

# Jusletter

## Elektronische Registerlösungen und die Aufweichung des Faustpfandprinzips

### Eine Auslegeordnung

**Autoren/Autorinnen:** Martin Eggel / Bernhard Gerstl

**Beitragsart:** Wissenschaftliche Beiträge

**Rechtsgebiete:** Sachenrecht, Informatik und Recht

**DOI:** 10.38023/a3416440-a9f2-4faf-a425-a3a87d6cf67c

**Zitierungsvorschlag:** Martin Eggel / Bernhard Gerstl, Elektronische Registerlösungen und die Aufweichung des Faustpfandprinzips, in: Jusletter 13. September 2021

*Dieser Beitrag setzt sich mit der Frage auseinander, ob eine Aufweichung des Faustpfandprinzips durch die Einführung eines elektronischen Fahrnispfandregisters denkbar und sinnvoll sein könnte. Ausgehend vom Faustpfandprinzip und dessen Schwächen werden Vor- und Nachteile elektronischer Registerlösungen als Alternative dazu aufgezeigt. Zudem werden grundlegende Anforderungen und Varianten in der Ausgestaltung eines solchen Fahrnispfandregisters beschrieben. Der Beitrag schliesst mit einem Blick «über den Tellerrand» auf verteilte Register und die Loslösbarkeit des Werts einer körperlichen Sache vom Besitz und der Möglichkeit, diese zu nutzen.*

### Inhaltsverzeichnis

1. Vorbemerkungen und Übersicht
2. Das Faustpfandprinzip und seine Bedeutung im schweizerischen Recht
  - 2.1. Mobiliarsicherheiten im schweizerischen Recht
    - 2.1.1. Gesetzlich vorgesehene Mobiliarsicherheit: Faustpfandrecht (Art. 884 ff. ZGB)
    - 2.1.2. Von Rechtsprechung und Lehre anerkannte Alternativen
  - 2.2. Beschreibung des Faustpfandprinzips
  - 2.3. Verwirklichung des Faustpfandprinzips
    - 2.3.1. Grundsatz
    - 2.3.2. Ausnahmen
  - 2.4. Zweck des Faustpfandprinzips
3. Nutzen eines elektronischen Fahrnispfandregisters
  - 3.1. Ausgangspunkt: Nachteile des Faustpfandprinzips
    - 3.1.1. Im Allgemeinen
    - 3.1.2. Bei der Verpfändung betriebsnotwendiger Unternehmensaktivten
    - 3.1.3. Transaktionskosten
    - 3.1.4. Fehlende Differenzierung von Wirtschaftssubjekten
    - 3.1.5. Faustpfandprinzip als Anachronismus in Zeiten von Globalisierung und Digitalisierung?
  - 3.2. Vorteile elektronischer Register im Allgemeinen und eines Fahrnispfandregisters im Besonderen
    - 3.2.1. Elektronische Register im Allgemeinen
    - 3.2.2. (Elektronische) Fahrnispfandregister im Besonderen

### 3.3. Nachteile elektronischer Register im Allgemeinen und eines Fahrnispfandregisters im Besonderen

#### 3.3.1. Elektronische Register im Allgemeinen

#### 3.3.2. (Elektronische) Fahrnispfandregister im Besonderen

### 3.4. Zwischenergebnis

## 4. Anforderungen an ein digitales Fahrnispfandregister

### 4.1. Im Allgemeinen

#### 4.1.1. Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen und den räumlichen Anwendungsbereich

#### 4.1.2. Anforderungen hinsichtlich der beteiligten Parteien

#### 4.1.3. Anforderungen hinsichtlich der Mobiliarsicherheit

#### 4.1.4. Anforderungen hinsichtlich des Pfandobjekts

#### 4.1.5. Anforderungen an die zu sichernde Forderung

### 4.2. Verfahren zur Pfandbestellung

### 4.3. Ausgestaltung des Registers

#### 4.3.1. Zentrale oder dezentrale Registerführung?

#### 4.3.2. Rechtswirkungen und Publizitätswirkungen

#### 4.3.3. Registerinhalte und Bekanntgabe von Personendaten

#### 4.3.4. Elektronisches Fahrnispfandregister als Publizitätsmittel

#### 4.3.5. Objektbezogene und personenbezogene Registerstruktur

#### 4.3.6. Internationale Aspekte

### 4.4. Verfahren zur Realisierung und Verwertungsmodalitäten

### 4.5. Exkurs: Erfahrungen aus der Diskussion um die Möglichkeit der Tokenisierung von Realwerten

## 5. Ergebnis

### 1. Vorbemerkungen und Übersicht

[1] Mit den nachfolgenden Ausführungen soll aus juristischer Sicht die Frage aufgeworfen und teilweise beantwortet werden, ob eine Digitalisierung im Bereich des Fahrnispfandrechts denkbar und sinnvoll wäre, hauptsächlich durch Einführung eines *elektronischen Fahrnispfandregisters* unter Aufweichung des Faustpfandprinzips.<sup>1</sup> Der Fokus des Beitrags liegt folglich auf rechtsgeschäftlich begründeten Sicherheiten, die an eigentlichen Mobilien begründet werden (Art. 884 ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 [ZGB; **SR 210**]), weshalb Retentionsrechte (Art. 895 ff. **ZGB**)<sup>2</sup> und Pfandrechte an Forderungen und anderen Rechten (Art. 899 ff. **ZGB**) weitestgehend ausser Betracht bleiben.<sup>3</sup> Ebenso wird – weil es sich um eine rechtliche Optik handelt – grundsätzlich nicht untersucht, ob nach einer solchen registerbasierten Ausgestaltung oder Erweiterung des Faustpfandrechts ein wirtschaftliches oder politisches Bedürfnis besteht.

[2] Einleitend sollen das Faustpfandprinzip und seine Bedeutung im geltenden schweizerischen Recht dargestellt werden. Dazu werden in einem ersten Schritt die zur Verfügung stehenden Mobiliarsicherheiten in Erinnerung gerufen,<sup>4</sup> dann das Faustpfandprinzip beschrieben und dessen Verwirklichung im geltenden Sicherungsrecht erläutert,<sup>5</sup> um schliesslich seine Zwecke zu untersuchen und die Frage zu beantworten, wie weit diese durch das Prinzip (noch) erfüllt werden.<sup>6</sup>

[3] In einem zweiten Teil werden Schwächen und Nachteile des Faustpfandprinzips – im Allgemeinen und in seiner schweizerischen Verwirklichung – aufgezeigt,<sup>7</sup> aufgrund derer alternative Lösungen mittels elektronischer Register wünschenswert erscheinen mögen. Davon ausgehend sollen wesentliche Vor-<sup>8</sup> und Nachteile<sup>9</sup> solcher digitaler Registerlösungen allgemein und in Bezug auf Mobiliarhypothesen im Besonderen besprochen werden.

[4] In einem letzten Teil soll es schliesslich darum gehen, die Anforderungen an ein mögliches digitales Fahrnispfandregister überblicksartig zu formulieren. Beginnend bei generellen Anforderungen<sup>10</sup> – hinsichtlich beteiligter Parteien, möglicher Sicherheiten, Pfandobjekten und zu sichernden Forderungen – über die Verfahren zur Pfandbestellung<sup>11</sup> und die Ausgestaltung des Registers<sup>12</sup> bis hin zum Verwertungsverfahren<sup>13</sup> werden verschiedene Möglichkeiten einer Konzeption summarisch dargestellt.

[5] Der Beitrag schliesst – anstelle einer Zusammenfassung der gewonnenen Erkenntnisse, welche sich aufgrund der Vielfalt möglicher und wechselseitig abhängiger Entscheidungsvarianten schwierig gestaltet – mit einem Blick «über den Tellerrand» in Form eines Exkurses zu verteilten Registern und mit der Grundsatzfrage der Loslösbarkeit des Werts einer körperlichen Sache vom Besitz und der Möglichkeit, diese zu nutzen.

## 2. Das Faustpfandprinzip und seine Bedeutung im schweizerischen Recht

### 2.1. Mobiliarsicherheiten im schweizerischen Recht

#### 2.1.1. Gesetzlich vorgesehene Mobiliarsicherheit: Faustpfandrecht (Art. 884 ff. ZGB)

[6] Soll eine Forderung durch eine Mobilie gesichert werden, so ist nach der Konzeption des Gesetzgebers ein Faustpfandrecht zu begründen (Art. 884 ff. ZGB).<sup>14</sup> Dabei handelt es sich um ein die Mobilie belastendes beschränktes dingliches Recht, das dem Pfandgläubiger die Befugnis einräumt, bei Nichterfüllung der gesicherten Forderung durch Verwertung dieser fremden beweglichen Sache (teilweise) Tilgung zu erreichen.<sup>15</sup> Die Begründung eines Faustpfandrechts als beschränktes dingliches Recht erfolgt durch Abschluss eines obligatorischen Pfandvertrages (Verpflichtungsgeschäft), der anschliessend durch die mit Willenseinigung auf Errichtung des Pfandes verbundene Besitzübertragung oder in – jedenfalls juristisch betrachtet – Ausnahmefällen eine Registereintragung erfüllt wird (Verfügungsgeschäft).<sup>16</sup> An die Besitzübertragung als Teil des Verfügungsgeschäfts werden besondere Anforderungen gestellt (Faustpfandprinzip), worauf anschliessend noch genauer einzugehen ist.<sup>17</sup>

#### 2.1.2. Von Rechtsprechung und Lehre anerkannte Alternativen

[7] In Rechtsprechung und Lehre sind verschiedene Alternativen zum Faustpfandrecht anerkannt, etwa die Errichtung eines irregulären Pfandrechts,<sup>18</sup> die Hinterlegung sicherungshalber<sup>19</sup> sowie die Sicherungsübereignung.<sup>20</sup> Da auch bei diesen Geschäften das Faustpfandprinzip massgeblich ist,<sup>21</sup> dürften sich die nachfolgenden Überlegungen betreffend Aufweichung desselben *mutatis mutandis* auch auf diese Konstrukte übertragen lassen, die aber im vorliegenden Beitrag nicht im Fokus stehen.

[8] Ebenfalls der Sicherung einer Forderung dient der Eigentumsvorbehalt (Art. 715 ZGB): Durch Eintragung in ein Register wird der Erwerb eines dinglichen Rechts aufgeschoben, trotz bereits erfolgten Besitzübergangs.<sup>22</sup> Aufgrund des Sicherungszwecks wird dieses Institut von der Lehre, abweichend von der gesetzlichen Systematik, den Sicherungsgeschäften zugeordnet. Zu beachten ist, dass damit nur der Kaufpreis für eine dem Erwerber bereits übertragene Sache gesichert werden kann; der Einbezug weiterer Forderungen wäre eine Umgehung des Verbots der Mobiliarhypothek.<sup>23</sup>

### 2.2. Beschreibung des Faustpfandprinzips

[9] Die Begründung einer der hievor beschriebenen Mobiliarsicherheiten macht – wenn nicht ausnahmsweise eine Registerlösung statuiert ist<sup>24</sup> – eine Besitzesänderung notwendig, die *besonderen Anforderungen* genügen muss: Das Faustpfandprinzip (Art. 884 Abs. 3 **ZGB**) erfordert eine Besitzübertragung, bei der der Pfandgeber die *ausschliessliche Gewalt* über die zu verpfändende Sache verliert.<sup>25</sup> Das bedeutet, dass der tatsächliche Zugriff auf die Sache, und damit die Möglichkeit, körperlich – und in der Folge auch rechtlich – über sie zu bestimmen, nicht mehr selbstständig beim Pfandgeber unter Ausschluss des Pfandgläubigers liegen darf.<sup>26</sup> Deshalb ist etwa für die Pfanderrichtung die Einräumung von Gesamtbesitz ausreichend, nie aber sind es offene Pfandlagen, ein Besitzeskonstitut oder das blosse Anbringen von Pfandzeichen.<sup>27</sup>

[10] Das Faustpfandprinzip ist verbunden mit dem Traditionsprinzip (Art. 717 **ZGB**), beide sind wiederum eine Konkretisierung des Publizitätsprinzips.<sup>28</sup> Unter diesem Gesichtspunkt der «umfassenden Publizität» ist auch historisch die Diskussion über das Faustpfandprinzip geführt worden.<sup>29</sup> Es wird darauf im Zusammenhang mit der Erörterung des Zwecks zurückzukommen sein.

## 2.3. Verwirklichung des Faustpfandprinzips

### 2.3.1. Grundsatz

[11] Das Faustpfandprinzip gilt – wie bereits festgehalten wurde<sup>30</sup> – bei der Verpfändung von beweglichen Sachen und ebenso bei verschiedenen weiteren Sicherungsgeschäften, die Mobilien betreffen.

[12] Für die Schweiz lässt sich damit, im Vergleich mit vielen Nachbarländern,<sup>31</sup> aber auch mit anderen Rechtsordnungen,<sup>32</sup> eine besonders strenge und konsequente Verwirklichung des Faustpfandprinzips feststellen.<sup>33</sup> Dies gilt sowohl für die Bestellung gesetzlich vorgesehener Pfandrechte an Fahrnisgegenständen<sup>34</sup> als auch bei von Lehre und Rechtsprechung anerkannten alternativen Sicherungsgeschäften (z. B. fiduziarischen Rechtsgeschäften<sup>35</sup>).

### 2.3.2. Ausnahmen

[13] Von diesem grundsätzlichen Erfordernis der Aufgabe der ausschliesslichen Gewalt an der Pfandsache weicht der Gesetzgeber allerdings verschiedentlich ab und sieht Ausnahmen vom Faustpfandprinzip vor.<sup>36</sup>

[14] Einmal sind *Registerlösungen* bei besonderen Objekten vorgesehen, so bei der Verpfändung von Vieh (Art. 885 **ZGB**; Verordnung betreffend die Viehverpfändung vom 30. Oktober 1917, **SR** 211.423.1), dann aber auch von Luftfahrzeugen (Art. 14 und Art. 26 ff. des Bundesgesetzes über das Luftfahrzeugbuch vom 7. Oktober 1959, **SR** 748.217.1)<sup>37</sup> oder Schiffen (Art. 38 ff. des Bundesgesetzes über das Schiffsregister vom 28. September 1923, **SR** 747.11; Art. 10 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Seeschifffahrt unter der Schweizer Flagge vom 23. September 1953, **SR** 747.30).<sup>38</sup> Ebenso – wenngleich unter umgekehrten Vorzeichen – ist bei der Begründung eines Eigentumsvorbehalts eine Eintragung in ein entsprechendes Register erforderlich.<sup>39</sup>

[15] Dann sind eigentliche *besitzunabhängige Pfandrechte* vorgesehen, wie etwa die gesetzlichen Pfandrechte des Fiskus oder das Retentionsrecht des Vermieters von

unbeweglichen Sachen.<sup>40</sup>

[16] Ebenfalls im Zusammenhang mit Ausnahmen vom Faustpfandprinzip genannt werden das *Finanzierungsleasing* und die Sicherung der Finanzierung durch *Zession des Eigentumsvorbehalts* zusammen mit der Kaufpreisforderung an ein Finanzinstitut.<sup>41</sup> Diesbezüglich ist allerdings zu beachten, dass für den Fall, dass ein Sicherungszweck im Vordergrund stehen sollte und diese Art der Rechtsgeschäftsgestaltung *nur* gewählt wurde, um die Bestimmungen über das Faustpfandrecht – und insb. das Faustpfandprinzip – zu umgehen, dem vereinbarten Eigentumsübergang jedenfalls Dritten gegenüber keine Wirkung zukommt (Art. 717 Abs. 1 *ZGB*). Solange es also um ein «pfandrechtsähnliches» Geschäft geht, wird dem Prinzip Nachachtung zu verschaffen sein.<sup>42</sup> Dass dies für das Finanzierungsleasing mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung nur begrenzt zutreffen dürfte,<sup>43</sup> ist hier nicht weiter zu thematisieren.

## 2.4. Zweck des Faustpfandprinzips

[17] Wenn nach der Begründung der strengen Umsetzung des Faustpfandprinzips im schweizerischen Pfandrecht gefragt wird, so lässt sich als allgemeiner Zweck der Schutz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr, m. a. W. der *Verkehrsschutz*, ausmachen.<sup>44</sup> Es wird auch in diesem Kontext deutlich, dass der Besitz das gewöhnliche Publizitätsmittel im Bereich der Mobilien ist, mit dem man erreichen will, was man bei Immobilien mit dem Grundbuch sicherstellt. Im Einzelnen sollen damit nach heute in der Lehre geäusserten Einschätzungen verschiedene Beteiligte vor unterschiedlichen unerwünschten Vorgängen geschützt werden:

1. Zunächst einmal soll der *Sicherungsnehmer* eine *reale*, «greifbare» *Sicherheit* «in die Hand» bekommen.<sup>45</sup> Das ermöglicht ihm eine gewisse Kontrolle über das Schicksal des Pfandgegenstandes und führt wohl auch zu einer rascheren Vollstreckung.<sup>46</sup> Dieser Gedanke ist nicht zu unterschätzen: Es drückt sich damit eine grundlegende Erfahrung mit Mobilien aus, dass diese nämlich leicht verschoben und damit auch dem – obligatorisch oder dinglich – Berechtigten entzogen werden können. Diese geradezu begriffsbildende Eigenschaft der «Beweglichkeit» stellt eine – es wird sich dies noch zeigen<sup>47</sup> – erhebliche Herausforderung bei der Konzeption eines besitzlosen elektronischen Registerpfandrechts dar, weil diesem die die beschriebene Gefahr der «Entwendung» mindernde «Nähe des Besitzes» abgeht.
2. Ursprünglich sollte das Faustpfandprinzip auch vor einer *Weiterverpfändung* durch den *Pfandnehmer* sowie vor einer *Mehrfachverpfändung* durch den *Pfandgeber* schützen, doch kann dies durch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs kaum mehr sinnvollerweise als effektiv und damit als Zweck des Faustpfandprinzips bezeichnet werden.<sup>48</sup>
3. Als zentraler Aspekt des Faustpfandprinzips wird der Schutz von vor allem *künftigen Gläubigern* des Pfandgebers genannt. «Schutz» meint in diesem Zusammenhang nicht die Reduzierung des Risikos einer Mehrfachverpfändung,<sup>49</sup> sondern vielmehr, dass die Gläubiger einen probaten Eindruck von der Vermögenssituation des Pfandgebers erhalten sollen («*solvabilité apparente*»).<sup>50</sup> Diesbezüglich ist allerdings zu beachten, dass der Besitz über die Vermögenslage im Grunde keine verlässliche Auskunft gibt, kann dieser doch nicht nur im Eigentum, sondern auch in befristeten beschränkten dinglichen Rechten (wie bspw. einer Nutzniessung) oder in entgeltlichen oder unentgeltlichen obligatorischen Verhältnissen begründet sein (wie bspw. einer Miete oder Leih).<sup>51</sup> Hinzu kommt, dass sich die Vermögenssituation und damit die Kreditwürdigkeit einer Person nur mit Blick auf bestehende Schulden (Passiven) und sämtliche weiteren Aktiven beurteilen lässt, umfassend eine Vielzahl von Vermögensgegenständen, die nicht bewegliche Sachen sind (Immobilien, Wertschriften, Immaterialgüterrechte, Forderungen usw.).<sup>52</sup>

4. Schliesslich soll mit dem Faustpfandprinzip sichergestellt werden, dass der *Schuldner*, der regelmässig auch Pfandgeber ist, sich *nicht überschuldet*.<sup>53</sup> Nur die Gegenstände, deren physisches Vorhandensein er entbehren kann, soll er verpfänden. Dieser Schutz ist tatsächlich effektiv, aber in einer Wirtschaftsordnung, die auf der grundsätzlichen Handlungsfreiheit der Teilnehmenden beruht, wohl eher unpassend.<sup>54</sup> Die Verhinderung leichtfertiger Kreditaufnahme ist Aufgabe des Konsumentenschutzrechts<sup>55</sup> oder liesse sich durch den Ausschluss der Verpfändbarkeit von Kompetenzstücken – gleich der Unpfändbarkeit derselben gemäss Art. 92 *SchKG*<sup>56</sup> – erreichen.

