichtige Parallele zwischen den §§ 94, 946 BGB und den Erwerbswirkungen der Publizität: Beide gewähren Rechtsvorteile und missachten dabei die Berechtigung der Beteiligten. Während die Erwerbswirkungen hierfür aber an ein schützenswertes Vertrauen knüpfen, geht es bei §§ 94, 946 BGB schlicht darum, möglichst klare Rechtsverhältnisse herzustellen.

Auch *Füller* leugnet einen Zusammenhang zwischen § 946 BGB und Publizität: Weil wesentliche Bestandteile nicht sonderrechtsfähig sein könnten, erzeuge die Vorschrift Rechtsklarheit darüber, wie das Eigentum an ihnen zugeordnet sei. Dieser Zweck betreffe nicht das Publizitätsprinzip. Denn weder sei aus dem Grundbuch ersichtlich, wer vorher Eigentümer des Bestandteils war, noch ändere sich der Grundbucheintrag beim Akzessionserwerb. Ebenso sei für den Eigentumserwerb an wesentlichen Bestandteilen unerheblich, wer Besitzer des Grundstücks sei.²⁵⁴ Wo genau diese Kritik inhaltlich ansetzt, ist schwer zu fassen. Soll der Grundbucheintrag als Publizitätsmittel dienen, fordert *Füller* offenbar nicht nur für die Übertragung, sondern auch die tatsächliche Erweiterung des Rechts am Grundstück eine Veränderung des Eintrags. Richtig ist der dem zugrunde liegende Gedanke, dass eine Änderung im Recht mittels Publizitätswirkung auf einer Änderung im Zeichen bauen muss. Zu sehen ist das etwa am gutgläubigen Erwerb, mit dem stets eine Übertragung des Besitzes einhergeht. Im Fall der Verbindung nun tritt genau das Zeichen Grundbucheintrag an die Stelle des untergehenden Zeichens Besitz an der beweglichen Sache; dieser Wechsel ist auch vorhersehbar, da das Publizitätsmittel bei Liegenschaften das Grundbuch ist und die bewegliche Sache durch ihre Verbindung äußerlich Teil eines Grundstücks wird. Gegenstandslos ist damit *Füllers* weiterer Zweifel, dass das vorige Eigentum am Bestandteil aus dem Grundbuch nicht ersichtlich gewesen sei; denn bis zum Einbau war Publizitätsträger der Sache der Besitz. Allerdings genügt auch diese Wandlung des Publizitätsmittels vom Besitz zum Grundbucheintrag noch nicht, um die §§ 94, 946 BGB als Publizitätswirkung einzuordnen. Denn, wie eben gesehen, richtet sich der Erwerb qua Verbindung nicht nach irgendeinem Rechtsschein, sondern kommt stets dem in Wahrheit Berechtigten zugute. Einzig *Füllers* Argument, der Besitz am Grundstück sei unerheblich, zeigt damit in die richtige Richtung.

Damit sind die §§ 94, 946 BGB nicht als Publizitätswirkung einzuordnen. Zwar gewähren sie Sicherheit über die Reichweite des Eigentums am Grundstück, greifen hierfür aber auf keinen Rechtsschein zurück.

b) Verbindung beweglicher Sachen, §§ 93, 947 BGB

Werden mehrere Sachen untrennbar miteinander verbunden, so werden die bisherigen Eigentümer nach §§ 93, 947 Abs. 1 BGB Miteigentümer der so zusam-

²⁵⁴ *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 345 f.

mengefügten Sache. Ist gemäß §§ 93, 947 Abs. 2 BGB eine davon die Hauptsache, erwirbt ihr Eigentümer das Eigentum allein. Weder die Materialien zum BGB noch die Rechtsprechung²⁵⁵ beziehen Stellung zu Publizität und §§ 93, 947 BGB.

Der Erwerb des Miteigentums in § 947 Abs. 1 BGB und der des Alleineigentums in Abs. 2 sind keine Publizitätswirkungen. Zuvörderst spielen Besitzverhältnisse für den Erwerb keine Rolle;²⁵⁶ es fehlt jedes Publizitätsmittel. Weiter ist mit dem Erwerb des Miteigentums keine Erleichterung für die Beteiligten verbunden, werden so doch nur die Werte der Ausgangssachen in der Verbindung verhältnismäßig fortgesetzt. Beim Erwerb nach Abs. 2 wiederum erhält der Eigentümer der Hauptsache letztlich beide Sachen zum Alleineigentum und damit einen Rechtsvorteil. Auch hier erwirbt jedoch stets der wirklich Berechtigte an der Hauptsache; der Gedanke hinter der Vorschrift ist also wie schon bei §§ 94, 946 BGB Rechtsklarheit. Nicht überzeugend spricht *Füller* noch davon, dass § 947 BGB einen Konflikt zwischen mehreren Eigentümern regele, nicht aber zwischen Eigentümer und Erwerber, dass auf derlei Konflikte „das Publizitätsprinzip jedoch von vornherein nicht zugeschnitten“ sei.²⁵⁷ Dem liegt ein zu enges Verständnis von Publizität zugrunde, würde doch wohl auch *Füller* zugestehen, dass etwa § 893 BGB eine Publizitätsfunktion zukommt, weil die Vorschrift das Vertrauen in das Grundbuch schützt, hierdurch aber kein Streit zwischen Eigentümer und Erwerber geregelt wird (etwa die Möglichkeit, nach Var. 1 befreiend an den Bucheigentümer zu leisten). Stattdessen entscheiden sich die §§ 93, 947 BGB schlicht nicht dazu, Publizität als Maßstab zu wählen, um das Eigentum zuzuordnen.

Freilich unterstützen die §§ 93, 947 Abs. 2 BGB ähnlich wie §§ 94, 946 BGB andere Publizitätswirkungen; sie machen nämlich das Abhandenkommen unschädlich. Restauriert beispielsweise ein Antiquar ein ihm geliehenes Buch (Hauptsache) mit einem entwendeten Einband (Nebensache), so kann es ein Dritter wirksam gemäß §§ 932 ff. BGB vom Antiquar erwerben, weil der Verleiher des Buchs zwischenzeitlich Eigentümer des Einbands geworden ist und ihm die Sache schließlich nicht abhandenkam. Auf §§ 93, 947 Abs. 1 BGB erstreckt sich dieser Publizitätsvorteil nicht, denn § 935 Abs. 1 BGB gilt auch dann, wenn die Sache dem Miteigentümer abhandengekommen ist;²⁵⁸ selbst wenn aus der Verbindung eine neue Sache entsteht, so muss § 935 Abs. 1 BGB wenigstens analog anwendbar sein, falls das abhandengekommene Volleigen-

²⁵⁵ Diesem Ergebnis zugrunde liegt eine juris-Recherche nach „§ 947 BGB UND Publizität“, Rechtsprechung, Stand: 12.01.2024: Hierzu findet sich einzig BGH, Urteil v. 22.10.2021 – V ZR 69/20, BGHZ 231, 310, wo die Vorschrift und Publizität nicht im Zusammenhang auftauchen.

²⁵⁶ So schon *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 145; *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 346.

²⁵⁷ *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 346.

²⁵⁸ *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 935 BGB, Rn. I.

tum sich nun als Miteigentum an einer anderen Sache fortsetzt. Denn § 947 Abs. 1 BGB zielt nur darauf, wirtschaftlichen Wert zu erhalten.²⁵⁹

c) Vermischung, § 948 BGB

Im Falle von untrennbarer Vermengung oder Vermischung sind die Rechtsfolgen von § 947 Abs. 1 oder 2 BGB anzuwenden. Daher gelten die soeben gemachten Ausführungen entsprechend.²⁶⁰ Auch § 948 BGB ist keine Publizitätswirkung, kann aber in Verbindung mit § 947 Abs. 2 BGB ebenfalls Publizitätswirkungen begünstigen.

d) Verarbeitung, § 950 BGB

Wer einen Stoff verarbeitet, wird gemäß § 950 Abs. 1 BGB Eigentümer der so neu hergestellten Sache, sofern nicht der Verarbeitungs- erheblich unter dem Stoffwert liegt. Da die Berechtigung in § 950 BGB augenscheinlich unerheblich ist, kommt dieser Eigentumserwerb dann als Publizitätswirkung in Betracht, wenn er im Wesentlichen von äußeren Merkmalen abhängt. Über den Erwerb entscheiden zwei positive Merkmale und ein negatives: ob die Sache neu ist, wer Hersteller ist sowie das Wertverhältnis von Verarbeitung und Stoff. Ist man, wie hier, bereit, unter dem Hersteller stets den Eigenbesitzer zu verstehen,²⁶¹ so begründet die Vorschrift eine Publizitätswirkung.

aa) Das Wertverhältnis zwischen Stoff und Verarbeitung

Uneinigkeit besteht in der Literatur darüber, ob das negative Merkmal „Wertverhältnis“ erkennbar ist oder nicht; dabei reichen die Stellungnahmen kaum über Behauptungen hinaus.²⁶² Nach hier vertretener Ansicht ist die Frage nicht wichtig, weil es sich beim Verarbeitungswert nur um ein die mögliche Publizitätswirkung ausschließendes Merkmal handelt, das derjenige geltend machen muss, der sich gegen die Wirkung wendet („sofern nicht“);²⁶³ selbst wenn das Kriterium unsichtbar ist, kann es damit die Wirkung noch nicht hindern, son-

²⁵⁹ Füller, in: MünchKommBGB 2023, § 947 BGB, Rn. 1.

²⁶⁰ So auch bei Quantz, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 145; Füller, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 346.

²⁶¹ S.u. Kapitel 3 A.III.1.d)cc)(2).

²⁶² Dafür Quantz, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 145: „wird sich in den meisten Fällen von außen abschätzen lassen“; Füller, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 347: „keineswegs offenkundig“, der immerhin in Fn. 440 zwischen nachvollziehbaren und offenkundigen Eigentumsverhältnissen infolge der Verarbeitung unterscheidet; Klinck, JR 2006, 1, 4: „kaum jemals offenkundig“.

²⁶³ Der Stoffeigentümer sei verpflichtet, den erheblich geringeren Wert der Verarbeitung darzulegen: BGH, Urteil v. 22.05.1995 – II ZR 260/94, NJW 1995, 2633, juris-Rn. 9; Heinze, in: Staudinger BGB 2020, § 950 BGB, Rn. 14; Henssler, in: Soergel BGB 2002, § 950 BGB, Rn. 30; wohl auch Füller, in: MünchKommBGB 2023, § 950 BGB, Rn. 13.

dem höchstens schwächen.²⁶⁴ Ohne weiteres einsichtig ist das Verhältnis wohl jedenfalls nicht, waren in der Rechtsprechung etwa bei folgenden Fällen die Verarbeitungswerte zu gering:²⁶⁵ Getreide zu Mehl²⁶⁶, Mehl zu Brot²⁶⁷, Trauben zu Most²⁶⁸. Ob angesichts höherer Kosten von Arbeit einerseits und Kostenreduktion durch Automatisierung andererseits heute wieder so entschieden werden würde, ist fraglich.²⁶⁹

bb) Die Entstehung einer neuen Sache

Unklar ist der genaue Inhalt des ersten positiven Kriteriums, dass eine neue Sache entstanden sein muss: Die Rechtsprechung richtet sich nach der Verkehrsanschauung und geht dabei auf die Motive zum BGB²⁷⁰ zurück; wesentliches Indiz soll sein, dass die Sache mit der Verarbeitung einen neuen Namen erhält.²⁷¹ Die Beiträge hierzu im Schrifttum sind unüberschaubar vielzählig;²⁷² eine nähere Diskussion führt kaum weiter:

Käme die Diskussion nämlich zu dem Ergebnis, dass die Entstehung einer neuen Sache als äußeres Merkmal zu betrachten ist, sich mithin die Verkehrsanschauung allein anhand äußerlich festzumachender Anhaltspunkte bildet, so genügte das gleichwohl noch nicht als Publizitätsmittel. Denn hieraus, wie auch aus den §§ 946, 947 Abs. 2 BGB, ist nicht zu ersehen, *wem* sie zugutekommt. Eine Erwerbswirkung, bei der aber nur klar ist, dass sie irgendwann mit Sicherheit das Eigentum verschafft, ist noch keine Publizitätswirkung.²⁷³

Käme die Diskussion zum gegenteiligen Ergebnis, dass die Entstehung einer neuen Sache kein rein äußeres Merkmal ist, sondern unsichtbare Anhaltspunkte mit hineinspielen, so würde das § 950 BGB als Publizitätswirkung schwächen, aber nicht beseitigen. Denn der Vorbehalt unsichtbarer Merkmale muss sich auf Grenz- und Zweifelsfälle beschränken,²⁷⁴ in allen anderen, leichter gela-

²⁶⁴ Vgl. hierzu schon für den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten o. Kapitel 3 A.I.1.f).

²⁶⁵ Beispiele nach *Henssler*, in: Soergel BGB 2002, § 950 BGB, Rn. 10.

²⁶⁶ Feststellend RG, Urteil v. 21.10.1932 – VII 175/32, RGZ 138, 84, 88.

²⁶⁷ Feststellend OLG Karlsruhe, Urteil v. 18.03.1901, OLGE 2, 343, 344.

²⁶⁸ Auf die Feststellung des Berufungsgerichts verweisend RG, Urteil v. 17.08.1939 – V 49/39, RGZ 161, 109, 113.

²⁶⁹ Ähnlich auch *Füller*, in: MünchKommBGB 2023, § 950 BGB, Rn. 12.

²⁷⁰ Motive III, 361: „Den Begriff der neuen Sache im einzelnen Falle näher festzustellen, wird dem Richter überlassen, welcher dabei den Anschauungen des Verkehrs zu folgen hat.“

²⁷¹ Zuletzt zusammengefasst bei BGH, Urteil v. 10.07.2015 – V ZR 206/14, BGHZ 206, 211, Rn. 17.

²⁷² S. nur die Schrifttumshinweise bei *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 950 BGB.

²⁷³ S. schon die Erwägungen o. in Kapitel 3 A.III.1.a).

²⁷⁴ Beispiele aus der Rechtsprechung, welche Grenzfälle enthalten, bei *Henssler*, in: Soergel BGB 2002, § 950 BGB, Rn. 7.

gerten Fällen bleibt für den Betrachter erkennbar, dass eine neue Sache entstanden ist – beispielsweise wenn aus Stahl ein Rohr, aus Papier ein Buch oder aus einer Leinwand ein Gemälde wird.²⁷⁵

Insoweit unterscheidet sich die Entstehung wesentlich vom Abhandenkommen, das als unsichtbares Merkmal die Publizitätswirkung der §§ 932 ff. BGB einschränkt²⁷⁶: Während das Abhandenkommen für den Erwerber stets unsichtbar ist (wo es sichtbar ist, wird es unerheblich, weil es ihn bösgläubig macht), plagen den Hersteller bei der Neuheit der Sache nur unsichtbare Ränder; indes muss im Streitfall das Abhandenkommen ein anderer als der Erwerber darlegen, während die Beweispflicht für die Neuheit beim Hersteller liegt.

cc) Der Herstellerbegriff

Letztlich also entscheidet das zweite positive Merkmal über die Einordnung als Publizitätswirkung, nämlich die Frage, wie zu bestimmen ist, wer als Hersteller gilt. Nach den bisherigen Ansätzen, den Hersteller zu bestimmen, liegt es fern, hierin ein erkennbares Merkmal zu erblicken. Zu Recht bringt *Heinze* ein Komplexitätsargument vor: Im Hinblick auf eine Publizitätsfunktion könne von einer Transparenz sachenrechtlicher Verhältnisse schon deshalb kaum die Rede sein, weil § 950 BGB so kompliziert sei;²⁷⁷ das zeigt sich vor allem an der Auslegung des Herstellerbegriffs:

Die Materialien als Ausgangspunkt genommen, steht fest, dass nicht nur derjenige als Verarbeiter gelten kann, der mit eigener Hand die neue Sache fertigt; denn die 2. Kommission lehnte den Antrag, die Worte „oder herstellen läßt“ mit in den Gesetzestext aufzunehmen, mit dem Argument ab, dass „herstellen lassen“ dem „herstellen“ selbstverständlich gleichstehe.²⁷⁸ *Johows* Vorentwurf zeigt, dass jemand eine neue Sache von einem anderen nicht nur für sich, sondern auch für einen Dritten „herstellen lassen“ kann; allerdings ist zwischen Kunde und Handwerksmeister nicht immer klar, wer als Verarbeiter zu gelten hat:

„Spezifikant ist also nicht der Geselle, welcher die Verarbeitung im Auftrage des Handwerksmeisters gegen Lohn bewirkt, sondern der Handwerksmeister, sofern er die Sache für sich anfertigen läßt, oder der Kunde, für welchen der Meister die Sache anfertigen läßt. Ob der Meister die bestellte Sache „nomine“ des Kunden anfertigen läßt, oder zunächst für sich,

²⁷⁵ *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?*, 2006, 347 hält hierzu zunächst überzeugend fest: „Allein diese subsumierbaren Größen stehen jedoch nicht im Dienste der Publizität. Vielmehr bedarf es einer Wertentscheidung, um die Tatbestandsmerkmale zu konkretisieren. Solche Wertentscheidungen verträgt das Publizitätsprinzip nicht, da es an Tatsachen anknüpft und daraus Schlussfolgerungen ableitet.“ Das ist richtig, verkennt aber, dass die Konkretisierung mittels Wertentscheidung erst notwendig ist, sobald die äußeren Kriterien dafür, wann eine Sache neu ist, noch nicht für ein sicheres Urteil genügen.

²⁷⁶ S.o. Kapitel 3 A.I.1.f).

²⁷⁷ *Heinze*, in: *Staudinger BGB* 2020, § 950 BGB, Rn. 6.

²⁷⁸ *Protokolle* III, 3770.

wenn auch zu dem Zwecke, sie später an den Besteller zu veräußern, ist eine aus den Umständen des Falles zu beurtheilende Thatsachenfrage.“²⁷⁹

Freilich versäumt *Johow*, Kriterien zu nennen, um den Einzelfall zu beurteilen. Auch ist ungewiss, ob subjektive oder objektive Anhaltspunkte mit hineinspielen.

Nun wird in der Rechtsprechung und Literatur eine Vielzahl von – in der Tendenz objektiven – Kriterien genannt, um den Hersteller zu bestimmen, etwa: in wessen Namen und wirtschaftlichem Interesse die neue Sache hergestellt wurde, wofür wiederum „die Verkehrsauffassung eines mit den Verhältnissen vertrauten objektiven Betrachters“ maßgeblich sei,²⁸⁰ von wem die Verarbeitung ausgeht, wer ihr wirtschaftliches Risiko²⁸¹ trägt und wer Stoffeigentümer (!) ist.²⁸²

Bekanntermaßen hat in der Praxis das Sicherungsbedürfnis des Eigentumsvorbehaltsverkäufers die Problemlage erschwert, weil das zu sogenannten Verarbeitungsklauseln geführt hat, um einem Lieferanten seine Sicherheit auch nach Verarbeitung noch zu erhalten. Eine solche Klausel legt den Lieferanten als Hersteller fest und will ihn damit auch gerade im Falle der Insolvenz des verarbeitenden Käufers sichern, weil er bei einem Durchgangserwerb das Nachsehen gegenüber Pfandrechten (z.B. §§ 578 Abs. 2, 562; 1120 Var. 3 BGB) oder anderen Rechten Dritter hätte.²⁸³ Während die Rechtsprechung solche Klauseln bei der Bestimmung des Herstellers berücksichtigt,²⁸⁴ wollen

²⁷⁹ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 2, 1880, 816.

²⁸⁰ BGH, Urteil v. 27.09.1990 – I ZR 244/88, BGHZ 112, 243, juris-Rn. 20; beim Überbau die Parallele zu § 950 BGB ziehend BGH, Urteil v. 25.02.1983 – V ZR 299/81, NJW 1983, 2022, juris-Rn. 14.

²⁸¹ *Säcker*, JR 1966, 51, 52 „Herstellungsaufwand und Geschäftsrisiko dieser Wirtschaftsstufe“; *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 950 BGB, Rn. 33 „bewusste und erkennbare Übernahme eines erhöhten Risikos“.

²⁸² Zusammenstellung der Kriterien bei *Füller*, in: MünchKommBGB 2023, § 950 BGB, Rn. 19 m.w.N.

²⁸³ Vgl. etwa *Henssler*, in: Soergel BGB 2002, § 950 BGB, Rn. 25.

²⁸⁴ BGH, Urteil v. 28.06.1954 – IV ZR 40/54, BGHZ 14, 114, juris-Rn. 16, wo der Gerichtshof feststellt, dass der dritte Unternehmer die streitige Gerste mit dem Einverständnis des Käufers für den Eigentumsvorbehaltsverkäufer verarbeitet habe; BGH, Urteil v. 03.03.1956 – IV ZR 334/55, BGHZ 20, 159, juris-Rn. 73, wo der BGH die Verarbeitungsklausel noch nicht als solche einordnet; BGH, Urteil v. 19.10.1966 – VIII ZR 152/64, BGHZ 46, 117, juris-Rn. 17; ebenso *Henssler*, in: Soergel BGB 2002, § 950 BGB, Rn. 20; knapper noch RG, Urteil v. 21.10.1932 – VII 175/32, RGZ 138, 84, 88, wonach schlicht die Vereinbarung möglich ist, „daß der Verarbeiter alsbald für den Eigentümer des Stoffes das Eigentum erwirbt“; ebenso RG, Urteil v. 17.08.1939 – V 49/39, RGZ 161, 109, 113 f., wonach die Verarbeitung nicht zu einer Rechtsänderung führe, „wenn der Verarbeitende sie nicht will“, wovon bisher beide Parteien ausgegangen seien – diesem Urteil liegt freilich noch ein anderes Verständnis des § 950 BGB zugrunde als es heute vorherrscht.

viele Stimmen aus dem Schrifttum die Wirkung des § 950 BGB von den subjektiven Elementen einzelner Verträge entfernt halten und jene alleine auf eine objektiv erkennbare Grundlage stellen;²⁸⁵ gleichwohl deuten diese Stimmen die Verarbeitungsklauseln dann in antizipierte Besitzkonstitute um, sodass die Ergebnisse sich von der Rechtsprechung im Wesentlichen nur im – wichtigen – Insolvenzfall unterscheiden.

In der Gesamtschau des Status quo berücksichtigt die derzeitige Handhabung des Herstellerbegriffs in § 950 BGB, gleich ob durch Literatur oder Rechtsprechung, derart viele Kriterien und wägt sie gegen einander ab, dass an eine Entscheidung aufgrund von Erkennbarkeit nicht zu denken ist.

(1) Exkurs: Ist die Regelung des § 950 zu streichen?

Wer an dieser Stelle nun noch einen Schritt zurücktritt und den Zweck der Regelung erkundet, muss sich fragen, ob sie wohl zu beseitigen wäre. Es liegt außerhalb dieser Arbeit zu erörtern, inwieweit römisch-rechtliche Erwägungen hierzu heute noch aktuell sind.²⁸⁶ Ein überschlüssiger Blick vermittelt jedoch den Eindruck, dass die Vorschrift jedenfalls den Parteiinteressen zuwiderläuft, sodass diese gezwungen sind, die Wirkung mittels Verarbeitungsklausel umzukehren.

Die Kommentarliteratur hebt zwar die „wirtschaftspolitische Bedeutung“ der Regelung heraus, geht jedoch nicht näher darauf ein, worin diese bestehe.²⁸⁷ Außerdem entscheide § 950 BGB den Interessenwiderstreit zwischen Rohstofflieferant und Hersteller.²⁸⁸ Sie erläutert aber nicht, warum der Streit mit dem Eigentumserwerb des Herstellers entschieden werden müsse und diesem für seine Leistung kein Zurückbehaltungsrecht für seine Verwendungen ausreiche wie bei der Rückabwicklung eines Vertragsverhältnisses (§§ 347 Abs. 2 S. 2, 348 BGB bzw. § 812 Abs. 1 Satz 2 Var. 1 BGB in Verbindung mit der Saldotheorie) oder auch beim Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 996,

²⁸⁵ Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 53 Rn. 21; Heinze, in: Staudinger BGB 2020, § 950 BGB, Rn. 31–34; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 11 Rn. 27.

Wo die herrschende Lehre liegt, wird unterschiedlich beurteilt; eine Zählung wäre für die Zwecke dieser Untersuchung unfruchtbar.

²⁸⁶ Zum diesbezüglichen Streit zwischen den Sabinianern und Prokulianern s. Gaius 2.79, verfügbar unter: <http://www.thelatinlibrary.com/gaius2.html#79>, Stand: 15.01.2024, übersetzt in Peter, Texte zum römischen und schweizerischen Erb-, Sachen-, Prozess- und Vollstreckungsrecht, 2015, 203 f.

²⁸⁷ Füller, in: MünchKommBGB 2023, § 950 BGB, Rn. 2: den Normzweck der Vorschrift präge sie nicht; Heinze, in: Staudinger BGB 2020, § 950 BGB, Rn. 1; Henssler, in: Soergel BGB 2002, § 950 BGB, Rn. 1.

²⁸⁸ Füller, in: MünchKommBGB 2023, § 950 BGB, Rn. 2; Heinze, in: Staudinger BGB 2020, § 950 BGB, Rn. 1; Henssler, in: Soergel BGB 2002, § 950 BGB, Rn. 1; Schermaier, in: BeckOGK BGB 01.12.2023, § 950 BGB, Rn. 2.

1000 S. 1 BGB); dieser Schutz greift nach § 51 Nr. 2 InsO ebenfalls in der Insolvenz.²⁸⁹ Beim Werklieferungsvertrag nach § 650 Abs. 1 BGB schließlich ist der Unternehmer mit einem Pfandrecht analog § 647 BGB²⁹⁰ gesichert, was sich in der Insolvenz gemäß § 50 Abs. 1 InsO fortsetzt. Ist hingegen nach derzeitigem Rechtsstand der Vertrag mit der Verarbeitungsklausel nichtig, so steht der Eigentumsvorbehaltsverkäufer ungesichert da.

Auch die weiter vorgetragene Zweckerwägung, § 950 BGB wolle das Eigentum nachvollziehbar und klar zuordnen, denn die Vorschrift solle „in der Praxis zu einfach Resultaten“ führen,²⁹¹ krankt daran, dass sie eine Neuordnung überhaupt für erforderlich hält. Mit anderen Worten: Niemand beantwortet die Frage, weshalb der Hersteller einer neuen Sache gerade auch ihr Eigentümer werden muss.

Weiter folgen aus der Vorschrift, wie schon oben²⁹² gesehen, heute vor allem kreditsicherungsrechtliche Probleme, wenn nämlich zu entscheiden ist, wem das Eigentum an der neu hergestellten Sache gebührt:²⁹³ Kann der Eigentumsvorbehaltsverkäufer nicht als Hersteller gelten, so verliert er mit der Verarbeitung ersatzlos sein Eigentum und sein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO,²⁹⁴ während die neue Sache in die Insolvenzmasse fällt oder sogar Sicherungsrechte anderer Gläubiger auf sie übergreifen. Die Erwägungen *Johows*, „daß [nach Verarbeitung] das Wesen der neuen Spezies [= Sache] hauptsächlich durch die Arbeit bestimmt wird“²⁹⁵, und die Entscheidung des Gesetzgebers für § 950 BGB lassen die heutige Problemlage nicht nur außer Acht, sondern erzeugen sie überhaupt erst: Dass der Fertiger in der Rückabwicklung und gegenüber dem dritten wahren Eigentümer auch ohne § 950 BGB mit einem Zurückbehaltungsrecht für seine Verwendungen ausreichend geschützt ist – gemäß § 51 Nr. 2 InsO auch mit einem Absonderungsrecht –, haben wir eben bereits gesehen.²⁹⁶ Weiter springt ein Wertungswiderspruch ins Auge, wenn im äußersten Fall nach der Rechtsprechung der gutgläubige Besitzer keinen Ersatz für eine sogenannte sachändernde Verwendung auf einem Grundstück (typischerweise der Bau eines Gebäudes) erhalten darf, damit das Recht des Eigen-

²⁸⁹ *Ganter*, in: MünchKommInsO 2019, § 51 InsO, Rn. 217, 242b.

²⁹⁰ *Klinck*, JR 2006, 1, 4; *Füller*, in: MünchKommBGB 2023, § 950 BGB, Rn. 22; a.A. *Hagen*, JZ 59 (2004), 713, 716; *Röthel*, NJW 2005, 625, 627.

²⁹¹ Mit diesem verkürzten Zitat der Motive III, 361, die eine Abwägung zwischen Arbeits- und Materialwert ganz ausschließen wollten, welche aber die 2. Kommission wieder einführte (Protokolle III, 3765 f.), *Füller*, in: MünchKommBGB 2023, § 950 BGB, Rn. 1.

²⁹² Kapitel 3 A.III.1.d)cc).

²⁹³ *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 950 BGB, Rn. 5.

²⁹⁴ Vgl. statt aller: *Ganter*, in: MünchKommInsO 2019, § 47 InsO, Rn. 84.

²⁹⁵ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 2, 1880, 816.

²⁹⁶ S.o. bei Fn. 289.

tümers nicht entleert werde,²⁹⁷ aber selbst der bösgläubige Verarbeiter gemäß § 950 BGB gar das Eigentum für seine Sachänderung erwirbt. Einerseits macht die Regelung den Handel mit gestohlenem Material gegenüber gestohlenen vollendeten Waren erstrebenswerter. Andererseits hemmt sie freilich den Warenkredit von Material gegenüber vollendeten Waren, gewährt dafür aber etwa dem Vermieter eines verarbeitenden Unternehmens mehr Sicherheit. Bei derartigen Widersprüchen und Zufälligkeiten erscheint es noch am geringsten, wenn *Ballerstedt* bereits 1953 den Einwand erhebt, § 950 BGB passe nicht in eine arbeitsteilige Wirtschaft, und sich dabei auf das Verhältnis Arbeitgeber und -nehmer bezieht.²⁹⁸

Soweit es den Parteien möglich ist, setzen sie denn auch alles daran, die Wirkung des § 950 BGB umzukehren und mittels Verarbeitungsklauseln den Warenkreditgeber statt den Fertiger als Hersteller einzuordnen. Weil die Rechtsprechung dieses Vorgehen weitgehend hinnimmt, lässt sich hierdurch die Schädigung des § 950 BGB wesentlich abmildern. Ist ein Dritter der wahre Stoffeigentümer, gewährt die Privatautonomie ihm freilich keine Abhilfe in seiner Notlage; er bleibt gegenüber Grundstückseigentümern und solchen Eigentümern benachteiligt, deren bewegliche Sache nicht zu einer neuen ausreichend höherwertigen verarbeitet worden ist. Was vom durch Verarbeitungsklauseln modifizierten § 950 BGB Positives bleibt, ist mithin nur der Glücksfall für den zuvor eigentumslosen Eigentumsvorbehaltsverkäufer, dessen Billigkeit man zu Recht bezweifeln mag. Vieles spricht also dafür, die Vorschrift zu tilgen; für ein abschließendes Urteil sind die hiesigen Ausführungen freilich zu knapp.

(2) Der Eigenbesitzer als Hersteller?

Solange aber § 950 BGB geltendes Recht ist, fragt sich nach der Möglichkeit, den Eigenbesitzer als Hersteller anzusehen und damit ein Kriterium einzuführen, das einfach und vorhersehbar ist und zugleich dieselben Ergebnisse erzeugt wie derzeit die Abwägung der Rechtsprechung, wenn die Parteien eine Verarbeitungsklausel vereinbaren. Dass eine Verarbeitungsklausel vernünftigerweise immer den Parteiinteressen entspricht, zeigt sich an den Ausführungen *Sericks*: Der Verkäufer habe die Produktion mittels Warenkredit vorfinanziert, er sei daran interessiert, dass die Verarbeitung gelinge und die Sache weiterveräußert werden könne, damit seine Forderung beglichen werde; zu seiner Sicherung sei er daher auf das Eigentum an der neuen Sache angewiesen.²⁹⁹ Zu

²⁹⁷ Zum Verwendungsbegriff anhand des Mietrechts BGH, Urteil v. 10.07.1953 – V ZR 22/52, BGHZ 10, 171, juris-Rn. 47; zu § 996 BGB BGH, Urteil v. 26.02.1964 – V ZR 105/61, BGHZ 41, 157, juris-Rn. 11; Überblick und Kritik bei *Raff*, in: MünchKommBGB 2023, § 994 BGB, Rn. 13–20.

²⁹⁸ *Ballerstedt*, JZ 8 (1953), 389, 390 Fn. 13.

²⁹⁹ *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 1976, IV § 44 III 6 b, S. 156.

Unrecht behauptet *Serick* dagegen, ohne Verarbeitungsklausel trage der verarbeitende Eigentumsvorbehaltskäufer das wirtschaftliche Risiko, weil der Verkäufer seinen Kaufpreisanspruch behalte, bereits anders gesichert sei oder versäumt habe, eine Verarbeitungsklausel zu vereinbaren.³⁰⁰ Denn das soeben angeführte Risiko erlischt nicht deshalb, weil der Verkäufer sich dagegen nicht oder anderweitig absichert. Das Bedürfnis zur Sicherung kommt vielmehr schon dadurch ausreichend zum Ausdruck, dass der Verkäufer einen Warenkredit gewährt und sich dabei sein Eigentum vorbehält. Die Erwägungen gelten genauso für das Sicherungseigentum an zu verarbeitender Ware.³⁰¹ Nach der hier vorgeschlagenen Auslegung bietet § 950 BGB auch ohne Verarbeitungsklausel schon das, was den Parteiinteressen entspricht. Will der Eigentumsvorbehaltsverkäufer tatsächlich nach der Verarbeitung auf sein Recht verzichten, so steht es den Parteien offen, das Eigentum gemäß § 929 S. 2 BGB zu übertragen.

Wenn die Anknüpfung an den Besitz gelingt, so kann die Herstellereigenschaft auf das allgemeine Publizitätsmittel des Besitzes zurückgeführt und folglich § 950 BGB als Publizitätswirkung eingestuft werden – wenn auch als geschwächte³⁰². Gewiss erwähnt die Regelung das Wort Besitz nicht. Eine neue Sache herzustellen, erfordert aber einen tatsächlichen Bezug zu ihr; daher erscheint der Besitzbegriff grundlegend geeignet. Hinzu kommt noch, dass er die rein tatsächliche Sachherrschaft rechtlich überformt und sich damit an die Bedürfnisse des komplexen Rechtsverkehrs anpasst. Nicht jeden Besitz genügen zu lassen, sondern sich jeweils am Eigenbesitz auszurichten, wird den Parteiinteressen gerecht, beim Eigentumsvorbehaltskauf den Lieferanten als Hersteller zu werten. Befolgt der Fertiger nicht die Verarbeitungsklausel, so soll sein Lieferant bisher auch nicht Eigentum erwerben können;³⁰³ genauso steht es, wenn Verarbeiter nur der Eigenbesitzer sein kann: Hält der Fertiger sich nicht im Rahmen des Besitzmittlungsverhältnisses, entsagt er diesem und verarbeitet als Eigenbesitzer. Gleichzeitig ist der Besitz als Kriterium objektiv und zwingend. Zwar haben die Parteien durch ihre Abreden Einfluss auf die Besitzverhältnisse. Sie können aber nicht isoliert die Wirkung des § 950 BGB verändern, weil sie dadurch zugleich ihre Beziehung untereinander neu bestimmen müssten.³⁰⁴

³⁰⁰ *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 1976, IV § 44 III 6 b, S. 155 f.

³⁰¹ Wie bei *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 1976, IV § 44 III 6 b, S. 159.

³⁰² S.o. dazu oben Kapitel 3 A.III.1.d)aa) und bb).

³⁰³ *Henssler*, in: Soergel BGB 2002, § 950 BGB, Rn. 20; *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 1976, IV § 44 III 6 b, S. 157 f.

³⁰⁴ S. hierzu noch einmal sogleich bei den Einwänden *Füllers* bei Fn. 324.

Die Erwägungen in den Materialien zum BGB stehen dieser Art, den Hersteller zu bestimmen, auch nicht entgegen: Wie gesehen,³⁰⁵ soll nach den Protokollen ebenfalls als Hersteller gelten, wer die neue Sache von einem anderen „herstellen läßt“; mag die Kommission bei dieser Aussage auch ursprünglich eher an das Verhältnis zwischen Meister und Gehilfe gedacht haben, so ist sie im Rahmen komplexerer Wirtschaftsgeflechte nicht nur für Arbeits-, sondern auch für Risikoteilung mittels Warenkredit offen. Weiter spricht zwar *Johows* Rede vom durch Arbeit bestimmten Wesen der neuen Sache³⁰⁶ nur dafür, im Rahmen von Arbeitsteilung die Herstellereigenschaft auch anders zuzuordnen. Allerdings ist das Bedürfnis von Risikoteilung zwischen Unternehmern darin noch nicht bedacht, die Überlegung mithin unvollständig angesichts heutiger Verhältnisse. Somit bleibt eine Lücke, um auch den Lieferanten als Hersteller einzuordnen. Allgemein erscheint es daher rückschrittlich, sich bei der Auslegung des Herstellerbegriffs streng an den Erwägungen der Materialien zu orientieren.

Die Idee, den Eigenbesitzer zum Hersteller zu erklären, ist nicht neu; sie wurde in der Literatur bereits im Verhältnis zwischen Besitzer und Besitzdiener diskutiert: *Zeuner* beschreibt die Verarbeitung als eine besondere Form der Innehabung des Besitzdieners.³⁰⁷ Für *Westermann/Gursky/Eickmann* etwa ist die Verbindung zwischen § 950 BGB und dem Besitzbegriff offensichtlich; jedenfalls wirke das tatsächliche Handeln des Besitzdieners nur für den Besitzherrn und genauso nur für den Verarbeiter.³⁰⁸ Ebenso die Erwägungen in zwei BGH-Entscheidungen erinnern stark an ein Denken in diesen Kategorien, wenn der Gerichtshof auch jeweils nicht von Besitzer und Besitzdiener sprach: Im ersten Fall stritt ein Chefarzt mit seinem ehemaligen Arbeitgeber um die Herausgabe einer Kartothek mit Patientendaten.³⁰⁹ Der BGH entschied anhand dessen, dass die Karten nicht für private Forschungszwecke, sondern im Rahmen des Klinikbetriebs angefertigt worden waren, ihre Herstellung also als „Ausfluß des Arbeitsverhältnisses“ erschien. Im zweiten Fall stritten die Parteien über das Eigentum an Grabungsmaterialien eines Hochschullehrers.³¹⁰ Dort urteilte der BGH umgekehrt und sprach dem Hochschullehrer das Eigentum zu, weil dieser die Materialien im Rahmen seiner Forschungsfreiheit erstellt hatte und sie damit der Disposition der Universität entzogen waren. Es war also jeweils entscheidend, ob der Betreffende die Sachen für sich selbst

³⁰⁵ S.o. Kapitel 3 A.III.1.d)cc) bei Fn. 278.

³⁰⁶ S.o. Kapitel 3 A.III.1.d)cc)(1) bei Fn. 295.

³⁰⁷ *Zeuner*, JZ 10 (1955), 195, 196 f.; insoweit zustimmend *Wadle*, JuS 1982, 477, 481; auch anerkannt von *Laufke*, in: FS Hueck 1959, 69, 71.

³⁰⁸ *Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 53 Rn. 13; weil „Sprachgebrauch und Verkehrsanschauung“ ausreichen gegen diese Parallele *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 53 Rn. 20.

³⁰⁹ BGH, 26. 10. 1951 – I ZR 93/51, NJW 1952, 661, 662.

³¹⁰ BGH, Urteil v. 27.09.1990 – I ZR 244/88, BGHZ 112, 243, juris-Rn. 20, 27.

oder im Rahmen seiner Tätigkeit weisungsabhängig für andere hergestellt hatte.³¹¹

Das Verhältnis zwischen mittelbarem Besitz und Herstellereigenschaft wird in der Literatur im Zusammenhang mit Verarbeitungsklauseln diskutiert: *Serick* und *Möhring* wollen die Wirkung einer Verarbeitungsklausel nur insoweit zulassen, als der dort Begünstigte auch mittelbarer Besitzer der Sache ist.³¹² Unabhängig von Verarbeitungsklauseln hat sich *Tasche* mit mittelbarem Besitz und Verarbeitung auseinandergesetzt.³¹³ Nach ihm ist der mittelbare Besitz notwendige, aber nicht hinreichende Bedingung, um eine Verarbeitung zuzurechnen, weil dafür nämlich der mittelbare Besitzer die Verarbeitung noch gestatten müsse. Notwendige Bedingung sei der Besitz, weil der Besitzmittler, der allein für sich verarbeite, hierdurch das Besitzmittlungsverhältnis auflöse und somit nicht mehr als „Werkzeug“ des Hintermanns gelten könne. Als weitere Bedingung noch die Gestattung zu fordern, erklärt *Tasche* damit, dass niemand ungestattet die Lage eines anderen einseitig im Wege des Rechts verbessern oder verschlechtern dürfe. Durchgreifen kann sein Argument jedoch schon deshalb nicht, weil gerade in Frage steht, ob in der fremdwirksamen Verarbeitung des § 950 BGB eine solche Gestattung steckt. Genau das von ihm gebildete Beispiel zeigt indes, dass der Stoffeigentümer auch bei einer Verarbeitung zu seinen Gunsten, aber gegen seinen Willen ein Interesse daran hat, als Verarbeiter zu gelten: Unternehmer U hat Stoffe beim Schneider S eingelagert; ungefragt fertigt S kurzerhand zum Wohle des U daraus Kleidung. Laut *Tasche* kann U nicht als Eigentümer gelten, weil S nicht sein Werkzeug war, obwohl das Besitzmittlungsverhältnis weiterbestanden hat; um Werkzeug zu sein, müsste U die Verarbeitung gestattet haben. Zwei Gründe sprechen für das gegenteilige Ergebnis: Erstens wäre es ein innerer Widerspruch, das Besitzmittlungsverhältnis für fortbestehend zu erklären, dann aber S das Eigentum an den Anzügen zuzusprechen. Würde er dann zum Eigentümerfremdbesitzer? Wenn nicht, warum erlischt der Fremdbesitz erst nach der Verarbeitung und nicht schon mit ihrem Beginn? Zweitens liegt es im Interesse des U, als Verarbeiter zu gelten, weil er so sein Eigentum behält und nicht allein auf schuldrechtliche Ansprüche verwiesen ist. Auf eine zusätzliche Gestattung des Eigenbesitzers kann es damit nicht ankommen.

³¹¹ Nur auf das Verhältnis Arbeitnehmer – Arbeitgeber stellt ab BGH, Urteil v. 20.01.1988 – VIII ZR 296/86, BGHZ 103, 101, juris-Rn. 34.

³¹² *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 1976, IV § 44 III 6 b, S. 157 f.; *Möhring*, NJW 1960, 697, 698. In erstaunlicher Auslegung des BGH-Urteils v. 03.03.1956 – IV ZR 334/55, BGHZ 20, 149, wo der Gerichtshof entschieden hatte, dass der innere Entschluss des Fertigers nicht ausreiche, um dem Lieferanten die Stellung als Hersteller zu nehmen, erklärt er darüber hinaus die Herstellereigenschaft zur dinglichen Rechtsposition, die überhaupt nicht mehr einseitig genommen werden könne (S. 699). Die dogmatische Grundlage für diese Sichtweise erscheint kaum auffindbar.

³¹³ *Tasche*, Fremdwirkende Spezifikation, ihr Umfang und Wesen, 1920, 67–69.

Nach *Zeuner* soll, parallel zur Zurechnung bei der Besitzdienerschaft, allein das Besitzmittlungsverhältnis genügen, um den mittelbaren Besitzer als Hersteller anzusehen.³¹⁴ Denn beim mittelbaren Besitz werde die tatsächliche Gewalt zugerechnet. Weil die Verarbeitung besondere Form der Gewaltausübung sei, werde auch sie zugerechnet. *Wadle*³¹⁵ wendet dagegen ein: Wolle eine Fremdwirkung § 950 BGB gerecht werden, so müsse sie ausschließlich sein. Genau hieran fehle es beim Besitzmittlungsverhältnis, weil es nämlich Rechtsfolgen zugunsten des Besitzmittlers nicht ausschließe. *Zeuner*³¹⁶ hat diesen Widerspruch vorhergesehen und argumentiert, dass erstens die Eigentumswirkung als Dauerrecht nur demjenigen Besitzer zukommen könne, der auch die übergeordnete, dauernde Stellung im Besitz habe. Zweitens würde beim Erwerb des Besitzmittlers das Besitzmittlungsverhältnis zerstört werden; gegen den möglichen Erwerb des Besitzmittlers steht also dasselbe Argument wie eben³¹⁷ bei *Tasches* Gestattungsthese. Drittens kommt entgegen *Wadle* hinzu, dass das Recht eine Reihe an den Besitz gekoppelter Wirkungen kennt, für die mittelbarer Besitz durchaus genügt, und die klar nur den mittelbaren Eigenbesitzer treffen, nämlich den Eigentumserwerb kraft Ersitzung oder Aneignung sowie den Erwerb von Erzeugnissen gemäß §§ 937, 958, 955 Abs. 1 BGB.³¹⁸

Auch die Rechtsprechung wirkt der Bestimmung des Herstellers anhand des mittelbaren Besitzes nicht unmittelbar entgegen: Zumindest im Falle einer Verarbeitungsklausel wendete der BGH Kriterien parallel zu denen für die Aufgabe des Besitzmittlungswillens³¹⁹ an, um zu bestimmen, ob der mittelbare Besitzer seine Herstellereigenschaft verloren hatte.³²⁰ Der Gerichtshof stellte fest: Weil die gelieferten Aluminiumbleche so verarbeitet worden waren, wie die Vereinbarung es vorgesehen hatte, würde selbst der Wille des Fertigers, für sich zu verarbeiten, die Lage nicht so weitgehend ändern, dass er selbst als Hersteller angesehen werden könnte. In den Worten der Besitzdogmatik: Die Aufgabe des Besitzmittlungswillens war nicht nach außen getreten und damit unerheblich.

Eine vollständige Ablehnung des Faktors Besitz findet sich in der Literatur nur in *Füllers* Habilitationsschrift: Nach „allgemeiner Ansicht“ erwerbe der

³¹⁴ *Zeuner*, JZ 10 (1955), 195, 197.

³¹⁵ *Wadle*, JuS 1982, 477, 481.

³¹⁶ *Zeuner*, JZ 10 (1955), 195, 197; ähnlich auch *Uhle*, Verarbeitung durch und für andere, 1957, 64–66, der sich für die Prüfung der Parallele an der Frage ausrichtet, ob die §§ 855, 868 BGB rechtsgeschäftliche Elemente enthalten.

³¹⁷ S.o. bei Fn. 313.

³¹⁸ Ähnlich *Uhle*, Verarbeitung durch und für andere, 1957, 72–74, der auf die §§ 958, 973, 984 BGB Bezug nimmt, was insofern unglücklich ist, als die beiden letzten Vorschriften nicht vom Eigenbesitzer sprechen.

³¹⁹ S. etwa *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 868 BGB, Rn. 30 m.w.N.

³²⁰ BGH, Urteil v. 03.03.1956 – IV ZR 334/55, BGHZ 20, 159, juris-Rn. 73; andere Auslegung durch *Möhring*, NJW 1960, 697, 699, s.o. Fn. 312.

Hersteller das Eigentum an der neu hergestellten Sache auch dann, wenn er nicht deren Besitzer gewesen sei.³²¹ Dem dürfte zu widersprechen sein, weil nach der Verkehrsanschauung nur jemand als Hersteller gelten kann, der am Produktionsvorgang tatsächlich beteiligt ist³²² – das setzt zumindest mittelbaren Besitz voraus. Mit Hilfe einer Verarbeitungsklausel kann auch kein uneteiligter Dritter zum Hersteller gekürt werden.³²³ In seiner Kommentierung³²⁴ erkennt *Füller* immerhin die „strukturelle Parallele“ zwischen Besitzbeziehung und Herstellereigenschaft als regelmäßig aussagekräftig an. Allerdings werde so – nicht objektiv – am Parteiwillen gemessen, wer als Hersteller gilt; außerdem sei das Merkmal Besitz bei den §§ 855, 868 BGB nur schwerlich erkennbar. Dass *Füller* dem Besitz die Objektivität aberkennt, weil der Parteiwille dort eine Rolle spielt, kann kaum überzeugen. Denn die Parteien haben abhängig von ihrem Willen und ihren Vereinbarungen auch auf die sonst angeführten objektiven Merkmale Einfluss – nach ihm selbst etwa: wer Veranlasser der Verarbeitung, wer Eigentümer des Materials ist und auf wem das wirtschaftliche Risiko der Verarbeitung lastet.³²⁵ Die objektiven unterscheiden sich von den rein subjektiven Merkmalen insoweit, als Letztere sich nicht jenseits der vertraglichen Abrede äußern müssen. Der Besitz aber ist sehr wohl an äußeren Kriterien wie tatsächlicher Sachherrschaft festzumachen; sogar der Besitzmittlungswille muss nach außen treten.³²⁶ Auch *Füllers* berechtigter Zweifel an der Erkennbarkeit des Besitzes³²⁷ hindert nicht, den Besitz als objektives Merkmal einzuordnen. Denn wie auch die von ihm angeführten Merkmale zeigen, bedeutet Objektivität und damit Äußerlichkeit nicht gleich Erkennbarkeit.

Neben den in der Literatur vorgetragenen Argumenten liegen noch zwei weitere nahe, um sich gegen den Besitz als entscheidendes Merkmal zu wenden: (i) der Einwand der Auslegung *contra legem*, weil so der § 950 BGB zugrundeliegende Streit eben nicht mehr zugunsten des Verarbeiters, sondern des Stofflieferanten entschieden werde; außerdem (ii) Schutzinteressen des Fertigers gegenüber dem Verarbeiter.

(i) Mit dem hier vorgeschlagenen Verständnis des § 950 BGB mag man vermuten, dass die Regelung in ihr Gegenteil verkehrt werde, weil so eben nie mehr der wahre Verarbeiter, sondern stets der Stofflieferant und damit -eigen-

³²¹ Ohne jeden Nachweis *Füller*, *Eigenständiges Sachenrecht?*, 2006, 347.

³²² BGH, Urteil v. 28.06.1954 – IV ZR 40/54, BGHZ 14, 114, juris-Rn. 16; BGH, Urteil v. 03.03.1956 – IV ZR 334/55, BGHZ 20, 159, juris-Rn. 73 „Lebensanschauung“; OLG Celle, Beschluss v. 08.06.2009 – 5 W 73/08, ZIP 2009, 1386, juris-Rn. 3.

³²³ Etwa kann der Darlehensgeber einer von ihm finanzierten Produktion nicht als Hersteller gelten: *Henssler*, in: *Soergel BGB* 2002, § 950 BGB, Rn. 14.

³²⁴ *Füller*, in: *MünchKommBGB* 2023, § 950 BGB, Rn. 19.

³²⁵ *Füller*, in: *MünchKommBGB* 2023, § 950 BGB, Rn. 19, freilich ist das dritte Kriterium rein vertraglich ohne weiteres abzuändern.

³²⁶ S. etwa *Schäfer*, in: *MünchKommBGB* 2023, § 868 BGB, Rn. 17.

³²⁷ Dazu s.u. Kapitel 4 A.I.

tümer erwerbe. Richtig ist, dass sich der Anwendungsbereich der Vorschrift gegenüber einem strengen Verständnis und ohne Verarbeitungsklauseln verschiebt; gegenüber der derzeit herrschenden Ansicht und Praxis von Verarbeitungsklauseln mit Prüfung verschiedener wirtschaftlicher Kriterien allerdings dürfte kaum ein Unterschied bestehen: Steht der wahre Stoffeigentümer nicht am Ende der Kette zwischen Fertiger und Lieferant(en) und ist daher nicht mittelbarer Eigenbesitzer, so verliert er sein Eigentum. Widersetzt sich der Fertiger oder ein übergeordneter Besitzer dem Besitzmittlungsverhältnis mit seinem Lieferanten, verliert dieser durch die Verarbeitung den Besitz, und der Vordermann gilt als Verarbeiter.

(ii) Soweit Literaturstimmen den Eigentumserwerb des Stofflieferanten diskutieren, werden – auf den ersten Blick erstaunlicherweise – wirtschaftliche Schutzbedürfnisse des Eigentumsvorbehaltskäufers ersichtlich nicht erörtert, die aus dem „Uebergewicht“³²⁸ seiner Tätigkeit gegenüber dem Stofflieferanten eigentlich folgen müssten. Wie aber bereits bei den Erwägungen zur Streichung des § 950 BGB gezeigt, muss der Fertiger die verarbeitete Sache jeweils nur Zug um Zug gegen Verwendungsersatz herausgeben.³²⁹ Er erleidet mithin keinen wirtschaftlichen Nachteil, wenn er nicht Eigentümer der neuen Sache wird.

Insgesamt lassen sich also keine durchschlagenden Gründe dagegen ausmachen, den (mittelbaren) Eigenbesitzer als Hersteller einzuordnen. Dafür spricht allerdings, dass das Merkmal im Gegensatz zur bisherigen Abwägung einfach ist, dabei in der Praxis kaum zu anderen Ergebnissen führt, dass der Lieferant bei nichtigem Vertrag nach der Verarbeitung nicht ungesichert bleibt³³⁰ und dass den Parteien so die ständige³³¹ Vereinbarung der Verarbeitungsklausel erspart wird.

Als Problem der Publizität selbst bleibt noch, dass der Eigenbesitzwille für einen Teil der Beteiligten unsichtbar sein kann. Insofern können wir allerdings auf die Ausführungen zur Ersitzung zurückgreifen:³³² Das Problem der fehlenden Erkennbarkeit entsteht nicht beim Eigenbesitzwillen, sondern vielmehr beim mittelbaren Besitz, weil der mittelbare Besitzer dessen Verlust nicht ohne weiteres erkennen kann, etwa bei Änderung des Besitzmittlungswillens. Bei der Verarbeitung ist der mittelbare Besitzer noch eher als bei der Ersitzung

³²⁸ Motive III, 361: „Es wird also dem Beitrage zu der Herstellung der neuen Sache, welcher in der Thätigkeit des Spezifikanten liegt, schlechthin das Uebergewicht beigemessen und den sonstigen Kontribuenten [...] jedes Recht an der Sache abgesprochen.“

³²⁹ S.o. Kapitel 3 A.III.1.d)cc)(1) bei Fn. 289.

³³⁰ Freilich könnte man hier mit dem BGH auf die Verkehrsanschauung abstellen und argumentieren, dass trotz nichtigen Vertrags dennoch faktisch der Lieferant den Verarbeitungsprozess beherrscht habe, um ihn gleichwohl als Hersteller einzuordnen.

³³¹ Diese Praxis weckt Erinnerungen an das vor der Schuldrechtsreform stets vereinbarte Nacherfüllungsrecht.

³³² S.o. Kapitel 3 A.II.1.b).

gefährdet, sein Recht zu verlieren, weil ihm zwischen tatsächlichem Verlust des mittelbaren Eigenbesitzes und Rechtserwerb eines anderen nicht zehn Jahre bleiben, sondern nur die Zeit bis zur Verarbeitung, die gerade irgendwann geschehen kann. Auch hier ist aber eine allgemeine Kritik des mittelbaren Besitzes³³³ angezeigt und nicht der Eigenbesitz bei der Verarbeitung als Rechtscheinmerkmal zu disqualifizieren.

Räumen wir also ein, dass sich stets der Eigenbesitzer hinter dem verbirgt, der durch Verarbeitung eine neue Sache herstellt, so knüpft die Rechtsfolge des § 950 BGB mit dem Tatbestandsmerkmal Hersteller an das Publizitätsmittel des (Eigen-)Besitzes.

dd) Zwischenergebnis: Die Verarbeitung als Publizitätswirkung, wenn der Eigenbesitzer als Hersteller gilt

§ 950 BGB lässt sich dann als Publizitätswirkung verstehen, wenn man, wie hier, bereit ist, die Herstellereigenschaft stets demjenigen zuzusprechen, der im Moment der Verarbeitung Eigenbesitzer der Sache ist.³³⁴ Denn diese positive Tatbestandsvoraussetzung knüpft an ein Publizitätsmittel. Die zweite positive Voraussetzung, dass eine neue Sache entstehen müsse, ist zwar nicht stets sichtbar, weil etwa auch anhand von Wertungen zu entscheiden sein kann, ob es sich nach der Verarbeitung schon um eine neue Sache handelt. Allerdings bleibt ihre Sichtbarkeit allein an den Rändern getrübt, weshalb diese Voraussetzung die Publizitätswirkung des § 950 BGB zwar schwächen, aber doch nicht beseitigen kann. Auch die dritte, negative Voraussetzung des nicht geringeren Verarbeitungswerts hindert die Publizitätswirkung des § 950 BGB nicht, weil sie wie das Abhandenkommen beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten nur ein Ausschlusskriterium ist.³³⁵

e) Zusammenschau: Nur § 950 BGB ist als Publizitätswirkung zu verstehen

Die §§ 946–948 BGB sind im Gegensatz zu § 950 BGB nicht als Publizitätswirkungen einzuordnen. Zwar genügt für den Erwerb nach § 946 BGB der äußere Tatbestand, dass eine Sache zum wesentlichen Bestandteil eines Grundstücks wird. Allerdings erweitert die Rechtsfolge jeweils bloß das Eigentum

³³³ S.u. Kapitel 4 A.I.

³³⁴ Begründungslos von einer Publizitätswirkung sprechend *Henssler*, in: *Soergel BGB* 2002, § 950 BGB, Rn. 4; ähnlich auch *Rothkegel*, *Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung*, 1974, 47 und 65, wo er erklärt, dass ein Verständnis des § 950 BGB als Publizitätswirkung durchaus möglich ist, aber nicht, warum die Vorschrift auch so gestaltet ist.

³³⁵ Gutgläubigkeit spielt im Rahmen des § 950 BGB allerdings keine Rolle. Damit handelt es sich bei der Vorschrift um eine Erwerbs-, nicht aber auch Gutglaubenswirkung.

Auch ist § 935 BGB nicht etwa analog anwendbar, vorausgesetzt in BGH, Urteil v. 11.01.1971 – VIII ZR 261/69, BGHZ 55, 176, juris-Rn. 4. Explizit etwa *Füller*, in: *Münch-KommBGB* 2023, § 950 BGB, Rn. 14 m.w.N.

des in Wahrheit Berechtigten; auf einen äußeren Schein kommt es nicht an.³³⁶ Der Erwerb des Miteigentums nach § 947 Abs. 1 BGB ist nicht mit einem Rechtsvorteil verbunden, weil die Regelung bloß die Werte der Ausgangssachen in der Verbindung verhältnismäßig fortsetzt. Bei Abs. 2 erhält zwar der Eigentümer der Hauptsache einen Rechtsvorteil. Wie bei § 946 BGB ist dieser aber unabhängig von äußeren Merkmalen und kommt stets dem wahren Berechtigten an der Hauptsache zu.³³⁷ Die Vermischung nach § 948 BGB verweist auf § 947 BGB; die Erwägungen gelten daher entsprechend.³³⁸ Hervorzuheben ist, dass die §§ 946, 947 Abs. 2 (sowie in Verbindung mit § 948) BGB die Publizitätswirkungen begünstigen, weil sie durch ihre einfache Rechtszuordnung leicht ersichtlich machen, wie weit etwa das mutmaßliche Eigentum eines Veräußerers geht.³³⁹

Ordnet man stets den Eigenbesitzer als Hersteller ein, so lässt sich in § 950 BGB eine Publizitätswirkung erblicken, weil damit das entscheidende Merkmal für die neue Zuordnung des Eigentums ein sichtbares wird. Gleichwohl ist die Regelung als Publizitätswirkung weniger stark als etwa die des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten. Denn das weitere positive Merkmal der neuen Sache dürfte zwar im Regelfall sichtbar sein, ist aber an den Rändern wertungs offen. Das schwächt die Vermögenszuordnung kraft Publizität.³⁴⁰

2. Österreich, § 415 ABGB

Bei sämtlichen Parallelvorschriften im österreichischen Recht ist die Einordnung als Publizitätswirkung ausgeschlossen. Denn hier wird schlicht nach Werten den Berechtigten zugewiesen: Ist eine Trennung nicht (wirtschaftlich) möglich, sieht die Hauptvorschrift des § 415 ABGB vor, dass Miteigentum in der Höhe des Eigentums- bzw. Verarbeitungswerts erworben wird. Dann hat einer der Miteigentümer die Wahl, die Sache gegen Ersatz zu behalten oder gegen Vergütung zu überlassen; die Details der Wertersatzregelungen sind hier nicht von Interesse.³⁴¹

3. Frankreich, Art. 566, 571 f., 573 Abs. 2 Cc

Vermischung und Verbindung sind im französischen Recht ohne Besonderheiten geregelt in den Art. 566, 573 Abs. 2 Cc: Es wird nach Anteilen erworben; ist eine Sache Hauptsache, wird dessen Eigentümer alles zugeordnet. Hierin

³³⁶ S.o. Kapitel 3 A.III.1.a).

³³⁷ S.o. Kapitel 3 A.III.1.b).

³³⁸ S.o. Kapitel 3 A.III.1.c).

³³⁹ S.o. Kapitel 3 A.III.1.a) nach Fn. 249.

³⁴⁰ S.o. Kapitel 3 A.III.1.d)cc)(2) und dd).

³⁴¹ Überblick bei *Rothkegel*, Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, 1974, 4; näher *Iro/Riss*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 6/21–6/35.

liegen wie auch im deutschen Recht keine Publizitätswirkungen.³⁴² Was den Eigentumserwerb bei Verarbeitung betrifft, sehen die Art. 571 f. Cc vor, dass der Wert der Verarbeitung („la main-d’œuvre“) wie ein Materialwert berücksichtigt wird; übersteigt er den Materialwert erheblich, wird der Verarbeiter („ouvrier“) Alleineigentümer. Zur Frage, wer als ouvrier gilt, ist in der französischen Literatur keine Diskussion auszumachen.³⁴³ Ursprung dessen ist vermutlich, dass sowohl vertragliche Abreden als auch Art. 2276 Cc jeweils vorgehen.³⁴⁴ Damit ist auch im französischen Recht hier keine Erwerbswirkung auszumachen.

IV. Fruchterwerb

1. Deutschland, §§ 955, 957 BGB

Unter den Vorschriften über den Erwerb von Erzeugnissen und sonstigen Bestandteilen an Sachen gewähren die §§ 955, 957 BGB einen Erwerb desjenigen, der weder Eigentum noch ein sonstiges Fruchtziehungsrecht (etwa wegen § 1030 oder § 581 BGB) an der Sache hat. Grob gesagt erwirbt nach § 955 Abs. 1 BGB der gutgläubige Eigenbesitzer einer Muttersache das Eigentum an ihren Früchten; Abs. 2 erweitert die Rechtsfolge auf denjenigen, der die Sache besitzt, um ein dingliches Nutzungsrecht an ihr auszuüben. Gemäß § 957 BGB erwirbt ein Gutgläubiger Erzeugnisse oder sonstige Bestandteile einer Sache, wenn ein Nichtberechtigter ihm den Erwerb gestattet.

Beide Vorschriften sind praktisch unerheblich: Eine Recherche in der juris-Datenbank³⁴⁵ bringt nur elf Entscheidungen hervor, von denen allein ein Urteil des Reichsgerichts von 1924³⁴⁶ sich näher mit § 957 BGB auseinandersetzt. In der Kommentarliteratur³⁴⁷ finden sich vier weitere Entscheidungen, die jüngste davon aus 1927, von denen sich drei, wie das RG-Urteil, damit befassen, ob § 957 BGB den Besitz des Gestattenden erfordert.³⁴⁸ Gegen die Unerheblichkeit lässt sich auch nicht die besondere Klarheit der Vorschriften einwenden,

³⁴² Näher s.o. Kapitel 3 A.III.1.

³⁴³ Bereits der kommentierte Code civil enthält zu den Vorschriften keine Eintragungen, *Henry/Tisserand-Martin/Venandet/Ancel/Naudin/Damas/Guiomard*, Code civil, 122. Aufl. 2022.

³⁴⁴ *Ferid*, Das französische Zivilrecht: Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Register, 1971, Rn. 3 B 92–94.

³⁴⁵ Recherche vom 13.10.2024, Suche: „957 BGB ODER 955 BGB“ [sic!], davon bloß 6 der ordentlichen Gerichtsbarkeit und des Reichsgerichts.

³⁴⁶ RG, Urteil v. 16.05.1924 – VII 582/23, RGZ 108, 269.

³⁴⁷ Und zwar im Staudinger und BeckOGK.

³⁴⁸ Dafür RG, 27.01.1927 – IV 558/26, RG Recht 1927, Nr. 612; OLG München, Urteil v. 21.10.1911, OLGE 26, 1; dagegen OLG Stuttgart, Urteil v. 14.12.1905 – Schmidt ./ Schlachter, WürttJb 19, 60; zur Bösgläubigkeit hingegen OLG Posen, Urteil v. 11.10.1905 – II U 132/05, Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern 1905, 160.

weil die Urteile bereits zeigen, dass sich durchaus Fragen stellen, etwa auch, inwieweit Parallelen zu den §§ 932–935 BGB zu ziehen sind.³⁴⁹ Gleichwohl lässt sich dogmatisch auch hier erörtern, ob es sich bei den Vorschriften um Publizitätswirkungen handelt.³⁵⁰

Im Ergebnis steht, dass die §§ 955, 957 Var. 1 BGB Publizitätswirkungen sind, die aber nur in Verbindung mit § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB das Recht zum Behaltendürfen gewähren; § 957 Var. 2 BGB ist ein Sonderfall des gutgläubigen Erwerbs, der allerdings – im Einklang mit den §§ 932 ff. BGB – nicht den Veräußererbesitz als Rechtsschein fordert.

a) § 955 BGB als vorläufige Erwerbswirkung

Der Versuch, § 955 BGB zunächst über seinen Zweck als Publizitätswirkung zu rechtfertigen, schlägt fehl. Denn welches Ziel die Vorschrift verfolgt, ist nicht recht klar.³⁵¹ Die Motive sprechen von dem Verzehr und der Veräußerung von Früchten als Fällen, in denen der gutgläubige Besitzer gegenüber dem Eigentümer geschützt sei; gehe man einen Schritt weiter, so folge daraus das einfache Ergebnis, dass der Besitzer sofort das Eigentum an den Früchten erwerbe.³⁵² Allerdings ordnet § 955 BGB das Vermögen im Verhältnis zu Dritten nicht endgültig zu; vielmehr muss der Besitzer unter Umständen die erlangten Früchte noch an den wahren Eigentümer oder vorrangig Nutzungsberechtigten³⁵³ herausgeben gemäß §§ 987 Abs. 1; 988; 992 Var. 1, 823 Abs. 1; 993 Abs. 1 Hs. 1 BGB. Einzig insolvenzrechtlich ist der wahre Berechtigte durch § 955 BGB endgültig benachteiligt, weil auf die Quote verwiesen.³⁵⁴ Zu Recht kritisiert daher *Heck*, dass die Vorschrift sich letztlich nicht befriedigend erklären lasse.³⁵⁵ Über das verschobene Insolvenzrisiko hinaus käme dem vorläufigen Eigentumserwerb des § 955 BGB immerhin noch eine Funktion zu, wenn man auch gegenüber den Ansprüchen nach §§ 987–993 BGB ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1000 S. 1 BGB zugestände.³⁵⁶ Denn dann könnte der Besitzer einer untergegangenen Sache Verwendungsersatz gegen den Anspruch auf Nutzungsherausgabe geltend machen, weil ohne Eigentumserwerb

³⁴⁹ Dazu s. etwa *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 957 BGB, Rn. 2–4, 8; *ders.*, in: Staudinger BGB 2020, § 955 BGB, Rn. 9.

³⁵⁰ Eine knappe Einschätzung dazu bereits o. in Kapitel 2 D.I.5.

³⁵¹ So auch *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 955 BGB, Rn. 4.

³⁵² Motive III, 365.

³⁵³ Dann in Verbindung mit §§ 1065 oder 1213 Abs. 1, 1227 BGB.

³⁵⁴ *Andres*, in: Nerlich/Römermann, Stand: November 2021, 41. Erg.-Lfg, § 47 InsO, Rn. 8.

³⁵⁵ *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 63 3, S. 264.

³⁵⁶ Vorausgesetzt von LG Neuruppin, Urteil v. 06.06.1996 – 2 O 589/95, VIZ 1997, 236, 237; a.A. *Thole*, in: Staudinger BGB 2019, § 1000 BGB, Rn. 8; *Fritzsche*, in: Hau/Poseck BGB 01.08.2023, § 1000 BGB, Rn. 5.

an den Früchten sonst ein weiterer, einredefreier Anspruch nach § 985 BGB bestünde.³⁵⁷

Umgekehrt hindert der offenbar funktionslose³⁵⁸, nur vorläufige Eigentumserwerb des § 955 BGB jedoch auch nicht, die Vorschrift als Publizitätswirkung einzuordnen. Denn zunächst einmal ist das Vertrauen des Fruchtziehers in den Erwerb geschützt. Weiter müssen Publizitätswirkungen nicht endgültig sein: Was Erwerbswirkungen angeht, bleibt etwa bei den §§ 932–936 BGB die Leistungskondition, beschränkt durch die Verjährung, möglich.³⁵⁹ Freilich besteht dort die Herausgabepflicht nur im Rahmen des ursprünglichen schuldrechtlichen Verhältnisses, wohingegen § 955 BGB nicht vor den Ansprüchen Dritter schützt.³⁶⁰ Aber auch die prozessualen Wirkungen der Publizität können bloß vorläufig sein, weil die Vermutung des § 1006 BGB widerlegbar ist und die Pfändung nach §§ 808, 809 ZPO angreifbar. So muss der Anspruchsteller erst einmal vortragen, dass die Voraussetzungen der §§ 987–993 Abs. 1 Hs. 1 BGB vorliegen. Nicht die Einordnung als Publizitätswirkung verhindern kann auch *Quantz*' Argument, dass der Fruchterwerb als Ausgleich für die Mühen auf die Sache gelte.³⁶¹ Denn gleichgültig, ob das richtig ist, hindert es nicht, das Vertrauen des Besitzers, die Früchte seiner Arbeit zu behalten, an das ihm Erkennbare und nicht allein an seine wahre Berechtigung zu knüpfen.

Nimmt man den vorläufigen Erwerb als für eine Publizitätswirkung ausreichend an, so ist § 955 BGB auf seine Tatbestandsmerkmale hin zu untersuchen: Äußere Merkmale der Vorschrift sind der Eigenbesitz an der Muttersache (Abs. 1) oder deren Besitz als Nutzungsberechtigter (Abs. 2) sowie die Trennung der Frucht von der Muttersache. Der gute Glaube ist als Ausschlusskrite-

³⁵⁷ Beispielsweise hat die Kuh des E in Bs Besitz ein Kalb geboren und ist später gestorben. Erkennt man ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 1000 S. 1 BGB gegenüber der Nutzungsherausgabe an, so kann B dem Anspruch des E gemäß § 987 Abs. 1 BGB auf Herausgabe des Kalbs gemäß § 994 Abs. 1 BGB die Kosten für das Futter des Muttertiers entgegenhalten. § 955 BGB weggedacht, hätte E einen eigenständigen Herausgabeanspruch auf das Kalb gemäß §§ 953, 985 BGB, dem B jene Kosten nicht entgegenhalten könnte, weil es keine Verwendungen „für ... die Sache“ im Sinne des § 994 BGB sind.

³⁵⁸ S. dazu aber noch sogleich in Kapitel 3 A.IV.1.b).

³⁵⁹ Für § 937 BGB ist die Frage doppelt schwierig, erstens weil unklar ist, ob überhaupt Fälle denkbar sind, in denen die Verjährung nicht eingetreten ist, bevor ersessen wurde, da die maximale Verjährungsfrist gemäß § 199 Abs. 4 BGB zehn Jahre beträgt und § 940 BGB die Vorschriften über die Hemmung der Verjährung mit in die Ersitzungszeit einbezieht. Zweitens ist umstritten, ob die Ersitzung neben der Eingriffs- nicht auch die Leistungskondition sperrt, s. etwa *Hamdorf*, in: MünchKommBGB 2023, § 937 BGB, Rn. 75–82; *Henssler*, in: Soergel BGB 2002, § 937 BGB, Rn. 9 f.

³⁶⁰ Insofern kann § 955 BGB nicht gerade als Regelung des Verkehrsschutzes eingeordnet werden.

³⁶¹ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 283, diese Lesart bestätigt auf S. 286; der Gedanke vom Verdienst findet sich bereits bei *Endemann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 1905, § 85 3.

rium gefasst; ob ein Abhandenkommen wie bei § 935 BGB in die Vorschrift hineinzulesen ist oder nicht, ändert ebenfalls nichts wesentlich.^{362, 363} Einziges unsichtbares positives Merkmal ist der (Eigen-)Besitzwille; hier gilt dasselbe wie bei der Verarbeitung.³⁶⁴ Damit schützt § 955 BGB, ähnlich wie die Ersitzung, das Vertrauen in das eigene Recht an der Muttersache insgesamt oder zumindest in das Recht der Fruchtziehung.

b) §§ 955, 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB als endgültige Erwerbswirkung sowie § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB als Behaltenswirkung

Neben der allgemein nur vorläufigen Erwerbswirkung des § 955 BGB ergibt sich im Zusammenspiel mit § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB eine endgültige Zuordnung; gemeinsam offenbaren sich die Regelungen als Publizitätswirkung im Sinne einer sofortigen Ersitzung: Der gutgläubige Besitzer, der eine Sache weder unentgeltlich noch durch verbotene Eigenmacht oder mittels Straftat erlangt hat, darf nach § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB die bis zur Rechtshängigkeit nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft gezogenen Nutzungen behalten. In Bezug auf unmittelbare Sachfrüchte (§ 99 Abs. 1 BGB) fielen ohne § 955 BGB jedoch Recht und Besitz dauerhaft auseinander. Denn der in Wahrheit Berechtigte erwürbe nach §§ 953 oder 954 BGB Eigentum, könnte dieses aber nicht verwirklichen, während der Besitzer die Früchte hätte, aber dinglich rechtlos wäre. Zusammen bilden die Vorschriften so eine dauerhafte Erwerbswirkung, welche wie die §§ 932 ff. BGB nur durch die Leistungskondiktion³⁶⁵ anzugreifen ist.³⁶⁶

Außerhalb des Eigentumserwerbs an Früchten im Sinne des § 99 Abs. 1 BGB lässt sich sogar § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB allein als Publizitätswirkung einstufen – zwar nicht als Erwerbswirkung, sondern vielmehr als bisher unbekannte Art, nämlich als reine Behaltenswirkung³⁶⁷: Weil der Besitzer an sein Recht zum Besitz glaubt, darf er in den Grenzen der Vorschrift auch sämtliche Nutzungen behalten, die sich nicht im Eigentum an einer Sache verwirklichen, also Gebrauchsvorteile und mittelbare Früchte im Sinne des § 99 Abs. 3 BGB. Unabhängig von seiner wahren Berechtigung erhält er also den Rechtsvorteil

³⁶² Zu beidem s.o. Kapitel 3 A.I.1.f).

³⁶³ Zum Streit über § 935 BGB s. etwa *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 955 BGB, Rn. 9.

³⁶⁴ S.o. Kapitel 3 A.III.1.d)cc)(2) bei Fn. 332. Die Parallele ist größer als die zur Ersitzung, weil Verarbeitung und Fruchterwerb der lange Zeitraum fehlt, in dem der eigentlich Berechtigte noch seinem Recht nachforschen kann. *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 149 will die Publizitätswirkung auch wieder deswegen nicht zulassen, weil der mittelbare Besitz nicht erkennbar sei.

³⁶⁵ S. z.B. *Raff*, in: MünchKommBGB 2023, § 988 BGB, Rn. 10.

³⁶⁶ Freilich bleiben weitere Tatbestände wie §§ 816 Abs. 1 S. 2 oder 822 BGB.

³⁶⁷ Gewiss enthält die Erwerbswirkung im Regelfall auch die Behaltenswirkung; nicht so bei § 955 BGB.

des Behaltendürfens. § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB kann deshalb nicht als Erwerbswirkung gelten, weil die betreffenden Früchte, etwa Miete oder Dividende, von einem Dritten an den Besitzer übertragen werden und sich anschließend nur die Frage stellt, ob er sie an den Eigentümer herausgeben muss; genauso sind Gebrauchsvorteile nicht zu erwerben, sondern es fragt sich nur, ob später ihr Wert zu ersetzen ist.³⁶⁸

Als Tatbestandsmerkmale enthält § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB das positive Merkmal des Besitzes und darüber hinaus sechs weitere negative Merkmale, von denen drei dem Besitzer erkennbar sind (Verschaffen mittels Straftat, gezogene Früchte außerhalb der Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft, Unentgeltlichkeit) und drei wiederum nicht unbedingt (böser Glaube, verbotene Eigenmacht³⁶⁹, Rechtshängigkeit³⁷⁰). Weil diese möglicherweise unsichtbaren Merkmale negativ sind, schaden sie der Einordnung als Publizitätswirkung nicht.³⁷¹

c) § 957 BGB als (vorläufige) Erwerbswirkung auch ohne Veräußererbesitz

Mit der herrschenden Meinung ist § 957 BGB klar als Publizitätswirkung einzuordnen. Denn hiernach ist nur die Erwerbsgestattung durch den (vorigen) Besitzer taugliche Grundlage für den gutgläubigen Erwerb nach der Vorschrift.³⁷² Das wird darauf zurückgeführt, dass die Vorschrift einen Sonderfall des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten bilde.³⁷³ Diese Betrachtung steht auch im Einklang mit den Materialien: Die Motive sahen § 957 BGB noch nicht vor, hielten aber zu § 956 BGB fest, dass die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb „unberührt“ bleiben sollten;³⁷⁴ die 2. Kommission fügte „zur Verdeutlichung“ § 957 BGB an, weil im Verkehr die Übergabe einzelner „Bestandtheile“ nicht üblich und deshalb eine positive Vorschrift nötig sei.³⁷⁵ Entsprechend erwirbt auch in *Cosacks* berühmtem Weinbergfall der gutgläubige

³⁶⁸ Aus Praktikabilitätsgründen sei auch der Anspruch auf Nutzungsherausgabe bei mittelbaren Sachfrüchten von vornherein auf Wertersatz gerichtet: *Thole*, in: Staudinger BGB 2019, § 987 BGB, Rn. 25.

³⁶⁹ Erforderlich ist für § 992 BGB nach h.M. ein Verschulden, Überblick bei *Thole*, in: Staudinger BGB 2019, § 992 BGB, Rn. 16–19.

³⁷⁰ Erkennbar ist die Rechtshängigkeit ab Klageerhebung, aber sie wirkt regelmäßig zurück auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung, § 167 ZPO.

³⁷¹ Dazu s.o. Kapitel 3 A.I.1.f).

³⁷² Grundlegend *Jacubeczky*, DR 1902, 4, 5; im Anschluss daran die h.L. *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 957 BGB, Rn. 3 m.w.N.; in der Rspr. OLG München, Urteil v. 21.10.1911, OLGE 26, 1, 2; RG, Urteil v. 16.05.1924 – VII 582/23, RGZ 108, 269, 271; RG, 27.01.1927 – IV 558/26, RG Recht 1927, Nr. 612; a.A. OLG Stuttgart, Urteil v. 14.12.1905 – Schmidt ./ Schlachter, WürttJb 19, 60.

³⁷³ *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 957 BGB, Rn. 3 m.w.N.

³⁷⁴ Motive III, 368.

³⁷⁵ Protokolle III, 3984 f.

Wanderer nicht die von ihm gepflückten Trauben, weil der den Erwerb gestattende Witzbold keinen Besitz am Weinberg hatte.³⁷⁶

Als implizite Voraussetzung des § 957 BGB den Veräußererbesitz zu verlangen, übergeht allerdings, dass sich die Dogmatik beim gutgläubigen Erwerb mit Blick auf § 934 Alt. 2 BGB von diesem Erfordernis als notwendigem Rechtsscheinträger entfernt hat: Im Mittelpunkt der heutigen herrschenden Meinung steht nämlich die Besitzverschaffungsmacht,³⁷⁷ deren Rechtsschein nach hiesiger Auffassung wiederum erst der Erwerberbesitz bildet.³⁷⁸ Insofern missachtet die Begründung den aktuellen Stand der Rechtsscheinlehre beim gutgläubigen Erwerb, die einen Besitz des Veräußerers nicht mehr fordert.³⁷⁹ Dagegen ist auch nicht einzuwenden, die Besitzüberlassung setze den Besitz des Überlassenden voraus:³⁸⁰ Denn die §§ 956 f. BGB sprechen von der Überlassung taterlos im Passiv – im Gegensatz zu etwa § 932 Abs. 1 S. 2 BGB: „wenn der Erwerber den Besitz vom Veräußerer erlangt hatte.“

Dennoch ist der Weinbergfall gleich zu entscheiden. Denn der Wanderer nimmt sich die Trauben. Das Gesetz gewährt jedoch keinen abgeleiteten (gutgläubigen) Erwerb durch verbotene Eigenmacht.³⁸¹ Das zeigt sich besonders klar an den Wörtern „übergeben wird“ in § 933 BGB: Der mutmaßliche Eigentümer verliert die Möglichkeit gutgläubigen Erwerbs, wenn er seinen Herausgabeanspruch eigenmächtig durchsetzt. Genauso muss bei § 934 Alt. 2 BGB der Erwerber den Besitz vom Dritten erlangen.³⁸² Es genügt nicht, wenn er diesem den Besitz wegnimmt wie der Wanderer im Weinbergfall.

Kaum überzeugen können die zwei möglichen Argumente dagegen, das Erfordernis der Übergabe auf § 957 BGB zu übertragen: Erstens meint unter anderem *Oechsler*, das Wort „Besitzergreifung“ in §§ 956 f. BGB deute darauf, dass verbotene Eigenmacht bei diesen Vorschriften den Erwerb nicht hindert.³⁸³ Zwar scheint zunächst das Begriffspaar Überlassung – Ergreifung in

³⁷⁶ *Cosack*, Sachenrecht, 3. Aufl. 1901, § 204 IV 2, S. 136.

³⁷⁷ S.o. Kapitel 3 A.I.1.

³⁷⁸ S.o. Kapitel 3 A.I.1.b)dd).

³⁷⁹ In der Kritik ähnlich auch *Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, 306, nach dem §§ 957 Var. 2, 956 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB auf den derivativen Besitzerwerb verzichten. Er schlägt § 935 BGB als Korrektiv vor; ebenso *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 285, nach dem der Besitzerwerb genügt.

³⁸⁰ So aber *Jacubeczky*, DR 1902, 4; *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 957 BGB, Rn. 3.

³⁸¹ BGH, Urteil v. 04.10.1976 – VIII ZR 65/75, BGHZ 67, 207, juris-Rn. 15; *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 933 BGB, Rn. 22; speziell für §§ 956 f. *Jacubeczky*, DR 1902, 4, 5.

³⁸² A.A. und Differenzierung anhand von § 935 BGB *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 287, der allerdings sogleich auf das „Selbsthilferecht des Eigentümers aus §§ 859, 861 BGB“ verweist.

³⁸³ *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 956 BGB, Rn. 6; ohne Begründung *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 956 BGB, Rn. 32; *Biermann*, in: Biermann BGB 1914, § 956

§§ 956 f. BGB zu unterstützen, dass es sich einmal um ein Geben, das andere Mal um ein Nehmen handelt. Zu bedenken ist allerdings, dass sich die Überlassung auf die Muttersache, die Ergreifung auf die Frucht bezieht; die unterschiedlichen Ebenen verhindern einen Gegensatz. Stattdessen liegt nahe, den Begriff der Überlassung als Ausdruck für eine schuldrechtliche Übergabe auf Zeit zu verstehen. Er findet sich nämlich außerdem noch bei Miete, Pacht, Leihe, Sachdarlehen, Gesellschaft und § 986 Abs. 1 BGB, nicht aber etwa in § 955 Abs. 2 BGB, bei Pfandrecht oder Nießbrauch. Weiter für das erste Gegenargument spricht, dass das Gesetz, im Gegensatz zu anderen Stellen,³⁸⁴ nicht den neutralen Begriff des „Besitzererwerbs“ verwendet hat. Die Materialien zum BGB können diese Lesart wiederum nicht bestätigen: Was Besitzergreifung ist, erklären sie zwar nicht direkt; in den Protokollen aber findet sich anlässlich einer Diskussion der Voraussetzungen des Schatzfonds dieser Satz:

„Da ‚Besitzergreifung‘ im Sinne des Entw. II zu verstehen sei, sodaß es nur auf die Erlangung der thatsächlichen Gewalt ankomme, so sei eine Benachtheiligung des Finders kaum zu besorgen.“³⁸⁵

Hier wird die Besitzergreifung nicht mit einer besonderen Handlung des Besitzerwerbers verknüpft, sondern es geht allein um das Ergebnis der tatsächlichen Gewalt. Im Übrigen wird das Wort in den Materialien vor allem bei der Zueignung herrenloser Sachen verwendet,³⁸⁶ wo es freilich treffender ist, weil im Gegensatz zum Fruchterwerb ausgeschlossen, dass der Erwerber den Besitz von einem anderen erhält. Erlauben wir in der Folge, die Besitzergreifung unter Umständen als textliche Ungenauigkeit zu verstehen, weil sie bei §§ 956 f. BGB notwendig auch Fälle erfassen muss, in denen jemandem die Frucht übergeben wird, so ist der Weg für eine teleologische Auslegung frei: Hier steht die Frage im Vordergrund, aus welchem Sachgrund denn die verbotene Eigenmacht im Gegensatz zu den sonstigen derivativen Erwerbstatbeständen (das heißt: mit Hilfe eines anderen)³⁸⁷ gerade beim Fruchterwerb unschädlich sein

BGB, Anm. 2: es sei bedeutungslos, dass mit der Besitzergreifung verbotene Eigenmacht verübt werde; ähnlich bereits *Kober*, in: Staudinger BGB 1912, § 956 BGB, Anm. II 3 b, S. 425: die verbotene Eigenmacht könne den Besitzerwerb nicht verhindern; entgegen der Angabe bei *Wiegand* ist *Bunsen*, ArchBürgR 29 (1906), 11, 15 f. nicht a.A., sondern diskutiert einen Fall, bei dem die Gestattung weggefallen ist, weshalb nichts als die verbotene Eigenmacht des ergreifenden Erwerbers bleibt. Offen ist dabei, ob sie jedoch allein als Erwerbshindernis genügte, wäre die Gestattung aufrecht erhalten geblieben, was in Kombination gewiss schwer vorstellbar ist; ebenso diskutiert *Spyridakis*, Zur Problematik der Sachbestandteile, 1966, 145 bloß die Folge verbotener Eigenmacht an der Muttersache.

³⁸⁴ So geschehen in § 934 BGB. Auch § 854 BGB spricht von „Besitz ... erworben“, in §§ 990 Abs. 1, 991 Abs. 1, 1007 Abs. 1, 3 BGB ist die Rede vom „Erwerb des Besitzes“.

³⁸⁵ Protokolle III, 3829.

³⁸⁶ *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 2, 1880, 828 f.; Motive III, 300–303.

³⁸⁷ Nicht gehindert sind etwa §§ 937, 946–950, 955 BGB.

solle. Begriffshörig bloß auf den Wortlaut zu verweisen, kann, wie gesehen, nicht genügen, weil dessen Absicht im Nebel liegt. Auch nicht überzeugen kann eine Parallele zu den Fällen, in denen der Besitzer mittels verbotener Eigenmacht bereits die Muttersache erlangt hat. Dort muss er deshalb gemäß den §§ 955, 956 Abs. 1 S. 1 Var. 2, 957 Var. 2 BGB³⁸⁸ die Früchte erwerben können, weil er die Lasten der Muttersache trägt, und ihm daher auch der Nutzen zusteht (§ 994 Abs. 1 S. 2 BGB), soweit die §§ 987–993 BGB keine Umverteilung vornehmen.³⁸⁹ Weil aber gerade diese typische Lasten-Nutzen-Beziehung des Besitzers fehlt, hat der reine Fruchterwerber keine Aussicht auf ein Behaltensrecht nach § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB. Einer weiteren Ausnahme von der verbotenen Eigenmacht bedarf es daher nicht. Umgekehrt heißt das: Der nicht-besitzende Erwerber ermangelt eines schutzwürdigen Interesses, trotz verbotener Eigenmacht Eigentümer der von ihm ergriffenen Früchte zu werden.³⁹⁰

An dieser Stelle wird ein wesentlicher Unterschied zwischen § 957 Var. 1 und 2 BGB deutlich: Bei Var. 1, wo der Erwerber den Besitz an der Muttersache innehat, ist der Erwerb unter Umständen ebenso bloß vorläufig wie in § 955 BGB, weil der Erwerber noch den Herausgabeansprüchen des Eigentümers nach §§ 987–993 BGB ausgesetzt sein kann. Bei Var. 2 unterliegt der Erwerber nicht dem Anspruch des § 985 BGB hinsichtlich der Muttersache und läuft daher auch keine Gefahr, im Rahmen der Nutzungsherausgabe die Früchte zu verlieren. Damit ist sein Erwerb von Beginn an endgültig wie bei den §§ 932 ff. BGB.³⁹¹

Als zweites Gegenargument könnte man einwenden, an einer ungetrennten Frucht sei verbotene Eigenmacht unmöglich, weil sie in diesem Zustand noch gar nicht im Besitz eines anderen liegen könne. Schließlich sei sie noch keine eigenständige Sache. Wer derartig argumentiert, muss sich vorhalten lassen, dass so gesehen vor der Trennung sowohl ein Besitz des Veräußerers³⁹² als auch ein Abhandenkommen ausgeschlossen wären und somit dem gutgläubigen Erwerb von Früchten allgemein nur die Bösgläubigkeit des Erwerbers entgegenstünde. Folglich wäre § 957 BGB gänzlich von der Systematik der übrigen Tatbestände abgeleiteten gutgläubigen Erwerbs gelöst. Im Gegenteil liegt viel näher, dass sich die bestehenden Zustände der Muttersache auf die Frucht

³⁸⁸ Jeweils Var. 2 deshalb, weil dem Besitzer der Besitz nicht überlassen wurde. Gewiss wird hier der Bruch zu § 955 BGB offenbar, wo der Eigenbesitzer stets mit der Trennung erwirbt.

³⁸⁹ Ohne Begründung *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 956 BGB, Rn. 31; ähnlich im Rahmen des § 935 BGB *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 286. Auch lässt sich in Parallele zum dinglichen Recht nach § 955 BGB hier argumentieren, dass die Frucht nicht derivativ, sondern originär erworben werde.

³⁹⁰ Verbotene Eigenmacht wird im Rechtsverkehr allgemein benachteiligt, weil sie als Selbstvollzug das staatliche Gewaltmonopol untergräbt, dazu *Laukemann*, ZfPW 2022, 357.

³⁹¹ S. zu den Einschränkungen o. Kapitel 3 A.IV.1.b) bei und in Fn. 366.

³⁹² Im Anschluss an die derzeitige h.M. zu § 957 BGB, s.o. bei und in Fn. 372.

ausdehnen, wo doch die Frucht vorher als ihr wesentlicher Bestandteil ebenfalls sachenrechtlichen Zuständen unterlag.³⁹³ Diese Sicht bestätigen die §§ 953, 1120–1122 BGB, 810, 824 ZPO, 21 Abs. 1 ZVG, wonach sich die Rechtsbeziehungen zur Muttersache in der Frucht schlicht fortsetzen.³⁹⁴

Aus vorstehender Analyse ergibt sich also: § 957 BGB in die herausgearbeitete Rechtsscheindogmatik einzuordnen, ist möglich, ohne das wertungsmäßig klare Ergebnis des Weinbergfalls in Frage stellen zu müssen. Die Vorschrift schützt als Publizitätswirkung (vorläufig) den, der im Vertrauen auf sein Aneignungsrecht den Besitz an der Frucht erhält. Ob darüber hinaus ein Abhandenkommen schadet, ist wie mehrfach gesehen nicht zu entscheiden, weil es – im Gegensatz zum Fehlen verbotener Eigenmacht – prozessual vom Anspruchsteller geltend zu machen ist.³⁹⁵ Wer wie *Füller*³⁹⁶ den Weinbergfall nur über das Abhandenkommen zu lösen sucht und daher meint, auf die Frage des Rechtsscheins komme es nicht mehr an, sucht sich bloß das falsche Beispiel. Die Frage nach dem Rechtsschein stellte sich etwa immer noch in einer Konstellation parallel zu Koks- und Hemdenfall³⁹⁷, ohne dass dort ein Abhandenkommen in Betracht käme: Ein Nichtberechtigter gestattet einem anderen die Aneignung von der Muttersache des Eigentümers; dieser wiederum glaubt, selbst an den anderen zu leisten. Für den Erwerb des anderen gemäß § 956 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB fehlt die vereinbarte Gestattung zwischen ihm und dem Eigentümer; beim gutgläubigen Erwerb nach § 957 Var. 2 BGB kommt es darauf an, ob ein Rechtsschein des Nichtberechtigten mittels Besitz erforderlich ist und ob dafür die Besitzverschaffungsmacht genügt. Nach hiesiger Auffassung erwirbt der andere, weil dem Rechtsschein genügt ist.

Was die übrigen Tatbestandselemente angeht, so ist die Aneignungsgestattung für Außenstehende genauso unsichtbar wie die Einigung in den §§ 929 ff. BGB;³⁹⁸ der gute Glaube ist negativ gefasst, und der Erwerber kann ihn selbst überblicken.³⁹⁹ Er erwirbt also unabhängig von der tatsächlichen Berechtigung des Gestattenden im Vertrauen auf seinen Besitz an der Muttersache vorläufig gemäß § 957 Var. 1 oder im Vertrauen auf den Erhalt des Besitzes an den Früchten endgültig gemäß Var. 2. In § 957 BGB finden sich mithin zwei Publizitätswirkungen.

³⁹³ In diesem Sinne auch *Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 2, 1880, 823: Grundsatz sei die Fortsetzung der Rechtsbeziehung.

³⁹⁴ *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 953 BGB, Rn. 8.

³⁹⁵ S.o. Kapitel 3 A.I.1.f). Zur Streitfrage s. etwa *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 957 BGB, Rn. 8.

³⁹⁶ *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 349 f.

³⁹⁷ BGH, Urteil v. 30.10.1961 – VII ZR 218/60, BGHZ 36, 56; BGH, Urteil v. 14.03.1974 – VII ZR 129/73, NJW 1974, 1132.

³⁹⁸ Hierzu s.o. Kapitel 3 A.I.1.b) bei Fn. 28.

³⁹⁹ S.o. Kapitel 3 A.I.1.f).

d) Zusammenfassung: §§ 955, 957 BGB sind Publizitätswirkungen

Der Abschnitt hat zwei Besonderheiten bei den Publizitätswirkungen hervorgebracht: Erstens ist der Rechtserwerb gemäß § 955 BGB⁴⁰⁰ sowie § 957 Var. 1 BGB⁴⁰¹ nur vorläufig, weil, wer die Muttersache besitzt, immer noch Herausgabeansprüchen seiner Nutzungen ausgesetzt sein kann, §§ 987–993 Abs. 1 Hs. 1 BGB. Erst in Verbindung mit § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB wird klar, ob der Erwerber die Früchte auch behalten darf.⁴⁰² Insofern ähneln die beiden Tatbestände nicht den übrigen Erwerbswirkungen etwa der §§ 932 ff. BGB, sondern sind stattdessen umkehrbar wie die widerlegbare Vermutung (§ 1006 BGB) oder vorläufige Pfändung (§§ 808 Abs. 1, 809 ZPO). Zweitens bildet § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB eine eigenständige Behaltenswirkung als Publizitätswirkung.⁴⁰³ Sie zeigt sich, sobald der Besitzer Gebrauchsvorteile ohne weiteren Akt und mittelbare Früchte (§ 99 Abs. 3 BGB) von einem Dritten erhalten hat. Anschließend fragt sich nämlich nur, ob der Besitzer diese Nutzungen an den Eigentümer herausgeben muss.

Erwirbt der Gutgläubige gemäß § 957 Var. 2 BGB von einem Nichtberechtigten, ohne selbst Besitz an der Muttersache innezuhaben, so kann man hierin einen Sonderfall des gutgläubigen Erwerbs nach den §§ 932 ff. BGB erblicken. Entgegen der derzeit herrschenden Ansicht ist dafür allerdings nicht der Veräußererbesitz das allein entscheidende Rechtsscheinmerkmal, sondern es genügt die sich im Erwerberbesitz äußernde Besitzverschaffungsmacht, die als Grundlage ebenfalls für die §§ 932 ff. BGB ausreicht. Daher ist dem Wanderer im *Cosackschen* Weinbergfall nicht deshalb der Eigentumserwerb an den Trauben verwehrt, weil der Witzbold keinen Besitz am Berg hat; vielmehr hindert die verbotene Eigenmacht auch den Erwerb nach § 957 Var. 2 BGB.

2. Österreich, § 330 ABGB

Für den Fruchterwerb, den sogenannten natürlichen Zuwachs, des redlichen Besitzers kennt das österreichische Recht nur die Vorschrift des § 330 ABGB, wonach diesem mit Absonderung alle aus der Sache entspringenden Früchte gehören. Mit Blick auf den vom Besitzer gezahlten Kaufpreis und seine Aufwendungen soll er diese Früchte auch beim Herausgabeverlangen der Muttersache behalten dürfen.⁴⁰⁴ Hierin liegt eine Publizitätswirkung, die den §§ 995, 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB gleichkommt. Dass eine Parallelvorschrift zu § 957

⁴⁰⁰ S.o. Kapitel 3 A.IV.1.a).

⁴⁰¹ S.o. Kapitel 3 A.IV.1.c).

⁴⁰² S.o. Kapitel 3 A.IV.1.b).

⁴⁰³ S.o. Kapitel 3 A.IV.1.b).

⁴⁰⁴ *Kletečka/Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht I, 15. Aufl. 2018, Rn. 1086, i.E. strittig für unentgeltlichen Besitz der Muttersache, m.w.N.

BGB fehlt, verwundert nicht, da auch das deutsche Recht sie nur „zur Verdeutlichung“ aufgenommen hat.⁴⁰⁵

3. Frankreich, Art. 549 Cc

Der gutgläubige Fruchterwerb im französischen Recht erfordert den guten Glauben an das Eigentum, Art. 550 Cc. Der genaue Zeitpunkt des Erwerbs (in Deutschland: Trennung) ist nicht festgelegt, aber wohl vorausgesetzt, weil auch hier eine Parallele zu § 957 BGB fehlt, die mit Blick auf Art. 2276 Cc nicht nötig sein dürfte. Auch Art. 549 Cc ist eine Erwerbswirkung.

V. Aneignung, Fund und Schatzfund

1. Deutschland, §§ 958, 973 f., 977, 984 BGB

Keiner dieser Eigentumserwerbstatbestände ist als Publizitätswirkung einzuordnen, obwohl sie alle unabhängig von einer Berechtigung das Eigentum zuweisen.

a) Die Aneignung gewährt keinen Rechtsvorteil gegen bestehende Rechte

Für die Aneignung gemäß § 958 Abs. 1 BGB bedarf der Erwerber zwar keines besonderen Aneignungsrechts; weiter ist die Besitzergreifung in der Regel erkennbar. Die Aneignungshindernisse des Abs. 2 sind demgegenüber negativ gefasst und können daher nach der bisherigen Argumentation⁴⁰⁶ Erwerbswirkungen nicht hindern. Auch dass ein guter Glaube des Erwerbers keine Rolle spielt, ist unschädlich, weil hierdurch nur eine weitere Hürde fehlt. Dass die Sache herrenlos sein muss, bereitet indes gewisse Probleme: Zwar spricht bei Steinen und Stöcken im Wald die Lebenserfahrung dafür, dass jedes Kind sie sich aneignen kann; bei jedem einigermaßen wertvollen, auf der Straße herumliegenden Gegenstand jedoch liegt näher, dass es sich bloß um eine verlorene, nicht aber eine herrenlose Sache handelt. Da die gemäß § 959 BGB preisgegebene Sache also oft nicht als solche zu identifizieren ist, lässt sich mit guten Gründen schon deswegen an einer Publizitätswirkung zweifeln.⁴⁰⁷

In jedem Fall aber ist die Vorschrift nicht als Publizitätswirkung einzuordnen, weil sie abseits jeder Frage nach Berechtigung liegt: Im Gegensatz zu den bisher behandelten Regelungen überwindet sie nämlich weder das Recht eines anderen noch schränkt sie es ein, da im Zeitpunkt der Zueignung noch überhaupt kein Recht besteht. Sie knüpft mithin zwar an äußere Umstände, enthält jedoch keinen Rechtsvorteil dergestalt, wie wir ihn bei den Publizitätswirkun-

⁴⁰⁵ S.o. Kapitel 3 A.IV.1.c) bei Fn. 375.

⁴⁰⁶ S.o. Kapitel 3 A.I.1.f).

⁴⁰⁷ Ähnlich bereits *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 143.

gen gesehen haben. Besteht nämlich ein Gegenrecht, etwa fortwährendes Eigentum eines anderen oder ein Aneignungshindernis, so kann der Erwerb nach § 958 Abs. 1 BGB nie gelingen.

b) Der Fund ist Erwerbsgrund kraft Verschweigung des Berechtigten

Dass die Erwerbswirkungen beim Fund, die §§ 973 f. BGB, keine Publizitätswirkungen sind, ergibt sich aus ihrem Zweck sowie dem Mechanismus des Erwerbs: Schon die Motive stellten zu § 973 BGB fest, dass der Grund der Vorschrift in dem Bedürfnis liege, „die tatsächliche Herrenlosigkeit der gefundenen Sache bei Erfolglosigkeit der Nachforschungen zu beenden.“⁴⁰⁸ Sie hielten den Eigentumserwerb des Finders für grundlegend verschieden von der Ersetzung, weil bei ihm offenkundiges Nichteigentum des Finders in Eigentum überführt werde.⁴⁰⁹ Später erwog etwa *Krusch*, dass Zweck des Eigentumserwerbs beim Fund sei, die verlorene Sache wieder in die Wirtschaftsordnung einzugliedern und auf diese Weise nutzbar zu machen, nachdem ein Empfangsberechtigter nicht aufzufinden war.⁴¹⁰ Der Vorschrift geht es also keineswegs darum, irgendein Vertrauen des Finders zu schützen. Dass dieser Zweck fehlt, spiegelt auch der Tatbestand des § 973 Abs. 1 S. 1 BGB: Zwar sind herumliegende Sachen zumeist besitz-, aber nicht herrenlos und damit erkennbar mögliche Fundgegenstände;⁴¹¹ weiter ist nach außen sichtbar, wenn jemand eine Sache auffindet und an sich nimmt, wodurch er selbstredend Besitz begründet – auf all diese äußeren Umstände kann sich der Finder verlassen. Im Weiteren spielt für den Erwerb aber keine Rolle, wie die Besitzverhältnisse an der Sache liegen;⁴¹² es ist lediglich bedeutsam, dass die Sechsmonatsfrist abgelaufen ist. Auch muss der Finder nicht davon erfahren, dass jemand sein Recht bei der zuständigen Behörde anmeldet, damit sein Erwerb scheitert, und zwar auch dann nicht, wenn er die Sache nicht gemäß § 967 BGB bei der Behörde abgeliefert hat, woraus man immerhin einen mittelbaren Besitz herleiten und damit über eine Wissenszurechnung nachdenken könnte.⁴¹³ Mangels Vertrauens-

⁴⁰⁸ Motive III, 382.

⁴⁰⁹ Motive III, 382.

⁴¹⁰ *Krusch*, AcP 148 (1943), 282, 298; ihm folgend *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 973 BGB, Rn. 1.

⁴¹¹ S. auch für eine Abgrenzung anhand der Lebenserfahrung soeben in Kapitel 3 A.V.1.a).

⁴¹² Noch einmal zu dieser Frage aus Sicht des Gleichlaufs von Besitz und Eigentum: Kapitel 4 D.II.1(vi).

⁴¹³ Zu dieser Frage, die hier nicht weiter zu behandeln ist, etwa *Thole*, in: Staudinger BGB 2023, § 990 BGB, Rn. 80–84, wobei man eine Wissenszurechnung hiernach ablehnen muss, weil die Behörde nicht rechtsgeschäftlich für den Finder tätig wird und daher § 166 Abs. 1 BGB analog als Zurechnungsgrundlage ausscheidet (vgl. insoweit Rn. 83 zum Gerichtsvollzieher).

schutzes muss folglich kein Vertrauen zerstört werden. Schließlich lässt sich nicht argumentieren, es handle sich beim Fund um eine Wirkung vollkommener Publizität,⁴¹⁴ wo Gutgläubigkeit entbehrlich sei. Denn dafür fehlt im Zeitpunkt des Erwerbs das notwendige Zeichen, an welches das neu erworbene Eigentum knüpfen könnte.

Dass es beim Eigentumserwerb im Fundrecht nicht auf Vertrauen, sondern vielmehr auf Verschweigen⁴¹⁵ ankommt, zeigt sich klarer noch beim Erwerb nach § 974 S. 2 BGB.⁴¹⁶ Hier ist ein Empfangsberechtigter dem Finder zwar bekannt; erklärt er sich aber nicht innerhalb angemessener Frist über dessen Ersatzansprüche, erwirbt der Finder. Bestreitet er hingegen die Ansprüche, muss der Finder auf Feststellung klagen, §§ 974 S. 1, 1003 Abs. 2 BGB. Bleibt er anschließend untätig, erwirbt der Finder. Schon die Motive sahen in diesem Tatbestand ein Mittel, um den Zustand der Ungewissheit über Aufwendungsersatz und Finderlohn zu beseitigen;⁴¹⁷ sein Mechanismus gründet jeweils auf Schweigen.

Abschließend spricht auch der Rückabwicklungsanspruch gemäß § 977 S. 1 BGB dafür, den §§ 973 f. BGB eine Vertrauensschutzwirkung abzuerkennen: Denn hiernach muss der Finder das erworbene Eigentum wieder herausgeben – freilich nur Zug um Zug gegen seine Ersatzansprüche gemäß §§ 970 f. BGB;⁴¹⁸ die Neuordnung ist mithin nur vorläufig. Denn im Gegensatz zu den §§ 955, 957 Var. 1 BGB fehlt eine Vorschrift wie § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB, die den endgültigen Erwerb (im Erwerbszeitpunkt) in Aussicht stellt.⁴¹⁹ Auch lassen diese Erwerbswirkungen im Gegensatz zum Fruchterwerb sich nicht der vorläufigen Vollstreckungs- oder Vermutungswirkung gleichsetzen, weil hier stets die Möglichkeit besteht, dass der Begünstigte sich letztlich durchsetzt, dort die Herausgabepflicht jedoch immer feststeht. Ein endgültiges Behalten kraft Publizität folgt ferner nicht aus § 977 S. 2 BGB, wonach der Herausgabeanspruch nach drei Jahren erlischt. Denn dass der Finder für sein Behaltensrecht über diesen Zeitraum hinweg weder die erworbene Fundsache besitzen muss noch eines sonstigen äußeren Merkmals bedarf, versperrt auch hier den

⁴¹⁴ S. dazu o. Kapitel 2 B.

⁴¹⁵ So schon *Gierke*, Sachenrecht, 1905, § 131 II, S. 524 f.; *Alberty*, Der Rechtsschein im Fundrecht, 1936, 36–40; *Krause*, Schweigen im Rechtsverkehr, 1933, 169 ff.; im Anschluss an Letzteren *Füller*, Eigenständiges Sachenrecht?, 2006, 351.

⁴¹⁶ Dessen Überschrift lautet auch: „Eigentumserwerb nach Verschweigung“.

⁴¹⁷ Motive III, 384 f.; *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 974 BGB, Rn. 1 spricht treffend auch von einem Druckmittel, um einen Schwebezustand zu beseitigen.

⁴¹⁸ *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 977 BGB, Rn. 2; merkwürdigerweise in der Rechtsfolge nur von Wertersatz sprechend *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 977 BGB, Rn. 2. Hingegen zeigt der Unterschied zu § 951 Abs. 1 S. 1 BGB, nämlich der Verweis auf „Vergütung in Geld“, sowie dessen Satz 2, dass eine vollständige Rückabwicklung hier gerade nicht ausgeschlossen ist.

⁴¹⁹ Dazu s.o. Kapitel 3 A.IV.1.b).

Schluss auf eine wenigstens nachgelagerte Publizitätswirkung. Es kommt wieder nur auf ein Verschweigen des Berechtigten an.

Trotz des Titels „Der Rechtsschein im Fundrecht“ widerspricht auch dieses Werk *Albertys* nicht dem hiesigen Ergebnis, dass die §§ 973 f., 977 BGB keine Rechtsscheinwirkungen im Sinne von sachenrechtlichen Publizitätswirkungen sind. Denn seine Rechtsscheinlehre knüpft an die Verschweigung des Eigentümers als Erwerbsgrund:⁴²⁰ Bei § 973 BGB etwa habe der Verlierer durch Untätigkeit sein Eigentum verschwiegen und so den Anschein erweckt, die Sache nicht zurückzubehalten.⁴²¹ Ein Verschweigen ist indes kein tauglicher Rechtsscheinträger für eine Publizitätswirkung, weil es sich durch nichts äußert.

c) Beim Schatzfund hängen Besitzergreifer und Erwerber nicht zusammen

Auch der Schatzfund gemäß § 984 BGB ist weder nach seinem Zweck noch seinen Voraussetzungen als Publizitätswirkung einzustufen. Die Motive beschrieben einen Schatz als wenigstens faktisch herrenlose Sache, die folglich mit Besitzergreifung des „Finders“ erworben werden könne.⁴²² Damit dient die Neuuzuweisung des Eigentums zwei Zwecken: Einerseits beseitigt sie eine nicht mehr auflösbare Sachenrechtslage;⁴²³ andererseits setzt sie für den Entdecker einen Anreiz, den Schatz zurück in den Verkehr zu führen.⁴²⁴ Warum der Eigentümer der den Schatz bergenden Sache die andere Eigentumshälfte erwirbt, ist in der Literatur umstritten; die Begründungen schwanken etwa zwischen Sachnähe⁴²⁵, der „stärksten Aussicht“, die Sache wiederzuentdecken,⁴²⁶ und der Idee, der Schatz könnte dem Eigentümer der sie bergenden Sache gehören.⁴²⁷ Der Gedanke des Vertrauensschutzes findet sich nicht.

Der Tatbestand der Vorschrift fordert zunächst einen Schatz; Schwierigkeiten, was dessen Erkennbarkeit als solcher angeht, liegen höchstens darin, dass der Eigentümer unter Umständen doch noch zu ermitteln ist, wenn das auch

⁴²⁰ *Alberty*, Der Rechtsschein im Fundrecht, 1936, 36–40, insofern fasst er sein Verständnis von Rechtsscheinwirkung weiter als hier im Rahmen sachenrechtlicher Publizität. Festzustellen, ob man den Begriff des Rechtsscheins allgemein so weit fassen sollte, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit.

⁴²¹ *Alberty*, Der Rechtsschein im Fundrecht, 1936, 36.

⁴²² Motive III, 391; erst der von der 2. Kommission beschlossene Entwurf sprach dem bloßen Entdecker das Recht zu, Protokolle III, 3829 f.

⁴²³ *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 984 BGB, Rn. 1, auch zur folgenden Note.

⁴²⁴ Noch nicht zum BGB RG, Urtheil v. 07.06.1895 – III 71/95, SeuffA 51, 12, 14; *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 984 BGB, Rn. 12; *Dörner*, Zivilrechtliche Probleme der Bodendenkmalpflege, 1992, 26; *Henssler*, in: Soergel BGB 2002, § 984 BGB, Rn. 1.

⁴²⁵ *Harry Westermann*, Sachenrecht, 5. Aufl. 1966, § 60 3.

⁴²⁶ *Henssler*, in: Soergel BGB 2002, § 984 BGB, Rn. 1; *Harry Westermann*, Sachenrecht, 5. Aufl. 1966, § 60 3.

⁴²⁷ Dies erwägt noch *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 984 BGB, Rn. 12.

dem mutmaßlichen Schatz nicht gleich anzusehen ist.⁴²⁸ Entdeckung und Inbesitznahme werfen, was die Erkennbarkeit betrifft, keine weiteren Probleme auf. Wie die Rechtsfolge jedoch mit dem Tatbestand verknüpft ist, verhindert jedes Vertrauen auf das Erwerbszeichen des Besitzes: Der Entdecker, nicht der Besitzer, und der Eigentümer der bergenden Sache erwerben je zur Hälfte Eigentum. Weder muss der Entdecker den Besitz am Schatz ergreifen,⁴²⁹ noch muss der Eigentümer der bergenden Sache diese besitzen; beide können weit entfernt sein, wenn der Schatz in Besitz genommen wird.⁴³⁰ Zeichen und Rechtserwerb hängen nicht zusammen.

d) Zusammenschau: In Aneignung, Fund und Schatzfund liegen keine Publizitätswirkungen

Bei der Aneignung nach § 958 BGB kann es sich schon deshalb nicht um eine Publizitätswirkung handeln, weil damit nicht das Recht eines anderen überwunden wird; das Vertrauen auf ein Zeichen gewährt hier keinen besonderen Rechtsvorteil.⁴³¹ Die Erwerbswirkungen der §§ 973 f. BGB und die Behaltenswirkung des § 977 S. 2 BGB beruhen allesamt auf dem Verschweigen des Berechtigten; das ist daran zu sehen, dass sie weder im Moment des Erwerbs bzw. endgültigen Behaltens noch im Zeitraum davor einen Rechtsschein fordern.⁴³² Schließlich fehlt es bei § 984 BGB an einer Verbindung zwischen Zeichen und Begünstigtem: Der Entdecker und Eigentümer der bergenden Sache erwerben das Miteigentum, gleich wer den Schatz letztlich hebt und wer die bergende Sache besitzt.⁴³³

2. Österreich, §§ 381, 395, 399 ABGB

Das österreichische Recht liegt betreffend die Publizitätswirkungen von Aneignung, Fund und Schatzfund wie in Deutschland: Die Aneignung (sogenannte Zueignung) gemäß § 381 ABGB setzt sich auch im österreichischen Recht nicht gegen bestehende Rechte durch.⁴³⁴ Für den Fund teilt das österreichische Recht ein zwischen vergessen, verloren und verborgen, §§ 388 Abs. 1,

⁴²⁸ Beispiel bei OLG Hamburg, Urteil v. 16.11.1981 – 1 U 83/81, MDR, 409, wo sich unter den gefundenen Sachen ein Ehering mit Name und Datum befand.

⁴²⁹ So geschehen in BGH, Urteil v. 20.01.1988 – VIII ZR 296/86, BGHZ 103, 101, juris-Rn. 5, wo nicht der Entdecker, sondern die Mitarbeiter des Amts für Vor- und Frühgeschichte den Schatz bargen.

⁴³⁰ *Pappenheim*, Jherings Jb. 45 (1903), 141, 147 f. mit dem Beispiel, dass jemand einen Schatz entdeckt, davon einem anderen erzählt, dieser ihn hebt, aber jener als Entdecker das Miteigentum erwirbt.

⁴³¹ S.o. Kapitel 3 A.V.1.a).

⁴³² S.o. Kapitel 3 A.V.1.b).

⁴³³ S.o. Kapitel 3 A.V.1.c).

⁴³⁴ S.o. Kapitel 3 A.V.1.a) nach Fn. 407.

2, 397 Abs. 1 ABGB. In allen drei Fällen erwirbt der Finder binnen Jahresfrist ab Fund bzw. Anzeige, § 395 ABGB. Auch hier ist der Erwerb eine Folge des Verschweigens und damit keine Publizitätswirkung.⁴³⁵ § 399 ABGB über den Schatzfund gewährt dem „Finder“ und dem „Eigentümer des Grundes“ je hälftiges Eigentum. Im österreichischen Recht ist für den Erwerb die Entdeckung gleichfalls maßgeblich, nicht erst die Aneignung oder Ergreifung.⁴³⁶ Damit fehlt hier gleichfalls die Publizitätswirkung.

