

NICOLAS PHILIP SANDER

Besitz(schutz) smarter Sachen

*Schriften zum
Recht der Digitalisierung*

Mohr Siebeck

Schriften zum Recht der Digitalisierung

Herausgegeben von

Florian Möslein, Sebastian Omlor und Martin Will

31



Nicolas Philip Sander

Besitz(schutz) smarterer Sachen

Mohr Siebeck

Nicolas Philip Sander, geboren 1997; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Augsburg; Wissenschaftlicher Mitarbeiter ebendort; 2024 Promotion; Rechtsreferendariat im OLG-Bezirk München.

ISBN 978-3-16-163921-0 / eISBN 978-3-16-163922-7

DOI 10.1628/978-3-16-163922-7

ISSN 2700-1288 / eISSN 2700-1296 (Schriften zum Recht der Digitalisierung)

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

© 2024 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Laupp & Göbel in Gomaringen aus der Times New Roman gesetzt.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2023/2024 von der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation angenommen und mit dem Disertationspreis 2024 der Juristischen Gesellschaft Augsburg e.V. ausgezeichnet. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Mai 2024 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Raphael Koch, LL.M. (Cambridge), EMBA, für die hervorragende Betreuung und Unterstützung bei der Entstehung dieser Arbeit. Ob als studentische Hilfskraft, Doktorand oder „Post Doc“-Mitarbeiter: Meine Erinnerungen an die Universität Augsburg werden stets in zentraler und sehr positiver Weise von meiner nun bald achtjährigen Tätigkeit am Lehrstuhl geprägt sein. Herrn Prof. Dr. Buchner, LL.M. (UCLA), danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Weiter möchte ich mich bei meinen ehemaligen Kollegen und Freunden Dr. Christine Biggen, Dr. Maximilian Dettmer, Dr. Timo Fietz, Dr. Lisa-Marie Friebel, Dr. Jonas Körner, Dr. Luna Stella Karrer sowie Frau Andrea Erdle für die schöne gemeinsame Zeit am Lehrstuhl und die zahlreichen, wertvollen Gespräche bedanken. Christian Frenkler danke ich für das sorgfältige Korrekturlesen der Arbeit. Gleiches gilt für meine Mutter, der ich versprochen habe, keine derart langen Werke mehr zu schreiben.

Mein besonderer persönlicher Dank gilt auch meinen alten Kaufbeurer Freunden (Maxi und Felix), der „Sonntagsrunde“ (Mattis, Matthias und Cem) und meiner Freundin Sophia Klein, die mir trotz ihres eigenen Promotionsvorhabens bei allen beruflichen und privaten Herausforderungen immer zur Seite stand.

Von Herzen möchte ich zuletzt meiner Familie, meinem Bruder Julian, meiner Mutter Renate und meinem Vater Adi danken. Ohne ihre stetige Unterstützung wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Augsburg, im August 2024

Nicolas Philip Sander

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
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
B. Fernsperrung und Selbstsperrung	13
§ 3 Digitale Zugriffsmöglichkeiten	25
A. Kfz	25
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
Teil 2: Erlaubte Eigenmacht?	43
§ 5 Besitzverhältnisse	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. Wegfahrsperrung (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 Ausnahmevorschrift	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 Elementarbereich)	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
<i>§ 7 Wille des Besitzers</i>	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 Ausnahmevorschrift 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)	Sperrobjekt: Bedeutung für die persönliche Lebensführung oder Berufsausübung	288
aa)	Ausgeschlossene Sperrobjekte	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. Einwilligungensmodell	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. Selbsthilfefolge bei smarten Sachen	362
1. Vertragssituationen	363
2. Diebstahlsituationen	363
3. Ergebnis	365
II. Selbsthilfehandlung	365
1. Sperrungen als Selbsthilfehandlungen 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 <i>Kein Reformbedarf</i>	375
§ 10 <i>Zusammenfassung in Thesen</i>	376
Literaturverzeichnis	385
Sachverzeichnis	413

Abbildungsverzeichnis

<i>Abb. 1:</i> Sperrmodell	24
<i>Abb. 2:</i> Physische Einwirkung auf die smarte Sache	75
<i>Abb. 3:</i> Mitbesitzmodell	123
<i>Abb. 4:</i> Einwirkungs- und Ausschlussmacht bei smarten Sachen	172
<i>Abb. 5:</i> Störungsmodell	223
<i>Abb. 6:</i> Einwilligungsmodell – Vorherige Zustimmung	321
<i>Abb. 7:</i> Einwilligungsmodell – Zustimmung im Zeitpunkt der Besitzstörung	341
<i>Abb. 8:</i> Gestattungsmodell	371

Teil I

Einführung und Grundlagen

§ 1 Einführung

Recht *haben* ist das eine, tatsächlich Recht *bekommen* aber etwas ganz anderes. Dieser Spruch wird unter Juristen in seiner Beliebtheit nur von dem allzeitigen Klassiker „Es kommt darauf an“ übertroffen. Unterschlagen wird oftmals der dritte, nicht weniger wichtige und prinzipiell finale Schritt des Gläubigers auf dem Weg zur Verwirklichung seines Anspruchs: Die *Durchsetzung* dieses Rechts. So muss die materiell-rechtliche Frage, ob der Vermieter eine wirksame Kündigung wegen Zahlungsverzugs ausgesprochen hat, zunächst davon unterschieden werden, inwieweit ihm im Rahmen einer etwaigen Räumungsklage vor Gericht hierzu der prozessuale Nachweis gelingt. Am Ziel ist der Vermieter aber erst dann angelangt, wenn er mithilfe des Gerichtsvollziehers, z. B. durch einen Austausch des Schlosses, seine Wohnung zurückerhält.¹ Dieser Weg klingt beschwerlich und ist es oftmals auch. Warum ihn also beschreiten? Was hält den Vermieter davon ab, mit dem dritten Schritt zu beginnen, wenn der Mieter nicht zahlt? Warum tauscht er nicht einfach selbst das Schloss aus?