[18] Historisch betrachtet haben sich die Funktionen des Pfandbesitzes und des Faustpfandprinzips immer wieder verändert.<sup>57</sup> Wenn man die dem Erlass der schweizerischen Privatrechtskodifikation vorausgehende Diskussion betrachtet, standen zwei Anliegen im Vordergrund, denen man – so die sich jeweils durchsetzende Meinung – nur mit einem weitestgehenden Verzicht auf Registerpfandrechte und damit der Statuierung des Faustpfandprinzips gerecht werden konnte. Einmal ging es um die Schaffung von *Publizität*, wonach ein Dritter erkennen müssen, dass eine Mobilie nicht mehr (unbelastet) dem Pfandgeber zustehe.<sup>58</sup> Darin war auch die Problematik der Benachteiligung ausserkantonaler Gläubiger bei Registerlösungen einbezogen.<sup>59</sup> Dann wurde im Hinblick auf mögliche Registerlösungen häufig auf die damit steigende Gefahr der Überschuldung oder Verpfändung auch des Notwendigsten hingewiesen, mithin *sozialpolitische* oder auch *konsumentenschützerische* Bedenken vorgetragen.<sup>60</sup>

[19] Es zeigt sich bereits, dass die der Statuierung des Faustpfandprinzips zugrundeliegenden Zwecke von diesem schon immer oder wenigstens heute nur noch begrenzt erfüllt werden.<sup>61</sup> Wenn anschliessend analysiert werden soll, inwieweit mit einer elektronischen Registerlösung eine «Aufweichung» des Faustpfandprinzips einhergeht, so ist dieser Aspekt miteinzubeziehen.

### 3. Nutzen eines elektronischen Fahrnispfandregisters

#### 3.1. Ausgangspunkt: Nachteile des Faustpfandprinzips

##### 3.1.1. Im Allgemeinen

[20] Wie hievor festgestellt werden konnte, hält die Schweiz vergleichsweise streng am Faustpfandprinzip fest.<sup>62</sup> Nicht nur ein Blick ins Ausland,<sup>63</sup> sondern auch in die historische Praxis mehrerer Kantone<sup>64</sup> und in die Materialien zu OR und ZGB<sup>65</sup> zeigt jedoch, dass die gegenwärtige Rechtslage auch für die Schweiz keineswegs alternativlos ist. Ebenfalls hat sich bereits gezeigt, dass das Faustpfandprinzip die ihm zugeschriebenen Zwecke nur (noch) begrenzt erfüllt.<sup>66</sup> Doch auch aus verschiedenen anderen Überlegungen wird das Faustpfandprinzip regelmässig auf den Prüfstand gestellt. So wird vor allem kritisch hinterfragt, inwieweit das Faustpfandprinzip den Kreditsicherungsanliegen des *heutigen Wirtschaftslebens* überhaupt noch diene.<sup>67</sup> In diesem Zusammenhang scheint in der Lehre die Ansicht zu überwiegen, dass die strenge Handhabung des Faustpfandprinzips, wie sie in der Schweiz praktiziert wird, (zu) wenig Flexibilität in der Bestellung von Sicherheiten ohne Besitzaufgabe bietet.<sup>68</sup> Oft ist damit auch die Forderung nach einer allgemeinen Mobiliarhypothek verbunden.<sup>69</sup> Mit diesem zentralen Kritikpunkt hängen viele weitere Nachteile des Faustpfandprinzips eng zusammen, die in ihrer Gesamtheit für die geringe Nutzung der Fahrnisverpfändung im Wirtschaftsverkehr verantwortlich zu zeichnen scheinen:

##### 3.1.2. Bei der Verpfändung betriebsnotwendiger Unternehmensaktiven

[21] Das wohl häufigste und gewichtigste Argument für eine Aufweichung des Faustpfandprinzips geht dahin, dass das Erfordernis der Besitzübertragung nach Art. 884 Abs. 1 und 3 ZGB die Verpfändung von *betriebsnotwendigen Aktiven* in der Unternehmensfinanzierung *de facto* verunmöglicht. Nur in den wenigsten Fällen wird es mit dem Tagesgeschäft kreditnehmender Unternehmen vereinbar sein, Gläubigerinnen Besitz an Produktionsmaschinen, Büromobiliar, Lagerbeständen o. ä. zu verschaffen und die ausschliessliche Verfügungsgewalt über diese Pfandobjekte aufzugeben.<sup>70</sup> Unter der geltenden Rechtslage sind die Wirtschaftsteilnehmer in solchen Fällen gezwungen, auf alternative Kreditsicherheiten oder unbesicherte Finanzierungen auszuweichen.<sup>71</sup>

### 3.1.3. Transaktionskosten

[22] Doch auch in Fällen, in denen die Pfandbestellung durch Besitzaufgabe grundsätzlich möglich wäre, entstehen regelmässig *signifikante Transaktionskosten*. Diese ergeben sich insb. aus dem Transport und der Lagerung der Pfandobjekte im Gewahrsam des Gläubigers oder einer mit der Verwahrung betrauten Drittpartei. Je nach Beschaffenheit der Pfandobjekte können die Transaktionskosten eine prohibitive Höhe erreichen, womit die Pfandbestellung wiederum erheblich erschwert oder gar faktisch unmöglich wird.<sup>72</sup>

### 3.1.4. Fehlende Differenzierung von Wirtschaftssubjekten

[23] Des Weiteren differenziert das auf die Pfandbestellung anwendbare Recht nicht zwischen Geschäften unter «professionellen» *Wirtschaftstreibenden*<sup>73</sup> und dem *Konsumgüter- und Konsumkreditgeschäft*<sup>74</sup>, obgleich eine solche Unterscheidung durchaus sinnvoll sein könnte. Ohne die Vereinbarkeit des Faustpfandprinzips *de lege lata* mit den Grundsätzen der schweizerischen Wirtschaftsordnung weiter zu vertiefen, sei lediglich darauf hingewiesen, dass eine Regelung wie die geltende, die jede Differenzierung nach Parteien und Kontext des Pfandgeschäfts vermissen lässt, Fragen hinsichtlich ihrer Sachgerechtigkeit und Verhältnismässigkeit aufwirft.<sup>75</sup>

### 3.1.5. Faustpfandprinzip als Anachronismus in Zeiten von Globalisierung und Digitalisierung?

[24] Schliesslich sei noch auf die beiden Trends der *Globalisierung* und der *Digitalisierung* hingewiesen, die ebenfalls in einem Spannungsverhältnis zum wiederholt als «überholt»<sup>76</sup> bezeichneten Faustpfandprinzip stehen und zugleich das Recht der Kreditsicherung mit Fahrnis ganz allgemein vor Herausforderungen stellen.

[25] Die bereits seit Längerem vertretene These scheint intuitiv einleuchtend, dass mit dem *grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr* auch der Bedarf nach entsprechenden Kreditsicherungen zunimmt.<sup>77</sup> Das Faustpfandprinzip vereinfacht zwar gewisse Fragen der internationalen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts, erschwert aber *de facto* die Verpfändung im transnationalen Wirtschaftsverkehr stark, da die Transaktionskosten dadurch weiter ansteigen.<sup>78</sup> Es wird nicht als zielführend erachtet, an dieser Stelle auf Details des internationalen Privatrechts einzugehen;<sup>79</sup> es sei nur aufgezeigt, dass bei fahrnispfandgesicherten Kreditverhältnissen zwischen Parteien aus verschiedenen Ländern ein wesentlicher Komplexitätsfaktor, bestehend in der Verbringung von Vermögenswerten ins Ausland oder der Zwischenschaltung von treuhänderischen Drittverwahrern, beinahe unweigerlich hinzukommt.

[26] Der *Digitalisierungstrend* wirkt auf mehreren Ebenen: Einzelne Autorinnen wollen einen direkten Zusammenhang zwischen der vermehrten Nutzung digitaler Geschäftsmodelle und

einem steigenden Kredit- bzw. Pfandsicherheitsbedarf erkennen.<sup>80</sup> Wiewohl diese Folgerung nicht ohne Weiteres geteilt werden kann, ist offensichtlich, dass elektronische, digitale und netzwerkbasierte Technologien in den letzten Jahrzehnten zahlreiche Erleichterungen des täglichen Lebens mit sich gebracht haben. Das Anbringen und Auslesen von Strichcodes, QR-Codes oder anderen Kennzeichnungen («tags») ermöglicht eine schnelle und unkomplizierte Informationsbeschaffung, die durchaus einen Mehrwert gegenüber dem traditionellen, aber tragen Publizitätsmittel des Besitzes liefern könnte.<sup>81</sup> Denkbar ist gar die weitgehende Ablösung des körperlichen Gutes durch Digitalisate im Rechtsverkehr («*Tokenisierung*»)<sup>82</sup>. Die dynamische Weiterentwicklung in diesem Bereich lässt folglich das gleichbleibende besitzverbundene Faustpfandprinzip relativ betrachtet trüger und damit nachteiliger werden.

[27] Da also das Faustpfandprinzip die ihm zugeschriebenen Zwecke nur noch bedingt erfüllt<sup>83</sup> und auch sonst mit verschiedenen Nachteilen behaftet ist,<sup>84</sup> ist es angezeigt, nunmehr Vor- und Nachteile elektronischer Registerlösungen zu betrachten und diese dem *status quo* der strengen Geltung des Faustpfandprinzips gegenüberzustellen. Würden die Vorteile überwiegen, so stünde der Einführung eines Fahrnispfandregisters aus rechtlicher Sicht *dem Grundsatze nach* wenig entgegen.

### **3.2. Vorteile elektronischer Register im Allgemeinen und eines Fahrnispfandregisters im Besonderen**

#### **3.2.1. Elektronische Register im Allgemeinen**

[28] Die Tendenz hin zur elektronischen Registerführung ist auf zahlreichen Gebieten augenfällig und wird auch im Zusammenhang mit Mobiliarsicherheiten schon lange gefordert.<sup>85</sup> Mit Grundbuch<sup>86</sup>, Eigentumsvorbehaltsregister<sup>87</sup> und Handelsregister<sup>88</sup> seien nur einige bedeutsame Register des Sachen- und Gesellschaftsrechts genannt.<sup>89</sup> Der Umstieg auf solche elektronischen Register erscheint aus verschiedenen Gründen sinnvoll, von denen hier einige besonders gewichtige angeführt werden sollen:

[29] Unmittelbar einleuchtend sind die Vorteile für *anmeldende* und *einsichtnehmende Personen*, die sich aus der jederzeitigen und ubiquitären Verfügbarkeit elektronischer Registerdaten ergeben. Anders als bei den traditionellen, im Amtslokal auf Papier geführten und einsehbaren Registern kann den Parteien – je nach Ausgestaltung – der physische Amtsweg erspart bleiben. Bei *online* abrufbaren Registerdatenbanken genügt die Eingabe des entsprechenden Links und einer allenfalls erforderlichen Legitimation,<sup>90</sup> um Registrierungen vorzunehmen, Einsicht in das Register zu nehmen oder mittels geeigneter Spezifikationen einen Auszug erhältlich zu machen.<sup>91</sup> Die Frage der Verbindlichkeit von *Online*-Registerinhalten wird nachfolgend noch zu besprechen sein.<sup>92</sup>

[30] Darüber hinaus könnten die Parteien ermächtigt werden, Registereinträge eigenständig, d. h. ohne Konsultation mit Registerführungsbeamten, vorzunehmen. Dies könnte in besonderer Weise durch eine auf Distributed Ledger Technology (DLT) basierende, wirklich dezentrale Lösung erreicht werden, aber auch – was zumindest im schweizerischen Kontext klar zu bevorzugen sein dürfte – bei zentral geführten Registern.<sup>93</sup> Letzterenfalls könnte die Prüfung der Eingaben auf summarische und formale Aspekte beschränkt werden, was nicht nur das Registrierungsverfahren beschleunigen würde, sondern auch Einsparungen bei den Registerführungskosten ermöglichen könnte.<sup>94</sup> Eine so erreichte Effizienzsteigerung könnte idealerweise – nach Amortisierung der mit der Einführung verbundenen Fixkosten – durch die sukzessive Senkung von Registergebühren gemäss dem Kostendeckungsprinzip an die Nutzerinnen weitergegeben werden.

[31] Weitere Vorteile, die sich aus der Natur elektronischer Register ergeben – jedenfalls soweit sie zentral geführt werden – kommen primär der «*Registerführung*»<sup>95</sup> zugute: Anders als beim papierbasierten Register, dessen Struktur und Grenzen durch die Form eines standardisierten Registerblattes vorgegeben sind, besteht beim elektronischen Register eine grössere, technisch bedingte Freiheit in der Ausgestaltung. Ein elektronisches Register ist durch *Updates* relativ niederschwellig für Aktualisierungen, Modifikationen, Nachbesserungen und die nachträgliche Ergänzung oder Einschränkung von Funktionen zugänglich. Somit kann bei einer elektronischen Registerlösung auf Änderungen der Rechts- oder Faktenlage einfach reagiert werden, ohne das gesamte Register auf inhaltlicher Ebene überarbeiten zu müssen. Ferner bestünde die Möglichkeit, ein elektronisch geführtes Register technisch<sup>96</sup> vor unberechtigtem Zugriff zu schützen und sämtliche Registerhandlungen – auch von Berechtigten – zu protokollieren, um Missbrauch vorzubeugen.<sup>97</sup> Ebenfalls ist es möglich, innerhalb eines Registers verschiedene Teilsysteme anzulegen, die den Parteidürfnissen und Sacherfordernissen besser entsprechen als eine beim Standard-Registerformular anzutreffende «*one size fits all*»-Lösung.<sup>98</sup>

### **3.2.2. (Elektronische) Fahrnispfandregister im Besonderen**

[32] In das soeben aufgezeigte Gesamtbild lässt sich die Idee eines elektronischen Fahrnispfandregisters gut einpassen. Sie begegnet mehreren jüngeren Entwicklungen im Sachenrecht, aber auch im Wirtschaftsverkehr allgemein.

[33] Unter den Nachteilen des Faustpfandprinzips wurden u. a. die mit der Besitzübertragung verbundenen Transaktionskosten angeführt. Um zu evaluieren, ob die Einführung registerbasierter Fahrnispfandrechte Einsparungen und Effizienzsteigerungen mit sich bringen könnte, wäre es sinnvoll, im Rahmen der Regulierungsfolgenabschätzung die budgetierten Gesamtkosten der Inbetriebnahme und Instandhaltung einer Registerlösung den geschätzten aggregierten Transaktionskosten, die mit der Faustpfandbestellung verbunden sind, gegenüberzustellen.<sup>99</sup> Es ist dabei zu erwarten, dass mit dem technologischen Fortschritt die Registerführungskosten tendenziell sinken werden.<sup>100</sup>

[34] Eine Entwicklung, die in diesem Zusammenhang der Registrierung und Nachverfolgung von Pfandobjekten entgegenkommt, ist die immer bessere Nachverfolgbarkeit von Waren über ihre gesamte Wertschöpfungskette bis hin zu ihrem Ursprung.<sup>101</sup> Bekannt und bewährt ist eine derartige Produktkennzeichnung u. a. im Lebensmittelbereich;<sup>102</sup> inwieweit sich die dort geltenden Kennzeichnungsgrundsätze sinngemäss auf andere Produktkategorien übertragen lassen, wird noch zu prüfen sein.<sup>103</sup> Im Rahmen dieses Beitrags soll lediglich der grundsätzliche Nutzen aufgezeigt werden, der sich aus – vorbestehenden oder eigens zu entwickelnden – Warenkennzeichnungen in Bezug auf die Pfandregistrierung ergeben könnte, indem diese als Metadaten zur Objektidentifikation eingegeben werden. Erwirbt dann eine Drittperson eine derart gekennzeichnete Sache, könnte sie durch Eingabe der Kennzeichnung (in Form von Buchstaben, Zahlen, Strichcodes, QR-Codes usw.) in die Pfandregister-Suchfunktion herausfinden, ob diese mit Pfandrechten oder anderen Lasten belegt ist.<sup>104</sup> Darüber hinaus wäre die Nachvollziehbarkeit von Rangfolge und Konkursfestigkeit sowie das Verhältnis zwischen verschiedenen dinglichen Rechten mittels Registereintrag wohl übersichtlicher dargestellt, als dies durch das traditionelle Publizitätsmittel des Besitzes gewährleistet werden könnte.

### **3.3. Nachteile elektronischer Register im Allgemeinen und eines Fahrnispfandregisters im Besonderen**

### 3.3.1. Elektronische Register im Allgemeinen

[35] Die grösste Herausforderung bei der Einführung eines (elektronischen) öffentlichen Registers – bei welcher man von einem Nachteil sprechen könnte – liegt wohl darin, ihm in seinem Anwendungsbereich möglichst weitreichende Geltung im weitesten Sinne, d. h. Legitimität und Akzeptanz, zu verschaffen. Das Grundbuch etwa kann als Musterbeispiel für ein solches allgemeinverbindliches Register gelten, dessen negative und positive Publizitätswirkung nicht nur gesetzlich klar geregelt sind, sondern auch bei den Rechtsteilnehmenden auf universelle Akzeptanz stossen: Jedermann ist bewusst, dass sie sich – Ausnahmefälle vorbehalten – auf Grundbucheinträge verlassen können und müssen. Dass dem so ist, liegt auch an der daraus resultierenden «empfundenen Alternativlosigkeit» des Grundbuchs als Publizitätsmittel des Immobiliarsachenrechts. Demgegenüber kennt das Mobiliarsachenrecht mit dem Besitz bereits ein etabliertes Publizitätsmittel, das nur schwerlich im Nachhinein durch Alternativen zu verdrängen sein wird. Beispielhaft dafür ist die praktische Bedeutungslosigkeit des Eigentumsvorbehaltregisters gemäss Art. 715 **ZGB** im heutigen Wirtschaftsverkehr,<sup>105</sup> wenngleich hier verschiedene andere Aspekte eine die Relevanz weiter schwächende Rolle gespielt haben dürften.

