

KONRAD DUDEN

# Digitale Sachherrschaft

*Jus Privatum*

271

---

**Mohr Siebeck**

JUS PRIVATUM  
Beiträge zum Privatrecht

Band 271





Konrad Duden

# Digitale Sachherrschaft

Mohr Siebeck

*Konrad Duden*, geboren 1983; Studium der Chemie (Vordiplom) und der Rechtswissenschaft in München, Heidelberg, Bilbao und Cambridge; 2011 erstes Staatsexamen, Heidelberg; 2012 Master of Laws, Cambridge; 2012 bis 2022 Wissenschaftlicher Assistent, dann Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; 2015 Promotion, Heidelberg; 2016 zweites Staatsexamen, Hamburg; 2021 Habilitation, Hamburg; ab Sommersemester 2021 Vertreter, ab Wintersemester 2022–2023 Inhaber der Professur für Bürgerliches Recht und Internationales Privatrecht, Universität Leipzig.

Gefördert durch die Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG) – Projektnummer 509011964.

ISBN 978-3-16-161434-7 / eISBN 978-3-16-161435-4

DOI 10.1628/978-3-16-161435-4

ISSN 0940-9610 / eISSN 2568-8472 (Jus Privatum)

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

© 2023 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>. Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2021 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg als Habilitationsschrift angenommen. Anlässlich der Verbreitung vernetzter Geräte und der damit einhergehenden Möglichkeit von Funktionssperren frage ich in der Arbeit nach dem sachenrechtlichen Schutz des digitalen – also software- oder netzbasierten – Sachgebrauchs und stelle zugleich Überlegungen an zur Bedeutung des Sachenrechts in einer zunehmend digitalisierten Welt. Verfasst habe ich die Arbeit während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Referent am Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Rechtsprechung und Literatur wurden bis Spätsommer 2022 berücksichtigt. Nur noch punktuell konnte die Entscheidung des Bundesgerichtshofs in der Sache XII ZR 89/21 vom 26.10.2022 eingearbeitet werden.<sup>1</sup> Die Verfahrensversion dieser Arbeit lag dem Senat in noch unveröffentlichter Form bei der Beratung vor.

Mein größter Dank gilt meinem verehrten akademischen Lehrer, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jürgen Basedow. Stets hat er mir größtmögliche Freiheit bei meiner Arbeit und dem Verfolgen meiner wissenschaftlichen Interessen gewährt. Auf vielen Wegen hat er mich unterstützt, geprägt und mir eine beeindruckende Balance zwischen Fördern und Fordern, zwischen Professionalität und Herzlichkeit vorgelebt. Prof. Dr. Reinhard Bork danke ich für die besonders zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Dankbar bin ich zudem meinem Doktorvater, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme, der mich weiter als Vorbild begleitet.

Besonders danke ich meiner Familie: Dr. Jasper Kunstreich sowie Sigrid, Gustav, Tobias, Alexander, Benjamin und Dr. Vera Duden. Auch meinen Kollegen und Freunden gebührt Dank. Hervorheben möchte ich Prof. Dr. Kristin Boosfeld, Prof. Dr. Anatol Dutta, Dr. Andreas Engel, Prof. Dr. Matteo Fornasier, Dr. Jakob Gleim, Prof. Dr. Christian Heinze, Claudia Holland, Dr. David Kästle-Lamparter, PD Dr. Carsten König, Prof. Dr. Caroline Rupp, Prof. Dr. Alexander Scheuch, Prof. Dr. Mareike Schmidt, Dr. Johanna Stark, Dr. Denise Wiedemann, Dr. Dirk Wiegandt und Prof. Dr. Nadjma Yassari. Sie alle haben mich in meiner Habilitationsphase und beim Erstellen dieser Arbeit unterstützt und begleitet. Dafür danke ich ihnen von Herzen. Betonen möchte ich meinen Dank an Dr. Jennifer Trinks für ihre Be-

---

<sup>1</sup> Die Entscheidung spricht die sachenrechtlichen Fragen, die im Fokus dieser Arbeit stehen, zwar teilweise an, lässt sie jedoch weitestgehend ausdrücklich offen. Siehe dazu S. 30ff.

reitschaft, unermüdlich mit mir über diese Arbeit zu diskutieren und mir zu dem Text scharfsinniges sowie gründliches Feedback zu geben.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft danke ich schließlich für die großzügige Gewährung einer Publikationsbeihilfe, der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik für die Auszeichnung dieser Arbeit mit dem Wissenschaftspreis in der Kategorie „Habilitationen“ sowie der Edmund Siemers-Stiftung und der Hamburgischen Wissenschaftlichen Stiftung für die Anerkennung meines bisherigen Schaffens mit dem Kurt-Hartwig-Siemers-Wissenschaftspreis.

Frankfurt am Main, im Januar 2023

*Konrad Duden*

## Inhaltsübersicht

Einleitung . . . . .	1
A. Besonderheiten vernetzter Geräte . . . . .	2
B. Untersuchungsgegenstand . . . . .	19
C. Gang der Untersuchung . . . . .	32
D. Fazit . . . . .	37
§ 1. Technischer Hintergrund . . . . .	39
Kapitel 1 – Das vernetzte Gerät . . . . .	41
A. Gerätehardware . . . . .	41
B. Integrierte Software . . . . .	42
Kapitel 2 – Vernetzung des Geräts . . . . .	45
A. Erforderliche Kommunikationstechnologien . . . . .	45
B. Vernetzung . . . . .	46
C. Vernetzte Geräte und das Internet der Dinge . . . . .	47
Kapitel 3 – Produktgestaltung und Kontrolle des Anbieters . . . . .	51
A. Protokolle und Interoperabilität . . . . .	51
B. Netzwerkanbindung und Funktionsfähigkeit des Geräts . . . . .	53
C. Steuerung des vernetzten Geräts . . . . .	55
Kapitel 4 – Technische Varianten von Funktionssperren . . . . .	57
A. Blockade des Cloud-Zugangs . . . . .	57
B. Veränderung der integrierten Software . . . . .	58
C. Funktionssperre ohne Änderung der integrierten Software . . . . .	60
Kapitel 5 – Fazit . . . . .	63

§ 2. Besitz dank digitaler Sachherrschaft . . . . .	65
Kapitel 1 – Sachqualität verkörperter Software . . . . .	67
A. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs . . . . .	67
B. Eigenständige Bestimmung der Sachqualität verkörperter Software . .	78
C. Fazit . . . . .	97
Kapitel 2 – Besitz und im vernetzten Gerät verkörperte Software . . . . .	99
A. Digitale Sachherrschaft . . . . .	99
B. Besitz dank digitaler Sachherrschaft . . . . .	104
C. Besitzposition des Anbieters . . . . .	110
D. Einschränkung des possessorischen Besitzschutzes . . . . .	119
Kapitel 3 – Fazit . . . . .	127
§ 3. Sachenrecht und digitaler Gebrauch . . . . .	129
Kapitel 1 – Induktive Bestimmung des Zuweisungsgehalts . . . . .	131
A. Das Wesen des Eigentums nach § 903 BGB . . . . .	131
B. Definition der Beeinträchtigungstatbestände . . . . .	138
C. Einheitlichkeit des Zuweisungsgehalts . . . . .	146
D. Fazit . . . . .	158
Kapitel 2 – Schutz der Integrität verkörperter Software . . . . .	159
A. Änderung der im Gerät verkörperten Software . . . . .	160
B. Rechtmäßigkeit dank Einwilligung in die Substanzveränderung . . . .	163
C. Fazit . . . . .	166
Kapitel 3 – Schutz des softwarebasierten Gebrauchs . . . . .	169
A. Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs . . . . .	171
B. Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs . . . . .	179
C. Bestimmungsgemäßer Gebrauch vernetzter Geräte . . . . .	184
D. Fazit . . . . .	201
Kapitel 4 – Schutz des netzbasierten Gebrauchs . . . . .	203
A. Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung . . . . .	206
B. Schutz des netzbasierten Gebrauchs . . . . .	232
C. Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen . . . . .	253
D. Fazit und Bedeutung für vernetzte Geräte . . . . .	264
Kapitel 5 – Fazit . . . . .	267

§ 4. Rechtmäßigkeit einer Beeinträchtigung . . . . .	273
Kapitel 1 – Einwilligung in eine Gebrauchsbeeinträchtigung . . . . .	275
A. Vertragsverhältnisse und deren Verbindung . . . . .	277
B. Wirksamkeit der Einwilligung in eine Gebrauchsbeeinträchtigung . . .	293
C. Fazit . . . . .	337
 Kapitel 2 – Softwaresperren als technische Programmschutzmechanismen	339
A. Urheberrechtliche Relevanz der Benutzung vernetzter Geräte . . . . .	340
B. Softwaresperren als technische Maßnahmen zum Schutz des Urheberrechts . . . . .	353
C. Fazit . . . . .	366
 Kapitel 3 – Fazit . . . . .	369
 Ergebnisse und Ausblick . . . . .	371
A. Kurzüberblick über die Ergebnisse der Untersuchung . . . . .	371
B. Umgang mit den Besonderheiten vernetzter Geräte . . . . .	376
C. Abschlussfazit . . . . .	382
 Zusammenfassung in Thesenform . . . . .	385
Verzeichnisse . . . . .	409



# Inhaltsverzeichnis

Einleitung . . . . .	1
A. Besonderheiten vernetzter Geräte . . . . .	2
I. Vernetzung als Alltagsrealität . . . . .	2
II. Vernetzung als wertbestimmender Faktor . . . . .	3
III. Vertrieb und Erwerb vernetzter Geräte . . . . .	5
1. Vernetzte Geräte als Gebrauchs- und Erwerbsobjekte . . . . .	5
2. Relevante Akteure . . . . .	7
a) Nutzer und Anbieter . . . . .	7
b) Beteiligung Dritter seitens des Nutzers . . . . .	7
c) Beteiligung Dritter seitens des Anbieters . . . . .	8
IV. Funktionssperren und gespaltene Sachherrschaft . . . . .	9
1. Tatsächliche Beispiele von Funktionssperren . . . . .	9
2. Anlass für Funktionssperren . . . . .	11
a) Alter des Geräts . . . . .	12
b) Weitergabe des Geräts . . . . .	12
c) Ausbleiben der Gegenleistung . . . . .	13
V. Vernetzte Geräte als Herausforderung für das Sachenrecht . . . . .	13
1. Spaltung der Sachherrschaft . . . . .	13
a) Physische vs. digitale Sachherrschaft . . . . .	13
b) Sachsubstanz- und Sachfunktionsherrschaft . . . . .	14
c) Sachfunktionsherrschaft ohne physische oder digitale Sachherrschaft . . . . .	15
2. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit ohne Substanzveränderung . . . . .	16
3. Auslagerung von Gebrauchsvoraussetzungen . . . . .	18
B. Untersuchungsgegenstand . . . . .	19
I. Fragestellung . . . . .	19
II. Einschränkung des Untersuchungsgegenstands . . . . .	19
III. Forschungsstand . . . . .	21
1. Sachenrechtliche Bedeutung von Funktionssperren . . . . .	22
2. Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 7. Oktober 2021 . . . . .	27
3. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. Oktober 2022 . . . . .	30

C. Gang der Untersuchung . . . . .	32
I. Technischer Hintergrund . . . . .	32
II. Besitz dank digitaler Sachherrschaft . . . . .	33
III. Sachenrecht und digitaler Gebrauch . . . . .	34
IV. Rechtmäßigkeit einer Beeinträchtigung . . . . .	36
D. Fazit . . . . .	37
§ 1. Technischer Hintergrund . . . . .	39
Kapitel 1 – Das vernetzte Gerät . . . . .	41
A. Gerätehardware . . . . .	41
B. Integrierte Software . . . . .	42
Kapitel 2– Vernetzung des Geräts . . . . .	45
A. Erforderliche Kommunikationstechnologien . . . . .	45
B. Vernetzung . . . . .	46
C. Vernetzte Geräte und das Internet der Dinge . . . . .	47
Kapitel 3 – Produktgestaltung und Kontrolle des Anbieters . . . . .	51
A. Protokolle und Interoperabilität . . . . .	51
B. Netzwerkanbindung und Funktionsfähigkeit des Geräts . . . . .	53
C. Steuerung des vernetzten Geräts . . . . .	55
Kapitel 4 – Technische Varianten von Funktionssperren . . . . .	57
A. Blockade des Cloud-Zugangs . . . . .	57
B. Veränderung der integrierten Software . . . . .	58
C. Funktionssperre ohne Änderung der integrierten Software . . . . .	60
Kapitel 5 – Fazit . . . . .	63
§ 2. Besitz dank digitaler Sachherrschaft . . . . .	65
Kapitel 1 – Sachqualität verkörperter Software . . . . .	67
A. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs . . . . .	67
I. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs . . . . .	68

1. Verkörpertes Computerprogramm als Ware i.S.d. Warenzeichenrechts . . . . .	68
2. Verkörpertes Computerprogramm als Sache i.S.d. Kaufrechts . . . . .	69
3. Veräußerung ohne Datenträger . . . . .	70
4. Vertragstypologische Einordnung weiterer Verträge . . . . .	70
5. Elektronische Vervielfältigungsstücke und Besitz . . . . .	71
II. Zweifel an Aussagekraft der Rechtsprechung . . . . .	72
1. Bestimmung der Sachqualität nicht im Fokus . . . . .	72
2. Unklare Aussagen mit sachenrechtlichen Bezügen . . . . .	74
3. Datenträger oder verkörperte Software als Bezugspunkt . . . . .	75
4. Unklares Verhältnis zwischen Funktionsherrschaft und Besitz . . . . .	76
III. Fazit . . . . .	77
B. Eigenständige Bestimmung der Sachqualität verkörperter Software . . . . .	78
I. Definition der Sachqualität . . . . .	78
1. Körperlicher Gegenstand als einheitliches Merkmal . . . . .	79
2. Trennung zwischen Körperlichkeit und Gegenstandsbegriff . . . . .	80
3. Körperlichkeit als deskriptives Merkmal . . . . .	81
a) Begriff der Körperlichkeit . . . . .	81
b) Bedeutung der Verkehrsanschauung . . . . .	82
4. Gegenstandsbegriff als normatives Merkmal . . . . .	83
a) Bestimmtheit und Gegenstandsbegriff . . . . .	84
b) Bestimmtheit körperlicher Objekte . . . . .	85
aa) Abgegrenztheit . . . . .	85
bb) Konzeptionelle Eigenständigkeit und Sonderrechtsfähigkeit . . . . .	86
cc) Kriterien ohne eigene normative Bedeutung . . . . .	87
(1) Beherrschbarkeit . . . . .	87
(a) Bewegte Objekte . . . . .	88
(b) Makro- und Mikrokosmos . . . . .	89
(c) Fazit . . . . .	90
(2) Rivalität der Nutzung . . . . .	90
II. Sachqualität verkörperter Software . . . . .	91
1. Datenträger und geistiger Inhalt der Software . . . . .	92
2. Verkörperte Software . . . . .	92
a) Speicherung von Software aus technischer Sicht . . . . .	93
b) Sachqualität verkörperter Software . . . . .	94
3. Das Buch als Vergleich . . . . .	96
C. Fazit . . . . .	97

Kapitel 2 – Besitz und im vernetzten Gerät verkörperte Software . . . . .	99
A. Digitale Sachherrschaft . . . . .	99
I. Digitale vs. physische Sachherrschaft . . . . .	99
II. Inhaberschaft der digitalen und physischen Sachherrschaft . . . . .	100
III. Reichweite der Sachherrschaft . . . . .	101
IV. Digitale Sachherrschaft und Sachfunktionsherrschaft . . . . .	102
B. Besitz dank digitaler Sachherrschaft . . . . .	104
I. Definition der tatsächlichen Sachherrschaft . . . . .	104
1. Definition über Ausschluss- oder Einwirkungsmacht . . . . .	104
2. Bestimmung über Verkehrsanschauung . . . . .	106
3. Körperliche Sachherrschaft als Kernbereich tatsächlicher Sachherrschaft . . . . .	108
II. Körperlichkeit und besitzrechtliche Bedeutung digitaler Sachherrschaft . . . . .	108
C. Besitzposition des Anbieters . . . . .	110
I. Mitbesitz von Nutzer und Anbieter . . . . .	111
II. Teilbesitz bezüglich Verkörperung der Software . . . . .	113
1. Grundlegende Eignung zum Teilbesitz . . . . .	113
2. Verkörperte Software als abgegrenzter Teil des Geräts . . . . .	113
III. Unmittelbarer Besitz des Anbieters trotz tatsächlicher Abhängigkeit . .	115
1. Mittelbarer Besitz als rechtlich vermittelter Besitz . . . . .	115
2. Bankschließfach als Vergleichspunkt . . . . .	117
IV. Zwischenfazit . . . . .	118
D. Einschränkung des possessorischen Besitzschutzes . . . . .	119
I. Ausschluss des possessorischen Besitzschutzes nach § 866 BGB . . . . .	120
II. Ausschluss des possessorischen Besitzschutzes bei vernetzen Geräten .	122
1. Besitzschutz zugunsten des Nutzers . . . . .	122
2. Besitzschutz zugunsten des Anbieters . . . . .	123
III. Abgleich mit Zwecken des possessorischen Besitzschutzes . . . . .	124
1. Possessorischer Besitzschutz als Friedensschutz . . . . .	124
2. Weitere Begründungsansätze . . . . .	125
3. Zwischenfazit . . . . .	126
Kapitel 3 – Fazit . . . . .	127

§ 3. Sachenrecht und digitaler Gebrauch . . . . .	129
Kapitel 1 – Induktive Bestimmung des Zuweisungsgehalts . . . . .	131
A. Das Wesen des Eigentums nach § 903 BGB . . . . .	131
I. Eigentum als umfassendes Herrschaftsrecht . . . . .	132
II. Positive und negative Funktion des Eigentums . . . . .	133
III. Schranken des Eigentums . . . . .	134
1. Arten der Beschränkungen . . . . .	135
2. Gesetzliche Beschränkungen . . . . .	135
3. Rechte Dritter . . . . .	136
4. Immobiliareigentum vs. Mobiliareigentum . . . . .	137
IV. Fazit . . . . .	138
B. Definition der Beeinträchtigungstatbestände . . . . .	138
I. Definition der Eigentumsbeeinträchtigung . . . . .	139
1. Negatorischer Schutz des Eigentums, § 1004 BGB . . . . .	139
2. Deliktischer Schutz des Eigentums, § 823 Abs. 1 BGB . . . . .	140
II. Besitzbeeinträchtigung im Rahmen des § 858 Abs. 1 BGB . . . . .	141
1. Besitzbeeinträchtigung als Kern der verbotenen Eigenmacht . . . . .	141
2. Grunddefinition einer Besitzbeeinträchtigung . . . . .	142
3. Besitzbeeinträchtigung als einheitlicher Tatbestand . . . . .	143
III. Zwischenfazit: Fallgruppen statt abstrakter Definitionen . . . . .	144
C. Einheitlichkeit des Zuweisungsgehalts . . . . .	146
I. Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz . . . . .	146
1. Besitzbeeinträchtigung als Eigentumsverletzung . . . . .	146
2. Eigentumsverletzung als Besitzbeeinträchtigung . . . . .	147
II. Zuweisungsgehalt im Schadensersatz und negatorischen Rechtsschutz . . . . .	149
1. Streit um das Verhältnis von § 1004 BGB und § 823 Abs. 1 BGB . . . . .	150
a) Klare Abgrenzung zwischen § 1004 BGB und § 823 Abs. 1 BGB nach Picker . . . . .	150
b) Überlappen der Rechtsschutzregime nach BGH und herrschender Ansicht . . . . .	151
2. Streit um das Merkmal der Beeinträchtigung . . . . .	152
a) Entfallen der Beeinträchtigung bei Dereliktion . . . . .	152
b) Reichweite der Beseitigung . . . . .	154
c) Zwischenfazit . . . . .	156
3. Einheitlicher Zuweisungsgehalt . . . . .	156
a) Picker . . . . .	156
b) Bundesgerichtshof und herrschende Meinung . . . . .	157
4. Zwischenfazit . . . . .	158

D. Fazit . . . . .	158
 Kapitel 2 – Schutz der Integrität verkörperter Software . . . . .	 159
A. Änderung der im Gerät verkörperten Software . . . . .	160
I. Möglichkeiten einer Änderung verkörperter Software . . . . .	160
II. Körperlichkeit der Änderung verkörperter Software . . . . .	161
III. Sachenrechtliche Relevanz der körperlichen Änderung . . . . .	162
 B. Rechtmäßigkeit dank Einwilligung in die Substanzveränderung . . . . .	 163
I. Mögliche Zweifel an Wirksamkeit mangels Kenntnis der Sperrmöglichkeit . . . . .	 164
II. Blindheit des Sachenrechts gegenüber geistigem Inhalt der Software . . . . .	 165
 C. Fazit . . . . .	 166
 Kapitel 3 – Schutz des softwarebasierten Gebrauchs . . . . .	 169
A. Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs . . . . .	171
I. Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung als Ursprung der Diskussion . . . . .	172
II. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst . . . . .	173
1. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit ohne Substanzveränderung . . . . .	 173
2. Wachsende Bedeutung eines eigenen Schutzes der Funktionsfähigkeit . . . . .	 175
3. Unmittelbare sachenrechtliche Relevanz . . . . .	175
III. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit vs. Störung der Sach-Umwelt-Beziehung . . . . .	 177
1. Abgrenzung der Fallgruppen . . . . .	177
2. Abgrenzungsschwierigkeiten . . . . .	178
3. Abgrenzung gegenüber Substanzveränderung . . . . .	178
 B. Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs . . . . .	 179
I. Objektivierter Gebrauchsschutz . . . . .	180
1. Notwendigkeit der Erkennbarkeit des bestimmungsgemäßen Gebrauchs . . . . .	 181
2. Objektivierter Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs . . . . .	 182
II. Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs . . . . .	183

C.	Bestimmungsgemäßer Gebrauch vernetzter Geräte . . . . .	184
I.	Geistiger Inhalt vs. Gebrauch der Sache in Körperlichkeit . . . . .	185
	1. In Körperlichkeit angelegter Gebrauch . . . . .	185
	2. Irrelevanz der Zweckeignung der Software . . . . .	185
	3. Sperrmöglichkeit als irrelevanter geistiger Vorbehalt . . . . .	186
	a) Relevanz eines mechanischen Vorbehalts . . . . .	187
	b) Sonderfall Prepaid-Tarife . . . . .	187
	4. Bestandsschutz sowie temporär oder nachträglich zugeschaltete Funktionen . . . . .	188
II.	Bestimmungsgemäßer Gebrauch verschiedener Gerätekomponenten . .	189
	1. Analoge Gerätekomponenten . . . . .	190
	2. Zentraleinheit der digitalen Infrastruktur . . . . .	190
	a) Bestimmungsgemäßer Gebrauch der Zentraleinheit . . . . .	190
	b) Keine Beeinträchtigung der Zentraleinheit durch Softwaresperre	191
	3. Peripheriegeräte der digitalen Infrastruktur . . . . .	192
	a) Konkretisierung durch Vergleichsbildung . . . . .	193
	aa) Digitale Komponenten mit analogen Funktionsäquivalenten	194
	bb) Kombination und Fortentwicklung bekannter Funktionen .	195
	cc) Digitale Komponenten ohne analoge Funktionsäquivalente .	195
	b) Eigenständige Konkretisierung der Gebrauchsbestimmung . . . .	197
	aa) Gesteuerte Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe . . . . .	197
	bb) Sperre von Anwendungssoftware vs. von Firmware . . . . .	198
III.	Zwischenfazit . . . . .	200
D.	Fazit . . . . .	201
Kapitel 4 – Schutz des netzbasierten Gebrauchs . . . . .		203
A.	Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung . . . . .	206
I.	Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs . . . . .	206
	1. Fallgruppen . . . . .	206
	a) Brauchbarkeit von Fahrzeugen bzw. Verkehrsinfrastruktur . . . .	207
	aa) Blockiertes Fleet . . . . .	207
	bb) Blockierter Yachthafen . . . . .	208
	cc) Blockierte Baumaschine . . . . .	209
	dd) Gesperrtes Gleis . . . . .	210
	ee) Vom Verkehr abgeschnittene Anlagen . . . . .	210
	b) Versorgung mit Strom und Fernwärme . . . . .	212
	aa) Stromversorgung . . . . .	212
	bb) Heizwärme . . . . .	213
	2. Kriterien . . . . .	215
	a) Unmittelbarer Sachbezug . . . . .	215

b) Umfang und Dauer der Beeinträchtigung . . . . .	216
c) Objektive Gebrauchsbestimmung . . . . .	218
d) Gleicher Maßstab bei Besitz und Eigentum . . . . .	218
II. Rezeption in der Literatur . . . . .	220
1. Zustimmung . . . . .	220
2. Deutliche Kritik von Picker . . . . .	220
a) Pickers Ansatz: Kein Rechtsschutz vor negativen Umwelteinwirkungen . . . . .	221
b) Kritik an Pickers Ansatz . . . . .	223
aa) (Un-)Klarheit der Fallgruppe von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung . . . . .	224
bb) (Un-)Klarheit der nur negativen Einwirkungen . . . . .	224
cc) Verschieben des qualitativen Sprungs . . . . .	225
dd) Unbestimmtheit der Verkehrspflichten . . . . .	226
ee) Trügerische Klarheit . . . . .	227
III. Bewertung der Behandlung von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung . . . . .	228
1. Unklarheit bzgl. Unmittelbarkeit der Sacheneinwirkung . . . . .	228
2. Unklarheit bzgl. Gebrauchsbestimmung . . . . .	229
3. Umfassende Natur des Entzugs des bestimmungsgemäßen Gebrauchs . . . . .	229
a) Funktionsäquivalenz zu Wegnahme . . . . .	229
b) Umfang der Beeinträchtigung und Gebrauchsbestimmung . . . . .	230
4. Klarere Konzeptualisierung statt Aufgabe der Fallgruppe . . . . .	231
B. Schutz des netzbasierten Gebrauchs . . . . .	232
I. Beeinträchtigung netzbasierten Gebrauchs als Gemeinsamkeit . . . . .	233
1. Definition des netzbasierten Gebrauchs . . . . .	233
2. Anfälligkeit netzbasierten Gebrauchs für Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung . . . . .	234
3. Mehrwert einer netzbasierten Betrachtung . . . . .	234
II. Störung des Netzes vs. Entzug des Netzzugangs . . . . .	236
1. Netzstörung . . . . .	236
a) Merkmale einer Netzstörung . . . . .	236
b) Unbeachtlichkeit einer Netzstörung . . . . .	237
2. Entzug des gebrauchsnötigen Netzzugangs . . . . .	238
a) Merkmale des Entzugs des gebrauchsnötigen Netzzugangs. . . . .	238
b) Beachtlichkeit des Entzugs des gebrauchsnötigen Netzzugangs . . . . .	239
c) Spezialfall: Entzug des Internetzugangs . . . . .	240
3. Erklärung der Rechtsprechung durch Differenzierung . . . . .	241

4. Abgrenzung . . . . .	242
a) Unklarheit der Abgrenzung . . . . .	243
b) Spezifischer Sachbezug und abgrenzbarer Kreis der Betroffenen . . . . .	243
c) Umfang der Nutzungsbeeinträchtigung . . . . .	244
d) Schwerpunkt der Beeinträchtigung . . . . .	245
e) „Letzte Meile“ und Schutz des Zugangs zu netzbasierten Leistungen . . . . .	245
f) Netz von Netzwerken: Störungen von Cloud-Zugang und Internet . . . . .	246
5. Zwischenfazit . . . . .	247
III. Art des Netzes und Identität des Störers . . . . .	248
1. Entzug des Netzzugangs durch Netzinhaber . . . . .	248
a) Unregulierte private Netze . . . . .	249
b) Öffentliche und regulierte Netze . . . . .	250
2. Entzug des Netzzugangs durch Dritte . . . . .	252
IV. Fazit . . . . .	252
C. Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen . . . . .	253
I. Zufuhr von Versorgungsleistungen bei Mietimmobilien . . . . .	254
1. Zweifel an der Annahme einer Besitzbeeinträchtigung . . . . .	255
2. Bundesgerichtshof: Ablehnung einer Besitzstörung . . . . .	256
a) Sachverhalt und Entscheidung . . . . .	256
b) Begründung . . . . .	257
3. Kriterien sachenrechtlicher Relevanz . . . . .	258
II. Anlagen am Verkehrs- und Stromnetz . . . . .	260
1. Zufuhr von Kundschaft . . . . .	260
2. Abfuhr von Gütern . . . . .	261
3. Stromzufuhr . . . . .	262
III. Keine eigene Bedeutung des Ausbleibens von Gebrauchsvoraussetzungen . . . . .	263
D. Fazit und Bedeutung für vernetzte Geräte . . . . .	264
I. Netzbasierte Betrachtung von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung . . . . .	264
II. Bedeutung für vernetzte Geräte . . . . .	265
Kapitel 5 – Fazit . . . . .	267
I. Maßstab zur Bestimmung des Zuweisungsgehalts . . . . .	267
II. Softwarebasierter Gebrauch und Substanzschutz . . . . .	267
III. Softwarebasierter Gebrauch und Funktionsfähigkeit der Sache selbst . . . . .	268
IV. Netzbasierter Gebrauch und Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung . . . . .	270
V. Gesamtbeobachtung . . . . .	271