Ein wesentlicher Teil der praktischen und rechtlichen Antwort findet sich in den besitzschützenden Vorschriften der §§ 858 ff. BGB. Der Vermieter würde dem Mieter als Besitzer hierdurch ohne dessen Willen und ohne gesetzliche Gestattung den Besitz an der Wohnung entziehen, mithin verbotene Eigenmacht i. S. d. § 858 Abs. 1 BGB begehen. Den Besitz darf sich der Mieter nach § 859 Abs. 3 BGB gewaltsam wiederverschaffen. Dem vorläufigen Triumph des Vermieters könnte der Mieter durch ein Eintreten der Türe oder Einschlagen des Fensters ein jähes und rechtlich erlaubtes Ende bereiten.² Die §§ 858 ff. BGB dienen der Sicherung des allgemeinen Rechtsfriedens im Sinne der Sicherung des Gewaltmonopols des Staates.³ Der Gesetzgeber möchte das Verhalten des Vermieters unabhängig vom tatsächlichen Bestehen seiner Ansprüche als verboten einordnen und dem Mieter in eng begrenztem Maße erlauben, diesen verbotenen Übergriff rückgängig zu machen. So wird der eigenmächtig handelnde Vermieter (indirekt) in die „Bahnen des justizförmlichen Verfahrens zur Durchsetzung seines Rechts auf Herausgabe [...] [gezwungen]“⁴ Der Vermieter kann und darf sich nicht selbst helfen, sondern muss den Beistand staatlicher Gerichte erwirken: Der Staat sichert sich sein Gewaltmonopol.

¹ Sog. Berliner Räumung; dazu *Rolfs*, in: Staudinger, § 546 BGB Rn. 65 m. w. N.; *Gruber*, in: MüKoZPO, § 885a ZPO Rn. 42 ff.; *Schuschke*, NZM 2006, 284 ff.

² Exemplarisch für diese Konstellation AG München ZMR 2018, 515.

³ *Götz*, in: BeckOGK-BGB, § 858 BGB Rn. 2. Zu den Besitzschutztheorien unten § 6 A.

⁴ BGH NJW 1981, 865, 866.

Dieses Monopol steht jedoch zunehmend unter Beschuss. Technische Entwicklungen drohen zur Entstehung eines „digitalen Wilden Westens“⁵ zu führen. Mit Twitter und Facebook hat sich bereits eine von Privaten geschaffene und faktisch kontrollierte digitale Parallelgesellschaft herausgebildet, in der sich der Staat seinen Einfluss nur schleppend erkämpft, etwa durch das *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*.⁶ Aber auch die Digitalisierung originär analoger Sachverhalte könnte zu Problemen führen. Die Rückerlangung eines gestohlenen Autos erfordert längst nicht mehr zwingend die Hilfe des Staates. Mittels eingebauter GPS und „Kill-Switch“-Systeme können Fahrzeuge problemlos aus der Ferne vom Betroffenen selbst geortet und deaktiviert werden,⁷ die Selbsthilfevorschriften zur privaten Zwangsvollstreckung ge- bzw. missbraucht werden.⁸ Die Durchsetzung von Zahlungs- oder Herausgabeansprüchen ist per Knopfdruck oder sogar automatisch möglich. Zu denken ist an Ersatzformen für das klassische mechanische Schloss an der Tür zur Mietwohnung, wie ein auf Grundlage eines sog. „Smart Contract“ operierendes Türschloss, das dem Mieter bei einem (vermeintlichen) Ausbleiben der Mietzahlung „automatisch“ den Zutritt zur Wohnung verwehrt.⁹ Vergleichbar ermöglichen sog. „Starter Interrupt Devices“ dem Autovermieter, bei Ausbleiben der Ratenzahlung ein Starten des Autos per Fernzugriff zu verwehren. Auch das bekannte Problem der Versorgungseinstellung der Wohnung mit Strom und Gas präsentiert sich im Zeitalter von „Smart Contract“ und „Smart Meter“ in neuem Gewand. „Die Wirkmacht eigenmächtig digitaler Rechtsdurchsetzung bzw. einer ‚Selbstjustiz des Algorithmus‘ liegt auf der Hand.“¹⁰

Die Einführung technischer Neuerungen erfordert eine kontinuierliche Analyse, ob das bereits geltende Recht diese modernen Fallkonstellationen erfasst und adäquate Lösungen bereithält. Vorliegend ist zu klären, ob und in welchem Umfang derartige digitale Sachverhalte des 21. Jahrhunderts von den über 100 Jahre alten, auf analoge Konstellationen ausgerichteten Besitzschutzvorschriften der §§ 858 ff. BGB erfasst sind. Greift der Besitzschutz nicht, könnte z. B. der Mieter ohne unmittelbare Verteidigungsmöglichkeit vor verschlossener Türe stehen. Gelten würde das Recht des (technisch) Stärkeren. Sind solche Formen der privaten bzw. digitalen Rechts-

⁵ Sander, WuB 2023, 64, 68 (Anm. zu BGH NJW 2022, 3575).

⁶ Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (*Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG*) v. 01.09.2017 (BGBl. I S. 3352).

⁷ Z. B. Gordon, NYC gang steals family’s \$ 400,000 Rolls Royce Dawn convertible before owner activates car’s tracking system and hits kill switch – leaving them stranded in New Jersey, Daily-Mail.com v. 23.06.2022; O’Neill, NYC man tracks down his stolen \$ 400k Rolls Royce – and snatches it back, NY Post v. 22.06.2022; Fylyppov/Lister, Russians plunder \$ 5M farm vehicles from Ukraine – to find they’ve been remotely disabled, CNN.com v. 01.05.2022.

⁸ Zum Gedanken der Selbsthilfe als private Zwangsvollstreckung Klingbeil, Selbsthilfe als private Zwangsvollstreckung, in: Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2018, S. 185 ff.

⁹ Zu Anwendungsbeispielen siehe § 3.