[36] Ein elektronisches Register müsste ausserdem gemäss Art. 7 **DSG** resp. Art. 8 **nDSG** sowie zwecks Vertrauensbildung höchstmögliche Datensicherheit durch technische und organisatorische Massnahmen auf dem jeweils aktuellen Stand der Technik gewährleisten. Dass diese Hürde aber durchaus überwindbar sein dürfte, zeigt sich an den bestehenden Registern,<sup>106</sup> von welchen den Autoren bis dato keine grösseren Datensicherheitsprobleme zur Kenntnis gelangt sind.

### 3.3.2. (Elektronische) Fahrnispfandregister im Besonderen

[37] Neben den aufgeworfenen Herausforderungen elektronischer Register im Allgemeinen ergeben sich einige spezifische Probleme im Zusammenhang mit der Registrierung von Fahrnispfandrechten.

[38] Zunächst ist die Thematik von öffentlichem Glauben und positiver Publizitätswirkung elektronischer Register im Kontext des Fahrnispfands zu betrachten. Der öffentliche Glaube, d. h. eine Rechtsfiktion der Kenntnis von Registerinhalten (negative Publizitätswirkung), kann nur erreicht werden, wenn die Parteien über die Bedeutung des Registers informiert sind und es gewohnheitsmässig konsultieren. Bis eine solche Akzeptanz gewährleistet ist, scheint es schwierig, ein öffentliches Register mit Publizitätswirkungen auszustatten.<sup>107</sup> Immerhin dafür spricht der Umstand, dass elektronische Register erheblich leichter einsehbar sein können, als dies bei papierbasierten Varianten der Fall wäre. Um dem Register zu Glaubwürdigkeit zu verhelfen, müssen seine Einträge die realen Tatsachen zuverlässig und akkurat wiedergeben.

[39] Daher ist es wichtig, geeignete Verfahren zur Berichtigung und Bereinigung eines elektronischen Fahrnispfandregisters vorzusehen.<sup>108</sup> Wird eine pfandgesicherte Forderung getilgt, so ist – grundsätzlich Zug um Zug – der Registereintrag mit deklaratorischer Wirkung zu streichen, da das Pfandrecht gemäss dem Akzessorietätsprinzip zusammen mit der Forderung untergeht.<sup>109</sup> In gewissen Konstellationen des digitalen Zahlungsverkehrs könnte die Streichung direkt an die Entrichtung des geschuldeten Geldbetrags geknüpft und automatisch ausgeführt werden.<sup>110</sup> In den übrigen Fällen würde die Streichung wohl eine separate Eingabe der Quittung oder einer anderweitigen gläubigerseitigen Bestätigung erfordern. Die Tatsache, dass die Ausstellung eines Zahlungsbelegs nicht immer üblich und noch weniger standardisiert ist,<sup>111</sup> wirft weitere Fragen auf.

[40] Mit Blick auf die vorstehende Problematik scheint wiederum eine Differenzierung zwischen dem kaufmännischen Verkehr und dem Konsumentengeschäft geboten: <sup>112</sup> Eine Obliegenheit zur Einsichtnahme in ein elektronisches Pfandregister kann Konsumentinnen und Konsumenten in Anbetracht der durchschnittlichen Aufmerksamkeit, die sie bei ihren Geschäften an den Tag legen und die von der Rechtsprechung gefordert wird, wohl nur in Ausnahmefällen zugemutet werden. <sup>113</sup> Im kaufmännischen Verkehr hingegen, der regelmässig grössere Gütermengen und Geldbeträge zum Gegenstand hat, erscheint eine Prüfobliegenheit prinzipiell eher zumutbar. Analoges gilt für Quittungen und Belege, denen im kaufmännischen Verkehr eine wesentlich grössere Bedeutung zukommt als im Verkehr mit oder unter Privaten.

[41] Soll jedoch die Verfügbarkeit eines elektronischen Fahrnispfandregisters auf bestimmte Parteien und/oder Geschäftsbeziehungen beschränkt werden, so stellt sich unweigerlich die Frage nach dem Kosten-Nutzen-Verhältnis: Je weniger Wirtschaftssubjekte ein solches Register nutzen (können), desto höher werden grundsätzlich die relativen Kosten seines Betriebs ausfallen. Dabei darf nicht vergessen werden, dass dem Faustpfand gegenwärtig eine geringe praktische Bedeutung im schweizerischen Geschäftsverkehr zukommt. Die Kosten-Nutzen-Frage wird also für eine – heute ausserhalb von Fachkreisen <sup>114</sup> (noch) nicht ersichtliche – rechtspolitische Debatte über elektronische Pfandregisterlösungen eine zentrale Rolle einnehmen. In einer solchen Debatte wird auch auf historische Formen der Mobiliarhypothek sowie die Gründe für deren Ablehnung in der Entwicklung von OR und ZGB zurückzukommen sein. <sup>115</sup>

### 3.4. Zwischenergebnis

[42] Mit Blick auf das soeben Ausgeführte lässt sich festhalten, dass bei der Einführung eines das Faustpfandprinzip (wenigstens teilweise) ablösenden elektronischen Fahrnispfandregisters *je nach konkreter Ausgestaltung* durchaus gewichtige Vorteile wie auch Nachteile überwiegen können. Folglich ist es angezeigt, die verschiedenen Elemente und die damit verbundenen Anforderungen an ein solches mögliches Register *de lege ferenda* skizzenhaft zu thematisieren. Dabei soll es nicht um rechtspolitische Empfehlungen gehen, sondern allein darum, mögliche Problemfelder und Lösungsansätze für den Fall einer entsprechenden Gesetzgebung aufzuzeigen.

## 4. Anforderungen an ein digitales Fahrnispfandregister

### 4.1. Im Allgemeinen

#### 4.1.1. Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen und den räumlichen Anwendungsbereich

[43] Aus rechtsstaatlichen Überlegungen, aber auch unmittelbar aufgrund des Wortlauts von Art. 884 Abs. 1 **ZGB** folgt, dass ein neuartiges Fahrnispfandregister in Abweichung vom Faustpfandprinzip einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage bedürfte. Damit zusammenhängend stellt sich die Frage nach den von der Einführung eines solchen oder vergleichbarer Lösungen tangierten Rechtsgebieten. Sie ist hier nicht abschliessend zu beantworten, da die zu ändernden Erlasse und Bestimmungen von der letztlich durch den Gesetzgeber gewählten Lösung abhängen. <sup>116</sup> Ebenfalls wäre dazu – was vorliegend nicht geleistet werden kann – ein vertiefter Rechtsvergleich vorzunehmen, der allenfalls zum Schluss führen könnte, sich an ausländischen Regelungen oder Vorschlägen zur Vereinheitlichung zu orientieren. <sup>117</sup>

[44] Damit wäre auch dem bereits angesprochenen Bedürfnis nach grenzüberschreitender Pfandsicherung ein Stück weit nachgekommen. Allein dies dürfte allerdings nicht ausreichen und es bleibt mit dem internationalen Privatrecht ein Gebiet, auf dem Lösungswege gesondert abzustecken sein würden: Eine Harmonisierung ist in unterschiedlichem Umfang vorstellbar, beginnend bei einem rein schweizerischen Register mit der Option, im Ausland bestellte Registerpfandrechte an Fahrnisgegenständen unter bestimmten Voraussetzungen anzuerkennen (allenfalls mit Gegenrecht), bis hin zu einem einheitlichen Register für teilnehmende Staaten.<sup>118</sup>

#### **4.1.2. Anforderungen hinsichtlich der beteiligten Parteien**

[45] Einige Anforderungen hinsichtlich der an einer Registerpfandbestellung beteiligten Parteien lassen sich direkt aus den bereits dargestellten Überlegungen zu Wirtschaftsfreiheit und Konsumentenschutz ableiten.<sup>119</sup> Die Hauptfrage wird an dieser Stelle sein, ob ein «Schweizerisches Register für Mobiliarsicherheiten»<sup>120</sup> für sämtliche (Privat-)Rechtssubjekte zugänglich sein soll, oder ob dessen Anwendungsbereich auf den Geschäftsverkehr, d. h. auf Transaktionen zwischen Unternehmen im Bereich ihrer gewerblichen Tätigkeit, zu beschränken ist. Aufgrund der erwarteten Sorgfalt und Aufmerksamkeit, die – auch angesichts der Höhe der zu sichernden Forderungen – im geschäftlichen Verkehr regelmässig höher ausfallen dürfte als bei Geschäften zwischen Privaten, scheint eine Obliegenheit, Sachen beim Erwerb – sei es des Vollrechts, sei es eines beschränkten dinglichen Rechts – auf allfällig registrierte Pfandrechte zu überprüfen, dort eher angemessen und mit einer entsprechenden Differenzierung auch einem der angesprochenen «Nachteile» eines Registers begegnet.<sup>121</sup> Daneben sprechen ebenfalls sozialpolitische Ziele, namentlich der Schutz von Privatpersonen vor Überschuldung als historisch zentrale *ratio legis* des Faustpfandprinzips dafür, diese zumindest im Frühstadium der Registerentwicklung von der Nutzung auszuschliessen.<sup>122</sup> Ein weiterer, eher praktischer als dogmatischer Grund, das Register in erster Linie auf als juristische Personen organisierte Unternehmen auszulegen, wäre die Vermeidung potentieller Zielkonflikte zwischen Publizität und Schutz von personenbezogenen Daten resp. Privatsphäre.<sup>123</sup>

[46] Im Zusammenhang mit den beteiligten Parteien ist darauf hinzuweisen, dass, sobald in einem öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs Personendaten verarbeitet werden, den datenschutzrechtlichen Verarbeitungsgrundsätzen Rechnung zu tragen ist, die in der DSG-Revision<sup>124</sup> weiter gestärkt werden.<sup>125</sup> Eine Frage, die sich bei öffentlichen Registern unweigerlich stellt, ist diejenige nach ihrer Publizität, d. h. nach der Bekanntgabe von Personendaten an interessierte Parteien.<sup>126</sup> Diese bedarf sowohl nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen (Art. 5 Abs. 1 **BV**) als auch nach den besonderen Bestimmungen zur Datenbearbeitung durch Bundesorgane (Art. 33 ff. nDSG) einer genügenden Rechtsgrundlage.<sup>127</sup>

#### **4.1.3. Anforderungen hinsichtlich der Mobiliarsicherheit**

[47] Nachdem in diesem Beitrag elektronische Registerlösungen im Zusammenhang mit einer Aufweichung des Faustpfandprinzips betrachtet werden, kommen solche nur für Mobiliarsicherheiten in Frage, auf die heute das Faustpfandprinzip Anwendung findet.<sup>128</sup> Da die Eintragung eines Pfandrechts an die Stelle der Besitzübertragung treten würde, sollte sie auch nur in denjenigen Fällen erforderlich sein bzw. konstitutive Wirkung haben, in denen nach dem geltenden Recht eine Besitzübertragung erforderlich wäre. Es sind dies namentlich die rechtsgeschäftlich begründeten Sicherungsrechte, im Unterschied zu den gesetzlichen Pfandrechten oder dem Pfändungs- oder Konkursbeschlag, welche eine ähnliche Wirkung unmittelbar *ex lege* entfalten.<sup>129</sup>

#### 4.1.4. Anforderungen hinsichtlich des Pfandobjekts

[48] Eine Frage, in der ein erheblicher Gestaltungsspielraum besteht, und in der die vertretenen Meinungen entsprechend voneinander abweichen, ist diejenige nach den registrierbaren Pfandobjekten. Einige Autoren möchten die Registerpfandfähigkeit direkt an die Kreditsicherungstauglichkeit der fraglichen Vermögenswerte knüpfen und sprechen sich daher für einen weiten Anwendungsbereich elektronischer Fahrnispfandregister aus.<sup>130</sup> Es bestehen jedoch nach hier vertretener Auffassung erhebliche Zweifel daran, ob sich alle beweglichen körperlichen Sachen gleichermaßen als Registerpfandobjekte eignen. Einschränkungen betreffend Sicherungsgüter liessen sich einerseits durch einen *numerus clausus* oder die Spezifikation von Kriterien registerfähiger Pfandobjekte verwirklichen.<sup>131</sup> Andererseits wäre auch die grundsätzliche Zulassung sämtlicher Fahrnispfandregister – allenfalls unter Ausschluss bestimmter Objektkategorien – denkbar.<sup>132</sup> Der angesprochene grosse Gestaltungsspielraum röhrt daher, dass bewegliche körperliche Sachen überaus unterschiedlich sind, sodass jedenfalls im Vergleich dazu Immobilien als durchaus homogene Sachkategorie zu bezeichnen sind.<sup>133</sup>

[49] Am sinnvollsten dürfte die Zulassung der Bestellung von Registerpfandrechten an Gegenständen sein, die von vornherein mit einer individualisierenden Kennzeichnung versehen und allenfalls zur selbständigen Kommunikation über Netzwerke wie das Internet fähig sind.<sup>134</sup> Registrierung und Markierung bzw. Identifizierung sind zusammen zu denken.<sup>135</sup> Ein wesentlicher Vorteil solcher Pfandobjekte ist, dass sich ihre Ortung und Überwachung durch die Kommunikation vergleichsweise einfach gestaltet, sodass sich Gläubigerinnen – grundsätzlich – jederzeit ein Bild von Verfügbarkeit und allenfalls Zustand ihrer Sicherungsgüter machen können.<sup>136</sup>

[50] Ebenfalls wird zu klären sein, ob mit einer Aufweichung des Faustpfandprinzips auch eine Aufweichung des Spezialitätsprinzips einhergehen soll.<sup>137</sup> Nach dem geltenden Recht können Pfandrechte nur an Sachen bestellt werden, die (spätestens) durch die Besitzübertragung individualisiert und somit hinreichend bestimmt werden.<sup>138</sup> Ein zukünftiges elektronisches Fahrnispfandregister könnte auch die Verpfändung von Rechts- und Sachgesamtheiten erlauben.<sup>139</sup> Damit verbunden ist die Frage, ob Pfandrechte an Gattungsware (irreguläre Pfandrechte) über ein Register bestellt werden können sollten.<sup>140</sup> Vor allem die hievor angesprochene Notwendigkeit der Identifikation und der damit verbundenen Markierung könnte dies allerdings in vielen Fällen verunmöglichen.

#### 4.1.5. Anforderungen an die zu sichernde Forderung

[51] Die Voraussetzungen, die eine mittels Registerpfandrecht zu sichernde Forderung zu erfüllen hat, sind wiederum mit einem gewissen gesetzgeberischen Ermessensspielraum festzulegen. Wenn einem elektronischen Fahrnispfandregister eine Bedeutung zugeschrieben wird, welche über diejenige des heutigen Eigentumsvorbehaltregisters hinausgeht, so wird es unumgänglich sein, einen deutlich weiter gefassten Kreis von Forderungen zuzulassen als blosse Kaufpreisforderungen.<sup>141</sup> Der Anwendungsbereich eines Registers, das echten Mehrwert gegenüber der gegenwärtigen Rechtslage stiftet, wäre daher so festzusetzen, dass er sich auf die Grossmehrheit aller Geschäfte erstreckt, die heute noch dem Faustpfandprinzip unterstellt sind.

[52] Ein weiterer Diskussionspunkt betrifft das Akzessorietätsprinzip. Diesem zufolge ist das Pfandrecht als Nebenrecht in Entstehung, Bestand und Untergang abhängig von der damit zu sichernden Forderung als Hauptrecht.<sup>142</sup> Obwohl ein Pfandrecht bereits vor Entstehung einer Forderung vereinbart werden kann, ist die Geltendmachung erst nach der Entstehung der

gesicherten Forderung möglich und auch nur solange, wie diese nicht getilgt ist. Das Faustpfandprinzip verlangt zudem eine qualifizierte Besitzübertragung an den Gläubiger und umgekehrt die Herausgabe der Pfandsache an die berechtigte Person nach Untergang der Hauptforderung.<sup>143</sup> Nunmehr stellt sich die Frage, ob neuartige elektronische Registerlösungen, die eine Pfandsicherung ohne Besitzübertragung gestatten, auch eine Aufweichung des Akzessorietätsprinzips nahelegen.<sup>144</sup> Immerhin wäre unter einem solchen Regime gerade keine Besitzübertragung mehr erforderlich, sodass eine einmal registrierte Pfandsache mit Willen der Parteien grundsätzlich für beliebige Forderungen zwischen ihnen haften könnte. Diese Lösung könnte vor allem für Parteien attraktiv sein, die in einem regelmässigen Geschäftsverkehr miteinander stehen. Im Register könnte dazu eine Option «nichtakzessorische Sicherung» o. ä. angelegt werden, bei deren Anwahl ein Eingabefeld zur Hauptforderung frei bleiben kann. Auf das eigenständig registrierte, d. h. errichtete, beständige Pfandrecht könnten die Parteien dann bei Ausfall einer geschäftlichen Forderung zurückkommen und bei Erfüllen der Voraussetzungen ein Verwertungsverfahren einleiten.<sup>145</sup> Im Ergebnis würde man damit auch im Bereich der Fahrnispfandrechte mit festen Pfandstellen operieren.

[53] Wenn das Anliegen des Konsumentenschutzes nicht bereits im Rahmen der zulässigen Parteien adressiert wird, so wäre zu überlegen, ob Forderungen im Zusammenhang mit dem Erwerb von Konsumgütern – im Gegensatz zu Investitionsgütern – keine zulässig zu sichernden Forderungen sein sollten.<sup>146</sup>

## 4.2. Verfahren zur Pfandbestellung

[54] Nach den allgemeinen Grundsätzen des geltenden Rechts bedarf es zur gültigen Bestellung eines Fahrnispfandrechts sowohl eines (obligatorischen) Verpflichtungsgeschäfts als auch eines (dinglichen) Verfügungsgeschäfts.<sup>147</sup> Die wesentlichen Änderungen bei der Einführung eines elektronischen Fahrnispfandregisters werden die Ebene des Verfügungsgeschäfts betreffen, da hier an die Stelle der Besitzübertragung mit entsprechender Willenseinigung<sup>148</sup> die Registrierung tritt. Jedenfalls gegenüber Dritten wird eine Pfandrechtsbestellung erst durch die Eintragung – als Alternative zur Besitzübertragung – Wirkungen entfalten.<sup>149</sup> Der Eintragung würde also in dinglicher Hinsicht *konstitutive Wirkung* zukommen, wiewohl mit Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts ein obligatorischer Anspruch des Gläubigers und Pfandnehmers auf Vornahme der Eintragung bestünde.<sup>150</sup> Möglich wäre freilich auch, die blosse bilaterale Einigung für die Entstehung des Pfandrechts ausreichen zu lassen und dem – gleichwohl erforderlichen – Registereintrag allein deklaratorische Bedeutung zuzuerkennen.<sup>151</sup> In jedem Fall sind mögliche Prioritätskonflikte und deren Lösung im Auge zu behalten.<sup>152</sup>

[55] So man sich für ein zentral<sup>153</sup> geführtes Register entscheidet, sollte auch das Eintragungsverfahren selbst in seinen Grundzügen ins Gesetz aufgenommen und – gleich den übrigen öffentlichen Registern des Privatrechtsverkehrs<sup>154</sup> – in einer eigenen Verordnung über ein schweizerisches Register für Mobiliarsicherheiten konkretisiert werden. Bei der Festlegung des Verfahrens ist ebenfalls zu bestimmen, wem welche Zuständigkeiten, Pflichten und Obliegenheiten zukommen. Auch unter dem Pfandbestellungsverfahren zu behandeln ist die Frage, ob – und falls ja, welche – Belege im Zuge der Eintragung oder weiterer Registerhandlungen einzureichen sind.<sup>155</sup> Eine Anforderung an die Parteien, ihre Registereingaben zu substantiiieren, kann fehlerhafter, leichtfertiger oder missbräuchlicher Nutzung in einem gewissen Umfang vorbeugen.