§ 4. Rechtmäßigkeit einer Beeinträchtigung . . . . .	273
Kapitel 1 – Einwilligung in eine Gebrauchsbeeinträchtigung . . . . .	275
A. Vertragsverhältnisse und deren Verbindung . . . . .	277
I. Vertragstypologische Einordnung . . . . .	278
1. Überlassung des vernetzten Geräts . . . . .	278
a) Besitzerwerb seitens des Nutzers . . . . .	278
b) Eigentumserwerb des Nutzers . . . . .	279
2. Überlassung der im Gerät verkörpert Software . . . . .	279
3. Vertrag über digitale Dienste und begleitende Erklärungen . . . . .	281
a) Grundlegende Zweifel am wirksamen Vertragsschluss . . . . .	281
b) Vertragstypologische Einordnung des Vertrags über digitale Dienste selbst . . . . .	283
c) Lizenz bezüglich Programmnutzung . . . . .	285
d) Datenschutzrechtliche Einwilligung . . . . .	286
II. Verbindung der Verträge . . . . .	286
1. Haftung des Verkäufers in Warenkauf-RL . . . . .	287
a) Anwendung der Warenkauf-RL auf den Kauf vernetzter Geräte . . . . .	287
b) Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL bzw. § 475c BGB . . . . .	290
c) Wertung des Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL . . . . .	291
2. Vertragliche Einstandspflicht des Verkäufers . . . . .	292
3. Störung der Geschäftsgrundlage . . . . .	293
4. Zwischenfazit . . . . .	293
B. Wirksamkeit der Einwilligung in eine Gebrauchsbeeinträchtigung . . . . .	293
I. Wirksamwerden im Zusammenhang des Vertragsverhältnisses . . . . .	295
1. Erklärung der Einwilligung . . . . .	295
2. Einbeziehung bei digitalem Vertragsschluss . . . . .	296
3. Überraschende Klausel . . . . .	297
II. Maßstab der Inhaltskontrolle . . . . .	298
1. Relevanz des Gesamtgeschäfts . . . . .	300
2. Kauf- vs. mietähnliches Leitbild . . . . .	302
a) Kauf als Veräußerungsvertrag . . . . .	302
b) Miete als Gebrauchsüberlassungsvertrag . . . . .	303
3. Bestimmung des relevanten Leitbildes . . . . .	305
a) Überlassungsvertrag als Abgrenzungsindiz . . . . .	305
b) Digitale Dienste als Schwerpunkt des Geschäfts . . . . .	306
III. Beschränkung des zulässigen Gebrauchs . . . . .	307
1. Zeitlich begrenzter Gebrauch . . . . .	308
a) Mietähnlicher Erwerb . . . . .	308
b) Kaufähnlicher Erwerb . . . . .	309
aa) Digitale Dienste . . . . .	309

bb) Im Gerät integrierte Software . . . . .	311
c) Zwischenfazit . . . . .	312
2. Verbot der Weitergabe . . . . .	312
a) Mietähnlicher Erwerb . . . . .	312
b) Kaufähnlicher Erwerb . . . . .	313
aa) Im Gerät integrierte Software . . . . .	313
bb) Digitale Dienste . . . . .	314
c) Zwischenfazit . . . . .	316
3. Zahlungsverzug . . . . .	316
4. Fazit . . . . .	318
IV. Einwilligung in private Rechtsdurchsetzung . . . . .	319
1. Grundlegende Bedenken gegen private Rechtsdurchsetzung . . . . .	320
a) Strenge Grenzen einer zulässigen Selbsthilfe, §§ 229 ff. BGB. . . . .	321
b) Schutz vor verbotener Eigenmacht, §§ 858 ff. BGB . . . . .	323
aa) Grenzen des possessorischen Rechtsschutzes bei Mitbesitz . . . . .	323
bb) Verbotene Eigenmacht und (rechtzeitiger) Widerruf der Einwilligung . . . . .	324
c) Keine grundlegenden Bedenken gegen Wirksamkeit einer Einwilligung . . . . .	326
d) Keine generell unzulässige Verlagerung der Klage- und Initiativlast . . . . .	327
e) Zwischenfazit . . . . .	330
2. Umgehung der Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts . . . . .	330
a) Unpfändbare Sachen . . . . .	331
aa) Vergleichbarkeit von Funktionssperre und Pfändung . . . . .	332
bb) Beispiele . . . . .	333
b) Vorgaben zum Zugriffsverfahren . . . . .	333
aa) Zustellung des Vollstreckungstitels . . . . .	334
bb) Verfügbarkeit eines Rechtsbehelfs . . . . .	335
cc) Vollstreckung zu Unzeiten . . . . .	335
C. Fazit . . . . .	337
 Kapitel 2 – Softwaresperren als technische Programmschutzmechanismen . . . . .	 339
A. Urheberrechtliche Relevanz der Benutzung vernetzter Geräte . . . . .	340
I. Urheberrechtlicher Schutz von Computerprogrammen: §§ 69a ff. UrhG . . . . .	340
1. Technischer Hintergrund . . . . .	341
a) Computerprogramm . . . . .	341
b) Installation und Nutzung als Vervielfältigung . . . . .	342
2. Restriktiver Schutz im deutschen Recht . . . . .	342
3. Weitgehender Schutz durch Computerprogramm-Richtlinie . . . . .	343

4. Umsetzung der Richtlinie: §§ 69a ff. UrhG . . . . .	344
II. Schutz von Computerprogrammen und digitalen Inhalten . . . . .	345
1. Schutzobjekt Computerprogramm . . . . .	345
2. Computerprogramm vs. digitale Inhalte . . . . .	346
3. Grenzfall Benutzeroberfläche . . . . .	347
4. Vernetzte Geräte . . . . .	348
III. Privater Werkgenuss und Vervielfältigungsrecht des Urhebers . . . . .	349
1. Analoge Werke . . . . .	349
2. Computerprogramme . . . . .	350
3. Digitale Inhalte . . . . .	351
IV. Zwischenfazit . . . . .	352
B. Softwaresperren als technische Maßnahmen zum Schutz des Urheberrechts . . . . .	353
I. Schutz technischer Schutzmaßnahmen . . . . .	354
II. Rechtfertigung von Eigentums- und Besitzbeeinträchtigungen . . . . .	355
III. Urheberrechtswidrigkeit des Gebrauchs vernetzter Geräte . . . . .	357
1. Wirksamkeit formularmäßiger Lizenzbeschränkungen . . . . .	357
a) Zweckübertragungslehre als gesetzliches Leitbild . . . . .	358
b) Leitbild des Gesamtgeschäfts als Maßstab . . . . .	359
2. Beispielhafte Beschränkungen . . . . .	360
a) Befristete Lizenz . . . . .	361
b) Auf Zahlung bedingte Lizenz . . . . .	362
c) Nicht übertragbare Lizenz . . . . .	362
IV. Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts als Grenze technischer Schutzmaßnahmen . . . . .	364
V. Verhältnismäßigkeit technischer Schutzmaßnahmen . . . . .	364
C. Fazit . . . . .	366
Kapitel 3 – Fazit . . . . .	369
Ergebnisse und Ausblick . . . . .	371
A. Kurzüberblick über die Ergebnisse der Untersuchung . . . . .	371
I. Besitzrechtliche Bedeutung der digitalen Sachherrschaft . . . . .	372
II. Softwarebasierter Gebrauch und Veränderung der integrierten Software . . . . .	372
III. Softwarebasierter Gebrauch und Funktionsfähigkeit der Sache selbst . . . . .	373
IV. Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs . . . . .	374
V. Rechtfertigung einer Beeinträchtigung . . . . .	375

B. Umgang mit den Besonderheiten vernetzter Geräte . . . . .	376
I. Spaltung der Sachherrschaft . . . . .	376
II. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit ohne Substanzveränderung .	377
III. Auslagerung von Gebrauchsvoraussetzungen . . . . .	378
1. Schutzlücken und Lösungsansätze . . . . .	378
2. Absoluter Schutz des Cloud-Zugangs . . . . .	380
3. Mobilisierung des relativen vertragsrechtlichen Schutzes . . . . .	381
C. Abschlussfazit . . . . .	382
I. Körperlichkeit der Digitalität . . . . .	382
II. Geistigkeit der Digitalität . . . . .	383
III. Ausblick . . . . .	384
Zusammenfassung in Thesenform . . . . .	385
Verzeichnisse . . . . .	409
Literatur . . . . .	411
Rechtsprechung . . . . .	425
Sachregister . . . . .	429



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. F.	alte Fassung
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AMG	Arzneimittelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3394), das zuletzt durch Artikel 14 des Gesetzes vom 24. Juni 2022 (BGBl. I S. 959) geändert worden ist
Anm.	Anmerkung
ArchBürgR	Archiv für Bürgerliches Recht
Aufl.	Auflage
AVBFernwärmeV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme vom 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 742), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 13. Juli 2022 (BGBl. I S. 1134) geändert worden ist
AVBWasserV	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Wasser vom 20. Juni 1980 (BGBl. I S. 750, 1067), die zuletzt durch Artikel 8 der Verordnung vom 11. Dezember 2014 (BGBl. I S. 2010) geändert worden ist
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 15. Juli 2022 (BGBl. I S. 1146) geändert worden ist
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BSA	Bezpečnostní softwarová asociace
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise

Computerprogramm-RL	Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. 2009 L 111/16
Computerprogramm-RL-1991	Richtlinie 91/250/EWG des Rates vom 14. Mai 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl. 1991 L 122/42
CR	Computer und Recht
Digitale Inhalte-RL	Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. 2019 L 136/1
DSGVO	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), ABl. 2016 L 119/1
ECLI	European Case Law Identifier
EEG 2021	Erneuerbare-Energien-Gesetz vom 21. Juli 2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1353) geändert worden ist
EL	Ergänzungslieferung
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1325) geändert worden ist
ErwGr.	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuCML	Journal of European Consumer and Market Law
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgende
FS	Festschrift
FStrG	Bundesfernstraßengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 28. Juni 2007 (BGBl. I S. 1206), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Juni 2022 (BGBl. I S. 922) geändert worden ist
GasGVV	Gasgrundversorgungsverordnung vom 26. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2391, 2396), die zuletzt durch Artikel 5 des Gesetzes vom 19. Juli 2022 (BGBl. I S. 1214) geändert worden ist
GJZ	Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
Hdb	Handbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
Hrsg.	Herausgeber/Herausgeberin
i.E.	im Ergebnis
IEEE Commun. Surv. Tutor.	IEEE Communications Surveys & Tutorials
InfoSoc-RL	Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung

	bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwand- ten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. 2001 L 167/10
insb.	insbesondere
IoT	Internet of Things
i. S.	im Sinne
IT	Informationstechnik
JA	Juristische Arbeitsblätter
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JurisPK	juris PraxisKommentar
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
MMR	Multimedia und Recht. Zeitschrift für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht
MüKo	Münchener Kommentar
NAV	Niederspannungsanschlussverordnung vom 1. November 2006 (BGBl. I S. 2477), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 19. Juli 2022 (BGBl. I S. 1214) geändert worden ist
NDAV	Niederdruckanschlussverordnung vom 1. November 2006 (BGBl. I S. 2477, 2485), die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 1. November 2021 (BGBl. I S. 4786) geändert worden ist
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs- Report
Nr.	Nummer
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer/Randnummern
S.	Seite
sog.	sogenannt/sogenannte
StromGVV	Stromgrundversorgungsverordnung vom 26. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2391), die zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1237) geändert worden ist
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung vom 26. April 2012 (BGBl. I S. 679), die zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 12. Juli 2021 (BGBl. I S. 3091) geändert worden ist
TierSchG	Tierschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Mai 2006 (BGBl. I S. 1206, 1313), das zuletzt

	durch Artikel 105 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436) geändert worden ist
TKG	Telekommunikationsgesetz vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1858), das zuletzt durch Artikel 9 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1166) geändert worden ist
u.a.	und andere
UKlaG	Unterlassungsklagengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. August 2002 (BGBl. I S. 3422, 4346), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 20. Juli 2022 (BGBl. I S. 1237) geändert worden ist
UrhG	Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1273), das zuletzt durch Artikel 25 des Gesetzes vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1858) geändert worden ist
Urt.	Urteil
v.	vom
Verbraucherkreditverträge-RL	Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. 2008 L 133/66
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
VW	Versicherungswirtschaft
Warenkauf-RL	Richtlinie (EU) 2019/771 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Warenkaufs, zur Änderung der Verordnung (EU) 2017/2394 und der Richtlinie 2009/22/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 1999/44/EG, ABl. 2019 L 136/28
WaStrG	Bundeswasserstraßengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Mai 2007 (BGBl. I S. 962; 2008 I S. 1980), das zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 18. August 2021 (BGBl. I S. 3901) geändert worden ist
WM	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuB	Entscheidungsanmerkungen zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert als
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 1 des

Gesetzes vom 24. Juni 2022 (BGBl. I S. 959) geändert  
worden ist  
Zeitschrift für Wohnungseigentumsrecht

ZWE



## Einleitung

Schöne neue Welt: Auf dem Heimweg biegt man um die letzte Ecke. Das Garagentor klappt auf. Das Smartphone hat die Ankunft schon mitgeteilt. Aus dem Auto durch die Kälte geht es ins Haus – wohlige Wärme. Kurz vor der Ankunft hat das Thermostat die Heizung hochgedreht. An der Tür klingelt es: der Lieferservice des Supermarkts. Offensichtlich war die Milch abgelaufen. In weiser Voraussicht hat der Kühlschrank nachbestellt...

Schon heute kann das Realität sein dank des sogenannten Internets der Dinge. Sein Ziel ist eine flächendeckende Vernetzung verschiedenster Dinge, um eine umfassende Interaktion zwischen physischer Welt und informationstechnischen Systemen zu ermöglichen.<sup>1</sup> Im Zentrum stehen vernetzte Geräte, die mit der Umwelt kommunizieren und aus der Ferne gesteuert werden können.

Doch wie bei vielen technologischen Neuerungen ist noch offen, inwiefern das Internet der Dinge Fluch oder Segen darstellt. Durch die Vernetzung hat nicht mehr nur der Nutzer die Möglichkeit, auf das Gerät zuzugreifen, sondern auch der Anbieter (und nebenbei möglicherweise auch noch ganz andere Dritte<sup>2</sup>). Der Anbieter kann die Funktion des Geräts aus der Ferne sperren und seinen Gebrauch verhindern. Damit kann er ein High-Tech-Endgerät in Elektroschrott verwandeln.

Die Herrschaft über das Gerät wird aufgespalten: Nicht nur der Nutzer, sondern auch der Anbieter haben die Funktionsfähigkeit des Geräts in der Hand. Der Nutzer ist in seinem Gebrauch des Geräts zunehmend vom Willen des Geräteanbieters abhängig. Doch wie weit geht diese Abhängigkeit? Kann sich der Nutzer aufgrund seines Besitzes oder gar seines Eigentums an der Sache gegen einen Zugriff durch den Anbieter wehren? Oder höhlt die Möglichkeit von Funktionssperren seinen Besitz und sein Eigentum aus?<sup>3</sup> Diesen Fragen geht die vorliegende Arbeit nach.

---

<sup>1</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2347 und 2350 ff.; *Hussain*, Internet of Things, 1 ff. und 6 ff.; *Schoder*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 3, 3 ff.; *Shu u.a.*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 275, 276; *Rayes/Salam*, Internet of Things<sup>2</sup>, 1 und 30.

<sup>2</sup> Siehe für ein besonders pikantes Beispiel der Bedrohung vernetzter Geräte durch Hacker (Sperrung eines vernetzten Keuschheitsgürtels): *Agence France-Presse*, „Smart“ male chastity device can be controlled by hackers, users warned, <https://www.theguardian.com/technology/2020/oct/09/smart-male-chastity-device-controlled-hackers-warning> = <https://perma.cc/TD3A-7HQB>.

<sup>3</sup> Vgl. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 100; *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 62; *Sander*, WuB 2022, 175, 176.

## A. Besonderheiten vernetzter Geräte

Bevor Gegenstand (dazu unter B.) und Gang (dazu unter C.) dieser Untersuchung erläutert werden, werden im Folgenden zunächst einige spezifische Eigenschaften vernetzter Geräte herausgearbeitet, die für den rechtlichen, insbesondere sachenrechtlichen Umgang mit solchen Geräten eine Herausforderung darstellen. Es handelt sich dabei zunächst um die Spaltung der Sachherrschaft zwischen Nutzer und Anbieter, die dem Anbieter die Möglichkeit eröffnet, aus der Ferne die Funktion des Geräts zu sperren. Daneben kann bei Geräten mit digitalen Elementen erstmals in erheblichem Umfang die Funktionsfähigkeit von Sachen ohne Einwirkung auf ihre Substanz beeinträchtigt werden. Schließlich können aufgrund der Vernetzung Gebrauchsvoraussetzungen aus dem Gerät in das Datennetz und damit potenziell außerhalb des Schutzbereichs des Sachenrechts ausgelagert werden.

### I. Vernetzung als Alltagsrealität

Ein plastisches Beispiel vernetzter Geräte stellen die bereits vorgestellten, sogenannten Smart Home-Geräte dar. Dabei handelt es sich um verschiedenste Haushaltsgeräte, von Thermostaten über Klima- und Alarmanlagen bis hin zu Kühlschränken, Waschmaschinen und Kaffeemaschinen, die über ein Smart Home-System digital untereinander und mit dem Internet verbunden sind.<sup>4</sup> Dank der Vernetzung kann der Nutzer weltweit auf die Geräte zugreifen, sie bedienen und Informationen über ihren Zustand erhalten. So kann er etwa überprüfen, welche Raumtemperatur in seiner Wohnung herrscht und das Thermostat anpassen. Eine vernetzte Alarmanlage kann ihn aus der Ferne über einen Einbruch informieren.

Bei vernetzten Geräten treten neben Gebrauchsmöglichkeiten, die sich allein aus der analogen Nutzung der Gerätesubstanz ergeben (im Folgenden: analoger Gebrauch), solche Gebrauchsmöglichkeiten, die erst durch eine elektronische Datenverarbeitung möglich werden (im Folgenden: digitaler Gebrauch). Gerade im Rahmen des Internets der Dinge<sup>5</sup> erhalten die vernetzten Geräte neben der Möglichkeit einer Fernsteuerung auch weitere, neuartige Funktionen, unter anderem solche, die auf Automatisierung und künstlicher Intelligenz beruhen. Eine vernetzte Kaffeemaschine kann beispielsweise automatisch angeschaltet werden, sobald der Nutzer morgens seinen vernetzten Wecker ausschaltet. Die vernetzten Geräte können dabei umfangreiche Daten über das Verhalten der Nutzer erheben. Über deren Auswertung kann unter anderem prognostiziert werden, wann und wie der Nutzer seine Wohnung nutzt. Auf dieser Grundlage könnte ein vernetztes Thermostat die Raumtemperatur automatisch und für jeden Raum spezifisch an die prognostizier-

---

<sup>4</sup> Siehe für Beispiele: *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2351 f.; *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755, 755.

<sup>5</sup> Siehe dazu unten S. 478.

te Nutzung anpassen. Die Datenverarbeitung kann im Gerät, aber auch außerhalb des Geräts, insbesondere auf dem Cloud-Server<sup>6</sup> des Anbieters erfolgen.<sup>7</sup>

Die Einsatzmöglichkeiten vernetzter Geräte und des Internets der Dinge sind nahezu grenzenlos und beschränken sich insbesondere nicht auf den eben beispielhaft skizzierten privaten und häuslichen Gebrauch. Die Verbreitung<sup>8</sup> und wirtschaftliche Bedeutung<sup>9</sup> vernetzter Geräte nehmen rasant zu und werden dies voraussichtlich auch zukünftig tun. Bereits heute sind sie in den verschiedensten Lebensbereichen präsent. Neben den genannten Beispielen vernetzter Haushaltsgeräte finden sich vernetzte Geräte etwa auch im Transport- und Logistikwesen (vernetzte Lastkraftwagen), in der Industrie (vernetzte, automatisierte Produktionsstrecken<sup>10</sup>), in der Landwirtschaft (vernetzte Traktoren<sup>11</sup>) sowie im Pflege- und Gesundheitswesen (maschinelle Pflege, automatisierte Diagnose und Erhebung von Messdaten, ferngesteuerte Operationen<sup>12</sup>).<sup>13</sup>

## II. Vernetzung als wertbestimmender Faktor

Die Vernetzung ist beim Vertrieb vernetzter Geräte für den Wert und damit die Preisbildung vernetzter Geräte regelmäßig von entscheidender Bedeutung. Offenkundig ist dies bei Geräten, die nur bei andauernder Vernetzung – meist bei Verbindung zu der IT-Infrastruktur des Anbieters, also dessen Cloud-Server – nutzbar sind oder bei denen die Restfunktionen, die ohne eine derartige Vernetzung verwendet werden können, von höchstens untergeordneter Bedeutung sind. Als Beispiel kann hier der eingangs erwähnte, vernetzte Garagentoröffner genannt

---

<sup>6</sup> Siehe zur Definition des Begriffs der Cloud unten bei S. 47.

<sup>7</sup> *National Institute of Standards and Technology*, Special Publication 800–145, 2011, 3.

<sup>8</sup> *Europäische Kommission*, C(2020) 4754 final, 2020, 1: Gesamtzahl intelligenter Heimgeräte in der EU Ende 2019: 108 Millionen, bis 2023 wird mit 184 Millionen gerechnet; *Europäische Kommission*, COM(2017) 712 final, 2017, 1; *Regenfus*, JZ 2018, 79, 79; *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), *Verbraucherrecht* 2.0, 367, 367.

<sup>9</sup> *Europäische Kommission*, COM(2017) 712 final, 2017, 1 schätzt das wirtschaftliche Potenzial von IoT-Anwendungen bis 2025 in Industrieländern auf bis zu 9 Bio. EUR pro Jahr.

<sup>10</sup> *Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Vernetzte Produktion, <https://www.mittelstand-digital.de/MD/Redaktion/DE/Dossiers/A-Z/vernetzte-produktion.html> = <https://perma.cc/8C3A-CBJQ>; *Fraunhofer-Gesellschaft*, Vernetzte Produktion für die Industrie 4.0 – über Ländergrenzen hinweg, <https://www.fraunhofer.de/de/presse/presseinformationen/2019/januar/vernetzte-produktion-fuer-die-industrie-4-0-ueber-laendergrenzen-hinweg.html> = <https://perma.cc/2M66-J9LN>.

<sup>11</sup> Siehe etwa *John Deere*, Die Landwirtschaft der Zukunft, <https://www.deere.de/de/landtechnik/landwirtschaft-der-zukunft/> = <https://perma.cc/QL2U-NDKZ>.

<sup>12</sup> Vgl. *Löfken*, Erste Operation über den Atlantik – Ärzte entfernen von den USA aus eine Gallenblase in Frankreich, <https://www.wissenschaft.de/umwelt-natur/erste-operation-ueber-den-atlantik-aerzte-entfernen-von-den-usa-aus-eine-gallenblase-in-frankreich/> = <https://perma.cc/XXC9-267H>.

<sup>13</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 *IEEE Commun. Surv. Tutor.* 2347 (2015), 2351 f.; *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 506 f.

werden.<sup>14</sup> Ohne aktive Vernetzung ist er nutzlos, da das Tor nicht mehr aus der Ferne geöffnet werden kann. Um das Tor vor Ort händisch zu öffnen, braucht man ihn demgegenüber nicht. Die Vernetzung ist konstitutiv für Wesen und Wert des Geräts. Zugespißt ausgedrückt stellt ein solches Gerät ohne Vernetzung, insbesondere wenn eine Vernetzung auf Dauer ausgeschlossen ist, nur noch Elektroschrott dar.<sup>15</sup>

Bei zahlreichen anderen vernetzten Geräten ist die Vernetzung für den Gebrauch weniger entscheidend. Dies ist der Fall, wenn das Gerät auch ohne Vernetzung, also offline,<sup>16</sup> zumindest teilweise funktionsfähig ist. So kann die Vernetzung lediglich für Aktualisierungen der integrierten Software, für den Gebrauch von untergeordneten Zusatzfunktionen oder den Erwerb neuer Sekundärprodukte erforderlich sein. Zu denken ist hier beispielsweise an einen vernetzten Kühlschrank, der über eine aktive Vernetzung selbstständig Lebensmittel bestellen kann, in Abwesenheit einer Vernetzung jedoch weiterhin ohne Beeinträchtigung vorhandene Lebensmittel kühlt. Bei der automatisierten Bestellmöglichkeit handelt es sich um eine digitale Zusatzfunktion, die zu den Gebrauchsmöglichkeiten eines analogen Kühlschranks hinzukommt. Auch in solchen Fällen sind die digitalen Zusatzfunktionen, die die Vernetzung ermöglicht, für die Preisbildung und die Erwerbsentscheidung des Nutzers von erheblicher Bedeutung. In der Werbung werden digitale Zusatzfunktionen – zumindest derzeit noch – typischerweise als Abgrenzungsmerkmal zu vergleichbaren analogen Konkurrenzprodukten herausgestellt. Die Zusatzfunktionen motivieren zum Kauf und rechtfertigen höhere Preise.<sup>17</sup> Sie stellen einen entscheidenden wertbildenden Faktor dar, selbst wenn auch ohne die Zusatzfunktionen nicht unerhebliche Gebrauchsmöglichkeiten verbleiben.

Bei zahlreichen Geräten bestehen neben den netzbasierten Gebrauchsmöglichkeiten auch softwarebasierte Gebrauchsmöglichkeiten, die unabhängig von einer Vernetzung – also offline – genutzt werden können. Beispielhaft kann hier ein E-Book-Reader genannt werden, auf dem auch ohne aktive Netzanbindung in dem Gerät gespeicherte E-Books gelesen werden können und mangels Vernetzung lediglich keine neuen Bücher heruntergeladen werden können. Solche softwarebasierten Funktionen sind vielfach ebenfalls wesensprägend für die Geräte und stellen einen entscheidenden wertbildenden Faktor dar. Auch sie können über die Brauchbarkeit und den Wert eines Geräts entscheiden: Sofern die in einem E-Book-Reader integrierte Software nicht mehr funktionsfähig ist, ist das Gerät nicht mehr nutzbar. Auch wenn diese softwarebasierten Funktionen, anders als netzbasierte Funk-

---

<sup>14</sup> Siehe oben bei S. 1.

<sup>15</sup> Eine fortgesetzte Nutzung ist indes dann möglich, wenn das Gerät interoperabel ist und lediglich eine Vernetzung mit dem Anbieter ausscheidet. Zur aktuell weitgehend mangelnden Interoperabilität vernetzter Geräte siehe jedoch unten bei S. 51 ff.

<sup>16</sup> Siehe dazu unten bei S. 53 ff.

<sup>17</sup> *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 755 beziffern bspw. den Preisunterschied zwischen einer analogen Personenwaage und einer Personenwaage mit einer Fitness-App auf 100 Euro.

tionen, an sich offline genutzt werden können, kann der Anbieter oft die Vernetzung des Geräts nutzen, um auch solche Funktionen zu sperren.

### *III. Vertrieb und Erwerb vernetzter Geräte*

Die Vernetzung von Geräten führt bei deren Vertrieb und Erwerb zu Besonderheiten. Meist erfolgt der Erwerb kauf- oder mietähnlich (dazu unter 1.). Sowohl auf Seiten des Nutzers als auch des Anbieters spielen neben den Vertragsparteien Dritte eine wichtige Rolle (dazu unter 2.).

#### *1. Vernetzte Geräte als Gebrauchs- und Erwerbsobjekte*

Grundsätzlich lassen sich zwei Arten des Vertriebs vernetzter Geräte unterscheiden, die sich an den Leitbildern von Kauf und Miete orientieren.<sup>18</sup> Eher traditionell ist der kaufähnliche Erwerb. Dem Nutzer wird das Gerät dabei auf Dauer überlassen. Er soll Eigentümer des Geräts werden. Die Überlassung erfolgt gegen Einmalzahlung oder Ratenzahlung. Neben diese gewöhnlichen Charakteristika eines Kaufs treten bei vernetzten Geräten Besonderheiten. Bei solchen Geräten ist der Nutzer für ihre vertragsgemäße Verwendung dauerhaft auf die Vernetzungsmöglichkeit und somit auf die digitalen Dienste des Anbieters angewiesen. Der klassische Pflichtenkanon des § 433 Abs. 1 BGB – Übergabe, Übereignung, Mängelfreiheit bei Gefahrübergang – erfasst dies nur unvollständig. Nach der Vorstellung der Parteien treten weitere, andauernde Pflichten hinzu, die dem Erwerb die Komponente eines Dauerschuldverhältnisses geben<sup>19</sup> und die seit dem Jahre 2002 zumindest bei Verbrauchsgüterkaufverträgen in §§ 475a ff. BGB Berücksichtigung finden.<sup>20</sup>

Neben den kaufähnlichen tritt ein mietähnlicher Erwerb. Der Nutzer erhält dabei das Gerät lediglich für die Dauer des Vertrags, soll nicht Eigentümer des Geräts werden und muss für den fortwährenden Gebrauch des Geräts und die Bereitstellung der damit verbunden digitalen Dienste in regelmäßigen Abständen zahlen. Neu ist hier insbesondere die Verbreitung von sehr kurzfristigen Mietverhältnissen, bei denen das Gerät dem Nutzer teilweise für nur wenige Minuten zum Gebrauch überlassen wird. Ein prominentes Beispiel, das gerade in größeren Städten immer präsenter wird, betrifft die Kurzzeitmiete verschiedener Verkehrsmittel von Kraftfahrzeugen („Carsharing“) über Fahrräder („Bikesharing“) bis zu Mopeds und Elektroscootern. Derartige Angebote sind erst durch die ortsunabhängige Vernetzung der Fahrzeuge realisierbar. Nur so können sie überall im Stadtgebiet abgestellt und von den Kunden per Smartphone lokalisiert und gemietet werden.

---

<sup>18</sup> Siehe zur vertragstypologischen Einordnung unten bei S. 228 ff.

<sup>19</sup> Siehe dazu unten bei S. 281 ff. Vgl. Metzger, JZ 2019, 577, 577.

<sup>20</sup> Siehe dazu sowie zu den neu eingeführten §§ 327 ff. BGB unten bei S. 287 ff.

Die Miete kann minutengenau abgerechnet werden. Der Gebrauch des Geräts wird vom Anbieter aus der Ferne eröffnet und beendet.

Doch auch langfristige Mietverhältnisse sind verbreitet. Mitunter wird die zunehmende Bedeutung mietähnlicher Vertriebsformen mit dem Aufkommen einer sogenannten *sharing economy* umschrieben und es wird von einem Paradigmenwechsel von Eigentum zu Miete beziehungsweise von „ownership to access“ gesprochen.<sup>21</sup> Beim Erwerb von Software lässt sich eine solche Zunahme von temporärer Gebrauchsüberlassung im Rahmen verschiedener „Abo-Modelle“ bereits länger beobachten.<sup>22</sup> Sie wird angetrieben durch die zunehmende Verbreitung Cloud-basierter Softwarenutzung. Für Anbieter sind solche Modelle wirtschaftlich attraktiv, da sie kontinuierliche Einkünfte erzeugen und verhindern, dass Nutzer eine – aus Sicht der Anbieter – „veraltete“ Version der Software weiternutzen, um die Kosten für eine neuere Softwareversion mit nur geringfügigen Veränderungen einzusparen. Bei vernetzten Geräten sind die ökonomischen Anreize für die Anbieter vergleichbar. Auch dort kann eine ähnliche Entwicklung einsetzen.

Mischformen zwischen einem rein miet- und rein kaufähnlichen Erwerb sind ebenfalls denkbar. So kann der Nutzer das Gerät beispielsweise gegen eine anfängliche Zahlung zum Eigentum erhalten und dennoch im Anschluss fortdauernd an den Anbieter Zahlungen für die Bereitstellung der digitalen Dienste leisten müssen. Auch ist es möglich, dass der Nutzer das Gerät unentgeltlich zum Eigentum erhält und lediglich fortdauernd für die digitalen Dienste zahlen muss. Eine solche Konstellation ist insbesondere denkbar, wenn das Gerät selbst keinen eigenen wirtschaftlichen Wert hat und die digitalen Dienste im Vordergrund stehen.

Die Vernetzung von Geräten und die Verbreitung des Internets der Dinge bereiten darüber hinaus den Weg für neuartige Geschäftsmodelle zwischen Kauf und Miete, die vielfach derzeit noch nicht vorhersehbar sind. Als Beispiel eines bereits absehbaren innovativen Geschäftsmodells kann die Automobilbranche dienen. Dort werden vernetzte Kraftfahrzeuge entwickelt, bei denen die Hardware für verschiedenste Funktionalitäten integriert ist, deren Funktionsfähigkeit jedoch durch die Software kontrolliert wird und gezielt freigeschaltet werden muss. So kann bei einem gekauften Fahrzeug etwa die Hardware für eine Einparkhilfe oder Sitzheizung vorhanden sein. Genutzt werden können diese Funktionen allerdings nur, wenn sie gegen einen Aufpreis vom Anbieter freigeschaltet wird.<sup>23</sup> Denkbar ist dabei wieder ein Abo-Modell, bei dem laufend für den Gebrauch der Einparkhilfe zu zahlen ist und diese bei Aussetzen der Zahlungen durch eine Softwaresperre wieder blockiert wird. Eine Sitzheizung könnte wiederum bedarfsabhängig – etwa im

---

<sup>21</sup> *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 99, 109; *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), *Verbraucherrecht 2.0*, 367, 371; *Wendehorst*, *Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten*, 5; Dörr/Goldschmidt/Schorkopf (Hrsg.), *Share Economy*.