¹⁰ Laukemann, ZfPW 2022, 357, 358. Ähnlich Fries, JZ 2022, 361, 364 (Anm. zu OLG Düsseldorf JZ 2022, 359): Digitale Selbstjustiz; LG Düsseldorf, Urteil v. 11.12.2019 – 12 O 63/19, juris Rn. 32: „Beklagte [umgeht] das Verbot der Selbstjustiz“.

durchsetzung nach den §§ 858 ff. BGB de lege lata möglich? Hierfür kommt es – wie immer – darauf an.

A. Gang der Darstellung

Worauf es ankommt, wird im Folgenden systematisch und an der gesetzlichen Struktur des § 858 Abs. 1 BGB orientiert erarbeitet. Im Grundlagenteil werden mit Blick auf die spätere rechtliche Analyse die wichtigsten Grundbegriffe erläutert und die Untersuchung durch Anwendungsbeispiele sowie den rechtshistorischen Kontext in das rechtliche Gesamtgefüge eingebettet. Der zweite Teil analysiert die einzelnen Voraussetzungen der Norm. Nach der Erörterung der Besitzverhältnisse und der Frage, ob und in welchen Fällen bei „digitalen Eingriffen“¹¹ eine Besitzstörung vorliegt, wird der Wille des Besitzers sowie eine mögliche gesetzliche Gestattung des Eingriffs untersucht. Der dritte Teil schließt die Untersuchung mit einer Einschätzung zum aktuellen Reformbedarf und einer thesenartigen Zusammenfassung der Ergebnisse ab. Den roten Faden bildet der „Fall Renault“. Auslöser dieses Rechtsstreits war Klausel XVI. der Allgemeinen Mietbedingungen für Auto-Elektrobatterien von Renault.¹² Die Klausel erlaubte es Renault, insbesondere nach der vorzeitigen Vertragsbeendigung infolge Kündigung und Ablauf einer 14-tägigen Frist, die Wiederauflademöglichkeit der Batterie per digitalem Eingriff zu unterbinden. Der BGH ordnete diese Form der Sperrung wie schon das LG Düsseldorf¹³ und das OLG Düsseldorf¹⁴ als Besitzstörung und im konkreten Fall letztlich als verbotene Eigenmacht ein.¹⁵

B. Forschungsfragen

Nach der traditionellen und vom OLG Düsseldorf im Fall Renault angeführten Definition besteht Besitz „als Voraussetzung des Besitzschutzes in dem dauernden Zustand der tatsächlichen Gewalt, welche mit der Einwirkungsmacht auf die Sache und der Ausschlussmacht zwei Komponenten enthält.“¹⁶ Wie bereits an anderer Stelle dargestellt, ist fraglich, ob diese beiden Komponenten hier wirklich (vollständig) auf den Mieter der Batterie übertragen worden sind, dieser mithin den für einen Schutz vor Besitzstörungen nötigen Alleinbesitz erworben hat.¹⁷ Die Gerichte sahen keinen

¹¹ Zum Begriff BGH NJW 2022, 3575 Rn. 18 f.

¹² BGH NJW 2022, 3575.

¹³ LG Düsseldorf, Urteil v. 11.12.2019 – 12 O 63/19, juris Rn. 28.

¹⁴ OLG Düsseldorf JZ 2022, 359, 360 Rn. 29 ff.

¹⁵ BGH NJW 2022, 3575, 3576 Rn. 17 ff., wobei dies im Fall Renault keiner abschließenden Beurteilung bedurfte.

¹⁶ OLG Düsseldorf JZ 2022, 359, 360 Rn. 30.

¹⁷ Sander, WuB 2022, 173, 176 (Anm. zu OLG Düsseldorf JZ 2022, 359); Koch/Sander, JZ 2023, 485, 486; siehe auch BGH NJW 2022, 3575, 3576 Rn. 23 f.

Bedarf für die Aufklärung der exakten Funktionsweise des Sperrmechanismus. Intern durchgeführte Untersuchungen des ADAC zum Datenverhalten verschiedener Fahrzeuge haben ergeben, dass das Aufladen der Antriebsbatterie via Mobilfunkverbindung *jederzeit* unterbunden werden könne.¹⁸ Die für die Mobilfunkverbindung nötige SIM-Karte sei *fest verbaut*. Es könnten *beliebig weitere* Funktionen via Mobilfunkverbindung eingerichtet werden. Bei einer derartigen Funktionsweise wird die Einwirkungs- und Ausschlussmacht wohl zu keinem Zeitpunkt vollständig auf den Mieter der Batterie übertragen. Diese Überlegung verdichtet sich zur Forschungsfrage des ersten Schwerpunktes: Wer ist in welchem Umfang Besitzer der smarten Sache, d. h. der Batterie bzw. des Autos?¹⁹ Die Antwort beinhaltet eine entscheidende Weichenstellung für die weitere Untersuchung: Eine Besitzstörung und damit eine verbotene Eigenmacht kommt grundsätzlich nur bei Alleinbesitz, nicht bei Mitbesitz in Betracht, § 866 BGB.²⁰ Das bis zur Entscheidung des BGH weitestgehend unbeachtet gebliebene „Chamäleon“²¹ des Mitbesitzes drängt sich im Fall Renault indes förmlich auf.²² Hersteller, Vermieter oder das Autohaus bei der Probefahrt könnten Mitbesitzer der smarten Sache bleiben. Technischer Anknüpfungspunkt für diese neuartige Problematik ist die den smarten Sachen inhärente Verbindung nach außen, d. h. ihre Vernetzung. Vergleichbare Sperrmechanismen sind nicht nur in einer Vielzahl von Konstellationen, von der Nicht-Zahlung einer Leasing-Rate bis zur Absicherung einer Probefahrt, sondern folglich auch für eine Vielzahl smarter Sachen (z. B. Smartphone, Smart Lock an der Wohnungstür) denkbar.²³

