

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abbildungsverzeichnis	XXI
 Teil 1: Einführung und Grundlagen	 1
<i>§ 1 Einführung</i>	3
A. Gang der Darstellung	5
B. Forschungsfragen	5
<i>§ 2 Grundbegriffe</i>	8
A. Smarte Sache	8
B. Fernsperrung und Selbstsperrung	13
<i>§ 3 Digitale Zugriffsmöglichkeiten</i>	25
A. Kfz	25
B. Wohnraum	34
C. IT-Geräte	35
D. Ergebnis	36
<i>§ 4 Rechtshistorischer Kontext</i>	37
A. Vom Analogen zum Digitalen	37
B. Gerichtliche, außergerichtliche und private Mechanismen – Kampf um den Zugang zum Recht	38
 Teil 2: Erlaubte Eigenmacht?	 43
<i>§ 5 Besitzverhältnisse</i>	45
A. Sachen, § 90 BGB	46
B. Besitz, §§ 854 ff. BGB	47
C. (Mit-)Besitzformel für smarte Sachen	58

§ 6 Besitzstörung 125

 A. Besitzschutztheorien 126

 B. Besitzbeeinträchtigung 128

 C. Entwicklung eines Besitzschutzkonzeptes 130

§ 7 Wille des Besitzers 225

 A. Vorherige Zustimmung 227

 B. Zustimmung im Zeitpunkt der Besitzstörung 322

§ 8 Gesetzliche Gestattung 342

 A. Selbsthilfe durch digitale Eingriffe 342

 B. Selbsthilfe des Besitzers, § 859 BGB 346

 C. Selbsthilfe, § 229 BGB 362

 D. Gestattungsmodell 370

Teil 3: Schlussbetrachtung 373

§ 9 Kein Reformbedarf 375

§ 10 Zusammenfassung in Thesen 376

Literaturverzeichnis 385

Sachverzeichnis 413

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abbildungsverzeichnis	XXI

Teil 1: Einführung und Grundlagen	1
---	---

§ 1 Einführung	3
--------------------------	---

A. Gang der Darstellung	5
-----------------------------------	---

B. Forschungsfragen	5
-------------------------------	---

§ 2 Grundbegriffe	8
-----------------------------	---

A. Smarte Sache	8
---------------------------	---

I. Hardware	9
-----------------------	---

II. Software	9
------------------------	---

III. Vernetzung	10
---------------------------	----

IV. Definition	13
--------------------------	----

B. Fernsperrung und Selbstsperrung	13
--	----

I. Abgrenzung der Fallgruppen	13
---	----

II. Smart Contracts	14
-------------------------------	----

1. Anwendungsbereiche und Begriffsverständnis	15
---	----

a) Vertragsschluss	15
------------------------------	----

b) Vertragsdurchführung	17
-----------------------------------	----

c) Blockchain	18
-------------------------	----

d) Ausgewählte Definitionsansätze	20
---	----

2. Smarter Softwareagent und Smart Contractware	21
---	----

a) Vernetzung als zentrales Kriterium	22
---	----

b) Oracles und Grenzen sogenannter Smart Contracts	22
--	----

c) Vertragsdurchführung mithilfe von Smart Contractware	24
---	----

3. Evolution statt Revolution	24
---	----

III. Sperrmodell	24
----------------------------	----

§ 3 Digitale Zugriffsmöglichkeiten	25
A. Kfz	25
I. Sperrung der Wiederauflademöglichkeit einer Elektrobatterie	25