<sup>22</sup> Vgl. *Bräutigam*, *NJW* 2022, 3118, 3120.

<sup>23</sup> *Audi*, *Consistently connected: Audi introduces functions on demand*, <https://www.audi.com/en/company/investor-relations/talking-business/audi-functions-on-demand.html> = <https://perma.cc/K44R-EG86>.

Winter – gegen Zahlung des Nutzers vorübergehend zum Gebrauch freigeschaltet werden.

## 2. *Relevante Akteure*

Eine weitere Eigenart des Vertriebs vernetzter Geräte ist neben der Vielgestalt der Vertriebsmodelle die Vielzahl von Akteuren, die bei ihrem Vertrieb und Gebrauch eine Rolle spielen können.<sup>24</sup> Im Folgenden werden beispielhaft mögliche Akteure vorgestellt. Dabei wird bewusst auf juristische Fachterminologie verzichtet, um eine rechtliche Bewertung nicht vorwegzunehmen, übergeordnete Kategorien zu entwickeln und generellere Aussagen zu ermöglichen. Um etwa dauerhafte, kaufähnliche Überlassungen und temporäre, mietähnliche Überlassungen gleichermaßen zu erfassen, werden die Begriffe „Erwerber“ und „Anbieter“ verwendet statt der Begriffe „Käufer“ und „Mieter“ beziehungsweise „Verkäufer“ und „Vermieter“. Diese funktionalen Rollenbeschreibungen werden auch im weiteren Verlauf der Arbeit verwendet.

### a) *Nutzer und Anbieter*

Im Kern der Betrachtung stehen der Nutzer und der Anbieter des vernetzten Geräts. Zwischen ihnen entfaltet sich das Spannungsverhältnis, das den Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung bildet. Der Anbieter ist die – meist juristische – Person, die das Gerät herstellt und in den Verkehr bringt sowie die für den Gebrauch des Geräts notwendige digitale Infrastruktur und die digitalen Dienste bereitstellt. Der Anbieter verwaltet die Benutzerkonten der Nutzer. Er erhebt und verarbeitet Daten zum Gebrauch des Geräts. Sofern in dem Gerät urheberrechtlich geschützte Software enthalten ist, handelt es sich beim Anbieter vielfach um den Inhaber des Urheberrechts oder zumindest einer ausschließlichen Lizenz.<sup>25</sup>

Der Nutzer ist demgegenüber die Person, die das Gerät verwendet. Unter seinem Namen oder Pseudonym ist gegebenenfalls ein Benutzerkonto beim Anbieter angelegt. Auf ihn ist das Gerät registriert und über ihn werden beim Gebrauch des Geräts personenbezogene Daten erhoben.

### b) *Beteiligung Dritter seitens des Nutzers*

Neben Nutzer und Anbieter können auch weitere Personen von Bedeutung sein. Auf Seiten des Nutzers betrifft dies insbesondere den Erwerber, der nicht personenidentisch mit dem Nutzer sein muss. Der Erwerber ist die Person, die das Gerät vertraglich erworben hat, regelmäßig also gekauft oder gemietet hat. Sofern nach dem Geschäftsmodell ein Eigentumsübergang vorgesehen ist, soll meist der Erwerber auch der Eigentümer werden. Der Nutzer ist demgegenüber die Person, die das

---

<sup>24</sup> Vgl. *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13, 14f.; *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 370ff.; *Dieselhorst/Grages*, MMR 2011, 368, 368f.

<sup>25</sup> Vgl. *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13, 14f.

Gerät tatsächlich verwendet. Er ist daher meist Besitzer des Geräts. Sofern eine Differenzierung zwischen Nutzer und Erwerber rechtlich nicht von Belang ist, wird im Folgenden einheitlich der Ausdruck des Nutzers verwendet, wobei grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass der Nutzer auch Erwerber ist. Kommt es zu einer Weiterveräußerung des vernetzten Geräts, lässt sich zwischen dem Ersterwerber beziehungsweise Erstnutzer und dem Zweiterwerber beziehungsweise Zweitnutzer unterscheiden.

### *c) Beteiligung Dritter seitens des Anbieters*

Seitens des Anbieters kann zunächst – wie bei analogen Geräten – zwischen der Involvierung Dritter beim Vertrieb und bei der Herstellung des Geräts unterschieden werden. Darüber hinaus können bei vernetzten Geräten jedoch Dritte auch beim Gebrauch des Geräts involviert sein aufgrund der Notwendigkeit einer andauernden Bereitstellung der digitalen Infrastruktur und der digitalen Dienste.

Hinsichtlich des Vertriebs ist zwischen dem Anbieter und dem Veräußerer zu differenzieren. Der Anbieter ist die Person, die das Gerät herstellt, in den Verkehr bringt, die mit ihm verbundenen digitalen Dienste erbringt und die digitale Infrastruktur unterhält. Der Anbieter kann all diese Aufgaben selbst erfüllen oder sich dafür Dritter bedienen.<sup>26</sup> Der Veräußerer ist demgegenüber die Person, von der der Erwerber das Gerät unmittelbar erwirbt, mit der er vertraglich verbunden ist. Bei einer kaufähnlichen Gestaltung ist diese Person der Verkäufer; bei einer mietähnlichen Gestaltung der Vermieter.<sup>27</sup> Bei einer kaufähnlichen Gestaltung ist ein Vertrieb über einen Zwischenhändler anscheinend verbreiteter als bei einem mietähnlichen Vertrieb. Verkäufer und Anbieter sind daher vielfach personenverschieden.<sup>28</sup> Bei einem mietähnlichen Vertrieb erfüllt der Anbieter demgegenüber vielfach selbst die Rolle des Vermieters.

Für die Herstellung des Geräts kann der Anbieter auf einen oder mehrere Hersteller zurückgreifen. Er kann für die Sachsubstanz und die verwendete Software verschiedene Hersteller einsetzen. Auch für die Vernetzung des Geräts sowie die Bereitstellung der digitalen Dienste kann der Anbieter Dritte einsetzen.<sup>29</sup> Für die Vernetzung wird häufig die digitale Plattform eines Dritten verwendet, eines sogenannten IoT-Plattform-Betreibers. Der Anbieter muss die vernetzten Geräte auch nicht selbst laufend verwalten oder deren dauerhafte Unterstützung gewährleisten, sondern kann damit einen IoT-Dienste-Anbieter beauftragen. Dieser verwaltet dann die einzelnen Endgeräte und kann gegebenenfalls einzelne Nutzer oder Nutzergruppen sperren. Damit kann er die Funktion der Geräte sperren, die für ihren Gebrauch auf einen Zugang zu der IoT-Plattform angewiesen sind. Die Anbieter

<sup>26</sup> Vgl. *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13, 14.

<sup>27</sup> Vgl. *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13, 14; *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), *Verbraucherrecht 2.0*, 367, 370f.

<sup>28</sup> *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13, 14; *Regenfus*, JZ 2018, 79, 81; *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), *Verbraucherrecht 2.0*, 367, 370f. und 410ff.

<sup>29</sup> Vgl. *Wendehorst*, JZ 2021, 974, 975.

der verschiedenen digitalen Dienste müssen nicht als Subunternehmer des Anbieters auftreten. Es ist denkbar, dass mit ihnen eigene Verträge geschlossen werden. Solche Verträge kommen meist nach dem Erwerb des Geräts zustande, wenn der Nutzer das Gerät in Betrieb nimmt und erstmals mit der IoT-Plattform verbindet.<sup>30</sup>

#### *IV. Funktionssperren und gespaltene Sachherrschaft*

Wo die Vernetzung dem Nutzer Gebrauchsmöglichkeiten eröffnet, gibt sie dem Anbieter Einwirkungsmöglichkeiten. Der Anbieter kann diese nutzen, um den Gebrauch des Geräts durch eine Funktionssperre zu verhindern. Soweit der Nutzer für den Gebrauch des Geräts auf einen Zugang zum Cloud-Server oder andere digitale Dienste des Anbieters angewiesen ist, kann der Anbieter den Zugang blockieren oder die Dienste einstellen. Hat der Anbieter digitale Zugriffsrechte bezüglich der im Gerät integrierten Software (sog. Root-Rechte),<sup>31</sup> kann er diese Software sperren und den Gebrauch des Geräts verhindern.<sup>32</sup>

##### *1. Tatsächliche Beispiele von Funktionssperren*

Eindrücklich zeigen die folgenden, realen Beispiele, welche Auswirkungen die Einwirkungsmöglichkeiten des Anbieters haben können und welche Gestalt Funktionssperren annehmen können. Die Beispiele unterstreichen, wie ohnmächtig der Nutzer eines vernetzten Geräts de facto einem Zugriff des Anbieters gegenübersteht und wie sehr er von dessen Willkür abhängig sein kann.

Im Jahre 2017 erwarb ein US-Amerikaner einen vernetzten Garagentoröffner.<sup>33</sup> Mittels eines auf einem Smartphone installierten Programmes sollte der Nutzer über den Server des Anbieters aus der Ferne das Garagentor öffnen und schließen können. Bei der Inbetriebnahme des Geräts war der Nutzer allerdings zunächst auf Schwierigkeiten gestoßen. Er verfasste daher auf der Seite des Anbieters und auf dem Verkaufsportal, auf dem er das Gerät gekauft hatte, eine sehr negative, im Tonfall ausfallende Kritik. Der Anbieter des Toröffners reagierte prompt. Wegen des beleidigenden Tonfalls setzte er die Identifikationsnummer des erworbenen Geräts auf eine schwarze Liste und sperrte dadurch für den Nutzer den Zugriff auf den Cloud-Server des Anbieters (sog. „Blacklisting“). Ohne Zugriff auf diesen Server

<sup>30</sup> *Kuß*, in: Sassenberg/Faber (Hrsg.), Hdb Industrie 4.0 und Internet of Things<sup>2</sup>, § 12 Rn. 62; zurückhaltend bzgl. eines Vertragsschlusses *Magnus*, Fernkontrolle, 89 ff.

<sup>31</sup> Es handelt sich um tatsächliche, informationstechnische und nicht um rechtlich Befugnisse. Siehe dazu S. 59 f.

<sup>32</sup> *Regenfus*, JZ 2018, 79, 79.

<sup>33</sup> *Waddell*, Avenging a One-Star Review with Digital Sabotage, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/04/garadget-sabotage/521937/> = <https://perma.cc/326Q-VGTX>; *Matyszczuk*, Company bricks smart garage-door opener after bad review, <https://www.cnet.com/news/garadget-bricks-smart-garage-door-opener-after-bad-review-iot/> = <https://perma.cc/PG2B-TELB>.

konnte der Nutzer das Gerät nicht mehr bedienen. Der Öffner wurde nutzlos. Das Tor musste manuell geöffnet werden.

Ein weiteres Beispiel für eine Blockademöglichkeit seitens des Anbieters<sup>34</sup> stellt die folgende Praxis dar, die im Nachgang der Finanzkrise der ausgehenden 2000er Jahre in den USA anscheinend zunehmende Verbreitung fand:<sup>35</sup> Bei Gebrauchtwagenhändlern konnten Personen mit geringer Kreditwürdigkeit dank hochverzinseter Darlehen Gebrauchtwagen kaufen. Um die Zahlungsdisziplin der Kunden sicherzustellen, wurden die Gebrauchtwagen mit sogenannten *starter interrupt devices* ausgestattet. Diese vernetzten Geräte warnen den Kunden durch anhaltendes lautes Piepsen, wenn eine Darlehnsrate ansteht oder nicht rechtzeitig bedient wurde. Wird die Rate nicht innerhalb einer gewissen Zeit gezahlt, kann der Darlehensgeber durch das *starter interrupt device* das Anlassen des Wagens verhindern. Der Kunde kann die Türen des Wagens zwar noch öffnen, fahren kann er ihn indes nicht mehr.<sup>36</sup> Das Vorgehen ist in diesen Fällen besonders fragwürdig, da die Abhängigkeit vieler US-Bürger von einem eigenen Kraftfahrzeug ausgenutzt wurde. Ärmeren Personen wurden anscheinend überteuerte Darlehen und Gebrauchtwagen vermittelt, die sie sich vielfach nicht leisten konnten und deren Abzahlung durch die drohende Funktionssperre des Kraftfahrzeugs geradezu erpresst wurde. Die Darlehensgeber begegneten diesen Bedenken mit der Behauptung, dass die betroffenen Kunden ohne den Einsatz der *starter interrupt devices* überhaupt kein Darlehen erhalten hätten.<sup>37</sup>

Ein weiteres Beispiel einer Funktionssperre betrifft Revolv, ein Unternehmen, das eine Basisstation zur Vernetzung von Eigenheimen verkaufte (sog. *smart*

---

<sup>34</sup> Genau genommen stellt der Einsatz eines *starter interrupt device* ein untypisches Beispiel der Abhängigkeit des Nutzers eines vernetzten Geräts von dessen Anbieter dar. Die Gebrauchtwagen sind schließlich nicht von sich aus vernetzt. Es wird vielmehr mit dem *starter interrupt device* ein vernetztes Gerät eingebaut, durch das erst die Kontrolle über den Wagen ermöglicht wird. Eine entsprechende Vorkehrung könnte jedoch problemlos bei einem von Anfang an vernetzten Wagen eingebaut sein. Bereits heute kommen zudem vergleichbare Funktionssperren bei sogenannten Carsharing-Angeboten zum Einsatz.

<sup>35</sup> *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 103; *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 85, 86; *Consumers International, Connection and protection*, 2016, 36; *Corkery/Silver-Greenberg*, *Miss a Payment?*, <https://dealbook.nytimes.com/2014/09/24/miss-a-payment-good-luck-moving-that-car/> = <https://perma.cc/K4E4-PK5P>; *Matyszczyk*, *John Oliver mocks device that nags until you make a car payment*, <https://www.cnet.com/news/john-oliver-highlights-beeping-device-that-nags-you-until-you-make-your-car-payment/> = <https://perma.cc/8NR2-TXK5>; vgl. *Klever*, in: *Beyer u.a. (Hrsg.), Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019*, 379, 379; *Strobel*, *NJW 2022*, 2361, 2361.

<sup>36</sup> Ein vergleichbarer Fall beschäftigte vor Kurzem den BGH. Dort ging es um die Klage auf Unterlassen der Nutzung einer AGB-Klausel, die es dem Vermieter einer Elektrofahrzeug-Batterie erlaubte, unter bestimmten Umständen die Wiederauflagemöglichkeit der Batterie zu sperren: *BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21*, *NJW 2022*, 3575; siehe dazu *Duden*, *NJW 2023*, 18; *Vorinstanz: OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20*, *JZ 2022*, 359.

<sup>37</sup> *Corkery/Silver-Greenberg*, *Miss a Payment? Good Luck Moving That Car*, <https://dealbook.nytimes.com/2014/09/24/miss-a-payment-good-luck-moving-that-car/> = <https://perma.cc/K4E4-PK5P>.

*home-device*).<sup>38</sup> Über eine App konnten damit Klimaanlage, Alarmanlage, Überwachungskamera, Lichter etc. aus der Ferne gesteuert beziehungsweise programmiert werden. Im Oktober 2014 wurde das Unternehmen von Nest gekauft, einem Tochterunternehmen von Google, das vergleichbare Produkte zur Vernetzung des Eigenheims herstellt. Um Ressourcen zu sparen, wurden im Mai 2016 die für den Betrieb von Revolv notwendigen digitalen Dienste eingestellt, woraufhin die Geräte nicht mehr genutzt werden konnten. Inwiefern Kunden eine Kostenerstattung erhielten, ist nicht klar ersichtlich. Zumindest ursprünglich wollte das Unternehmen Zahlungen anscheinend durch einen Verweis auf den Ablauf der einjährigen Garantie abwenden.<sup>39</sup>

Die genannten Beispiele geben einen kleinen Einblick, in welcher vielfältiger Form die Vernetzung dem Anbieter eine dauerhafte Einwirkungsmöglichkeit eröffnet. Der Anbieter kann eine, mehrere oder alle Funktionen des Geräts sperren. Möglich ist dies, indem er die im Gerät integrierte Software sperrt oder indem er den Zugang zum Cloud-Server kappt oder andere netzbasierte digitale Dienste einstellt. Durch diese Einwirkungsmöglichkeit des Anbieters kommt es zu einer Spaltung der Sachherrschaft. Neben dem Nutzer kann nun auch der Anbieter dauerhaft über die Nutzbarkeit der Sache entscheiden.

## 2. Anlass für Funktionssperren

Die dargestellten Beispiele zeigen, dass Funktionssperren unterschiedliche Ziele verfolgen können.<sup>40</sup> Wie die Sperre des Garagentoröffners aufgrund einer negativen Kundenbewertung zeigt,<sup>41</sup> sind der Willkür des Anbieters de facto kaum Grenzen gesetzt.<sup>42</sup> Vielfach werden Anbieter mit Funktionssperren jedoch klare wirtschaftliche Anliegen verfolgen. Drei Beispiele sollen dies illustrieren: eine Sperre aufgrund des Alters des Geräts (dazu unter a)), aufgrund einer Weitergabe des Geräts an einen Zweitnutzer (dazu unter b)) sowie aufgrund eines Ausbleibens der für das Gerät oder dessen Gebrauch geschuldeten Gegenleistung (dazu unter c)).

---

<sup>38</sup> Consumers International, *Testing our trust*, 2017, 12; *Revolv – a Nest company*, A letter from Revolv’s founders, <https://web.archive.org/web/20160301002424/http://revolv.com/> = <https://perma.cc/J787-7RQY>; *Statt*, Nest is permanently disabling the Revolv smart home hub, <https://www.theverge.com/2016/4/4/11362928/google-nest-revolv-shutdown-smart-home-products> = <https://perma.cc/8CML-A94U>.

<sup>39</sup> *Revolv – a Nest company*, A letter from Revolv’s founders, <https://web.archive.org/web/20160301002424/http://revolv.com/> = <https://perma.cc/J787-7RQY>. Letztlich scheint das Unternehmen jedoch eine Kostenerstattung angeboten zu haben: *Revolv – a Nest company*, Revolv is now closed, <http://revolv.com/> = <https://perma.cc/L3SQ-735L>.

<sup>40</sup> Siehe etwa bei *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80.

<sup>41</sup> Siehe oben bei S. 9f.

<sup>42</sup> Weitere Beispiele etwa bei *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80; Consumers International, *Testing our trust*, 2017, 12.

*a) Alter des Geräts*

Der Anbieter kann ein Gerät zunächst sperren, weil das Gerät ein gewisses Alter erreicht hat und der Anbieter diesen Gerätetyp beziehungsweise diese Produktionsreihe nicht mehr unterstützt. Hintergrund dessen kann sein, dass nur noch wenige Nutzer eine bestimmte Produktionsreihe verwenden und daher die Aktualisierung der notwendigen Software aus Sicht des Anbieters unverhältnismäßige Kosten verursacht.

Eine derartige Funktionssperre kann zudem Teil einer sogenannten geplanten Obsoleszenz sein. Unternehmen sehen dabei für ihre Produkte zeitlich begrenzte Lebenszyklen vor und schaffen unterschiedliche Anreize, nach Ablauf des Lebenszyklus das alte Produkt durch ein neues zu ersetzen. So kann beispielsweise bei einem Smartphone oder Laptop das Betriebssystem mit jeder Aktualisierung mehr Rechenleistung und Stromressourcen verbrauchen, wodurch das Gerät immer langsamer wird, bis der Nutzer es durch ein leistungsstärkeres neues Gerät ersetzt. Bei vernetzten Geräten kann eine Funktionssperre einen sehr effektiven Anreiz für einen Neuerwerb setzen.

In der Praxis werden Anbieter solche Obsoleszenz-Sperren wohl nur zurückhaltend einsetzen, da sie zu Gegenwehr der Nutzer und zu Reputationsschäden führen dürften. Deutlich attraktiver als Obsoleszenz-Sperren, vom Ergebnis jedoch vergleichbar, wird für Anbieter eine Verlagerung vom Verkauf auf die Vermietung von vernetzten Geräten sein.<sup>43</sup> Altersbedingte Funktionssperren dürften sich daher in der Praxis vielfach auf den Fall konzentrieren, dass wegen der sinkenden Nutzerzahlen und des zunehmenden Alters des Geräts die fortdauernde Unterstützung des Gerätetyps unverhältnismäßige Kosten verursacht.

*b) Weitergabe des Geräts*

Eine ähnliche wirtschaftliche Zielrichtung wie eine Obsoleszenz-Sperre hat es, wenn der Anbieter durch eine Funktionssperre die Weitergabe des Geräts unterbindet und so dessen Verkehrsfähigkeit de facto einschränkt.<sup>44</sup> Damit wird der Absatz des Geräts auf dem Primärmarkt vor Konkurrenz auf dem Sekundärmarkt abgeschirmt. Eine Funktionssperre ist bei einer Weitergabe des Geräts auch in der Form denkbar, dass eine Weitergabe des Geräts zwar möglich ist, der Zweitnutzer aber ein eigenes – entgeltliches oder auch kostenfreies – Benutzerkonto anlegen muss. Eine solche Einschränkung ist für den Anbieter attraktiv, um sicherzustellen, dass die bei der Nutzung erhobenen personenbezogenen Daten einem einzigen Datensubjekt zugeordnet werden können.

---

<sup>43</sup> Siehe dazu S. 6.

<sup>44</sup> *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80. Vgl. zur Weiterveräußerung von Softwarelizenzen: EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 – *UsedSoft*.

### c) Ausbleiben der Gegenleistung

Als weiteres Beispiel ist denkbar, dass der Anbieter mittels einer Funktionssperre versucht, die Erfüllung einer ihm vermeintlich zustehenden Gegenleistung zu bewirken.<sup>45</sup> Der Anbieter kann die Funktion des Geräts sperren, solange die Zahlung des Kaufpreises beziehungsweise des Mietzinses ausbleibt.<sup>46</sup> Auf diese Weise setzt der Anbieter einen wirkmächtigen Anreiz, die Zahlung zu leisten. Je nach Art des gesperrten Geräts oder des Zeitpunkts der Sperrung kann die Anreizwirkung einer solchen Sperrung auch zutreffender als Erpressung oder Nötigung umschrieben werden.<sup>47</sup>

## V. Vernetzte Geräte als Herausforderung für das Sachenrecht

In der Möglichkeit des Anbieters, die Funktion des Geräts aus der Ferne zu sperren, kommen drei Besonderheiten vernetzter Geräte zusammen, die die Position des Nutzers schwächen und die im Hinblick auf die sachenrechtliche Behandlung vernetzter Geräte grundlegende Fragen aufwerfen:<sup>48</sup> die Spaltung der Sachherrschaft (dazu unter 1.), die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache ohne Veränderung ihrer Substanz (dazu unter 2.) und die Auslagerung von Gebrauchsvoraussetzungen aus der Sache in das Datennetz (dazu unter 3.).

### 1. Spaltung der Sachherrschaft

Bei vernetzten Geräten kann es zu einer Spaltung der Sachherrschaft kommen, die bei rein analogen Geräten nicht denkbar ist.<sup>49</sup> Die Spaltung hat zwei Dimensionen, die eng miteinander in Bezug stehen, aber nicht deckungsgleich sind: Bezüglich der Art und Weise der Einwirkung auf die Sache kann es zunächst zu einer Spaltung zwischen physischer und digitaler Sachherrschaft kommen (dazu unter a)). Bei der Auswirkung dieser Einwirkungsmöglichkeiten ist wiederum eine Spaltung zwischen Sachsubstanz- und Sachfunktionsherrschaft möglich (dazu unter b)). Daneben ist bei vernetzten Geräten auch eine Sachfunktionsherrschaft ohne physische oder digitale Sachherrschaft denkbar (dazu unter c)).

#### a) Physische vs. digitale Sachherrschaft

Die erste Dimension einer Spaltung der Sachherrschaft betrifft unterschiedliche Möglichkeiten, auf die Sache einzuwirken. Zu unterscheiden ist dabei zwischen physischer und digitaler Sachherrschaft. Der Inhaber physischer Sachherrschaft

<sup>45</sup> So etwa beim Autokauf durch *starter interrupt devices*, siehe oben bei S. 10.

<sup>46</sup> *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 99.

<sup>47</sup> Siehe dazu unten bei S. 320ff.

<sup>48</sup> Vgl. *Duden*, Digitale Sachherrschaft, <http://ssrn.com/abstract=4240957> = <https://perma.cc/9GMA-RRYR>.

<sup>49</sup> Vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 327: Besitz als „rivale Befugni[s]“.

hält die Sache buchstäblich in Händen. Er kann unmittelbar physisch auf sie einwirken und mechanische Kraft auf sie ausüben.

Der physischen steht die digitale Sachherrschaft gegenüber. Sie beschreibt die Möglichkeit, auf digitalem Wege auf die Sache einzuwirken und die Ladungszustände der Speicherzellen auf dem in einer Sache integrierten Datenträger zu verändern.<sup>50</sup> Wer digitale Sachherrschaft an der im Gerät verkörperten Software hat und in welchem Umfang diese besteht, ergibt sich aus den digitalen Zugriffsrechten. Sie beschreiben technische, nicht rechtliche Zugriffsbefugnisse.<sup>51</sup> Über die Zuweisung dieser Zugriffsrechte entscheidet der Administrator des Systems. Ursprünglich entscheidet die Person, die das informationstechnische System aufsetzt und programmiert. Bei vernetzten Geräten entscheidet somit grundsätzlich der Anbieter, welche Zugriffsrechte der Nutzer erhält und welche Zugriffsrechte beim Anbieter verbleiben.

Behält sich der Anbieter Administratorenrechte vor, die den Zugriffsrechten des Nutzers vorgehen (insb. sog. Root-Rechte), so kann er die im Gerät integrierte Software verändern und digitale Sachherrschaft entfalten.<sup>52</sup> Umgekehrt ist es auch denkbar, dass der Nutzer selbst keine digitalen Zugriffsrechte erhält, sodass er zwar physische, nicht aber digitale Sachherrschaft innehat. Denkbar ist dies etwa bei Geräten des Internets der Dinge, bei denen der Nutzer – anders als bei klassischen IT-Endgeräten wie Computern oder Smartphones – das Gerät und die in ihm integrierte Software verwendet, ohne selbst Software zu installieren, zu speichern oder zu löschen.

Digitale und physische Sachherrschaft können konzeptionell auch bei nicht vernetzten digitalen Geräten getrennt werden. Nur bei vernetzten Geräten ist jedoch eine reine digitale Sachherrschaft denkbar. Denn erst die Vernetzung eröffnet die Möglichkeit, aus der Ferne Datenbestände zu verändern und somit ohne jeglichen physischen Zugriff auf das Gerät digitale Sachherrschaft auszuüben.

### *b) Sachsubstanz- und Sachfunktionsherrschaft*

Die zweite Dimension einer Spaltung der Sachherrschaft erfasst die Auswirkungen unterschiedlicher Zugriffsmöglichkeiten. Bei vernetzten Geräten kann neben die Sachsubstanzherrschaft eine eigenständige Sachfunktionsherrschaft treten. Die Sachsubstanzherrschaft bezeichnet die Möglichkeit, körperlich auf die Sache einzuwirken und sie in ihrer Körperlichkeit zu verändern. Sie ist damit zunächst Folge der physischen Sachherrschaft. Da jedoch auch die Veränderung von Ladungszuständen der im Gerät integrierten Datenträger eine körperliche Veränderung des

---

<sup>50</sup> Auch digitale Sachherrschaft betrifft die Sache in ihrer Körperlichkeit und wirkt sich auf diese aus. Siehe dazu unten bei S. 108 ff.

<sup>51</sup> Siehe dazu S. 59 f.

<sup>52</sup> Siehe zur besitzrechtlichen Bedeutung digitaler Sachherrschaft S. 104 ff., insb. S. 108 ff.

Geräts darstellt,<sup>53</sup> begründet auch die digitale Sachherrschaft eine Sachsubstanzherrschaft.

Die Sachfunktionsherrschaft betrifft demgegenüber die Herrschaft über die Funktionsfähigkeit<sup>54</sup> der Sache. Sie umschreibt die Möglichkeit, tatsächlichen Einfluss auf das Funktionieren einer Sache, also auf deren Gebrauchsmöglichkeit zu nehmen.<sup>55</sup> Eine Sachfunktionsherrschaft ergibt sich zunächst grundsätzlich aus der physischen Sachherrschaft. Die Funktionsfähigkeit der Sache kann schließlich zunächst dadurch beeinträchtigt werden, dass die Sache physisch verändert wird. Auch eine reine digitale Sachherrschaft kann jedoch eine Sachfunktionsherrschaft begründen. Dies ist der Fall, wenn sich die digitale Sachherrschaft auf funktionsrelevante Software bezieht. Der Inhaber kann dann seine digitale Zugriffsmöglichkeit nutzen, um die Funktionsfähigkeit der Sache zu beeinträchtigen, indem er die Funktion der im Gerät integrierten Software beeinträchtigt. Bei vernetzten Geräten ist das vielfach der Fall.<sup>56</sup>

### *c) Sachfunktionsherrschaft ohne physische oder digitale Sachherrschaft*

Selbst wenn der Anbieter weder physische noch digitale Sachherrschaft innehat, kann er bei vernetzten Geräten eventuell Sachfunktionsherrschaft ausüben. Dazu kommt es, wenn die Funktionsfähigkeit des Geräts auf digitale Dienste des Anbieters, einschließlich des Zugangs zu seinem Cloud-Server, angewiesen ist. Sperrt der Anbieter den Zugang des Nutzers zu diesen Angeboten, so beeinträchtigt er damit die Funktionsfähigkeit des Geräts ohne das Gerät selbst zu verändern. Er hat Sachfunktionsherrschaft inne, ohne eine digitale oder gar physische Sachherrschaft. Als Beispiel kann ein vernetzter Kühlschrank mit integrierter Innenraumkamera dienen, bei dem der Nutzer über die Cloud des Anbieters den Kühlschrankinhalt auf seinem Smartphone einsehen kann. Blockiert der Anbieter den Cloud-Zugang des Nutzers, kann der Nutzer diese Funktion nicht mehr nutzen. Der Anbieter hat insoweit Sachfunktionsherrschaft, auch wenn er weder physisch auf den Kühlschrank als solchen noch womöglich digital auf die im Gerät integrierte Software zugreifen kann.

Auch bei analogen Geräten ist eine Sachfunktionsherrschaft ohne Sachsubstanzherrschaft denkbar. So könnte eine Person beispielweise die Stromleitung zu der Wohnung des Nachbarn beschädigen und ihm so den Gebrauch seines Fernsehers unmöglich machen. Ähnlich stellt sich die Situation in einem Parkhaus dar: Nur wenn der Mitarbeiter des Parkhauses die Schranke zur Ausfahrt hebt, können die Fahrzeuge das Parkhaus verlassen und können unbeschränkt genutzt werden. Beide Beispiele betreffen Situationen, in der der Gebrauch der analogen Sache von ei-

---

<sup>53</sup> Siehe dazu S. 108 ff.