Die zweite Forschungsfrage beschäftigt sich mit der Überlegung, ob und in welchen Fällen die Auslösung der digitalen Zugriffsmöglichkeit eine Besitzstörung darstellt. Um diese neuartigen Fragen klären zu können, müssen Grundsätze des Besitzrechts überprüft werden: Was genau bedeutet „Besitz“? Was ist das Telos der Besitzschutzvorschriften? Nur so ist es möglich festzustellen, ob und inwieweit diese modernen, vom historischen Gesetzgeber so sicherlich nicht antizipierten Fallkonstellationen von den §§ 858 ff. BGB erfasst sind und sein sollten.²⁴ Der etwaige Be-

¹⁸ Siehe ADAC, Daten im Auto: Fluch oder Segen? (Renault Zoe), ADAC.de v. 15.01.2024. Die schon deutlich vor dem Urteil des BGH im Fall Renault veröffentlichten Ergebnisse wurden dem *Verf.* von Seiten des ADAC auf eine persönliche Anfrage hin noch einmal zusammengefasst sowie weitere Fragen beantwortet. An dieser Stelle sei der Verbraucherzentrale (Sachsen), die das Renault-Verfahren als Klägerin angestrengt hatte sowie dem ADAC sehr herzlich für die umfassende, umgehende und freundliche Beantwortung meiner Anfragen gedankt.

¹⁹ Zur Erörterung des Besitzobjektes siehe unten § 5 C. IV. 3. f) cc).

²⁰ BGH NJW 2022, 3575, 3576 Rn. 23; BGH NJW 2014, 1524, 1526; BGH NJW 1974, 1189, 1190 f.; Protokolle, III, S. 3361 ff./8528 (= *Mugdan*, Band 3, S. 510 ff.); Motive, III, S. 115 ff. (= *Mugdan*, Band 3, S. 64 ff.); Denkschrift, III, S. 110 f. (= *Mugdan*, Band 3, S. 964 f.); *Gutzeit*, in: Staudinger, § 866 BGB Rn. 25 m. w. N. Ausführlich mit Blick auf vernetzte Geräte *Duden*, S. 119 ff.

²¹ *Heck*, S. 56.

²² Zunächst nur *Sander*, WuB 2022, 173, 176 (Anm. zu OLG Düsseldorf JZ 2022, 359) und *H. Magnus*, S. 103 ff. Dann auch *Stamenov*, LTZ 2022, 196, 203 (Anm. zu OLG Düsseldorf JZ 2022, 359) und *Strobel*, NJW 2022, 2361, 2362 f. Rn. 10 f.

²³ Verbatim *Koch/Sander*, JZ 2023, 485, 486.

²⁴ Allgemein zur Problematik des Vergleichs digitaler und analoger Sachverhalte (in Bezug auf

sitzschutz des Betroffenen wird in den hier erörterten Sachverhalten von möglichen vertraglichen (z. B. gewährleistungsrechtlichen) oder deliktischen Ansprüchen flankiert. Dem possessorischen Besitzschutz können jedoch keine petitorischen Einwendungen wie ein fehlendes Recht zum Besitz oder eine unvollständige Zahlung entgegengehalten werden, § 863 BGB. Selbst bei einer später erfolgreichen Räumungsklage des Vermieters würden dem Mieter im angeführten Wohnungsbeispiel zunächst die Selbsthilferechte des § 859 BGB zur Verfügung stehen. Die dem Mieter durch die verbotene Eigenmacht des Vermieters entstandenen Kosten oder Schäden wären ersatzfähig.²⁵ Die Stellung des Besitzschutzes als „rechtliche Soforthilfe“²⁶ der Betroffenen sowie seine weiteren Vorzüge²⁷ erklären die Notwendigkeit seiner umfassenden und fokussierten Behandlung.²⁸

Die anhaltende digitale Revolution schlug sich in sachenrechtlicher Hinsicht in einer Vielzahl rechtswissenschaftlicher Abhandlungen zum digitalen Eigentum („Eigentum an Daten“²⁹) und digitalen Besitz („Besitz an Daten“³⁰) nieder.³¹ Die hier aufgeworfenen Fragestellungen bezüglich digitaler Eingriffe fristete dagegen – zumindest bis zur Entscheidung des BGH im Fall Renault – ein Schattendasein. Die bis dahin erschienenen Stellungnahmen fokussierten sich weitestgehend auf die Erörterung der Besitzstörungsproblematik.³² Diese müssen kritisch durchleuchtet, vor allem aber ein kohärentes Gesamtkonzept entwickelt werden. So fehlt es auch an einem rechtswirksamen und praktikablen Entwurf für eine mögliche formularmäßige Einwilligung des Kunden bzw. Besitzers in die Besitzstörung (dritte Forschungsfrage) und einer umfassenden Analyse gesetzlicher Gestattungen (vierte Forschungsfrage). Der BGH ließ die wesentlichen Aspekte in seiner Entscheidung offen. Er zog nicht den befürchteten Schlussstrich unter die Diskussion der „digitalen Eigenmacht“,³³ sondern lieferte den Startschuss.³⁴ Ziel der Untersuchung ist es, durch eine umfassende Behandlung der Fragestellung einen Beitrag zur erwartbaren besitzschutzrechtlichen Renaissance zu leisten.

Analogien) *Zeck*, in: *Digitale Disruption und Recht*, mit dem Titel „Digitalisierung – Potential und Grenzen der Analogie zum Analogem“, S. 29 ff.

²⁵ *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 105 f. m. w. N.

²⁶ *Sander*, WuB 2023, 64, 68 (Anm. zu BGH NJW 2022, 3575).

²⁷ Siehe unten § 7 A. III. 2. b) bb), § 7 A. VI. 3. f) bb).

²⁸ Zur Bedeutung einer dinglichen Betrachtung siehe auch *Duden*, S. 20 f.

²⁹ Z. B. der Band *Stiftung Datenschutz* (Hrsg.), Dateneigentum und Datenhandel; *Pertot* (Hrsg.), Rechte an Daten; *Härting*, CR 2016, 646; *Riehm*, VersR 2019, 714; AG „Digitaler Neustart“, Bericht v. 15.05.2017, S. 29 ff. m. w. N.