II. Wegfahrsperre (Starter Interrupt Device) und Kill Switch	26
1. Geschäftsmodell	27
2. Technik	28
3. Kill Switch	30
III. Von der Sperrung der Batterieaufladung zur „Pfändung“ des Fahrzeugs per Autopilot	31
1. Ford Patentantrag	32
2. Datenschutz	32
B. Wohnraum	34
C. IT-Geräte	35
D. Ergebnis	36
§ 4 Rechtshistorischer Kontext	37
A. Vom Analogen zum Digitalen	37
B. Gerichtliche, außergerichtliche und private Mechanismen – Kampf um den Zugang zum Recht	38
I. Vom gerichtlichen Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung	39
II. Von der außergerichtlichen, staatlichen Streitbeilegung zur privaten Durchsetzung	42
Teil 2: Erlaubte Eigenmacht?	43
§ 5 Besitzverhältnisse	45
A. Sachen, § 90 BGB	46
B. Besitz, §§ 854 ff. BGB	47
I. Wortlaut und systematische Stellung des § 854 Abs. 1 BGB	48
II. Historische Grundlagen	48
III. Gesetzgebungstechnik	50
1. § 854 Abs. 2 BGB als „Bestimmung erklärender Natur“	51
2. § 855 BGB als Ausnahmenvorschrift	53
3. § 856 BGB als Klarstellung und Abgrenzungshilfe	54
4. § 857 BGB als Vorschrift systematisch-praktischer Natur	55
5. § 868 BGB als Vorschrift systematisch-praktischer Natur	56
IV. Besitz als Tatsache?	57
C. (Mit-)Besitzformel für smarte Sachen	58
I. Besitzformel des BGH	59
II. Einwirkungs- und Ausschlussmacht	59

1. Grundsätze	60
2. Anforderungen und Verhältnis	60
3. Update	62
III. Verkehrsanschauung	64
1. „Blankettcharakter“ der tatsächlichen Gewalt	64
2. Verweisungstheorie (Lehre vom Elementarbegriff)	66
3. Hinweisfunktion der Verkehrsanschauung	67
a) Einschätzung des Verkehrs	68
b) § 53 des Entwurfs für das Sachenrecht nach Johow	69
c) Wertung der Checkliste	69
4. Ergebnis	70
IV. Tatsächliche Beziehung zur Sache: Denkbare Hilfskriterien („Checkliste“)	71
1. Dauer der tatsächlichen Gewalt	72
2. Räumliche Beziehung zur Sache	73
3. Physische Einwirkung (im weiteren Sinne)	74
a) Straf- und Deliktsrechtliche Parallelen	75
aa) § 303 StGB, § 823 Abs. 1 BGB	75
bb) Einwirkung ohne Veränderung	77
(1) Kategorisierungsprobleme	78
(2) Vorher/Nachher-Vergleich	79
(3) Gleichung des BGH	80
(4) Zeitliche Komponente der Einwirkung	81
cc) Ergebnis	82
b) Besitzrechtlicher Gewaltbegriff	83
c) Funktionale Äquivalenz (BGH, Urteil v. 18.09.2020)	84
d) Renault-Entscheidung (BGH, Urteil v. 26.10.2022)	88
e) Besitzerwerb (§ 854 Abs. 1 BGB), Besitzfortsetzung/-verlust (§ 856 BGB)	88
f) Mitbesitzgewalt	90
aa) (Analoge) Grundsätze	90
bb) Kontrollmodell	91
cc) Besitzobjekt	93
dd) Qualifizierter Mitbesitz	95
ee) Asymmetrischer Mitbesitz	96
(1) Bankschließfachschlüssel-Vergleich	98
(2) Subjektive Seite des Mitbesitzes	100
g) Ergebnis	101
4. Erkennbarkeit physischer Einwirkungsmöglichkeiten (im weiteren Sinne)	101
a) Allgemeine Erkennbarkeit	103
b) Konkrete Zuordnung	105