<sup>54</sup> Präziser wäre daher der Begriff der Sachfunktionsfähigkeitsherrschaft, auf den jedoch wegen seiner Länge verzichtet wird.

<sup>55</sup> Vgl. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 99.

<sup>56</sup> Siehe dazu S. 58 ff.

nem Netz abhängig ist – einerseits dem Stromnetz, andererseits dem Straßennetz. Die Herrschaft über den Netzzugang (Stromanschluss, Parkschranke) begründet dann eine Sachfunktionsherrschaft.<sup>57</sup>

Die genannten Beispiele für eine Sachfunktionsherrschaft, die nicht mit einer Sachsubstanzherrschaft einhergeht, setzen voraus, dass ein Nadelöhr besteht, das für den Gebrauch der Sache durchdrungen werden muss, über das jedoch zumindest auch eine andere Person die Herrschaft innehat.<sup>58</sup> So bestünde beispielsweise eine zumindest stark eingeschränkte Sachfunktionsherrschaft des Anbieters, wenn der Nutzer beim Gebrauch des vernetzten Kühlschranks auf die Cloud eines anderen Anbieters ausweichend könnte. Ebenso bestünde keine Sachfunktionsherrschaft über das Auto im Parkhaus, wenn es eine weitere Ausfahrt gäbe oder über den Fernseher, wenn dem Nutzer eine alternative Stromversorgung zur Verfügung stünde. Anders als bei den genannten analogen Beispielen, hat der Anbieter bei der Gestaltung des vernetzten Geräts jedoch weitgehend selbst in der Hand, inwiefern ein solches Nadelöhr besteht und wie weit somit seine Sachfunktionsherrschaft reicht. Während ein Auto beispielsweise aus der Natur der Sache auf das Straßennetz angewiesen ist, bestimmt der Anbieter eines vernetzten Geräts bei der Produktgestaltung selbst, wie umfangreich bei der Nutzung ein Cloud-Zugang erforderlich ist.<sup>59</sup>

## 2. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit ohne Substanzveränderung

Eine weitere wichtige Eigenschaft vernetzter Geräte ist, dass die Nutzung der im Gerät integrierten Software gesperrt werden kann, ohne dass der Programmcode der im Gerät verkörperte Software verändert wird. Es kommt dann zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst – und nicht nur einer Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs –, ohne dass die Sachsubstanz verändert wird.<sup>60</sup> Zu einer solchen reinen Softwaresperre kann es kommen, wenn im Programmcode des Betriebssystems bereits die Voraussetzungen und Vorgaben einer Softwaresperre enthalten sind, die Sperre also bereits in der digitalen Logik des Computerprogramms angelegt ist. Umgesetzt werden kann dies etwa durch eine Bedingung (etwa bzgl. des Alters des Geräts, des Nutzungsorts, des Zugangs zum Cloud-Server des Nutzers), die im Programmcode enthalten ist und deren Vorliegen bei jedem Hochfahren des Geräts geprüft wird. Nur wenn die Bedingung erfüllt ist, fährt das Gerät vollständig hoch und kann genutzt werden. Die Sperre ist

<sup>57</sup> Siehe zu einer Betrachtung von Störungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund von Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung aus der Perspektive einer Störung netzbasierter Gebrauchsmöglichkeiten unten bei S. 232 ff.

<sup>58</sup> Siehe zur Notwendigkeit eines solchen Nadelöhrs für die Möglichkeit einer Störung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund von Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung unten bei S. 234.

<sup>59</sup> Siehe dazu unten bei S. 18.

<sup>60</sup> Siehe unten bei S. 161 f. zur körperlichen Wirkung einer Veränderung der im Gerät integrierten Software.

in diesem Fall schon in der Software angelegt und wird durch den Eintritt bestimmter externer Umstände nur noch ausgelöst.<sup>61</sup> Zu einer Veränderung des Geräts oder der integrierten Software kommt es nicht.

Bei analogen Sachen ist eine solche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache ohne Änderung ihrer Substanz grundsätzlich ausgeschlossen. Bei ihnen ergibt sich die Funktion der Sache allein aus ihrer Körperlichkeit. Eine analoge Sache zu gebrauchen, heißt, die Sache in ihrer Körperlichkeit zu gebrauchen. Wird die Substanz verändert, kann dies Auswirkungen auf die Funktionsfähigkeit der Sache haben. Umgekehrt kann jedoch die Funktionsfähigkeit nur durch eine Änderung der Sachsubstanz beeinträchtigt werden. Bleibt die Substanz unverändert, bleibt auch die Funktionsfähigkeit unverändert.

Dass bei analogen Sachen die Funktionsfähigkeit grundsätzlich nur durch eine Substanzveränderung beeinträchtigt werden kann, erklärt, warum bisher nicht untersucht wurde, inwiefern die Funktionsfähigkeit einer Sache unabhängig von einer Substanzveränderung rechtlich geschützt ist.<sup>62</sup> Seit dem berühmten Fleet-Fall des Bundesgerichtshofs<sup>63</sup> wird zwar darüber diskutiert, wann eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs unabhängig von einer Substanzveränderung sachenrechtlich relevant ist. Diese Diskussionen betreffen jedoch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehungen und nicht Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst.<sup>64</sup> Ein rechtlicher Schutz der Funktionsfähigkeit der Sache selbst konnte bei analogen Sachen über den Schutz ihrer Sachsubstanz gewährleistet werden. Bei vernetzten Geräten ist ein solcher akzessorischer Schutz der Sachfunktionsfähigkeit nicht mehr ausreichend. Es stellt sich die Frage, inwiefern die Funktionsfähigkeit der Sache selbst unabhängig von einer Veränderung der Sachsubstanz geschützt ist.<sup>65</sup>

Es ist zuzugeben, dass auch bei nicht vernetzten digitalen Geräten und sogar bei bestimmten analogen Sachen eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit ohne Substanzveränderung möglich ist. Bezüglich analoger Geräte handelt es sich dabei jedoch um spezifische Sonderfälle.<sup>66</sup> Und auch sonst gewinnt die Möglichkeit einer

---

<sup>61</sup> Siehe dazu bei S. 173 ff.

<sup>62</sup> Siehe dazu bei S. 172 ff.

<sup>63</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886.

<sup>64</sup> Förster, in: BeckOK, 63. Ed., 1.8.2022, § 823 BGB Rn. 128 ff.; Glückert, AcP 166 (1966), 311, 315 f.; Grüneberg, NJW 1992, 945, 948; G. Hager, JZ 1979, 53, 55 f.; J. Hager, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 89, insb. B 97 f.; Jahr, AcP 183 (1983), 725, 750 f.; Lange, in: jurisPK<sup>9</sup>, § 823 BGB Rn. 15 f.; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. 3. c), S. 388 f.; Spindler, in: BeckOGK, 1.7.2022, § 823 BGB Rn. 133 ff.; Wagner, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 251 ff., vgl. auch Rn. 269 ff. sowie insb. Rn. 273; wohl zustimmend Plum, AcP 181 (1981), 68, 124 f.; Thole, in: Staudinger, 2019, § 1004 BGB Rn. 90 ff.; Wilhelmi, in: Erman<sup>16</sup>, § 823 BGB Rn. 31; für weitergehende sachenrechtliche Relevanz Jansen, Struktur des Haftungsrechts, 506 ff.; kritisch Schwenzler, JZ 1988, 525, 529. Kritisch insbesondere Picker, JZ 2010, 541, 550; Picker, ZfPW 2015, 385, 422; Picker, in: FS Medicus, 311, 329 ff.

<sup>65</sup> Siehe dazu bei S. 173 ff., insb. S. 175 ff.

<sup>66</sup> BGH v. 18.1.2000 – VI ZR 375/98, NJW 2000, 953, 953 (verstopftes Abwasserrohr); BGH v. 7.12.1993 – VI ZR 74/93, NJW 1994, 517, 518 (verschmutztes Wasserrohr); BGH v. 6.12.1994 – VI

Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache ohne Substanzveränderung bei vernetzten Geräten erstmals weitreichende praktische Bedeutung. Je mehr sich solche Geräte verbreiten, desto dringlicher wird hier die Frage nach einem sachenrechtlichen Schutz.

### 3. Auslagerung von Gebrauchsvoraussetzungen

Eine weitere Eigenart vernetzter Geräte ist, dass zahlreiche ihrer Funktionen auf eine Netzanbindung angewiesen sind, also auf Faktoren, die sich außerhalb der Sache selbst befinden.

Teilweise ist die Abhängigkeit von einer Netzanbindung zwingend von der Funktionalität eines Geräts vorgegeben. So ist eine vernetzte Alarmanlage zwangsläufig von einer Netzanbindung abhängig, wenn sie dem Eigentümer in dessen Abwesenheit einen Einbruch melden soll. Gerade bei Geräten, die mit einem Cloud-Server des Anbieters verbunden sind, werden jedoch darüber hinaus vielfach Aspekte der Datenverarbeitung aus dem Gerät ausgelagert, die theoretisch auch in dem Gerät möglich wären. So kann der Anbieter eines E-Book-Readers im Rahmen der Produktgestaltung aus technischer Perspektive frei entscheiden, ob die E-Book-Dateien auf dem Cloud-Server oder lokal in dem Reader gespeichert werden. In solchen Fällen entscheidet der Anbieter, ob das Gerät offline genutzt werden kann oder für die Nutzung von einer Anbindung an den Cloud-Server und somit von sachexternen Faktoren abhängig ist.

Die Vernetzung des Geräts ermöglicht es daher dem Anbieter, solche Komponenten und Abläufe der elektronischen Datenverarbeitung weitreichend aus dem Gerät auszulagern, die für den Gebrauch des Geräts notwendig sind. Er kann durch die Produktgestaltung darüber entscheiden, wie weitgehend der Nutzer beim Gebrauch des Geräts von bestimmten Bedingungen abhängig ist, die sich außerhalb der Sache selbst befinden und über die vielfach der Hersteller die alleinige Hoheit innehat.<sup>67</sup> Eine Abhängigkeit von der Netzanbindung und vom Zugang zu einem Cloud-Server des Anbieters kann nachgerade künstlich erzeugt werden. Diese Auslagerung der Gebrauchsvoraussetzungen stellt das Sachenrecht beim Schutz des Sachgebrauchs durch den Eigentümer beziehungsweise Besitzer vor eine Herausforderung. Es stellt sich zunehmend die Frage, inwiefern sich ein Schutz durch Besitz und Eigentum auf Faktoren erstrecken kann, die sich außerhalb der Sache selbst befinden.<sup>68</sup>

---

ZR 229/93, NJW-RR 1995, 342, 342 (verschmutztes Wasserrohr); BGH v. 26.2.1980 – VI ZR 53/79, NJW 1980, 1518, 1519 (durcheinander gebrachtes Archiv). Siehe dazu unten bei S. 173 ff.

<sup>67</sup> Siehe dazu bei S. 53 ff.

<sup>68</sup> Siehe dazu bei S. 203 ff.

## B. Untersuchungsgegenstand

### I. Fragestellung

Die dargestellten Besonderheiten vernetzter Geräte werfen drei grundlegende Fragen auf: Welche Bedeutung hat die Spaltung der Sachherrschaft für das Sachenrecht? Inwiefern erfassen Besitz und Eigentum den Schutz vor einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache unabhängig von einer Beeinträchtigung ihrer Sachsubstanz? Wird der sachenrechtliche Schutz des Nutzers dadurch untergraben, dass bei vernetzten Geräten zunehmend Gebrauchsvoraussetzungen aus der Sache ausgelagert werden können?

Die genannten Fragen fließen in der Forschungsfrage dieser Arbeit zusammen: Inwiefern schützen das Eigentum beziehungsweise der Besitz an einem vernetzten Gerät den Nutzer beim digitalen – also software- oder netzbasierten – Gebrauch dieses Geräts?

Hinter dieser Leitfrage steht, verallgemeinernd formuliert, die Frage, inwiefern sich der Schutz durch Eigentum und Besitz, also deren Zuweisungsgehalt, auf den digitalen Sachgebrauch erstreckt. Sollten Eigentum und Besitz nicht vor Störungen des digitalen Sachgebrauchs schützen, so droht die zunehmende Vernetzung von Geräten den sachenrechtlichen Schutz auszuhöhlen.<sup>69</sup> Die Betrachtung des Zuweisungsgehalts von Eigentum und Besitz greift diese Befürchtung auf und geht damit auch der grundlegenden Frage nach, welche Bedeutung dem Sachenrecht in einer zunehmend digitalisierten Welt zukommt.

### II. Einschränkung des Untersuchungsgegenstands

Aufgrund des Fokus auf die sachenrechtliche Perspektive geht die Arbeit nur am Rande auf vertragsrechtliche Fragen ein.<sup>70</sup> Dieser Themenzuschnitt soll in keiner Weise die Relevanz des Vertragsrechts im Umgang mit unzulässigen Funktionssperren infrage stellen. Meist stellt das Vertragsrecht sogar die erste Anlaufstelle für den Umgang mit solchen Fällen dar und hält angemessene Lösungen bereit. Entsprechend dieser wohl vorrangigen praktischen Bedeutung wurden vertragsrechtliche Fragen zum Erwerb vernetzter Geräte und insbesondere gewährleistungsrechtliche Ansprüche bei unzulässigen Funktionssperren bereits umfangreich beleuchtet, während die sachenrechtliche Perspektive erst langsam an Beachtung gewinnt.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Vgl. zu dieser Befürchtung Consumers International, Connection and protection, 2016, 34; Kuschel, AcP 220 (2020), 98, 100; Wendehorst, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 62; Wendehorst, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 368 und 407 f.; Paulus, EWiR 2021, 752, 753.

<sup>70</sup> Siehe insb. bei S. 277ff.

<sup>71</sup> Siehe zum Forschungsstand bei S. 21ff.

Eine dingliche Betrachtung hat dennoch einen eigenen Wert – und zwar über das nicht zu vernachlässigende rein dogmatische Verständnis hinaus. Die Betrachtung des Zuweisungsgehalts von Eigentum und Besitz im Hinblick auf einen digitalen Sachgebrauch ist für solche Fälle von entscheidender Bedeutung, in denen zwischen dem Nutzer und dem Störer beziehungsweise Schädiger kein Vertragsverhältnis besteht. Denkbar ist eine Störung des digitalen Gebrauchs jenseits eines Vertragsverhältnisses etwa, wenn der Erstnutzer als Vertragspartner des Anbieters die Sache einem Zweitnutzer weitergibt, womöglich sogar weiterveräußert, oder wenn nicht der Anbieter, sondern ein Dritter, beispielsweise ein Hacker, den digitalen Sachgebrauch beeinträchtigt oder aber wenn ein Dieb die Sache nutzt. Da für den Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz und für die Frage, wann dieser beeinträchtigt wird, das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses zwischen Störer und Gestörtem ohne Bedeutung ist,<sup>72</sup> beanspruchen die Erkenntnisse dieser Arbeit unabhängig davon Geltung. Im Folgenden kommt es daher zu einer einheitlichen Betrachtung unabhängig von der Existenz eines Vertragsverhältnisses.

In Literatur und Rechtsprechung wurde zuletzt diskutiert, ob eine Funktionsperre eine verbotene Eigenmacht darstellt, was vielfach bejaht wurde.<sup>73</sup> Sieht man auch in solchen Fällen eine verbotene Eigenmacht, in denen ein netzbasierter Gebrauch und nicht lediglich die im Gerät integrierte Software gesperrt wird,<sup>74</sup> könnte dies dazu führen, dass der Anbieter einem Dieb womöglich dauerhaft digitale Dienste und Cloud-Zugang gewähren muss, weil deren Unterbrechung eine verbotene Eigenmacht darstellen würde. Dieses Ergebnis erscheint intuitiv wenig überzeugend, was die Notwendigkeit eines klaren Bildes von der dinglichen Rechtslage unterstreicht.

In gewissem Umfang kann die sachenrechtliche Betrachtung letztlich auch die Diskussion zum Vertragsrecht bereichern. Aus der sachenrechtlichen Betrachtung lassen sich beispielsweise Rückschlüsse für die Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen beim Erwerb vernetzter Geräte ziehen.

Soweit dies relevant ist, geht die Untersuchung grundsätzlich von einem Erwerb des vernetzten Geräts durch einen Verbraucher aus, auch wenn im unternehmerischen Bereich ebenfalls in erheblichem Umfang vernetzte Geräte eingesetzt werden. Für den Hauptteil der Arbeit – die sachenrechtliche Betrachtung selbst – ist diese Differenzierung ohnehin bedeutungslos. Für sie ist die Eigenschaft des Ei-

<sup>72</sup> Siehe etwa *Plum*, AcP 181 (1981), 68, 92. Anders stellt es sich bezüglich anderer Fragen dar, insbesondere bei den Fragen nach der Rechtswidrigkeit einer Beeinträchtigung oder beim Verschuldensmaßstab.

<sup>73</sup> Besitzbeeinträchtigung: von *Finckenstein/Kuschel*, JuS 2016, 717, 722 f.; *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 772 f. und 775; *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98; *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 95 f.; OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I-20 U 116/20, VuR 2022, 74, 77. Eigentumsbeeinträchtigung: *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 758 f.

<sup>74</sup> So etwa *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 758 f. Wohl implizit von einer Sperre der integrierten Software ausgehend: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 86 und 95 f. Vgl. *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 776 f., die den Sachbegriff auf Firmware, die auf dem Cloud-Server verkörpert ist, ausweiten wollen.

gentümers oder Besitzers als Verbraucher oder Unternehmer unbeachtlich. Die Ergebnisse gelten in beiden Fällen gleichermaßen. Die Fokussierung auf Verbraucher betrifft spezifisch Bereiche, in denen sich die Arbeit doch mit vertragsrechtlichen Aspekten befasst. Insbesondere wird exemplarisch die Wirksamkeit bestimmter Allgemeiner Geschäftsbedingungen diskutiert, die für die Zulässigkeit von Funktionssperren sorgen sollen.<sup>75</sup> Hier ist die Eigenschaft als Verbraucher oder Unternehmer von großer Bedeutung (vgl. § 310 Abs. 1 S. 1 BGB), wobei die Ergebnisse mutatis mutandis auch auf einen Erwerb durch einen Unternehmer übertragen werden können.<sup>76</sup>

Die Arbeit widmet sich der Behandlung vernetzter Geräte im deutschen Recht und will daran mitwirken, dort eine stabile Grundlage für weitergehende Betrachtungen zu legen. Kollisionsrechtliche<sup>77</sup> und rechtsvergleichende Erwägungen sind daher bewusst ausgeklammert.

### III. Forschungsstand

Bei der Untersuchung vernetzter Geräte stand bisher neben dem Datenschutz<sup>78</sup> und Diskussionen um Dateneigentum sowie um den Zugang zu personenbezogenen Daten, die beim Gebrauch vernetzter Geräte erhoben wurden,<sup>79</sup> vor allem das Vertragsrecht im Vordergrund.<sup>80</sup> Die Diskussion konzentrierte sich darauf, ob der Nutzer einen Anspruch auf Bereitstellung von digitalen Dienste hat, die für den Betrieb des Geräts erforderlich sind (bspw. Updates, Zugang zum Cloud-Server des Anbieters),<sup>81</sup> oder ob er zumindest Sekundäransprüche geltend machen kann, wenn diese Dienste eingestellt werden.<sup>82</sup>

Insbesondere bei einem kaufähnlichen Erwerb, der meist im Fokus der Diskussion stand,<sup>83</sup> ergaben sich Probleme daraus, dass die digitalen Dienste vielfach von einer anderen Person als dem Verkäufer bereitgestellt wurden. Es stellte sich daher die Frage, inwiefern der Verkäufer für ein Ausbleiben der digitalen Dienste, die ein

<sup>75</sup> Siehe unten bei S. 293 ff.

<sup>76</sup> Siehe dazu bei S. 298 f.

<sup>77</sup> Siehe dazu jedoch kurz bei S. 119 Fn. 114.

<sup>78</sup> *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 508 ff.

<sup>79</sup> *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 508.

<sup>80</sup> *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137, 1138; *Regenfus*, JZ 2018, 79; *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755; *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 510.

<sup>81</sup> *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755; *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 510; *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 392 ff.

<sup>82</sup> *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137, 1138; *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80 ff.; *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 757 ff.; *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 510. Vgl. zur Haftung für Programmsperren bereits BGH v. 3.6.1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684; BGH v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004; BGH v. 15.9.1999 – I ZR 98/97, NJW-RR 2000, 393.

<sup>83</sup> *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137, 1138; *Regenfus*, JZ 2018, 79; *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755; *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506.

Dritter bereitstellen sollte, entstehen müsse.<sup>84</sup> Bei Sekundaranprüchen gegenüber dem Verkäufer war weiterhin problematisch, dass es regelmäßig erst nach dem Gefahrübergang zu einer Funktionssperre kam.<sup>85</sup> Sofern man in der Funktionssperre einen Mangel sah, lag dieser nicht bei Gefahrübergang vor. Eine Sachmängelgewährleistung konnte daher damals höchstens an der abstrakten Sperrmöglichkeit, beziehungsweise der konstruktionsbedingten Abhängigkeit des Geräts von netzbasierten, digitalen Diensten ansetzen.<sup>86</sup>

Die genannten Probleme wurden inzwischen weggehend durch die Warenkauf-RL und die Digitale Inhalte-RL sowie deren Umsetzung insbesondere in §§ 327 ff. BGB und §§ 475a ff. BGB adressiert.<sup>87</sup> Seitdem erweitern beispielsweise §§ 475b f. BGB den zeitlichen Bezugspunkt für das Auftreten von Mängeln bezüglich Aktualisierungen und dauerhaft bereitzustellender digitaler Elemente über den Gefahrübergang hinaus. Einige der Diskussionen zur vertragsrechtlichen Dimension des Erwerbs vernetzter Geräte haben sich damit zumindest teilweise erledigt. Da sich die Anwendbarkeit von §§ 327 ff. BGB und §§ 475a ff. BGB jedoch auf Verbraucherverträge beschränkt, bestehen die Probleme in sonstigen Fällen fort.<sup>88</sup>

### 1. Sachenrechtliche Bedeutung von Funktionssperren

Sofern in der bisherigen Diskussion die sachenrechtliche Bedeutung einer Funktionssperre vernetzter Geräte thematisiert wurde, wurde in verschiedenem Umfang eine Besitz- oder Eigentumsbeeinträchtigung aufgrund einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs angenommen.<sup>89</sup> Vielfach wurde dabei nicht nach den Ursachen einer Funktionssperre unterschieden – ob diese also durch Einstellung serverbasierter oder netzbasierter digitaler Dienste erfolgte oder durch eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der im Gerät integrierten Software. Teilweise wurde in beiden Fällen anscheinend gleichermaßen eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz angenommen.<sup>90</sup>

<sup>84</sup> *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13; *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80ff.; *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 757ff.

<sup>85</sup> Im Mietrecht stellen Mängel, die nach der Überlassung der Mietsache auftreten, kein Problem dar, vgl. § 536 Abs. 1 S. 1 BGB.

<sup>86</sup> *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137, 1138; *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80f.; *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 757.

<sup>87</sup> Siehe zu den Richtlinien und ihrer Umsetzung etwa *Ehrlicher*, JuS 2022, 482; *Ferovers*, NJW 2021, 3681; *Kupfer/Weiß*, VuR 2020, 95; *Kurth*, JA 2022, 265; *Kurth*, JA 2022, 353; *Metzger*, JZ 2019, 577; *Spindler*, MMR 2021, 451; *Spindler*, MMR 2021, 528; *Staudenmayer*, NJW 2019, 2497; *Staudenmayer*, NJW 2019, 2889; *Stieper*, JZ 2022, 389; *Tonner*, VuR 2019, 363; *Wendehorst*, NJW 2021, 2913; *Wendehorst*, JZ 2021, 974.

<sup>88</sup> Vgl. *Wendehorst*, JZ 2021, 974, 975.

<sup>89</sup> Besitzbeeinträchtigung: *von Finckenstein/Kuschel*, JuS 2016, 717, 722f.; *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 772f. und 775; *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98; *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 95f.; OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I-20 U 116/20, VuR 2022, 74, 77. Eigentumsbeeinträchtigung: *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 758f.

<sup>90</sup> *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 758f. Wohl implizit von einer Sperre der integrierten Software ausgehend: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 86 und 95f. Vgl. *Paulus/Matzke*, CR

Eine Auswahl an Beiträgen, die sich im Schwerpunkt<sup>91</sup> mit sachenrechtlichen Folgen einer Funktionssperre bei vernetzten Geräten befassen, soll kurz vorgestellt werden:

Bereits im Jahre 2016 beschäftigte sich *Christiane Wendehorst* mit sachenrechtlichen Auswirkungen des Internets der Dinge.<sup>92</sup> Sie untersucht, welche dinglichen Rechtspositionen der Nutzer an den verschiedenen Komponenten eines vernetzten Geräts erlangt.<sup>93</sup> Als gesichert sieht sie bei einem käuflichen Erwerb nur den Eigentumserwerb an der Sachsubstanz des Geräts einschließlich Hardware. Hinsichtlich der digitalen Produktkomponenten zeigt sie verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten auf – von Software-Eigentum über ein Lizenzmodell bis hin zu einem reinen Dienstleistungsmodell.<sup>94</sup> Eine sachenrechtliche Position sieht sie dabei nicht, sondern lediglich Rechtspositionen, die hinsichtlich ihrer Reichweite einem Schutz durch das Eigentum nahekommen könnten.<sup>95</sup> Insgesamt warnt sie jedoch vor einer möglichen „Erosion von Eigentum und Besitz“.<sup>96</sup>

Aus der Perspektive einer Umgehung der staatlichen Zwangsvollstreckung befassen sich *Christoph G. Paulus* und *Robin Matzke* mit sachenrechtlichen Auswirkungen einer privaten Rechtsdurchsetzung durch Funktionssperren vernetzter Geräte.<sup>97</sup> Sie diskutieren diese Problematik ausgehend von einem vernetzten Türschloss, das blockiert wird, weil die Mietzahlung für die Wohnung ausbleibt.<sup>98</sup> Dieses Beispiel ist mit der hiesigen Perspektive indes schlecht vergleichbar. Bei einer „kalten Räumung“ durch die digitale Blockade der Haustür steht nicht die Beeinträchtigung des Besitzes an dem Türschloss, sondern an der Wohnung im Vordergrund. Dass die Sperrung des Türschlosses hier digital erfolgt, verändert nur die Art des Zugriffs auf den Besitz des Mieters an der Wohnung. Bezüglich der Aus-

---

2017, 769, 776 f., die den Sachbegriff auf Firmware, die auf dem Cloud-Server verkörpert ist, ausweiten wollen.

<sup>91</sup> Beispielhafte Literatur, bei der sachenrechtliche Folgen thematisiert werden, aber weniger klar im Fokus stehen: *Fries*, NJW 2019, 901, 905; *Kalin*, ZfPW 2019, 436, 443 ff.; *Lindner*, NZM 2021, 665, 670; *Möslein*, ZBB 2018, 208, 220; *Möslein*, ZHR 2019, 254, 281 ff.; *Schmid/Rottmann*, JuS 2020, 849; *Wagner*, AcP 222 (2022), 56, 84 f.; *Wilhelm*, WM 2020, 1807, 1812. Zuletzt allgemein zu Fragen des Eigentums im digitalen Kontext Hofmann/Raue/Zech (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft. Allgemein zur Selbsthilfe und dabei auch zu den hier diskutierten Fällen: *Beurskens*, Privatrechtliche Selbsthilfe, 345 ff. und 421 ff., insb. 426 f. Allgemein zum possessorischen Rechtsschutz und dabei auch zu den hier diskutierten Fällen: *R. Feldmann*, Possessorischer Besitzschutz, 219 f.

<sup>92</sup> *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten; *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367.

<sup>93</sup> *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 370.

<sup>94</sup> *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 372 f.

<sup>95</sup> *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 372 f.: Zum Software-Eigentum: „eine verstärkte und vom Rechteinhaber nicht mehr in vollem Umfang kontrollierbare Rechtsposition [...] Gegenüber dem Sacheigentum bestehen aber weiterhin Einschränkungen“.

<sup>96</sup> *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 407 ff.

<sup>97</sup> *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769; *Paulus/Matzke*, NJW 2018, 1905; *Matzke*, in: *Fries/Paal* (Hrsg.), Smart Contracts, 99. Siehe auch *Paulus*, in: FS K. Schmidt II, 119; *Paulus*, EWiR 2021, 752.

<sup>98</sup> *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 772 f. Aus dieser Perspektive etwa auch *Wagner*, AcP 222 (2022), 56, 85.

wirkungen hinsichtlich der beeinträchtigten Nutzung – das Leben in der Wohnung – und damit der Störung des Besitzes an der Wohnung bestehen keine Besonderheiten. Der Besitz ist daher unproblematisch genauso beeinträchtigt, wie wenn ein analoges Türschloss ausgetauscht würde.<sup>99</sup>

Problematischer erscheint bei einer Funktionssperre vernetzter Geräte demgegenüber die in der hiesigen Arbeit diskutierte Frage, ob Eigentum beziehungsweise Besitz an dem vernetzten Gerät selbst beeinträchtigt werden – im eben genannten Beispiel also an dem Türschloss und nicht der Wohnung.<sup>100</sup> Erst dabei stellt sich die Frage danach, wie weitgehend Eigentum beziehungsweise Besitz einen digitalen Gebrauch der Sache schützen. Auch *Paulus* und *Matzke* thematisieren derartige Fälle. Sie übertragen dabei die Differenzierung des Bundesgerichtshofs aus Fällen einer Unterbrechung der Versorgungsleistungen bei Mietwohnungen.<sup>101</sup> Der Besitzschutz gewähre nur ein Abwehrrecht und keine Leistungsansprüche; der Besitz nur Einwirkungs- und Ausschlussmacht. „Der bestimmungsgemäße Gebrauch hingegen sei nicht umfasst“ – so die Umschreibung der Rechtsprechung durch *Paulus* und *Matzke*.<sup>102</sup>

Bezogen auf ein Auto sei daher nur die Möglichkeit, in das Auto einzusteigen, vom Besitz geschützt, nicht jedoch der Startvorgang. Bei einem Fernseher schütze der Besitz nur vor dessen Entfernen aus der Wohnung. Das Anschalten sei nicht geschützt.<sup>103</sup> *Paulus* und *Matzke* fassen den Besitzschutz damit sehr eng und fokussieren sehr stark auf den Gebrauch der Sachsubstanz als solcher – anscheinend auch unter Ausschluss einer Nutzung der im Gerät verkörperten Software. Selbst in der Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs scheint diese Perspektive verkürzt. Der Bundesgerichtshof beschränkt den Besitzschutz in dem zitierten Urteil zwar in der Tat auf „die im Besitz liegende Gebrauchsmöglichkeit“ beziehungsweise „die sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit“.<sup>104</sup> Er grenzt diesen Schutz jedoch vom – nicht geschützten – vertragsgemäßen und nicht etwa vom bestimmungsgemäßen Gebrauch ab.<sup>105</sup> Dass der bestimmungsgemäße Gebrauch einer Sache auch unabhängig von Einwirkungen auf die Sachsubstanz dinglich geschützt ist, stellt vielmehr seit langem ständige Rechtsprechung des

<sup>99</sup> So auch *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 772f.; ebenso *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 93; *Lindner*, NZM 2021, 665, 670; *Wagner*, AcP 222 (2022), 56, 85; *Strobel*, NJW 2022, 2361, 2361. Vgl. BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 21.