3. Frankreich, Art. 716 Abs. 1 Cc

Entgegen dem umfassenden Wortlaut der Art. 539, 713 Cc, die alles herrenlose Vermögen dem Staat zuschreiben, besteht Einigkeit, dass die Vorschriften nur für Grundstücke gelten sollen.⁴³⁷ Auch erfordert die Aneignung keinen qualifizierten Besitz wie die Ersitzung.⁴³⁸ Es genügt damit die bloße Inbesitznahme, sodass in der Aneignung keine Erwerbswirkung zu erblicken ist.

Das Fundrecht ist im Code civil nicht geregelt, sondern gemäß Art. 717 Abs. 2 Cc besonderen Gesetzen vorbehalten. Diese sollen hier nicht Gegenstand sein.⁴³⁹ Einen Eigentumserwerb nach Fund kennt das französische Recht daher nicht; es bleibt dem Finder allein die Ersitzung mit dreißigjähriger Frist gemäß Art. 2258, 2272 Abs. 1 Cc. Ein Erwerb gemäß Art. 2276 Abs. 2 Cc nach drei Jahren muss ausscheiden, weil der Finder sich nicht berechtigt für den Eigentümer halten kann und daher bösgläubig ist.⁴⁴⁰

Beim Schatzfund werden ebenfalls mit hälftigem Eigentum Entdecker und Eigentümer der bergenden Sachen belohnt, Art. 716 Abs. 1 Cc.

Damit findet sich unter Aneignung, Fund und Schatzfund wie im deutschen Recht auch keine Publizitätswirkung.

VI. Erwerb trotz Veräußerungsverbots, § 135 Abs. 2 BGB, oder Streitbefangenheit der Sache, § 325 Abs. 2 ZPO

Die §§ 135 Abs. 2 BGB und 325 Abs. 2 ZPO sind nicht als Publizitätswirkungen einzuordnen. *Hager* kritisiert den Verweis der beiden Vorschriften auf den gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten damit, dass der Besitz als Rechtscheinträger nichts über ein Veräußerungsverbot oder die Streitbefangenheit

⁴³⁵ *Iro/Riss*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 6/11; *Kletečka/Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I, 15. Aufl. 2018, Rn. 969 m.w.N.

⁴³⁶ OGH, 12.10.1982 – 4 Ob 604/81.

⁴³⁷ Statt aller etwa *Dross*, Droit civil, Les choses, 2012, Rn. 264-1.

⁴³⁸ *Dross*, Droit civil, Les choses, 2012, Rn. 264-1.

⁴³⁹ Näher s. etwa *Malaurie/Aynès/Julienne*, Droit des biens, 10. Aufl. 2023, Rn. 598; *Carbonnier*, Droit civil, Les biens, Les obligations, 2. Aufl. 2017, Rn. 905.

⁴⁴⁰ *Carbonnier*, Droit civil, Les biens, Les obligations, 2. Aufl. 2017, Rn. 906; *Ferid*, Das französische Zivilrecht: Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Register, 1971, Rn. 3 B 90.

der Sache sage.⁴⁴¹ Er greift damit im weiteren den Besitz generell als tauglichen Rechtsscheinträger an. Die Kritik des Verweises ist berechtigt, trägt aber nicht allgemein, weil das Problem des nichtssagenden Besitzes von den §§ 135 Abs. 2 BGB und 325 Abs. 2 ZPO herrührt: Wie bereits *Paulus* festgestellt hat, sagt die Besitzlage nichts darüber, ob ein Veräußerungsverbot vorliegt oder die Sache streitbefangen ist, weshalb die entlastende Unkenntnis anders als durch den Rechtsschein des Besitzes bestimmt werden sollte.⁴⁴² Es taugt folglich bloß der Rückgriff auf die Erwerbswirkungen nicht; das disqualifiziert diese Wirkungen an sich aber noch nicht. Da die §§ 135 Abs. 2 BGB und 325 Abs. 2 ZPO insofern dogmatisch als Publizitätswirkungen nicht bestehen können, sind sie nicht Gegenstand weiterer Analyse.

VII. Zusammenfassung: Die Erwerbswirkungen sind im Wesentlichen Publizitätswirkungen

Dieser Abschnitt hat ergründet, inwieweit die von einer Berechtigung unabhängigen Erwerbswirkungen Publizitätswirkungen sind. Dafür hat er geprüft, ob die fraglichen Erwerbsstatbestände ein Publizitätsmittel enthalten und hieran insofern knüpfen, als neben dieses keine unsichtbaren positiven Merkmale treten. Soweit vom Erwerbsgegner zu beweisende, ausschließende Merkmale wie das Abhandenkommen bestehen, haben wir festgestellt, dass diese die betreffende Publizitätswirkung schwächen, aber nicht aufheben.⁴⁴³ Wie weit eine solche Schwächung reicht, ist allerdings nicht messbar.

Die von einer Berechtigung unabhängigen Erwerbswirkungen des deutschen Fahrnisrechts sind mehrheitlich Publizitätswirkungen: Bei den §§ 932–936 BGB bildet die Besitzverschaffungsmacht kein Rechtsscheinmerkmal, weil sie sich nicht äußert; vielmehr treten hier Veräußerer- und Erwerberbesitz nebeneinander. Das führt dazu, dass der Rechtsschein bei den §§ 932–934 Var. 1 BGB ein doppelter ist; bei § 934 Var. 2 BGB ist es der Erwerberbesitz. Einzig der gutgläubige Geheißerwerb zwischen zweitem und drittem Glied einer Vier-Personen-Kette lässt sich so nicht fassen, weil weder Veräußerer noch Erwerber je Besitz an der Sache haben. Beim Pfandrecht kommt wegen § 1205 Abs. 2 BGB allein der Verpfänderbesitz als Rechtsscheinträger in Betracht. Während das Überwinden des Abhandenkommens bei Geld und Inhaberpapieren an keinen Rechtsscheinträger knüpft, sondern allein das Verkehrsbedürfnis, bezieht bei der öffentlichen Versteigerung die öffentliche Autorität das Abhandenkommen.⁴⁴⁴ Der Blick auf Österreich und Frankreich bestätigt dieses Bild im Wesentlichen: Während in Österreich wegen der Beweislast des Begünstigten der gutgläubige Erwerb des § 367 Abs. 1 S. 1 ABGB eine schwächere Wir-

⁴⁴¹ *Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, 240.

⁴⁴² *Paulus*, in: FS Nipperdey 1965, 909, 915–917.

⁴⁴³ S.o. Kapitel 3 A.I.1.f).

⁴⁴⁴ S.o. Kapitel 3 A.I.1.

kung begründet, zugleich aber durch das unerhebliche Abhandenkommen beim Erwerb im geschäftlichen Verkehr die Publizitätswirkung verstärkt, verleiht die weitreichende Sentenz „la possession vaut titre“ in Art. 2276 Abs. 1 Cc dem gutgläubigen Erwerb erhebliche Kraft, noch dazu mit Blick auf den Schaden des Abhandenkommens nur für drei Jahre seit Verlust und den Lösungsanspruch gemäß Art. 2277 Abs. 1 Cc.

Auch die Ersitzung bildet eine Publizitätswirkung. Sie knüpft ebenfalls an den Rechtsscheinträger des Besitzes; auf einen erkennbaren Eigenbesitzwillen kommt es mangels besonderen Interesses irgendeines Beteiligten nicht an. Kritikwürdig ist aber, dass der mittelbare Besitz des Ersitzenden möglicherweise nicht erkennbar ist. Die Ersitzung steht keinen unsichtbaren ausschließenden Merkmalen gegenüber, die sie als Publizitätswirkung schwächen wie den gutgläubigen Erwerb.⁴⁴⁵ Die Ersitzung nach österreichischem Recht ist der deutschen ähnlich, lässt den Begünstigten aber im Unklaren über die genaue Ersitzungsdauer, die regelmäßig zwischen drei und sechs Jahren liegen kann. Im französischen Recht spielt die Fahrnisersitzung kaum eine Rolle, weil Art. 2276 Abs. 1 Cc selbst bei abhandengekommenen Sachen nach drei Jahren greift; im Übrigen schützt die Ersitzung nach erst dreißig Jahren auch den Bösgläubigen.

Verbindung und Vermischung gemäß §§ 946–948 BGB begründen keine Publizitätswirkungen, weil sie immer nur das Eigentum des in Wahrheit Berechtigten und nicht des Zeicheninhabers erweitern. Die Verarbeitung gemäß § 950 BGB hingegen lässt sich als Publizitätswirkung fassen, wenn man stets den Eigenbesitzer als Hersteller einordnet. Denn so ist das entscheidende Merkmal für die neue Zuordnung des Eigentums ein sichtbares.⁴⁴⁶ In Österreich und Frankreich sind hier keine Publizitätswirkungen zu finden.

Der Fruchterwerb gemäß §§ 955, 957 Var. 1 BGB bildet jeweils eine Publizitätswirkung, wenn auch nur eine vorläufige, weil erst § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB darüber entscheidet, ob der Erwerber die Frucht auch behalten darf. Allein gestellt, begründet auch § 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB eine Publizitätswirkung, indem der gutgläubige, unverklagte Besitzer mittelbare Früchte und Gebrauchsvorteile behalten darf. Der Fruchterwerb gemäß § 957 Var. 2 BGB ist ebenfalls eine Publizitätswirkung, und zwar als Sonderfall des gutgläubigen Erwerbs; als Rechtsschein genügt neben dem Veräußerer- auch der bloße Erwerberbesitz.⁴⁴⁷ Österreich und Frankreich kennen je eine Wirkung parallel zu §§ 955, 993 Abs. 1 Hs. 2 BGB.

Die Aneignung gemäß § 958 BGB ist keine Publizitätswirkung, weil hiermit schon kein Recht eines anderen überwunden wird. Die Erwerbs- und Behaltenswirkungen gemäß §§ 973 f., 977 BGB gründen jeweils auf dem Ver-

⁴⁴⁵ S.o. Kapitel 3 A.II.1.

⁴⁴⁶ S.o. Kapitel 3 A.III.1.

⁴⁴⁷ S.o. Kapitel 3 A.IV.1.

schweigen des Berechtigten und nicht dem Besitz des Begünstigten. Weil beim Schatzfund nach § 984 BGB nicht notwendig der erwirbt, der den Schatz tatsächlich birgt, liegt auch hierin keine Publizitätswirkung.⁴⁴⁸ Österreich und Frankreich bestätigen dieses Bild.

Unterstellen wir also, dass der Besitz tauglicher Rechtsscheinträger ist,⁴⁴⁹ begründen der gutgläubige Erwerb, Fruchtterwerb, die Ersitzung sowie im deutschen Recht die Verarbeitung Publizitätswirkungen.

B. Die Erfüllungswirkungen und Verfügungswirkungen

Dieser Abschnitt untersucht, inwieweit Erfüllungswirkungen und Verfügungswirkungen gegenüber Nichtberechtigten Wirkungen der Publizität sind. Dem vorgeschaltet ist anhand des deutschen Liegenschaftsrechts die Frage, inwieweit sich diese Wirkungen im Sachenrecht als ein grundlegender Gedanke finden.

Das deutsche Fahrnisrecht enthält hierzu bloß verstreut Regelungen: Es kennt überhaupt nur zwei Vorschriften betreffend Schadensersatzleistung und Pfandverkauf, ohne dass hierin unmittelbar ein allgemeiner Gedanke zu erkennen wäre. In Österreich soll § 367 Abs. 1 ABGB nur in sehr engem Rahmen analog anwendbar sein. Die bestehenden und per Analogie gebildeten Tatbestände sind wie schon die Erwerbstatbestände⁴⁵⁰ auf ein Publizitätsmittel hin zu untersuchen. Anschließend steht jeweils wieder die Frage, inwieweit sie sich an ein Vertrauen auf das Publizitätsmittel knüpfen lassen und entsprechend als Publizitätswirkungen zu betrachten sind.

I. Die Erfüllungswirkungen und Verfügungswirkungen am Beispiel des § 893 BGB

Im Mittelpunkt dieses Abschnitts I. steht die in der Diskussion um die Publizitätswirkungen aufgeworfene Frage, ob neben die Erfüllungswirkung noch eine Verfügungswirkung außerhalb des Rechtserwerbs tritt.⁴⁵¹

Der Begriff der Erfüllungswirkung taugt im deutschen Recht zwar, um den Wortlaut des § 851 BGB zu beschreiben. Danach gilt die Leistung eines Sachschädigers auch dann als Erfüllung gegenüber dem Eigentümer, wenn dieser irrtümlich an den Besitzer leistet. Das BGB kennt aber darüber hinaus in §§ 893, 2367, 407 noch weitere Vorschriften, die den Gutgläubigen im Verhältnis zum mutmaßlichen Rechtsinhaber schützen.⁴⁵² § 407 BGB nimmt dabei

⁴⁴⁸ S.o. Kapitel 3 A.V.1.

⁴⁴⁹ Dazu s. ausführlich u. Kapitel 4 A und B.

⁴⁵⁰ S.o. Kapitel 3 A.

⁴⁵¹ S.o. Kapitel 2 D.I.2 bei Fn. 182.

⁴⁵² Für das Insolvenzrecht gilt gemäß § 82 InsO ein Schutz des Gutgläubigen insoweit, als er in Unkenntnis der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an den Schuldner leistet. Ob die

zwar nicht insofern eine Sonderstellung ein, als er sich im Schuldrecht findet; denn jedenfalls sein Abs. 1 betrifft Verfügungen über die Forderung. Allerdings kommt er nur im Falle der Rechtsnachfolge zur Anwendung und beruht deshalb nicht auf einem Vertrauen auf ein Rechtszeichen; weiter enthält er deswegen eine Rechtskrafterstreckung in Abs. 2, welche die Rechtskraft bei Rechtsnachfolge über § 325 Abs. 1 ZPO hinaus erweitert.

1. § 893 Var. 1 BGB erfasst auch Leistungen auf schuldrechtliche Forderungen wegen Eingriffs in das eingetragene Recht

Mit § 893 BGB verfügt das Sachenrecht selbst über eine Vorschrift, die den Schutz bloß des Rechtserwerbers (§ 892 BGB) auf denjenigen erweitert, der an den Zeicheninhaber – den Buchberechtigten – leistet oder sonst ihm gegenüber ein verfügendes Rechtsgeschäft vornimmt. Die Vorschrift hat das Potential, Leistungen in allen weiteren Situationen zu schützen, in denen andere sich auf die Buchberechtigung verlassen, inklusive Schadensersatz- oder Bereicherungsforderungen, die auf dem ausgewiesenen Sachenrecht beruhen. Praktisch wird die Regelung allerdings nicht derart ausgelegt. Denn die Wörter „auf Grund dieses [im Grundbuch eingetragenen] Rechts“ in § 893 BGB werden so verstanden, dass nur Leistungen gemeint sind, die unmittelbar auf einen dinglichen Anspruch hin erfolgen.⁴⁵³ Darunter fallen beispielsweise die Zahlung auf eine Grundschuld oder Hypothek, nicht jedoch auf die zugehörige Forderung.⁴⁵⁴ Diese Auffassung geht zurück auf die Motive. Sie wollten die Wirkung des § 892 BGB erweitern auf Rechtsgeschäfte im Verhältnis zum Buchberechtigten und fassten darunter „insbesondere“ auch Leistungen.⁴⁵⁵ Keines der genannten Beispiele lässt darauf schließen, dass schuldrechtliche Ansprüche mit erfasst sind:

„Es gehören hierher namentlich die Fälle, wenn eine Grunddienstbarkeit ausgeübt, eine Reallast abgelöst, eine Hypothek oder eine Grundschuld gekündigt, Zinsen usw. entrichtet werden. Die Rücksicht auf die Sicherheit im Rechtsverkehrs verlangt hier, daß das Rechtsgeschäft zu Gunsten des bei seiner Vornahme aktiv oder passiv beteiligten Dritten, der die durch das Grundbuch verdeckte Sachlage nicht kannte, als gültig behandelt wird.“⁴⁵⁶

Vorschrift auf sonstige Rechtsgeschäfte zu erweitern ist, wird in der Literatur ersichtlich nicht diskutiert. S. etwa *Windel*, in: Jaeger InsO 2007, § 82 InsO, Rn. 8 f.

⁴⁵³ *Picker*, in: Staudinger BGB 2019, § 893 BGB, Rn. 8; *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 893 BGB, Rn. 4; *Rosenberg*, Sachenrecht, 1919, § 893 BGB Anm. I 1 b β; *Altmeppen*, Disponibilität des Rechtsscheins, 1993, 115; BGH, Beschluss v. 23.01.1996 – XI ZR 75/95, NJW 1996, 1207, juris-Rn. 4, der schlicht feststellt, dass der öffentliche Glaube des Grundbuchs nur für dingliche Rechte gelte.

⁴⁵⁴ *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 893 BGB, Rn. 6.

⁴⁵⁵ Motive III, 223.

⁴⁵⁶ Motive III, 223.

Im Anschluss daran argumentiert denn auch *Picker* mit der „engen Verwandtschaft“ der beiden Varianten der Regelung, um zu begründen, dass die Leistung auf schuldrechtliche Forderungen nicht erfasst sei.⁴⁵⁷

In § 2367 BGB findet sich hingegen eine Regelung, die den Erwerb eines Erbschaftsgegenstands kraft öffentlichen Glaubens in § 2366 BGB umfassend erweitert: Sämtliche Leistungen sowie Verfügungen im Verhältnis zum Erbscheinserben wirken danach gegenüber dem Erben. Das erstreckt sich auch auf Forderungen. Denn die Wirkung des Erbscheins unterscheidet nicht zwischen schuldrechtlichen und dinglichen Rechten, sondern schaut allein auf die äußere Rechtszuständigkeit.⁴⁵⁸ Nur Verpflichtungsgeschäfte mit dem Erbscheinserben sind ausgenommen; für deren wirksamen Abschluss ist die dingliche Inhaberschaft des betreffenden Rechts nämlich gerade nicht erforderlich.⁴⁵⁹ In § 2367 BGB liegt damit eine umfassende Auffangschutzwirkung⁴⁶⁰ desjenigen, der im Verhältnis zum Erbscheinserben in irgendeiner Weise rechtsgeschäftlich tätig wird, wenn gerade nicht der Spezialfall des gutgläubigen Erwerbs vom Erbscheinserben des § 2366 BGB betroffen ist.

Dieses erbrechtliche Schutznetz besteht im Sachenrecht, wie gesehen, nur unvollständig. Im Liegenschaftsrecht sind zwar Rechtsgeschäfte miterfasst; indes ist ein Schuldner, der auf einen Schadensersatz- oder Bereicherungsanspruch an den Bucheigentümer leistet, nicht vor einer weiteren Zahlungspflicht gegenüber dem wahren Eigentümer befreit.⁴⁶¹ Beschädigt also etwa S mit seinem Wagen den Zaun des Grundstückseigentümers E⁴⁶² und zahlt Ersatz an den Bucheigentümer B, so kann es ihm widerfahren, dass E ihn später ebenfalls erfolgreich in Anspruch nimmt. Dieser Umstand wiegt umso schwerer, als die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB es wesentlich erschwert, dass S sich erfolgreich gegen die Eigentumsbehauptung des B wehren kann. Denn er kann zwar die Urkunden einsehen, die zum Eigentumserwerb des B führten, weil ihm insoweit ein berechtigtes Interesse⁴⁶³ zukommt, §§ 10 Abs. 1, 12 Abs. 1 S. 1, 2 GBO. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass er den Urkunden auch einen Fehler beim Erwerbsvorgang entnehmen kann, der möglicherweise eben nicht urkundlich festzustellen ist. Die Schutzinteressen der Parteien unterscheiden sich

⁴⁵⁷ *Picker*, in: Staudinger BGB 2019, § 893 BGB, Rn. 8. Hierzu auch sogleich bei Fn. 475 f.

⁴⁵⁸ *Grziwotz*, in: MünchKommBGB 2023, § 2367 BGB, Rn. 7.

⁴⁵⁹ *Grziwotz*, in: MünchKommBGB 2023, § 2367 BGB, Rn. 6; so schon Motive V, 570.

⁴⁶⁰ *Graf zu Solms-Baruth*, Der öffentliche Glaube des Erbscheins nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1916, 19 sprach bei § 2367 BGB davon, „den Dritten in allen möglicherweise eintretenden Fällen zu schützen“.

⁴⁶¹ So schon *Kretzschmar*, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1906, § 893 BGB, Anm. 2a.

⁴⁶² Beispiel nach *Neuner*, JuS 2007, 401, 408.

⁴⁶³ Dafür genügt, „wenn der Antragsteller ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse darlegt“, *Wilsch*, in: BeckOK GBO 01.11.2023, § 12 GBO, Rn. 1.

dabei nicht von denen beim Erwerb kraft öffentlichen Glaubens gemäß § 892 BGB: Der Schädiger bzw. Erwerber hat keinen besseren Anhaltspunkt als das Grundbuch, um die Rechtslage am Eigentum einzuschätzen; der Bucheigentümer hat kein Recht inne und verdient daher nur den allgemeinen Schutz etwa infolge Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB), im Übrigen bleibt er gegenüber den anderen Parteien ausgleichspflichtig; der wahre Eigentümer hat unterlassen, den falschen Schein der Eigentumslage zu unterbinden, obwohl er am ehesten die Möglichkeit dazu hatte, konkret das Wissen und die Rechtsmacht⁴⁶⁴ (§ 899 BGB).

Um die unterschiedliche Behandlung des gutgläubigen Erwerbers und des Schädigers sachlich zu begründen, bieten sich zwei Argumentationsstränge, die beide nicht recht überzeugen: Entweder man bringt vor, dass der Eigentümer im Falle der Schädigung ein höheres Schutzinteresse aufweise. Das ist jedoch bereits rein quantitativ fernliegend, weil kaum eine Schädigung vorstellbar ist, die den gesamten Grundstückswert vernichtet, wohingegen der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens dem Eigentümer alles entzieht. Darüber hinaus spricht wenig dafür, dass der Eigentümer die Schadensersatzforderung eher gegen den Schädiger als den Bucheigentümer durchsetzen kann. Immerhin kennt er den Bucheigentümer; gegen dessen mögliche Ansprüche etwa aus §§ 994, 996 BGB kann er sogar gegebenenfalls seine Forderung aufrechnen. Oder man hält mit einem zweiten Argumentationsstrang den Schädiger für weniger schutzwürdig als den gutgläubigen Erwerber. Eine Rechtfertigung dafür könnte sein, dass jenem ein Fehlverhalten vorzuwerfen ist, dem gutgläubigen Erwerber hingegen nicht. Indes betrifft dieser Vorwurf gegenüber dem Schädiger einen früheren Zeitpunkt und nicht mehr den, zu dem er sich rechtskonform zu verhalten und eine Forderung zu erfüllen sucht.

Unter einem dogmatischen Blickwinkel würde es § 851 BGB genau widersprechen, den Schädiger zu benachteiligen; die Regelung schützt nämlich, wie gesehen,⁴⁶⁵ den Schädiger einer beweglichen Sache, der gutgläubig an den Besitzer leistet. Freilich gilt sie nur für Fahrnis. Sie nicht auf Liegenschaften auszudehnen, stünde aber der übrigen Parallelstruktur zwischen Fahrnis- und Liegenschaftsrecht entgegen, nämlich beim gutgläubigen und beim Erwerb kraft öffentlichen Glaubens (§ 892 bzw. §§ 932 ff. BGB) sowie bei den Rechtsvermutungen (§ 891 bzw. §§ 1006, 1065, 1227 BGB). Dabei ist die Lage des zahlenden Schädigers einer beweglichen und unbeweglichen Sache kaum anders: Der Fahrnisschädiger kann sich im Prozess gegen den Besitzer ohne einen gleichwertigen Ersatz zum grundbuchlichen Einsichtsrecht⁴⁶⁶ nicht im Ansatz wirksam gegen die Rechtsvermutung des § 1006 BGB wehren; er bleibt aber

⁴⁶⁴ Aktivlegitimiert ist der Gläubiger des Berichtigungsanspruchs. *Schäfer*, in: Münch-KommBGB 2023, § 894 BGB, Rn. 20.

⁴⁶⁵ S.o. Kapitel 3 B.I.

⁴⁶⁶ S.o. bei Fn. 463.

durch § 851 BGB davor geschützt, zweimal in Anspruch genommen zu werden. Unterliegt der Liegenschaftsschädiger im Prozess gegen den Bucheigentümer, kann er anschließend noch erfolgreich vom wahren Eigentümer verklagt werden. Wie er am Ende die Doppelzahlung vermeiden kann, erscheint schwierig: Streitverkündung und Prätendentenstreit (§ 75 ZPO) steht genauso wie einer sofortigen Hinterlegung (§ 372 BGB) entgegen, dass der Schuldner den wahren Eigentümer zunächst nicht kennt;⁴⁶⁷ außerdem beraubt er sich so sonstiger Einwendungen gegen den Anspruch. Gewiss bleibt es dem wahren Eigentümer möglich, die Leistung an den Bucheigentümer zu genehmigen und gegen diesen vorzugehen (§§ 816 Abs. 2, 185 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB);⁴⁶⁸ dieses Vorgehen kann der Schuldner indes nicht erzwingen. Allenfalls kann er im zweiten Prozess entsprechend § 255 BGB auf Abtretung des verhaltenen Anspruchs aus § 816 Abs. 2 BGB sowie des Genehmigungsrechts Zug um Zug gegen Erfüllung bestehen. Indes soll § 255 BGB analog nicht für Bereicherungsansprüche gelten,⁴⁶⁹ was zumindest eine Schutzlücke für diese Art von Schuldner offenbart.

Es findet sich also weder ein überzeugender sachlicher Grund, denjenigen, der an den Bucheigentümer leistet, schlechter zu stellen als den, der vom Bucheigentümer erwirbt; noch lässt sich eine solche Betrachtung aus dem Gesetzesystem herleiten. Im Gegenteil spricht der Vergleich mit den §§ 851, 2367 BGB für das genau umgekehrte Ergebnis. Der Wortlaut des § 893 BGB gestattet auch eine solche Auslegung: Der öffentliche Glaube des Grundbuchs soll danach nämlich für Leistungen gelten, die „auf Grund“ eines im Grundbuch eingetragenen Rechts bewirkt werden. Diese Wörter zeigen eine Kausalität an, verlangen aber keine unmittelbare.⁴⁷⁰ Sie müssen also nicht derart eingeschränkt ausgelegt werden, dass sie zu lesen wären als Leistung „auf“ das Recht.⁴⁷¹ Weitergehend erblickt *Ramdohr* in den §§ 892 f. BGB einen umfassenden Schutz von Erwerb, Verfügung und Leistung.⁴⁷² Er geht davon aus, dass wegen der „sehr allgemein gehaltenen Ausdrucksweise im Gesetze“ der grund-

⁴⁶⁷ A.A. im Zusammenhang mit § 851 BGB *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 306. Er übergeht indes, dass eine Hinterlegung „einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit“ bedarf. Der Deliktsschuldner kann also nicht allein deswegen hinterlegen, weil sein Gläubiger sich bloß auf die Rechtsvermutung des §§ 891 Abs. 1 bzw. 1006 BGB stützt.

⁴⁶⁸ So die herrschende, aber nicht unbestrittene Meinung, vgl. *Schwab*, in: MünchKommBGB 2020, § 816 BGB, Rn. 97–101 m.w.N.

⁴⁶⁹ *Oetker*, in: MünchKommBGB 2022, § 255 BGB, Rn. 7 m.w.N.

⁴⁷⁰ A.A. *Rosenberg*, Sachenrecht, 1919, § 893 BGB Anm. I 1 b α: „„Auf Grund“ bedeutet nicht, daß das eingetragene Recht die bloße Veranlassung der Leistung bildet, sondern daß die Leistung bewirkt wird, weil der Inhalt des Rechts ihre Bewirkung verlangt.“

⁴⁷¹ So schon unter dem Stichwort „rechtspolitischer“ Kritik *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 893 BGB, Rn. 5; im Anschluss daran ebenfalls bereits *de lege lata Neuner*, JuS 2007, 401, 408.

⁴⁷² *Ramdohr*, Gruchot 44 (1900), 115, 346.

buchliche Schutz überall da greife, „wo die Grundbucheintragung die Veranlassung und die Grundlage unserer Handlungsweise bildete“. ⁴⁷³ Daher solle nicht nur eine Leistung, sondern sogar ein Vergleich zwischen Bucheigentümer und Schädiger auch gegen den wahren Eigentümer wirken. ⁴⁷⁴ Woran er den sehr allgemeinen Ausdruck festmacht, bleibt allerdings offen.

Gegen eine Parallele zu § 2367 BGB lässt sich als Argument nicht anführen, dass die Vorschrift trotz der gleichlaufenden Formulierung „*aufgrund* eines zur Erbschaft gehörenden Rechts“ mühelos als „*auf* das Recht“ gelesen werden kann und immer noch schuldrechtliche Forderungen aufgrund dinglicher Rechte erfasst. Ursprung dessen ist nämlich, dass die Vorschrift auf einer vermuteten Zuordnung des gesamten Vermögens beruht (§ 2365 BGB), also auch solche Forderungen umfasst, die völlig unabhängig von einem dinglichen Recht sind. Aus § 2367 BGB lässt sich folglich kein Schluss ziehen für die Problemlage des § 893 BGB, weil sich bei jenem nicht die Frage stellt, wie weit er reicht – er umfasst schlicht alle der Erbmasse zugeordneten Rechte.

Auch *Picker* argumentiert gegen die hiesige Lesart, nämlich mit der Nähe von § 893 Var. 1 BGB zu Var. 2: Da die Motive die Leistung in Var. 1 nur klarstellend aufgeführt hätten ⁴⁷⁵ und die Leistung sich nötigenfalls auch unter den Begriff des Rechtsgeschäfts hätte ordnen lassen, könne sich Var. 1 nicht auf schuldrechtliche Ansprüche erstrecken, weil eine Leistung auf einen schuldrechtlichen Anspruch niemals eine Verfügung über das ihm zugrundeliegende dingliche Recht sein kann, wie sie allerdings Var. 2 verlange. ⁴⁷⁶ Dieses Argument ist, isoliert betrachtet, historisch stichhaltig. Der Gesetzgeber bedachte indes offenbar nicht die Schutzlücken, die er damit ließ, wie wir sie eben gezeigt haben. Dass er sie im Liegenschaftsrecht lassen wollte, liegt fern, weil er im Fahrnisrecht einen viel weiterreichenden Schutz im Auge hatte und kein Sachgrund besteht, die beiden Gebiete ungleich zu behandeln. Im Rahmen des § 1006 BGB führen die Motive nämlich aus:

„Die gesetzliche Annahme des Eigenthumes des Besitzers könnte auch, ähnlich wie die Eintragung im Grundbuche nach [§ 893 BGB], zu Gunsten dritter Personen in Betracht kommen, welche gegenüber dem Eigenthümer als solchem verpflichtet sind und gutgläubig an den Besitzer leisten oder sonst Rechtsgeschäfte dem Besitzer gegenüber aktiv vornehmen oder passiv Erklärungen erhalten, zB. zu Gunsten des Beschädigers einer Sache, welcher an den bloßen Inhaber als vermutheten Besitzer und Eigenthümer leistet, zu Gunsten des Empfängers einer Sache zu Nießbrauch, welcher an den Besteller, der nicht Eigenthümer ist, restituirt. Der Entw. giebt keine allgemeine Bestimmung, sondern enthält nur die Spezialvorschrift des § 1195. Auch ohne besondere Bestimmung wird das Richtige aus den allge-

⁴⁷³ *Ramdohr*, Gruchot 44 (1900), 115, 354.

⁴⁷⁴ *Ramdohr*, Gruchot 44 (1900), 115, 356.

⁴⁷⁵ Motive III, 223: „(Die Leistung wird hier besonders hervorgehoben, weil es zweifelhaft sein kann, ob sie zu den Rechtsgeschäften gehört.)“

⁴⁷⁶ *Picker*, in: Staudinger BGB 2019, § 893 BGB, Rn. 8.

meinen Grundsätzen und dem in der angeführten Vorschrift enthaltenen höheren Prinzipie sich ableiten lassen.“⁴⁷⁷

§ 1195 Abs. 2 des Entwurfs I, dessen Nachfolgevorschrift § 1248 BGB wesentlich enger gefasst ist,⁴⁷⁸ sah einen umfassenden Schutz des Pfandgläubigers vor, indem er den Verpfänder als Eigentümer behandelte:

„Im Verhältnisse zwischen dem Pfandgläubiger und dem Eigenthümer des Pfandes gilt zu Gunsten des Pfandgläubigers der Verpfänder so lange als Eigenthümer des Pfandes, als dem Pfandgläubiger nicht bekannt gewesen, auch nicht in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, daß dem Verpfänder das Eigenthum nicht zusteht.“⁴⁷⁹

Dieses „höhere Prinzip“, auf das die Motive sich beziehen, sollte ursprünglich keiner genaueren Regelung außerhalb des Pfandrechts bedürfen und hat auch bis heute keine erfahren. Erkennt man mit den Materialien und den oben dargelegten Interessen der Betroffenen ein solches Prinzip an, so liegt nahe, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 893 BGB das Bedürfnis übersehen hat, die Var. 2 so weit zu fassen, dass sie auch Rechtsgeschäfte umfasst, die nicht unmittelbar dingliche Rechte betreffen, sondern bloß Forderungen, die aus dinglichen Rechten erwachsen.⁴⁸⁰ Die Auslegung des § 893 Var. 1 BGB sollte also nicht an der (historischen) Nähe zu Var. 2 haften, sondern den Spielraum des Wortlauts nutzen, um wenigstens bezüglich der Leistung auf Forderungen, die auf dinglichen Rechten beruhen, den unter dem Druck des öffentlichen Glaubens Leistenden genauso zu schützen wie den Erwerber. So will denn auch *Picker*⁴⁸¹ § 893 Var. 1 BGB „allenfalls“ bei Erfüllung des gesetzlichen Schuldverhältnisses im Nießbrauch gegenüber dem Eigentümer zugunsten des Nießbrauchers anwenden. Er verschweigt jedoch, warum damit die Erfüllung des Bereicherungsanspruchs auf Übermaßfrüchte (§ 1039 Abs. 1 S. 2 BGB) gegenüber anderen gesetzlichen Verpflichtungen eine Sonderbehandlung erfahren solle.

Schließlich nicht als Argument gegen die hiesige Sicht lässt sich *Altmeppen*⁴⁸² Hinweis auf § 1138 BGB verstehen.⁴⁸³ Nach dieser Vorschrift gilt unter anderem § 893 BGB für die Hypothek auch in Ansehung der Forderung, erstreckt sich also die Wirkung des § 893 BGB auf die Hypothek als akzessorisches Recht und unterstellt insoweit die Forderung.⁴⁸⁴ Zutreffend hebt *Altme-*

⁴⁷⁷ Motive III, 135.

⁴⁷⁸ Dazu noch sogleich u. Kapitel 3 B.II.1.

⁴⁷⁹ Mudgan III, S. LXXXIX.

⁴⁸⁰ Zur daraus folgenden Analogie s. sogleich Kapitel 3 B.I.2.

⁴⁸¹ *Picker*, in: Staudinger BGB 2019, § 893 BGB, Rn. 8 unter Bezugnahme auf *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 171 IV 2, S. 474.

⁴⁸² *Altmeppen*, Disponibilität des Rechtsscheins, 1993, 115.

⁴⁸³ So aber *Picker*, in: Staudinger BGB 2019, § 893 BGB, Rn. 8; *Schäfer*, in: Münch-KommBGB 2023, § 893 BGB, Rn. 4.

⁴⁸⁴ *Berger*, in: Jauernig BGB 2023, § 1138 BGB, Rn. 1.

ppen hervor, § 1138 BGB lasse den Schluss zu, dass eine schuldrechtliche Forderung nicht aus dem Buch zu rechtfertigen sei, mag sie als hypothekarisch gesicherte Forderung auch im Buch stehen (§ 1115 Abs. 1 BGB). Denn § 1138 BGB gilt eben nicht auch „für die Forderung“; die Regelung wäre zudem entbehrlich, wenn sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs ohnehin auf das Bestehen von Forderungen erstreckte. Bei der hier gestellten Frage nach der Erfüllungswirkung geht es aber nicht um den Glauben an das Bestehen einer Forderung, sondern bloß das Vertrauen darauf, dass eine Forderung dem im Grundbuch ausgewiesenen Rechtsinhaber zusteht, weil sie aus dem Eingriff ins eingetragene Recht folgt. Während ein Gläubiger, der seine hypothekarisch gesicherte Forderung geltend macht, sich dafür nicht auf das Grundbuch berufen kann, weil § 891 BGB diesen Fall auch in Verbindung mit § 1138 BGB nicht erfasst, steht dem Gläubiger einer Schadensersatz- oder Bereicherungsforderung wegen eines Eingriffs in sein dingliches Recht § 891 Abs. 1 BGB zur Seite. *Altmeppens* Verweis auf § 1138 BGB betrifft damit nur solche Fälle, in denen der Schuldner nicht dem Dilemma ausgesetzt ist, der Vermutungswirkung des § 891 Abs. 1 BGB zu erliegen, ohne sich mittels Erfüllung wirksam gegenüber dem Eigentümer zu befreien.

Als Zwischenstand ist festzuhalten: Genau wie §§ 851 und 2367 BGB befreit § 893 Var. 1 BGB denjenigen Gutgläubigen von seiner Schuld, der auf eine Forderung leistet, zu deren Durchsetzung der mutmaßliche Rechtsinhaber sich auf die Vermutung seiner Rechtsinhaberschaft stützen kann (§§ 891 Abs. 1, 1006, 2365 BGB).

2. § 893 Var. 2 BGB analog für weitere Rechtsgeschäfte mit dem Buchberechtigten

Darüber hinaus sollte § 893 Var. 2 BGB analog gelten für Verfügungen mit dem Buchberechtigten betreffend Forderungen wegen Eingriffs in eingetragene Rechte. Eine planwidrige Regelungslücke besteht. Denn die Materialien haben, wie gezeigt,⁴⁸⁵ in § 1195 des Entwurfs I das Schutzbedürfnis desjenigen festgestellt, der sich dem Zeicheninhaber gegenüber sieht, und ein höheres Prinzip dahinter erblickt. Für das Liegenschaftsrecht haben sie dieses Prinzip weder geleugnet noch Gründe angeführt, weshalb Rechtsgeschäfte über obligatorische Ansprüche nur eingeschränkt geschützt werden müssten. Das spricht dafür, dass sie das im Fahrnisrecht aufgeführte Prinzip beim Liegenschaftsrecht nicht bedacht haben.

Beim Vergleich der Interessenlagen bieten sich zwei Ausgangspunkte. Der erste ist der Begriff der Leistung in § 893 Var. 1 BGB, den wir oben weit ausgelegt haben, sodass er auch schuldrechtliche Forderungen umfasst. Er taugt deswegen zum Vergleich, weil die zu prüfenden Rechtsgeschäfte ebenfalls

⁴⁸⁵ S.o. bei Fn. 477 f.

schuldrechtliche Forderungen betreffen. Hier lässt sich gegen die Gleichheit einwenden, der Schuldner laufe bei Var. 1 Gefahr, doppelt zu zahlen; bei Rechtsgeschäften indessen könne er nur einen Vorteil verlieren und sei daher nicht schutzwürdig. Rechtsgeschäfte über Forderungen zwischen Schuldner und Gläubiger sind typischerweise Vergleich, Erlass und Stundung. Für den Vergleich trifft diese Einwendung also nicht zu, weil er Streit oder Ungewissheit beseitigt und daher für beide Parteien vorteilhaft ist. Sind Erlass und Stundung tatsächlich einseitig vorteilhaft und damit unentgeltlich, so bleibt die Verfügung wegen § 816 Abs. 1 S. 2 BGB letztlich unwirksam, weil der begünstigte Schuldner den erlangten Erlass oder die Stundung an den wahren Eigentümer „herauszugeben“ hat; dessen Schutzbedürfnis bleibt gewahrt. Zwar hilft dem Buchberechtigten die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB unmittelbar nur bei der Rechtsdurchsetzung. Praktisch unterliegt der Schuldner ihr aber auch bei Verfügungen, weil ihm sonst droht, dass der Buchberechtigte seinen Anspruch schlicht gerichtlich geltend macht. Mag man das Schutzinteresse des Schuldners noch immer für geringer halten als bei der Erfüllung, so kommt es doch wenigstens einer Teilleistung an den Buchberechtigten gleich, die den Schuldner insoweit auch gegenüber dem wahren Berechtigten befreit. Die Kehrseite der Schuldnerinteressen bilden die des wahren Berechtigten; er bleibt vor einer unentgeltlichen Beeinträchtigung der Forderung durch § 816 Abs. 1 S. 2 BGB geschützt, im Übrigen kann etwa ein Vergleich ihm ebenso nützen wie dem Schuldner. Der Buchberechtigte steht genau wie bei der Leistung ohne schützenswertes Eigeninteresse da. Nimmt man also den Leistungsbegriff als Ausgangspunkt, gleichen die Interessenlagen einander.

Der zweite Ausgangspunkt, um die Interessenlagen gegenüberzustellen, ist das Rechtsgeschäft in § 893 Var. 2 BGB. Er eignet sich augenscheinlich zum Vergleich, weil er auch Rechtsgeschäfte betrifft. Die Motive liefern hier den knappen Hinweis, dass „die Sicherheit im Rechtsverkehre verlangt [...], daß das Rechtsgeschäft zu Gunsten des bei seiner Vornahme aktiv oder passiv beteiligten Dritten [...] als gültig behandelt wird.“⁴⁸⁶ Warum sollte das Rechtsgeschäft über den dinglichen Anspruch besser geschützt sein als das über den schuldrechtlichen? Betreffend die Vertrauensgrundlage ist jedenfalls kein Unterschied auszumachen: Zwar können die Parteien beim dinglichen Anspruch, etwa aus einer Grundsuld, unmittelbar aus der Eintragung auf den Anspruch schließen, was beim obligatorischen Anspruch fehlt. Allerdings schützt die Eintragung auch dort nicht das Vertrauen auf das Bestehen des Anspruchs, sondern gleichfalls nur dasjenige auf die Rechtsinhaberschaft.⁴⁸⁷ Hinsichtlich der einzelnen Parteiinteressen gelten die vorstehenden Ausführungen zum Rechtsgeschäft entsprechend, nur dass sie diesmal gleich für den gesetzlich geregelten wie nicht geregelten Fall zutreffen.

⁴⁸⁶ Motive III, 223.

⁴⁸⁷ Picker, in: Staudinger BGB 2019, § 893 BGB, Rn. 29.

Auch keine andere Einschätzung bringt hervor, wenn man über den Vergleich der Interessenlagen hinausgeht und die Rechtstechnik betrachtet, mit der die Rechtsgeschäfte vollzogen werden, nämlich mit oder ohne Buchveränderung: Gewiss fordert die überwiegende Mehrzahl der Verfügungen, die § 893 Var. 2 BGB erfasst, einen Bucheintrag.⁴⁸⁸ Das gilt allerdings nicht für alle; Rechtsgeschäften nach §§ 1023, 1119 Abs. 2, 1141, 1193, 1202 BGB nützt auch der Bucheintrag, ohne dass sie sich später im Buch niederschlagen. Genauso soll § 893 Var. 2 BGB bereits analog für rechtsgeschäftsähnliche Handlungen gelten wie Mahnung, Anzeige und Widerspruch (§§ 1146, 1128 BGB), die ebenfalls keinen Eintrag erfordern.⁴⁸⁹ Angesichts der Vielzahl und Streubreite dieser Fälle kann auch die Gegenrede von „Ausnahmevorschriften“ hier kaum durchgreifen.⁴⁹⁰

Erkennt man dementsprechend die Analogie des § 893 Var. 2 BGB an, einerlei von welchem Vergleichspunkt man ausgeht, so stellt sich die Anschlussfrage, wie es um den gutgläubigen Forderungserwerb bestellt ist, wo doch nun das Grundbuch auch dafür eine ausreichende Rechtsscheingrundlage bildet. Die Frage ist nicht Gegenstand dieser Arbeit, daher nur so viel: Der Erwerb einer Forderung kraft öffentlichen Glaubens dürfte nicht möglich sein, denn das Liegenschaftsrecht fordert für die Übertragung von Rechten stets eine Eintragung (§ 873 BGB), wodurch Zeichen und Recht gleichlaufen. Diese ist aber für Forderungen nicht vorgesehen. Darüber hinaus fehlt auch jede außerbüchliche Zeichenübertragung.

3. Zwischenergebnis: Hinter der Erfüllungswirkung steht in § 893 BGB die Begünstigung jeder Erfüllung und beinahe jedes verfügenden Rechtsgeschäfts mit dem Buchberechtigten

Mit den eben vorgeschlagenen Auslegungen erfasst § 893 BGB nicht nur in seiner Var. 1 sämtliche Leistungen an den Buchberechtigten, für deren Forderung dieser sich auf § 891 Abs. 1 BGB berufen kann;⁴⁹¹ er erstreckt sich auch in Var. 2 unmittelbar und analog auf fast alle verfügenden Rechtsgeschäfte über vom Grundbuch erfasste dingliche Rechte sowie solche Forderungen, de-

⁴⁸⁸ Allen voran Aufhebung oder Inhaltsänderung eines Rechts gemäß § 875, 877 BGB. Hinzu kommen die Verfügungen nach §§ 880, 881, 1116 Abs. 3, 1168, 1175, 1180, 1186, 1198, 1203 BGB. Liste mit Erläuterungen bei *Picker*, in: Staudinger BGB 2019, § 893 BGB, Rn. 25.

⁴⁸⁹ *Picker*, in: Staudinger BGB 2019, § 893 BGB, Rn. 25 f.

⁴⁹⁰ Das gilt unabhängig von der allgemein angezeigten Missbilligung dieser Rede, vgl. dazu *Muscheler*, in: FS Kruse 2001, 135, passim.

⁴⁹¹ S.o. Kapitel 3 B.I.1.

ren Rechtsinhaberschaft das Grundbuch ausweist.⁴⁹² Nicht erfasst sind einzig Erwerbsgeschäfte, wobei dingliche freilich unter § 892 BGB fallen.⁴⁹³

Damit stehen mit den Worten *Ramdohrs*⁴⁹⁴ neben dem allgemein anerkannten Schutz des Erwerbs im Liegenschaftsrecht auch der fast umfassende Schutz von Leistungen sowie sonstigen Verfügungen. Dieser Schutz anderer ist deswegen einleuchtend, weil er die Kehrseite der Vermutungswirkung des § 891 Abs. 1 BGB bildet. Diese gestattet es dem Buchberechtigten, seine Verfügungsmacht für den Erwerb und sonstige Rechtsgeschäfte mit anderen zu behaupten sowie sich auf seine Forderungsmacht für die Erfüllung durch andere zu berufen. Die anderen sind der Vermutungswirkung weitgehend schutzlos ausgeliefert; denn wohl allein der wahre Berechtigte kann die Vermutung zugunsten des Buchberechtigten wirksam angreifen.

Man spricht daher besser nicht allein von einer Erfüllungswirkung, sondern einer Erfüllungs- und Verfügungswirkung, wobei zu beachten ist, dass der Verfügungsbegriff die Übertragung des ganzen Rechts sowie dessen Belastung nicht mit umfasst.

II. Deutschland, §§ 851 (analog), 1248, 1058, 969 BGB

Hier ordnen wir zunächst § 851 BGB als Publizitätswirkung ein. Darüber hinaus schützt § 851 BGB unter dem Blickwinkel der Publizität nur unvollständig; daher fragt sich, inwieweit die Vorschrift in ihrer Erfüllungs- und als Verfügungswirkung erweitert werden kann.

1. § 851 BGB als Publizitätswirkung

Ob § 851 BGB als Erfüllungswirkung im Sinne einer Publizitätswirkung einzuordnen ist, erörtert dieser Abschnitt in drei Schritten: Erstens befasst er sich damit, inwieweit die Materialien zum BGB auch für das Fahrnisrecht stichhaltig einen Drittschutz fordern, der über den bloßen Erwerberschutz hinausgeht und den § 851 BGB ausdrückt. Zweitens erörtert der Abschnitt, inwieweit die Vorschrift von Tatbestand und Rechtsfolge her als Publizitätswirkung anzusehen ist; drittens widerlegt er die abweisende Argumentation *Quantz*.

a) Die Erfüllungswirkung als Grundsatz des Fahrnisrechts in den Materialien zum BGB

Wir haben bereits in den Ausführungen zu § 893 BGB gesehen, dass die Motive zum Fahrnisrecht davon ausgingen, Dritte sollten nach einem „höheren

⁴⁹² S.o. Kapitel 3 B.I.2.

⁴⁹³ Zur Ausnahme des Forderungserwerbs kraft öffentlichen Glaubens s.o. Kapitel 3 B.I.2 nach Fn. 490.

⁴⁹⁴ *Ramdohr*, Gruchot 44 (1900), 115, 346.

Prinzip“ auch im Verhältnis zum Besitzer geschützt werden.⁴⁹⁵ Eine allgemeine Vorschrift dazu wurde nie erlassen; stattdessen hat die 2. Kommission den weitreichenden § 1195 Abs. 2 des Entwurfs I⁴⁹⁶ auf den heutigen § 1248 BGB eingeschränkt. Hiernach wird nur noch beim Verkauf des Pfandes vermutet, dass der Verpfänder Eigentümer ist; die allgemeine Vermutung fehlt. Als Grund dafür erscheint jedoch nicht die Abkehr vom allgemeinen Schutzgedanken, sondern bloß, dass die Protokolle das noch in den Motiven vorgesehene gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer beseitigt hatten.⁴⁹⁷ Damit blieben Pflichten des Pfandgläubigers gegenüber dem Eigentümer nur noch beim Verkauf der Sache übrig (§§ 1234 Abs. 1, 1237 S. 2 Hs. 1, 1241 BGB), sodass kein Bedarf mehr für einen umfassenden Gutglaubensschutz bestand.⁴⁹⁸ Wo aber beim Pfandrecht der Pfandgläubiger dem Eigentümer noch verpflichtet ist, darf er sich auf die Eigentümerstellung des Verpfänders verlassen. Der Verlauf der Gesetzgebung kann also nicht dahin gedeutet werden, dass der Gesetzgeber sich vom ausgesprochenen Prinzip des Drittschutzes jenseits des Erwerbs lösen wollte.

Vielmehr führten die Protokolle umgekehrt zur Klarstellung § 851 BGB ein, um einen weiteren Fall des Drittschutzes auch gesetzlich festzuhalten. Sie führten dazu aus:

„Man erwog: Der § [932 BGB] habe bestimmt, daß bei der Veräußerung einer beweglichen Sache der Besitzer derselben zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers als Eigenthümer zu gelten habe; im § 1195 Abs. 2 [des Entwurfs I] sei ausgesprochen, daß der im Besitze befindliche Verpfänder einer beweglichen Sache zu Gunsten des Pfandgläubigers, falls sich dieser in gutem Glauben befinde, als Eigenthümer zu gelten habe. Es empfehle sich den hierin vom Entw. anerkannten Gedanken, daß der Besitzer einer beweglichen Sache zu Gunsten eines gutgläubigen Dritten als Eigenthümer legitimirt erscheine, im BGB. durchzuführen und ihn überall da anzuwenden, wo sich ihm keine besonderen Bedenken entgegenstellten. Der § [851 BGB] stelle einen solchen Anwendungsfall dar. [...] Dieser Satz erscheine darnach nicht, wie gesagt sei, als eine kasuistische Bestimmung, sondern stelle nur die folgerechte Anwendung eines vom Gesetzgeber im Allgemeinen als richtig anerkannten Grundsatzes dar.“⁴⁹⁹

Die Protokolle haben § 851 BGB nicht als Sondervorschrift verstanden, sondern in einer Linie mit § 1195 Abs. 2 des Entwurfs I gesehen; beide Vorschriften sollten den Dritten schützen, der nicht gegenüber dem Eigentümer handelt. § 851 BGB ist mithin als Publizitätswirkung entworfen.

⁴⁹⁵ S.o. Kapitel 3 B.I.1 bei Fn. 477.

⁴⁹⁶ Zitiert o. in Kapitel 3 B.I.1 bei Fn. 479.

⁴⁹⁷ Protokolle III, 4188–4192.

⁴⁹⁸ Alle diese Gedanken finden sich in der Vornote zitierten Auszug. Erstaunlicherweise war der Wortlaut der dort beschlossenen Entwurfsfassung noch so ausgerichtet, als gäbe es weiter ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer. Der endgültige Entwurf II allerdings stimmt mit den Erwägungen der Protokolle überein.

⁴⁹⁹ Protokolle II, 2792 f.

b) Der Rechtsschein des Besitzes bei § 851 BGB

Die in § 851 BGB genannten Tatbestandsmerkmale sind die Beschädigung oder Entziehung einer Sache, der Besitz eines anderen in diesem Zeitpunkt, die Leistung von Schadensersatz sowie der fehlende böse Glaube des Leistenden. Dem geschützten Leistenden sind davon alle Merkmale bewusst; bis auf seinen Glauben sind es sämtlich äußere Merkmale. Den Besitz als äußeres Merkmal betrachtet, ist daher die wirksame Erfüllung an den Besitzer eine Rechtsscheinwirkung.

In der Literatur wird diskutiert, ob § 935 Abs. 1 BGB analog auf § 851 BGB anwendbar sei. Wie wir gesehen haben, kann das für den Begünstigten unsichtbare Abhandenkommen eine Publizitätswirkung nur schwächen, nicht aber vernichten.⁵⁰⁰ Daher soll uns die Frage nur knapp beschäftigen. In der Rechtsprechung ist sie bisher nicht behandelt.⁵⁰¹ Nach der Mehrheit in der Literatur soll § 851 BGB bei Abhandenkommen unanwendbar sein.⁵⁰² Historisch sowie beim Interessenvergleich mit den Erwerbswirkungen ist nahezu eindeutig, dass die Vorschrift analog anwendbar ist (i); die entgegenstehende Argumentation *Witts* kann kaum überzeugen (ii):

(i) Dass bei § 851 BGB das Abhandenkommen nicht schadet, hielten die Protokolle zum Schuldrecht für unbedenklich. Denn auch im Falle des § 935 BGB bestehe ein Lösungsanspruch, sodass der Leistende ähnlich begünstigt werde wie der Erwerber bei § 932 BGB.⁵⁰³ Indessen hat die 2. Kommission im Sachenrecht den Lösungsanspruch im Anschluss getilgt.⁵⁰⁴ Hierdurch ist eine planwidrige Regelungslücke entstanden, in welche die Analogie stoßen kann.⁵⁰⁵ Wie sich ebenfalls aus den Protokollen ergibt, ist die Interessenlage vergleichbar, da der Entwurf des § 851 BGB wirtschaftlich noch dem Lösungsanspruch gleichkam, den § 939 des Entwurfs I für den Erwerb abhandengekommener Sachen vorsah. Weil nun im BGB der Schutz des gutgläubigen Erwerbers einer gestohlenen Sache durch den Lösungsanspruch fehlt, ist es nur

⁵⁰⁰ S.o. Kapitel 3 A.I.1.f).

⁵⁰¹ Bei einer Recherche nach „§ 851 BGB“ in der juris-Datenbank (Stand: 13.01.2024) finden sich bloß 15 Urteile der ordentlichen Gerichtsbarkeit, von denen sich wiederum sieben mit § 851 BGB auseinandersetzen, zumeist mit den Anforderungen an die Gutgläubigkeit des Schädigers: LG Nürnberg-Fürth, Urteil v. 05.01.2023 – 2 O 6786/21, juris-Rn. 85–106; OLG Saarbrücken, Urteil v. 10.05.2011 – 4 U 261/10 – 75, 4 U 261/10; LG Berlin, Urteil v. 16.11.2000 – 58 S 128/00, MDR 2001, 630; OLG Hamm, Urteil v. 14.06.1999 – 6 U 199/98, DAR 1999, 261; OLG Dresden, Urteil v. 14.07.1994 – 5 U 0117/94, NJW-RR 1996, 444; OLG Düsseldorf, Urteil v. 09.03.1992 – 1 U 70/91, OLGR 1992, 180; KG, Urteil v. 04.03.1976 – 22 U 1946/75, VersR 1976, 1160.

⁵⁰² *Vieweg/Lorz*, in: Staudinger BGB 2023, § 851 BGB, Rn. 6 m.w.N.

⁵⁰³ Protokolle II, 2794.

⁵⁰⁴ Protokolle III, 4027 f.

⁵⁰⁵ Das übersieht *Witt*, AcP 201 (2001), 165, 194 bei und in Fn. 111, der meint, die Materialien lieferten zu dieser Frage keinen Anhaltspunkt.

folgerichtig, auch denjenigen nicht von seiner Schuld gegenüber dem Eigentümer zu befreien, der an den Besitzer einer gestohlenen Sache leistet. Schließlich wollte der Gesetzgeber auch ursprünglich beide Fälle gleich behandelt wissen. Auch für den Fruchterwerb nach § 957 BGB wird diskutiert,⁵⁰⁶ ob das Abhandenkommen nicht schädlich sein soll, sodass sich dieses jedenfalls bei rechtsgeschäftlichem Kontakt als ein Grundsatz herausstellen lässt, an dem die Gutglaubenswirkungen scheitern.⁵⁰⁷ Als Sachargument findet sich schließlich diese Frage: Warum soll der Eigentümer bei der Veräußerung des Diebs besser stehen als bei der Zerstörung der Sache beim Dieb durch einen Dritten? Im ersten Fall kann er sich seinen Anspruchsgegner aussuchen.

(ii) *Witts* Gegenargumentation beruht darauf, dass er aus Sicht des Eigentümers den Verlust durch gutgläubigen Erwerb und gutgläubige Erfüllung nicht wertmäßig vergleicht, sondern pauschal eine Schlechterstellung des Eigentümers beim gutgläubigen Erwerb behauptet: Während der Eigentümer beim Erwerb sein dingliches Recht verliere, könne er bei der Erfüllung vom Besitzer erhalten, was ihm zustehe, wodurch der „richtige“ Zustand hergestellt werde; hier seien nur die Insolvenzrisiken verschoben. Daher sei er weniger schutzwürdig.⁵⁰⁸

Witt erläutert nicht, warum sein Vergleichspunkt korrekt ist. Stattdessen liegt vielmehr nahe, dass auch bei § 851 BGB der „richtige“ Zustand unwiederbringlich verloren ist, und zwar bereits mit Beschädigung der Sache. Die Vorschrift hat so nur noch die Funktion, den Schädiger von der Ausgleichspflicht zu befreien. Ihre Parallele findet sich beim gutgläubigen Erwerb in § 816 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Parallele springt deswegen nicht ins Auge, weil der Rechtsverlust beim gutgläubigen Erwerb einer gesetzlichen Regelung bedarf, während für die Beschädigung eine natürliche Handlung genügt.

c) *Quantz'* Einordnung als deliktsrechtliche Sondervorschrift überzeugt nicht

Quantz sieht in § 851 BGB keine Publizitätswirkung, sondern eine spezielle deliktsrechtliche Vorschrift. Das sei an § 825 des Entwurfs I zu erkennen, der zu Unrecht allein als Vorläufer des § 1006 BGB betrachtet werde.⁵⁰⁹ Die Vorschrift lautet:

„Hat Jemand den Besitz einer Sache verloren oder wird diese während seines Besitzes beschädigt, so wird vermuthet, daß sein Vermögen im ersten Falle um den Werth der Sache, im zweiten Falle um die Verringerung des Werthes derselben vermindert worden sei.“⁵¹⁰

⁵⁰⁶ S.o. Kapitel 3 A.IV.1.c) bei und in Fn. 395.

⁵⁰⁷ Bei § 950 BGB etwa ist nicht daran zu denken, s.o. Kapitel 3 A.III.1.d)dd) in Fn. 335.

⁵⁰⁸ *Witt*, AcP 201 (2001), 165, 195.

⁵⁰⁹ Hierzu und zum Folgenden *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 308 f.

⁵¹⁰ Mugdan III, S. VIII.

Hieraus will *Quantz* wohl⁵¹¹ ableiten, dass der Schadensersatz dem zukommen solle, dessen unmittelbare Nutzung der Sache durch die unerlaubte Handlung eingeschränkt wird; das sei der unmittelbare Besitzer und nicht der Eigentümer. Umgekehrt könnte der bereicherungsrechtliche Ausgleich für unberechtigte Sachnutzungen stets nur dem Eigentümer zustehen, nicht aber dem Besitzer.

Diese Argumentation übersieht mehrere Punkte. Erstens unterschied der Entwurf I noch zwischen Besitzer und Inhaber, wobei jener dem heutigen Eigenbesitzer gleichkommt, während dieser Fremdbesitzer oder Besitzdiener ist.⁵¹² Der von *Quantz* behauptete deliktische Schutz des nutzenden Fremdbesitzers war im Entwurf I also nie vorgesehen. Zweitens bleibt unklar, warum nicht auch der bereicherungsrechtliche Ausgleich für den Nutzungsausfall dem Fremdbesitzer vorläufig zustehen soll, wo doch unmittelbar ihm und nicht dem Eigentümer die Sachnutzung entzogen wird. Drittens ist nicht erklärt, welchen Gewinn § 851 BGB dem geschädigten Besitzer noch neben § 1006 BGB bringen soll. Wieso nützt es ihm, dass ein anderer von der Doppelzahlung befreit wird? Der schnelle Schadensausgleich, mit dem *Quantz* argumentiert, wird bereits durch die Vermutung des § 1006 BGB erreicht. Viertens muss *Quantz* für seine These eine Reihe von Erwägungen in den Motiven übergehen. Die Vermutung sollte hiernach für dingliche Ansprüche deswegen keine Rolle spielen, weil die Frage gesondert bei den Eigentumsklagen zu prüfen wäre.⁵¹³ Weiter sollte mit § 825 des Entwurfs I der Besitzer von „einer Substantiierung der in der Art seiner Schadensliquidation liegenden Eigenthumsbehauptung entbunden“⁵¹⁴ werden. Schließlich sei die Wirkung zugunsten Dritter, insbesondere des Schädigers, der an den bloßen Inhaber leiste, aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten.⁵¹⁵ Auch die Entstehung der Vorschrift kann *Quantz*’ Gedankengang nicht stützen.

⁵¹¹ Die genaue Linie seiner Argumentation auf den S. 308 f. bleibt undeutlich.

⁵¹² Zusammenfassung der betreffenden Gesetzgebungsgeschichte bei *Gutzeit*, in: Staudinger BGB 2018, Vorbem zu §§ 854–872 BGB, Rn. 9–11.

⁵¹³ Motive III, 134: „Die Frage, inwieweit bei den Eigentumsklagen aus dem Besitze oder der Inhabung oder aus einem früheren Besitze oder einer früheren Inhabung und der besonderen Art des Verlustes derselben, ein Schluß auf das Eigenthum des Besitzers oder Inhabers zu machen und von diesem ein weiterer Beweis seines Eigenthumes nicht zu fordern ist, bleibt der Erörterung der Vorschriften über die Vindikation und die negatorische Klage überlassen.“

Es bleibt mithin hier nur die Frage des Beweises des Eigenthumes bei obligatorischen Ansprüchen bestehen, welche ein Eigenthumsinteresse verfolgen und bei denen [...] derjenige, welcher den Anspruch erhebt, das Eigenthum zu beweisen haben würde.“

⁵¹⁴ Motive III, 134 f.

⁵¹⁵ Motive III, 135.

d) Zusammenfassung: § 851 BGB ist eine Erfüllungs- und Publizitätswirkung

Die vorstehende Erörterung hat gezeigt, dass es sich bei § 851 BGB um eine Erfüllungswirkung handelt, die ihren Ursprung in allgemeinen Gedanken des Fahrnisrechts findet, während dieser Ursprung selbst nie in den Gesetzestext aufgenommen worden ist.⁵¹⁶ Weiter lässt sich die Vorschrift als Publizitätswirkung einordnen, weil das Vertrauen des Leistenden an den Besitz knüpft.⁵¹⁷ *Quantz'* Gegenmodell krankt demgegenüber an innerer Reibung und missachtet dazu noch die Gesetzgebungsgeschichte.⁵¹⁸

2. § 851 BGB analog als Auffangtatbestand im Fahrnisrecht

Genau wie § 893 BGB sollte auch § 851 BGB entsprechend auf jede Erfüllung und Verfügung anzuwenden sein, die der Wortlaut der Vorschrift nicht abdeckt.⁵¹⁹ Dabei begegnet die Regelung diesem strukturellen Bedenken: Ihr Wortlaut erfasst überhaupt nur wenige der denkbaren Fälle, nämlich die Schadensersatzleistung. Mithin reicht die zu füllende Lücke im Bereicherungsrecht sowie bezüglich sämtlicher Verfügungen derart weit, dass es fragwürdig erscheint, ob diese Lücke auch planwidrig ist. Kein gültiges Bedenken ist hingegen die in der Kommentarliteratur anzutreffende Rede vom Ausnahmecharakter der Vorschrift, weshalb sie nicht auf bereicherungsrechtliche Ansprüche zu erweitern sei.⁵²⁰ Denn die Worthülse bleibt hohl, solange eine Prüfung fehlt, ob sich hinter der Regelung ein allgemeiner Gedanke verbirgt oder nicht.⁵²¹

Eine Regelungslücke für die Bereiche besteht, wie gesehen. Betreffend bereicherungsrechtliche Ansprüche ist sie indes nicht planwidrig, sondern plangemäß. Gleichwohl hindert das nicht. Denn die Protokolle wollten ausdrücklich die Analogie durch § 851 BGB zulassen. Den Antrag, eine entsprechende Vorschrift⁵²² ins Bereicherungsrecht aufzunehmen, hatte die 2. Kommission nämlich mit der Begründung abgelehnt, dass „die Mehrheit jedoch ein Bedürfnis für die Aufnahme der Vorschrift nicht anzuerkennen [vermochte].“ Die Regelung werde wahrscheinlich nur höchst selten anwendbar sein; man könne in

⁵¹⁶ S.o. Kapitel 3 B.II.1.a).

⁵¹⁷ S.o. Kapitel 3 B.II.1.b).

⁵¹⁸ S.o. Kapitel 3 B.II.1.c).

⁵¹⁹ Wie hier *Berger*, VersR 2001, 419, III.2.a), allerdings über den Weg einer Analogie zu § 407 BGB, die zu weit reicht, weil sie auch die Rechtsnachfolge im laufenden Verfahren gemäß Abs. 2 umfasst. Dazu s.o. Kapitel 3 B.I.

⁵²⁰ Mit Verweis aufeinander *Vieweg/Lorz*, in: Staudinger BGB 2023, § 851 BGB, Rn. 4; *Wagner*, in: MünchKommBGB 2020, § 851 BGB, Rn. 2.

⁵²¹ Allgemein entlarvend *Muscheler*, in: FS Kruse 2001, 135, passim.

⁵²² Sie sollte lauten: „Wer zur Vergütung des Werthes einer ohne rechtlichen Grund erlangten beweglichen Sache verpflichtet ist, wird durch die Leistung an denjenigen befreit, aus dessen Besitze sie an ihn gelangt ist, wenn er das Eigentum oder das sonstige an der Sache bestehende Recht eines Dritten nicht gekannt hat, seine Unkenntnis auch nicht auf grober Fahrlässigkeit beruht hat.“ Protokolle II, 3001 f.

diesen Fällen aber schlicht § 851 BGB entsprechend anwenden.⁵²³ Damit besteht bezüglich des Bereicherungsrechts eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke.

Betreffend eine allgemeine Erfüllungswirkung ist die Lage weniger klar; zumindest liegt aber Planwidrigkeit nahe. Denn eine solche allgemeine Wirkung war in den Motiven zu § 1195 des Entwurfs I aufgeworfen, aber nicht festgehalten worden. Dort nahm man an, dass aus der Vorschrift die entsprechenden Grundsätze abzuleiten seien.⁵²⁴ Nun wurde die Vorschrift im Entwurf II (heute § 1248 BGB) aber derart eingeschränkt, dass sie kaum noch den Ausgangspunkt für ein solches induktives Vorgehen bilden konnte. Gleichzeitig führte die 2. Kommission, wie gesehen,⁵²⁵ klarstellungshalber § 851 BGB ein. Am Ende ihrer Erörterung hielt sie fest:

„Ob die Bestimmung des § [851 BGB] durch eine allgemeinere Norm zu Gunsten desjenigen, welcher in gutem Glauben den Besitzer einer beweglichen Sache als Eigenthümer derselben behandle, zu ersetzen sei, werde bei der Berathung des Sachenrechtes zu prüfen sein.“⁵²⁶

Zu dieser Prüfung kam es indes nie. Es liegt auch fern, dass die 2. Kommission die Frage vorsätzlich überging. Zumindest in der Diskussion um § 1195 des Entwurfs I war nämlich irgendeine Stellungnahme zu erwarten, sollte doch ursprünglich von jener Vorschrift auf den entsprechenden allgemeinen Gedanken zu schließen sein. Nun schränkte zwar die 2. Kommission § 1195 des Entwurfs I auf den heutigen § 1248 BGB ein. Dass die Änderung damit dem Induktionsschluss die gesetzliche Grundlage nahm, war allerdings an der beantragten und angenommenen Entwurfsfassung noch nicht zu erkennen und wohl entsprechend auch nicht diskutiert. Denn deren Wortlaut war noch so ausgerichtet, als gäbe es weiter ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Pfandgläubiger und Eigentümer.⁵²⁷ Erst mit der endgültigen Fassung des Entwurfs II wurde der Wortlaut auf den heutigen § 1248 BGB eingeschränkt. Falls die 2. Kommission zum Sachenrecht die von der Schuldrechtskommission aufgeworfene Frage also nicht bloß vergaß, so liegt nahe, dass sie deswegen kein Bedürfnis für eine Diskussion sah, weil § 1195 des Entwurfs I noch nicht so weitgehend abgeändert worden war, dass es dem Induktionsschluss geschadet

⁵²³ Protokolle II, 3002.

⁵²⁴ S.o. Kapitel 3 B.I.1 bei Fn. 23.

⁵²⁵ S.o. Kapitel 3 B.II.1.a) bei Fn. 499.

⁵²⁶ Protokolle II, 2794.

⁵²⁷ Sie lautete: „Der Pfandgläubiger ist bei der Erfüllung der ihm gegenüber dem Eigentümer obliegenden Verpflichtungen berechtigt, den Verpfänder als den Eigenthümer anzusehen, es sei denn, daß ihm der Mangel des Eigenthumes des Verpfänders zur Zeit der Verpfändung bekannt oder nur in Folge grober Fahrlässigkeit unbekannt war. Dieses Recht des Pfandgläubigers erlischt, wenn er den Mangel des Eigenthumes des Verpfänders erfährt.“ Protokolle III, 4261.

hätte. Wie es zur Änderung der zunächst beschlossenen Fassung hin zum Wortlaut des § 1248 BGB kam, ist nicht festgehalten.⁵²⁸

Was den Vergleich der Interessenlagen angeht, so sind alle maßgeblichen Überlegungen schon in den vorigen Abschnitten dargelegt. Hinsichtlich eines allgemeinen Leistungsschutzes können die Erwägungen zur § 893 Var. 1 BGB entsprechend gelten.⁵²⁹ Diese waren: eine Parallele zum vollumfänglichen Schutznetz in § 2367 BGB, der Druck durch die Vermutung des § 891 bzw. § 1006 BGB, der einen Ausgleich auf Seiten des Leistenden erfordert,⁵³⁰ sowie die kaum begründbare unterschiedliche Behandlung von Erwerber und Leistendem. Dabei wiegt das dritte Argument noch schwerer, weil hier neben dem Vergleich zwischen Erwerber und Leistendem noch derjenige zwischen zwei Leistenden steht, deren Leistung sich nur dem Typ nach unterscheidet – einerseits Schadenersatz, andererseits Bereicherungsausgleich. Schließlich steht noch das historische Argument der 2. Kommission, die für den Bereicherungsausgleich explizit auf § 851 BGB als Analogie verwies, mithin also die Interessen gleich bewertete.⁵³¹

Bezogen auf sonstige Verfügungen lässt sich der Interessenvergleich zu § 893 Var. 2 BGB mit dem Vergleichspunkt der Leistung fruchtbar machen.⁵³² Die dortigen Erwägungen waren: Die typischen Verfügungen über eine Forderung zwischen Schuldner und Gläubiger sind Vergleich, Erlass und Stundung, wobei sie zumindest nicht ungünstiger sind als eine Teilleistung, weil sie auch dem Gläubiger einen Vorteil bringen, etwa Gewissheit und schnelle Befriedigung; sofern sie ausschließlich für den Schuldner vorteilhaft sind, schützt den Eigentümer § 816 Abs. 1 S. 2 BGB; weiter geht wenigstens ein mittelbarer Druck zum Vergleich von der Rechtsvermutung des § 1006 BGB aus.⁵³³

Wendet man damit § 851 BGB⁵³⁴ entsprechend an für Bereicherungsansprüche und Verfügungen, die Ansprüche wegen Eingriffs in Sachenrechte betreffen, so lässt sich die Analogie als Auffangtatbestand für Erfüllungs- und Verfügungswirkungen im Fahrnisrecht verstehen.

⁵²⁸ Und zwar weder bei *Mugdan* noch bei *Jakobs/Schubert*.

⁵²⁹ S.o. Kapitel 3 B.I.1.

⁵³⁰ Zu einem Parallelargument der Protokolle im Rahmen des § 1058 BGB s.u. Kapitel 3 B.II.4. *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 10 Rn. 8 bezeichnen § 851 BGB auch als das „deliktsrechtliche ‚Gegenstück‘“ zu § 1006 BGB.

⁵³¹ Protokolle II, 3002.

⁵³² S.o. Kapitel 3 B.I.2.

⁵³³ Ähnlich bereits *M. Wolf*, JuS 1985, 941, 942, nach dem die Vorschrift bereits vorprozessual die Rechtsverfolgung erleichtert.

⁵³⁴ Wen das noch nicht überzeugt, der kann alternativ über eine Gesamtanalogie zu den §§ 851, 893, 2367, 407 Abs. 1 BGB nachdenken.

§ 851 BGB greift auch zugunsten dessen, der dem Pfandrechtsinhaber oder Nießbraucher schuldet und an den Besitzer leistet.⁵³⁵

3. § 1248 BGB ist teilweise Publizitätswirkung

Indem der Verpfänder beim Verkauf des Pfandes als Eigentümer gilt, sichert § 1248 BGB, dass in diesem Rahmen Rechtshandlungen wirksam sind, die der Pfandgläubiger dem Eigentümer schuldet, aber gegenüber dem Verpfänder vornimmt. Das betrifft konkret die Vorschriften über den Pfandverkauf, §§ 1234 Abs. 1, 1237 S. 2 Hs. 1, 1241, 1245 Abs. 1 S. 1, 1246 BGB. Dabei schadet dem Pfandgläubiger nur entgegenstehendes Wissen.

a) Der Besitz als Rechtsscheinmerkmal bei Verpfändung durch einen Nichtberechtigten sowie bei zwischenzeitlicher Übereignung des Verpfänders

Vom Besitz als Rechtsscheinmerkmal ist in § 1248 BGB keine Rede. Es ließe sich zwar daran denken, dass sich dieser stets hinter dem Begriff des Verpfänders verberge. Allerdings wird eine solche Hoffnung enttäuscht, weil der Verpfänder nicht in jedem Fall Besitzer sein muss. Zur Betrachtung des Verpfänderbesitzes bieten sich zwei Zeitpunkte an: Der erste ist der, in dem der Pfandgläubiger handelt. Hier kann der Verpfänder nur und wird auch in der Regel mittelbarer Besitzer sein, weil das Pfandverhältnis ein Besitzkonstitut begründet, § 868 BGB. Jedoch ist sein mittelbarer Besitz nicht zwingend. Er fehlt ihm dann, wenn er seinen Herausgabeanspruch gemäß § 870 BGB an einen anderen übertragen hat, gewöhnlich im Rahmen einer Übereignung.

Der zweite Zeitpunkt, zu dem wir den Besitz prüfen können, ist der, zu dem der Verpfänder das Pfand bestellt. Ein Erwerb vom Nichtberechtigten nach §§ 1207, 934 Alt. 2 BGB ist nach hiesiger Argumentation nicht möglich⁵³⁶ und kann daher auch kein Fehlen des Besitzes begründen. Eine Verpfändung nach §§ 1207, 932 Abs. 1 S. 2 BGB ohne mittelbaren Besitz des Verpfänders ist nur in Fällen zuvor misslungener Veräußerung oder vorherigen Abhandenkommens beim Verpfänder denkbar.⁵³⁷ Im ersten Fall hatte allerdings auch hier der Verpfänder seinen Besitz auf den späteren Pfandgläubiger übertragen.⁵³⁸ Schließlich kann der notwendige Besitz dem Verpfänder auch bei § 1205 Abs. 1 S. 2 BGB fehlen, wenn er als besitzloser Berechtigter verpfändet hat. Praktisch ist dieser Fall ersichtlich nicht vorgekommen. Die in der Rechtsprechung zu

⁵³⁵ *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für Streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897, 35 f.

⁵³⁶ S.o. Kapitel 3 A.I.1.h).

⁵³⁷ Das zweite Beispiel ist abgewandelt nach *Goldmann/Lilienthal/Sternberg*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1912, § 17 I. 4. a) Fn. 8. Zum Originalbeispiel s.u. Kapitel 4 B.I.2 bei Fn. 294.

⁵³⁸ Zur Erkennbarkeit des Besitzes für den Erwerber in diesen Fällen s.u. Kapitel 4 B.I.2.

§ 1205 Abs. 1 S. 2 BGB festgehaltenen Fälle betreffen jeweils die Verpfändung von Wertpapieren, deren mittelbaren Besitz der Verpfänder innehatte.⁵³⁹

Indes taugt der Verpfänderbesitz beim Verkauf des Pfandes nicht als Rechtscheinträger: Denn gleich, ob der Verpfänder bei Pfandbestellung Besitzer war oder nicht, erwirbt er durch das Besitzkonstitut mit dem Pfandgläubiger zwingend Besitz. Es besteht also kein Grund, dem mittelbaren Besitz nach Verpfändung einen Hinweis auf das Eigentum zu entnehmen, weil der Verpfänder den Besitz im Zweifel bloß durch den Pfandgläubiger erlangt hat. Nur wer bereits vor Verpfändung Besitz hatte, kommt als Eigentümer in Frage.

Zwar ist also auf den Besitz des nichtberechtigten Verpfänders bei Pfandbestellung als Grundlage des Rechtsvorteils immer Verlass. Er ist aber bloß hinreichende, nicht notwendige Bedingung. Insofern schießt die in § 1248 BGB festgehaltene Schutzwirkung über die Grundlage eines äußeren Merkmals hinaus. Denn die Vorschrift betrifft daneben noch den Fall, dass der berechtigte, auch bei Bestellung nicht besitzende Verpfänder sein Eigentum mittlerweile übertragen hat. Diese Konstellation ist § 407 Abs. 1 BGB nachempfunden, indem sie den Pfandgläubiger nach dem Rechtsübergang schützt. Neben dem dortigen Schuldnerschutz ist sie nötig, weil erstens mit der Übereignung nicht immer der Herausgabeanspruch aus dem Pfandrechtsverhältnis übertragen werden muss, etwa im Falle des § 930 BGB. Zweitens erfasst der Wortlaut des § 407 Abs. 1 BGB nicht jede Rechtshandlung, sondern neben der Leistung nur Rechtsgeschäfte.

Damit steht fest, dass § 1248 BGB auch dann gilt, wenn der Verpfänderbesitz bei Bestellung fehlt. Gleichwohl schließt das nicht gänzlich aus, die Regelung als Publizitätswirkung einzuordnen. Denn soweit das Rechtsscheinmerkmal Besitz besteht, ist darauf Verlass. Mit anderen Worten ist also § 1248 BGB der Publizitätscharakter nicht deshalb zu versagen, weil ein Teil seines Anwendungsbereichs keinen Besitz voraussetzt, sondern auch bei Verpfändung des nichtbesitzenden Eigentümers greift. Vielmehr schützt die Vorschrift in zwei Fallgruppen gleichermaßen: beim Vertrauen auf das Eigentum des Verpfänders anhand dessen Besitz bei Pfandbestellung sowie beim Vertrauen auf das noch bestehende Eigentum des Verpfänders anhand dessen ursprünglichen Eigentums. Nach beiden Grundlagen zugleich ist der Pfandgläubiger geschützt, wenn

⁵³⁹ Bei einer Recherche nach „§ 1205 Abs. 1 S. 2 BGB“ in der juris-Datenbank (Stand: 13.01.2024) finden sich folgende sechs Entscheidungen: zur Verpfändung eines Inhaberschuldbriefs (i.V.m. § 1293 BGB) BGH, Teilurteil v. 09.01.2018 – XI ZR 17/15, BGHZ 217, 178, Rn. 38; zur Verpfändung von Aktien BGH, Urteil v. 24.09.2015 – IX ZR 272/13, BGHZ 207, 23, Rn. 20; zur Verpfändung eines Wertpapierdepots BGH, Urteil v. 22.04.1997 – XI ZR 127/96, NJW 1997, 2110, juris-Rn. 11; zur Verpfändung eines Aktiendepots OLG Schleswig-Holstein, Urteil v. 10.04.2014 – 5 U 128/12, juris-Rn. 459, wobei mittelbarer Besitz des Verpfänders hier nicht festgestellt ist; ebenso OLG Schleswig-Holstein, Urteil v. 27.02.2014 – 5 U 127/12, juris-Rn. 45; zur Verpfändung von Aktien LG Hamburg, Urteil v. 01.03.2010 – 313 O 432/07, juris-Rn. 71.

der besitzende Eigentümer verpfändet und anschließend sein Eigentum überträgt.

b) Quantz' Gegenargumentation übergeht die Verpfändung durch den Nichtberechtigten

Quantz ordnet § 1248 BGB nicht als Publizitätswirkung ein. Er argumentiert zum einen, dass die Vorschrift nicht an den Besitz des Verpfänders knüpfe, weil der mittelbare Besitz als Rechtsscheinträger ausscheide und auf den ehemaligen Besitz des Verpfänders kein Verlass sei, weil die Verpfändung dessen nicht zwingend bedürfe, etwa in §§ 1205 Abs. 1 S. 2; 1207, 934 Alt. 2 BGB. Zum anderen gehe es bei der Vorschrift vor allem um den Schutz vor einem unerkannten Wechsel des Gläubigers⁵⁴⁰. Denn § 1248 BGB greife auch ein bei Abtretung von Forderung und Pfandrecht durch den Eigentümer. Dementsprechend schade wie bei § 407 BGB auch nur die Kenntnis vom Gläubigerwechsel.⁵⁴¹

Das Argument der fehlenden Erkennbarkeit des mittelbaren Besitzes wird andernorts erörtert;⁵⁴² es vernichtet jedenfalls nicht das System der Publizität. Nur weil § 1248 BGB ebenfalls den Fall des Gläubigerwechsels erfasst, liegt in dieser Fallgruppe nicht gleich der Schwerpunkt, der dann auch noch so schwer wiegt, eine etwaige Publizitätswirkung auszuschalten. Hätte der Gesetzgeber so einzuschränken beabsichtigt, hätte er enger formulieren müssen, weil die jetzige Wortwahl den Rechtsvorteil bei Verpfändung durch den Nichtberechtigten einschließt. Es ist weiter unbekannt, ob in einer Parallele zu § 407 BGB begründet liegt, dass nur die Kenntnis des fehlenden Eigentums schädlich ist. Jedenfalls fehlt in den Materialien hierzu jede Äußerung.⁵⁴³ Hingegen erwähnen die Protokolle einen Gleichlauf mit der Ersitzung sowie das Argument, dass dem Pfandgläubiger nach der Verpfändung keine besondere Sorgfaltpflicht aufgebürdet werden solle.⁵⁴⁴ Auch die gesetzgeberischen Erwägungen unterstützen also dabei, § 1248 BGB als sachenrechtlichen Schutz zu behandeln und nicht als solchen der Rechtsnachfolge. Dieser letzte Punkt spricht im

⁵⁴⁰ Quantz spricht hier von „Leistungsgläubiger“. Der Begriff ist unglücklich gewählt, weil die Pflichten, denen § 1248 BGB nützt, nicht allein darauf ausgerichtet sind, das Vermögen des Eigentümers zu vermehren, s. etwa § 1234 Abs. 1 S. 1 BGB. Sollte er tatsächlich nur den Wechsel des Leistungsgläubigers gemeint haben, so wäre § 1248 BGB überflüssig, weil den Pfandgläubiger bei seinen Pflichten gegenüber dem Eigentümer bereits §§ 407, 413 BGB schützten.

⁵⁴¹ Quantz, *Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen*, 2005, 304 f.

⁵⁴² S.u. Kapitel 4 A.I. und im Besonderen zu § 1248 BGB Kapitel 4 B.II.2.

⁵⁴³ Freilich liegt eine Parallele insofern nahe, als § 1248 BGB auch die zu § 407 BGB parallele Wirkung enthält, bei Übertragung die Leistung an den ursprünglichen Gläubiger zu schützen. Die 2. Sachenrechtskommission hat hierzu aber nichts festgehalten. Zudem begründen weder Motive noch Protokolle zu § 407 BGB, warum nur Kenntnis schade.

⁵⁴⁴ Protokolle III, 4263.

Übrigen dafür, den Moment der Verpfändung als Ausgangspunkt der Rechts-scheingrundlage zu sehen. Denn wie bei der Ersitzung bedarf es keines erneuten Blicks; der Pfandgläubiger darf sich auf seine Prüfung bei der Verpfändung verlassen.

Quantz' Argumentation kann damit die oben festgestellte Publizitätswirkung nicht erschüttern. Denn sie übergeht, dass § 1248 BGB zu einem wesentlichen Teil den Pfandgläubiger schützt, an den ein Nichtberechtigter eine Sache verpfändet hat. Es geht bei der Vorschrift eben nicht bloß um den Schuldnerschutz bei Rechtsnachfolge, wenn diese Fälle auch von § 1248 BGB erfasst sind.

4. § 1058 BGB ist ebenso teilweise Publizitätswirkung

§ 1058 BGB sieht vor, dass der Besteller zugunsten des Nießbrauchers als Eigentümer gilt, solange es der Nießbraucher nicht besser weiß. Die Vorschrift funktioniert wie § 1248 BGB, ihr Anwendungsbereich reicht aber wesentlich weiter, weil mit der Bestellung des Nießbrauchs ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen Eigentümer und Nießbraucher entsteht,⁵⁴⁵ weshalb das Vertrauen des Nießbrauchers in allen möglichen Fällen⁵⁴⁶ geschützt wird. Parallel zu § 1248 BGB greift die Vorschrift, wenn der Nießbrauch durch einen Nichtberechtigten bestellt wird oder wenn der berechtigte Besteller sein Eigentum später weiterüberträgt.⁵⁴⁷ Damit schießt auch § 1058 BGB über eine reine Publizitätswirkung hinaus, indem er das Vertrauen in den ursprünglichen Vertragspartner bei Rechtsnachfolge ähnlich wie in § 407 BGB schützt. Gleichwohl steckt in dieser Regelung ebenso teilweise eine Erfüllungs- und Verfügungswirkung.

Dass es sich bei § 1058 BGB, wie schon zu § 851 BGB festgestellt und auch für § 1248 BGB gültig⁵⁴⁸, um eine Kehrseite der Vermutungswirkung des § 1006 BGB handelt, zeigen deutlich noch einmal die Protokolle zur Vorschrift. In der ursprünglichen Fassung des § 1058 BGB waren nämlich Vermutungs- und Erfüllungswirkung unmittelbar miteinander verknüpft in § 1010b des Entwurfs II: Abs. 1 vermutete gegenüber dem Nießbraucher zugunsten des Bestellers dessen Eigentum; Abs. 2 wiederum berechtigte den Nießbraucher,

⁵⁴⁵ *Heinze*, in: Staudinger BGB 2017, § 1058 BGB, Rn. 1.

⁵⁴⁶ Z.B. §§ 1035 S. 1, 1039 Abs. 1 S. 2, 3, 1042 S. 1, 1044, 1045 Abs. 1, 1047, 1051, 1055 BGB.

⁵⁴⁷ So bereits Protokolle III, 6052. Die Kommentarliteratur nennt dazu noch den Fall der Bestellung nach § 185 BGB (s. z.B. *Heinze*, in: Staudinger BGB 2017, § 1058 BGB, Rn. 1), der sich indes nicht von dem unterscheidet, dass der Berechtigte selbst bestellt und anschließend sein Eigentum überträgt. Er ist daher nicht gesondert zu behandeln.

⁵⁴⁸ In diese Richtung auch schon *Habersack*, in: Soergel BGB 2001, § 1248 BGB, Rn. 4.

den Besteller als Eigentümer anzusehen, wenn er es nicht besser wusste.⁵⁴⁹ Konkret fassen die Erwägungen der 2. Kommission die Verfügungs- und Erfüllungswirkung als notwendige Folge der Eigentumsvermutung:

„Erscheine es aus den erörterten Gründen richtiger, den Eigentümer als Träger des Legal-schuldverhältnisses hinzustellen, so sei es andererseits zweckmäßig, den Beweis des Eigentums des Bestellers gegenüber dem Nießbraucher durch Aufstellung einer entsprechenden Vermuthung zu erleichtern. In Konsequenz der Aufstellung einer derartigen Vermuthung müsse aber auch der Nießbraucher berechtigt sein, den Besteller als den Eigentümer anzusehen, außer wenn er wisse, daß der Besteller nicht der Eigentümer sei. Aus diesen Erwägungen rechtfertigte sich [§ 1010b des Entwurfs II, der] sich an den § 1195 des Entw. in der Fassung wesentlich anschlosse.“⁵⁵⁰

Hervorzuheben ist auch noch einmal die Parallele mit § 1195 des Entwurfs I, der den Pfandgläubiger, heute in § 1248 BGB beschränkt auf den Pfandverkauf, parallel schützt.⁵⁵¹ Die Eigentumsvermutung zugunsten des Bestellers findet sich im Übrigen deswegen im BGB nicht mehr, weil die Redaktionskommission ihn wegen Doppelung mit § 1006 Abs. 3 BGB gestrichen hat.⁵⁵²

Wie schon bei § 1248 BGB kann *Quantz*' Argumentation nicht überzeugen, den Nießbrauch könne auch der Nichtbesitzer bestellen, weshalb in der Vorschrift keine Publizitätswirkung liege.⁵⁵³ Denn damit erfasst er nur eine Seite der Regelung.⁵⁵⁴

5. § 969 BGB als spezielle Publizitätswirkung im Fundrecht?

Nach § 969 BGB ist der Finder auch von seiner Herausgabepflicht an die Empfangsberechtigten befreit, wenn er die gefundene Sache irrtümlich dem nichtberechtigten Verlierer zurückgibt. Dabei handelt es sich allerdings nicht um eine Publizitätswirkung,⁵⁵⁵ weil die Eigenschaft des Verlierers und damit des vormaligen Besitzers kein für den Finder erkennbares Merkmal ist. Zwar muss der Finder „die rechtlichen Beziehungen Dritter zur Fundsache“ nicht erkunden.⁵⁵⁶ Er muss aber doch ermitteln, ob der Anspruchsteller die Sache wirklich

⁵⁴⁹ Protokolle III, 6048:

„§ 1010b. (1) Gegenüber dem Nießbraucher wird zu Gunsten des Bestellers vermuthet, daß er Eigentümer ist.

(2) Der Nießbraucher ist berechtigt, den Besteller als den Eigentümer anzusehen, es sei denn, daß er weiß, daß der Besteller nicht der Eigentümer ist.“

⁵⁵⁰ Protokolle III, 6054.

⁵⁵¹ S.o. Kapitel 3 B.II.1.a) bei Fn. 499.

⁵⁵² Zum entsprechenden Antrag und Verweis an die Redaktionskommission: Protokolle III, 6072.

⁵⁵³ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 305.

⁵⁵⁴ S. ausführlich o. Kapitel 3 B.II.3.b).

⁵⁵⁵ So jedoch ohne Begründung *Gierke*, Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 1897, 32.

⁵⁵⁶ Protokolle III, 3804.

verloren hat;⁵⁵⁷ das ist für ihn aber nicht unmittelbar äußerlich, sondern nur forschend erkennbar, weil der Verlust einen Akt in der Vergangenheit betrifft, bei dem er höchstens zufällig zugegen war.

6. Zusammenschau: Die Erfüllungs- und Verfügungswirkungen sind im Fahrnisrecht Publizitätswirkungen

Dieser Abschnitt hat vier Vorschriften behandelt, von denen drei als Erfüllungs- und Verfügungswirkungen auf Grundlage des Rechtsscheinträgers Besitz einzuordnen sind. Bei den §§ 1058, 1248 BGB handelt es sich um Spezialvorschriften, wo Rechtshandlungen gegenüber dem Verpfänder und Nießbrauchbesteller so wirken, als wären sie gegenüber dem Eigentümer erfolgt. Sie sind als Antwort darauf zu sehen, dass zwei Parteien Pflichten gegenüber dem dritten Eigentümer begründen können, ohne dass der verpflichtete Pfandgläubiger oder Nießbraucher diesen kennen muss. Die Vorschriften sind darüber hinaus insofern besonders, als sie den Verpflichteten auch in den Fällen schützen, in denen er auf die vorherige Berechtigung vertraut, die wegen Eigentumsübergangs nun aber weggefallen ist; insoweit gleichen sie § 407 BGB und sind keine Publizitätswirkungen, weil ihre Vertrauensgrundlage nicht im Besitz liegt.⁵⁵⁸

§ 851 BGB ist dem Wortlaut nach nur eine Erfüllungswirkung bezüglich Schadensersatzansprüchen, die das Vertrauen auf den Besitz schützt.⁵⁵⁹ Die Vorschrift beruht allerdings auf dem allgemeinen Gedanken des Fahrnisrechts, dass der Fahrnisbesitzer einem Dritten als Eigentümer erscheine; sie ist als solche entsprechend anzuwenden für Bereicherungsansprüche und Verfügungen, die Ansprüche wegen Eingriffs in Sachenrechte betreffen. § 851 BGB analog lässt sich folglich als Auffangtatbestand für Erfüllungs- und Verfügungswirkungen im Fahrnisrecht verstehen.⁵⁶⁰

§ 969 BGB hingegen ist keine Erfüllungswirkung als Publizitätswirkung. Denn den Verlust erspähte der Finder höchstens zufällig. Die Vorschrift befreit ihn nur von der Forschung nach einem Empfangsberechtigten, wenn er herausfindet, wer der Verlierer war. An ein dem Finder erkennbares Merkmal knüpft sie nicht.⁵⁶¹

III. Österreich, § 367 Abs. 1 S. 1 Var. 3 ABGB analog

Dem österreichischen Recht fehlt eine Vorschrift parallel zu § 851 BGB. Dennoch ist die Frage einer Erfüllungswirkung – wenn auch nicht unter diesem

⁵⁵⁷ Heinze, in: Staudinger BGB 2020, § 969 BGB, Rn. 1.

⁵⁵⁸ S.o. Kapitel 3 B.II.3. und 4.

⁵⁵⁹ S.o. Kapitel 3 B.II.1.

⁵⁶⁰ S.o. Kapitel 3 B.II.2.

⁵⁶¹ S.o. Kapitel 3 B.II.5.

Titel – bereits aufgetreten und wird in engem Rahmen bejaht. Anlass zur Diskussion gab ein bereicherungsrechtlicher Fall im Dreipersonenverhältnis:⁵⁶² Ein Unternehmer lieferte einem Mieter eine Anlage, die jener untrennbar ins Gebäude einbaute. Der zugrundeliegende Kaufvertrag war nichtig. Zwischenzeitlich verrechnete der Eigentümer den vermeintlichen Wertersatzanspruch des sein vorheriges Eigentum an der eingebauten Anlage behauptenden Mieters mit Mietforderungen. Der Unternehmer verklagte den Eigentümer auf Wertersatz. Der OGH entschied, dass § 367 Abs. 1 S. 1 Var. 3 ABGB entsprechend anwendbar sei, um den Kondiktionsanspruch des Unternehmers abzuwehren, wenn der Eigentümer gutgläubig an den Mieter gezahlt habe. Der OGH entschied damit zugunsten einer Erfüllungswirkung.

Das vor dem OGH diskutierte Problem stellt sich im deutschen Recht nicht, schon weil ein Kondiktionsanspruch des Unternehmers nach dem Vorrang der Leistungsbeziehungen ausgeschlossen wäre.⁵⁶³ Soweit man ihn ausnahmsweise mit Blick auf § 935 BGB gewährt, muss § 851 BGB analog zum Schutz des gezahlt habenden Eigentümers auch deswegen ausgeschlossen sein, weil hier wiederum § 935 BGB analog anwendbar ist.⁵⁶⁴ Entsprechend kam auch bislang ersichtlich niemand auf die Idee, eine Analogie des § 851 BGB auf derartige Einbaufälle zu erwägen – sie führte zu nichts.

Für das österreichische Recht erörtert *Holzner* die Folgen aus der OGH-Entscheidung, konkret die Frage, ob § 367 ABGB „über seinen eigentlichen Regelungsbereich hinaus auch eine angemessene Abwägung für die Zahlung an Nichtberechtigte wegen ungerechtfertigter Verwendung enthält.“⁵⁶⁵ Dabei weist er sogleich darauf hin, dass sich in der Folge „für die gutgläubige Begleichung schadenersatzrechtlicher Ansprüche des nichtberechtigten Vertrauensmannes aus Sachbeschädigung oder -zerstörung schwerlich anderes vertreten [lasse] als für Bereicherungsansprüche.“ Dieser Gedanke führte oben zur Forderung einer Verallgemeinerung des § 851 BGB,⁵⁶⁶ im österreichischen Recht dazu, für die Erfüllungswirkung eine Verbindung zum originären Eigentumserwerb zu fordern und im Übrigen nicht zuzulassen.⁵⁶⁷

Eine Parallelvorschrift zu § 1248 BGB findet sich im ABGB nicht: Zwar ist der Pfandverkauf in den §§ 466a-466c ABGB den §§ 1233 ff. BGB sehr ähnlich geregelt. Indes bestehen sämtliche Pflichten von vornherein gegenüber dem Verpfänder (sogenannten Pfandgeber), weshalb der Adressatenkonflikt zwischen Verpfänder und Eigentümer des deutschen Rechts nicht entstehen kann. Für § 1058 BGB findet sich ebenfalls keine Parallelvorschrift. Grund dürfte sein, dass gemäß § 482 ABGB für Dienstbarkeiten die Pflichten zwi-

⁵⁶² OGH, 28.07.1998 – 1 Ob 353/97m, stark vereinfacht.

⁵⁶³ *Schermaier*, in: BeckOGK BGB 01.12.2023, § 951 BGB, Rn. 23 f.

⁵⁶⁴ Dazu s.o. Kapitel 3 B.II.1.b).

⁵⁶⁵ *Holzner*, JBl 121 (1999), 547, 548.

⁵⁶⁶ S.o. Kapitel 3 B.II.2.

⁵⁶⁷ *Leupold*, in: Klang ABGB 2011, § 367 ABGB, Rn. 17 m.w.N.

schen Dienstbarkeitsberechtigtem und Besitzer im Sinne des § 309 S. 2 ABGB, nicht notwendig dem Eigentümer, begründet werden. In beiden Fällen erscheint es daher berechtigt, von einer Erfüllungswirkung zu sprechen: Denn was das Pfandrecht betrifft, geht diese so weit, dass dem Eigentümer überhaupt kein Recht mehr zukommt, sondern die gesamte Abwicklung im Pfandverkauf ohnehin nur gegenüber dem Verpfänder geschuldet ist. Im Fall der Dienstbarkeit dürfte es für die wirksame Pflichterfüllung nur auf den Eigenbesitz ankommen, nicht die tatsächliche Berechtigung.

IV. Frankreich

Im Code civil sind keine Vorschriften über Erfüllungswirkungen zu finden. Diese sind auch nicht etwa deswegen entbehrlich, weil – wie im österreichischen Recht – von vornherein etwa nur auf den Besteller Bezug genommen wäre. Ferner findet sich in der Kommentarliteratur kein Hinweis darauf, dass etwa Art. 2276 Cc auf eine Leistung an den Eigenbesitzer anwendbar ist, der sich später als Nichteigentümer herausstellt. Das könnte mit Blick darauf verwundern, dass sich diese Frage im österreichischen Recht bereits gestellt hat. Dabei ist jedoch zu bedenken, dass sich auch für Deutschland kein Fall findet, in dem eine Analogie zu § 851 BGB diskutiert würde, weil man hier die Lösung bereits bereicherungsrechtlich findet. Es bleiben damit nur die – auch in der deutschen Rechtsprechung seltenen – Fälle der Schadensersatzleistung an den Falschen.

C. Die Forderungswirkungen

Wir hatten gesehen, dass als Gegenstück zur Erfüllungs- und Verfügungswirkung auch eine Forderungswirkung denkbar ist. Hiernach würde bei einem Unterlassungsanspruch im Vorhinein oder einem Beseitigungs- oder Ersatzanspruch im Nachhinein der Anspruchsgegner allein oder im Wesentlichen anhand eines äußeren Merkmals identifiziert.⁵⁶⁸ Bis auf wenige Fälle im Rahmen des § 1248 BGB kennt das deutsche Recht keine solche Wirkung; Österreich sieht für den Pfandverkauf einen ähnlichen Mechanismus vor; in Frankreich in nichts dergleichen zu finden.

⁵⁶⁸ S.o. Kapitel 2 D.I.2.

*I. Deutschland, §§ 1004, 862, 1029, 1090 Abs. 2, 1058, 836 f., 834, 823 BGB**1. Die §§ 1004, 862, 1029, 1090 Abs. 2 BGB als Publizitätswirkungen zu verstehen, würde den Störerbegriff aus dem Gleichgewicht bringen*

Wer im Rahmen eines Anspruchs auf Beseitigung und Unterlassung nach § 1004 Abs. 1 BGB Störer ist, lässt sich nach derzeitigem Stand von Rechtsprechung und Lehre nicht anhand von Publizitätsgesichtspunkten ermitteln. Zwar trennt die h.M. zwischen Handlungs- und Zustandsstörer,⁵⁶⁹ und bei Letzterem erscheint denkbar, anhand äußerer Merkmale seine Störereigenschaft zu bejahen. Nach der Rechtsprechung gilt als Zustandsstörer aber nur, wer eine Beeinträchtigung zwar nicht verursacht hat, sie aber doch durch seinen Willen aufrecht erhält.⁵⁷⁰ Der bloße Besitz an der Sache soll dafür nicht genügen.⁵⁷¹ Auch die Gegenkonzeptionen aus der Wissenschaft⁵⁷² wie die Usurpationstheorie⁵⁷³ führen zu keinem anderen Ergebnis. Eine breiter gefasste Passivlegitimation, die auch den Besitzer einschließt, steht dort nirgends in Frage. Die Ansätze gehen im Wesentlichen dahin, die Zurechnungskriterien zu schärfen.

Den Besitzer nun pauschal als eine Kategorie von Störern hinzuzufügen, um dem Gestörten einen leicht erkennbaren Anspruchsgegner zur Verfügung zu stellen, würde nicht nur die Zurechnungsanforderungen beim Störerbegriff ausschalten, sondern auch auf Rechtsfolgenreise erhebliche Schwierigkeiten verursachen: Da § 1004 Abs. 1 BGB Beseitigung und damit nicht bloß Geldzahlung, sondern eine Handlung fordert, kann das den Besitzer dazu zwingen, die Rechte des Eigentümers zu verletzen, und löst so Folgeprobleme aus: Es müsste etwa der Mieter den Balkon einer Wohnung zurückbauen, der in das Eigentum der Nachbarn des Eigentümers eingreift.⁵⁷⁴ Genauso könnte der Verwahrer eines Rüden gegen den Eigentümerwillen gezwungen werden, das Tier zu kastrieren, wenn es triebhaft andere Haustiere in der Nachbarschaft bespringt und dabei verletzt. Das Bedürfnis, mit dem Besitzer schnell einen Anspruchsgegner an der Hand zu haben, kann im Verhältnis zu diesen Schwierigkeiten nicht überwiegen.

⁵⁶⁹ Überblick bei *Raff*, in: MünchKommBGB 2023, § 1004 BGB, Rn. 151.

⁵⁷⁰ Zuletzt BGH, Urteil v. 13.12.2019 – V ZR 152/18, NZM 2020, 811, Rn. 24.

⁵⁷¹ BGH, Urteil v. 01.12.2006 – V ZR 112/06, NJW 2007, 432, juris-Rn. 14; BGH, Urteil v. 30.05.2003 – V ZR 37/02, BGHZ 155, 99, Rn. 13 m.w.N.; OLG Karlsruhe, Urteil v. 17.01.2012 – 12 U 143/11, NJW 2012, 1520, Rn. 19.

⁵⁷² Überblick bei *Thole*, in: Staudinger BGB 2019, § 1004 BGB, Rn. 265–268.

⁵⁷³ Zurückgehend auf *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019.

⁵⁷⁴ Beispiel abgewandelt nach BGH, Urteil v. 01.12.2006 – V ZR 112/06, NJW 2007, 432, das die Duldungspflicht des Mieters zum Rückbau durch den Eigentümer aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB betraf.

Dasselbe gilt für die §§ 862, 1029, 1090 Abs. 2 BGB, die schlicht den Störerbegriff des § 1004 BGB aufnehmen.⁵⁷⁵

2. § 1058 BGB gilt nur im Verhältnis zum Eigentümer

In der Vorschrift steckt keine Forderungswirkung, weil nur im Verhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer der Besteller als Eigentümer gilt. Das bedeutet, dass der Nießbraucher vom Besteller nicht fordern kann, was der Eigentümer ihm schuldet. Umgekehrt besteht auch keine Behaltenswirkung, die sich als Ausprägung der Forderungswirkung begreifen ließe: Was der Besteller anstelle des Eigentümers an den Nießbraucher geleistet hat, muss dieser ihm wieder zurückgewähren. Auch insoweit schützt § 1058 BGB den Nießbraucher nicht. Der Nießbraucher kann durch den Besteller zwar Rechte gegenüber dem Eigentümer erwerben und wird durch Leistung an den Besteller von seinen Pflichten gegenüber dem Eigentümer frei.⁵⁷⁶ Er kann aber auf Grund der Vorschrift nie erfolgreich gegen den Besteller vorgehen.

3. § 1248 BGB begründet in beschränktem Rahmen eine Forderungswirkung

Die Vorschrift ist nicht so eng formuliert wie § 1058 BGB, weil sie auch im Verhältnis zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger gilt. Das führt dazu, dass der Pfandgläubiger in den wenigen Fällen, in denen er im Rahmen des Pfandverkaufs Ansprüche gegen den Eigentümer hat, diese auch gegen den Verpfänder geltend machen kann. Etwa kann er vom Eigentümer als Beteiligtem⁵⁷⁷ beim Pfandverkauf nach § 1246 Abs. 1 BGB eine abweichende Art des Pfandverkaufs verlangen oder mit dem Eigentümer abweichende Vereinbarungen nach § 1245 Abs. 1 S. 1 BGB treffen und durchsetzen. Soweit wir oben den § 1248 BGB als Erfüllungswirkung beschrieben haben,⁵⁷⁸ begründet er also hier eine Forderungswirkung, weil diese Vorschriften auch bei Verlangen gegenüber dem Verpfänder gelten.

4. Die §§ 836 f. BGB knüpfen die Haftung an die Unterhaltung des Gebäudes

Entgegen dem ersten Eindruck haben die Protokolle sich mit der Haftung des Eigenbesitzers statt des Eigentümers gegen eine Haftung anhand von Erkennbarkeit entschieden: Zwar werde der Beschädigte dadurch begünstigt, dass der Eigentümer eines Gebäudes regelmäßig leichter zu ermitteln sei. Das Verschuldensprinzip fordere aber, dass nur derjenige hafte, der die Gefahr vorher hätte abwenden können. Sei der Eigentümer indes nicht Eigenbesitzer, kenne er den

⁵⁷⁵ S. für § 862 BGB etwa BGH, Urteil v. 26.09.2006 – VI ZR 166/05, NJW 2006, 3628, Rn. 20.

⁵⁷⁶ Gierke, Sachenrecht, 1905, § 147 I 5, S. 684 Fn. 24.

⁵⁷⁷ S. dazu Wiegand, in: Staudinger BGB 2019, § 1246 BGB, Rn. 3.

⁵⁷⁸ S.o. Kapitel 3 B.II.3.a).

Zustand des Gebäudes nicht unbedingt und könne nicht rechtzeitig eingreifen.⁵⁷⁹ Auch eine Gesamtschau der §§ 836–838 BGB zeigt, dass die Möglichkeit zur Schadensverhinderung im Mittelpunkt der Vorschriften steht: Nach § 836 Abs. 2 BGB soll der frühere Besitzer binnen Jahresfrist haften. Zweck der Vorschrift ist laut den Protokollen unter anderem, dass der Gebäudebesitzer sich nicht durch Besitzaufgabe der ihm drohenden Verantwortlichkeit entziehen kann.⁵⁸⁰ Wer vormals Eigenbesitzer war, ist im Zusammenhang mit der Schädigung allerdings nicht zu erkennen, sondern bloß zu erforschen. Steht ein Gebäude oder Werk als Scheinbestandteil auf einem fremden Grundstück (§ 95 Abs. 1 S. 2 BGB), so haftet nach den Motiven dessen Eigenbesitzer, weil er die Errichtung und Unterhaltung verantwortet.⁵⁸¹ Dass die Unterhaltung im Zentrum steht, bestätigt schließlich § 838 BGB. Hiernach haftet auch der Nichtbesitzer, der zur Unterhaltung verpflichtet ist.

Nach alldem ist es bloß Zufall, wenn erkennbarer Besitzer und Anspruchsgegner zusammenfallen. Hätte das Gesetz tatsächlich einen leicht erkennbaren Schuldner im Sinn gehabt, hätte es näher gelegen, den Eigentümer haften zu lassen und so dem Geschädigten die Grundbucheintragungen an die Seite zu stellen. Denn anders als etwa bei der Übereignung ist der Besitzwille bei Schädigung nicht aus den Umständen erkennbar.⁵⁸²

5. Die §§ 834, 823 Abs. 1 BGB knüpfen an Gefahrbeherrschung

Bei der Haftung des Tieraufsehers nach § 834 BGB steht nicht im Mittelpunkt, dass der Geschädigte als Anspruchsgegner erhält, wen er leicht erkennen kann. Wie auch § 838 BGB betrifft die Vorschrift einen Fall der gesetzlich geregelten Übernehmerhaftung.⁵⁸³ Sie gewährt damit dem Geschädigten eine zusätzliche Schutzebene, wenn ein anderer das Tier beaufsichtigt und der Tierhalter sich gegebenenfalls nach § 833 S. 2 BGB durch sorgfältige Auswahl eines Aufsehers entschuldigen kann. Hinzu kommt, dass nach § 834 BGB nicht schon haftet, wer ein Tier ausführt, sondern nur, wer auch vertraglich dessen Aufsicht übernimmt. Gefälligkeitsverhältnisse sind ausgenommen.⁵⁸⁴ Der Unterschied zwischen Vertrag und Gefälligkeit ist für den Außenstehenden aber nur schwer zu erkennen, und die Zahl der Gefälligkeitsverhältnisse bei der Aufsicht über Tiere groß.

⁵⁷⁹ Protokolle II, 2283 f., die 2. Kommission verwendet an dieser Stelle noch schlicht das Wort „Besitzer“, weil sie sich noch am Besitzbegriff des 1. Entwurfs orientiert, der als Besitz nur Eigenbesitz kennt.

⁵⁸⁰ Protokolle II, 2884 f.

⁵⁸¹ Motive II, 819.

⁵⁸² S. hierzu noch einmal ausführlich u. Kapitel 4 B.II.1.

⁵⁸³ *Eberl-Borges*, in: Staudinger BGB 2022, § 834 BGB, Rn. 3.

⁵⁸⁴ RG, Urteil v. 06.03.1902 – VI 428/02, RGZ 50, 244, 248; *Eberl-Borges*, in: Staudinger BGB 2022, § 834 BGB, Rn. 16; kritisch *Wagner*, in: MünchKommBGB 2020, § 834 BGB, Rn. 5.

Genauso haftet nach § 823 Abs. 1 BGB für die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten nicht, wer die sicherungspflichtige Sache bloß besitzt, sondern derjenige, der „aufgrund seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt zur Gefahrsteuerung am besten in der Lage ist.“⁵⁸⁵

Bei beiden Vorschriften mag jeweils der Besitz des Schädigers ein Indiz für die Passivlegitimation bilden; er ist aber kein hinreichendes Merkmal. Damit kann auch hier von einer Publizitätswirkung keine Rede sein.

6. Zusammenschau: Die Ansprüche beruhen in der Mehrzahl nicht auf Publizität, sondern auf Gefahrbeherrschung

Das deutsche Recht kennt im Wesentlichen keine Forderungswirkung der Publizität. Grund dafür ist nicht, dass die Vorschriften über die Haftung im Zusammenhang mit Schäden durch Sachen deliktsrechtlich sind und die sachenrechtliche Publizität sie daher bislang nicht beachtet hat. Denn das kann kaum für die vorgelagerten sachenrechtlichen Ansprüche der §§ 1004, 862, 1029, 1090 Abs. 2 BGB zutreffen. Vielmehr sind sämtliche Vorschriften auf Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz vom Ausgangspunkt der Gefahrbeherrschung her gedacht: Es geht nicht darum, dem Anspruchsteller einen leicht auszumachenden Gegner an die Hand zu geben, sondern denjenigen haftbar zu machen, der die Gefahr des Schadens bannen kann. Ist dieser Anspruchsgegner auch noch Besitzer der Sache, ist das *de lege lata* Zufall. Für das Verhältnis zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger besteht im Rahmen des § 1248 BGB auch eine Forderungswirkung, soweit sie dem Pfandgläubiger zugesteht, dass er seine Ansprüche gegen den Eigentümer im Rahmen des Pfandverkaufs auch gegen den Verpfänder geltend machen kann.

II. Österreich

Eine Analyse des Deliktsrechts sparen wir mangels Gewinns im deutschen Recht. Auch findet sich, wie gesehen, ohne Adressatenkonflikt zwischen Verpfänder und Eigentümer im Rahmen des Pfandverkaufs keine Parallelvorschrift zu § 1248 BGB.⁵⁸⁶ Indessen besteht der Pflichtenkreis beim Pfandverkauf im ABGB von vornherein nur zwischen Verpfänder und Pfandgläubiger, sodass man hierin eine Forderungswirkung erblicken kann, wo der Pfandverkauf doch den Interessenkreis des Eigentümers betrifft.

Eine Forderungswirkung für Dienstbarkeiten folgt aus § 482 ABGB nicht unmittelbar, der die Pflicht zur deren Duldung nicht nur dem Eigentümer, sondern bereits dem Besitzer im Sinne des § 309 S. 2 ABGB auferlegt. Denn das

⁵⁸⁵ *Wagner*, in: MünchKommBGB 2020, § 823 BGB, Rn. 518; BGH, Urteil v. 26.11.1974 – VI ZR 164/73, NJW 1975, 533 zur Haftung eines Rennsportveranstalters; BGH, Urteil v. 29.11.1983 – VI ZR 137/82, NJW 1984, 801 zur Haftung eines Eishockeyspielveranstalters.

⁵⁸⁶ S. dazu bereits im Rahmen der Erfüllungswirkung o. Kapitel 3 B.III a.E.

Recht zur Duldung ist bloß Ausdruck der dinglichen Wirkung der Dienstbarkeit gegen jedermann. Soweit aber hieraus im Rahmen eines gesetzlichen Schuldverhältnisses gefolgert wird, dass der Dienstbarkeitsberechtigte sich mit seiner Forderung direkt an den Besitzer wenden könne, besteht auch eine Forderungswirkung.⁵⁸⁷

III. Frankreich

Im Code civil findet sich nichts, das auf eine Forderungswirkung hindeutet. Allein denkbar wäre, Art. 2276 Cc so weit zu fassen, dass zumindest die Pflichten des Eigentümers bei Pfandrecht und Nießbrauch bloß vom Besitzer einzufordern sind. Hinweise hierzu in der Literatur fehlen.