[56] In Bezug auf die Überprüfung der Eingaben sind von einer völligen Freistellung bis zur vollen Kognition der Registerführungsbehörden verschiedene Optionen denkbar. Die grosse

Schwierigkeit liegt wohl darin, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Erfordernissen der Richtigkeit der Registereinträge und der Senkung der Registerführungskosten zu finden. Abhilfe könnte dabei eine – gerade in elektronischen Registern gut umsetzbare – automatisierte Vorprüfung schaffen. Bei einer solchen würde ein Algorithmus die Eingaben summarisch auf Vollständigkeit und Plausibilität überprüfen und nur Datensätze, bei denen sich Auffälligkeiten manifestieren, einer Amtsperson zur weiteren Abklärung, Berichtigung oder Ablehnung vorlegen. Ähnliches liesse sich allenfalls mit gewissen elektronischen Standardisierungen auf Seiten der notwendigen Belege erreichen.

[57] Hat eine Parteieingabe das Pfandbestellungsverfahren erfolgreich durchlaufen, so wird ein Eintrag in das elektronische Fahrnispfandregister resultieren. Auch zu dessen Ausgestaltung gilt es verschiedenen Aspekten Aufmerksamkeit zu widmen, worauf nachstehend einzugehen ist.

### 4.3. Ausgestaltung des Registers

#### 4.3.1. Zentrale oder dezentrale Registerführung?

[58] Zunächst ist zu entscheiden, ob ein *schweizweit zentrales Register* oder *verschiedene kantonale Register* – die etwa mit der Organisation des Betreibungs- und Konkurswesens abzustimmen wären – einzurichten sind. Wohl die Mehrzahl der Autoren spricht sich dabei deutlich – und zu Recht – für ein zentrales schweizweites Register aus.<sup>156</sup>

#### 4.3.2. Rechtswirkungen und Publizitätswirkungen

[59] Vorstehend wurde bereits die Frage thematisiert, welche Wirkung dem Register zukommen soll und diesbezüglich eine leichte Tendenz dahingehend offengelegt, dass ein Registereintrag Konstitutivwirkung haben sollte.<sup>157</sup> Damit hat das Register *negative Rechtswirkung*, wonach Pfandrechte, die nicht in demselben eingetragen sind, gegenüber Dritten und als beschränkte dingliche Rechte allgemein wirkungslos bleiben. Damit muss dann auch – wie sogleich darzulegen sein wird<sup>158</sup> – die Möglichkeit zur jederzeitigen Einsicht durch «interessierte» Rechtssubjekte verbunden sein. Ob auch *positive Publizitätswirkung* – wonach alles, was im Register eingetragen ist, auch wirksam wäre, sofern sich ein Dritter gutgläubig darauf verlässt – anzuordnen ist, müsste vertieft geprüft werden,<sup>159</sup> dürfte aber immerhin dann zu bejahen und in einer entsprechenden Regelung vorzusehen sein, wenn die Pfandobjekte über das Register klar und leicht identifizierbar sind.<sup>160</sup> Zu klären wäre in diesem Zusammenhang schliesslich, ob einem Fahrnispfandregister *öffentlicher Glaube* (negative Publizitätswirkung) zukommen soll, d. h., ob Kenntnis seiner Inhalte fingiert wird und folglich für vom Register abweichende Annahmen jeglicher guter Glaube ausgeschlossen würde. Auch die Beantwortung dieser Frage hängt von verschiedenen Vorentscheiden ab: Sollte etwa eine Einschränkung auf den geschäftlichen Bereich erfolgen,<sup>161</sup> dürfte es – verbunden mit der jederzeitigen Einsichtsmöglichkeit – angezeigt sein, dem Register diese negative Publizitätswirkung zukommen zu lassen.<sup>162</sup>

#### 4.3.3. Registerinhalte und Bekanntgabe von Personendaten

[60] Zwei zusammenhängende und doch zu trennende Aspekte an der Schnittstelle zwischen Pfandbestellungsverfahren und Registerausgestaltung betreffen weiter die Frage, welche Daten zwingend in das Register einzugeben sind und dann, welche davon bei der Einsichtnahme offenzulegen sind. Schützenswerte Interessen des Pfandgebers, aber auch der Pfandgläubigerin, legen nahe, dass nicht mehr Informationen als nötig gegenüber dem Register

offenzulegen und jedenfalls nicht alle eingegebenen Informationen für Drittparteien zugänglich sein sollten.<sup>163</sup> Insgesamt scheint sich die deutlich überwiegende Mehrheit der Stimmen in der Lehre – im Einklang mit dem Grundsatz der Datensparsamkeit<sup>164</sup> – für «minimalistische» Registerlösungen auszusprechen, in denen nur möglichst wenige, unbedingt zweckerforderliche Daten verarbeitet werden.<sup>165</sup> In einem Überblick dürfte es sich dabei um personen- und sachbezogene Daten betreffend die an einem Pfandgeschäft beteiligten Parteien, die zu sichernde Forderung, Datum und Art der Sicherungsvereinbarung sowie das Pfandobjekt handeln.<sup>166</sup>

#### 4.3.4. Elektronisches Fahrnispfandregister als Publizitätsmittel

[61] Sollen einem Fahrnispfandregister Publizitätswirkungen zukommen,<sup>167</sup> so hätte der Grundsatz der Öffentlichkeit zu gelten. Demnach müsste grundsätzlich jedermann, zumindest aber alle Personen, die ein Interesse glaubhaft machen können, zur Einsicht berechtigt sein.<sup>168</sup> Die Grundsätze der Art. 970 f. ZGB können aus mehreren Gründen aber nicht vorbehaltlos auf ein Fahrnispfandregister übertragen werden. Einmal ist das Grundbuch umfassendes Publizitätsmittel für Grundstücke, sodass sowohl das Grundstückseigentum als Vollrecht wie auch beschränkte dingliche Rechte darin einzutragen sind. Bei einem Fahrnispfandregister wäre dies gerade nicht der Fall, da lediglich eine Untergruppe der (beschränkten) dinglichen Rechte in seinen Anwendungsbereich fällt;<sup>169</sup> im Übrigen bleibt der Besitz eigentliches Publizitätsmittel für bewegliche körperliche Sachen. Ausserdem unterscheiden sich Grundstücke und Fahrnis erheblich in ihren jeweiligen Eigenschaften<sup>170</sup>: Während Grundstücke definitionsgemäss unbeweglich und somit anhand ihrer geographischen Verortung identifizierbar sind, sind Fahrnisgegenstände sowohl in ihrer Lage als auch in ihrem Bestand veränderlich. Ihre Identifikation – und damit die Nachforschung, ob eine einzelne Sache mit einem Pfandrecht belastet ist – gestaltet sich daher erheblich komplizierter.

#### 4.3.5. Objektbezogene und personenbezogene Registerstruktur

[62] Grundsätzlich kann zwischen einer objektbezogenen und einer personenbezogenen Registerstruktur unterschieden werden, wobei diese einander in Bezug auf die Registersuche nicht ausschliessen, sondern auch ergänzend zur Anwendung gelangen könnten.<sup>171</sup>

[63] Zielführend erscheint im Zusammenhang mit *objektbezogenen* elektronischen Registerlösungen ein differenzierendes Vorgehen, welches Register- und Markierungspublizität miteinander kombiniert:<sup>172</sup> Wo die Natur der Pfandsache – namentlich ihre Fähigkeit zur digitalen Kommunikation oder eine eindeutige Kennzeichnung – die Identifikation ohne Weiteres erlaubt, können diese Eigenschaften direkt zur Auffindung allfälliger Pfandrechtseinträge im elektronischen Register genutzt werden.<sup>173</sup> Es ist davon auszugehen, dass dies bei wertvollen Objekten mehr und mehr der Fall sein wird, und sich Grenzen eher technischer Natur – Stichwort: Interoperabilität – ergeben dürften. In den übrigen Fällen könnte das Anbringen physischer, maschinenlesbarer Pfandsiegel (etwa in Form von Aufklebern mit QR- oder Strichcode, die allenfalls bei den Registerbehörden gegen Aufwandsgebühr zu beziehen wären oder unmittelbar von den Nutzern auf der Plattform generiert werden könnten) die Identifikation von Pfandobjekten erleichtern.<sup>174</sup>

[64] Eine *personenbezogene* Registerlösung wäre nicht anhand der einzelnen Pfandgegenstände organisiert – sodass, analog dem Grundbuch, jede Pfandsache einen eigenen Eintrag im Sinne eines «Blattes» erhielte –, sondern nach Pfandschuldnern.<sup>175</sup> Massgebliche Suchkriterien wären dabei Daten wie Name, Firma oder Unternehmens-Identifikationsnummer des Pfandschuldnerns, als Suchergebnisse würden sämtliche von der betreffenden Person verpfändeten Fahrnisgegenstände angezeigt. Eine derartige Suchfunktion

wirft wiederum die bereits angesprochenen Abwägungsfragen zwischen Datenschutz und Registerpublizität auf.<sup>176</sup> Hinzu kommt, dass die verpfändeten Objekte gleichwohl unverwechselbar, also identifizierbar, sein müssten. Bei Fehlen einer konsensfähigen Lösung wäre deshalb wohl einer objektbezogenen Registerstruktur der Vorzug zu geben.

#### 4.3.6. Internationale Aspekte

[65] Der letzte hier zu adressierende Aspekt der Registerausgestaltung betrifft die Handhabung grenzüberschreitender Transaktionen. Ein entscheidender Vorteil eines elektronischen Fahrnispfandregisters wäre – worauf bereits hingewiesen wurde<sup>177</sup> – unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, im internationalen Wirtschaftsverkehr Sicherheiten zu bestellen, ohne die entsprechenden Güter über Landesgrenzen verbringen zu müssen. Dazu wird es erforderlich sein, die Rechtslage in der Schweiz mit derjenigen zumindest der wichtigsten Handelspartner zu koordinieren.<sup>178</sup>

### 4.4. Verfahren zur Realisierung und Verwertungsmodalitäten

[66] Bezuglich Realisierung des Pfandrechts ist die offenkundige Frage zu beantworten, ob diese über ein staatliches oder aber ein – allenfalls nur ergänzendes – privates Verfahren erfolgen soll.<sup>179</sup> Dabei handelt es sich freilich um einen Aspekt, der wenig mit der Digitalisierung zu tun hat. Zu berücksichtigen mag immerhin sein, dass es, weil die Sache im Besitz des Pfandgebers verbleiben kann, häufiger zu Situationen kommen könnte, in denen ohnehin staatliche Hilfe bei der Vollstreckung in Anspruch genommen werden muss, weil allenfalls erst der Besitz noch erstritten werden muss.<sup>180</sup>

### 4.5. Exkurs: Erfahrungen aus der Diskussion um die Möglichkeit der Tokenisierung von Realwerten

[67] Im Zusammenhang mit der Einführung von Regelungen zur Anpassung des Bundesrechts an die Technik verteilter elektronischer Register (Distributed Ledger Technology, DLT) (Inkrafttreten per 1. Februar 2021 und 1. August 2021) wurde vereinzelt gefordert, auch «Realwerte»<sup>181</sup> – als Beispiele wurden etwa Kunstwerke, aber auch Rohstoffe genannt – und folglich Mobilien der «Tokenisierung»<sup>182</sup> zugänglich zu machen.

[68] Gemeint dürfte damit gewesen sein, dass eine Sache im Rechtsverkehr vollständig und ausschliesslich auf einer DLT-basierten Plattform verkörpert oder abgebildet wird. Dies hätte zur Folge, dass hinsichtlich der Übertragung von Eigentum oder der Einräumung von beschränkten dinglichen Rechten an dieser Sache der Besitz keinerlei Rolle mehr spielen sollte, sondern nur noch die digitalen Vorgänge auf der DLT-Plattform. Damit ist nun nicht gemeint, dass der Besitz und noch weniger die Sache selbst unbedeutend geworden wäre: Die Nutzung – um nur das augenfälligste Beispiel zu nennen – aber auch der Wert hängen aufs Engste mit der realen, körperlichen Sache und folglich dem Besitz zusammen und lassen sich von diesem nicht trennen. Wäre eine solche *Tokenisierung* von Realwerten vom Gesetzgeber zugelassen worden, hätten sich viele Erfahrungen im Zusammenhang mit diesem *Bruch* zwischen dem körperlichen Gut und seinem digitalen Abbild und der diesbezüglich notwendigen Aussöhnung machen lassen.<sup>183</sup>

[69] Die Entscheidung des Gesetzgebers, dies vorerst nicht zuzulassen,<sup>184</sup> verdient allerdings volldurchgängige Zustimmung: Die Möglichkeit eines abweichenden Schicksals von körperlicher Sache und digitalem Abbild bringt bereits auf faktischer Ebene grosse und noch nicht in genügendem Masse absehbare Schwierigkeiten mit sich, sodass eine Verknüpfung rechtlicher

Konsequenzen mit nur einer Seite – der digitalen – nicht angezeigt scheint. Für einige Gegenstände mag die Gesetzgebung unnötig «konservativ» sein, doch ist dies um der Rechtssicherheit willen – jedenfalls vorerst – hinzunehmen. Im Grunde geht es um ähnliche Defizite ganz grundsätzlicher Natur wie beim (sachen-)rechtlichen Umgang mit Digitalisaten bzw. mit Gegenständen, die für ihr Funktionieren in starkem Masse auf daten- oder netzwerkbasierte Komponenten angewiesen sind.

## 5. Ergebnis

[70] An dieser Stelle scheint es – aufgrund der schieren Anzahl an Varianten bei der Ausgestaltung eines möglichen Fahrnispfandregisters<sup>185</sup> – nicht sinnvoll, die vorstehenden Ausführungen zusammenzufassen.

[71] Insgesamt lässt sich als Ergebnis aus dieser Auseinandersetzung mit der Frage, was bei der Einführung eines elektronischen Fahrnispfandregisters unter Aufweichung des Faustpfandprinzips zu berücksichtigen wäre, vielleicht Nachfolgendes festhalten. Wenngleich das Faustpfandprinzip die ursprünglich und heute mit ihm in Verbindung gebrachten Zwecke in vielerlei Hinsicht nicht mehr zu erfüllen vermag,<sup>186</sup> so ist mit ihm ein ganz grundlegendes Anliegen des Wertsicherungsrechts bei Mobilien ausgedrückt: Dass es letzten Endes immer um Sicherung mittels eines Wertes geht, der «an einer Sache hängt» und folglich letztlich immer auch mit dem Besitz dieser Sache verbunden bleibt. Wert heißt nämlich stets auch Nutzung der körperlichen oder verkörperten Sache und damit Zugriff auf sie, besonders im Rahmen der Verwertung. Es ist dies mobiliarsicherungsrechtlicher Ausdruck des Grundsatzes, dass ein Sachenrecht nur so lange besteht wie die körperliche Sache, auf die es sich bezieht.

[72] In der Diskussion um die Möglichkeit der «Digitalisierung» des Wertsicherungsrechts im Bereich der Mobilien durch elektronische Register wird dieser Gedanke durch die Fokussierung – oder, man könnte fast schon sagen, Verengung – der Diskussion auf die Bedeutung des Faustpfandprinzips oftmals verdeckt. Die vorliegend relevante Frage ist am Ende nach hierseitiger Einschätzung, wie weit man sich mit einer wie auch immer gearteten Digitalisierung vom Besitz an der Sache lösen kann. Ein Loslösen vom Faustpfandprinzip bedeutet somit ein zumindest partielles Abkommen von der Sachherrschaft über körperliche Güter, die – anders als Immobilien – eben auch leicht verschoben und damit diesem letztlich entscheidenden «Zugriff» – der zuallermeist auch faktisch sein muss – entzogen werden können. Je mehr freilich eine Kontrolle, Sicherstellung und allenfalls sofortige – faktische – Herstellung des Besitzes durch Digitalisierung möglich wird, wird zunehmend auch der oben beschriebene Bruch zwischen digitalem und analogem Schicksal einer Sache versöhnt und eine Neubewertung der Situation – auch hinsichtlich der Einführung eines elektronischen Fahrnispfandregisters – notwendig werden.

---

MARTIN EGHEL, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Ordentlicher Professor für Privatrecht mit Schwerpunkt Zivilgesetzbuch an der Universität St. Gallen.

BERNHARD GERSTL, BLE, Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Privatrecht mit Schwerpunkt Zivilgesetzbuch an der Universität St. Gallen.

---

<sup>1</sup> Die Diskussion um die Einführung eines allgemeinen Registerpfandrechts, einhergehend mit einer Aufweichung oder Abschaffung des Faustpfandprinzips, wird – bisweilen gar unter Einbezug der Digitalisierung – schon länger geführt. Etwa BERNHARD BERGER, *Registrierung von*

Mobiliarsicherheiten – Vorschläge zu einer Reform des Kreditsicherungsrechts, ZBJV 138/2002, S. 197 ff.; LIONEL AESCHLIMANN/BÉNÉDICT FoËx, Sûretés mobilières: limites et réforme du droit suisse, in: Luc Thévenoz/Christian Bovet (Hrsg.), Journée 2005 de droit bancaire et financier, Genf 2006, S. 17 ff.; ANTOINE EIGENMANN, L'effectivité des sûretés mobilières: étude critique en droit suisse au regard du droit américain et propositions législatives, Diss. Fribourg 2001, insb. S. 337 ff.; WOLFGANG WIEGAND, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung und Fahrnispfand, in: Berner Bankrechtstag (BBT) – Bd. 5: Mobiliarsicherheiten, Bern 1998, S. 75 ff. (zit. WIEGAND, Eigentumsvorbehalt [Fn. 1]); GERHARD WALTER, Sicherungsrechte heute – Probleme und Lösungsansätze, in: Wolfgang Portmann/Roger Zäch/Dieter Zobl/Heinrich Honsell (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, S. 141 ff.; NATAŠA HADŽIMANOVIC, Die allgemeine Mobiliarhypothek – unentbehrlich fürs Schweizer Recht?, AJP 2009, S. 1435 ff.; DANIEL GIRSBERGER, Ist das Faustpfandprinzip noch zeitgemäß?, SJZ 93/1997, S. 97 ff.; RAMON MABILLARD, Gefährdung der Sanierung durch Mobiliarhypotheken? – Gedanken zur Neuordnung der Mobiliarhypothek unter Berücksichtigung der Revision des Sanierungsrechts, in: Alexandra Rumo-Jungo/Pascal Pichonnaz/Bettina Hürlmann-Kaup/Christiana Fountoulakis (Hrsg.), Une empreinte sur le Code Civil – Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Bern 2013, S. 495 ff., S. 495 f.; DIETER ZOBL/CHRISTOPH THURNHERR, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, 2. Abteilung: Die beschränkten dinglichen Rechte, 5. Teilband: Das Fahrnispfand, 1. Unterteilband: Systematischer Teil und Art. 884–887 **ZGB**, 3. Aufl., Bern 2010, Art. 884 **ZGB** N. 486, m. w. H.; ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das ZGB im Wandel: Rückblick und Ausblick, Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis – recht 2008, S. 53 ff., S. 57, insb. Fn. 33; KONSTANTIN SIMITIS, Das besitzlose Pfandrecht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Archiv für die civilistische Praxis 1–2/171 (1971), S. 94 ff.