³⁰ Z. B. *Hoeren*, MMR 2019, 5; *Michl*, NJW 2019, 2729; AG „Digitaler Neustart“, Bericht v. 15.05.2017, S. 29 ff. m. w. N.

³¹ Zum bisherigen Forschungsstand siehe auch *Duden*, S. 21 ff. m. w. N.

³² Z. B. OLG Düsseldorf JZ 2022, 359, 360 Rn. 30 ff. m. w. N.; *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661 ff.; *A. Wilhelm*, WM 2020, 1807, 1811 ff.; *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98 ff.

³³ So der treffende Titel von *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98.

³⁴ *Sander*, WuB 2023, 64, 68 (Anm. zu BGH NJW 2022, 3575).

§ 2 Grundbegriffe

Der Anwendungsbereich der „digitalen Eigenmacht“¹ öffnet sich nur für „vernetzte“ Gegenstände. Die Vernetzung eines Gegenstandes als Verbindung zwischen ihm und der Außenwelt ist für ein Einwirken aus der Ferne der technisch zwingend erforderliche Ausgangspunkt. Würde diese Verbindung nicht existieren, wäre ein Einwirken aus der Ferne nicht möglich. Der jeweilige Gegenstand muss „smart“ sein. Er muss Softwareelemente enthalten, über die bei bestehender Vernetzung die Funktionsweise des im Übrigen analogen, körperlichen Gegenstandes (Hardware) beeinflusst werden kann. Smarte Sachen sind Teil des Internets der Dinge als Kommunikationsnetzwerk zwischen Objekten und sonstigen Teilnehmern.²

Begriffe wie „Smarte Sachen“ sind einer technologie- wie bereichsübergreifenden einheitlichen Definition nicht zugänglich. Es handelt sich vielmehr um Schlagworte, die zunächst eine grobe Einordnung ermöglichen. Für die konkrete rechtliche Problematik bedarf es anschließend noch einer Feinjustierung.³

A. Smarte Sache

Smarte Sachen sind nach der im Folgenden zu entwickelnden Definition *hybride, d. h. aus Hardware und Software bestehende und vernetzte Gegenstände*.⁴ Darunter fallen z.B. Smartphones, aber auch moderne Fahrzeuge. Ein modernes Fahrzeug besteht heute aus Hardware (z.B. Motor und Motorsteuergerät) und Software (z.B. integriert in das Motorsteuergerät über den Chip auf der Platine).⁵ Zentral ist nicht mehr unbedingt der Motor selbst, sondern die auf dem Motorsteuergerät gespeicherte Software.⁶ Die konkrete Nutzungsmöglichkeit, insbesondere die Leistung des Mo-

¹ *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98.

² Zum sog. „Internet der Dinge“ *Bräutigam*, in: *Bräutigam/Kraul*, § 1 Rn. 4 ff.; *Biggen*, S. 9 ff.

³ Zur Definitionsproblematik beim „Smart Object“ und der „Vernetzung“ *Bräutigam*, in: *Bräutigam/Kraul*, § 1 Rn. 8 f., Rn. 10 ff.

⁴ *Koch/Sander*, JZ 2023, 485, 486. Zu diesem Dreiklang aus Hardware, Software und Vernetzung siehe jetzt auch *Duden*, S. 41 ff., S. 45 ff.

⁵ ADAC, Chip-Tuning: Was es bringt und kostet, wie es sich auf die HU auswirkt, ADAC.de v. 20.12.2023.

⁶ Dies gilt gerade auch bei Elektroautos, siehe *Aziza*, Why Tesla is Not a Car Company and What You Can Learn From Elon Musk, *Forbes.com* v. 20.05.2019; *Kume*, Tesla teardown finds electronics 6 years ahead of Toyota and VW, *Nikkei Asia.com* v. 17.02.2020.

tors, kann ohne Eingriffe in die Hardware durch ein Verändern der Software am Chip auf der Platine stark beeinflusst werden, sog. Chip-Tuning.⁷ Eine detaillierte, technisch umfassende Erörterung der Begriffe Hardware und Software ist für die Untersuchung weitestgehend entbehrlich. Entscheidend ist ihre Einordnung als Komplementärbegriffe. Sie stellen die integralen Bestandteile eines Computers oder vergleichbarer Datenverarbeitungsanlagen und -systeme dar.⁸

I. Hardware

Hardware ist – in Abgrenzung zur Software – die Gesamtheit der technisch-physikalischen Teile einer Datenverarbeitungsanlage.⁹ Unter diesen Sammelbegriff fallen beispielsweise Eingabegeräte wie Tastatur, Maus und Touchscreen, Ausgabegeräte wie Bildschirme und Drucker sowie Festplatten.¹⁰ Diese Bestandteile sind, ebenso wie ein Computer bzw. der smarte Gegenstand in seiner Gesamtheit, physikalisch wahrnehm-, abgrenz- und anfassbar.¹¹

II. Software

Software umfasst – in Abgrenzung zur Hardware – die nicht technisch-physikalischen Funktionsbestandteile einer Datenverarbeitungsanlage.¹² Man kann sie „im Gegensatz zur Hardware [...] nicht anfassen [...]“.¹³ Der Gesetzgeber greift z. B. in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und §§ 69a ff. UrhG nicht auf den Begriff „Software“, sondern auf den Terminus „Computerprogramm“ zurück. Dies gewährleistet die Abgrenzung zu reinen Daten.¹⁴ Nachdem die Unterschiede vorrangig technischer Natur und für die Untersuchung grundsätzlich nicht von Belang sind, werden die Begriffe Software und Computerprogramm weitgehend synonym verwendet.¹⁵ Die Komplexität einer umfassenden Definition verdeutlicht die Begriffsbestimmung der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) für Computersoftware. Nach dieser weithin akzeptierten Definition¹⁶ in

⁷ ADAC, Chip-Tuning: Was es bringt und kostet, wie es sich auf die HU auswirkt, ADAC.de v. 20.12.2023.