D. Die Vermutungswirkungen

Die Vermutungswirkungen unterscheiden sich von den bisher erörterten Wirkungen in zwei Gesichtspunkten: Erstens entfalten sie ihren Schutz für den Begünstigten vom Grundsatz her im Prozess. Denn sie betreffen die Beweislast. Gewiss schließt das nicht aus, dass sie auch ins vorprozessuale Geschehen ausstrahlen können, indem eine Partei ob der schlechten Aussichten für den Prozess eher nachgibt. Zweitens ist ihr Schutz zunächst nur vorläufig. Im Gegensatz zu den Erwerbs- und Erfüllungswirkungen gewinnt der Vermutungsgegner nämlich den Prozess, wenn er nachweisen kann, dass sich die Lage anders darstellt, als der Vermutungsbegünstigte behauptet, und zwar auch dann, wenn alle Voraussetzungen der Vermutungswirkung vorliegen. Gelingt dem Vermutungsgegner der Nachweis aber nicht, obsiegt der Vermutungsbegünstigte dank der Rechtskraft endgültig. Auch die Vermutungswirkungen sind im Folgenden auf ein Publizitätsmittel und dahingehend zu untersuchen, ob sich die Begünstigung an das Publizitätsmittel knüpfen lässt. Sind diese Voraussetzungen erfüllt, lässt sich die jeweilige Wirkung als eine der Publizität betrachten.

I. Deutschland, §§ 1006, 1065, 1227, 1253 Abs. 2, 938 BGB

Im Gegensatz zu den meisten⁵⁸⁸ bisher diskutierten Wirkungen spielt die Frage des Vertrauens bei den Vermutungswirkungen des deutschen Rechts keine Rolle; sie knüpfen nicht daran, dass eine Partei sich oder einen anderen für berechtigt hält. Einer Partei kommt die Vermutung auch dann zugute, wenn sie erhebliche Zweifel daran hat, dass ihr oder dem anderen das vermutete Recht zusteht.⁵⁸⁹ Das liegt schon deshalb nahe, weil keine Fälle denkbar sind, in de-

⁵⁸⁷ Entsprechende Ausführungen waren allerdings in der Literatur nicht ersichtlich.

⁵⁸⁸ Anders bei § 950 BGB, wo Gutgläubigkeit unerheblich ist.

⁵⁸⁹ Die prozessuale Grenze bildet § 138 ZPO.

nen der Vermutungsgegner zwar das Vertrauen in die Vermutung widerlegen kann, nicht aber zugleich die materielle Berechtigung. Denn ein entsprechender Vortrag wird stets an materielle Mängel knüpfen – etwa die Kenntnis fehlender Übereignung oder Bösgläubigkeit hierbei.

1. § 1006 BGB als Publizitätswirkung in Form eines Beweisvorteils

Die Vorschrift wird in ihrer Auslegung vielfach angegriffen.⁵⁹⁰ Deshalb prüft dieser Abschnitt zunächst den Wortlaut auf seinen Publizitätscharakter. Dann schildert er die herrschende Auslegung des § 1006 BGB und wirft einige Zweifel an ihr auf. Die hierdurch angedeutete alternative Auslegung der Regelung ist danach genau wie die herrschende in Sachen Publizität zu bewerten. Sodann setzt er sich mit der Kritik *Quantz*’ auseinander. Schließlich erörtert der Abschnitt den begrenzten persönlichen Schutzbereich des § 1006 BGB bloß „zugunsten des Besitzers“.

a) Der Wortlaut der Vorschrift beschreibt eine Publizitätswirkung

Der Wortlaut der Absätze eins bis drei des § 1006 BGB beschreibt eine Publizitätswirkung schlechthin: Wer belegt, eine Sache jetzt zu besitzen, wird als ihr Eigentümer vermutet (Abs. 1). Wer belegt, sie früher besessen zu haben, wird als Eigentümer für die Zeit vermutet, bis eine Vermutung zugunsten des gegenwärtigen Besitzers eingreift (Abs. 2).⁵⁹¹ Schließlich wird als Eigentümer vermutet, wer nachweisen kann, dass ein anderer den Besitz für ihn ausübt (Abs. 3). Nach Abs. 1 S. 2 gelten alle drei Tatbestände nur gegenüber dem nicht, der als Vermutungsgegner nachweisen kann, dass er die Sache früher besessen hat und sie ihm abhandengekommen ist.⁵⁹² Um aus der Vermutung Nutzen zu ziehen, genügt also jeweils, den Besitz als Publizitätsmittel zu beweisen oder sogar, ihn bloß zu behaupten, sollte er nicht bestritten werden. Wie

⁵⁹⁰ Generalkritik: *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 160–190; *Raff*, in: MünchKommBGB 2023, § 1006 BGB, Rn. 1–11, dem offenbar eine postglossatorische Unterscheidung danach vorschwebt, ob das Eigentum die Hauptfrage bildet (§ 985 BGB) oder nicht (etwa § 823 Abs. 1 BGB), die sich auch in § 825 des Entwurfs I wiederfindet; dazu *Kiefner*, SavZ, Rom. Abtlg. 1962, 239, 271 f., 290 f., „principaliter-incidenter-Formel“ (290 f.); häufig kein Abbild der Rechtswirklichkeit: *Roth*, JZ 62 (2007), 528, 532; zu Widersprüchen zwischen den Erwerbstatbeständen: *M. Wolf*, JuS 1985, 941, 943 f.; gegen die Wirkung des § 1006 BGB bei der Schenkung: *Wacke*, AcP 191 (1991), 1, 14–23; mit dem Vorschlag des hälftigen Miteigentums *de lege ferenda*: *Kahl*, MDR 2021, 1107, Rn. 24–27.

⁵⁹¹ Insoweit das Ergebnis der Auslegung des etwas missverständlichen Wortlauts. Statt aller *Thole*, in: Staudinger BGB 2019, § 1006 BGB, Rn. 53 m.w.N.

⁵⁹² Die Parallele zu § 935 BGB ist unverkennbar. Entsprechend gilt auch die übliche Rückausnahme für Geld und Inhaberpapiere. Der Erwerb in öffentlicher Versteigerung hingegen ist nachzuweisen. Näher *Thole*, in: Staudinger BGB 2019, § 1006 BGB, Rn. 47 f.

gehabt, schwächt das Abhandenkommen der Sache die Publizitätswirkung⁵⁹³ – indes auf andere Art als bei den Erwerbs- und Erfüllungswirkungen: Einerseits genügt es nämlich nicht, dass der Vermutungsgegner das Abhandenkommen bei irgendeinem Eigentümer beweist wie bei § 935 BGB, sondern er muss dieses für sich geltend machen. Andererseits bildet das Abhandenkommen zeitlich eine geringere Unsicherheit, weil der Vermutungsgegner gezwungen ist, dieses bald in den Prozess einzuführen, um nicht nach § 296 ZPO präkludiert zu sein; es fehlt mithin ein derartiger Überraschungseffekt wie bei § 935 BGB.

*b) Die herrschende Auslegung der Vorschrift,
ihre Rechtfertigungsmängel und inneren Reibungen*

In der Praxis wird § 1006 BGB enger ausgelegt als sein Wortlaut. Zunächst schränkt ihn die herrschende Auslegung dahingehend ein, dass die Vermutung nicht für jeden Besitzer gelten soll, sondern nur für den Eigenbesitzer. Gleichzeitig vermutet sie den Eigenbesitz.⁵⁹⁴ Weiter soll Inhalt der Vermutung des § 1006 BGB nur sein, dass der Besitzer beim Besitzerwerb Eigenbesitz begründete und hierdurch unbedingter Eigentümer geworden ist, was dann nach allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast als fortbestehend vermutet wird.⁵⁹⁵ Umgekehrt genügt es für den Vermutungsgegner also bereits zu beweisen, dass der Vermutungsbegünstigte ursprünglich Fremdbesitz erwarb oder Eigentum erworben haben will, bevor er Besitzer geworden ist. Auf die Vermutung berufen können sich mithin diejenigen, die erworben haben wollen gemäß §§ 929 S. 1, 930, 931 in Verbindung mit 870, 932 Abs. 1 S. 1, 932a, 934, 950, 956 Abs. 1 S. 1 Var. 2, 957 Var. 2, 958 BGB. Nicht begünstigt sind daher umgekehrt diejenigen, die erworben haben wollen gemäß §§ 929 S. 1 bei besitzerlosen Sachen⁵⁹⁶, 929 S. 2, 929a Abs. 1, 931 bei besitzlosem Veräußerer, 932 Abs. 1 S. 2, 937 und 973 BGB. Bei den §§ 953–956 Abs. 1 S. 1 Var. 1, 957 Var. 1 BGB kommt es darauf an, ob der Berechtigte die Frucht trennt. Als Grenzfälle betrachten lassen sich die Umwandlung von mittelbarem in unmittelbaren Besitz im Rahmen des § 933 BGB⁵⁹⁷ sowie von Mit- in Alleinbesitz

⁵⁹³ S. dazu schon o. Kapitel 3 A.I.1.f).

⁵⁹⁴ *Thole*, in: Staudinger BGB 2019, § 1006 BGB, Rn. 20 m.w.N.

⁵⁹⁵ Statt aller *Thole*, in: Staudinger BGB 2019, § 1006 BGB, Rn. 23 m. offenbar sämtlichen w.N.

⁵⁹⁶ Hier soll die Einigung genügen, um das Eigentum zu übertragen, *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 51 Rn. 37.

⁵⁹⁷ Soweit ersichtlich, ist die Frage bislang nicht diskutiert. Eine juris- sowie beck-online-Recherche jeweils nach „§ 933 BGB“ UND „§ 1006 BGB“ brachten keine brauchbaren Ergebnisse hervor. Stand: 13.01.2024. Offenbar dagegen: *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 163. BGH, Urteil v. 16.04.1969 – VIII ZR 64/67, WM 1969, 656, juris-Rn. 15 befasst sich zwar nicht mit der Problemkonstellation, stellt aber fest, dass der Eigenbesitz sich fortsetze, wenn der mittelbare Besitzer zum unmittelbaren werde. Zum Sachverhalt s.u. Kapitel 4 A.I.4.a)bb) bei Fn. 101.

bei §§ 929 S. 2, 932 Abs. 1 S. 2 BGB⁵⁹⁸; diskussionswürdig sind schließlich noch Fälle, in denen der Besitzdiener gemäß § 929 S. 1 BGB zum Besitzer wird.⁵⁹⁹ Neutral zu § 1006 BGB verhalten sich die Erwerbstatbestände der §§ 947 f. BGB, weil dort die Besitzverhältnisse keine Rolle spielen.⁶⁰⁰

aa) §§ 929 ff. und 1006 Abs. 1 S. 2 BGB rechtfertigen nicht, dass Eigentum und Besitz für die Vermutungswirkung gleichzeitig erworben werden müssen

Das Bedürfnis nach Einschränkung ist nachvollziehbar, weil eine Bestandsvermutung kaum zu widerlegen wäre: Der Vermutungsgegner müsste beweisen, dass der gegenwärtige Besitzer zu allen möglichen Zeitpunkten vor, bei und nach Besitzerwerb kein Eigentum erworben hat.⁶⁰¹ Dass nun die Eigentumsvermutung nur beim gleichzeitigen Erwerb von Besitz und Eigentum greife, wird in der Literatur vielfach darauf zurückgeführt, die Vorschrift mit den §§ 929 ff. BGB abzustimmen.⁶⁰² Soweit die Rechtsprechung argumentiert, verweist sie auf § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB.⁶⁰³ Hierin kann man entweder über die Ähnlichkeit zu § 935 BGB⁶⁰⁴ ebenfalls den Gedanken an die §§ 929 ff. BGB vermuten. Oder man sieht darin den Anschluss an *Wolff/Raiser*, die vorbringen, dass ein zunächst bösgläubiger Erwerber, der die spätere Genehmigung des Eigentümers behauptet, nicht besser stehen dürfe als der gutgläubige Erwerber einer abhanden gekommenen Sache, dem § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB die Eigentumsvermutung endgültig verwehrt.⁶⁰⁵ Misslich an diesem Beispiel erscheint, dass die Genehmigung zurückwirkt, sodass gemäß § 184 Abs. 1 BGB der

⁵⁹⁸ Aus der Rechtsprechung § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB bejahend OLG Brandenburg, Urteil v. 19.09.2002 – 9 U 31/01, NJW 2003, 1055, juris-Rn. 52 f.

⁵⁹⁹ Dazu etwa *Laukemann*, LMK 2015, 374506; sehr kritisch auch *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 163 f.

⁶⁰⁰ Kritisch ob dieser Ungleichbehandlung zwischen rechtsgeschäftlichem und gesetzlichem Erwerb bereits zum Schweizer Recht *Winkler*, Die Rechtsvermutungen aus dem Besitz, 1969, 25.

⁶⁰¹ *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 22 I, S. 65.

⁶⁰² *Hans J. Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 12 Rn. 87; *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 10 Rn. 6 mit Verweis auf §§ 929, 932, 935 sowie § 929 – § 932 (sic!), denn normalerweise sei mit dem Erwerb des Eigenbesitzes der Eigentumserwerb verbunden; *Münch*, in: Soergel BGB, § 1006 BGB, Rn. 2: „naheliegende Parallelität von Besitzübergang und Eigentumserwerb“; *Thole*, in: Staudinger BGB 2019, § 1006 BGB, Rn. 23: für die Verzahnung der Rechtsvermutung mit den §§ 929 ff. BGB spreche bereits die Anleihe an § 935 Abs. 1 S. 2 BGB.

⁶⁰³ Etwa BGH, Urteil v. 05.07.1967 – VIII ZR 169/65, NJW 1967, 2008, juris-Rn. 14; BGH, Urteil v. 25.01.1984 – VIII ZR 270/82, WM 1984, 437, juris-Rn. 14; ohne Begründung OGH, Urteil v. 25.11.1948 – II ZS 22/48, OGHZ 1, 285; BGH, Urteil v. 06.07.1955 – IV ZR 57/55, WM 1955, 1318, 1319; BGH, Urteil v. 11.05.1964 – III ZR 10/62, WM 1964, 788; BGH, 28.09.1964 – VIII ZR 13/63, WM 1964, 1193, 1194.

⁶⁰⁴ Dazu soeben bei Fn. 593.

⁶⁰⁵ *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 22 I, S. 65.

gleichzeitige Erwerb von Besitz und Eigentum zu unterstellen ist. Gleichwohl ließe sich behaupten, die Rechtsfiktion genüge dem Gleichzeitigkeitserfordernis nicht.

Dass die beiden Argumentationsstränge über §§ 929 ff. und § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB im Ergebnis dazu gelangen, maßgeblich anhand von Gleichzeitigkeit abzugrenzen, unterstützt scheinbar ein Blick auf die Protokolle, die § 1006 BGB in der jetzigen Form erst einführten. Diese wollen die Eigentumsvermutung ausschließen, wenn der Besitzer „auf dem regelmäßigen Wege des redlichen Erwerbes durch Uebergabe nicht Eigenthümer geworden sein“ kann.⁶⁰⁶ Konkret sprechen die Protokolle aber eben nur vom gutgläubigen Erwerb durch Übergabe, nicht von Erwerbsstatbeständen, bei denen Besitz- und Eigentumserwerb Hand in Hand gehen. Auch der gutgläubige Erwerb nach §§ 932 Abs. 1 S. 2, 933 BGB erfolgt durch Übergabe, nur liegt diese dort jeweils zeitlich versetzt, nämlich vor bzw. nach der Einigung. Schließlich bestehen die §§ 929 ff. BGB gerade nicht ausschließlich aus solchen Tatbeständen, bei denen sich der Eigentums- gemeinsam mit dem Besitzerwerb ereignet (nach obiger⁶⁰⁷ Zählung sechs zu sechs plus den unklaren Fall des § 933 BGB). Einzig, dass der Gesetzgeber die gesetzlichen Erwerbsstatbestände bei der Vermutung nicht berücksichtigt hat, kann man den Materialien entnehmen.

Nach diesem ersten Schritt der Untersuchung bietet sich an, § 1006 BGB stattdessen so einzuschränken, dass der Anspruchsteller jeweils den vorgetragenen Erwerbsstatbestand des Besitzers zu widerlegen hat.⁶⁰⁸ So würde die Vorschrift ebenfalls auf eine Erwerbsvermutung reduziert, ohne allerdings die Erwerbsstatbestände zu benachteiligen, die nicht den gleichzeitigen Besitzübergang erfordern. Gewiss würde der Anspruchsteller damit immer noch der Genehmigungssituation gegenübergestellt, die *Wolff/Raiser* als so störend beschreiben. Allerdings ist schwer zu erkennen, warum nach ihnen derjenige bösgläubige Erwerber besser stehen soll, der statt der Genehmigung schlicht die Einwilligung des Eigentümers behauptet.

bb) Keine Rechtfertigung anhand der typischen Dokumentationslage

Auch die Frage danach, welche Partei in der besseren Lage ist, eine Dokumentation durchzusetzen, bestärkt eher die Zweifel an der herrschenden Auslegung des § 1006 BGB, als sie zu rechtfertigen. Freilich handelt es sich dabei um eine rechtspraktische Erwägung, die als solche keinen Anhaltspunkt im Gesetzestext findet. Seltener sollte sich diese Frage bei der Abgrenzung von entgeltlichen Verträgen wie Kauf und Miete stellen. Denn das Interesse und die Durchsetzungskraft zur Erstellung von Beweisstücken dürften dort auf beiden Seiten

⁶⁰⁶ Protokolle III, 4053.

⁶⁰⁷ S.o. Kapitel 3 D.I.1.b) bei Fn. 596.

⁶⁰⁸ *Medicus*, in: FS Baur 1981, 63, 67 f. diskutiert bereits diese Behauptungslast, wenn auch unter den Annahmen der h.M.

etwa gleichstark sein, und typischerweise lässt auch die Höhe des Entgelts einen Schluss auf die Vertragsart zu. Als heikel hingegen zeigt sich die Abgrenzung zwischen Übereignung und bloßer Überlassung bei unentgeltlichen Geschäften. Dort ist typischerweise der Leistende in der wesentlich stärkeren Position, um eine Dokumentation zu erreichen. Der Beschenkte wird sich wohl regelmäßig schwer tun, dem Handschenker eine Schenkungsurkunde zu entlocken, weil sich dieses Begehren als Misstrauen gegenüber dem Schenker erweist, der sich doch gerade großzügig gezeigt hat. Umgekehrt fehlt dem Schenker das Interesse, von sich aus auch noch auf eine Dokumentation hinzuwirken. Es liegt also nahe, dass infolge der sozialen Situation bei Handschenkungen eine Dokumentation ausbleibt.⁶⁰⁹ Im Fall der Leihe allerdings hat der Verleiher nicht nur ein Interesse daran, die Sache zurückzuerhalten. Er ist auch in einer günstigen Lage, die Leihe zu dokumentieren, ohne dass der Entleiher dem mit einem Misstrauenseinwand begegnen wird. Denn der Entleiher wird sich mangels Gegenleistung eher dem sozialen Druck des Verleihers beugen und einen Vertrag unterzeichnen. Noch dazu kann ihm die Dokumentation gleichgültig sein. Mit Blick auf den Moment der Übergabe wird also typischerweise eher die Leihe als die Schenkung dokumentiert – wenn sich die Parteien überhaupt Gedanken über die Frage des Beweises machen. Insofern ist es nachvollziehbar, vom Anspruchsteller den Gegenbeweis zu verlangen.

Verzwickter wird indessen die typische Dokumentationslage, wenn zu Anfang eine bloße Überlassung steht, für die § 1006 BGB gerade nicht gelten soll: Ist die Leihe nicht dokumentiert, so liegt nahe, dass auch die anschließende Schenkung nicht festgehalten wird. Dem Beschenkten fehlt dabei noch mehr als bei der Handschekung nach § 929 S. 1 BGB der Hebel, um den Schenker zur Verschriftlichung zu bewegen. Denn durch sein Begehren erwiese jener dem Schenker gegenüber ein Misstrauen, das dieser bei der vorhergehenden Leihe gerade nicht gezeigt hat, indem er keine Vertragsurkunde verlangte. Ist die Leihe dokumentiert, so wird sich die nachfolgende Schenkung vermutlich niederschlagen, indem die Parteien sie gesondert oder auf dem Leihvertrag vermerken, der Verleiher die Vertragsurkunde herausgibt, sie vernichtet oder eines von beidem bloß verspricht. Steht also die Leihe fest, treffen den Besitzer der Sache die Anforderungen der herrschenden Auslegung schwer, insbesondere wenn jene nicht dokumentiert worden ist, denn die Anforderungen dürften mit dem typischen Parteiverhalten gerade nicht gleichlaufen. Mithin lässt sich die herrschende Auslegung mit Blick auf das typische Kräfteverhältnis in Sachen Dokumentation nur für die Beweislastverteilung im Moment der Über-

⁶⁰⁹ Anders sieht das ohne weitere Begründung bei der Auflösung einer (nicht-)ehelichen Lebensgemeinschaft *Krebs*, FamRZ 1994, 281, 284: Wollte der Ausziehende etwas verschenken, sei er auch bereit, das schriftlich zu bestätigen.

gabe rechtfertigen, nicht aber hinsichtlich einer späteren Änderung der Eigentumsverhältnisse.⁶¹⁰

Unter dem Stichwort Beweissicherung ist *Krebs* zum gegenteiligen Ergebnis gelangt: Dem Voreigentümer sei ohne weiteres möglich, für den Zeitpunkt der Übergabe die Beweislage zu sichern, nicht aber für einen beliebigen Zeitpunkt, den der Besitzer später benennt. Denn diesen Moment könne jener nicht vorhersehen.⁶¹¹ Etwas genauer betrachtet, ergibt sich indes, dass der ungleichzeitige Erwerb nur bei der Schenkung ernsthaft als Problemfall in Betracht kommt. Denn hier ist, wie eben dargelegt,⁶¹² auf keiner Seite mit einer Beweissicherung zu rechnen. In diesem Fall aber § 1006 BGB zulasten des gegenwärtigen Besitzers anzuwenden, widerspricht genau dem gesetzgeberischen Schutzzweck der Regelung.⁶¹³ Behauptet der gegenwärtige Besitzer hingegen, gemäß § 931 BGB käuflich erworben zu haben, ohne dass der Voreigentümer zu dieser Zeit mittelbarer Besitzer war, konnte Letzterer festhalten, welches Geschäft wirklich stattgefunden hat. Beim angeblich späteren käuflichen Erwerb steht dem Voreigentümer zumindest das starke Indiz zur Seite, nie einen Kaufpreis erhalten zu haben. Beim Eigentumsvorbehalt kann der Voreigentümer schlicht Buch führen über die Ratenzahlungen. Was den Erwerb von einem Dritten angeht, so ist er in Sachen Beweissicherung stets in derselben schlechten Lage, einerlei ob der gegenwärtige Besitzer nun geltend macht, gleichzeitig oder versetzt Besitz und Eigentum erworben zu haben: Der Voreigentümer hat keinen Einblick in die Erwerbsvorgänge und kann daher die Vermutung kaum widerlegen, wenn nicht durch Abhandenkommen.

cc) Reibungen zwischen den Erwerbstatbeständen in Bezug auf § 1006 BGB

Die Zweifel an der herrschenden Auslegung nähren sich neben der schwierigen theoretischen Rechtfertigung auch aus inneren Reibungen, die die Einschränkung des § 1006 BGB erzeugt: So wird ein Hin- und Hergeben der Sache, das § 929 S. 2 BGB gerade vermeiden will, in Anbetracht der Vermutungswirkung doch aufs Neue erstrebenswert. Denn der Erwerber wird sonst der prozessualen Schutzwirkung des § 1006 BGB beraubt, wenn er die Sache zunächst gemietet oder geliehen hat und daher kurzer Hand erwirbt.⁶¹⁴ Beim Geheißerwerb wie-

⁶¹⁰ Als Einwand könnte noch dieser Erfahrungssatz stehen, der erst noch durch Beobachtung nachzuweisen wäre: Wer eine Sache verleiht, verschenkt sie nicht anschließend auch noch. Allerdings ist dieser Einwand bereits wohl nicht schlüssig. Denn trifft es so selten die Lebenswirklichkeit, dass jemand eine Sache vorläufig weggibt und irgendwann beschließt, der andere möge sie ganz behalten, weil er sie in der Zwischenzeit nicht mehr gebraucht habe, der andere aber offenbar schon?

⁶¹¹ *Krebs*, FamRZ 1994, 281, 283.

⁶¹² S. die zwei vorigen Absätze.

⁶¹³ Dazu s. sogleich Kapitel 3 D.I.1.c) bei Fn. 622.

⁶¹⁴ Den Erwerb gemäß § 929 S. 2 BGB sowie gemäß dem sogleich erörterten § 931 BGB beim Erwerb vom Besitzlosen kritisiert *M. Wolf*, JuS 1985, 941, 943 f.

derum hat das OLG München den Zwischenerwerb eines anderen für eine juristische Sekunde für unschädlich erachtet.⁶¹⁵ Damit führte das Gericht einen zweiten Zeitverlauf für denselben Vorgang ein: Während für die Eigentumserwerbskette selbst wesentlich ist, dass mit dem Besitzerwerb des Belieferten nacheinander die Erwerbe in der Kette ausgelöst werden, sollen hinsichtlich der Vermutungswirkung Besitz- und Eigentumserwerb gleichzeitig stattfinden. Streiten nun Zwischenhändler und Belieferter, wem die Vermutung zugutekommt, müsste § 1006 BGB in diesem Verhältnis unanwendbar sein, weil beide den Besitz in Bezug auf die Vermutung gleichzeitig erworben haben.⁶¹⁶ Andernfalls müsste man den Eigentumserwerb des Zwischenhändlers zeitlich vor den Besitzerwerb des Belieferten verlagern, wodurch man nicht nur mit § 929 S. 1 BGB bräche, sondern jenem noch dazu die Vermutungswirkung des gegenwärtigen und auch des früheren Besitzes nähme. Auflösen lässt sich auch diese Notlage bloß, indem man bei § 1006 BGB nicht mehr auf der Gleichzeitigkeit beharrt.

Ähnliche, schwerwiegende Brüche finden sich, vergleicht man die §§ 929a Abs. 1, 931 BGB beim Erwerb vom besitzlosen Veräußerer einerseits mit den entsprechenden Gutglaubenstatbeständen der §§ 932a, 934 Var. 2 BGB andererseits: Wer ein nicht eingetragenes Seeschiff oder irgendeine Sache durch Abtretung des Herausgabeanspruchs vom Besitzlosen erwirbt, dem steht die Eigentumsvermutung nur dann bei, wenn er zugleich dessen Nichtberechtigung geltend macht. Denn nur hier fallen Besitz und Eigentumserwerb zusammen. Wer vom Berechtigten erworben haben will, hat § 1006 BGB nicht an der Seite. Nun sind zwei Abhilfen denkbar. Die erste ist, die Erwerbsvermutung beim gutgläubigen Erwerb genauso dort auszuschalten, wo sie beim Erwerb vom Berechtigten fehlt. Das Argument dafür könnte sein, dass der Erwerb vom Nichtberechtigten nicht besser behandelt werden dürfe als der vom Berechtigten. Diese Sicht ist aber kaum überzeugend. Denn erstens steht der gutgläubige Erwerb dem vom Berechtigten nicht nach; die Rechtsposition des Erwerbers

⁶¹⁵ OLG München, Beschluss v. 19.08.2013 – 8 U 1102/13, BeckRS 2015, 963, Rn. 13: „Dass es danach zunächst zu einem Zwischenerwerb des Klägers für eine ‚juristische Sekunde‘ kam, steht einer Gleichzeitigkeit von Eigenbesitz- und Eigentumserwerb durch die Beklagte nicht entgegen.“

⁶¹⁶ Dagegen könnte man wie folgt argumentieren: Für den Zwischenhändler gelte nur § 1006 Abs. 2 BGB, weil er nun nicht mehr Besitzer ist. Damit spreche die Eigentumsvermutung nach Abs. 1 S. 1 für den Belieferten. Das übersieht aber, dass für die Zwecke des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB Zwischenhändler und Belieferter gleichzeitig erworben haben, was den Eigentumserwerb des Belieferten wegen des inneren Widerspruchs widerlegt, sodass es auf das Verhältnis von Abs. 1 und 2 nicht mehr ankommt. Dieser Gegensatz lässt sich nur auflösen, indem man doch ein Nacheinander annimmt. Das aber wiederum steht dem Erfordernis gleichzeitigen Erwerbs von Besitz und Eigentum entgegen.

Von Anfang an versagt vorstehender Erklärungsversuch übrigens im Verhältnis von zwei Zwischenhändlern. Denn beiden steht nur § 1006 Abs. 2 BGB bei, und die unterstellte Gleichzeitigkeit verhindert gerade, einem die jüngere Vermutung zuzusprechen.

ist in beiden Fällen gleichstark.⁶¹⁷ Zweitens höhle man mit dieser Angleichung die von der herrschenden Auslegung geforderte Gleichzeitigkeit durch ein weiteres ungeschriebenes Merkmal aus. Dabei würde dieses Merkmal auch noch in sich widersprüchlich angewendet, solange man den gutgläubigen Erwerb nicht insgesamt benachteiligen und mit den §§ 932a, 934 Var. 2 BGB auch die Vermutung beim Erwerb nach §§ 932, 933 und 934 Var. 1 BGB untersagen wollte. Damit würde § 1006 BGB hinsichtlich des abgeleiteten Erwerbs zu einer Schutzvorschrift nur des Erwerbs vom Berechtigten geschrumpft.

Die zweite Abhilfe ist, einseitig auf Gleichzeitigkeit zu verzichten und auch dem die Eigentumsvermutung zuzugestehen, der einen Eigentums- vor dem Besitzerwerb behauptet. Die Vermutungswirkung nützte folglich nur dem ursprünglichen Fremdbesitzer nicht mehr. Geht man sogar so weit, jeden Eigenbesitz genügen zu lassen, also auch denjenigen, der vor dem geltend gemachten Eigentumserwerb besteht, so lässt sich damit auch das obige Problem der fehlenden Gleichzeitigkeit beim Geheißerwerb einfangen.

dd) Zwischenergebnis: Das Gleichzeitigkeitsdogma ist nicht zu rechtfertigen

Nach alledem ist zwar nachvollziehbar, wieso die Rechtsprechung und Rechtswissenschaft darauf beharren, den § 1006 BGB auf eine Erwerbsvermutung einzuschränken. Es ist aber weder dogmatisch noch praktisch nachvollziehbar und auch nicht reibungsfrei möglich, die Vorschrift dabei dem gleichzeitigen Erwerb von Besitz und Eigentum zu unterwerfen.

Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, mehr als eine alternative Auslegung des § 1006 BGB anzudeuten;⁶¹⁸ allerdings kann sie prüfen, inwieweit die Regel auch als Publizitätswirkung einzuordnen ist, wenn man auf Gleichzeitigkeit verzichtet. Dass gute Gründe für diese Prüfung bestehen, haben die vorstehenden Zweifel an der herrschenden Auslegung gezeigt.

⁶¹⁷ Das anders zu sehen, erinnert an die mittlerweile aufgegebene Makeltheorie des Reichsgerichts, wonach der gutgläubige Erwerber deswegen einen Vermögensschaden erleidet, weil der Sache ein sittlicher Makel anhafte und er einem größeren Prozessrisiko ausgesetzt sei als andere Erwerber. Überblick bei Perron, in: Schönke/Schröder 2019, § 263 StGB, Rn. 111.

⁶¹⁸ Kernfragen dürften dabei sein, erstens wie man mit dem Schweigen des Vermutungsbegünstigten umgeht, zweitens wie man verhindert, dass der Vermutungsbegünstigte etliche Erwerbstatbestände behauptet, die der Belastete nicht alle widerlegen kann. Hierzu bereits Medicus, in: FS Baur 1981, 63, 67 f.; M. Wolf, JuS 1985, 941, 944. Quantz, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 157 spricht im Zusammenhang mit der zweiten Kernfrage von einer „unausgesprochenen ... Folgenabwägung“ der herrschenden Meinung, die durch ihre Gleichzeitigkeitsauslegung genau dieses Problem der Vielfachbehauptung verhindern will.

c) Die Vorschrift ist Publizitätswirkung nach herrschender und nach alternativer Auslegung

Der gegenwärtige Besitz ist das äußere Merkmal, an das die Vermutungswirkung knüpft. Dass dabei eigentlich Eigenbesitz gefordert wird, schadet zweifach nicht. Erstens wird dieser vermutet; zweitens steckt in der Behauptung, Eigentümer zu sein, stets zugleich auch der Eigenbesitzwille. Freilich ist der zweite Grund dann nicht anwendbar, wenn jemand dem Anspruch eines anderen damit begegnet, dass ein Dritter Eigentümer sei;⁶¹⁹ die Vermutungswirkung gilt insoweit nicht nur „zugunsten des Besitzers“, wie § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB besagt.⁶²⁰

Nach der herrschenden Auslegung folgt nun aus dem Beweis des Publizitätsmittels Besitz die Vermutung dafür, dass der Besitzer zugleich mit dem Besitzerwerb auch Eigentum erworben habe. Die Publizitätswirkung besteht also; sie ist nur wesentlich enger als die nach dem Wortlaut der Vorschrift, weil es dem Vermutungsgegner genügt, den Eigentumserwerb zum Zeitpunkt des Besitzerwerbs zu widerlegen. Der Alternativansatz ermöglicht dem Vermutungsbegünstigten, die Vermutungswirkung auch für einen anderen Eigentumserwerbszeitpunkt zu behaupten. Hier reicht die Publizitätswirkung also weiter, weil der Begünstigte durch weiteren Vortrag seinen Rechtsvorteil auf einen für ihn aussichtsreicheren Zeitpunkt beziehen kann. Zur Einschränkung durch § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB gilt bei beiden Auslegungsvarianten dasselbe wie bei der reinen Wortlautauslegung.⁶²¹

Die Materialien unterstützen das Verständnis als Publizitätswirkung in beiden Formen; sie dachten bei der Eigentumsvermutung an den Schutz des gegenwärtigen Eigentümers bei der Herausgabeklage: Es gefährde diesen, „den oft schwierigen Beweis seines Eigentumserwerbs nicht führen“ zu können; das von ihm zu verlangen, „werde der natürlichen Auffassung von der Bedeutung des gegenwärtigen Besitzes nicht gerecht.“⁶²² Was mit dem zweiten Textausschnitt gemeint ist, bleibt isoliert betrachtet dunkel. Historisch gesehen wird man darin die anerkannte Eigentumsvermutung durch gegenwärtigen Besitz sehen müssen, die auf den Glossator Placentinus zurückgeht, in Art. 2276 Cc⁶²³

⁶¹⁹ So zuletzt in einem Fall zum besitzlosen Vermieterpfandrecht BGH, Versäumnisurteil v. 03.03.2017 – V ZR 268/15, NJW-RR 2017, 1097 m.N. der weiteren BGH-Rechtsprechung.

⁶²⁰ Ob diese Auslegung der Rechtsprechung korrekt ist, spielt für die Frage der Publizität keine wesentliche Rolle. Sie zu bejahen, bedeutet schlicht, den persönlichen Schutzbereich der Vorschrift auf Nicht(eigen)besitzer zu erweitern, hat aber keine Bedeutung dafür, ob sie als Publizitätswirkung einzuordnen ist oder nicht. Es geht nur um ihre Reichweite, dazu s. sogleich u. Kapitel 3 D.I.1.e).

⁶²¹ S.o. Kapitel 3 D.I.1.a) bei Fn. 593.

⁶²² Protokolle III, 4052, 1. Teil im Rahmen des § 1006 BGB.

⁶²³ Dazu s.u. Kapitel 3 D.III.

ihren Höhepunkt gefunden hat und sich auch mit engerem Anwendungsbereich schon in § 825 des Entwurfs I⁶²⁴ findet.⁶²⁵

Fest steht jedenfalls, dass die 2. Kommission den gegenwärtigen Besitzer dadurch gegen das Herausgabeverlangen schützen wollte, dass sie ihm ohne weiteres die Eigentumsvermutung an die Seite stellte.⁶²⁶

*d) Auch Quantz' Gegenmodell hindert nicht,
§ 1006 BGB als Publizitätswirkung zu betrachten*

Quantz argumentiert zuerst, warum § 1006 BGB keine Publizitätswirkung sei (i); anschließend legt er die Vorschrift wortlautgetreu als Zustandsvermutung aus (ii).⁶²⁷

(i) Für *Quantz* fällt § 1006 BGB schon deshalb als Publizitätswirkung aus, weil er hierunter nur Wirkungen verstehen will, in denen jemand über ein Rechtsverhältnis getäuscht wird, also beispielsweise beim gutgläubigen Erwerb über das Eigentum des Veräußerers; im Prozess hingegen werde über dieses Rechtsverhältnis gerade gestritten, eine Täuschung sei daher ausgeschlossen.⁶²⁸ Diese Arbeit legt hingegen ein weiterreichendes Verständnis zugrunde, nämlich dass die Publizitätswirkungen jeden Rechtsvorteil umfassen, der an ein äußeres Zeichen knüpft.⁶²⁹ *Quantz'* Sicht verengt sich unnötig auf die Gutgläubigkeit des Begünstigten und erklärt nicht, warum das deutsche Recht andere Arten von Rechtsvorteilen ausschließen sollte.⁶³⁰ Diese Sichtweise kann so den Vorteil der Eigentumsvermutung nicht mehr fassen, obwohl jemand zumindest vorläufig als Eigentümer behandelt wird, der bloß den Besitz nachweist.⁶³¹

Weiter argumentiert *Quantz*, bei der Beweislastregel gehe es nie um eine absolute, sondern stets nur eine relative Wirkung gegenüber der anderen Pro-

⁶²⁴ Dazu s.o. Kapitel 3 B.II.1.c) bei Fn. 510.

⁶²⁵ Zu alldem *Kiefner*, SavZ, Rom. Abtlg. 1962, 239, passim.

⁶²⁶ Protokolle III, 4052, 2. Teil im Rahmen des § 1007 BGB.

⁶²⁷ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 155–190; Zustandsvermutung nach eigener Aussage (S. 170). Gleichwohl mag man hieran zweifeln, weil er im Rahmen der von ihm eingeführten sekundären Behauptungslast wieder auf den Streit um Erwerbstatbestände zielt.

⁶²⁸ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 155, 27.

⁶²⁹ S. bereits o. Kapitel 2 D.I.

⁶³⁰ Etwa wäre auch so von vornherein ausgeschlossen, die §§ 946–950 BGB auf Publizitätswirkungen hin zu untersuchen. Genau das geschieht aber, *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 145–148.

⁶³¹ Ein anderes Verständnis hätte mutmaßlich *Quantz'* Kernthese gefährdet, das Fahrnisrecht kenne keine Publizität. Indem er § 1006 BGB nämlich als Zustandsvermutung auslegt, folgt hieraus eine Publizitätswirkung mit weiterreichender Schutzwirkung des Begünstigten als nach herrschender Auslegung.

zesspartei.⁶³² Dieser Vortrag geht doppelt fehl. Einerseits liegt es nicht an § 1006 BGB, sondern § 325 Abs. 1 ZPO, dass sich die Vermutungswirkung durch das Urteil nur relativ auswirkt; geltend machen kann der Besitzer die Regelung gegenüber jedermann. In der Vorschrift selbst wirkt vielmehr allein die Einschränkung durch Abs. 1 S. 2 BGB relativ; umgekehrt verstärkt das sogar die absolute Wirkung der Vermutung, weil ein anderer dem Besitzer nicht entgegenhalten kann, die Sache sei einem Dritten abhandengekommen. Andererseits ist die Rede von der relativen Wirkung gegenüber einer anderen Partei auch deswegen irreführend, weil bei allen Publizitätswirkungen regelmäßig nur die Wirkung gegenüber einer anderen Person in Frage steht und nicht die Wirkung gegenüber jedermann.

(ii) Anschließend entwirft *Quantz* ein Modell des § 1006 BGB entgegen der herrschenden Auslegung.⁶³³ Hiernach wird der Eigenbesitz nicht vermutet, sondern der Besitzer muss ihn nachweisen. Auswirkungen hat das nur, wo jemand sich auf das Eigentum eines anderen beruft; denn ihm kommt gegen den Dritten nicht automatisch die Eigentumsvermutung zugute, indem er nur den Besitz des anderen nachweist.⁶³⁴ Kann der Vermutungsgegner nicht beweisen, dass ihm die Sache abhandengekommen ist, § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB, so muss er behaupten, nicht an den Besitzer übereignet zu haben. In diesem Fall muss wiederum der Besitzer qualifiziert bestreiten, indem er die Umstände seines Erwerbs vorträgt. Diese muss dann der Vermutungsgegner widerlegen.

Mit seiner Sicht geht *Quantz* vom Vermutungsinhalt ab, dass Eigentum und Besitz gleichzeitig erworben wurden,⁶³⁵ und löst so die Reibungen zwischen den einzelnen Erwerbsstatbeständen.⁶³⁶ Zugleich benachteiligt er denjenigen, der die sekundäre Behauptungslast nicht erfüllen kann, weil er nicht (mehr) weiß, wie und wo er das Eigentum erworben hat. Außerdem machen *Quantz*' Erwägungen den Eindruck, dass er das Beweismaß senken will, um die Eigentumsvermutung zu widerlegen.⁶³⁷ Bei aller Zuversicht, über die sekundäre Behauptungslast zu gerechten Ergebnissen zu gelangen, übersieht er wohl, welche

⁶³² *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 155.

⁶³³ Zusammengefasst bei *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 184 f.

⁶³⁴ S. dazu *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 187 f.

⁶³⁵ Erstaunlicherweise dreht *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 164 f. Publizitätsmerkmal und Vermutungsinhalt um, indem er behauptet, nach h.M. knüpfe § 1006 BGB an den Moment des Besitzwechsels an. Tatsächlich aber knüpft die h.M. an den bestehenden Besitz und vermutet nur auf Rechtsfolgende, dass im Zeitpunkt des Wechsels auch Eigentum erworben wurde, s.o. Kapitel 3 D.I.1.b)aa) bei Fn. 595.

⁶³⁶ Dazu s.o. Kapitel 3 D.I.1.b)cc).

⁶³⁷ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 181.

Schwierigkeiten die typischerweise fehlende Dokumentation bei unentgeltlichen Rechtsgeschäften mit sich bringt.⁶³⁸

Wer bei allen angebrachten Zweifeln *Quantz*' Auslegung folgt, wird § 1006 BGB als eine teils weiterreichende, teils engere und als schwächere Eigentumsvermutung verstehen. Weiter reicht sie insofern, als nicht nur vermutet wird, dass Eigentum und Besitz parallel erworben wurden, sondern der Vermutungsbegünstigte grundsätzlich jeden Erwerbstatbestand als Vermutungsinhalt geltend machen kann. Enger ist die Vermutung allerdings, was ihren persönlichen Schutzbereich betrifft. Denn Eigenbesitz wird nicht vermutet; wer sich also nicht mit eigenem Eigenbesitz verteidigt, muss den eines anderen beweisen. Schwächer ist die Vermutung in der Hinsicht, dass dem Begünstigten im Bestreitensfall eine sekundäre Behauptungslast obliegt, die ihn zwingt, die Umstände seines Erwerbs darzulegen.⁶³⁹ Kann er das nicht, geht die Vermutungswirkung ihm schon verloren, ohne dass es eines Gegenbeweises bedürfte. Es zeigt sich also, dass auch nach *Quantz*' Gegenmodell § 1006 BGB eine Publizitätswirkung ist, weil der (Eigen-)Besitz grundsätzlich genügt, um die Eigentumsvermutung für sich zu haben.

e) Der begrenzte persönliche Schutzbereich wirkt sich im Wesentlichen nur beim bereicherungsrechtlichen Verwendungsersatz aus

In persönlicher Hinsicht wäre § 1006 BGB als Publizitätswirkung umfassend, wenn jedermann sich auf die Vermutungswirkung berufen könnte, so wie es § 891 Abs. 1 BGB vorsieht. Der Wortlaut des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB gilt im Gegensatz zur schweizerischen Parallelvorschrift in Art. 930 ZGB⁶⁴⁰ allerdings nur „zugunsten des Besitzers“. Folglich wird jedenfalls den materiellen Erwerbswirkungen eine prozessuale Schutzwirkung beigeordnet, indem der Erwerber über die Berechtigung des Veräußerers hinaus vom Beweis der Tatbestandsmerkmale befreit wird. Die Rechtsprechung hat den Schutz dahingehend erweitert, dass er nur nicht zulasten des Besitzers gelten solle.⁶⁴¹ So kann sich im Verhältnis zu Dritten auf § 1006 BGB berufen, wer seinen Besitz vom

⁶³⁸ Dazu ausführlich o. Kapitel 3 D.I.1.b)bb). *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 181 begnügt sich mit der leichteren Frage, wie wahrscheinlich eine Übereignung sei, während ein Mietvertrag noch laufe.

⁶³⁹ Im Gegensatz zum oben angedeuteten Modell gilt das selbst dann, wenn er sich auf einen Parallelserwerb beruft. Nach obigem Modell ist dem Besitzer nur eine weitere Behauptungslast aufzuerlegen, soweit er einen ungleichzeitigen Erwerb geltend macht; ohne Vortrag wird der Parallelserwerb vermutet.

⁶⁴⁰ *Stark/Lindenmann*, in: Berner Kommentar 2016, Art. 930 ZGB, Rn. 37, wonach der Prozessgegner des Besitzers sich auf dessen Eigentum berufen kann, wenn er seine Ansprüche darauf stützt.

⁶⁴¹ Zusammenfassung bei: *Thole*, in: Staudinger BGB 2019, § 1006 BGB, Rn. 66 f.

Eigenbesitzer ableitet⁶⁴² und wer Gläubiger des Besitzers ist und sein Pfandrecht gegen die Herausgabeklage des Dritten verteidigt.⁶⁴³

Da die Vermutungswirkung letztlich bloß nicht zulasten des Besitzers wirken soll, könnte man zwar weiter vermuten, dass dem gutgläubig an den Besitzer Leistenden neben § 851 BGB (analog) auch prozessual ein Schutz zukomme. Der Gedanke ist aber zu Recht nirgends diskutiert. Denn § 851 BGB bedarf keines prozessualen Gegenstücks, weil ein § 1006 BGB mit Drittbegünstigung keinen Vorteil gegenüber jener Regelung bietet.⁶⁴⁴ Zu beweisen, dass er geleistet hat, wird dem Erfüllenden nicht erspart. Die Schutzwirkung des § 851 BGB besteht im Übrigen gerade darin, dass er bereits an den Besitz knüpft,⁶⁴⁵ sodass insoweit die Eigentumsvermutung schwächer und hinfällig ist, weil widerlegbar. Schließlich ist auch der gute Glaube nicht zu beweisen, sondern wird vermutet; widerlegt der wahre Eigentümer diesen aber, so ginge damit auch eine Erfüllungsvermutung verloren. Liest man den § 851 BGB also als Grundnorm der Erfüllungs- und Verfügungswirkungen, wie hier vorgeschlagen, so ist unschädlich, dass § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB nur zugunsten des Besitzers gefasst ist. Will man ihn eng als Ausnahmenvorschrift fassen,⁶⁴⁶ so sollte die Eigentumsvermutung zugunsten des Erfüllenden wirken, der auf eine Bereicherungsforderung des Eigentümers an den Besitzer leistet.⁶⁴⁷

Eine Schutzlücke lässt sich allerdings in Richtung Forderungswirkung⁶⁴⁸ ausmachen: Was das Deliktsrecht betrifft, besteht zwar kein Bedarf, den § 1006 BGB zu erweitern, weil das Gesetz bei gefährlichen Sachen schon materiell nicht ans Eigentum, sondern die Gefahrbeherrschung knüpft. Als Problem hingegen erweisen sich die Verwendungsersatzansprüche. Betreffend die Verwendungskondition aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 2, gegebenenfalls in Verbindung mit § 951 Abs. 1 BGB, muss der Verwender das Eigentum seines Anspruchsgegners nachweisen.

Verzwickelt hingegen ist die Lage beim Verwendungsersatz gemäß §§ 994, 996 in Verbindung mit 1001 BGB. Die Vorschriften dienen als Parafall da-

⁶⁴² Grundlegend: RG, Entscheidung v. 23.09.1931 – V 104/31, HRR 1932, Nr. 234.

⁶⁴³ Zum Pfändungspfandrecht im Rahmen des § 771 ZPO BGH, Urteil v. 16.10.2003 – IX ZR 55/02, BGHZ 156, 310, juris-Rn. 22; zum Inventarpfandrecht nach dem Pachtkreditgesetz BGH, Urteil v. 07.10.1970 – VIII ZR 207/68, BGHZ 54, 319, juris-Rn. 20; zum Vermieterpfandrecht BGH, Versäumnisurteil v. 03.03.2017 – V ZR 268/15, NJW-RR 2017, 1097, Rn. 11. Für einen dritten Anwendungsfall s.u. Kapitel 3 D.I.3.

⁶⁴⁴ Zu einem Anwendungsfall im Vorfeld des § 851 BGB s. gleichwohl u. Kapitel 3 D.I.3.

⁶⁴⁵ Auch fragt sich nicht, ob der Eigenbesitz zu vermuten ist. Denn wer die Leistung annimmt, tritt dadurch als Eigenbesitzer auf.

⁶⁴⁶ Dazu s. die Nachweise o. in Kapitel 3 B.II.2 Fn. 520.

⁶⁴⁷ Dieser Fall ist, wie gesehen, in der Rechtsprechung bislang nicht aufgetaucht und wird in der Literatur nicht diskutiert. Grund dafür dürfte sein, dass die Frage des § 851 BGB analog praktisch bislang nicht aufgeworfen wurde; erst recht bestand daher wohl kein Anlass, dessen Beweislastverteilung zu klären.

⁶⁴⁸ Dazu s.o. Kapitel 3 C.I.

für, dass der Gläubiger das Eigentum zulasten des Besitzers beweisen muss.⁶⁴⁹ Prüft man den Fall näher, offenbart er schwere Unstimmigkeiten: Zunächst findet sich der Verwender nur dann in der Beweislast, wenn er die Sache bereits herausgegeben hat. Macht er nämlich die Ansprüche in der Form eines Zurückbehaltungsrechts nach § 1000 S. 1 BGB geltend, so muss im selben Moment der Vindikant für den Anspruch nach § 985 BGB sein Eigentum behaupten; der Vindikant kann folglich nicht das Zurückbehaltungsrecht des Verwenders damit bestreiten, er sei kein Eigentümer. Gibt der Verwender zwischenzeitlich aber die Sache zurück, so soll er nicht nur das Insolvenzrisiko, sondern auf einmal auch die Beweislast für das tragen, was er vorher nicht hätte beweisen müssen, weil der Vindikant sich sonst im selben Moment widersprochen hätte. Was daraus folgt, dass man den nachgelagerten Widerspruch erlaubt, ist unsinnig: Bestreitet der besitzende Vindikant sein Eigentum gegenüber dem Verwendungsersatzanspruch, kann der Verwender keinen Ersatz mehr fordern, dafür aber nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB den Besitz an der Sache zurück, weil der Vindikant mit seiner Leugnung behaupten muss, nicht Eigentümer zu sein und daher keinen Anspruch aus § 985 BGB gehabt zu haben. Wegen seiner Rechtsnachfolge in die Passivlegitimation gemäß § 999 Abs. 2 BGB hilft es dem Vindikanten auch nicht vorzutragen, er sei zwar früher nicht, aber mittlerweile Eigentümer, weil auch dann der Verwendungsersatzanspruch besteht. Als Argument für die Beweislast des Verwenders lässt sich schließlich nicht anführen, der Vindikant könne doch zwischenzeitlich übereignet haben; denn in diesem Fall wäre er nicht mehr (Eigen-)Besitzer und § 1006 BGB ohnehin ausgeschlossen. Um das Hin und Her zu vermeiden, bietet sich als Lösung, den Vindikanten an seiner früheren Eigentumsbehauptung festzuhalten, was schlicht bedeutet, § 1006 BGB auch nachgelagert gegen den anzuwenden, der sich früher einmal darauf berufen hat und immer noch Besitzer ist.

Anders verwickelt sich die Lage, wenn der vermeintliche Vindikant sich später darauf beruft, nie Eigentümer gewesen zu sein, sondern von Anfang an den Besitz nur kondiziert zu haben, z.B. im Rahmen eines doppelniechtigen Kaufvertrags über eine gestohlene Sache. Hier wird die Anspruchsgrundlage verschoben von §§ 994, 996, 1001 BGB in § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB wegen Zuvielleistung, nämlich eines Zurückbehaltungsrechts gegenüber dem wahren Eigentümer gemäß §§ 994, 996, 1000 BGB. Weil das Zurückbehalt-

⁶⁴⁹ Das Beispiel geht zurück auf *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 22 III, S. 67 f. *Schanbacher*, in: NomosKommentar BGB 2022, § 1006 BGB, Rn. 18 wendet ein, die Vermutungswirkung versagte in diesem Fall ohnehin, weil feststehe, dass der Besitzer, wenn überhaupt, bereits vor der Wiedererlangung und damit ungleichzeitig Eigentümer geworden ist. Das überzeugt auch nach der herrschenden Auslegung kaum. Denn der vermeintliche Eigentümer kann sich in eigener Sache auch auf die Vermutung des § 1006 Abs. 2 BGB stützen, die dann wiederum der Verwender widerlegen muss. Nur weil später der Besitz wiedererlangt wird, während Eigentum schon besteht, wird dadurch nicht eine Eigentumsvermutung ausgeschlossen, die auf früherem parallelem Erwerb beruht.

tungsrecht an den Besitz gekoppelt ist, kann der vermeintliche Vindikant es nicht herausgeben; der Wertersatz gemäß § 818 Abs. 2 BGB entspricht dem der §§ 994, 996 BGB; allerdings bleibt die Gefahr der Entreicherung.

Dass § 1006 BGB nicht auch zulasten des Eigentümers gilt, ist neben der Verwendungskondition noch in der kaum vorstellbaren, aber geschehenen Konstellation entscheidend, in der jemand eine Sache übereignet hat, der jetzige Besitzer aber nicht deren Eigentümer sein will und auf beiden Seiten kein Interesse besteht, die Sache zu derelinquieren: So begehrte der Künstler Michael Ostwald, dass das LG Berlin feststelle, die Berliner Akademie der Künste sei Eigentümer seines Gemäldes „Der leidende Mensch“ (76,5 auf 12 Meter)⁶⁵⁰.⁶⁵¹ Hätten die gerichtlichen Erwägungen nicht ohnehin ergeben, dass die Parteien nur einen Verwahrungsvertrag geschlossen hatten, hätte sich der Kläger auch nicht auf § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB berufen können.⁶⁵²

Nach allem mag also die herrschende Auslegung darauf beharren, den Besitzer vor einer Eigentumsvermutung zu seinen Lasten zu schützen. Ob die Vermutung aber zu seinen Lasten gilt oder nicht, macht nur bei der Verwendungskondition einen Unterschied;⁶⁵³ in den übrigen Fällen wirkt sich die fehlende Vermutung bloß dahin aus, dass sie dem geglaubten Eigentümer in einer sonderbaren Lage einen Entreicherungseinwand gewährt und dem Besitzer kein Eigentum aufdrängt, wenn beide Parteien keines haben, es aber auch nicht aufgegeben wissen wollen.

f) Zwischenergebnis: § 1006 BGB als umfassend wirkende Publizitätswirkung in jeder dargelegten Auslegungsvariante

Nach ihrem Wortlaut ist die Vorschrift ohne weiteres eine Publizitätswirkung: Wer seinen Besitz beweist, dessen Eigentum wird vermutet. Die herrschende Auslegung beschränkt die Vorschrift darauf, dass nur der gleichzeitige Erwerb von Besitz und Eigentum vermutet werde. Aber weder ihr Hinweis auf §§ 929 ff. bzw. 1006 Abs. 1 S. 2 BGB noch die typische Dokumentationslage zwi-

⁶⁵⁰ Foto von Friedhelm Denkeler aus dem Jahr 1969: <http://www.journal.denkeler-foto.de/2015/03/der-leidende-mensch-am-europa-center/>, zuletzt abgerufen am 13.01.2024.

⁶⁵¹ LG Berlin, Urteil v. 05.02.1990 – 9 O 176/89, NJW 1992, 1327. Der Rechtsstreit kam deswegen zustande, weil wegen seiner Größe keine Partei das Bild lagern wollte. So weit, das Eigentum am Gemälde hilfsweise aufzugeben, wollte die Akademie aber wohl auch nicht gehen.

⁶⁵² In den Erwägungen vorgezogen LG Berlin, Urteil v. 05.02.1990 – 9 O 176/89, NJW 1992, 1327, juris-Rn. 38; *Krampe*, NJW 1992, 1264, 1265 f. übersieht in seiner Urteilsbegründung, dass mit § 1006 BGB auch der Eigenbesitz vermutet wird und die Akademie diesen hätte widerlegen müssen.

⁶⁵³ Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit zu erörtern, ob die Beweislast auf Seiten des besitzlosen Verwenders gerecht ist. Daher nur so viel: Eine Rechtfertigung dafür ist bislang nirgends vorgetragen. Dagegen spricht jedenfalls, dass der Fremdbesitzer ohne weiteres in der Lage sein dürfte, dem Verwender seinen Oberbesitzer zu nennen.

schen den Parteien rechtfertigen diese Sichtweise. Im Gegenteil lässt die unerklärliche unterschiedliche Behandlung der rechtsgeschäftlichen Erwerbstatbestände im Verhältnis zu § 1006 BGB weiter an ihr zweifeln. Als Lösung zeigt sich immer wieder, vom Erfordernis der Gleichzeitigkeit abzugehen.

Sowohl in der herrschenden Auslegung mit als auch nach dem alternativen Verständnis ohne Gleichzeitigkeitserfordernis ist § 1006 BGB als Publizitätswirkung zu verstehen. Denn beide knüpfen an das Publizitätsmittel Besitz eine mehr oder minder weitreichende Vermutung des Eigentumserwerbs. Dem steht nicht *Quantz'* Argumentation entgegen, bei der Eigentumsvermutung handele es sich schon deswegen nicht um eine Publizitätswirkung, weil niemand über die Berechtigung eines anderen getäuscht werde. Denn der Publizitätsbegriff erfasst darüber hinaus jeden Rechtsvorteil, der an ein äußeres Zeichen knüpft. So gesehen beschreibt auch *Quantz'* anschließendes Modell von § 1006 BGB als einer Zustandsvermutung eine Publizitätswirkung.

Auf § 1006 BGB kann sich nicht jedermann berufen, weil die Vorschrift nicht zulasten des Besitzers wirken darf. Praktisch muss deswegen indes bloß das Eigentum des Besitzers beweisen, wer eine Verwendungskondition geltend macht.

2. §§ 1065, 1227 BGB erstrecken die Wirkung des § 1006 BGB auf Nießbrauch und Pfandrecht

Über die §§ 1065, 1227 BGB erstreckt sich die Vermutung des § 1006 BGB auch auf Nießbrauch und Pfandrecht.⁶⁵⁴ Trägt der Besitzer vor, Nießbraucher zu sein, so kommt ihm nach herrschender Auslegung die Vermutung zu, mit dem Besitzerwerb das behauptete Recht erlangt zu haben.⁶⁵⁵ Hierin liegt entsprechend der Eigentumsvermutung ohne Zweifel eine Publizitätswirkung.

Eine Publizitätswirkung gleicher Stärke hindert beim Pfandrecht nach der herrschenden Auslegung⁶⁵⁶ des § 1227 BGB dessen Akzessorietät: Unter anderem weil eine Parallele zu § 1138 BGB fehlt, der die Vermutungswirkung des § 891 BGB für die Hypothek auch auf die Forderung erstreckt, soll im Umkehrschluss der Pfandgläubiger für die Forderung voll beweispflichtig sein.⁶⁵⁷ Damit entlasten die §§ 1227, 1006 BGB den Pfandgläubiger nur davon, die Pfandrechtsbestellung nachzuweisen; der schlichte Schluss vom Zeichen auf

⁶⁵⁴ Für das Pfandrecht bestätigend BGH, Urteil v. 07.07.1969 – II ZR 261/67, WM 1969, 1233; OLG Stuttgart, Urteil v. 14.06.1972 – 13 U 21/72, Die Justiz 1972, 311, 312; OLG Hamburg, Urteil v. 31.10.1903, OLGE 8, 193; a.A. für den Eigentumsherausgabeanspruch KG, Urteil v. 05.11.1904, OLGE 10, 127 mit dem Argument, dass der Herausgabeanspruch das Pfandrecht nicht beeinträchtigt, § 1227 BGB aber nur in einem solchen Fall anwendbar sei.

⁶⁵⁵ *Pohlmann*, in: MünchKommBGB 2023, § 1065 BGB, Rn. 3.

⁶⁵⁶ *Huhn*, in: Beweislast-Hdb 2023, § 1227 BGB, Rn. 3 m.w.N.

⁶⁵⁷ *Habersack*, in: Soergel BGB 2001, § 1227 BGB, Rn. 2.

das Recht fehlt. Gleichwohl hindert die Akzessorietät nicht, die Vorschrift überhaupt als Publizitätswirkung einzuordnen. Denn der Pfandbesitz verhindert immerhin, sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 1204 BGB nachweisen zu müssen. Legt man § 1227 BGB so aus, dass für das Pfandrecht auch die Forderung nicht nachzuweisen ist,⁶⁵⁸ ist die Regelung als Publizitätswirkung genauso stark wie §§ 1065, 1006 BGB.

Dass die §§ 1065, 1227, 1006 BGB nur den gleichzeitigen Erwerb von beschränktem dinglichem Recht und Besitz vermuten, lässt sich nur schwerlich anhand der typischen Dokumentationslage rechtfertigen – allerdings aus anderen Gründen als bei der Eigentumsvermutung⁶⁵⁹: Typischerweise dürfte nämlich § 1006 BGB außen vor bleiben, weil die bestehende Dokumentation ausreicht, um nachzuweisen, ob ein Recht besteht. Einen Anhaltspunkt dafür liefert die Rechtsprechung. Dort hat die Vermutung von Nießbrauch und Pfandrecht fast keine Bedeutung.⁶⁶⁰ Weiter sind beim Pfandrecht die diskutierten Problemlagen fehlender Beweismittel wohl weitgehend ausgeschlossen, weil ein Pfandrecht im Rahmen eines entgeltlichen Geschäfts bestellt wird und damit neben der ohnehin schon zu beweisenden Forderung noch weitere Anhaltspunkte bestehen werden.⁶⁶¹ Ein Nießbrauch an einzelnen beweglichen Sachen kommt offenbar praktisch nicht vor, sondern nur an Sachgesamtheiten oder Grundstückszubehör;⁶⁶² in beiden Fällen liegt es fern, dass eine Dokumentation fehlt, gleich ob der Nießbrauch zusammen mit der Übergabe bestellt wird oder nicht. Denn bei der Sachgesamtheit wird die Vielzahl an Sachen wohl ein Verzeichnis nötig machen; beim Grundstückszubehör wird in der Regel ein notarieller Vertrag über das Grundstück bestehen, der auch den Nießbrauch am Zubehör regelt. Damit ergibt sich, dass der Verweis in §§ 1065, 1227 BGB auf

⁶⁵⁸ So *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 12 Rn. 92 Fn. 212; *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 1227 BGB, Rn. 5.

⁶⁵⁹ Dazu s.o. Kapitel 3 D.I.1.b)bb).

⁶⁶⁰ Eine juris-Recherche nach „§ 1065 BGB UND § 1006 BGB“ sowie „§ 1227 BGB UND § 1006 BGB“, Rechtsprechung, Stand: 13.01.2024, erbrachte ein Urteil zu § 1065 BGB, das aber § 1006 BGB im Urteilstext nicht erwähnt und § 1065 BGB nur in Zusammenhang mit §§ 1004, 906 BGB: KG, Urteil v. 26.03.2013 – 21 U 131/08, Grundeigentum 2013, 682, juris-Rn. 31, und ein Urteil zu § 1227 BGB, wo § 1006 BGB indes nur die Eigentumsvermutung des Pfandschuldners zugunsten des Pfandgläubigers betrifft: OLG Saarbrücken, Urteil v. 14.06.2007 – 8 U 157/06 - 39, 8 U 157/06, MDR 2008, 48, juris-Rn. 22.

S. aber zu §§ 1227, 1006 BGB noch die Entscheidungen o. in Fn. 654.

⁶⁶¹ Wer daher behauptet, die Sache bloß verliehen zu haben, hat wenig Aussicht darauf, den Prozess für sich zu entscheiden; so scheiterte auch der Kläger in OLG Stuttgart, Urteil v. 14.06.1972 – 13 U 21/72, Die Justiz 1972, 311, wobei die Fundstelle nicht näher ausführt, warum der Beweis des Klägers versagte.

⁶⁶² So jedenfalls *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 54 Rn. 2; ein Blick in die Kommentarliteratur unterstützt diese Vermutung: Zu § 1032 BGB finden sich etwa in J. von Staudingers und im Münchener Kommentar insgesamt bloß vier Urteile, das jüngste von 1954: *Pohlmann*, in: MünchKommBGB 2023, § 1032 BGB, Fn. 4.

§ 1006 BGB in den meisten Fällen entbehrlich sein dürfte; für eine Vermutung von Nießbrauch oder Pfandrecht besteht kein Bedarf.

3. § 1253 Abs. 2 BGB erspart den Beweis der Rückgabe

Gemäß § 1253 Abs. 2 BGB wird vermutet, der Pfandgläubiger habe das Pfand zurückgegeben, wenn der Verpfänder oder Eigentümer oder ein Dritter es besitzt, der den Besitz nach Entstehung des Pfandrechts von einem der beiden erhalten hat. Die Rückgabe bewirkt gemäß Abs. 1 S. 1, dass das Pfandrecht erlischt. Die Vorschrift ist in der Rechtsprechung bedeutungslos.⁶⁶³

Bei § 1253 Abs. 2 BGB handelt es sich um eine doppelt bemerkenswerte Publizitätswirkung. Denn hier liegt der Rechtsvorteil nicht darin, dass wegen des Besitzes an einer Sache vermutet wird, dem Zeicheninhaber stehe ein Recht zu. Stattdessen vermutet die Regelung erstens eine Tatsache, nämlich die Rückgabe.⁶⁶⁴ Hierdurch bleibt dem Besitzer als Zeicheninhaber erspart, das Herzstück des Tatbestands in § 1253 Abs. 1 S. 1 BGB zu beweisen. Das weitere Merkmal, dass der Verpfänder oder Eigentümer das Pfand erlangt hat, dürfte demgegenüber keine Probleme bereiten. Wegen der Vermutung der Rückgabe wird damit zweitens ohne wesentlichen weiteren Aufwand vermutet, dass ein Pfandrecht erloschen sei; aus der Tatsachenvermutung folgt also, parallel zu § 891 Abs. 2 BGB, die Vermutung, nicht dass ein Recht besteht, sondern dass es fehlt. Der Zeicheninhaber erhält somit den Rechtsvorteil, sich damit verteidigen zu können, dass sein Prozessgegner das Recht verloren habe, ohne dass er diesen Verlust voll beweisen muss.

Was die Rückgabevermutung zugunsten des Besitznachfolgers in § 1253 Abs. 2 S. 2 BGB angeht, so nutzt die Vorschrift nur dem Besitznachfolger des Eigentümers als Publizitätswirkung: Zwar ist der Besitz des Nachfolgers ein äußeres Merkmal, nicht aber die Stellung des Übergebers als Eigentümer oder Verpfänder. Denn bei dieser Stellung handelt es sich um kein äußeres Merkmal und auch keines, von dem der begünstigte Besitznachfolger sonst Kenntnis hätte, weil er es selbst verwirklicht. Dem Übergeber steht indes die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB zur Seite; darauf kann sich auch der Besitznachfolger als Fremdbesitzer berufen.⁶⁶⁵ Soweit der Besitznachfolger auch Rechtsnachfolger im Eigentum wird, unterstützt ihn § 936 Abs. 1 BGB gegen die Ansprüche des Pfandgläubigers, weshalb es grundsätzlich auf § 1253 Abs. 2 S. 2 BGB nicht ankommt. Erwirbt er bloß nach § 930 BGB und greift daher der Schutz durch § 936 Abs. 1 BGB mangels Übergabe nicht, sollten §§ 1253

⁶⁶³ Eine juris-Recherche nach „§ 1253 Abs. 2 BGB“, Rechtsprechung, Stand: 13.01.2024, erbrachte ein Urteil des Bundesfinanzhofs, das die Vorschrift im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht im Inland erörtert, BFH, Urteil v. 06.02.1985 – I R 87/84, BFH NV 1985, 104, juris-Rn. 21.

⁶⁶⁴ Dazu dogmatisch im Einzelnen *Rosenberg*, Die Beweislast, 5. Aufl. 1965, 202 f.

⁶⁶⁵ S.o. Kapitel 3 D.I.1.e).

Abs. 2 S. 2, 1006 Abs. 1 BGB wie beim Fremdbesitzer auch zu seinen Gunsten gelten.

Die Vorschrift wirkt daneben auch zugunsten eines nicht besitzenden Dritten; denn auf § 1253 Abs. 2 BGB kann sich mangels dem § 1006 BGB paralleler Formulierung „zugunsten des Besitzers“ jeder berufen. Der Anwendungsbereich in Bezug auf Nichtbesitzer ist denkbar klein: Er umfasst nur Fälle, in denen sich jemand gegen deliktische oder Bereicherungsansprüche des Pfandgläubigers damit verteidigen will, dass dieser mangels Pfandrechts nicht mehr aktivlegitimiert sei. Insoweit kann die Vorschrift ebenfalls mit Hilfe des § 1006 BGB als Publizitätswirkung gelten: So lässt sich auch im Vorfeld der Leistung an den Besitzer, wo § 851 BGB greift⁶⁶⁶, dessen Eigentum vermuten. Das hilft dem Begünstigten zumindest über den fehlenden Eigentumsnachweis hinweg; die Eigenschaft als Verpfänder lässt sich auch hier nicht vermuten.

Quantz bemerkt zu § 1253 Abs. 2 BGB, dieser drücke bloß die allgemeine Vermutung des freiwilligen Besitzverlusts aus.⁶⁶⁷ Im Ansatz sahen das die Motive ähnlich, indem sie äußerten, der Richter komme in freier Beweiswürdigung regelmäßig selbst schon dazu, die Rückgabe als bewiesen anzusehen, wenn der Eigentümer oder Verpfänder die Sache in den Händen halte.⁶⁶⁸ *Quantz*' Einschätzung vernachlässigt aber, dass es genügt, den Anscheinsbeweis zu erschüttern, um ihn zu widerlegen.⁶⁶⁹ Eine Tatsachenvermutung ist demgegenüber viel stärker, weil sie zwingt, den vollen Beweis des Gegenteils zu führen.⁶⁷⁰ Entsprechend blieben die Motive auch nicht beim naheliegenden Ergebnis im Rahmen der freien Beweiswürdigung stehen.

Auch die Gesetzesbegründung spricht dafür, die Vorschrift als Publizitätswirkung zu verstehen, weil sie unsichtbare Rechte möglichst verhindern wollte: Die Motive begründeten die Regelung ausgehend davon, dass ein Pfand mittels Besitzkonstitut unbedingt vermieden werden solle, insbesondere für Dritte aber die Rückgabe schwer zu beweisen sei. Ohne Vermutung komme man daher leicht zu unersichtlichen Pfandrechten.⁶⁷¹ Dem begegnet § 1253

⁶⁶⁶ S. dazu o. Kapitel 3 D.I.1.e).

⁶⁶⁷ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 194 ohne weiteren Nachweis.

⁶⁶⁸ Motive III, 840: „Wenn auch in einem solchen Falle bei der hohen Wahrscheinlichkeit, daß das Zurückgelangen des Pfandes gerade an den Eigenthümer auf einem Rückgabeakte und nicht auf einem ohne den Willen des Gläubigers eingetretenen zufälligen Ereignisse beruhe, der Richter schon von selbst kraft seiner freien Beweiswürdigung leicht dazu kommen kann, den Beweis der Rückgabe als geführt anzusehen, so spricht doch ein überwiegendes praktisches Bedürfnis dafür, eine solche Art der Beweiswürdigung sicherzustellen, obgleich der Entw. im Allgemeinen mit der Aufstellung von Vermuthungen über Thatsachen, welche aus anderen Thatsachen gefolgert werden, sparsam ist.“

⁶⁶⁹ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 114 Rn. 39.

⁶⁷⁰ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 113 Rn. 33: dieser Beweis des Gegenteils ist Haupt- und nicht Gegenbeweis.

⁶⁷¹ Motive III, 839 f.

BGB aber nicht mit dem groben Ansatz absoluter Publizität, dass nämlich das Pfandrecht stets verloren geht, wenn die Sache in die Hände des Eigentümers oder Verpfänders gelangt. Vielmehr lässt § 1253 Abs. 1 S. 1 BGB dafür eben nur die Rückgabe genügen; kommt die Sache abhanden, geht das Pfandrecht nicht verloren. Indem nun der Pfandgläubiger das Abhandenkommen wegen der Vermutungswirkung des Abs. 2 beweisen muss, verläuft § 1253 BGB parallel zum gutgläubigen Erwerb sowie der Eigentumsvermutung (§§ 935 Abs. 1, 1006 Abs. 1 S. 2 BGB).⁶⁷² Es findet sich also auch hier der Gedanke, dass ein Abhandenkommen die Publizitätswirkung zerstört, dass aber der Benachteiligte dieses darzulegen hat.

4. § 938 BGB schützt den Ersitzenden über die allgemeine Rechtsfortdauervermutung hinaus

Die praktisch unerhebliche Vorschrift des § 938 BGB⁶⁷³ ist eine Publizitätswirkung. Sie stärkt die Position des Ersitzenden über die allgemeine Rechtsfortdauervermutung⁶⁷⁴ hinaus für die Zwischenzeit, wenn er neben dem anfänglichen auch den Eigenbesitz zum Ende eines Zeitraums beweisen kann. Damit ähnelt die Vorschrift § 1253 Abs. 2 BGB insofern, als sie ein wahrscheinliches Ergebnis im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung durch eine Tatsachenvermutung absichert und somit die Erschütterung des Gegners nicht genügen lässt, sondern den vollen Beweis des Gegenteils fordert. Die Vermutung bietet damit einen Vorteil beim Beweis des Besitzes während der Ersitzungszeit. Fern liegt indes, dass sie auch beim Nachweis des Eigenbesitzwillens hilft. Denn hier hat der Ersitzungsgegner ohnehin gemäß § 937 Abs. 2 Var. 2 BGB darzulegen, dass der Ersitzende davon erfahren hat, nicht Eigentümer zu sein. Ein Anwendungsbereich bleibt damit bloß für den kaum denkbaren Fall, dass der Ersitzende beschließt, für einen anderen zu besitzen, ohne diesem die Sache zu veräußern, was nämlich den anderen zum neuen Ersitzenden machte (§§ 937, 943 BGB).

⁶⁷² Auf diese Parallele zum Abhandenkommen weist bereits hin: *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 194.

⁶⁷³ Eine juris-Recherche nach „§ 938 BGB“, Rechtsprechung, Stand: 13.01.2024, erbrachte vier Entscheidungen: OLG Nürnberg, Urteil v. 06.09.2017 – 12 U 2086/15, juris-Rn. 93 wendet die Vermutung schlicht an; OLG München, Urteil v. 06.04.2017 – 32 U 4844/15, juris-Rn. 25 erklärt § 938 BGB für fruchtlos, wo kein Eigenbesitz bewiesen sei; BGH, Urteil v. 08.02.2019 – V ZR 176/17, NJW 2019, 2016, Rn. 13 erwähnt die Vorschrift, um das Wort Zeitraum zu erklären; in OLG Hamm, Beschluss v. 13.10.2011 – 5 W 48/11, I-5 W 48/11, juris-Rn. 10 ist die Vorschrift ein Tippfehler, richtig hätte es heißen § 938 ZPO.

⁶⁷⁴ Hierzu s. *Tiedtke*, DB 1999, 2352 mit Verweis auf die Motive.

5. § 1362 BGB läuft den konkreten Besitzverhältnissen genau entgegen

§ 1362 Abs. 1 BGB begründet keine Publizitätswirkung. Vielmehr schaltet er die Vermutungswirkung des § 1006 BGB aus, um die Gläubiger eines Ehegatten zu schützen.⁶⁷⁵ Zwar knüpft § 1362 Abs. 1 BGB an den Besitz eines oder beider Ehegatten, ignoriert dann aber in der Rechtsfolge den hieraus ableitbaren Rechtsschein, indem er schlicht Schuldner Eigentum unterstellt. Die Eigentumsvermutung läuft damit gerade den konkreten Besitzverhältnissen entgegen. Es wird gerade nicht gemeinsames oder Eigentum des nichtschuldenden Ehegatten vermutet. So erschwert die Vorschrift die Drittwiderklage, indem sie dem Drittwiderkläger die Berufung auf § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB versagt.⁶⁷⁶ Ist der schuldende Ehegatte auch alleiniger Besitzer, braucht es § 1362 Abs. 1 BGB nicht; seine Wirkung entspricht der des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB.

Die Vermutung in § 1362 Abs. 2 BGB verschafft dem Begünstigten zwar den Rechtsvorteil der Eigentumsvermutung. Allerdings begründet der „ausschließlich persönliche Gebrauch“ kein äußeres und damit Publizitätsmerkmal. Entscheidend ist nämlich die Zweckbestimmung des Gebrauchs, für die Besitz und tatsächlicher Gebrauch – beides äußerliche Merkmale – indes nur Indizien sind; die h.M. spricht insoweit von einer konkreten Betrachtungsweise in jedem Einzelfall.⁶⁷⁷ Daher ist auch § 1362 Abs. 2 BGB keine Publizitätswirkung.

6. Zusammenschau: Sämtliche Vermutungswirkungen im Fahrnisrecht sind Publizitätswirkungen

Die Vermutungswirkungen unterscheiden sich von den bisher diskutierten Publizitätswirkungen strukturell, weil sie auf den Prozess ausgerichtet sind: Zwar gewähren sie wie die übrigen Wirkungen mit dem Besitz einen Rechtsvorteil, nämlich eine Tatsache oder die Tatbestandsmerkmale eines Rechtserwerbs nicht mehr beweisen zu müssen. Allerdings schützen allein die Vermutungswirkungen den Begünstigten zunächst nur vorläufig und erst in Verbindung mit der Rechtskraft endgültig. Weiter erfordern sie nicht, dass der Begünstigte gutgläubig ist.

Nach herrschender, enger Auslegung begründet § 1006 BGB eine Publizitätswirkung, indem er vermutet, dass gleichzeitig mit dem Besitzerwerb auch das Eigentum an der Sache erworben wurde. Geht man vom Gleichzeitigkeitsdogma ab, folgt daraus eine etwas weitergehende Publizitätswirkung, die nämlich den Rechtserwerb des Besitzers zum von ihm vorgetragenen Zeitpunkt vermutet.⁶⁷⁸ Auch in den §§ 1065, 1227 in Verbindung mit § 1006 BGB ste-

⁶⁷⁵ Weber-Monecke, in: MünchKommBGB 2022, § 1362 BGB, Rn. 4; Voppel, in: Staudinger BGB 2018, § 1362 BGB, Rn. 60 jeweils m.w.N.

⁶⁷⁶ Zum Einfluss auf die Vollstreckungsvermutung s.u. Kapitel 3 E.I.3.

⁶⁷⁷ Weber-Monecke, in: MünchKommBGB 2022, § 1362 BGB, Rn. 27 f. m.w.N.

⁶⁷⁸ S.o. Kapitel 3 D.I.1.

cken Publizitätswirkungen. §§ 1227, 1006 BGB ersparen, die Pfandrechtsbestellung nachzuweisen; der Forderungsnachweis bleibt. §§ 1065, 1006 BGB vermuten nach enger Auslegung den gleichzeitigen Besitzerwerb, nach weiteren zum vorgetragenen Zeitpunkt.⁶⁷⁹ § 1253 Abs. 2 BGB enthält mit der Vermutung der Rückgabe eine Tatsachenvermutung. Weil die Rückgabe zentrales Tatbestandsmerkmal des Abs. 1 ist, wird so mittelbar auch ein Rechtsvorteil vermutet, nämlich das Erlöschen des Pfandrechts.⁶⁸⁰ Genau wie § 1253 Abs. 2 BGB vermutet § 938 BGB ein tatsächliches Ergebnis, das im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung regelmäßig auch erreicht worden wäre. Die Vorschrift vermutet den Besitz in der Zwischenzeit, wenn der Ersitzende Anfangs- und Endbesitz beweisen kann. Auch sie ist daher Publizitätswirkung, indem sie den Nachweis des wesentlichen Tatbestandsmerkmals des zehnjährigen Besitzes in § 937 Abs. 1 BGB erleichtert.⁶⁸¹

Anders steht es bei den Eigentumsvermutungswirkungen im Familienrecht. Weder bei § 1362 Abs. 1 BGB noch bei Abs. 2 handelt es sich um eine Publizitätswirkung: Abs. 1 vernichtet die Wirkung des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB zugunsten des Gläubigerschutzes, wo der schuldende Ehegatte nicht alleiniger Besitzer ist. Abs. 2 enthält kein Publizitätsmerkmal, weil der persönliche Gebrauch des Ehegatten sich nach der konkreten Zweckbestimmung richtet.⁶⁸²

II. Österreich, § 323 ABGB

Das österreichische Recht kennt als Vermutungswirkung in § 323 ABGB die Vermutung des gültigen Titels des Besitzers. Das heißt, die Rechtmäßigkeit des Besitzes wird vermutet.⁶⁸³ Die Beschränkung auf einen Erwerbszeitpunkt wie nach herrschender Auslegung im deutschen Recht fehlt. Die Vermutung gilt auch für den Rechtsbesitzer, also den, der nicht als Eigentümer besitzt, und umfasst damit andere (dingliche) Rechte.⁶⁸⁴ Der Vorschrift wird in der Praxis jedoch wenig Bedeutung beigemessen, weil bei Klagen aus besserem Besitz nach § 372 ABGB sowie aus kurzer Ersitzung gemäß §§ 1460 ff. ABGB bereits der Kläger beweissbelastet sei.⁶⁸⁵

III. Frankreich, Art. 2276, 2264 Cc

Art. 2276 Cc ist nicht nur Wirkung des gutgläubigen Erwerbs, sondern dient auch als Vermutung. Ist etwa zwischen Parteien streitig, ob eine Sache nur verliehen oder gekauft war, so dient Art. 2276 Abs. 1 Cc dazu, den nach dem Ein-

⁶⁷⁹ S.o. Kapitel 3 D.I.2.

⁶⁸⁰ S.o. Kapitel 3 D.I.3.

⁶⁸¹ S.o. Kapitel 3 D.I.4.

⁶⁸² S.o. Kapitel 3 D.I.5.

⁶⁸³ *Kodek*, in: Klang ABGB 2011, § 323, Rn. 3.

⁶⁸⁴ *Kodek*, in: Klang ABGB 2011, § 323, Rn. 3.

⁶⁸⁵ *Holzner*, in: Rummel/Lukas ABGB 2016, § 323, Rn. 1.

heitsprinzip nötigen Titel für den Eigentumserwerb, hier einen Kaufvertrag, zu vermuten.⁶⁸⁶ Dabei schärfen die Vermutungen der Art. 2256 f. Cc im Sinne der herrschenden Auslegung des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB: Grundsätzlich wird Eigenbesitz vermutet, außer wenn der Erwerber zunächst Fremdbesitz hatte – dann wird dessen Fortbestand vermutet. Folglich ist es am Besitzer, für die Vermutungswirkung des Art. 2276 Abs. 1 Cc ursprünglichen Eigentumserwerb zu behaupten. Freilich muss Art. 2276 Abs. 1 Cc in dieser Hinsicht auch für Pfandrecht und Nießbrauch gelten.⁶⁸⁷ Eine Parallele zu § 938 BGB findet sich im französischen Recht für die Ersitzung in Art. 2264 Cc.⁶⁸⁸ Die Parallelvorschrift zu § 1253 Abs. 2 BGB betreffend die Rückgabe des Pfands, nämlich Art. 2076 Cc a.F., wurde mit der Reform des Rechts der Sicherheiten gestrichen.⁶⁸⁹ Die nun zentrale Vorschrift für die Drittwirksamkeit des Pfandrechts, Art. 2337 Abs. 2 Cc, die etwa eine Übergabe fordert, enthält keine Vermutungswirkung mehr. Soweit sich im französischen Recht aber Vermutungen finden, sind sie Publizitätswirkung derselben Güte wie im deutschen Recht.

E. Die Vollstreckungswirkungen

Die Vollstreckungswirkungen laufen parallel zu den Vermutungswirkungen:⁶⁹⁰ Einerseits schützen sie den Gläubiger im Verfahren. Andererseits sind auch sie (zunächst) nur vorläufig, weil dem Betroffenen frei steht, ihre Folgen rückgängig zu machen.

Es schließt sich die übliche Untersuchung an erstens auf ein Publizitätsmittel hin, zweitens auf dessen Verknüpfung mit der Begünstigung. Die jeweilige Vollstreckungswirkung ist Publizitätswirkung, wenn der Rechtsvorteil des Gläubigers an das Publizitätsmittel knüpft.

I. Deutschland, §§ 808 f., 739 ZPO

1. § 808 ZPO ist Publizitätswirkung

Gemäß § 808 Abs. 1 ZPO kann der Gerichtsvollzieher alle Sachen des Schuldners pfänden, die sich in dessen Gewahrsam befinden. Der Gewahrsam meint grundsätzlich die tatsächliche Sachherrschaft über die Sache und damit den

⁶⁸⁶ Mit mehreren Beispielen *Djoudi*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Revendication, Dezember 2021, Rn. 163.

⁶⁸⁷ Allgemein *Djoudi*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Revendication, Dezember 2021, Rn. 97.

⁶⁸⁸ *Grimonprez*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Prescription acquisitive, November 2022, Rn. 50.

⁶⁸⁹ Art. 56 Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

⁶⁹⁰ S. dazu o. Kapitel 2 D.I.4.

unmittelbaren Besitz,⁶⁹¹ gleich ob Fremd- oder Eigenbesitz.⁶⁹² Grundlage dessen ist die Formalisierung der Zwangsvollstreckung; diese ist an „äußerlich erkennbare Tatbestände gebunden“.⁶⁹³ Wer Gewahrsam innehat, bestimmt sich daher noch stärker anhand der äußerlich erkennbaren Herrschaftsverhältnisse.⁶⁹⁴ Dies wird etwa an einer Vollstreckungserinnerung gegen die Pfändung durch einen Gerichtsvollzieher deutlich, bei der die Antragstellerin auch zweitinstanzlich unterlag: Ohne Erfolg trug sie den Gewahrsam an einem Auto in einer Tiefgarage mit gekennzeichneten Parkplätzen vor, nachdem sie Fahrzeugschlüssel und Brief an sich genommen hatte, ohne allerdings den Wagen umzustellen. Das LG Frankfurt stellte fest, es genüge „nicht die tatsächliche Sachherrschaft schlechthin, sie muß vielmehr in einer äußerlich (leicht) erkennbaren Weise gerade der Person zugeordnet werden können, auf die es ankommt.“⁶⁹⁵ Ein solcher Gewahrsam sei dem Gerichtsvollzieher jedoch im Zeitpunkt der Pfändung nicht erkennbar gewesen.⁶⁹⁶ Im Gleichlauf hiermit meint auch die Literatur, dass ein Besitzdiener solange keinen Gewahrsam an einer Sache habe, wie die Besitzdienerschaft sich aus den Umständen folgern lasse.⁶⁹⁷ Jedenfalls ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass dem Gerichtsvollzieher die unmittelbar verfügbaren Informationen genügen müssen, um über die Besitzdienerschaft zu entscheiden.⁶⁹⁸ Die Abgrenzung im Einzelnen ist eine Detailfrage, die das hier gefundene Ergebnis im Grundsatz nicht erschüttert:⁶⁹⁹ Auch beim Gewahrsam handelt es sich um ein Publizitätsmittel.

Die zweite Voraussetzung der Publizitätswirkung, nämlich die Anknüpfung der Rechtsfolge an das Publizitätsmittel, ist ohne weiteres erfüllt: Befindet sich die Sache im Gewahrsam des Schuldners, kann der Gerichtsvollzieher sie pfänden, indem er sie in Besitz nimmt. So sichert er dem Gläubiger den Rechtsvorteil, mit der Vollstreckung fortfahren zu können, bis ein Dritter sich zur Wehr setzt. Es fehlt ein unsichtbares Merkmal wie das Abhandenkommen in § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB, das die Pfändung hindert.

⁶⁹¹ Würdinger, in: Stein/Jonas 2017, § 808 ZPO, Rn. 14.

⁶⁹² Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 51 Rn. 4.

⁶⁹³ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 5 Rn. 39.

⁶⁹⁴ Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 51 Rn. 4.

⁶⁹⁵ LG Frankfurt, Beschluss v. 17.12.1987 – 2/9 T 976/87, MDR 1988, 504, juris-Rn. 17.

⁶⁹⁶ LG Frankfurt, Beschluss v. 17.12.1987 – 2/9 T 976/87, MDR 1988, 504, juris-Rn. 23.

⁶⁹⁷ Würdinger, in: Stein/Jonas 2017, § 808 ZPO, Rn. 14; Lüke, in: Wieczorek/Schütze 2015, § 808 ZPO, Rn. 17 m.w.N., auch zur Gegenansicht.

⁶⁹⁸ Etwa OLG Düsseldorf, Beschluss v. 08.11.1996 – 3 W 454/96, MDR 1997, 142, juris-Rn. 9.

⁶⁹⁹ Lässt der Gewahrsam definitionsgemäß schon keine unsichtbaren Merkmale zu, gilt die entsprechende Kritik für den Besitz als Publizitätsträger unten in Kapitel 4 A. nicht.

2. § 809 ZPO als Publizitätswirkung bei beschränktem Prüfprogramm des Gerichtsvollziehers

Nach seinem Wortlaut erscheint § 809 ZPO zunächst auch als Publizitätswirkung. Es genügt der Gewahrsam des Gläubigers oder die Herausgabebereitschaft des Dritten, um die Sache zu pfänden. Das heißt, vom äußeren Merkmal Gewahrsam sowie von der (geäußerten) Zusage des Dritten schließt das Gesetz auf die Zuordnung zum Eigentum des Schuldners. Allerdings fordert die Mehrheit in der Literatur, dass der Gerichtsvollzieher prüft, ob die zu pfändende Sache dem Schuldner gehört.⁷⁰⁰ Ihre Kritiker verweisen auf den Wortlaut der Vorschrift, der nichts dergleichen vorsehe.⁷⁰¹ Das ungeschriebene Merkmal der Eigentumsprüfung macht die Publizitätswirkung zunichte, weil der Vorteil des geringeren Prüfungsumfangs hierdurch verloren geht. Zur Auseinandersetzung Stellung zu beziehen, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit; das Prozessrecht steht hier nicht im Mittelpunkt. Es muss daher der Hinweis genügen, dass ein erweitertes Prüfprogramm inkonsequent erscheint gegenüber der nur ausnahmsweisen Rechtsprüfung in § 808 ZPO und gegen die Formalisierung der Zwangsvollstreckung strebt, zumal der Gerichtsvollzieher kaum die Mittel haben dürfte, die Vermögenslage effektiv zu prüfen.⁷⁰² Sieht man den Gerichtsvollzieher entgegen der überwiegenden Ansicht nicht in der Pflicht, die Eigentumslage näher zu prüfen, liegt in § 809 ZPO eine Publizitätswirkung.

3. § 739 ZPO läuft dem äußeren Anschein genau zuwider

Im Rahmen der Gewahrsamsfiktion des § 739 ZPO muss der Gerichtsvollzieher die Voraussetzungen des § 1362 BGB prüfen, nämlich den Besitz eines oder beider zusammenlebender Ehegatten und, dass die Sachen nicht dem persönlichen Gebrauch des anderen Ehegatten dienen. Alle diese Merkmale sind äußere.⁷⁰³ In der Rechtsfolge wird der Gewahrsam des schuldenden Ehegatten angenommen, der wiederum den Weg für die Pfändung nach § 808 ZPO bereitet. Damit erhält der pfändende Gläubiger zwar den Rechtsvorteil der Pfändung. Gleichwohl handelt es sich nicht um eine Publizitätswirkung. Denn der Vorteil folgt nicht aus dem äußeren Merkmal des Besitzes, sondern läuft ihm entgegen:⁷⁰⁴ Ist der Schuldner Gewahrsamsinhaber und unmittelbarer Besitzer, bedarf es der Schutzwirkung des § 739 ZPO nicht; es gilt schlicht § 808 ZPO. Nur wenn er nicht (allein) den Gewahrsam innehat, muss § 739 ZPO eingrei-

⁷⁰⁰ *Flockenhaus*, in: Musielak/Voit 2023, § 809 ZPO, Rn. 6 m.w.N.; *Würdinger*, in: Stein/Jonas 2017, § 809 ZPO, Rn. 4 allerdings nur im Abschnitt über § 809 Var. 2 ZPO.

⁷⁰¹ *Seibel*, in: Zöller 2024, § 809 ZPO, Rn. 7.

⁷⁰² Das darf allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass Gerichtsvollzieher eine solche Prüfung offenbar dennoch in gewissem Rahmen vornehmen – auch bei § 808 ZPO, dazu s.u. Kapitel 4 D.I bei Fn. 406.

⁷⁰³ Näher s.o. Kapitel 3 D.I.5.

⁷⁰⁴ So bereits *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 197.

fen. In diesem Fall aber widerspricht die Vorschrift den Gewahrsamsverhältnissen: Es gilt der als alleiniger Gewahrsamsinhaber, der es erkennbar nicht ist. Die Vorschrift lässt damit nicht die materielle Berechtigung zugunsten eines erkennbaren Umstands zunächst ungeprüft; vielmehr entscheidet sie vorläufig entgegen dem konkreten äußeren Umstand aufgrund einer Erwägung des Gläubigerschutzes.

4. Zusammenfassung: Die §§ 808 f. ZPO sind Publizitätswirkungen; ein Vergleich von §§ 808 f. ZPO und § 1006 BGB

§ 808 ZPO knüpft die Pfändung an den Gewahrsam und damit im Wesentlichen schlicht den unmittelbaren Besitz,⁷⁰⁵ § 809 ZPO an den mit der Herausgabebereitschaft zur Schau gestellten unmittelbaren Fremdbesitz.⁷⁰⁶ § 739 ZPO begründet im Gegensatz dazu keine Publizitätswirkung; denn die Vorschrift schützt den Vollstreckungsgläubiger gerade entgegen den Gewahrsamsverhältnissen.⁷⁰⁷

An dieser Stelle bietet sich abschließend ein knapper Vergleich der §§ 808 f. ZPO mit § 1006 BGB an: Richtig wird in der Literatur darauf verwiesen, dass die Vorschriften auf demselben „Grundgedanken“ beruhen,⁷⁰⁸ weil vom äußeren Anschein vorläufig auf das Eigentum geschlossen wird. Echte Parallelen zwischen den Vorschriften finden sich indes nicht: Die BGB-Norm gilt nur zugunsten⁷⁰⁹, die ZPO-Vorschrift zulasten des Besitzers und sogar von Dritten.⁷¹⁰ Die Wirkung des § 808 ZPO ist nicht eingeschränkt auf den Erwerb; die Regelung schaut nur auf den unmittelbaren Besitz und ignoriert Fremdbesitz. Alles andere liefe auch einer effektiven Vollstreckung mittels Formalisierung zuwider. Für den mittelbaren Besitz gelten die §§ 809, 847 Abs. 1 ZPO, wobei im Falle der Pfändung des Herausgabeanspruchs nach § 847 Abs. 1 ZPO überhaupt keine Prüfung mehr vorgenommen wird und daher nicht die Rede

⁷⁰⁵ S.o. Kapitel 3 E.I.1.

⁷⁰⁶ S.o. Kapitel 3 E.I.2.

⁷⁰⁷ S.o. Kapitel 3 E.I.3.

⁷⁰⁸ So J. F. Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 12 zu § 808 ZPO; ähnlich Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 51 Rn. 12; zu weitgehend allerdings Werner, JA 1983, 617, 619, der meint, die §§ 808 f. ZPO konkretisierten § 1006 BGB; Goldschmidt, Zivilprozessrecht, 2. Aufl. 1932, § 88 1, S. 319 f. führt in diesem Zusammenhang aus, es finde bloß eine Prima-facie-Prüfung statt, die sich darauf beschränke, den „Rechtsschein“ festzustellen; Gruber, in: MünchKommZPO 2020, § 808 ZPO, Rn. 2 zieht die Parallele zu § 1006 auf einer tatsächlichen Ebene: Immerhin spreche „eine der Regelung des § 1006 BGB entsprechende Vermutung für die Übereinstimmung von Gewahrsam und Eigentum an der Sache.“

⁷⁰⁹ Dazu im Einzelnen s.o. Kapitel 3 D.I.1.e).

⁷¹⁰ Laut OLG Düsseldorf, Urteil v. 15.01.1992 – 1 U 43/91, OLGR 1992, 89, 90 kann der Vollstreckungsgläubiger sich allerdings im Rahmen der Drittwiderspruchsklage zulasten des Klägers auf § 1006 BGB berufen.

von einer Publizitätswirkung sein kann. § 808 ZPO ist die stärkere Publizitätswirkung als § 1006 BGB, weil jene Vorschrift nicht durch die Rechtsprechung eingeschränkt wird und der Gewahrsam wegen der geringen Prüfungsdichte des Gerichtsvollziehers im Zweifel etwas weiter gefasst ist als der unmittelbare Besitz.

II. Österreich, §§ 253, 262 EO

Die Vorschriften parallel zu §§ 808 f. ZPO sind die §§ 253, 262 Exekutionsordnung (EO). § 253 Abs. 1 S. 1 EO knüpft ebenfalls an die Gewahrsame des Vollstreckungsschuldners (sogenannten Verpflichteten), die eine „äußere Erscheinung der Herrschaft über einen Gegenstand nach Maßgabe der Verkehrsanschauung“⁷¹¹ bildet. Dafür soll aber auch die Vermittlung durch einen Dritten genügen, etwa Besitzdiener oder Besitzmittler, jedoch nur dann, „wenn klar erkennbar ist, dass der Dritte die Herrschaft ausschließlich im Interesse des Verpflichteten ausübt“⁷¹². Insofern dürfte der Gewahrsamebegriff des § 253 EO zwischen Gewahrsam und Besitz nach deutschem Recht liegen und somit die Vorschrift immer noch eine Publizitätswirkung sein, wenn auch keine so starke wie nach deutschem Recht. Ebenso bezieht sich § 262 EO auf die Herausgabebereitschaft des Dritten und enthält damit für die Einordnung als Publizitätswirkung dieselben Streitfragen wie § 809 ZPO. Wie diese im österreichischen Recht zu beantworten sind, ist mit einem Blick auf die Kommentarliteratur nicht klar,⁷¹³ die obigen Erwägungen zum deutschen Recht dürften entsprechend gelten.⁷¹⁴

III. Frankreich, Art. L221-1 Abs. 1, R221-9 Code des procédures civiles d'exécution

Im französischen Recht ist die Pfändung in den Art. L221-1 Abs. 1 und R221-9 Code des procédures civiles d'exécution geregelt.⁷¹⁵ Hiernach ist für die Pfändbarkeit einer Fahrnis gleich, ob sich diese im Gewahrsam des Schuldners

⁷¹¹ OGH, 23.05.1984 – 3 Ob 56/84, SZ 57, 99.

⁷¹² *Mohr*, in: Angst/Oberhammer 2015, § 253 EO, Rn. 9.

⁷¹³ *Mini*, in: Deixler-Hübner Juni 2022, § 262 EO, Rn. 3 stellt ausdrücklich fest, dass die Sache im Eigentum des Verpflichteten stehen müsse, was auf eine Prüfung deutet; *Mohr*, in: Angst/Oberhammer 2015, § 262 EO erwähnt diese Frage hingegen nicht.

⁷¹⁴ S.o. Kapitel 3 E.I.2.

⁷¹⁵ Art. L221-1 Abs. 1 lautet: „Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, après signification d'un commandement, faire procéder à la saisie et à la vente des biens meubles corporels appartenant à son débiteur, qu'ils soient ou non détenus par ce dernier.“

Art. R221-9 lautet: „La saisie peut être faite en tout lieu où se trouvent les biens mobiliers appartenant au débiteur même s'ils sont détenus par un tiers.“

oder eines Dritten („détenu par un tiers“) befindet, sondern es kommt nur auf das Eigentum des Schuldners an („appartenant à son débiteur“).

Eine besondere Regelung für die Pfändung beim Schuldner fehlt. Nach der Kommentarliteratur ist für die Pfändung beim Schuldner sein Besitz entscheidend.⁷¹⁶ Hier dürfte wegen der Vermutung der Art. 2256 f. Cc⁷¹⁷ grundsätzlich von dessen Besitz auszugehen sein, sobald er die Sache im Gewahrsam hat. Im Ergebnis dürfte eine Eigentumsprüfung entgegen dem Wortlaut des Art. R221-9 Code des procédures civiles d'exécution also doch entbehrlich sein, was wiederum deutlich für eine Publizitätswirkung spricht.

Im Rahmen der Pfändung bei einem Dritten hat dieser dem Gerichtsvollzieher zu erklären, welche Sachen er für den Schuldner innehat, Art. R221-21 Abs. 2 Code des procédures civiles d'exécution.⁷¹⁸ Eine Diskussion wie im deutschen Recht über die Eigentumsprüfung bei Drittgewahrsam ist hier ebenfalls nicht ersichtlich. Klar ist nur, dass der Gerichtsvollzieher nicht pfänden darf, wenn ein Dritter mit Gewahrsam an der Sache sein Eigentum behauptet, Art. 2276 Abs. 1 Cc.⁷¹⁹ Da der Besitz des Schuldners oder eine Erklärung des Dritten zählt, liegt auch hier eine Publizitätswirkung nahe.

F. Zusammenfassung

Dieses Kapitel hat erörtert, inwieweit die untersuchten Fahrnisrechte Publizitätswirkungen kennen. Dafür hat es geprüft, inwiefern ein Rechtsvorteil an ein Zeichen knüpft und nicht durch andere vom Begünstigten darzulegende, aber unsichtbare Merkmale gehindert wird. Das Kapitel hat für das deutsche, österreichische und französische Recht festgestellt, dass Verkehrsteilnehmer unter Anknüpfung vor allem an den Besitz vielfach geschützt werden. Im Einzelnen begründen von den Erwerbswirkungen unabhängig von einer Berechtigung der gutgläubige Erwerb, der Fruchterwerb, die Ersitzung sowie im deutschen Recht die Verarbeitung Publizitätswirkungen.⁷²⁰ Bei den Erfüllungswirkungen bildet

⁷¹⁶ *Leborgne/Salati/Guionard*, Code des procédures civiles d'exécution, 11. Aufl. 2023, Vor Art. L221-1, I.

⁷¹⁷ S. dazu bereits o. Kapitel 3 D.III.

⁷¹⁸ Die Vorschrift lautet: „(1) Sur présentation du commandement de payer signifié au débiteur et à l'expiration du délai de huit jours après sa date, prévu à l'article R. 221-10, le commissaire de justice peut saisir entre les mains d'un tiers les biens que celui-ci détient pour le compte du débiteur.

(2) Il l'invite à déclarer les biens qu'il détient pour le compte de celui-ci et, parmi ces derniers, ceux qui auraient fait l'objet d'une saisie antérieure.

(3) [...]“

⁷¹⁹ *Fricero*, in: Répertoire de procédure civile Dalloz Dezember 2011, Saisie-vente, Rn. 31.

⁷²⁰ S.o. Kapitel 3 A.

§ 851 BGB analog einen Auffangtatbestand für nahezu sämtliche Verfügungen gegenüber dem Besitzer an Stelle des in Wahrheit Berechtigten. Parallel kennt das österreichische Recht jedenfalls begrenzt eine Erfüllungswirkung im Rahmen des § 367 Abs. 1 ABGB analog; in Frankreich war eine solche nicht zu finden. Auch beim Pfandrecht und Nießbrauch finden sich im deutschen Recht Publizitätswirkungen.⁷²¹ Forderungswirkungen als Publizitätswirkungen kennt nur das deutsche Recht und das nur in § 1248 BGB.⁷²² Die Vermutungen von Eigentum, Pfandrecht und Nießbrauch schützen den Besitzer vorläufig davor, sein Sachenrecht darlegen zu müssen. Darüber hinaus kennen das deutsche Recht bei der Pfandrückgabe und das deutsche und französische beim Besitznachweis im Rahmen der Ersitzung Vermutungswirkungen.⁷²³ Schließlich sehen alle drei Rechtsordnungen Vollstreckungswirkungen vor, die den Gläubiger anhand von Gewahrsam, Gewahrsame oder Besitz zunächst davon befreien, das Eigentum seines Schuldners darzulegen.⁷²⁴

Dieses Kapitel hat nur gezeigt, dass das deutsche Recht Publizitätswirkungen als inneres System kennt. Im Wesentlichen gilt das auch für Frankreich und Österreich, wobei sich Einschränkungen im gutgläubigen Erwerb und in den Erfüllungswirkungen finden.⁷²⁵ Ein inneres System der Publizität bedeutet, dass Rechtsvorteile systematisch im Wesentlichen an ein Zeichen knüpfen, allem voran den Besitz. Nicht betrachtet hat dieses Kapitel, wie verlässlich dieses Zeichen ist. Diese Frage behandelt das folgende Kapitel.

⁷²¹ S.o. Kapitel 3 B.II.

⁷²² S.o. Kapitel 3 C.I.

⁷²³ S.o. Kapitel 3 D.I, III.

⁷²⁴ S.o. Kapitel 3 E.

⁷²⁵ S.o. Kapitel 3 A.I.2 und Kapitel 3 B.III und IV.

Kapitel 4

Die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen

Das vorangegangene Kapitel hat untersucht, inwiefern sich Verkehrsteilnehmer auf ein Zeichen verlassen können, um – wenigstens vorläufig – einen Rechtsvorteil zu erhalten. Als Zeichen im Mittelpunkt stand der Besitz. Wie gut er als Publizitätsträger geeignet ist, richtet sich nach mehreren Kriterien. Zuerst fragt sich, inwieweit der Besitz zu erkennen ist. Idealerweise ist der Besitz dritthöfentlich. Damit ist gemeint, dass jeder betroffene Dritte von außen auf das Zeichen „Besitz“ blicken, es als solches erkennen und jemandem zuordnen kann (A). Weil dem Besitz diese Eigenschaft indes fehlt, fragt sich anschließend, inwieweit er zumindest im Zusammenhang mit der konkreten Publizitätswirkung erkennbar ist oder überhaupt sein muss (B). Ist der Besitz einmal bekannt, muss sich aus ihm eindeutig das Sachenrecht ableiten, zu dessen Gunsten die Publizitätswirkung eintreten soll (C). Schließlich ist zu prüfen, inwieweit Recht und Zeichen parallel laufen und inwieweit ein Auseinandergehen der Rechtfertigung der Publizitätswirkungen schadet (D).

A. Die Rechtfertigung mittels dritthöfentlichen Besitzes

Im Wesentlichen knüpfen die Publizitätswirkungen an den Besitz als Publizitätsmittel. Idealerweise ist daher der Besitz dritthöfentlich: Wir haben Dritthöfentlichkeit oben enger gefasst als reine Öffentlichkeit im Sinne allgemeiner Bekanntheit. Hiernach soll jeder Dritte, der vom konkreten sachenrechtlichen Zustand betroffen sein kann, diesen anhand des Zeichens erkennen können.¹ Wie gesehen, ist Dritthöfentlichkeit im Grundbuch mustergültig umgesetzt.² Nach § 12 Abs. 1 S. 1 GBO ist das Grundbuch für jeden mit berechtigtem Interesse einsehbar. Dieser Abschnitt prüft, inwieweit der Besitz die Publizitätswirkungen dadurch rechtfertigt, dass er als Zeichen ähnlich dem Grundbucheintrag dritthöfentlich ist.

¹ S.o. Kapitel 2 D.II.1 nach Fn. 220.

² S.o. Kapitel 2 D.II.1 bei Fn. 222.

I. Deutschland

Mit Blick auf die Sichtbarkeit lassen sich im BGB sechs³ Besitzkategorien ausmachen: die tatsächliche Sachherrschaft des Besitzers, § 854 Abs. 1 BGB; die Möglichkeit zur Sachherrschaft des Besitzers, § 854 Abs. 2 BGB; die Sachherrschaft eines Abhängigen für den Besitzer (Besitzdiener), § 855 BGB; die Sachherrschaft eines Unabhängigen für den Besitzer (Besitzmittler), § 868 BGB; der ererbte Besitz, § 857 BGB, sowie der Organbesitz. Diese Besitzkategorien sind jeweils insoweit geeignete Grundlage, die Besitzzuordnung anzuzeigen, als sie für die Verkehrsteilnehmer erkennbar sind. Dieser Abschnitt untersucht für jede der Besitzkategorien den Stand der Rechtsprechung sowie Literatur.

1. Die tatsächliche Gewalt des Besitzers, § 854 Abs. 1 BGB

Nach § 854 Abs. 1 BGB erwirbt den Besitz an einer Sache, wer die tatsächliche Gewalt über sie erlangt. Die Erkennbarkeit der tatsächlichen Gewalt ergibt sich nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift. Möglich ist aber, dass als tatsächliche Gewalt nur diejenige zu verstehen ist, die sich auch nach außen hin zeigt.

a) Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Frage der Erkennbarkeit

Die Rechtsprechung hat die tatsächliche Gewalt vielfach mit Erkennbarkeit in Zusammenhang gebracht. Sie hat sich dabei von ihrer ursprünglichen Sicht entfernt, Erkennbarkeit als Dritthöfentlichkeit zu verstehen. Die neuere Rechtsprechung sieht die Erkennbarkeit bloß noch als Beweiszeichen; in manchen Fällen entscheidet sie die Besitzzuordnung gar nach Parteiinteressen statt nach Erkennbarkeit.

aa) Erkennbarkeit als Dritthöfentlichkeit

In den älteren Fällen bis 1965⁴ fasst die Rechtsprechung Erkennbarkeit noch als Dritthöfentlichkeit. Dabei wird nicht recht klar, welche Anforderungen die Rechtsprechung im Einzelnen hieran stellt, welcher Aufwand also dem Dritten zuzumuten ist, um die tatsächliche Gewalt erkennen zu können, und ob es genügt, dass die Besitzbegründung dritthöfentlich war oder gar der Zustand dritthöfentlich sein muss.

³ Hartung, Besitz und Sachherrschaft, 2001, 17, fasst die beiden Tatbestände in § 854 BGB zusammen, nennt den Organbesitz nicht gesondert und unterscheidet daher „vier verschiedene Besitztatbestände“.

⁴ S.u. Kapitel 4 A.I.1.a)aa)(4).

(1) Der Schuhfabrikfall

Im frühesten Fall seit Erlass des BGB zur Erkennbarkeit des Besitzes forderte das RG allgemein Dritttöffentlichkeit. Die Parteien stritten darum, ob die Beklagte die Pfandsachen nach § 1205 Abs. 1 S. 1 BGB wirksam an die klagende Pfandgläubigerin übergeben hatte.⁵ Die zu verpfändenden Sachen befanden sich in zwei Lagerräumen, zu denen die Beklagte der Klägerin die Schlüssel übergab; anschließend händigte die Klägerin die Schlüssel an einen Mitarbeiter der Beklagten zurück, der zum Pfandhalter bestellt war und die Schlüssel schlicht in den Schlüsselkasten der Beklagten zurücklegte. Das RG führte hinsichtlich der Erkennbarkeit der geänderten Besitzlage aus:

„Wohl aber muß, wenn Dritte von dem Vorhandensein der Pfandsache Kenntnis nehmen, seien es rechtlich Beteiligte oder Unbeteiligte, das Verhältnis des Pfandnehmers zur Pfandsache tatsächlich so gestaltet sein, daß es für jeden Dritten als ein Besitzverhältnis des Pfandgläubigers erkennbar ist. Es darf das Verhältnis nicht so geartet sein, daß es jedem unbeteiligten Dritten noch als ein Besitzverhältnis des Verpfänders erscheint.“⁶

Von der unmittelbaren Sachherrschaft oder von der Herrschaft des abhängigen Besitzdieners spricht das Urteil nicht. Stattdessen stellt es darauf ab, jeder Dritte müsse den Besitz zuordnen können. Welche Kriterien es dafür aber im Einzelnen fordert, bleibt unklar – auch, ob es nur auf einen bestimmten Zeitpunkt ankommen soll oder der Dritte den Besitz jederzeit zuordnen können muss.

Aus der Subsumtion ergibt sich, dass das RG den Eindruck hatte, die Beklagte habe alles dafür getan, die Verpfändung geheim zu halten: Nachdem der Anwalt der Klägerin kurzzeitig den Schlüssel erhalten hatte, benutzte die Beklagte die Räume wie gehabt weiter; an den Verpfändungsverhandlungen hätten nur wenige Personen teilgenommen, die Arbeiter der Beklagten seien ausgeschlossen worden.⁷ Das RG wollte die Verpfändung daher nicht gelten lassen. Offen bleibt auch hier, ob es dem Gericht um einen dritttöffentlichen Zustand ging oder auch die Dritttöffentlichkeit des Übertragungsakts genügt hätte.

(2) Holzstapelfall

In einem anderen Fall genügte dem RG für die Übergabe der Sache im Rahmen des § 1205 Abs. 1 S. 1 BGB nicht, dass die streitgegenständlichen Holzstapel dem beklagten Pfandgläubiger erkennbar zugeordnet waren: Die Stapel waren gesondert geordnet, mit Pfandtafeln mit entsprechender Aufschrift versehen und von einem Schwarzenzaun umgeben. Dadurch, so das RG, habe die Klägerin jedoch nicht die tatsächliche Sachherrschaft verloren. Denn solange der

⁵ RG, Urteil v. 02.01.1907 – VII 112/06, RGZ 66, 258.

⁶ RG, Urteil v. 02.01.1907 – VII 112/06, RGZ 66, 258, 262.

⁷ RG, Urteil v. 02.01.1907 – VII 112/06, RGZ 66, 258, 265 f.

Zaun nicht abgeschlossen sei, habe sie zu den getrennten Hölzern genauso Zugang wie zu allen übrigen.⁸

Im Gegensatz zu seinen anderen Entscheidungen stellt das RG hier die tatsächliche Gewalt nach § 854 Abs. 1 BGB in den Mittelpunkt seiner Argumentation und übergeht die dauernde, dritthöfentliche Absonderung der Sachen genauso wie § 854 Abs. 2 BGB. Im Einklang mit den übrigen Entscheidungen in Sachen Erkennbarkeit lässt sich das Urteil nur so deuten: Nicht einmal dritthöfentliche Erkennbarkeit ist ein Hinweis darauf, dass eine Besitzposition tatsächlich besteht, der wiederum Mängel bei anderen Tatbestandsmerkmalen wie der unmittelbaren Gewalt ausgleichen kann. Stattdessen dient die fehlende Erkennbarkeit als Ausschlusskriterium für den Besitz, falls im Übrigen Sachherrschaft besteht.

(3) Der Rohstoffgenossenschaftsfall

In einem späteren Fall erklärte das RG, warum es forderte, dass der Besitz erkennbar ist. Die klagende Rohstoffgenossenschaft hatte der Beklagten ein Warenlager mit wechselnden Beständen verpfändet.⁹ Für das Lager erhielt einer der Mitarbeiter der Klägerin einen Schlüssel und fungierte fortan für die Beklagte derart als Besitzdiener, dass er den Zugang zum Lager morgens auf- und abends wieder zuschloss, sodass die Klägerin mit den darin enthaltenen Waren handeln konnte. Als die Klägerin schließlich in finanzielle Schwierigkeiten geriet, verlangte die Beklagte die Waren heraus, verbrachte sie mit Einverständnis des klägerischen Vorstands zunächst in gesonderte Räume und verkaufte sie dann. Die Klägerin forderte Schadensersatz, weil ihr Eigentumsrecht verletzt sei. Die Beklagte trug vor, wenigstens der eingeräumte Mitbesitz begründe ein Pfandrecht nach § 1206 BGB. Das RG gab der Revision der Klägerin statt.