c) Ergebnis	105
5. Update der „Checkliste“	106
V. (Mit-)Besitzwille	106
1. Besitzwille als notwendige Voraussetzung	106
a) Wortlaut der §§ 854, 856 BGB	106
b) Genetische Auslegung	108
c) Ergebnis	110
2. Ausgangslage bei smarten Sachen	110
3. Interessenlage bei smarten Sachen	112
a) Kauf und Übergabe	112
b) Miete und Gebrauchsgewährung	114
c) Ergebnis	115
4. OLG Frankfurt a. M., Urteil v. 26.05.2023 („Sale-and-rent-back“)	116
5. BGH, Urteil v. 26.10.2022 („Renault“)	118
a) Wiederaufleben des Mitbesitzwillens im Moment der Sperrung	119
b) Durchgängiger Mitbesitzwille	120
6. Ergebnis	122
VI. Mitbesitzmodell	122
 § 6 Besitzstörung	 125
A. Besitzschutztheorien	126
B. Besitzbeeinträchtigung	128
C. Entwicklung eines Besitzschutzkonzeptes	130
I. Lehre vom rein physischen Besitzschutz	131
1. Sachqualität und Besitz(schutz)fähigkeit von Software	131
a) Technische Grundlagen: Software, Daten und Informationen	133
b) Vor der Schuldrechtsreform (bis 2002)	134
c) Nach der Schuldrechtsreform (2002–2021)	135
aa) Änderungen des Gesetzgebers und weitere Rechtsprechung	135
(1) Änderung des § 453 Abs. 1 BGB	135
(2) BGH, Urteil v. 15.11.2006 („ASP“)	136
(3) Ergebnis	138
bb) Urheberrechtliches Parallelproblem	138
(1) BGH, Urteil v. 13.10.2015 („Lösch-Urteil“)	139
(2) Ergebnis	142
cc) Teilbesitzfähigkeit von Software, § 865 BGB	143
(1) Voraussetzungen des § 90 BGB	144
(2) Übertragung auf Software	145
(3) Keine Teilbesitzfähigkeit von Software, § 865 BGB	146
dd) „Digitale Sachherrschaft“	148
(1) Dateneigentum und Datenbesitz auf der syntaktischen Ebene	 150

(2) Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ (Bericht v. 15.05.2017)	151
(3) OLG Brandenburg, Urteil v. 06.11.2019	153
(4) LG Essen, Urteil v. 06.01.2022	155
(5) Teil(mit)besitzgewalt	156
(6) Verhältnis zum „virtuellen Hausrecht“	158
(7) Körperliche Eigenständigkeit des Sachteils	160
(8) Weitere Besitzelemente	165
(9) Keine „Digitale Sachherrschaft“	165
ee) Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“ (Bericht v. 15.04.2019)	166
ff) Ergebnis	167
d) Inkrafttreten der Umsetzungsgesetze zur DURL und WKRL (01.01.2022)	167
aa) § 453 Abs. 1 BGB und § 548a BGB	168
bb) Gesetzliche Klärung der „Vorfrage“ zur Sachqualität . . .	170
e) Sachqualität und Besitz(schutz)fähigkeit von Software	170
2. Schutz der Funktionsfähigkeit einer Sache	170
a) Innewohnen der Zugriffsmöglichkeit	171
b) Abgrenzungsschwierigkeiten	173
aa) „Bestimmungsgemäße Nutzung“	173
bb) Ergebnis	176
c) BGH, Urteil v. 06.05.2009 („Versorgungssperre“)	176
aa) Schutz der sich aus dem bloßen Besitz ergebenden Nutzungsmöglichkeit	177
bb) Keine Spitzfindigkeiten und Zufälle	178
cc) Ergebnis	180
d) BGH, Urteil v. 26.10.2022 („Renault“)	180
e) Folgeprobleme	182
aa) (Keine) Abgrenzung von Tun und Unterlassen	182
bb) „Totmannschalter“	184
cc) Abonnement-Modelle und spätere Freischaltung	186
dd) Ergebnis	187
f) Reflexartiger Funktionsschutz	187
3. Gesetzeslage im TKG	187
4. Kaufmöglichkeit der Batterie	189
5. Ergebnis	189
II. Umfassender Schutz vor digitaler Eigenmacht	189
III. Lehre vom persönlichkeitsbezogenen Besitzschutz	190
IV. Lehre vom funktionsbezogenen Besitzschutz	191
1. Beeinträchtigung der „bestimmungsgemäßen Funktion“	191
2. Firmware und Anwendungssoftware	192
a) Installation auf den Geräten des Nutzers	193