2 Vgl. zu diesen im vorliegenden Kontext MABILLARD (Fn. 1), S. 507 f.

3 Grund dafür ist auch, dass Kreditsicherungsinstrumente an Forderungen den Bedürfnissen der heutigen Praxis genügen dürften, im Unterschied zu jenen an beweglichen Sachen (statt Vieler BERGER [Fn. 1], S. 202; siehe auch 3.1 hienach). Das zeigt etwa auch der kürzlich im Zusammenhang mit den Registerwertrechten eingeführte Art. 973g des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (OR; **SR** 220) (zu diesem immerhin kurz im Exkurs unter 4.5 hienach).

4 Siehe 2.1 sogleich.

5 Siehe 2.2 und 2.3 hienach.

6 Siehe 2.4 hienach.

7 Siehe 3.1 hienach.

8 Siehe 3.2 hienach.

9 Siehe 3.3 hienach.

10 Siehe 4.1 hienach.

11 Siehe 4.2 hienach.

12 Siehe 4.3 hienach.

13 Siehe 4.4 hienach.

14 In Art. 907 ff. **ZGB** hat der Gesetzgeber besondere Regeln für das sog. Versatzpfand statuiert. Ein solches liegt vor, wenn ein Darlehen für die Hergabe eines Pfandes gewährt wird, wobei das Darlehen in kausalem Verhältnis zur Pfanderrichtung steht und für die gesicherte Forderung nur dieses Pfand haftet; vgl. THOMAS BAUER/CHRISTOPH BAUER, in: Thomas Geiser/Stephan Wolf (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II, Art. 457–977 **ZGB**, Art. 1–61 **SchIT ZGB**, 6. Aufl., Basel 2019, Art. 909 N. 4 und 12; STEPHAN WOLF/MARTIN EGEL, in: Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser (Hrsg.), **ZGB** Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 907 **ZGB** N. 1; MAX HAFTER, Das Fahrnispfandrecht und andere sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte nach dem schweizerischen Zivilgesetzbuch, Diss. Bern 1928, S. 107 ff. Fälle einer späteren Sicherung eines bereits gewährten Darlehens oder ein Darlehen mit persönlicher Haftung des Schuldners fallen folglich nicht darunter. Die dieses Geschäftsmodell regelnden Normen des Zivilgesetzbuchs zeigen, dass der Gesetzgeber diesbezüglich von einem Pfandgeber und Schuldner in einer wirtschaftlich schwachen Lage ausgeht, der geschützt werden muss. Im weitesten Sinne geht es wohl auch um Konsumentenschutzanliegen (dazu 3.1.4 hienach; vgl. STEPHANIE HRUBESCH-MILLAUER/BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER/VITO ROBERTO, Sachenrecht, 5. Aufl., Bern 2017, N. 10.169). Bei einem elektronischen Pfandregister mit gleicher Geschäftsgrundlage würden diese im Grunde öffentlich-rechtlichen Normen Anwendung finden.

15 Siehe BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 1), Syst. Teil, N. 149 ff.; OFK-WOLF/EGEL (Fn. 14), Art. 884 **ZGB** N. 1; PETER REETZ/MICHAEL GRABER, in: Peter Breitschmid/Alexandra Jungo (Hrsg.), **CHK** – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Sachenrecht: Art. 641–977 **ZGB**, 3. Aufl., Zürich 2016,

Art. 884 ZGB N. 1; HANS KUHN, Schweizerisches Kreditsicherungsrecht, Bern 2011, S. 98 f. (zit. KUHN, Kreditsicherungsrecht [Fn. 15]); DERSELBE, Vertrauen, Kredit und Kreditsicherheiten, SZW 2017, S. 792, S. 801 ff. (zit. KUHN, Vertrauen [Fn. 15]), zu Funktion und Bedeutung von Kreditsicherheiten; vgl. auch MIRJAM EGGEN/CORNELIA STENGEL, Die Finanzierung von Objekten in digitalen Geschäftsmodellen, AJP 2019, S. 1130 ff., S. 1134.

16 Etwa OFK-WOLF/EGGEL (Fn. 14), Art. 884 ZGB N. 2; CHK-REETZ/GRABER (Fn. 15), Art. 884 ZGB N. 4 f.; WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 119.

17 Siehe 2.2 und 2.3 hienach.

18 Dazu BSK ZGB II-BAUER/BAUER (Fn. 14), Vor Art. 884–894 N. 29 f.; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn. 14), N. 10.188 ff.; PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Band III: Servitudes personnelles, Charges foncières, Droits de gage immobiliers, Droits de gage mobiliers, 4. Aufl., Bern 2012, N. 3111 ff.; einlässlich KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 241 ff.; siehe auch DOROTHEE MÜHL/WOLFGANG PETEREIT, Recht der Kreditsicherheiten in den europäischen Ländern – Teil V: Schweiz, in: Walther Hadding/Uwe H. Schneider (Hrsg.), Untersuchungen über das Spar-, Giro- und Kreditwesen, Berlin 1983, N. 412 ff.; HAFFTER (Fn. 14), S. 154 ff.

19 BSK ZGB II-BAUER/BAUER (Fn. 14), Vor Art. 884–894 N. 30 ff.; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn. 14), N. 10.195 ff.; STEINAUER (Fn. 18), N. 3116 ff.; MÜHL/PETEREIT (Fn. 18), N. 415 ff.; HAFFTER (Fn. 14), S. 164 ff.

20 BSK ZGB II-BAUER/BAUER (Fn. 14), Vor Art. 884–894 N. 32 ff.; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn. 14), N. 10.203 ff.; STEINAUER (Fn. 18), N. 3098 ff.; einlässlich KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 229 ff.; PETER ALTORFER, Die Mobiliarhypothek, Ein Beitrag zur Reform des Fahrnispfandrechts, Diss. Zürich 1981, S. 66 ff.; MÜHL/PETEREIT (Fn. 18), N. 497 ff.; HAFFTER (Fn. 14), S. 136 ff.

21 Siehe BSK ZGB II-BAUER/BAUER (Fn. 14), Vor Art. 884–894 N. 29a und 35.

22 BSK ZGB II-BAUER/BAUER (Fn. 14), Vor Art. 884–894 N. 28, die zu Recht darauf hinweisen, dass damit in gewisser Weise ein der Fahrnisverschreibung konträrer Akt vorliegt.

23 BSK ZGB II-BAUER/BAUER (Fn. 14), Vor Art. 884–894 N. 28; zu weiteren Gründen, die den Eigentumsvorbehalt zu einem ungeeigneten Mittel der Kreditsicherung machen HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1442 f.

24 Dazu 2.3.2 sogleich.

25 Bereits EUGEN HUBER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2. Ausg., Bern 1914, S. 324; BSK ZGB II-BAUER/BAUER (Fn. 14), Vor Art. 884–894 N. 20; BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 1), Art. 884 ZGB N. 481; CHK-REETZ/GRABER (Fn. 15), Art. 884 ZGB N. 23; KARL OFTINGER/ROLF BÄR, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV/2c, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, Das Fahrnispfand, Art. 884–918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, 3. Aufl., Zürich 1981, Art. 884 ZGB N. 179 ff.; KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 213 ff.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 97; EIGENMANN (Fn. 1), N. 353 ff.

26 Siehe ZK-OFTINGER/BÄR (Fn. 25), Art. 884 ZGB N. 202 ff.; KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 214; BGE 119 II 326, E. 2a; BGE 99 II 34, S. 36, E. 1; BGE 89 II 314, S. 317; BGE 80 II 235, S. 237, E. 1, und S. 238, E. 2; BGE 57 II 513, S. 516.

27 BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 1), Art. 884 ZGB N. 581; auch MÜHL/PETEREIT (Fn. 18), N. 318 ff.

28 BSK ZGB II-BAUER/BAUER (Fn. 14), Vor Art. 884–894 N. 20; BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 1), Syst. Teil, N. 284, und Art. 884 ZGB N. 484 ff.; CHK-REETZ/GRABER (Fn. 15), Art. 884 ZGB N. 2; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn. 14), N. 10.31 ff.; KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 105; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 97; MABILLARD (Fn. 1), S. 505 ff.; MÜHL/PETEREIT (Fn. 18), N. 313 f.; BRIGITTE UMBACH-SPAHN, Länderbericht Schweiz, in: Europäische Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Sicherung von Forderungen unter Berücksichtigung der Rechtsinstitute: Garantie, Bürgschaft, Eigentumsvorbehalt, Bauhandwerkerpfandrecht etc., 32. Tagung der DACH in Zürich vom 19. bis 21. Mai 2005, Zürich 2005, S. 1 ff., S. 10 f.

29 Siehe die Hinweise bei WOLFGANG WIEGAND, Fiduziарische Sicherungsgeschäfte, ZBJV 116/1980, S. 537 ff., S. 554 (zit. WIEGAND, Sicherungsgeschäfte [Fn. 29]); BERGER (Fn. 1), S. 202 ff.; bereits HAFFTER (Fn. 14), S. 34 ff. Gerade in der wechselvollen Geschichte des Faustpfandprinzips im Zuge der Entstehung der schweizerischen Privatrechtskodifikation (Fn. 65 hienach) zeigt sich die Bedeutung der Publizität immer wieder (siehe 2.4 a. E. hienach).

30 Siehe 2.1 hievor.

31 Ausführliche Länderberichte bei Peter Derleder/Kai-Oliver Knops/Heinz Georg Bamberger (Hrsg.), Deutsches und europäisches Bank- und Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2017, S. 2113 ff.; BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte im internationalen Rechtsverkehr: Eine rechtsvergleichende und international-privatrechtliche Untersuchung, Habil. Zürich 2003, Bern 2005, S.

- 13 ff. (zit. GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte [Fn. 31]); Europäische Anwaltsvereinigung (Hrsg.), Sicherung von Forderungen unter Berücksichtigung der Rechtsinstitute: Garantie, Bürgschaft, Eigentumsvorbehalt, Bauhandwerkerpfandrecht etc., 32. Tagung der DACH in Zürich vom 19. bis 21. Mai 2005, Zürich 2005; oder bereits ALTORFER (Fn. 20), S. 87 ff. Einlässlich zu besitzlosen (Register-)Pfandrechten in Frankreich PATRICIA MÜLLER, Die neuen besitzlosen Mobiliarsicherheiten des französischen Rechts im Vergleich zum deutschen Mobiliarsicherungsrecht, Diss. Konstanz 2012, Wiesbaden 2012, S. 111–138; zur deutschen Dogmatik MORITZ BRINKMANN, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen: Eine materiell-, insolvenz- und kollisionsrechtliche Studie des Rechts der Mobiliarsicherheiten vor dem Hintergrund internationaler und europäischer Entwicklungen, Habil. Köln 2009/10, Tübingen 2011, S. 86 ff. Eine spezielle Ausnahme zum italienischen Faustpfand bildet die *ipoteca automobilistica* gemäss Art. 2 RDL n. 436/1927. Die Art. 365 ff. des liechtensteinischen Sachenrechts vom 31. Dezember 1922 (SR; **LR 214.0**) über das Fahrnispfand orientieren sich am Wortlaut des ZGB. Zusammenfassend auch AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 32; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 97; BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherung bei internationalen Rechtsgeschäften, AJP 2004, S. 1560 ff., S. 1564 ff. (zit. GRAHAM-SIEGENTHALER, Rechtsgeschäfte [Fn. 31]); HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1436 Fn. 9; EVA-MARIA KIENINGER, Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts, Archiv für die civilistische Praxis 2–3/208 (2008), S. 182 ff., S. 195, 199 ff., zu Entwicklungen in Deutschland, Frankreich, Österreich, Ungarn, und England (zit. KIENINGER, Zukunft [Fn. 31]); WIEGAND, Sicherungsgeschäfte (Fn. 29), S. 553 f., m. w. H. Für das Mobiliarpfandrecht in Mittel- und Osteuropa eingehend KATARÍNA ANDOVÁ, Das Mobiliarpfandrecht in Österreich, Ungarn, Tschechien und der Slowakei, Diss. Wien 2004, *passim*.
- 32 Insb. sei auf die *registered securities* angelsächsischer Rechtsordnungen hingewiesen, etwa gemäss Art. 9 des US-amerikanischen *Uniform Commercial Code* (UCC) als Modellgesetz in seiner Fassung von 2010 (dazu ausführlich und statt Vieler EIGENMANN [Fn. 1], N. 550 ff.) oder die *non-possessory securities* des englischen Rechts (vgl. DUNCAN SHEEHAN, The Principles of Personal Property Law, Oxford 2017, S. 266 ff. oder KIENINGER, Zukunft [Fn. 31], S. 205 ff.). Auch Australien kennt mit dem *Personal Property Securities Register* bereits ein elektronisches Fahrnispfandregister auf Grundlage des *Personal Property Securities Act (2009)*, ebenso Neuseeland gemäss dem *Personal Property Securities Act (1999)*. Siehe zum Ganzen auch BRINKMANN (Fn. 31), S. 351 ff.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 105 f.; SIMITIS (Fn. 1), S. 96 ff., zu Frankreich, Grossbritannien und den USA; WALTER (Fn. 1), S. 153 f.
- 33 Zusammenfassend BERGER (Fn. 1), S. 201; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 98; BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, Das Bedürfnis nach Sicherheit – Möglichkeiten und Schranken des Rechts, SJZ 102/2006, S. 449 ff., S. 451 (zit. GRAHAM-SIEGENTHALER, Bedürfnis [Fn. 33]); DIESELBE, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 792; HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1439 f.; MÜHL/PETERREIT (Fn. 18), N. 314.
- 34 Siehe 2.1.1 hievor.
- 35 Ausführlich WIEGAND, Sicherungsgeschäfte (Fn. 29), S. 537 ff.; in Kürze 2.1.2 hievor.
- 36 Siehe für eine systematische Übersicht möglicher Mobiliarhypothesen *de lege lata* BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 1), Syst. Teil, N. 361–443; ZK-OFTINGER/BÄR (Fn. 25), Syst. Teil, N. 64 ff.; KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 289 ff.; in Kürze CHK-REETZ/GRABER (Fn. 15), Art. 884 ZGB N. 26; EIGENMANN (Fn. 1), N. 378 ff.; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn. 14), N. 10.158 ff.; MÜHL/PETERREIT (Fn. 18), N. 314, 493 ff.; HANS MICHAEL RIEMER, Die beschränkten dinglichen Rechte: Dienstbarkeiten, Grund- und Fahrnispfandrechte, Grundlasten, 2. Aufl., Bern 2000, § 31 N. 13 f.; STEINAUER (Fn. 18), N. 3086 ff., 3200 ff.; bereits ALTORFER (Fn. 20), S. 37 ff.
- 37 Detailliert SIMONE GLOOR, Sicherungsrechte an Triebwerken, in: Juana Vasella (Hrsg.), Von A wie Arbitration über T wie Transport bis Z wie Zivilprozess – Liber discipulorum für Professor Dr. Andreas Furrer zum 55. Geburtstag, Bern 2018, S. 1 ff., S. 6 f., 14 ff.
- 38 Zur fehlenden Möglichkeit der Verpfändung von Schienenfahrzeugen (insb. Eisenbahnen) siehe STEPHAN ERBE/CHRISTIAN HOCHSTRASSER, Eine gewichtige Lücke im schweizerischen Recht der Eisenbahnfinanzierung, TranspR 6/2018, S. 247 ff. Es ist dies nicht zu verwechseln mit der Verpfändung von Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmungen (Bundesgesetz über Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahn- und Schifffahrtsunternehmungen vom 25. September 1917, **SR** 742.211), wobei es sich um ein eigentliches *Unternehmenspfandrecht* handelt; dazu KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 305.
- 39 BSK ZGB II-BAUER/BAUER (Fn. 14), Vor Art. 884–894 N. 28; einlässlich zum Registereintrag MÜHL/PETERREIT (Fn. 18), N. 567 ff.; siehe auch GIRSBERGER (Fn. 1), S. 99; HAFFTER (Fn. 14), S. 116 ff.; KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 331 ff.
- 40 EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1138.
- 41 Siehe HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1441 Fn. 59, m. w. H.; detailliert EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1135 f., 1138; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 101 f.; WALTER (Fn. 1), S. 143; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn. 14), N. 10.178 ff.; STEINAUER (Fn. 18), N. 3097 ff.; KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 345 ff.; zur Finanzierung nutzenbasierter Geschäftsmodelle im

Besonderen siehe den Beitrag von CORNELIA STENGEL/JESSICA KIM SOMMER, Finanzierung von nutzenbasierten Geschäftsmodellen – Hürden und Handlungsoptionen für die Kreislaufwirtschaft, in dieser Jusletter-Sonderausgabe, *passim*.