Zwar löste man das Gebaren um den Schlüssel heute wohl anhand der Frage des Mitverschusses (§ 1206 BGB) und nicht wie das RG am Besitzbegriff.¹⁰ Weiter war das Weisungsverhältnis zwischen Klägermitarbeiter und Beklagter zweifelhaft und damit, ob jener Besitzdiener war.¹¹ Schließlich müssten die Waren mit dem einverständlichen Abtransport als nach § 1205 Abs. 1 S. 1 BGB übergeben gelten und spätestens dann ein Pfandrecht entstehen.¹² Nichts davon soll hier jedoch im Zentrum stehen.

Das RG hob im Wesentlichen darauf ab, dass der Besitz nicht erkennbar gewesen sei; daher sei auch kein Pfandrecht entstanden. Das begründete es damit,

⁸ RG, Urteil v. 01.07.1910 – VII 399/09, RGZ 74, 146, 149.

⁹ RG, Urteil v. 24.06.1911 – VI 525/10, RGZ 77, 201.

¹⁰ S. Schäfer, in: MünchKommBGB 2023, § 1206 BGB, Rn. 5.

¹¹ Dazu sogleich unter Kapitel 4 A.I.3.a)aa).

¹² So zum Kriterium gemacht in BGH, Urteil v. 04.10.1976 – VIII ZR 65/75, BGHZ 67, 207, juris-Rn. 15.

„daß die Frage nach der Erkennbarkeit des Besitzes schlechthin mit der Frage nach diesem selbst zusammenfällt (Crome, System des bürgerlichen Rechts, Bd. 3, S. 6 flg.). Die Erkennbarkeit ist das allgemeine kennzeichnende Merkmal dinglicher Rechte und dinglicher Herrschaftsverhältnisse. Da diese gegen jedermann wirken sollen, müssen sie auch für jedermann erkennbar sein. Diese Erkennbarkeit des dinglichen Rechts wird bei Grundstücken durch die Eintragung in ein öffentliches Buch, das Grundbuch, bei beweglichen Sachen durch das sich äußerlich kundmachende tatsächliche Herrschaftsverhältnis hergestellt, das Besitz genannt wird. [...] Eine symbolische Besitzübertragung kennt das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht; es ist überall die Herstellung eines wirklichen, tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses erforderlich, das sich als solches äußerlich kennzeichnen muß, nicht in dem Sinne, daß es von allen erkannt werde, aber daß es von allen, die darauf achten, erkannt werden könne.“¹³

Das RG erklärt in seiner Stellungnahme also, dass Besitz nicht bestehen könne, wenn er nicht für alle, die darauf achten, erkennbar sei. Den Grund dafür sieht es in dinglichen Rechten und dinglichen Herrschaftsverhältnissen, die für jedermann erkennbar sein müssten, weil sie gegen jedermann wirken.¹⁴ Deren Erkenntnismittel wiederum sei der Besitz.

Zunächst einmal erläutert das RG nicht, was gegen alle wirkende dingliche Herrschaftsverhältnisse anderes sein sollten als dingliche Rechte. Dann offenbart der Ausschnitt zwei Defizite. Einerseits ist die Argumentation des RG logisch falsch, weil sie von der zwingenden Erkennbarkeit dinglicher Rechte auf die zwingende Erkennbarkeit des Besitzes schließt. Denn z.B. mit § 868 BGB ist gesetzlich klar, dass auch besitzen kann, wer kein dingliches Recht innehat. Das RG müsste also konsequenterweise argumentieren, dass nicht der Besitz allgemein erkennbar sein müsse, sondern nur derjenige, der ein dingliches Recht ausdrückt. Hieraus folgten freilich zwei Besitzbegriffe: einer mit und einer ohne die strengen Erkennbarkeitsvoraussetzungen. Andererseits gibt das RG keinen Hinweis darauf, wann der Besitz erkennbar ist. Vielmehr unterstellt es, dass denjenigen, „die darauf achten“, die Besitzverhältnisse im Fall nicht klar würden. Was aber muss eine Partei unternehmen, um sich „von allen“ abzusondern und „darauf zu achten“? Auch hier bleibt das RG im Abstrakten dunkel. Die anschließende Subsumtion ergibt allerdings, dass es für die Erkennbarkeit anscheinend nicht ausreicht, wenn eine Person mit gesondertem Schlüssel abgestellt wird, die den Zugang zu den fraglichen Sachen jeden Tag freigibt und wieder verschließt.¹⁵ Die interessierte Partei muss also offenbar nicht nachfragen und auch nur weniger als einen Tag lang die Lage still beobachten.

Ein zweiter Ausschnitt mag zeigen, was die Entscheidung des RG tatsächlich angetrieben hat:

¹³ RG, Urteil v. 24.06.1911 – VI 525/10, RGZ 77, 201, 208.

¹⁴ Die Prämisse ist so nicht richtig. S.o. Abschnitt s. Kapitel 2 C.I.

¹⁵ RG, Urteil v. 24.06.1911 – VI 525/10, RGZ 77, 201, 209.

„Das Geschäftsgefahren von Kaufleuten, mit deren geschäftlichem Unternehmen es abwärts geht, auf das Andringen eines einzelnen Hauptgläubigers diesem das gesamte Warenlager mit Einschluß der als Ersatz für abgehende Waren neu einlaufenden Waren zu verpfänden oder zur Sicherheit zu übereignen, bildet für den gesunden Kreditverkehr eine schwere Gefahr, wenn nicht das neu geschaffene dingliche Rechtsverhältnis mit für alle Beteiligten, die sehen wollen, deutlich wahrnehmbaren Kennzeichen nach außen kundgemacht wird. [...] Sofern dabei der Pfandgläubiger, der sich in solcher [verborgenen] Weise ein Pfandrecht bestellen läßt, und der Pfandschuldner, der es bestellt, in dem Bewußtsein handeln, daß andere gegenwärtige oder zukünftige Gläubiger durch die Verheimlichung des Pfandverhältnisses geschädigt werden, wird der Annahme einer vorsätzlichen Schädigung der letzteren in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise (§ 826 BGB.) nichts entgegenstehen.“¹⁶

Hier verknüpft das RG die Erkennbarkeit mit dem Gläubigerschutz. Überraschen muss dabei, dass es anscheinend durch die bloße Erkennbarkeit auch gegenwärtige Gläubiger besser geschützt sieht. Diese haben aber wenig davon, schon früher zu wissen, dass sie größere Schwierigkeiten haben werden, ihre Forderungen zu vollstrecken; allein für künftige Geschäfte werden sie des höheren Risikos gewahr. Das RG mag also die hohen Anforderungen an den Besitz aufgestellt haben nicht der Rechtswirkung gegen jedermann wegen, sondern um Drittgläubiger im Kreditverkehr zu schützen. Diese Rechtspolitik unterstellt freilich, dass die Drittgläubiger nicht anders und so besser geschützt sind – sei es durch eigene Kreditsicherheiten, eine Anfechtung nach dem AnfG oder die Insolvenzanfechtung.

In Summe zeigt das Urteil, wie stark die Ideen der Rechtswirkung gegen jedermann und der Erkennbarkeit der dinglichen Rechtsposition im Sinne von Dritthöfentlichkeit verwoben sind. Eine klare Regel dafür, wann eine Rechtsposition erkennbar ist, enthält die Entscheidung nicht. Die Erkenntnisse aus der Subsumtion beschränken sich darauf, dass das RG weder Nachfragen noch eine längere Beobachtungszeit (weniger als einen Tag) fordert, um die tatsächliche Sachherrschaft zu ermitteln.

(4) Der Strandfall

In einer recht frühen Entscheidung hat auch der BGH die Erkennbarkeit des Besitzes noch als dritthöfentlichen Zustand gefasst.¹⁷ Die Parteien stritten darum, ob der Beklagte weiterhin einen Strandabschnitt befahren dürfe, für den das Regierungspräsidium dem Kläger ein im Amtsblatt veröffentlichtes ausschließliches Nutzungsrecht verliehen hatte. Der Kläger stützte sich unter anderem auf den Besitzschutz nach § 862 BGB. Der BGH gestand zwar zu, dass Besitz an einem nur zeitweilig überfluteten Strandabschnitt möglich sei. Indes fehle es

¹⁶ RG, Urteil v. 24.06.1911 – VI 525/10, RGZ 77, 201, 210.

¹⁷ BGH, Urteil v. 31.05.1965 – V ZR 10/63, BGHZ 44, 27.

„an jedem substantiierten Vortrag darüber, inwieweit die Herrschaftsbeziehung des Klägers für jeden, der ein Interesse daran hat, erkennbar ist. Die Erkennbarkeit ist das allgemeine kennzeichnende Merkmal dinglicher Rechte und dinglicher Herrschaftsverhältnisse. Sie bedarf bei den besonderen hier vorliegenden Verhältnissen am Meeresstrand klarer Feststellung.“¹⁸

Auch hier findet sich die nicht weiter erklärte Formel dinglicher Rechte und dinglicher Herrschaftsverhältnisse. Außerdem lässt der BGH offen, was er mit den „besonderen hier vorliegenden Verhältnissen“ meint. Vielleicht geht es ihm darum, dass Menschen beim Meeresstrand allgemein davon ausgehen, diese stehe in niemandes oder im öffentlichen Besitz. Dann muss aber doch verwundern, dass das im Amtsblatt veröffentlichte ausschließliche Nutzungsrecht im Urteil keine Rolle dafür spielt, ob der Besitz erkennbar ist. Schließlich hat das Amtsblatt den Zweck, Rechtsverhältnisse für alle Interessierten offen zu legen. Die Ausschließlichkeit des Nutzungsrechts sollte ein starkes Indiz dafür sein, dass der Berechtigte auch Besitzer ist.¹⁹ Aus der Entscheidung lässt sich daher folgern, dass die Erkennbarkeit sich aus der Sache anhaftenden Anzeichen ergeben soll. Dieses Erfordernis wiederum ist klar auf die Drittpflichtigkeit des Besitzes zugunsten des gewöhnlichen Verkehrsteilnehmers gerichtet.

bb) Erkennbarkeit als äußere Verlautbarung des Besitzwillens – der im Selbstbedienungsgroßmarkt verlorene Geldschein

Der Rohstoffgenossenschafts- und der Strandfall sind in der Literatur vielfach als Ausdruck der h.M. zitiert.²⁰ Sie werden in der Rechtsprechung im ursprünglichen Sinn aber kaum beachtet.²¹ Soweit es um Erkennbarkeit geht, sprechen spätere Entscheidungen vielmehr davon, der Besitzwille müsse durch eine äußere Handlung kundgetan sein.²² Sie schieben also einerseits den Schwerpunkt

¹⁸ BGH, Urteil v. 31.05.1965 – V ZR 10/63, BGHZ 44, 27, juris-Rn. 14.

¹⁹ Für behördliche Besitzeinweisungen auf öffentlich-rechtlicher Grundlage zieht eine Parallele zu § 857 BGB sogar: *Fritzsche*, in: Hau/Poseck BGB 01.08.2023, § 854 BGB, Rn. 31.

²⁰ *Gutzeit*, in: Staudinger BGB 2018, § 854 BGB, Rn. 8; *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 854 BGB, Rn. 37; *Stadler*, in: Soergel BGB 2002, § 854 BGB, Rn. 7.

²¹ Bei einer Recherche nach den beiden Urteilen in der juris-Datenbank (Stand: 14.01.2024) findet sich allein: AG Brandenburg, Urteil v. 25.04.2012 – 34 C 72/10, juris-Rn. 16, das das Erkennbarkeitskriterium in diesem ursprünglichen Sinn verwendet; außerhalb der Datenbank: BGH, Urteil v. 09.05.1956 – IV ZR 338/55, DB 1956, 963. Zu „BGHZ 44, 27“ finden sich neun weitere Urteile, die im Wesentlichen die Einordnung des Strandes als besitzbare Sache betreffen; von den drei Entscheidungen die „RGZ 77, 201“ zitieren, befasst sich eine damit, dass das Gesetz keine symbolische Besitzübertragung kenne, BGH, Beschluss v. 16.09.2015 – V ZR 8/15, juris-Rn. 16.

²² Zum Besitzwillen: BGH, Urteil v. 24.06.1987 – VIII ZR 379/86, BGHZ 101, 186, juris-Rn. 17. Zum Besitzaufgabewillen: BGH, Urteil v. 10.01.1979 – VIII ZR 302/77, NJW 1979, 714, juris-Rn. 11.

der Betrachtung weg von der tatsächlichen Sachherrschaft hin zum Besitzwillen, und andererseits spielt die Frage, was der interessierte Dritte schlussfolgern würde, keine wesentliche Rolle mehr.²³ An die Stelle von Erkennbarkeit als dritthöfentlichem Zustand des Besitzes tritt Erkennbarkeit als Verlautbarung des Besitzwillens.

Die grundlegende BGH-Entscheidung hierzu betrifft einen im Selbstbedienungsgroßmarkt verlorenen Tausend-Mark-Schein. Die Entscheidung erörtert, wer Finder ist, wenn ein anderer Kunde den Schein unter dem Regal entdeckt und aufgehoben hat.²⁴ Der BGH ordnete den Supermarktbetreiber als Besitzer ein, sobald der Schein verloren gegangen sei, weil der Betreiber einen generellen Willen habe, sämtliche im Supermarkt verlorengegangenen Sachen zu besitzen. Dieser Wille sei „für jeden Interessierten und mit den Verhältnissen Vertrauten“ dadurch erkennbar, dass der Betreiber ein Verfahren vorhalte, wie mit Fundsachen umzugehen sei.²⁵ Stimmen der Literatur haben den Gerichtshof heftig für die Entscheidung kritisiert und unter anderem bemerkt, sie halte geradezu davon ab, den „Fund“ im Supermarkt anzuzeigen.²⁶

Interessieren soll hier nur, was der BGH für ausreichend erachtet, damit der generelle Besitzwille erkennbar ist: Es handelt sich dabei bloß um interne Maßnahmen, die also nur demjenigen Interessierten bekannt sein können, der sich über den gesamten vorgehaltenen Ablauf informiert. Wer allein die Situation „Geldschein auf dem Boden“ betrachtet, kann den sofortigen Besitzwillen des Betreibers aufgrund mutmaßlicher Fundregelungen zwar erraten. Das dürfte den früheren Anforderungen an Erkennbarkeit indes nicht genügen – etwa verglichen mit dem Strandfall, wo eine Veröffentlichung im Amtsblatt für Erkennbarkeit nicht ausreichte.²⁷ Was der BGH erkennbar nennt, muss man mithin als irgendeine Äußerung des Besitzwillens verstehen; sie muss aber nicht dritthöfentlich sein.

cc) Zuordnung der Besitzverhältnisse anhand der Parteiinteressen

Einige Fälle zeigen sogar, dass die Frage der Erkennbarkeit – gleich ob als Dritthöflichkeit oder als Verlautbarung verstanden – ganz untauglich sein kann, die tatsächliche Gewalt festzustellen: wenn nämlich die Sphären zweier Personen kollidieren. Hier entscheiden die Parteiinteressen, wer Besitzer ist.

²³ In diese Richtung auch das Verständnis von *Enders*, *Der Besitzdiener*, 1991, 142.

²⁴ BGH, Urteil v. 24.06.1987 – VIII ZR 379/86, BGHZ 101, 186.

²⁵ BGH, Urteil v. 24.06.1987 – VIII ZR 379/86, BGHZ 101, 186, juris-Rn. 17.

²⁶ *Ernst*, JZ 43 (1988), 357, 360; *Dubischar*, JuS 1989, 703; *Hartung*, *Besitz und Sachherrschaft*, 2001, 186–196.

²⁷ S. soeben Kapitel 4 A.I.1.a)aa)(4).

(1) Baustellenmaterialfälle

Das zeigt sich zunächst etwa an Fällen, in denen die Parteien darüber stritten, wer Besitz an dem von einem Unternehmer auf der Baustelle gelagerten Material hatte.²⁸ Nach dem Maßstab der frühen Rechtsprechung²⁹ ist für den interessierten Dritten kaum ersichtlich, ob der Bauherr oder einer mehrerer Unternehmer das Material besitzt. Denn das Material befindet sich nach dem äußeren Geschehen auf dem Grundstück des Bauherrn, während die Unternehmer damit arbeiten. Durch reine Beobachtung kann also der Dritte keine Zuordnung vornehmen. Auch das Manifestationskriterium der jüngeren Rechtsprechung³⁰ geht fehl. Denn es ließe sich nahezu jeder Akt zwischen den beiden als Ausdruck des Willens verstehen, den Besitz aufzugeben oder zu begründen.

Die Rechtsprechung hat sich daher mit den Parteiinteressen beholfen: Der Bauunternehmer habe ein Interesse daran, störende Einwirkungen Dritter und auch des Bauherrn vom Material fernzuhalten und dieses gegebenenfalls auszuwechseln. Daher besitze er das von ihm gestellte Material.³¹

(2) Die vor Ort gewartete Maschine

Ähnlich war die Argumentation auch in einem Prozess vor dem OLG Hamm, wo die Parteien darüber stritten, ob eine Werkunternehmerin, die eine Maschine zwecks Wartung vor Ort zerlegte, auch Besitz daran erwerbe. Das Gericht entschied dagegen mit dem Argument, dass die Auftraggeberin darüber entscheide,

„wann, unter welchen Voraussetzungen und wie lange die [Unternehmerin] Zugriff auf die Motoren [hat]... Dass die [Unternehmerin] – ebenso wie jeder andere sachkundige Dritte – über die technischen Fähigkeiten verfügte, die Motoren zusammenzubauen, verschaffte ihr nicht die tatsächliche Sachherrschaft über die (zerlegten) Motoren.“³²

Nach dem Maßstab der Drittoffenlichkeit lässt sich durchaus argumentieren, dass die Unternehmerin zwischenzeitlich Besitz erworben hatte. Denn es ist an der Maschine nicht erkennbar, dass sich die Auftraggeberin den Besitz vorbehält, obwohl der unmittelbare Einfluss bei der Unternehmerin liegt. Solange die Unternehmerin an der Maschine arbeitete, hatte sie erkennbar die tatsächliche Gewalt über diese; zwar stand die Maschine in den Räumen der Auftraggeberin, ihre erkennbare konkrete Beherrschung lag aber doch bei der Werkunternehmerin. Der jüngere Maßstab der Rechtsprechung, die Besitzverhältnisse anhand irgendeiner Äußerung festzulegen, hilft hier nicht weiter, weil die

²⁸ OLG Düsseldorf, Urteil v. 28.11.2007 – I-11 U 19/07, 11 U 19/07; OLG Stuttgart, Beschluss v. 22.11.2011 – 10 W 47/11.

²⁹ S. die Nachweise o. unter Kapitel 4 A.I.1.a)aa).

³⁰ S. die Nachweise o. unter Kapitel 4 A.I.1.a)bb) Fn. 22–24.

³¹ OLG Stuttgart, Beschluss v. 22.11.2011 – 10 W 47/11, juris-Rn. 12.

³² OLG Hamm, Urteil v. 12.03.2010 – I-19 U 138/09, 19 U 138/09, juris-Rn. 35.

Parteihandlungen wie schon bei den Baustellenmaterialfällen in jede Richtung zu verstehen sind. Dass das OLG Hamm den Besitz der Auftraggeberin zuwies, erscheint daher als geleitet von Parteiinteressen, wenn das Gericht es auch nicht klar aussprach. Denn nach seiner Ansicht genügte der „allgemeine Herrschaftswille“³³ der Auftraggeberin, ihr den Besitz an sämtlichen Sachen in ihren Betriebsräumen zuzusprechen, auch wenn zeitweilig ein anderer eine bestimmte Sache konkret beherrschte.

dd) Zwischenergebnis: Dritthöfentlichkeit, Verlautbarung und Parteiinteressen – drei Antworten auf die Frage nach Erkennbarkeit

Die ältere Rechtsprechung zur unmittelbaren Gewalt verstand Erkennbarkeit noch streng als Dritthöfentlichkeit. Sie stellte nicht klar heraus, ob sie die unmittelbare Gewalt nur dann als dritthöfentlich betrachtete, wenn sie dem unteiligten Betrachter jederzeit sichtbar war, oder ob es genügte, dass sich ihm der Besitzwechsel offenbarte.

Die jüngere Rechtsprechung ist davon abgekommen, hat aber keine einheitliche Linie für die verschiedenen Sachverhaltsgruppen aufgestellt: Auf der einen Seite stehen Fälle, in denen ihr für die Erkennbarkeit irgendeine äußere Verlautbarung genügt hat, die auf den Besitz schließen ließ. Auf der anderen Seite finden sich Entscheidungen, in denen die Rechtsprechung Erkennbarkeit als Entscheidungskriterium nicht bemüht hat, sondern schlicht die Parteiinteressen gegeneinander abgewogen, nämlich wenn die Sphären verschiedener Personen unmittelbar aufeinandertrafen.

In diesen Sphärenfällen bleibt auch wenig anderes übrig, als nach Interessen zu entscheiden. Denn es fehlt jede eindeutige Erkennbarkeit, wie ein kurzes Beispiel verdeutlicht: Fährt jemand allein im Auto, hat er – dritthöfentlich – die unmittelbare Gewalt darüber. Sitzt daneben ein Beifahrer, beruht die Sachherrschaft auf dem Verhältnis der Parteien und nicht darauf, wer das Auto lenkt.³⁴ Wer die „tatsächliche Gewalt“ über eine Sache hat, hängt in diesem Konfliktfall zu Recht nicht von äußerlich erkennbaren Anzeichen ab, sondern von einer richterlichen Wertung. Wer Besitzer nach § 854 Abs. 1 BGB ist, ist hier weder dritthöfentlich noch eindeutig äußerlich manifestiert. Wer hier jedenfalls eine Nähe zur Erkennbarkeit in der Möglichkeit finden will, die Umstände zu erfragen, führt nicht nur eine neue, unbestimmte Kategorie ein, sondern übersieht auch, dass diese Nachfrage erst die Grundlage der richterlichen Wertung bildet, um die Besitzverhältnisse zu bestimmen.

³³ OLG Hamm, Urteil v. 12.03.2010 – I-19 U 138/09, 19 U 138/09, juris-Rn. 35.

³⁴ S. etwa BGH, Urteil v. 17.03.2017 – V ZR 70/16, NJW-RR 2017, 818, Rn. 20, wo ein Werkunternehmer bei einer Probefahrt nach Reparatur mit dem Besteller im Auto saß und daher seinen Besitz nur lockerte.

b) Stellungnahmen in der Literatur

Auch die Stimmen in der Literatur wenden sich ab von der Idee des dritthöfentlichen Besitzverhältnisses. Eine einheitliche Linie fehlt indes. So schränkt etwa *Fritzsche* das Erkennbarkeitskriterium darauf ein,

„dass die Sache erkennbar in einem tatsächlichen Herrschaftsverhältnis zu einer Person steht; nicht erforderlich ist dagegen, dass auch die Person des Besitzers ohne weiteres ersichtlich wäre.“³⁵

Damit ist das Merkmal indes belanglos, beherrscht doch die meisten wirtschaftlich relevanten Sachen irgendjemand und ist daher im Zweifel immer von erkennbarem Besitz auszugehen. Umgekehrt führt die so verstandene Erkennbarkeit in folgendem Beispiel denn auch vollends zum Widerspruch: Ein Bankräuber hat ein gestohlenen Fluchtauto am Straßenrand geparkt und die Schlüssel in den nächsten Mülleimer geworfen.³⁶ Aus der Lebenserfahrung heraus ist den vorübergehenden Passanten erkennbar, dass ein anderer den Wagen besitzt, weil ein geparktes Auto (fast) immer einen Besitzer hat; und niemand besitzt das Auto. Das so verstandene Erkennbarkeitskriterium ist also entweder erfüllt oder irreführend; als Unterscheidungsmerkmal jedenfalls ist es untauglich.

Schäfer meint daher, es gebe durchaus Fälle einer Herrschaftsbeziehung ohne objektive Erkennbarkeit (= Dritthöfentlichkeit); Erkennbarkeit sei bloße Beweisfrage.³⁷ Soweit ein Teil der Lehre³⁸ – darunter auch *Schäfer* – so einschränkt, dass nur die Erlangung des Besitzes nach außen erkennbar sein solle, versteht dieser Teil die Erkennbarkeit als bloße Verlautbarung wie auch der BGH im Geldscheinfall. *Quantz* argumentiert pragmatisch, erkennbar sei die tatsächliche Sachherrschaft schon dann nicht, wenn der Besitzer die Sache vor anderen geheim halte, z.B. im Tresor.³⁹ Auch er wendet sich damit gegen Erkennbarkeit als Dritthöfentlichkeit.

*Heck*⁴⁰ beschreibt bereits 1930, wie der Begriff „tatsächliche Gewalt“ sich auf eine Weise entwickelt hat, dass Erkennbarkeit als Dritthöfentlichkeit nicht mehr Kriterium sein kann:

³⁵ *Fritzsche*, in: Hau/Poseck BGB 01.08.2023, § 854 BGB, Rn. 30; ebenso *Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 10.

³⁶ Ähnliches Beispiel bei *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 854 BGB, Rn. 37.

³⁷ *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 854 BGB, Rn. 37; zustimmend: *Hartung*, Besitz und Sachherrschaft, 2001, 130; *Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 465.

³⁸ *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 854 BGB, Rn. 37; *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 16; *Stadler*, in: Soergel BGB 2002, § 854 BGB, Rn. 7.

³⁹ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 36.

⁴⁰ Ihm folgend *Schmelzeisen*, AcP 136 (1932), 129, 138–139: „Da [bei der Übereignung] für den Regelfall Interessen Dritter nicht im Spiele sind, kommt es auf eine Sichtbarkeit nach außen hin nicht an.“

„Die Wortverbindung tatsächliche Gewalt zeigt einen analogen Bedeutungswandel, wie das Wort Besitz. Wir finden die gleiche ‚Vergeistigung‘, wenn auch in etwas geringerem Umfange. Ursprünglich bezeichnet ‚tatsächliche Gewalt‘ den Vorgang der unmittelbaren physischen Einwirkung, dann wird die Bedeutung ausgedehnt auf jede Einwirkung, auch nicht-physischer Art, auch auf die mittelbare, andererseits von der aktuellen Einwirkung auf die Möglichkeit. Die Möglichkeit zeigt nun die verschiedensten Grade von der Sicherheit bis zur entfernten Aussicht und hin bis zum Verschwinden. Aus dem Sprachgebrauche läßt sich keine Grenze entnehmen. Dem Sprachgebrauch des Alltags fehlt der Maßstab. Auch der Richter kann nur durch Würdigung nach einer Wertidee eine Grenze gewinnen.“⁴¹

Heck kritisiert also, dem alltäglichen Sprachgebrauch fehle der Maßstab, die tatsächliche Gewalt zu bestimmen; der Richter könne nur wertend abgrenzen. Damit tilgt er nicht nur die Erkennbarkeit im Sinne einer Dritthöfentlichkeit oder Verlautbarung, sondern disqualifiziert einen rein im Tatsächlichen verhafteten Maßstab, um die tatsächliche Gewalt zu bestimmen. Wer die tatsächliche Gewalt hat, wird zur Rechtsfrage. Heck liegt damit auf einer Linie mit der Rechtsprechung zur Interessenabwägung; dass die Interessen bei ihm so sehr im Vordergrund stehen, darf angesichts der von ihm verfochtenen Interessenjurisprudenz nicht verwundern.

*c) Zwischenergebnis: Tatsächliche Sachherrschaft
muss nicht dritthöfentlich sein*

Im Einklang mit dem Wortlaut der Vorschrift des § 854 Abs. 1 BGB, der nur tatsächliche Gewalt fordert, haben die jüngere Rechtsprechung und die Literatur die Erkennbarkeit des Besitzes auf seine Verlautbarung reduziert. Wo das nicht genügt, um die Besitzverhältnisse zu bestimmen, muss man die Parteiinteressen heranziehen. Umgekehrt bedeutet das, dass die Idee notwendiger dritthöfentlicher unmittelbarer Gewalt überholt ist. Erkennbarkeit der unmittelbaren Gewalt bedeutet nur noch, dass der Besitzwille sich äußerlich manifestiert.

2. Die mögliche Sachherrschaft, § 854 Abs. 2 BGB

Nach § 854 Abs. 2 BGB genügt für den Besitzerwerb die Einigung von bisherigem Besitzer und Erwerber, wenn der Erwerber Gewalt über die Sache ausüben kann. Die h.L. versteht hierunter den sogenannten offenen Besitz; das bedeutet, die Sache muss jedenfalls für den Erwerber frei zugänglich sein.⁴² Ein Ansatzpunkt für Dritthöfentlichkeit fehlt im Wortlaut völlig. Auch ist der Besitzwechsel weder für Dritte⁴³ noch für die Parteien äußerlich erkennbar, bis

⁴¹ Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 5 5. a).

⁴² Fritzsche, in: Hau/Poseck BGB 01.08.2023, § 854 BGB, Rn. 45; Gutzeit, in: Staudinger BGB 2018, § 854 BGB, Rn. 25; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 15.

⁴³ Prütting, Sachenrecht, 37. Aufl. 2020, Rn. 57 nennt das „Annäherung an einen Besitzbegriff, der nicht mehr auf Tatsachen abstellt, sondern auf soziale Auffassung und rechtliche

der Erwerber tatsächlich den Besitz ergreift.⁴⁴ Der vorgezogene Wechsel durch Einigung taugt nur dazu, für die Parteien den Besitzwechsel zu erleichtern und dessen Zeitpunkt festzulegen; die Norm erscheint von Parteiinteressen angetrieben.⁴⁵

Ebenso hat die Rechtsprechung offenbar nie darüber nachgedacht, der Vorschrift Dritttöffentlichkeit abzuverlangen. So hat etwa der BGH einen notariell beurkundeten Kaufvertrag als Einigung nach § 854 Abs. 2 BGB genügen lassen, der vorsah, dass unter anderem ein Acker dem Käufer an demselben Tag „zum Besitz übergeben“ werde.⁴⁶ Im berühmten Hamburger Parkplatzfall erwarb die spätere Parkplatzbetreiberin bereits mit der erteilten Einzelgebrauchserlaubnis der Stadt den Besitz nach § 854 Abs. 2 BGB.⁴⁷ Soweit der BGH von Erkennbarkeit sprach, hat er diese auf die bloße Verlautbarung reduziert: In einem Fall verlangte die Nichte eines Anwalts als Eigentümerin von dessen Erbin einige Gemälde aus dessen Wohnung heraus. Im Krankenhaus liegend, hatte er ihr die Bilder geschenkt.⁴⁸ Dafür hatte der Anwalt seiner Nichte einen von zwei Schlüsseln zur Wohnung überreicht. Zwar scheiterte die Übergabe der Gemälde an der endgültigen Aufgabe des Besitzes, weil die Bürovorsteherin des Anwalts noch den Zweitschlüssel vorgehalten und die Nichte daher nur Mitbesitz nach § 854 Abs. 2 BGB erworben hatte. Der BGH ließ allerdings für den *Aufgabewillen* die „äußerlich erkennbare Handlung“ genügen, dass der Anwalt die Schlüssel übergeben hatte.⁴⁹

Einerseits setzt also der Besitzerwerb nach § 854 Abs. 2 BGB eine Lage voraus, in der schon das Ob der tatsächlichen Gewalt für Dritte unklar sein kann (Holzstapel im Wald, Katze im Freien). Die Vorschrift unterstützt weder dabei, dass dieses Ob klarer wird, noch, dass Dritte ausmachen können, wer neuer Besitzer ist (unsichtbarer Mitbesitz der Nichte). Andererseits reduziert die Rechtsprechung ihre Forderung nach Erkennbarkeit auf eine Willensverlautbarung. Die Vorschrift steht damit auf einer Linie mit vorstehenden Feststellungen zu § 854 Abs. 1 BGB.

3. Die tatsächliche Gewalt des Besitzdieners, § 855 BGB

Übt jemand die tatsächliche Gewalt für einen anderen aus, dessen Weisungen in Bezug auf die Sache er aufgrund eines bestimmten Verhältnisses (z.B. Haus-

Verknüpfung.“ Man mag sich fragen, wo eine soziale Auffassung beim Besitzwechsel zwischen den Parteien eine Rolle spielt.

⁴⁴ S. dazu auch noch u. Kapitel 4 B.I.1.b).

⁴⁵ In diese Richtung auch *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 19 f.; *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, § 10 5.

⁴⁶ BGH, Urteil v. 04.12.1987 – V ZR 206/86, NJW-RR 1988, 630, juris-Rn. 11; auf diesen Anwendungsfall für Grundstücke weisen bereits hin die Protokolle III, 3444.

⁴⁷ BGH, Urteil v. 14.07.1956 – V ZR 223/54, BGHZ 21, 319, juris-Rn. 45.

⁴⁸ BGH, Urteil v. 10.01.1979 – VIII ZR 302/77, NJW 1979, 714.

⁴⁹ BGH, Urteil v. 10.01.1979 – VIII ZR 302/77, NJW 1979, 714, juris-Rn. 11.

halt oder Unternehmen) folgen muss, so verschiebt sich die Besitzposition nach § 855 BGB auf den anderen. Grundsätzlich beruht ein solches besitzverschiebendes Verhältnis auf einem Vertrag, den Dritte nicht sehen müssen. Es erscheint aber möglich, nur dasjenige Verhältnis als besitzverschiebend anzuerkennen, das auch für einen Dritten erkennbar ist, sodass nicht jede bloße Abrede eine Besitzdienerschaft begründet.

a) Rechtsprechung zur Frage der Erkennbarkeit

Wie schon bei der tatsächlichen Gewalt nach § 854 Abs. 1 BGB nutzt die Rechtsprechung Dritthöflichkeit, um den Besitz nach § 855 BGB zu bestimmen. Erkennbarkeit als Verlautbarung spielt darüber hinaus allerdings keine Rolle. Stattdessen ordnet die Rechtsprechung nach dem Innenverhältnis zwischen potentielltem Besitzherrscher und -diener zu.

aa) Erkennbarkeit als Dritthöflichkeit

(1) Der Rohstoffgenossenschaftsfall – Fortsetzung

Dass das soziale Abhängigkeitsverhältnis des Besitzdieners vom Herrn dritthöfentlich sein muss, lässt sich dem Rohstoffgenossenschaftsfall vor dem RG entnehmen.⁵⁰ Dort hatten die Parteien einen Mitarbeiter der Klägerin bestimmt, Besitzdiener für die Beklagte zu sein, indem er den verpfändeten Lagerraum täglich auf- und zuschloss. Dem RG genügte das nicht, weil das soziale Abhängigkeitsverhältnis nicht erkennbar nach außen hervortrete. Dazu führte es aus:

„Die unmittelbare Ausübung des Herrschaftsverhältnisses durch den Pfandgläubiger, dem die Pfandsache in seinen Gewahrsam übergeben wurde, macht sich jedermann ohne weiteres kenntlich. Wird der Besitz für den Pfandgläubiger aber einem Besitzdiener (§ 855 BGB.) übertragen und von diesem ausgeübt, der den Weisungen des Besitzherrscher zu folgen hat, dann wird die Erkennbarkeit des Besitzes des letzteren in der Hauptsache vermittelt durch die Erkennbarkeit des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses, in dem sich der Besitzdiener zu dem Besitzherrscher befindet. Wenn im Falle der Verpfändung des Warenlagers eines Kaufmanns zum Besitzdiener des Pfandgläubigers eine dem Geschäftsbetriebe des Pfandschuldners fremde Persönlichkeit bestellt wird, dann wird dadurch bereits die Veränderung in den Besitzverhältnissen zur äußeren Erscheinung gebracht. Durch die Bestellung eines Angestellten des Pfandschuldners zum Besitzdiener des Pfandgläubigers [...] muss aber alsdann das neue Herrschaftsverhältnis in anderer Weise, durch Einrichtungen, die in den Geschäftsbetrieb des Pfandschuldners eingreifen, sichtbar kundgemacht werden.“⁵¹

Das RG übertrug also auf die Besitzdienerschaft, was es für die unmittelbare Sachherrschaft forderte: Wenn nicht die unmittelbare Gewalt des Besitzers sichtbar ist, so soll sichtbar sein, wie sein Diener von ihm abhängt. Für den Fall

⁵⁰ S.o. Kapitel 4 A.I.1.a)aa)(2).

⁵¹ RG, Urteil v. 24.06.1911 – VI 525/10, RGZ 77, 201, 209.

verlangte das RG „Einrichtungen, die in den Geschäftsbetrieb des Pfandschuldners eingreifen“, und damit Sichtbarkeit in Form von Drittöffentlichkeit der Unterordnung.

Dass das RG sich auf die Frage der Erkennbarkeit stützte, erstaunt. Immerhin lässt sich daran zweifeln, dass der Klägermitarbeiter überhaupt Besitzdiener der Beklagten geworden war. In der Subsumtion hob denn das RG auch darauf ab, dass der Mitarbeiter nur tat, „was auch ohne die veränderte Besitzherrschaft durch ihn oder einen anderen Angestellten der [Klägerin] geschehen wäre“.⁵² Mit anderen Worten fehlte überhaupt das Weisungsverhältnis; darauf, die Besitzherrschaft zu erkennen, kam es nicht an.⁵³ Ähnlich verhielt es sich auch in einem Fall vor dem BGH, in dem eine Dritte den Bagger der Klägerin an die Beklagte veräußerte. Der angestellte Baggerführer der Dritten hatte den Bagger weiter unter seiner Kontrolle und unterlag noch immer ihren Weisungen. Der Gerichtshof wiederholte das Kriterium des erkennbaren sozialen Abhängigkeitsverhältnisses, verneinte aber schon die Abhängigkeit des Baggerführers von der Beklagten. Bereits daher erwarb sie nicht gutgläubig.⁵⁴ Auch in anderen Entscheidungen des RG⁵⁵ und BGH⁵⁶ kehrt das Kriterium erkennbarer sozialer Abhängigkeit wieder, ohne dass es für den jeweiligen Fall darauf ankommt.

(2) Der Altzahngoldfall

In einer neueren Entscheidung setzte sich der BGH mit den Besitzverhältnissen zwischen Arbeitgeber und leitendem Angestellten auseinander.⁵⁷ Zwar fehlte Erkennbarkeit als Argumentationsformel. Im Kern stellte der BGH aber eine Vermutung für die Besitzverhältnisse im Betrieb auf, die sich danach richtet, wem ein unbeteiligter Dritter die Sachen zuordnen würde.

Im Prozess stritten die Parteien im Rahmen des § 1006 Abs. 1 S. 1 BGB darüber, ob der klagende Arbeitnehmer Eigenbesitz an mehreren Weinkisten gefüllt mit Altzahngold erworben hatte, die in einem Kellerraum des Arbeitgebers gelagert waren, zu dem der Kläger einen Schlüssel hatte. Der Gerichtshof erklärte den Kläger zunächst zum Besitzdiener des Raumes, weil Nebenräume des Arbeitgebers in der Regel der Erfüllung dienstlicher Aufgaben dienten.⁵⁸ Das gleiche Schicksal teilten seines Erachtens auch die darin befindlichen Sachen, wenn sich nicht aus der räumlichen Beziehung (etwa im privaten Spind

⁵² RG, Urteil v. 24.06.1911 – VI 525/10, RGZ 77, 201, 209.

⁵³ Das RG beim Wort nehmen und auf die Erkennbarkeit stellen ab: *Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 7.

⁵⁴ BGH, Urteil v. 09.05.1956 – IV ZR 338/55, DB 1956, 963.

⁵⁵ RG, Urteil v. 24.06.1932 – VII 53/32, WarnR 1932, Nr. 164, hier allerdings nur mit Bezug auf das Berufungsgericht, das auch die fehlende Erkennbarkeit des vermeintlichen sozialen Abhängigkeitsverhältnisses gerügt hatte.

⁵⁶ BGH, Urteil v. 17.03.2017 – V ZR 70/16, NJW-RR 2017, 818, Rn. 13; BGH, Urteil v. 13.12.2013 – V ZR 58/13, BGHZ 199, 227, Rn. 10; BGH, Urteil v. 02.07.1986 – VIII ZR 194/85, juris-Rn. 6; BGH, Urteil v. 30.05.1958 – V ZR 295/56, juris-Rn. 23; BGH, Urteil v. 24.04.1952 – IV ZR 107/51, BeckRS 1952, 31395530, III. 3.

⁵⁷ BGH, Urteil v. 30.01.2015 – V ZR 63/13, NJW 2015, 1678.

⁵⁸ BGH, Urteil v. 30.01.2015 – V ZR 63/13, NJW 2015, 1678, Rn. 19–21.

verstaute Gegenstände) oder der Natur der Sache (private Kleidung, persönliche Schreibgeräte, zum eigenen Verzehr bestimmte Nahrungsmittel) ein „offenkundig“ persönlicher Besitz des Arbeitnehmers ergebe.⁵⁹

Seine Formel gründet der BGH zwar vorrangig auf die Vorerfahrungen des Alltags (Kugelschreiber: Arbeitgeber, Füllfederhalter: Arbeitnehmer) statt auf die Anschauung der konkreten Situation (kein Firmenlogo und keine Gravur auf dem jeweiligen Stift). Dem Dritten unbeteiligten Verkehrsteilnehmer wird man diese Vorerfahrungen aber nur schwer absprechen können, um zu ermitteln, welcher Besitz „offenkundig“ ist. Mithin lässt sich auch diese Begründung über die Besitzverhältnisse als Einordnung anhand von Dritthöfentlichkeit deuten.

bb) Zuordnung der Besitzverhältnisse anhand des Innenverhältnisses

(1) Die verpfändeten Juwelen

Eine frühe Entscheidung des RG über verpfändete Juwelen behandelt Erkennbarkeit als Verlautbarung und damit allein als Frage des Innenverhältnisses; die Entscheidung liegt noch vor dem Rohstoffgenossenschaftsfall.⁶⁰ Die Klägerin hatte der in ihrem Betrieb beschäftigten Tochter einige Juwelen zum Verkauf in einer anderen Stadt mitgegeben, die Tochter hatte die Juwelen im Schreibtisch eines Freundes gelagert und dieser hatte sie anschließend an den Beklagten verpfändet. Das RG urteilte, dass die Juwelen der Klägerin abhandengekommen waren. Entscheidend dafür war, dass die Tochter die Reise über sozial abhängig gewesen sei, auch wenn die Klägerin nicht ununterbrochen tatsächlich auf die Sache habe einwirken können.⁶¹ Auf die Erkennbarkeit geht das RG nur knapp und unkonkret ein, als es die Gründe des Berufungsgerichts zusammenfasst: Weil die Tochter im Laden mitgeholfen habe, habe sie in einem erkennbaren Abhängigkeitsverhältnis zu ihrer Mutter gestanden.⁶² Das mag man allgemein als dritthöfentlich genügen lassen. Es erklärt allerdings nicht, wie auch während der Reise die soziale Abhängigkeit dritthöfentlich gewesen war. So bezog sich das RG nur auf eine „größere Verantwortung“ und die der Tochter „gegebenen besonderen Weisungen“, um auch hier die Besitzdienerschaft zu begründen.⁶³ Hatte die Tochter keine Uniform getragen, die sie als abhängige Handelsreisende ausgewiesen hatte, war ihre Besitzdienerschaft für den unbeteiligten Dritten nur zu erraten. Daraus folgt, dass das RG in der Sache das Innenverhältnis zwischen Mutter und Tochter über die Besitzzuord-

⁵⁹ BGH, Urteil v. 30.01.2015 – V ZR 63/13, NJW 2015, 1678, Rn. 24.

⁶⁰ RG, Urteil v. 18.05.1909 – VII 88/09, RGZ 71, 248.

⁶¹ RG, Urteil v. 18.05.1909 – VII 88/09, RGZ 71, 248, 251.

⁶² RG, Urteil v. 18.05.1909 – VII 88/09, RGZ 71, 248, 250.

⁶³ RG, Urteil v. 18.05.1909 – VII 88/09, RGZ 71, 248, 250.

nung hat entscheiden lassen und die Erkennbarkeit auf eine Manifestation in Form der besonderen Weisungen reduziert hat.

(2) Der Platzanweiserfall

Der vom BGH dem Geldscheinfall identisch entschiedene Streit zwischen einem Kinobetreiber und dessen angestellter Platzanweiserin zeigt ebenfalls, wie das Innenverhältnis zwischen den Parteien die Besitzzuweisung beherrscht. Die Platzanweiserin hatte einen Brillantring unter einem Sitz gefunden und diesen entsprechend der Betriebsordnung bei der Geschäftsleitung abgegeben. Als den Ring nach Fristablauf (§ 973 Abs. 1 S. 1 BGB) noch niemand abgeholt hatte, stritten die Parteien darum, wer Eigentümer geworden war.⁶⁴ Der Gerichtshof entschied, dass „findet und an sich nimmt“ in § 965 Abs. 1 Hs. 1 BGB gleichbedeutend sei mit „in Besitz nimmt“. Wegen der Betriebsordnung sei daher die tatsächliche Gewalt der Anweiserin dem Betreiber zuzurechnen.

Zwar hätte der BGH hier ohne weiteres mit einem dritttöffentlichen sozialen Weisungsverhältnis argumentieren können. Immerhin würde nahezu jeder erwarten, dass eine Angestellte, die nach der Vorstellung durch die Reihen geht, vergessene Sachen für den Kinobetreiber einsammelt. Der BGH sparte die Argumentationsfigur indes aus und entschied den Fall anhand der Anweisung in der Betriebsordnung.⁶⁵

(3) Der Kutscherfall

In einem Fall über das Abhandenkommen beim gutgläubigen Erwerb musste das OLG Bamberg entscheiden, ob ein Kutscher als Besitzdiener oder Besitzmittler einzuordnen war.⁶⁶ Der Kläger hatte seinen Kutscher kurz vor der Kapitulation der Wehrmacht mit zwei Pferdegespannen auf die Flucht gen Westen geschickt. Das OLG bemühte Erkennbarkeit weder im Rechtssatz noch in der Subsumtion. Stattdessen argumentierte es ausschließlich damit, was der Kläger vom Vertragsverhältnis mit dem Kutscher erwarten konnte. Auch hier bestimmte allein das Innenverhältnis der Parteien über den unmittelbaren Besitzer.

(4) Die Probefahrtfälle

Eine Reihe von Fällen betraf die Einordnung des Kunden als Besitzmittler oder Besitzdiener bei Durchführung einer Probefahrt;⁶⁷ hier entschieden sämtliche

⁶⁴ BGH, Urteil v. 27.11.1952 – IV ZR 178/52, BGHZ 8, 130.

⁶⁵ BGH, Urteil v. 27.11.1952 – IV ZR 178/52, BGHZ 8, 130, juris-Rn. 10.

⁶⁶ OLG Bamberg, Beschluss v. 23.3.1949 – 1 UH 2/49, NJW 1949, 716.

⁶⁷ BGH, Urteil v. 18.09.2020 – V ZR 8/19, NJW 2020, 3711; OLG Köln, Beschluss v. 18.04.2005 – 19 U 10/05, MDR 2006, 90; KG, Beschluss v. 04.10.2018 – 26 U 159/17, BeckRS 2018, 28236; OLG Düsseldorf, Urteil v. 09.03.1992 – 1 U 70/91, OLGR 1992, 180.

Gerichte ebenfalls stets anhand des Innenverhältnisses. Die typische Konstellation war, dass der vermeintliche Kunde einen gefälschten Ausweis vorlegte, das Auto nie zurückbrachte, mit gefälschten Papieren weiterveräußerte und das Autohaus und der Erwerber anschließend um das Eigentum stritten. Einige Oberlandesgerichte vernachlässigten das Erfordernis des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses in § 855 BGB und erklärten den Kunden zum Besitzdiener, sodass der Wagen jeweils abhandengekommen war.⁶⁸ Der BGH setzte sich dieser Irrung⁶⁹ schließlich entgegen und verneinte dogmatisch korrekt ein soziales Abhängigkeitsverhältnis und damit auch § 855 BGB.⁷⁰ Zwar nannte der BGH im Gegensatz zu den Oberlandesgerichten als Kriterium ein „nach außen erkennbares soziales Abhängigkeitsverhältnis“. Aber auch er erforschte für seine Entscheidung allein das Innenverhältnis der Parteien; wie ein Dritter die Situation beurteilen würde, war kein Maßstab.

cc) Zuordnung der Besitzverhältnisse anhand der Parteiinteressen?

Schließlich bestehen noch Fälle, in denen ein Besitzmittlungsverhältnis fern liegt und ein Innenverhältnis aufgrund einer Vereinbarung fehlt, weshalb sich fragt, ob jemand, der im tatsächlichen Verhältnis zur Sache steht, als Besitzdiener oder Nichtbesitzer einzuordnen ist. Zwei in der Rechtsprechung behandelte Konstellationen veranschaulichen das Problem:

(1) Der Baustellenwerkzeugfall

Völlig unabhängig von Erkennbarkeit bewegte sich ein Fall vor dem OLG Köln:⁷¹ Der klagende Handwerker begehrte Herausgabe seines Werkzeugs nach § 861 BGB (Besitzschutz), das der beklagte Bauherr wegen behaupteter Schadensersatzansprüche von der Baustelle entfernt hatte. Das OLG ordnete den Bauherrn „allenfalls“ als Besitzdiener ein. Auffallen muss dabei, wie das OLG Köln den Streit um Baustellenwerkzeug mit Hilfe der Figur des Besitzdieners löste, während die Oberlandesgerichte Stuttgart und Düsseldorf im ähnlichen Streit über Baustellenmaterial allein abwogen, wer Besitzer sei.⁷² Im maßgeblichen Argument der Besitzschutzinteressen des Handwerkers gehen die Entscheidungen indes kaum auseinander.

⁶⁸ OLG Köln, Beschluss v. 18.04.2005 – 19 U 10/05, MDR 2006, 90, juris-Rn. 3; KG, Beschluss v. 04.10.2018 – 26 U 159/17, BeckRS 2018, 28236, Rn. 2–8.

⁶⁹ Die irrige Erweiterung des § 855 BGB soll hier nicht Thema sein.

⁷⁰ BGH, Urteil v. 18.09.2020 – V ZR 8/19, NJW 2020, 3711, Rn. 22; im Anschluss daran OLG Celle, Urteil v. 12.10.2022 – 7 U 974/21, NJW 2023, 229, Rn. 27.

⁷¹ OLG Köln, Urteil v. 19.11.1999 – 3 U 93/99, MDR 2000, 152.

⁷² S.o. Kapitel 4 A.I.1.a)cc)(1). Allein das OLG Stuttgart, Beschluss v. 22.11.2011 – 10 W 47/11, juris-Rn. 13 erwägt noch ein Argument aus der VOB/B, nach dem der Auftragnehmer als Besitzdiener einzuordnen sei, um den Anspruch des Auftraggebers zu sichern.

In seiner Prüfung widersetzte sich das OLG Köln der „früheren Rechtsprechung des BGH“, weshalb es kein soziales Abhängigkeitsverhältnis verlangte, sondern allein, dass der Diener weisungsgebunden sei.⁷³ Das OLG ignorierte die Frage der Erkennbarkeit, die sich in den von ihm zitierten Urteilen als Kriterium findet. Hätte es nämlich nur widersprechen wollen, dass soziale Abhängigkeit nötig sei, hätte es stattdessen nach einem erkennbaren Weisungsverhältnis fragen müssen. Für die Weisungsgebundenheit forderte das OLG, dass man erwarten könne, der Besitzdiener werde jede Weisung bezüglich der Sache selbst ausführen oder durch den Besitzherrn ausführen lassen.⁷⁴ Dafür genüge es nach seiner Ansicht, dass der Bauherr in der Regel kein Interesse am Werkzeug des Handwerkers habe. Von Interessenlosigkeit auf allgemeine Unterordnung zu schließen, kann kaum überzeugen, soll hier aber nicht im Mittelpunkt stehen.

Stattdessen wollen wir zunächst losgelöst vom Weisungserfordernis fragen, welche Besitzzuordnung den Parteiinteressen am besten entsprechen würde. Mangels relevanten Innenverhältnisses kommt es hierbei vor allem auf den Besitzschutz an. Es gibt vier mögliche Besitzanordnungen: (i) Sind die Parteien Mitbesitzer, steht ihnen gegenseitig sachlich eingeschränkt Besitzschutz zu, § 866 BGB. (ii) Ist der Bauherr Besitzmittler, soweit der Handwerker nicht auf der Baustelle arbeitet, wechseln die Besitzpositionen der Parteien ständig, und der Handwerker hat zeitlich eingeschränkt Besitzschutz gegen den Bauherrn. (iii) Ist der Bauherr Besitzdiener, kann er dem Handwerker gegen Dritte helfen, § 860 BGB, und der Handwerker ist auch ihm gegenüber geschützt. (iv) Hat der Bauherr keine Besitzposition, beschränkt sich gegenüber (iii) die Hilfe gegen Dritte auf §§ 227, 229 BGB,⁷⁵ wenn man hier nicht § 860 BGB analog gestatten will.⁷⁶ Ein Interesse des Bauherrn, mehr als altruistischen Besitzschutz innezuhaben, besteht nicht.⁷⁷ Umgekehrt wünscht der Handwerker, seine Werkzeuge auszutauschen und mitzunehmen, ohne dass der Bauherr Einfluss darauf hat. Möglichkeit (iii) entspricht also am besten den Parteiinteressen. Nun ist das Interesse an einem Besitzschutz auch mit Hilfe des Bauherrn nicht so groß, deswegen den Wortlaut des § 855 BGB zu übergehen. Näher liegt deshalb, das Problem durch § 860 BGB analog anzugehen, statt den Bauherrn zum Diener zu erklären.

⁷³ OLG Köln, Urteil v. 19.11.1999 – 3 U 93/99, MDR 2000, 152, juris-Rn. 2 – für die Nachweise s.o. bei Fn. 56. Wie gesehen, hat der BGH seine dahingehende Rechtsprechung aktualisiert, zuletzt BGH, Urteil v. 18.09.2020 – V ZR 8/19, NJW 2020, 3711.

⁷⁴ Mit Verweis auf die in der 3. Aufl. identische Formulierung bei *Schäfer*, in: Münch-KommBGB 2023, § 855 BGB, Rn. 5.

⁷⁵ Einen Unterschied macht das nur bezüglich der Besitzkehr, für die nach § 229 BGB obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen sein darf, s. *Gutzeit*, in: Staudinger BGB 2018, § 859 BGB, Rn. 2, 11.

⁷⁶ Dazu s. *Gutzeit*, in: Staudinger BGB 2018, § 860 BGB, Rn. 4.

⁷⁷ Vgl. OLG Stuttgart, Beschluss v. 22.11.2011 – 10 W 47/11, juris-Rn. 13.

(2) Der Geldscheinfall – Fortsetzung

Auch beim Geldscheinfall⁷⁸ lässt sich fragen, welche Besitzposition der Kunde hat, der den Geldschein vom Boden aufhebt. Soll mit dem BGH nämlich der Supermarktbetreiber schon Besitzer sein, bevor der Kunde den Geldschein entdeckt, kann der Kunde entweder nie Besitz gehabt haben oder er muss Besitzdiener des Supermarktbetreibers sein. Der Unterschied zum Baustellenwerkzeugfall liegt darin, dass der Kunde der Sache näher steht als der Betreiber, weil er sie in der Hand hält. Ordnet man dem Kunden keine Besitzposition zu, unterläuft ihm verbotene Eigenmacht, wenn er den Geldschein zunächst einsteckt und am Ende seines Einkaufs abliefert. Verbotener Eigenmacht Dritter kann er sich zugunsten des Betreibers (eingeschränkt) erwehren.⁷⁹ Auch fehlt im Geldscheinfall typischerweise eine Vereinbarung zwischen Kunden und Betreiber, derentwegen man ein Weisungsverhältnis erwägen könnte.⁸⁰ An soziale Abhängigkeit ist nicht zu denken. Nur über die Parteiinteressen, die sich hier maßgeblich aus dem sozialen Kontext der Fundsituation ergeben, lässt sich daher sinnvoll erklären, dass der Kunde Nichtbesitzer ist und der Betreiberbesitz gelockert. Diese Einordnung ist aber für Dritte nicht sichtbar.

dd) Zwischenergebnis: Das Innenverhältnis als herausragender Maßstab

Im Rohstoffgenossenschaftsfall forderte das RG für § 855 BGB noch ein dritthöfentliches soziales Abhängigkeitsverhältnis. Im Altschmuckfall entschied der BGH ebenfalls nach Kriterien, die ein unbeteiligter Dritter wahrnehmen könnte; das Urteil ließe sich aber auch anhand des Maßstabs „Innenverhältnis“ einordnen. Bezüglich Platzanweiser, Juwelen, Kutscher und Probefahrt orientierten sich die Gerichte allein am Innenverhältnis, was bis auf den Platzanweiser für Dritte auch nicht zu erraten wäre. Wegen des erforderlichen sozialen Abhängigkeitsverhältnisses in § 855 BGB können die Parteiinteressen allein nicht darüber entscheiden, wer Besitzdiener ist.⁸¹ Zuordnen lässt sich darüber jedoch, ob der Besitz nur gelockert ist, wie Baustellenwerkzeug- und Geldscheinfall zeigen. Insgesamt entscheidet damit vornehmlich das Innenverhältnis über die Besitzzuordnung zwischen Besitzdiener und -herrn.

⁷⁸ S.o. Kapitel 4 A.I.1.a)bb).

⁷⁹ Zum Umfang s.o. bei Fn. 75 und 76.

⁸⁰ Man könnte über eine Vereinbarung kraft AGB am Eingang des Supermarkts nachdenken. Kein angefragter Markt (Rewe, Aldi Nord/Süd, Penny) konnte allerdings eine solche Filial-Bedingung vorweisen (Stand: 12.10.2018). Darüber hinaus sind jedoch die vom BGH gesetzten Grenzen für die Ausweitung der Besitzdienerschaft in den Probefahrtfällen zu bedenken, derentwegen eine solche im Verhältnis zwischen Kunde und Markt wenig realistisch erscheint, s. dazu bereits o. Kapitel 4 A.I.3.a)bb)(4).

⁸¹ Entgegen einigen OLG-Entscheidungen, s.o. bei Fn. 68 und 73.

Die Rechtsprechung zur Erkennbarkeit der Besitzdienerschaft birgt zwei Probleme:⁸² Erstens hat sie seit dem Rohstoffgenossenschaftsfall § 855 BGB nie mehr verneint, weil das soziale Abhängigkeits- oder Weisungsverhältnis nicht dritttöffentlich war. Der Dritte mag daher den Besitzdiener, der die Sache in den Händen hält, für den Besitzer halten, während die Gerichte anders entscheiden wegen eines der Allgemeinheit verborgenen Innenverhältnisses. So kann sich die Besitzdienerschaft empfindlich mit dem vermeintlichen Besitz kraft unmittelbarer Gewalt überschneiden. Dieses Problem besteht, wie gesehen,⁸³ ebenso bei § 854 Abs. 1 BGB. Während es dort aber nur die Sonderkonstellation der Besitzlockerung betrifft, ist bei § 855 BGB systematisch das Risiko angelegt, dass der Außenstehende sich über die Besitzverhältnisse täuscht.

Zweitens ist Erkennbarkeit des Besitzdienerverhältnisses nach der Formel des BGH reduziert auf Verlautbarung anders als bei der unmittelbaren Sachherrschaft ein Nichtkriterium. Da dessen Begründung kein einseitiger Akt ist, muss das Besitzdienerverhältnis sich notwendig nach außen manifestieren. Beim erkennbaren (= manifestierten) sozialen Abhängigkeitsverhältnis ist daher die Rede vom weißen Schimmel.

b) Stellungnahmen in der Literatur

In der Literatur finden sich zwar einige Stellungnahmen, die versuchen, die im Rohstoffgenossenschaftsfall geforderte Dritttöffentlichkeit aufrecht zu erhalten; letztlich muss sich aber auch hier das Innenverhältnis als entscheidend durchsetzen.

Mit dem besitzdienenden Chauffeur und Dienstmädchen als Beispielen versuchte noch *Schmelzeisen* die allgemeine Dritttöffentlichkeit der Besitzdienerschaft zu begründen. Schon an deren Trachten sei zu erkennen, „daß vielmehr für die von ihnen mitgeführten Sachen ein anderer als Interessent in Betracht kommt, dessen Persönlichkeit erst des näheren zu ermitteln wäre.“⁸⁴ Im Grunde trug er damit ein Kleider-machen-Leute-Argument vor: Ist naheliegend, dass Sachen in der unmittelbaren Gewalt einer Person einem übergeordneten Dritten zuzurechnen sind, weil sie in Verbindung mit dem Auftreten der Person das entsprechende Bild ergeben, folgt aus diesem Eindruck die Besitzdienerschaft. Zu mehr als einer groben Richtlinie taugt die Betrachtung jedoch kaum. Denn zu Recht hat *Enders* das Beispiel des Chauffeurs ad absurdum getrieben: Er fragte, wessen Besitz die vom Chauffeur gekauften Zigaretten zuzurechnen seien; wessen die zur Zeit der Mittagspause dem Trödelhändler im eigenen Namen angebotene alte Uhr, die sich der Besitzherr – vielleicht – scheut, selbst

⁸² Zum dritten Problem, wie sich Besitzdienerschaft und Besitzmittlungsverhältnis überschneiden, s.u. Kapitel 4 A.I.4.a)ff).

⁸³ S.o. Kapitel 4 A.I.1.a)dd) bei Fn. 34.

⁸⁴ *Schmelzeisen*, AcP 136 (1932), 129, 154.

zu veräußern.⁸⁵ Sobald nicht mehr der Wagen betroffen ist, wird die Besitzzuordnung anhand des Auftretts unscharf.

Wenige Stimmen in der Literatur versuchen, die Dritthöfentlichkeit zumindest aufrechtzuerhalten, wenn der Besitz wechselt. Götz z.B. meint, die Publizität gebiete, dass die Weisungsgebundenheit des Besitzdieners bei Begründung und Beendigung des Besitzdienerverhältnisses erkennbar sei. Im Zeitraum dazwischen sei Erkennbarkeit jedoch weder möglich noch nötig.⁸⁶ Genaueres fehlt.

Westermann et al. fordern Erkennbarkeit – sinnvollerweise als Dritthöfentlichkeit verstanden – nur dort, wo das neubegründete Besitzdienerverhältnis die Übergabe im Sinne des § 929 S. 1 BGB bilden soll.⁸⁷ Als Beispiel nennen sie den Rohstoffgenossenschaftsfall, bei dem wir allerdings gesehen haben, dass die Verpfändung bereits am Besitzdienerverhältnis überhaupt scheiterte und nicht erst an dessen fehlender Erkennbarkeit. Für die von *Westermann et al.* geforderte Dritthöfentlichkeit bestehen zwei andere Konstellationen: (i) Der Veräußerer war schon vorher (sozial) abhängig vom Erwerber – z.B. veräußert der Handwerksgehilfe seine Bohrmaschine an den Meister, die er bereits zur Arbeit genutzt hat. Worin sollte die Erkennbarkeit hier anderes als in der Veräußerung bestehen? Nur ein Aufkleber mit „Besitz des Meisters“ genügt; denn handelte es sich nur um einen Eigentumsaufkleber, könnte der Gehilfe nach §§ 929 S. 1, 930 BGB veräußert haben. Die entscheidende Hürde dafür, in dieser Konstellation eine weitere Erkennbarkeit zu fordern, besteht darin, dass bereits vor der Veräußerung der Anschein besteht, dass der Gehilfe nur Besitzdiener ist. Die Übergabe vollzieht damit nur rechtlich die Besitzlage nach, wie sie sich dem Beobachter bereits tatsächlich dargestellt hat.

(ii) Der Veräußerer war vorher noch nicht abhängig vom Erwerber und ordnet sich nun unter – z.B. wird der freiberuflich für ein Architekturbüro tätige Architekt zum Angestellten und veräußert beim Eintritt ins Büro sein mitgebrachtes Büromaterial an den neuen Arbeitgeber oder der unabhängige Handwerker wird zum Arbeitnehmer und veräußert sein Werkzeug an das Unternehmen, wobei er jeweils die Sachen weiter nutzt. In beiden Fällen erzeugt – wenn nicht schon vorher dieser Anschein bestand – das Einbringen der Sache in die Sphäre des Arbeitgebers den Eindruck, dass die Sachen in dessen Besitz sind. Die Erkennbarkeitsvoraussetzung ist für den neu hinzutretenden Beobachter schon damit stets erfüllt. Sie ist insoweit ohne Mehrwert. Weiß der Beobachter indes, dass der neue Arbeitnehmer die Arbeitsmaterialien vorher besaß, aber weiß er nicht speziell von der Übereignung nach § 929 S. 1 BGB, schließt er

⁸⁵ Enders, Der Besitzdiener, 1991, 119 f.

⁸⁶ Götz, in: BeckOGK BGB 01.10.2023, § 855 BGB, Rn. 17 f.

⁸⁷ Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 9 Rn. 7; zustimmend: Gutzeit, in: Staudinger BGB 2018, § 855 BGB, Rn. 15; Stadler, in: Soergel BGB 2002, § 855 BGB, Rn. 4.

womöglich nicht auf veränderte Besitzverhältnisse, weil er diese Sachen aus der Vergangenheit heraus gleich zuordnen wird. Wie ist der Besitzwechsel hier kenntlich zu machen? Dafür genügt nur eine Maßnahme, die unmittelbar an der Sache haftet, also z.B. wieder ein Aufkleber mit „Besitz des Arbeitgebers“, beim Kfz in Form eines neuen Kennzeichens. Die genauere Untersuchung ergibt somit, dass es entweder entbehrlich ist, zusätzlich die Erkennbarkeit zu verlangen, oder dass das Kriterium fast nicht zu erfüllen ist, wenn der Veräußerer die tatsächliche Gewalt nun als Besitzdiener weiter innehaben soll.

Im Zusammenhang mit § 935 Abs. 1 S. 1 BGB zeigen *Westermann et al.*, dass der Erwerber im Zweifel nicht einschätzen kann, ob er gerade dem Besitzer oder Besitzdiener gegenübersteht. Dafür ersinnen sie einen Handelsreisenden.⁸⁸ Dieser veräußert an einen Antiquar drei für andere Kunden vorgesehene Bücher und drei, die sein Arbeitgeber ihm zur privaten Lektüre geliehen hat. Falls der Antiquar überhaupt erkennen kann, dass der Handelsreisende wegen mancher Bücher nur Besitzdiener ist, so kann er gleichwohl an den äußeren Umständen nicht erschließen, um welche Exemplare es sich handelt.

Schäfer bringt die gesamte Notlage auf den Punkt, wenn er schreibt:

„Das Besitzdienerverhältnis ergibt sich aus der internen Beziehung zwischen Besitzer und Besitzdiener, die für Außenstehende häufig nicht ohne weiteres erkennbar ist. Der Schutz des Rechtsverkehrs durch Publizität kann daher auf diese Weise nicht erreicht werden.“⁸⁹

Und auch *Baur/Stürner* sehen das Risiko:

„Freilich liegt in der fehlenden Erkennbarkeit [des Besitzdienerverhältnisses] eine weitgehende Bevorzugung des Besitzers und eine erhebliche Gefahr für den Rechtsverkehr wegen der Durchbrechung des Publizitätsgedankens.“⁹⁰

Besitzdienerschaft und Drittpflicht gehen also kaum zusammen.

c) Zwischenergebnis: Für Dritte klare Zuordnung des Besitzes nur, wenn das Besitzdienerverhältnis im Einzelfall drittpflichtig ist

Während das RG noch eine Erkennbarkeit des Besitzdienerverhältnisses im Sinne von Drittpflicht gefordert hat, bestimmen spätere Entscheidungen die Besitzdienerschaft im Wesentlichen nach dem Innenverhältnis. Bestimmt sich die Besitzzuordnung aber nach dem Innenverhältnis, überschneiden sich für den dritten Beobachter das erkennbare Besitzdienerverhältnis und die erkennbare unmittelbare Gewalt des Besitzers, wodurch sie beide untrennbar unscharf werden. Wenn die Rechtsprechung in den jüngeren Entscheidungen also von einem *erkennbaren* sozialen Abhängigkeitsverhältnis spricht, nennt sie ein Nichtkriterium. Denn Erkennbarkeit meint nicht mehr Drittpflicht, und

⁸⁸ *Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 49 Rn. 11.

⁸⁹ *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 855 BGB, Rn. 10.

⁹⁰ *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 67.

ein Abhängigkeitsverhältnis muss sich ohnehin irgendwie äußern, um zu entstehen. Parteiinteressen spielen im Gegensatz zur Abgrenzung zwischen fehlendem Besitz und bloßer Besitzlockerung bei § 854 Abs. 1 BGB entgegen einigen Oberlandesgerichten keine Rolle, weil der Wortlaut des § 855 BGB verhindert, den Besitzdienerbegriff weit auszudehnen. Die Literatur hat die Schwierigkeit erkannt, die mit dem erkennbaren sozialen Abhängigkeitsverhältnis verbunden ist; sie sieht weitgehend davon ab, Erkennbarkeit zu fordern.

Der Gedanke des für Dritte erkennbaren Besitzes kommt damit bereits durch die Besitzdienerschaft fast ganz zu Fall – er bleibt nur noch dort bestehen, wo der Dritte das Abhängigkeitsverhältnis im Einzelfall erkennen und anhand dessen zuordnen kann.

4. Die tatsächliche Gewalt eines auf Zeit zum Besitz Berechtigten, § 868 BGB

§ 868 BGB vervielfältigt den Besitz.⁹¹ Die Vorschrift erklärt neben dem Inhaber der unmittelbaren Gewalt auch denjenigen Hintermann zum Besitzer, gegenüber dem der Inhaber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist (mittelbarer Besitzer). Die genannten Rechtsverhältnisse fordern an sich keine Dritthöfentlichkeit; wie bei § 855 BGB lässt sich auch hier untersuchen, inwieweit nur solche als besitzbegründend anzuerkennen sind, die auch dritthöfentlich sind.

a) Rechtsprechung zur Frage der Erkennbarkeit

Was die Rechtsprechung bisher zur Dritthöfentlichkeit des unmittelbaren Besitzes kraft Abhängigkeitsverhältnisses geäußert hat, legt nahe, dass sich auch bei der Besitzmittlung kaum Entscheidungen finden werden, in denen sich Erkennbarkeit als Dritthöfentlichkeit verstehen lässt. Tatsächlich wenden sich die Gerichte hier schon von Beginn an und noch deutlicher von dem Gedanken der Dritthöfentlichkeit ab. So erwähnen die einschlägigen Entscheidungen des RG das Wort „erkennbar“ nicht einmal.⁹² Und auch in der Rechtsprechung des BGH findet sich keine Entscheidung, die dritthöfentlichen Besitz fordert.⁹³ Soweit sechs Entscheidungen des BGH Erkennbarkeit verlangen, geht es allein um die Verlautbarung eines Besitzmittlungswillens oder seiner Aufgabe.

⁹¹ S. dazu auch noch einmal u. Kapitel 4 D.II.2.a).

⁹² RG, Urteil v. 02.03.1906 – VII 283/05, RGZ 63, 16; RG, Urteil v. 04.07.1902 – II 117/02, RGZ 52, 130.

⁹³ Diesem Ergebnis zugrunde liegt eine juris-Recherche nach „Besitzmittlung UND erkennbar“, Gerichtsbarkeit: BGH, Stand: 14.01.2024. Von 45 hervorgebrachten Urteilen greifen sechs die Frage der Erkennbarkeit des Besitzmittlungsverhältnisses in irgendeiner Form auf. Sie sind in den folgenden Fn. zitiert.

aa) Der Rundhölzerfall

Schon in der frühesten dieser Entscheidungen startet die Erkennbarkeit als Verlautbarung statt als Drittöffentlichkeit. Der BGH erörterte, ob die Klägerin bereits Eigentum nach §§ 929 S. 1, 930 BGB erworben hatte, als der Verkäufer die Rundhölzer für sie verladen hatte, um die Hölzer im eigenen Namen messern zu lassen.⁹⁴ Der Gerichtshof bejahte Einigung und Übergabeersatz qua Geschäftsbesorgungsvertrag. Möglichen Zweifeln ausgesetzt sah er hingegen, ob der Verkäufer, als er unmittelbarer Besitzer geworden war, seinem Besitzmittlungswillen „auch nach außenhin Ausdruck gegeben“ habe.⁹⁵ Dazu erklärte er, dass „die Aktualisierung des Besitzmittlungsverhältnisses [...] nicht für jeden Dritten erkennbar zu sein [braucht], es genügt, daß sie es für den Erwerber ist.“⁹⁶

Der BGH beschränkt also das eingeführte Merkmal der Erkennbarkeit auf die Kenntnis des Erwerbers. In der Subsumtion genügte dem Gerichtshof, dass der Verkäufer die Rundhölzer für die Klägerin verladen hatte; nicht klar ist, ob die Klägerin auch dabei gewesen war.⁹⁷ Bestenfalls bezieht sich Erkennbarkeit damit auf diejenige im Innenverhältnis mit dem künftigen Besitzmittler, schlimmstenfalls genügt die bloße Verlautbarung des Besitzmittlungswillens. In jedem Fall ist das Verhalten des Verkäufers erst am Innenverhältnis zu verstehen. Damit ist auch hier die Erkennbarkeit genauso ein Nichtkriterium wie beim sozialen Abhängigkeitsverhältnis im Rahmen der Besitzdienerschaft.⁹⁸

bb) Der Tresenfall und ähnlich gelagerte Fälle

Im Tresenfall war die vom BGH geforderte Erkennbarkeit nur Manifestation. Im Prozess stritten die Parteien darum, ob der Beklagte mittelbaren Besitz hatte, als er einen Tresen gemäß §§ 931, 934 BGB an die Klägerin übereignete.

Der Gerichtshof urteilte, damit der mittelbare Besitz ende, müsse der Besitzmittler seine Willensänderung nicht gegenüber dem bisherigen mittelbaren Besitzer äußern, sondern die Änderung „nur eindeutig nach außen erkennbar machen“⁹⁹ – und zitierte insoweit unzutreffend den bekannten Zuckerfall zum Nebenbesitz vor dem RG.¹⁰⁰ Die Frage, inwieweit Dritte den Besitzwechsel erkennen mussten, spielte auch keine Rolle; stattdessen ging es darum, welches

⁹⁴ BGH, Urteil v. 18.11.1963 – VIII ZR 198/62, NJW 1964, 398.

⁹⁵ Aus den abgedruckten Urteilsgründen geht nicht hervor, ob und welchen Besitz der Verkäufer zuvor hatte.

⁹⁶ BGH, Urteil v. 18.11.1963 – VIII ZR 198/62, NJW 1964, 398.

⁹⁷ Dem Urteil fehlt in der abgedruckten Fundstelle der Tatbestand.

⁹⁸ S.o. Kapitel 4 A.I.3.a)dd).

⁹⁹ BGH, Urteil v. 10.11.1965 – VIII ZR 228/63, WM 1965, 1254, juris-Rn. 26.

¹⁰⁰ RG, Urteil v. 05.02.1932 – VII 219/31, RGZ 135, 75. Das RG hatte damals nur festgestellt, dass der bisherige mittelbare Besitzer weder davon erfahren noch zustimmen müsse. Von Erkennbarkeit sprach es nicht.

äußerliche Verhalten des mutmaßlichen Besitzmittlers als besitzmittelnd anzusehen war.

Sehr ähnlich verhielt es sich in einem Prozess, in dem die Parteien über das Eigentum an Fräsen stritten.¹⁰¹ Die Klägerin hatte die Fräsen unter Eigentumsvorbehalt geliefert und die Vorbehaltskäuferin sie an die Beklagte sicherungsübereignet. Im Rahmen des § 1006 Abs. 3 BGB erklärte der BGH, dass die Vorbehaltskäuferin den mittelbaren Besitz der Klägerin durch den Sicherungsübereignungsvertrag beendet hatte, „indem sie sich [damit] nach außen erkennbar einseitig von dem Besitzmittlungsverhältnis zur Klägerin [losgesagt hatte].“¹⁰² Offen bleibt, wem außer der Beklagten der Inhalt des Sicherungsübereignungsvertrags bekannt sein sollte – auch hier ging es also nur um Manifestation.

In derselben Linie argumentierte der BGH in einem Fall, in dem in einer Verkettung von Mietverträgen der Hauptvermieter seinem Mieter gekündigt hatte und die Unter-Untermieterin einen neuen Mietvertrag mit dem Hauptvermieter geschlossen hatte: Die Erkennbarkeit reiche aus, eine Erklärung gegenüber dem bisherigen mittelbaren Besitzer oder dessen Kenntnis sei nicht erforderlich; konkret genügte dem Gerichtshof dafür der Abschluss eines neuen Mietvertrags.¹⁰³ Allein hierdurch mittelte der vorige Unter-Untermieter nun dem Hauptvermieter direkt den Besitz.

cc) Der Teppichfall

Im Teppichfall stellte der BGH noch klarer heraus, er verlange nur, „daß der Wille des Veräußerers, seinen bisherigen Eigenbesitz in Fremdbesitz zugunsten des Erwerbers umzuwandeln, nach außen hervortritt.“¹⁰⁴ In diesem Rechtsstreit war fraglich, ob die Eltern des minderjährigen Klägers 36 Teppiche wirksam durch Insichkonstitut nach §§ 930, 181 S. 1 BGB an den Kläger übereignet hatten, bevor der Beklagte diese pfändete.¹⁰⁵ Der BGH ließ dafür genügen, dass die Eltern des Klägers eine schriftliche Übereignungserklärung verfasst und von den volljährigen Geschwistern des Klägers hatten unterzeichnen lassen. „Denn damit ist der Wille, die übereigneten Gegenstände nunmehr für den Kläger zu besitzen, nach außen erkennbar geworden.“¹⁰⁶

¹⁰¹ BGH, Urteil v. 16.04.1969 – VIII ZR 64/67, WM 1969, 656. Es handelt sich hierbei *nicht* um den Fräsmaschinenfall.

¹⁰² BGH, Urteil v. 16.04.1969 – VIII ZR 64/67, WM 1969, 656, juris-Rn. 14.

¹⁰³ BGH, Urteil v. 12.07.2006 – XII ZR 178/03, NJW-RR 2006, 1385, Rn. 35.

¹⁰⁴ BGH, Urteil v. 08.06.1989 – IX ZR 234/87, NJW 1989, 2542, juris-Rn. 21.

¹⁰⁵ BGH, Urteil v. 08.06.1989 – IX ZR 234/87, NJW 1989, 2542.

¹⁰⁶ BGH, Urteil v. 08.06.1989 – IX ZR 234/87, NJW 1989, 2542, juris-Rn. 21.

dd) Der Fall FlowTex

Auch das Urteil des BGH im Fall FlowTex spricht sich deutlich für das bloße Verlautbarungskriterium aus; es erwähnt das Wort „erkennbar“ nicht einmal.¹⁰⁷ Dem Rechtsstreit zugrunde lag ein Betrug in Höhe von knapp zwei Milliarden DM durch die Geschäftsführung des gleichnamigen Unternehmens. Dessen später verurteilte Manager hatten ein Schneeballsystem eingerichtet, nach dem sie für etwa 300 Horizontalbohrsysteme 3.000 Leasingverträge abschlossen und die finanzierenden Banken unter anderem dadurch täuschten, dass sie stets neue Identitätsnummern an denselben Maschinen anbrachten.¹⁰⁸

Die Klägerin hatte von der Beklagten Leasingforderungen gegen FlowTex gekauft. Diese waren durch das Eigentum an den Horizontalbohrsystemen gesichert, die die Beklagte für FlowTex gekauft hatte. Der Prozess lief darauf hinaus, dass entscheidend war, ob die Beklagte der Klägerin nach §§ 931, 934 Alt. 1 BGB wirksam das Sicherungseigentum an den Bohrern verschafft hatte. Dafür wiederum kam es darauf an, ob FlowTex zum Zeitpunkt der Übereignung noch für die Beklagte besaß oder sich „die Aufgabe des [betreffenden] Willens [...] dadurch manifestiert hat[te], daß die an den Geräten angebrachten Identifikationsnummern ausgetauscht wurden.“¹⁰⁹ Drittöffentlichkeit war für den BGH nicht relevant, allein auf die äußere Manifestation des Willens kam es an.

ee) Der Plakat-„Dogge“-Fall

Die Linie „Erkennbarkeit ist gleich Verlautbarung“ führt schließlich der jüngste Fall vor dem BGH fort.¹¹⁰ Im Prozess stritten die Parteien unter anderem darum, ob der Rechtsvorgänger des Klägers das Plakat „Dogge“ einem Bekannten nach §§ 929 S. 1, 930 BGB veräußert hatte. Hierzu hatte das Berufungsgericht lediglich festgestellt, dass der Rechtsvorgänger Jahre nach dem fraglichen Rechtsakt von einer „förmlichen Übereignung“ gesprochen hatte und der Bekannte davon, die Sache sei „als Pfand“ übereignet worden. Der BGH verneinte die Übereignung mit Blick auf die Erkennbarkeit und führte dazu aus:

„Die Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses ersetzt die in § 929 Satz 1 BGB vorgesehene Übergabe der Sache. Diese Funktion steht einem Eigentumswechsel entgegen, bei dem der Wille des Veräußerers, die in seinem (unmittelbaren) Eigenbesitz befindliche Sache

¹⁰⁷ BGH, Urteil v. 10.11.2004 – VIII ZR 186/03, BGHZ 161, 90.

¹⁰⁸ Eine ausführliche Historie findet sich bei: Spiegel ONLINE, FlowTex, <http://www.spiegel.de/thema/flowtex/>, Stand: 14.01.2024.

¹⁰⁹ BGH, Urteil v. 10.11.2004 – VIII ZR 186/03, BGHZ 161, 90, juris-Rn. 69.

¹¹⁰ BGH, Urteil v. 16.03.2012 – V ZR 279/10, NJW 2012, 1796.

künftig für einen anderen zu besitzen, nicht in irgendeiner Form, und sei es nur gegenüber dem Erwerber (vgl. [den Rundhölzerfall]), erkennbar zu Tage tritt.“¹¹¹

Der BGH stützte sich im Obersatz auf die Erkennbarkeit, hätte aber ohne weiteres argumentieren können, es fehle schon an der Einigungserklärung, weil aus den vorhandenen späteren Parteierklärungen nicht hervorging, was denn nun vereinbart gewesen war. Insoweit muss erstaunen, dass der Gerichtshof die Erkennbarkeit überhaupt bemühte.

ff) Zwischenergebnis: Erkennbarkeit als Verlautbarung

In Bezug auf den mittelbaren Besitz denkt die Rechtsprechung Erkennbarkeit nur als Verlautbarung. Dritthöflichkeit erwähnt sie nicht einmal. Für die Publizität des Besitzes ist das misslich, weil allein infolge der Manifestation ein Dritter nicht unterscheiden kann, ob ein Eigenbesitzer oder Besitzdiener oder Besitzmittler vor ihm steht.

b) Stellungnahmen in der Literatur

Die Stimmen in der Literatur entsprechen größtenteils der Rechtsprechung und begreifen Erkennbarkeit als Verlautbarung. Allein *Fritzsche* und *Wilhelm* fordern allgemein und ohne weitere Begründung, das Besitzmittlungsverhältnis müsse nach außen erkennbar sein.¹¹² Im Übrigen beschränken sich die Autoren darauf herauszuheben, das Insichgeschäft¹¹³ oder der aufgegebene Besitzmitt-

¹¹¹ BGH, Urteil v. 16.03.2012 – V ZR 279/10, NJW 2012, 1796, Rn. 34.

¹¹² *Fritzsche*, in: Hau/Poseck BGB 01.08.2023, § 868 BGB, Rn. 11; *Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rn. 497.

Die Ausführung von *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 868 BGB, Rn. 17, der Besitzmittlungswille müsse dem mittelbaren Besitzer objektiv erkennbar sein, muss als Verirrung eingeordnet werden: Denn einerseits belegen die von *Schäfer* genannten Entscheidungen nicht seine Behauptung (Rundhölzerfall, wo die Erkennbarkeit für den mittelbaren Besitzer aus der Fundstelle nicht feststellbar ist, sowie BGH, Urteil v. 21.04.1978 – I ZR 135/76, MDR 1978, 996, wo der mittelbare Besitz daran scheiterte, dass die unmittelbar besitzende Spinnerei für gar niemand anderen besaß, Rn. 31). Andererseits bezieht *Schäfer* andernorts klar Stellung sowohl gegen die Erkennbarkeit der tatsächlichen Sachherrschaft als auch die des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses, Kapitel 4 A.I.1.b) und Kapitel 4 A.I.3.a).

¹¹³ *Fritzsche*, in: Hau/Poseck BGB 01.08.2023, § 868 BGB, Rn. 26, 33; *Stadler*, in: Soergel BGB 2002, § 868 BGB, Rn. 5; *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 868 BGB, Rn. 12; *Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 17 Rn. 5. *Gutzeit*, in: Staudinger BGB 2018, § 868 BGB, Rn. 75 meint, bei der Einkaufskommission müsse das Besitzkonstitut äußerlich erkennbar werden, und beruft sich dafür auf RG, Urteil v. 02.03.1906 – VII 283/05, RGZ 63, 16, 17. Dort ordnete das RG es als ausreichend für ein Besitzkonstitut qua Insichvertrag ein, dass der Gemeinschuldner vormals 2.300 Mark in einen Briefumschlag gelegt und mit dem Namen des Klägers beschriftet hatte. Der Begriff Erkennbarkeit bleibt unerwähnt.

lungswille¹¹⁴ müssten erkennbar sein. *Westermann et al.* erläutern Erkennbarkeit im Rahmen des Insichgeschäfts damit, „dass ein mit den Verhältnissen vertrauter aufmerksamer Beobachter die besondere besitzrechtliche Lage erkennen kann.“¹¹⁵ Als Beispiel nennen sie einen Einkaufskommissionär, der seinen Besitzwillen für den Kommittenten bereits durch gesonderte Lagerung, Bezeichnung oder einen entsprechenden Bucheintrag erkennbar mache. Die zunächst auf Drittöffentlichkeit gerichtet scheinende Wortwahl stellt sich damit als Kriterium der Verlautbarung heraus.¹¹⁶ *Stadler* erklärt für das Insichgeschäft, dass die geforderte Erkennbarkeit gerade nicht auf dem Publizitätsprinzip gründe, „sondern auf [der] Grundregel, dass eine Willensäußerung der erkennbaren Manifestation bedarf.“¹¹⁷ Für den geänderten Besitzmittlungswillen fehlt eine abstrakte Reflektion, ob dieser nun auch drittöffentlich sein solle. *Götz* nennt allerdings eine Reihe Beispiele, die allesamt geheim vorgenommen werden können.¹¹⁸ Es liegt angesichts der Rechtsprechung daher nahe, *Stadlers* Gedanken zum Insichgeschäft auch auf die Änderung des Besitzmittlungswillens zu übertragen.

c) Zwischenergebnis: Erkennbarkeit meint beim Besitzmittlungsverhältnis nur Verlautbarung des Besitzmittlungswillens

Die Rechtsprechung gebraucht den Erkennbarkeitsbegriff ausschließlich, die Literatur fast durchgängig im Sinne von Verlautbarung des Besitzmittlungswillens. Damit unterscheidet sich die Äußerung des Besitzmittlungsverhältnisses nicht von der irgendeiner anderen Willensäußerung. Bei Letzterer käme wohl jedoch niemand auf die Idee, sie mit Erkennbarkeit zu verbinden. Der mittelbare Besitz entbehrt also jeder Art von Drittöffentlichkeit.

¹¹⁴ *Götz*, in: BeckOGK BGB 01.10.2023, § 868 BGB, Rn. 65 f.; *Fritzsche*, in: Hau/Poseck BGB 01.08.2023, § 868 BGB, Rn. 33; *Stadler*, in: Soergel BGB 2002, § 868 BGB, Rn. 19; *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht, 18. Aufl. 2009, § 7 Rn. 58; *Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 18 Rn. 2.

¹¹⁵ *Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 17 Rn. 5.

¹¹⁶ Ähnlich auch *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 6 Rn. 9, die eine vorausgegangene Parteivereinbarung für die Erkennbarkeit genügen lassen wollen.

¹¹⁷ *Stadler*, in: Soergel BGB 2002, § 868 BGB, Rn. 5.

¹¹⁸ *Götz*, in: BeckOGK BGB 01.10.2023, § 868 BGB, Rn. 65: „durch Kennzeichnung eines Buches mit dem eigenen Namen, durch Unterzeichnung eines Vertrages, durch Abreißen eines Pfandsiegels, durch Austausch der an verleasten Geräten angebrachten Identifikationsnummern, durch eigenmächtige Weggabe der Sache durch den Besitzmittler oder durch erkennbar missbräuchliche Nutzung einer zur Insolvenzmasse gehörenden Sache durch den Insolvenzverwalter zu Privatzwecken“ m.N. zu den betreffenden Fundstellen in der Rechtsprechung.

5. Der ererbte Besitz, § 857 BGB

§ 857 BGB legt knapp fest, dass der Besitz auf den Erben übergeht. Die Vorschrift wird allgemein so verstanden, dass die Besitzposition mit dem Erbfall in die Hände des Erben fällt, so wie sie beim Erblasser lag.¹¹⁹ Schon der Wortlaut der Vorschrift, der den Besitzübergang an keine weitere Voraussetzung knüpft, legt daher nahe, dass es hier nicht auf irgendeine Art der Erkennbarkeit ankommen kann – weder Dritthöfentlichkeit noch Verlautbarung.

a) Rechtsprechung zur Frage der Erkennbarkeit

Eine Entscheidung des Brandenburgischen OLG bringt die fehlende Verbindung von Erbenbesitz und Erkennbarkeit auf den Punkt, indem sie schreibt, der Besitz nach § 857 BGB sei „fingiert“.¹²⁰ Auch der BGH hat jüngst im Rahmen der Vollstreckung erklärt, dass der Erbenbesitz keinen Gewahrsam „im Sinne einer tatsächlichen, nach außen erkennbaren Sachherrschaft“ begründe.¹²¹ Im Übrigen schweigt sich die Rechtsprechung dazu aus, inwieweit der Erbenbesitz erkennbar sein muss. Bei einer juris-Recherche finden sich bloß 21 Urteile der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu den Stichworten „erkennbar“ und zum Erbenbesitz.¹²² Bis auf dieses jüngste des BGH und den anschließenden Beschluss des AG Heidelberg bringt keines davon die beiden Begriffe in Verbindung.

b) Stellungnahmen in der Literatur

Die Stimmen aus der Literatur betonen die Fiktion des Erbenbesitzes,¹²³ dass er gänzlich unabhängig von den tatsächlichen Verhältnissen sei¹²⁴ oder dass die Publizität des Besitzes zugunsten des Nachlassschutzes übergangen worden sei.¹²⁵ Auch wenn die Frage der Erkennbarkeit damit nicht ausdrücklich behandelt ist, bleibt die Nachricht deutlich: Diese Form des Besitzes steht in keinem Zusammenhang zu Erkennbarkeit.

c) Zwischenergebnis: Ererbter Besitz hängt nicht von Erkennbarkeit ab

Man mag den fingierten Besitz des wahren Erben als Ausnahme betrachten, weil er überhaupt keine Verbindung zum Tatsächlichen erfordert und damit der Konzeption des Besitzes als im Tatsächlichen begründet diametral entgegen-

¹¹⁹ Statt aller: Schäfer, in: MünchKommBGB 2023, § 857 BGB, Rn. 9.

¹²⁰ Brandenburgisches OLG, Urteil v. 17.02.2004 – 6 U 176/02, juris-Rn. 40.

¹²¹ BGH, Beschluss v. 30.04.2020 – I ZB 61/19, BGHZ 225, 252, Rn. 35; im Anschluss hieran AG Heidelberg, Beschluss v. 22.03.2021 – 1 M 7/21, DGVZ 2021, 200, juris-Rn. 12.

¹²² Suche: (§ 857 BGB UND erkennbar) ODER (Erbenbesitz UND erkennbar), Stand: 14.01.2024.

¹²³ Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl. 2020, § 4 Rn. 31.

¹²⁴ Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 14 Rn. 1.

¹²⁵ Süß, in: FS Wolff 1952, 141, 150, 161; Prütting, Sachenrecht, 37. Aufl. 2020, Rn. 78.

steht. Für die Frage der Erkennbarkeit genügt jedoch festzustellen, dass er von allen Besitzarten diejenige ist, der jede notwendige Verbindung zu einer äußeren Erscheinung fehlt.

Die Fiktion dürfte allerdings nur bedeutsam werden, soweit mögliche Erben irgendwie einbezogen sind. Im Verhältnis zu gänzlich Unbeteiligten wird man davon ausgehen können, dass ein erkennbarer Besitz des Erblassers sich in der Fiktion des § 857 BGB fortsetzt.

6. Organbesitz

Eine juristische Person besitzt, wenn ihr Organ die tatsächliche Gewalt an der Sache für sie ausübt. In der Literatur findet sich nur bei *Cohen* eine Äußerungen zur Erkennbarkeit der Organstellung. Der unmittelbare Organbesitz sei nicht erkennbar, weil dessen besondere Voraussetzungen, nämlich die Organstellung und Ausübung der tatsächlichen Gewalt als Organ sowie der Wille hierzu, „für jeden außenstehenden Rechtsverkehrsteilnehmer nicht immer als äußerlich erkennbare Merkmale wahrnehmbar und somit nicht offenkundig“ seien.¹²⁶ Im Übrigen werden mitunter Parallelen zur Besitzdienerschaft gezogen,¹²⁷ was für die Frage nach Erkennbarkeit bedeuten würde, dass es allein auf das Innenverhältnis ankommen soll.¹²⁸ *Westermann et al.* halten immerhin fest, dass das Organ sich zum Besitzer machen kann, wenn es die tatsächliche Gewalt „erkennbar“ nicht mehr für die juristische Person ausüben will.¹²⁹ Dass mit dieser Formel allerdings Drittöffentlichkeit gemeint ist, liegt fern, erinnert sie doch stark an die erkennbare Änderung des Besitzmittlungswillens.¹³⁰ Auch *Flumes* Vorschlag, die Besitzzurechnung davon abhängig zu machen, dass die Sache sich grundsätzlich in den Räumen der Gesellschaft befindet,¹³¹ hat sich mit Blick auf die Parallele zum Besitzdiener nicht durchgesetzt.¹³²

Die Entscheidungen des BGH zum Organbesitz nennen nicht einmal eine Formel, die das Wort „erkennbar“ enthält.¹³³ Ein irriges Urteil des OLG Düsseldorf will hingegen „an die Erkennbarkeit [des Organbesitzwillens] mit Rücksicht auf den sachenrechtlichen Publizitätsgrundsatz [...] hohe Anforder-

¹²⁶ *Cohen*, Organbesitz und Organgewahrsam, 2015, 157.

¹²⁷ S. etwa *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 854 BGB, Rn. 43; *Götz*, in: BeckOGK BGB 01.10.2023, § 854 BGB, Rn. 123, 126; gegen diese Parallele in der Begründung, nicht aber im Ergebnis: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 10 III 1 a).

¹²⁸ S.o. Kapitel 4 A.I.3.

¹²⁹ *Harm P. Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2011, § 19 Rn. 6.

¹³⁰ S. dazu etwa o. Kapitel 4 A.I.4.b).

¹³¹ *Flume*, in: FS Hengeler 1972, 76, 80 f.

¹³² S. etwa *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 854 BGB, Rn. 41.

¹³³ BGH, Urteil v. 16.10.2003 – IX ZR 55/02, BGHZ 156, 310, juris-Rn. 26; BGH, Urteil v. 27.10.1971 – VIII ZR 48/70, BGHZ 57, 166, juris-Rn. 5; BGH, Urteil v. 31.03.1971 – VIII ZR 256/69, BGHZ 56, 73, juris-Rn. 19.

rungen“ stellen.¹³⁴ Im Fall stritten eine GmbH und der Gläubiger ihres Geschäftsführers um das Eigentum an einem Auto. Das Gericht gestand zwar der Gesellschaft das ursprüngliche Eigentum zu, ordnete den Geschäftsführer aber dann als Besitzer ein, unter anderem weil die GmbH ihre Geschäftstätigkeit eingestellt habe und das Auto sich auf dem Gelände seiner Privatwohnung befinde. Wie schwach diese Begründung dogmatisch ist, zeigt etwa eine spätere BGH-Entscheidung, wo der Gerichtshof feststellte, dass die Gesellschaft grundsätzlich so lange Besitzer bleibe, wie der Inhaber der tatsächlichen Gewalt Geschäftsführer sei.¹³⁵ Die vereinzelt gebliebene OLG-Entscheidung kann daher kaum davon abhalten, auch für den Organbesitz kein für Dritte erkennbares Innenverhältnis zu fordern.

7. Ergebnis: Die ursprünglich teilweise geforderte Erkennbarkeit des Besitzes im Sinne einer Dritthöflichkeit ist zur äußeren Verlautbarung des Besitzwechsels als Beweiszeichen abgeschwächt

Im Zentrum der Analyse zur Sichtbarkeit des Besitzes stand die Frage, ob der Besitz dritthöflich sein muss. Wir haben gesehen, dass Rechtsprechung und Literatur in diesem Zusammenhang oft auf die Begriffe „erkennbar“ und „Erkennbarkeit“ verweisen. Zwar haben sie die Begriffe nie definiert. Jedoch haben sie den Begriffen in der Vergangenheit drei Bedeutungen zugemessen:

1. Erkennbarkeit drückt einen dritthöflichen Zustand aus. Ein sonst unbeteiligter Dritter kann also mit einem Blick auf die Sache und ihre Umstände ohne größere Nachforschung wie durch Befragen der Beteiligten oder Ähnliches auf ihren besitzrechtlichen Zustand schließen.
2. Erkennbarkeit beschreibt einen dritthöflichen Vorgang. Ein sonst unbeteiligter Dritter, der die Veränderung wahrnimmt, kann hieraus folgern, wie der Besitz fortan zugeordnet ist.
3. Erkennbarkeit bedeutet Verlautbarung. Nur wer die Umstände im Einzelnen kennt, z.B. die Parteiabreden und -absichten, kann aus diesem äußeren Akt ableiten, dass die Besitzverhältnisse jetzt neu geordnet werden.

Die drei Bedeutungen stehen heute in unterschiedlicher Stärke nebeneinander. Die Erkennbarkeit als Verlautbarung nimmt dabei weitaus die wichtigste Rolle ein; Erkennbarkeit als dritthöflicher Vorgang hingegen hat das geringste Gewicht.

Wir haben beobachtet, dass die Rechtsprechung für den unmittelbaren Besitz qua Sachherrschaft gemäß § 854 Abs. 1 BGB zunächst den dritthöflichen Zustand gefordert, später aber diese Anforderung zur bloßen Verlautbarung aufgeweicht hat. Zwischen Nichtbesitz und Besitzlockerung grenzt sie

¹³⁴ OLG Düsseldorf, Urteil v. 08.12.1999 – 11 U 23/99, GmbHR 2000, 283, juris-Rn. 5. Wären die Anforderungen tatsächlich so hoch, ließe sich nur schwer erklären, wie dieselbe Person Organbesitz für mehrere Gesellschaften halten sollte, Bsp. bei K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 10 III 2 b).

¹³⁵ BGH, Urteil v. 16.10.2003 – IX ZR 55/02, BGHZ 156, 310, juris-Rn. 26.

nicht mit Erkennbarkeit ab, sondern wägt die Parteiinteressen gegeneinander ab. Bei der Besitzdienerschaft finden sich zwar Entscheidungen anhand von Drittöffentlichkeit; im Vordergrund steht indes das Innenverhältnis, um den Besitz zwischen Diener und Herrn zuzuordnen. Beim mittelbaren Besitz stand die Drittöffentlichkeit nie wirklich in Frage – stattdessen ging es von Anfang an nur um Verlautbarung des Besitzmittlungswillens. Der ererbte Besitz ist eine Fiktion und entsprechend von den drei Erkennbarkeitsbegriffen in Gänze unabhängig. Beim Organbesitz schließlich sollte es ähnlich wie bei der Besitzdienerschaft auf das Innenverhältnis ankommen, um den Besitz festzulegen.

Dieser Abschnitt hat geprüft, ob die Publizitätswirkungen durch dritth öffentlichen Besitz, ähnlich dem Grundbucheintrag, gerechtfertigt sind. Auf die Frage nach Drittöffentlichkeit sind vier Antworten zu geben:

1. Wer gegenwärtig Besitzer ist, kann der dritte unbeteiligte Verkehrsteilnehmer nicht sicher erkennen.
2. Der Wechsel des Besitzes ist nicht sicher erkennbar für den dritten unbeteiligten Verkehrsteilnehmer.
3. Zwar muss sich der Wechsel des Besitzes in irgendeinem äußeren Akt zeigen. Hierdurch ist aber nicht notwendig für den unbeteiligten Dritten oder auch die beteiligte Partei erkennbar, dass das Besitzverhältnis wechselt. Es ist aber im Nachhinein das Ob und das Wann des Wechsels zu ermitteln. Die Äußerlichkeit ist Beweiszeichen.
4. Im Falle der Sphärenkollision zwischen zwei möglichen unmittelbaren Besitzern überlagert die richterliche Wertung die bloße Äußerlichkeit. Das heißt nicht, dass eine Äußerlichkeit fehlen darf. Es meint, dass es mehrere Anhaltspunkte gibt, von denen der Richter einen als Äußerung seiner Wertentscheidung ausmacht, wem der Besitz zuzuweisen sei.

Der Besitz als solcher wird also der Forderung nach Drittöffentlichkeit nicht gerecht. Ist der Besitz im Nachhinein und nur mittels Beweisverfahren sicher zu ermitteln, kann sich nur schwer ein Vertrauen im Jetzt darauf stützen. Dabei kann man kaum einwenden, den Besitz anhand von Äußerlichkeiten bereits zu errahnen, wo doch deren Schein von vornherein im Nebel liegt oder so leicht trügt. Der Besitz taugt im deutschen Recht abstrakt nicht als Rechtfertigungsgrundlage der Publizitätswirkungen.

II. Österreich

Auch im österreichischen Recht wird dem Besitz eine Publizitätsfunktion zugesprochen.¹³⁶ Daher stellt sich auch hier die Vorfrage, inwieweit der Besitz erkennbar im Sinne von dritth öffentlich ist.

Erstaunlicherweise liefern die österreichische Rechtsprechung und die Literatur hierzu kaum eine Antwort. Eine Suche nach den Stichworten „erkennbar“ und „Besitz“ oder „Gewahrsame“ sowie einer Reihe von Synonymen in der

¹³⁶ *Kodek*, in: *Klang ABGB 2011*, § 309, Rn. 16; *Iro/Riss*, *Sachenrecht*, 8. Aufl. 2023, Rn. 2/3.

Rechtsdatenbank Manz¹³⁷ brachte zwar 124 Entscheidungen hervor.¹³⁸ Keine davon befasst sich allerdings mit den oben im deutschen Recht erörterten Fragen. Auch die Kommentarliteratur schweigt über die Nennung des Worts „erkennbar“ hinaus.¹³⁹

Ein Blick auf die Besitzdogmatik des österreichischen Rechts sowie die zwei im deutschen Recht wichtigen Tatbestände des gutgläubigen und des Pfandrechterserwerbs gibt eine mögliche Erklärung für den Befund: Zum einen stehen der Besitzwille und die Verkehrsanschauung in Österreich mitunter als Entscheidungskriterien an der Stelle, wo die deutsche Rechtsprechung mit der Erkennbarkeit argumentiert. Zum anderen schränken die Mechanismen für den gutgläubigen sowie den Pfandrechterswerb die Rolle des Besitzes überhaupt ein, weil sich dort andere Tatbestandsmerkmale im Zentrum befinden.

1. Die österreichische Besitzdogmatik

Das österreichische Recht fasst die Besitzkategorien des deutschen Rechts in drei Begriffe: Inhabung, Sachbesitz und Rechtsbesitz.¹⁴⁰ Gegründet auf das römische Recht, verlangt das österreichische für den Besitz *corpus* und *ani-*

¹³⁷ Verfügbar unter: <https://rdb.manz.at/>, Stand: 15.01.2024.

¹³⁸ Die Suchkombinationen waren:

„Besitz erkennbar“SPACE10 OR „Besitz erkenntlich“SPACE10 OR „Besitz offenkundig“SPACE10 OR „Besitz publik“SPACE10 OR „Besitz Publizität“SPACE10, 14.01.2024, 92 Entscheidungen der ordentlichen Gerichte.

„Inhaber erkennbar“SPACE10 OR „Inhaber erkenntlich“SPACE10 OR „Inhaber offenkundig“SPACE10 OR „Inhaber publik“SPACE10 OR „Inhaber Publizität“SPACE10, 14.01.2024, 11 Entscheidungen der ordentlichen Gerichte.

„Inhabung erkennbar“SPACE10 OR „Inhabung erkenntlich“SPACE10 OR „Inhabung offenkundig“SPACE10 OR „Inhabung publik“SPACE10 OR „Inhabung Publizität“SPACE10, 14.01.2024, 0 Ergebnisse.

„Innehabung erkennbar“SPACE10 OR „Innehabung erkenntlich“SPACE10 OR „Innehabung offenkundig“SPACE10 OR „Innehabung publik“SPACE10 OR „Innehabung Publizität“SPACE10, 14.01.2024, 3 Entscheidungen der ordentlichen Gerichte.

„ABGB Publizität“SPACE10, 14.01.2024, 18 Entscheidungen der ordentlichen Gerichte.

„Gewahrsam erkennbar“SPACE10 OR „Gewahrsam erkenntlich“SPACE10 OR „Gewahrsam offenkundig“SPACE10 OR „Gewahrsam publik“SPACE10 OR „Gewahrsam Publizität“SPACE10, 14.01.2024, 8 Entscheidungen der ordentlichen Gerichte.

¹³⁹ Untersuchungsgegenstand waren die §§ 309, 312, 313, 323, 326, 328, 349, 352 ABGB dieser Kommentare:

Kodek/Fenyves/Klang, Klang-Kommentar, 3. Aufl. 2011;

Holzner/Karner/Winner, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Aufl. 2016;

Schwimann/Neumayr, ABGB Taschenkommentar, 5. Aufl. 2020.

¹⁴⁰ Überblick auch bei: *Müller*, Besitzschutz in Europa, 2010, 94–96.

*mus.*¹⁴¹ Wer eine körperliche¹⁴² Sache in seiner Macht oder Gewahrsame hat, ist gemäß § 309 S. 1 ABGB ihr Inhaber (*corpus*). Ob jemand eine Sache beherrscht, richtet sich nach der Verkehrsanschauung.¹⁴³ Will er die Sache auch für sich behalten, ist er nach Satz 2 sogenannter Sachbesitzer (*animus*).¹⁴⁴ Der österreichische Sachbesitz entspricht dem deutschen Eigenbesitz. Das ABGB spricht nur vom Besitz. Dass die Lehre zwischen Sach- und Rechtsbesitz trennt, ergibt sich aus § 311 ABGB. Hiernach können auch unkörperliche Sachen, also Rechte, in Besitz genommen werden.¹⁴⁵ Das geschieht, indem jemand sie ausübt, § 312 S. 1 ABGB. Mietet beispielsweise einer vom anderen eine bewegliche Sache, so ist der eine Inhaber und zugleich Rechtsbesitzer, der andere Sachbesitzer. Der österreichische Rechtsbesitzer ist also deutsch gedacht stets Fremdbesitzer. Jedoch geht der Begriff des Fremdbesitzers weiter; denn er umfasst auch denjenigen, der nach österreichischem Recht allein Inhaber ist, weil ihm jedes Recht an der Sache fehlt, z.B. den Verwahrer.¹⁴⁶ Der österreichische Begriff des Inhabers wiederum erfasst neben dem unmittelbaren Besitzer auch den Besitzdiener.¹⁴⁷

a) Vorrangiges Tatbestandsmerkmal für die Besitzzuweisung: der Besitzwille

Während alle drei Gewahrsamsformen – Sachbesitz, Rechtsbesitz, Inhabung – das *corpus* als Tatbestandsmerkmal enthalten, zeichnet sich der Besitz dadurch aus, dass er zusätzlich den *animus*, also den Besitzwillen verlangt. Dieser entspricht, wie gesehen, nicht dem Besitzwillen des deutschen Rechts, der nur den Willen meint, eine Sache zu beherrschen.¹⁴⁸ Hier spricht das österreichische Recht vom Detentions- oder Gewahrsamswillen.¹⁴⁹ Der österreichische Besitzwille ist stattdessen vergleichbar mit dem Willen, der im deutschen Recht den Eigenbesitz begründet,¹⁵⁰ wobei er insofern weitergeht, als er auch denjenigen erfasst, der ein obligatorisches oder dingliches Recht an der Sache ausübt (Rechtsbesitzer).

¹⁴¹ Kletečka/Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 15. Aufl. 2018, Rn. 813; Iro/Riss, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 2/5 f.

¹⁴² Nach österreichischem Verständnis ist eine Sache gemäß § 285 ABGB nicht notwendig körperlich. „Sache“ entspricht daher „Gegenstand“ in § 90 BGB.

¹⁴³ OGH, 18.09.1991 – 1 Ob 22/91, JBl 1992, 136; OGH, 23.05.1984 – 3 Ob 56/84, SZ 57, 99.

¹⁴⁴ Iro/Riss, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 2/9.

¹⁴⁵ Kletečka/Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 15. Aufl. 2018, Rn. 817.

¹⁴⁶ S. § 868 BGB und Iro/Riss, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 2/10.

¹⁴⁷ Kletečka/Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 15. Aufl. 2018, Rn. 813.

¹⁴⁸ Schäfer, in: MünchKommBGB 2023, § 854 BGB, Rn. 31 m.w.N.

¹⁴⁹ Kletečka/Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I, 15. Aufl. 2018, Rn. 813.

¹⁵⁰ S. § 872 BGB.

Die Rechtsprechung fordert, dass der Besitzwille sich aus äußerem Verhalten ergebe; ein bloß inneres Vorhaben genüge nicht.¹⁵¹ Eine Entscheidungsforschung ergab, dass die Rechtsprechung den Besitzwillen in den kritischen Fällen niemals positiv verwendet hat, um Besitz zu begründen, sondern stets, um Besitz scheitern zu lassen.¹⁵²

In der Literatur wird die Erkennbarkeit des Besitzwillens leicht unterschiedlich gefasst. Nach *Kodek* ist der äußerlich wahrnehmbare Besitzwille bedeutend, sobald das durch die Innehabung allein ausgedrückte Rechtsverhältnis nicht eindeutig ist.¹⁵³ Der Besitzwille äußere sich z.B. durch eine dem Eigentümer vorbehaltene Verwendung (Verkauf, Zerstörung) oder, indem er gegenüber dem bisherigen Sachbesitzer erklärt werde. *Grüblinger* hingegen stellt für den Besitzwillen auf das erkennbare Kausalverhältnis und damit den Rechtsgrund der Gewahrsame ab.¹⁵⁴ Diese zweite Sicht wirkt pragmatisch, versagt aber, sobald der Besitzer sich entgegen seiner Berechtigung verhält oder wenn diese unklar ist. Denn dann jeweils den Besitzwillen scheitern zu lassen, hieße, ihm die Selbständigkeit vom Rechtsgrund zu versagen.

Spielt der Besitzwille eine derart hervorgehobene Rolle, ist die Frage nach dem erkennbaren Besitz nicht mehr darauf gerichtet, woran erkennbar ist, wem eine Sache tatsächlich zugeordnet ist, sondern es fragt sich vorrangig, wer sich als (Eigentums-)Berechtigter ansieht. Diese Hürde schränkt den Anwendungsbereich der Erkennbarkeitsfrage ein, wo die Parteien im deutschen Recht von Anfang an über die äußeren tatsächlichen Verhältnisse streiten. In den Baustellenmaterialfällen¹⁵⁵ z.B. hatten die deutschen Gerichte zu entscheiden, wer das Material auf dem Grundstück des Bauherrn besaß – er selbst oder der Handwerker. Im österreichischen Recht ist in diesem Fall ein Besitz des Bauherrn eindeutig ausgeschlossen, wenn ihm der Besitzwille fehlt. Daher fragt sich, ob er z.B. an ein Zurückbehaltungsrecht glaubt.¹⁵⁶ Glaubte er nicht daran, ist er schlicht nicht Besitzer, und Erkennbarkeit spielt keine Rolle. Glaubte er daran, ist der Weg für die Frage nach Erkennbarkeit theoretisch frei. Es geht dann darum, ob nicht nur der Wille besteht, die Sache zu besitzen, sondern ob es auch so aussieht, dass der Bauherr besitzt. Erkennbarkeit ist an dieser Stelle

¹⁵¹ OGH, 29.06.1983 – 1 Ob 18/83, SZ 56, 111.

¹⁵² Die rdb-Suchkombination war Besitzwille NOT Grundstück NOT Wegerecht NOT strafbar NOT Täter NOT Waffe, 15.01.2024, 23 Entscheidungen der ordentlichen Gerichte.

¹⁵³ *Kodek*, in: ABGB-ON 01.01.2018, § 309, Rn. 4; *ders.*, in: Klang ABGB 2011, § 309, Rn. 26.

¹⁵⁴ *Grüblinger*, in: ABGB-Praxiskommentar 2019, § 309, Rn. 4; auf die nötige Differenzierung hindeutend *Holzner*, in: Rummel/Lukas ABGB 2016, § 309, Rn. 3; *Illedits*, in: Schwimann/Neumayr ABGB 2020, § 309, Rn. 4.

¹⁵⁵ S.o. Kapitel 4 A.I.1.a)cc(1).

¹⁵⁶ Vgl. *Eliskases*, in: Klang ABGB 2016, § 471, Rn. 7.

aber nicht zwingend Entscheidungsmaßstab: Die österreichische Rechtsprechung befand über ähnliche Fragen anhand der Verkehrsanschauung.¹⁵⁷

b) Maßstab für die Besitzzuweisung: die Verkehrsanschauung

Wie das deutsche zieht das österreichische Recht auch die Verkehrsanschauung heran, um den Besitz zuzuordnen.¹⁵⁸ Die deutsche Rechtsprechung versteht unter der Verkehrsanschauung die „zusammenfassende Wertung aller Umstände des jeweiligen Falls entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens.“¹⁵⁹ In der österreichischen Rechtsprechung fehlt eine Definition. Nur für einzelne Situationen gibt es Entscheidungen. Z.B. sollen nach der „Verkehrsauffassung“, wie der OGH überwiegend formuliert, sämtliche Sachen in der Gewahrsame einer Person stehen, die sich in ihren Räumen befinden und ihr frei zugänglich sind.¹⁶⁰ In Bezug auf eine Gewahrsamslockerung will die Rechtsprechung noch jede Sachbeziehung gelten lassen, die „nach den Gepflogenheiten des täglichen Lebens als Ausdruck eines Machtverhältnisses anerkannt zu werden pflegt.“¹⁶¹ Von 24 auffindbaren Entscheidungen des OGH bewegten sich nur zwei an der Schnittstelle von Besitz und Verkehrsanschauung.¹⁶² Darüber hinaus berichtet *Baier* über eine weitere ältere Entscheidung in der Frage.¹⁶³ Die Kommentarliteratur nennt die Verkehrsauffassung als Maßstab zur Beurteilung der Innehabung¹⁶⁴, der Besitzergreifung¹⁶⁵ und des Gewahrsamsverlusts¹⁶⁶. Erläuterungen oder Beispiele fehlen.

¹⁵⁷ S. sogleich u. Kapitel 4 A.II.1.b).

¹⁵⁸ OGH, 18.09.1991 – 1 Ob 22/91, JBl 1992, 136; OGH, 23.05.1984 – 3 Ob 56/84, SZ 57, 99.

¹⁵⁹ BGH, Urteil v. 17.03.2017 – V ZR 70/16, NJW-RR 2017, 818, Rn. 10; BGH, Urteil v. 24.06.1987 – VIII ZR 379/86, BGHZ 101, 186, juris-Rn. 13. Zur Entwicklung der Verkehrsanschauung in Deutschland s. *Schenk*, Die Verkehrsauffassung in BGB und UWG, 2010, 42–51.

¹⁶⁰ OGH, 20.05.1999 – 2 Ob 273/97d.

¹⁶¹ OGH, 02.10.1970 – 10 Os 165/70, RS 0011010.

¹⁶² Die Suchkombination war „Besitz Verkehrsanschauung“SPACE20 OR „Besitz Verkehrsauffassung“SPACE20 OR „Gewahrsame Verkehrsanschauung“SPACE20 OR „Gewahrsame Verkehrsauffassung“SPACE20 OR „Innehabung Verkehrsanschauung“SPACE20 OR „Innehabung Verkehrsauffassung“SPACE20, 14.01.2024, 24 Entscheidungen der ordentlichen Gerichte.