⁸ Zur synonymen Verwendung der Begriffe Computer und Datenverarbeitungsanlage *Marly*, Rn. 3.

⁹ Dudenredaktion, Wörterbuch: Hardware (Bedeutung); Software wird dabei als Antonym genannt.

¹⁰ *Marly*, Rn. 3 ff. m. w. N.

¹¹ Zum Sachbegriff des BGB (§ 90 BGB), insbesondere mit Blick auf die Sach- und Besitz(schutz)-fähigkeit von Software, siehe unten § 6 C. I. 1.

¹² Dudenredaktion, Wörterbuch: Software (Bedeutung); Hardware wird dabei als Antonym genannt.

¹³ BGH NJW 1988, 406, 407; *Mehrings*, NJW 1986, 1904.

¹⁴ *Grützmaker*, in: Wandtke/Bullinger, § 69a UrhG Rn. 2 ff., Rn. 17 ff.

¹⁵ Ausführlich zu den Begriffen *Marly*, Rn. 8 ff.; *Haller*, S. 28 f.; *Grützmaker*, in: Wandtke/Bullinger, § 69a UrhG Rn. 2 ff., Rn. 17 ff.

¹⁶ In der Literatur z. B. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 69a UrhG Rn. 12; *Brüggemann*, CR 2015, 697, 699; *Nebel/Stiemerling*, CR 2016, 61, 62 f.; in der Rechtsprechung z. B. BGH NJW 1986, 192, 196.

den Mustervorschriften zum Schutz von Computersoftware bildet Computersoftware (§ 1 iv) den Oberbegriff für alle oder einzelne der unter § 1 i–iii genannten Gegenstände.¹⁷ Genannt sind Computerprogramme, Programmbeschreibung und Begleitmaterial. Ein Computerprogramm ist eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt. In Kürze genügt der Hinweis auf die Folge von *Befehlen*, die eine Funktion der Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten, z. B. des Computers, bewirken können. Nachdem der Input durch die Befehlskette auch einen Output verursachen soll, ist die Software typischerweise auf einer Maschine (grob: Hardware) verkörpert. Nur diese kann die Anweisungen ausführen.¹⁸ Reine Daten enthalten dagegen keine Steuerungsbefehle.¹⁹ Im Übrigen haben zu konkrete Definitionen technischer Begriffe angesichts der ständigen Entwicklungen naturgemäß ein recht zügiges Verfallsdatum.

III. Vernetzung

„Smart“ ist die Sache nach der vorliegenden Definition erst dann, wenn das Produkt „vernetzt“ ist. Es muss in eine Netzwerkumgebung eingebunden sein und über das Internet bzw. eine Mobilfunkverbindung eine Verbindung zur Außenwelt, etwa zwischen Hersteller und Gerät aufgebaut werden können.²⁰ Die Verbindung muss nicht kontinuierlich offenstehen. Eine solche Verbindung kann für unterschiedliche Zwecke verwendet werden, von der Bereitstellung sog. Over-the-Air-Updates bis zur Kontrolle aus der Ferne. Im Elektrofahrzeug „Renault Zoe“ ist eine SIM-Karte beispielsweise fest verbaut.²¹ Renault kann über die Verbindung via Mobilfunk jederzeit eine Ferndiagnose durchführen. Das Unternehmen kann aber auch vorprogrammierte Softwarefunktionen auslösen, z. B. ein Aufladen der Antriebsbatterie verhindern oder beliebig weitere Funktionen einrichten.²² Das Fahrzeug ist smart. Gleiches gilt für die in das Autosystem eingebundene Batterie. Dabei handelt es sich um eine smarte Sache „in der smarten Sache“. Diese sind grundsätzlich getrennt voneinander zu betrachten. Nachdem das Auto ohne (aufgeladene) Batterie jedoch nicht fahren kann, könnte sich z. B. aus einem Mitbesitz des Herstellers an der Batterie auch ein Mitbesitz an dem übergeordneten Fahrzeug ergeben.²³ Im Folgenden wird zunächst allgemein vom Besitz am Fahrzeug gesprochen.²⁴

¹⁷ WIPO, Nr. 1 1978, S. 12. Eine deutsche Übersetzung findet sich in GRUR Int 1979, 286 ff.

¹⁸ *Marly*, in: Soergel, § 90 BGB Rn. 3.

¹⁹ *Marly*, Rn. 25 ff.; *Haller*, S. 29.

²⁰ Ähnlich *Dienst/Falke*, in: Bräutigam/Rücker, 14. Teil B. Rn. 3; anders *H. Magnus*, S. 26, S. 29 ff. Zum schillernden Begriff „smart“ *Bräutigam*, in: Bräutigam/Kraul, § 1 Rn. 8 ff. Zur Bedeutung der Vernetzung siehe auch *Duden*, S. 2 ff.

²¹ Siehe ADAC, Daten im Auto: Fluch oder Segen? (Renault Zoe), ADAC.de v. 15.01.2024.

²² Ebd.

²³ Verbatim *Koch/Sander*, JZ 2023, 485, 486.

²⁴ Zum Besitzobjekt siehe unten § 5 C. IV. 3. f) cc).

Sachverzeichnis

- Abonnement-Modell 91, 186, 200, 275
Abwehrrecht 177–180, 185–187, *siehe auch*
Leistungsanspruch
– Pervertierung zu einem Leistungs-
anspruch 185–187, 197
Alkoholsperre 30 f.
Allgemeine Geschäftsbedingungen *siehe*
Einwilligung, formularmäßige
Anwendungssoftware 192 f., 199, 202, 204,
211
Arbeitsgruppe Digitaler Neustart 150–152,
154 f., 157, 161, 166–168
Asymmetrischer Mitbesitz *siehe* Mitbesitz,
asymmetrischer
Ausfrieren *siehe* Versorgungssperre
Ausschlussmacht 5 f., 59–64, 81 f., 87, 92,
97 f., 172, 181, 209, 213, *siehe auch*
Einwirkungs- und Ausschlussmacht
bei smarten Sachen; Flugmodus
Autopilot 31, 330