<sup>100</sup> Sollte die Sperre des Türschlosses eine schadensersatzbewehrte Verletzung von Eigentum beziehungsweise Besitz darstellen, könnten beim Haftungsumfang auch Schäden berücksichtigt werden, die durch die Nichtbetretbarkeit der Wohnung entstehen, selbst wenn man in der Nichtbetretbarkeit der Wohnung keine eigene sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung sehen würde.

<sup>101</sup> Siehe dazu unten bei S. 254 ff.

<sup>102</sup> *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 775.

<sup>103</sup> *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 775.

<sup>104</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, 1949. Siehe dazu unten bei S. 256 ff.

<sup>105</sup> So jedoch in der Darstellung von *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 775.

Bundesgerichtshofs dar.<sup>106</sup> Für den dinglichen Schutz vor Funktionssperren bei vernetzten Geräten ist dieser Schutz nach hiesiger Ansicht entscheidend.<sup>107</sup>

Der Lösungsvorschlag von *Paulus* und *Matzke* passt dazu, dass sie den bisher geltenden Besitzschutz sehr stark als Schutz der reinen Nutzung der Sachsubstanz verstehen – wohl auch unter Ausschluss der im Gerät verkörperten Software. So schlagen sie vor, den Sachbegriff bezüglich des vernetzten Geräts auch auf die Firmware zu erweitern, die für den Gebrauch des vernetzten Geräts notwendig ist. Die Firmware soll unabhängig von ihrem Speicherort dem Sachbegriff unterfallen, also nicht nur, wenn sie im Gerät integriert ist, sondern auch wenn sie auf einem Cloud-Server des Anbieters verkörpert ist.<sup>108</sup>

Auch *Thomas Riehm* untersucht, wie sich das deutsche Sachenrecht, insbesondere der Besitzschutz, zu digitaler Selbstjustiz und automatisierten Eingriffen in Sachen aufgrund von Smart Contracts verhält.<sup>109</sup> Wie *Paulus* und *Matzke* geht *Riehm* auf das Beispiel eines vernetzten Autos ein. Weitergehend als *Paulus* und *Matzke* sieht er jedoch auch in der Wegfahrsperrung durch ein *starter interrupt device* – und nicht allein in einer Verhinderung des Einsteigens in das Auto – eine verbotene Eigenmacht.<sup>110</sup> Die Möglichkeit, das Auto zu fahren, sei dem Besitz an dem Auto inhärent. Eine Wegfahrsperrung greife daher in das ein, „was der Besitzer bereits hat“.<sup>111</sup> Die übrigen Fälle, die *Riehm* thematisiert, sind demgegenüber erneut mit den hier besprochenen nicht vergleichbar. Sie betreffen nicht eine Besitzbeeinträchtigung an dem gesperrten Gerät selbst, sondern an einer Sache, dessen Nutzung das Gerät ermöglichen soll.<sup>112</sup>

<sup>106</sup> Seit dem berühmten Fleet-Fall: BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; siehe dazu bei S. 207 ff. sowie zur Anwendbarkeit dieser Rechtsprechung auf Störungen des Besitzes und nicht lediglich des Eigentums bei S. 218 ff.

<sup>107</sup> Siehe dazu unten bei S. 171 ff.

<sup>108</sup> *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 776 f.; *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 99, 111 f.; vgl. auch *Paulus*, in: FS K. Schmidt II, 119, 124 ff., insb. 128: Enge des Sachbegriffs führe in eine „Sackgasse“. Dieser Vorschlag geht, wie noch zu zeigen sein wird, jedoch zu weit und erklärt sich womöglich in dem verengten Blick auf die bisherige Reichweite des Sachbegriffs bzw. Besitzschutzes. Bereits die Berücksichtigung eines Schutzes des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache ermöglicht den von den Autoren geforderten, weitergehenden Schutz. Dies gilt umso mehr, wenn man den Sachgebrauch, der auf einer Nutzung der im Gerät verkörperten Software basiert, als Gebrauch der Sache als solcher anerkennt. Schon aktuell ist die im Gerät verkörperte Firmware sachenrechtlich geschützt (vgl. bei S. 161 ff.). Eine Erstreckung des Sachbegriffs auf Firmware, die auf dem Cloud-Server des Anbieters verkörpert ist, geht demgegenüber zu weit. Auf mögliche Konflikte mit dem Eigentum an der Server-Infrastruktur wird – soweit ersichtlich – nicht eingegangen (siehe dazu unten bei S. 249 ff.). Im Ergebnis ist der Differenzierung zwischen einer Sperrung der Firmware und der Anwendungssoftware zwar zuzustimmen (siehe bei S. 198 ff.). Warum allein verkörperte Firmware, nicht jedoch verkörperte Anwendungssoftware unter den Sachbegriff fallen sollen, ist jedoch aus den Ausführungen der Autoren nicht klar ersichtlich (vgl. *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 776 bei Fn. 66.).

<sup>109</sup> *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85.

<sup>110</sup> Siehe zum tatsächlichen Sachverhalt oben bei S. 10.

<sup>111</sup> *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 95 f.

<sup>112</sup> *Riehm* thematisiert wie *Paulus* und *Matzke* die Besitzbeeinträchtigung an einer Mietwohnung bei Verriegelung des Türschlosses sowie bei einer Sperrung der Gaslieferung; *Riehm*, in: Fries/

*Linda Kuschel* beschäftigt sich umfangreich mit der Frage nach einer Besitzbeeinträchtigung durch Funktionssperren bei vernetzten Geräten, die sie als „digitale Eigenmacht“ bezeichnet.<sup>113</sup> Sie spricht sich dabei – in Anbetracht einer Analyse der Zwecke des possessorischen Besitzschutzes – für ein flexibles Verständnis des Besitzbegriffs aus, der auch unkörperliche Eingriffe auf die Sache abwehren könne. Eine Besitzbeeinträchtigung und damit gegebenenfalls verbotene Eigenmacht lägen vor, „wenn die objektive Funktion der Sache betroffen ist und der Eingriff nicht lediglich in einem Unterlassen zusätzlicher Leistungen besteht.“<sup>114</sup>

Mit Funktionssperren bei vernetzten Geräten befasst sich weiterhin auch *Lukas Klever*.<sup>115</sup> Er beschreibt Funktionssperren aus der Perspektive einer privaten Rechtsdurchsetzung und spricht von *Smart Enforcement*. Er fragt, inwiefern Funktionssperren dem Verbot der Eigenmacht zuwiderlaufen und ob die Parteien vereinbaren können, dass eine Vertragspartei unter bestimmten Bedingungen durch Funktionssperren auf das Gerät einwirken darf. Anhand verschiedener Beispiele lotet er die Grenzen verbotener Eigenmacht aus und schließt eine solche beispielweise aus, wenn lediglich vertraglich geschuldete Gebrauchsvoraussetzungen ausbleiben. Soweit eine Funktionssperre keine Eigenmacht darstellt, betrachtet *Klever* die Möglichkeit von vertraglich vereinbarten Selbsthilferechten, die er in beschränktem Maße – auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen – für wirksam erachtet.<sup>116</sup>

Umfassend befasst sich schließlich *Hanno Magnus* mit Funktionssperren vernetzter Geräte.<sup>117</sup> In seiner Monografie betrachtet er das Thema aus verschiedenen Perspektiven und geht dabei neben dem Vertragsrecht und dem Urheberrecht auch auf sachenrechtliche Fragen ein. Unter anderem befasst er sich mit der Besitzlage an vernetzten Geräten und spricht sich für einen Mitbesitz von Hersteller und Nutzer für den Fall aus, dass der Hersteller die im Gerät verkörperte Software verändern kann.<sup>118</sup> Für die Übereignung im Rahmen des § 929 S. 1 BGB stelle dieser Mitbesitz ein Problem dar, da es an einer vollständigen Besitzaufgabe des Herstellers fehle.<sup>119</sup> *Magnus* schlägt daher vor, bei vernetzten Geräten auf das Erfordernis einer vollständigen Besitzaufgabe des Voreigentümers zu verzichten. Stattdessen solle es genügen, wenn die Sachherrschaft auf den Fernzugriff beschränkt werde. Auch dann sei die Publizitätsfunktion der Übergabe erfüllt, selbst wenn der Hersteller nicht jeglichen Besitz verliere.<sup>120</sup> Der fortdauernde Mitbesitz des Herstellers führe laut *Magnus* weiterhin dazu, dass gemäß § 866 BGB ein possessorischer Besitzschutz

---

Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 85, 93 ff. Ebenso: *Klever*, in: Beyer u.a. (Hrsg.), *Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019*, 379, 379.

<sup>113</sup> *Kuschel*, *AcP* 220 (2020), 98.

<sup>114</sup> *Kuschel*, *AcP* 220 (2020), 98, insb. 128.

<sup>115</sup> *Klever*, in: Beyer u.a. (Hrsg.), *Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019*, 379.

<sup>116</sup> *Klever*, in: Beyer u.a. (Hrsg.), *Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019*, 379, 403 ff.

<sup>117</sup> *Magnus*, Fernkontrolle.

<sup>118</sup> *Magnus*, Fernkontrolle, 105 f. und 111. Ebenso unten bei S. 108 ff. und S. 110 ff.

<sup>119</sup> *Magnus*, Fernkontrolle, 112 und 116. Anders unten bei S. 112.

<sup>120</sup> *Magnus*, Fernkontrolle, 122 f.

zwischen Nutzer und Hersteller weitgehend ausscheidet.<sup>121</sup> Eine Verletzung des Eigentums des Nutzers an dem Gerät liege demgegenüber dann vor, wenn die Sperre die integrierte Software betrifft – sei es, weil der Hersteller nachträglich ohne Einwilligung<sup>122</sup> die integrierte Software verändert<sup>123</sup> oder weil eine bereits anfänglich in der integrierten Software enthaltene Sperrmöglichkeit später ausgelöst wird<sup>124</sup>. Wenn die Nutzung des Geräts allerdings daran scheitert, dass serverbasierte Dienste des Anbieters eingestellt werden, lehnt *Magnus* eine Eigentumsverletzung ab.<sup>125</sup>

## 2. Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 7. Oktober 2021

Weiteren Schwung nahm die Diskussion über vernetzte Geräte aufgrund einer Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 7. Oktober 2021 auf.<sup>126</sup> Das Verfahren betraf die Klage eines Verbraucherschutzvereins auf Unterlassen der Nutzung einer Allgemeinen Geschäftsbedingung gemäß § 1 UKlaG. Der Verbraucherschutzverein wendete sich gegen eine Klausel, die von der Renault-nahen RCI-Bank<sup>127</sup> bei der Vermietung von Batterien für Renault-Elektrofahrzeuge verwendet wurde. Zahlreiche<sup>128</sup> Kunden, die ein Renault-Elektrofahrzeug kauften, mieteten nämlich die Batterie lediglich, statt sie ebenfalls käuflich zu erwerben. In der folgenden Klausel der „Allgemeinen Batterie-Mietbedingungen“ sah die RCI-Bank für sich die Möglichkeit vor, nach einer Kündigung des Mietvertrags die Wiederauflademöglichkeit der Batterie digital zu sperren:

Im Falle der außerordentlichen Vertragsbeendigung infolge Kündigung wird die Vermieterin die Sperre der Wiederauflademöglichkeit der Batterie zunächst mit 14-tägiger Frist vorher ankündigen. Die Androhung kann auch zusammen mit der Kündigung erfolgen. Die Vermieterin ist in diesem Fall nach Ablauf der Ankündigungsfrist berechtigt, ihre Leistungspflicht einzustellen und die Wiederauflademöglichkeit der Batterie zu unterbinden. Die Geltendmachung des Herausgabeanspruchs bleibt hiervon unberührt.<sup>129</sup>

Da das Fahrzeug nur mit der von Renault beziehungsweise der RCI-Bank vertriebenen Batterie kompatibel war,<sup>130</sup> wurde durch die Sperre der Wiederauflademöglichkeit nicht nur die Funktionsfähigkeit der Batterie, sondern mittelbar auch des Fahrzeugs eingeschränkt.

<sup>121</sup> *Magnus*, Fernkontrolle, 207 ff. Ebenso unten bei S. 122 f.

<sup>122</sup> Vgl. *Magnus*, Fernkontrolle, 226 ff. Formulärmäßige Einwilligungen hält *Magnus* weitgehend für unwirksam: ebenda, S. 231 ff., insb. 233. Anders unten bei S. 307 ff. und S. 319 ff.

<sup>123</sup> *Magnus*, Fernkontrolle, 217 ff., insb. 221. Ebenso unten bei S. 161 ff.

<sup>124</sup> *Magnus*, Fernkontrolle, 211 ff., insb. 215 ff. als Weiterfresserschaden.

<sup>125</sup> *Magnus*, Fernkontrolle, 225 f.

<sup>126</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359. Vorausgehend: LG Düsseldorf v. 11.12.2019 – 12 O 63/19, juris-Datenbank. Siehe im Anschluss BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575. Siehe dazu S. 30 ff.

<sup>127</sup> *Fries*, JZ 2022, 361, 361.

<sup>128</sup> *Fries*, JZ 2022, 361, 361: „ungefähr die Hälfte“.

<sup>129</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 359.

<sup>130</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 37.

Das Landgericht Düsseldorf hielt die Klausel für unwirksam und gab der Klage statt.<sup>131</sup> Das Recht, welches sich die RCI-Bank durch die Klausel einräume, stelle eine verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 Abs. 1 BGB dar. Die Klausel umgehe daher das gesetzliche Verbot der Selbstjustiz und beeinträchtige die betroffenen Verbraucher in unangemessener Weise.<sup>132</sup>

Das Oberlandesgericht stimmte der Argumentation des Landgerichts zu, führte diese weiter aus und wies die Berufung zurück.<sup>133</sup> Die Klausel sei gemäß § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, da sie mit den wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der sie abweiche, nicht zu vereinbaren sei. Nach Kündigung eines Mietvertrags stehe dem Vermieter lediglich ein Anspruch auf Herausgabe der Mietsache zu, nicht jedoch ein Recht auf Selbsthilfe, falls der Mieter diesem Anspruch nicht nachkomme. Die Sperre der Auflademöglichkeit stelle vielmehr eine verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 Abs. 1 BGB dar.<sup>134</sup> In der Sperre liege eine Besitzstörung, da die Bank dem Mieter zwar nicht die faktische Sachherrschaft über die Batterie entziehe, jedoch die Ausübung der Sachherrschaft verhindere. Der Mieter könne die Batterie „nicht mehr bestimmungsgemäß nutzen, um sie aufzuladen, in seinem Elektrofahrzeug einzusetzen und sich mit seinem Elektrofahrzeug fortzubewegen“.<sup>135</sup> Die Nutzungsmöglichkeit sei Bestandteil der „tatsächlichen Sachherrschaft und damit des Besitzes“. Die Sperre der Auflademöglichkeit schränke die Einwirkungsmacht des Mieters ein, die neben seiner Ausschlussmacht die Grundlage des Besitzes darstelle.<sup>136</sup> Unbeachtlich sei, ob die Funktion automatisiert – etwa im Rahmen eines Smart Contract – oder durch einen Mitarbeiter händisch gesperrt werde.<sup>137</sup>

Abzugrenzen sei die Sperre der Auflademöglichkeit durch den Vermieter von Fällen, in denen der Vermieter einer Immobilie die vertraglich geschuldete Versorgung mit Warmwasser oder Heizleistung einstelle und in denen der Bundesgerichtshof eine Besitzstörung ablehne, weil die vertraglich geschuldeten Versorgungsleistungen nicht Teil des Besitzes an der Immobilie sein.<sup>138</sup> Mit der Sperre der Auflademöglichkeit stelle der Vermieter demgegenüber keine ergänzenden, nur vertraglich geschuldete Leistungen ein. Er verhindere vielmehr den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Batterie vollständig und mache sie durch die Sperre nutzlos – anders als eine Immobilie, die trotz ausbleibender Versorgungsleistungen zum Aufenthalt genutzt werden könne.<sup>139</sup>

<sup>131</sup> LG Düsseldorf v. 11.12.2019 – 12 O 63/19, juris-Datenbank, Rn. 24 ff.; siehe auch OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 359.

<sup>132</sup> LG Düsseldorf v. 11.12.2019 – 12 O 63/19, juris-Datenbank, Rn. 28 und 32 f.

<sup>133</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 359.

<sup>134</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 359 Rn. 24 und 27.

<sup>135</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 29.

<sup>136</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 30.

<sup>137</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 359 Rn. 26.

<sup>138</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947. Siehe dazu bei S. 30 ff.

<sup>139</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 31–33.

Das Oberlandesgericht grenzt weiterhin zu Mobiltelefonen ab, bei denen – wie insbesondere bei sogenannten „Prepaid“-Geschäftsmodellen – die Mobilfunkanbieter sich vorbehalten, ihre Mobilfunkleistungen einzustellen. Zum einen sei eine solche Sperre bereits gesetzlich in § 61 Abs. 3 ff. TKG vorgesehen. Zudem halte auch hier – wie beim Aussetzen der Versorgungsleistungen für eine Immobilie – der Mobilfunkanbieter lediglich weitere eigene Leistungen zurück. Das Gericht betont weiter, dass bei einem Mobilfunktelefon der Nutzer nach einem Wechsel des Anbieters beziehungsweise der SIM-Karte das Telefon regelmäßig wieder nutzen könne. Bei den Renault-Elektrofahrzeugen sei dies nicht der Fall, da diese nur mit den Renault-Batterien kompatibel seien.<sup>140</sup>

Die verwendete Klausel benachteilige – so das Resümee des Gerichts – den Mieter unangemessen und sei daher gemäß § 307 Abs. 1 unwirksam. Da sich der Vermieter durch die Software die Möglichkeit eines Zugriffs „von außen“ auf eine Sache einräume, die sich im Besitz des Mieters befinde, verlagere er die Klage- und Initiativlast auf den Mieter. Die von der Klausel ermöglichte Sperre stelle weiterhin verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 Abs. 1 BGB beziehungsweise eine unzulässige Selbsthilfe nach § 229 BGB dar. Auch könne der Mieter durch den Vertrag und die Einbeziehung der Klausel nicht in die Besitzstörung einwilligen, da die Dispositionsbefugnis der Parteien bezüglich der Zulässigkeit einer Selbsthilfe stark eingeschränkt sei. Selbst wenn man in der Klausel eine Einwilligung des Mieters in die Sperre sehe, liege trotz der vorherigen Zustimmung eine verbotene Eigenmacht vor, wenn der Wille des Mieters, die Sperre zu gestatten, beim Zugriff nicht mehr vorliege.<sup>141</sup>

In der Literatur hat die Entscheidung und ihr Ergebnis ein gemischtes Echo gefunden.<sup>142</sup> So monieren *Christoph Paulus* und *Nicolas Sander* beispielsweise, dass das Urteil sich auf „sehr positivistischen Bahnen“ bewege<sup>143</sup> beziehungsweise „von einem erkennbar traditionell behafteten ‚analogen‘ Begriffsverständnis getragen“ sei.<sup>144</sup> Nach *Paulus* komme daher das Gericht über „Spitzfindigkeiten und Zufälle“ zu seinem Ergebnis. Diesen Befund stützt *Paulus* insbesondere darauf, dass das Gericht in seiner Begründung der Besitzstörung darauf abstelle, dass die Batterie durch die Sperre der Aufladefunktion überhaupt nicht mehr genutzt werden könne.<sup>145</sup> Eine Störung wäre nach diesem Ansatz ausgeschlossen, wenn die Batterie auch ein Fach enthalten hätte, in dem man beispielsweise einen Schraubenzieher

---

<sup>140</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 34–37.

<sup>141</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 361 Rn. 40f.

<sup>142</sup> Für eine Unwirksamkeit der Klausel, jedoch mit abweichender Begründung und unter Ablehnung verbotener Eigenmacht: *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 665 und 667 ff.; wohl gegen eine Unwirksamkeit der Klausel: *Fries*, JZ 2022, 361, 364; gegen eine Unwirksamkeit der Klausel: *Paulus*, EWiR 2021, 752, 754; vgl. auch *Sander*, WuB 2022, 175; gegen eine besitzrechtliche Relevanz der Sperre und somit für eine Irrelevanz einer Einwilligung des Nutzers *Strobel*, NJW 2022, 2361, 2362f.

<sup>143</sup> So *Paulus*, EWiR 2021, 752, 753.

<sup>144</sup> So *Sander*, WuB 2022, 175, 175.

<sup>145</sup> Vgl. OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 33.

hätte aufbewahren können.<sup>146</sup> *Martin Fries* kritisiert die Prüfung der verbotenen Eigenmacht durch das Gericht und betont, dass eine formularmäßige Einwilligung eine Eigenmacht ausschließen kann, sofern diese nicht vor dem Zugriff widerrufen werde. Bei einer digitalen Funktionssperre komme ein solcher Widerruf vielfach zu spät, da der Widerwille des Nutzers erst beim Auslösen der Funktionssperre aufkomme.<sup>147</sup> *Matthias Casper* und *Adrian Grimpe* lehnen eine Besitzstörung und damit auch eine verbotene Eigenmacht ab. Der Gebrauch der Batterie sei aus besitzrechtlicher Perspektive stets durch die Sperrmöglichkeit beschränkt. Die Auflademöglichkeit sei nur eine vertragsgemäße Nutzung.<sup>148</sup> Ähnlich argumentiert *Benedikt Strobel*, der einem „digitalen Fernzugriff“ generell sachenrechtliche Relevanz abspricht. Er geht von einer rein physischen Betrachtungsweise des sachenrechtlichen Schutzes aus und spricht daher digitalen Einwirkungen generell sachenrechtliche Bedeutung ab.<sup>149</sup>

In den verschiedenen Reaktionen wird indes wiederkehrend betont, wie wichtig und umstritten die Rechtsfragen sind, die die Entscheidung aufwirft.<sup>150</sup> Besonders deutlich wird *Paulus*. Nach seiner Einschätzung befinde sich der Streitgegenstand „auf der Schwelle zu einem völlig neuen Terrain [...], in dem die traditionellen Differenzierungen zwischen körperlichen Gegenständen und Immaterialgütern, zwischen Besitz als nur an Sachen i. S. v. § 90 BGB denkbar und einem weiteren Verständnis, zwischen konkreten Objekten und Funktionen, zwischen fassbar anschaulich und digital, zwischen Material- und Immaterialgüterrecht [...] aufgehoben werden bzw. völlig verschwimmen.“. Der Fall sei „Repräsentant eines Riesenbereichs [...], der von Rechtswissenschaft und Gesetzgebung erst noch gründlich gepflegt werden muss.“<sup>151</sup>

### 3. Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 26. Oktober 2022

Am 26. Oktober 2022 entschied der Bundesgerichtshof über die Revision gegen das eben dargestellte Urteil des OLG Düsseldorf. Wer sich von dieser Entscheidung eine Klärung der sachenrechtlichen Fragen erhofft hat, wurde enttäuscht. Wie die vorherigen Instanzen hielt der Bundesgerichtshof die Klausel für unwirksam und wies daher die Revision zurück. Die Unwirksamkeit begründete der Gerichtshof jedoch ausdrücklich nicht mit Fragen des Besitzschutzes, sondern allgemeinen vertragsrechtlichen Erwägungen.<sup>152</sup>

Bei der Klausel handele es sich um eine „einseitige Vertragsgestaltung [...], mit der die Beklagte missbräuchlich die eigenen Interessen auf Kosten der Mieter

<sup>146</sup> *Paulus*, EWiR 2021, 752, 753.

<sup>147</sup> *Fries*, JZ 2022, 361, 363 f.

<sup>148</sup> *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 665.

<sup>149</sup> *Strobel*, NJW 2022, 2361, 2362.

<sup>150</sup> *Fries*, JZ 2022, 361, 364; *Sander*, WuB 2022, 175, 175; *Strobel*, NJW 2022, 2361, 2361.

<sup>151</sup> *Paulus*, EWiR 2021, 752, 753 f.

<sup>152</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 25; siehe dazu *Duden*, NJW 2023, 18.

durchzusetzen versuch[e], ohne deren Interessen angemessen zu berücksichtigen“.<sup>153</sup> Durch die Sperre werde die Last, sich eine weitere Nutzung der Mietsache – hier der Batterie – zu sichern, einseitig auf den Mieter abgewälzt. Das Risiko einer Klage werde entgegen der herkömmlichen Risikoverteilung in unangemessener Weise auf den Kläger verlagert, ohne dass dieser die Möglichkeit hätte, individuelle Einwendungen gegen die Sperre vorzubringen.<sup>154</sup>

Dies stelle zumindest dann eine unangemessene Benachteiligung des Mieters dar, wenn durch die Sperre auch die Nutzung einer weiteren Sache von wesentlich höherem Wert und von potenziell erheblicher beruflicher und privater Bedeutung – hier das Fahrzeug – verhindert werde.<sup>155</sup> Zwar habe der Vermieter ein legitimes Interesse, nach Ablauf eines Mietvertrags die weitere Nutzung der Sache – eventuell sogar durch entsprechende technische Mittel – zu unterbinden. Es müssten jedoch auch die Interessen des Mieters an einer Sicherung der weiteren Nutzung der Mietsache berücksichtigt werden, etwa in den Fällen, dass die Wirksamkeit einer Kündigung streitig sei oder der Mieter ein besonderes Interesse an der Nutzung der Mietsache habe.

Bei der sachenrechtlichen Bewertung, die im Fokus der hiesigen Arbeit steht, hält sich der Gerichtshof zurück. Er spricht das Sachenrecht, insbesondere das Besitzrecht, zwar an, lässt entscheidende Punkte aber ausdrücklich offen.<sup>156</sup> Die Entscheidung unterstreicht damit die Bedeutung der hiesigen Fragestellung, nimmt ihre Beantwortung jedoch nicht vorweg.

Zunächst stellt das Gericht klar, dass der Fernzugriff eine Besitzbeeinträchtigung darstelle. Zumindest wenn „auf die Steuerung der Batterie“ zugegriffen werde, handele es sich um eine Einwirkung auf die Sachsubstanz.<sup>157</sup> Der digitale Eingriff komme dabei im Ergebnis einem körperlichen Eingriff in eine elektronische oder mechanische Steuerung gleich. Darin liege eine Beeinträchtigung der mit dem Besitz verbundenen Einwirkungs- und Ausschlussmacht des Besitzers. Der Entfaltung physischer Kraft bedürfe es für eine Besitzbeeinträchtigung nicht. Ob eine Besitzbeeinträchtigung auch vorliege, wenn es zu keinem Zugriff auf die Steuerung gekommen wäre, lässt das Gericht offen. Es betont zudem, dass durch die Sperre nicht etwa lediglich betriebsnotwendige Leistungen zurückbehalten würden, was gegen eine Besitzbeeinträchtigung gesprochen hätte.<sup>158</sup>

Ausdrücklich spricht der Gerichtshof die Möglichkeit an, dass an der Batterie aufgrund der Sperrmöglichkeit ein Mitbesitz des Vermieters bestehen könnte, der einen Besitzschutz nach § 866 BGB bei einer reinen Besitzstörung, anders als bei einer (vollständigen) Entziehung des Besitzes, ausschließen würde.<sup>159</sup> Eine solche

---

<sup>153</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 25.

<sup>154</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 26 ff.

<sup>155</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 26 ff.

<sup>156</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 17 ff.

<sup>157</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 18. Wohl ebenso bei S. 161 ff.

<sup>158</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 19 f.

<sup>159</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 23. Siehe dazu bei S. 120 ff.

Besitzentziehung liege hier indes nicht vor, da auch nach der Sperrung der Batterie dem Mieter die den Besitz kennzeichnende Ausschluss- und Einwirkungsmacht verbleibe.<sup>160</sup> Ob im vorliegenden Fall ein Mitbesitz bestehe, lässt der Gerichtshof ausdrücklich offen. Er meldet jedoch Zweifel an, ob allein die Sperrmöglichkeit, „von der die Beklagte nur nach Vertragsbeendigung Gebrauch machen w[olle], Mitbesitz begründ[e] oder ob dadurch lediglich die Bedingungen für eine spätere Besitzstörung erleichtert werd[e]“.<sup>161</sup>

## C. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung erfolgt in vier Schritten. Zunächst legt § 1 die technischen Grundlagen der Betrachtung. Sie sind entscheidend für die rechtliche Bewertung. § 2 geht der Frage nach, inwiefern eine digitale Sachherrschaft des Anbieters eine Besitzposition begründet. Bevor die Reichweite sachenrechtlicher Schutzpositionen thematisiert wird, wird damit zunächst geklärt, welche Rechtspositionen Nutzer und Anbieter an einem vernetzten Gerät innehaben. § 3 untersucht im Anschluss anlässlich der Möglichkeit von Funktionssperren bei vernetzten Geräten die Reichweite des Zuweisungsgehalts von Eigentum und Besitz im Hinblick auf digitalen Gebrauch. § 4 beleuchtet schließlich anhand von Beispielfällen, inwiefern eine mögliche Beeinträchtigung des Zuweisungsgehalts von Eigentum beziehungsweise Besitz durch eine Funktionssperre gerechtfertigt sein kann. Der Fokus liegt dabei auf formularmäßigen Einwilligungen der Nutzer sowie auf Befugnissen des Anbieters als etwaiger Urheber von im Gerät verkörperter Software.

### I. Technischer Hintergrund

Bezüglich des technischen Hintergrunds beginnt § 1 mit einer Darstellung der technischen Funktionsweise vernetzbarer Geräte als solcher (§ 1 Kapitel 1) sowie deren Vernetzung (§ 1 Kapitel 2). Soweit wie möglich wird auf allzu kleinteilige technische Details verzichtet zugunsten einer eingängigen Darstellung der Grundstruktur. Ein gewisses Grundverständnis der technischen Funktionsweise vernetzter Geräte ist jedoch für die rechtliche Bewertung notwendig. Dazu zählt beispielsweise, wie eine Funktionssperre durch den Anbieter umgesetzt werden kann und wie dabei auf das Gerät eingewirkt wird.

In § 1 Kapitel 3 wird die Bedeutung der Vernetzung für die Funktionsfähigkeit und die Steuerung des Gerätes dargestellt. Dabei wird insbesondere aufgezeigt, inwiefern der Anbieter über die Produktgestaltung bestimmen kann, wie weitrei-

---

<sup>160</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 23.

<sup>161</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 24.

chend die Funktionsfähigkeit eines vernetzten Geräts von einer Netzanbindung abhängt.

In § 1 Kapitel 4 wird schließlich auf die Möglichkeit eingegangen, den Gebrauch vernetzter Geräte durch Funktionssperren zu verhindern. Es werden drei Möglichkeiten vorgestellt, die Funktion des Geräts zu sperren: die Verhinderung des netz-basierten Gebrauchs des Geräts durch eine Blockade des Zugangs zum Cloud-Server des Anbieters sowie die Verhinderung des softwarebasierten Gebrauchs des Geräts einerseits mit und andererseits ohne eine Veränderung der im Gerät integrierten Software.