¹⁶³ *Baier*, ÖJZ 1971, 421, 423. S. sogleich u. Kapitel 4 A.II.1.b)cc).

¹⁶⁴ *Kodek*, in: ABGB-ON 01.01.2018, § 309, Rn. 2; *ders.*, in: Klang ABGB 2011, § 309, Rn. 20; *Holzner*, in: Rummel/Lukas ABGB 2016, § 309, Rn. 2.

¹⁶⁵ *Kodek*, in: Klang ABGB 2011, § 312, Rn. 1.

¹⁶⁶ *Kodek*, in: Klang ABGB 2011, § 349, Rn. 4; *ders.*, in: Klang ABGB 2011, § 352, Rn. 4; *Holzner*, in: Rummel/Lukas ABGB 2016, § 349, Rn. 1.

aa) Die auf dem Kassapult verschwundenen 400.000 Schillinge

In einer OGH-Entscheidung¹⁶⁷ über das Eigentum an einem Bündel Papiergeld zeigt sich die Verkehrsanschauung in korrigierender Form. Der Kläger hatte sein Sparbuch über 400.000 Schillinge (S) aufgelöst, zugleich ein neues Sparbuch über denselben Betrag abgeschlossen und wollte sich die Zinsen in Höhe von 35.000 S auszahlen lassen. Der Kassenmitarbeiter legte versehentlich ein Papiergeldbündel über 435.000 S auf das Kassapult, der Kläger verließ die Bank aber nur mit 35.000 S. Die Parteien stritten nun darum, wer den Fehlbetrag von 400.000 S zu tragen habe. Der OGH argumentierte mit Hilfe der Verkehrsanschauung zugunsten des Klägers. Im Rahmen des § 426 ABGB¹⁶⁸ müsse das Bündel nach der Verkehrsanschauung bereits als übergeben gelten, sobald der Bankangestellte es vor den Kunden auf das Kassapult gelegt habe. Ein Naheverhältnis genüge, das nach der Verkehrsauffassung ausreiche, die Gewahrsame des Erwerbers zu bedeuten. Ein weiterer Ergreifungsakt mit der Hand sei nicht nötig.

Denkt man die Besitzverhältnisse in Sphären und fragt, wem das Bündel näher war, muss die Einordnung des OGH verwundern. Immerhin lag das Geld noch auf dem Tisch der Bank, nicht an einem neutralen Ort, und hätte der Bankmitarbeiter es wieder an sich genommen, hätte man dem Kläger wohl keine Selbsthilferechte wegen Besitzstörung zugestanden. Nahe liegt daher, dass der OGH die Formel „Verkehrsauffassung“ nutzte, um das in seinen Augen billige Ergebnis zu erreichen.

bb) Die im Kaufhaus liegen gelassene Handtasche

In einer Entscheidung¹⁶⁹ von 1959 argumentierte der OGH mit der Verkehrsanschauung dafür, dass eine im Kaufhaus liegengelassene Sache unmittelbar in die Gewahrsame des Ladeninhabers übergehe, ohne dass sie zwischenzeitlich verloren sei. Die Klägerin hatte ihre Handtasche im Trubel eines Räumungsverkaufs im Kaufhaus auf einem Warentisch liegen gelassen. Die Tasche war zwischenzeitlich von Waren verdeckt gewesen; die angestellte Beklagte hatte sie dennoch später entdeckt und ins interne Fundbüro gebracht. Die Parteien stritten nun darum, ob die Beklagte den von der Klägerin gezahlten Finderlohn behalten dürfe. Der OGH entschied, dass eine im Kaufhaus liegengelassene Sache auch unter den unübersichtlichen Umständen eines Räumungsverkaufs nicht verloren werden könne. Es falle nämlich jede Sache, die ein Kunde auf dem Ladentisch liegenlasse, sofort in die Gewahrsame des Ladeninhabers. Nur diese Meinung entspreche der Verkehrsauffassung.

¹⁶⁷ OGH, 12.03.1996 – 10 Ob 2035/96d.

¹⁶⁸ Die Vorschrift lautet: „Bewegliche Sachen können in der Regel nur durch körperliche Übergabe von Hand zu Hand an einen anderen übertragen werden.“

¹⁶⁹ OGH, 26.08.1959 – 1 Ob 189/59, SZ 32, 96.

Bis zum 31.1.2003 enthielten die §§ 388 ff. ABGB („Vorschriften über das Finden“) das Wort „verloren“ nicht; es war nur Teil der Dogmatik. Seitdem unterscheidet § 388 ABGB zwischen verlorenen und vergessenen Sachen.¹⁷⁰ Rechtsprechung und Lehre gingen damals davon aus, dass eine in Geschäftsräumen zurückgelassene Sache sofort in die Gewahrsame des Ladeninhabers übergehe und daher niemals verloren sei.¹⁷¹ Die Auseinandersetzung vor dem OGH drehte sich also nur darum, ob der Räumungsverkauf besondere Umstände begründete, derentwegen die Tasche ausnahmsweise auch im Geschäftsraum verloren gegangen war. Der OGH verneinte lapidar mit Hilfe der Verkehrsanschauung. Die Verkehrsanschauung diente dem Gerichtshof als Entscheidungsregel, die entbehrlich machte, die Handtasche einer der Parteien im Rahmen der übrigen sachenrechtlichen Dogmatik zuzuordnen.

cc) Die übergebenen und verliehenen Möbel

Mutmaßlich nutzte der OGH die Verkehrsanschauung in einer anderen Entscheidung¹⁷², damit aus seiner Sicht juristische Formalitäten einer wirksamen Übereignung nicht im Weg standen. Möglich erscheint aber auch, dass er sie bloß als Formel anführte, die nicht Bestandteil der entscheidenden Argumentation war: Der Kläger kaufte vom Masseverwalter seines insolventen Bruders dessen Mobiliar und verlieh es sogleich wieder an diesen. Kläger und Verwalter durchschritten zur Übereignung gemeinsam die Wohnung des Bruders, und der Verwalter erklärte, er übergebe. Laut dem OGH genügte dieser Vorgang, um dem Kläger nach der Verkehrsauffassung Besitz gemäß § 426 ABGB ($\approx$ § 929 S. 1 BGB) zu verschaffen. Die Sachen mit der Hand zu ergreifen oder die Wohnungseinrichtung zu verschieben, sei nur eine unnütze Formalität.

Baier wundert sich dogmatisch treffend, warum der OGH kein Besitzkonstitut nach § 428 Var. 1 ABGB prüfte, wo doch ein Leihvertrag vorlag.¹⁷³ Nimmt man indessen die Verkehrsanschauung als Argumentationsformel ernst, verhinderte sie, dass der OGH sich um eine genaue dogmatische Konstruktion bemühen musste. Er erreichte so das gewünschte Ergebnis, auch ohne das System der §§ 426–428 ABGB im Einzelnen zu erörtern.

dd) Schlussfolgerung: Die Verkehrsanschauung als Entscheidungsregel statt Erkennbarkeit

Die drei Entscheidungen zum Verhältnis von Besitz und Verkehrsanschauung betreffen nicht unmittelbar die Besitzzuordnung. Die ersten beiden behandeln nur, wem zu welcher Zeit die Gewahrsame zukam. Bei ihnen mag man in den

¹⁷⁰ Die §§ 388–397 wurden neugefasst durch Art. IV BG BGBl I 2002/104.

¹⁷¹ Nachweise bei OGH, 26.08.1959 – 1 Ob 189/59, SZ 32, 96.

¹⁷² OGH, 15.07.1930, JBl 1930, 452.

¹⁷³ *Baier*, ÖJZ 1971, 421, 423.

Hinweisen auf die Verkehrsanschauung jeweils eine Risikoverteilung bekräftigt sehen: Vor wen Geld gelegt wurde, das für ihn bestimmt ist, der ist dafür verantwortlich. Für das, was im Laden vergessen wird, gibt es keinen Finderlohn. Die dritte Entscheidung verwendet die Verkehrsanschauung und übergeht dabei die Auseinandersetzung mit den einzelnen Übereignungstatbeständen. Hinter der Verkehrsauffassung lässt sich dort höchstens Pragmatismus erkennen.

Die Entscheidungen eint, dass der OGH mit dem biegsamen Lehrsatz „Verkehrsanschauung“ statt anhand von dogmatischen Technizitäten entschied. Die Verkehrsanschauung ermöglicht, vom Ziel her zu entscheiden, wie die Gewahrsame zugeordnet ist; wo sie steht, erübrigt sich, darauf zurückzugreifen, wie für einen außenstehenden Dritten die Sache zugeordnet war.¹⁷⁴ Erkennbarkeit spielt keine Rolle.

2. Gutgläubiger Erwerb: Wie das Anvertrautsein in § 367 Abs. 1 S. 1 Var. 3 ABGB die Frage der Besitzzuweisung vermeidet

Nach § 367 Abs. 1 S. 1 Var. 3 ABGB¹⁷⁵ wird Eigentümer, wer eine Sache gegen Entgelt gutgläubig von jemandem erwirbt, dem der vorige Eigentümer sie anvertraut hat. Vertrauensmann ist, wen der Eigentümer zum Inhaber gemacht hat.¹⁷⁶ Ob der Besitz des Veräußerers erkennbar ist, spielt also schon deswegen keine Rolle, weil die Frage nach dem Besitz sich nicht stellt. Die Abgrenzung zwischen Besitzer und Besitzdiener ist hinfällig, weil auch diesem eine Sache anvertraut sein kann.¹⁷⁷ Entbehrlich ist auch die Frage nach dem mittelbaren Besitzer, der im deutschen Recht eine fremde Sache nach § 932 Abs. 1 BGB oder § 934 BGB wirksam veräußern kann: Inhaber ist er nicht und daher auch nicht tauglicher Vertrauensmann.

¹⁷⁴ Kritik zur Entscheidung anhand von Verkehrsanschauung deutscher Gerichte bei *Schenk*, Die Verkehrsauffassung in BGB und UWG, 2010, 71–86, die im Wesentlichen die fehlende Begründung für die jeweils angewendete Verkehrsanschauung der Gerichte rügt.

¹⁷⁵ § 367 ABGB lautet: „(1) ¹Die Eigentumsklage gegen den rechtmäßigen und redlichen Besitzer einer beweglichen Sache ist abzuweisen, wenn er beweist, dass er die Sache gegen Entgelt in einer öffentlichen Versteigerung, von einem Unternehmer im gewöhnlichen Betrieb seines Unternehmens oder von jemandem erworben hat, dem sie der vorige Eigentümer anvertraut hatte. ²In diesen Fällen erwirbt der rechtmäßige und redliche Besitzer das Eigentum. [...]“

¹⁷⁶ *Leupold*, in: Klang ABGB 2011, § 367 ABGB, Rn. 69; *Karner*, Gutgläubiger Mobiliärerwerb, 2006, 250. Besser noch zeigte das die Fassung des § 367 Abs. 1 ABGB bis zum 31.12.2006, wo es hieß: „von jemanden an sich gebracht hat, dem sie der Kläger selbst zum Gebrauche, zur Verwahrung, oder in was immer für einer andern Absicht anvertraut hatte.“ (Hervorh. hinzugef.)

¹⁷⁷ OGH, 09.05.1985 – 6 Ob 549/85; *Leupold*, in: Klang ABGB 2011, § 367 ABGB, Rn. 71.

Für das Anvertrautsein ist hingegen bedeutend, ob jemand Gewahrsame hat. In der Rechtsprechung findet sich zur Abgrenzung nur eine Fallgruppe, nämlich dass eine gemeinsame Gewahrsame mehrerer Miteigentümer den einen Gewahrsamsinhaber noch nicht zum Vertrauensmann des anderen macht.¹⁷⁸ Das erinnert an das Abhandenkommen beim Mitbesitzer als Hinderungsgrund für den Erwerb wegen § 935 Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁷⁹ Die übrigen der 47 auffindbaren Entscheidungen¹⁸⁰ schweigen hierzu.

Monographisch hat *Karner* sich mit dem Anvertrauen auseinandergesetzt. Er problematisiert, wann der Besitzdiener als Vertrauensmann einzuordnen ist, und entscheidet gleichlaufend mit der Rechtsprechung zum Mitgewahrsam der Miteigentümer: Der Besitzdiener sei kein Vertrauensmann, wenn ihm die Alleingewahrsame fehle. Das sei der Fall, solange er sich in der Machtsphäre des Eigentümers befindet oder dieser ihn beaufsichtigt.¹⁸¹

Dass nach außen erkennbare Kriterien für die gemeinsame Gewahrsame von Miteigentümern oder für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzdiener eine Rolle spielen, behaupten weder die Rechtsprechung noch *Karner*.

Das Tatbestandsmerkmal „anvertraut“ verhindert somit, dass der Besitz beim gutgläubigen Erwerb eine Bedeutung hat. Aber auch die äußere Erkennbarkeit seines Substituts – der Gewahrsame – bleibt in der Rechtsprechung und Literatur bedeutungslos.

3. Eigene Publizitätsvorschriften beim Pfandrecht

Schließlich werden Sachen nicht durch Übertragung des Besitzes verpfändet, sondern es gelten eigene, wenn auch der Eigentumsübertragung nach §§ 426 f. ABGB ähnliche Vorschriften. Gemäß § 451 Abs. 1 Var. 1 ABGB muss der Gläubiger die verpfändete Sache in Verwahrung nehmen, um das Pfandrecht zu erwerben. Lässt die bewegliche Sache keine Übergabe von Hand zu Hand zu, müssen die Parteien sich gemäß § 452 S. 1 ABGB solcher Zeichen bedienen, woraus jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann. Um die Vorschriften über das Pfandrecht nicht zu umgehen, bestehen dieselben Anforderungen auch für das Sicherungseigentum.¹⁸² Soweit Publizität in der Rechtsprechung behandelt wird, befassen sich die Entscheidungen mit den Zeichen nach § 452 S. 1 ABGB oder der Rückstellung der Pfandsache unter Vorbehalt nach § 467 Var. 3 ABGB.

¹⁷⁸ OGH, 03.02.2000 – 2 Ob 14/00y; OGH, 08.11.1966 – 8 Ob 310/66.

¹⁷⁹ S. im Einzelnen etwa *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 935 BGB, Rn. 3.

¹⁸⁰ Die Suchkombination war anvertraut AND „§ 367 ABGB“, 14.01.2024, 47 Entscheidungen der ordentlichen Gerichte.

¹⁸¹ *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, 2006, 270 f.; unter Bezugnahme auf *Iro/Riss*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 6/56.

¹⁸² Statt aller *Iro/Riss*, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 14/11.

a) Fälle, in denen die Publizität von Anfang an nicht gewahrt war

Nach Ansicht der Rechtsprechung begründete weder eine mündliche Erklärung¹⁸³ noch ein Handauflegen bei Verpfändung¹⁸⁴ noch ein über die Pfandsachen ausgestellter Verwahrungsschein¹⁸⁵ ein für jedermann sichtbares Zeichen. Weiter genügten dem OGH nicht Zettel, beschriftet mit zwei Buchstaben und einer Stoßnummer, um die zugehörigen Holzstapel zu verpfänden. Denn die Zettel wurden zum Teil in den Boden gedrückt, hatten dieselbe Farbe wie die Holzstapel und wurden vom Schnee verdeckt.¹⁸⁶ Auch nicht genügten ihm Zettel auf der Unterseite von verpfändeten Regalen und Pulten¹⁸⁷, auf der Unterseite von Maschinen¹⁸⁸ oder Tafeln über das Eigentum des Besicherten in der Schreibtischschublade des Sicherungsgebers.¹⁸⁹ Entgegen einer späteren Entscheidung¹⁹⁰ verlangte der Gerichtshof einmal, dass auch bei Verpfändung des gesamten Lagerbestands Zeichen an jeder einzelnen Sache angebracht würden.¹⁹¹ Zudem reichten ihm Zettel im Innern eines Möbelwagens nicht aus – selbst wenn man annähme, dass ein solcher Wagen nicht zu übergeben sei. Denn die Zettel ließen nicht jeden Interessenten die Übertragung bei gehöriger Aufmerksamkeit leicht erkennen.¹⁹² Bei einer Reihe von mit Zetteln an der Unterseite verpfändeten Nähmaschinen begründete der OGH die fehlgeschlagene Belastung unter anderem damit, dass etwaige Zeichen „von einem Interessenten ohne Anstellung besonderer Nachforschungen gesehen können werden“ müssten.¹⁹³ Auch bei der Verpfändung von zwei Leichtflugzeugen erwog der OGH zunächst eine notwendige Übergabe nach § 451 Abs. 1 Var. 1 ABGB, stellte dann aber fest, jedenfalls die zwei kleinen, in den und außerhalb der Flugzeuge angebrachten Aufkleber genügten „unter den hier gegebenen Umständen“ nicht, dass jeder Interessierte die Verpfändung erkennen konnte.¹⁹⁴ Diese Umstände waren, dass die Maschinen sich in einem nur der Beklagten zugänglichen Bereich und allein in ihrer Gewahrsame befanden und ausschließlich die Beklagte sie nutzte. Eine tiefergehende Begründung lieferte in einer früheren Entscheidung:¹⁹⁵ Dort stand für den OGH ein gelbes Täfelchen von 9 mal 3,5 cm außer Verhältnis zur sicherungsübereigneten Maschine mit

¹⁸³ OG Brunn, 14228, PrJZ 1938, 27.

¹⁸⁴ OGH, 28.08.1968 – 5 Ob 216/68, HS 6306.

¹⁸⁵ OGH, 28.01.1890 – Nr. 13385, GIU, 13121.

¹⁸⁶ OGH, 20.09.1932 – 1 Ob 867/32.

¹⁸⁷ OGH, 05.07.1961 – 3 Ob 261/61.

¹⁸⁸ OGH, 25.01.1900 – Nr. 17633, GIUNF, 863.

¹⁸⁹ OGH, 30.01.1991 – 8 Ob 678/89.

¹⁹⁰ S.u. bei Fn. 197.

¹⁹¹ OGH, 29.6.1983 – 3 Ob 135/82, REDOK, 4614.

¹⁹² OGH, 27.01.1954 – 3 Ob 807/53.

¹⁹³ OGH, 28.06.1962 – 3 Ob 61/62, EvBl 1962, 507.

¹⁹⁴ OGH, 29.11.2013 – 8 Ob 47/13i.

¹⁹⁵ OGH, 23.10.1928 – 3 Ob 840/28/1, JBl 1928, 562.

6-7 m Länge und 1,25 m Höhe. Man müsse außerdem um die Maschine herumgehen, um es zu entdecken, und es befinde sich auf einer weißlackierten Holzleiste und sei daher wenig auffallend.

b) Fälle, in denen die Publizität durchgehend gewahrt war

Hingegen genügte dem OGH z.B. ein auf der Maschine angebrachtes „Täfelchen“ für die Sicherungsübereignung analog § 452 S. 1 ABGB.¹⁹⁶ Als ebenfalls hinreichend sah er zwei Schilder mit dem Hinweis auf die Verpfändung des im Raum befindlichen Warenlagers an.¹⁹⁷ Entgegen den Entscheidungen über die Verpfändung der Flugzeuge und mit dem gelben Täfelchen urteilte der Gerichtshof 1926, ein Zettel am Boden eines Weinfasses müsse

„als ausreichend angesehen werden, da dieses Zeichen bei entsprechender Besichtigung des Fasses leicht erkennbar war und nicht gefordert werden kann, daß der Zettel an auffallender Stelle angebracht wird.“¹⁹⁸

Ähnlich blickte der OGH 1927 auf die Verpfändung einer Statue. Die Parteien hatten die Pfändungsmarke so angebracht, dass am Sockel der Statue nur ein Eckchen davon hervorstand. Der Gerichtshof ließ das genügen, denn:

„Gerade aus diesem Publizitätsgedanken [des § 452 ABGB] heraus folgt aber, daß das Gesetz unter ‚jedermann‘ nur jeden Interessenten für die bestimmte Sache verstanden wissen will. Nicht jeder Beliebige soll die Tatsache der Verpfändung erkennen können.“¹⁹⁹

c) Fälle, in denen die eingangs bestehende Publizität möglicherweise verloren ging

Der OGH hatte zu urteilen, ob ein Pfandrecht, das durch einen Klebezettel auf der gepfändeten Maschine ausgewiesen war, erlosch, weil der Klebezettel nicht mehr an der Maschine haftete.²⁰⁰ Der Gerichtshof entschied für das Erlöschen. Wie er schon früher²⁰¹ festgestellt habe, sei nicht nur zur Begründung, sondern auch zum Weiterbestehen von Pfandrecht und Sicherungseigentum eine gewisse Publizität nötig. Andernorts entschied er genauso und argumentierte: Wenn man § 452 S. 1 ABGB nicht beachte, werde die Sicherheit des redlichen Verkehrs gestört.²⁰² In einer jüngeren Entscheidung über die entsprechende Geltung der §§ 451 f. ABGB bei der Sicherungssession hat der OGH den Sinn der Publizitätsvorschrift dargelegt. Dieser liege

¹⁹⁶ OGH, 10.11.1965 – 6 Ob 246/65.

¹⁹⁷ OGH, 27.04.1994 – 3 Ob 45/94.

¹⁹⁸ OGH, 21.09.1926 – Ob II 631/26, Rsp 1926, 166.

¹⁹⁹ OGH, 11.10.1927 – Ob III 966/27, SZ 9, 199.

²⁰⁰ OGH, 18.06.1997 – 3 Ob 2403/96w.

²⁰¹ OGH, 14.12.1983 – 3 Ob 126, 127/83, IPRax 1985, 165, 167; anders noch OGH, 21.09.1926 – Ob II 631/26, Rsp 1926, 166.

²⁰² OGH, 24.05.1984 – 7 Ob 566/84.

„in der Aufklärung eines präsumtiven Gläubigers, der Kredit gewähren will, über die Werthaltigkeit des Vermögens seines künftigen Schuldners.“²⁰³

Diskutiert, aber bislang nicht entschieden hat der OGH, ob ein zwischenzeitlich publizitätsloses Pfandrecht wiederaufleben kann, wenn das Zeichen erneut an der Pfandsache angebracht wird.²⁰⁴ Einige Literaturstimmen sprechen sich dafür aus.²⁰⁵ Maßstab für eine Entscheidung könnte eine Parallele zu § 467 Var. 3 ABGB²⁰⁶ sein.²⁰⁷

Eine größere Auseinandersetzung folgt aus § 467 Var. 3 ABGB. Nach dem Wortlaut erlischt das Pfandrecht, wenn der Gläubiger die verpfändete Sache dem Schuldner ohne Vorbehalt zurückstellt. Im Umkehrschluss bedeutet das, dass die vorbehaltlich zurückgestellte Sache verpfändet bleibt. Umstritten ist, ob der Umkehrschluss wegen Verstoßes gegen das Publizitätsprinzip unzulässig ist. Der OGH erklärte das Pfandrecht bei einer Leihe an den Sicherungsgeber auf unbestimmte Zeit für aufgehoben, weil sonst ein Widerspruch zu §§ 451 f. ABGB entstünde.²⁰⁸ Hingegen ließ er das Pfandrecht in einem Fall bestehen, in dem der Pfandgläubiger dem Schuldner dessen verpfändetes Sparbuch zur Prüfung und mit der Auflage gegeben hatte, es sofort wieder zurückzubringen.²⁰⁹ Zwar sei ein Vorbehalt bei dauernder oder zeitlich unbestimmter Rückstellung unwirksam; dies könne hier „aber nicht gesagt werden“. *Fidler* bezweifelt, dass der OGH heute genauso entschiede, beurteile er doch die symbolische Übergabe mittlerweile strenger.²¹⁰ Daher schlägt er zusammen mit anderen Stimmen aus der Literatur vor, § 467 Var. 3 ABGB dahingehend zu verstehen, dass der Pfandgläubiger einen Anspruch auf neuerliche Übergabe der Pfandsache habe.²¹¹

d) Gesamtschau: Publizität als dritthöfentlicher Zustand

Die drei Entscheidungsgruppen zeichnen ein klares Bild, wie der OGH die Publizität des Pfandrechts versteht: als einen erkennbaren dritthöfentlichen Zustand.

²⁰³ OGH, 23.02.2011 – 3 Ob 155/10f.

²⁰⁴ OGH, 23.04.2014 – 5 Ob 233/13w.

²⁰⁵ *Holzner*, in: Rummel/Lukas ABGB 2016, § 427 ABGB, Rn. 6; *Spitzer*, JBl 136 (2014), 556, 566.

²⁰⁶ Die Vorschrift lautet: „Wenn die verpfändete Sache zerstört wird; wenn sich der Gläubiger seines Rechtes darauf gesetzmäßig begibt; oder, wenn er sie dem Schuldner ohne Vorbehalt zurückstellt; so erlischt zwar das Pfandrecht, aber die Schuldforderung besteht noch.“

²⁰⁷ In diese Richtung bereits OGH, 25.01.1900 – Nr. 17633, GIUNF, 863.

²⁰⁸ OGH, 23.10.1968 – 3 Ob 112/68.

²⁰⁹ OGH, 28.08.1986 – 8 Ob 555/86; ohne Stellungnahme OGH, 07.11.1985 – 7 Ob 599/85.

²¹⁰ *Fidler*, in: Klang ABGB 2016, § 467 ABGB, Rn. 26.

²¹¹ *Bydlinski*, ÖJZ 1986, 327, 330; *Fidler*, in: Klang ABGB 2016, § 467 ABGB, Rn. 27 m.w.N.

Dass demzufolge ein Zettel im Innern des Möbelwagens, den zwar theoretisch auch jeder Dritte sehen kann, dieser Drittöffentlichkeit nicht genügt, erscheint nachvollziehbar. Denn ein derart hoher Nachforschungsaufwand höhlt wiederum das Publizitätspostulat aus: Künftige Gläubiger müssten den Wagen etwa von innen und außen absuchen, um sicherzugehen, dass kein Pfandrecht daran besteht. Im Fall der Leichtflugzeuge und des gelben Täfelchens wiederum wirken die Anforderungen des OGH hingegen doch sehr streng. Warum sollte dem künftigen Gläubiger nicht zumutbar sein, jeweils einmal um die Flugzeuge oder Maschine herumzugehen, um sich eines vorrangigen Pfandrechts zu vergewissern? Inwieweit sich die vom Gerichtshof hervorgehobenen „Umstände“ oder das relative Verhältnis von Täfelchen und Maschine²¹² hier besonders auswirken sollen, bleibt ebenfalls im Dunkeln.

Dass ein gesamtes Warenlager allein durch zwei Schilder verpfändet werden kann, zeigt wiederum den nötigen Pragmatismus, den das Publizitätsprinzip mitbringt: Niemand gewönne im Verkehr etwas, müsste jede einzelne Sache beklebt und das wiederum untersucht werden. Freilich finden sich auch hier eine Ausreißerentscheidung²¹³ und in der Literatur ebendiese technischen Diskussionen.²¹⁴ Auch endet der Pragmatismus dort, wo die Rechtsprechung analog zum Faustpfandprinzip verlangt, dass der Sicherungsgeber nicht auf Warenlager mit wechselndem Bestand zugreifen dürfe, indem der Sicherungsnehmer einen für das Lager Verantwortlichen bestelle.²¹⁵

Die Fälle der dritten Gruppe zeigen, dass nicht nur der drittöffentliche Vorgang entscheidet, sondern es tatsächlich auf den Zustand ankommt. Geht nämlich die Publizität verloren, erlischt mit ihr auch das Pfandrecht. Freilich war die Rechtsprechung hier nicht immer konsequent; die Literatur hingegen hat in ihren Stellungnahmen zu etwaigen Ausnahmen der Rechtsprechung weiter auf der Regel beharrt.

4. Besitzübertragung gemäß §§ 315 Hs. 2, 319 Hs. 2 ABGB und Übereignung nach § 427 Var. 2 ABGB

Für die Erkennbarkeit des Besitzes besteht damit nicht mehr viel Raum; und auch dieser bleibt ungenutzt. Einen Anhaltspunkt für die Analyse bieten immerhin noch die §§ 315 Hs. 2, 319 Hs. 2, 427 Var. 2 ABGB. Nach § 315 Hs. 2 ABGB über den Umfang der Besitzerwerbung gilt:

²¹² S.o. Kapitel 4 A.II.3.a) bei Fn. 194 und 195.

²¹³ S.o. Kapitel 4 A.II.3.a) bei Fn. 191.

²¹⁴ Diese Kritik folgt der von *Migsch*, in: FS Welser 2004, 711, 738.

²¹⁵ OGH, 18.12.1996 – 3 Ob 2442/96f, ÖBA 1998, 216 mit zustimmender Anm. *Spielbühler*, der wiederum Faustpfandprinzip und Publizität vermischt, 220.

„bei der mittelbaren [Besitzergreifung], wenn uns der Inhaber in seinem oder eines andern Nahmen ein Recht oder eine Sache überläßt, erhält man alles, was der vorige Inhaber gehabt und durch deutliche Zeichen übergeben hat [...]“

Die deutlichen Zeichen ließen sich als Hinweis auf ein Erkennbarkeitserfordernis verstehen – werden es aber nicht. In der Kommentarliteratur bleibt der Passus unbesprochen.²¹⁶ Auch die dort zitierten Einzelfälle äußern sich nicht wesentlich zur Vorschrift.²¹⁷ Eine Entscheidungsrecherche ergab ebenfalls nichts.²¹⁸ Die Norm erscheint damit als praktisch kaum relevant.

Um § 319 Hs. 2 ABGB steht es nicht anders. Die Norm regelt den Besitzerwerb mittels Konstitut:

„wohl aber kann derjenige, welcher bisher eine Sache im eigenen Namen rechtmäßig besaß, das Besitzrecht einem anderen überlassen, und sie [die Sache] künftig in dessen Namen innehaben.“

Wie beim mittelbaren Besitz im deutschen Recht wäre für den so übertragenen Besitz als Publizitätsträger zu fordern, dass das neue Verhältnis oder wenigstens seine Veränderung nach außen trete. Auch hier schweigt jedoch die Kommentarliteratur.²¹⁹ In der Rechtsprechungsdatenbank finden sich zwölf Fälle zu § 319 ABGB, von denen die wenigsten sich überhaupt mit dem Besitzkonstitut nach Hs. 2 befassen, und diese auch nicht mit Erkennbarkeit.²²⁰

An erkennbaren Besitz ließe sich schließlich noch im Rahmen des § 427 Var. 2 denken. Die Vorschrift findet sich im Hauptstück über den Eigentumserwerb durch Übergabe und besagt:

„Bei solchen beweglichen Sachen aber, welche ihrer Beschaffenheit nach keine körperliche Übergabe zulassen, wie bei Schuldforderungen, Frachtgütern, bei einem Warenlager oder einer andern Gesamtsache, gestattet das Gesetz die Übergabe durch Zeichen; ...indem man mit der Sache ein Merkmal verbindet, woraus jedermann deutlich erkennen kann, daß die Sache einem anderen überlassen worden ist.“

Wird so Eigentum erworben, erscheint möglich, dass der mittelbare Besitz desjenigen dritthöfentlich ist, für den die Sache gekennzeichnet wird. Diese Sicht birgt aber zwei Probleme: Erstens ergibt sich aus der Literatur, dass bei § 427

²¹⁶ *Kodek*, in: Klang ABGB 2011, § 315 ABGB; *Holzner*, in: Rummel/Lukas ABGB 2016, § 315 ABGB; *Illedits*, in: Schwimann/Neumayr ABGB 2020, § 315 ABGB.

²¹⁷ OGH, 09.05.1922 – 3 Ob 366/22, ZBl 1923, 136; OGH, 18.10.1899 – Nr. 15123, GIUNF 722; OGH, 28.08.1907 – Nr. 10746, GIUNF 3888; zitiert nach *Kodek*, in: Klang ABGB 2011, § 315 ABGB, Rn. 8.

²¹⁸ Die Suchkombination war „§ 315 ABGB“, 14.01.2024, keine Entscheidungen der ordentlichen Gerichte.

²¹⁹ *Kodek*, in: Klang ABGB 2011, § 319 ABGB; *Holzner*, in: Rummel/Lukas ABGB 2016, § 319 ABGB; *Illedits*, in: Schwimann/Neumayr ABGB 2020, § 319 ABGB.

²²⁰ Die Suchkombination war „§ 319 ABGB“, 14.01.2024, 12 Entscheidungen der ordentlichen Gerichte.

Var. 2 ABGB gerade nicht der Besitz übergeht, sondern nur bei Var. 1.²²¹ Hier nach müssen Urkunden oder Werkzeuge, um die Sache zu ergreifen, übergeben werden. Zweitens reichen nach der Rechtsprechung bereits solche Merkmale aus, die „auf den Eigentumserwerb eines anderen hindeuten“.²²² Nicht nötig ist daher positive Drittöffentlichkeit des Merkmals. Das heißt, für § 427 Var. 1 ABGB genügt, wenn bekannt ist, dass die Sache für irgendeinen anderen markiert ist als den, der sie in Gewahrsame hat.

5. Ergebnis: Drittöffentlichkeit spielt nur für die Verpfändung durch Zeichen eine Rolle

Auch für das österreichische Recht ergibt sich, dass zwar behauptet wird, der Besitz habe eine Publizitätsfunktion inne, eine solche in Rechtsprechung und Lehre jedoch bereits daran scheitert, dass Besitz und Drittöffentlichkeit in keinem Zusammenhang stehen. Dass das Band zwischen Besitz und Drittöffentlichkeit im österreichischen Recht schon vor Erörterung der Frage nach dem Grad der Erkennbarkeit fehlt, entspringt mehreren Umständen:

An erster Stelle steht der für den Besitz in Österreich nötige Wille, die Sache für sich zu haben, der Besitzwille (§ 309 S. 2 ABGB); er raubt dem Besitz von Grund auf die Verbindung zum Äußeren. Es folgt die Verkehrsanschauung, genutzt von der Rechtsprechung, um die Besitzzuweisung zu steuern, und von außen nicht unbedingt erkennbar. In der Übertragung des unmittelbaren Besitzes gemäß § 315 Hs. 2 ABGB versäumt die Rechtspraxis, die „deutlichen Zeichen“ zur Übergabe im Hinblick auf Drittöffentlichkeit auszulegen. Die Übergabe durch Zeichen zwecks Übereignung nach § 427 Var. 2 ABGB schließlich soll weder Besitz begründen noch weist sie sicher darauf hin, wem die Sache fortan zugeordnet ist.

Was den gutgläubigen Erwerb angeht, ist der Besitz als möglicher Publizitätsträger unabhängig von seiner Drittöffentlichkeit außen vor. Denn für den gutgläubigen Erwerb ist entscheidend, dass die „anvertraute“ Sache übertragen wird; dafür wiederum genügt es, dass der Veräußerer sie in Gewahrsame hat (§ 309 S. 1 ABGB). Ausführungen über die Drittöffentlichkeit der Gewahrsame finden sich jedoch ebenfalls nicht. Nicht einmal sie erscheint damit als Publizitätsträger.

Für Pfandrecht und Sicherungseigentum liegt es wie beim gutgläubigen Erwerb. Denn hier erlaubt das Gesetz die Verpfändung durch Zeichen (§ 452 S. 1 ABGB); sie beherrscht die Publizitätsdiskussion im Recht der Sicherheiten. Taugliche Zeichen sind solche, die drittöffentlich Auskunft über die Sicherheit geben. Die Frage nach Drittöffentlichkeit ist im österreichischen Recht auf das Pfandzeichen beschränkt.

²²¹ Umkehrschluss aus *Wagner*, in: Klang 2018, § 427 ABGB, Rn. 1.

²²² OGH, 09.05.1922 – 3 Ob 366/22, ZBl 1923, 136.

III. Frankreich

Es mag nicht so klar erscheinen, dass der Besitz auch im französischen Recht als Publizitätsträger eine wichtige Rolle spielt. Immerhin folgt das französische Recht dem Einheitsprinzip, wonach das Eigentum bereits mit dem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts übergeht, Art. 711 Cc. Tatsächlich aber spielt der Besitz bei der „opposabilité aux tiers“, der Drittwirksamkeit, eine herausragende Rolle. Als Beispiele seien nur der Doppelverkauf und damit einhergehend der gutgläubige Erwerb genannt. Zwar ist der Kaufvertrag über eine Sache nichtig, die einem anderen als dem Verkäufer gehört, Art. 1599 Cc. Ist aber der Zweitkäufer gutgläubig und wird er zuerst Besitzer, erhält er auch das Eigentum, Art. 1198 Abs. 1 Cc. Weiter gilt gemäß Art. 2276 Abs. 1 Cc als Eigentümer, wer den Besitz an der Sache hat.²²³ Das heißt einerseits, dass der Erwerber den besitzenden Veräußerer als Eigentümer betrachten darf; andererseits, dass er selbst als Eigentümer gilt, sobald er Besitzer wird. Bei der ersten Funktion wird der Besitz als Publizitätsträger deutlich.²²⁴ Im französischen Recht fragt sich also ebenfalls, inwieweit der Besitz für Außenstehende erkennbar im Sinne von dritthöfentlich ist.

1. Die französische Besitzdogmatik; der Besitzwille

Wie auch in Österreich muss Ausgangspunkt der Untersuchung ein Blick auf die französische Besitzdogmatik sein.²²⁵ Hier sind gleichfalls *animus* und *corpus* Schlüsselbegriffe:²²⁶ Besitzer ist, wer die Herrschaft über die Sache als seine eigene innehat.²²⁷ Wer die Sache nicht für sich selbst, sondern für einen anderen hält, ist sogenannter Detentor.²²⁸ Nach Art. 2255 Alt. 2 Cc ist der andere Besitzer. Auch das französische Recht unterscheidet zwischen Sach- und Rechtsbesitz, Art. 2255 a.A. Cc.

Im österreichischen Recht ist der Besitzwille ein Hindernis für die Dritthöflichkeit des Besitzes, weil er selbst nicht für jeden erkennbar sein muss, aber dessen notwendige Voraussetzung ist. Dasselbe Hindernis scheint auch in Frankreich zu bestehen. Tatsächlich aber vermutet Art. 2256 Cc, dass man stets für sich selbst besitzen will. Das allein genügt dafür, dass der Besitzwille der Erkennbarkeit des Besitzes nicht im Weg steht.

²²³ S. dazu bereits ausführlich o. Kapitel 3 A.I.3.

²²⁴ *Cashin Ritaine*, in: Faber/Lurger (Hrsg.), National Reports on the Transfer of Movables in Europe: Volume 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal, 2008, 121.

²²⁵ Überblick bei: Müller, Besitzschutz in Europa, 2010, 113–115.

²²⁶ S. nur Terré/Simler, Droit civil. Les biens, 10. Aufl. 2018, 155 f.

²²⁷ Terré/Simler, Droit civil. Les biens, 10. Aufl. 2018, Rn. 156.

²²⁸ Terré/Simler, Droit civil. Les biens, 10. Aufl. 2018, Rn. 156.

*2. Öffentlicher und eindeutiger Besitz für die Ersitzung
gemäß Art. 2261 Cc und den gutgläubigen Erwerb sowie
die Rechtsvermutung gemäß Art. 2276 Abs. 1 Cc*

Um eine Sache zu ersitzen, verlangt Art. 2261 Cc unter anderem, dass der Ersitzungsbesitz öffentlich („publique“) und nicht mehrdeutig („non équivoque“) sei. Beide Tatbestandsmerkmale scheinen darauf hinzuweisen, dass nur ein dritthöfentlicher Besitz für die Ersitzung taugt. Wie die Untersuchung zeigt, haben sie mit einem dritthöfentlichen Besitz jedoch nichts zu tun.

Art. 2276 Abs. 1 Cc lautet: „Für Fahrnis gilt der Besitz als Titel.“²²⁹ Die Vorschrift hat eine Doppelfunktion.²³⁰ Einerseits vermutet sie das Eigentum, wenn jemand beweisen kann, dass er Besitzer einer Sache ist.²³¹ Andererseits dient sie dem gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten.²³² Zwar enthält Art. 2276 Cc keinen Verweis auf Art. 2261 Cc. Nach ständiger Rechtsprechung müssen aber auch für diese Vorschrift die Voraussetzungen des Ersitzungsbesitzes erfüllt sein.²³³ Damit sind die Entscheidungen zur Ersitzung und zum gutgläubigen Erwerb sowie zur Eigentumsvermutung gemeinsam zu behandeln.

a) Vorbemerkung zur Vorgehensweise der Recherche

Dieselbe Vorgehensweise wie für das deutsche und österreichische Recht, nämlich eine Recherche vorwiegend anhand der Urteilsdatenbanken, blieb für den öffentlichen und eindeutigen Besitz im französischen Recht erfolglos. Das hat mehrere Gründe: Erstens sind die französischen Urteile wesentlich knapper und ohne tiefe Begründung gefasst, weshalb auch Begründungsmuster und deren Entwicklung über die Zeit nur schwer nachzuvollziehen sind.

Zweitens spielt zumindest die Fahrnisersitzung praktisch keine Rolle. Das zeigt ein Blick durch die Rechtsprechung: Von 260 aufzufindenden Entscheidungen²³⁴ der Cour de cassation und Cour d'appel zu Art. 2261 Cc (bzw.

²²⁹ „En fait de meubles, la possession vaut titre.“

²³⁰ Statt aller: *Malaurie/Aynès/Julienne*, Droit des biens, 10. Aufl. 2023, Rn. 571.

²³¹ S. dazu bereits ausführlich o. Kapitel 3 D.III.

²³² S. dazu bereits ausführlich o. Kapitel 3 A.I.3.

²³³ Grundlegend: Cour de cassation, Chambre commerciale, 5.3.1996, JCP 1996.éd. E.I.584, n° 12, obs. *Cabrillac*; Cour de cassation, Chambre civile 1, 14.5.1996, Bull. civ. I, n° 199, JCP 1996.I.3972, n° 2, obs. *Périnet-Marquet*; beide Entscheidungen sind zusammengefasst bei *Zenati*, RTD civ. 1998, 408.

²³⁴ Die Suchkombinationen waren:

„article 2261 du code civil“ publique, 15.01.2024, 23 Entscheidungen der Cour de cassation und 62 der Cour d'appel seit dem 01.01.2008.

„article 2229 du code civil“ publique, 15.01.2024, 21 Entscheidungen der Cour de cassation und 154 der Cour d'appel vom 01.01.1969 bis zum 01.01.2009.

Art. 2229 Cc a.F.)²³⁵ und „publique“ in der Datenbank lexis360²³⁶ verbleiben noch vierzig, wenn man Entscheidungen mit den Wörtern Grundstück, Parzelle und Straße ausschließt.²³⁷ Diese Entscheidungen wiederum betreffen in der großen Mehrzahl ebenfalls Streitigkeiten über Immobilien oder deren Bestandteile, in denen noch dazu die Öffentlichkeit des Besitzes unbedeutend ist. Nur in einer Entscheidung kommt es auf die Publizität des Besitzes an, und auch sie handelt nicht von der Ersitzung, sondern dem gutgläubigen Erwerb, wofür die Rechtsprechung ebenfalls die Merkmale des Ersitzungsbesitzes verlangt.²³⁸ Die Recherche bringt zahlenmäßig nur deswegen so viele Ergebnisse hervor, weil die Cour de cassation oft sämtliche Voraussetzungen des Art. 2261 Cc bzw. Art. 2229 Cc a.F. auflistet, auch wenn sie diese anschließend nicht prüft. Hauptgrund für die geringe Relevanz der Fahrnisersitzung dürfte die Ausschlussfrist in Art. 2276 Abs. 2 Hs. 1 Cc sein: Erwirbt jemand gutgläubig eine verlorene oder gestohlene Sache, hat der ursprüngliche Eigentümer drei Jahre Zeit, gerechnet ab dem Verlust der Sache, diese wiederzuerlangen. Danach ist der Erwerber unabwendbar Eigentümer. Die allgemeine Ersitzungsfrist für Fahrnis hingegen beträgt fünf Jahre, seitdem der Eigentümer sein Recht kannte oder hätte kennen müssen, Art. 2224 Alt. 2 Cc, früher sogar dreißig Jahre.²³⁹ Hinzu kommt, dass der gute Glaube des Erwerbers vermutet wird, Art. 2274 Cc. Die kürzere Ausschlussfrist und der vermutete gute Glaube des Erwerbers berauben also die allgemeine Fahrnisersitzung ihres Anwendungsbereichs.

Drittens hat die Rechtsprechung bei der Öffentlichkeit des Besitzes den Schwerpunkt darauf gelegt, dass der Besitz an einer Sache nicht verheimlicht werden dürfe. Nur selten kam jedoch der Vorwurf in Betracht, der Besitzer habe die Sache vor dem anderen versteckt.²⁴⁰ Daher bleibt nur, die in der Lite-

²³⁵ Die Vorschrift wurde neu nummeriert mit Wirkung zum 19.06.2008 durch Art. 2 des Gesetzes vom 17.06.2008, Loi n° 2008-561 zur Reform der Verjährung und Ersitzung in Zivilsachen („portant réforme de la prescription en matière civile“).

²³⁶ <https://www.lexis360intelligence.fr/>.

²³⁷ Die Suchkombinationen waren:

„article 2261 du code civil“ ET publique SAUF fonds SAUF parcelle SAUF lot SAUF chemin, 15.01.2024, 2 Entscheidungen der Cour de cassation und 10 der Cour d’appel seit dem 01.01.2008.

„article 2229 du code civil“ ET publique SAUF fonds SAUF parcelle SAUF lot SAUF chemin, 15.01.2024, 7 Entscheidungen der Cour de cassation und 46 der Cour d’appel vom 01.01.1969 bis zum 01.01.2009.

²³⁸ S. zur Entscheidung sogleich.

²³⁹ Einen Blick über die Details gibt *Cashin Ritaine*, in: Faber/Lurger (Hrsg.), National Reports on the Transfer of Movables in Europe: Volume 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal, 2008, 135 f. Vor der Reform des Verjährungs- und Ersitzungsrechts im Jahr 2008 betrug die Ersitzungsfrist gemäß Art. 2262 Cc dreißig Jahre, s. auch die Übersicht bei *Carbonnier*, Droit civil, Les biens, Les obligations, 2. Aufl. 2017, Rn. 893.

²⁴⁰ *Seube*, Dr. et patr. nov. 2005, 103.

ratur angegebenen Entscheidungen vor allem anhand von Urteilsbesprechungen zu untersuchen.

b) „*Possession publique*“

Öffentlicher Besitz bedeutet, dass der Ersitzungsbesitzer die Sache nicht vor demjenigen verheimlichen darf, der ein Interesse daran hat, den Besitz zu kennen – z.B. vor dem Eigentümer, der ein Interesse daran hat, die Ersitzung oder den gutgläubigen Erwerb zu verhindern.²⁴¹ Auf die wirkliche Kenntnis des Eigentümers kommt es aber nicht an; es genügt, dass er den Besitz des anderen erkennen konnte.²⁴² Dass jemand den Besitz verheimlicht, schadet nur relativ zu den Personen, die keine Kenntnis vom Besitz haben.²⁴³

Wann der Besitz im Einzelnen nicht offenkundig sein soll, fehlt in der Lehrbuchliteratur; sie begnügt sich mit Umstandswörtern wie heimlich, unbemerkt oder verstohlen.²⁴⁴ *Grimonprez* fasst die Rechtsprechung dahingehend zusammen, dass eine grundsätzlich geheime Lagerstätte für bewegliche Sachen, wie ein Schließfach, nicht als heimlich im Sinne des Art. 2261 Cc betrachtet werde, solange damit nicht auch der Wille des Inhabers einhergehe, die Sache zu verbergen.²⁴⁵ In den öffentlichen Besitz ein solches subjektives Merkmal des Verbergens einzubeziehen, verhindert, dass der öffentliche Besitz auch dritthöfentlich sein muss; bestehen bleibt die Möglichkeit, dass er es ist. *Grimonprez* zitiert fünf Entscheidungen in diesem Zusammenhang:

aa) *Balzacs Gesamtausgabe in einem Keller*

Der Kläger hatte eine Bibliothek geerbt und klagte vor dem Tribunal de Grande Instance Paris auf Herausgabe einer Gesamtausgabe des Schriftstellers Honoré de Balzac, die ursprünglich dazugehört und die der Kläger zwischenzeitlich beim Beklagten entdeckt hatte. Das Gericht wies die Klage wegen Art. 2276 Abs. 1 Cc ab.²⁴⁶ Den Einwand des Klägers, dass der Besitz nicht öffentlich sei, ließ es nicht gelten. Zwar war das Gesamtwerk zunächst in einer entlegenen Privatbibliothek und anschließend in Kisten in einem Keller verwahrt. Damit sei der Besitz aber nicht verborgen gewesen, sondern es habe sich nur um vorsichtige Verwahrung gehandelt.

²⁴¹ *Carbonnier*, Droit civil, Les biens, Les obligations, 2. Aufl. 2017, Rn. 782; *Bergel/Bruschi/Cimamonti/Ghestin*, Les biens, 2. Aufl. 2010, Rn. 145.

²⁴² *Bergel/Bruschi/Cimamonti/Ghestin*, Les biens, 2. Aufl. 2010, Rn. 145.

²⁴³ *Henry/Tisserand-Martin/Venandet/Ance/Naudin/Damas/Guimard*, Code civil, 122. Aufl. 2022, Art. 2261, Rn. 11.

²⁴⁴ Statt aller: *Bergel/Bruschi/Cimamonti/Ghestin*, Les biens, 2. Aufl. 2010, Rn. 145.

²⁴⁵ *Grimonprez*, in: Répertoire de droit civil Dalloz, Prescription acquisitive, November 2022, Rn. 44 mit Verweis auf die sogleich besprochenen Entscheidungen.

²⁴⁶ Tribunal de Grande Instance Paris, 30.11.1988, D. 1990, Somm. 87, obs. *A. Robert*.

Robert, der die Entscheidung zusammenfasst, weist in diesem Zusammenhang zunächst darauf hin, dass Entscheidungen auf diesem Gebiet selten seien.²⁴⁷ Weiter nennt er ein Urteil aus dem Jahr 1890.²⁴⁸ Dort hatte das Gericht entschieden, dass Heimlichkeit aus der anfänglichen Haltung des Besitzers folge, der die streitgegenständlichen Sachen verborgen hatte.

Die Entscheidung und auch das weitere von *Robert* genannte Urteil zeigen, wie die französische Rechtsprechung auf dem Gegensatzpaar Öffentlichkeit – Heimlichkeit aufbaut. Der Wortsinn von Heimlichkeit ist dabei der entscheidende: Öffentlich ist nicht dasjenige, was jeder Dritte sehen kann, sondern bereits das, was der Besitzer nicht verborgen hat. Ein Zusammenhang zwischen öffentlichem Besitz und der hier untersuchten Dritthöflichkeit besteht nicht.

bb) Kunstwerke im Bankschließfach

Zurückhaltender, was die hohen Anforderungen an die Heimlichkeit angeht, erscheint eine Entscheidung der Cour d'appel de Paris:²⁴⁹ Der Kläger verlangte von den Beklagten eine Reihe Kunstwerke heraus, die sein Rechtsvorgänger, der französische Kunsthändler Ambroise Vollard, dem Rechtsvorgänger der Beklagten, dem jüdischen, jugoslawischen Kunstsammler Erich Šlomović, um 1939 gegeben hatte. Šlomović hatte die Gemälde aus Furcht vor Kunstraub durch die Nationalsozialisten in einem Bankschließfach deponiert; dort wurden sie erst 1979 wiederentdeckt. Die Erben von Vollard und Šlomović stritten darum, wem die Gemälde zustünden. Der Kläger argumentierte unter anderem, dass der Besitz Šlomovićs nicht öffentlich gewesen sei, als er die Kunstwerke im Schließfach hinterlegte. Die Cour d'appel entschied zugunsten der Beklagten. Zunächst sei der Besitz Šlomovićs bekannt gewesen, bevor er die Gemälde zur Bank brachte; anschließend sei der öffentliche Besitz nicht verschwunden, wo doch die außergewöhnlichen Umstände des Zweiten Weltkriegs die Hinterlegung erforderten.

Der Gerichtshof begründet die fehlende Heimlichkeit mit der außergewöhnlichen Situation des Zweiten Weltkriegs. Nach dieser Entscheidung scheint also möglich, dass unter gewöhnlichen Umständen im Bankschließfach verwahrte Sachen als geheim gelten können. Damit wäre wenigstens ein Mindestmaß an Öffentlichkeit gewahrt, weil nicht auch derjenige aus dem Ersitzungsbesitz Gewinn zöge, der eine Sache wegsperret.

²⁴⁷ AaO.

²⁴⁸ Req. 15 avr. 1890, DP 1891. 1. 388, zitiert von *B. Bouloc*, Rép. civ. Dalloz, v° Reven-dication, n° 134.

²⁴⁹ Cour d'appel de Paris, 3.10.1990, Gaz. Pal. 1991, 113, note *P. Frémond*.

cc) Inhaberpapiere im Bankschließfach

Viel weitergehend zugunsten dessen, der ein Bankschließfach nutzt, entschied kurz darauf die Cour de cassation:²⁵⁰ Die Kläger beehrten, Inhaberpapiere in einem Bankschließfach von der beklagten Witwe des Erblassers zum Nachlass zu ziehen. Das Berufungsgericht hatte der Klage stattgegeben, weil der Inhalt eines Bankschließfachs nicht öffentlich sein könne. Die Cour de cassation entschied hingegen zugunsten der Beklagten: Inhaberpapiere in einem Bankschließfach aufzubewahren, ohne sie dort zu verbergen, behafte den Besitz noch nicht mit einem Fehler. Im Übrigen habe die Beklagte nicht die Herkunft der Papiere zu belegen; ihr bloßer Besitz gelte nach Art. 2276 Abs. 1 Cc als Eigentum.

Die Entscheidung liegt auf einer Linie mit derjenigen über Balzacs Gesamtwerk und deckt noch einen weiteren Gesichtspunkt des öffentlichen Besitzes ab: Während in der Balzac-Entscheidung das streitige Gesamtwerk für den Anspruchsinhaber zunächst nicht auffindbar und später im Keller (wohl) schlicht nicht zugänglich war, zielt die Verwahrung im Schließfach gerade darauf, dass Dritte keinen Zugang haben. Dennoch will sie der Rechtsprechung nicht für einen heimlichen Besitz genügen. Die Entscheidung betont mithin noch stärker, dass es auf den Willen des Besitzers ankommt, die Sache vor anderen zu verbergen. Freilich ist dieser Wille nur in Ausnahmefällen nachzuweisen, wie es dem Kläger in der nächsten Entscheidung gelang.

dd) Der vor der Polizei verheimlichte Erwerb

Vor der Cour de cassation stritten die Parteien um die Herausgabe von Wertpapieren.²⁵¹ Der Erblasser des Klägers hatte dem Beklagten eine Geldsumme übertragen, mit der der Beklagte die Wertpapiere erworben hatte. Im vorangegangenen Strafprozess war der Beklagte nicht verurteilt worden, hatte dort aber zunächst behauptet, die Geldsumme nicht zu haben. Als eine Hausdurchsuchung die Wertpapiere offenbart hatte, hatte er gestanden, sie mit der ihm vom Erblasser geschenkten Geldsumme gekauft zu haben.

Im Zivilprozess verteidigte sich der Beklagte gegen die Herausgabeklage mit der Rechtsvermutung nach Art. 2276 Abs. 1 Cc. Der Gerichtshof entschied, dass der Besitz an der fehlenden Öffentlichkeit scheitere: Denn der Beklagte habe die Schenkung zunächst vor der Polizei verheimlicht; er habe sie erst aufgedeckt, als die Polizei seine Wohnung durchsucht und die Wertpapiere gefunden habe. Ein solches Verhalten schließe die „*possession publique*“ aus, weil das juristische Verbergen im Fall dieselbe Wirkung habe wie ein materielles Verbergen.

²⁵⁰ Cour de cassation, chambre civile 1, 11.6.1991 – n° 89-20422.

²⁵¹ Cour de cassation, chambre civile 1, 8.3.2005 – n° 03-14.610.

Der Fall zeigt, wie hoch die Schwelle ist, damit die Rechtsprechung den öffentlichen Besitz verneint. Hätte der Beklagte im Strafprozess nur von Anfang an vorgetragen, dass ihm die Geldsumme geschenkt worden sei, wäre sein Besitz öffentlich gewesen. Auf Dritthöflichkeit blickt die Anforderung jedoch keineswegs; vielmehr geht es darum, ob dem Besitzer nachgewiesen werden kann, er habe seinen Besitz verbergen wollen. *Seube* meint hierzu, entscheidendes Element der Heimlichkeit des Besitzes sei die Lüge des Besitzers gewesen.²⁵² Damit folge die Heimlichkeit des Besitzes nicht daraus, dass Dritte den Besitz nicht sehen könnten, sondern aus dem Willen des Besitzers, den Besitz an der Sache zu verbergen.

c) „*Possession non équivoque*“

Wir haben im deutschen wie österreichischen Recht gesehen, dass der Besitz mitunter deswegen schlecht erkennbar ist, weil sich nicht eindeutig feststellen lässt, wer als Besitzer zu gelten hat. Der Gedanke des eindeutigen Besitzes im französischen Recht hat das Potential, dieses Problem zu beseitigen, indem er nur denjenigen als Besitzer gelten lässt, dessen Besitz für Dritte eindeutig ist. So wird der eindeutige Besitz jedoch nicht verstanden.

Im Grundsatz dient das Merkmal dazu festzustellen, dass jemand eine Sache nicht nur für andere oder auch für andere, sondern allein für sich innehat.²⁵³ Es fragt nach dem Besitzwillen. Nun wird der Besitzwille gemäß Art. 2256 Cc allgemein vermutet. Diese Vermutung gilt indes nicht mehr, sobald mehrere Personen ein enges tatsächliches oder der mutmaßliche Besitzer ein höchstens gleichwertiges rechtliches Verhältnis zu einer Sache hat.²⁵⁴ Fälle aus der Rechtsprechung betreffen Miteigentümer und Miterben²⁵⁵, (nichteheliche) Paare²⁵⁶ sowie Lebens- und Wohngemeinschaften²⁵⁷. Beispielsweise findet sich die streitbefangene Sache plötzlich in den Händen eines Einzelnen, der behauptet, sie bereits zu Lebzeiten vom Erblasser geschenkt bekommen zu haben.²⁵⁸ Dem wären die anderen wegen Art. 2256, 2276 Abs. 1 Cc ausgeliefert, gäbe es nicht den mehrdeutigen Besitz. Der Tatrichter ist völlig unabhängig

²⁵² *Seube*, Dr. et patr. nov. 2005, 103.

²⁵³ *Grimonprez*, in: Répertoire de droit civil Dalloz, Prescription acquisitive, November 2022, Rn. 43.

²⁵⁴ *Larroumet/Mallet-Bricout*, Traité de droit civil. Tome 2. Les biens, droits réels principaux, 6. Aufl. 2019, Rn. 112.

²⁵⁵ Cour de cassation, chambre civile 3, 6.6.1974 – n° 72-12.423; Cour de cassation, chambre civile 1, 17.4.1985 – n° 83-14.683; Cour de cassation, chambre civile 3, 27.11.1985 – n° 84-15.259.

²⁵⁶ Cour de cassation, chambre civile 1, 7.12.1977 – n° 76-13.044; Cour de cassation, chambre civile 1, 4.4.1984 – n° 83-10.635.

²⁵⁷ Cour de cassation, chambre civile 2, 10.11.1998 – n° 96-18.740.

²⁵⁸ Beispiel nach *Voirin/Goubeaux*, Droit civil. Tome 1, 42. Aufl. 2021, Rn. 760.

darin festzustellen, ob das Verhalten des Besitzers zweifelsfrei darauf ausgerichtet war, allein für sich zu besitzen.²⁵⁹

Nichts in der Rechtsprechung oder Literatur weist darauf hin, dass mit dem zweideutigen Besitz irgendein Kriterium der Öffentlichkeit verbunden ist: Die anderen vom Besitz auszuschließen, muss kein öffentlicher Akt sein. Auch die Freiheit des Richters in seiner Feststellung spricht dagegen, dass der dritte Beobachter sich an äußeren Merkmalen festhalten darf, um den Besitz zu erkennen. Damit folgt auch aus dem geforderten eindeutigen Besitz nichts für die Drittöffentlichkeit des Besitzes.

d) Zwischenergebnis: Weder öffentlich noch eindeutig heißt drittöffentlich

In *Carbonniers* Lehrbuch findet sich die Formulierung, der Besitz sei der „Schatten des Eigentums“²⁶⁰. Das französische Recht muss aber bei der Ersitzung und dem gutgläubigen Erwerb von einem bewölkten Himmel ausgehen. Denn es legt keinen Wert darauf, dass diesen Schatten irgendein Dritter besichtigen kann. Drittöffentlichkeit spielt bei den Art. 2261 und 2276 Abs. 1 Cc keine Rolle.

3. Öffentlicher Besitz beim Pfandrecht?

Das französische Recht schreibt für die Drittwirksamkeit der Verpfändung zwar die Übergabe („dépossession“) vor, Art. 2337 Abs. 2 Cc;²⁶¹ der damit verbundene Besitz ist aber nicht von anderer Qualität als der oben besprochene. Soweit in Frankreich registerlich verpfändet wird („sans dépossession“), ist das an dieser Stelle nicht von Interesse.²⁶²

IV. Zusammenfassung: Keine Drittöffentlichkeit des Besitzes

Auf die Frage hin, wer Besitzer sei, steht Drittöffentlichkeit im Sinne einer Erkennbarkeit für jeden interessierten Dritten als Antwort nicht im Mittelpunkt. Im deutschen Recht nimmt dafür die Abgrenzung zwischen (mittelbarem) Besitzer einerseits und Nichtbesitzer, Besitzdiener oder Besitzmittler andererseits anhand des Innenverhältnisses einen zu großen Raum ein. Rechtsprechung und Literatur beschränken sich vielfach darauf, die bloße Äußerung im Sinne einer Verlautbarung oder eines äußeren Vorgangs genügen zu lassen.

Der Abgleich mit Österreich und Frankreich ergibt kein wesentlich anderes Bild. Soweit es in Österreich auf Besitz oder Gewahrsame nach österreichischem Verständnis ankommt, bestimmen diese sich nach den Kriterien der

²⁵⁹ Cour de cassation, chambre civile 3, 19.6.1973 – n° 72-13.096.

²⁶⁰ „La possession est l'ombre de la propriété.“ *Carbonnier*, Droit civil, Les biens, Les obligations, 2. Aufl. 2017, Rn. 780.

²⁶¹ *Crocq*, in: Répertoire de droit civil Dalloz, Gage, Juni 2023, Rn. 26.

²⁶² Dazu s.u. Kapitel 5 A.IV.

Verkehrsanschauung oder ebenfalls dem Innenverhältnis, nicht aber nach Erkennbarkeit. Allein betreffend die Verpfändung durch Zeichen fordert die österreichische Rechtsprechung einen dritth öffentlichen Zustand; hier ist aber nicht der Besitz Publizitätsmittel, sondern etwa Aufkleber. Das französische Recht kennt zwar einen sogenannten öffentlichen Besitz („*possession publique*“), lässt es hieran aber nur fehlen, wenn jemand eine Sache verborgen hat. Auch hier spielt Dritth Öffentlichkeit keine Rolle.

B. Die Rechtfertigung mittels für den Begünstigten erkennbaren Besitzes

Der vorige Abschnitt hat im Anschluss an das Vorbild des Grundbuchs erörtert, inwieweit der Besitz als solcher erkennbar ist. Zwar mag ein stets erkennbarer Besitz der Idealfall sein. Nötig aber ist dieser nicht, um die Publizitätswirkungen zu rechtfertigen. Denn die Publizitätswirkungen schützen nicht pauschal jeden, der sich auf äußere Umstände verlässt, sondern im Rahmen ihres jeweiligen Tatbestands den konkret Begünstigten.²⁶³ Die Forderung, der Besitz müsse genauso jedem mit berechtigtem Interesse sichtbar sein wie ein Grundbucheintrag, geht also zu weit. Soll der erkennbare Besitz daher eine Publizitätswirkung rechtfertigen, so genügt es, wenn genau in ihrem Zusammenhang der Besitz erkennbar ist. Dieser Abschnitt geht daher für das deutsche Recht mit hohem Detailgrad die Erkennbarkeit des Besitzes für den jeweils Publizitätsbegünstigten durch; er kann allerdings nicht jede noch so fernliegende Fallgestaltung fassen.

I. Erkennbarer Besitz im Rahmen der Erwerbswirkungen

1. Die Erkennbarkeit des Besitzes bei der Übereignung durch Übergabe nach §§ 932 Abs. 1 S. 1, 932a Hs. 1, 933 BGB

Die drei Tatbestände gutgläubigen Erwerbs eint, dass sie die Übergabe der Sache fordern. Wie gesehen, sind bei den §§ 932–934 BGB mit Ausnahme des Geheißerwerbs in einer Vier-Personen-Kette sowohl der Veräußererbesitz als auch der Erwerberbesitz taugliche Rechtsscheinträger.²⁶⁴ Ist folglich ein solcher Besitz an der Sache dem Erwerber beim Erwerb durch Übergabe erkennbar, so ist diese spezielle Publizitätswirkung anhand erkennbaren Besitzes gerechtfertigt. Es gilt daher, die verschiedenen Übergabetatbestände auf ihre Erkennbarkeit hin zu untersuchen. Dafür ist entbehrlich zu diskutieren, wie weit

²⁶³ Näher zur Frage des persönlichen Schutzbereichs der Publizitätswirkungen s. bereits o. Kapitel 2 D.III.

²⁶⁴ S.o. Kapitel 3 A.I.1, zur Ausnahme s.o. Kapitel 3 A.I.1.d)cc).

der Übergabebegriff reicht,²⁶⁵ etwa ob die Vereinbarung eines Besitzdienerverhältnisses mit dem bisherigen Besitzer erfasst ist.²⁶⁶ Denn je nach Einordnung handelt es sich eben entweder um eine Übergabe oder eine sonstige Besitzänderung, die einen anderen Erwerbstatbestand rechtfertigen kann.

a) Der Erwerberbesitz ist bei der Übergabe zur tatsächlichen Gewalt des Erwerbers gemäß § 854 Abs. 1 BGB stets erkennbar

Erhält der Erwerber den Besitz zu eigenen Händen, ist ihm der eigene Besitz stets erkennbar; den Veräußererbesitz kann er erkennen, sofern kein Besitzmittler die Sache übergibt.

Im Grundfall der Übergabe überträgt der Veräußerer als Inhaber der tatsächlichen Gewalt gemäß § 854 Abs. 1 BGB seinen unmittelbaren Besitz auf den Erwerber, indem die unmittelbare Sachherrschaft zwischen den Parteien wechselt: Der Veräußerer gibt dem Erwerber die Sache. Hier sind Veräußerer- und Erwerberbesitz für den Erwerber zwangsläufig erkennbar: Die unmittelbare Gewalt des Veräußerers ist spätestens dann erkennbar, wenn der Veräußerer die Sache nimmt, um sie zu übergeben. War der Veräußerer vorher als Besitzdiener besitzloser Sachherrscher, so macht, wenn nicht schon seine Selbstverpflichtung zur Veräußerung, spätestens seine Veräußerungshandlung ihn zum Besitzer.²⁶⁷ Der Erwerber wiederum kann seine tatsächliche Gewalt über die Sache ohne Schwierigkeit wahrnehmen. Gestattet der Veräußerer dem Erwerber, sich die Sache zu nehmen, ist auch hier der Besitz auf beiden Seiten erkennbar, solange sich die Sache bei Ergreifung sichtbar in der Sphäre des Veräußerers befindet; andernfalls gilt § 854 Abs. 2 BGB.²⁶⁸

War der Veräußerer Besitzer wegen § 855 BGB, so ist sein Besitz dem Erwerber erkennbar, wenn dieser sieht, wie der Besitzdiener sich bei der Übergabe der Anweisung seines Besitzherrn unterwirft. Dafür muss er der Sphäre des Veräußerers zuzuordnen sein, was etwa durch Kleidung²⁶⁹ oder bei der Übergabe mitgelieferte Dokumente geschehen kann, wenn die Übergabe nicht beim Veräußerer geschieht.

Der mittelbare Besitz des Veräußerers ist für den Erwerber indes nicht zu erkennen, weil sich das Innenverhältnis im Rahmen der Übergabe durch den vermeintlichen Besitzmittler nicht gegenüber dem Erwerber äußern muss: Für den Erwerber ist nicht zu sehen, ob der Übergeber Besitzmittler, Geheiß- oder gar nur Scheingeheißperson²⁷⁰ des Veräußerers ist. Denn in der Übergabe äu-

²⁶⁵ S. dazu etwa *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 929 BGB, Rn. 45–70; *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 929 BGB, Rn. 49–79.

²⁶⁶ S. dazu etwa *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 929 BGB, Rn. 75 m.w.N.

²⁶⁷ Freilich gerät hierbei für den gutgläubigen Erwerb § 935 Abs. 1 S. 1 BGB in den Weg.

²⁶⁸ Dazu s. sogleich u. Kapitel 4 B.I.1.b).

²⁶⁹ S. hierzu aber o. Kapitel 4 A.I.3.b) bei Fn. 85.

²⁷⁰ S. dazu o. Kapitel 3 A.I.1.d) in Fn. 54.

bert sich gegenüber dem Erwerber nicht, was der Übergeber mit seiner Handlung bezweckt, konkret also, ob er sich dem Veräußerer als dessen Mittler unterordnet. Mit der Übergabe durch den vermeintlichen Besitzmittler wird indes die Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers erkennbar: Sie äußert sich in der Erklärung oder Übergabe und mündet im Besitz des Erwerbers.²⁷¹ Eine wesentliche Rolle spielt deren Erkennbarkeit allerdings erst dort, wo dem Erwerber sein Besitz nicht sichtbar ist.²⁷²

b) Bei der Übergabe durch Einigung gemäß § 854 Abs. 2 BGB ist der Besitz höchstens nach dem Erwerb erkennbar

Nicht unbedingt erkennbar ist die Veräußerung mittels Besitzübertragung nach § 854 Abs. 2 BGB. Hier genügt die Einigung zum Besitzerwerb, wenn der Erwerber Gewalt über die Sache ausüben kann. Da der Veräußerer die Sache nicht überreichen muss, ist sein Besitz dem Erwerber nicht notwendig erkennbar.²⁷³ Auch durch das Veräußerungsangebot gewinnt der Veräußerer nicht unbedingt erkennbaren Besitz an der Sache, weil bei diesem Tatbestand zwar der Besitzwille sichtbar ist, nicht aber die tatsächliche Gewalt. In jedem Fall nicht erkennbar ist die Besitzbegründung des Erwerbers. Denn dafür genügt eben bloß die Möglichkeit, Gewalt über die Sache auszuüben.²⁷⁴ In der Regel wird der Erwerber irgendwann die tatsächliche Gewalt erlangen und seinen Besitz so sehen können; zu diesem Zeitpunkt hat ihm die Publizitätswirkung allerdings schon genutzt. Und sie greift auch dann ein und gewährt dem Erwerber einen Eigentumsherausgabeanspruch, wenn sich unmittelbar nach Besitzübertragung gemäß § 854 Abs. 2 BGB ein Dritter der Sache bemächtigt. Der Erwerber weiß aber nicht, ob er geschützt wird, weil er nicht sieht, was früher kam – die Einigung zum Besitzerwerb oder die Bemächtigung.

c) Bei der Übergabe zur tatsächlichen Gewalt des Besitzdieners gemäß § 855 BGB ist der Erwerberbesitz in der Regel kurz nach dem Erwerb erkennbar

Bedient der Erwerber sich bei der Übergabe eines Besitzdieners, ist der Veräußererbesitz erkennbar, solange auf dieser Seite kein Besitzmittler auftritt; der eigene Besitz ist dem Erwerber regelmäßig erst erkennbar, sobald der Besitzdiener in seine Sphäre eintritt, und damit der Publizitätswirkung nachgelagert.

Indem die unmittelbare Gewalt in die Hände des Besitzdieners wechselt, eröffnen sich zwei Problemkreise: Erstens kann der Erwerber selbst den Veräußererbesitz nicht mehr zwangsläufig erkennen, wenn er dem Besitzwechsel fernbleibt. Statt nun den Veräußererbesitz wegen dieser Arbeitsteilung für

²⁷¹ Dazu s.o. Kapitel 3 A.I.1.b)aa).

²⁷² S. dazu u. Kapitel 4 B.I.1.d) und 4.

²⁷³ Beispiele s.o. Kapitel 4 A.I.2.

²⁷⁴ S. etwa Stadler, in: Soergel BGB 2002, § 854 BGB, Rn. 25.

nicht erkennbar zu erklären, bietet sich an, die Erwägungen bezüglich § 990 Abs. 1 BGB²⁷⁵ zu übertragen und das Wissen des Besitzdieners um den erkennbaren Veräußererbesitz dem Erwerber analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen. Freilich will diese Wissenszurechnung keine Rechtsfolgen auslösen, sondern es geht vielmehr darum zu zeigen, dass die Rechtfertigung des gutgläubigen Erwerbs anhand erkennbaren Veräußererbesitzes nicht gleich an der Arbeitsteilung scheitern muss. Rechnet man dem erwerbenden Besitzherrn das Wissen seines Besitzdieners zu, so gelten für die Erkennbarkeit des Veräußererbesitzes die Erwägungen hinsichtlich der Übergabe zur tatsächlichen Gewalt des Besitzers²⁷⁶ entsprechend: Der unmittelbare Veräußererbesitz sowie gegebenenfalls dessen Besitzverschaffungsmacht gelten dem Erwerber folglich als erkennbar.

Zweitens bereitet dem Erwerber Schwierigkeiten, seinen eigenen Besitzerwerb zu erkennen. Denn er kann nicht wahrnehmen, ob und wann sich der Besitzdiener seiner Weisung fügt, indem er die Sache für den Erwerber entgegennimmt. Eine Wissenszurechnung analog § 166 Abs. 1 BGB kommt nicht in Betracht, weil die Vorschrift zwecks Zurechnung im Verhältnis zu Dritten konstruiert ist und nicht für das Innenverhältnis zwischen Wissensvertreter und Vertretenem. Sie bezweckt allein, den Geschäftsherrn infolge seiner Arbeitsteilung gegenüber Dritten nicht besserzustellen.²⁷⁷

Bereits an einer gewinnbringenden Rechtsfolge scheitert es, den Rechtsgedanken der Empfangsbotenschaft zu übertragen. Denn hiernach gilt eine Erklärung erst dann als zugegangen, wenn der Erklärungsadressat unter gewöhnlichen Umständen die theoretische Möglichkeit der Kenntnisnahme hat.²⁷⁸ Die Rechtsfigur kann also begründen, dass dem Erwerber sein Besitz erkennbar ist, wenn sein Besitzdiener sich in seiner Sphäre bewegt, aber sie führt zu keiner Zurechnung der Kenntnis im Moment des Besitzerwerbs außerhalb seiner Sphäre. Erkennbar wird dem Erwerber der Besitzerwerb in diesen Fällen erst, sobald der Besitzdiener die Sache in dessen Sphäre bringt oder – nach dem Rechtsgedanken der Empfangsbotenschaft – bringen würde.²⁷⁹ In diesem Moment hat der Erwerber aber wie bei § 854 Abs. 2 BGB bereits von der Publizitätswirkung profitiert. Die Erkennbarkeit ist dem Publizitätsschutz insoweit

²⁷⁵ Ausführliche Auseinandersetzung etwa bei *Thole*, in: Staudinger BGB 2023, § 990 BGB, Rn. 55–75.

²⁷⁶ S.o. Kapitel 4 B.I.1.a).

²⁷⁷ *Schubert*, in: MünchKommBGB 2021, § 166 BGB, Rn. 61–64 m.w.N. Freilich findet ihr Gedanke hier Anwendung, um umgekehrt den Publizitätsbegünstigten nicht schlechter zu stellen.

²⁷⁸ BGH, Urteil v. 15.03.1989 – VIII ZR 303/87, NJW-RR 1989, 757, juris-Rn. 25; *Schubert*, in: MünchKommBGB 2021, § 164 BGB, Rn. 90.

²⁷⁹ Hier stellt sich abseits des Zurechnungszwecks wie schon bei § 166 Abs. 1 BGB analog die nächste Hürde, die Empfangsbotenschaft zu übertragen: Es mag bereits die Aufgabe des Besitzdieners sein, mit der Sache (einige Zeit) außerhalb der Sphäre des Herrn zu verfahren und daher ein typischer Zeitraum bis zur Einbringung in dessen Sphäre fehlen.

nachgelagert. Gewiss bleibt der gutgläubige Erwerb ganz ohne Erkennbarkeit des Erwerberbesitzes möglich, wenn der Besitzdiener die Sache unterschlägt, bevor sie unter die Augen des Besitzherrn geraten ist.

d) Bei der Übergabe zur tatsächlichen Gewalt des Besitzmittlers gemäß § 868 BGB ist die Erkennbarkeit des Veräußererbesitzes dem Erwerber analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen

Auch bei der Übergabe an den (künftigen) Besitzmittler des Erwerbers ist der unmittelbare Veräußererbesitz dem Besitzmittler erkennbar, sobald dieser die Sache vom Veräußerer selbst oder auf dessen Anweisung vom Besitzdiener erhält. Denn entsprechend § 166 Abs. 1 BGB ist dem Erwerber dieses Wissen zuzurechnen. Nicht und im Gegensatz zur tatsächlichen Gewalt durch den Besitzdiener auch nicht regelmäßig anschließend erkennbar ist dem Erwerber indes sein eigener Besitzerwerb: Dafür genügen nämlich die tatsächliche Gewalt des Besitzmittlers sowie das antizipierte Besitzkonstitut. Das Besitzkonstitut wird bloß vereinbart, und der Besitzmittler muss nicht beim Erwerb und auch nicht später derart in die Sphäre des Erwerbers eintreten, dass dieser den tatsächlichen Besitz des Mittlers und damit seinen mittelbaren Besitz wahrnehmen kann. Eine Wissenszurechnung kommt im Innenverhältnis nicht in Betracht.²⁸⁰ Will er seinen Besitz erkennen, muss er diesen eigens nachprüfen.

In der Folge kommt die bereits angesprochene Erkennbarkeit der Besitzverschaffungsmacht hier zum Tragen, wenn auf Seite des Veräußerers ein Besitzmittler übergibt:²⁸¹ Zwar kann der Erwerber dessen Besitzverschaffungsmacht nicht anhand seines Besitzes erkennen. Indessen ist das Wissen seines Besitzmittlers um den Besitz des Veräußererbesitzmittlers und dessen Übergabe dem Erwerber analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen. Wir hatten festgestellt, dass sich die Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers in der Übergabe oder Erklärung des dritten Besitzers äußert und im Erwerberbesitz mündet, sodass dieser zum Rechtsscheinträger wird.²⁸² Kann der Erwerber indes seinen Besitz nicht erkennen, weil er nur mittelbaren erwirbt, so zeigt sich die Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers gleichwohl in der Übergabe an den neuen Besitzmittler auf dessen Veranlassung hin. Damit ist in diesem Sonderfall die Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers mittels Übergabe analog § 166 Abs. 1 BGB auch dem Erwerber erkennbar.

²⁸⁰ S. soeben o. Kapitel 4 B.I.1.c) bei Fn. 277.

²⁸¹ S.o. Kapitel 4 B.I.1.a) a.E.

²⁸² S.o. Kapitel 3 A.I.1.b)aa).

e) Bei der Anweisung an den Inhaber der tatsächlichen Gewalt ist nur der Besitzwechsel mittels Besitzdiener erkennbar

Schließlich können die Parteien auch derart übergeben, dass derselbe Besitzdiener oder Besitzmittler die tatsächliche Gewalt fortan für den neuen Besitzer innehaben soll. Hier ist nur der Besitzwechsel mittels Besitzdiener erkennbar.

Steht auf beiden Seiten derselbe Besitzdiener, kommt eine Wissenszurechnung entsprechend § 166 Abs. 1 BGB für den Besitz des Veräußerers nicht in Frage, weil der Besitzdiener zunächst in dessen Lager steht. Jedoch sind Veräußerer- und eigener Besitz dem Erwerber selbst erkennbar, sobald der Besitzdiener die Sache in dessen Sphäre bringt. Davor dürfte sich kaum äußern, dass der Besitzdiener nun den Weisungen des Erwerbers folgt, wie auch im Rohstoffgenossenschaftsfall zu sehen war. Dort wurde der Mitarbeiter des Veräußerers zwar zum Besitzdiener für ein Pfandrecht bestellt, übte diese Rolle aber offenbar nie tatsächlich für den Erwerber aus, sondern verhielt sich in den Räumen des Veräußerers wie zuvor.²⁸³ Mit dem Sphärenwechsel fallen Besitzbegründung und Erkennbarkeit für den Erwerber zusammen.

Der zweite Fall desselben Besitzmittlers auf beiden Seiten ist schon von der gesetzlichen Konzeption her selten, weil § 931 BGB den leichteren Übereignungstatbestand bildet, wo nämlich die Abtretung des Herausgabeanspruchs zur Besitzübertragung nach § 870 BGB genügt. Auch im zweiten Fall kommt eine Wissenszurechnung nicht in Frage, weil der Besitzmittler zunächst im Lager des Veräußerers steht. Für die Übergabe des mittelbaren Besitzes ist nötig, dass der Veräußerer sein Besitzmittlungsverhältnis mit dem Besitzmittler beendet und dieser auf Anweisung des Veräußerers mit dem Erwerber ein neues begründet.²⁸⁴ Alles, was der Erwerber dabei wahrnehmen muss, ist die Zusage des Besitzmittlers, künftig für ihn zu besitzen. Ob der Besitzmittler die tatsächliche Gewalt innehat, muss er nicht sehen. Im Gegensatz zum Besitzdiener erfordert der Besitzwechsel des Besitzmittlers auch keinen Sphärenwechsel, der dem Erwerber wiederum sichtbar wird. Für die Erkennbarkeit fehlt also die Verknüpfung von Erklärung und sichtbarer tatsächlicher Gewalt, die dem Erwerber seinen Besitz offenbarte. Freilich kann er die tatsächliche Gewalt des Besitzmittlers nachprüfen; für den Erwerb notwendig ist das indes nicht.

²⁸³ S.o. Kapitel 4 A.I.3.a)aa)(1).

²⁸⁴ Oechsler, in: MünchKommBGB 2023, § 929 BGB, Rn. 67 m.w.N. zur Gegenansicht, die einen Gewahrsamswechsel für die Übergabe fordert und daher eine Übergabe mit demselben Besitzmittler nicht zulassen will. Für die hier interessierende Fragen spielt die genaue Einordnung keine Rolle, weil so schlicht ein anderer Tatbestand, etwa § 934 Var. 1 BGB analog, als Publizitätswirkung gerechtfertigt ist oder nicht.

f) Bei der Umwandlung der Besitzverhältnisse zwischen Besitzdiener und Besitzer ist unter anderem der Besitzwechsel vom Herrn zum Diener erkennbar

Veräußert der Besitzer die Sache an den Besitzdiener und übergibt sie ihm, indem der Besitzdiener fortan bloß für sich die tatsächliche Gewalt ausübt, so sind dem Erwerber der Veräußerer- wie auch der eigene Besitz erkennbar. Denn dem Erwerber war ursprünglich das Weisungsverhältnis zum Veräußerer bekannt; nun kann er über den eigenen Besitz bestimmen, indem er sich nicht mehr unterwirft.

War der Veräußerer ursprünglich Besitzer und hat die Gewalt über die Sache künftig als Besitzdiener für den Erwerber inne, so ist diesem zwar in aller Regel der Veräußererbesitz erkennbar, nicht aber unbedingt der Moment des eigenen Besitzerwerbs. Denn für die Begründung des Besitzdienerverhältnisses genügt es, dass der Veräußerer aufgrund des Verhältnisses handelt.²⁸⁵ Befand sich daher die Sache außerhalb eines Weisungsverhältnisses zwischen Veräußerer und Besitzer – etwa wenn der Geselle seine Bohrmaschine an den Meister veräußert und künftig im Betrieb verwendet –, so sind dem erwerbenden Besitzherrn der Veräußerer- und Erwerberbesitz in aller Regel erkennbar, sobald der Veräußerer die Sache in den Betrieb bringt und sich so zum Besitzdiener macht. Zwingend ist das allerdings nicht, weil der Erwerber nicht anwesend sein muss, um das Besitzdienerverhältnis zu begründen, mithin als Übergabe der Akt des Gesellen genügt, die Maschine zu Hause für die Verwendung im Betrieb bereitzulegen und sich so auch in Bezug auf diese Sache den Weisungen des Meisters zu unterwerfen. Nutzte der Geselle seine Sache zuvor schon im Betrieb und soll sie jetzt Teil des Inventars werden, so war dem Erwerber zwar der Veräußererbesitz in Form der tatsächlichen Gewalt in aller Regel erkennbar. Der Besitzwechsel wiederum geschieht auch hier ohne sein Zutun, und der genaue Zeitpunkt, zu dem der Geselle sich bezüglich der Sache den Weisungen unterwirft, ist dem Erwerber nicht notwendig erkennbar. Der Fall liegt ähnlich wie § 854 Abs. 2 BGB.

g) Beim Geheißerwerb ist der Besitz nur mit Geheißperson auf Veräußererseite erkennbar

Beim Geheißerwerb²⁸⁶ mit Geheißperson auf Veräußererseite ist dem Erwerber sein selbst erworbener Besitz erkennbar, sobald ihm die Sache von der Geheißperson geliefert wird. Der Besitz des Veräußerers kann ihm nicht erkennbar sein, weil dieser nie Besitz hatte. Befindet sich die Geheißperson hingegen auf

²⁸⁵ BGH, Urteil v. 27.11.1952 – IV ZR 178/52, BGHZ 8, 130, juris-Rn. 11, der BGH äußerte sich derart in Zusammenhang mit der Frage, ob für die Besitzdienerschaft der Wille des Besitzdieners erforderlich sei.

²⁸⁶ Zu den Konstellationen s.o. Kapitel 3 A.I.1.d).

Erwerberseite, muss der Erwerber weder den Veräußererbesitz noch den seiner Geheißperson erkennen können, damit die Übereignung wirksam ist. Denn er ist an der Lieferung auf keiner Seite beteiligt. Ein erkennbarer Erwerberbesitz kommt entsprechend auch nicht in Betracht, weil er nie Besitz erlangt. Schließlich ist das Wissen der Geheißperson des Erwerbers um den Veräußererbesitz nicht analog § 166 Abs. 1 BGB zurechenbar, weil die Geheißperson nicht im Lager des Erwerbers steht. Beim Geheißerwerb in einer Vier-Personen-Kette mit Geheißpersonen auf beiden Seiten sind ebenfalls weder Veräußerer- noch Erwerberbesitz erkennbar, weil es dort, wie gesehen,²⁸⁷ schon am Besitz überhaupt fehlt.

h) Zwischenergebnis: Im Wesentlichen rechtfertigt der erkennbare Besitz den gutgläubigen Erwerb mittels Übergabe, soweit kein Besitzmittler beteiligt ist

In der Gesamtschau zeigt sich, dass die Publizitätswirkung des gutgläubigen Erwerbs durch Übergabe weitgehend entweder durch erkennbaren Veräußerer- oder Erwerberbesitz gerechtfertigt ist: Der Besitz des Veräußerers ist dem Erwerber erkennbar, soweit jener sich nicht eines Besitzmittlers²⁸⁸ oder einer Geheißperson²⁸⁹ bedient und soweit nicht gemäß § 854 Abs. 2 BGB übergeben wird.²⁹⁰ Steht auf beiden Seiten derselbe Besitzmittler oder bedient der Erwerber sich einer Geheißperson, bleibt ihm jeder Besitz verborgen. Bei §§ 854 Abs. 2, 855 BGB sowie bei der Übergabe mittels Wandlung des Besitzers zum Besitzdiener²⁹¹ ist der Erwerberbesitz zwar erkennbar, häufig aber erst nach Eintritt des gutgläubigen Erwerbs, kommt insofern also zu spät, um die Publizitätswirkung zu rechtfertigen. Steht auf Seiten des Erwerbers ein Besitzmittler, ist jenem sein Besitz nie notwendig erkennbar, weil der Besitzmittler sich außerhalb seiner Sphäre befindet. Bedient der Erwerber sich aber eines Dieners oder Mittlers, ist dessen jeweilige Kenntnis vom Veräußererbesitz analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen, im Falle des mittelbaren Veräußererbesitzes mittels Übergabe die Kenntnis der Besitzverschaffungsmacht. Erhält der Erwerber die Sache zur eigenen tatsächlichen Gewalt,²⁹² ist ihm sein Besitz stets erkennbar.

²⁸⁷ S.o. Kapitel 3 A.I.1.d)cc).

²⁸⁸ S.o. Kapitel 4 B.I.1.a) a.E. und e).

²⁸⁹ S.o. Kapitel 4 B.I.1.g).

²⁹⁰ S.o. Kapitel 4 B.I.1.b).

²⁹¹ S.o. Kapitel 4 B.I.1.f).

²⁹² S.o. Kapitel 4 B.I.1.a), f) bei Wandlung des Besitzdieners zum Besitzer, g) bei Geheißperson auf Veräußererseite.

2. Der Besitz ist bei der Übereignung durch Einigung nach § 932 Abs. 1 S. 2 BGB im Wesentlichen erkennbar

Für die Übereignung nach § 932 Abs. 1 S. 2 BGB genügt, dass Veräußerer und Erwerber sich einigen, weil Letzterer die Sache bereits (in niedrigerer Stufe als der Veräußerer)²⁹³ besitzt. Solange der Erwerber sich keines Besitzmittlers bedient, kann er jedenfalls den eigenen Besitz stets erkennen; dasselbe gilt für den Veräußererbesitz oder jedenfalls dessen Besitzverschaffungsmacht, soweit der Veräußerer die Sache übergeben hat (lassen). Im Einzelnen:

Hat der Erwerber die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt gemäß § 854 Abs. 1 BGB, ist ihm der eigene Besitz stets bekannt. Den mittelbaren Besitz des Veräußerers kennt er ebenfalls, weil er selbst für diesen besitzt. Sollte der Veräußerer im Zeitpunkt der Übereignung bereits besitzlos sein, hängt die Erkennbarkeit des Veräußererbesitzes davon ab, ob der Veräußerer dem Erwerber die Sache zuvor übergeben hat (lassen) oder nicht – etwa ob die erste Übereignung wegen eines Einigungsmangels misslang oder dem Veräußerer die Sache zunächst abhanden kam und dann an den Erwerber gelangte.²⁹⁴ Im ersten Fall ist der Veräußererbesitz genauso erkennbar wie bei der Übergabe zur tatsächlichen Gewalt²⁹⁵, im zweiten Fall nicht.

Bedient der Erwerber sich eines Besitzdieners, wird er auch hier in aller Regel den eigenen Besitz kennen, weil der Besitzdiener sich seinen Weisungen unterworfen hat. Es fehlt das Problem wie beim Erwerb durch Übergabe, dass die Erkennbarkeit zu spät kommt.²⁹⁶ Denn der Erwerber hatte in aller Regel vor dem Erwerb bereits Gelegenheit, seinen durch den Besitzdiener gehaltenen Besitz wahrzunehmen. Hat der Veräußerer seine tatsächliche Gewalt dem Besitzdiener oder -mittler des Erwerbers übertragen, so wird dessen Wissen analog § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet; der Veräußererbesitz ist erkennbar. Wollte der Veräußerer zunächst Besitzer bleiben und hat die Sache direkt an den Besitzmittler des Erwerbers übergeben, so kann der Erwerber diesen mittelbaren Besitz zweiter Stufe genauso wenig erkennen wie seinen eigenen Besitz, weil er die tatsächliche Gewalt des Besitzmittlers nicht wahrnehmen muss.²⁹⁷ Erkennbar bleibt aber der vormalige Besitz des Veräußerers kraft Zurechnung des Besitzmittlerwissens analog § 166 Abs. 1 BGB.

²⁹³ Etwa besitzt der Veräußerer als mittelbarer Besitzer, der Erwerber als Besitzmittler. Ob der Veräußerer nur irgendeinen Besitz gehabt oder jedenfalls selbst dem Erwerber die Sache übergeben haben muss, ist umstritten, hier aber nicht zu entscheiden, weil für die Erkennbarkeit keine Rolle spielt, ob die Fälle letztlich unter § 932 Abs. 1 S. 2 BGB fallen oder nicht. S. zur Streitfrage etwa *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 932 BGB, Rn. 33; für die Gegenansicht *Klinck*, in: BeckOGK BGB 01.12.2023, § 932 BGB, Rn. 93.

²⁹⁴ Das zweite Beispiel entstammt *Goldmann/Lilienthal/Sternberg*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 1912, § 17 I 4 a) Fn. 8.

²⁹⁵ S.o. Kapitel 4 B.I.1.a).

²⁹⁶ Dazu s.o. Kapitel 4 B.I.1.c).

²⁹⁷ Vgl. im Einzelnen die Erwägungen o. Kapitel 4 B.I.1.d).

3. Der Besitz ist bei der Übereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 934 Var. 1 BGB nicht erkennbar

Die Erwerbswirkung des § 934 Var. 1 BGB ist nicht durch einen erkennbaren Besitz gerechtfertigt. Denn bei einer Übereignung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs sind dem Erwerber weder der eigene noch der Veräußererbesitz erkennbar. Der Veräußerer hat nur mittelbaren Besitz inne, den der Erwerber im Rahmen der Veräußerung nie zu erkennen braucht, weil er zum wirksamen Erwerb weder die tatsächliche Gewalt des Besitzmittlers noch dessen Besitzmittlungswillen prüfen muss. Zur Übertragung genügt vielmehr, dass der Veräußerer gemäß § 870 BGB seinen Herausgabeanspruch abtritt. Dabei handelt es sich um eine schlichte Vereinbarung gemäß § 398 S. 1 BGB. Erlangt der Erwerber so Eigentum, kann er seinen mittelbaren Besitz nicht erkennen, weil der mittelbare Besitzer weder in dessen Sphäre eintreten noch sich sonst irgendwie diesem gegenüber äußern muss – er muss nicht einmal seinen Besitzmittlungswillen ändern.²⁹⁸

4. Bei der Übereignung durch Besitzerwerb vom Dritten nach Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 934 Var. 2 BGB ist der unmittelbare Erwerberbesitz erkennbar

Bei der Übereignung nach § 934 Var. 2 BGB kann der Erwerber sein Vertrauen jedenfalls auf seinen unmittelbaren Besitz stützen. Der Veräußererbesitz fehlt. Macht der unmittelbare Besitzer den Erwerber nur zu seinem mittelbaren Besitzer, so genügt hierfür die bloße Erklärung; die unmittelbare Sachherrschaft seines neuen Besitzmittlers muss er nicht wahrnehmen. Sein Besitzerwerb ist ihm dann nicht erkennbar. Im Sonderfall, dass der unmittelbare Besitzer die Sache an den Besitzmittler des Erwerbers herausgibt, hilft wieder²⁹⁹ die in der Übergabe erkennbare Besitzverschaffungsmacht: Kann der Erwerber seinen Besitz nicht erkennen, weil er nur mittelbaren erwirbt, so zeigt sich die Besitzverschaffungsmacht des Veräußerers gleichwohl in der Übergabe an den neuen Besitzmittler auf dessen Veranlassung hin. Das Wissen seines Mittlers hierum ist dem Erwerber analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen.

5. Keine Besonderheiten bei Bestellung von Pfandrecht und Nießbrauch gemäß §§ 1207 f. und 1032 BGB sowie dem Anwartschaftsrecht

Die §§ 1207 f. BGB verweisen schlicht auf §§ 932, 934 BGB mit der Einschränkung, dass wegen § 1205 Abs. 2 BGB nur der Besitz des Bestellers als Rechtsscheinträger in Betracht kommt.³⁰⁰ Die vorstehenden Ausführungen in

²⁹⁸ Zum Umkehrschluss bezüglich der Änderung des Besitzmittlungswillens aus § 870 BGB vgl. etwa Schäfer, in: MünchKommBGB 2023, § 870 BGB, Rn. 10.

²⁹⁹ S. ausführlich bereits o. Kapitel 4 B.I.1.d).

³⁰⁰ S.o. Kapitel 3 A.I.1.h).

Bezug auf erkennbaren Veräußererbesitz gelten daher entsprechend.³⁰¹ Hinsichtlich des Nießbrauchs gelten sie uneingeschränkt auch einschließlich des Erwerberbesitzes.³⁰² Auch für Erst- und Zweiterwerb des Anwartschaftsrechts ergeben sich keine Besonderheiten.

6. Bei der Ersitzung gemäß § 937 Abs. 1 BGB ist der Besitz erkennbar, wenn er ursprünglich unmittelbar war

Das vorige Kapitel hatte noch festgestellt, dass der für den ursprünglichen Eigentümer unsichtbare Eigenbesitzwille unschädlich dafür ist, die Ersitzung als Publizitätswirkung einzustufen, weil der ursprüngliche Eigentümer bereits durch den Besitzverlust jeweils ausreichend die Gefahr des Eigentumsverlust nach Ablauf der Ersitzungsfrist erkennen kann. Der Sonderfall der Ersitzung im Anschluss an die mangels Übergabe fehlgeschlagene Übereignung nach § 933 BGB sollte daher kein Problem des Eigenbesitzwillens sein, sondern des unsichtbaren mittelbaren Besitzes.³⁰³ Nachdem der Abschnitt A. dieses Kapitels festgestellt hat, dass der Besitz kein dritthöfentlicher Zustand ist, fragt der hiesige Abschnitt B., ob immerhin der Publizitätsbegünstigte den Rechtscheinträger erkennen kann, um so die Publizitätswirkungen zu rechtfertigen. Der Abschnitt begründet das damit, dass das Gesetz sich überhaupt nur auf das Vertrauen des Begünstigten bezieht.³⁰⁴ Die vorher noch diskutierte Erkennbarkeit des Besitzes für den wahren Eigentümer interessiert angesichts dieses veränderten Maßstabs daher nicht mehr.

Dem Ersitzenden ist sein Besitz erkennbar aufgrund eigener Gewalt sowie aufgrund der des Besitzdieners, der sich in seiner Sphäre bewegt.³⁰⁵ Bezüglich des mittelbaren Besitzes ist zunächst zwischen dem Besitzerwerb und dem Besitz während der Ersitzungsfrist zu unterscheiden. Beim Besitzerwerb kommt es darauf an, ob der Ersitzende zuerst unmittelbaren Besitz erworben und die Sache dann weitergegeben hat oder ob sein Besitz von Anfang an gemittelt ist. Im ersten Fall ist der ursprüngliche Besitzerwerb kraft tatsächlicher Gewalt dem Ersitzenden erkennbar genauso wie die Umwandlung in mittelbaren Besitz, weil er sieht oder ihm analog § 166 Abs. 1 BGB das Wissen seines Gehilfen darum zugerechnet wird, wie die tatsächliche Sachherrschaft auf den Besitzmittler übergeht. Im zweiten Fall genügt für den Besitzerwerb eine Vereinbarung mit dem Besitzmittler; dessen tatsächliche Gewalt muss er nicht sehen. Im eingangs erwähnten Fall der Ersitzung nach fehlgeschlagener Übereig-

³⁰¹ S.o. Kapitel 4 B.I.1–3.

³⁰² Also einschließlich Kapitel 4 B.I.4.

³⁰³ S.o. Kapitel 3 A.II.1.b).

³⁰⁴ S.o. Kapitel 4 B und zum Schutzbereich schon Kapitel 2 D.III.

³⁰⁵ Soweit der Besitzdiener sich zwischenzeitlich außerhalb der Sphäre des Ersitzenden bewegt, gilt die sogleich folgende Argumentation anhand von § 940 Abs. 2 BGB entsprechend.

nung gemäß § 933 BGB fehlt daher ein erkennbarer Besitz. Freilich wird es ausreichend Fälle geben, in denen der Ersitzende die tatsächliche Gewalt seines Besitzmittlers zwischen Besitz- und Eigentumserwerb wahrnimmt; er kann sich aber nicht sicher sein, wann die Ersitzungsfrist zu seinen Gunsten abgelaufen ist, weil er nicht weiß, ob der Besitzmittler zum Zeitpunkt des Besitzkonstituts bereits Besitzer war. Was die Erkennbarkeit während der Ersitzungsfrist angeht, so spricht § 940 Abs. 2 BGB dagegen, dass der Besitz ständig erkennbar sein muss, weil es sogar bei tatsächlichem Besitzverlust genügt, die Sache binnen Jahresfrist zurückzuerlangen, um die bislang vergangene Ersitzungszeit nicht zu verlieren. Darüber hinaus sollte der Gedanke der allgemeinen Rechtsfortdauervermutung³⁰⁶ auch als Rechtfertigungsstütze für die Erkennbarkeit eingreifen: Konnte der Ersitzende seinen Besitz irgendwann erkennen, kann er sich für die Zukunft solange auf das Erkannte verlassen, bis er gegenteilige Anhaltspunkte wahrnimmt. Gleichwohl ist in diesem Fall die Publizitätswirkung der Ersitzung schlechter gerechtfertigt, als wenn der Ersitzende die Sache dauerhaft in seiner tatsächlichen Gewalt gehalten hat. Für den von Anfang an nur mittelbar besitzenden Ersitzer bedeutet die Rechtsfortdauervermutung aber immerhin dieses: Er kann darauf vertrauen, dass die Ersitzungsfrist jedenfalls beginnt, sobald er nachsieht und den Mittlerbesitz wahrnimmt. Außer Frage steht, dass der Ersitzer sich rückblickend auf den Moment verlassen wird, zu dem sein Mittler nach seiner Einschätzung die tatsächliche Gewalt erhalten hat; hier fehlt indes die Erkennbarkeit, weil der Besitzbeginn des Mittlers aus Sicht des Ersitzers nur an Behauptungen der Beteiligten knüpfen kann.

Im Sonderfall, dass die Sache an den Besitzmittler des Ersitzers übergeben wird, ohne dass dieser bereits nach §§ 932 Abs. 1 oder 934 Var. 2 BGB erwirbt, sollte die Kenntnis des Besitzmittlers von der Übergabe auch dem Ersitzer entsprechend § 166 Abs. 1 BGB zugerechnet werden. In diesem Fall muss folglich der Ersitzer so gestellt werden, als hätte er von Anfang an seinen mittelbaren Besitz gekannt.

7. Bei der Verarbeitung gemäß § 950 Abs. 1 BGB erkennt der mittelbare Besitzer nicht den Zeitpunkt seines Erwerbs

Das vorige Kapitel hat vorgeschlagen, den Eigenbesitzer als Verarbeiter zu fassen.³⁰⁷ Diese Publizitätswirkung ist durch den Besitz gerechtfertigt, jedenfalls soweit der Verarbeiter nicht mittelbarer Besitzer ist. Hat der Verarbeiter die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt, kann er den Moment des Eigentumswechsel ohne weiteres wahrnehmen, weil er persönlich sie verarbeitet. Handelt ein Besizdiener die Sache, so bewegt er sich in der Sphäre des Verarbeiters und auf dessen Weisung hin; damit kennt der Verarbeiter in aller Regel den Zeitpunkt der Verarbeitung sowie seinen Besitz in diesem Moment.

³⁰⁶ S. dazu o. Kapitel 3 D.I.4.

³⁰⁷ So. Kapitel 3 A.III.1.d)cc)(2).

Ist der Verarbeiter allerdings nur mittelbarer Besitzer, rechtfertigt die Kenntnis seines Besitzes seinen Eigentumserwerb erheblich schlechter, weil er, wenn immerhin früher einmal, so nicht im Moment der Verarbeitung seinen Besitz sieht. Zunächst kommt es für die Erkennbarkeit darauf an, wie der mittelbar besitzende Verarbeiter seine Besitzposition erlangt hat. War er Eigentumsvorbehaltsverkäufer und hat die Sache an den Besitzmittler übergeben, kennt er seinen mittelbaren Besitz. Im Falle der Übergabe durch seinen Besitzdiener ist ihm dessen Wissen um die Besitzbegründung des Besitzmittlers analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen. Nicht erkennen kann der so geschaffene mittelbare Besitzer jedoch den Zeitpunkt der Verarbeitung und damit seines Eigentumserwerbs. Es genügt hier nicht, wie schon bei der Ersitzung allein auf den Gedanken der Rechtsfortdauervermutung zurückzugreifen und es für die Erkennbarkeit ausreichen zu lassen, dass der Publizitätsbegünstigte einmal seinen Besitz erkannt hat, solange ihm Anhaltspunkte für dessen Verlust fehlen. Denn der Erwerb nach § 950 Abs. 1 BGB hängt nicht von einer Frist ab, sondern der Verarbeitung eines anderen. Verarbeiten kann der andere indes irgendwann, sodass der Begünstigte vom Besitz allein noch nicht auf sein Eigentum an der neuen Sache schließen kann. Erst sobald er die neue Sache sieht und auch erkennt, dass sie aus der von ihm besessenen gefertigt worden ist, weiß er, dass die Publizitätswirkung zu seinen Gunsten eingetreten ist. Dieses Wissen kommt dann aber zu spät.

Hat der Verarbeiter seinen mittelbaren Besitz nur als Sicherungseigentümer vom Belieferten erworben, ist die Publizitätswirkung nicht einmal schlecht durch erkennbaren Besitz gerechtfertigt, falls der Sicherungseigentümer nicht im Einzelfall nachgesehen hat. Denn hier ist es entbehrlich, dass er die tatsächliche Gewalt seines Besitzmittlers und damit seinen Besitz erkennt.

8. Beim Erwerb durch Trennung gemäß §§ 955, 957 Var. 1 BGB erkennt der mittelbare Besitzer nicht den Zeitpunkt seines Erwerbs; der Erwerb durch Besitzergreifung gemäß § 957 Var. 2 BGB ist erkennbar wie bei §§ 932 Abs. 1 S. 1, 932a, 933 BGB oder § 934 Var. 2 BGB

Der Erwerb nach § 955 BGB setzt sich zusammen aus den äußeren Merkmalen des Besitzes an der Muttersache und der Trennung ihrer Frucht.³⁰⁸ Bezüglich der Erkennbarkeit des Besitzes ist die Vorschrift mit der Ersitzung vergleichbar:³⁰⁹ Es genügt, wenn der Wille zum Eigenbesitz (§ 955 Abs. 1 BGB) oder zum Besitz zwecks Ausübung eines Nutzungsrechts an der Sache (Abs. 2) dem Begünstigten sichtbar ist. Dritte müssen ihn nicht erkennen. Der Besitz aufgrund eigener Gewalt sowie aufgrund der des Besitzdieners, der sich in seiner Sphäre bewegt, ist dem Fruchterwerber erkennbar. Beim mittelbaren Besitz kommt es auf die Erwerbsreihenfolge an; nicht erkennbar ist ihm von Anfang

³⁰⁸ S.o. Kapitel 3 A.IV.1.a).

³⁰⁹ S.o. Kapitel 4 B.I.6.

an bestehender mittelbarer Besitz; hat er seinen unmittelbaren Besitz an einen Besitzmittler übergeben, kann er auf die Fortsetzung seines Besitzes vertrauen. Trennt der Begünstigte die Frucht selbst ab, ist ihm das freilich erkennbar. Schreitet ein Besitzdiener ans Werk, ist dem Besitzer die Trennung mitunter genauso erst nach Eintritt der Publizitätswirkung erkennbar wie der Erwerberbesitz beim gutgläubigen Erwerb mittels Übergabe an den Besitzdiener.³¹⁰ Trennt der Besitzmittler die Frucht ab, so wird das für den Begünstigten meistens unsichtbar sein, und auch das Wissen des Besitzmittlers ist nicht analog § 166 Abs. 1 BGB zurechenbar, weil dieses Wissen das Innenverhältnis betrifft.³¹¹ Hier stellt sich also dasselbe Problem wie bei der Verarbeitung³¹², dass nämlich der Begünstigte den Zeitpunkt des Erwerbs nicht sehen und nur schwer abschätzen kann. Erst nach Trennung, sobald er nachsieht, erkennt er seinen Erwerb.

Hinzu kommt der Fall, dass ein Dritter die Frucht abtrennt, wodurch der Begünstigte ebenfalls erwirbt. Die Trennung selbst ist für ihn allein zufällig erkennbar; eine Wissenszurechnung kommt keinesfalls in Betracht. Hier ist die Publizitätswirkung aber nicht unbedingt schlechter gerechtfertigt als bei der Trennung durch den Besitzdiener oder -mittler. Denn der Begünstigte kann seinen Eigentumserwerb daran erkennen, dass der Muttersache die Frucht fehlt; entscheidend ist also, ob sich die Muttersache in seiner Sphäre befindet oder nicht. Sollte die getrennte Frucht unter allen Früchten unbedeutend sein wie etwa die gepflückte Kirsche, so steht die Erkennbarkeit der Trennung der durch Besitzdiener oder -mittler nicht nach. Die einzelne Kirsche in den Händen seines Gehilfen zu sehen, dürfte dem Begünstigten kaum leichter fallen, als ihr Fehlen am Baum zu bemerken.

§ 957 Var. 1 BGB unterscheidet sich von § 955 Abs. 1 BGB nur hinsichtlich der Aneignungsgestattung, die an Stelle des Eigenbesitzwillens tritt. Dort gilt daher das Vorstehende entsprechend. § 957 Var. 2 BGB ist, wie gesehen,³¹³ eine Sonderform des gutgläubigen Erwerbs. Die Vorschrift fordert als Rechtscheinträger zwar nicht, dass der Gestattende Besitzer sei;³¹⁴ ist er es allerdings, kann der Fruchterwerber sein Vertrauen auch hierauf stützen. In diesem Fall rechtfertigt sich die Publizitätswirkung durch erkennbaren Besitz parallel zu den Erwägungen in §§ 932 Abs. 1 S. 1, 932a, 933.³¹⁵ Die Trennung ist für den Fruchterwerber dabei genauso gut oder schlecht erkennbar wie die Übergabe. Fehlt dem Gestattenden der Besitz an der Muttersache, verläuft die Rechtfertigung parallel zu § 934 Var. 2 BGB.³¹⁶

³¹⁰ Vgl. o. Kapitel 4 B.I.1.h).

³¹¹ Dazu s.o. Kapitel 4 B.I.1.d).

³¹² S.o. Kapitel 4 B.I.7.

³¹³ S.o. Kapitel 3 A.IV.1.c).

³¹⁴ S. dazu ausführlich o. Kapitel 3 A.IV.1.c).

³¹⁵ S.o. Kapitel 4 B.I.1.a), c) und d).

³¹⁶ S.o. Kapitel 4 B.I.4.

9. Zusammenschau: Solange der Erwerber nicht mittelbaren Besitz erhält oder wenigstens die tatsächliche Gewalt an der Sache wechselt, ist ihm der Besitz erkennbar

Nach allem erweist sich der mittelbare Besitz des Erwerbers als systematisches Hindernis dafür, die Erwerbswirkungen mittels erkennbarem Erwerberbesitz dogmatisch zu rechtfertigen, weil der Erwerber den Besitz seines Mittlers nicht notwendig erkennen muss.³¹⁷ Gebraucht der Erwerber einen Besitzdiener, so kann die Rechtfertigung durch erkennbaren Erwerberbesitz zu spät kommen, weil der Begünstigte seinen Erwerb mitunter erst erkennt, nachdem er geschehen ist.³¹⁸ Mangelt es derart an einem erkennbaren Erwerberbesitz, können der erkennbare Veräußererbesitz und selten wenigstens die erkennbare Besitzverschaffungsmacht die Erwerbswirkungen noch rechtfertigen; nötig dafür ist allerdings immer, dass die tatsächliche Gewalt wechselt, wodurch immerhin das Wissen des Erwerbergehilfen um den Besitz des Veräußerers oder dessen Besitzverschaffungsmacht analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen ist.³¹⁹

Damit ergibt sich für die einzelnen Tatbestände folgendes Bild: Die Wirkungen nach §§ 932 Abs. 1 S. 1, 2, 932a Hs. 1, 933, 934 Var. 2, 957 Var. 2 BGB sind als Publizitätswirkungen durch für den Begünstigten erkennbaren Besitz oder erkennbare Besitzverschaffungsmacht gerechtfertigt, soweit nicht auf Seiten beider Parteien derselbe Besitzmittler handelt.³²⁰ Der Erwerb nach § 934 Var. 1 BGB ist nicht derart gerechtfertigt, weil auf beiden Seiten derselbe Besitzmittler steht.³²¹ Die Ersitzung gemäß § 937 Abs. 1 BGB ist gerechtfertigt, solange der Erwerber nicht von Anfang an nur mittelbaren Besitz erwirbt; wird der Erwerber erst später mittelbarer Besitzer, so schwächt die Rechtfertigung, dass sie der Rechtsfortdauervermutung bedarf, weil diese nur den einmal gekannten Zustand für die Zukunft fingiert.³²² Die §§ 950, 955, 957 Var. 1 BGB sind bestenfalls schlecht gerechtfertigt, sobald ein Besitzmittler die Sache hat: Um den eigenen Besitz zu erkennen, hilft es dem Begünstigten bei diesen Tatbeständen zwar, zunächst selbst unmittelbaren Besitz zu erwerben und anschließend mittelbarer Besitzer zu werden. Unsichtbar ist ihm allerdings, wann die Publizitätswirkung eintritt, weil er nicht sehen kann, wann die Sache verarbeitet oder die Frucht getrennt wird. Auch ist der Eintritt der Publizitätswirkung bei der Verarbeitung schwerer zu erkennen als beim Fruchtserwerb, weil im ersten Fall das Material unter Umständen schwer wiederzuerkennen ist, im zweiten Fall aber sowohl Muttersache als auch Frucht die Trennung bezeugen. Gleichwohl fehlt die dogmatische Rechtfertigung bei diesen

³¹⁷ S.o. Kapitel 4 B.I.1.d).

³¹⁸ S.o. Kapitel 4 B.I.1.c).

³¹⁹ S.o. Kapitel 4 B.I.1.d).

³²⁰ S.o. Kapitel 4 B.I.1., 2., 4. und 8.

³²¹ S.o. Kapitel 4 B.I.3.

³²² S.o. Kapitel 4 B.I.6.

Tatbeständen nicht völlig. Denn der mittelbare Besitzer kann immerhin damit rechnen, dass die jeweilige Publizitätswirkung irgendwann zu seinen Gunsten eintritt.³²³

Zwar fehlt jede dogmatische Rechtfertigung der Erwerbswirkungen, wo dem Begünstigten kein entscheidendes äußeres Merkmal notwendig vor, beim oder wenigstens kurz nach dem Erwerb erkennbar ist. Damit ist aber nicht gesagt, dass die Erwerbswirkungen in diesen Fällen nie zu rechtfertigen wären. Denn es bleibt dem Begünstigten immer möglich, beim Besitzmittler nachzusehen und sich von dessen tatsächlicher Gewalt zu überzeugen. Ab dann ist sein konkretes Vertrauen jeweils auch gerechtfertigt, weil es sich auf ein für den Begünstigten sichtbares, äußeres Merkmal stützt. Gewährt man ihm in diesem Fall die Rechtsfortdauervermutung für seinen mittelbaren Besitz, so ist damit sein Erwerb in den Fällen der §§ 937, 950, 955, 957 Var. 1 BGB so gut gerechtfertigt wie beim Begünstigten der §§ 950, 955, 957 Var. 1 BGB, der die Sache selbst an den Besitzmittler weitergegeben hat, weil auch der von Anfang an mittelbar Besizende weiß, dass er irgendwann erwerben kann, nicht aber wann genau.³²⁴ Steht bei den §§ 932 Abs. 1 S. 1, 2, 932a Hs. 1, 933, 934 Var. 2, 957 Var. 2 BGB derselbe Besitzmittler auf beiden Seiten, so ist der Erwerb ab Kenntnis dessen tatsächlicher Gewalt zu rechtfertigen, weil der Erwerber mit ihm ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbaren muss; freilich kann diese Kenntnis auch erst nach dem Erwerb liegen. Bei § 934 Var. 1 BGB steht der Erwerber nicht besser, sobald er den Besitz des Besitzmittlers sieht. Denn er kennt dadurch noch nicht dessen Besitzkonstitut mit dem Veräußerer, und es hilft ihm auch nicht, um den Besitzmittlungswillen des Mittlers zu seinen Gunsten zu erkennen; er muss sich noch von diesem den Mittlungswillen bestätigen lassen, damit der Besitz erkennbar wird.