Bankschließfach 64, 71, 95 f., 98–101,
siehe auch Mitbesitz, asymmetrischer;
Mitbesitzwille
Batterie *siehe* Elektrobatterie
Besitzeinheit, funktionale 193 f., 198, 211
Besitzentziehung 95, 118, 129, 131, 231 f.,
329–331, 345
Besitzerwerb 48–53, 75, 88–90
Besitzformel 58 f., *siehe auch* Mitbesitz-
modell
Besitzfortsetzung 54 f., 88–90
Besitzkehr 346, 351
Besitzmittel 46, 149
Besitzobjekt 46, 93 f., 132, 152, *siehe auch*
Datenbesitz
– Digitale Sachherrschaft 148–167
– Teil(mit)besitz 93 f., 143–148, 148–167

Besitzstörung 125–224, 128–130, *siehe*
auch Softwarestörung; Störungsmodell
Besitzwehr 346, 354
Besitzwille *siehe* Mitbesitzwille
Bestimmungsgemäße Funktion *siehe*
bestimmungsgemäße Nutzung
Bestimmungsgemäße Nutzung 173–176
Bestimmungsgemäßer Gebrauch *siehe*
bestimmungsgemäße Nutzung
Beweislast 242, 251–254, 267, 283, 340
Bezugsobjekt 93 f., 210 f., *siehe auch*
Besitzobjekt
Blockchain 18–20

Carsharing 29–31, 73, 85, 115, 121, 262 f.
Cloud 138–143, 152, 157, 197 f., *siehe auch*
Flucht in die Cloud

Datenbesitz 132, 143, 150–153, *siehe auch*
Besitzobjekt
Dateneigentum 150 f., 155
Datenschutz 32–34, 104
Datenträger 132, 134–143, 144
Dezentralisierung *siehe* Besitzeinheit,
funktionale
Digitale Sachherrschaft *siehe* Besitzobjekt
Digitaler Eingriff *siehe* Softwarestörung
Dingliche Zwangsvollstreckungsunter-
werfung *siehe* Zwangsvollstreckungs-
unterwerfung, dingliche
Disponibilität des Besitz(schutzes) *siehe*
Einwilligung
Download 137–139, 141

E-Scooter 73, 89, 103, 121, 279
Eigentumsverletzung 75–83, 130, 175,
siehe auch Sachbeschädigung

- Einwilligung 225–227, *siehe auch*
 Einwilligung, formularmäßige; Ein-
 willigungsmodell; Widerruf
- Disponibilität des Besitz(schutzes)
 227–234, 234–238
- Einwilligung, formularmäßige *siehe auch*
 Zwangsvollstreckungsrecht, Wertungen
 des
- Allgemeine Geschäftsbedingungen
 242–249
 - Leitbild 284–287
 - Transparenzgebot 255–269
 - überraschende Klausel 278–283
 - unangemessene Benachteiligung
 287–320
 - Verlagerung der Initiativ- und
 Klage last 235–242, 251 f., 265, 287,
 305 f., 313
 - Verwendung gegenüber Unternehmern
 oder Verbrauchern 296
 - wesentliche Grundgedanken 284–287
 - zwingendes Recht, 249–251
- Einwilligungsmodell 320 f., 340 f.
- Einwirkung, nachträgliche *siehe* Zugriff,
 nachträglicher
- Einwirkungs- und Ausschlussmacht bei
 smarten Sachen 172
- Einwirkungsmacht 5 f., 59–64, 71, *siehe*
auch Einwirkungs- und Ausschlussmacht
 bei smarten Sachen; physische Ein-
 wirkung
- Elektrobatterie 5, 10, 15, 25 f., 43,
siehe auch Renault
- Erkennbarkeit 101–105, *siehe auch*
 Mitbesitz, stiller; Physische Einwirkung,
 Erkennbarkeit
- Erstschlag-Paradoxon 63 f.
- Erwerb des Besitzes *siehe* Besitzerwerb
- Fall Renault *siehe* Renault
- Fernsperrung 13 f., 62, 74 f., 98, 166, 214 f.,
 219–221, *siehe auch* Physische Ein-
 wirkung; Selbstsperrung; Sperrmodell;
 Sperrung
- Fernzugriff *siehe* Fernsperrung
- Firmware 192–194, 198 f., 204, 211
- Flucht in die Cloud 141–143, 194–196, 222
- Flucht in die Sache 221 f., *siehe auch*
 Selbstsperrung, echte mittels Programm-
 sperre
- Flugmodus 63
- Fortsetzung des Besitzes *siehe* Besitz-
 fortsetzung
- Function on Demand *siehe* Abonnement-
 Modell
- Funktionale Besitzeinheit *siehe* Besitz-
 einheit, funktionale
- Funktionseinschränkungen, teilweise 92
- Funktionsfähigkeit, Schutz der 125,
 170–189
- Funktionsschutz, reflexartiger 180, 187,
 189, 192, *siehe auch* Funktionsfähigkeit,
 Schutz der
- Funktionssperren, vollständige 92
- Gesetzliche Gestattung 342–371
- Selbsthilfe 362–370
 - Selbsthilfe des Besitzers 346–362
- Gestattungsmodell 371
- Gewalt 83 f., 235, 357 f.
- Gewaltmonopol 3 f., 39, 126–128, 234 f.,
 239, 250, 326 f.
- GPS 4, 28, 33, 85–87, 360 f.
- Grundfunktionen 91 f., 176, 201–204, 211,
siehe auch Zusatzfunktionen
- Hardware 8 f.
- Hausrecht, virtuelles *siehe* Virtuelles
 Hausrecht
- Inhaltskontrolle *siehe* Einwilligung,
 formularmäßige
- Initiativlast *siehe* Einwilligung, formular-
 mäßige
- Kauf 103–105, 112–116, 124, *siehe auch*
 Sale-and-rent-back
- Kill Switch 4, 26–31
- Klage last *siehe* Einwilligung, formular-
 mäßige
- Kontrollmodell 91–93, *siehe auch* Mitbesitz
- Langzeitmiete 118
- Leasing 118, 124