aa) Dezentralisierung („funktionale Besitzeinheit“)	193
bb) Verlagerung („Flucht in die Cloud“)	194
cc) Serverabschaltungen und Netzstörungen	196
dd) Besitz eines wesentlichen Teils der Software	198
b) Inhaltliche Abgrenzung	198
aa) Erheblichkeitsschwelle bei smarten Sachen	199
bb) Wesentliche Freiheitsbeschränkung	200
cc) Pfändungsvorschriften der ZPO:	
Grund- vs. Zusatzfunktionen	201
dd) Ausgewählte Fallkonstellationen	204
(1) Updates	204
(2) Sperrung eines gestohlenen Smartphones per App	205
(3) Stromkabel	207
(4) Smart Home-Thermostat	210
3. Ergebnis	211
V. BGH, Urteil v. 26.10.2022 („Renault“)	211
1. Einordnung der Aussagen	213
2. Unechte Selbstsperrung (Smart Contractware) und echte Selbstsperrung (Programmsperre)	214
a) Lesart der Entscheidung	214
b) Technische Unterscheidung	217
c) Rechtliche Unterscheidung	219
d) Keine rechtspolitische Bedeutung der „Flucht in die Sache“	221
e) Ergebnis	222
3. Startschuss für die digitale Eigenmacht	223
VI. Störungsmodell	223
§ 7 Wille des Besitzers	225
A. Vorherige Zustimmung	227
I. Zulässigkeit und Bedeutung	227
1. Rechtsprechung des RG und BGH	229
a) RG, Urteil v. 30.01.1931	229
b) RG, Urteil v. 04.12.1934	231
c) BGH, Urteil v. 06.07.1977	232
d) BGH, Urteil v. 26.10.2022 („Renault“)	233
e) Ergebnis	234
2. Besitz als eingeschränkt disponibles Rechtsgut	234
a) Gewaltmonopol	234
b) Verlagerung der Initiativ- und Klagelast	235
aa) Wortlaut des § 858 Abs. 1 BGB	237
bb) Einwendungen gegen die Kündigung und die Sperrung	238

cc) Vergleich zur dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung	239
c) Ergebnis	241
3. Verhältnis zwischen Besitz(schutz) und AGB	242
a) Abgrenzung von Verbands- und Individualverfahren	243
b) Bedeutung der Wirksamkeit der Klausel	244
aa) Natürlicher Charakter der Zustimmung	245
bb) Wirksamkeit einer durch Täuschung erlangten Zustimmung	245
cc) Wertungswidersprüche	247
dd) Bisherige Rechtsprechung	248
c) Vermutungsfunktion nur bei wirksamer Klausel	249
4. Verhältnis zwischen AGB und § 134 BGB	249
5. Beweislast	251
a) Verhältnis zur Verlagerung der Initiativ- und Klagelast	251
b) Beweislast(verlagerung) bei einer und für eine wirksame Zustimmung	252
c) Ergebnis	254
II. Renault-Klauseln (AGB)	254
III. Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB	255
1. Inhalt der Renault-Klauseln	255
2. Tatbestandsausschließende dingliche Einwilligung oder schuldrechtliche Vereinbarung	256
a) Unterscheidung trennschwacher und trennstarker Klauseln	256
b) Auslegung trennschwacher Klauseln	257
aa) BGH, Urteil v. 06.07.1977	257
bb) Hemmschwelle für die Annahme einer dinglichen Einwilligung	258
(1) Selbstschutz	258
(2) Gerichtlicher Schutz	259
(3) Im Zweifel nur schuldrechtliche Vereinbarung	261
cc) Fall Renault	261
dd) SWA-Carsharing	262
c) Schuldrechtliche Vereinbarung oder dingliche Einwilligung	263
3. Hinweispflicht auf die Widerrufsmöglichkeit	263
a) BGH, Urteil v. 26.10.2022 („Renault“)	264
b) Schutz des Kunden vor einer ungerechtfertigten Sperrung	265
aa) Zweiteiliger Schutzmechanismus	265
bb) Keine doppelte Hinweispflicht	268
c) Vertragliche Informationspflichten	268
d) Keine zwingende Hinweispflicht auf die Widerrufsmöglichkeit	269
IV. Wertungen des § 327p Abs. 1 S. 2 BGB	269
1. Anwendungsbereich der Norm	270