Es erscheint plausibel, dass bestehende Prüfungsmöglichkeiten in der Regel auch genutzt werden. Hieraus jedoch qua Typisierung allgemein erkennbaren Besitz abzuleiten, machte Erkennbarkeit in den Fällen, wo nicht das Gesetz sie beim Erwerb ergibt, zur Fiktion.

II. Erkennbarer Besitz im Rahmen der Erfüllungs- und Verfügungswirkungen

1. Der Besitz ist bei der Leistung an den Besitzer gemäß und analog § 851 BGB nicht erkennbar

Um gemäß § 851 BGB von der Schadensersatzpflicht befreit zu sein, muss der Ersatzpflichtige an denjenigen leisten, der zur Zeit der Schädigung oder Entziehung im Besitz der Sache war. Nimmt man diesen Zeitpunkt als entschei-

³²³ S.o. Kapitel 4 B.I.7. und 8.

³²⁴ Bei der Ersitzung liegt der Erwerbszeitpunkt freilich zehn Jahre nach irgendeinem Moment zwischen Besitzkonstitut und Nachprüfung.

dend hin,³²⁵ so kann sich diese Publizitätswirkung nicht auf den erkennbaren Besitz stützen, weil der Begünstigte nicht notwendig sehen kann, ob derjenige, an den er erfüllt, im Zeitpunkt der Schädigung Besitzer und nicht bloß Besitzdiener war.³²⁶ Im Gegensatz zu den Erwerbswirkungen kann der Besitzdiener sich auch nicht publizitätswirksam zum Besitzer aufschwingen, indem er Schadensersatz geltend macht, weil der Besitzwechsel für § 851 BGB zu spät kommt. Anders als bei den Erwerbswirkungen ist es also bei der Erfüllung nach § 851 BGB nicht der Besitzmittler, sondern der Besitzdiener, dessentwegen der Begünstigte das Publizitätsmerkmal des Besitzes nicht erkennen kann. Der Rechtfertigungsmangel des nicht erkennbaren Besitzes wiegt allerdings wesentlich schwerer, weil der Begünstigte nicht vorhersehen kann, ob ihn ein Rechtfertigungsmangel erwartet. Während er etwa bei der Übereignung nach § 934 Var. 1 BGB weiß, dass weder der Veräußerer- noch sein Besitz ihm erkennbar sind und er daher entweder nachsehen oder eine andere Erwerbsform wählen kann, steht der Begünstigte im Rahmen des § 851 BGB einem Schein gegenüber, dem er bereits unabhängig von allen anderen Merkmalen wie dem Abhandenkommen der Sache³²⁷ nicht vertrauen kann. Denn er kann hier nur erkennen, dass jemand die Sache hat, nicht sicher aber in welcher besitzrechtlichen Beziehung derjenige dazu steht. Freilich bleibt der so bestehende Schein Ausgangspunkt für Nachforschungen, die Erfolg haben können; hierdurch wird der Besitz aber noch nicht erkennbar, sondern nur – vielleicht – erforschbar.

Zwar würde *Witts* Ausdehnung des § 851 BGB auf den sich zum Besitzer aufschwingenden Besitzdiener die Erfüllungswirkung mittels erkennbaren Besitzes rechtfertigen.³²⁸ Seine Darlegung liefert indes keine ausreichenden Gründe dafür zu übergehen, dass der Wortlaut in § 851 BGB sich auf die „Zeit der Entziehung oder der Beschädigung“ bezieht. Den entscheidenden Zeitpunkt für den erkennbaren Besitz nämlich auf die Geltendmachung des Schadensersatzes zu verlagern, würde bedeuten, dem Begünstigten die Wirkung des § 851 BGB gegenüber demjenigen zu nehmen, der bei Schädigung die Sache noch besaß, sie später aber veräußerte. Der Schädiger schuldet aber dem zur Zeit der Schädigung Berechtigten Schadensersatz. Sollte er bei der Schädigung tatsächlich keinen Besitz wahrgenommen haben, wie *Witt* meint, hat er keinen

³²⁵ Zu den Einwänden von *Witt* s. sogleich.

³²⁶ Schwierigkeiten zur Abgrenzung zum Nichtbesitzer wegen einer Sphärenkollision liegen fern.

³²⁷ Dazu s.o. Kapitel 3 B.II.1.b).

³²⁸ S. *Witt*, AcP 201 (2001), 165, 196–199; ihm ohne Begründung folgend *Wagner*, in: MünchKommBGB 2020, § 851 BGB, Rn. 3. An der Rechtsfolge ändert sich nach hier vertretener Ansicht indes nichts, weil die Sache abhandenkommt, sobald der Besitzdiener sich aufschwingt. Über die Dogmatik hinaus wirken sich die folgenden Erörterungen daher nur aus, wenn man § 935 BGB nicht auf § 851 BGB anwendet. S. dazu bereits o. Kapitel 3 B.II.1.b) bei und nach Fn. 500.

Grund, sich auf den Besitz bei Geltendmachung des Ersatzanspruchs zu verlassen.

2. Der Verpfänderbesitz ist nicht beim Verkauf des Pfandes gemäß § 1248 BGB, aber der unmittelbare Verpfänderbesitz ist bei Pfandbestellung erkennbar

Wie gesehen, ist allein der Besitz des Verpfänders bei Pfandbestellung tauglicher Rechtsscheinträger für die Erfüllungs- und Forderungswirkung des § 1248 BGB, erstens weil jeder spätere Besitz durch das Konstitut mit dem Pfandgläubiger entsteht und sich dieser insoweit nicht auf das Eigentum des Verpfänders verlassen kann,³²⁹ zweitens da wegen § 1205 Abs. 2 BGB bereits für die Pfandbestellung nur der Besitz des Verpfänders genügt und nicht auch die Besitzverschaffungsmacht.³³⁰ Weil der Pfandgläubiger aber das Innenverhältnis zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer nicht erkennen kann,³³¹ bleibt nur der unmittelbare Besitz des Verpfänders als erkennbar übrig. Da dieser Besitz indes unter Umständen lange vor dem Verkauf des Pfands besteht, muss dem Pfandgläubiger auch hier wie bei der Ersitzung³³² die Rechtsfortdauervermutung zugutekommen, sodass er sich weiterhin auf den Besitz des Verpfänders verlassen darf, soweit er nichts Gegenteiliges wahrnimmt.

3. Im Rahmen des § 1058 BGB ist der Besitz oder die Besitzverschaffungsmacht des Bestellers bei Nießbrauchbestellung erkennbar

Nahezu dasselbe wie bei § 1248 BGB gilt im Rahmen des § 1058 BGB³³³: Mag der Besteller auch sein Eigentum behaupten, indem er eine Leistung des Nießbrauchers entgegennimmt, so fehlt ihm hierfür nach der Bestellung die Rechts-scheingrundlage, weil der Nießbraucher ihm den Besitz mittelt. Da es § 1032 BGB indes an einer Parallelregelung zu § 1205 Abs. 2 BGB fehlt, die den mittelbaren Besitz des Verpfänders verlangt, kann der Nießbraucher sein Vertrauen auch auf die Besitzverschaffungsmacht des Bestellers stützen. Im Übrigen verweist § 1032 BGB ohne Einschränkung auf die §§ 932, 933 f. BGB; daher gelten die dortigen Ausführungen zur Erkennbarkeit des Veräußererbesitzes entsprechend:³³⁴ Der Bestellerbesitz ist im Wesentlichen erkennbar, solange nicht auf beiden Seiten derselbe Besitzmittler auftritt.

³²⁹ S.o. Kapitel 3 B.II.3.a).

³³⁰ S.o. Kapitel 3 A.I.1.h).

³³¹ S.o. Kapitel 4 B.I.1.a).

³³² S.o. Kapitel 4 B.I.6.

³³³ Zur Vorschrift als Publizitätswirkung s.o. Kapitel 3 B.II.4.

³³⁴ S.o. Kapitel 4 B.I.1.–4.

4. Zusammenfassung: Keine gemeinsame Rechtfertigungsgrundlage für die Erfüllungs- und Verfügungswirkungen

Die Tatbestände der §§ 851, 1248, 1058 BGB eint, dass der Besitz auf Seiten des Begünstigten für die Publizitätswirkungen keine Rolle spielt und daher nicht als Anknüpfungspunkt taugt. Darüber hinaus fehlt ihnen eine gemeinsame Grundlage in Sachen Erkennbarkeit. Denn bei § 851 BGB besteht kein erkennbarer Besitz, der die Leistung an den Besitzer rechtfertigt, weil der Schuldner im Moment, da der Anspruch entsteht, den Besitzer nicht vom Besitzdiener unterscheiden kann. Die Wirkungen der §§ 1248, 1058 BGB hingegen sind durch den unmittelbaren Bestellerbesitz bei Rechtsbegründung in Verbindung mit der Rechtsfortdauervermutung gerechtfertigt, § 1058 BGB zusätzlich durch die mittels Übergabe erkennbare Besitzverschaffungsmacht des Bestellers. Wegen § 1205 Abs. 2 BGB genügt diese indes nicht zur Pfandbestellung und kann daher auch keine taugliche Rechtsscheingrundlage bilden.

III. Erkennbarer Besitz im Rahmen der Vermutungswirkungen im Prozess und außerhalb dessen

Die Vermutungswirkungen zu untersuchen, rückt die prozessuale Ebene ins Licht. Bei ihr steht der erkennbare Besitz als Rechtfertigung nicht mehr im Mittelpunkt. Im Prozess lautet die Frage der Vermutungswirkungen nämlich nicht, ob der Begünstigte berechtigterweise auf einen Rechtsvorteil vertrauen darf, weil er irgendwo Besitz erkennen kann, sondern ob er sich vorläufig auf einen solchen Vorteil berufen darf, weil er den Besitz oder dessen Erwerb zum entscheidenden Zeitpunkt³³⁵ beweisen kann. Gewicht hat nur, was unbestritten bleibt oder bewiesen wird. Der erkennbare Besitz beschränkt sich also im Prozess darauf, dem Begünstigten einen Anhaltspunkt zu geben, um abzuschätzen, wie seine Beweischancen stehen. Seine Überlegungen, sich auf die Publizitätswirkung zu berufen, werden sich indes auf die Frage konzentrieren, über welche Beweismittel er verfügt. Zwar wird ihm der beweisbare Besitz in aller Regel auch erkennbar sein; ein ihm erkennbarer Besitz mag aber beim Beweis Schwierigkeiten bereiten, etwa weil ihm als Mittel bloß die Parteivernehmung bzw. -anhörung bleibt.³³⁶

Diese Erwägungen gelten genauso für die übrigen Publizitätswirkungen. Sie geraten bei den Vermutungswirkungen nur deshalb stärker in den Blick, weil diese vorwiegend auf den Prozess ausgerichtet sind. Hat der Begünstigte etwa seinen gutgläubigen Erwerb gemäß § 932 Abs. 1 S. 1 BGB zu beweisen, muss er Einigung und Besitzerwerb darlegen.³³⁷ Ob der gutgläubige Erwerb dogma-

³³⁵ Zum entscheidenden Zeitpunkt bezüglich § 1006 Abs. 1 BGB s.o. Kapitel 3 D.I.1.b).

³³⁶ Zu den Problemen mit diesem Beweismittel s. etwa Dutta, in: FS Coester-Waltjen 2015, 1083, 1084–1087.

³³⁷ Oechsler, in: MünchKommBGB 2023, § 932 BGB, Rn. 71.

tisch durch erkennbaren Besitz gerechtfertigt war oder nicht, spielt hingegen keine Rolle mehr.

Sobald die prozessuale Ebene in den Mittelpunkt rückt, bleibt somit für die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen allein die Parallelität von Besitz und behauptetem Rechtsvorteil, insbesondere dem Sachenrecht: Je eher mit dem bewiesenen Tatbestand der Rechtsvorteil verknüpft ist, desto besser ist die jeweilige Publizitätswirkung begründet.³³⁸ Der Rechtfertigung durch Erkennbarkeit bedürfen die Publizitätswirkungen dann nicht mehr, weil sie nicht auf das gründen, was der Begünstigte sehen, sondern nur, was er beweisen kann.

Soweit die Vermutungen aber auch außerprozessual wirken und der Begünstigte sich auf einen vorläufigen Rechtsvorteil anhand ihm erkennbaren Besitzes verlassen will, rechtfertigen sich die §§ 1006, 1253 Abs. 2, 938 BGB wie folgt:

1. Die Erkennbarkeit verläuft bei § 1006 BGB parallel zu den zugrundeliegenden Erwerbswirkungen

Nach herrschender Auslegung enthält die Vermutung des § 1006 BGB nur, dass der Besitzer beim Besitzerwerb Eigenbesitz begründet hat und hierdurch unbedingter Eigentümer geworden ist.³³⁹ Nach oben angedeuteter alternativer Auslegung kann der Begünstigte seine Erwerbsbehauptung auch auf einen anderen Zeitpunkt beziehen.³⁴⁰ Für die Rechtfertigung des § 1006 BGB durch für den Erwerber erkennbaren Besitz ist der Unterschied freilich unerheblich: Sich auf die Vermutung zu berufen, ist immer dann gerechtfertigt, wenn der Begünstigte seinen Besitz beim Erwerb erkennen konnte; manche Fälle sind nach herrschender Auslegung bloß nur nicht von § 1006 BGB erfasst. Daher gelten die obigen Erwägungen zur Erkennbarkeit des Erwerberbesitzes entsprechend.³⁴¹ Zwei Ergänzungen sind allerdings nötig: Erstens kommt die Rechtfertigung für die Vermutungs-, anders als für die Erwerbswirkungen, nicht zu spät, wenn der eigene Besitz dem Begünstigten erst nach dem Erwerb erkennbar ist wie etwa bei §§ 854 Abs. 2, 855 BGB. Stattdessen beginnt die Rechtfertigung schlicht später: Sobald der Begünstigte seinen Besitz nach dem Erwerb wahrnimmt, kann er sich auf die Vermutung des § 1006 BGB verlassen. Zweitens gelten die obigen Erwägungen zur Übergabe an den Besitzmittler des Ersitzers³⁴² auch hier: Erhält der Mittler die Sache übergeben, sollte der mittelbare Besitzer so gestellt werden, als hätte er seinen Besitz gekannt, weil das Wissen um die Übergabe ihm entsprechend § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen ist.

³³⁸ Dazu s.u. Kapitel 4 D. Dabei ist die untenstehende Analyse (zwangsläufig – s. dessen Abschnitt I) unvollständig; so analysiert sie etwa nicht die Parallelität zwischen Rückführung und tatsächlicher Rückgabe in § 1253 BGB.

³³⁹ S.o. Kapitel 3 D.I.1.b).

³⁴⁰ S.o. Kapitel 3 D.I.1.b)cc) und dd).

³⁴¹ S.o. Kapitel 4 B.I.

³⁴² S.o. Kapitel 4 B.I.6 a.E.

Freilich ist mit diesem Gedanken auch die Erkennbarkeit des Besitzes bei der Übergabe an den Besitzdiener vorzuverlegen.

Will ein Fremdbesitzer sich auf § 1006 BGB berufen, ist der Besitz seines Oberbesitzers für ihn erkennbar, weil er ihn selbst mittelt. Zwar ist dessen Besitzerwerb ihm nicht erkennbar, aber auch hier hilft eine der Vermutungen im Rahmen des § 1006 BGB.³⁴³ Wer sein besitzloses Pfandrecht gegen die Herausgabeklage eines anderen verteidigen will, etwa der Vermieter,³⁴⁴ kann sich einigermaßen verlässlich höchstens auf die unmittelbare Gewalt oder immerhin noch den unmittelbaren Besitz seines Schuldners anhand einer Sphärenbetrachtung verlassen. Am Beispiel des Vermieterpfandrechts nach § 562 Abs. 1 S. 1 BGB zeigt sich, dass die Schwierigkeiten mit der Erkennbarkeit des Besitzes je nach Kategorie von Sachen unterschiedlich groß sind: Bei Einrichtungsgegenständen ist der Besitz des Mieters mit Hilfe der Lebenserfahrung noch anzunehmen. Etwa beim Rechner des Mieters sind die Schwierigkeiten indes erheblich: Ist es sein Arbeitsrechner und er angestellt, ist er nur Besitzdiener. Ähnlich wie bei § 851 BGB kann der Begünstigte hier aber notwendig nichts am Verhalten seines potentiellen Pfandschuldners ablesen.

2. § 1253 Abs. 2 BGB unterstützt materiell den bösgläubigen Verpfänder oder Eigentümer sowie den Besitznachfolger des Eigentümers

Bei der Rückgabevermutung infolge Verpfänder-, Eigentümer- (Satz 1) oder abgeleiteten Drittbetriebes (Satz 2) ist zu unterscheiden zwischen einerseits demjenigen, der die Sache besitzt, und andererseits einem Nichtbesitzer, der sich auf die Vermutungswirkung berufen will. Dem Verpfänder- oder Eigentümerbesitzer hilft die Vermutung außerprozessual nur, wenn er weiß, dass der Pfandgläubiger ihm das Pfand nicht zurückgegeben hat. Andernfalls geht sie nicht über sein Wissen hinaus. Denn abgesehen von der Rückgabe ist das Erlöschen des Pfandrechts gemäß § 1253 Abs. 1 S. 1 BGB mit keinen weiteren Voraussetzungen verbunden, über deren unsichere Erfüllung die Vermutung des Abs. 2 hinweghülfe. Erkennen kann der Bösgläubige seinen eigenen unmittelbaren Besitzerwerb, nicht aber den durch seinen Besitzmittler, weil bei einer Rückholung mangels Übergabe kein Wissen um das Verhalten des Pfandgläubigers analog § 166 Abs. 1 BGB zuzurechnen ist.

Der Besitznachfolger des Eigentümers, nicht jedoch des Verpfänders kann sich vorläufig auf die Rückgabe des Pfands verlassen, ohne sie gesehen zu haben: Er kann seinen Besitzerwerb erkennen, gleich ob er unmittelbaren oder nur mittelbaren Besitz³⁴⁵ erwirbt, also auch im Fall der Übereignung nach § 930 BGB. Bei der Frage nach der Erkennbarkeit des Übergebers als Eigen-

³⁴³ S.o. Kapitel 3 D.I.1.b).

³⁴⁴ Zu den Konstellationen s.o. Kapitel 3 D.I.1.e) Fn. 643.

³⁴⁵ Zum Sonderfall der Übergabe an den Besitzmittler des Besitznachfolgers s.o. Kapitel 4 B.I.6 a.E.

tümer oder Verpfänder unterstützt den Besitznachfolger, wie gesehen,³⁴⁶ § 1006 BGB: Wegen des ihm mittels Übergabe erkennbaren Besitzes kann er sich zugunsten des Übergebers auf die Eigentumsvermutung stützen; für die Vermutung bezüglich der Rückgabe an den Verpfänder fehlt eine Entsprechung. Freilich beschränkt sich auch hier die Erkennbarkeit auf den unmittelbaren Besitz des Übergebers.³⁴⁷ Kommt nur die Besitznachfolge vom Verpfänder in Frage, muss der Begünstigte die Verpfändung durch jenen kennen, damit § 1253 Abs. 2 S. 2 BGB ihm nutzen kann.

Soweit ein Nichtbesitzer sich auf die Vermutung des § 1253 Abs. 2 BGB berufen will,³⁴⁸ muss der Besitz erkennbar sein wie für jedermann, weil ihm die Sonderverbindung zur Sache fehlt. Wie gesehen, ist durch bloße Betrachtung nicht möglich, den mittelbaren Besitz des Verpfänders oder Eigentümers zu erkennen; sieht der Begünstigte jemanden in unmittelbarer Gewalt, heißt das nicht, dass er denjenigen als unmittelbaren Besitzer oder Besitzdiener ausmachen kann.³⁴⁹ Der Begünstigte muss in jedem Fall konkret nachforschen, um die Besitzverhältnisse erkennen zu können. Ist der Besitz erkannt, unterstützt ihn immerhin § 1006 BGB zugunsten des Eigentümerbesitzes. Im Übrigen helfen ihm bezüglich des Verpfänderbesitzes sowie dem eines Nachfolgers nach Abs. 2 S. 2 nur weitere Nachforschungen im Einzelfall.

3. § 938 BGB ist außerhalb des Prozesses bedeutungslos

Die Vorschrift verlangt den Eigenbesitz am Anfang und Ende eines Zeitraums. Damit ist sie außerprozessual unerheblich neben der Rechtsfortdauervermutung³⁵⁰, auf die der Ersitzer sich verlassen kann, sobald er ursprünglich seinen Besitz erkannt hat. Denn sie erhöht nur für den Gegner die Beweisansforderungen im Prozess.³⁵¹ Für den unmittelbaren Besitzer wäre sie auch ohne Rechtsfortdauervermutung wertlos. Denn er kann ohnehin dauerhaft seinen Besitz sehen und benötigt keine Gewissheit durch eine gleichlautende Vermutung.

4. Zusammenfassung: Erkennbarkeit ist im Prozess ohne Bedeutung

Die Vermutungswirkungen sind auf den Prozess ausgerichtet. Dort spielt Erkennbarkeit als Rechtfertigung keine Rolle mehr, weil es nur noch darum geht, was die Parteien beweisen können. Insofern rechtfertigen sich die Publizitätswirkungen im Prozess noch allein durch den Gleichlauf von Zeichen und Recht. Außerprozessual ist § 1006 BGB für den Eigenbesitzer selbst genauso gerechtfertigt wie die zugrundeliegenden Erwerbswirkungen. Auch der mit-

³⁴⁶ S.o. Kapitel 3 D.I.3.

³⁴⁷ S.o. Kapitel 4 B.I.1.a) a.E.

³⁴⁸ Zu den begrenzten Anwendungsfällen s.o. Kapitel 3 D.I.3.

³⁴⁹ S.o. Kapitel 4 A.I.1.c) und 3.c).

³⁵⁰ Zur Rechtsfortdauervermutung in diesem Zusammenhang s.o. Kapitel 4 B.I.6.

³⁵¹ S.o. Kapitel 3 D.I.4.

telnde Fremdbesitzer kann sich auf die Vorschrift verlassen. Ein Dritter hingegen kann höchstens den unmittelbaren Besitz eines anderen erkennen. § 1253 Abs. 2 S. 1 BGB bietet einen Vorteil nur dem bösgläubigen Eigentümer oder Verpfänder, weil sonst nur vermutet wird, was der Begünstigte jeweils ohnehin schon weiß. Satz 2 ist nur zugunsten des Eigentümerbesitznachfolgers gerechtfertigt, weil allein er sich der Stütze des § 1006 BGB bedienen kann. Dritten ist der Besitz im Rahmen des § 1253 Abs. 2 BGB nicht notwendig erkennbar. § 938 bietet dem Ersitzer schon wegen der Rechtsfortdauervermutung keinen außerprozessual relevanten Vorteil.

IV. Die erkennbaren äußeren Merkmale rechtfertigen die Vollstreckungswirkungen

Wie gesehen, knüpft die Pfändung in § 808 ZPO an den Schuldnergewahrsam und die in § 809 ZPO an die Herausgabebereitschaft eines Dritten oder den Gläubigergewahrsam.³⁵² Diese Merkmale sind dem Gerichtsvollzieher, der für den Publizitätsbegünstigten auftritt, jeweils erkennbar: Der Gewahrsam entspricht weitgehend dem unmittelbaren Besitz, schaltet dabei aber die Unsicherheiten aus, die sich aus der Besitzdienerschaft sowie nicht unmittelbar erkennbaren Anhaltspunkten für die Besitzverhältnisse ergeben können: Es zählt nur, was der Gerichtsvollzieher anhand der unmittelbar verfügbaren Informationen ersehen kann.³⁵³ Was den § 808 ZPO betrifft, lässt sich folglich sogar von der Drittöffentlichkeit des Gewahrsams sprechen, der so den ganzen Tatbestand als Publizitätswirkung rechtfertigt. Hat ein Dritter Gewahrsam an der Sache, muss er darüber hinaus zur Herausgabe bereit sein; freilich muss er seine Bereitschaft gegenüber dem Gerichtsvollzieher erkennbar äußern.

V. Zusammenfassung: Die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen durch einen für den Publizitätsbegünstigten notwendig erkennbaren Besitz ist nur unvollkommen

Wir haben gesehen, dass dritthöfentlicher Besitz nicht nötig ist, um die Publizitätswirkungen zu rechtfertigen, weil es genügt, wenn der Besitz jeweils im Zusammenhang der Publizitätswirkung zu erkennen ist.³⁵⁴ Nach diesem Maßstab konkreter Erkennbarkeit für den Begünstigten ergibt sich für die einzelnen Publizitätswirkungen folgendes Bild:

Die Vollstreckungswirkungen sind vollständig durch Erkennbarkeit für den Begünstigten gerechtfertigt, die Erwerbswirkungen weitgehend, die Erfüllungswirkungen teilweise und die Vermutungswirkungen in ihrem Kernbereich gar nicht. Im Einzelnen:

³⁵² S.o. Kapitel 3 E.I.1. und 2.

³⁵³ Näher s.o. Kapitel 3 E.I.1.

³⁵⁴ S.o. Kapitel 4 B.

Bei den Vollstreckungswirkungen ist der Gewahrsam dem Gerichtsvollzieher stets erkennbar, weil er sich an äußeren Merkmalen bemisst; dasselbe gilt für die Herausgabebereitschaft des Dritten, da sie sich in dessen Äußerung gegenüber dem Gerichtsvollzieher zeigt.

Bei den Erwerbswirkungen ist dem Erwerber als Paradefall der Besitz stets dann notwendig erkennbar, wenn er die tatsächliche Gewalt an der Sache (er)hält. Im Übrigen unterstützen ihn § 166 Abs. 1 BGB analog und die Rechtsfortdauervermutung dabei, seinen Kenntniskreis zu erweitern. Nur dort, wo er mittelbaren Besitz (er)hält und kein Wechsel der tatsächlichen Gewalt stattfindet, stehen die Publizitätswirkungen ohne notwendig erkennbaren Besitz wie etwa bei § 934 Var. 1 BGB. Im Zweifel kann der Erwerber stets bei dem nachsehen, der die unmittelbare Gewalt hält; hierdurch wird die konkrete Erwerbswirkung gerechtfertigt, soweit der Erwerber darüber hinaus den Zeitpunkt des Erwerbs wahrnimmt.³⁵⁵

Bei den Erfüllungswirkungen ist § 851 BGB nicht durch erkennbaren Besitz zu rechtfertigen, weil der Besitzdiener nicht vom Besitzer zu unterscheiden ist. Die §§ 1248, 1058 BGB rechtfertigt der erkennbare Besitz im Zeitpunkt bei Bestellung des beschränkten dinglichen Rechts in Verbindung mit der Rechtsfortdauervermutung.³⁵⁶

Die Vermutungswirkungen bauen in ihrem Kernbereich nicht auf erkennbaren Besitz. Denn dort sind sie prozessual zu denken: Es kommt nicht darauf an, ob der Begünstigte den Besitz erkennen, sondern allein, ob er ihn beweisen kann. Sein Erkennen kann ihm bloß Anhaltspunkt für seine Beweis Chancen sein. Außerprozessual bieten sie nur wenige Vorteile, sind hier aber so gut oder schlecht gerechtfertigt wie die Erwerbswirkungen.

C. Der eindeutige Verweis des Besitzes auf ein bestimmtes Sachenrecht

Der erste Schritt zur Rechtfertigung der in Kapitel 3 herausgearbeiteten Publizitätswirkungen bestand darin zu prüfen, inwieweit der Besitz erkennbar ist. Hier haben wir festgestellt, dass der Besitz als solcher kaum erkennbar ist, schon weil dem Betrachter in der Regel Sonderwissen fehlt, um mittelbaren Besitz zu sehen, und er Schwierigkeiten haben kann, den unmittelbaren Besitzer vom Besitzdiener zu unterscheiden. Im zweiten Schritt hat die Arbeit daher untersucht, ob immerhin im Zusammenhang mit den Publizitätswirkungen dem Begünstigten der Besitz erkennbar ist, der jeweils den Rechtsscheinträger bildet. Das Ergebnis war, dass der Besitz häufig notwendig im Rahmen der jeweiligen Publizitätswirkung erkennbar ist. Darüber hinaus muss der Begüns-

³⁵⁵ S.o. Kapitel 4 B.I.9.

³⁵⁶ S.o. Kapitel 4 B.II.4.

tigte nachsehen, wer besitzt. Hat der Begünstigte den Besitz so notwendig oder konkret durch Nachsehen erkannt, fragt sich, ob er auch das zugehörige Sachenrecht identifizieren kann. Das behandelt dieser Abschnitt.

Das Vorbild des Grundbuchs weist mit dem Publizitätsträger des Eintrags jeweils ein spezifisches Sachenrecht aus.³⁵⁷ Nicht so der Besitz: Für sich genommen kann er auf alles Mögliche zeigen, und zwar sowohl verschiedene dingliche Rechte als auch bloß schuldrechtliche Positionen. Genauso wie also die Frage nach der losgelösten Erkennbarkeit des Besitzes nicht weiterführte,³⁵⁸ ist auch die Anschlussfrage unergiebig, ob der erkannte, losgelöste Besitz denn eindeutig auf ein Sachenrecht verweise. Voran bringt vielmehr nur zu fragen, ob der Besitz jeweils im Zusammenhang mit einer Publizitätswirkung auf ein Sachenrecht verweist. Hier ergibt sich, dass in der weiten Mehrzahl der Fälle das Verhalten einer Partei unmissverständlich darauf schließen lässt, dass der Besitz ein bestimmtes Sachenrecht anzeigt. Der Untersuchung der Publizitätswirkungen vorgeschaltet ist daher die Frage, inwieweit es zulässig ist, das Verhalten einer Partei heranzuziehen, um zu folgern, dass der Besitz ein bestimmtes Sachenrecht anzeigt.

I. Das Verhalten einer Partei ist ein zulässiger Umstand dafür festzustellen, ob der Besitz ein bestimmtes Sachenrecht anzeigt

Es ließe sich argumentieren, vom Verhalten einer Partei dürfe nicht darauf geschlossen werden, dass der erkannte Besitz ein bestimmtes Sachenrecht anzeigt, weil so der Publizitätsträger Besitz ausgehöhlt würde. Denn es sei eben die Funktion des Publizitätsträgers und nicht der Parteiäußerung, ein bestimmtes Sachenrecht anzuzeigen.

Ein solcher Gedanke gewichtet nicht genügend, dass schon der Besitz selbst als Publizitätsträger durch das Parteiverhalten erst geformt wird: Das Parteigebahren bestimmt bereits die tatsächliche Gewalt. Sobald mehr als eine Person zur Sache im Verhältnis steht, entscheidet es weiter, wer (mittelbarer) Besitzer und wer Besitzdiener ist.³⁵⁹ Auch Eigen- und Fremdbesitz ergeben sich derart. Bei diesem Ausgangspunkt liegt es nahe, dass der Einfluss des Verhaltens nicht schlicht aufhört, sobald die Frage sich von dem Bestehen und der Erkennbarkeit des Publizitätsträgers wandelt zu der, worauf er hinweist. Dem Publizitätsträger bleibt dabei auch seine Kernfunktion erhalten, das Vertrauen des Begünstigten in ein Sachenrecht zu schützen. Denn wenngleich das Parteiverhalten hinzukommt, so steht daneben immer die Sache als Bezugspunkt für die Parteien. Gerade diese Verbindung von Parteiäußerung und Sache begründet das schutzwürdige Vertrauen des Begünstigten. Die Sache allein sagt nichts

³⁵⁷ S.o. Kapitel 2 D.II.2.

³⁵⁸ S.o. Kapitel 4 A.I.7.

³⁵⁹ Im Grenzfall der Sphärenkollision spielt es natürlich auch schon bei der Besitzzuordnung eine Rolle, s.o. Kapitel 4 A.I.1.a)cc).

ohne Parteiäußerung, genauso wie das Parteigebahren allein kein Vertrauen begründen kann, weil es nicht über eine bloße Behauptung hinausgeht, die als solche nicht geschützt ist, wie sich schon am fehlenden Gutgläubenserwerb einer unverbrieften Forderung zeigt. Dass das Parteiverhalten den Verweis damit eindeutig machen kann, heißt freilich nicht, dass dieser auch sicher richtig ist.

Weil das Parteiverhalten bereits über die Besitzverhältnisse mitentscheidet, geht auch *Flumes* Behauptung fehl, der Besitz stehe nur für Eigentum, nicht auch für sonstige dingliche Rechte.³⁶⁰ Es ist nämlich das von *Flume* geächtete „Gerede“ wichtig, schon um den Rechtsscheinträger zu erkennen.

II. Eindeutiger Verweis auf das betreffende Sachenrecht im Rahmen der Erwerbswirkungen

Im Rahmen der Erwerbswirkungen verweisen erkennbarer Besitz und Parteiverhalten in aller Regel auf das Eigentum, ansonsten auf das erforderliche beschränkte dingliche Recht; der Verweis ist stets eindeutig: Beim gutgläubigen Erwerb nach §§ 932–936 BGB behauptet der Veräußerer notwendig, dass hinter seinem Besitz oder seiner Besitzverschaffungsmacht, die der Erwerber im Moment der eigenen Besitzbegründung ersehen kann,³⁶¹ sein Eigentum an der Sache stehe. Dieselbe Behauptung geht mit der Gestattung nach § 957 BGB einher. Sie ist auch bei der Bestellung von Pfand und Nießbrauch unentbehrlich gemäß §§ 1207, 1032 BGB. Steht der gutgläubige Zweiterwerb eines Anwartschaftsrechts in Frage,³⁶² kann das Verhalten des Veräußerers auch auf dieses beschränkte dingliche Recht schließen lassen.

Bei den §§ 937, 955 Abs. 1 BGB glaubt der Begünstigte an sein Eigentum, weil er den Besitz hält; bei § 955 Abs. 2 BGB entsprechend an sein beschränktes dingliches Recht. Bei § 950 BGB kommt es mangels Gutgläubigkeit nicht darauf an, ob der Begünstigte glaubt, dass er Eigentümer des Materials sei. Gleichwohl muss er sich nach hiesiger Auslegung³⁶³ als Eigentümer gebärden, wodurch sein Besitz auch sein Eigentum anzeigt, mag er auch wissen, dass es nicht besteht.

III. Bei den Erfüllungswirkungen ist der Verweis bei den §§ 1248, 1058 BGB eindeutig, nicht aber bei § 851 BGB

§ 851 BGB birgt dasselbe Problem für den eindeutigen Verweis des Besitzes auf ein Recht wie schon für die Erkennbarkeit des Besitzes: Hat der Begüns-

³⁶⁰ Er will damit das Fehlen des gutgläubigen Zweiterwerbs von Pfandrecht und Nießbrauch begründen. *Flume*, AcP 161 (1962), 385, 395.

³⁶¹ S.o. Kapitel 3 A.I.1.b)aa) a.E.

³⁶² Dazu im Überblick *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 932 BGB, Rn. 20 f. Für die Frage der Eindeutigkeit spielt keine Rolle, ob man den Zweiterwerb zulässt oder nicht.

³⁶³ S.o. Kapitel 3 A.III.1.d)cc)(2).

tigte den Besitz im Zeitpunkt der Schädigung gekannt,³⁶⁴ kann er deswegen noch kein Sachenrecht des Besitzers dahinter erblicken. Denn der Besitzer muss kein Verhalten zeigen, an dem der Begünstigte etwas ablesen könnte. Damit gewährt die Vorschrift Schutz, ohne dass der Begünstigte anhand der Verbindung von Besitz und Parteiverhalten auf ein Sachenrecht schließen kann. Weil den Besitz an sich zu kennen für diesen Schluss eben nicht genügt, verzichtet diese Publizitätswirkung insoweit auf eine Rechtfertigungsebene. Sie schützt den Begünstigten damit besonders weitgehend.³⁶⁵

Bei den §§ 1248 und 1058 BGB kann der Begünstigte, wie gesehen,³⁶⁶ aus dem Besitz des Bestellers beim Pfandverkauf oder einer Handlung im Rahmen des § 1058 BGB von vornherein nichts schließen, weil er selbst den Besitz mitteilt. Bezüglich des verbleibenden Anknüpfungspunkts, der Bestellung, verweist der erkannte Besitz eindeutig auf das Eigentum des Bestellers. Denn wie bei den Erwerbswirkungen muss dieser durch die Bestellung behaupten, Eigentümer zu sein; die Fortdauervermutung des erkannten Besitzes gilt genauso für das behauptete Recht.

IV. Eindeutiger Verweis des Besitzes auf ein Sachenrecht im Rahmen der Vermutungswirkungen

Beim eindeutigen Verweis des Besitzes im Rahmen der Vermutungswirkungen spielt die Trennung zwischen der Lage im und außerhalb des Prozesses keine Rolle mehr.³⁶⁷ Denn worauf sich die Vermutung richtet, hängt im Rahmen des § 1006 BGB nicht mehr vom Beweis ab. Bei §§ 1253 Abs. 2, 938 BGB stellt sich die Verweisfrage schon gar nicht.³⁶⁸

1. Bei der Rechtsbehauptung für sich selbst ist der Verweis auf ein Sachenrecht eindeutig; beim schuldrechtlich berechtigten Fremdbesitzer gilt als Regel die Eigentumsvermutung zugunsten eines Oberbesitzers; beim Nichtbesitzer ist der Verweis nicht eindeutig

Ist der Besitz bei § 1006 BGB erkannt oder bewiesen, so weist der Besitz den Eigenbesitzer freilich auch auf sein Recht hin, wo er sich doch selbst darauf beruft. Genauso geht es dem Nießbraucher und Pfandgläubiger bei §§ 1058 bzw. 1227 in Verbindung mit § 1006 BGB, weil auch sie jeweils auf ihr Recht Bezug nehmen.

Auf welches Sachenrecht der Besitz allerdings hinweist, ist nicht mehr ohne weiteres eindeutig, sobald ein Fremdbesitzer ohne dingliches Recht sich auf

³⁶⁴ Notwendig zu erkennen ist der Besitz regelmäßig nicht, s.o. Kapitel 4 B.II.1.

³⁶⁵ S. dazu in Bezug auf alle Publizitätswirkungen noch sogleich u. Kapitel 4 C.VII.

³⁶⁶ S.o. Kapitel 3 B.II.3.a).

³⁶⁷ S.o. Kapitel 4 B.III.1.

³⁶⁸ S.u. Kapitel 4 C.IV.2.

die Vermutung beruft. So kann etwa ein fremdbesitzender Mieter nicht zwangsläufig davon ausgehen, vom Eigentümer zu mieten, weil auch der Nießbraucher und der Nutzungspfandgläubiger die Sache zu diesem Zweck weitergeben dürfen, §§ 1030 Abs. 1, 1213 BGB.³⁶⁹ Es bieten sich drei Lösungen, von denen die zweite als beste erscheint:

Erstens könnte man für unerheblich erklären, auf welches Recht der Fremdbesitzer sich stützt. Denn es sei gleich, woran der Anspruchsteller genau scheitere; in jedem Fall stehe dem Fremdbesitzer ein Recht zum Besitz gemäß § 986 Abs. 1 S. 1 BGB zu. In der Folge wäre indes der Anspruchsteller nicht nur gezwungen darzulegen, dass der Oberbesitzer des Fremdbesitzers kein Eigentümer ist, sondern auch noch seine Stellung als Pfandgläubiger und Nießbraucher auszuschließen.

Als zweite Lösung bietet sich daher, im Regelfall das Eigentum zu vermuten und nur bei anderweitigen Anhaltspunkten oder entsprechendem Vortrag ein beschränktes dingliches Recht. Diesen Ansatz hat offenbar bereits der BGH verfolgt in einem Fall zur Herausgabe einer Gesenkbiegepresse:³⁷⁰ Dort war nicht aufzuklären, durch welches Rechtsgeschäft die Sache vom Kläger an den mittelbaren Besitzer des Beklagten gelangt war. Der Gerichtshof gewährte daher dem Beklagten, sich auf die Vermutung des § 1006 Abs. 3 BGB zugunsten seines Oberbesitzers zu berufen. Diese Lösung einer Standardvermutung begegnet der Frage des eindeutigen Verweises mit Pragmatismus. Denn Fahrnis wird in aller Regel übereignet und nicht verpfändet oder zum Nießbrauch übertragen. Das schlägt sich entsprechend in der Vermutung nieder: Die Eigentumsvermutung hat Vorrang; zwischen Nießbrauchs- und Pfandrechtsvermutung fehlt indes eine Rangfolge. Sollen sie indes ohnehin nur mit Anhaltspunkten greifen, schließen sie einander aus, und die Rangfrage stellt sich nicht.

Als dritte Lösung ließe sich ans Prozessrecht denken: Ohne Vortrag des dinglichen Oberbesitzers sei kein potentiellles Sachenrecht auszumachen, das § 1006 BGB auslösen könne; mit einer Streitverkündung des Beklagten sei aber ohnehin zu rechnen; diese werde den entsprechenden Vortrag des Oberbesitzers schon auslösen. Diese Lösung birgt schwerwiegende Probleme: Zunächst folgen aus der Verkündung bloß Vorteile für den Verkündenden im Prozess gegen den Verkündeten. Er kann damit seinen Regressanspruch sichern. Auch wenn der Verkündete regelmäßig daran interessiert sein wird, zur Art seines Sachenrechts vorzutragen, muss er dem beklagten Besitzmittler nicht zur Seite springen. Damit kann der Beklagte den Vorteil des § 1006 Abs. 3 BGB verlieren, indem der mutmaßlich dinglich Berechtigte untätig ist. Beruft der Beklagte sich weiter auf § 1006 Abs. 2, 3 BGB, weil es um andere Ansprü-

³⁶⁹ Zur Überlassung durch einen anderen bloß schuldrechtlich Berechtigten s. a.E. dieses Abschnitts 1 nach Fn. 374.

³⁷⁰ BGH, Urteil v. 04.02.2002 – II ZR 37/00, WM, 755, Sachverhalt im Folgenden vereinfacht.

che als Herausgabe geht, etwa die Haftung im Rahmen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, kann es sein, dass der Oberbesitzer gänzlich fehlt. Dann stünde der ehemalige Besitzmittler von vornherein schutzlos. Die Lösung der Verweisungsfrage dem Prozessrecht zu überlassen, brächte dem Besitzmittler also allein neue, prozessuale Schwierigkeiten. Äußerstenfalls wäre so der persönliche Schutzbereich des § 1006 BGB praktisch wieder eingeschränkt auf denjenigen, der für sich das dingliche Recht behauptet, obschon die Vorschrift nur nicht allein zulasten des Besitzers wirken soll.³⁷¹

Schwieriger ist die Lage bei Berufung eines Nichtbesitzers auf die Eigentumsvermutung, etwa um sein besitzloses Pfandrecht gemäß § 562 Abs. 1 BGB gegen einen Dritten zu verteidigen.³⁷² Der eindeutige Schluss vom Besitz auf ein Sachenrecht geht hier fehl. Denn hat z.B. der Vermieter den Besitz seines Mieters an der eingebrachten Sache erkannt³⁷³, weiß er deswegen noch nicht, ob dieser überhaupt ein dingliches Recht an der betreffenden Sache innehat. Neben der soeben besprochenen Rangfrage kommt also noch eine weitere Ebene der Unsicherheit hinzu. Die Schwierigkeit für den Begünstigten liegt hier wie schon bei der Erkennbarkeit parallel zu § 851 BGB, weil ein Verhalten des Besitzers fehlt, aus dem der Begünstigte etwas schließen könnte. Und, wie gesehen, lässt der Besitz allein ohne weitere Anhaltspunkte eben nicht regelmäßig auf ein Sachenrecht schließen.³⁷⁴

Ausgehend von dieser misslichen Lage bei der Berufung eines Nichtbesitzers auf die Sachenrechtsvermutung zugunsten des Besitzers könnte man auch vorstehende Erwägungen zur Berufung des schuldrechtlichen Fremdbesitzers auf § 1006 Abs. 3 BGB zugunsten seines Oberbesitzers in Zweifel ziehen. Denn es ist möglich, dass auch dessen mittelbarer Besitz kein dingliches, sondern nur ein schuldrechtliches Recht anzeigt. Der beklagte Mieter einer Fahrnis mag also in Wirklichkeit bloß Untermieter sein. Dass der Oberbesitzer des vermutungsbegünstigten Fremdbesitzers aber möglicherweise selbst kein dingliches Recht hat, schadet nicht derart, wie wenn der Nichtbesitzer sich auf die Vermutung zugunsten eines bestimmten Besitzers berufen will. Denn für den schuldrechtlichen Fremdbesitzer genügt es, dass irgendein Besitzer höherer Stufe dinglich berechtigt ist, und so einen Besitzer wird es stets geben, solange der Anspruchsteller seinen dinglichen Herausgabeanspruch nicht darlegen kann. Konkret genügt es nicht, wenn der Kläger nur beweist, dass der beklagte Fremdbesitzer bloß Untermieter ist, weil dann § 1006 Abs. 3 BGB immer noch zugunsten des Hauptvermieters gilt; der Kläger muss beweisen, dass ihm selbst das dingliche Recht zusteht, auf das er seinen Anspruch stützt.

³⁷¹ Dazu s.o. Kapitel 3 D.I.1.e).

³⁷² Zu Anwendungsfällen s.o. Kapitel 3 D.I.1.e) Fn. 643.

³⁷³ Zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten s.o. Kapitel 4 B.III.1 a.E.

³⁷⁴ S.o. Kapitel 1 A ab bei Fn. 7.

2. Der Verweis auf das Erlöschen des Pfandrechts in § 1253 Abs. 2 BGB ist eindeutig; für § 938 BGB stellt sich die Frage nicht

Bekanntermaßen wird mittels § 1253 Abs. 2 BGB kein Sachenrecht, sondern bloß dessen Erlöschen vermutet. Ist der Besitz in den Händen eines in Abs. 2 genannten erkannt, besteht über die Rückgabevermutung und deren Erlöschensfolge in Abs. 1 S. 1 kein Zweifel mehr, weil die Rückgabe nur den Verlust des Pfandrechts bedeuten kann. Die dingliche Wirkung auszuschließen, verbietet § 1253 Abs. 1 S. 2 BGB.

Die hier behandelte Rechtfertigungsebene des eindeutigen Verweises vom Besitz auf ein Sachenrecht ist auf § 938 BGB nicht anwendbar, weil die Vorschrift kein Sachenrecht vermutet, sondern nur im Prozess die Beweisanforderungen an den Gegner erhöht.³⁷⁵

V. Bei § 808 ZPO fehlt es für den eindeutigen Verweis am Verhalten des Gewahrsamsinhabers; bei § 809 ZPO ist aus dem Verhalten des Gewahrsamsinhabers nichts für das Eigentum des Schuldners abzuleiten

Bei den §§ 808 f. ZPO stellt sich die Frage nach dem eindeutigen Verweis vom Publizitätsmittel auf ein Sachenrecht nicht in Bezug auf den Besitz, sondern den Gewahrsam: Im Rahmen des § 808 Abs. 1 ZPO ist der Verweis auf das Eigentum des Schuldners im Gewahrsam der Sache nicht eindeutig. Das Problem ist dasselbe wie bei § 851 BGB: Der Schuldner muss sich nicht als Eigentümer verhalten. Am bloßen Gewahrsam ist sein Eigentum nicht zu ersehen. Es geht auch fehl vorzutragen, dass es nicht darauf ankomme, ob der Schuldner nun Eigentum, Pfandrecht, Nießbrauch oder eine Anwartschaft innehat. Denn einerseits wird das Pfandrecht als Nebenrecht mit der Forderung gemäß § 829 Abs. 1 ZPO³⁷⁶ gepfändet und der Nießbrauch als anderes Vermögensrecht gemäß § 857 Abs. 3 ZPO³⁷⁷ durch das Vollstreckungsgericht. Zwar erfordert die Anwartschaft laut h.M. ebenfalls eine Sachpfändung als Teil einer Doppelpfändung.³⁷⁸ Indes wäre die Frage nach dem eindeutigen Verweis nur dann gleichgültig, wenn alle dinglichen Rechte gleich gepfändet würden. Andererseits kann der Gewahrsamsinhaber auch bloß eine schuldrechtliche Position oder gar keine innehaben, weil er nur Besitzdiener ist³⁷⁹. Damit ist nicht einmal gesichert, dass der Gewahrsam ein dingliches Recht anzeigt. Freilich kann der Schuldner durch sein Verhalten im Einzelfall von seinem Gewahrsam auf sein Eigentum verweisen. Allerdings muss der Gerichtsvollzieher grundsätzlich außer Acht lassen, wie der Gewahrsamsinhaber sich verhält; er muss pfänden,

³⁷⁵ Dazu s.o. Kapitel 3 D.I.4.

³⁷⁶ *Flockenhaus*, in: Musielak/Voit 2023, § 829 ZPO, Rn. 21.

³⁷⁷ *Flockenhaus*, in: Musielak/Voit 2023, § 857 ZPO, Rn. 14.

³⁷⁸ *Flockenhaus*, in: Musielak/Voit 2023, § 857 ZPO, Rn. 7 m.w.N. in Fn. 61.

³⁷⁹ Das ist möglich, wenn die Besitzdienerschaft dem Gerichtsvollzieher nicht ohne weiteres erkennbar ist, s.o. Kapitel 3 E.I.1.

gleich ob dieser sein Eigentum bestreitet oder behauptet.³⁸⁰ Auch aus der Eigentumsbehauptung im Einzelfall ist also jedenfalls dogmatisch nichts herzu-
leiten.³⁸¹

Das Verhalten des Gläubigers oder herausgabebereiten Dritten, bei dem die Sache jeweils gepfändet wird, ist im Rahmen des § 809 ZPO erheblich. Denn hieraus ergibt sich wenigstens schlüssig, dass der Gewahrsamsinhaber das Eigentum des Schuldners behauptet.³⁸² Damit stellt sich die Frage, wie damit umzugehen ist, dass jemand das Eigentum eines bestimmten anderen behauptet, während er selbst das Publizitätsmittel hat. Diese Lage unterscheidet sich von den beiden zu § 1006 BGB diskutierten Fällen, in denen jemand das Eigentum eines anderen behauptet:³⁸³ Vom Fall des schuldrechtlich berechtigten Fremdbesitzers, der sich auf das dingliche Recht eines Oberbesitzers beruft, unterscheidet die Lage sich insofern, als für den Fremdbesitzer im Verhältnis zum Anspruchsteller gleichgültig ist, ob sein unmittelbarer oder ein anderer Oberbesitzer das dingliche Recht innehat. Bei § 809 ZPO geht es aber um das Eigentum genau des Schuldners, der gleichwohl nicht der direkte mittelbare Besitzer des Gewahrsamsinhabers sein muss. Von der Eigentumsbehauptung durch einen Nichtbesitzer weicht die Lage insoweit ab, als hier ein Besitzer das Recht eines anderen geltend macht. Gleichwohl lässt sich die Argumentation am Ende des Abschnitts zu § 1006 BGB auf die hiesige Lage übertragen: Denn die Rechtsbehauptung des schuldrechtlich berechtigten Fremdbesitzers bei § 1006 BGB scheitert nur deshalb nicht, weil es gleichgültig ist, welchem Oberbesitzer genau das betreffende Recht zusteht. Im Rahmen des § 809 ZPO weist das Besitzmittlungsverhältnis zwischen Herausgebendem und Schuldner aber noch nicht darauf hin, dass letzterer Eigentümer ist. Der Verweis auf das Eigentum ist hier also nicht eindeutig.

VI. Gesamtschau: Das Verhalten des Begünstigten ist wesentlicher Anknüpfungspunkt für die Erkennbarkeit des Besitzes und dessen eindeutigen Verweis auf ein Sachenrecht

Eindeutig und immer ist am Besitz ein bestimmtes Sachenrecht abzulesen bei den Erwerbswirkungen.³⁸⁴ Genauso liegt es bei den Erfüllungswirkungen der §§ 1248, 1058 BGB, weil auch sie sich auf den Erwerb rückbeziehen.³⁸⁵

³⁸⁰ Dazu etwa *Flockenhaus*, in: Musielak/Voit 2023, § 808 ZPO, Rn. 5.

³⁸¹ Zu beachten ist allerdings die Praxis der Gerichtsvollzieher, wenn sie auch hier nicht verlässlich festgestellt ist. Für einen Eindruck davon, dass die Behauptung des Schuldners durchaus Gewicht hat, s.u. Kapitel 4 D.I bei Fn. 406.

³⁸² Für den Gläubiger im Gewahrsam der Sache genügt, dass er der Pfändung nicht widerspricht. Zur Kontroverse s. *Gruber*, in: MünchKommZPO 2020, § 809 ZPO, Rn. 4.

³⁸³ S.o. Kapitel 4 C.IV.1.

³⁸⁴ S.o. Kapitel 4 C.II.

³⁸⁵ S.o. Kapitel 4 C.III.

Schließlich ist der Verweis auf ein Sachenrecht auch eindeutig, wenn jemand sich auf § 1006 BGB zu eigenen Gunsten beruft.³⁸⁶ Für die Erlöschensvermutung des § 1253 Abs. 2 BGB kommt Mehrdeutigkeit schon nicht in Betracht, weil es nur um das Erlöschen eines einzelnen Rechts geht und weil Abs. 1 S. 2 die Fortdauer des Pfandrechts verhindert. Für § 938 BGB stellt sich die Frage nicht, weil die Vorschrift nicht auf ein Sachenrecht verweist, sondern nur die Beweisposition des Ersitzers stärkt.³⁸⁷

Nicht mehr eindeutig ist der Verweis vom erkannten Besitz auf ein Sachenrecht, sobald ein Verhalten des mutmaßlichen Berechtigten fehlt, an das sich knüpfen ließe: Bei § 851 BGB sowie § 808 ZPO ist daher der Verweis nicht eindeutig, weil am bloßen Besitz bei Schädigung und allein dem Gewahrsam bei Pfändung nichts abzulesen ist.³⁸⁸ Dasselbe gilt, wenn ein Nichtbesitzer, etwa der Vermieter, sich auf § 1006 BGB zugunsten eines anderen berufen will. Bei den §§ 809 ZPO, 1006 Abs. 3 BGB gibt es zwar ein Verhalten als Anknüpfung. Indes können Gewahrsamsinhaber und unmittelbarer Besitzer nicht wissen, ob ihr jeweiliger Oberbesitzer auch ein Sachenrecht innehat. Bei § 1006 Abs. 3 BGB ist der Verweis daher gleichwohl nur deswegen eindeutig, weil es zwischen Vermutungsbegünstigtem und Anspruchsteller belanglos ist, ob nun der direkt übergeordnete oder ein anderer mittelbarer Besitzer des Begünstigten Sachenrechtsinhaber ist. Unter mehreren möglichen Sachenrechten eines Oberbesitzers wird pragmatisch vorrangig das Eigentum vermutet.³⁸⁹

Dieser Abschnitt hat eine Parallele gezeigt zwischen der Erkennbarkeit des Publizitätsmittels und dessen eindeutigem Verweis: Wann immer das Parteiverhalten des mutmaßlich Berechtigten den Besitz erkennbar macht, lässt es ebenfalls das dahinterstehende Sachenrecht eindeutig zuordnen. Fehlt umgekehrt das Verhalten für die Erkennbarkeit wie bei §§ 851 BGB, 808 ZPO, ist auch anschließend das bezeichnete Sachenrecht nicht eindeutig. Die Parallele fehlt hingegen in den Fällen, in denen es für die Erkennbarkeit auf das Verhalten eines anderen als des mutmaßlich Berechtigten ankommt: Bei den §§ 1006 Abs. 3 BGB, 809 ZPO fällt die eindeutige Zuordnung weg; bei § 1006 Abs. 3 BGB wird ihr Fehlen freilich wieder ausgeglichen.

VII. Zwei Ebenen der Rechtfertigung durch Erkennbarkeit und Eindeutigkeit

Bisher war stets pauschal die Rede von der Rechtfertigung der Publizitätswirkungen durch Erkennbarkeit und Eindeutigkeit. Vergleicht man indessen, wie die beiden Blickwinkel die Publizitätswirkungen begründen, ergeben sich zwei Rechtfertigungsebenen: Hinter der Erkennbarkeit steckt die Frage danach, ob es die jeweilige Publizitätswirkung überhaupt geben sollte, wenn der Begüns-

³⁸⁶ S.o. Kapitel 4 C.IV.1.

³⁸⁷ S.o. Kapitel 4 C.IV.2.

³⁸⁸ S.o. Kapitel 4 C.III. und V.

³⁸⁹ S.o. Kapitel 4 C.IV.1.

tigte in Anknüpfung an ein Zeichen geschützt wird, das er überhaupt nicht notwendig ausmachen kann; denn hierdurch wird der Schutz für ihn gewissermaßen zufällig. Das ist das besondere Problem des § 851 BGB (analog).³⁹⁰ Man kann diesem Bedenken nicht mit dem Einwand entgegentreten, dass auch etwa die Erwerbswirkungen für den Begünstigten zufällige Elemente kennen – maßgeblich das Abhandenkommen –, hierdurch gleichwohl nicht ihren Charakter als Publizitätswirkung verlören. Denn bei der Frage, ob das deutsche Fahrnisrecht überhaupt Publizitätswirkungen enthält, haben wir das Bedenken des Abhandenkommens unter anderem damit adressiert, dass es sich nur um einen Ausschlussgrund handele, dessen Bestehen also vom Benachteiligten geltend zu machen sei.³⁹¹ Diese Milderung gelingt für die Erkennbarkeit des Besitzes bei § 851 BGB indes nicht, weil der Besitz als positives äußeres Merkmal die Grundlage für die Erfüllungswirkung bildet. Allerdings wird damit § 851 BGB nicht gleich zu einer rechtfertigungslosen Publizitätswirkung. Denn es bleibt die wenn auch gering entschärfende und empirisch kaum prüfbare³⁹² Vermutung, dass der Begünstigte in der Mehrzahl der Fälle an den Besitzer und nicht den Besitzdiener erfüllt und sich somit seine Unkenntnis über die genauen Besitzverhältnisse nur selten nachteilig auswirkt. Bei den Erwerbswirkungen ist der Besitz nur ausnahmsweise nicht notwendig erkennbar, wie bei § 934 Alt. 2 BGB oder manchen Fällen des Geheißerwerbs.

Hinter der Eindeutigkeit als zweiter Ebene der Rechtfertigung steht die Frage, inwieweit es berechtigt ist, den Begünstigten zum Nachteil des wahren Rechtsinhabers zu schützen, wo jener doch gar keinen Anhaltspunkt dafür hat, dass hinter dem erkannten Zeichen tatsächlich das geglaubte Recht steht. Hier ergeben sich wiederum zwei Gesichtspunkte. Einerseits lässt sich schlicht vorbringen, dass eine schwache Rechtfertigung in Sachen Eindeutigkeit zugleich eine Stärke der Publizitätswirkung bedeutet: Obwohl der Begünstigte vom Publizitätsmittel nicht auf ein bestimmtes Sachenrecht schließen kann, wird er geschützt.

Andererseits kann man betrachten, inwieweit die jeweilige Publizitätswirkung den wahren Rechtsinhaber in der Rechtsfolge benachteiligt: Wie gesehen, ist der Verweis bei der Erfüllungswirkung des § 851 BGB nicht eindeutig. Wie hart sie aber den Forderungsinhaber trifft, ist schwer zu sagen, weil sie ihm einen Schuldnerwechsel aufzwingt, der günstig wie misslich sein kann. Klar besser gerechtfertigt sind die Vollstreckungswirkungen. Dort ist zwar der Verweis vom Gewahrsam auf das Eigentum nicht eindeutig. Ihre Wirkungen treffen den Benachteiligten aber auch nicht schwer; sie zwingen ihn nur, sein dingliches Recht in der Vollstreckung aktiv zu verteidigen. Materiell bleibt seine

³⁹⁰ S.o. Kapitel 4 B.II.1.

³⁹¹ S.o. Kapitel 3 A.I.1.f).

³⁹² Hier zeigt sich dasselbe Problem wie beim Gleichlauf von Zeichen und Recht: Eine empirische Untersuchung ist praktisch nicht möglich, näher s.u. Kapitel 4 D.I.

Stellung unverändert. Die Rechtsfolgen der Erwerbswirkungen treffen den benachteiligten Rechtsinhaber besonders hart. Denn er verliert sein dingliches Recht und wird auf einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch gegen den Veräußerer verwiesen. Zugleich ist der Verweis vom Zeichen auf das Recht dort stets eindeutig. Bei den Vermutungswirkungen ist die Rechtfertigungslage günstig: Der Verweis ist allein beim Nichtbesitzer mehrdeutig; beim schuldrechtlich berechtigten Fremdbesitzer hilft unter anderem eine Regelvermutung. In der Rechtsfolge gibt die Rechtsvermutung dem Benachteiligten eine Hürde auf, die schwer wiegen kann, wenn die Beweislage ungünstig ist, die aber nicht unüberwindbar ist wie bei den Erwerbswirkungen.

D. Die Herstellung von Publizität durch den Gleichlauf von Zeichen und Recht

Den Gleichlauf von Zeichen und Recht können wir in zwei Richtungen betrachten: Zum einen kann der Rechtsübergang auch den des Zeichens erfordern; das Zeichen geht mit dem Recht. Zum anderen besteht die Frage, inwieweit das Zeichen auch ohne das Recht übergehen, das Zeichen sich vom Recht lösen darf. Dabei ist zu bedenken: Wer erzwingt, dass Zeichen und Recht stets parallel laufen, schafft ein System absoluter Publizität.³⁹³

Neben der fehlenden Erkennbarkeit des Besitzes liegt im fehlenden Gleichlauf von Zeichen und Recht die zweite schwerwiegende Kritik an den Publizitätswirkungen: Wenn der Besitz aus allen möglichen anderen Gründen als dem Eigentumsübergang übertragen wird, so sei auf ihn als Publizitätsträger kein Verlass mehr, weil nun vom Besitz nicht mehr auf ein dingliches Recht geschlossen werden könne.³⁹⁴ Es spielt dabei keine Rolle, ob dem BGB dieser Mangel von Anfang an innewohnte³⁹⁵ oder sich erst mit der Zeit ergeben hat,³⁹⁶ wie auch der BGH 1980 formulierte:

„...ist im Zuge der wirtschaftlichen Entwicklung die Legitimationskraft des Besitzes, auf der die gesetzliche Regelung des § 932 BGB beruht, erheblich geschwächt worden, soweit es sich um Sachen handelt, die auf Kredit und deshalb unter Eigentumsvorbehalt gekauft zu

³⁹³ S.o. Kapitel 2 C.II. Denkbar wäre freilich auch, dass das Zeichen stets parallel zu irgendeinem dinglichen Recht liefe. Damit bestünde zwar noch keine absolute Publizität, aber ein wenig erstrebenswerter ähnlicher Zustand. Denn rein schuldrechtliche Überlassungen wären nicht möglich.

³⁹⁴ Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, 240 fasst es so zusammen: „Eine bereits zu Zeiten des Inkrafttretens des BGB fragwürdige Anknüpfung – schon damals war das Besitzkonstitut weit verbreitet, der Gleichlauf zwischen Eigentum und Besitz also keineswegs mehr die unangetastete Regel – hat durch die Entwicklung ihre Kraft endgültig eingebüßt.“

³⁹⁵ Ernst, in: FS Gernhuber 1993, 95, 101 f.

³⁹⁶ Lieder, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 392–394.

werden pflegen. Der Besitz spricht nur noch sehr bedingt für das Eigentum des Besitzers, weil ein Fabrikant häufig Kredit in Anspruch nimmt und nur unter Eigentumsvorbehalt auf Kredit beliefert wird.“³⁹⁷

Klar ist, dass Eigentum und Besitz heute vielfach auseinanderfallen.³⁹⁸

Indes erscheint diese Kritik zu abstrakt, genauso wie diejenige zur Erkennbarkeit des Besitzes: Es spielt keine Rolle, dass Recht und Zeichen immer wieder auseinanderfallen, wenn die Publizitätswirkungen nur ausnahmsweise den wahren Rechtsinhaber benachteiligen, wenn also etwa in aller Regel nur Berechtigte das Eigentum veräußern. Damit ergibt sich erstens eine empirische Frage: Wie oft greifen die Publizitätswirkungen zugunsten eines Scheins, hinter dem kein Recht steht, im Verhältnis zu solchen Fällen wo der Zeichen- auch Rechtsinhaber ist?³⁹⁹

Zweitens lässt sich untersuchen, inwieweit der Rechtsübergang bewirkt, dass auch das Zeichen übergeht.⁴⁰⁰ Wenn mit dem Recht nämlich nicht auch das Zeichen übergeht, hat der Begünstigte eine wesentlich schwächere Grundlage, einer Publizitätswirkung zu vertrauen. Denn einerseits kann so der Besitz dogmatisch aus allen möglichen Gründen bestehen, aber die Rechtsinhaberschaft ist dann kein naheliegender. Andererseits mag auch der Begünstigte dem Zeichen weniger Gewicht beimessen, weil er eher gewohnt ist, nicht auf das Zeichen als Anhaltspunkt für das Recht zu achten. Gleichwohl dürfte dieses zweite Argument praktisch nicht schwer wiegen, weil auch ohne dogmatisch notwendigen Gleichlauf von Zeichen und Recht ein wirtschaftliches Interesse besteht, dass der Rechtsinhaber wenigstens mittelbarer Besitzer der Sache ist, erlaubt das ihm doch erst, die Sache zu nutzen. Davon ausgehend wird die Arbeit also prüfen, wie weit die sogenannten Übertragungswirkungen⁴⁰¹ reichen, also inwieweit der Rechtserwerb den Besitzerwerb verlangt.

Zur Frage nach dem Gleichlauf von Zeichen und Recht gehört allerdings nicht nur die nach dem Gleichlauf beim Erwerb, sondern auch die des Gleichlaufs beim Erlöschen, nämlich inwieweit der Verlust des Rechts durch den Verlust des Zeichens bedingt ist. So wird etwa vermieden, dass jemand, der von der Rechtsinhaberschaft eines anderen wusste, dem Recht wegen des Zeichens irrtümlich weiter vertraut, obwohl der andere es bereits nicht mehr innehat.⁴⁰²

³⁹⁷ BGH, Urteil v. 18.06.1980 – VIII ZR 119/79, BGHZ 77, 274, juris-Rn. 27.

³⁹⁸ S. auch noch einmal die Beispiele o. in Kapitel 1 A.

³⁹⁹ S. dazu sogleich u. Kapitel 4 D.I.

⁴⁰⁰ S. dazu u. Kapitel 4 D.II.1.

⁴⁰¹ Zur Kritik am Begriff s. bereits o. Kapitel 2 D.I.1.

⁴⁰² S. dazu u. Kapitel 4 D.II.2.

I. Eine empirische Untersuchung des Gleichlaufs im Rahmen der Publizitätswirkungen ist nicht zu leisten

Für eine empirische Untersuchung des Gleichlaufs müsste man sich in etwa folgende Fragen stellen: Wie oft wird gutgläubig erworben im Verhältnis zum Erwerb vom Berechtigten? Wie oft leistet ein Schuldner falsch an den besitzenden Nichtberechtigten? Wie oft greifen § 1006 BGB oder §§ 808 f. ZPO bei Besitz oder Gewahrsam, ohne dass dahinter ein Recht steht?

Es ist indes kaum möglich, irgendeine Antwort auf diese Fragen zu finden, wie oft der bloße Schein gegenüber dem Schein mit dahinterstehendem Recht eine Publizitätswirkung auslöst. Denn dazu fehlen Daten, und solche sind auch kaum zu erheben. Wie oft in Deutschland vom Berechtigten und wie oft vom Nichtberechtigten erworben wird, ist praktisch nicht festzustellen. Ein Blick in die juris-Datenbank ergibt zwar 548 Entscheidungen zu § 929 BGB und nur 430 zu § 932 BGB.⁴⁰³ Hier sind aber bei weitem nicht alle Geschäfte abgebildet, die ihren Weg zu Gericht gefunden haben,⁴⁰⁴ und nicht einmal wenn deren Zahl aufzufinden wäre, könnte man hieraus belastbar etwas für die Gesamtzahl der Transaktionen mit Berechtigten und Nichtberechtigten ableiten. Ähnlich liegt die Schwierigkeit bei der Erfüllungswirkung des § 851 BGB: Die 15 hierzu aufgeführten Entscheidungen⁴⁰⁵ lassen nicht darauf schließen, wie oft ein Schuldner tatsächlich an den Besitzer zahlt und die Gefahr entsteht, dass der Berechtigte hierdurch seinen Anspruch verliert. Bezüglich § 1006 BGB kann eine Fallzahl von vornherein keinen Anhaltspunkt geben: Denn wenn die Vorschrift greift, bedeutet das nur, dass der Gegner die Vermutung nicht widerlegen konnte; es heißt nicht, dass ein Nichtberechtigter einen Rechtsvorteil erhalten hat. Allein bei §§ 808 f. ZPO bestünde die Möglichkeit, einen repräsentativen Datenausschnitt zu erfassen, indem man die Zahl der Pfändungen vergleicht mit den hiergegen gerichteten, erfolgreichen Rechtsbehelfen nach §§ 771, 805 ZPO. Eine solche Untersuchung kann diese Arbeit allerdings nicht leisten. Eine nicht repräsentative Anfrage bei zwei Gerichtsvollziehern ergab dieses: Zwar sei die Pfändung theoretisch keineswegs zuverlässig, in der Praxis komme eine Aufhebung der Pfändung indes nur selten vor, bei einem der beiden gar nur einmal in 26 Jahren Berufsausübung. Denn der Gerichtsvollzieher

⁴⁰³ Juris-Suche:

„§ 929 BGB [NICHT § 932 BGB]“, Rechtsprechung vom 15.01.2024: 548 Treffer.

„§ 932 BGB“, Rechtsprechung vom 15.01.2024: 430 Treffer.

⁴⁰⁴ Nach eigenen Angaben bis zu einer grundlegenden Überarbeitung der Website im Jahr 2022 setzt sich die juris-Datenbank zusammen aus Entscheidungen des BVerfG und der fünf obersten Bundesgerichte, von Ländergerichten übersandten Entscheidungen und der Auswertung von über 800 Fachzeitschriften. Heute weist die Website statt der Auswertung der Fachzeitschriften auf die Rechtsprechung der „Instanzgerichte zu allen Rechtsgebieten“ seit 1976 hin, <https://www.juris.de/jportal/nav/produkte/werk/juris-rechtsprechung.jsp>, Stand: 14.11.2022.

⁴⁰⁵ Juris-Suche: „§ 851 BGB“, ordentliche Gerichtsbarkeit vom 15.01.2024: 15 Treffer.

übe praktisch ein Ermessen aus und verlasse sich dabei auf seine Erfahrung und die Glaubhaftmachung des Schuldners. Nur wenn der Gläubiger darauf bestehe, werde auch dem entgegen gepfändet. Ebenso sei bei der Pfändung beim Dritten eine Aufhebung selten, weil in aller Regel auf dessen Aussage Verlass sei.⁴⁰⁶

II. Der dogmatische Gleichlauf von Sachenrecht und Besitz

Die Literatur hat den Gleichlauf von Eigentum und Besitz bereits 1930 mit *Philipp Heck* für Vergangenheit erklärt.⁴⁰⁷ *Heck* hat festgestellt, dass die Parteiinteressen bei der Übertragung denen der Allgemeinheit an deren Sichtbarkeit vorgingen.⁴⁰⁸ Das Traditionsprinzip sei daher bloß „das historische Kostüm, in dem das Vertragsprinzip den Eintritt in das geltende Recht gefunden hat.“⁴⁰⁹

Im Kern bezieht sich diese Kritik darauf, dass nicht dritthöfentlich⁴¹⁰ ist, wie mittelbarer Besitz entsteht und übertragen wird. In der Folge liefen erkennbarer Besitz und Eigentum etwa bei der Übertragung nach §§ 930 f. BGB nicht gleich. Bei § 930 BGB werde die Sichtbarkeit verschlechtert, weil unmittelbarer Besitz und Eigentum auseinanderfielen; bei § 931 BGB bleibe sie bloß gleich schlecht.⁴¹¹

Nach den Erkenntnissen dieser Arbeit kommt es allerdings nicht darauf an, dass Eigentum und unmittelbarer Besitz gleichlaufen, weil im Rahmen der Publizitätswirkungen auch der mittelbare Besitz erkennbar sein kann.⁴¹² Ein Gleichlauf von unmittelbarem Besitz und Sachenrecht ist daher nicht entscheidend.⁴¹³ Es gilt vielmehr nur, die Fälle einer besitzlosen Übertragung und eines

⁴⁰⁶ Herzlicher Dank gebührt den Herren GV i.R. Hans Georg Krug und HGV Ludwig Geltinger.

⁴⁰⁷ S. auch etwa *Giehl*, AcP 161 (1962), 357, 364: Der Besitz sei nicht mehr typische äußere Ausdrucksform des Eigentums; *Süß*, in: FS Wolff 1952, 141, 153: Für die Eigentumsübertragung sei der Besitz unzulänglich; *Lieder*, Die rechtsgeschäftliche Sukzession, 2015, 399 f. spricht von der Verschaffungsfunktion der Übergabe in § 929 S. 1 BGB. Die Offenkundigkeit sei ein „nicht unwillkommener Rechtsreflex“.

⁴⁰⁸ *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, 235 f., 240.

⁴⁰⁹ *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 1930, 241.

⁴¹⁰ Zum Begriff s.o. Kapitel 2 D.II.1.

⁴¹¹ *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 54–56, 153 f.

⁴¹² S.o. Kapitel 4 B.V.

⁴¹³ Entsprechend erscheint auch die Entscheidung BGH, Urteil v. 30.05.1958 – V ZR 295/56, BGHZ 27, 360 in anderem Licht: Dort hatte der BGH geurteilt, dass der Besitz dem persönlich berechtigten Fruchterwerber nach § 956 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB nicht als überlassen gelten könne, wenn dieser nur mittelbaren, der Gestattende aber unmittelbaren Besitz halte. Diese Einschränkung ist nicht geboten. Freilich noch nie gelten konnte das Argument des BGH, dass auch § 929 BGB den Erwerb des unmittelbaren Besitzes erfordere; denn so ignorierte der Gerichtshof schlicht § 930 BGB (s. hierzu bereits die Kritik bei *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 150 f.).

Erlöschens trotz Besitzes auszusondern und zu bestimmen, inwieweit diese Fälle den Gleichlauf von Sachenrecht und Besitz behindern.

1. Der Rechtsübergang ohne Übergang des Zeichens an den Erwerber

Beim Rechtsübergang lässt sich zunächst zwischen dem Erwerb qua Rechtsgeschäft und durch Gesetz trennen. Grundsätzlich fordern die rechtsgeschäftlichen Erwerbstatbestände, dass der Erwerber den Besitz an der Sache erhält, konkret betrifft das die §§ 929, 930 und 932–934 BGB. § 929a Abs. 1 BGB erlaubt für nicht eingetragene Seeschiffe daneben noch die Übereignung durch bloße Einigung; er ist § 2 SchRG nachgebildet⁴¹⁴ und soll uns als Sondertatbestand für die Dogmatik des BGB daher nicht weiter interessieren. § 931 BGB schließt nach seinem Wortlaut den Fall der Übereignung sowohl mit als auch ohne Besitzübertragung ein, je nachdem, ob der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist (§ 870 BGB) oder nicht; die Vorschrift ist daher näher zu untersuchen. Näher zu untersuchende Ausnahmen sind außerdem der Erwerb besitzloser Sachen⁴¹⁵ und der Geheißerwerb gemäß § 929 S. 1 BGB. Die Übereignung an den, der in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben (§ 854 Abs. 2 BGB), bildet hingegen keine Ausnahmen, weil dort nicht der Gleichlauf, sondern nur die Erkennbarkeit in Frage steht.⁴¹⁶ Bei § 926 Abs. 1 BGB ist für den Erwerb des Grundstückszubehörs der Besitz nicht maßgebliches Zeichen; stattdessen läuft hier das Eigentum mit dem Grundbucheintrag als Zeichen gleich.

Für die Bestellung von Nießbrauch und Pfandrecht gelten keine Besonderheiten; § 1205 Abs. 2 BGB beschränkt die Verpfändung sogar ausdrücklich auf die Übertragung des mittelbaren Besitzes, sodass die Frage des § 931 BGB hierauf nicht übertragbar ist. Zu untersuchen ist indes die Pfandrechtsübertragung gemäß § 1250 Abs. 1 S. 1 BGB.

Beim Erwerb kraft Gesetzes fordern den Besitz des Erwerbers die §§ 937 Abs. 1, 956 Abs. 1 Var. 2, 957 Var. 2, 958 BGB sowie nach hiesiger Auslegung⁴¹⁷ § 950 BGB. Näher zu untersuchen sind daher des Weiteren Verbindung und Vermischung gemäß §§ 946–948 BGB, der Fruchterwerb gemäß §§ 953–955, 956 Abs. 1 Var. 1, 957 Var. 1 BGB, der Funderwerb gemäß §§ 973 Abs. 1 S. 1 oder 974 S. 2 BGB sowie der Schatzfund gemäß § 984 BGB.

Nicht behandelt werden hier die Übertragungstatbestände außerhalb des Sachenrechts, so etwa durch Erbfall gemäß § 1922 Abs. 1 BGB oder im Rahmen

⁴¹⁴ Oechsler, in: MünchKommBGB 2023, § 929a BGB, Rn. 1.

⁴¹⁵ Es spielt dafür keine Rolle, ob die Übereignung sich nach § 929 S. 1 BGB oder § 931 BGB richtet oder sogar ganz ohne gesetzliche Vorschrift auskommt. S. zum Überblick Avenarius, JZ 49 (1994), 511.

⁴¹⁶ S.o. Kapitel 4 B.I.1.b). Die Übereignung an den, den es angeht, ist ohne Besonderheit, was die Besitzposition angeht, weil der Vordermann hierbei schlicht Besitzdiener ist oder qua antizipiertem Besitzkonstitut für den Hintermann besitzt.

⁴¹⁷ S.o. Kapitel 3 A.III.1.d)cc)(2).

der Gesamtrechtsnachfolge in ein Unternehmen, in welchem Fall der Nießbrauch ausnahmsweise übertragbar ist, § 1059a BGB. Da sie nicht sachenrechtlichen Regeln folgen, ist von ihnen nicht zu erwarten, dass sie sich auf den Gleichlauf von Zeichen und Recht richten.

a) Fälle fehlender Besitzübertragung bei der rechtsgeschäftlichen Übereignung

Es mag der Besitzdogmatik zuwiderlaufen, dass der mittelbare Besitz gemäß § 870 BGB auch durch bloße Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragbar ist, ohne dass der Besitzmittler seinen Mittlungswillen ändern müsste.⁴¹⁸ Fest steht damit allerdings, dass der Besitz nur dann nicht auf den Erwerber übergeht, wenn der Veräußerer ebenfalls kein Besitzer war. Insofern fehlt es zwar am Gleichlauf von Besitz und Eigentum. Die Situation wird aber durch die Übertragung nicht verschlechtert.

Genauso steht es um den Erwerb besitzloser Sachen. Dort genügt ebenfalls die bloße Einigung zur Übereignung.⁴¹⁹ Und auch hier verschlechtert die fehlende Besitzübertragung die Lage nicht.

Beim Geheißerwerb wird die Anweisung der Personen, die nicht an der Lieferung beteiligt sind, diesen als Übergabe zugerechnet, ohne dass sie jemals selbst Besitz an der Sache erwerben.⁴²⁰ Hierdurch fehlt es zwar am Gleichlauf. Indes dauert dieser Mangel nur die juristische Sekunde, die nötig ist, damit das Eigentum entlang der Veräußerungskette übergehen kann; der Gleichlauf setzt also nicht wahrnehmbar aus und sich sogleich wieder fort. Die allgemeine Sicht auf den Gleichlauf im Rahmen des § 929 S. 1 BGB ist so nicht betroffen; und wer als Mittelglied einer solchen Kette erwirbt, verzichtet schlicht für sich auf den Gleichlauf, um Transportkosten zu sparen.

Gemäß § 1250 Abs. 1 S. 1 BGB folgt das Pfandrecht der Forderung, ohne dass die Forderung, wie bei der Hypothek nach § 1154 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB, nur mit Übergabe des Pfandes übertragen werden könnte. Die Motive lehnten eine Parallele zur hypothekarisch gesicherten Forderung ab; sie wollten darüber hinaus einen Schwebezustand zwischen Abtretung und Übergabe vermeiden.⁴²¹ Hierdurch entsteht freilich ein Schwebezustand betreffend den Gleichlauf. Lange währen dürfte er nicht, hat doch der neue Forderungsinhaber ein

⁴¹⁸ Bereits *Hans Wieling*, AcP 184 (1984), 439, 457 nimmt das als „Anomalie“ hin; s. auch *Ernst*, Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, 1992, 282; *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 931 BGB, Rn. 4 hingegen meint, der Besitz werde erst mit Anzeige an den Besitzmittler übertragen, was dem Wortlaut des § 870 BGB widerspricht.

⁴¹⁹ *Avenarius*, JZ 49 (1994), 511.

⁴²⁰ S.o. Kapitel 3 A.I.1.d) sowie auch etwa *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 929 BGB, Rn. 68.

⁴²¹ Motive III, 836.

Interesse auch an der dinglichen Sicherung sowie einen Herausgabeanspruch gemäß § 1251 Abs. 1 BGB.⁴²²

b) Verbindung und Vermischung verhalten sich neutral zum Gleichlauf

Verbindung und Vermischung fördern nicht und schaden nicht dem Gleichlauf von Zeichen und Recht. Die §§ 946, 94 BGB erweitern durch die Verbindung mit einem Grundstück zu einem wesentlichen Bestandteil schlicht das Recht des Grundstückseigentümers, ohne dass es auf seinen Besitz am Grundstück oder den Grundbucheintrag ankäme.⁴²³ Zum Gleichlauf verhält sich dieser Erwerb neutral, weil die Publizitätswirkungen des Grundbucheintrags sich schlicht auf den neuen Grundstücksbestandteil erstrecken. Zeichen und Recht laufen insoweit gleich, wie das auch vorher für das Grundstück ohne verbundene Sache galt. Genauso steht es, wenn Sachen gemäß §§ 947 f. BGB untrennbar verbunden oder vermischt werden. Die Miteigentumsanteile gemäß § 947 Abs. 1 BGB werden unabhängig vom Besitz schlicht nach den vorigen Eigentumsverhältnissen erworben.⁴²⁴ Soweit Eigentum und Besitz an den Bestandteilen parallel liefen, setzt sich der Gleichlauf fort. Erwirbt jemand gemäß § 947 Abs. 2 BGB das Alleineigentum, hat das für die Besitzverhältnisse an der Hauptsache keine Auswirkung; die Nebensache geht schlicht unter.⁴²⁵ Genauso wie das Eigentum werden sonstige Rechte an den Sachen behandelt, § 949 S. 2, 3 BGB.

c) Beim Fruchterwerb fallen Eigentum und Besitz auseinander, wenn ein Bösgläubiger die Frucht trennt

Die §§ 953–955, 956 Abs. 1 Var. 1, 957 Var. 1 BGB lassen ein Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz an der Frucht im Moment des Erwerbs zu, wenn nämlich ein Nicht- und auch nicht gemäß §§ 955 Abs. 1 Var. 2 oder 957 Var. 2 BGB mutmaßlich Berechtigter die Frucht trennt, etwa ein Bösgläubiger oder ein Dieb. Denn die Vorschriften fordern nicht, dass der (mutmaßlich) Berechtigte den Besitz an der Frucht auch ergreift, um zu erwerben. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zu den Tatbeständen der §§ 929 ff. BGB: Dort können Zeichen und Recht auseinanderfallen, weil der Erwerb irgendwie gehindert ist (z.B. mangels Einigung oder wegen Abhandenkommens); es wird aber kein Recht erworben. Hier wird ein Recht zugunsten eines Nichtbesitzers begründet. Diese Lösung erscheint gleichwohl dogmatisch notwendig, geriete man doch andernfalls entweder in eine absolute Publizität und belohnte so auch

⁴²² Zu bedenken ist dabei, dass die Herausgabe des Pfandes nicht unbedingt im Interesse des Zedenten ist, haftet er doch dem Verpfänder wie ein selbstschuldnerischer Bürge, § 1251 Abs. 2 S. 2 BGB. Gegebenenfalls können die Parteien auch eine Besitzmittlung vereinbaren.

⁴²³ Zur Dogmatik der beiden Vorschriften s.o. Kapitel 3 A.III.1.a).

⁴²⁴ S.o. Kapitel 3 A.III.1.b).

⁴²⁵ Zur Nebensache s. sogleich u. Kapitel 4 D.II.2.a).

den Bösgläubigen oder bräche mit dem in § 958 BGB ausgedrückten Grundsatz, dass keine besessene Sache ohne Eigentümer sein kann. Weil aber der Besitzerwerb eines Bösgläubigen nur die Ausnahme bildet, dürfte der Schaden des Auseinanderfallens praktisch nicht schwer wiegen.

d) Weder Fund noch Schatzfund verlangen den Gleichlauf von Eigentum und Besitz

In der Literatur ist umstritten, ob der Funderwerb gemäß § 973 Abs. 1 S. 1 BGB als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal fordert, dass der im Rahmen des § 965 Abs. 1 BGB begründete Besitz des Finders noch andauere.⁴²⁶ Es ist nur Aufgabe dieses Abschnitts, hierzu Stellung zu nehmen, soweit durch das eine oder andere Ergebnis der Gleichlauf von Besitz und Eigentum betroffen ist: Einerseits wäre es dem Gleichlauf zuträglich, könnte nur der Besitzer erwerben. Andererseits dürfte ein fehlender Gleichlauf kaum schaden, weil die Fälle des abermaligen Verlusts der Sache so selten sind, dass es in der Praxis jedenfalls nie zu einem Prozess hierüber kam.⁴²⁷ Betrachten wir den Gleichlauf freilich als dogmatische Forderung, die es im Rahmen des Auslegungsspielraums umzusetzen gilt, wird hieraus ein Argument zugunsten des notwendigen Finderbesitzes;⁴²⁸ es ist allerdings zweifelhaft, ob das genügt, um am Eigentumserwerb aufgrund des Schweigens des Berechtigten zu rütteln. Das Schweigen des Berechtigten bestimmt auch maßgeblich den Eigentumserwerb in § 974 S. 2 BGB.⁴²⁹ Entsprechend fehlt in der Kommentarliteratur auch jede Diskussion um ein ungeschriebenes Besitzerfordernis.⁴³⁰ Die Vorschrift führt zu keinem Gleichlauf von Besitz und Eigentum; praktisch wird der Finder in der Regel beim Erwerb noch Besitzer sein.

Beim Schatzfund nach § 984 BGB ist die Lage ähnlich wie beim Eigentumserwerb des Finders gemäß § 973 Abs. 1 S. 1 BGB: Hier stellt sich die Frage, wie sich das Tatbestandsmerkmal der Inbesitznahme zum Eigentumserwerb verhält. Dem Gleichlauf abträglich ist jedenfalls, dass die Hälfte am Eigentum dem Eigentümer der den Schatz bergenden Sache zusteht. Für die andere Hälfte kommt es darauf an, wie man die Inbesitznahme „infolge der Entdeckung“ versteht. Hier hatten wir gesehen, dass es nicht darauf ankommt, dass der Entde-

⁴²⁶ S. dazu *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 973 BGB, Rn. 1 m.w.N.

⁴²⁷ Diesem Ergebnis zugrunde liegt eine juris-Recherche nach „§ 973 BGB“, Rechtsprechung, Stand: 15.01.2024. Keine der 21 auffindbaren Entscheidungen befasst sich mit dem Erwerb eines Besitzlosen.

⁴²⁸ S. auch *Quantz*, Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, 2005, 143 f., der den Zusammenhang mit Publizität verneint und daher die Einwirkung auf die Sache als Argument für den notwendigen Finderbesitz bemüht.

⁴²⁹ S. zum Schweigen als Umstand beider Erwerbstatbestände ausführlich bereits o. Kapitel 3 A.V.1.b).

⁴³⁰ U.a. der Münchener und J. von Staudingers Kommentar äußern sich hierzu nicht.

cker die Sache birgt.⁴³¹ Damit scheidet ebenfalls für den Schatzfund aus, diesem eine Funktion für den Gleichlauf von Zeichen und Recht zuzuweisen. Freilich ist auch dieser Tatbestand für einen Gleichlauf offen, und der Entdecker wird vielfach auch derjenige sein, der den Schatz anschließend in Besitz nimmt.

e) Gesamtschau: Der Rechtsübergang läuft nur in wenigen Fällen dem Besitz zuwider

Im Großen und Ganzen laufen Recht und Zeichen beim Rechtserwerb parallel – praktisch noch mehr als dogmatisch: Die Tatbestände des rechtsgeschäftlichen Erwerbs fordern überwiegend, dass der Erwerber auch den Besitz erhält; ebenso steht es, wenn eine Frucht nur durch Besitzergreifen erworben wird. Hat ein Veräußerer keinen Besitz an der Sache, verlangt die Übereignung auch keinen Besitz auf Erwerberseite. Genauso neutral zum Besitz verhält sich der Erwerb durch Verbindung oder Vermischung: Hier setzt sich schlicht das Recht an der neuen Sache fort, wie es vorher bestand. Eine Trennung von Eigentum und Besitz als Zwischenstadium erlauben der Geheißerwerb und die Pfandrechtsübertragung. Beim Geheißerwerb besteht diese bloß eine juristische Sekunde, um die Übereignung anhand der Erwerbskette nachzuvollziehen; beim Pfandübergang sind Recht und Besitz solange getrennt, bis der Zedent die Sache herausgibt. Der Fruchterwerb durch den Besitzer der Muttersache gestattet den Eigentumserwerb, obwohl ein anderer Bösgläubiger die Frucht trennt und für sich behält. Auch Fund und Schatzfund erlauben, dass Eigentum und Besitz ab dem Erwerb dauerhaft auseinanderliegen: Der beim Fund erworbene Besitz muss sich nicht bis zum Eigentumserwerb fortsetzen; den Schatz erwirbt nicht zwangsläufig der, der ihn hebt.

Bereits dogmatisch gestatten also nur wenige Tatbestände den Erwerb, bei dem Besitz und Sachenrecht auseinanderlaufen. Auch praktisch dürften solche Fälle selten sein, wo doch normalerweise nicht Bösgläubige Früchte trennen oder der Finder die Fundsache noch vor dem Erwerb wieder verliert. Nur beim Schatzfund ist durch den hälftigen Erwerb der Gleichlauf systematisch durchbrochen; praktisch steht der Schatzfund freilich nicht im Vordergrund.⁴³² Wo Besitz und Sachenrecht bereits auseinanderliegen, zwingen die Erwerbstatbestände nicht, den Gleichlauf wiederherzustellen. Auch diese Fälle dürften in

⁴³¹ S.o. Kapitel 3 A.V.1.c), unter anderem mit Verweis auf BGH, Urteil v. 20.01.1988 – VIII ZR 296/86, BGHZ 103, 101, juris-Rn. 5, wo nicht der Entdecker, sondern die Mitarbeiter des Amts für Vor- und Frühgeschichte den Schatz bargen.

⁴³² Als – unzureichender (s.o. Fn. 404) – Indikator sei hier wieder eine juris-Recherche angeführt: Zu „§ 984 BGB“, Rechtsprechung, ordentliche Gerichtsbarkeit, finden sich bloß 17 Entscheidungen, Stand: 15.01.2024.

der Praxis nicht gerade häufig vorkommen, wie *Avenarius'* Beispiel von der Versteigerung eines sowjetischen Raumfahrzeugs auf dem Mond zeigt.⁴³³

2. Das Erlöschen des Rechts ohne Verlust des Zeichens seitens des vormals Berechtigten

Während wir vorstehend nach dem Gleichlauf von Rechts- und Zeichenerwerb gefragt haben, lässt sich umgekehrt genauso erörtern, inwieweit der Verlust des Zeichens notwendige Bedingung ist, damit das Recht erlischt. Den Verlust zu verlangen, bedeutet zu vermeiden, dass sich jemand weiter unberechtigt auf die Rechtsinhaberschaft eines vormals Berechtigten berufen kann.

Das Fahrnisrecht kennt vier Kategorien des Erlöschens eines Rechts: durch Erwerb eines anderen, durch Aufgabe des Rechts, durch Verlust der Sache und durch Konfusion. Der Gleichlauf bereitet nur in den ersten beiden Kategorien Probleme. Wenn das Recht erlischt, weil die Sache untergeht, stellt sich die Frage des Gleichlaufs nicht mehr.

a) Erlischt ein Recht durch Erwerb eines anderen, verliert der vormals Berechtigte nur bei § 930 BGB das Zeichen nicht

Erwirbt jemand Eigentum mittels §§ 929, 931–934 BGB, verliert der vorige Eigentümer mit dem Erwerb auch stets seinen Besitz.⁴³⁴ Bei § 930 BGB entsteht eine Doppelung des Zeichens, indem der Veräußerer den Erwerber zum Besitzer macht, ohne selbst seinen Besitz aufzugeben. Hier schaden dem Gleichlauf das Nutzungsinteresse des Veräußerers und das Interesse des Erwerbers am Recht. Bei der Übertragung gemäß §§ 929 S. 1, 158 Abs. 1 BGB ist zu bedenken, dass wie auch bei Nießbrauch und Pfandrecht mit der Doppelung des Zeichens eine Doppelung des Rechts einhergeht.⁴³⁵ Die beschränkten dinglichen Rechte Dritter können gemäß § 936 BGB mit dem rechtsgeschäftlichen Eigentumserwerb eines anderen nur erlöschen, wenn der Dritte seinen Besitz verliert. Genauso erlöschen gemäß § 945 BGB die beschränkten dinglichen Rechte Dritter im Rahmen der Ersitzung, wenn nicht der Dritte Besitzmittler des Ersitzers ist und daher analog § 936 Abs. 3 BGB sein Recht behält.⁴³⁶ Erwirbt jemand durch Verbindung oder Vermischung das Alleineigentum an einer Sache, geht die Nebensache unter, § 947 Abs. 2 BGB (gegebenenfalls in Verbindung mit § 948 Abs. 1 BGB). Der Besitz an ihr spielt keine

⁴³³ *Avenarius*, JZ 49 (1994), 511.

⁴³⁴ § 929a Abs. 1 BGB erlaubt, dass Eigentum und Besitz völlig auseinanderlaufen, indem die Parteien schlicht die Übereignung unter Ausschluss der Übergabe vereinbaren. Es ist also nicht einmal ein Besitzkonstitut nötig. Die Vorschrift soll als Nachbildung von § 2 SchRG hier jedoch nicht behandelt werden, s. bereits o. Kapitel 4 D.II.1 bei Fn. 414.

⁴³⁵ Die hieraus folgende mögliche Irritation ist dann auch keine Frage des Gleichlaufs, sondern des eindeutigen Verweises, dazu s.o. Kapitel 4 C.

⁴³⁶ *Brodmann*, in: Planck's Kommentar zum BGB 1933, § 945 BGB, Anm. 1.a).

Rolle mehr. Die Frage nach dem Gleichlauf erledigt sich. Dasselbe gilt gemäß § 949 S. 1 BGB für Drittrechte. Gemäß § 973 Abs. 1 S. 2 BGB erlöschen beim Funderwerb neben dem Eigentum auch sonstige Rechte an der Sache; das Zeichen ist hier bereits verloren, bevor das Recht erlischt. Beim Erlöschen gemäß § 974 S. 2 BGB konnte zwischenzeitlich ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen Finder und Empfangsberechtigtem entstehen, weil der Finder diesen kannte.⁴³⁷ Mit dem Erwerb durch den Finder erlischt denn aber auch jeder mittelbare Besitz.

b) Außer bei der Dereliktion fallen Zeichen und Recht bei der Rechtsaufgabe wenigstens vorübergehend auseinander

Für die Rechtsaufgabe fordert das Fahrnisrecht allein bei der Dereliktion gemäß § 959 BGB die Besitzaufgabe als notwendige Bedingung. Hinreichend ist die Rückgabe zwar beim Pfandrecht gemäß § 1253 Abs. 1 S. 1 BGB; Zweck dessen ist, ein Pfandrecht ohne unmittelbaren Besitz des Pfandgläubigers zu vermeiden.⁴³⁸ Hingegen ist für die Beendigung des Nießbrauchs die Verzichtserklärung des Nießbrauchers gegenüber dem Eigentümer oder Besteller notwendig und hinreichend, § 1064 BGB. Laut den Motiven verlangt das Gesetz die Rückgabe nicht, um das „Prinzip der Verzichtsfreiheit“⁴³⁹ zu wahren, weil sonst der Nießbraucher vom Willen des Eigentümers abhinge.⁴⁴⁰ Es ist zweifelhaft, ob das Risiko, dass der Eigentümer die Entlastung seines Rechts verhindern wollte, irgendein Gewicht hat. Jedenfalls schadet die fehlende Notwendigkeit einer Rückgabe dem Gleichlauf von Rechts- und Besitzverlust; sie dürfte aber deswegen nicht schwer wiegen, weil sich der Eigentümer einer Rückgabe zusammen mit der Erklärung in aller Regel nicht widersetzen wird und der Nießbraucher selbstverständlich zur Rückgabe verpflichtet ist, § 1055 Abs. 1 BGB, wobei es fernliegt, dass er zwar auf den Nießbrauch verzichtet, nicht aber sogleich die Sache zurückgibt. Damit beschränkt sich das Auseinanderfallen allenfalls auf ein Zwischenstadium. Genauso erlischt das Pfandrecht durch bloßen Verzicht des Pfandgläubigers, § 1255 Abs. 1 BGB. Die Motive verweisen hier schlicht auf die Begründung zum Verzicht auf den Nießbrauch.⁴⁴¹ Mit dem Erlöschen entsteht gleichfalls eine Rückgabepflicht gemäß § 1223 Abs. 1 BGB, weshalb auch hier dem Gleichlauf nicht lange geschadet

⁴³⁷ S. etwa *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 965 BGB, Rn. 14 zur Entstehung des Sonderrechtsverhältnisses.

⁴³⁸ *Schäfer*, in: MünchKommBGB 2023, § 1253 BGB, Rn. 1; bereits die Motive III, 839 führten hierzu aus: „Ein solcher Zwang [des Erlöschens] ist um deswillen gerechtfertigt, weil es dem Willen des Gläubigers nicht freigegeben werden kann, einen tatsächlichen Zustand zu schaffen, welcher den Fortbestand des Pfandrechtes verdunkelt.“

⁴³⁹ Dahinter steht schlicht: Wer verzichten will, soll es können.

⁴⁴⁰ Motive III, 531.

⁴⁴¹ Motive III, 838.

sein dürfte. Darüber hinaus erlischt das Pfandrecht, indem die Parteien bei der Forderungsübertragung dessen Übergang ausschließen, § 1250 Abs. 2 BGB. Erstaunlicherweise muss diese Erklärung aber nicht wie beim Verzicht dem Verpfänder oder Eigentümer zugehen.⁴⁴² Die Sache unterliegt hier also wieder den Herausgabeansprüchen von Eigentümer und Verpfänder, sodass der falsche Schein kaum von Dauer sein wird. Allerdings wissen die beiden zunächst nicht, dass das Pfandrecht erloschen ist, sodass der ehemalige Pfandgläubiger den Besitz möglicherweise noch länger nichtberechtigt behält.

Schließlich kennen Pfandrecht und Nießbrauch zwei Sondervorschriften, nach denen die Rechte erlöschen, ohne dass der Besitz untergeht. Diese Vorschriften sind allerdings durch die besondere Natur der beiden Rechte bedingt und daher gegenüber dem fehlenden Gleichlauf wesentlich besser gerechtfertigt als die Rechtsaufgabe durch bloßen Verzicht. Gemäß § 1252 BGB erlischt wegen der Akzessorietät das Pfandrecht zusammen mit der Forderung, für die es besteht. Stirbt der Nießbraucher, erlischt gemäß § 1061 BGB sein Recht wegen dessen Beschränkung auf eine Person⁴⁴³, während der Besitz an der Sache gemäß § 857 BGB auf den Erben übergeht. In beiden Fällen hat der Eigentümer jeweils den oben genannten Herausgabeanspruch, sodass auch hier der Besitz nicht lange ohne Sachenrecht währen dürfte.

c) Bei Tieren erlischt das Eigentum bei Besitzverlust

Einer absoluten Publizität in Sachen Rechtsverlust folgt das Gesetz bei Tieren; hier ist der Besitzverlust notwendig und hinreichend: Der Eigentümer eines Tieres verliert sein Eigentum, sobald das gezähmte Tier nicht mehr zu ihm zurückkehrt, § 960 Abs. 3 BGB, oder er das einmal gefangene wilde Tier nicht verfolgt, §§ 960 Abs. 2, 961 BGB.

d) Erlöschen durch Konfusion betrifft den Gleichlauf nicht

Die Konfusion gemäß § 1063 Abs. 1 BGB oder § 1256 Abs. 1 S. 1 BGB ist für die Frage nach dem Gleichlauf nicht bedeutend, weil hier die Rechtsübertragung bereits über den Gleichlauf entscheidet. Der Unterschied besteht nur darin, dass durch die Konfusion am Ende nicht unbedingt das übertragene Recht mit dem Besitz gleichläuft, sondern, so stets das Eigentum. Überträgt etwa der Pfandgläubiger seine Forderung an den Eigentümer, scheitert der Gleichlauf von Besitz und Recht nicht am Erlöschen des Pfandrechts gemäß § 1256 Abs. 1 S. 1 BGB, sondern daran, dass § 1250 Abs. 1 S. 1 BGB nicht die Übergabe des Pfandes fordert. Übereignet hingegen der Eigentümer an den

⁴⁴² Diesen Widerspruch erörtern weder die Materialien noch der Münchener oder J. von Staudingers Kommentar. Dahinter steht die tiefere Frage, ob der Sachenrechtsverzicht überhaupt einen Adressaten braucht; für eine Antwort ist hier kein Platz.

⁴⁴³ S. dazu *Pohlmann*, in: *MünchKommBGB* 2023, § 1061 BGB, Rn. 1.

Pfandgläubiger, hängt das Erlöschen des Zeichens nur davon ab, ob die Übereignung vom Veräußerer die Besitzaufgabe fordert.

e) Gesamtschau: Nur bei § 930 BGB erlischt das Recht, ohne dass der ehemals Berechtigte letztlich auch das Zeichen verliert

Beim Großteil der rechtsgeschäftlichen und gesetzlichen Erlöschenstatbestände verliert der ehemals Berechtigte das Zeichen gleich zusammen mit dem Recht. Erlischt das Recht im Rahmen von Verbindung oder Vermischung, stellt sich die Frage nach dem Besitz an der vorigen Sache nicht, weil sie untergeht. Erlöschen Nießbrauch oder Pfandrecht durch Verzicht, Tod oder Erfüllung, so fallen Zeichen und Recht hierdurch solange auseinander, bis der ehemals Berechtigte die Sache herausgegeben hat; in den meisten Fällen kennen die Berechtigten das Erlöschen und werden die Sache mutmaßlich schnell herausverlangen. Dem Gleichlauf zuwider läuft die Übertragung durch § 930 BGB. Hier verdoppelt sich das Zeichen, indem der Erwerber auch Besitzer wird, und es ist gerade Zweck des mit der Übereignung verbundenen Geschäfts, dass der Veräußerer auf möglicherweise unbestimmte Zeit unmittelbarer Besitzer der Sache bleibt.

Insgesamt begründen die meisten Vorschriften keinen Schaden für den Gleichlauf des Erlöschens von Recht und Zeichen; § 930 BGB hingegen trübt diesen erheblich: Die Vorschrift wiegt nicht nur dogmatisch schwer, sondern fällt auch praktisch ins Gewicht. Denn Sachen werden häufig zur Sicherung und unter Eigentumsvorbehalt übereignet.

Im österreichischen Recht sind die Mühen um den Gleichlauf von Zeichen und Recht mit Blick auf die Sicherungsübereignung groß. Hier wird argumentiert, das Faustpfandprinzip dürfe nicht umgangen werden.⁴⁴⁴ Infolgedessen sind etwa nicht nur eine eine Sicherungsübereignung mittels Besitzkonstitut unwirksam, sondern auch eine Verarbeitungsklausel, die über den Wert des vom Eigentumsvorbehaltsverkäufer gelieferten Stoff hinausgeht.⁴⁴⁵ Den Eigentumsvorbehalt lässt das österreichische Recht aber dennoch zu, und die wirtschaftlichen Nachteile durch fehlende Sicherungsübereignungen dürften nicht unmerklich sein. Zum französischen Recht ist zu bemerken, dass eine Übertragung zwar bereits mit Vertragsschluss stattfinden mag, Art. 1196 Abs. 1 Cc, eine Drittwirksamkeit indessen erst mit Übergabe besteht, Art. 2276 Abs. 1, 2337 Abs. 2 Var. 1 Cc.

⁴⁴⁴ Iro/Riss, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 14/11.

⁴⁴⁵ Dazu s. etwa Iro/Riss, Sachenrecht, 8. Aufl. 2023, Rn. 6/18.

III. Zusammenfassung: Die Besitzdoppelung durch § 930 BGB und schuldrechtliche Überlassung schwächen den Gleichlauf von Zeichen und Recht erheblich

Der Publizitätsbegünstigte kann sich im Wesentlichen darauf verlassen, dass er keinen Sachenrechtsinhaber ohne Zeichen treffen wird. Er kann sich indes nicht darauf verlassen, dass er einem Sachenrechtsinhaber gegenübersteht, nur weil dieser das Zeichen innehat.

Entgegen der allgemeinen Ansicht in der Literatur scheitert der Gleichlauf von Zeichen und Recht nicht bereits daran, dass der Sachenrechtsinhaber nicht in aller Regel auch unmittelbarer Besitzer ist. Denn im Rahmen der Publizitätswirkungen kann auch der mittelbare Besitz erkennbar sein. Gleichwohl laufen Zeichen und Recht allgemein nicht oft parallel, schon weil es Vertragstypen wie Miete und Leihe gibt. Und es besteht auch kein Interesse daran, hier stets einen Gleichlauf herzustellen, indem man die Besitzdoppelung verböte, weil infolgedessen solche Vertragstypen zugunsten einer absoluten Publizität ausgeschlossen würden.⁴⁴⁶

Auch wenn man den Blick auf das Sachenrecht beschränkt, kann die Herstellung eines Gleichlaufs von Zeichen und Recht kein absolutes Ziel sein, wie am besten § 930 BGB zeigt: Praktisch wird die Vorschrift schlicht dem wirtschaftlichen Interesse an einer Sicherungsübereignung gerecht. Wollte man die Parteien hier sachenrechtlich zum Gleichlauf zwingen, wäre dessen Folge bloß ein unpraktisches sachenrechtliches Hin- und schuldrechtliches Zurückgeben mittels Übereignung nach § 929 S. 1 BGB und anschließender Rücküberlassung.

Abgesehen von diesen schweren, aber durch wirtschaftliche Interessen gerechtfertigten Mängeln bemüht sich das Gesetz im Wesentlichen um den Gleichlauf von Zeichen und Recht sowohl beim Rechtserwerb als auch bei dessen Erlöschen. Bei den meisten Tatbeständen ist notwendige Bedingung, dass das Recht mit dem Zeichen erworben wird oder erlischt;⁴⁴⁷ soweit die Tatbestände das nicht verlangen, ergeben sich drei Gruppen: erstens kann das Schicksal des Besitzes unschädlich sein, weil sich die Tatbestände allgemein neutral zum Besitz verhalten (Erwerb vom Besitzlosen, Verbindung und Vermischung);⁴⁴⁸ zweitens besteht bisweilen ein Zwischenstadium, in dem das Zeichen dem Recht noch folgen muss (Geheißerwerb, manche Tatbestände bei Pfandrecht und Nießbrauch);⁴⁴⁹ selten gestattet das Gesetz einen Erwerb gegen das Zeichen (manche Fälle beim Fruchterwerb, Fund und Schatzfund, § 930 BGB, soweit das Erlöschen des Zeichens betroffen ist).⁴⁵⁰

⁴⁴⁶ S. dazu o. Kapitel 2 C.II.

⁴⁴⁷ S.o. Kapitel 4 D.II.1., 2.a) und c).

⁴⁴⁸ S.o. Kapitel 4 D.II.1.a), b) und 2.a).

⁴⁴⁹ S.o. Kapitel 4 D.II.1.a), 2.a) und b).

⁴⁵⁰ S.o. Kapitel 4 D.II.1.c), d) und 2.a).

Empirisch ist nicht feststellbar, inwieweit die Publizitätswirkungen zugunsten eines Scheins greifen, hinter dem kein Recht steht. Denn weder die Gesamtzahl der betreffenden Handlungen noch die vor Gerichten gelandete Zahl ist irgendwie zu ermitteln.

In der Summe bergen die Schwächen des Gleichlaufs von Zeichen und Recht das Potential, die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen insgesamt niederzuringen, weil das Risiko erheblich ist, nicht dem Berechtigten gegenüberzustehen. Mit dem Besitz als Publizitätsträger sind diese Schwächen auch strukturell nicht zu beheben, weil eine Doppelung des Zeichens wirtschaftlich geboten ist. Als letzte, indes wesentliche Milderung bleibt daher nur die gleichwohl unüberprüfbare Vermutung, dass die Zeicheninhaber ohne (das jeweils fragliche) Sachenrecht die ihnen gegebene Rechtsmacht nicht missbrauchen. So kann der Besitz selbst zwar vielfach fehlleiten. Praktisch verwirklicht sich diese Gefahr allerdings mutmaßlich nur selten. Dafür spricht immerhin, dass Skandale wie FlowTex⁴⁵¹ sich nicht gerade häufen.

E. Gesamtschau: Güte und Mängel bei Rechtfertigung der Publizitätswirkungen

Dieses Kapitel hat anhand der drei Eigenschaften Erkennbarkeit – unterteilt in Drittöffentlichkeit sowie konkrete Erkennbarkeit für den Begünstigten –, Eindeutigkeit und Gleichlauf untersucht, inwiefern die Publizitätswirkungen durch den Rechtsscheinträger Besitz und im Falle der Vollstreckung den Gewahrsam gerechtfertigt sind. Es handelt sich um drei verschiedene Ebenen der Rechtfertigung: Ist das Zeichen erkennbar, rechtfertigt das überhaupt erst die Existenz der jeweiligen Publizitätswirkung, weil andernfalls der Schutz für den Begünstigten bloß zufällig wäre. Verweist das Zeichen eindeutig auf ein Sachenrecht, spricht das in der Abwägung mit den Interessen des Benachteiligten für den Begünstigten.⁴⁵² Je eher Zeichen und Sachenrecht gleichlaufen, desto geringer ist das Grundrisiko, dass der Verkehrsteilnehmer, der sich im Recht wähnt, in Wirklichkeit nur Begünstigter einer Publizitätswirkung ist.⁴⁵³

Bei der Frage nach Erkennbarkeit hat sich zunächst gezeigt, dass der Besitz an sich nicht für jeden betroffenen Dritten erkennbar und damit drittöffentlich ist, weshalb Stimmen in der Literatur den Besitz auch seit jeher als untauglichen Rechtsscheinträger kritisieren. Grund dafür ist, dass der dritte unbeteiligte Verkehrsteilnehmer weder den gegenwärtigen Besitz noch dessen Wechsel si-

⁴⁵¹ S. dazu o. Kapitel 4 A.I.4.a)dd).

⁴⁵² S. zur Erkennbarkeit und Eindeutigkeit o. Kapitel 4 C.VII.

⁴⁵³ S.o. Kapitel 4 D. und D.III.

cher erkennen kann; dass der Besitzwechsel sich irgendwie äußern muss, genügt für eine allgemeine Erkennbarkeit noch nicht.⁴⁵⁴

Gerechtfertigt sind die Publizitätswirkungen hingegen vielfach, aber nicht vollständig durch den Besitz, der dem erkennbar ist, den die jeweilige Wirkung konkret begünstigt. Eine weitergehende Erkennbarkeit zu fordern, würde bedeuten, die Publizitätswirkungen auch denjenigen gegenüber rechtfertigen zu wollen, die gar nicht deren Adressaten sind.⁴⁵⁵ Der Besitz ist jeweils dann erkennbar, wenn der Begünstigte die tatsächliche Gewalt an der Sache (er)hält. Genauso ist der Erkennbarkeit genügt, wenn der Begünstigte oder sein Gehilfe wahrnehmen kann, wie der andere Teil auf die Sache einwirkt, sei es, dass dieser die Sache hält, sei es, dass er sie übergibt oder übergeben lässt.⁴⁵⁶ Fehlen indes sowohl ein Besitz des Begünstigten als auch ein Verhalten des anderen Teils, ist der Besitz nicht zu erkennen. Folglich sind zwar die meisten Erwerbswirkungen durch erkennbaren Besitz gerechtfertigt, nicht aber die Erfüllungswirkung des § 851 BGB, weil im Augenblick der Schädigung der Besitzer nicht durch besonderes Verhalten kenntlich wird.⁴⁵⁷ Bei den Vollstreckungswirkungen beseitigt der Gewahrsam die Hürde des Besitzes, an ein Verhalten des anderen Teils knüpfen zu müssen, weil der Gewahrsam sich allein nach äußeren Merkmalen richtet. Für die Vermutungswirkungen stellt sich in ihrem prozessualen Kernbereich die Frage nach der Erkennbarkeit für den Begünstigten nicht, weil es allein darauf ankommt, ob er seinen Besitz beweisen kann; außerprozessual verläuft die Rechtfertigung parallel zu den Erwerbswirkungen.⁴⁵⁸

Auch bei der Frage danach, ob das erkannte Zeichen jeweils eindeutig auf ein bestimmtes Sachenrecht deutet, erweist sich das Verhalten des mutmaßlich Berechtigten als wesentlich: Macht das Verhalten den Besitz erkennbar, lässt sich im Zuge dessen auch das zugehörige Sachenrecht eindeutig zuordnen. Folglich ist bei den Erwerbswirkungen der Verweis vom Besitz auf ein Sachenrecht stets eindeutig. Bei der Erfüllungswirkung des § 851 BGB setzt sich der Mangel aus der Erkennbarkeit in der Eindeutigkeit fort. Bei § 808 ZPO hingegen liegen Erkennbarkeit und Eindeutigkeit über Kreuz: Weil der Gewahrsam sich nur nach Äußerlichkeiten richtet und gerade nicht vom Parteiverhalten abhängt, fehlt es an der Eindeutigkeit. Was die Vermutungswirkungen betrifft, ist der Verweis jeweils dann eindeutig, wenn jemand sich zu eigenen Gunsten auf ein Sachenrecht beruft, weil er so zugleich seinen Besitz und sein Sachenrecht behauptet.⁴⁵⁹

⁴⁵⁴ S.o. Kapitel 4 A.I.7.

⁴⁵⁵ S.o. Kapitel 4 B.

⁴⁵⁶ S.o. Kapitel 4 B.I.9.

⁴⁵⁷ S.o. Kapitel 4 B.II.1.

⁴⁵⁸ S.o. Kapitel 4 B.V.

⁴⁵⁹ S.o. Kapitel 4 C.VI.

Betreffend den Gleichlauf von Zeichen und Recht hat sich ergeben, dass der Begünstigte sich auf das Zeichen grundsätzlich nicht verlassen kann, um auf das Recht zu schließen. Denn zwar bemühen sich die meisten sachenrechtlichen Übertragungstatbestände um einen Gleichlauf. § 930 BGB einerseits und schuldrechtliche Überlassungen andererseits hingegen vervielfältigen den Besitz, ohne dass damit ein zweites Sachenrecht einhergeht. Wie oft sich ein fehlender Gleichlauf auswirkt, ist allerdings weder klar noch ist es empirisch zu prüfen; gleichwohl steht die Vermutung, dass die Zeicheninhaber die ihnen gegebene Rechtsmacht in der Regel nicht missbrauchen.⁴⁶⁰

Insgesamt zeigt sich, dass die Frage, ob die Publizitätswirkungen gerechtfertigt sind, nicht mit Ja noch mit Nein zu beantworten ist. Denn es gibt weder Gründe, die auf allen untersuchten Rechtfertigungsebenen eindeutig für die Rechtfertigung sprechen, noch wiegen die vorgebrachten Zweifel so schwer, dass sie den Publizitätswirkungen eindeutig die Grundlage entziehen. Es hat sich allerdings gezeigt, dass § 851 BGB (analog) die größten Bedenken gegenüberstehen.