## *II. Besitz dank digitaler Sachherrschaft*

§ 2 wendet sich der rechtlichen Bewertung der Spaltung der Sachherrschaft und insbesondere der digitalen Sachherrschaft zu. Der Abschnitt stellt die Frage, inwiefern digitale Sachherrschaft eine Besitzposition begründet. Von Bedeutung ist dies in Fällen, in denen digitale und physische Sachherrschaft auseinanderfallen.

Eine Besitzposition aufgrund digitaler Sachherrschaft wäre zunächst denkbar, wenn die Software, auf die sich die digitale Sachherrschaft bezieht und die auf dem Datenträger in dem vernetzten Gerät verkörpert ist, eine eigenständige, vom Datenträger unabhängige Sachqualität genießt. Dem wird in § 2 Kapitel 1 nachgegangen. Für eine eigene Sachqualität verkörperter Software scheint die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu sprechen, in der das Gericht wiederholt angibt, bei verkörperter Software handle es sich um eine bewegliche Sache. Bei genauer Betrachtung dürfte diese Rechtsprechung jedoch nicht so zu verstehen sein, als spreche sich das Gericht für eine eigenständige, vom Datenträger unabhängige Sachqualität verkörperter Software aus.

Ob eine solche eigenständige Sachqualität besteht, wird daher – unabhängig von der genannten Rechtsprechung – im Anschluss untersucht. Dafür bedarf es zunächst eines klaren Verständnisses der Voraussetzungen von Sachqualität. Im Gegensatz zur herrschenden Ansicht wird diesbezüglich vorgeschlagen, den Begriff des körperlichen Gegenstands im Sinne des § 90 BGB nicht als ein einheitliches Merkmal zu verstehen. Stattdessen sollte zwischen dem Merkmal der Körperlichkeit und demjenigen der Gegenstandsqualität unterschieden werden. Sachen stellen nach diesem Verständnis diejenigen Objekte dar, die sowohl körperlich sind als auch Gegenstandsqualität besitzen. Die Eigenschaft als „körperlich“ soll dabei als deskriptives Merkmal verstanden werden – ein Verständnis, dass auch später bei der Frage nach der Körperlichkeit einer Änderung verkörperter Software relevant wird. Das Merkmal des Gegenstandes wird demgegenüber normativ verstanden. Im Kontext körperlicher Objekte setzt die Gegenstandsqualität eine Abgegrenztheit und konzeptionelle Eigenständigkeit des Objekts voraus. Verkörperte Software erfüllt die genannten Voraussetzungen nicht. Sie ist zwar körperlich, stellt allerdings keinen eigenen, vom Datenträger zu trennenden Gegenstand dar, son-

dern hat lediglich an dessen Sachqualität teil und prägt seine konkrete Körperlichkeit. Sie scheidet damit als eigenständiges Besitzobjekt aus.

§ 2 Kapitel 2 geht daher der Frage nach, inwieweit die digitale Sachherrschaft des Anbieters eine Besitzposition an dem vernetzten Gerät begründet. Zunächst werden dazu Natur und Reichweite der digitalen Sachherrschaft genauer beleuchtet. Es stellt sich heraus, dass digitale Sachherrschaft eine Form körperlicher Sachherrschaft darstellt und damit unmittelbaren Besitz begründet. Da die digitale Sachherrschaft jedoch nur einen Teil des vernetzten Geräts erfasst und vielfach mit der physischen Sachherrschaft des Nutzers zusammentrifft, begründet die digitale Sachherrschaft lediglich einen Teilmitbesitz des Anbieters am vernetzten Gerät im Hinblick auf die Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, an der der Anbieter digitale Sachherrschaft innehat. Dass der Anbieter einen Mitbesitz an dem Gerät hat, führt dazu, dass ein possessorischer Besitzschutz des Nutzers gegenüber Funktionssperren des Anbieters gemäß § 866 BGB weitgehend ausscheidet.

### *III. Sachenrecht und digitaler Gebrauch*

§ 3 wendet den Blick von der Inhaberschaft der dinglichen Rechtspositionen zu deren Reichweite. Konkret wird untersucht, inwiefern der digitale – also software- und netzbasierte – Gebrauch des vernetzten Geräts Anteil hat am Zuweisungsgehalt von Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers.

§ 3 Kapitel 1 erläutert das spätere methodische Vorgehen zur Bestimmung des Zuweisungsgehalts. Zunächst wird dabei dargelegt, dass sich aus abstrakten Definitionen von Eigentum, Eigentumsbeeinträchtigung oder Besitzbeeinträchtigung keine Aussagen zur konkreten Reichweite der dinglichen Schutzpositionen ableiten lassen. Stattdessen ist es erforderlich, die Grenze des Schutzes induktiv zu bestimmen, also durch einen Vergleich möglicher Einschränkungen des digitalen Gebrauchs mit anerkannten Fallgruppen zu sonstigen Beeinträchtigungen von Eigentum und Besitz. Bevor diese Vorgehensweise umgesetzt werden kann, muss untersucht werden, inwiefern bei der Betrachtung von Vergleichsfallgruppen einerseits zwischen Beeinträchtigungen von Eigentum und Besitz und andererseits zwischen verschiedenen Anspruchsgrundlagen zu unterscheiden ist. Zumindest im Hinblick auf die hier relevanten Einwirkungen auf eine Sache, die deren Gebrauch beeinträchtigen, stellt sich auf beiden Ebenen eine Differenzierung als entbehrlich heraus.

§ 3 Kapitel 2 bis 4 setzen die vorgestellte induktive Bestimmung des Zuweisungsgehalts um. Sie analysieren, ob verschiedene Arten einer Funktionssperre sachenrechtlich relevant sind, ob sie also eine Beeinträchtigung des Zuweisungsgehalts von Eigentum beziehungsweise Besitz darstellen. Terminologisch verwendet die Arbeit einheitlich den Begriff der Beeinträchtigung und nicht der Verletzung.<sup>162</sup>

<sup>162</sup> Schon in den Gesetzgebungsmaterialien wird bei den Erläuterungen des heutigen § 1004

Damit soll betont werden, dass allein die Beeinträchtigung des Zuweisungsgehalts noch nicht die abschließende Wertung enthält, dass die Beeinträchtigung auch rechtswidrig erfolgt ist. Der Begriff der Verletzung suggeriert demgegenüber schon eine abschließende Wertung der Rechtswidrigkeit, auch wenn in § 823 Abs. 1 BGB schon im Wortlaut an sich klar zwischen der Rechtsgutsverletzung und deren Rechtswidrigkeit unterschieden wird.

Bei der Bestimmung des Zuweisungsgehalts werden zwei Differenzierungen vorgenommen. Zunächst wird zwischen Beeinträchtigungen des softwarebasierten Gebrauchs und des netzbasierten Gebrauchs unterschieden. In Rahmen der Beeinträchtigung des softwarebasierten Gebrauchs wird wiederum zwischen Funktionssperren abgegrenzt, die mit einer Änderung der verkörperten Software einhergehen, und solchen, die ohne eine solche Veränderung stattfinden.

§ 3 Kapitel 2 befasst sich mit Softwaresperren, die mit einer Änderung – etwa einer Löschung – der im Gerät verkörperten Software einhergehen. Wie im Rahmen der Diskussion zur Sachqualität von verkörperter Software dargelegt wird, prägen die Ladungszustände der Speicherzellen des im Gerät integrierten Datenträgers die konkrete Körperlichkeit des vernetzten Geräts. Eine Veränderung der verkörperten Software stellt damit eine Änderung der Sachsubstanz dar und als solche einen prototypischen Fall einer sachenrechtlich relevanten Beeinträchtigung.

Schwieriger gestaltet sich die Bewertung von Funktionssperren, bei denen der Gebrauch der Sache beeinträchtigt wird, ohne dass es zu einer Substanzveränderung kommt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der herrschenden Literatur kann die Beeinträchtigung des Gebrauchs einer Sache auch unabhängig von einer Substanzveränderung sachenrechtliche Relevanz entfalten, wenn sie den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache betrifft.<sup>163</sup> Bezüglich der weiteren Voraussetzungen ist dabei allerdings zu differenzieren zwischen Störungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst, bei vernetzten Geräten also Beeinträchtigungen des softwarebasierten Gebrauchs, die in § 3 Kapitel 3 untersucht werden, und Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung, bei vernetzten Geräten also Beeinträchtigungen des netzbasierten Gebrauchs, auf die in § 3 Kapitel 4 eingegangen wird.

Bei der Bestimmung, ob in einer Beeinträchtigung des softwarebasierten Gebrauchs eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache selbst vorliegt, ist die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs das entscheidende Kriterium. Sie bildet den Schwerpunkt des § 3 Kapitel 3. Bei vernetzten Geräten haben digitale Gebrauchsmöglichkeiten Anteil am sachenrechtlich geschützten bestimmungsgemäßen Gebrauch, wenn es dabei zu

---

BGB der Begriff der Eigentumsverletzung gleichbedeutend mit dem Begriff der Beeinträchtigung verwendet: Motive, Bd. 3, 422 = Mugdan, Materialien III, 236.

<sup>163</sup> Siehe etwa BGH v. 5.6.1990 – VI ZR 359/89, NJW-RR 1990, 1172, 1173; BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18: „nicht unerhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung“; BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219: „tatsächliche Einwirkung auf die Sache selbst [...], die deren Benutzung objektiv verhindert“.

einem Gebrauch des Geräts in seiner Körperlichkeit kommt und sich der Gebrauch nicht nur auf den geistigen Inhalt der verkörperten Software bezieht. Im Ergebnis ist daher zwischen verschiedenen Gerätekomponenten, konkret der Zentraleinheit und den Peripheriegeräten, zu unterscheiden.

§ 3 Kapitel 4 wendet sich der Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs zu. Eine entsprechende Sperre ergibt sich häufig aus einer Verweigerung eines betriebsnotwendigen Zugriffs auf den Cloud-Server des Anbieters. Es handelt sich um Fälle einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung. Bei einer Betrachtung der Rechtsprechung zu solchen Fällen zeigt sich, dass bisherige Fälle der Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung regelmäßig Sachen betrafen, deren Gebrauch von unterschiedlichen Netzen abhängt, etwa vom (Wasser-)Straßennetz, Stromnetz oder Telekommunikationsnetz. Die Fallgruppe der Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs soll daher aus einer netzbasierten Betrachtung konzeptualisiert werden. Dabei kommt es zu einer Unterscheidung zwischen einem Entzug des Netzzugangs, der teilweise sachenrechtlich relevant ist, und einer reinen Netzstörung, die keine solche Relevanz entfaltet.

#### *IV. Rechtmäßigkeit einer Beeinträchtigung*

In § 4 wird untersucht, inwiefern sachenrechtlich relevante Beeinträchtigungen des digitalen Gebrauchs gerechtfertigt sein können.

§ 4 Kapitel 1 dieses Abschnitts betrachtet die Möglichkeit einer formularmäßigen Einwilligung in eine mit der Funktionssperre einhergehende Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz. Anhand dreier denkbarer Anlässe für eine Funktionssperre – das Alter des Geräts, die Weitergabe des Geräts sowie das Ausbleiben von Zahlungen für die Überlassung des Geräts – wird beispielhaft erläutert, nach welchen Maßstäben die Wirksamkeit einer solchen Einwilligung geprüft wird. Dafür wird zunächst die vertragliche Grundkonstellation des Erwerbs der Geräte dargestellt. Auch wenn es dabei häufig zu einer Spaltung der Vertragsbeziehung mit dem Verkäufer und dem Anbieter, der die digitalen Dienste bereitstellt, kommt, ist bei der Kontrolle der Angemessenheit einer formularmäßigen Einwilligung das Leitbild des Gesamtgeschäfts heranzuziehen. Es zeigt sich, dass bei einem mietähnlichen Erwerb eine formularmäßige Einwilligung in eine Funktionssperre deutlich weitreichender möglich ist als bei einem kaufähnlichen Erwerb.

Mit einer weiteren Möglichkeit der Rechtfertigung befasst sich § 4 Kapitel 2. Sie ergibt sich aus dem Urheberrecht: Regelmäßig kommt beim digitalen Gebrauch des vernetzten Geräts urheberrechtlich geschützte Software zum Einsatz – meist ein Computerprogramm, das das Gerät steuert. Da es bei jedem Gebrauch von Software zu einer zumindest teilweisen und zumindest vorübergehenden Vervielfältigung des Programmcodes kommt, ist jeder Gebrauch des vernetzten Geräts urheberrechtlich relevant und bedarf einer rechtlichen Grundlage. Funktionssperren

können daher als technische Schutzmaßnahmen wirken, die einen Gebrauch des Geräts verhindern, bei dem es zu einer Urheberrechtsverletzung kommen würde. Da das Urheberrecht dem Urheber den Einsatz solch technischer Maßnahmen erlaubt, kann eine Funktionssperre als gerechtfertigt angesehen werden, soweit sie tatsächlich eine urheberrechtswidrige Nutzung verhindert. Abschließend stellt sich damit die Frage nach der urheberrechtlichen Nutzungsgrundlage für den digitalen Gebrauch. Exemplarisch soll anhand der bereits genannten Anlässe für eine Funktionssperre die Wirksamkeit von formularmäßigen Lizenzbeschränkungen geprüft werden. Auch dabei ist das Leitbild des Gesamtgeschäfts des Erwerbs zu berücksichtigen. Die Zulässigkeit formularmäßiger Lizenzbeschränkungen entspricht daher weitgehend der Zulässigkeit entsprechender formularmäßiger Einwilligungen in eine Funktionssperre.

#### D. Fazit

Eingangs wurden drei Besonderheiten vernetzter Geräte dargestellt, die das Sachenrecht vor eine Herausforderung stellen: Die Spaltung der Sachherrschaft, die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit einer Sache selbst ohne Einwirkungen auf die Sachsubstanz und die Möglichkeit der Auslagerung von Gebrauchsvoraussetzungen aus dem Gerät in das Datennetz. In der folgenden Arbeit zeigt sich, dass das Sachenrecht mit den ersten beiden Herausforderungen gut umgehen kann. Die folgende Untersuchung zeigt jedoch auch, dass ein netzbasierter Gebrauch weitgehend nicht vom Sachenrecht geschützt ist. Dem Sachenrecht fehlt dadurch eine angemessene Handhabe für die dritte Besonderheit vernetzter Geräte – die Möglichkeit einer Auslagerung von Gebrauchsvoraussetzungen aus dem Gerät in das Datennetz. Die Nutzer sind insoweit grundsätzlich auf einen Schutz durch das Vertragsrecht verwiesen. Weitgehend schutzlos bleiben damit Nutzer zurück, die keinen Vertrag mit dem Anbieter haben.



## § 1. Technischer Hintergrund

Für den rechtlichen Umgang mit vernetzten Geräten bedarf es eines grundlegenden Verständnisses ihrer technischen Funktionsweise. Im Folgenden soll diese Grundlage erläutert werden. Dabei stehen Grundstrukturen im Vordergrund. Technische Feinheiten werden – soweit möglich – ausgeblendet. Der Blick soll auf die Merkmale gelenkt werden, die für die rechtliche Bewertung von Bedeutung sind. Zudem soll die Beschränkung auf technische Grundstrukturen die rechtliche Bewertung vom aktuellen Stand der Technik lösen und allgemeingültigere, technologieunabhängige Aussagen ermöglichen.

In der Fachliteratur werden die einzelnen Technologien und Komponenten, die für eine Vernetzung von Geräten und das Internet der Dinge erforderlich sind, in verschiedene – häufig drei oder fünf – Ebenen unterteilt.<sup>1</sup> In der folgenden, vereinfachten Darstellung soll demgegenüber lediglich zwischen zwei großen Bereichen unterschieden werden: dem vernetzten Gerät an sich (dazu unter Kapitel 1) und seiner Vernetzung (dazu unter Kapitel 2). Im Anschluss wird dargelegt, dass es der Anbieter bei der Vernetzung eines Geräts über die technische Produktgestaltung weitreichend selbst in der Hand hat, wie umfassend sein Einfluss auf den Gebrauch des Geräts ist und wie weit betriebsnotwendige Gebrauchsvoraussetzungen aus dem Gerät ausgelagert werden (dazu unter Kapitel 3). Abschließend wird ausgeführt, wie der Anbieter diesen Einfluss ausnutzen kann, um auf unterschiedlichen Wegen die Funktion des Geräts zu sperren (dazu unter Kapitel 4).

---

<sup>1</sup> *Al-Qaseemi u.a.*, in: Institute of Electrical and Electronics Engineers (Hrsg.), *IoT Architecture*, 731, 731f.: drei Ebenen Modell: perception layer (oder auch physical layer), network layer und application layer; fünf Ebenen Modell: zusätzlich access gateway layer und middleware layer. *Al-Fuqaha u.a.*, 17 *IEEE Commun. Surv. Tutor.* 2347 (2015), 2349; *Alsubaei/Abuhussein/Sibva*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 79, 81 ff.; *Schoder*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 3, 14 f.



## Kapitel 1

### Das vernetzte Gerät

Bezüglich der Komponenten eines vernetzten Geräts kann unterschieden werden zwischen der Hardware des Geräts (dazu unter A.) und der integrierten Software (Firmware und Anwendungssoftware; dazu unter B.).<sup>1</sup>

#### A. Gerätehardware

Damit ein Gerät überhaupt digitale Funktionen erfüllen kann, muss in dem Gerät eine körperliche Infrastruktur integriert sein (Hardware), auf der eine Datenverarbeitung stattfinden und die eine Vernetzung des Geräts ermöglichen kann. Bei diesen Hardwarekomponenten kann unterschieden werden zwischen Komponenten, die der Eingabe, der Verarbeitung, der Speicherung und schließlich der Ausgabe von Daten dienen.<sup>2</sup>

Die Dateneingabe erfolgt einerseits über klassische Eingabemechanismen (z.B. Tastatur, Maus, Schalter, Touchscreen, Tasten) und andererseits über Sensoren, mit denen das Gerät Informationen eigenständig erfassen (z.B. Temperatur, Luftfeuchtigkeit, Gewicht, Bewegung, Beschleunigung)<sup>3</sup> oder das Gerät beispielsweise mittels dem „Global Positioning System“ (GPS) lokalisieren kann.<sup>4</sup> Der Datenverarbeitung und -speicherung dienen insbesondere Prozessoren und unterschiedliche Datenspeicher (z.B. Festplatte, Arbeitsspeicher, Flash-Speicher). Für die Datenausgabe enthalten viele Geräte neben Bildschirmen, Druckern, Displays oder Lautsprechern<sup>5</sup> auch Aktoren, also Bauteile, die sich bei entsprechenden Befehlen bewegen, also Signale der Datenverarbeitung in mechanische Veränderungen umsetzen,

---

<sup>1</sup> Vgl. *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), *Verbraucherrecht 2.0*, 367, 368f.; *Wendehorst*, JZ 2021, 974, 974 beschreibt fünf Komponenten, die jedoch neben Hardware und eingebetteten digitalen Inhalten auch die mit dem Gerät verbundenen digitalen Inhalte und Dienste sowie Aktualisierungen umfassen.

<sup>2</sup> *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 15f.; *H. Müller/Weichert*, Vorkurs Informatik<sup>5</sup>, 311.

<sup>3</sup> Vgl. *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2349 und 2350; *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 15f.; *Hussain*, Internet of Things, 7; *Schoder*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 3, 7 und 22ff.

<sup>4</sup> *Alsubaei/Abubusein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 79, 84.

<sup>5</sup> Vgl. *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 15f.

oder sonst in unterschiedlicher Weise auf ihre physische Umwelt einwirken.<sup>6</sup> Diese Aktivität und Steuerung der Aktoren stellt damit eine Datenausgabe dar. Bei einem selbstfahrenden Fahrzeug sind der Betrieb des Motors und die Lenkung des Fahrzeuges aus technischer Perspektive letztlich eine Form der Datenausgabe.

Es kommt bei vernetzten Geräten somit einerseits – über Sensoren – zu einer Übersetzung der physischen Umwelt der Geräte in digitale Signale und andererseits – über Aktoren – zu einer Übersetzung digitaler Signale in physische Veränderungen in der Umwelt. Für das Internet der Dinge und die Robotik sind Sensoren und Aktoren daher von entscheidender Bedeutung.

## B. Integrierte Software

Hinsichtlich der im Gerät integrierten Software sind zwei Ebenen zu unterscheiden.<sup>7</sup> Zunächst ist auf der Hardware des Geräts die sogenannte Firmware abgelegt. Wie die englischsprachige Wurzel des Begriffs („firm“ – fest) verdeutlicht, handelt es sich um Software, die derart fest mit dem Gerät verbunden und für dessen Gebrauch so grundlegend ist, dass der Nutzer sie im Rahmen des gewöhnlichen Betriebs – etwa bei der Installation oder Deinstallation von Software – nicht verändern kann.<sup>8</sup>

Die Firmware steuert die grundlegenden Funktionen des Geräts, einschließlich der Wahrnehmung von Daten und Nutzerbefehlen über Sensoren oder Eingabemechanismen, des Initiierens von digitalen oder physischen Funktionen des Geräts und der Vernetzung des Geräts an sich, also des Sendens und Empfangens von Signalen. Damit eröffnet die Firmware überhaupt erst den Gebrauch des Geräts. Ohne sie oder bei einer Störung kann das Gerät nicht genutzt werden. Vielfach wird die Firmware von den Anbietern der vernetzten Geräte aus der Ferne aktualisiert, um neue Funktionen zu ermöglichen oder Fehler und Sicherheitslücken zu beseitigen.<sup>9</sup>

Der Begriff der Firmware kann unterschiedlich weit gefasst werden, da unterschiedliche Softwarekomponenten unterschiedlich fest mit der Hardware verbunden sind. Für die hiesigen Zwecke soll eine eher weite Definition verwendet werden, die auch das Betriebssystem und Treiber erfasst. In zahlreichen Geräten ist eine Änderung dieser Software durch den Nutzer nicht vorgesehen. Aus seiner Perspektive ist sie fest mit dem Gerät verbunden, auch wenn sie aus technischer Sicht an sich leichter zu ändern wäre als etwa das sogenannte BIOS („Basic Input/Output System“), das überhaupt erst den Start des Geräts und das Laden des Betriebssystems ermöglicht.

<sup>6</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2349; *Schoder*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 3, 7 und 24.

<sup>7</sup> *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 770f.; *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 6f.

<sup>8</sup> *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 770f.

<sup>9</sup> *Pulkeis/Karlsson/Westerlund*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 255, 263.

Für die rechtliche Bewertung ist die Firmware abzugrenzen von der Anwendungssoftware. Dabei handelt es sich um Software, insbesondere Computerprogramme, die vom Nutzer installiert beziehungsweise deinstalliert werden können. Anwendungssoftware betrifft nicht das grundlegende Funktionieren des Geräts, sondern eröffnet darüberhinausgehende Funktionen.<sup>10</sup> Als Beispiele können etwa ein Textverarbeitungsprogramm oder ein Internetbrowser genannt werden. Nicht in jedem Gerät ist vorgesehen, dass der Nutzer derartige zusätzliche Anwendungssoftware installiert. Gerade in kleinen vernetzten Geräten erschöpft sich die im Gerät integrierte Software vielfach in der Firmware. Die Installation ergänzender Anwendungssoftware ist nicht vorgesehen. Als Beispiel können hier vernetzte Temperatursensoren genannt werden, die als Teil eines Smart Homes eingesetzt werden.

---

<sup>10</sup> *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 771.



## Kapitel 2

### Vernetzung des Geräts

Damit ein Gerät vernetzt werden kann, müssen in dem Gerät bestimmte Komponenten vorhanden sein (dazu unter A.). Sind diese vorhanden, ist eine Vernetzung umsetzbar (dazu unter B.). Durch die Vernetzung können die Geräte teilhaben am sogenannten Internet der Dinge (dazu unter C.).

#### A. Erforderliche Kommunikationstechnologien

Die Vernetzung an sich erfolgt über den Einsatz von Kommunikationstechnologien, durch die das vernetzte Gerät Daten übermitteln und empfangen kann.<sup>1</sup> Abhängig von der verwendeten Kommunikationstechnologie kann die Vernetzung auf unterschiedliche Weisen erfolgen.<sup>2</sup> Die verschiedenen Kommunikationstechnologien unterscheiden sich dabei hinsichtlich der räumlichen Reichweite zu Geräten, mit denen sie Daten austauschen und über die eine Verbindung zum Internet hergestellt wird.

Im Rahmen des sogenannten mobilen Internets werden Kommunikationstechnologien beziehungsweise Standards mit relativ großer Reichweite verwendet (z.B. LTE). Mit dem Internet verbinden sich Endgeräte, die diese Technologien nutzen, über Mobilfunkantennen, die im Rahmen des Telekommunikationsnetzes durch die Netzbetreiber bereitgestellt werden.<sup>3</sup>

Daneben können die vernetzten Geräte auch Kommunikationstechnologien mit geringerer Reichweite verwenden, so etwa Wi-Fi, Near-Field-Communication (NFC) oder Bluetooth.<sup>4</sup> Solche vernetzten Geräte sind für eine Verbindung mit dem Internet zunächst auf die Verbindung zu einem sogenannten Gateway Device im nahen Umfeld angewiesen – bspw. ein Smartphone oder ein Router –, welches

---

<sup>1</sup> Vgl. *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2349 und 2351.

<sup>2</sup> Für eine Übersicht verschiedener Kommunikationstechnologien: *Alsubaei/Abubussein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 79, 86ff. und insb. 90f.; *Schoder*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 3, 16ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Sander*, WuB 2022, 175, 176: Verhinderung erfolgt etwa über fest verbaute SIM-Karte zur Anbindung an das mobile Datennetz.

<sup>4</sup> *Want/Schilit/Jenson*, 48 Computer 28 (2015), 29; vgl. *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2350f.; *Alsubaei/Abubussein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 79, 86ff.

dann wiederum mit dem Internet verbunden ist.<sup>5</sup> Das Smartphone als Gateway Device wirkt dann als Brücke zwischen dem lokal vernetzten Gerät und dem weltweiten Internet. Langfristig soll die Erforderlichkeit solcher lokalen Gateway Devices zunehmend entfallen. Stattdessen soll die Internetanbindung unmittelbar über das Mobilfunknetz und damit im Rahme des mobilen Internets erfolgen. So können die vernetzten Geräte durch den Nutzer jederzeit und von überall angesteuert werden, ohne dass sie sich in der Nähe eines lokalen Gateway Devices befinden müssen.<sup>6</sup>

Weitere grundlegende Voraussetzungen für die Vernetzung eines Geräts sind schließlich seine Identifikations- und damit Adressierungsmöglichkeit.<sup>7</sup> Nur wenn das Gerät identifiziert und angesprochen werden kann, ist seine Vernetzung möglich. Ansonsten ist es für andere Geräte unsichtbar, ein Austausch ist nicht möglich. Die Identifikation eines Geräts erfolgt beispielsweise über IP-Adressen oder Uniform Resource Identifier (URI).<sup>8</sup>

## B. Vernetzung

Die Vernetzung der Geräte erfolgt über verschiedene Hard- und Softwarekomponenten, die teilweise zusammenfassend als Service Management Ebene bezeichnet werden.<sup>9</sup> Häufig werden diese auf sogenannten „IoT-Plattformen“ bereitgestellt.<sup>10</sup> Kleinere Anbieter vernetzter Geräte betreiben meist keine eigenen IoT-Plattformen, sondern greifen auf Angebote Dritter zurück.<sup>11</sup> Große Unternehmen unterhalten demgegenüber eher eigene Plattformen.<sup>12</sup>

Die im Rahmen der Service Management Ebene verwendeten Technologien ermöglichen die Verbindung zwischen den einzelnen Geräten und den Angeboten

<sup>5</sup> *Want/Schilit/Jenson*, 48 *Computer* 28 (2015), 29; *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 507; *Stieper*, JZ 2022, 389, 390.

<sup>6</sup> Vgl. *Tilocal/Raza*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 221, 221; *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 507; *Stieper*, JZ 2022, 389, 390.

<sup>7</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 *IEEE Commun. Surv. Tutor.* 2347 (2015), 2350; *Alsubaei/Abuhussein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 79, 84 ff.; *Schoder*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 3, 25 ff.; *Want/Schilit/Jenson*, 48 *Computer* 28 (2015), 29.

<sup>8</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 *IEEE Commun. Surv. Tutor.* 2347 (2015), 2350; *Alsubaei/Abuhussein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 79, 84 ff.; *Schoder*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 3, 24 f.; *Want/Schilit/Jenson*, 48 *Computer* 28 (2015), 29.

<sup>9</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 *IEEE Commun. Surv. Tutor.* 2347 (2015), 2349; *Alsubaei/Abuhussein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 79, 93.

<sup>10</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 *IEEE Commun. Surv. Tutor.* 2347 (2015), 2351 mit zahlreichen Beispielen; *Alsubaei/Abuhussein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 79, 93. Für einen Überblick verschiedener Plattformen: *Alsubaei/Abuhussein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 79, 105 ff.

<sup>11</sup> Vgl. *Al-Fuqaha u.a.*, 17 *IEEE Commun. Surv. Tutor.* 2347 (2015), 2351; *Alsubaei/Abuhussein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 79, 105.

<sup>12</sup> *National Institute of Standards and Technology*, Special Publication 800-145, 2011, 3.

des Anbieters des Geräts oder Angeboten Dritter. Sie empfangen und verarbeiten Daten und vermitteln angefragte Angebote.<sup>13</sup> Insbesondere ermöglichen sie die Verbindung des Geräts zu der Cloud des Anbieters, indem diese von vernetzten Geräten gefunden und adressiert werden können.<sup>14</sup>

Als Cloud bezeichnet man dabei gemeinsam genutzte, zentralisierte informationstechnische Infrastrukturen – etwa Server, Datenzentren, Netzwerke, Software-Anwendungen und sonstige digitale Dienste –, zu denen die einzelnen Endnutzer weltweit auf Abruf Zugang erhalten.<sup>15</sup> Es kommt zu einer gemeinsamen Nutzung zentralisierter Ressourcen durch zahlreiche Endnutzer. Die Datenverarbeitung findet oftmals nicht auf dem einzelnen Endgerät statt, sondern auf der zentralisierten Infrastruktur, auf die der Endnutzer über das Internet zugreift. Cloud-basierte Dienste ermöglichen es dem Endnutzer, aus der Ferne die Software oder Hardware eines Dritten, des Cloud-Anbieters, zu nutzen.<sup>16</sup>

Ist die Verbindung zwischen dem vernetzten Gerät und dem Angebot des Anbieters, insbesondere der Cloud, hergestellt, können auf dieser Grundlage einzelne Anwendungen netzbasiert betrieben werden (sog. Application Layer).<sup>17</sup> Es handelt sich dabei beispielsweise um die Anwendungssoftware, mit der ein Nutzer über sein Smartphone oder einen Internetbrowser seine vernetzten Haushaltsgeräte steuern kann.<sup>18</sup>

Das Verhältnis des Service Management Layer und des Application Layer kann vereinfacht mit dem Verhältnis von Firmware, einschließlich Betriebssystem und Treiber, und Anwendungssoftware bei einem Computer verglichen werden.<sup>19</sup> Das Service Management Layer beziehungsweise die Firmware gewährleisten das grundsätzliche Funktionieren des Geräts beziehungsweise der Vernetzung, während das Application Layer beziehungsweise die Anwendungssoftware konkrete Nutzungsmöglichkeiten eröffnen.