a) Zeitlich	270
b) Sachlich	270
aa) Vertragsgegenstand: (Keine) Ware mit digitalen Elementen	271
bb) Vertragstyp: Kaufvertrag oder Mietvertrag	272
c) Zwischenergebnis	272
2. Mietverträge über Waren mit digitalen Elementen	273
a) Sperrung des „Zugangs“	273
aa) Abgrenzung von Fernzugang und lokalem Zugang	273
bb) Keine Sperrung des lokalen Zugangs	274
(1) Allgemeines Sprachverständnis	274
(2) EuGH, Urteil v. 03.07.2012 („UsedSoft“)	275
(3) Keine Gefahr dauerhafter Weiternutzung	276
b) Keine Legitimierung von Fern- oder unechten Selbstsperrungen	277
3. Klarstellende Ausnahmenvorschrift mit beschränkter Aussagekraft	277
V. Überraschende Klauseln, § 305c Abs. 1 BGB	278
1. Überraschungscharakter einer technischen Absicherung	279
a) Abgrenzung nach Fallgruppen	279
b) Fall Renault	280
c) Vergleich zur dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung	281
d) Kein allgemeiner Überraschungscharakter (mehr)	282
2. Überraschungscharakter einer unbedingten dinglichen Einwilligung	282
3. Ergebnis	283
VI. Inhaltskontrolle, §§ 307 ff. BGB	283
1. Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3 BGB	283
2. Wesentliche Grundgedanken und Leitbild, § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB	284
a) Vergleich zur dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung	285
b) Telos des Besitzschutzes	286
c) Kein letztentscheidender Leitbildcharakter der klageweisen Durchsetzung von Ansprüchen	287
3. Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	287
a) Dingliche Generaleinwilligung	287
b) Sperrobject: Bedeutung für die persönliche Lebensführung oder Berufsausübung	288
aa) Ausgeschlossene Sperrobjecte	288
(1) Verstöße gegen zwingendes Recht	288
(2) Wohnraummiete	289
(3) Gewerberaummiete	292
(4) Zum vorübergehenden Gebrauch vermieteter Wohnraum	292
bb) Maßstab der weiteren Stellschrauben	292
cc) Orientierung an den Pfändungsvorschriften	293