- 42 Dazu etwa ERBE/HOCHSTRASSER (Fn. 38), S. 249 oder STENGEL/SOMMER (Fn. 41), Abschnitt 2.2.2.
- 43 Zu alledem BERGER (Fn. 1), S. 231 ff.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 101 f.; WALTER (Fn. 1), S. 146 f.
- 44 Etwa AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 21 f.
- 45 Dazu HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1440, 1442; BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 1), Art. 884 **ZGB** N. 489 ff.; ALTORFER (Fn. 20), S. 75 f.
- 46 HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1440, m. H. in Fn. 49; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 101. WOLFGANG HROMADKA, Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18. und 19. Jahrhundert, Diss. Frankfurt a. M. 1969, Köln/Wien 1971, S. 184, geht davon aus, dass dieses Argument mit der Ausbildung von Gerichts- und Zwangsvollstreckungsverfahren bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts seine Berechtigung verloren habe.
- 47 Siehe 4.1.4 hienach.
- 48 Siehe HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1440, m. w. H.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 100 f.; HROMADKA (Fn. 46), S. 184. In der Literatur wird gleichwohl darauf hingewiesen, so ERBE/HOCHSTRASSER (Fn. 38), S. 247; BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 1), Art. 884 **ZGB** N. 487.
- 49 Dazu Punkt 2 soeben.
- 50 So BGE **99 II 34**, S. 37, E. 1; BGE **43 II 15**, S. 22, E. 1; CHK-REETZ/GRABER (Fn. 15), Art. 884 **ZGB** N. 24. Dazu ALTORFER (Fn. 20), S. 76 f.; HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1440 f.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 100; BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 1), Art. 884 **ZGB** N. 486; BSK ZGB II-BAUER/BAUER (Fn. 14), Art. 884 N. 8; EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1138; ERBE/HOCHSTRASSER (Fn. 38), S. 247; vgl. auch HROMADKA (Fn. 46), S. 184 f.; STENGEL/SOMMER (Fn. 41), Abschnitt 2.2.2.
- 51 Vgl. HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1440 f.; kritisch zu dieser «*Vorstellung der Einheit von Besitz und Eigentum*» auch WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 129; DERSELBE, Sicherungsgeschäfte (Fn. 29), S. 555 f.; AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 30; BERGER (Fn. 1), S. 206 ff.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 100; MABILLARD (Fn. 1), S. 497 f.; ALTORFER (Fn. 20), S. 79 ff., der ebenfalls darauf hinweist, dass dieser Eindruck nunmehr beim Pfandnehmer entstehen könnte; EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1138; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 733.
- 52 Siehe EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1138; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 100, 102. Wieder eine andere Frage ist, inwieweit eine solche umfassende Information über den potentiellen Schuldner von diesem, aber auch von Gläubigern, überhaupt gewünscht ist (dazu HADŽIMANOVIĆ [Fn. 1], S. 1443). Die Beantwortung dieser Frage wird gewiss von der Ausgestaltung des Registers abhängen (dazu 4.3 hienach).
- 53 Siehe HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1441; BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 1), Art. 884 **ZGB** N. 492, m. w. H.; ALTORFER (Fn. 20), S. 84 ff.
- 54 Dazu 3.1.4 hienach.
- 55 So GIRSBERGER (Fn. 1), S. 101. In diesem Zusammenhang sind auch die Regeln zum in Fn. 14 hievor beschriebenen Versatzpfand zu begreifen.
- 56 Nach hier vertretener Auffassung betrifft Art. 92 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG; **SR** 281.1) allein die Frage der Pfändbarkeit, nicht aber der Verpfändbarkeit. Ebenso BGE **55 III 119**, S. 120; GEORGES VONDER MÜHLL, in: Daniel Staehelin/Thomas Bauer (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2 Bände, Art. 1–352 **SchKG**, 2. Aufl., Basel 2010, Art. 92 N. 5; ZK-OFTINGER/BÄR (Fn. 25), Art. 884 **ZGB** N. 68, m. w. H.; MÜHL/PETERREIT (Fn. 18), N. 316; a. M. HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1441.
- 57 Dazu HROMADKA (Fn. 46), *passim*, und insb. S. 184 f.
- 58 So MUNZINGER, Motive zu dem Entwurf eines schweizerischen Handelsrechtes, in: Urs Fasel, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, Bern 2000, S. 486 f.: «*Es ist der Natur der Sache und dem Vertrauen, dessen der Verkehr bedarf, nicht entsprechend, wenn bei Mobilien, die leicht disloziert und auch leicht verbraucht oder veräussert, vertauscht oder verwechselt werden, das Pfandrecht auch ohne Besitzveränderung durch Eintragung in ein Pfandbuch erworben werden kann*», wenngleich öffentliche Register wenigstens eine gewisse Art von Publizität herstellen würden; bei der Einführung des ZGB dann auch PLANTA, Sten. Bull. 1906, S. 714; HOFFMANN, Sten. Bull. 1906, S. 1349 *in fine*; die Bedeutung der Publizität anerkennend auch HUBER, Sten. Bull. 1906, S. 690, 700 f., und BRENNER, Sten. Bull. 1906, S. 1355 (die aber diesem Bedürfnis mit der Ausgestaltung der Fahrnisverschreibung im Entwurf Rechnung getragen sahen).
- 59 MUNZINGER, Motive, abgedruckt in: Fasel (Fn. 58), S. 487; Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des OR (1879), abgedruckt in: Fasel (Fn. 58), S. 1254 f.; HOFFMANN, Exp. Komm., in: Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Bd. III: Protokolle der Verhandlungen der grossen Expertenkommission 1901–1903, Redigierter Vorentwurf von 1903,

- Botschaft und Entwurf des Bundesrates von 1904, neu redigiert und publiziert von Christoph Hurni/Markus Reber/Lukas Schwizer, Bern 2013 (zit. BK-Materialien III), S. 988.
- 60 HOFFMANN, Exp. Komm., in: BK-Materialien III (Fn. 59), S. 988; SCHERRER, Exp. Komm., in: BK-Materialien III (Fn. 59), S. 991; HOFFMANN, Sten. Bull. 1906, S. 1352; SCHERRER-FÜLLEMANN, Sten. Bull. 1906, S. 706.
- 61 Dazu unter dem Stichwort «*Rechtsdogmatische Schwächen*» BERGER (Fn. 1), S. 206 ff.; auch GIRSBERGER (Fn. 1), S. 102 f.; MABILLARD (Fn. 1), S. 497 ff.; WALTER (Fn. 1), S. 143.
- 62 Siehe 2.3.1 hievor.
- 63 Dazu Fn. 31 hievor.
- 64 So kannten u. a. die Kantone Luzern, Obwalden, Schaffhausen, Schwyz, Thurgau, Uri und Zürich das Institut der Fahrnisverschreibung, wenngleich in uneinheitlicher Ausgestaltung; weiterführend dazu EUGEN HUBER, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, Bd. IV, Basel 1893, S. 817 ff.; MUNZINGER, Motive, abgedruckt in: Fasel (Fn. 58), S. 487 ff.; HAFFTER (Fn. 14), S. 5; ALTORFER (Fn. 20), S. 25 ff.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 98 f.; HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1439; WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 80 f.
- 65 Bedeutsam ist besonders, dass nachdem in den Entwürfen für das Obligationenrecht Registerpfandrechte bewusst abgelehnt werden (MUNZINGER, Motive, abgedruckt in: Fasel [Fn. 58], S. 486 ff.; «*reelle Übergabe*» gemäss Art. 221 E-OR 1871; gleich in Art. 211 E-OR 1875; sprachlich leicht abgeschwächt in Art. 211 E-OR 1877; deutlich wieder Art. 227 E-OR 1879: «*Die uebergabe gilt nicht als vollzogen, so lange die Sache im Gewahrsame des Verpfänders verbleibt*» [Entwürfe allesamt abgedruckt in: Fasel {Fn. 58}]), den Kantonen in der definitiven Fassung des Obligationenrechts von 1881 die Möglichkeit eingeräumt wird, sog. Viehverpfändungsregister einzuführen (Art. 210 OR 1881, abgedruckt in: Fasel [Fn. 58], S. 1277 ff.). Und obwohl man sich bei der Einführung des Zivilgesetzbuches betont an den Grundentscheid des bereits geltenden Obligationenrechts für das Faustpfandprinzip halten will (so HUBER, Memorial, in: Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Materialien zum Zivilgesetzbuch, Bd. I: Das Memorial von Eugen Huber, Teil- und Departementalentwürfe, Botschaft zur Einführung der Rechtseinheit, neu redigiert und publiziert von Christoph Hurni/Markus Reber/Sibylle Hofer, Bern 2009, S. 988 ff.; HUBER, Sten. Bull. 1906, S. 700 f.), bleibt bis zur Ablehnung durch den Ständerat (Sten. Bull. 1906, S. 1355) – nach knapper Zustimmung durch den Nationalrat (Sten. Bull. 1906, S. 716 f.) – die Fahrnisverschreibung im Entwurf vorgesehen. Vgl. AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 31 Fn. 37 f.; ALTORFER (Fn. 20), S. 27 ff.; BERGER (Fn. 1), S. 202 ff., 210 f.; HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1439 f.; HAFFTER (Fn. 14), S. 6; KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 203 ff.; WIEGAND, Sicherungsgeschäfte (Fn. 29), S. 556 f., insb. Fn. 49.
- 66 Siehe 2.4 soeben.
- 67 Einlässlich BERGER (Fn. 1), S. 205 f.; vgl. auch ALTORFER (Fn. 20), S. 211; EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1138 (für *Leasing* mit B2B-Finanzierung); WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 127 f.; hinweisend BK-ZOBL/THURNHERR (Fn. 1), Art. 884 ZGB N. 494. Wenn hier vom *heutigen* Wirtschaftsleben gesprochen wird, so darf freilich nicht übersehen werden, dass die wirtschaftliche Notwendigkeit eines Registerpfandrechts bereits bei Erlass des Zivilgesetzbuches als Argument vorgebracht wurde. Siehe nur schon MEILI, Exp. Komm., in: BK-Materialien III (Fn. 59), S. 1001 f., sowie die Voten von HUBER, BOOS, LAUR, BÜHLMANN, PLANTA, GMÜR und HOFFMANN in den parlamentarischen Beratungen (Sten. Bull. 1906, S. 700 ff., 1352).
- 68 BERGER (Fn. 1), S. 205; HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1442; WIEGAND, Sicherungsgeschäfte (Fn. 29), S. 543 f. Ausführlich zu ökonomischen Aspekten JOSEF DUTTLE, Ökonomische Analyse dinglicher Sicherheiten: Die Reform der Mobiliarsicherheiten und Probleme ihrer Behandlung in insolvenzrechtlichen Verfahren, Krefeld 1986, S. 9 ff.; BRINKMANN (Fn. 31), S. 50 ff.; YUAN LI, Die abstrakte Gestaltung von Sicherheiten als elementarer Ausdruck der Privatautonomie, Diss. Göttingen 2012, S. 155 ff.
- 69 EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1138; GRAHAM-SIEGENTHALER, Bedürfnis (Fn. 33), S. 450 f.; DIESELBE, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 726 ff., 816 ff.; KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 207 ff.; DERSELBE, Vertrauen (Fn. 15), S. 807; MABILLARD (Fn. 1), S. 495 Fn. 1, mit Verweisen, 508 f.; Resolution des Schweizerischen Juristenvereins von 2007 (<https://www.juristenverein.ch/de/resolutionen>), zuletzt abgerufen am 17. August 2021); RIEMER (Fn. 36), § 31 N. 15; WALTER (Fn. 1), S. 141; in dieser Jusletter-Sonderausgabe auch STENGEL/SOMMER (Fn. 41), Abschnitt 2.4.
- 70 Vgl. AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 22; BERGER (Fn. 1), S. 205 f.; STEINAUER (Fn. 18), N. 3083c; ANDOVÁ (Fn. 31), S. 266; bereits ALTORFER (Fn. 20), S. 211 und 213.
- 71 Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang namentlich der hier nicht näher zu behandelnden Sicherungszession, einschliesslich der Verpfändung von Wertpapieren, sowie – seltener – den Personalsicherheiten im Konzernverhältnis zu (vgl. BERGER [Fn. 1], S. 206). Siehe weiterführend auch GIRSBERGER (Fn. 1), S. 101 f., 106; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn.

- 14), N. 10.132 ff., 10.214 ff.; KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 383 ff.; MÜHL/PETEREIT (Fn. 18), N. 353 ff.; SIMITIS (Fn. 1), S. 95; STEINAUER (Fn. 18), N. 3106 ff.; WALTER (Fn. 1), S. 142 f.; WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 121; DERSELBE, Sicherungsgeschäfte (Fn. 29), S. 564; HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1441; UMBACH-SPAHN (Fn. 28), S. 14 ff.; zur sozioökonomischen Bedeutung von Kreditsicherheiten im Allgemeinen KUHN, Vertrauen (Fn. 15), S. 792 f.
- 72 Vgl. AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 24 f.; ALTORFER (Fn. 20), S. 211 und 213; SIMITIS (Fn. 1), S. 95. Auch das Gegenteil ist denkbar, d. h. es können sich daraus auch wirtschaftlich funktionierende Geschäftsmodelle entwickeln. Für ein Beispiel siehe etwa «*Italienische Banken akzeptieren Parmesan als Sicherheit*», NZZ vom 14. August 2009 ([https://www.nzz.ch/italienische\\_banken\\_akzeptieren\\_parmesan\\_als\\_sicherheit-1.3343263](https://www.nzz.ch/italienische_banken_akzeptieren_parmesan_als_sicherheit-1.3343263), zuletzt abgerufen am 17. August 2021).
- 73 Gemeint sind Unternehmen im kaufmännischen Verkehr sowie Finanzintermediäre und Investoren, zwischen denen pfandgesicherte Fremdkapitalfinanzierungen bestehen. Rechtstatsächliches zum Unternehmenskredit in der Schweiz bei KUHN, Vertrauen (Fn. 15), S. 803 f.
- 74 Dass im Kreditgeschäft mit natürlichen Personen ausserhalb ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit besondere Massstäbe anzulegen sind, ist bereits dem Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (KKG; SR 221.214.1) zu entnehmen; vgl. insb. die Begriffsbestimmungen der Art. 1–4; ebenso die Regelungen über das Versatzpfand, siehe dazu Fn. 14 hievor. Vgl. auch AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 35; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 101; HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1441; KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 57 ff.; DERSELBE, Vertrauen (Fn. 15), S. 805. Eine Unterscheidung fordern etwa auch BERGER (Fn. 1), S. 212; oder EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1131; zur Anwendbarkeit des KKG auf nutzenbasierte Geschäftsmodelle vgl. STENGEL/SOMMER (Fn. 41), Abschnitt 3.4.1.
- 75 Namentlich kann die Formstrenge bei der Pfandbestellung durchaus als Widerspruch zur Privatautonomie als Ausfluss der Grundrechte der Art. 26 f. und des in Art. 94 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) angelegten ordnungspolitischen Grundentscheids für eine freie und marktbasierter Wirtschaftsordnung angesehen werden (vgl. etwa BERGER [Fn. 1], S. 208 ff.; besonders kritisch zum Faustpfandprinzip schweizerischer Prägung GIRSBERGER [Fn. 1], S. 101). Auch die Privatautonomie in der Bestellung von Kreditsicherheiten ist nämlich von der Wirtschaftsfreiheit gedeckt (vgl. L1 [Fn. 68], *passim*).
- 76 Vgl. etwa BERGER (Fn. 1), S. 207; HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1437 Fn. 33 *in fine*; WALTER (Fn. 1), S. 141, 148; WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 129.
- 77 Vgl. AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 17; ALTORFER (Fn. 20), S. 214.
- 78 Siehe bereits 3.1.3 hievor.
- 79 Vgl. GRAHAM-SIEGENTHALER, Bedürfnis (Fn. 33), S. 455 f., m. H. zum internationalen Privatrecht gemäss Art. 100 ff. des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG; SR 291); DIESELBE, Rechtsgeschäfte (Fn. 31), S. 1563; DIESELBE, Schweizer Kreditsicherheiten im Ausland, ausländische Kreditsicherheiten in der Schweiz, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Kreditsicherheiten, Schweizerische Bankrechtstagung 2008, Basel 2008, S. 19 ff.; KUHN, Kreditsicherungsrecht (Fn. 15), S. 774 ff.; MÜHL/PETEREIT (Fn. 18), N. 964 ff., 981 ff.; UMBACH-SPAHN (Fn. 28), S. 13; einlässlich ULRICH DROBNIG, Mobiliarsicherheiten im internationalen Wirtschaftsverkehr, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Recht 2–3/38 (1974), S. 468 ff.
- 80 EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1138.
- 81 Siehe hiezu sogleich 3.2.3; BERGER (Fn. 1), S. 207 f.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 104; WALTER (Fn. 1), S. 148 f.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 730 ff.; ALTORFER (Fn. 20), S. 227 ff.; vgl. bereits WIEGAND, Sicherungsgeschäfte (Fn. 29), S. 559, m. w. H. zur Umsetzung: «*Entscheidend neu an einem solchen System [...] wäre der Umstand, dass es zu jeder Zeit für jeden Gläubiger möglich ist, innerhalb kürzester Zeit festzustellen, ob die ihm vom Schuldner präsentierte bewegliche Habe mit anderweitigen dinglichen Rechten belastet ist*».
- 82 Dazu 4.5 hienach.
- 83 Siehe 2.4 hievor.
- 84 Dazu 3.1 soeben.
- 85 WIEGAND, Sicherungsgeschäfte (Fn. 29), S. 557 ff., unterbreitete bereits 1980 den Vorschlag, das Eigentumsvorbehalsregister zu einem allgemeinen Fahrnispfandregister zu erweitern (aufgegriffen in DERSELBE, Eigentumsvorbehalt [Fn. 1], S. 130 f., mit Bezugnahme auf Art. 9 UCC und weiteren Hinweisen). Vgl. auch AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 30 ff.; BERGER (Fn. 1), S. 214 ff., m. w. H. zu Art. 9 UCC; EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1138; Resolution 2007 des Schweizerischen Juristenvereins (Fn. 69).
- 86 Grundlegend Art. 942 Abs. 3 und 4 ZGB; konkretisierend Art. 8 Abs. 2 , Art. 14 f., Art. 32 Abs. 1 und 3 , Art. 35 und Art. 159 f. der Grundbuchverordnung vom 23. September 2011 (GBV; SR 211.432.1). Siehe auch <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/grundbuch/ausgestaltung.html> (zuletzt abgerufen am 17.

August 2021): «*In den meisten Kantonen ist die Grundbuchführung ganz oder teilweise informatisiert (IT-Grundbuch)*».