### C. Vernetzte Geräte und das Internet der Dinge

Durch die Vernetzung kann ein vernetztes Gerät in das sogenannte Internet der Dinge eingebunden werden (gerne auch auf Englisch: „Internet of things“ oder ab-

<sup>13</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2349; *Alsubaei/Abubussein/Sibva*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 79, 93.

<sup>14</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2349; *Alsubaei/Abubussein/Sibva*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 79, 93 und 95 ff.

<sup>15</sup> *National Institute of Standards and Technology*, Special Publication 800-145, 2011; *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2364.

<sup>16</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2364; *National Institute of Standards and Technology*, Special Publication 800-145, 2011, 3.

<sup>17</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2349.

<sup>18</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2350.

<sup>19</sup> Vgl. *Alsubaei/Abubussein/Sibva*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 79, 105.

gekürzt „IoT“).<sup>20</sup> Im Internet der Dinge soll es zu einer weitreichenden, nahezu flächendeckenden Vernetzung verschiedenster Dinge kommen, wodurch es zu einer umfassenden Interaktion zwischen der physischen Welt und informationstechnischen Systemen kommen soll:<sup>21</sup> Mittels integrierter Sensoren sollen die Dinge Informationen über ihre physische oder digitale Umwelt aufnehmen. Aufgrund der Vernetzung können sie mit Herstellern, Nutzern oder anderen vernetzten Dingen („Machine-to-Machine communication“, auch „M2M communication“) kommunizieren und Informationen austauschen sowie aus der Ferne gesteuert werden. Regelmäßig werden bei ihrer Nutzung in erheblichem Umfang personenbezogene Daten erhoben und verarbeitet.<sup>22</sup> Häufig bilden diese Nutzungsdaten die Grundlage für mit dem Gerät verbundene automatisierte oder künstlich-intelligente Dienste, die für zahlreiche Nutzer einen entscheidenden Mehrwert der IoT-Geräte darstellen. So könnte ein vernetzter Kühlschrank beispielsweise aufgrund des Lebensmittelverbrauchs des Nutzers automatisch Einkaufslisten erstellen oder Bestellungen selbst aufgeben. Ein vernetztes Fahrzeug kann bei einem Unfall automatisch einen Notruf mit Standortangabe absenden sowie im Anschluss eine Vertragswerkstatt über Schäden informieren und die entsprechenden Ersatzteile bestellen.<sup>23</sup>

Mitunter soll sich das Internet der Dinge auch auf Orte, Menschen, Tiere, Pflanzen und solche Sachen erstrecken, die an sich keine informationstechnische Infrastruktur enthalten.<sup>24</sup> Man spricht dann auch vom „Internet of Everything“ (abgekürzt „IoE“).<sup>25</sup> Diese Dinge, die eigentlich keine informationstechnische Infrastruktur enthalten und nicht aktiv an einem Datenaustausch teilnehmen, sollen als sogenannte passive Geräte ins Internet der Dinge eingebunden werden.<sup>26</sup> Sie sollen mit Chips (z.B. radio-frequency identification tags [RFID-tags], near-field communication tags [NFC-tags] oder Bluetooth low energy tags [BLE-tags]) ausgestattet werden, die Informationen bereithalten und von entsprechenden Lesegeräten, wie etwa Smartphones, ausgelesen werden können. Diese Informationen können Nutzer dann beispielsweise automatisch auf eine mit der Sache assoziierte Internetseite leiten, die ergänzende und aktualisierbare Informationen bereitstellt und die Möglichkeit für weitergehende Interaktion mit dem Nutzer oder einem vernetzten

<sup>20</sup> Zur Entwicklung des Internets der Dinge: *Schoder*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 3, 3 ff.

<sup>21</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 *IEEE Commun. Surv. Tutor.* 2347 (2015), 2347 und 2350 ff.; *Hussain*, *Internet of Things*, 1 ff. und 6 ff.; CR 2017, 769, 772; *Schoder*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 3, 3 ff.; *Shu u.a.*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 275, 276; *Rayas/Salam*, *Internet of Things*<sup>2</sup>, 1 und 30; *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), *Verbraucherrecht 2.0*, 367, 367.

<sup>22</sup> *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 508.

<sup>23</sup> *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 507.

<sup>24</sup> *Rayas/Salam*, *Internet of Things*<sup>2</sup>, 3 f.; *Want/Schilit/Jenson*, 48 *Computer* 28 (2015), 29.

<sup>25</sup> *Rayas/Salam*, *Internet of Things*<sup>2</sup>, 4.

<sup>26</sup> *Alsubaei/Abubussein/Sibva*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 79, 82 f.; *Want/Schilit/Jenson*, 48 *Computer* 28 (2015), 30.

Gerät eröffnet.<sup>27</sup> Entsprechend können quick response (QR)-Codes auf Sachen gedruckt werden, die – ähnlich einem Barcode – durch eine Smartphone-Kamera ausgelesen werden, dem Nutzer Informationen übermitteln oder ihn auf eine Internetseite leiten.<sup>28</sup>

Die Beschreibung des Internets der Dinge zeigt, dass vernetzte Geräte einen entscheidenden Baustein des Internets der Dinge darstellen und mit ihm untrennbar verwoben sind. Das Internet der Dinge greift jedoch weiter und beschreibt ein umfassendes digitales Ökosystem, das aus einer Vielzahl vernetzter Geräte besteht. Das Internet der Dinge betrachtet vernetzte Geräte damit aus einer anderen Perspektive und wirft dabei zahlreiche, eigene Rechtsfragen auf, die nicht den Gegenstand dieser Arbeit darstellen: so etwa Fragen, die sich unter dem Schlagwort „Machine-to-Machine-contracting“ (zum Teil „M2M-contracting“) zusammenfassen lassen,<sup>29</sup> oder Fragen bezüglich der Verarbeitung der personenbezogenen Daten, die im Rahmen des Internets der Dinge gesammelt werden.<sup>30</sup>

---

<sup>27</sup> Vgl. *Alsubaei/Abuhusein/Sibva*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 79, 82 f.; *Hussain*, *Internet of Things*, 7; *Want/Schilit/Jenson*, 48 *Computer* 28 (2015), 29 ff.

<sup>28</sup> *Want/Schilit/Jenson*, 48 *Computer* 28 (2015), 29 f.

<sup>29</sup> Sieh dazu etwa *Bräutigam/Klindt*, *NJW* 2015, 1137, 1137 f.; *Grünwald/Nüßing*, *MMR* 2015, 378; *Weisser/Färber*, *MMR* 2015, 506, 507; *Wendeborst*, *NJW* 2016, 2609, 2609.

<sup>30</sup> Siehe dazu nur beispielhaft *Bräutigam/Klindt*, *NJW* 2015, 1137, 1139 f.; *Weisser/Färber*, *MMR* 2015, 506, 508 ff.



### Kapitel 3

## Produktgestaltung und Kontrolle des Anbieters

Die technische Umsetzung der Vernetzung gibt dem Anbieter weitreichende Möglichkeiten an die Hand, im Rahmen der Produktgestaltung selbst darüber zu entscheiden, wie umfangreich der Einfluss des Anbieters auf die Funktionsfähigkeit des Geräts und auf dessen Gebrauch durch den Nutzer ist. Entscheidend sind dabei die verwendeten Protokolle, die über die Interoperabilität des Geräts entscheiden (dazu unter A.) sowie der Umfang, in dem für die Funktionsfähigkeit (dazu unter B.) und die Steuerung (dazu unter C.) des Geräts eine aktive Netzanbindung erforderlich ist.

Wie der Anbieter bei diesen Gestaltungsparametern die Weichen stellt, entscheidet maßgeblich darüber, welche Kontrolle er über den Gebrauch des Geräts – insbesondere den netzbasierten Gebrauch – behält und in welchem Umfang er damit die Funktion des Geräts sperren kann.<sup>1</sup>

### A. Protokolle und Interoperabilität

Die Kommunikation vernetzter Geräte erfolgt auf der Grundlage von verschiedenen Kommunikationsprotokollen, also technischen Vorgaben über die Art der Datenübertragung, die verschiedene Ebenen der Vernetzung und Interaktion betreffen<sup>2</sup> – so etwa das Auffinden und Registrieren kompatibler Geräte und Angebote.<sup>3</sup> Man kann sich Protokolle vereinfacht als Sprache vorstellen, die die Geräte sprechen. Eine Kommunikation ist nur unter Geräten möglich, die derselben Sprache mächtig sind, also auf Grundlage desselben Protokolls kommunizieren können.

Der Hersteller eines vernetzten Geräts kann durch die Auswahl der Protokolle, die er zur Vernetzung des Geräts vorsieht, kontrollieren, mit welchen Geräten oder Dienstleistern ein vernetztes Gerät kommunizieren kann. Und in der Tat nutzen Hersteller diese Möglichkeit weitreichend aus. Anders als im World Wide Web be-

---

<sup>1</sup> Siehe dazu unten bei S. 57f. Siehe zudem bei S. 58ff. zu Eingriffsmöglichkeiten auf die integrierte Software, die sich der Anbieter ebenfalls im Rahmen der Produktgestaltung vorbehalten und die er ebenfalls für Funktionssperren, insbesondere eine Verhinderung des softwarebasierten Gebrauchs, einsetzen kann.

<sup>2</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2352ff.

<sup>3</sup> „Service Discovery Protocols“: *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2356f.

steht hinsichtlich vernetzter Geräte – zumindest noch – kein einheitlicher Standard bezüglich der verwendeten Kommunikationsprotokolle.<sup>4</sup> Gerade große Anbieter vernetzter Geräte verwenden eigene, nicht öffentliche Protokolle (sog. „proprietäre Protokolle“).<sup>5</sup> Damit fehlt es diesen Geräten an Interoperabilität, also der Fähigkeit mit Geräten anderer Hersteller zu kommunizieren.<sup>6</sup> Erwirbt der Nutzer beispielsweise ein Smart Home-System, bei dem die Vernetzung auf einem proprietären Protokoll aufbaut, ist der Nutzer beim Erwerb der einzelnen vernetzten Endgeräte, die er in das Smart Home-System einbinden möchte, auf eigene Geräte des Anbieters oder vom ihm – meist entgeltlich – lizenzierte Geräte von Drittanbietern angewiesen. Die Kontrolle über die verwendeten Kommunikationsprotokolle gibt damit auch eine Kontrolle darüber, welche Geräte in das Netzwerk an vernetzten Geräten eingebunden werden können. Damit entfaltet die Kontrolle über die Protokolle eine erhebliche, gerade auch wirtschaftliche Bedeutung.<sup>7</sup>

Die Verwendung nicht öffentlicher Protokolle und die fehlende Interoperabilität sind entscheidend für die Bedeutung und Reichweite der Sachfunktionsherrschaft. Verwendet ein Hersteller ein eigenes Protokoll, um das Gerät mit seiner Cloud zu verbinden, so stellt er damit sicher, dass das Gerät allein nach seinen Maßgaben genutzt werden kann. Sperrt dann der Hersteller den Zugang eines Geräts zu seiner Cloud (etwa indem er die Geräteidentifikationsnummer auf eine Sperrliste setzt – sogenanntes „Blacklisting“), so können all die Funktionen, für die das Gerät auf einen Cloud-Zugang oder eine Vernetzung angewiesen ist, nicht mehr genutzt werden. Mangels Interoperabilität des Geräts kann der Nutzer nicht auf einen anderen Anbieter ausweichen.<sup>8</sup> Nutzt das vernetzte Gerät demgegenüber ein öffentliches Protokoll und ist somit seine Interoperabilität gewährleistet, so könnte der Nutzer auf einen anderen Anbieter ausweichen und das Gerät über dessen Angebot nutzen, wenn der originäre Anbieter den Zugang zu seiner Cloud blockiert.

Neben der oft wirtschaftlich motivierten Verwendung eigener, nicht öffentlicher Protokolle liegt ein weiterer entscheidender Grund für die Vielzahl der verwendeten Protokolle jedoch auch schlicht darin, dass vernetzte Geräte sehr unterschiedliche technische Anforderungen stellen, die unterschiedliche Protokolle er-

<sup>4</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2363; *Al-Qaseemi u.a.*, in: Institute of Electrical and Electronics Engineers (Hrsg.), IoT Architecture, 731, 731; *Alsubaei/Abubussein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 79, 80.

<sup>5</sup> *K. Jakobs*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 191, 192; *Want/Schilit/Jenson*, 48 Computer 28 (2015), 29f.

<sup>6</sup> Vgl. zur Definition von Interoperabilität: ErwGr. 27 Warenkauf-RL; *Alsubaei/Abubussein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 79, 80. Vgl. zur Bedeutung der Interoperabilität auch *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2361.

<sup>7</sup> Consumers International, Connection and protection, 2016, 48f.; *K. Jakobs*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 191, 191.

<sup>8</sup> Vgl. zur Bedeutung der Interoperabilität für die Tragweite einer Funktionssperre: OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 37.

füllen.<sup>9</sup> Viele bereits etablierte Kommunikationsstandards sind für vernetzte Geräte und eine Verwendung im Internet der Dinge deshalb nicht geeignet.<sup>10</sup>

Die bestehende Fragmentierung der verwendeten Kommunikationsprotokolle, das Fehlen einheitlicher Standards und die damit einhergehende geringe Interoperabilität vernetzter Geräte werden als Problem wahrgenommen, für das zwar technische Lösungen konzipiert und vorgeschlagen werden, dessen Lösung in absehbarer Zeit aber nicht erwartet wird.<sup>11</sup> Ein Hauptanliegen der Bemühungen ist es, einheitliche Standards für verwendete Protokolle zu entwickeln.<sup>12</sup> Wegen der Vielzahl und Verschiedenartigkeit der im Internet der Dinge vernetzten Geräte und ihrer technischen Besonderheiten sind dort einheitliche Standards und damit eine Interoperabilität besonders schwierig zu erreichen. Gleichzeitig wären sie dort jedoch besonders wichtig, um das Potenzial des Internets der Dinge auszuschöpfen.<sup>13</sup>

## B. Netzwerkanbindung und Funktionsfähigkeit des Geräts

Die Tatsache, dass ein Gerät zu einer Vernetzung imstande ist, bedeutet nicht, dass die Vernetzung dauerhaft aktiv – das Gerät also „online“ – sein muss. Die Funktionsfähigkeit des Geräts kann vielmehr sehr unterschiedlich mit einer aktiven Netzanbindung verknüpft sein. Maßgeblich für die Erforderlichkeit der Netzanbindung sind einerseits Art und Funktion des Geräts, andererseits aber auch bewusste Entscheidungen des Anbieters über die Produktgestaltung.

Ein vernetztes Gerät kann zunächst auch unabhängig von einer Netzanbindung, also offline, nutzbar sein. Dies ist der Fall, wenn das Gerät zwar eine Vernetzungsmöglichkeit besitzt, jedoch auch ohne eine aktive Netzanbindung und insbesondere ohne Verbindung zu Servern des Anbieters voll funktionsfähig ist. In diesem Fall ist die Netzanbindung für den Gebrauch des Geräts nicht notwendig, kann aber etwa genutzt werden, um neue Anwendungssoftware oder neue Dateien auf das Gerät zu laden oder vorhandene Software zu aktualisieren. Als Beispiel sei hier ein E-Book-Reader genannt, bei dem neue E-Books über ein Netzwerk auf den Reader geladen werden, dann aber offline gelesen werden können.

<sup>9</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2352 ff., 2363 und 2367; *Al-Qaseemi u.a.*, in: Institute of Electrical and Electronics Engineers (Hrsg.), IoT Architecture, 731, 731 ff.; *Alsubaei/Abuhusein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 79, 108; vgl. auch *Hussain*, Internet of Things, 7.

<sup>10</sup> *K. Jakobs*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 191, 192.

<sup>11</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2366 ff.; *Al-Qaseemi u.a.*, in: Institute of Electrical and Electronics Engineers (Hrsg.), IoT Architecture, 731, 731 ff.; *Alsubaei/Abuhusein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 79, 108; *K. Jakobs*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 191, 191 ff.

<sup>12</sup> Vgl. *K. Jakobs*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 191, 191.

<sup>13</sup> *K. Jakobs*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 191, 192; vgl. auch *Alsubaei/Abuhusein/Sihva*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 79, 80.

Gegenmodell offline nutzbarer Geräte sind solche Geräte, die lediglich online nutzbar sind, beziehungsweise Cloud-basiert ausgestaltet sind. Bei einem rein Cloud-basierten Gerät ist das vernetzte Endgerät lediglich mit rudimentärer Software, insbesondere der Firmware, ausgestattet und dient primär der Dateneingabe und -ausgabe. Die Datenverarbeitung findet demgegenüber auf dem Cloud-Server des Anbieters statt.<sup>14</sup> Solche Geräte sind daher für ihre Funktionsfähigkeit auf eine kontinuierliche Verbindung zur Cloud des Anbieters angewiesen. Solange diese Verbindung unterbrochen ist, sind sie nicht brauchbar. Über den Cloud-Zugang kann der Anbieter daher die Funktionsfähigkeit des Geräts kontrollieren.<sup>15</sup>

Zwischen den Extrempolen einer uneingeschränkten Offline- und ausschließlichen Online-Nutzung sind zahlreiche Abstufungen denkbar. So kann ein Gerät zwar konstant mit dem Internet und Servern des Anbieters verbunden sein und etwa stetig Nutzerdaten dorthin senden, aber dennoch auch bei Kappung der Internetverbindung ohne Einschränkung nutzbar sein. Weiterhin ist es möglich, dass die Netzanbindung nur für bestimmte Zusatzfunktionen des Geräts erforderlich ist, während gewisse grundlegende Funktionen auch ohne sie funktionieren. Als Beispiel mag man an einen vernetzten Kühlschrank denken, der unabhängig von der Vernetzung die Lebensmittel kühlt, bei einer aktiven Netzanbindung jedoch automatisiert Lebensmittel bestellen sowie Internetradio und Streaming-Diensten abspielen kann.

Ist eine Netzanbindung nur für manche Funktionen erforderlich, können die Funktionen, die eine Netzanbindung voraussetzen, für den Gesamtnutzen des Geräts von sehr unterschiedlicher Bedeutung sein.<sup>16</sup> Ist bei einem Kraftfahrzeug etwa lediglich das Navigationssystem oder sogar nur die Integration aktueller Verkehrsmeldungen in das Navigationssystem von einer Vernetzung abhängig,<sup>17</sup> so sind diese Zusatzfunktionen im Hinblick auf die Gesamtnutzung des vernetzten Kraftfahrzeuges nur von untergeordneter Bedeutung. Anders stellt es sich etwa bei einem vernetzten Pulsmesser beziehungsweise Fitnesstracker dar, der ohne Vernetzung lediglich Uhrzeit, Datum oder Herzfrequenz anzeigt, der bei aktiver Vernetzung diese Daten jedoch auf der Cloud speichern kann, sodass sie langfristig einzu- sehen sind und im Hinblick auf längerfristige Trainingsziele ausgewertet werden können.<sup>18</sup> Die Cloud-basierten Funktionen sind bei solchen Geräten von erheblicher Bedeutung für den Gesamtnutzen der Geräte.

Die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Erforderlichkeit einer Netzanbindung bergen verschiedene Vor- und Nachteile für Nutzer und Anbieter. So ergeben sich Vorteile zentraler, Cloud-basierter Lösungen aus dem welt-

<sup>14</sup> Vgl. zu Cloud-basierter Bereitstellung von Software *Czychowski/Siesmayer*, in: Taeger/Pohle (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, 37. EL, Mai 2022, 20.4 Urheberrecht Rn. 145 ff.

<sup>15</sup> Siehe dazu S. 57f.

<sup>16</sup> Siehe zur rechtlichen Bedeutung der unterschiedlichen Reichweite der vom Anbieter gesperrten Funktionen bei S. 229ff. sowie S. 236ff.

<sup>17</sup> Vgl. *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 506f.

<sup>18</sup> Vgl. *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13, 14.

weit möglichen Cloud-Zugriff sowie aus Skaleneffekten beim Bau großer Datenzentren für eine Vielzahl von Geräten, einschließlich automatisierter Backups sowie eines professionelleren Schutzes vor schädigender Software (Malware) und eines besseren physischen Schutzes der Hardware vor Diebstahl oder Beschädigung.<sup>19</sup> Nachteile stellen höhere Kosten und Energieverbrauch dar, die Verzögerung der Reaktionszeiten aufgrund des Datentransports (sog. Latenzzeit), Bedenken um den Schutz der Privatsphäre der Nutzer sowie die Abhängigkeit des Nutzers von einer konstanten Verbindung zum Internet beziehungsweise zum Cloud-Server des Anbieters.<sup>20</sup>

Um den Schwächen Cloud-basierter Lösungen bezüglich Reaktionszeit und Verfügbarkeit einer konstanten Internetverbindung zu begegnen, werden zum Teil geografisch gestreute, kleinere Datenzentren des Anbieters oder – häufig<sup>21</sup> – von Dritten verwendet, die für Geräte in ihrer Umgebung die Vernetzung und Verarbeitung von Daten gewährleisten.<sup>22</sup> In Anlehnung an die Metapher des Cloud-Computing für eine zentralisierte Datenverarbeitung wird diese nur teilweise zentralisierte Verarbeitung als Fog-Computing, seltener auch Cloudlet- oder Edge-Computing bezeichnet.<sup>23</sup> Es handelt sich um eine Zwischenlösung zwischen einer wirklich dezentralen Vernetzung und Datenverarbeitung beim jeweiligen Endnutzer sowie einer gänzlich zentralisierten Vernetzung und Datenverarbeitung durch den Anbieter.<sup>24</sup> Für die Frage, ob die Geräte auch offline zu nutzen sind, macht die Verwendung einer Fog- statt einer Cloud-Struktur indes keinen Unterschied. In beiden Fällen ist der Nutzer gleichermaßen auf die Verbindung zu Servern des Anbieters oder Dritter angewiesen.

### C. Steuerung des vernetzten Geräts

Die Steuerung eines vernetzten Geräts kann technisch auf unterschiedlichen Wegen erfolgen. Zunächst können vernetzte Geräte über Bedienelemente gesteuert werden, die in dem Gerät verbaut sind – so etwa Touchscreens, Tasten oder Schalter. Eine Steuerung ist weiterhin in der Form möglich, dass das vernetzte Gerät selbst zwar nicht mit Bedienelementen ausgestattet ist, aber mit einem anderen Gerät, etwa einem Smartphone, lokal verbunden ist, beispielsweise mittels

---

<sup>19</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2364; *Hussain*, Internet of Things, 8; *Schoder*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 3, 29f.; *Want/Schilit/Jenson*, 48 Computer 28 (2015), 32.

<sup>20</sup> *Hussain*, Internet of Things, 8 und 34; *Want/Schilit/Jenson*, 48 Computer 28 (2015), 32.

<sup>21</sup> Vgl. *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2366.

<sup>22</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2365f.; *Hussain*, Internet of Things, 8f. und 34f.; *Schoder*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 3, 30.

<sup>23</sup> *Al-Fuqaha u.a.*, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 (2015), 2365.

<sup>24</sup> *Hussain*, Internet of Things, 8f. und 34f.; *Schoder*, in: Hassan (Hrsg.), Internet of Things, 3, 30.

Bluetooth. In diesem Fall kann das Gerät dann über das Smartphone gesteuert werden.<sup>25</sup> Sowohl bei im Gerät verbauten Bedienungselementen als auch bei einem lokal verbundenen Steuerungsgerät erfolgt die Bedienung dezentral.

Die Steuerung kann jedoch auch zentral, über eine Cloud oder einen sonstigen Server des Anbieters erfolgen.<sup>26</sup> Der Handlungsbefehl wird dann zunächst an den Cloud-Server übermittelt. Von dort wird er an das Gerät weitergegeben. Da eine Kommunikation mit der Cloud meist auf unterschiedlichen Wegen möglich ist, kann der Nutzer seinen Handlungsbefehl über unterschiedliche Wege geben. Er kann dafür beispielsweise einen PC, ein Smartphone, ein Tablet oder eine Smartwatch nutzen; er kann den Befehl vielfach sowohl über eine spezifische, eigenständige Anwendungssoftware als auch über einen Internet Browser oder ein Webportal eingeben.<sup>27</sup> Eine derart mittelbare Kommunikation über die Cloud ist theoretisch auch dann möglich, wenn die Benutzeroberfläche physisch in dem vernetzten Gerät integriert ist.

Eine Steuerung über ein Steuerungsgerät wie das Smartphone kann damit sowohl dezentral – bei lokaler Verbindung – als auch zentral – insbesondere über einen Cloud-Server des Anbieters – erfolgen. Bedient der Nutzer das Gerät über sein Smartphone, ist für ihn häufig nicht klar erkenntlich, ob der Handlungsbefehl unmittelbar vor Ort an das Gerät vermittelt wird oder mittelbar über einen Server des Anbieters.<sup>28</sup>

Bei der mittelbaren Steuerung über den Cloud-Server des Anbieters kann es sich um die alleinige Steuerungsmöglichkeit handeln. Eine Bedienung unmittelbar über Bedienungselemente, die im Gerät verbaut sind, ist dann ausgeschlossen. Der Nutzer ist für die Steuerung des Geräts auf den Zugang zur Cloud des Anbieters angewiesen. Durch die Gestaltung der Gerätesteuerung kann der Anbieter daher erneut im Rahmen der Produktgestaltung selbst vorgeben, welchen Einfluss er auf die Nutzung des Geräts durch den Nutzer behält, ohne dass dies für den Nutzer erkennbar sein muss.

---

<sup>25</sup> Vgl. *Want/Schilit/Jenson*, 48 *Computer* 28 (2015), 32.

<sup>26</sup> Vgl. *Want/Schilit/Jenson*, 48 *Computer* 28 (2015), 32.

<sup>27</sup> Vgl. *Alsubaei/Abuhussein/Sibva*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 79, 100; *National Institute of Standards and Technology*, Special Publication 800-145, 2011, 2f.

<sup>28</sup> *Alsubaei/Abuhussein/Sibva*, in: Hassan (Hrsg.), *Internet of Things*, 79, 100.

## Kapitel 4

### Technische Varianten von Funktionssperren

Abhängig von der eben dargestellten Produktgestaltung ermöglicht die Funktionsweise vernetzter Geräte dem Anbieter, auf unterschiedlichen Wegen die Funktion des Geräts zu sperren.<sup>1</sup> Auch wenn den Nutzer die Wirkungen der Funktionssperren jeweils in gleichem Maße treffen mögen, ist die technische Umsetzung der Funktionssperren für deren rechtliche Bewertung von entscheidender Bedeutung.<sup>2</sup> Es ist daher notwendig, die unterschiedlichen technischen Umsetzungen von Funktionssperren kurz vorzustellen.

Grundlegend ist dabei zu unterscheiden zwischen Funktionssperren, die den netzbasierten Gebrauch verhindern, indem sie dem Nutzer einen Cloud-Zugang verwehren (dazu unter A.), und Funktionssperren, die den softwarebasierten Gebrauch verhindern, indem sie die Funktion der im Gerät integrierten Software unterbinden, sei es durch eine Veränderung dieser Software (dazu unter B.) oder unabhängig von einer solchen Veränderung durch eine bereits in der integrierten Software vorgesehene Sperrmöglichkeit (dazu unter C.).<sup>3</sup>

#### A. Blockade des Cloud-Zugangs

Durch die Produktgestaltung kann der Anbieter beeinflussen, wie umfangreich es für den Gebrauch eines vernetzten Geräts einer Verbindung des Geräts mit einem Cloud-Server des Anbieters bedarf. Der Cloud-Zugang kann einerseits für die Funktionsfähigkeit des Geräts erforderlich sein,<sup>4</sup> andererseits aber auch für dessen Steuerung.<sup>5</sup>

Diese Abhängigkeit vom Cloud-Zugang kann der Anbieter nutzen, um die Funktion des Geräts zu sperren, indem er dem Nutzer den Zugriff auf den Cloud-Server verweigert. Er verhindert damit den netzbasierten Gebrauch des Ge-

---

<sup>1</sup> Vgl. Consumers International, Connection and protection, 2016, 35 f.

<sup>2</sup> Siehe dazu § 3 Kapitel 2–4.

<sup>3</sup> Ohne Bedeutung für die rechtliche Bewertung bleibt demgegenüber, ob die Funktionssperre automatisiert – etwa im Rahmen eines *Smart Contract* – gesetzt wird oder durch den Anbieter oder einen Mitarbeiter „händisch“ ausgelöst wird. OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 359 Rn. 26; *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 662.

<sup>4</sup> Siehe oben bei S. 53 ff.

<sup>5</sup> Siehe oben bei S. 55 f.

räts. Umgesetzt werden kann dies beispielsweise durch sogenanntes Blacklisting.<sup>6</sup> Dabei wird die Identifikationsnummer des Geräts oder des Nutzers auf einer Sperrliste vermerkt. Diese Liste wird wiederum abgefragt, sobald sich ein Gerät für einen Serverzugriff authentifizieren will. Befindet sich das Gerät auf der Sperrliste, scheitern die Authentifikation und damit der Serverzugang.

Eine Funktionssperre durch ein Scheitern des Cloud-Zugangs ist auch in der Form denkbar, dass der Anbieter den entsprechenden digitalen Dienst generell einstellt oder einschränkt.<sup>7</sup> In diesem Fall sind die Cloud-basierten Funktionen des Geräts nicht mehr nutzbar. Die Funktionssperre betrifft dann allerdings nicht speziell den konkreten Nutzer, sondern alle Geräte, die auf den digitalen Dienst angewiesen sind.

Die Verweigerung des Cloud-Zugangs bei vernetzten Geräten hat auch deshalb so weitreichende Folgen, weil es bei zahlreichen vernetzten Geräten an einer Interoperabilität fehlt.<sup>8</sup> Könnte der Nutzer sein vernetztes Gerät auch mit der Cloud eines anderen Anbieters verbinden, so könnte eine Blockade des Zugangs zur Cloud des ursprünglichen Anbieters umgangen werden. Da der Anbieter im Rahmen der Produktgestaltung zu weiten Teilen über die Interoperabilität entscheiden kann,<sup>9</sup> zeigt sich erneut, wie weitgehend er selbst über seinen Einfluss auf die Nutzung des Geräts entscheiden kann.

## B. Veränderung der integrierten Software

Neben der eben dargestellten Sperre des netzbasierten Gebrauchs ist auch eine Sperre des softwarebasierten Gebrauchs möglich. Bei einer solchen Sperre verhindert der Anbieter den Gebrauch der im Gerät integrierten Software. Dadurch werden nicht nur die Funktionen des Geräts unterbunden, für die das Gerät auf einen Zugriff auf den Cloud-Server angewiesen ist, sondern auch solche Funktionen, die unabhängig von einem Cloud-Zugang möglich sind, die also an sich offline verfügbar wären.