(1) § 811 ZPO	293
(2) § 811a ZPO: Kompensationseffekt einer Austauschpfändung	295
dd) Ergebnis	296
c) Sperrsubjekt: Verbraucher oder Unternehmer	296
d) Sperrmittel: Fernsperrung oder unechte Selbstsperrung durch Smart Contractware	297
e) Klauselraster	299
aa) Berechtigtes Sperrinteresse	299
bb) Androhung der Sperrung und angemessene Fristsetzung	302
cc) Konkrete Begründung	304
dd) Verhältnismäßigkeit	304
ee) Streitbeilegungsmechanismus	305
f) Streitbeilegung	306
aa) Vergleich zur dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfung	306
bb) Schutz des Schuldners vor einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme	307
(1) Funktionale Äquivalenz der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung und der §§ 858 ff. BGB	307
(2) Keine funktionale Äquivalenz der einstweiligen Einstellung der Zwangsvollstreckung und sonstiger (besitzferner) Ansprüche	309
(3) Soforthilfemechanismus und Ersatzmechanismus	310
cc) Soforthilfemechanismus	311
(1) Kompensation des Besitzschutzausfalls durch Streitbeilegung	311
(2) Absicherung durch Bedingung	312
(3) Entschärfung des „Hauptproblems“ digitaler Eingriffe	313
dd) Ausgestaltung des Streitbeilegungsmechanismus	313
(1) Leicht nachweisbare, simple Sachverhalte	314
(2) Schlüssige Begründung eines Einwands	316
(3) Formalisierung	317
(4) Rein interne Beschwerdemöglichkeit	318
ee) Kein Verstoß gegen § 309 Nr. 14 BGB	318
ff) Streitbeilegungsbedingung als notwendige Voraussetzung	319
g) Keine zwingend unangemessene Benachteiligung	320
VII. Einwilligungsmodell	320
B. Zustimmung im Zeitpunkt der Besitzstörung	322
I. Praktische Bedeutung des Widerrufs	324
II. Ankündigung der Sperre und Umfang der Hinweispflicht	324
III. Keine Unwiderruflichkeit der Zustimmung	326

IV. Betrachtungszeitpunkt	327
1. Simultaneitätsprinzip	327
2. RG, Urteil v. 04.12.1934	328
3. Keine zufälligen Ergebnisse	330
4. Ergebnis	331
V. Widerruf	331
1. Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Vertragspartner	331
a) Widersprüchliches Verhalten	332
b) Zugang des Widerrufs beim Besitzstörer bzw. Vertragspartner	332
2. Kein technisierter Empfängerhorizont	334
3. Auslegung	335
a) Vertragliche Vereinbarung als „Messlatte“	335
b) Widersprüchliches Verhalten	336
c) Rechtsprechungsbeispiele	337
d) Verhältnis zur Geltendmachung von Einwendungen	338
4. Ergebnis	340
VI. Einwilligungsmodell	340
 § 8 Gesetzliche Gestattung	 342
A. Selbsthilfe durch digitale Eingriffe	342
I. Anwendungsszenarien	343
1. Vertragssituationen	343
2. Diebstahlsituationen	343
a) Smartphone	343
b) Fahrzeug	344
c) SIM-Karten	344
II. Verhältnis digitaler Eingriffe zu „Rückholaktionen“	345
III. Leitlinien der abschließenden Untersuchung	345
B. Selbsthilfe des Besitzers, § 859 BGB	346
I. Abgrenzung und Verhältnis der Vorschriften	347
1. Beendigung des Besitzes, § 859 Abs. 1, Abs. 2 BGB	347
2. Auf frischer Tat betroffener oder verfolgter Täter, § 859 Abs. 2, § 229 BGB	349
3. LG Köln, Urteil v. 06.01.2017	351
4. Verhältnis zum Mitbesitz im Sinne des § 866 BGB	355
II. Weitere Besonderheiten digitaler Sachverhalte	357
1. Gestattung von Fern- und unechten Selbstsperrungen	357
a) Gewalt gegen die smarte Sache	357
b) Erforderlichkeit	358
c) Geeignetheit	358

2. Sofortige Verfolgung mithilfe von Überwachungsmechanismen, § 859 Abs. 2 BGB	360
III. Ergebnis	362
C. Selbsthilfe, § 229 BGB	362
I. Selbsthilfeflage bei smarten Sachen	362
1. Vertragssituationen	363
2. Diebstahlsituationen	363
3. Ergebnis	365
II. Selbsthilfefhandlung	365
1. Sperrungen als Selbsthilfefhandlungen in einer Selbsthilfesituation	365
2. Wegnahme einer Sache	368
3. Beschädigung einer Sache	369
III. Ergebnis	370
D. Gestattungsmodell	370
 Teil 3: Schlussbetrachtung	 373
 § 9 Kein Reformbedarf	 375
 § 10 Zusammenfassung in Thesen	 376
 Literaturverzeichnis	 385
Sachverzeichnis	413