- 87 Musterformulare können unter <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/wirtschaft/schkg/musterformulare.html> bezogen werden (Formulare 48 ff., zuletzt abgerufen am 17. August 2021). Ein Beispiel für die Abwicklung am Online-Schalter findet sich etwa in Gossau SG ([https://www.stadtgossau.ch/de/verwaltung/onlineschalter/online-schalter/?action=showdetail&dienst\\_id=8038](https://www.stadtgossau.ch/de/verwaltung/onlineschalter/online-schalter/?action=showdetail&dienst_id=8038), zuletzt abgerufen am 17. August 2021).
- 88 Siehe insb. den per 1. Januar 2021 in Kraft getretenen Art. 928b OR (AS 2020 957; BBI 2015 3617); zudem Art. 6 Abs. 2 und 3, Art. 9 Abs. 5 und Art. 11 ff. der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 (HRegV; SR 221.411).
- 89 Die Liste lässt sich vielfältig erweitern: Auch Betreibungs- oder Zivilstandsregister oder Verkehrszulassungs- und Strafregister werden inzwischen vielerorts in elektronischer Form geführt. Beispielhaft für diese Entwicklung und ihre Folgen – Stichwort Interoperabilität – ist etwa das Bundesgesetz über die Harmonisierung der Einwohnerregister und anderer amtlicher Personenregister vom 23. Juni 2006 (Registerharmonisierungsgesetz, RHG; SR 431.02) sowie die Umsetzung durch das Bundesamt für Statistik (vgl. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/register/personenregister/registerharmonisierung.html>, zuletzt abgerufen am 17. August 2021).
- 90 Die Legitimation wird wohl in einem Interessennachweis und/oder authentifizierenden Zugangsdaten, d. h. Benutzername, Kennwort und allenfalls einem weiteren Faktor wie einem per SMS versandten oder in einer *Authenticator*-App generierten Einmalcode bestehen. Zusätzlich könnte die Anmeldung über eine bestimmte IP-Adresse erfordert werden, die durch ein *Virtual Private Network* (VPN) generiert wird. Ein Bundesgesetz über elektronische Identifizierungsdienste (E-ID-Gesetz) wurde indessen in der Volksabstimmung vom 7. März 2021 klar abgelehnt (vgl. dazu <https://www.ejpd.admin.ch/bgeid>, zuletzt abgerufen am 17. August 2021)
- 91 Eine solche Lösung ist bereits heute für das Handelsregister unter <https://www.zefix.ch/> (zuletzt abgerufen am 17. August 2021) implementiert und findet breite Akzeptanz im Geschäftsverkehr.
- 92 Siehe 4.3.2 hienach.
- 93 Siehe dazu MIRJAM EGGEN/CHRISTIAN SILLABER, *DLT-Handelssysteme – Eine Einordnung in das Zivil- und Aufsichtsrecht*, in: Jusletter 11. Mai 2020, Rz. 19 f.; auch 4.3.1 und 4.5 hienach, insb. zur neuen Bundesgesetzgebung i.S. DLT.
- 94 Siehe für Erfahrungsberichte aus Grossbritannien und Neuseeland KIENINGER, Zukunft (Fn. 31), S. 206 und 211 f.; oder AESCHLIMANN/FoËX (Fn. 1), S. 36 f.
- 95 Die Frage, ob und in welchem Umfang eine kantonale oder eidgenössische Behörde oder aber private Dienstleister mit diesen Aufgaben zu betrauen sind, wird unter 4.3.1 (insb. Fn. 156) kurz zu thematisieren sein.
- 96 Gemeint sind einmal kryptographische Lösungen, dann aber auch auf Dezentralisierung der Datenverarbeitung basierende Sicherheitsmechanismen (vgl. 4.5 hienach).
- 97 WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 131, schlägt im Zusammenhang mit einem elektronischen Fahrnispfandregister vor, die Einsichtnahme Dritter von der Zustimmung des «*kreditsuchenden Schuldners*» abhängig zu machen (vgl. auch HADŽIMANOVIĆ [Fn. 1], S. 1449 ff., u. a. zur Position des Sicherungsgebers, bei welchem es sich um eine Drittperson handeln kann; dazu ebenfalls WIEGAND, Eigentumsvorbehalt [Fn. 1], S. 119 ff.). Aus datenschutzrechtlicher Sicht wird eine solche Erklärung als Einwilligung in die Bekanntgabe zu qualifizieren sein; siehe Art. 4 Abs. 5 und Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1) resp. Art. 6 Abs. 6 des revidierten Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 25. September 2020 (nDSG; SR 235.1); vgl. Fn. 124 hienach. Der Zugriff könnte auch für Benutzer oder IP-Adressen, von denen Missbrauch ausgeht, vorübergehend oder dauerhaft gesperrt werden. Für den nie gänzlich auszuschliessenden Fall einer Verletzung von Datenschutz oder Datensicherheit besteht überdies bei zentralen Lösungen die vergleichsweise einfache Möglichkeit, elektronische Sicherungskopien zu unterhalten.
- 98 Siehe zur Ausgestaltung Teil 4 hienach.
- 99 Wie unter 3.1.3 hievor ausgeführt, können die Transaktionskosten je nach Sachbeschaffenheit sehr unterschiedlich ausfallen. Eine Registerpfandlösung erscheint daher für gewisse Kategorien von Pfandobjekten geeigneter als für andere, etwa für solche, deren Lagerung aufgrund ihrer Beschaffenheit (bspw. Verderblichkeit) besonderer Vorrangungen oder Expertise bedarf (dazu auch 4.1.4 hienach). Vgl. ferner die ökonomische Analyse bei DUTTLE (Fn. 68), S. 266 ff.
- 100 Vgl. GIRSBERGER (Fn. 1), S. 106; KIENINGER, Zukunft (Fn. 31), S. 211 f.; WALTER (Fn. 1), S. 152; WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 131; ANDOVÁ (Fn. 31), S. 259.
- 101 Sinnbildlich für diesen Trend dürften auch die jüngsten Entwicklungen zur Lieferkettenproblematik im Nachgang der Konzernverantwortungsinitiative sein. Siehe dazu den indirekten Gegenvorschlag zur Volksinitiative «*Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt*» vom 19.

Juni 2020

([https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/Schlussabstimmungstext%202%20NS%20zuletzt abgerufen am 17. August 2021](https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2016/20160077/Schlussabstimmungstext%202%20NS%20zuletzt%20abgerufen%20am%2017.%20August%202021)) sowie die darauf basierende Verordnung über Sorgfaltspflichten und Transparenz in den Bereichen Mineralien und Metalle aus Konfliktgebieten sowie Kinderarbeit (VSoTr; [https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/28/cons\\_1](https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/28/cons_1), zuletzt abgerufen am 17. August 2021).

<sup>102</sup> Vgl. insb. die Art. 12 f. und Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Lebensmittel und Gebrauchsgegenstände vom 20. Juni 2014 (Lebensmittelgesetz, LMG; SR 817.0).

<sup>103</sup> Siehe zu Anforderungen an das Pfandobjekt 4.1.4 hienach.

<sup>104</sup> Vgl. EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1139; zu Registerstruktur und Suchfunktion auch 4.3.5 hienach.

<sup>105</sup> Vgl. WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 85; Bezug nehmend auch BERGER (Fn. 1), S. 220 f.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 106; GRAHAM-SIEGENTHALER, Bedürfnis (Fn. 33), S. 451; DIESELBE, Rechtsgeschäfte (Fn. 31), S. 1563 f.; WALTER (Fn. 1), S. 145 f. Ausführlich mit Statistiken ERICH BÜRG, Theorie und Praxis des Eigentumsvorbehalts, in: Wolfgang Wiegand et al. (Hrsg.), Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Bern 1982, S. 111 ff.

<sup>106</sup> Gemeint sind die zu Beginn von Abschnitt 3.2.1, bei Fn. 85 ff., genannten elektronisch geführten öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs. GIRSBERGER (Fn. 1), S. 107 f., schätzt im Übrigen die Gefahr des kriminellen Missbrauchs bei Einführung eines elektronischen Registers nicht grösser ein als unter Beibehaltung des Faustpfandprinzips oder eines herkömmlichen Papierregisters. Siehe zu technisch-organisatorischen Sicherungen auch (*mutatis mutandis*) THILO WEICHERT, Datenschutz bei FinTechs, Compliance Berater (CB) 2016, S. 109 ff., 114.

<sup>107</sup> Weitere Gedanken zur Publizitätswirkung unter 4.3.2 hienach.

<sup>108</sup> Vgl. HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1449 f., oder SIMITIS (Fn. 1), S. 122, u. a. zu Problematiken eines inakkuraten Registers; AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 37, zu praktischen Mängeln und Bereinigung beim Eigentumsvorbehaltregister.

<sup>109</sup> Zur Akzessorietät einlässlich und ein Festhalten befürwortend BERGER (Fn. 1), S. 242 ff.; siehe auch 4.1.5 hienach.

<sup>110</sup> Besonders geeignet für derartige Automatismen erscheinen *smart contracts*, die mit einer Transaktion verbundene Handlungen selbstständig, nachverfolgbar und grundsätzlich irreversibel ausführen. Wird ein bestimmtes Geschäft mittels *smart contract* abgewickelt – was künftig wohl zunehmend der Fall sein wird –, dürfte es sich vergleichsweise einfach gestalten, die automatische Registrierung und Streichung von Pfandsicherungen, etwa an *Internet-of-Things (IoT)*-Geräten oder in einem elektronischen Register (vgl. 4.5 hienach) zu vermerken.

<sup>111</sup> Zu letzterem auch 4.2 hienach, bei Fn. 155.

<sup>112</sup> So spricht sich bereits WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 131 für die Beibehaltung des traditionellen Faustpfands im Zusammenhang mit kleineren, privaten Kreditgeschäften aus; gl. M. BERGER (Fn. 1), S. 212; HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1446; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 746 f.; AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 35 ff., scheinen hingegen eine Gleichbehandlung sämtlicher Personenkategorien vorzuziehen. Zum Ganzen 4.1.2 hienach.

<sup>113</sup> Allenfalls denkbar wäre eine Prüfobligieheit für Konsumentinnen und Konsumenten bei erfahrungsgemäss besonders risikobehafteten Geschäften, die typischerweise ein erhöhtes Aufmerksamkeitsniveau erfordern, wie etwa beim Kauf von Occasionswagen. Ablehnend BERGER (Fn. 1), S. 222 ff., m. H. zur Rechtsprechung (BGE 122 III 1, E. 2a im Besonderen).

<sup>114</sup> Siehe anstelle zahlreicher einzelner, in diesem Beitrag zitierten Autorinnen und Autoren namentlich die Resolution 2007 des Schweizerischen Juristenvereins (Fn. 69).

<sup>115</sup> Gemäss Abschnitt 2.4 hievor waren vor allem sozialpolitische Bedenken sowie die zweifelhafte Publizität für die Ablehnung massgeblich. Hilfreich könnte auch ein Blick auf die Ausgestaltung der – letztlich abgelehnten (dazu Fn. 65 hievor) – Fahrnisverschreibung sein, die gemäss bundesrätlichem Entwurf von 1904 (Art. 890 ff. E-ZGB) nur mit Einschränkungen hinsichtlich Pfandobjekten (Vieh, bewegliche Betriebseinrichtungen, Vorräte und Warenlager), und beteiligten Parteien (bei bestimmten Pfandobjekten nur gegenüber Geldinstituten und besonderen Genossenschaften) als zulässig erachtet wurde.

<sup>116</sup> Im Verlauf dieses Beitrags wurde auf ausgewählte Erlasse hingewiesen, die einen Bezug zu öffentlichen Registern des Privatrechtsverkehrs aufweisen. Bei der Einführung eines elektronischen Fahrnispfandregisters liegen Revisionen im 23., ggf. auch im 20. Titel des ZGB, in einzelnen Bestimmungen sowie dem 4. Titel des SchKG, sowie darüber hinaus allenfalls in OR, KKG und diversen (u. a. den bei Fn. 36 ff. erwähnten) Spezialerlassen nahe. Siehe auch GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 737 ff.; WALTER (Fn. 1), S. 153; oder GIRSBERGER (Fn. 1), S. 108 f., m. w. H. und der Überlegung, alternativ ein umfassendes Kreditsicherungsgesetz als Spezialerlass zu schaffen. Ein ausformulierter Vorschlag zu einem Bundesgesetz über Mobiliarsicherheiten und einer Verordnung über ein zentrales Mobiliarsicherheitenregister,

einschliesslich Kommentierung, findet sich bei EIGENMANN (Fn. 1), N. 1151 ff. Freilich werden diese Ansätze im Lichte des technologischen Fortschritts der letzten beiden Jahrzehnte zu überarbeiten sein.

<sup>117</sup> Als *soft law* etwa das *EBRD Model Law on Secured Transactions*

(<https://www.ebrd.com/news/publications/guides/model-law-on-secured-transactions.html>, zuletzt abgerufen am 17. August 2021), insb. dessen Art. 8. Weitere Überlegungen zur Rechtsharmonisierung bei WIEGAND, Sicherungsgeschäfte (Fn. 29), S. 558 f., insb. Fn. 52 ff.; AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 18 Fn. 3; ALTORFER (Fn. 20), S. 214 ff.; BERGER (Fn. 1), S. 200 f.; BRINKMANN (Fn. 31), S. 424 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Bedürfnis (Fn. 33), S. 456 f.; DIESELBE, Rechtsgeschäfte (Fn. 31), S. 1566; DIESELBE, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 631 ff.; KIENINGER, Zukunft (Fn. 31), S. 191 ff.; DIESELBE, Europäisches Mobiliarkreditsicherungsrecht, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), *Kreditsicherheiten*, Schweizerische Bankrechtstagung 2008, Basel 2008, S. 109 ff.; HANS KUHN, The Uncitral Model Law on Secured Transactions – a Swiss Perspective, in: Bénédict Foëx (Hrsg.), *The Draft UNCITRAL Model Law on Secured Transactions / Le projet de loi type de la CNUDCl sur les opérations garanties*, Genève 2016, S. 61 ff.; LI (Fn. 68), S. 170 ff., oder WALTER (Fn. 1), S. 153 f., m. H. auf den *UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions* vom 24. September 2007 (<https://undocs.org/en/A/CN.9/637/Add.2>, zuletzt abgerufen am 17. August 2021), die *Convention on International Interests in Mobile Equipment* vom 16. November 2001 ([https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800807d6&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/showDetails.aspx?objid=08000002800807d6&clang=_en), zuletzt abgerufen am 17. August 2021) und andere Leitlinien. Ein internationales Register befürworten auch BERGER (Fn. 1), S. 213 f. und HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1449.

<sup>118</sup> Siehe weiterführend ULRICH DROBNIG, Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der Europäischen Union, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1/60 (1996), S. 40 ff.; KIENINGER, Zukunft (Fn. 31), S. 191 ff.; DIESELBE, Kreditsicherung bei internationalen Rechtsgeschäften, AJP 2004, S. 1560 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 734 ff., 778 ff.

<sup>119</sup> Siehe 3.1.4 hievor.

<sup>120</sup> Vorschlag für die Registerbezeichnung nach WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 130; oder BERGER (Fn. 1), S. 224.

<sup>121</sup> Siehe 3.2.2 hievor.

<sup>122</sup> Siehe die Ausführungen bei Fn. 73 ff. und 112 f. hievor. Im Grundsatz wäre auch eine beispielhafte oder taxative Aufzählung pfandregisterfähiger Parteien im Gesetz denkbar, jedoch mit Folgefragen hinsichtlich Begründetheit und Einzelfallgerechtigkeit verbunden. Vgl. zu Beschränkungen der Parteien auch DROBNIG, Wirtschaftsverkehr (Fn. 79), S. 473 f.; SIMITIS (Fn. 1), S. 110 ff.

<sup>123</sup> Siehe dazu sogleich Fn. 124. Es sei angemerkt, dass es sich vorliegend um eine summarische und dementsprechend stark vereinfachende Darstellung der Sachlage handelt. Zielkonflikte zwischen Publizität und Datenschutz werden namentlich unvermeidbar sein bei Einzelunternehmen, für welche der Inhabername als Firma fungiert, aber auch in weiteren Konstellationen, bei denen natürliche Personen aufgrund der Publizitätsanforderungen an die Gesellschaft als Unternehmensträger mit relativ geringem Aufwand bestimmbar sind (vgl. Art. 5 Bst. a und b nDSG). Zu alledem hinzu kommt die Frage der Anwendbarkeit von Bestimmungen der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der *Richtlinie 95/46/EG* (Datenschutz-Grundverordnung, DSGVO), ABI. Nr. L 119, 4. Mai 2016, S. 1–88, auf grenzüberschreitende Transaktionen im Europäischen Wirtschaftsraum.

<sup>124</sup> Das derzeit in Kraft stehende DSG vom 19. Juni 1992 (Fn. 97) befindet sich in Totalrevision, wobei die Referendumsfrist per 14. Januar 2021 unbenutzt abgelaufen ist und der Bundesrat das Inkrafttreten des nDSG voraussichtlich auf die zweite Jahreshälfte 2022 ansetzen wird (siehe dazu <https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-84103.html>, zuletzt abgerufen am 17. August 2021). Die Revision wird auch den sachlichen Geltungsbereich des DSG erweitern: Gegenwärtig ist es gemäss Art. 2 Abs. 2 Bst. d nicht anwendbar auf «*öffentliche Register des Privatrechtsverkehrs*» (vgl. GIRSBERGER [Fn. 1], S. 108 Fn. 82, mit Verweisen; WALTER [Fn. 1], S. 152 Fn. 52). Art. 2 Abs. 4 nDSG sieht demgegenüber einen Vorrang der Spezialbestimmungen bei subsidiärer Anwendbarkeit des nDSG vor. Umgekehrt wird der persönliche Geltungsbereich eingeschränkt, indem die Bearbeitung von Daten juristischer Personen durch Privatpersonen und Bundesorgane, die gegenwärtig nach Art. 2 Abs. 1 dem *DSG* unterstellt ist, nach Ablauf einer fünfjährigen Übergangsfrist gemäss Art. 71 nDSG aus dem Anwendungsbereich des Datenschutzrechts fallen wird. Die Bearbeitung von Daten juristischer Personen durch Bundesorgane wird sich inskünftig nach den Art. 57h –57t des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG; SR 172.010) sowie diversen Spezialerlassen richten. Da die Einführung eines elektronischen Fahrnispfandregisters in der kurzen Frist nicht zu erwarten ist, wird primär auf die datenschutzrechtlichen Bestimmungen *de lege ferenda* Bezug genommen.

<sup>125</sup> Siehe Art. 6 ff. nDSG.