Versuchen wir, das wesentliche Defizit des Publizitätsträgers Besitz zu benennen, ist es wohl dieses: Wer der Sache nähersteht als der Berechtigte, kann leicht einen falschen Rechtsschein erzeugen. Denn er kann ohne Einfluss des in Wahrheit Berechtigten selbst als Berechtigter auftreten. Dabei spielt es keine Rolle, ob er auf den falschen Eindruck zielt oder ihm dieser unterläuft. Das folgende Kapitel erörtert, welche Abhilfen gegen diese Schwierigkeit in Betracht kommen.

⁴⁶⁰ S.o. Kapitel 4 D.III.

Kapitel 5

Ein neuer Rechtsscheinträger für die Publizitätswirkungen?

Das vorige Kapitel hat damit geendet, dass der Besitz als Rechtsscheinträger deswegen mangelhaft ist, weil der mutmaßlich Berechtigte die Besitzverhältnisse leicht beeinflussen kann. Hinzukommen können die Risiken für die Wirksamkeit der Publizitätswirkungen durch Abhandenkommen und bösen Glauben.

Die Gedanken in der Literatur nehmen die oben in Kapitel 4 A.I. festgestellte fehlende Drittöffentlichkeit des Besitzes zum Anlass, den Rechtsscheinatbestand insgesamt zu erweitern oder mehr Verantwortlichkeit des Eigentümers für das Bestehen eines Rechtsscheins zu fordern.¹ *Wiegand* und im Anschluss hieran etwas zurückhaltender *Heinze* wollen Rechtsschein und Gutgläubenserfordernis antiproportional werten: Je geringer der Rechtsschein, desto höhere Anforderungen seien an die Gutgläubigkeit zu stellen.² Generelle Nachforschungspflichten in den Wirtschaftsbereichen anzunehmen, in denen Eigentumsvorbehalt, Sicherungseigentum und Leasing auftreten, sei hingegen verfehlt, weil hierdurch gewöhnliche Miete, Pacht und Leihe benachteiligt werden.³ *De lege ferenda* will etwa *Zweigert* den gutgläubigen Erwerb beschränken auf den Erwerb im Handelsverkehr oder vom Einzelhändler.⁴ *Karner* weist für das österreichische Recht bereits hin auf die Differenzierung zwischen dem Erwerb in öffentlicher Versteigerung und vom Unternehmer einerseits sowie vom Vertrauensmann andererseits.⁵ *Von Lübtow* regt unter anderem an, die Vindikation auf fünf Jahre zu befristen.⁶

¹ Mit der Parallele zum Scheinkaufmann und zur Scheingesellschaft für den Anschein sowie mit eigenem Zurechnungserfordernis *Hübner*, Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955, 89–124; ihm folgend mit Parallelen zum englischen Recht *Giehl*, AcP 161 (1962), 357, 370–379; ähnlich auch *Rebe*, AcP 173 (1973), 186, 193–202; kritisch zu dessen Nutzen *Hager*, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, 243 f.

² *Heinze*, in: Staudinger BGB 2020, § 932 BGB, Rn. 37; *Wiegand*, in: Staudinger BGB 2017, § 932 BGB, Rn. 37; *ders.*, in: Hof/Kummer/Weingart (Hrsg.), Recht und Verhalten, 1994, 183, 194.

³ *Wiegand*, in: Staudinger BGB 2017, § 932 BGB, Rn. 76.

⁴ *Zweigert*, RabelsZ 23 (1958), 1, 16 f.; eine Kritik des deutschen Rechts in diese Richtung bereits bei *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl. 1957, § 68 II 1.

⁵ *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, 2006, 196.

⁶ *von Lübtow*, in: FS FU Berlin 1955, 119, 230–233.

Keinen dieser Vorschläge wollen wir hier näher untersuchen, weil sie den Schutz der Publizitätswirkungen schlicht in die eine oder andere Richtung verschieben. Stattdessen wendet sich dieses Kapitel den bestehenden Mechanismen und Vorschlägen für eine Registrierung von Fahrnis zu und erforscht schließlich, inwieweit sich ein digitales Fahrnisregister im Ansatz sinnvoll umsetzen ließe.

A. Register im geltenden Recht

Dieser Abschnitt untersucht, inwieweit bestehende Register als Vorbild für ein allgemeines digitales Fahrnisregister taugen können. Im Ergebnis ist ihr Gewinn beschränkt, weil bei den mehrheitlich bestehenden Pfandregistern im Vordergrund steht, einerseits festzustellen, dass kein früheres unbekanntes Pfandrecht besteht (negative Publizität), andererseits sich durch die Eintragung einen bestimmten Rang zu sichern. Auf Vorteile wegen eines Rechts, das aus dem Register ersichtlich ist (positive Publizität), kommt es dort in aller Regel nicht an. Indessen knüpfen hieran im Wesentlichen die Publizitätswirkungen. Gleichwohl bleibt denkbar, diese Art von Register für den pfandrechtlichen Teil eines digitalen Fahrnisregisters zu übernehmen.⁷

I. Fahrnisregister im deutschen Recht

Die Registrierung von Rechten an Fahrnis ohne Besitzübertragung kennt das deutsche Recht in drei Fällen: bei Pachtkrediten, Binnenschiffen und Luftfahrzeugen. Während das Pfandrecht nach dem Pachtkreditgesetz (PachtkredG) noch stark ans Fahrnisrecht angelehnt ist und etwa grobe Fahrlässigkeit und Abhandenkommen gemäß § 4 Abs. 1, 3 PachtkredG einen Erwerb verhindern, sind die sachenrechtlichen Regelungen für Binnenschiffe und Luftfahrzeuge weitgehend am Liegenschaftsrecht ausgerichtet. Bemerkenswert ist dabei, dass für eine Einsicht ins Register nicht wie bei § 12 Abs. 1 S. 1 GBO ein berechtigtes Interesse nötig ist.

§ 1 PachtkredG gewährt ein besitzloses Pfandrecht am Inventar eines Pächters, um das Darlehen eines Kreditinstituts zu sichern. Zur Bestellung sind Einigung und Niederlegung des schriftlichen Verpfändungsvertrags beim zuständigen Amtsgericht nötig, § 2 Abs. 1 PachtkredG. § 4 PachtkredG gewährt den gutgläubigen Erwerb wie nach §§ 932–935 BGB, wobei die Übergabe durch die Niederlegung ersetzt ist.⁸ § 936 BGB gilt nicht zulasten des Pfandrechts, außer wenn das Inventarstück innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen

⁷ S. dazu u. Kapitel 5 C.I.

⁸ Hierdurch soll Publizität sichergestellt werden. *Pick*, JR 1927, 43, 45; *Grädler/Zintl*, AUR 2013, 1.

Wirtschaft veräußert wird, § 5 PachtcredG. Die gesicherte Forderung kann auch wirksam übertragen werden, ohne dies dem zuständigen Amtsgericht anzuzeigen; das PachtcredG enthält dafür in § 13 Abs. 1 S. 1 nur eine Soll-Vorschrift.

Das Gesetz über Rechte an eingetragenen Schiffen und Schiffsbauwerken (SchRG) folgt dem Liegenschaftsrecht.⁹ Ist ein Binnenschiff¹⁰ im Schiffsregister eingetragen, kann über Rechte daran nur mittels Einigung und Eintragung verfügt werden, §§ 1, 3 Abs. 1, 8 Abs. 2 SchRG. Eine Verfügung über ein Recht an einem eingetragenen Binnenschiff außerhalb des Registers ist also unwirksam. Das SchRG sieht in § 16 einen Erwerb kraft öffentlichen Glaubens vor. Abhandenkommen schadet nicht. Im Gegensatz zum Grundbuch ist das Schiffsregister öffentlich einsehbar, § 8 Abs. 1 S. 1 Schiffsregisterordnung.

Für Luftfahrzeuge sieht das Gesetz über Rechte an Luftfahrzeugen (LuftfzRG) Registerpfandrechte vor. Im Übrigen gelten für Verfügungen die BGB-Vorschriften des Fahrnisrechts, § 98 Abs. 1 S. 1 LuftfzRG. Für die Bestellung eines Registerpfandrechts muss das Luftfahrzeug in die Luftfahrzeugrolle eingetragen sein, § 1 LuftfzRG. Bei der Luftfahrzeugrolle handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Register für die Verkehrszulassung von Luftfahrzeugen, §§ 2 Abs. 1 S. 1 Luftverkehrsgesetz, 14 Abs. 1 Luftverkehrszulassungsordnung. Ist das Luftfahrzeug in der Rolle eingetragen, kann es auch in das Register für Pfandrechte an Luftfahrzeugen eingetragen werden, § 79 S. 1 LuftfzRG. Bestellt wird das Registerpfandrecht durch Einigung und Eintragung, § 5 Abs. 1 LuftfzRG. Solange ein Luftfahrzeug in der Rolle oder im Register eingetragen ist, kann es nur durch ein Registerpfandrecht belastet werden; ein Werkunternehmerpfandrecht gemäß § 647 BGB entsteht nicht, § 9 LuftfzRG. Das Registerpfandrecht ist akzessorisch wie die Hypothek: § 51 Abs. 1, 2 LuftfzRG entspricht § 1153 BGB. Die Übertragung der Forderung erfolgt wie bei der Buchhypothek durch Einigung und Eintragung, § 51 Abs. 3 LuftfzRG. Im Übrigen ist das Registerpfandrecht dem Liegenschaftsrecht nachempfunden mit Vormerkung, Widerspruch, Erwerb kraft öffentlichen Glaubens und Registerberichtigung, §§ 10–23 LuftfzRG. Auch an einem abhandengekommenen Luftfahrzeug kann ein Registerpfandrecht erworben werden. Das Register ist ebenfalls öffentlich und darf von jedem eingesehen werden, § 85 Abs. 1 S. 1 LuftfzRG.

⁹ Nöll, in: Staudinger BGB 2019, Einl SchiffRG, Rn. 1.

¹⁰ Der Erwerb eingetragener Seeschiffe erfordert eine bloße Einigung, § 2 Abs. 1 SchRG. Er folgt einer anderen Ratio, die hier nicht weiter interessiert. Näher s. Nöll, in: Staudinger BGB 2019, § 2 SchRG, Rn. 6–8.

II. Artikel 9 Uniform Commercial Code

Artikel 9 Uniform Commercial Code (UCC) befasst sich mit Sicherungsgeschäften (*secured transactions*).¹¹ Beim UCC handelt es sich um ein US-amerikanisches Modellgesetz, das nahezu sämtliche Bundesstaaten umgesetzt haben.¹² Artikel 9 UCC statuiert ein einheitliches Pfandrecht (*security interest*).¹³ Die Wirksamkeit eines Pfandrechts unterteilt sich in Bestellung (*attachment*) und Vollendung (*perfection*). Die Bestellung wirkt nur zwischen den Parteien; mit Vollendung ist das Pfandrecht auch gegenüber Dritten durchsetzbar.¹⁴ Der Zeitpunkt der Vollendung entscheidet über den Rang des Pfandrechts; die Kenntnis früherer Bestellungen ist unerheblich.¹⁵ Zur Bestellung muss der Schuldner ein Recht am Sicherungsgut haben, der Gläubiger Kredit gewähren, und die Parteien müssen einen Sicherungsvertrag (*security agreement*) schließen, § 9-203(b). Um das Pfandrecht zu vollenden, muss eine der Parteien regelmäßig bei der zuständigen Behörde des jeweiligen Bundesstaats eine sogenannte Finanzierungserklärung einreichen (*financing statement*), §§ 9-312(a), 9-516.¹⁶ Diese Erklärung muss Sicherungsgeber und -nehmer sowie das Sicherungsgut bezeichnen, § 9-502(a).¹⁷ Das Sicherungsgut muss hierzu vernünftig identifizierbar sein, § 9-504(1). Zur Beschreibung genügt dafür gemäß § 9-108(b) unter anderem eine Liste der betroffenen Sachen, die Angabe der Art der Sachen, ihrer Gattung wie im UCC definiert, ihrer Menge, einer Formel zur Ermittlung (z.B. 50 % des Getreides) oder jede andere Methode, mittels derer die betroffenen Sachen eindeutig zu ermitteln sind.

Die Einreichung der Finanzierungserklärung (*filing*) entspricht keinem Registereintrag. Sie besagt noch wenig über bestehende Kredite oder Pfandrechte. Vielmehr ist ihre Hauptfunktion, den Betroffenen darauf hinzuweisen, wo er weitere Informationen erhalten kann.¹⁸ Die Finanzierungserklärungen sind nach den Namen der Besteller geordnet, § 9-519(c). Sie sind für jedermann öffentlich einsehbar, § 9-523(c).

Hinsichtlich Prioritätskonflikten betreffend vollendete Pfandrechte sieht der UCC folgende Regelungen vor: Pfandrechte nach UCC einschließlich einer Art

¹¹ Verfügbar unter: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9>, Stand: 15.01.2024.

¹² Eine Liste findet sich unter https://www.law.cornell.edu/wex/table_ucc, Stand: 15.01.2024.

¹³ *White/Summers*, White and Summers' Uniform Commercial Code, 6. Aufl. 2010, 1149.

¹⁴ *White/Summers*, White and Summers' Uniform Commercial Code, 6. Aufl. 2010, 1150.

¹⁵ *White/Summers*, White and Summers' Uniform Commercial Code, 6. Aufl. 2010, 1319 f.

¹⁶ Alternativ genügt vielfach die Übergabe, § 9-313(a). Ausnahmsweise geht mit der Bestellung die Vollendung einher, wie etwa beim Verkauf von Verbrauchsgütern unter Eigentumsvorbehalt, § 9-309(1).

¹⁷ Hinzu kommen weitere formelle Voraussetzungen, deren Fehlen aber nicht die Vollendung hindert, s. § 9-516(b).

¹⁸ *White/Summers*, White and Summers' Uniform Commercial Code, 6. Aufl. 2010, 1194.

Eigentumsvorbehalt (*purchase money security interest*)¹⁹ setzen sich stets gegen Pfändungspfandrechte (*lien*) durch, § 9-317(a), (e). Zwischen vollendeten Pfandrechten setzt sich das früher eingereichte durch; auf den Moment der Bestellung kommt es nicht an, § 9-322(a)(1). Eine Ausnahme gilt für den Eigentumsvorbehalt, der sich immer durchsetzt, solange er binnen 20 Tagen seit Übergabe der Sache eingereicht wird, § 9-324(a).

Eine Sonderregel kennt der UCC schließlich noch für den Erwerb vom Sicherungsgeber im gewöhnlichen Geschäftsgang (*buyer in ordinary course of business*): Hier erwirbt der Käufer lastenfrei trotz Vollendung des Pfandrechts und dessen Kenntnis, § 9-320(a). Gemeint ist damit aber nicht, dass der Käufer auch dann lastenfrei erwirbt, wenn er weiß, dass dem Sicherungsgeber die Veräußerungsbefugnis fehlt. Denn § 1-201(b)(9) definiert den Käufer im gewöhnlichen Geschäftsgang unter anderem als Person, die nach Treu und Glauben (*in good faith*) und ohne das Wissen kauft, dass der Kauf die Rechte eines anderen an der Sache verletzt. Was Treu und Glauben zum fehlenden Wissen hinzufügen, bleibt dabei unklar. Die Rechte eines anderen sind jedenfalls nur dann verletzt, wenn dem Sicherungsgeber die Veräußerungsbefugnis fehlt.²⁰

Ist das Pfandrecht noch nicht vollendet, bleibt der lastenfreie Erwerb möglich, wenn der Käufer das Pfandrecht nicht kennt und die Sache ihm geliefert wird, § 9-317(b).

III. Kapstadt-Konvention

Die Kapstadt-Konvention und ihre Protokolle²¹ befassen sich mit Eigentum und Sicherungsrechten an sogenannter beweglicher Ausrüstung. Erfasst sind Flugzeuge, Flugzeugteile, Eisenbahnen, Raketen, Satelliten und andere Raumfahrtanlagen sowie Geräte für Bergbau, Land- und Bauwirtschaft. Die Konvention sucht die Schwierigkeiten zu bewältigen, die durch den in Art. 43 EGBGB niedergelegten, international anerkannten kollisionsrechtlichen Grundsatz verursacht werden, dass für Sachen stets das Recht des Belegenheitsorts (*lex rei sitae*) anwendbar ist. Denn bei diesen zum Großteil grenzüberschreitend eingesetzten Sachen wäre sonst ständig unklar, inwieweit in einem Staat begründete Sicherungsrechte auch andernorts anzuerkennen sind.²² Die Konvention soll die Bonität obiger Güter steigern und deren Finanzierungskosten senken.²³

¹⁹ Näher *White/Summers*, White and Summers' Uniform Commercial Code, 6. Aufl. 2010, 1286–1289.

²⁰ *White/Summers*, White and Summers' Uniform Commercial Code, 6. Aufl. 2010, 1307 f.

²¹ Convention on International Interests in Mobile Equipment vom 16.11.2001 mit Aircraft Protocol vom selben Tag, Rail Protocol vom 23.02.2007, Space Protocol vom 09.03.2012 sowie MAC Protocol vom 22.11.2019.

²² *Kronke*, in: FS Kegel 2002, 33, 34–37; *Creydt*, IPRax 2004, 499, 500 f.

²³ *Gabriel*, Cape Town Convention Journal 4 (2015), 67.

Von Interesse ist hier allein, wie die Sicherungsrechte gehandhabt werden.²⁴ Die Konvention kennt drei Arten von Sicherheiten (*security interests*): Pfandrecht, Eigentumsvorbehalt und Miete (Leasing), Art. 2 Abs. 2. Dass die Miete als Sicherheit eingeschlossen ist, verhindert, dass der Mieter später wirksam eine Sicherheit zulasten des Vermieters bestellt.²⁵ Denn Erwerb einer Sicherheit vom Nichtberechtigten ist möglich, Art. 29 Abs. 2. Damit die Bestellung einer Sicherheit gegen Dritte wirkt, muss sie registriert werden, Art. 29 Abs. 1. Die Registrierung erfordert, dass das jeweilige Sicherungsgut identifizierbar ist. Bei Flugzeugen und Flugzeugteilen sind hierfür Name des Herstellers, Seriennummer und Modellbezeichnung nötig, Art. VII Aircraft Protocol. Für Raumfahrtanlagen legt die Aufsichtsbehörde die Kriterien zur Identifikation fest, Art. XXIX, XXX Space Protocol. Zur Registrierung von Eisenbahnen teilt die Aufsichtsbehörde Identifikationsnummern zu, Art. XIV Rail Protocol. Die vom MAC Protocol erfassten Güter sind mittels Seriennummer und solcher Merkmale zu beschreiben, die ihre Unverwechselbarkeit sicherstellen, Art. XVII MAC Protocol. Reicht eine Partei einen Registrierungsantrag ein, prüft die registerführende Stelle nicht nach, ob die andere dem zugestimmt hat, Art. 18 Abs. 2 Kapstadt-Konvention. Die jeweiligen Register sind öffentlich einsehbar, Art. 22 Abs. 1.²⁶

Die früher registrierte Sicherheit setzt sich gegen die spätere durch, Art. 29 Abs. 1 Kapstadt-Konvention. Es kommt für den Vorrang einer Sicherheit nicht darauf an, ob der Sicherungsnehmer eine nichtregistrierte frühere Sicherheit kennt, Art. 29 Abs. 2 lit. a. Eine registrierte Sicherheit bleibt bei einer Übereignung der Sache bestehen, Art. 29 Abs. 3 lit. a. Zwar sieht die Konvention standardmäßig nicht die Registrierung von Übereignungen vor. Wird allerdings eine Übereignung registriert, erlöschen damit alle nicht registrierten Rechte an der Sache, Art. 29 Abs. 3 lit. b. Soweit sich die im Register eingetragenen Rechte gegen widersprechende, nicht eingetragene durchsetzen, kommt die Registerpublizität daher einer absoluten nahe.²⁷

IV. Französische Register

Das französische Sachenrecht kennt zwei Arten der Pfandrechtsbestellung: mit und ohne Übergabe („*dépossession*“), Art. 2337 Abs. 1, 2 Cc.²⁸ Das Pfandrecht kann Dritten entgegengehalten werden („*opposable aux tiers*“), sobald es pu-

²⁴ Zur Frage der Registerorganisation s. *Cowan*, Cape Town Convention Journal 7 (2018), 21, 23–30.

²⁵ *Deschamps*, Cape Town Convention Journal 2 (2013), 51, 61.

²⁶ Betreffend Sachen, die unter das Aircraft Protocol fallen, s. unter <https://www.internationalregistry.aero/ir-web/>, Stand: 15.01.2024.

²⁷ S. zum Begriff o. Kapitel 2 C.II.

²⁸ Das in den Art. 2351–2353 Cc geregelte Automobilpfandrecht weist keine hier interessierende Besonderheit auf.

bliziert ist, Art. 2337 Abs. 1 Cc. Fehlt die Übergabe, wird das Pfandrecht publiziert, indem es registriert wird, Art. 2338 Cc. Ist das Pfandrecht publiziert, gelingt der gutgläubige lastenfreie Erwerb vom Eigentümer nicht, Art. 2337 Abs. 3 Cc. Eine Ausnahme gilt nach einem Umkehrschluss aus Art. L. 525-7 Abs. 2 Code de commerce für den Erwerb von Werkzeugen und Geräten, wenn hierauf keine Plakette über das Pfandrecht angebracht ist.²⁹

Unter zwei Registerpfandrechten setzt sich das früher registrierte durch, Art. 2340 Abs. 1 Cc. Ist eine Sache bereits mittels Register verpfändet, hindert das nicht die spätere Verpfändung durch Übergabe; auch hier hat das frühere Registerpfandrecht den Vorrang, Art. 2340 Abs. 2 Cc. Für den umgekehrten Fall fehlt eine Vorschrift; hier dürfte sich allerdings das Faustpfand durchsetzen, sofern die Sache vor Registrierung übergeben wurde.³⁰

Die Registrierung ist in einer Rechtsverordnung³¹ geregelt. Die Geschäftsstellen der Handelsgerichte richten dafür in ihren Bezirken Register ein. Die Register sind nach Bestellern geordnet und können elektronisch geführt werden, Art. 1 Abs. 1, 4. Die Registrierung findet auf Antrag des Gläubigers statt, Art. 1 Abs. 1. Der Antrag muss gemäß Art. 2 enthalten: Angaben zur Identifikation von Besteller und Gläubiger; das Datum der Bestellung; die gesicherte Forderung; Angaben zur Identifikation des Sicherungsguts, nämlich Art, Belegenheitsort, gegebenenfalls Marke oder Seriennummer oder im Falle einer Gesamtheit gegenwärtiger oder künftiger Sachen ihre Art, Güte und Menge; die Kategorie von Sachen, zu der das Sicherungsgut gehört. Die Geschäftsstelle muss die Registrierung bestätigen, Art. 3 Abs. 2. Die Registrierung besteht fünf Jahre lang; wird sie dann nicht erneuert, wird sie von Amts wegen gestrichen, Art. 7.

In einer kostenlosen nationalen Datenbank³² ist für jedermann einsehbar, ob Eintragungen in den Registern bestehen, Art. 9 Abs. 1, 3. Dort sind die Namen der Besteller hinterlegt sowie die Kategorie von Sachen, zu der das jeweilige Sicherungsgut gehört, Art. 10 Abs. 1. Ergibt die Suche in der nationalen Datenbank einen Treffer, gibt die Datenbank die Daten der zuständigen Geschäftsstelle aus, um von dort den Registereintrag zu erhalten, Art. 12 Abs. 2.

²⁹ *Crocq*, in: *Répertoire de droit civil* Dalloz, Gage, Juni 2023, Rn. 168.

³⁰ *Bourassin/Brémond*, *Droit des sûretés*, 7. Aufl. 2020, Rn. 1676.

³¹ Décret n°2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession. (Rechtsverordnung Nr. 2006-1804 vom 23. Dezember 2006 zur Anwendung von Artikel 2338 des Code civil und zur Bekanntmachung des Pfandes ohne Besitzübertragung.)

³² Verfügbar unter <https://infogreffe.fr/>, Stand: 15.01.2024.

V. Exkurs: Der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions

Der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (UNCITRAL Guide) aus dem Jahr 2010³³ zielt darauf, Staaten dabei zu unterstützen, ihre Gesetze für Fahrnissicherheiten zu modernisieren.³⁴ In diesem Rahmen stellt der UNCITRAL Guide in einem rechtsvergleichenden Überblick einerseits vor, wie in den Staaten Register organisiert sind, nämlich nach Art der Transaktion, Gläubiger, Besteller, Sicherungsgut.³⁵ Andererseits vergleicht der UNCITRAL Guide mitteilungs- und dokumentenbasierte Registrierung (*notice based and document based registration*): Die Leitidee dokumentenbasierter Registrierung liege darin, dass das Register tatsächlich oder zumindest vermutlich über den Bestand und die Reichweite der im Register aufgeführten Sicherheiten informiere, weil die Prüfung durch die Registerbehörde eine gewisse Verlässlichkeit herstelle.³⁶ Bei mitteilungsbasierter Registrierung hingegen lasse das Register nur erkennen, dass einem Gläubiger möglicherweise eine Sicherheit am genannten Sicherungsgut zustehe, da die Mitteilung nicht geprüft werde.³⁷ Auf dieser Grundlage könne der Dritte dann beim Gläubiger oder Besteller nach den Sicherungsunterlagen fragen.³⁸

Im Ergebnis empfiehlt der UNCITRAL Guide ein zentralisiertes, digitales, mitteilungsbasiertes Register als Mittel für die Drittwirksamkeit von Sicherheiten. Denn hierdurch werde die Registrierungslast von Gläubigern gesenkt und ein hocheffizientes und preiswertes Suchverfahren geboten.³⁹

Einzureichen ist nach dem Vorschlag des UNCITRAL Guide nur eine Mitteilung über die Beteiligten, eine Beschreibung der Sicherheiten sowie gegebenenfalls die gesicherte Forderung und Dauer der Sicherung.⁴⁰ Die Registrierung werde nicht verzögert, indem die Parteien etwa sämtliche Sicherungsunterlagen beibringen müssten. Außerdem müsse die Registerbehörde so keine Unterlagen prüfen.⁴¹

Die Registrierung entscheidet auch über die Rangfolge der Sicherungsrechte.⁴² Freilich genügt die Registrierung für die Drittwirksamkeit nur, wenn

³³ Verfügbar unter https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/legislativeguides/secured_transactions, Stand: 15.01.2024.

³⁴ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, Introduction Rn. 1.

³⁵ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, III. Rn. 29.

³⁶ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, III. Rn. 33, IV. Rn. 11.

³⁷ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, III. Rn. 33, IV. Rn. 12.

³⁸ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, IV. Rn. 18.

³⁹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, III. Rn. 34.

⁴⁰ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, IV. Rn. 12.

⁴¹ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, IV. Rn. 13.

⁴² UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, IV. Rn. 3; dort auch noch einmal zu den Zwecken, die das Register verfolgt.

die Sicherheit auch zwischen den Parteien bestellt ist.⁴³ Das Wissen um eine früher bestellte Sicherheit schadet indessen nicht.⁴⁴

Der UNCITRAL Guide sieht ein vollständig öffentliches Register vor; das heißt, eine Anfrage soll keine Berechtigung erfordern.⁴⁵ Das Register soll anhand der Besteller durchsuchbar sein und auch die Gläubiger angeben, um von ihnen gegebenenfalls weitere Informationen zu erlangen.⁴⁶ Detaillierte Empfehlungen über Aufbau und Funktionsweise eines Pfandregisters finden sich im ergänzenden UNCITRAL Guide on the Implementation of a Security Rights Registry aus dem Jahr 2014.⁴⁷

VI. Zusammenschau: Die Pfandregister verfolgen andere Zwecke als ein allgemeines Sachenrechtsregister

Die Mehrzahl der vorstehend untersuchten und auch das vom UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions (UNCITRAL Guide) empfohlene Register betreffen Sachenrechte nicht allgemein, sondern befassen sich allein mit Pfandrechten. Die Register adressieren dementsprechend auch nicht das im vorigen Kapitel dargelegte Problem, dass der Besitz als Rechtsscheinträger die Publizitätswirkungen nur mit erheblichen Einschränkungen rechtfertigen kann.⁴⁸ Vielmehr zielen sie einerseits wie die Sicherungsübereignung darauf, dass die Sache trotz Belastung für einen Kredit nutzbar bleibt; andererseits informieren die Register potentielle Sicherungsnehmer oder Gläubiger darüber, ob ein ins Auge gefasstes Sicherungs- oder Vollstreckungsgut schon belastet ist, und regeln Rangkonflikte zwischen bestehenden Sicherungsnehmern.

Die bloße Niederlegung des Verpfändungsvertrags nach dem Pachtkreditgesetz erscheint aus dem Blick von Publizität veraltet, weil sie nur unter erheblichem Aufwand einsehbar ist; schon deshalb taugt sie als Vorbild kaum. Die deutschen Register für Binnenschiffe und Pfandrechte an Luftfahrzeugen stehen im Rechtsvergleich allein. Sie orientieren sich am Grundbuch; der Registereintrag ist also schon Voraussetzung für die wirksame Bestellung des Pfandrechts, und das Register liefert eine verlässliche Auskunft über den Stand der Rechte an den eingetragenen Sachen. Die Prüfung durch die Registerbehörde verlangsamt den Rechtserwerb. Das französische Recht, der Uniform Commercial Code (UCC), die Kapstadt-Konvention sowie der UNCITRAL Guide hingegen trennen bereits zwischen Bestellung im Verhältnis der Parteien und Wirksamkeit gegenüber Dritten; daher ist aus dem Register nicht mehr als die

⁴³ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, IV. Rn. 4.

⁴⁴ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, IV. Rn. 5.

⁴⁵ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, IV. Rn. 28.

⁴⁶ UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions, 2010, IV. Rn. 29 f.

⁴⁷ Verfügbar unter https://uncitral.un.org/en/texts/securityinterests/legislativeguides/security_rights_registry, Stand: 15.01.2024.

⁴⁸ S.o. Kapitel 4 E.

Möglichkeit eines Rechts zu entnehmen. Zugleich beschleunigen sie den Registrierungsvorgang, indem einerseits nur eine beschränkte Zahl von Informationen einzureichen ist, andererseits die Registerbehörde wenig oder nichts prüft.

Was die Konkurrenz zwischen Erwerb im und außerhalb des Registers betrifft, so setzt sich ein außerregisterlicher gutgläubiger Erwerber gemäß § 9-320(a) UCC gegen ein Registerpfandrecht durch; die Vorschrift ähnelt § 366 Abs. 1 HGB. Die Ausnahme im französischen Recht für Werkzeug und Ausrüstung, wo eine Plakette über die Verpfändung fehlt, erinnert an § 452 S. 1 ABGB, der ein Zeichen fordert, aus dem jedermann die Verpfändung leicht erfahren kann.⁴⁹ Sie erscheint als altertümlicher Systembruch. Darüber hinaus gilt das Prioritätsprinzip im französischen Recht auch zwischen Faust- und Registerpfandrecht; im Gegensatz zur Kapstadt-Konvention erlischt also eine vorige Belastung nicht mit Drittwirksamkeit des Registerpfandrechts, und umgekehrt lässt sich bei bestehendem Registerpfand noch ein nachrangiges Faustpfand bestellen. Im Übrigen setzen sich drittwirksame Registerpfandrechte gegenüber nicht registrierten Rechten durch.

Anders als das Grundbuch sind sämtliche Register öffentlich einsehbar. Was die Recherche nach Pfandrechten betrifft, so kennen die untersuchten Rechte zwei Grundmodelle: Die deutschen Register und die Kapstadt-Konvention ordnen wie das Grundbuch nach Sachen; diese Register betreffen denn mit Schiffen und Fluggerät auch einzelne große Sachen von hohem Wert. Die übrigen Rechte ordnen nach Besteller. Gerade wenn auch Sachgesamtheiten verpfändet sind, die einzelnen verpfändeten Sachen Verwechslungspotential bergen oder schwer beschreibbar sind, dürfte die Ordnung nach Besteller übersichtlicher sein. Die Datenbanken sind weitgehend zentralisiert; Frankreich sieht eine zentralisierte Datenbank vor, mittels derer man zu den dezentral gelagerten Datensätzen gelangt.

Die ausländischen Register gewähren anders als die deutschen nur einen negativen Publizitätsschutz: Die Registrierung eines Rechts gelingt dort wesentlich schneller, weil ein Antrag nur wenige Angaben erfordert und die Registerbehörde wenig oder nichts prüft. Zwar ist nicht sicher, ob ein eingetragenes Recht besteht; umgekehrt steht aber fest, dass keine Drittwirksamkeit entfalten kann, was nicht eingetragen ist. Es schadet kaum, dass die ausländischen Register insoweit verlässlich nur Schutz dafür gewähren, das Rechte mangels Eintragung nicht wirken. Denn beim Registerpfandrecht geht es nicht um den Erwerb vom Eingetragenen, weil ein Eintrag über die Berechtigung des Bestellers in aller Regel nicht vorgesehen ist. Vielmehr will der Vollstreckungs- oder Sicherungsgläubiger sicherstellen, dass ihm kein Unbekannter zuvorgekommen ist.

⁴⁹ Näher zu dieser Vorschrift s.o. Kapitel 4 A.II.3.

B. Grundlagen für den eigenen Ansatz eines Online-Registers

Dieser Abschnitt bildet die Grundlage eines eigenen Ansatzes für ein Online-Register. Dafür untersucht er zunächst einen Registervorschlag von *Volmer* aus jüngerer Zeit. Dieser setzt darauf, den Registereintrag als zusätzliches Rechtsscheinmerkmal neben die Übergabe der Sache zu stellen. Damit bleibt *Volmers* Vorschlag hinter dem Potential eines Registers zurück, bisherige Rechtsscheinträger zu ersetzen. Danach erläutert dieser Abschnitt die Blockchain als Technik, auf der ein Online-Register aufbauen sollte. Sie ermöglicht nämlich, fälschungssicher zu verfügen, ohne dass eine behördliche Prüfung zwischengeschaltet werden muss. Schließlich folgt ein Blick über das liechtensteinische Gesetz zur Tokenisierung von beweglichen Sachen, das auf der Blockchain-Technik gründet. Die liechtensteinische Blockchain-Lösung krankt daran, dass eine Verfügung gegen die Blockchain offenbar wirksam ist. In der Folge sind Sachen entweder nur noch als Wertanlagen verkehrsfähig, oder der Tokeninhaber wird allein schuldrechtlich geschützt.

I. Volmers Vorschlag für ein Online-Register

1. Inhalt: Der Registereintrag als zusätzliches Rechtsscheinmerkmal für den Erwerb zwischen Privaten

In ihrer Monografie über den Besitz als zeitgemäßen Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb nennt *Volmer* als Alternative zum Besitz als Rechtsscheinträger unter anderem die Einführung eines Registers als zusätzlichen Vertrauenstatbestand.⁵⁰ Dafür solle der Registereintrag als weiterer notwendiger Rechtsscheinträger neben den Besitz treten. Den Nutzen eines freiwilligen Registers wie des Art Loss Registers⁵¹ hält sie für „fraglich“ und will daher ein verpflichtendes Register für bestimmte Arten von Gütern einführen. Sie teilt die Güter grob in drei Klassen: (i) teure Sachen wie Kunst und Schiffe mit geringem Umlauf, die in amtlich geführte Register eingetragen oder durch Legitimationszertifikate ausgewiesen werden; (ii) günstigere Sachen, die in einem Internetregister geführt werden, das mittels QR-Code an der Sache zugänglich ist; (iii) die übrigen Sachen, die nicht teuer oder nicht individualisierbar sind und deren Registrierung daher nicht lohnt.⁵² Mangels Registrierung bleibt die dritte Klasse hier außen vor.

⁵⁰ *Volmer*, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, 2018, 154, dort auch die beiden anderen Vorschläge einer abgestuften Gutgläubigkeit und einer Änderung der §§ 932–934 BGB.

⁵¹ <https://www.artloss.com/>, nach eigenen Angaben enthält das Register über 700.000 Einträge und erhält jährlich über 450.000 Suchanfragen (im Jahr 2021 noch 400.000), was im Verhältnis allerdings durchaus wenig erscheint, Stand: 15.01.2024.

⁵² *Volmer*, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, 2018, 156–159.

(i) *Volmer* will sich hier bestehende öffentlich-rechtliche Berechtigungsbescheinigungen wie den Kfz-Brief zunutze machen, um im Rahmen eines erweiterten Rechtsscheintatbestands die behördliche Eintragung im Papier als Eigentümer zur Erwerbsvoraussetzung zu machen.⁵³ Aus ihren Ausführungen wird indes nicht deutlich, warum nun gewinnbringend ist, den Kfz-Brief vom Erfordernis der Gutgläubigkeit zum Rechtsscheinmerkmal zu erhärten. Auch ist nicht recht verständlich, warum *Volmer* nicht auch hier ein Online-Register fordert, das die öffentlich-rechtlichen Berechtigungen zeigt, wo sie doch im Übrigen auf ein solches Register setzt.

(ii) Dieser Vorschlag eines Online-Registers soll nur im Privatrechtsverkehr gelten, nicht auch zwischen Kaufleuten.⁵⁴ Technisch hält *Volmer* für günstigere Sachen eine Kombination aus vom Hersteller zugewiesener Seriennummer und QR-Code für vorzugswürdig, um hierüber mittels Smartphone auf eine Datenbank zu gelangen, die weitere Informationen preisgibt.⁵⁵ Der QR-Code erscheint in diesem Vorgang austauschbar, weil er nur den Zugang zum Online-Register schafft, der auch anders hergestellt werden könnte. Betreffend die Führung des Registers hält *Volmer* entweder für möglich, dass die Hersteller ursprünglich die relevanten Daten ins Register eintragen und eine Behörde beaufsichtigt oder dass das Register umfassend behördlich verwaltet wird.⁵⁶ Alternativ erwägt sie die Verwaltung mittels Blockchain.⁵⁷

Als Registerinhalt will *Volmer* die Seriennummer der Sache sowie „alle weiteren relevanten Informationen“ aufnehmen. Wohl mit Blick auf den Grundsatz der Datenminimierung in Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO will sie nicht die gesamte Erwerberkette im Register stehen lassen oder jedenfalls nicht anzeigen. Eine Verfügung stellt sich *Volmer* daher wie folgt vor: Bei der ersten Veräußerung lasse der kaufmännische Händler den ersten privaten Erwerber als Eigentümer unter Angabe von Seriennummer und QR-Code eintragen. Bei jedem weiteren Erwerb müsse sich der Veräußerer doppelt legitimieren: Einerseits müsse er dem Erwerber ermöglichen, seine Eintragung zu prüfen, indem er diesen einsehen lasse, ob eine Sache auf ihn registriert sei. Andererseits müsse er die Veräußerung anschließend der Behörde anzeigen.⁵⁸

⁵³ *Volmer*, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, 2018, 158 f.

⁵⁴ *Volmer*, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, 2018, 172 f.

⁵⁵ *Volmer*, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, 2018, 159.

⁵⁶ *Volmer*, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, 2018, 163. Wie in der ersten Variante weiter verwaltet werden solle, legt sie nicht dar.

⁵⁷ *Volmer*, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, 2018, 165–168. Zur Blockchain als technischer Grundlage s.u. Kapitel 5 B.II.

⁵⁸ *Volmer*, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, 2018, 163–165.

Rechtlich will *Volmer* sich am Handelsregister und Grundbuch orientieren. Die Eintragung solle nur deklaratorisch sein, der gutgläubige Erwerb sich weiter nach den §§ 932–935 BGB richten, erweitert um das Merkmal des Registereintrags. Hierzu sei der gute Glaube durch Einsicht ins Register positiv festzustellen. Dem mittelbaren Besitz versagt *Volmer* die Rechtsscheinwirkung und will diesen Mangel auch nicht durch das Register ausgleichen, weil sonst die Kernideen ihrer Lösung ausgehöhlt würden, nämlich Sichtbarkeit der Sache, Einscannen des QR-Codes und deren tatsächliche Übergabe. Neben den um einen Registereintrag ergänzten §§ 929 ff. BGB will *Volmer* ein Registrierungsgesetz einführen, das die betroffenen Sachen auflistet. Für den Übergang in ein System mit Registrierung schlägt sie eine Frist von zehn bis fünfzehn Jahren vor, weil sie es für zu teuer hält, bereits im Umlauf befindliche Sachen mit QR-Codes auszustatten und nachträglich zu registrieren.⁵⁹

2. Bewertung: Das Potential des Registers, den Besitz als Rechtsscheinträger zu ersetzen, bleibt unausgeschöpft

An *Volmers* Registervorschlag ist eine Reihe von Punkten bemerkenswert: Erstens liegt es näher, keine Drei-, sondern nur eine Zweiteilung vorzunehmen in solche Sachen, die registrierbar sind, und solche, bei denen Registrierung der Sachenrechte nicht lohnt. Dabei ist zu beachten, dass zur einen, registrierbaren Gruppe auch Sachen gehören können, die sich zwar nicht ohne weiteres durch Seriennummern individualisieren lassen, aber immerhin mittels entsprechender Beschreibung oder fälschungssicherer Aufkleber,⁶⁰ etwa Diamanten oder Gemälde. An der anderen, nicht sinnvoll registrierbaren Gruppe lassen sich immerhin noch Registerpfandrechte bestellen, wie die beispielhaft besprochenen Pfandregister zeigen.⁶¹ Diese Verwendungsmöglichkeit des Registers hat *Volmer* nicht erwogen, weil sich ihre Untersuchung von vornherein nur auf den gutgläubigen Erwerb erstreckt hat; bietet ein Register aber Vorteile für die Anzeige des Eigentums, können diese Vorteile genauso für beschränkte Sachenrechte gelten.

Zweitens ist plausibel, dass die Hersteller von Sachen mit Seriennummer diese auch gleich ins Register aufnehmen, einerseits weil sie den wenigsten Verwaltungsaufwand damit haben dürften, da die Registrierung nach entsprechender Programmierung automatisiert ablaufen kann, andererseits weil bei ihnen verlässlich sein dürfte, dass sie sich oder den Hersteller im Sinne des § 950 Abs. 1 BGB⁶² korrekt als Eigentümer registrieren. Besteht ein solcher

⁵⁹ *Volmer*, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, 2018, 168–171.

⁶⁰ S. dazu etwa die Lösungen des Unternehmens Everledger, verfügbar unter: <https://everledger.io/>, Stand: 15.01.2024.

⁶¹ S.o. Kapitel 5 A.VI.

⁶² Zur Kritik an und Auslegung der Vorschrift s.o. Kapitel 3 A.III.1.d)cc).

übergeordneter Hersteller, erscheint außerdem möglich, die Verfügungsermächtigung des Fertigers ins Register aufzunehmen, deren Widerruf als Übertragungssperre wirken würde.

Drittens wäre es hinderlich für die Schnelligkeit des Registers, gehörte zu dessen Verwaltung durch eine Behörde auch die vorige Prüfung von Transaktionen zwischen Verkehrsteilnehmern. Vielmehr müssen diese unmittelbar allein nach ihrem Willen über Sachen verfügen können. Grundlage dessen muss eine programmierte Anwendung sein, deren Ergebnisse fälschungssicher sind. Hierin eingreifen darf eine Behörde nur im Ausnahmefall.

Statt dem von *Volmer* vorgestellten liegt daher ein anderer Registrierungsprozess nahe: Das Sachenrecht wird schlicht vom Konto des Veräußerers auf das des Erwerbers überschrieben. Wer nicht überschreiben kann, hat offenbar keine Verfügungsmacht. Die gesonderte Anzeige an die Behörde entfällt.

Zugleich ist der von ihr genannte Gesichtspunkt des Datenschutzes wichtig: Das Register sollte so beschaffen sein, dass grundsätzlich nur mit Freischaltung durch den Rechtsinhaber Informationen einsehbar sind, die über die Registrierung einer Sache im Register hinausgehen, um zu verhindern, dass der Staat oder Dritte das Register ausforschen.

Viertens schadet die Summe der von *Volmer* aufgestellten, zum Erwerb notwendigen drei Rechtsscheinmerkmale Sichtbarkeit der Sache, Scan des QR-Codes und tatsächliche Übergabe. Denn einerseits wird der gutgläubige Erwerb vom mittelbaren Besitzer damit ausgeschlossen. So entstehen für den Verkehr umfangreiche Prüfpflichten. Andererseits tilgt *Volmer* damit gerade den Vorteil des Registers, dass Sachenrechte unabhängig von den Besitzverhältnissen angezeigt werden. Näher liegt stattdessen, bei Registrierung die Übertragung ähnlich dem § 873 Abs. 1 BGB an Einigung und Überschreibung zu knüpfen. Gelingt so eine einfache Übertragung mittels Register, ist nicht nur die von *Volmer* kritisierte Schwäche des mittelbaren Besitzes hinfällig, sondern zugleich die Grundlage geschaffen, den gutgläubigen Erwerb auch zuzulassen, wenn gemäß §§ 930, 933 BGB ohne Übergabe übereignet wird.

Spätestens wenn die vorstehenden Punkte beim Entwurf eines Registermodells bedacht sind, ist fünftens endgültig nicht mehr nachvollziehbar, warum das Register sich auf den Verkehr betreffend Private beschränken sollte. Dem rein unternehmerischen Verkehr nützen ebenfalls die Sicherheit und der erweiterte Gutgläubenserwerb eines Registers; hinzu kommt die Möglichkeit, Registerpfandrechte auch an nicht individualisierbaren Sachen wie Materialien oder Rohstoffen zu bestellen.

Zuletzt begegnen *Volmers* Ausführungen zwei praktischen Problemen. Das eine betrifft die Unsicherheit darüber, ob eine Sache registriert ist: Manche Fahrnis lässt sich nicht sinnvoll registrieren, vor allem Sachen von kurzer Lebensdauer oder geringem Wert. Hier ist eindeutig, dass ein Blick ins Register erfolglos sein wird. Bei anderen Sachen ist die Registrierung zwar möglich, aber vielleicht nicht lohnend, weil die Sachen weder wertvoll sind noch häufig

gestohlen werden. Hier kann die Einschätzung der Verkehrsteilnehmer schwanken. In der Folge mag es Kategorien von Fahrnis geben, bei denen manche Sachen registriert sind, andere nicht. Das führte in allen Grenzkategorien immer zur Notwendigkeit sicherzustellen, dass eine Sache nicht im Register eingetragen ist, und verlangsamte die Veräußerung. Möglicherweise misslänge auch die Veräußerung ganz, weil die Parteien übersehen, dass die Sache registriert ist. *Volmer* mildert dieses Problem zulasten der Privatautonomie und zugunsten der Rechtssicherheit, indem sie in einem Registergesetz Kategorien von Sachen bestimmen lassen will, die registriert werden müssen. So beschränkt sich das Verkehrshindernis auf Fälle, in denen die Parteien übersehen, dass die betreffende Sache registerpflichtig und tatsächlich eingetragen ist.

Das andere praktische Problem betrifft die Frage, wie der Übergang von einem Fahrnisrecht ohne Register in eines mit Register verlaufen kann. *Volmer* will hierfür eine lange Übergangszeit von zehn bis fünfzehn Jahren gewähren, weil sie eine nachträgliche Registrierung für zu teuer hält. Verzichtet man auf den von ihr vorgeschlagenen QR-Code und enthalten Sachen bereits Seriennummern, wiegt ihr Kostenbedenken nicht mehr schwer.

Es bleibt aber die Frage, ob sich in der Übergangszeit die Publizitätswirkungen im oder außerhalb des Registers durchsetzen, sobald eine Sache eingetragen ist. Triumphieren die Publizitätswirkungen außerhalb des Registers, ist der Anreiz zur Registrierung gering, bis die Übergangszeit vorüber ist. Hierdurch würde im Ergebnis nur der Übergang bis zum Stichtag verzögert. Setzt sich hingegen das Register durch, ist der Anreiz zur schnellen Eintragung hoch. Denn allein so ist die Gefahr zu vermeiden, dass ein anderer missbräuchlich registriert und anschließend etwa wirksam veräußert, ohne dass der wahre Rechtsinhaber rechtzeitig registerförmige Schutzrechte geltend macht, weil er die Eintragung nicht kennt. Ein Mittelweg mildert beide Nöte: Die Übergangszeit setzt einen Stichtag in wenigen Jahren fest, ab dem die Registerübertragung Vorrang hat. Bis dahin schlagen die herkömmlichen Publizitätswirkungen. Ab dem Stichtag bleibt dem wahren Berechtigten jeweils für gewisse Zeit auch ein nachträgliches Widerspruchsrecht bis zu einem weiteren Stichtag. Erst ab dem zweiten Stichtag ist er auf die eigentlichen registerförmigen Schutzrechte beschränkt.

II. Die Blockchain als technische Grundlage eines Online-Registers

Wie eben gesehen, ist ein Online-Register für den Verkehr von Fahrnis nur dann ausreichend schnell, wenn eine behördliche Prüfung der Verfügungen entfällt, diese zugleich aber fälschungssicher sind. Das technische Mittel dafür bietet die Blockchain.

1. Funktionsweise der Blockchain

Die Blockchain geht zurück auf das White Paper über die Kryptowährung Bitcoin von *Satoshi Nakamoto*.⁶³ Das von *Nakamoto* vorgeschlagene System ermöglicht elektronische Bezahlung ohne Finanzinstitute als Intermediäre, das heißt ohne einen vertrauenswürdigen Dritten, der prüft, ob Zahlungen rechtmäßig sind. Das hierdurch entstehende Problem mehrfacher Ausgabe (*double spending problem*) bewältigt das System, indem es einen Zeitstempel im Rahmen eines Netzwerks gleichberechtigter Rechner (*peer-to-peer Network*) vorsieht, der die Reihenfolge von Transaktionen durch entsprechenden Rechenaufwand nachweist. Ein Zeitstempel lässt sich nur dann fälschen, wenn der Fälscher mehr Rechenleistung erbringt als alle übrigen Teilnehmer des Netzwerks (sogenannte 51 %-Attacke).⁶⁴

Die Blockchain arbeitet mit einer Kombination aus privaten und öffentlichen Schlüsseln. Diese dienen dazu, die Urheberschaft von Transaktionen sicherzustellen. Mit dem geheimen privaten Schlüssel lässt sich die Transaktion vom Urheber signieren. Mit dem allgemein zugänglichen öffentlichen Schlüssel lässt sich die Urheberschaft bestätigen. Die Schlüssel funktionieren gemeinsam also wie eine Unterschrift und deren Prüfung durch einen Sachverständigen. Die einzelne digitale Münze wird so zu einer Kette digitaler Signaturen; ihre Herkunft ist nachweisbar.⁶⁵ Zugleich lassen sich aber die Teilnehmer der Transaktionen geheim halten, indem der öffentliche Schlüssel nicht auf die Identität des Urhebers schließen lässt.⁶⁶

Weiter nutzt die Blockchain sogenannte sichere Hash-Algorithmen, konkret den *Secure-Hash-Algorithm-256 (SHA-256)*. Dabei handelt es sich um einen Algorithmus mit 2^{256} möglichen Ergebnissen, der jeder beliebigen Zeichenfolge einen unvorhersehbaren Wert zuweist, wie folgendes im Hexadezimalsystem ausgedrücktes Beispiel zeigt:

⁶³ *Nakamoto*, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2009, <https://bitcoin.org/de/bitcoin-paper>, Stand: 15.01.2024.

⁶⁴ *Nakamoto*, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2009, <https://bitcoin.org/de/bitcoin-paper>, 1–2, 6–7, Stand: 15.01.2024.

⁶⁵ *Nakamoto*, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2009, <https://bitcoin.org/de/bitcoin-paper>, 2, Stand: 15.01.2024; mit einem Beispiel *Cox*, in: Rasmussen/Cox (Hrsg.), *Blockchain for business lawyers*, 2018, 1, 3 f.

⁶⁶ *Nakamoto*, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2009, <https://bitcoin.org/de/bitcoin-paper>, 6, Stand: 15.01.2024.

Eingabe	SHA-256-Wert
Publizitaet	4fbc1f3475c8346272240771e8fc66653e022a4bc6f01e1815f64a7917728af4
Publizitaet1	ae20919957c8e14b06146013da985ed93f38c903f9f3795cbba3575e936f2e87
Publizitaet2	34421d1884f607ee9f3a2b06736f84502f22450faf2fee996e204e02c9fcbf20

Der Hash-Algorithmus dient dazu, den Rechenaufwand zu erbringen, um Fälschungen zu verhindern. Dazu werden im ersten Schritt der SHA-256-Wert des vorigen Blocks und die im Block enthaltenen Transaktionen zusammengefasst. Im zweiten Schritt wird der Arbeitsnachweis (*proof of work*) dadurch erbracht, dass ein Hash-Wert für den Block erzeugt wird, der nach den Vorgaben des Systems ausreichend niedrig ist. Dafür wird dem Blockinhalt eine Zahl nachgestellt, die allerdings nur durch Ausprobieren zu finden ist. Wie das Beispiel zeigt, sind nämlich die Ergebnisse nicht vorhersehbar. Ist durch viele Schritte des Ausprobierens eine entsprechende Zahl gefunden, können die anderen Rechner im Netzwerk in einem einzigen Schritt nachprüfen, ob die Zahl den Systemvorgaben an den niedrigen Hash-Wert entspricht.⁶⁷

2. Token und sogenannte Smart Contracts

Die Anwendung der Blockchain ist indes nicht auf Bitcoin beschränkt. Wie Vitalik Buterin in seinem Ethereum White Paper⁶⁸ festgehalten hat, können die digitalen Vermögenswerte in der Blockchain auch anderweitig genutzt werden, z.B. um Rechte an Sachen zu repräsentieren. Dann werden sie als Token bezeichnet.⁶⁹

Darüber hinaus bietet die Blockchain mit dem von Buterin eingeführten System Ethereum die Möglichkeit, neben der bloßen Übertragung von Münzen Vorgänge zu programmieren und so sich selbst abwickelnde Verträge zu schaffen, sogenannte *Smart Contracts*.⁷⁰ Beispielsweise lässt sich ein Kauf unter Eigentumsvorbehalt auf der Blockchain derart umsetzen, dass über die Blockchain gezahlt wird und so die verbleibende Kaufpreisforderung und der Wert der Anwartschaft jeweils unmittelbar ersichtlich sind. Genauso kann bei einem

⁶⁷ Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, 2009, <https://bitcoin.org/de/bitcoin-paper>, 3, Stand: 15.01.2024; Cox, in: Rasmussen/Cox (Hrsg.), Blockchain for business lawyers, 2018, 1, 7–9.

⁶⁸ Buterin, Ethereum White Paper, https://ethereum.org/content/whitepaper/whitepaper-pdf/Ethereum_Whitepaper_-_Buterin_2014.pdf, Stand: 08.02.2024.

⁶⁹ Buterin, Ethereum White Paper, https://ethereum.org/content/whitepaper/whitepaper-pdf/Ethereum_Whitepaper_-_Buterin_2014.pdf, Stand: 08.02.2024. S. dazu auch sogleich u. Kapitel 5 B.III.

⁷⁰ Buterin, Ethereum White Paper, https://ethereum.org/content/whitepaper/whitepaper-pdf/Ethereum_Whitepaper_-_Buterin_2014.pdf, 13, Stand: 08.02.2024.

verlängerten Eigentumsvorbehalt der vom Dritten an den Käufer gezahlte Preis sofort und nur bis zur Höhe der Forderung des Verkäufers unmittelbar an diesen ausgekehrt werden.

3. Ethereum Upgrade von Proof of Work zu Proof of Stake

Am 15. September 2022 wurde nach einer zweijährigen Testphase die sogenannte *Beacon Chain* (zu Deutsch etwa: Signalkette) auf Ethereum gelegt. Das Herzstück dieser Verschmelzung (*merge*) bildet ein Nachweisverfahren für die Bildung neuer Blöcke, das auf Konsens basiert (*proof of stake*) und nicht auf Arbeit (*proof of work*). Weil dieses Konsenssystem nicht mehr auf möglichst hohe Rechenleistung setzt, sinkt der Energieverbrauch des Netzwerks nach Angabe der Ethereum community um 99,95 %.⁷¹ Während das Netzwerk zuvor mit 112 Terawattstunden pro Jahr etwa 20 % mehr Energie verbrauchte als Netflix weltweit (94 TWh/a)⁷², soll der neue Verbrauch nur noch bei 0,01 TWh/a liegen; zum Vergleich: PayPal verbrauchte 2021 knapp 0,26 TWh.^{73, 74}

Das Konsenssystem funktioniert spieltheoretisch: Wer Prüfer (*validator*) der Blockchain werden will, muss 32 Währungseinheiten (ETH) hinterlegen, die 32 Stimmen entsprechen. Wer dann mit der Mehrheit für einen neuen Block stimmt, erhält eine kleine Gebühr, wie eine Dividende. Wer nicht oder gegen die Mehrheit abstimmt, wird bestraft und verliert ETH. Die Höhe der Einbuße hängt von der Zeit ab, die der Prüfer nicht (mit der Mehrheit) abstimmt, und der Anzahl derjenigen, die ebenfalls gegen die Mehrheit stimmen; je höher sie ist, desto größer die Strafe. Diese Maßnahmen dienen unter anderem dazu, eine 51 %-Attacke unattraktiv zu machen, weil der Angreifer viel ETH kaufen und beim Scheitern fürchten muss, seinen gesamten Einsatz zu verlieren.⁷⁵

4. Nachteile und Risiken der Blockchain

Offensichtlich nachteilig ist die Blockchain gegenüber herkömmlichen Büchern und Registern, weil sie dezentral organisiert ist: Sie benötigt mehr Platz, da sämtliche Teilnehmer des Netzwerks sie speichern müssen; Fälschungssi-

⁷¹ Ethereum. The Merge, <https://ethereum.org/en/roadmap/merge>, Stand: 15.01.2024.

⁷² Die Güte dieser Zahl ist umstritten; die Angabe von Ethereum.org beruht auf einer Studie von The Shift Project für das Jahr 2018. Netflix selbst gibt seinen Energieverbrauch für 2021 mit etwa 0,16 TWh/a an, Netflix, Environmental Social Governance Report 2021, https://s22.q4cdn.com/959853165/files/doc_downloads/2022/03/30/2021-SASB-Report-FINAL.pdf, 3, Stand: 15.01.2024.

⁷³ PayPal, Global Impact Report 2021, https://s202.q4cdn.com/805890769/files/doc_downloads/global-impact/PayPal-2021-Global-Impact-Report.pdf, 31, Stand: 15.01.2024.

⁷⁴ Ethereum. Energy Consumption, <https://ethereum.org/en/energy-consumption/>, Stand: 15.01.2024.

⁷⁵ Ethereum. Proof-of-stake (PoS), <https://ethereum.org/en/developers/docs/consensus-mechanisms/pos/>, Stand: 15.01.2024.

cherheit durch einen Arbeitsnachweis zu erzeugen, verbraucht mehr Energie, als Transaktionen bloß durch einen vertrauenswürdigen Akteur prüfen zu lassen.⁷⁶ Dieser Nachteil ist indes durch das jüngere *proof-of-stake*-Verfahren erheblich gemindert.⁷⁷

Neben dem bereits erwähnten Risiko einer 51 %-Attacke besteht die Gefahr des Diebstahls privater Schlüssel, wodurch Hacker sich selbst Kryptowährungen übertragen können. Solche Angriffe lassen sich bekämpfen, indem man die Blockchain vor dem Block abzweigt, mit dem der Angriff stattgefunden hat (sogenannte *Fork*). Das lohnt allerdings nur, wenn der Diebstahl groß genug war, weil durch eine solche Gabelung sämtliche Transaktionen zurückgesetzt werden.⁷⁸ Bei einem Register, in dem Token Sachenrechte bezeichnen, ist freilich der Anreiz zum Angriff schon deswegen geringer, da mit der bloßen Inhaberschaft des Tokens noch kein Bezug zur tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Sache besteht. Konkret: Wer den Token für sich vereinnahmt, weiß noch nicht, wo die Sache liegt und von wem er sie herausverlangen müsste, selbst wenn schon der Diebstahl des Tokens genügte, um ein Recht an der Sache zu begründen.⁷⁹

Auch datenschutzrechtlich schafft die Blockchain Schwierigkeiten, etwa weil wegen der öffentlichen Schlüssel jedenfalls mittelbar festgestellt werden kann, wer an Übertragungen beteiligt war, oder etwa weil zu prüfen ist, ob jeder Netzwerkteilnehmer als Verantwortlicher für die Datenverarbeitung im Sinne des Art. 4 Nr. 7 DSGVO anzusehen ist.⁸⁰

III. Das Liechtensteiner Gesetz über Token und VT-Dienstleister

Mit Wirkung vom 1. Januar 2020 hat das Fürstentum Liechtenstein ein Gesetz über die Tokenisierung unter anderem von Fahrnis erlassen, das Token- und VT-Dienstleister-Gesetz (TVTG).⁸¹ VT steht für vertrauenswürdige Technologien. Nach dem TVTG lassen sich Rechte an beweglichen Sachen, beispiels-

⁷⁶ Cox, in: Rasmussen/Cox (Hrsg.), *Blockchain for business lawyers*, 2018, 1, 22.

⁷⁷ Für ein anderes Projekt einer sogenannten grünen Blockchain s. etwa XRPL Ledger Overview, <https://xrpl.org/xrp-ledger-overview.html>, Stand: 15.01.2024.

⁷⁸ Johnson/Jain/Martinez, in: Rasmussen/Cox (Hrsg.), *Blockchain for business lawyers*, 2018, 117, 117–122.

⁷⁹ Zur Frage des Abhandenkommens des Tokens als Erwerbshindernis s.u. Kapitel 5 C.II.3.b)bb).

⁸⁰ Johnson/Jain/Martinez, in: Rasmussen/Cox (Hrsg.), *Blockchain for business lawyers*, 2018, 117, 122–125.

⁸¹ Gesetz vom 3. Oktober 2019 über Token und VT-Dienstleister, Liechtensteinisches Landesgesetzblatt 2019.301: 950.6, verfügbar unter: <https://www.gesetze.li/konso/pdf/2019.301>, Stand: 15.01.2024. Überblick bei Sandner, *Liechtenstein Blockchain Act: How can nearly any right and therefore any asset be tokenized based on the Token Container Model?*, <https://philippsandner.medium.com/liechtenstein-blockchain-act-how-can-nearly-any-right-and-therefore-any-asset-be-tokenized-based-389fc9f039b1>, Stand: 15.01.2024.

weise Eigentum und Pfandrecht, in einem Token registrieren. Ein Token ist eine auf einer Blockchain angelegte Hülle (sogenannter Container), in der die jeweiligen Sachenrechte abgelegt werden können.

*1. Verfügung über Token und darin liegende Rechte;
Publizitätswirkungen im TVTG*

Liegt ein Sachenrecht in einem Token, bewirkt die Verfügung über den Token zugleich auch die Verfügung über das darin liegende Recht, Art. 7 Abs. 1 TVTG.⁸² Verfügt wird über Token, indem der Verfügungsberechtigte sich mit dem Erwerber über die Verfügung einigt und die Verfügung über den Token nach den Regeln des VT-Systems abgeschlossen ist, Art. 6 Abs. 2 TVTG.⁸³ Die Regelung entspricht also § 929 S. 1 BGB, wobei die Übergabe durch eine Überschreibung des Tokens auf der Blockchain ersetzt wird. Als verfügungsberechtigt wird derjenige vermutet, der die Verfügungsgewalt über den Token hat, Art. 5 Abs. 2 S. 1 TVTG. Diese Vorschrift entspricht § 1006 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 BGB; dabei fehlt die Ausnahme des Abhandenkommens des Schlüssels parallel zu § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB.⁸⁴ Verfügungsgewalt über den Token hat wiederum, wer Inhaber des VT-Schlüssels ist, das heißt des Schlüssels, der die Verfügung über den Token ermöglicht, Art. 5 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 lit. e TVTG.⁸⁵

Wer die Verfügungsgewalt für einen anderen innehat, kann sich gemäß Art. 5 Abs. 3 TVTG auf die Verfügungsberechtigung desjenigen berufen, von

⁸² Die Vorschrift lautet: „1) Die Verfügung über den Token bewirkt die Verfügung über das durch den Token repräsentierte Recht.“

⁸³ Die Vorschrift lautet: „2) Die Verfügung über einen Token setzt voraus, dass:

a) die Übertragung des Token nach den Regeln des VT-Systems abgeschlossen ist, wobei ein beschränktes dingliches Recht an einem Token auch ohne Übertragung bestellt werden kann, sofern dieses für Dritte erkennbar ist und der Zeitpunkt der Bestellung eindeutig feststeht;

b) der Übertragende und der Übernehmende übereinstimmend erklären, die Verfügungsberechtigung am Token übertragen bzw. daran ein beschränktes dingliches Recht begründen zu wollen; und

c) der Übertragende nach Massgabe von Art. 5 verfügungsberechtigt ist; vorbehalten bleibt Art. 9 [Erwerb kraft guten Glaubens].“

⁸⁴ Erinnert sei aber an die enge Auslegung des § 1006 BGB, s.o. Kapitel 3 D.I.1.b).

⁸⁵ Art. 5 lautet: „1) Der Inhaber des VT-Schlüssels hat die Verfügungsgewalt über den Token.

2) ¹Von demjenigen, der die Verfügungsgewalt hat, wird vermutet, dass er auch der Verfügungsberechtigte über den Token ist. ²Für jeden früheren Inhaber der Verfügungsgewalt wird vermutet, dass er zur Zeit seiner Inhaberschaft Verfügungsberechtigter war. [...]“

Art. 2 Abs. 1 lit. e lautet: „1) Im Sinne dieses Gesetzes gelten als: [...] e) ‚VT-Schlüssel‘: ein Schlüssel, der die Verfügung über Token ermöglicht.“

dem er den Token empfangen hat.⁸⁶ Die Vorschrift ähnelt der Möglichkeit des Besitzmittlers, sich gemäß § 1006 Abs. 3 BGB auf das Eigentum seines Oberbesitzers zu berufen.⁸⁷

Wegen des Token-Container-Modells ist die Verfügungsberechtigung aber noch nicht gleichbedeutend mit dem Recht an der repräsentierten Sache. Hierzu sieht Art. 8 Abs. 1 TVTG eine absolute Publizität⁸⁸ vor, die allerdings persönlich beschränkt ist. Das heißt, der im VT-System ausgewiesene Verfügungsberechtigte gilt gegenüber jedem seiner Schuldner⁸⁹ als Inhaber des im Token repräsentierten Rechts.⁹⁰ In der Summe ergibt sich also ein Zweischnitt: Vom Inhaber der Verfügungsgewalt wird vermutet, dass er Verfügungsberechtigter ist; der Verfügungsberechtigte wiederum gilt gegenüber seinen Schuldnern als Rechtsinhaber. Die Publizitätswirkung ist im zweiten Schritt noch stärker als die des Grundbuchs, weil anders als bei § 891 BGB die Widerlegbarkeit fehlt. Als einzige Schutzmöglichkeit gegen die absolute Publizität sieht Art. 10 TVTG die Kraftloserklärung von Token vor, insbesondere wenn ein VT-Schlüssel vermisst wird und der ursprünglich Verfügungsberechtigte so die Verfügungsgewalt verliert.⁹¹

Neben dieser Kette aus Vermutung und Fiktion befassen sich drei weitere Regelungen mit Publizität: (i) Art. 6 Abs. 2 lit. a TVTG verlangt unter ande-

⁸⁶ Die Vorschrift lautet: „3) Ist jemand Inhaber der Verfügungsgewalt, ohne Verfügungsberechtigter sein zu wollen, so kann er darauf vertrauen, dass derjenige, von dem er den Token in gutem Glauben empfangen hat, Verfügungsberechtigter ist.“ Die Vorschrift erscheint zu eng gefasst, ist doch denkbar, dass – freilich mit Hilfe des Inhabers der Verfügungsgewalt – die Verfügungsberechtigung übertragen wird.

⁸⁷ S.o. Kapitel 3 D.I.1.e) bei Fn. 642.

⁸⁸ S. dazu o. Kapitel 2 C.II.

⁸⁹ Diese Auslegung ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien: Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Schaffung eines Gesetzes über Token und VT-Dienstleister (Token- und VT-Dienstleister-Gesetz; TVTG) und die Abänderung weiterer Gesetze, Nr. 54/2019, 206.

⁹⁰ Art. 8 Abs. 1 TVTG lautet: „Der durch das VT-System ausgewiesene Verfügungsberechtigte gilt gegenüber dem Verpflichteten als rechtmässiger Inhaber des im Token repräsentierten Rechts.“

⁹¹ Art. 10 TVTG lautet: „1) Wird ein VT-Schlüssel vermisst oder ist ein Token in anderer Weise funktionsunfähig, so kann die Person, die zur Zeit des Verlusts bzw. bei Eintritt der Funktionsunfähigkeit Verfügungsberechtigter war, die Kraftloserklärung des Token im Ausserstreitverfahren beantragen.

2) Der Antragsteller hat zu diesem Zweck beim Landgericht seine Verfügungsberechtigung und den Verlust des VT-Schlüssels oder die Funktionsunfähigkeit des Token glaubhaft zu machen.

3) Antragsgegner ist die aus dem im Token repräsentierten Recht verpflichtete Person.

4) Die Kraftloserklärung eines Token ist unverzüglich im Amtsblatt und nach Ermessen des Landgerichts auf eine andere geeignete Weise zu veröffentlichen.

5) Der Antragsteller kann bei einer Kraftloserklärung sein Recht auch ohne den Token geltend machen oder die Erzeugung eines neuen Token auf seine Kosten verlangen.“

rem, dass die Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts für Dritte erkennbar ist. Das lässt sich verstehen als auf das zielend, was *Quantz* Zustandspublizität nennt, nämlich die ständige Sichtbarkeit des Zeichens für Dritte.⁹²

(ii) Art. 9 TVTG regelt den gutgläubigen Erwerb von Token vom Nichtberechtigten.⁹³ Im Gegensatz zum Erwerb kraft öffentlichen Glaubens gemäß § 892 Abs. 1 S. 1 BGB schadet dem Erwerber nicht nur Kenntnis. Das Abhandenkommen des VT-Schlüssels hindert den Erwerb indes nicht; eine Regelung wie in § 935 Abs. 1 S. 1 BGB fehlt.⁹⁴

(iii) Art. 8 Abs. 2 TVTG ist eine Vorschrift parallel zu § 851 BGB (analog): Wer durch das im Token repräsentierte Recht verpflichtet ist, wird durch Leistung an den Verfügungsberechtigten frei, außer wenn der Verpflichtete wusste oder bei gehöriger Sorgfalt hätte wissen müssen, dass der Verfügungsberechtigte nicht Inhaber des repräsentierten Rechts ist.⁹⁵ Problematisch ist die Vorschrift wegen des Widerspruchs zum Wortlaut des Art. 8 Abs. 1 TVTG. Denn während nach Abs. 1 der Verfügungsberechtigte unwiderleglich als Rechtsinhaber gilt und der Verpflichtete daher nicht umhin kommt, von jenem in Anspruch genommen zu werden, wird er gleichwohl nach Abs. 2 nicht in jedem Fall frei.

Schließlich kennt das TVTG mit der Kraftloserklärung von Token noch eine Regelung, die funktional am ehesten dem grundbuchrechtlichen Widerspruch gemäß § 899 BGB ähnelt. Verliert der Berechtigte den VT-Schlüssel oder ist ein Token anders funktionsunfähig, so kann er gemäß Art. 10 Abs. 1 TVTG verlangen, dass der Token für kraftlos erklärt wird. Ist er das, kann der ehemals über den Token Verfügungsberechtigte nach Abs. 5 unmittelbar über das repräsentierte Recht verfügen, bis ein neuer Token für ihn erstellt ist.⁹⁶

⁹² S.o. Kapitel 2 D.I.1 bei Fn. 223.

⁹³ Art. 9 TVTG lautet: „Wer Token in gutem Glauben und entgeltlich zum Zwecke des Erwerbs der Verfügungsberechtigung oder eines beschränkten dinglichen Rechts übertragen erhält, ist in seinem Erwerb zu schützen, auch wenn der Übertragende zur Verfügung über den Token nicht berechtigt war, es sei denn, der Übernehmende hatte vom Fehlen der Verfügungsberechtigung Kenntnis oder hätte bei gehöriger Sorgfalt Kenntnis haben müssen.“

⁹⁴ Die Gesetzesbegründung zieht hier die Parallele zum Liegenschaftsrecht und dem dortigen Erwerb mittels Registereintrag, Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Schaffung eines Gesetzes über Token und VT-Dienstleister (Token- und VT-Dienstleister-Gesetz; TVTG) und die Abänderung weiterer Gesetze, Nr. 54/2019, 209.

⁹⁵ Art. 8 Abs. 2 TVTG lautet: „Der Verpflichtete wird durch Leistung an den durch das VT-System ausgewiesenen Verfügungsberechtigten befreit, es sei denn, er wusste oder hätte bei gehöriger Sorgfalt wissen müssen, dass dieser nicht rechtmässiger Inhaber dieses Rechts ist.“

⁹⁶ Art. 10 TVTG lautet: „1) Wird ein VT-Schlüssel vermisst oder ist ein Token in anderer Weise funktionsunfähig, so kann die Person, die zur Zeit des Verlusts bzw. bei Eintritt der

2. Der Gleichlauf von Token und Recht

Um zu gewährleisten, dass die Sachen tatsächlich bestehen, an denen die von den Token repräsentierten Rechte gehalten werden, führt Art. 2 Abs. 1 lit. p TVTG den sogenannten physischen Validator ein.⁹⁷ Dieser hat ebenfalls sicherzustellen, dass nur der Verfügungsberechtigte auch physisch auf die Sache zugreifen kann. Das bedeutet, dass die Sache entweder nur noch als Wert nutzbar ist, nicht aber zum Gebrauch, oder dass der Verfügungsberechtigte im Zweifel auf einen Schadensersatzanspruch gegen den Validator beschränkt ist. Diesen Missstand verdeutlichen zwei Beispiele aus der Gesetzesbegründung:⁹⁸

(i) Würden etwa die Rechte an einem Diamanten tokenisiert, hafte der Validator dafür, dass nur der Verfügungsberechtigte darauf zugreifen könne. Dafür lasse er die Sache einlagern. Aus dem Lagerhaus dürfe sie nur entnommen werden, wenn zugleich alle mit dem Diamanten verbundenen Token gelöscht würden. Folglich wird die Sache gebrauchsunfähig, solange sie tokenisiert ist. Ihre Verkehrsfähigkeit ist beschränkt auf eine Wertanlage.

(ii) Das zweite Beispiel betrifft die Tokenisierung einer wertvollen Uhr, die allerdings weiterhin jemand am Arm haben soll. Erwirbt hier ein Gläubiger des Eigentümers einen Pfandtoken an der Uhr, so soll laut Gesetzesbegründung der Validator haften, wenn der Pfandgläubiger nicht physisch auf die Sache zugreifen kann. Der Validator wiederum sei auf schuldrechtliche Ansprüche gegen den Eigentümer angewiesen, die er seinerseits absichern könne, indem er vom Eigentümer verlange, eine Versicherung abzuschließen. In dieser Fallgestaltung soll also der Pfandgläubiger im Zweifel nicht auf die dingliche Durchsetzbarkeit seines Pfandtokens vertrauen, sondern sich auf die Solvenz des Validators stützen.

Funktionsunfähigkeit verfügbungsberechtigt war, die Kraftloserklärung des Token im Ausserstreitverfahren beantragen.

2) Der Antragsteller hat zu diesem Zweck beim Landgericht seine Verfügungsberechtigung und den Verlust des VT-Schlüssels oder die Funktionsunfähigkeit des Token glaubhaft zu machen.

3) Antragsgegner ist die aus dem im Token repräsentierten Recht verpflichtete Person.

4) Die Kraftloserklärung eines Token ist unverzüglich im Amtsblatt und nach Ermessen des Landgerichts auf eine andere geeignete Weise zu veröffentlichen.

5) Der Antragsteller kann bei einer Kraftloserklärung sein Recht auch ohne den Token geltend machen oder die Erzeugung eines neuen Token auf seine Kosten verlangen.“

⁹⁷ Art. 2 Abs. 1 lit. p TVTG lautet: „1) Im Sinne dieses Gesetzes gelten als: [...] p) ‚physischer Validator‘: eine Person, welche die vertragsgemässe Durchsetzung von in Token repräsentierten Rechten an Sachen im Sinne des Sachenrechtes auf VT-Systemen gewährleistet.“

⁹⁸ Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Schaffung eines Gesetzes über Token und VT-Dienstleister (Token- und VT-Dienstleister-Gesetz; TVTG) und die Abänderung weiterer Gesetze, Nr. 54/2019, 72–74.

Im Zusammenhang mit dem zweiten Beispiel zeigt sich eine Regelungslücke im TVTG: Ungeregt ist nämlich die Frage nach den Folgen einer Verfügung gegen das tokenisierte System, also die Übereignung einer Sache durch Besitzübergang gemäß Art. 172 Abs. 1 Sachenrecht Liechtenstein.⁹⁹ Art. 7 Abs. 2 lit. b TVTG sieht in diesem Zusammenhang bloß vor, dass die durch die Verfügung über den Token verpflichtete Person sicherstellen muss, dass eine konkurrierende Verfügung über das repräsentierte Recht ausgeschlossen ist.¹⁰⁰ Im Uhrenbeispiel kann das offenbar kaum gelingen.

Es ist zweifelsfrei unmöglich, weil zu aufwendig, jede Verfügung über Fahrnis mittels Blockchain zu bewältigen. Für die Wirksamkeit eines Blockchain-Systems wäre es indessen günstig, wäre eine Verfügung gegen die Blockchain unwirksam. Freilich zwänge das die Parteien, bei jeder Verfügung über eine potentiell tokenisierte Sache zu prüfen, ob diese registriert ist.¹⁰¹

C. Eigener Ansatz für ein Online-Register

Dieser Abschnitt kann nicht mehr liefern, als Ansätze eines Online-Registers anzudeuten. Zunächst schlägt er die grundlegende Zweiteilung zwischen Pfand- und Vollregister vor. Das Pfandregister dient zur Erleichterung von Rangkonflikten an nur schwer individualisierbaren Sachen; das Vollregister soll sämtliche Publizitätswirkungen vorhalten. Sodann folgt eine Skizze, wie ein Vollregister umzusetzen sein mag. Wesentlicher technischer Bestandteil dessen ist, die zeitliche Hemmung auszuschalten, die durch eine behördliche Prüfung entsteht. Für den Registrierungsvorgang sind Modelle denkbar, die mit eigenen Registrierungschips in der Sache selbst arbeiten, mit Beschreibung oder mit durch künstliche Intelligenz gestützter Wiedererkennung. Der Aufbau des Registers kann sich nach den Vorbildern TVTG und Grundbuch richten und so mit einigen Modifikationen, etwa betreffend das Abhandenkommen des privaten Schlüssels, sämtliche Publizitätswirkungen bieten. Weiter zu umreißen sind die Unterscheidungskriterien zwischen registrierbarer und nicht registrierbarer Fahrnis, mögliche Übergangsmechanismen in ein Registersystem, die Durchsetzungskraft außerregisterlicher Publizitätswirkungen sowie der Umgang mit registrierter Fahrnis bei Grenzüberschreitung. Es folgen knappe

⁹⁹ Art. 172 Abs. 1 Sachenrecht Liechtenstein lautet: „Zur Übertragung des Fahrniseigentums bedarf es des Überganges des Besitzes auf den Erwerber.“

¹⁰⁰ Art. 7 Abs. 2 lautet: „Tritt die Rechtswirkung nach Abs. 1 nicht von Gesetzes wegen ein, so hat die durch die Verfügung über den Token verpflichtete Person durch geeignete Massnahmen sicherzustellen, dass:

a) die Verfügung über einen Token mittelbar oder unmittelbar die Verfügung über das repräsentierte Recht bewirkt; und

b) eine konkurrierende Verfügung über das repräsentierte Recht ausgeschlossen ist.“

¹⁰¹ S. dazu bereits o. Kapitel 5 B.I.2 a.E.

Betrachtungen zum Schutzzumfang des Registers sowie dessen Finanzierung und wirtschaftlichen Vorteilen. Abschließend steht die Erkenntnis, dass die Rechtfertigungsmängel des Registers als Rechtsscheinträger für Publizitätswirkungen erheblich geringer sind als beim Besitz.

I. Zweiteilung des Online-Registers in ein Vollregister und ein Pfandregister

Um die Bedürfnisse des Verkehrs möglichst weitgehend zu befriedigen, sollte ein Online-Register nicht allein aus einem Register individualisierbarer, auf der Blockchain repräsentierter Sachen bestehen. Darüber hinaus besteht Bedarf, an nicht individuell registrierbaren Sachen zumindest Pfandrechte zu bestellen. An *Volmers* Registervorschlag hat sich nämlich gezeigt, dass ein solches Vollregister, das sämtliche sachenrechtlichen Zustände an allen Sachen abbildet, nicht praktikabel ist, weil sich manche Sachen nicht oder nicht wirtschaftlich sinnvoll registrieren lassen.¹⁰² Dennoch besteht bei Pfandrechten auch an nur schwer registrierbaren Sachen wie Rohstoffen, halbfertigen Waren oder Massenware von nur geringem Stückwert die Notwendigkeit, Rangkonflikte zwischen Gläubigern zu lösen, da solche Sachen gleichwohl als Kreditunterlage taugen. Diese Schwierigkeit bewältigt bereits die negative Publizität der bestehenden Pfandregister etwa nach französischem Recht und US-amerikanischem Modellgesetz.¹⁰³ Ist dort kein vorrangiges Pfandrecht eingetragen, weiß der Gläubiger sicher, dass keines besteht.¹⁰⁴ Im Vergleich zur Sicherungsübereignung erleichtern Pfandregister Gläubigern den Umfang ihrer Nachforschungen, und sie erlauben, Sachen mehrfach zu belasten, ohne dass damit ein Wettbewerbsverlust einhergeht. Denn bei der Sicherungsübereignung muss der Schuldner für einen weiteren Kredit entweder denselben Kreditgeber erneut bemühen oder den ursprünglichen Kredit vollständig ablösen, um zu einem neuen Kreditgeber zu wechseln.¹⁰⁵

Der Pfandrechtsteil eines Online-Registers nach französischem und US-amerikanischem Vorbild ist auf eine Blockchain-Lösung nicht angewiesen. Denn einerseits ist bei Prioritätskonflikten entbehrlich, sicher zu wissen, dass der Rechtsinhaber nicht mehrfach verfügt hat;¹⁰⁶ vielmehr gehört dieser Umstand gerade zur Belastung des Eigentums dazu. Wichtig ist allein die Kenntnis oder zumindest ein Anhaltspunkt dafür, zu wessen Gunsten der Schuldner bereits verfügt hat. Andererseits setzt die Blockchain gerade voraus, dass Sachen individualisierbar sind, was bei einem Pfandregister nicht zu verwirklichen ist, das auch Sachgesamtheiten und noch vor oder in Verarbeitung befindliche Sachen erfassen soll. Für die Bestellung von Pfandrechten genügt daher ein ge-

¹⁰² S.o. Kapitel 5 B.I.1 bei Fn. 52.

¹⁰³ Dazu s.o. Kapitel 5 A.II und IV.

¹⁰⁴ S.o. Kapitel 5 A.VI.

¹⁰⁵ Die zweite Möglichkeit nennt bereits *Kieninger*, AcP 208 (2008), 182, 218.

¹⁰⁶ Zu diesem Problem s.o. Kapitel 5 B.II.1 bei Fn. 64.

wöhnliches (behördliches) Register, wie auch der gegenwärtige Zustand in Frankreich und den amerikanischen Bundestaaten zeigt. Denn einzig entscheidend ist, dass die Reihenfolge der Bestellungen nicht veränderbar ist.

Allerdings gewinnt die Blockchain dann wieder an Bedeutung, wenn in Betracht kommt, das einmal bestellte Registerpfandrecht zu übertragen. Mit der Erstbestellung wird das Pfandrecht nämlich individualisierbar und damit tokenisierbar.

II. Umsetzung des Vollregisters im Rahmen eines Online-Registers

Für die Umsetzung eines digitalen Pfandregisters sollen hier keine Ausführungen folgen. Wegen der bestehenden Vorschriften aus den untersuchten Registern¹⁰⁷ bliebe im Wesentlichen nur noch Anlass für Detaildiskussionen, die im Rahmen dieser Skizze keinen Platz finden. Hingewiesen sei nur ergänzend auf den Beitrag *Kieningers*, die bereits 2008 ein digitales Pfandregister nach dem Vorbild Neuseelands vorgeschlagen hat.¹⁰⁸

Unbekannt ist den bestehenden Vorschriften allein der Übergang vom Pfand auf dem Pfandregister zum Pfand auf dem Vollregister. Dazu ist nur wenig zu sagen: Die Frage, wie das Pfand vom einem aufs andere Register gelangt, stellt sich nicht. Ein Übergang kommt nämlich nur in Betracht, wenn die Sache ursprünglich ein Rohstoff oder halbfertige Ware war, weil allein dann eine Veränderung durch Verarbeitung denkbar ist, die sie vollregistertauglich macht. Durch den hieraus folgenden Eigentumserwerb erlöschen jedoch gemäß § 950 Abs. 2 BGB die am verarbeiteten Stoff bestehenden Rechte und damit auch das Pfandrecht. Ein Übergang ist somit ausgeschlossen. Selbst wenn eine Verarbeitungsklausel zugunsten des Pfandinhabers besteht, so erhält im Ergebnis nur er das Eigentum, sodass es auf sein erlöschendes Pfandrecht nicht mehr ankommt.

Allein wenn § 950 BGB fehlte¹⁰⁹ und sich also durch Verarbeitung die Rechtsverhältnisse an der Sache nicht änderten, wäre die Frage des Registerübergangs zu entscheiden. Schwierig für den Inhaber des Pfandregisterpfands ist es unter Umständen abzusehen, wann die Sache vollregistertauglich wird, sodass er sein Pfandrecht gleich zusammen mit dem Eigentum im Vollregister eintragen lassen kann. Lösen lässt sich das, indem man dem Pfandinhaber einen Registerberichtigungsanspruch nach dem Vorbild des § 894 BGB gewährt mit zwei Besonderheiten: Einerseits muss der Anspruch sich auch gegen Zwischenverfügungen durchsetzen; andererseits kann der Anspruch nach einer Zwischenverfügung nicht nach dem Vorbild des § 898 BGB ewig durchsetzbar sein, weil auch der neue Pfandinhaber schutzbedürftig ist. Diese Span-

¹⁰⁷ S.o. Kapitel 5 A.

¹⁰⁸ *Kieninger*, AcP 208 (2008), 182, 210–220.

¹⁰⁹ Zu Gedanken über dessen Streichung s.o. Kapitel 3 A.III.1.d)cc)(1).

nung löst am besten eine Pfandersitzung mit kurzer Frist.¹¹⁰ Hierdurch erhält der ursprüngliche Pfandrechtsinhaber genügend Zeit, sein Recht noch vorrangig eintragen zu lassen, der spätere Pfandrechtsinhaber die Sicherheit, dass mit gewisser Zeit nach Registrierung auf der Blockchain keine ehemaligen Pfandrechtsinhaber seine Vollregisterpfand aushöhlen.

1. Technische Grundlagen

Technisch erfordert ein Fahrnisregister neben Verlässlichkeit vor allem Schnelligkeit. Dem schadete, hinge die Wirksamkeit von Verfügungen wie beim Grundbuch von einer behördlichen Prüfung ab.

Als technische Grundlage ist daher ein Programm erforderlich, mit dem Verkehrsteilnehmer korrekt und sicher übertragen können. Der vorige Abschnitt hat zu diesem Zweck die Blockchain diskutiert.¹¹¹ Sie bietet unter anderem Schnelligkeit und Fälschungssicherheit. Denkbar ist aber auch, Verfügungen allein mittels behördlichen Programmcodes zu bewirken. Ein Nachteil daran dürfte sein, dass ein behördliches Programm anfälliger für Angriffe ist, weil das Programm erstens Schnittstellen für alle Nutzer vorsehen muss und zweitens genügt, die Kontrolle über die behördliche Seite des Programms zu erlangen, um sämtliche Verfügungen zu manipulieren; bei einem Blockchain-Register ist hierzu der Massendiebstahl privater Schlüssel nötig oder die Ansammlung von über der Hälfte der Währungseinheiten im gesamten Netzwerk.¹¹² Hinzu kommt, dass eine Koppelung an etwa Ethereum stets den neuesten Stand der Effizienz und Sicherheit liefert, wie am Übergang von *proof of work* zu *proof of stake* zu sehen ist.

2. Registrierungsvorgang

Registrierung erfordert Individualisierung. Es lassen sich derzeit drei denkbare Arten unterscheiden: Die erste nutzt ein eindeutiges Kennzeichen, etwa einen QR-Code oder NFC-Chip, das bloß eingelesen werden muss, um eine Sache erstmalig zu registrieren; später erleichtert das Kennzeichen Interaktionen, indem es etwa den Erwerber bei der Identifikation der Sache unterstützt. Solche Kennzeichen können der Sache je nach Beschaffenheit gegebenenfalls später noch hinzugefügt, z.B. aufgeklebt werden.¹¹³ Hier ist die Fehleranfälligkeit im Registrierungsprozess minimal. Gegen Fälschungen ist sicherzustellen, dass ein solches Kennzeichen Teil der Sache selbst ist oder jedenfalls nicht restlos von ihr entfernt werden kann.

¹¹⁰ Die Pfandersitzung kennen bereits das österreichische und französische Recht, s.o. Kapitel 3 A.II.2. und 3.

¹¹¹ S.o. Kapitel 5 B.II.

¹¹² Dazu s.o. Kapitel 5 B.II.3 bei Fn. 75.

¹¹³ S. dazu bereits o. Kapitel 5 B.I.2 bei Fn. 60.

Die zweite Art fordert eine Beschreibung der Sache durch den Berechtigten, etwa nach Sachkategorie (z.B. Kfz), Hersteller, Modell, Baujahr, Seriennummer; hinzukommen können Fotos der Sache oder einer Quittung, die noch einmal Identifikation und Berechtigung stützen. Beschreibt der Hersteller, kann der Prozess weitgehend automatisiert werden. Beschreibt ein anderer, erscheint jedenfalls eine automatisierte Hilfestellung durch den Hersteller möglich; die Fehler durch menschlichen Eintrag, etwa bei der Eingabe der Seriennummer, können so minimiert werden.

Die dritte Art der Registrierung eignet sich für Dinge, die nur schwer eine Seriennummer erhalten können und nicht geeignet sind, dass ihnen ein Kennzeichen hinzugefügt wird. Sie funktioniert wie eine Gesichtserkennung, nur für Dinge. Mittels Kamera wird ein Abbild von einer Sache erzeugt, etwa einem Gemälde, sodass diese auch bei kleinen Veränderungen und gegenüber Fälschungen wiederzuerkennen ist. Die Umsetzbarkeit einer solchen Art der Registrierung wird wesentlich von der weiteren Entwicklung künstlicher Intelligenz abhängen.

3. Möglicher Aufbau des Online-Registers

Was den Aufbau des Online-Registers betrifft, so können vor allem die deutschen Vorschriften über Rechte an Grundstücken sowie das liechtensteinische TVTG als Vorbilder dienen.¹¹⁴ Der hiesige Abschnitt legt dar, wie Sachenrechte im Register übertragen werden und die Publizitätswirkungen im Register ausgestaltet sein können.

a) Verfügung durch Einigung und Überschreibung

Mittels Register sollte verfügt werden durch Einigung und Überschreibung des Tokens nach dem Vorbild des § 873 Abs. 1 BGB. Soll das Online-Register den Rechtsscheinträger für die Publizitätswirkungen bilden, müssen sämtliche Verfügungen auch auf dem Register verzeichnet sein, weil erst dann die Registereintragungen verlässlich sind. Am besten ist dafür die Eintragung notwendige Voraussetzung, da infolgedessen über das Recht nur mittels Zeichen verfügt werden kann.

Volmer hat vorgeschlagen, die Besitzkonstitute für den gutgläubigen Erwerb auszuschalten und den Registereintrag neben die – stets notwendige – Übergabe zu setzen.¹¹⁵ Wir haben indes gesehen, dass damit ein Vorteil des Registers gemindert würde, da hierdurch Sachenrechte gerade unabhängig von den Besitzverhältnissen angezeigt werden können.¹¹⁶ Erwäge man stattdessen, die Überschreibung auf dem Register neben Übergabe oder Besitzkonstitut zu stel-

¹¹⁴ Dazu s.o. Kapitel 5 B.III.

¹¹⁵ S.o. Kapitel 5 B.I.1 bei Fn. 59.

¹¹⁶ S.o. Kapitel 5 B.I.2 vierter Punkt.

len, so wären jedenfalls betreffend das Besitzkonstitut Verfügungsvoraussetzungen gedoppelt, wo doch in jede Überschreibung auch die Begründung eines Besitzkonstituts gelesen werden kann. Genauso ist auch der Gewinn zweifelhaft, der für die Verfügung mittels Überschreibung und Übergabe zugleich bleibt. Vielmehr verliert die Übergabe die Funktion, den Gleichlauf von Zeichen und Recht herzustellen,¹¹⁷ weil der Registereintrag sie bereits verwirklicht. Sie wird darauf beschränkt, den schuldrechtlichen Übergabeanspruch zu erfüllen. Es erscheint daher sinnvoll, die Verfügung über registrierte Fahrnis nach dem Vorbild des § 873 Abs. 1 BGB allein auf Einigung und Überschreibung zu begrenzen. Dabei handelt es sich um eine Überschreibung und keine Eintragung, weil das Fahrnisregister der Übersichtlichkeit halber sinnvollerweise nicht nach Sachen, sondern Personen geordnet ist und daher die Sachenrechte zwischen den Konten der Verkehrsteilnehmer verschoben werden und nicht diese auf die Sachen eingetragen wie im Grundbuch.¹¹⁸

Das liechtensteinische Gesetz über Token sieht zur Verfügung über tokenisierte Rechte noch eine Zwischenebene vor, die allerdings für die Zwecke eines Blockchain-Fahrnisregisters entbehrlich ist. Nach Art. 7 Abs. 1 TVTG betreffen Verfügungsgeschäfte die im Token repräsentierte Rechte selbst nämlich gerade nicht. Stattdessen ist Gegenstand des dinglichen Vertrags der Token selbst.¹¹⁹ Dieser wird gemäß Art. 6 Abs. 2 TVTG übertragen durch die Einigung, die Verfügungsberechtigung am Token zu übertragen, sowie die Übertragung des Tokens auf der Blockchain. Erst die Verfügung über den Token bewirkt gemäß Art. 7 Abs. 1 TVTG auch die Verfügung über das durch ihn repräsentierte Recht. Hintergrund dieses umständlichen Modells ist, dass nach dem TVTG auch solche Token nach Rechtsregeln übertragbar sein sollen, die kein Recht repräsentieren, etwa Kryptowährungen.¹²⁰ Solange daher ein Online-Register nicht vorsieht, dass dort mit Kryptowährungen bezahlt werden kann, deren Übertragung durch dieselben Rechtsvorschriften geregelt sein soll, ist unnötig, den Token selbst als Gegenstand eines dinglichen Vertrags festzulegen.

b) Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Registers und dessen Hindernisse

Nahe liegt, im Rahmen des Registers auch den Erwerb vom Nichtberechtigten nach dem Vorbild des § 892 Abs. 1 BGB zu gestatten. In diesem Rahmen stellen sich im Wesentlichen drei Fragen: Schadet bereits grobe Fahrlässigkeit

¹¹⁷ Dazu s.o. Kapitel 4 D.II.

¹¹⁸ Dazu s.o. Kapitel 5 A.VI.

¹¹⁹ S.o. Kapitel 5 B.III.1 bei Fn. 82.

¹²⁰ Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Schaffung eines Gesetzes über Token und VT-Dienstleister (Token- und VT-Dienstleister-Gesetz; TVTG) und die Abänderung weiterer Gesetze, Nr. 54/2019, S. 61, 141.

oder nur Kenntnis dem Erwerb? Inwieweit hindert Abhandenkommen den Erwerb? Wie kann sich der in Wahrheit Berechtigte gegen einen falschen Registereintrag wehren? Die hiesige Skizze hat nicht den Anspruch, eine der Fragen abschließend zu beantworten; sie begnügt sich damit, jeweils wenige Erwägungen darzulegen.

aa) Kenntnis als Erwerbshindernis

Nur Kenntnis sollte den Erwerb hindern. Offensichtlich lässt sich die Entscheidung zwischen grober Fahrlässigkeit und Kenntnis als Maßstab für ein Erwerbshindernis zurückführen auf die unterschiedliche Behandlung des Erwerbs vom Nichtberechtigten in § 932 Abs. 2 und § 892 Abs. 1 S. 1 BGB. Anders gewendet lässt sich auch fragen, ob der Registererwerb einer Fahrnis vom Nichtberechtigten eher dem Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Grundbuchs oder dem gutgläubigen Erwerb unregistrierter Fahrnis zuzuordnen ist.

Das liechtensteinische TVTG taugt in dieser Frage dogmatisch nicht zur Orientierung. Zwar gestattet Art. 9 TVTG den Erwerb dem, der ein Recht in gutem Glauben erhält, wenn er nicht die fehlende Verfügungsberechtigung des Veräußerers kannte oder bei gehöriger Sorgfalt hätte kennen müssen.¹²¹ Dieser Wortlaut erinnert an „infolge Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste)“ in § 122 Abs. 2 BGB; die Formulierung erscheint also noch strenger als in § 932 Abs. 2 BGB. Inwieweit sich die Maßstäbe decken, ist hier aber ohne Belang. Denn schon das liechtensteinische Sachenrecht kennt als Grundlage des Erwerbs vom Nichtberechtigten im Liegenschafts- wie Fahrnisrecht nur den guten Glauben.¹²² Folglich liegt fern, dass der liechtensteinische Gesetzgeber hierzu Erwägungen getroffen hat. Das bestätigt auch ein Blick in die Gesetzesbegründung, die zu Art. 9 TVTG insoweit schweigt.¹²³

Die Motive der 1. Kommission zum BGB deuten eher dahin, beim Erwerb nur Kenntnis schaden zu lassen. In den Erwägungen zu § 892 BGB finden sich die Hinweise, dass an der Kenntnis als Erwerbshindernis in den betreffenden Landesgesetzen im Allgemeinen kein Zweifel bestehe und dass niemand über den Inhalt des Grundbuchs nachforschen müsse, weil es dazu bestimmt sei, „über alle Rechte an einem Grundstücke vollständige Auskunft zu geben.“¹²⁴

¹²¹ Man beachte die Doppelung des Maßstabs guter Glaube und gehörige Sorgfalt.

¹²² Sachenrecht vom 31. Dezember 1922, Liechtensteinisches LGBl 1923.004, Ausgabedatum 01.02.1923, in der Fassung vom 01.01.2021, LGBl 2020.371, Ausgabedatum 04.12.2020, verfügbar unter: <https://www.gesetze.li/konso/1923.004>, Stand: 15.01.2024, passim.

¹²³ Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Schaffung eines Gesetzes über Token und VT-Dienstleister (Token- und VT-Dienstleister-Gesetz; TVTG) und die Abänderung weiterer Gesetze, Nr. 54/2019, 209.

¹²⁴ Motive III, 220 f.

Den zweiten Hinweis greifen auch die Ausführungen zum Gutgläubenserfordernis in § 932 Abs. 2 BGB wieder auf.¹²⁵

Eine andere Lesart tritt in der Kommentarliteratur zu Tage. *Picker* etwa erinnert im Rahmen seines Hinweises auf die Motive daran, dass das Grundbuch amtlich geführt ist.¹²⁶ Tatsächlich mag der Gesetzgeber auch mit Blick auf die hieraus folgende Verlässlichkeit entschieden haben. Betont man eher die Verlässlichkeit als die amtliche Führung, so liegt nahe, auch ein Blockchain-Register hierunter zu fassen, wird doch eine Programmierung Fehler weitgehend verhindern.

Abschließend lässt sich noch eine Erwägung betreffend die Anonymität der Blockchain anstellen: Derentwegen, so könnte man argumentieren, sei der Unterschied zwischen Kenntnis und grob fahrlässiger Unkenntnis kaum bedeutend, weil hierdurch Nachforschungen selbst bei entsprechenden Anhaltspunkten ohnehin weitgehend unmöglich gemacht würden. Nicht vergessen werden darf aber, dass den von den Token im Vollregister repräsentierten Rechten stets eine bestimmte, fassbare Sache entspricht. Fehlt zwischen ihr und dem Tokeninhaber jede Verbindung, liegt auch nahe, dass die Berechtigung zweifelhaft ist. Darauf, dass der Erwerber die Sache z.B. beim Dritten sieht, darf es dabei allerdings nicht ankommen. Auch im Rahmen des § 934 BGB ist Sichtbarkeit nämlich entbehrlich; es genügt dort, dass mittelbarer Besitz besteht.¹²⁷

bb) Abhandenkommen des privaten Schlüssels als Erwerbshindernis

Dass die Sache selbst abhandengekommen ist, sollte kein Erwerbshindernis sein. Beim Online-Register ist nämlich nicht mehr der Besitz der Publizitätsträger, dessen Risiko falscher Zuordnung bei Weitergabe der Berechtigte trägt („Hand muß Hand wahren“) und bei dessen Abhandenkommen ihm der Rechtsverlust durch den Erwerb eines anderen nicht zugemutet wird.¹²⁸ Da sich im Rahmen eines Registers niemand mehr auf die Besitzverhältnisse stützen kann, darf sich der Berechtigte auch auf kein Schutzbedürfnis berufen, wenn er den Besitz ohne Zutun verloren hat. Denn sein Recht bleibt durch den Registereintrag gesichert. Auch die Gesetzesbegründung zu Art. 9 TVTG beruft

¹²⁵ Motive III, 346: „Indem die Abwesenheit grober Fahrlässigkeit gefordert wird, wird dem Erwerber eine gewisse Nachforschungspflicht auferlegt. Hierin liegt eine Abweichung vom Immobilienrechte, welche sich dadurch rechtfertigt, daß das Grundbuch den Zweck hat, die gesamten Rechtsverhältnisse zur Kunde zu bringen, während bei beweglichen Sachen der Besitzstand einen weit unsichereren Schluß auf den Rechtsbestand zuläßt.“

¹²⁶ *Picker*, in: Staudinger BGB 2019, § 892 BGB, Rn. 140. Ihm offenbar folgend *Hertel*, in: BeckOGK BGB 15.04.2021, § 892 BGB, Rn. 75 unter insoweit unergiebigem Verweis auf RG, Urteil v. 21.02.1906 – V 475/1905, Gruchot 50 (1906), 988, 992.

¹²⁷ Keine Erwägungen in Richtung Sichtbarkeit auch bei *Heinze*, in: Staudinger BGB 2021, § 934 BGB; *Oechsler*, in: MünchKommBGB 2023, § 934 BGB.

¹²⁸ So verkürzt die Motive III, 347–349.

sich auf die hohe Zuverlässigkeit des Registers und will Abhandenkommen nicht schaden lassen.¹²⁹

Allerdings sollte den Erwerb hindern, wenn dem Berechtigten sein privater Schlüssel¹³⁰ abhandengekommen ist, mit dem er den Token überschreiben kann. Zwar ist der Schlüssel nicht gleichbedeutend mit dem Publizitätsträger des Registereintrags. Allerdings kann man hiermit den Eintrag verändern; es treffen den Berechtigten daher genauso Sorgfaltsanforderungen wie bisher beim Besitz. Aus dem Schweigen des Grundbuchs ist freilich kein Gegenargument abzuleiten, wo doch allein die Behörden die dortigen Einträge verwalten und die Frage eines Abhandenkommens sich dort folglich nicht stellt.

Der Schutzmechanismus des TVTG ist jedenfalls unzureichend, wenn Schlüssel entwendet sind. Denn er hilft dem Berechtigten ohne Schlüssel in Art. 10 TVTG bloß mit einer gerichtlichen Kraftloserklärung.¹³¹ Ist ein Token für kraftlos erklärt worden, kann nur noch unmittelbar über das im Token repräsentierte Recht verfügt werden, Art. 10 Abs. 5 TVTG. Misslich daran ist die Verfahrensdauer bis zur Erklärung. Erforderlich ist ein Antrag des Berechtigten im Rahmen des sogenannten Ausserstreitverfahrens. Das zugehörige Ausserstreitgesetz¹³² nach dem Vorbild österreichischen Rechts ist dem FamFG vergleichbar.¹³³ Bevor ein Schlüsselhacker verfügt hat, ist kein Rechtsschutz zu erwarten. Auch der TVTG-Gesetzgeber hat offenbar nicht an solche Fälle gedacht; er erwägt als Beispiele für eine nötige Kraftloserklärung den Untergang des Schlüssels oder die Funktionsunfähigkeit des Tokens.¹³⁴

Sinnvoll erscheint eine Verknüpfung: Der untätige Berechtigte wird so lange vor Verfügungen geschützt, bis er den Diebstahl bemerkt hat. Wenn er anschließend nicht unverzüglich beantragt, den Token für kraftlos erklären zu lassen, geht dieser Schutz verloren.

¹²⁹ Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Schaffung eines Gesetzes über Token und VT-Dienstleister (Token- und VT-Dienstleister-Gesetz; TVTG) und die Abänderung weiterer Gesetze, Nr. 54/2019, 209. Die Gesetzesbegründung lässt sich indes auch so lesen, dass nie in Frage stand, den Erwerb bei Abhandenkommen der Sache selbst zu verwehren, sondern allein des privaten Schlüssels. Zu weiteren Erwägungen des Gesetzgebers s.o. Kapitel 5 B.III.1 Fn. 94.

¹³⁰ Dazu s.o. Kapitel 5 B.II.1 vor Fn. 65.

¹³¹ Dazu s.o. Kapitel 5 B.III.1 bei Fn. 96.

¹³² Gesetz vom 25. November 2010 über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten ausser Streitsachen, Liechtensteinisches LGBI 2010.454, Ausgabedatum 30.12.2010, in der Fassung vom 01.10.2021, LGBI 2021.228, Ausgabedatum 06.07.2021, verfügbar unter: <https://www.gesetze.li/konso/2010454000>, Stand: 15.01.2024.

¹³³ Zum österreichischen Gesetz s. etwa Mayr, ZZPInt 2005, 165, 169.

¹³⁴ Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Schaffung eines Gesetzes über Token und VT-Dienstleister (Token- und VT-Dienstleister-Gesetz; TVTG) und die Abänderung weiterer Gesetze, Nr. 54/2019, 211.

cc) Unrichtiges Register: Erweiterter Widerspruch neben Kraftloserklärung

Allein durch die Kraftloserklärung ist der Berechtigte noch nicht ausreichend geschützt und der Verkehr nicht genügend unterrichtet. Dem Berechtigten muss vielmehr ein noch über eine Vorschrift nach dem Vorbild des § 899 BGB hinausgehender Widerspruch zustehen, der sich also nicht nur gegen einen falschen Registereintrag richtet, sondern auch bei Abhandenkommen statthaft ist. Für die Begründung ist zwischen Fällen mit und ohne Abhandenkommen des Schlüssels zu unterscheiden:

Kommt der Schlüssel abhanden, bemerkt der Verkehr nicht, dass möglicherweise ein anderer als der Berechtigte den Token überschreibt. Der Antrag auf Kraftloserklärung muss sich also im Register niederschlagen, um die Interessen von Verkehr und Berechtigtem auszugleichen. Für diesen Fall kommt ein Widerspruch nach dem Vorbild des § 899 BGB in Betracht, dessen tatbestandliche Voraussetzungen aber zu eng sind. Denn nach dem Vorbild des § 894 BGB muss dafür das Register falsch sein, was es aber nicht ist, solange der Berechtigte noch als Tokeninhaber eingetragen ist. Gleichwohl besteht bereits zu diesem Zeitpunkt ein Schutzbedarf; der Verweis auf eine Vorschrift nach dem Vorbild des § 894 BGB ist daher zu eng. Der Tatbestand nach dem Vorbild des § 899 BGB wäre um die Alternative zu ergänzen, dass der Schlüssel abhandengekommen ist. Für einen Widerspruch darf daneben aber nicht erforderlich sein, dass der Berechtigte einen Antrag auf Kraftloserklärung gestellt hat. Denn es mag sein, dass der Berechtigte den Schlüsselhacker kennt und von ihm daher den Schlüssel zurückfordern kann, ohne sich die Mühe einer Kraftloserklärung und Neutokenisierung machen zu müssen. Entsprechend sollte mit einem Antrag auf Kraftloserklärung zugleich ein Widerspruch verbunden sein, ein Widerspruch aber nicht auch einen solchen Antrag voraussetzen.

Ist nun der Schlüssel nicht abhandengekommen, sondern schlicht das Register falsch, etwa weil eine Partei eine Übereignung angefochten hat, ist der (unergänzte) Widerspruch nach dem Vorbild des § 899 BGB das geeignete Mittel. Denn er hindert die Wirksamkeit weiterer Verfügungen zulasten des Berechtigten. Kraftloserklärung und Neutokenisierung sind auch hier unnötiger Aufwand, solange nicht der Registerberechtigte die Rücküberschreibung beharrlich verweigert und die insoweit nicht vertretbare Handlung in der Vollstreckung leichter so behandelt werden kann, als wäre der Token verloren.

dd) Die Verfügung über registrierte Sachen bei Kraftloserklärung

Durch die Möglichkeit, den Token für kraftlos erklären zu lassen, stellt sich die Frage, wie über solche Sachen verfügt werden kann. Das deutsche Liegenschaftsrecht taugt insoweit wenig als Vorbild, weil die Verfügung über gemäß § 3 Abs. 2–4 GBO buchungsfreie Grundstücke in aller Regel nicht und gemäß

§ 116 Abs. 1 GBO ungebuchte Grundstücke nicht vorgesehen ist.¹³⁵ Im Grundbuch ist dem wahren Rechtsinhaber bis zur Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB jede Verfügung verwehrt. Art. 10 Abs. 5 TVTG hingegen erlaubt bekanntlich die außerregisterliche Verfügung über die ehemals tokenisierte Sache und gibt ein Recht auf Neutokenisierung.¹³⁶

Die außerregisterliche Verfügungsgewalt ist ungünstig, sollte das Register so strukturiert sein, dass Gruppen von Sachen zwingend zu registrieren sind,¹³⁷ weil so über eine einzelne Sache bis zur Neutokenisierung außerhalb des Systems verfügt wird. Näher liegt stattdessen, dem Berechtigten schon mit dem Antrag auf Kraftloserklärung einen neuen Token zu erzeugen, der Publizitätswirkungen erst gewährt, sobald der vorige Token für kraftlos erklärt ist. So bleibt die Sache verkehrsfähig, wenn auch mit Risiko für den jeweils anderen Teil der Verfügung. In einer Parallele zum Grundbuch ausgedrückt: Es stehen zwei widersprochene Einträge im Register, von denen sich am Ende nur der materielle berechnigte durchsetzt.

Ist bloß das Register falsch, ist zu erwägen, dem wahren Rechtsinhaber ebenfalls einen neuen Token ohne Publizitätswirkungen zu gewähren, sobald sein Widerspruch eingetragen ist. Andernfalls stünde er schlechter gegenüber demjenigen Rechtsinhaber, der die Kraftloserklärung beantragt hat, weil jenem die Verfügungsmacht fehlte. Setzt der Berechnigte seinen Registerberichtigungsanspruch nach dem Vorbild des § 894 BGB durch, muss dies freilich zur Kraftloserklärung des ursprünglichen oder neuen Tokens führen, da sonst ein Berechnigter über zwei Token verfügen kann. Welcher von beiden sinnvollerweise aus dem Verkehr genommen wird, dürfte davon abhängen, welche wirksamen Verfügungen bis zur Klärung getätigt worden sind. Man könnte auch daran denken, die Tokeninhalte gegebenenfalls zu kombinieren, wenn der Berechnigte sein Eigentum etwa vor und nach angefochtener Übereignung jeweils mit Registerpfandrechten belastet hat; ein praktisches Bedürfnis dafür dürfte allerdings kaum bestehen, sofern man den neuen Token schon mit den vor der fraglichen Verfügung bestehenden Registerpfandrechten versieht.

c) Erfüllung und Verfügung im Verhältnis zum Registerberechtigten

Auch für die Erfüllungs- und Verfügungswirkungen sollte das Register eine umfassende Vorschrift bieten. Als Vorbild dienen können sowohl das deutsche Recht wie auch das TVTG. Wir haben gesehen, dass wegen § 893 BGB (analog) Erfüllung und Verfügung im Verhältnis zum Buchberechtigten weitgehend für wirksam zu erachten sind.¹³⁸ Wegen § 851 BGB (analog) gilt nach

¹³⁵ Grundlegend RG, Beschluss v. 19.08.1940 – V B 21/40, RGZ 164, 385.

¹³⁶ S.o. Kapitel 5 B.III.1 bei Fn. 91 und Kapitel 5 C.II.3.b)bb) bei Fn. 132.

¹³⁷ Dazu s.u. Kapitel 5 C.II.4.a).

¹³⁸ S.o. Kapitel 3 B.I.3.

hier vorgeschlagener Auslegung dasselbe im Fahrnisrecht.¹³⁹ Art. 8 Abs. 2 TVTG sieht immerhin für die Leistung an den Registerberechtigten bei Gutgläubigkeit eine Befreiung vor.¹⁴⁰ Auch diese Vorschrift wäre wie § 851 BGB analog auf Verfügungen anzuwenden.¹⁴¹

Die Fragen der Einschränkung sind dieselben wie beim Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Registers: Schadet Kenntnis oder schon (grob) fahrlässige Unkenntnis, wie Art. 8 Abs. 2 TVTG es vorsieht? Und hindert die wirksame Erfüllung oder Verfügung, wenn der Schlüssel dem Berechtigten abhandengekommen ist? Die erste Frage sollte genauso beantwortet werden wie beim Erwerb: Nur Kenntnis sollte schaden. Denn das Register ist wie das Grundbuch verlässlicher als der Besitz.¹⁴²

Auch die Antwort auf die zweite Frage sollte das Liegenschaftsrecht zum Vorbild nehmen und ein Abhandenkommen die Publizitätswirkungen nicht hindern lassen. Zwar fehlt scheinbar schon im geltenden Fahrnisrecht überhaupt ein Vorbild dafür, dass ein Abhandenkommen die Publizitätswirkungen vereiteln kann. Wir haben indessen gesehen, dass § 935 BGB in § 851 BGB gelesen werden sollte, wenn man die Interessen mit denen bei §§ 932–934 BGB vergleicht und die Gesetzgebungsgeschichte betrachtet.¹⁴³ Ein wichtiger Unterschied zu § 851 BGB ist jedoch, dass mit dem Abhandenkommen des Schlüssels nicht zugleich der Publizitätsträger des Registereintrags abhandenkommt. Das heißt, der Berechtigte bleibt im Register immer noch als solcher ausgewiesen, selbst wenn ihm die Verfügungsgewalt mittels Schlüssel, konkret zur Belastung und Übertragung, abhandengekommen ist. Es überwiegt damit die Parallele zum Liegenschaftsrecht gegenüber der zum Fahrnisrecht. Ist das Register freilich pseudonym gefasst, sodass der Berechtigte dem anderen Teil überhaupt erst Einsicht in sein Recht gewähren muss, und kommt ihm zusammen mit dem Schlüssel auch diese Fähigkeit abhanden, etwa weil er die Gewalt über seinen Zugang verliert, so müssen auch Erfüllungs- und Verfügungswirkung gehindert sein. Denn der Berechtigte kann sich nicht mehr legitimieren, indem er den Registereintrag zeigt.

d) Die Vermutungswirkungen

Weiter sollte das Register Vermutungswirkungen vorsehen. Als bestes Vorbild eignet sich § 891 BGB, weil er in Abs. 1 eine Vermutung für das Bestehen eingetragener und in Abs. 2 für das Fehlen gelöschter Rechte vorsieht. Art. 5 Abs. 1 TVTG hingegen vermutet vom Inhaber des Schlüssels, dass dieser verfassungsberechtigt ist. Dasselbe gilt gemäß Abs. 2 für den früheren Inhaber für

¹³⁹ S.o. Kapitel 3 B.II.1. und 2.

¹⁴⁰ S.o. Kapitel 5 B.III.1 bei Fn. 95.