- Leicht nachweisbare Sachverhalte *siehe* Sachverhalte, leicht nachweisbare
- Leistungsanspruch 177–180, 185–187, *siehe auch* Abwehrrecht
- Mitbesitz 58–124, *siehe auch* Besitzobjekt; Physische Einwirkung
- asymmetrischer 96–101
 - Kontrollmodell 91–93
 - qualifizierter 95 f.
 - stiller 103
- Mitbesitzgewalt 90–101
- Mitbesitzmodell 122 f.
- Mitbesitzwille 106–122
- Ausgangslage 110–112
 - durchgängiger 120–122
 - Interessenlage (Bedeutung der vertraglichen Ebene) 112–118
 - Wiederaufleben 119
- Netzstörung 196–198
- Nutzungsmöglichkeit *siehe* Funktionsfähigkeit, Schutz der
- Oracle 22 f., 93, 219
- Pervertierung des Abwehrrechts *siehe* Abwehrrecht
- Pfändung 31, 201–203, 293–296, *siehe auch* Zwangsvollstreckungsrecht, Wertungen des
- Physische Einwirkung 71, 73, 74–101, 213, 369, *siehe auch* Fernsperrung; Selbstsperrung; Sperrmodell; Sperrung
- auf die smarte Sache 75
 - Erkennbarkeit 101–105
 - im weiteren Sinne 74 f.
- Physische Einwirkung auf die smarte Sache 75
- Probefahrt 84–87, 103, 105, 115, 120–122
- Programmsperre *siehe* Selbstsperrung, echte mittels Programmsperre
- Räumliche Beziehung 73 f.
- Renault 5, 43, 124, 224, 322, 341, 371, *siehe auch* Elektrobatterie
- Sachbeschädigung 75–83, 369–370, *siehe auch* Eigentumsverletzung
- Sachqualität 46 f., *siehe auch* Software, Sach- und Besitz(schutz)fähigkeit
- Sachverhalte, leicht nachweisbare 314–316
- Sale-and-rent-back 116–118
- Schutz der Funktionsfähigkeit *siehe* Funktionsfähigkeit, Schutz der
- Selbsthilfe *siehe* Gesetzliche Gestattung, Selbsthilfe
- Selbsthilfehandlung 365–370
- Selbsthilfelage 362–365
- Selbstjustiz 4, 42, 155
- Selbstsperrung 13 f., *siehe auch* Fernsperrung; Smart Contractware; Sperrmodell; Sperrung
- echte mittels Programmsperre (Flucht in die Sache) 13, 214–222
 - unechte mittels Smart Contractware 13, 214–222
- Serverabschaltung 196–198
- Sitzheizung 91, 94, 173, *siehe auch* Abonnement-Modelle
- Smart Contract 14–24, *siehe auch* Smart Contractware
- Smart Contractware 21–24 *siehe auch* Selbstsperrung, unechte mittels Smart Contractware; Smart Contract
- Smart Lock 6, 17, 23, 26, 34 f.
- Smarte Sache 8–13
- Software 9 f., 133 f., *siehe auch* Anwendungssoftware; Firmware
- Sach- und Besitz(schutz)fähigkeit 131–170
- Software-as-a-Service 195, 198, 222, 273, 275
- Softwarebesitz *siehe* Datenbesitz
- Softwarestörung 46, 101, 125, 129, 143, *siehe auch* Besitzstörung
- Sperrinteresse, berechtigtes 226, 243, 299–301
- Sperrmittel 297–299
- Sperrmodell 24, *siehe auch* Fernsperrung; Selbstsperrung; Sperrung
- Sperrobject 288–296
- Sperrsubjekt 296

- Sperrung
 – aktive 25, 93
 – passive 25, 93
 Starter Interrupt Device 4, 26–31
 Stiller Mitbesitz *siehe* Mitbesitz, stiller
 Störungsfreiheit 177–180, *siehe auch*
 Funktionsfähigkeit, Schutz der
 Störungsmodell 223, *siehe auch* Besitz-
 störung
 Streitbeilegung
 – außergerichtliche 39–41
 – im Rahmen der formularmäßigen
 Einwilligung 239, 265, 305–319
 Stromkabel 207–210
- Teil(mit)besitz *siehe* Besitzobjekt
 Totmannschalter 184–186
 Transparenzgebot *siehe* Einwilligung,
 formularmäßige
 Trennungsmöglichkeit *siehe* Ausschluss-
 macht; Flugmodus
- Unpfändbarkeit *siehe* Pfändung; Zwangs-
 vollstreckungsrecht, Wertungen des
 Unterlassen 182–184
- Verkehrsanschauung 64–71
 Vermutung des Fortbestands der Einwilli-
 gung *siehe* Beweislast
- Vernetzung 10–12, *siehe auch* Smarte
 Sache
 Versorgungssperre 176–180
 Virtuelles Hausrecht 158–160
- Widerruf 322–340, *siehe auch* Einwilli-
 gungsmodell
 – Auslegung 335–340
 – Hinweispflicht 263–269
 – Zeitpunkt 327–331
 Wo ist-App 35, 89, 205–207, *siehe auch*
 GPS
- Zahlungsverzug 299, 317, 340, *siehe auch*
 Sachverhalte, leicht nachweisbare;
 Sperrinteresse, berechtigtes
 Zugriff, nachträglicher 81 f.
 Zusatzfunktionen 91 f., 176, 201–204, 211,
siehe auch Grundfunktionen
 Zustimmung, vorherige *siehe* Einwilligung
 Zwangsvollstreckungsrecht, Wertungen
 des 201–203, 285 f., 293–296, 315 f.,
siehe auch Zwangsvollstreckungs-
 unterwerfung, dingliche; Pfändung
 Zwangsvollstreckungsunterwerfung,
 dingliche 239–241, 281 f., 285 f., 306 f.,
siehe auch Zwangsvollstreckungsrecht,
 Wertungen des