- <sup>126</sup> EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1138 f.: «Das Register müsste öffentlich einsehbar sein und sollte zumindest eine negative Publizitätswirkung aufweisen». Dem gegenüber steht die Idee eines nur mit Einwilligung des Verpfänders einsehbaren Registers (vgl. Fn. 97 hievor). Zum Ganzen 4.3.2 sogleich.
- <sup>127</sup> Die rechtliche Grundlage eines elektronischen Fahrnispfandregisters wird also auch die Modalitäten der Datenbearbeitung im Rahmen der Registerführung unter Berücksichtigung der Grundsätze des Datenschutzrechts eigens regeln müssen. Ferner wird zu prüfen sein, ob die Pseudonymisierung oder Anonymisierung von Registerdaten der Datenschutzkonformität dienen kann. Dies ist freilich nur insoweit zielführend, als der Zweck des Registers nicht gerade die Bekanntgabe von Klarnamen (etwa zu Beweiszwecken oder zur Durchsetzung von Rechtsansprüchen) erfordert (vgl. WALTER [Fn. 1], S. 153).
- <sup>128</sup> Aufgrund des weiten Geltungsbereichs des Faustpfandprinzips in der schweizerischen Praxis handelt es sich dabei um grundsätzlich alle Geschäfte, bei denen eine Forderung durch ein Pfandrecht an einer beweglichen körperlichen Sache i.S.v. Art. 713 *ZGB* gesichert werden soll (vgl. CHK-REETZ/GRABER [Fn. 15], Art. 884 *ZGB* N. 7; ZK-OFTINGER/BÄR [Fn. 25], Art. 884 *ZGB* N. 16; BK-ZOBL/THURNHERR [Fn. 1], Art. 884 *ZGB* N. 71). Die (zahlenmäßig) wenigen, bereichsspezifischen Ausnahmen, die bereits heute eine Pfandbestellung durch Registrierung gestatten, wurden bereits unter 2.3 angeführt.
- <sup>129</sup> Siehe BERGER (Fn. 1), S. 226 f.; WALTER (Fn. 1), S. 150; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 739 f.
- <sup>130</sup> Sehr weit bspw. BERGER (Fn. 1), S. 227 f., der «[a]illes was heute unter den Titeln ‹Faustpfand› (Art. 884 – 894 *ZGB*) und ‹Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten› (Art. 899 – 906 *ZGB*) verpfändbar ist», d. h. alle übertragbaren Vermögenswerte, als registrierungsfähige Sicherungsrechte in Frage kommen lassen möchte; gl. M. WALTER (Fn. 1), S. 150 f., und SIMITIS (Fn. 1), S. 111 ff., die jedoch – mit Verweis auf das Spezialitätsprinzip – zusätzlich die eindeutige Identifizierbarkeit des Pfandobjekts fordern (dazu sogleich Fn. 134). Zu Anforderungen *de lege lata* an das Pfandobjekt siehe etwa HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn. 14), N. 10.41 ff.; STEINAUER (Fn. 18), N. 3135 ff.
- <sup>131</sup> Eine bedeutende Herausforderung für den Gesetzgeber dürfte darin liegen, den Kreis registermäßig verpfändbarer Objekte zu umschreiben. Sachliche Kriterien wie Beschaffenheit und Wert der Pfandsache sind dabei wohl ebenso in Erwägung zu ziehen wie sozial- und gesellschaftspolitische Motive. So könnte die Verpfändung durch Registereintragung etwa auf betriebsnotwendige Unternehmensaktiva oder Objekte mit Mindestwert über einer Bagatellgrenze beschränkt werden. Aus gesellschaftspolitischen Gründen könnte – so Privatpersonen zulässige Parteien sind, dazu 4.1.2 soeben – bspw. die Pfandregistrierung von Kompetenzstücken i.S.v. Art. 92 *SchKG* verboten oder eingeschränkt werden (vgl. Fn. 56 hievor).
- <sup>132</sup> Derartige Beschränkungen sind in vielen Rechtsordnungen bereits bekannt (vgl. dazu DROBNIG, Wirtschaftsverkehr [Fn. 79], S. 474 f.; ANDOVÁ [Fn. 31], S. 260 ff.). Zum Ganzen auch ALTORFER (Fn. 20), S. 232 ff.
- <sup>133</sup> Bedeutsam ist dies auch im Zusammenhang mit der Frage, ob ein Register objekt- oder personenbasiert ausgestaltet wird (siehe 4.3.5 hienach).
- <sup>134</sup> Gemeint sind insb. *smart devices* und weitere Apparaturen des IoT. Ein Pfandbeschlag könnte über die Geräteinformationen hinterlegt werden, sodass registrierte Pfandrechte zusammen mit den übrigen Spezifikationen via der Benutzeroberfläche abrufbar resp. einsehbar sind. Dies würde jedoch das Vorhandensein geeigneter Programmierschnittstellen für die Kommunikation mit einem elektronischen Register erfordern. Eine dahingehende Entwicklung ist vor allem aufgrund der gänzlich verschiedenen Betriebssysteme, mit denen die genannten Geräte funktionieren, heute (noch) nicht ersichtlich.
- <sup>135</sup> ALTORFER (Fn. 20), S. 229 f.
- <sup>136</sup> Vgl. dazu HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1446.
- <sup>137</sup> Siehe etwa CHRISTINA SCHMID-TSCHIRREN, Perspektiven des sachenrechtlichen Spezialitätsprinzips: Insbesondere zur Bedeutung dieses Prinzips bei Pfandrechten, *ZBGR 97/2016*, S. 1 ff.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 107; WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 110 f.; AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 26 f., 33; vgl. bereits HAFFTER (Fn. 14), S. 50 ff.
- <sup>138</sup> HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn. 14), N. 10.28 f.; CHK-REETZ/GRABER (Fn. 15), Art. 884 *ZGB* N. 8; ALTORFER (Fn. 20), S. 82 f.; WOLFGANG WIEGAND, Akzessorietät und Spezialität: Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand, in: Wolfgang Wiegand et al. (Hrsg.), Berner Tage für die juristische Praxis 1981, Bern 1982, S. 35 ff., S. 40 ff. (zit. WIEGAND, Akzessorietät [Fn. 138]).
- <sup>139</sup> Die Verpfändung von Sachgesamtheiten wie bspw. eines Warenlagers könnte sogar in wechselnder Zusammensetzung – analog der angloamerikanischen *floating charge* – zugelassen werden. Bejahend BERGER (Fn. 1), S. 237 ff., weil dogmatisch nichts gegen eine Gesamtverfügung spreche; kritisch GIRSBERGER (Fn. 1), S. 108; zur Frage auch ALTORFER (Fn. 20), S. 234 ff.; HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1446; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 749 ff. Bei diversen Objekten – vor

allem aus dem Anlagevermögen von Unternehmen – ist insofern nur die Verpfändung als Gesamtheit sinnvoll, als die Pfandsachen im Einzelnen, d. h. ausserhalb ihrer Stellung im Produktions- oder Handelsbetrieb, womöglich sehr viel weniger werthaltig sind. Um diese Vermögenswerte weiter effizient zu nutzen, scheint eine gesamthafte Verwertung (von idealerweise bereits strukturell-organisatorisch ausgegliederten Betriebsgesellschaften) gegenüber der Zerschlagung vorteilhaft, was sich auch in der Pfandbestellung äussern muss. Eine praktische Lösung wird daher häufig die Verpfändung von Aktien von Betriebsgesellschaften darstellen (dazu 2.3.2 hievor, insb. Fn. 38, im Luftfahrtbereich GLOOR [Fn. 37], S. 5; zum Eisenbahnpfandrecht insb. Fn. 38; allgemein zum Unternehmenspfandrecht ALTORFER [Fn. 20], S. 238 ff. sowie Fn. 71 hievor).

<sup>140</sup> Vgl. WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 110 f., zur Bestimmtheit des Pfandobjekts; BERGER (Fn. 1), S. 245 ff. (Surrogation oder Verlängerungsklausel); ANDOVÁ (Fn. 31), S. 261.

<sup>141</sup> Siehe auch BERGER (Fn. 1), S. 228 ff.; DROBNIG, Wirtschaftsverkehr (Fn. 79), S. 474, zu Kreditkauf, Abzahlungsvertrag und Lieferantenkrediten.

<sup>142</sup> Die beiden Rechte sind daher auch nur gemeinsam übertragbar und dem Schuldner stehen die gleichen Einreden zur Verfügung. Siehe BSK ZGB II-BAUER/BAUER (Fn. 14), Art. 884 N. 51 ff.; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn. 14), N. 10.27; STEINAUER (Fn. 18), N. 3076, 3130; WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 112 f.

<sup>143</sup> Siehe bereits 2.2 zur Beschreibung des Faustpfandprinzips sowie Art. 889 Abs. 1 [ZGB](#) zur Rückgabepflicht.

<sup>144</sup> Vgl. HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1448, m. w. H. zu Vor- und Nachteilen nichtakzessorischer Kreditsicherungsrechte; SIMITIS (Fn. 1), S. 116 ff.; allgemein zur Akzessorietät CHK-REETZ/GRABER (Fn. 15), Art. 884 [ZGB](#) N. 14 ff.; MÜHL/PETEREIT (Fn. 18), N. 322 f.; WIEGAND, Akzessorietät (Fn. 138), S. 38 ff., 45 ff.) oder bereits HAFFTER (Fn. 14), S. 19 ff.

<sup>145</sup> Zum Verwertungsverfahren siehe 4.4 hie nach.

<sup>146</sup> Siehe BERGER (Fn. 1), S. 228 ff.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 108.

<sup>147</sup> CHK-REETZ/GRABER (Fn. 15), Art. 884 [ZGB](#) N. 3; STEINAUER (Fn. 18), N. 3126 f., 3144 ff.; HRUBESCH-MILLAUER/GRAHAM-SIEGENTHALER/ROBERTO (Fn. 14), N. 10.48 ff.; RIEMER (Fn. 36), § 31 N. 5 ff.; einlässlich EIGENMANN (Fn. 1), N. 204 ff.

<sup>148</sup> Dazu 2.2 hievor.

<sup>149</sup> Dies steht jedoch obligatorischen Ansprüchen *inter partes*, die vor der Errichtung eines Pfandrechts – als *erga omnes* wirksamem dinglichem Recht – entstehen können, nicht im Wege.

<sup>150</sup> Ebenso GIRSBERGER (Fn. 1), S. 104, 108; AESCHLIMANN/FoëX (Fn. 1), S. 36.

<sup>151</sup> So dezidiert BERGER (Fn. 1), S. 225, wonach eine Lösung mit Konstitutivwirkung das Sicherungsinstrument unnötig schwerfällig mache und man es dem Pfandnehmer überlassen könne, wann er sein Recht «konkursfest» machen wolle. Auf die beiden Möglichkeiten weisen WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 85 f., und GIRSBERGER (Fn. 1), S. 108, hin.

<sup>152</sup> Dazu KIENINGER, Zukunft (Fn. 31), S. 214 ff.; ausführlich BERGER (Fn. 1), S. 246 ff.; ZK-OFTINGER/BÄR (Fn. 25), Art. 893 [ZGB](#) N. 24 ff.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 772 ff.; SIMITIS (Fn. 1), S. 134 ff.

<sup>153</sup> Dazu 4.3.1 sogleich, insb. Fn. 156.

<sup>154</sup> Gemeint sind wiederum die zu Beginn von Abschnitt 3.2.1, bei Fn. 86 ff., genannten elektronisch geführten öffentlichen Register des Privatrechtsverkehrs.

<sup>155</sup> Dies ist freilich nur dort möglich, wo Belege im gewöhnlichen Geschäftsgang ausgestellt werden (siehe dazu bereits die Ausführungen vorne unter 3.3.2). Vgl. auch GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 742 f.; ALTORFER (Fn. 20), S. 245 ff.; oder BERGER (Fn. 1), S. 217 f.: «*Es erscheint namentlich sinnvoll, zu Beweiszwecken für die Sicherungsvereinbarung die schriftliche Form zu verlangen, sofern und solange der Sicherungsgegenstand im physischen Besitz des Sicherungsgebers ist oder dort verbleibt*».

<sup>156</sup> Etwa AESCHLIMANN/FoëX (Fn. 1), S. 36; ALTORFER (Fn. 20), S. 247 f.; BERGER (Fn. 1), S. 220 f.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 108; WALTER (Fn. 1), S. 151 f., insb. Fn. 51 f.; WIEGAND, Eigentumsvorbehalt (Fn. 1), S. 85; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 758 ff. Eine davon zu trennende Frage ist diejenige der Aufgabenprivatisierung, d. h. der Übertragung der Registerführung auf private Organisationsformen (weiterführend dazu etwa ANDREAS GLASER, Der moderne Verfassungsstaat, in: Giovanni Biaggini/Thomas Gächter/Regina Kiener (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel 2015, N. 90 ff.).

<sup>157</sup> Siehe 4.2 hievor; vgl. auch ALTORFER (Fn. 20), S. 247; EIGENMANN (Fn. 1), N. 1053; WALTER (Fn. 1), S. 149, 151; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 744 f.

<sup>158</sup> Siehe 4.3.4 hie nach.

<sup>159</sup> EGGEN/STENGEL (Fn. 15), S. 1138 f.; GIRSBERGER (Fn. 1), S. 105, 108; MABILLARD (Fn. 1), S. 508; WALTER (Fn. 1), S. 151; a. M. – da auch die negative Rechtswirkung verneinend – BERGER (Fn. 1), S.

221, 225 f.; ebenso ablehnend GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 766 f.

<sup>160</sup> Dazu auch AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 37; 4.1.4 hievor.

<sup>161</sup> So 4.1.2 hievor; siehe auch Fn. 131.

<sup>162</sup> Auch dazu bereits 4.1.2 hievor.

<sup>163</sup> Es kann etwa argumentiert werden, dass Dritte ein Interesse daran haben, aus dem Register zu erkennen, *dass überhaupt* ein Pfandrecht an einer bestimmten Sache besteht, nicht aber an der *Identität des Pfandgläubigers*. Während also der Pfandgläubiger bei der Eingabe zu bezeichnen sein wird, kann die Auskunft über seine Person anlässlich der Registereinsicht durch Dritte entfallen. Siehe zur Sicherung der Anonymität und zu Instrumenten zur Authentisierung im Finanzbereich WEICHERT (Fn. 106), S. 110 f., zur technischen Umsetzung auch GIRSBERGER (Fn. 1), S. 107.

<sup>164</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 3 nDSG; noch deutlicher Art. 6 Abs. 1 Bst. c **DSGVO**.

<sup>165</sup> Vgl. AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 36 («*registre <minimaliste>*»); KIENINGER, Zukunft (Fn. 31), S. 212, m. H. zur Unterscheidung von *transaction filing* und *notice filing*; ähnlich auch HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1441, 1451 f.; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 764 f.; SIMITIS (Fn. 1), S. 118 f.

<sup>166</sup> Auf Umfang bzw. Tiefe der einzugebenden bzw. bekanntzugebenden Daten ist hier nicht näher einzugehen. Unter den Daten betreffend die beteiligten Parteien werden etwa typischerweise Name oder Firma, Adresse, Kontaktdaten (Telefon und/oder e-Mail), Geburts- oder Gründungsdatum usw. zu verstehen sein. Deren Erforderlichkeit in Bezug auf das Pfandregister wird im Rahmen einer Regulierungsfolgenabschätzung zur Debatte stehen. Siehe zu Registerinhalten auch GIRSBERGER (Fn. 1), S. 107; oder WALTER (Fn. 1), S. 149 ff., insb. S. 152.

<sup>167</sup> Dazu 4.3.2 soeben.

<sup>168</sup> Vgl. AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 36; GRAHAM-SIEGENTHALER, Kreditsicherungsrechte (Fn. 31), S. 768 f.

<sup>169</sup> Anders ist dies freilich bei den bereits existierenden Registerpfandrechten bei Schiffen und Flugzeugen (dazu 2.3.2 hievor).

<sup>170</sup> Siehe dazu bereits 4.1.4 hievor, insb. Fn. 131 ff.

<sup>171</sup> So GIRSBERGER (Fn. 1), S. 107; WALTER (Fn. 1), S. 152.

<sup>172</sup> Dazu bereits ALTORFER (Fn. 20), S. 229 f.; siehe auch Fn. 135 hievor.

<sup>173</sup> Vgl. dazu Fn. 101 ff., 110 und 134 hievor.

<sup>174</sup> Vgl. dazu Fn. 81 f. hievor.

<sup>175</sup> Vgl. AESCHLIMANN/Foëx (Fn. 1), S. 36.

<sup>176</sup> Siehe Fn. 124 ff. hievor.

<sup>177</sup> Siehe 3.1.5 hievor.

<sup>178</sup> Vgl. die Hinweise unter 4.1.1 hievor, bei Fn. 117.

<sup>179</sup> Dazu HADŽIMANOVIĆ (Fn. 1), S. 1448; MÜHL/PETEREIT (Fn. 18), N. 440 ff.; ALTORFER (Fn. 20), S. 249 ff.; SIMITIS (Fn. 1), S. 141 ff.; ANDOVÁ (Fn. 31), S. 264 f.; einlässlich DROBNIG, Verwertung (Fn. 118), *passim*.

<sup>180</sup> Vgl. auch ALTORFER (Fn. 20), S. 251 f.

<sup>181</sup> So Stellungnahme MME, Vernehmlassung zu den DLT-Gesetzesänderungen z. H. Staatssekretariat für Internationale Finanzfragen (SIF), 27. Juni 2019, S. 5 ff., 14 f. ([https://www.mme.ch/fileadmin/files/documents/Publikationen/2019/190630\\_MME\\_Stellungnahme\\_Vern](https://www.mme.ch/fileadmin/files/documents/Publikationen/2019/190630_MME_Stellungnahme_Vern) zuletzt abgerufen am 9. August 2021).

<sup>182</sup> Die Begriffsbildung ist unübersichtlich und die Rechtslage unklar. Es dürfte wohl von sog. Asset-Tokens zu sprechen sein. Dazu MIRJAM EGGEN, Was ist ein Token? Eine privatrechtliche Auslegeordnung, AJP 2018, S. 558 ff.

<sup>183</sup> Hätte der Gesetzgeber solches zugelassen, indem festgelegt worden wäre, dass Realwerte auch Gegenstand von Registerwertrechten i. S. v. Art. 973d ff. **OR** sein können, wäre ihr Einsatz als Sicherheit ohne Besitzübertragung möglich geworden, da darauf gemäss Art. 973g Abs. 2 Ziff. 2 **OR** bei der Bestellung eines Pfandrechts die Regeln über das Forderungspfandrecht (Art. 899 ff. **ZGB**) anwendbar gewesen wären. Zu dahingehenden Entwicklungen im Schuldbriefrecht siehe den Beitrag von STEFAN KRAMER/BENEDIKT MAURENBRECHER, Mobilisierung und Tokenisierung von Schuldbriefen, insb. die Abschnitte 1.4. und 3.1., in dieser Jusletter-Sonderausgabe.

<sup>184</sup> Deutlich die Botschaft zum Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, **BBI 2020 233**, S. 277: «*Dingliche Rechte wie das Eigentum an Fahrnis können damit auch weiterhin weder durch einen Titel abgebildet noch über diesen Titel gehandelt werden. Die digitale Abbildung und Übertragung von Eigentum an real und parallel existierenden Sachen würde eine Vielzahl schwieriger Rechtsfragen aufwerfen*». Da allerdings mit digitalen Mitteln durchaus rechtsgenügend Besitz an körperlichen Sachen eingeräumt werden kann –

man denke etwa an den nur mit digitalen Mitteln möglichen Zugriff auf ein physisches Schliessfach samt Inhalt (siehe Bericht des Bundesrates, Rechtliche Grundlagen für Distributed Ledger-Technologie und Blockchain in der Schweiz, Eine Auslegeordnung mit Fokus auf dem Finanzsektor, 14. Dezember 2018, S. 64 ff.) – oder etwa auch Warenpapiere als Registerwertrechte ausgestellt werden können (Art. 1153a OR), ist es durchaus denkbar, dass mit bestimmten Rechtsgestaltungen solchen Bedürfnissen in vielerlei Hinsicht – wenn auch nicht durchgängig – nachgekommen werden könnte.

<sup>185</sup> Dazu Teil 4 hievor.

<sup>186</sup> Dazu 2.4 hievor, insb. Fn. 61.

## 0 Kommentare

### Es gibt noch keine Kommentare

\* Pflichtfelder

#### Was ist Ihr Kommentar?

Titel:

Ihr Kommentar: \*

Name: \*

Ihr Kommentar wird durch eine Moderatorin bzw. einen Moderator geprüft und in Kürze freigeschaltet.