¹⁴¹ Zur Reichweite dieser Verfügungswirkung s.o. Kapitel 3 B.I.3. a.E.

¹⁴² Im Einzelnen s.o. Kapitel 5 C.II.3.b)aa).

¹⁴³ Im Einzelnen s.o. Kapitel 3 B.II.1.b).

die Vergangenheit.¹⁴⁴ Die Vorschrift ist allein dann tauglicher Orientierungspunkt, wenn das Register pseudonymisiert ist und daher der Registereintrag nur mit dem Schlüssel zuzuordnen. Ist bei dieser Registergestaltung der Schlüssel abhandengekommen, sollte nach dem Vorbild des § 1006 Abs. 1 S. 2 BGB die Vermutung zugunsten des aktuellen Inhabers nicht gelten. Auch wenn der Rechtsinhaber unmittelbar aus dem Register ersichtlich ist, darf er sich auf die Vermutungswirkung nicht gegenüber dem vorigen Berechtigten berufen, dem der Schlüssel abhandengekommen ist. Soweit die von den Löschungen Betroffenen im Register zu sehen sind, sollte auch eine negative Vermutung nach dem Vorbild des § 891 Abs. 2 BGB greifen; das gilt freilich nicht für das später gelöschte Recht dessen, dem der Schlüssel abhandengekommen ist.

Eine Wirkung parallel zu § 1253 Abs. 2 BGB,¹⁴⁵ die Rückgabe des Pfands bei Besitz des Verpfänders oder Eigentümers und damit das Erlöschen des Pfands vermutend, ist bei registrierten Pfandrechten entbehrlich. Denn Besitzverhältnisse spielen im Register keine Rolle. Stattdessen beim Erlöschen des Registereintrags eine entsprechende Vermutung zu verlangen, ist entbehrlich; diese erfasst bereits eine Entsprechung zu § 891 Abs. 2 BGB.¹⁴⁶

e) Die Vollstreckungswirkungen

Für eine erleichterte Vollstreckung anhand von Registereintrag oder Schlüssel-inhabung bieten die §§ 17 Abs. 1 ZVG und 808 f. ZPO Orientierung.¹⁴⁷ Dem TVTG fehlt insoweit eine Regel für Token. Die Erwägungen für die Vollstreckungswirkungen sind ähnlich denen der Rechtsvermutung: Ist das Register unmittelbar einsehbar, sollte wie bei § 17 Abs. 1 ZVG die Eintragung entscheiden; ist es pseudonymisiert, sollte entsprechend §§ 808 f. ZPO die Inhabung des Schlüssels entscheiden, wobei fernliegt, dass es praktisch zu Fällen parallel zu § 809 ZPO kommt, da kaum ein Grund bestehen dürfte, seinen Schlüssel einem anderen zu überlassen. Wegen der Formalisierung der Vollstreckung¹⁴⁸ kann ein Abhandenkommen indessen nicht schaden; der Gerichtsvollzieher darf nicht so weitgehend prüfen. Der mutmaßliche Berechtigte ist insoweit auf die nachträgliche materielle Geltendmachung seines Einwands beschränkt.

f) Weitere Wirkungen im Register

Raum für weitere Wirkungen im Register besteht im Wesentlichen nur betreffend Ersitzung und Fund, wobei wir festgestellt haben, dass der Eigentumserwerb des Finders keine Publizitätswirkung ist, weil er kraft Verschweigung

¹⁴⁴ Näher s.o. Kapitel 5 B.III.1 bei Fn. 84.

¹⁴⁵ Dazu s.o. Kapitel 3 D.I.3.

¹⁴⁶ Zur thematisch zusammen mit der Ersitzung eingeordneten Vermutung des § 938 BGB s.u. Kapitel 5 C.II.3.f) bei Fn. 150.

¹⁴⁷ Dazu s.o. Kapitel 2 D.I.4 sowie Kapitel 3 E.I.

¹⁴⁸ Dazu s.o. Kapitel 2 D.I.4 bei Fn. 196.

geschieht.¹⁴⁹ Ist das Register unmittelbar einsehbar, sollte nach dem Vorbild des § 900 BGB das Zusammenspiel von langjähriger Inhabung des Schlüssels und der Registerposition zum Erwerb führen; allerdings erscheint für Fahrnis eher die zehnjährige Frist des § 937 Abs. 1 BGB angemessen als die dreißigjährige aus dem Liegenschaftsrecht. Ist hingegen das Register pseudonymisiert, kann es allein auf die langjährige Schlüsselinhaltung ankommen. Einer Entsprechung zu § 938 BGB bedarf es jedenfalls im ersten Fall nicht. Die Vorschrift vermutet für die Ersitzung den Eigenbesitz in der Zwischenzeit.¹⁵⁰ Aus dem Register ist jedoch für die gesamte Zeit die Eintragung ersichtlich. Im zweiten Fall könnte man eine Parallele zur Schlüsselinhaltung erwägen.¹⁵¹

Ein Funderwerb setzt voraus, dass ein Schlüssel abhandengekommen ist. Solange das Register allerdings den Namen des Berechtigten vorhält, ist ein gefundener Schlüssel stets zuzuordnen, sodass ein Erwerb ausgeschlossen ist. Bei einem pseudonymisierten Register ist ein Funderwerb allerdings möglich, weil hier allein der nicht zwingend wieder zuzuordnende Schlüssel bleibt.

Voraussetzung für den Schatzfund¹⁵² einer registrierten Sache ist, dass der zugehörige Token pseudonym ist, weil sonst der Eigentümer weiter zu ermitteln ist. Neben dem Erwerb gemäß § 984 BGB muss es noch ein Recht auf Kraftloserklärung des Tokens geben, damit die Sache neu registriert werden kann.

Der Eigentumserwerb kraft Vermischung oder Verarbeitung¹⁵³ dürfte für Fahrnisse im Vollregister belanglos sein, weil diese als individualisierte, fertige Produkte dem kaum zugänglich sind. Einzig der Erwerb kraft Verbindung¹⁵⁴ kommt in Betracht: Wird eine registrierte Fahrnis wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks, so sollte dessen Eigentümer gemäß §§ 94, 946 BGB die Fahrnis erwerben und daneben nach dem Vorbild des § 894 BGB ein Recht auf Registerberichtigung, Übertragung des Schlüssels oder Kraftloserklärung des Tokens haben. Die ersten beiden Rechte können dabei immer nur zu vorläufigen Zuständen führen, weil entscheidend am Erwerb gemäß § 946 BGB ist, dass die bewegliche Sache ihre selbständige Verfügbarkeit verliert, und die Kraftloserklärung des Tokens zwingend ist, um einen solchen falschen Verfügbarkeitschein zu verhindern. Wichtig ist hier, einen effizienten Umgang zu finden, wenn eine ganze Reihe von Sachen eingebaut wird, etwa bei der Errichtung und Sanierung von Gebäuden der Einbau tokenisierter Fenster und Sanitäreinlagen in ein Mehrfamilienhaus. Hier sollte es möglich sein, Sachen auf technischer Ebene blockweise zu behandeln.

¹⁴⁹ Dazu s.o. Kapitel 3 A.V.1.b).

¹⁵⁰ Im Einzelnen s.o. Kapitel 3 D.I.4.

¹⁵¹ Zu bedenken ist allerdings, dass die Vorschrift praktisch unerheblich erscheint, dazu s.o. Kapitel 3 D.I.4.

¹⁵² Dazu s.o. Kapitel 3 A.V.1.c).

¹⁵³ Dazu s.o. Kapitel 3 A.III.1.c) und d).

¹⁵⁴ Dazu s.o. Kapitel 3 A.III.1.a) und b).

Dieselben Rechte wie bei der Verbindung mit einem Grundstück sollten bestehen, wenn gemäß §§ 93, 947 Abs. 2 BGB bei der Verbindung von Fahrnissen der Eigentümer der Hauptsache das Alleineigentum erwirbt. Werden die Beteiligten gemäß §§ 93, 947 Abs. 1 BGB Miteigentümer, müssen die bisherigen Token so verändert werden, dass sie nicht mehr für das Eigentum an den Bestandteilen stehen, sondern den jeweiligen Miteigentumsanteil an der Gesamtsache. Hierfür sollte jeder Miteigentümer gegenüber dem anderen einen Registerberichtigungsanspruch haben.

Für den gutgläubigen Fruchterwerb¹⁵⁵ ergeben sich kaum Besonderheiten gegenüber dem geltenden Recht: Im Rahmen einer Parallele zu § 955 BGB ist der gutgläubige Eigen- oder Fremdbesitzer zu ersetzen durch den gutgläubigen Registrierten oder Schlüsselinhaber. Bei Fällen parallel zu § 957 BGB, bei denen die Muttersache registriert ist, verschiebt sich nur der Maßstab des guten Glaubens hin zur Kenntnis als Hindernis.¹⁵⁶ Betreffend den Besitz des Erwerbers an Muttersache oder Frucht als Erwerbsvoraussetzung gibt es keine Änderung; denkbar ist allerdings, dass der Erwerber sein Recht an der Frucht so gleich registrieren muss.

Die Eigentumsvermutung des § 1248 BGB¹⁵⁷ kann ohne Änderung auch für Vollregisterpfandrechte gelten. Denn Verpfänder im Sinne der Vorschrift ist immer nur der Registerberechtigte. Überträgt der wahre Berechtigte sein Eigentum später, weiß der Pfandgläubiger aus dem Registereintrag, dass das Eigentum weiterübertragen ist. Nichts anderes gilt für § 1058 BGB¹⁵⁸, da auch den Nießbrauch nur der Registerberechtigte bestellen kann und die spätere Übertragung des Eigentums aus dem Register ersichtlich ist.

4. Grenzen des Online-Registers

Dieser Abschnitt behandelt die Grenzen dessen, was ein Online-Register leisten kann. Er schlägt vor, Kategorien von werthaltigen Sachen als registrierungsfähige Fahrnis festzulegen. Beim Übergang in eine Rechtsordnung mit Fahrnisregister sollte zwischen noch in den Verkehr gelangenden und darin bereits befindlichen Sachen unterschieden und mit Stichtagen gearbeitet werden, an denen verschiedene Wirkungen zugunsten des Registers greifen. Registerliche Publizitätswirkungen sollten sich grundsätzlich gegenüber außerregisterlichen durchsetzen. Für Auslandsübertragungen ist zu erwägen, bei registrierter Fahrnis in Abweichung von der *lex rei sitae* das Recht des Registerstaates weiter anzuwenden oder eine Kraftloserklärung zu erzwingen.

¹⁵⁵ Dazu s.o. Kapitel 3 A.IV.1.

¹⁵⁶ Dazu s.o. Kapitel 5 C.II.3.b)aa).

¹⁵⁷ Dazu s.o. Kapitel 3 B.II.3.

¹⁵⁸ Dazu s.o. Kapitel 3 B.II.4.

a) Vom Register erfasste und nicht erfasste Fahrnis

Mit der Grundidee *Volmers*¹⁵⁹ und nach dem Vorbild der Kapstadt-Konvention¹⁶⁰ sollten gesetzlich festgelegte Kategorien von Sachen gegebenenfalls mit Wertgrenzen registrierungspflichtig sein. Denn ein umfassendes Fahrnisregister kommt nicht in Betracht. Wir haben festgestellt, dass sich bei mancher Kategorie von Fahrnis die Registrierung nicht lohnt, weil die Sachen nicht wertvoll oder schnell verbraucht sind.¹⁶¹ Zur teilweisen Registrierung von Fahrnis können drei Unterscheidungsmechanismen dienen: reine Privatautonomie, eine Wertgrenze oder Kategorien von Sachen.

Gegen eine Registrierung nach der Willkür des Berechtigten spricht, dass es auch für andere Verkehrsteilnehmer nötig ist, zwischen registrierter und nicht registrierter Fahrnis zu unterscheiden. Entschiede jeder privatautonom über die Registrierung seiner Sachen, müssten Verkehrsteilnehmer regelmäßig nachforschen, ob eine Sache unvermutet nicht doch registriert ist. Sonst drohten Verfügungen und Publizitätswirkungen¹⁶² zu scheitern.

Gegen eine reine Wertgrenze spricht, dass bei Sachen jedenfalls im Grenzbereich oftmals der Wert nicht bekannt ist und sie zu unterschiedlichen Preisen über und unter der Grenze gehandelt werden, sodass kaum übersichtlich sein dürfte, welche Fahrnisse nun einer Registrierungspflicht unterfallen. Zwar kennt auch das Fundrecht solche Grenzen. Hier tritt aber der Konflikt zwischen den Beteiligten entweder gleich zutage, etwa bei der relativen Höhe des Finderlohns von drei oder fünf Prozent mit der 500-Euro-Grenze in § 971 Abs. 1 S. 2 BGB, genauso wie bei der Frage, ob überhaupt ein solcher gezahlt wird mit 50-Euro-Grenze für einen Fund in einer öffentlichen Behörde oder Verkehrsanstalt in § 978 Abs. 2 S. 1 BGB; oder der Konflikt ist wirtschaftlich nicht relevant wie bei der 10-Euro-Bagatellgrenze in §§ 965 Abs. 2, 973 Abs. 2, 974 S. 1 BGB. Nicht zwingend gegen eine Wertgrenze spricht, dass der Wert vieler Sachen mit der Zeit sinkt, insbesondere etwa bei Fahrzeugen. Denn es lässt sich insoweit an den ursprünglichen Wert knüpfen.

Eine Unterscheidung nach Kategorien von Sachen bringt Rechtssicherheit. Mittels eines wie von *Volmer* vorgeschlagenen Registrierungsgesetzes¹⁶³ lässt sich recht genau abgrenzen, welche Arten von Sachen zu registrieren sind, gegebenenfalls ergänzt um einen Mindestverkaufswert. Darüber hinaus kann das Register so behutsam auf weitere Kategorien ausgedehnt werden abhängig davon, wie es in der Praxis angenommen wird.

¹⁵⁹ Dazu s.o. Kapitel 5 B.I.1 bei Fn. 59.

¹⁶⁰ Dazu s.o. Kapitel 5 A.III a.A.

¹⁶¹ S.o. Kapitel 5 B.I.2 a.E.

¹⁶² Näher s. sogleich u. Kapitel 5 C.II.4.c).

¹⁶³ *Volmer*, Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, 2018, 171.

b) Der Übergang in eine Rechtsordnung mit Fahrnisregister

Beim Übergang in eine Rechtsordnung mit Fahrnisregister gibt es einen Zeitpunkt, ab dem Fahrnis registrierungsfähig ist, und kann einen geben, ab dem sie registrierungspflichtig wird; aus dem bloßen Bestehen eines Registers für bestimmte Sachkategorien folgt nämlich noch nicht, dass die Verkehrsteilnehmer dieses auch nutzen müssen. Es mag als Registrierungsanreiz genügen, wenn sich im Streitfall die Publizitätswirkungen im Register durchsetzen.¹⁶⁴

Zuvörderst steht die Unterscheidung zwischen Fahrnis, die schon im Verkehr ist, und solcher, die erst in den Verkehr gebracht wird. Soweit Fahrnis erst in den Verkehr gebracht wird, also etwa eine Maschine oder ein Auto hergestellt und vom Hersteller veräußert wird, erscheint sinnvoll, eine Registrierungspflicht vorzusehen und die Übereignung als erste Transaktion im Register festzuhalten. Der Hersteller würde also registrieren und auf den Erwerber überschreiben; fortan würden sich alle Verfügungen und Publizitätswirkungen nach dem Register richten. Weil die Registrierung für den Hersteller im betriebswirtschaftlichen Sinn skalierbar sein, also bei steigender Zahl relativ weniger Kosten verursachen dürfte, kann ihm die Registrierungspflicht aufgebürdet werden. Unterscheiden sich Fertiger und Hersteller im Sinne des § 950 Abs. 1 BGB, lässt sich auch das einschließlich Verfügungsermächtigung gleich ins Register aufnehmen.¹⁶⁵ Hinzu kommt, dass die Registrierung durch den Hersteller kaum fehleranfällig sein dürfte.

Soweit sich Fahrnis bereits im Verkehr befindet, haben wir gesehen, dass sich ein Mittelweg bietet, bei dem sich ab einem Stichtag die registerlichen Publizitätswirkungen durchsetzen, bis zu einem zweiten Stichtag allerdings noch ein befristetes nachträgliches Widerspruchsrecht besteht.¹⁶⁶ Ab dem zweiten Stichtag ist zu entscheiden, ob neben den Wegfall des Widerspruchsrechts noch eine Sperre für außerregisterliche Verfügungen und Publizitätswirkungen treten soll, also die Registrierung dadurch erzwungen wird, dass auch ohne Registrierung etwa nicht mehr gemäß §§ 929 ff. BGB übereignet werden kann, der sachenrechtliche Zustand unregistrierter Fahrnis also eingefroren wird. Registrierungsfähigen unregistrierten Sachen die Verkehrsfähigkeit völlig zu nehmen, erscheint sehr hart mit Blick auf eine immer noch alternde und digital nicht genügend bewanderte Gesellschaft. Eher wäre an einen dritten, weit nach dem zweiten liegenden Stichtag zu denken, ab dem diese Sanktionsstufe greifen könnte.

¹⁶⁴ Dazu s.u. Kapitel 5 C.II.4.c).

¹⁶⁵ S. dazu bereits o. Kapitel 5 B.I.2 bei Fn. 62.

¹⁶⁶ S.o. Kapitel 5 B.I.2 a.E.

c) Der Wettstreit der Publizitätswirkungen im und außerhalb des Registers

Beim Wettstreit der Publizitätswirkungen im und außerhalb des Registers geht es nicht bloß um die offensichtliche Frage, ob sich ein gutgläubiger Erwerb gemäß §§ 932 ff. BGB gegen das Fahrnisregister durchsetzen sollte.¹⁶⁷ Vielmehr ist grundlegend zweifach zu unterscheiden: zum einen danach, ob eine Sache rechtmäßig oder rechtswidrig registriert ist; zum anderen danach, ob mit der jeweiligen Publizitätswirkung eine Verfügung über die Sache einhergeht oder nicht. Im Ergebnis sollten sich die außerregisterlichen Publizitätswirkungen nicht durchsetzen, solange nicht der Rechtsschein des Registers widerlegt ist; erst dann ist wieder Raum für sie.

Ist eine Sache rechtmäßig, also durch einen Berechtigten registriert, sollten außerregisterliche Publizitätswirkungen ohne Verfügungswirkung (z.B. § 1006 BGB) über die Sache nicht durchdringen, weil sonst die Verlässlichkeit des Registers missachtet wäre. Kommt noch eine Verfügungswirkung hinzu, wäre die Verlässlichkeit des Registers auch für die Zukunft nicht mehr gegeben, weil es etwa mit dem gutgläubigen Erwerb falsch würde.

Ist eine Sache rechtswidrig registriert, ist auf den Berechtigten, den nichtberechtigten Besitzer und den nichtberechtigten Eingetragenen zu blicken. Der Berechtigte sollte als solcher verfügen können, sodass etwa die §§ 929 ff. BGB für ihn weitergelten. Daneben fragt sich, ob ihm die Publizitätswirkungen noch zugutekommen. Um das Vertrauen auf das Register zu stärken und weil er versäumt hat, seine Sache zu registrieren, muss der Rechtsschein aus dem Register Vorrang haben; ist dieser aber widerlegt, bleibt Raum für die außerregisterlichen Publizitätswirkungen. Der Restvorteil des Berechtigten liegt darin, dass er nur das Recht des anderen widerlegen, nicht aber noch sein eigenes beweisen muss. Weil der nichtberechtigte Besitzer nicht vom Berechtigten zu unterscheiden ist, müssen nach Widerlegung auch ihm sämtliche Publizitätswirkungen zustehen.

Dem nichtberechtigten Eingetragenen kommen entsprechend sämtliche registerlichen Publizitätswirkungen zugute, solange sein mutmaßliches Recht nicht widerlegt ist. Hat er auf diese Weise wirksam verfügt, wird der Erwerber Berechtigter, und der ursprünglich Berechtigte verliert insoweit seine Verfügungsrechte und außerregisterlichen Publizitätswirkungen. Eine Widerlegung ist dann materiell ausgeschlossen.

d) Nachwirkungen des Fahrnisregisters bei Auslandsbezug

In Anbetracht eines europäischen Binnenmarkts wäre freilich ein einheitliches europäisches Register wünschenswert. Besteht nur ein nationales, ist ein Blick ins internationale Privatrecht zwingend, wobei hier nur eine typische Problemlage skizziert werden soll: Nach der Grundregel der *lex rei sitae* in Art. 43

¹⁶⁷ Dazu s. auch bereits o. Kapitel 5 B.I.2 a.E. und Kapitel 5 B.III.2 bei Fn. 99.

Abs. 1, 3 EGBGB verlieren die Registereinträge ihre Bedeutung, sobald eine Sache im Ausland übertragen wird. Gelangt sie zurück ins Inland und ist der zugehörige Token nicht für kraftlos erklärt worden, kommen dem noch eingetragenen Nichtberechtigten die registerlichen Publizitätswirkungen zugute. Um diese Spannung zu vermeiden, ist eine Parallele zu Art. 45 Abs. 1 EGBGB und § 32 des Gesetzes über elektronische Wertpapiere (eWpG) zu erwägen. Hiernach ist das Recht des Herkunftsstaates bzw. des Staates anwendbar, unter dessen Aufsicht diejenige registerführende Stelle steht, in deren elektronischem Wertpapierregister das Wertpapier eingetragen ist. So könnte man erzwingen, dass mit der Übertragung im Ausland entweder eine Kraftloserklärung einhergehen oder die Sache auch auf dem Register überschrieben werden muss, um bei einer Rückkehr nach Deutschland rechtlich wirksam zu sein. Wird der Token zunächst für kraftlos erklärt und kehrt die Sache später zurück ins Inland, stellen sich dieselben Probleme wie beim Übergang in eine Rechtsordnung mit Fahrnisregister für bereits im Verkehr befindliche Sachen.¹⁶⁸ Soweit hiernach eine Sperre für außerregisterliche Verfügungen und Publizitätswirkungen besteht, wäre daran zu denken, eine kurze Schonfrist bis zum Eintritt der Sperre zu gewähren.

III. Der Schutzzumfang des Online-Registers

Beim Schutzzumfang des Online-Registers ist zwischen dem Pfand- und dem Vollregister zu trennen: Das Pfandregister kennt keine positive, sondern nur negative Publizität. Zwar sind dort Rechte eingetragen, die möglicherweise bestehen. Darauf gründen sich aber keine Publizitätswirkungen, niemand kann sich also mit Erfolg darauf berufen, im Vertrauen auf die Eintragung etwa ein Recht erworben zu haben. In ihrem Rahmen erfüllen sie aber den gewünschten Zweck: Der Vollstreckungs- oder Sicherungsgläubiger kann sich darauf verlassen, dass kein unbekanntes vorrangiges Recht besteht.¹⁶⁹

Das Vollregister indessen kann negative und positive Publizität gewährleisten; es ist auf die Einträge sowie deren Fehlen Verlass, weil in aller Regel ein Eintrag für eine Rechtsänderung erforderlich ist.¹⁷⁰

IV. Die Finanzierung des Online-Registers

Die betriebswirtschaftliche Frage der Finanzierung des Online-Registers zu beantworten, ist nicht Gegenstand dieser Arbeit. Hingewiesen sei immerhin auf zwei Gesichtspunkte: Der erste betrifft den Umstand, dass die elektronische Führung des Registers keine hohen Kosten verursacht. *Kieninger* hat bereits 2008 für das neuseeländische Pfandregister darauf hingewiesen; damals ge-

¹⁶⁸ Dazu s.o. Kapitel 5 C.II.4.b).

¹⁶⁹ S. hierzu bereits o. Kapitel 5 A.VI a.E.

¹⁷⁰ S. hierzu bereits o. Kapitel 5 C.II.3.a).

nügte zum Betrieb des Registers eine Teilzeitkraft.¹⁷¹ Im Januar 2024 liegen die Registrierungsgebühr bei NZD 7 netto (ca. EUR 4) und die Suchgebühr bei NZD 1 netto (ca. EUR 0,60), wenn man mittels eigener Software direkt auf das System der Registerstelle zugreift; andernfalls sind die Gebühren jeweils doppelt so hoch.¹⁷² Die US-amerikanischen einzelstaatlichen Register für das *filing* nach Art. 9 UCC haben keine einheitlichen Gebühren. Der Bundesstaat New York etwa verlangt USD 20 für eine elektronische Registrierung und USD 25 Suchgebühr,¹⁷³ während Kalifornien eine einheitliche online-Gebühr von USD 5 berechnet.¹⁷⁴ Im Vergleich zu Neuseeland erscheinen die US-Gebühren überhöht. Betrachtet man den Skaleneffekt eines zentral geführten Registers nur anhand eines Bevölkerungsvergleichs zwischen Deutschland (84 Mio.) und Neuseeland (5 Mio.), so erscheint plausibel, dass sich Gebühren im Cent-Bereich bewegen würden. Wird eine Blockchain verwendet, ist allerdings zu bedenken, dass für jede Transaktion Gebühren an die Validatoren abfließen müssen, sodass man nie zu einer Nullgebühr wird gelangen können.

Der zweite Gesichtspunkt betrifft die möglichen Finanzierungsmodelle. Neben einer Finanzierung durch eine Gebühr pro Interaktion oder pro Transaktion bieten sich auch Querfinanzierungsmodelle an, etwa indem nur Transaktionen des Kreditsicherungsrechts gebührenpflichtig sind. Mutmaßlich trüge eine solche Querfinanzierung zur Akzeptanz des Registers bei, weil nämlich den meisten Verkehrsteilnehmern nicht bewusst sein dürfte, welche Kosten sie durch ein solches zur Streitvermeidung beitragendes System sparen würden, während für Kreditgeber die Kosten unmittelbar sinken, indem sich deren Prüfung über die Berechtigung des Kreditnehmers an der Kreditunterlage erheblich verringert. Denkbar wäre auch spezifisch für Deutschland mit im Jahr 2021 über 23 Millionen abgeschlossenen Rechtsschutzversicherungspolice,¹⁷⁵ die Transaktionskosten im Einzelfall über Rechtsschutzversicherungen abzuwickeln, deren Kosten wegen weniger Rechtsstreitigkeiten sinken dürften.¹⁷⁶

V. Der wirtschaftliche Gewinn eines Online-Registers

Genauso wie die Finanzierungsfrage kann diese Arbeit die Frage nach den volkswirtschaftlichen Vorteilen eines Online-Registers nur anreißen. *Walz* hat

¹⁷¹ *Kieninger*, AcP 208 (2008), 182, 212.

¹⁷² PPS Register, Schedule of fees, <https://ppsr.companiesoffice.govt.nz/help-centre/paying-ppsr-fees/schedule-of-fees/>, Stand: 15.01.2024.

¹⁷³ Department of State, UCC Frequently Asked Questions, <https://dos.ny.gov/ucc-frequently-asked-questions>, Stand: 15.01.2024.

¹⁷⁴ California Secretary of State, UCC Fee Schedule, <https://bpd.cdn.sos.ca.gov/ucc/ucc-fee-schedule.pdf>, Stand: 15.01.2024.

¹⁷⁵ Statista, Rechtsschutzversicherung – Vertragsbestand bis 2021, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/6599/umfrage/vertragsbestand-der-rechtsschutzversicherung-seit-1990>, Stand: 15.01.2024.

¹⁷⁶ S. zu Kreditgebern und Versicherungen auch sogleich u. Kapitel 5 C.V.

ökonomisch betrachtet die Senkung von Transaktionskosten, Streitbewältigungskosten und negativen Externalitäten, also Nachteilen gegenüber Dritten, als Zwecke der Publizität herausgestellt.¹⁷⁷ Im selben Text aus dem Jahr 1990 hat er folgende ökonomischen Anforderungen an ein Registersystem formuliert:

„Registersysteme sind freilich aufwendig; sie haben für den Verfügungsverkehr komparative Vorteile nur unter bestimmten Voraussetzungen: es muß um hochwertige Gegenstände gehen, die ausreichend langlebig sind, die hinsichtlich Schutzzumfang und -inhalt einer ‚Beschreibung‘ bedürfen und an denen ein Bedürfnis nach ersichtlich gemachter Aufspaltung des Vollrechts besteht. Durch die Unbeweglichkeit des Gegenstandes, seine Nichtaufteilbarkeit oder durch sonstige Regelungen und Einrichtungen muß ein eindeutiger Bezug des Verfügungsgegenstandes zu einem örtlich irgendwo geführten Register gewährleistet sein.“¹⁷⁸

Weil ein heutiges Online-Register günstiger wäre als ein vor rund dreißig Jahren vorstellbares Papierregister und der Zugriff örtlich unbeschränkt ist, etwa auch weil ein Interesse an Aufspaltung oder Belastung des Vollrechts nicht mehr zentral ist, sind die vorstehenden Erwägungen nur noch eingeschränkt gültig. Insofern erscheint bei einer überschlägigen Betrachtung ein Online-Register kostengünstiger als die derzeitigen besitzbasierten Systeme. Das veranschaulicht ein kurzer Vergleich der Publizitätswirkungen mit und ohne Register.

Ohne Register sind Verfügungen unmittelbar kostenlos. Allerdings riskiert der Eigentümer bei einer nur schuldrechtlichen Überlassung den gutgläubigen Erwerb durch einen Dritten. Freilich kann er etwa vom Mieter Ersatz für seinen Verlust verlangen; er trägt aber dessen Insolvenzrisiko, und zwar über die von ihm gegebenenfalls geprüfte Bonität für die Miete hinaus. Zugleich trägt der Erwerber einer Sache stets das Risiko, dass diese abhandengekommen ist, genauso dass er etwas Offensichtliches übersehen hat und daher wegen Bösgläubigkeit nicht wirksam erwerben kann.

Der Registererwerb selbst dürfte stets mit geringen Kosten verbunden sein.¹⁷⁹ Dafür werden die eben dargestellten Risiken erheblich reduziert, weil ein Erwerb vom Nichtberechtigten nur noch bei falschem Register gelingen kann. Weiter sinkt die Diebstahlgefahr für registrierte Fahrnis, weil registrierte gestohlene Sachen entweder nur unter erheblichem Fälschungsaufwand neuregistriert und veräußert oder von vornherein nur an Hehler oder im Ausland veräußert werden könnten.¹⁸⁰ Wird eine Sicherheit nicht mehr ohne effektiven Gutglaubensschutz über §§ 930, 933 BGB bestellt, sondern per Registerpfand-

¹⁷⁷ Walz, KritV 73 (1990), 374, 385.

¹⁷⁸ Walz, KritV 73 (1990), 374, 385.

¹⁷⁹ S. dazu soeben Kapitel 5 C.IV.

¹⁸⁰ Im Jahr 2021 etwa lag der Versicherungsschaden durch Autodiebstähle bei EUR 187 Mio. F.A.Z., Diebe stehlen am liebsten SUV, 25.10.2022, <https://zeitung.faz.net/faz/finanzen/2022-10-25/c016b89fa5388829c523802f349ca605/?GEPC=s5>, Stand: 15.01.2024.

recht an der eingetragenen Sache, sinkt der Nachforschungsaufwand hinsichtlich der Berechtigung des Sicherungsgebers auf nahe null, weil der Registereintrag den Schutz des öffentlichen Glaubens gewährt und keine Übergabe nötig ist, an der die Parteien kein Interesse haben. Auch sind Vorbelastungen konkret ersichtlich und eine Mehrfachbelastung ohne Wettbewerbsverlust zwischen den Sicherungsnehmern möglich.¹⁸¹

Die Vermutungswirkung im Prozess ist erleichtert und erweitert, weil weder die komplizierte Mechanik des § 1006 BGB zu beachten ist¹⁸² noch der entsprechende Beweis nötig sein mag, zusätzlich weil positive und negative Publizität bestehen. Zudem ließe sich argumentieren, dass das Risiko der Vollstreckung in schuldnerfremde Fahrnis gemindert sei. Wir haben allerdings gesehen, dass dies in der Praxis schon jetzt vermutlich keine wesentliche Rolle spielt.¹⁸³ Als Vollstreckungserleichterung in den Fokus rückt daher der schnellere Blick über die werthaltige Fahrnis des Schuldners entweder unmittelbar durch den Gerichtsvollzieher oder im Rahmen der Vermögensauskunft des Schuldners nach § 802c ZPO.

Zuletzt steht das Bedenken eines bloßen Kostenaustauschs wegen Cyberkriminalität, die mit der Überführung von einem physischen in ein digitales System einhergeht. Freilich sind solche Kosten kaum zu antizipieren, und die Gefahr von Cyberkriminalität dürfte in der Vergangenheit nur wenige Systeme von deren Digitalisierung abgehalten haben. Einen Angriff auf ein Online-Register machen drei Gesichtspunkte wenig attraktiv: Erstens erscheint ein Angriff außerhalb der Mechanismen der Blockchain¹⁸⁴ erschwert, weil die Datensätze dezentral gespeichert sind.¹⁸⁵ Zweitens ist mit einer Manipulation der Daten allein wenig gewonnen, weil damit kein Zugriff auf die abgebildeten Sachen verbunden ist. Drittens bleibt auch bei einer Blockade ein Rückgriff auf analoge Transaktionen möglich, die nach der Wiederherstellung des Systems digital nachvollzogen werden können.

VI. Die Folgen eines Online-Registers für die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen

Im zweiten Kapitel hatten wir postuliert, dass die Rechtfertigung der Publizitätswirkungen an den drei Maßstäben Erkennbarkeit des Zeichens, Eindeutig-

¹⁸¹ S. zu beidem bereits für das reine Pfandregister o. Kapitel 5 C.I bei Fn. 105.

¹⁸² Näher s.o. Kapitel 3 D.I.1.

¹⁸³ S.o. Kapitel 4 D.I bei Fn. 406.

¹⁸⁴ Zu Angriffen innerhalb der Mechanismen s. bereits o. Kapitel 5 B.II.4.

¹⁸⁵ Näher etwa Deloitte, Blockchain and Cyber Security, 2017, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/technology-media-telecommunications/Blockchain-and-Cyber.pdf>, Stand: 15.01.2024. Andernorts wird Blockchain als Lösungsansatz für Cyberangriffe beim autonomen Fahren präsentiert: Gupta/Tanwar/Kumar/Tyagi, Computers & Electrical Engineering 86 (2020), 106717.

keit des Schlusses vom Zeichen aufs Recht sowie Gleichlauf zwischen Zeichen und Recht zu messen ist. Hier hatten wir gesehen, dass das Grundbuch mit seiner beschränkten sachenrechtlichen Publizität als Vorbild für eine Rechtfertigung taugt, weil es die Anforderungen aller Maßstäbe weitreichend erfüllt.¹⁸⁶ Im vorigen Kapitel haben wir festgestellt, dass der Besitz als Rechtsscheinträger die Publizitätswirkungen im Wesentlichen weder gut noch schlecht rechtfertigt und dass das Kernproblem des Rechtsscheinträgers Besitz dessen Manipulierbarkeit durch den der Sache Näheren ist.¹⁸⁷

Als Lösung mit einer Güte zwischen Besitz und Grundbuch hat dieses Kapitel ein zweiteiliges Online-Register als Rechtsscheinträger für die Publizitätswirkungen skizziert. Während das reine Pfandregister immerhin Prioritätskonflikte lösen kann und so einen Beitrag zu Erkennbarkeit, Eindeutigkeit und Gleichlauf in engem Rahmen leistet,¹⁸⁸ kommt das Vollregister dem Vorbild des Grundbuchs nahe.¹⁸⁹ Das Zeichen des Eintrags ist erkennbar, sogar drittföfentlich¹⁹⁰, und eindeutig, es läuft mit dem Rechtserwerb gleich. Auch stellt das Registersystem besser als der Besitz sicher, dass eine Publizitätswirkung nur im Ausnahmefall eingreifen muss. Die Rechtfertigungsmängel sind freilich größer als beim Grundbuch, weil die behördliche Kontrolle im Vorhinein fehlt und etwa Falschregistrierungen, Fälschungen oder missliche Auslandsübertragungen¹⁹¹ zu einer Manipulierbarkeit führen, die jedoch erheblich geringer ist als die bloß willensbasierte beim Besitz als Rechtsscheinträger. Folglich sind die Mängel in der Rechtfertigung der Publizitätswirkungen durch das Online-Register gegenüber dem Besitz erheblich gemildert.

¹⁸⁶ S.o. Kapitel 2 D.II.

¹⁸⁷ S.o. Kapitel 4 E.

¹⁸⁸ S.o. Kapitel 5 C.I.

¹⁸⁹ Zu diesem s.o. Kapitel 2 D.II.

¹⁹⁰ Dazu s.o. Kapitel 4 A.

¹⁹¹ Dazu s.o. Kapitel 5 C.II.4.

Kapitel 6

Zusammenfassung der Ergebnisse

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

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

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.²

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 regel-

¹ Kapitel 2 A.I und II.

² Kapitel 2 A.III und IV.

mäßig auf das Zeichen vertrauen können und sogar dann geschützt werden, wenn das Zeichen einmal lügt.³

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).⁴ 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.⁵

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 Gutglaubenswirkungen gefasst werden, die letzten beiden als Umkehrungswirkungen. Denn Vermutung und Vollstreckung kehren nur die Lasten zugunsten des Zeichens um.⁶

g) Die Erwerbswirkung umfasst neben dem bereits anerkannten gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten auch die Ersitzung und den Fruchterwerb.⁷ Erfüllungs- und Verfügungswirkung meinen die Wirksamkeit von entsprechenden Rechtshandlungen gegenüber dem Zeicheninhaber im Glauben, dieser sei der Berechtigte.⁸ 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.⁹ Die Vermutungswirkung vermutet das Recht beim Blick auf das Zeichen.¹⁰ Die Vollstreckungswirkung knüpft die Vollstreckung an das Zeichen statt ans Recht selbst.¹¹

h) Die Publizitätswirkungen werden auf drei Ebenen gerechtfertigt: durch die Erkennbarkeit des Zeichens,¹² dessen eindeutigen Verweis auf ein Sachen-

³ Kapitel 2 B und C.

⁴ Kapitel 2 D.I.

⁵ Kapitel 2 D.I.1.

⁶ Kapitel 2 D.I.6.

⁷ Kapitel 2 D.I.2 und 5.

⁸ Kapitel 2 D.I.2 bei Fn. 179–182.

⁹ Kapitel 2 D.I.2 bei Fn. 182–186.

¹⁰ Kapitel 2 D.I.3.

¹¹ Kapitel 2 D.I.4.

¹² Kapitel 2 D.II.1.

recht (etwa Eigentum oder Pfandrecht)¹³ und durch den Gleichlauf von Zeichen und Recht.¹⁴ 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.¹⁵

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.¹⁶

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.¹⁷

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.¹⁸

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.¹⁹ 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.²⁰ Frankreich sieht stärkere Wirkungen als Deutschland vor, weil die Ausschlussgründe im Rahmen des Art. 2276 Abs. 1 Code civil (Cc) enger gefasst sind.²¹

¹³ Kapitel 2 D.II.2.

¹⁴ Kapitel 2 D.II.3.

¹⁵ Kapitel 2 D.II.4.

¹⁶ Kapitel 2 D.II.1 bei Fn. 221–225.

¹⁷ Kapitel 2 D.III.

¹⁸ Kapitel 3 F.

¹⁹ Kapitel 3 A.I.1, insbesondere i).

²⁰ Kapitel 3 A.I.2.

²¹ Kapitel 3 A.I.3.

c) Auch Ersitzung,²² Fruchterwerb²³ und – nach hiesigem Verständnis im deutschen Recht – die Verarbeitung²⁴ bilden Erwerbswirkungen; dabei sind die Ersitzung²⁵ in Frankreich und die Verarbeitung²⁶ keine Gutgläubenswirkungen.

d) Das deutsche Recht kennt nicht nur weitgehende Erfüllungswirkungen 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.²⁷

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.²⁸ In Frankreich ist eine entsprechende Erweiterung des Art. 2276 Cc genauso wie eine eigene Vorschrift über die Erfüllung im Fahrnisrecht nicht zu finden.²⁹

f) Eine Forderungswirkung kennt das deutsche Recht nur im Sonderfall der Pflichten des Eigentümers gegenüber dem Pfandgläubiger beim Pfandverkauf gemäß § 1248 BGB.³⁰ Auch in Österreich kann man von einer vorgeschalteten Forderungswirkung bei Pfandrechten sprechen, bestehen dort doch alle Rechte und Pflichten von vornherein gegenüber dem Verpfänder.³¹

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.³² Der Blick nach Frankreich zeigt in den Art. 2276, 2264 Cc weitgehende Parallelen.³³ Österreich ist hingegen unergiebig.³⁴

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.³⁵

²² Kapitel 3 A.II.1.

²³ Kapitel 3 A.IV.1.

²⁴ Kapitel 3 A.III.1.d) und e).

²⁵ Kapitel 3 A.II.3.

²⁶ Kapitel 3 A.III.1.d)dd).

²⁷ Kapitel 3 B.II.

²⁸ Kapitel 3 B.III.

²⁹ Kapitel 3 B.IV.

³⁰ Kapitel 3 C.I.3 und 6.

³¹ Kapitel 3 C.II.

³² Kapitel 3 D.I.

³³ Kapitel 3 D.III.

³⁴ Kapitel 3 D.II.

³⁵ Kapitel 3 E.

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.³⁶

b) Der Besitz als solcher ist im deutschen Recht nicht jedem irgendwie betroffenen Dritten erkennbar und damit nicht dritöffentlich. Genauso liegt es in Österreich und Frankreich. Denn der unbeteiligte Dritte kann weder den gegenwärtigen Besitz noch dessen Wechsel sicher erkennen.³⁷

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.³⁸

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.³⁹

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.⁴⁰

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.⁴¹

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.⁴²

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 Partieverhalten knüpft.

³⁶ Kapitel 4 E.

³⁷ Kapitel 4 A, insbesondere IV.

³⁸ Kapitel 4 B.

³⁹ Kapitel 4 B.I, insbesondere 9.

⁴⁰ Kapitel 4 B.II.1.

⁴¹ Kapitel 4 B.IV.

⁴² Kapitel 4 B.III.

Bei den Vermutungswirkungen wird der Verweis mit der Berufung des Begünstigten auf ein Recht eindeutig.⁴³

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.⁴⁴ Wie häufig sich ein fehlender Gleichlauf auswirkt, ist kaum empirisch zu prüfen.⁴⁵

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.⁴⁶

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.⁴⁷

4. a) Das skizzierte zweigeteilte Online-Fahrnisregister erscheint als Möglichkeit, die Defizite zu mildern, die mit dem Rechtsscheinträger Besitz einhergehen.⁴⁸

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.⁴⁹

c) Das französische Recht,⁵⁰ der Uniform Commercial Code,⁵¹ die Kapstadt-Konvention⁵² sowie der UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions⁵³ 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 Registrierungsverfahren wird dadurch beschleunigt, dass nur wenige Informationen einzureichen sind und die Registerbehörde wenig bis nichts prüft.⁵⁴

⁴³ Kapitel 4 C.

⁴⁴ Kapitel 4 D.II und III.

⁴⁵ Kapitel 4 D.I.

⁴⁶ Kapitel 4 E nach Fn. 460.

⁴⁷ Kapitel 4 E a.E.

⁴⁸ Kapitel 5 C.

⁴⁹ Kapitel 5 A.VI a.A.

⁵⁰ Kapitel 5 A.IV.

⁵¹ Kapitel 5 A.II.

⁵² Kapitel 5 A.III.

⁵³ Kapitel 5 A.V.

⁵⁴ Kapitel 5 A.VI a.E.

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.⁵⁵

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.⁵⁶ 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.⁵⁷

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.⁵⁸

g) Ein Online-Register im deutschen Recht sollte aufgeteilt sein in Pfand- und Vollregister. Das Pfandregister dient zur Erleichterung von Rangkonflikten 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.⁵⁹

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.⁶⁰

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.⁶¹

j) Der Erwerb kraft öffentlichen Glaubens des Registers würde sich grundsätzlich nach dem Vorbild des § 892 Abs. 1 BGB vollziehen. Dabei sollte

⁵⁵ Kapitel 5 A.VI Abs. nach Fn. 49.

⁵⁶ Kapitel 5 B.II und Kapitel 5 C.II.1.

⁵⁷ Kapitel 5 B.II.4.

⁵⁸ Kapitel 5 B.III.

⁵⁹ Kapitel 5 C.I.

⁶⁰ Kapitel 5 C.II.2.

⁶¹ Kapitel 5 C.II.3, insbesondere a).

Kenntnis der fehlenden Berechtigung des Tokeninhabers ein Erwerbshindernis bilden genauso wie ein Abhandenkommen des privaten Schlüssels.⁶²

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.⁶³

l) Für die Erfüllungs- und Verfügungswirkungen sollte das Register mit Blick auf §§ 893, 851 BGB eine umfassende Vorschrift vorsehen.⁶⁴ Auch eignet sich eine Vermutungswirkung nach dem Vorbild des § 891 BGB.⁶⁵ Für eine erleichterte Vollstreckung anhand von Registereintrag oder Schlüsselinhabung können die §§ 17 Abs. 1 ZVG und 808 f. ZPO als Vorbild dienen.⁶⁶

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.⁶⁷

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.⁶⁸

o) Ab Registrierung einer Sache sollten sich registerliche gegenüber außerregisterlichen Publizitätswirkungen durchsetzen.⁶⁹

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.⁷⁰

q) In der Gesamtschau gewährt das Pfandregister nur negative, das Vollregister hingegen negative und positive Publizität.⁷¹

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.⁷²

⁶² Kapitel 5 C.II.3.b)aa) und bb).

⁶³ Kapitel 5 C.II.3.b)bb) ab Fn. 131 und cc).

⁶⁴ Kapitel 5 C.II.3.c).

⁶⁵ Kapitel 5 C.II.3.d).

⁶⁶ Kapitel 5 C.II.3.e).

⁶⁷ Kapitel 5 C.II.4.a).

⁶⁸ Kapitel 5 C.II.4.b).

⁶⁹ Kapitel 5 C.II.4.c).

⁷⁰ Kapitel 5 C.II.4.d).

⁷¹ Kapitel 5 C.III.

⁷² Kapitel 5 C.IV.

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 Gutglaubensschutz sinkt. Mehrfachbelastungen einer Sache sind ohne Wettbewerbsverlust möglich. Die Diebstahlgefahr ist ebenfalls niedriger, weil Sachen entweder nur unter erheblichem Fälschungsaufwand neu registriert werden oder bloß an Hehler oder im Ausland veräußert werden können.⁷³

t) Mittels Vollregister 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.⁷⁴

⁷³ Kapitel 5 C.V.

⁷⁴ Kapitel 5 C.VI.

Literaturverzeichnis

- Alberty, Wilhelm*: Der Rechtsschein im Fundrecht, Münster (Westfalen) 1936.
- Alexy, Robert*: Zum Begriff des Rechtsprinzips, Rechtstheorie (Beiheft) 1979, 59–87.
- : Theorie der Grundrechte, Frankfurt am Main stw-Ausg. 1994.
- Altmeppen, Holger*: Disponibilität des Rechtsscheins. Struktur und Wirkungen des Redlichkeitsschutzes im Privatrecht, Köln 1993.
- Angst, Peter/Oberhammer, Paul (Hrsg.): Kommentar zur Exekutionsordnung, 3. Aufl., Wien 2015.
- Apathy, Peter*: Ausgewählte Fragen des Ersitzungsrechts, JBl 1999, 205–222.
- Avenarius, Martin*: Übereignung besitzloser Sachen und Vindikationszession, JZ 49 (1994), 511 f.
- Bähr, Laura*: Die 11 teuersten Autos der Welt und was sie kosten, <https://www.gq-magazin.de/auto-technik/article/top-10-teuerste-autos>, Stand: 10.01.2024.
- : Luxusuhren: Das sind die 10 teuersten Uhren der Welt 2023, <https://www.gq-magazin.de/mode-stil/mode-news/die-teuersten-uhren-der-welt>, Stand: 10.01.2024.
- Baier, Kurt*: Das Traditionsprinzip bei der Übereignung beweglicher Sachen, ÖJZ 1971, 421–426.
- Baldus, Christian*: Gut meinen, gut verstehen? Historischer Umgang mit historischen Intentionen, in: Baldus, Christian/Theisen, Frank/Vogel, Friederike (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung: Entstehung und Auslegungsfähigkeit von Normen, Tübingen 2013, 5–28.
- Ballerstedt, Kurt*: Arbeitskraft und Handlungsbegriff, JZ 8 (1953), 389–391.
- Bauer, Marianne*: Zur Publizitätsfunktion des Besitzes bei der Übereignung von Fahrnis, in: Habscheid, Walther J. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Wilhelm Bosch zum 65. Geburtstag, 2. Dezember 1976, Bielefeld 1976, 1–25.
- Bauer, Matthew J.*: Marine Title Insurance: The Dernier CRI in Title Insurance, Connecticut Insurance Law Journal 12 (2006), 17–38.
- Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns (Hrsg.): Handbuch der Beweislast, 5. Aufl., Köln 2023.
- Baur, Fritz*: Sachenrecht, München 1960.
- Baur, Fritz/Stürner, Rolf/Bruns, Alexander*: Zwangsvollstreckungsrecht, 14. Aufl., Heidelberg 2022.
- Baur, Jürgen F./Stürner, Rolf*: Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009.
- Bergel, Jean-Louis/Bruschi, Marc/Cimamonti, Sylvie/Ghestin, Jacques*: Les biens, 2. Aufl., Paris 2010.
- Berger, Christian*: Schadensersatzleistung an den Sachbesitzer, VersR 2001, 419–422.
- Bericht und Antrag der Regierung an den Landtag des Fürstentums Liechtenstein betreffend die Schaffung eines Gesetzes über Token und VT-Dienstleister (Token- und VT-Dienstleister-Gesetz; TVTG) und die Abänderung weiterer Gesetze, Nr. 54/2019.
- Bernhardt, Roger/Burkhart, Ann M.*: Real property in a nutshell, St. Paul, MN 2016.

- Biermann, Johannes*: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl., Berlin 1903.
– (Hrsg.): Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914.
- Boehmer, Gustav*: Der Einfluß des Code Civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland: Bericht erstattet für die Semaine Internationale de Droit in Paris vom 16. bis 20. Oktober 1950, AcP 151 (1950), 289–310.
- Böhmer, Gustav*: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung II 2. Praxis der richterlichen Rechtsschöpfung, Tübingen 1952.
- Bourassin, Manuella/Brémond, Vincent*: Droit des sûretés, 7. Aufl., Paris 2020.
- Bundesverband Deutscher Leasing-Unternehmen: Marktbericht 2020 – BDL Jahresbericht 2021, <https://2021.jahresbericht.leasingverband.de/leasing-markt-und-umfeld/marktbericht-2020/>, Stand: 15.01.2024.
- Bunsen*: Zur Lehre von den nicht getrennten Erzeugnissen, ArchBürgR 29 (1906), 11–45.
- Buterin, Vitalik*: Ethereum White Paper, https://ethereum.org/content/whitepaper/whitepaper-pdf/Ethereum_Whitepaper_-_Buterin_2014.pdf, Stand: 15.01.2024.
- Bydlinski, Peter*: Durchbrechungen des Publizitätsprinzips im Mobiliarpfandrecht?, ÖJZ 1986, 327–337.
- California Secretary of State: UCC Fee Schedule, <https://bpd.cdn.sos.ca.gov/ucc/ucc-fee-schedule.pdf>, Stand: 15.01.2024.
- Canaris, Claus-Wilhelm*: Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, Goldbach 1971.
- Carbonnier, Jean*: Droit civil, Les biens, Les obligations, 2. Aufl., Paris 2017.
- Cashin Ritaine, Eleanor*: National Report on the Transfer of Movables in France, in: Faber, Wolfgang/Lurger, Brigitta (Hrsg.), National Reports on the Transfer of Movables in Europe: Volume 4: France, Belgium, Bulgaria, Poland, Portugal, München 2008.
- Cohen, Michael Maxim*: Organbesitz und Organgewahrsam, Berlin 2015.
- Cordes, Albrecht/Haferkamp, Hans-Peter/Kannowski, Bernd/Lück, Heiner/Wall, Heinrich de/Werkmüller, Dieter/Schmidt-Wiegand, Ruth/Bertelsmeier-Kierst, Christa (Hrsg.): Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Berlin 2016.
- Cosack, Konrad*: Sachenrecht, 3. Aufl., Jena 1901.
- Costa, Martine/Faber, Wolfgang*: Past, Present, and Future of the French „Possession Vaut Titre“-Rule, EPLJ 3 (2014), 147–210.
- Cowan, Rob*: Comparison of the Aircraft and MAC International Registries, Cape Town Convention Journal 7 (2018), 21–38.
- Cox, James A.*: Introduction to Blockchain Technology, in: Rasmussen, Mark W./Cox, James A. (Hrsg.), Blockchain for business lawyers, Chicago 2018, 1–23.
- Creydt, Matthias*: Die Regelungen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts im Hinblick auf das Übereinkommen über internationale Sicherungsrechte an beweglicher Ausrüstung und dem dazugehörigen Protokollentwurf über Weltraumvermögenswerte, IPRax 2004, 499–504.
- Crome, Carl*: System des deutschen bürgerlichen Rechts. Rechte an Sachen und an Rechten, Tübingen 1905.
- Deixler-Hübner, Astrid (Hrsg.): Exekutionsordnung - Kommentar, 28. Aufl., Wien 2019.
- Deloitte: Blockchain and Cyber Security, <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/tr/Documents/technology-media-telecommunications/Blockchain-and-Cyber.pdf>, Stand: 15.01.2024.
- Demharter, Johann (Hrsg.): Grundbuchordnung. Mit dem Text der Grundbuchverfügung und weiterer Vorschriften, 33. Aufl., München 2023.
- Department of State: UCC Frequently Asked Questions, <https://dos.ny.gov/ucc-frequently-asked-questions>, Stand: 15.01.2024.

- Deschamps, Michel*: The Perfection and Priority Rules of the Cape Town Convention and the Aircraft Protocol: A Comparative Law Analysis, *Cape Town Convention Journal* 2 (2013), 51–64.
- Dietz, Albrecht*: Die betriebswirtschaftlichen Grundlagen des Leasing, *AcP* 190 (1990), 235–259.
- Dörner, Heinrich*: Zivilrechtliche Probleme der Bodendenkmalpflege, Berlin 1992.
- Dross, William*: *Droit civil, Les choses*, Paris 2012.
- Dubischar, Roland*: Fund im Selbstbedienungsmarkt, *JuS* 1989, 703–707.
- Duden, *Das Synonymwörterbuch. Ein Wörterbuch sinnverwandter Wörter*, 5. Aufl., Mannheim 2012.
- Duden, *Fremdwörterbuch. Auf der Grundlage der neuen amtlichen Rechtschreibregeln*, 10. Aufl., Mannheim 2010.
- Dutta, Anatol*: Die Parteiaussage als Erkenntnisquelle im Zivilprozess, in: Hilbig-Lugani, Katharina/Jakob, Dominique/Mäsch, Gerald (Hrsg.), *Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen zum 70. Geburtstag am 11. Juli 2015*, Bielefeld 2015, 1083–1096.
- Dworkin, Ronald*: *Taking Rights Seriously*, London Bloomsbury ed. 2013.
- Eccher, Bernhard/Schurr, Francesco A./Christandl, Gregor*: *Handbuch Italienisches Zivilrecht*, Wien 2009.
- Einsele, Dorothee*: Inhalt, Schranken und Bedeutung des Offenkundigkeitsprinzips – unter besonderer Berücksichtigung des Geschäfts für den, den es angeht, der fiduziarischen Treuhand sowie der dinglichen Surrogation, *JZ* 45 (1990), 1005–1014.
- Endemann, Friedrich*: *Sachenrecht*, 8. Aufl., Berlin 1905.
- Enders, Peter*: *Der Besitzdiener. Ein Typusbegriff*, Baden-Baden 1991.
- Ernst, Wolfgang*: BGH, 24.6.1987 – VIII ZR 379/86. Zum Besitz eines in einem Großmarkt verlorenen Geldscheins, *JZ* 43 (1988), 357–361.
- : *Eigenbesitz und Mobiliarerwerb*, Tübingen 1992.
- : Ist der gutgläubige Mobiliarerwerb eine Rechtsscheinwirkung?, in: Lange, Hermann (Hrsg.), *Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag*, Tübingen 1993, 95–120.
- Eser, Albin (Hrsg.): *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar*, 30. Aufl., München 2019.
- Esser, Josef*: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956.
- : *Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen. Kritisches zur Technik der Gesetzgebung und zur bisherigen Dogmatik des Privatrechts*, Frankfurt am Main 1969.
- Ethereum. *Energy Consumption*, <https://ethereum.org/en/energy-consumption/>, Stand: 15.01.2024.
- Ethereum. *Proof-of-stake (PoS)*, <https://ethereum.org/en/developers/docs/consensus-mechanisms/pos/>, Stand: 15.01.2024.
- Ethereum. *The Merge*, <https://ethereum.org/en/roadmap/merge>, Stand: 15.01.2024.
- Exner, Adolf*: *Das Publizitätsprinzip. Studien zum österreichischen Hypothekenrecht*, Wien 1870.
- F.A.Z.: Diebe stehlen am liebsten SUV, <https://zeitung.faz.net/faz/finanzen/2022-10-25/c016b89fa5388829c523802f349ca605/?GEPC=s5>, Stand: 15.01.2024.
- Fabricius, Fritz*: Zur Dogmatik des „sonstigen Rechts“ gemäß § 823 Abs. I BGB: Unter Berücksichtigung des sog. „Rechts am Arbeitsplatz“ und des sog. „Rechts auf den ungestörten Bestand der ehelichen Lebensgemeinschaft“, *AcP* 160 (1961), 273–336.

- Fenyves, Attila/Kerschner, Ferdinand/Vonkilch, Andreas (Hrsg.): Klang-Kommentar. ABGB §§ 285–352, 3. Aufl., Wien 2011.
- (Hrsg.): Klang-Kommentar. ABGB §§ 353–379, 3. Aufl., Wien 2011.
- (Hrsg.): Klang-Kommentar. ABGB §§ 380–446, 3. Aufl., Wien 2018.
- (Hrsg.): Klang-Kommentar. ABGB §§ 447–530, 3. Aufl., Wien 2016.
- Ferid, Murad*: Das französische Zivilrecht: Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Register, Frankfurt am Main 1971.
- Flume, Werner*: Die Rechtsstellung des Vorbehaltskäufers, AcP 161 (1962), 385–408.
- : Die Gesamthand als Besitzer, in: Bernhardt, Wolfgang/Schilling, Wolfgang (Hrsg.), Freundesgabe für Hans Hengeler zum 70. Geburtstag, Berlin 1972, 76–87.
- : Der Eigentumserwerb bei Leistungen im Dreiecksverhältnis, in: Bickel, Dietrich (Hrsg.), Recht und Rechtserkenntnis: Festschrift für Ernst Wolf zum 70. Geburtstag, Köln 1985, 61–72.
- : Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 1992.
- Frieling, Tino*: Gesetzesmaterialien und Wille des Gesetzgebers. Fallgruppen verbindlicher Willensäußerungen, Tübingen 2017.
- Frotz, Gerhard*: Gutgläubiger Mobiliarerwerb und Rechtsscheinprinzip, in: Loebenstein, Edwin/Mayer, Johann/Frotz, Gerhard/Doralt, Peter (Hrsg.), Wirtschaftspraxis und Rechtswissenschaft: Festschrift für Walther Kastner zum 70. Geburtstag, Wien 1972, 131–154.
- Fuchs, Eugen*: Grundbegriffe des Sachenrechts, Berlin 1917.
- Füller, Jens Thomas*: Eigenständiges Sachenrecht?, Tübingen 2006.
- Gabriel, Henry Deeb*: The MAC Protocol: We aren't there yet – how far do we have to go?, Cape Town Convention Journal 4 (2015), 67–75.
- Gaul, Hans Friedhelm/Schilken, Eberhard/Becker-Eberhard, Ekkehard*: Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., München 2010.
- Gernhuber, Joachim*: Rezension: Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht. Ein Beitrag zur Begründung und Begrenzung des sachenrechtlichen Vertrauensschutzes, dargestellt an der Regelung nach §§ 932 ff. BGB. (Erlanger Forschungen, Reihe A: Geisteswissenschaften, Bd. 4) von Heinz Hübner, JZ 11 (1956), 544.
- Giehl, Friedrich*: Der gutgläubige Mobiliarerwerb – Dogmatik und Rechtswirklichkeit, AcP 161 (1962), 357–379.
- Gierke, Otto von*: Das deutsche Genossenschaftsrecht II, Berlin 1873.
- : Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1897.
- : Sachenrecht, Berlin 1905.
- Goldmann, Eduard/Lilienthal, Leo/Sternberg, Leo*: Das Bürgerliche Gesetzbuch. Sachenrecht, Berlin 1912.
- Goldschmidt, James*: Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Berlin 1932.
- Grädler, Thomas/Zintl, Josef*: Das Pfandrecht nach dem Pachtkreditgesetz, AUR 2013, 1–6.
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph* (Hrsg.): beck-online. GROSSKOMMENTAR.
- Gupta, Rajesh/Tanwar, Sudeep/Kumar, Neeraj/Tyagi, Sudhanshu*: Blockchain-based security attack resilience schemes for autonomous vehicles in industry 4.0: A systematic review, Computers & Electrical Engineering 86 (2020), 106717.
- Gursky, Karl-Heinz*: Nachträglicher guter Glaube, JR 1986, 225–230.
- : Klausurenkurs im Sachenrecht. Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, 12. Aufl., Heidelberg 2008.

- Hagen, Wolfgang*: Der neue Warenlieferungsvertrag – ein unbequemer Kauf, JZ 59 (2004), 713–719.
- Hager, Johannes*: Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, München 1990.
- Hartung, Frank*: Besitz und Sachherrschaft, Berlin 2001.
- Hau, Wolfgang/Poseck, Roman* (Hrsg.): BeckOK BGB, 68. Aufl., München 2023.
- Hay, Peter*: US-Amerikanisches Recht. Ein Studienbuch, 7. Aufl., München/Basel/Wien 2020.
- Heck, Philipp*: Grundriß des Sachenrechts, Aalen 1930.
- Henry, Xavier/Tisserand-Martin, Alice/Venandet, Guy/Ancel, Pascal/Naudin, Estelle/Damas, Nicolas/Guionard, Pascale* (Hrsg.): Code civil. Annoté, 122. Aufl., Paris 2022.
- Heusler, Andreas*: Die Gewere, Weimar 1872.
- Holzner, Christian*: Gutgläubige schuldbefreiende Zahlung an den Vertrauensmann? Zu OGH 1 Ob 353/97m, JBl 1999, 110, JBl 121 (1999), 547–549.
- Honsell, Thomas*: Historische Argumente im Zivilrecht. Ihr Gebrauch u. ihre Wertschätzung im Wandel unseres Jahrhunderts, Ebelsbach 1982.
- Hromadka, Wolfgang*: Sicherungsübereignung und Publizität, JuS 1980, 89–94.
- Huber, Eugen*: Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht. Festschrift im Namen und Auftrag der Universität Bern, Bern 1894.
- Hübner, Heinz*: Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht. Ein Beitrag zur Begründung und Begrenzung des sachenrechtlichen Vertrauensschutzes dargestellt an der Regelung nach § 932 ff. BGB, Erlangen 1955.
- Hügel, Stefan* (Hrsg.): BeckOK GBO, 51. Edition.
- Iro, Gert/Riss, Olaf*: Sachenrecht. Bürgerliches Recht Band IV, 8. Aufl., Wien 2023.
- von Jacubeczky*: Zum § 957 B.G.B., DR 1902, 4–7.
- Jaeger, Ernst* (Hrsg.): Insolvenzordnung Großkommentar. Zweiter Band, §§ 56–102, Berlin 2007.
- Jellinek, Georg*: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin 1905.
- Jellinek, Walter*: Über die normative Kraft des Faktischen: Zu Georg Jellineks 100. Geburtstag am 16. Juni 1951, JZ 6 (1951), 347 f.
- Johnson, Richard J./Jain, Samir C./Martinez, Richard M.*: Blockchain Technology, Security, and Privacy, in: Rasmussen, Mark W./Cox, James A. (Hrsg.), Blockchain for business lawyers, Chicago 2018, 117–133.
- Johow, Reinhold*: Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 1, Berlin 1880.
- : Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Sachenrecht Band 2, Berlin 1880.
- Kahl, Leon Marcel*: Alternativen zur Beweislastentscheidung bei Beweisnot – Salomonische Urteile im deutschen Recht?, MDR 2021, 1107–1113.
- Karner, Ernst*: Der redliche Mobiliarerwerb aus rechtsvergleichender und rechtsgeschichtlicher Perspektive, ZfRV 2004, 83–92.
- : Gutgläubiger Mobiliarerwerb. Zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen, Wien 2006.
- Kaser, Max/Knütel, Rolf/Lohsse, Sebastian*: Römisches Privatrecht, 22. Aufl., München 2021.
- Kern, Christoph A.*: Statistical Methods in Comparative Civil Procedure – Chances and Risks, in: Cadiet, Loïc/Hess, Burkhard/Requejo Isidro, Marta (Hrsg.), Approaches to Procedural Law: The Pluralism of Methods, Baden-Baden 2017, 121–143.
- Kiefner, Hans*: Qui possidet dominus esse praesumitur, SavZ, Rom. Abtlg. 1962, 239–306.

- Kieninger, Eva-Maria*: Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, AcP 208 (2008), 182–226.
- Kindl, Johann*: Gutgläubiger Mobiliarerwerb und Erlangung mittelbaren Besitzes, AcP 201 (2001), 391–410.
- Kletečka, Andreas/Koziol, Helmut/Welser, Rudolf*: Bürgerliches Recht I. Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht, 15. Aufl., Wien 2018.
- Kletečka, Andreas/Schauer, Martin* (Hrsg.): ABGB-ON 1.03. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Wien.
- Klinck, Fabian*: Der Einfluss des § 651 BGB auf das Eigentum am Werk, JR 2006, 1–4.
- Köbler, Gerhard*: Die Herkunft der Gewere, TRG 43 (1975), 195–211.
- Kohler, Josef*: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Sachenrecht. Vermögensrecht, Berlin 1919.
- Koller, Ingo*: Der gutgläubige Erwerb bei der Übertragung von Miteigentumsanteilen, JZ 27 (1972), 646–650.
- Konzen, Horst/Siebert, Wolfgang/Soergel, Hans Theodor* (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Sachenrecht 1 §§ 854–984, 13. Aufl., Stuttgart 2002.
- Krampe, Christoph*: Wohin mit dem „Leidenden Menschen“ (76,50m x 12m)?, NJW 1992, 1264–1270.
- Krause, Hermann*: Schweigen im Rechtsverkehr, Marburg i. Hessen 1933.
- : Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts, AcP 145 (1939), 312–326.
- Krebs, Peter*: Die Eigentumsvermutung des § 1006 I S. 1 BGB beim Auszug aus einer gemeinschaftlichen Wohnung, FamRZ 1994, 281–285.
- Kretzschmar, Ferdinand*: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig 1906.
- Kronke, Herbert*: Parteiautonomie und Prorogationsfreiheit im internationalen Mobiliarsicherungsrecht. Zwei Grundprinzipien der Konvention von Kapstadt, in: Krüger, Hilmar (Hrsg.), Liber amicorum Gerhard Kegel, München 2002, 33–42.
- Krusch, Walter*: Grundzüge eines neuen Fundrechtes, AcP 148 (1943), 282–306.
- Larroumet, Christian/Mallet-Bricout, Blandine*: Traité de droit civil. Tome 2. Les biens, droits réels principaux, 6. Aufl., Paris 2019.
- Laufke, Franz*: Zum Eigentumserwerb nach § 950 BGB, in: Dietz, Rolf (Hrsg.), Beiträge zum Arbeits-, Handels- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Alfred Hueck zum 70. Geburtstag, 7. Juli 1959, München 1959, 69–80.
- Laukemann, Björn*: Anmerkung zu BGH: Eigentumsvermutung bei Besitzdienerschaft, LMK 2015, 374506.
- : Private Rechtsdurchsetzung zwischen (digitaler) Selbsthilfe und gerichtlichem Rechtsschutz, ZfPW 2022, 357–384.
- Leborgne, Anne/Salati, Olivier/Guimard, Pascale* (Hrsg.): Code des procédures civiles d'exécution. Annoté & commenté, 11. Aufl., Paris 2023.
- Lennartz, Jannis*: Dogmatik als Methode 2016.
- Levy, Ernst*: West Roman vulgar law, the law of property, Philadelphia, Pa. 1951.
- Lieder, Jan*: Die rechtsgeschäftliche Sukzession. Eine methodenpluralistische Grundlagenuntersuchung zum deutschen Zivilrecht und Zivilprozessrecht sowie zum Internationalen und Europäischen Privatrecht, Tübingen 2015.
- Lohsse, Sebastian*: Gutgläubiger Erwerb, mittelbarer Besitz und die Väter des BGB: Die Entstehung des Wertungswiderspruchs zwischen § 933 und § 934 BGB, AcP 206 (2006), 527–554.

- von Lübtow, Ulrich: Hand wahre Hand. Historische Entwicklung, Kritik und Reformvorschläge, in: Festschrift der juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin: zum 41. Deutschen Juristentag in Berlin vom 7.–10. September 1955, Berlin/Frankfurt am Main 1955, 119–237.
- Lutter, Marcus: Die Grenzen des sogenannten Gutglaubensschutzes im Grundbuch, AcP 164 (1964), 122–182.
- Malaurie, Philippe/Aynès, Laurent/Julienne, Maxime: Droit des biens, 10. Aufl., Issy-les-Moulineaux 2023.
- Martinek, Michael: Traditionsprinzip und Geheißerwerb, AcP 188 (1988), 573–648.
- Mathiaß, Bernhard: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, mit Berücksichtigung des gesamten Reichsrechts, 6. Aufl., Berlin 1914.
- Mayr, Peter G.: Das neue Außerstreitverfahren in Österreich, ZZPInt 2005, 165–179.
- Medicus, Dieter: Ist Schweigen Gold? Zur Widerlegung der Rechtsvermutungen aus §§ 891, 1006 BGB, in: Grunsky, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Fritz Baur, Tübingen 1981, 63–82.
- : Gedanken zum Nebenbesitz, in: Baumgärtel, Gottfried/Klingmüller, Ernst (Hrsg.), Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984, Berlin 1984, 611–625.
- Meyer, Herbert: Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, München 1909.
- Meyer-Cording, Ulrich: Umdenken nötig bei den Mobiliarsicherheiten!, NJW 1979, 2126–2130.
- Michalski, Lutz: Versuch einer Korrektur der Inkongruenz von § 933 und § 934 BGB, AcP 181 (1981), 384–422.
- Misch, Erwin: Faustpfandprinzip und Publizitätsprinzip. Dargestellt anhand der Verpfändung eines Warenlagers, in: Fischer-Czermak, Constanze (Hrsg.), Festschrift Rudolf Welser zum 65. Geburtstag, Wien 2004, 711–743.
- Möhring, Rudolf: Konkurrenz von Verarbeitungsklauseln, NJW 1960, 697–702.
- Mugdan, Benno: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899.
- : Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Sachenrecht, Berlin 1899.
- Müller, Therese: Besitzschutz in Europa. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über den zivilrechtlichen Schutz der tatsächlichen Sachherrschaft, Tübingen 2010.
- Muscheler, Karlheinz: Singularia non sunt extendenda, in: Drenseck, Walter/Seer, Roman (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag, Köln 2001, 135–161.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.): Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 20. Aufl., München 2023.
- Naendrup, Hubert: Begriff des Rechtsscheins und Aufgabe der Rechtsscheinsforschung, Münster (Westfalen) 1910.
- : Die Ersitzung als Rechtscheinswirkung, in: Schreiber, Otto (Hrsg.), Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Berlin/Leipzig 1929, 35–78.
- Nakamoto, Satoshi: Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, <https://bitcoin.org/de/bitcoin-paper>, Stand: 15.01.2024.
- NDR: Elbphilharmonie soll 789 Millionen Euro kosten, <https://www.ndr.de/nachrichten/hamburg/Elbphilharmonie-soll-789-Millionen-Euro-kosten,elbphilharmonie821.html>, Stand: 10.01.2024.

- Nerlich, Jörg/Römermann, Volker (Hrsg.): Insolvenzordnung. (InsO); Kommentar, München Stand: November 2021, 41. Erg.-Lfg.
- Netflix: Environmental Social Governance Report 2021, https://s22.q4cdn.com/959853165/files/doc_downloads/2022/03/30/2021-SASB-Report-FINAL.pdf, Stand: 15.01.2024.
- Neuner, Jörg: Der Redlichkeitsschutz bei abhanden gekommenen Sachen, JuS 2007, 401–411.
- : Der Prioritätsgrundsatz im Privatrecht, AcP 203 (2003), 46–78.
- Oertmann, Paul: Grundsätzliches zur Lehre vom Rechtsschein, ZGH 1930, 443–485.
- von Olshausen, Eberhard: Anmerkung BGH, Urteil v. 14.3.1974 – VII ZR 129/73, JZ 30 (1975), 29–32.
- Pappenheim, Max: Eigentumserwerb an Alterthumsfunden, Jherings Jb. 45 (1903), 141–160.
- Paulus, Gotthard: Schranken des Gläubigerschutzes aus relativer Unwirksamkeit, in: Dietz, Rolf/Hübner, Heinz (Hrsg.), Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, 21. Januar 1965, München/Berlin 1965, 909–937.
- PayPal: Global Impact Report 2021, https://s202.q4cdn.com/805890769/files/doc_downloads/global-impact/PayPal-2021-Global-Impact-Report.pdf, Stand: 15.01.2024.
- Peter, Hansjörg: Texte zum römischen und schweizerischen Erb-, Sachen-, Prozess- und Vollstreckungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015.
- Petersen, Julius: Gutachten, in: Deutscher Juristentag e.V. (Hrsg.), Verhandlungen des 14. Deutschen Juristentages 1878.
- Pick, Georg: Das Inventarpfandrecht, JR 1927, 43–58.
- Picker, Eduard: Mittelbarer Besitz, Nebenbesitz und Eigentumsvermutung in ihrer Bedeutung für den Gutgläubenserwerb – Zur Korrektur und Harmonisierung der §§ 933, 934 und 1006 BGB, AcP 188 (1988), 511–571.
- : Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, Tübingen 2019.
- Planck, Gottlieb (Hrsg.): Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Sachenrecht (§§ 854–1112), 5. Aufl., Berlin 1933.
- Platner, Victor: Sachenrecht. Mit besonderer Rücksicht auf das frühere Kurfürstenthum Hessen, Marburg 1875.
- Popper, Karl R.: Logik der Forschung, 10. Aufl., Tübingen 1994.
- PPS Register: Schedule of fees, <https://ppsr.companiesoffice.govt.nz/help-centre/paying-ppsr-fees/schedule-of-fees/>, Stand: 15.01.2024.
- Prütting, Hanns: Sachenrecht. Ein Studienbuch, 37. Aufl., München 2020.
- Quantz, Tobias: Besitz und Publizität im Recht der beweglichen Sachen, Berlin 2005.
- Ramdohr, Hermann: Das Rechtsprinzip zum Schutze mangelhafter menschlicher Erkenntnisfähigkeit im BGB, Gruchot 44 (1900), 115–148.
- Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 2 §§ 355–945b, 6. Aufl., München 2020.
- Rebe, Bernd: Zur Ausgleichsfunktion von § 935 BGB zwischen Vertrauensschutz und Eigentümerinteressen beim gutgläubigen Mobiliarerwerb, AcP 173 (1973), 186–202.
- Reinicke, Dietrich/Tiedtke, Klaus: Der gutgläubige Erwerb eines Pfandrechts an beweglichen Sachen, JA 1984, 202–215.
- Répertoire de droit civil Dalloz.
- Répertoire de procédure civile Dalloz.
- Ring, Gerhard/Grziwotz, Herbert/Keukenschrijver, Alfred (Hrsg.): NomosKommentar. Bürgerliches Gesetzbuch: Sachenrecht §§ 854–1296, 5. Aufl., Baden-Baden 2022.

- Rosenberg, Leo*: Sachenrecht. Besitz (§§ 854–872). Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken (§§ 873–902), München 1919.
- : Die Beweislast, auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München 1965.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald, Peter*: Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018.
- Roth, Herbert*: BGH, 14.12.2006 – IX ZR 92/05. Keine Eigentumsvermutung bei Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, JZ 62 (2007), 528–532.
- Röthel, Anne*: Herstellungsverträge und Eigentumsordnung – §§ 651, 950 BGB nach der Schuldrechtsreform, NJW 2005, 625–629.
- Rothkegel, Ralf*: Der Eigentumserwerb bei Verarbeitung, Köln 1974.
- Rummel, Peter/Lukas, Meinhard (Hrsg.): Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. Teilband §§ 285–446 ABGB (Sachenrecht I), 4. Aufl., Wien 2016.
- Sacco, Rodolfo/Rossi, Piercarlo*: Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Säcker, Franz Jürgen*: Zum Begriff des Herstellers in § 950 BGB, JR 1966, 51–53.
- : Das Sachenrecht – Sinneinheit übergreifender Leitideen und Funktionsprinzipien oder Relikt verfehlter Systematik? Auf dem Wege zu einem europäischen Vermögensrecht, in: Knieper, Rolf/Trunk, Alexander/Svetlanov, Andrej G. (Hrsg.), Russland im Kontext der internationalen Entwicklung: Internationales Privatrecht, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung: Festschrift für Mark Moiseevič Boguslavskij, Berlin 2004, 805–823.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1 Allgemeiner Teil §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 9. Aufl., München 2021.
- (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2 Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, 9. Aufl., München 2022.
- (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 4 Schuldrecht – Besonderer Teil I §§ 433–534, Finanzierungsleasing, CISG, 8. Aufl., München 2019.
- (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 5 Schuldrecht – Besonderer Teil II §§ 535–630h BGB, BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, 9. Aufl., München 2023.
- (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 7 Schuldrecht – Besonderer Teil IV §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 8. Aufl., München 2020.
- (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 8 Sachenrecht §§ 854–1296 BGB, WEG, ErbbauRG, 9. Aufl., München 2023.
- (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. BGB, Band 9 Familienrecht I §§ 1297–1588, Versorgungsausgleichsgesetz, Gewaltschutzgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz, 9. Aufl., München 2022.
- Sandner, Philipp*: Liechtenstein Blockchain Act: How can nearly any right and therefore any asset be tokenized based on the Token Container Model?, <https://philippsandner.medium.com/liechtenstein-blockchain-act-how-can-nearly-any-right-and-therefore-any-asset-be-tokenized-based-389fc9f039b1>, Stand: 15.01.2024.
- Schack, Haimo*: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl., Tübingen 2021.
- Schanbacher, Dietmar*: § 48 Pfandrecht, in: Babusiaux, Ulrike/Baldus, Christian/Ernst, Wolfgang/Meissel, Franz-Stefan/Platschek, Johannes/Rüfner, Thomas (Hrsg.), Handbuch des Römischen Privatrechts, Tübingen 2023.

- Schellerer, Juliane*: Gutgläubiger Erwerb und Ersitzung von Kunstgegenständen. BGB, Kunsthandel, Europäisches Privatrecht, Tübingen 2016.
- Schenk, Melanie*: Die Verkehrsauffassung in BGB und UWG. Am Beispiel des Sachenrechts und der Irreführungsgefahr, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Wien 2010.
- Schmelzeisen, G. K.*: Die Relativität des Besitzbegriffs, AcP 136 (1932), 129–168.
- Schmidt, Karsten*: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002.
- Schultze, Alfred*: Publizität und Gewährschaft im deutschen Fahrnisrecht, Jherings Jb. 1905, 159–186.
- Schulze, Reiner (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, 11. Aufl., Baden-Baden 2022.
- Schwimmann, Michael/Kodek, Georg (Hrsg.): ABGB-Praxiskommentar, 5. Aufl., Wien 2019.
- Schwimmann, Michael/Neumayr, Matthias (Hrsg.): ABGB Taschenkommentar. Mit EheG, EPG, KSchG, ASVG, EKHG und IPRG, 5. Aufl. 2020.
- Sehl, Markus*: Was will der Gesetzgeber?, Baden-Baden 2019.
- Serick, Rolf*: Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung. Verlängerungs- und Erweiterungsformen der Eigentumsvorbehalte und der Sicherungsübertragung, Heidelberg 1976.
- Seube, Jean-Baptiste*: Fonction acquisitive, Clandestinité, Dr. et patr. nov. 2005, 103 f.
- Graf zu Solms-Baruth, Hermann*: Der öffentliche Glaube des Erbscheins nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig 1916.
- Spiegel ONLINE: FlowTex, <http://www.spiegel.de/thema/flowtex/>, Stand: 14.01.2024.
- : Hauptstadtflughafen: Kosten für BER übersteigen sieben Milliarden Euro, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/flughafen-berlin-brandenburg-ber-kosten-steigen-auf-7-3-milliarden-euro-a-1195101.html>, Stand: 10.01.2024.
- Spitzer, Martin*: Zu Zweck, Wegfall und Wiederherstellung kreditsicherungsrechtlicher Publizität, JBl 136 (2014), 556–568.
- Spyridakis, Johannes*: Zur Problematik der Sachbestandteile, Tübingen 1966.
- Stagl, Jakob Fortunat*: Gutgläubiger Fahrniserwerb als ‚sofortige Ersitzung‘: Eine Neubestimmung der §§ 932 ff. BGB, AcP 211 (2011), 530–582.
- Stark, Emil Wilhelm/Lindenmann, Barbara (Hrsg.): Berner Kommentar: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Der Besitz, Art. 919–941 ZGB, 4. Aufl., Bern 2016.
- Statista: Rechtsschutzversicherung – Vertragsbestand bis 2021, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/6599/umfrage/vertragsbestand-der-rechtsschutzversicherung-seit-1990>, Stand: 15.01.2024.
- Staudinger, Julius von (Hrsg.): J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, 7. Aufl., München/Berlin 1912.
- (Hrsg.): J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 2015–2023.
- Stefenelli, Julian*: Gläubigerschutz im italienischen Recht, Frankfurt am Main/Berlin/Bern/Wien 2009.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 8: §§ 802a–915h, 23. Aufl., Tübingen 2017.
- Stürner, Rolf*: Prinzipien der Einzelzwangsvollstreckung, ZZZ 99 (1986), 291–332.
- (Hrsg.): Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUnthProt und EuErbVO: Kommentar, 19. Aufl., München 2023.
- Stürner, Rolf/Eidenmüller, Horst/Schoppmeyer, Heinrich (Hrsg.): Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung. InsO, Band 1 §§ 1–79, Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung, 4. Aufl., München 2019.

- Stürner, Rolf/Kern, Christoph A.*: Grundsatzfragen des US-Hypothekenrechts, in: Hager, Günter/Schwenzer, Ingeborg (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, 923–939.
- Süß, Theodor*: Das Traditionsprinzip – ein Atavismus des Sachenrechts, in: Caemmerer, Ernst von (Hrsg.), Festschrift für Martin Wolff: Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht, Tübingen 1952, 141–166.
- Tasche, Friedrich*: Fremdwirkende Spezifikation, ihr Umfang und Wesen, Göttingen 1920.
- Terré, François/Simler, Philippe*: Droit civil. Les biens, 10. Aufl., Paris 2018.
- Thiessen, Jan*: Die Wertlosigkeit der Gesetzesmaterialien für die Rechtsfindung – ein methodengeschichtlicher Streifzug, in: Fleischer, Holger (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“: Bedeutung und Gestaltung der Gesetzesbegründung in Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft, Tübingen 2013, 45–74.
- Tiedtke, Klaus*: Beweislast beim Anspruch des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer, DB 1999, 2352 f.
- Uhle, Wilhelm*: Verarbeitung durch und für andere, Bonn 1957.
- Voirin, Pierre/Goubeaux, Gilles*: Droit civil. Tome 1. Introduction au droit, personne, famille, personnes protégées, biens, obligations, sûretés, 42. Aufl., Issy-les-Moulineaux 2021.
- Volmer, Hannah*: Der Besitz als zeitgemäßer Rechtsscheinträger beim gutgläubigen Erwerb, Hamburg 2018.
- Wacke, Andreas*: Donatio non praesumitur: Ein sprichwörtliches Naturrechtsprinzip gegen ein versteinertes Beweislast-Dogma, AcP 191 (1991), 1–32.
- Wadle, Elmar*: Das Problem der fremdwirkenden Verarbeitung, JuS 1982, 477–483.
- : Die Übergabe auf Geheiß und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums, JZ 29 (1974), 689–696.
- Walz, W. Rainer*: Sachenrechtliches Systemdenken im Wandel, KritV 73 (1990), 374–405.
- Wandtke, Artur-Axel/Ostendorff, Saskia*: Urheberrecht, 9. Aufl., Berlin 2023.
- Weber, Klaus* (Hrsg.): Rechtswörterbuch, 30. Aufl., München 2023.
- Wellspacher, Moriz*: Das Vertrauen auf äußere Tatbestände im bürgerlichen Rechte, Wien 1906.
- Werner, Olaf*: Grundprobleme des § 1006 BGB, JA 1983, 617–626.
- Westermann, Harm Peter/Gursky, Karl-Heinz/Eickmann, Dieter*: Sachenrecht, 8. Aufl., Heidelberg 2011.
- Westermann, Harry*: Lehrbuch des Sachenrechts, Karlsruhe 1951.
- : Sachenrecht, 5. Aufl., Karlsruhe 1966.
- White, James/Summers, Robert*: White and Summers’ Uniform Commercial Code, 6. Aufl., St. Paul 2010.
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf. A.* (Hrsg.): Zivilprozessordnung und Nebengesetze. Band 10 Teilband 1 §§ 803–863, 4. Aufl., Berlin 2015.
- Wiegand, Wolfgang*: Rechtsschein und Vertrauen, in: Hof, Hagen/Kummer, Hans/Weingart, Peter (Hrsg.), Recht und Verhalten, Baden-Baden 1994, 183–198.
- : Die Entwicklung der Übereignungstatbestände einschließlich der Sicherungsübereignung, in: Canaris, Claus-Wilhelm/Heldrich, Andreas (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft: Band I Bürgerliches Recht, München 2000, 753–776.
- Wieling, Hans*: Voraussetzungen, Übertragung und Schutz des mittelbaren Besitzes, AcP 184 (1984), 439–464.

- Wieling, Hans Josef*: Die Grundstücksmiete als dingliches Recht, in: Jickeli, Joachim/Kreutz, Peter/Reuter, Dieter (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein: 22. Januar 1938 bis 6. Dezember 2000, Berlin 2003, 201–220.
- Wieling, Hans Josef/Finkenauer, Thomas*: Sachenrecht, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 2020.
- Wilhelm, Jan*: Sachenrecht, 7. Aufl., Berlin/Boston 2021.
- von Wilmsky, Peter*: Europäisches Kreditsicherungsrecht. Sachenrecht und Insolvenzrecht unter dem EG-Vertrag, Tübingen 1996.
- Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor*: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906.
- Winkler, Robert*: Die Rechtsvermutungen aus dem Besitz, Zürich 1969.
- Witt, Carl-Heinz*: Die Rechtsfigur des Besitzdieners im Widerstreit zwischen Bestands- und Verkehrsschutz, AcP 201 (2001), 165–201.
- Wolf, Ernst*: Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl., Köln 1979.
- Wolf, Manfred*: Die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB – BGH, NJW 1984, 1456, JuS 1985, 941–944.
- Wolff, Martin*: Sachenrecht, Tübingen 1910.
- : Sachenrecht, 8. Aufl., Tübingen 1929.
- Wolff, Martin/Raiser, Ludwig*: Sachenrecht, 10. Aufl., Tübingen 1957.
- XRPL Ledger Overview, <https://xrpl.org/xrp-ledger-overview.html>, Stand: 15.01.2024.
- Zenati, Frédéric*: Revendication mobilière, RTD civ. 1998, 408–413.
- Zeuner, Albrecht*: Die fremdwirkende Verarbeitung als Zurechnungsproblem, JZ 10 (1955), 195–197.
- Ziebarth, Karl*: Die Realexecution und die Obligation. Mit besonderer Rücksicht auf die Miethen erörtert nach römischem und deutschem Recht in Vergleich mit dem preußischen, Halle 1866.
- Zöller, Richard/Althammer, Christoph/Feskorn, Christian* (Hrsg.): Zivilprozessordnung. Mit FamFG (§§ 1–185, 200–270) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EuGVVO und weiteren EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen: Kommentar, 35. Aufl. 2024.
- Zweigert, Konrad*: Rechtsvergleichend-kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, RablsZ 23 (1958), 1–20.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*: Einführung in die Rechtsvergleichung. Auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996.

Sachregister

- Abhandenkommen 76, 86, 184,
 siehe auch Online-Register –
 Abhandenkommen
– Frankreich 97
– Österreich 97
– Rechtfertigung 87
Ablösungsrecht 48
Abzweigung (*fork*) 335
Alleineigentum 118
Aneignung 144 f.
– Frankreich 149
– Österreich 148
Anvertrauen 251 f.
Arbeitsnachweis (*proof of work*) 333
Art Loss Register 327
Auseinanderfallen 55
Auslegungsmethode 5
- Baur, Fritz* 38 f.
Beacon Chain 334
Behaltenswirkung 48, 137 f.
behördliche Prüfung *siehe* Prüfung,
 behördliche
Besitz
– *corpus* und *animus* (Frankreich) 259
– *corpus* und *animus* (Österreich) 245 f.
– eindeutiger 265
– Ersitzungsbesitz 260 f.
– Fiktion *siehe* Erbenbesitz – Fiktion
– Inhaber 246
– mehrdeutiger 265 f.
– Rechtsbesitz (Frankreich) 259
– Rechtsbesitz (Österreich) 246
– Sachbesitz (Frankreich) 259
– Sachbesitz (Österreich) 246
– Heimlichkeit 263, 265
– offener 223
– öffentlicher 262–265
Besitzaufgabe des Veräußerers 78
Besitzdiener 51, 224–235
– Chauffeur 232 f.
Besitzdoppelung 309
Besitzkategorien 213
Besitzkonstitut 271, 278, 345
Besitzschutz 45 f., 230
Besitzverhältnisse
– Innenverhältnis 227–229, 231 f.
– Parteiinteressen 219–221, 229–231
Besitzverschaffungsmacht 63, 66, *siehe*
 auch Erkennbarkeit – Besitzverschaf-
 fungsmacht; Rechtsschein – Besitzver-
 schaffungsmacht; Rechtsscheinmerk-
 mal – Besitzverschaffungsmacht
– Pfandrechtserwerb 89
Besitzwille 218 f.
– Frankreich 259
– Österreich 245
Beweislast, relative Wirkung 192 f.
Binnenschiffe 318
Bitcoin 332
Blockchain 332 f., 343
– 51 %-Attacke 332, 334
– Nachteile 334 f.
Bösgläubigkeit 86
Buchberechtigter 153
– Leistung an den 154, 156, 158
– Verfügung gegenüber dem 159
Bucheigentümer 53
- Cape Town Convention *siehe* Kapstadt-
 Konvention
Crome, Carl 28
Cyberkriminalität 361
- Datenminimierung 328
Datenschutz 330, 335
dépossession 322
Detentor 259

- dinglicher Vertrag *siehe* Vertrag, dinglicher
- Dogmatik 84 f.
- Doppelfunktion 260
- Doppelnatur 43, 47
- Doppelverkauf 99, 259
- Drittöffentlichkeit 51 f., 59, 212
 - Antworten, vier 244
 - Erbenbesitz 241
 - Frankreich 259, 266 f.
 - Grundbuch 52
 - mittelbarer Besitz 235–240
 - Organbesitz 242 f.
 - Österreich 244 f.
 - Pfandrecht (Österreich) 255 f.
 - Übertragungsakt 214
 - Zustand 214
- Drittwiderklage 203

- Ehegatte 203
- Eigenmacht, verbotene 139, 141
- Eigentumsprüfung 207
- Eigentumsvermutung *siehe auch* Vermutung
 - alternative Auslegung 186
 - Bestandsvermutung 185
 - Beweissicherung 188
 - Dereliktion 197
 - Dokumentationslage 186–188, 199
 - und Erfüllungswirkung 195
 - Erwerb vom Nichtberechtigten 189 f.
 - Geheißerwerb 188 f.
 - Gleichzeitigkeit 186
 - herrschende Auslegung 184 f.
 - historisch 191 f.
 - Nachweis des Eigenbesitzes 193
 - persönlicher Schutzbereich 194 f.
 - Verwendungsersatz 195–197
 - Wortlautauslegung 183 f.
 - Zustandsvermutung 192
- Eigentumsvorbehalt 2
- Eindeutigkeit 290 f., 297 f.
 - Erfüllungswirkungen 292 f.
 - Erlöschen des Pfandrechts 296
 - Erwerbswirkungen 292
 - Grundbucheintrag 291
 - herausgabebereiter Dritter 297
 - Parteiverhalten 291 f.
 - Pfändungsschuldner 296 f.
 - Vermutungswirkungen 293–296
- Einheitsprinzip (Frankreich) 259
- Eintragungsprinzip 10, 40 f., 54
- Empirie 299, 301–303
- endgültige Erwerbswirkung *siehe* Erwerbswirkung – endgültige
- Entdecker 148
- Erbenbesitz, Fiktion 241
- Erbscheinserbe 154
- Erfüllungswirkung 42, 152 f.
- Erfüllungswirkung
 - Abhandenkommen 164
 - Auffangtatbestand 167–170
 - Ausnahmecharakter 167
 - deliktsrechtliche Sondervorschrift 165 f.
 - Frankreich 177
 - Fundrecht 174 f.
 - Grundsatz des Fahnisrechts 162 f.
 - Leistung 169
 - Nießbrauch 173
 - Österreich 175–177
 - Regelungslücke 167 f.
 - Vergleich der Interessenlagen 169
 - Zeitpunkt 283
- Erkennbarkeit
 - Abhängigkeitsverhältnis 227, 234 f.
 - Abtretung des Herausgabeanspruchs 276
 - Bedeutungen, drei 243
 - für den Begünstigten 52
 - Besitzerwerb vom Dritten 276
 - Besitzübertragung (Österreich) 256 f.
 - Besitzverschaffungsmacht 271
 - Besitzwille (Österreich) 247
 - Bestellung beschränkten dinglichen Rechts 276 f.
 - Beweisfrage 222
 - Drittöffentlichkeit 213–218
 - Eigenbesitzvermutung 288
 - Erfüllungswirkungen 282–285
 - Ersitzung 277 f.
 - Erwerb durch Besitzergreifung 280
 - Erwerb durch Trennung 279 f.
 - Erwerbswirkungen 281
 - Geheißerwerb 273 f.
 - Gewahrsam 206
 - Gläubigerschutz 217
 - Grundbuch 18 f.

- im Nachhinein (Manifestation) 52, 220, 236–238
 - im Prozess 289
 - im Vorhinein 52
 - Insichgeschäft 239 f.
 - Leistung an Besitzer 282–284
 - mittelbarer Besitz 277
 - Nichtkriterium 236
 - Nießbrauch 284
 - Parallele zwischen Erwerb und Vermutung 286 f.
 - Pfandverkauf 284
 - Recht, beschränktes dingliches 338
 - Rückgabevermutung 287 f.
 - tatsächliche Gewalt 213
 - Übereignung (Österreich) 257 f.
 - Übereignung durch Einigung 275
 - Übergabe 87, 233
 - Übergabe an Besitzdiener 269 f.
 - Übergabe an Besitzmittler 271
 - Übergabe durch Anweisung 272
 - Übergabe durch Einigung 269
 - Übergabe zur tatsächlichen Gewalt 268 f.
 - Umwandlung Besitzverhältnisse 273
 - Verarbeitung 278 f.
 - Verkehrsinteresse 30 f.
 - Verlautbarung des Besitzwillens 218 f.
 - Verlautbarung 236, 238, 240
 - Vermutungswirkung 285–289
 - Vollstreckungswirkungen 289
 - Wertung, richterliche 223
- Erlaß 160
- Ersitzung
- Besitzdiener 106
 - Besitzverlust 106 f.
 - Beweiserleichterung 111
 - Beweisfunktion 101, 103
 - *bona fides superveniens* 106
 - Eigenbesitzwille 105–108
 - Frankreich 113 f.
 - Fremdbesitzer 106 f.
 - Gleichlauf 103
 - Hemmung 108 f.
 - Kontinuitätsinteresse 104 f.
 - mittelbarer Besitz 107
 - normative Kraft des Faktischen 103
 - Österreich 112 f.
 - Pfandrecht 112 f., 343
 - Unterbrechung 108
 - Verjährung 101
 - Verkehrsschutz 102
 - Zwecke 100–105
- Ersitzungsbesitz 97
- Erwerb, gutgläubiger
- Anforderungen 85
 - außerregisterlicher 326
 - Bestandsinteresse 62
 - Beweislast (Frankreich) 98
 - Beweislast (Österreich) 95
 - *de lege ferenda* 317
 - Enteignungsvorgang 84
 - Frankreich 97–99
 - Haftung 79
 - lastenfreier 69, 321
 - Nießbrauch 88
 - ökonomische Analyse 56
 - Österreich 93–97
 - Recht, beschränktes dingliches 87
 - Rechtfertigung 84
 - Sonderfall 135
 - vom Unternehmer 95
 - Verkehrsinteresse 62
 - vom Vertrauensmann 95
- Erwerberbesitz *siehe* Geheißerwerb –
 Erwerberbesitzes; Rechtsschein –
 Erwerberbesitz; Rechtsscheinmerkmal –
 Erwerberbesitz
- Erwerbswirkung 41 f., 47, 132
- endgültige 137
 - vorläufige 135 f.
- Ethereum 333
- Fahrnisbesitz
- Anspruch aus dem 46
 - gegenwärtiger 46
- Fall
- Altzahngoldfall 226 f.
 - Baggerfall 226
 - Bankschließfachfälle 263 f.
 - Baustellenmaterialfälle 220, 247
 - Baustellenwerkzeugfall 229 f.
 - FlowTex 238, 314
 - Fräsenfall 237
 - Fräsmaschinenfall 77
 - Geldscheinfall 218 f., 222, 231
 - Handelsreisenderfall 234
 - Handtaschenfall 249 f.

- Holzstapelfall 214 f.
- Juwelenfall 227 f.
- Kellerfall 262 f.
- Koks- und Hemdenfall 142
- Kutscherfall 228
- Möbelfall 250
- Plakat-„Dogge“-Fall 238 f.
- Platzanweiserfall 228
- Probefahrtfälle 228 f.
- Rohstoffgenossenschaftsfall 215–217, 225 f., 272
- Rundhölzerfall 236, 239
- Schillingefall 249
- Schuhfabrikfall 214
- Strandfall 217 f.
- Teppichfall 237
- Tresenfall 236 f.
- Unter-Untermieterfall 237
- verheimlichter-Erwerb-Fall 264 f.
- Wartungsfall 220 f.
- Weinbergfall 138 f., 142 f.
- Falsifikationslehre 84
- Faustpfandprinzip 312
- Forderung, hypothekarisch gesicherte 159
- Forderungserwerb, gutgläubiger 161, 292
- Forderungswirkung 42, 181
 - Frankreich 182
 - Gebäudebesitzer 179 f.
 - Nießbrauch 179
 - Österreich 181 f.
 - Schadensgefahr 181
 - Tieraufseher 180 f.
 - Unterlassungsanspruch 178
 - Verpfändung 179
- Formalisierung der Zwangsvollstreckung
 siehe Zwangsvollstreckung, Formalisierung
- Fruchterwerb 134–143
 - Besitzergreifung 139 f.
 - (Eigen-)Besitzwille 137
 - Frankreich 144
 - Österreich 143 f.
 - Übergabe 139
 - Veräußererbesitz 139
- Fund 144–148
 - Frankreich 149
 - Österreich 148 f.
- Gebrauch, persönlicher 203
- Gefahrtragung 46 f.
- Geheißerwerb
 - Drei-Personen-Kette 73–74
 - Durchgangsgeheißerwerb 80 f.
 - Erwerberbesitz 74
 - Haftung 81
 - Unterwerfung 80
 - Veräußererbesitz 74
 - Vier-Personen-Kette 74, 79
- Geheißerwerb, gutgläubiger
 - doppelter 82 f.
 - Geheißperson auf Erwerberseite 75–79
 - Geheißperson auf Veräußererseite 74 f.
 - Österreich 96
- Geld und Inhaberpapiere 66 f., 70
- Gerüfte 8, 18
- Gesichtserkennung 344
- Gewahrsam *siehe* Publizitätsmittel –
 Gewahrsam
- Gewahrsamsfiktion 207
- Gewahrsame (Österreich) 209
- Gewere 6–8, 11 f., 18
- Gläubigerschutz 208
- Gläubigerwechsel 172
- Gleichlauf 39 f., 43, 53 f., 60, 300–314
 - Akzessorietät 311
 - Besitzdoppelung 313
 - Besitzübertragung, fehlende 305
 - Erlöschen des Rechts 309–312
 - Erwerb 304–309
 - Erwerb eines anderen 309 f.
 - Erwerb kraft Gesetzes 404
 - Erwerb, rechtsgeschäftlicher 304
 - Frankreich 312
 - Fund 307
 - Geheißerwerb 305
 - Grundstückszubehör 304
 - Konfusion 311 f.
 - Österreich 312
 - Pfandübergabe 305, *siehe auch* Gleichlauf – Zwischenstadium
 - Rechtsaufgabe 310 f.
 - Schatzfund 307 f.
 - Schwebezustand 305 f.
 - Tier 311
 - Übergabe 345
 - Überlassung, schuldrechtliche 313
 - zwei Richtungen 300
 - Zwischenstadium 308, 310, 313

- Grundbuch 32
– Rechtssicherheit 34
– Veränderung 161
Gutgläubenswirkung 41, 59
– Ersitzung 42
gutgläubiger Erwerb *siehe* Erwerb, gutgläubiger
gutgläubiger Forderungserwerb *siehe* Forderungserwerb, gutgläubiger
- Hand muß Hand wahren 347
Hash-Algorithmus, sicherer 332
Herausgabeanspruch, Abtretbarkeit des 90
Herrschaftsverhältnisse, dingliche 216, 218
Hinterlegung 156
Hypothek 158 f.
Hypothekenbücher 9, 17 f.
- Identifikation 343 f.
identifizierbar 320, 322 f.
Inhaber *siehe* Besitz – Inhaber
Inhaberpapier *siehe* Geld und Inhaberpapiere
Interessenjurisprudenz 223
- Kapstadt-Konvention 321 f.
Kategorien von Sachen *siehe* Sachkategorien
Kennzeichen 343
Kfz-Brief 328
Konsenssystem (*proof of stake*) 334
Kraftloserklärung 337 f., 348
Kryptowährung 345
- Lasten 141
lastenfreier Erwerb *siehe* Erwerb, gutgläubiger – lastenfreier
Leasing-Quote 2
Legalitätsprinzip 10, 34
Leihe 187
Leistung 153, *siehe auch* Buchberechtigter – Leistung an den
– an den Besitzer 155
lex rei sitae 321, 354, 357 f.
Lösungsanspruch *siehe* Lösungsrecht
Lösungsrecht 98, 164
Luftfahrzeuge 318
- Makeltheorie 190
Manifestation *siehe* Erkennbarkeit – im Nachhinein (Manifestation)
Mehrfachbelastung 341
Mietrecht 48
Miteigentum 118
mittelbarer Besitz 235–240, 271
– Verpfänder 90 f.
- NFC-Chip 343
Notar 33 f.
- öffentliche Versteigerung *siehe* Versteigerung, öffentliche
Öffentlichkeit 14 f., 59
– Grundbuch 18 f.
Online-Register
– Abhandenkommen 349, 351
– Aufbau 344–354
– Auslandsbezug 357 f.
– Eigentumsvermutung 354
– Erfüllungswirkung 350 f.
– Ersitzung 352 f.
– Erwerb vom Nichtberechtigten 345 f.
– Erwerbshindernis Abhandenkommen 347 f.
– Erwerbshindernis Kenntnis 346 f.
– Finanzierung 358 f.
– Fruchterwerb, gutgläubiger 354
– Fund 353
– Gewinn, wirtschaftlicher 359–361
– Grenzen 354–358
– Kosten des Erwerbs 360 f.
– Publizitätswirkungen, außerregisterliche 357
– Publizitätswirkungen, Rechtfertigung der 361 f.
– Querfinanzierung 359
– Registrierungsgebühr 359
– Schatzfund 353
– Schutzzumfang 358
– Suchgebühr 359
– Verarbeitung 353
– Verbindung 353 f.
– Verfügung 344 f.
– Verfügung, außerregisterliche 350
– Vermischung 353
– Vermutungswirkung 351 f., 361
– Vollstreckung 361

- Vollstreckungswirkung 352
- Pachtkreditgesetz 318 f.
- persönlicher Gebrauch *siehe* Gebrauch,
 - persönlicher
- Pfandrecht 89–92
 - besitzloses 318 f.
 - Frankreich 266
 - Österreich 252–256
- Pfandregister 325 f.
 - Ordnung 326
- Pfändung bei Dritten 207, 210
- Prätendentenstreit 156
- Prinzip
 - Grundfigur 25
 - nach *J. Esser* 21
 - Optimierungsgebot 21, 82
 - des Sachenrechts 1
 - Vorrangrelation 23
 - Wortbedeutung 20
- Prinzip, höheres 158 f., 162 f.
- Prioritätskonflikt 320–322, 341
- Prioritätsprinzip 326
- Privatautonomie 12, 125, 331, 355
- Prüfung, behördliche 343
- publik 15
- Publizität
 - absolute *siehe* – vollkommene
 - Bedürfnis 27 f.
 - beschränkte 26–27, 31, 38
 - beschränkte im Liegenschaftsrecht 33
 - Definition 14–17, 26, *siehe auch* Publizitätsprinzip – Definition
 - Erkennbarkeit 17, 20
 - fehlende 32, 34, 36 f.
 - Gebrauch 17–19
 - Grundbuch 18 f.
 - Handlungs- 52
 - klassische Begründung 27 f.
 - negative 318, 326, 341, 358
 - positive 318, 358
 - Postulat 31
 - USA 35
 - Verkehrserleichterung 38
 - Vertragsschluss 68
 - vollkommene 27, 31–33, 36, 88, 300, 337
 - Wortbedeutung 14 f.
 - Zustands- 52, 338
- Publizitätsmittel 15, 39, 61, 298
 - Besitz 126, 183 f., 212
 - Defizit 316
 - Gewahrsam 206, 296
 - Grundbuch 35
 - Grundbucheintrag 117, 291
- Publizitätsprinzip
 - Definition 26
 - Motive 10
 - nach *J. Esser* 24
 - Optimierungsgebot 22–24
 - Rechtswörterbuch 22
- Publizitätsschutz 60
- Publizitätsträger *siehe* Publizitätsmittel
- Publizitätswirkung
 - Eigentumsvermutung 191 f., 197 f.
 - Erfüllungswirkung 164
 - Ersitzung 111 f.
 - Fruchterwerb 47
 - Gewahrsamspfändung 205
 - Nießbrauch 173
 - Pfandverkauf 170
- Publizitätswirkung, keine
 - Aneignung 144 f.
 - Fund 145–147
 - Verbindung 114, 118
 - Vermischung 119
 - Schatzfund 147
- Publizitätswirkungen
 - Benachteiligungsgrad 299
 - Erkennbarkeit 39
 - Erwerbswirkungen 150–152
 - Freiheit des Gesetzgebers 55
 - fünf 49, 59
 - inneres System 211
 - Konkurrenz 331, 357
 - nach *F. Baur* 13 f., 25 f., 49
 - nach *M. Wolff* 12
 - Schutz 267
 - Schutzadressat 56
 - Schutzbereich, persönlicher 56 f.
 - Schutzwirkung 57
 - Schwächung 94
 - Vergleich 350
 - weitere 45–48
- QR-Code 327–330, 343
- Rangkonflikt *siehe* Prioritätskonflikt

- Rechte
 - dingliche 216, 218
 - schuldrechtliche 30
- Rechtfertigung
 - Erwerbswirkungen 282
 - zwei Ebenen 298–300, 314
- Rechtsfortdauervermutung 202, 278 f., 284, 288
- Rechtsgeschäft über dinglichen Anspruch 160
- Rechtsgeschichte 5
- Rechtsklarheit 118
- Rechtskraft 182
- Rechtskreis, romanischer 4
- Rechtsschein 79
 - Besitzverschaffungsmacht 64 f., 68, 70 f.
 - Erwerberbesitz 65, 71
 - Nachforschungen 86
 - *Quantz* 72
 - Schweigen 76, 81 f.
 - Veräußererbesitz 64, 71
 - Verpfänderbesitz 89
- Rechtsscheinelemente, gutgläubiger Erwerb 67–69
- Rechtsscheinlehre 84 f.
- Rechtsscheinmerkmal
 - Besitzverschaffungsmacht 92
 - Einzigkeit 76, 92
 - Erwerberbesitz 76, 92
 - Fruchterwerb 136 f.
 - Verpfänderbesitz 91 f., 171
 - Ausnahme 93
 - Erweiterung 317
- Rechtsscheinträger *siehe* Rechtsscheinmerkmal
- Rechtsvergleich 3–5
- Rechtsvorteil
 - materielle Rechtslage 49 f.
 - Umkehrung 50
- Register
 - französische 322 f.
 - Interesse, berechtigtes 19 f., 318
 - öffentliches 319 f., 322 f., 325 f.
 - Schiffsregister 319
 - Zweiteilung 341 f.
- Registerpfandrecht 319, 329 f.
 - Frankreich 323
 - Übertragung 342
- Registerpflicht 331
- Registervorschlag (*Volmer*) 327–321
- Registrierbarkeit 329
- Registrierung
 - dokumentenbasierte 324
 - -gebühr 359
 - -gesetz 329
 - Individualisierung 343
 - mitteilungsbasierte 324
 - Prüfung 340
 - -pflicht 356
 - -prozess 330
- res mancipi* 7
- römisches Recht 5, 30
- Sachenrechtsgrundsätze 1, 13
- Sachgesamtheit 326, 341
- Sachherrschaft, mögliche 223 f.
- Sachkategorien 355
- Schatzfund 147 f.
 - Frankreich 149
 - Österreich 149
- Scheinbestandteil 116
- Scheingeheißerwerb 74
- Schenkung 187
- Schlüssel
 - öffentlicher 332
 - privater 332, 347 f.
- Schuldrecht 43
- Schuldrechte *siehe* Rechte – schuldrechtliche
- Schweigen *siehe* Rechtsschein – Schweigen, *siehe auch* Verschweigen
- Seriennummer 329
- SHA-256 *siehe* Hash-Algorithmus, sicherer
- Sicherungseigentum 55, 238, 317
 - Österreich 254 f.
- Sicherungsrecht 322
 - Rangfolge 324 f.
- Sicherungsübereignung 2, 55, 313, 341
- Smart Contract* 333
- Standardvermutung *siehe* Vermutung – Standard-
- Stichtag *siehe* Übergangszeit
- Störerbegriff 178
- Streitbefangenheit der Sache 149 f.
- Streitbewältigungskosten 359 f.
- Streitverkündung 294

- Stundung 160
Suchgebühr 359
- title insurance* 35
- Token 333, 336, 345
– Fiktion 337
– Token-Container-Modell 337
- Token und VT-Dienstleistungsgesetz 335–340
- Traditionsprinzip 79, 303
- Transaktionskosten 37, 359 f.
- Treuhand 23
- TVTG *siehe* Token und VT-Dienstleistungsgesetz
- Übergabe 53 f.
– Begriff 267 f.
– Wissenszurechnung 270 f.
- Übergang 356
- Übergangszeit 329, 331, 356
- Überschreibung 330, 336, 344 f.
- Übertragungswirkung 39, 59, 301
– Eintragung 41
- UCC 320 f.
– Finanzierungserklärung (*financing statement*) 320
– Pfandrecht (*security interest*) 320
- Umkehrungswirkungen 50, 59, 143
– Parallelen zwischen Vermutung und Vollstreckung 208 f.
- UNCITRAL Guide 324 f.
– Registrierungsarten 324
- UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions *siehe* UNCITRAL Guide
- Uniform Commercial Code *siehe* UCC
- Urheberrecht 29, 31
- Validator, physischer 339
- Verarbeitung
– Eigenbesitzer als Hersteller 125–132
– Hersteller 121
– neue Sache 120 f.
– Österreich 133
– -klauseln 122
– Streichung der Vorschrift 123–125
– Verarbeitungswert 119 f.
– Zurückbehaltungsrecht 123 f.
- Veräußererbesitz 63, *siehe auch* Geheißerwerb – Veräußererbesitz; Frucht-
erwerb – Veräußererbesitz; Rechts-
schein – Veräußererbesitz
- Veräußerungsverbot 149 f.
- Verbindung
– beweglicher Sachen 117–119
– Frankreich 133 f.
– Grundbucheintrag 115, 117
– guter Glaube 116
– mit einem Grundstück 114–117
- verbotene Eigenmacht *siehe* Eigenmacht, verbotene
- Verfügung, außerregisterliche 350
- Verfügungswirkung 42, 152, 162
- Vergleich 157, 160
- Verjährung 48, 101
- Verkehr, unternehmerischer 330
- Verkehrsanschauung 120
– Österreich 245, 248–251
- Verkehrsauffassung *siehe* Verkehrs-
anschauung
- Verkehrsfähigkeit 339
- Verkehrsinteresse 70
- Vermischung 119
– Frankreich 133 f.
- Vermutung
– zur Forderungsdurchsetzung 159
– Nießbrauch 198
– Pfandrecht 198
– Rechtsfortdauer- *siehe* Rechtsfortdauer-
vermutung
– Rückgabe- 200 f.
– Standard- 294
– Tatsachen- 200–202
– TVTG 337
- Vermutungswirkung 44
– Abhandenkommen 202
– außerprozessuale 286
– Frankreich 204 f.
– Kehrseite 162, 173 f.
– Österreich 204
– Vertrauen 182 f.
- Verpfänderbesitz 170 f.
– mittelbarer Besitz 172
- Verpfändung, Drittwirksamkeit 266
- Verschweigen 146 f., 149, *siehe auch*
Rechtsschein – Schweigen
- Verschweigungsgrundsatz 9
- Versteigerung, öffentliche 65, 70
– Österreich 94 f.

- Vertrag, dinglicher 32, 345
Vertragsprinzip 303
Vertrauensmann *siehe* Anvertrauen
Verweis, eindeutiger *siehe* Eindeutigkeit
Verzicht 310 f.
Vollstreckungserinnerung 206
Vollstreckungswirkung 44 f., 205–210
– Abhandenkommen 206
– Frankreich 209 f.
– Österreich 209
vorläufige Erwerbswirkung *siehe* Erwerbs-
wirkung – vorläufige

Wertgrenze 355
Widerspruch 33, 349

Zeichen 50–56
– Doppelung *siehe* Besitzdoppelung
– Eindeutigkeit 53, 59 f.
– Erkennbarkeit 50 f.
– Verkehrserleichterung 37
Zeitpunkt des guten Glaubens 72
Zueignung (Österreich) *siehe* Aneignung –
Österreich
Zurückbehaltungsrecht des Werkunterneh-
mers 96
Zwangsvollstreckung, Formalisierung 45,
206 f., 352
Zwischenmann 78

HEIDELBERGER RECHTSWISSENSCHAFTLICHE ABHANDLUNGEN

Herausgegeben von
der Juristischen Fakultät
der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg

Die Schriftenreihe *Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen* (HeiRA) wird von der *Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg* herausgegeben. Diese Fakultät wurde 1386 errichtet und ist die älteste durchgängig bestehende juristische Fakultät in der Bundesrepublik Deutschland. Sie gehört bis heute zu den führenden Fakultäten des Landes und steht gleichermaßen für die blickweitende Versammlung aller juristischen Fach- und Grundlagendisziplinen in ihrer Mitte wie auch für die klassische Einheit von Forschung und Lehre. Mit den *Heidelberger Rechtswissenschaftlichen Abhandlungen* entsteht ein Forum, in dem die Fakultät ihre Spitzenforschung in der gesamten Breite präsentieren kann.

ISSN: 1869-3075
Zitiervorschlag: HeiRA

Alle lieferbaren Bände finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/heira



Mohr Siebeck
www.mohrsiebeck.com