Eine Sperre der integrierten Software kann zunächst mit einer Veränderung der Software einhergehen, die technisch insbesondere durch ein Update erfolgen kann. Das Update kann dabei unmittelbar zu einer Nutzungssperre führen.<sup>10</sup> Es kann

<sup>6</sup> So bei dem eingangs genannten Beispiel des vernetzten Garagentoröffners: siehe S. 9f. *Matyszczak*, Company bricks smart garage-door opener after bad review, <https://www.cnet.com/news/garadget-bricks-smart-garage-door-opener-after-bad-review-iot/> = <https://perma.cc/PG2B-TELB>; *Waddell*, Avenging a One-Star Review with Digital Sabotage, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/04/garadget-sabotage/521937/> = <https://perma.cc/326Q-VGTX>.

<sup>7</sup> Vgl. *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 30f.

<sup>8</sup> Siehe dazu oben bei S. 51 ff.

<sup>9</sup> Siehe dazu oben bei S. 51 f.

<sup>10</sup> Consumers International, Testing our trust, 2017, 12.

jedoch auch zunächst lediglich die Grundlage für eine spätere Softwaresperre legen. Denkbar ist etwa, dass es eine Gebrauchsfrist in das Programm einführt, nach deren Ablauf das Programm nicht mehr abgespielt werden kann oder gar gelöscht wird.

Bei der Installation des Updates ist zu unterscheiden. Zunächst kann der Nutzer der Installation zugestimmt haben. Oft wird dies in Unkenntnis der drohenden Sperrung passieren, etwa wenn das Update umfangreichere Veränderungen an der Software vornimmt, die neben der Sperrmöglichkeit auch Verbesserungen der Informationssicherheit oder der Funktionalitäten des Geräts mit sich bringen. Selbst wenn dann in der Beschreibung des Updates die Sperrmöglichkeit aufgeführt ist, werden zahlreiche Nutzer dem Update zustimmen, ohne diese Information wahrgenommen zu haben. Auch in Kenntnis der Sperrmöglichkeit ist eine Zustimmung jedoch denkbar. Eine Sperrmöglichkeit kann neben dem Anbieter auch für den Nutzer von Vorteil sein. So kann eine Sperrmöglichkeit beispielsweise auch dem Diebstahlschutz dienen. Bei zahlreichen Smartphones kann der Nutzer sein Gerät selbst sperren – und gegebenenfalls später wieder freigeben –, wenn ihm das Gerät gestohlen wurde oder er das Gerät verloren hat.<sup>11</sup>

Auch ohne eine Zustimmung des Nutzers ist jedoch eine Änderung der Software technisch möglich. Als Hersteller des Geräts kann der Anbieter sich bei der Gestaltung des Geräts und dessen digitaler Infrastruktur digitale, faktische Zugriffsrechte vorbehalten (Administratorenrechte, insb. sog. Root-Rechte), die es ihm ermöglichen, unabhängig vom Nutzer und dessen Zustimmung auf das Gerät zuzugreifen und die im Gerät integrierte Software durch ein Update zu verändern oder zu löschen.<sup>12</sup> Solche Zugriffsmöglichkeiten sind insbesondere denkbar, wenn im Gerät ein herstellereigenes Betriebssystem verwendet wird. Der Anbieter kann, sofern ihm insoweit Administratorenrechte zukommen, auch einen sogenannten Kill-Switch beziehungsweise digitalen Notausschalter einsetzen. Dieser ermöglicht es ihm, die Funktion des Geräts zu sperren oder auch die im Gerät integrierte Software zu löschen.<sup>13</sup>

Ob der Anbieter die eben dargestellten Zugriffsmöglichkeiten hat, hängt von den Zugriffsrechten ab, die innerhalb des informationstechnischen Systems durch die sogenannte Rechteverwaltung zugewiesen werden.<sup>14</sup> Unterschieden wird dabei beispielweise zwischen den Rechten, zu lesen, zu schreiben und die Software auszuführen.<sup>15</sup> Trotz der Bezeichnung als Rechte ist der Begriff der Zugriffsrechte nicht im Sinne einer rechtlichen Befugnis zu verstehen. Die Zugriffsrechte sagen

---

<sup>11</sup> *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80; *McGregor*, iPhone Thefts Drop, Microsoft And Google To Introduce Smartphone Kill Switch, <https://www.forbes.com/sites/jaymcgregor/2014/06/19/iphone-thefts-drop-microsoft-and-google-to-introduce-kill-smartphone-kill-switch/> = <https://perma.cc/VYF3-SYAE>.

<sup>12</sup> Consumers International, Testing our trust, 2017, 12.

<sup>13</sup> *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80.

<sup>14</sup> *Ernst/Schmidt/Benek*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 340; *K.-R. Müller*, IT-Sicherheit mit System<sup>6</sup>, 430 und 437f.

<sup>15</sup> *Ernst/Schmidt/Benek*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 340.

aus sich heraus nichts darüber aus, ob ihr Inhaber auch rechtlich dazu befugt ist, die verkörperte Software zu verändern. Es handelt sich lediglich um tatsächliche, technische Zugriffsmöglichkeiten. Die Zugriffsrechte werden innerhalb des informationstechnischen Systems zugewiesen und von diesem effektiv kontrolliert. Sofern es nicht durch Hacking zu einer Störung der elektronischen Datenverarbeitung kommt, steuert die Rechteverwaltung eindeutig, wer welche Dateien lesen, ausführen oder verändern kann. Die Veränderungsmöglichkeit ruht auf dem Schreibrecht, durch das Dateien verändert, erstellt oder gelöscht werden können.<sup>16</sup> Wenn kein Schreibrecht besteht, ist eine Änderung der verkörperten Software schon technisch unmöglich. Besteht ein solches Recht, wird die Änderung technisch umgesetzt, selbst wenn eine solche Änderung im juristischen Sinne rechtswidrig ist. Physische Sachherrschaft über das Gerät ist dafür nicht notwendig, solange ein digitaler Zugriff – etwa über eine Netzanbindung des Geräts – möglich ist.

### C. Funktionssperre ohne Änderung der integrierten Software

Auch ohne eine Änderung der integrierten Software ist eine Sperre der im Gerät integrierten Software möglich. Bewirkt werden kann sie beispielsweise durch eine bedingte Anweisung im Programmcode, also eine if/else-Verzweigung.<sup>17</sup> Mit einer solchen Bedingung kann der Anbieter vorsehen, dass die Software beim Starten prüft, ob eine vom Anbieter vorgegebene Bedingung erfüllt ist. Nur wenn dies der Fall ist, wird die Software weiter abgespielt und die softwarebasierten Funktionen des Geräts können genutzt werden. Ist die Bedingung nicht erfüllt, fährt das Gerät beispielsweise wieder herunter oder es wird ein Sperrbildschirm angezeigt. Die softwarebasierten Funktionen des Geräts sind nicht mehr nutzbar. Da in diesem Fall die Verzweigung schon in der im Gerät integrierten Software vorgesehen ist, kommt es bei dieser Art der Sperre zu keiner Änderung der im Gerät integrierten Software. Der hinterlegte Programmcode wird lediglich so ausgeführt, wie es vorgesehen ist.

Als Voraussetzung für eine derartige Softwaresperre kann der Anbieter die verschiedensten Umstände vorsehen. So kann das Gerät etwa prüfen, ob ein bestimmtes Datum bereits erreicht ist – de facto wird damit der Gebrauch des Geräts befristet.<sup>18</sup> In Verbindung mit einer GPS-basierten Ortung des Geräts kann auch abgefragt werden, ob das Gerät ein bestimmtes Nutzungsgebiet verlassen hat. Das Gerät kann weiterhin überprüfen, ob es sich bei bestimmten Ersatzteilen oder Geräte-

<sup>16</sup> *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 340; *K.-R. Müller*, IT-Sicherheit mit System<sup>6</sup>, 431.

<sup>17</sup> Vgl. Consumers International, Testing our trust, 2017, 12.

<sup>18</sup> *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 14. Vgl. BGH v. 3.6.1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684; BGH v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004.

komponenten um Originalteile des Herstellers oder um Produkte eines vom Anbieter lizenzierten Dritten handelt.<sup>19</sup>

An sich ist eine bedingte Programmanweisung, die zu einer Softwaresperre führen kann, auch bei Geräten möglich, die nicht vernetzt sind.<sup>20</sup> Es bedarf zum Beispiel keiner Netzanbindung, um eine zeitliche Nutzungsbefristung einzubauen. Diese Art der Softwaresperren stellt damit streng genommen keine spezifische Besonderheit vernetzter Geräte dar. Allerdings besteht bei vernetzbaren Geräten die Möglichkeit eines weiterreichenden und differenzierten Einsatzes solcher Softwaresperren. So ist beispielsweise denkbar, dass als Bedingung vorgesehen wird, dass das Gerät sich in bestimmten Zeitabständen mit dem Cloud-Server des Anbieters verbindet. Auch wenn das Gerät in diesem Fall grundsätzlich offline genutzt werden kann, muss es in gewissen Abständen mit dem Server des Anbieters verbunden werden. Verweigert der Anbieter dann den Zugang zu seinem Cloud-Server, so wird als Reflex auch die im Gerät integrierte Software gesperrt. Dank der Kontrolle des Anbieters über den Zugang zu seinem Cloud-Server<sup>21</sup> kann der Anbieter dann sehr gezielt steuern, wann aufgrund der integrierten Bedingung eine Softwaresperre eingreift.

---

<sup>19</sup> Consumers International, *Testing our trust*, 2017, 12: Druckerpatronen.

<sup>20</sup> Vgl. BGH v. 3.6.1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684; BGH v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004.

<sup>21</sup> Siehe zum sog. Blacklisting, durch das der Anbieter gezielt und nach seinem Belieben den Zugang von Nutzern auf seinen Cloud-Server verhindern kann, oben bei S. 57f.



## Kapitel 5

### Fazit

Der Blick auf die technischen Voraussetzungen der Vernetzung eines Geräts hat verdeutlicht, dass der Anbieter in einem von analogen Geräten unbekanntem Umfang über die Produktgestaltung weitreichend selbst entscheiden kann, wie umfangreich er auf die Funktionsfähigkeit des Geräts und seinen Gebrauch durch den Nutzer Einfluss nehmen kann. Dies betrifft die Interoperabilität des Geräts, die Notwendigkeit eines (dauerhaften) Zugangs zur digitalen Infrastruktur des Anbieters bei Nutzung und Steuerung des Geräts sowie die Zuweisung digitaler Zugriffsrechte bezüglich der im Gerät verkörperten Software. Über die Produktgestaltung hat der Anbieter es damit in der Hand, wie weit seine Sachfunktionsherrschaft und digitale Sachherrschaft an dem Gerät reichen.

Schon diese tatsächliche Beobachtung legt aus rechtspolitischer Perspektive nahe, dass der Schutz des Nutzers vor der Einwirkung des Anbieters beim Gebrauch des vernetzten Geräts nicht zu sehr davon abhängen sollte, wie weitreichend sich der Anbieter über die Produktgestaltung Sachfunktionsherrschaft und digitale Sachherrschaft einräumt. Es würde den Schutz des Nutzers vor dem Anbieter unangemessen aushöhlen, wenn dieser Schutz primär von Faktoren abhängt, über die allein der Anbieter entscheiden kann.

Trotz der Sachfunktionsherrschaft und digitalen Sachherrschaft des Anbieters sollte ein angemessener Schutz des Nutzers gewährleistet bleiben. Dies ist von besonderer Bedeutung, da eine fortdauernde Einwirkungsmacht für den Anbieter erhebliche wirtschaftliche Vorteile bedeutet<sup>1</sup> und es daher anzunehmen ist, dass sich am Markt bei vernetzten Geräten eine weitreichende Sachfunktionsherrschaft und digitale Sachherrschaft der Anbieter durchsetzen wird. Eine derart zunehmende Einwirkungsmacht des Anbieters würde die Abhängigkeit des Nutzers vom Anbieter steigern, sodass ein angemessener Schutz des Nutzers an Bedeutung gewinnt.

Ob Eigentum und Besitz dieses Schutzpetitum erfüllen können, werden die weiteren Abschnitte dieser Arbeit zeigen. Vor der Analyse des Schutzzumfangs dieser Rechtspositionen ist jedoch im nächsten Abschnitt zunächst zu betrachten, wer diese Rechtspositionen im Hinblick auf vernetzte Geräte innehat. Dabei stellt sich der Besitz am vernetzten Gerät als komplex und mehrschichtig dar. Es zeigt sich, dass die digitale Sachherrschaft des Anbieters eine Form körperlicher Sachherrschaft darstellt, die zu einem Teilmitbesitz des Anbieters am vernetzten Gerät führt.

---

<sup>1</sup> *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 100.



## § 2. Besitz dank digitaler Sachherrschaft

Im Rahmen der Produktgestaltung kann sich der Anbieter Administratorenrechte an der im vernetzten Gerät verkörperten Software vorbehalten (insb. sog. Root-Rechte).<sup>1</sup> Dadurch kann er die Ladungszustände der Speicherzellen ändern, in denen die entsprechende Software verkörpert ist. Diese Möglichkeit begründet die hier sogenannte digitale Sachherrschaft.<sup>2</sup> Sie stellt eine Möglichkeit dar, wie der Anbieter de facto den Gebrauch des Geräts durch den Nutzer beeinträchtigen kann, indem er die im Gerät verkörperte Software ändert. Die digitale Sachherrschaft vermittelt dem Anbieter dadurch auch eine weitgehende Einwirkungsmöglichkeit auf die Nutzung des gesamten vernetzten Geräts. Sie eröffnet ihm eine Sachfunktionsherrschaft, die neben die Sachherrschaft des Nutzers tritt und diese teilweise einschränkt.<sup>3</sup> Womöglich begründet die digitale Sachherrschaft damit eine Besitzposition des Anbieters.

Bevor also untersucht werden kann, wie weit der digitale Sachgebrauch des Nutzers sachenrechtlich geschützt ist, ist zu klären, welche sachenrechtlichen Rechtspositionen Nutzer und Anbieter an dem Gerät innehaben. Das Eigentum an dem Gerät wirft dabei keine besonderen Fragen auf. Bei einem Kauf des Geräts erwirbt der Käufer gemäß § 929 S. 1 BGB<sup>4</sup> das Eigentum an dem Gerät einschließlich der im Gerät integrierten Hardware.<sup>5</sup> Bei einer Miete bleibt der Vermieter demgegenüber der Eigentümer.

Weniger offenkundig stellt sich der Besitz am vernetzten Gerät dar. Regelmäßig ist der Nutzer Besitzer des Geräts. Es fragt sich jedoch, ob die digitale Sachherrschaft auch dem Anbieter eine Besitzposition vermittelt und, wenn ja, welche Gestalt diese annimmt und wie sie sich zum Besitz des Nutzers verhält. Diesen Fragen wird im Folgenden nachgegangen.

In der Untersuchung stellt sich die digitale Sachherrschaft als besitzrechtlich relevante körperliche Sachherrschaft heraus. Sie führt zu einem Teilmitbesitz des Anbieters an dem vernetzten Gerät. Zwar genießt verkörperte Software keine eigenständige Sachqualität und kann somit nicht als eigene Sache Besitzobjekt sein (dazu

---

<sup>1</sup> Es handelt sich um tatsächliche, informationstechnische und nicht um rechtlich Befugnisse. Siehe dazu S. 59 f.

<sup>2</sup> Siehe zum Begriff der digitalen Sachherrschaft bei S. 99 f.

<sup>3</sup> Siehe dazu oben bei S. 13 ff.

<sup>4</sup> Siehe zum Vorliegen einer Übergabe i. S. d. § 929 S. 1 BGB trotz eines Teilmitbesitzes des Anbieters aufgrund digitaler Sachherrschaft unten bei S. 112.

<sup>5</sup> *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 7; *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 370.

unter Kapitel 1). Allerdings ist die Verkörperung der Software, auf die sich die digitale Sachherrschaft bezieht, ein abgegrenzter körperlicher Teil des vernetzten Geräts. Als solcher kann sie Objekt eines Teilmitbesitzes sein. Die durch die IT-Logik definierten Zugriffsrechte konkretisieren dabei die digitale Sachherrschaft und definieren Gegenstand und Reichweite des (Teil-)Mitbesitzes (dazu unter Kapitel 2). Soweit der Anbieter wegen digitaler Sachherrschaft einen Teilmitbesitz an dem Gerät innehat, schränkt § 866 BGB einen possessorischen Besitzschutz des Nutzers gegenüber Beeinträchtigungen durch den Anbieter ein (dazu unter Kapitel 2 – D).

## Kapitel 1

### Sachqualität verkörperter Software

Ein (Mit-)Besitz des Anbieters an der verkörperten Software ließe sich zunächst leicht begründen, falls es sich bei der im Gerät verkörperten Software um eine eigene, vom Gerät unabhängige Sache handeln sollte.<sup>1</sup> Inwiefern dies der Fall ist, wird im Folgenden untersucht.

Zwar hat der Bundesgerichtshof wiederholt und ausdrücklich bekundet, dass verkörperte Software eine Sache darstelle (dazu unter A.). Bei genauerer Betrachtung liegt jedoch nahe, dass der Gerichtshof damit der Software keine – vom Datenträger unabhängige – eigenständige Sachqualität zusprechen wollte, sodass aus der Rechtsprechung keine klaren Schlüsse bezüglich einer eigenständigen Sachqualität verkörperter Software gezogen werden können (dazu unter A.II.). Es soll daher anhand der Definition des § 90 BGB (dazu unter B.I.) die eigenständige Sachqualität verkörperter Software untersucht werden. Dabei zeigt sich, dass verkörperter Software keine eigene, vom vernetzten Gerät unabhängige Sachqualität zukommt (dazu unter B.II.). Die Verkörperung der Software scheidet als eigenständiges Besitzobjekt aus. Im Anschluss wird daher in Kapitel 2 betrachtet, inwiefern die digitale Sachherrschaft eine Besitzposition an dem vernetzten Gerät als solchem begründet.

#### A. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Die Sachqualität vernetzter Geräte einschließlich der Hardware ist unproblematisch gegeben.<sup>2</sup> Auch die in einem solchen Gerät verkörperte Software könnte jedoch eine eigene – vom Gerät unabhängige – Sachqualität genießen und damit ein eigenständiges Besitzobjekt darstellen. In verschiedenen Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof Aussagen getätigt, die eine solche eigene Sachqualität verkörperter Software zu behaupten scheinen (dazu unter I.).<sup>3</sup> Die Entscheidungen betreffen jedoch im Kern überwiegend Fragen außerhalb des Sachenrechts, insbesondere das Vertrags- und Gewährleistungsrecht. Bei genauer Betrachtung erscheint es daher unwahrscheinlich, dass der Bundesgerichtshof tatsächlich Aussagen über eine

---

<sup>1</sup> Handelt es sich bei verkörperter Software um keine eigene Sache, sondern um einen abgrenzbaren Teil des vernetzten Geräts, kommt Teilbesitz infrage. Siehe dazu unter S. 113 ff.

<sup>2</sup> Siehe etwa *Stieper*, in: Staudinger, 2021, § 90 BGB Rn. 12.

<sup>3</sup> Vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 332 ff.

eigenständige Sachqualität der verkörperten Software, unabhängig von derjenigen des Datenträgers treffen wollte (dazu unter II.). Ob Software eine eigene Sache und somit ein selbstständiges Besitzobjekt darstellen kann, muss somit eigenständig bestimmt werden (dazu unter B. und insb. B.II.).

### *I. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*

Wiederholt wurde in der Rechtsprechung darüber verhandelt, ob Software, die auf einem mobilen Datenträger (z.B. Diskette, CD-ROM) oder in einem Computer verkörpert ist, eine Sache darstellt. Regelmäßig wurde die Frage ausdrücklich bejaht. Im Folgenden wird diese Rechtsprechung vorgestellt. Es ist dabei erforderlich, in gewissem Umfang auf die einzelnen Entscheidungen einzugehen. Auch wenn in ihnen nämlich explizit eine Sachqualität verkörperter Software statuiert wurde, zeigt eine genauere Betrachtung, dass entgegen dem ersten Anschein diese Aussagen nicht darauf zielten, eine eigenständige Sachqualität verkörperter Software im Sinne des § 90 BGB festzustellen (dazu unter II.).

#### *1. Verkörpertes Computerprogramm als Ware i. S.d. Warenzeichenrechts*

Im Jahre 1985 entschied der Bundesgerichtshof, dass Computerprogramme, die auf einem Datenträger abgespeichert sind, „Verkörperungen der geistigen Leistung [des Programmierens], damit [...] körperliche Sachen“ darstellen.<sup>4</sup> Hintergrund der Entscheidung war die Anmeldung eines Wortzeichens nach dem damaligen Warenzeichengesetz. Die Anmelderin verwendete im Verzeichnis der Waren, für die das Wortzeichen bestimmt war, unter anderem die Bezeichnung „Datenverarbeitungsprogramme“. Streit entbrannte darüber, ob sich dieser Begriff – wie für die Anmeldung erforderlich – eindeutig auf Waren (also die Datenträger mit Programmen) und nicht auch etwa auf Dienstleistungen (also das Erstellen von Programmen) beziehe. Könnte der Begriff auch als Bezeichnung von Dienstleistungen verstanden werden, hätte das Warenverzeichnis weiter konkretisiert werden müssen.

Der Bundesgerichtshof hielt eine Klarstellung für entbehrlich. Er ging in seiner Entscheidung davon aus, dass der Begriff des Datenverarbeitungsprogramms sich immer auf das Programm als Ergebnis und nicht auf den zu diesem Ergebnis führenden Prozess des Programmierens beziehe. Das Programm sei stets körperlich fixiert, sei es auf einem Datenträger oder in Form eines Ausdrucks des Programmcodes. Der Begriff des Datenverarbeitungsprogramms bezeichne damit klar eine Ware und keine Dienstleistung. Der Bundesgerichtshof bezog sich in seiner Entscheidung auf Standardprogramme und grenzte diese von individuell gestalteten Datenverarbeitungsprogrammen ab. Bei Individualsoftware könne die Dienstleistung des Programmierens im Vordergrund stehen. In diesen Fällen könne sich der

---

<sup>4</sup> BGH v. 2.5.1985 – I ZB 8/84, CR 1986, 130, 132.

Begriff des Datenverarbeitungsprogramms statt auf eine Ware auch auf eine Dienstleistung beziehen.<sup>5</sup>

## 2. Verkörpertes Computerprogramm als Sache i. S.d. Kaufrechts

Erneute Erwähnung hat die Frage der Körperlichkeit von Computerprogrammen, die auf einem Datenträger hinterlegt sind, im Hinblick auf die vertragstypologische Einordnung von Verträgen über den Erwerb von Computerprogrammen erfahren. Thematisiert wurde der Aspekt der Körperlichkeit dabei zunächst im Kontext des anwendbaren Leistungsstörungenrechts.<sup>6</sup> Dabei stellte sich die Frage, ob beim Erwerb von vorgefertigter Standardsoftware kaufrechtliche Mangelhaftung anzuwenden oder in Anlehnung an patentrechtliche Rechtsprechung von einem Lizenzvertrag auszugehen sei.<sup>7</sup> Bei Lizenzverträgen käme die kaufrechtliche Mangelhaftung grundsätzlich nicht zur Anwendung. Bei unbrauchbaren Produkten käme es dann vielmehr zu einer Anwendung von Vorgaben des allgemeinen Schuldrechts zu anfänglichem Unvermögen.<sup>8</sup>

Für die Anwendbarkeit des Kaufrechts hatte die Sachqualität des Vertragsgegenstandes damals eine größere Bedeutung als heutzutage, da neben dem Sach- und Rechtskauf ein Kauf sonstiger Gegenstände weniger klar vorgesehen war als im heutigen § 453 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>9</sup> Die Betonung der Sachqualität des Datenträgers, auf dem die Software verkörpert ist, erleichterte somit die – zumindest entsprechende – Anwendung des Kaufrechts. In Anlehnung an die Entscheidung zum Warenzeichenrecht<sup>10</sup> bekräftigte der Bundesgerichtshof, dass ein „Datenträger mit dem darin verkörpertem Programm“ eine körperliche Sache sei und dass die kaufvertragliche Sachmangelhaftung nach §§ 459 ff. BGB a. F. zumindest entsprechende Anwendung finde.<sup>11</sup>

<sup>5</sup> Vgl. insgesamt BGH v. 2.5.1985 – I ZB 8/84, CR 1986, 130, insb. 132.

<sup>6</sup> BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407f. In vorherigen Entscheidungen hatte der BGH bereits über die vertragstypologische Einordnung verschiedener Verträge zu Erstellung, Erwerb und Wartung von Software bzw. Hardware mit integrierter Software entschieden: BGH v. 11.2.1971 – VII ZR 170/69, juris-Datenbank, Rn. 28; BGH v. 23.2.1977 – VIII ZR 312/75, NJW 1977, 847; BGH v. 3.6.1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684; BGH v. 5.10.1981 – VIII ZR 259/80, NJW 1982, 696; BGH v. 23.3.1983 – VIII ZR 335/81, NJW 1983, 1903; BGH v. 6.6.1984 – VIII ZR 83/83, NJW 1984, 2938; BGH v. 20.6.1984 – VIII ZR 131/83, NJW 1985, 129; BGH v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004. Dabei wurde jedoch nicht auf die Frage der Körperlichkeit der Software eingegangen.

<sup>7</sup> BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407f.; vgl. BGH v. 11.6.1970 – X ZR 23/68, GRUR 1970, 547 – *Kleinfilter*, 548f.; BGH v. 28.6.1979 – X ZR 13/78, GRUR 1979, 768 – *Mineralwolle*, 769.

<sup>8</sup> BGH v. 28.6.1979 – X ZR 13/78, GRUR 1979, 768 – *Mineralwolle*, 769.

<sup>9</sup> Siehe dazu unten bei S. 73.

<sup>10</sup> BGH v. 2.5.1985 – I ZB 8/84, CR 1986, 130.

<sup>11</sup> BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 408. Gegen eine Sachqualität: BFH v. 3.7.1987 – III R 7/86, CR 1987, 576, 579; differenzierend BFH v. 5.2.1988 – III R 49/83, NJW 1988, 2504, 2504.

### 3. Veräußerung ohne Datenträger

Der Bundesgerichtshof bestätigte seinen Ansatz in einer späteren Entscheidung zur vertragstypologischen Einordnung eines Vertrags über den Erwerb eines Standardprogramms.<sup>12</sup> Erneut stellte das Gericht ausdrücklich klar, dass „Datenträger mit dem darin verkörperten Programm körperliche Sachen (§ 90 BGB)“ darstellen.<sup>13</sup> Anders als bei der vorherigen Entscheidung war in diesem Fall das Programm jedoch nicht in einem Datenträger integriert veräußert, sondern mittels Kabelverbindung von der Festplatte des Anbieters auf die Festplatte des Erwerbers übertragen worden. Da das Gericht allein den Datenträger mit dem „darin verkörperten Programm“ für eine körperliche Sache hielt, war – mangels eines Datenträgers – problematisch, ob eine bewegliche Sache an den Erwerber übergeben worden war.

Trotz dieser Bedenken betrachtete der Bundesgerichtshof den Erwerbsvertrag als Kaufvertrag, hatte jedoch Zweifel, ob es zu der Übergabe einer beweglichen Sache gekommen sei. Da die Anwendung des damaligen Abzahlungsgesetzes<sup>14</sup> laut seinem § 1 eine solche Übergabe voraussetzte, war der Gerichtshof bezüglich der Anwendung dieses Gesetzes zurückhaltender. Das Gericht ließ offen, ob auch hier von der Übergabe einer beweglichen Sache gesprochen werden könne. Als möglichen Ansatzpunkt für eine Übergabe nannte das Gericht allerdings den Umstand, dass der Verkäufer dem Käufer durch das Kopieren des Programms auf dessen Festplatte, dem Käufer „den Besitz an der in einem Datenträger [...] verkörperten Programmkopie“ verschaffte.<sup>15</sup>

Im Ergebnis wendete das Gericht das Abzahlungsgesetz „[j]edenfalls [...] entsprechend“ an.<sup>16</sup> Es begründete die entsprechende Anwendung damit, dass keine entscheidenden Unterschiede gegenüber einem Erwerb der Software auf einem Datenträger bestünden: Der Datenträger diene bei einer Überlassung an einen Endnutzer ohnehin lediglich als „Mittel zum Transport des erworbenen Programms“. Nicht die Übergabe des Datenträgers, sondern die Nutzbarmachung des Programms für den Erwerber sei der „Endzweck des Rechtsgeschäfts“. Die unmittelbare Installation auf dem Computer des Erwerbers beruhe nur auf fortgeschrittenen technischen Möglichkeiten, lasse jedoch den wirtschaftlichen Endzweck des Geschäfts unberührt.<sup>17</sup> Der Gerichtshof sah somit unabhängig von der Art der Übertragung der Software eine Identität der Interessenlage.

### 4. Vertragstypologische Einordnung weiterer Verträge

Nach diesen ersten Entscheidungen wiederholte der Bundesgerichtshof im Kontext der vertragstypologischen Einordnung mehrfach, dass Software, die auf einem Da-

<sup>12</sup> BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320.

<sup>13</sup> BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321.

<sup>14</sup> Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte v. 16.5.1894, RGBl. 1894, 450.

<sup>15</sup> BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321; vgl. *Hoeren*, CR 1988, 908, 911 f.

<sup>16</sup> BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321.

<sup>17</sup> BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321.

tensträger verkörpert ist, als bewegliche Sache anzusehen sei.<sup>18</sup> Bei der Einordnung des Vertrags über den Erwerb von Software ging er daher wie bei einer sonstigen Sache vor und blendet die urheberrechtliche Bedeutung der Nutzung von Computerprogrammen weitgehend aus.<sup>19</sup> Wird die Software dauerhaft gegen ein einmaliges Entgelt<sup>20</sup> überlassen, so wendet er – wie bereits dargestellt – Kaufrecht<sup>21</sup> oder bei Individualsoftware Werkvertragsrecht<sup>22</sup> zumindest entsprechend an. Bei einer befristeten Überlassung oder bei einer Überlassung gegen periodisch wiederkehrende Zahlungen wendet er Mietrecht an.<sup>23</sup> Dies betrifft auch Fälle, in denen die Software auf einem Server des Anbieters verkörpert ist, auf den der Nutzer aus der Ferne zugreift (sog. ASP-Vertrag).<sup>24</sup>

### 5. Elektronische Vervielfältigungsstücke und Besitz

Ein weiteres Mal äußerte sich der Bundesgerichtshof zur Körperlichkeit von Software im Rahmen eines Rechtsstreits über die Löschung von Foto- und Videodateien.<sup>25</sup> Die Vorinstanz hatte den Beklagten dazu verurteilt, „die in seinem unmittelbaren oder mittelbaren Besitz befindlichen elektronischen Vervielfältigungsstücke“ bestimmter Foto- und Videoaufnahmen der Klägerin zu löschen. Im Rahmen der Revision prüfte der Gerichtshof unter anderem, ob dieser instanzgerichtliche Tenor den – auch für Urteilsformeln geltenden – Anforderungen an die Bestimmtheit des Klageantrags gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genüge.<sup>26</sup>

Der Gerichtshof nahm Anstoß daran, dass der oben zitierte Tenor von den im „Besitz“ des Beklagten befindlichen „elektronischen Vervielfältigungsstück[en]“ sprach, obwohl „Besitz nur an Sachen und somit an körperlichen Gegenständen [...] möglich [sei], wozu elektronische Vervielfältigungsstücke als solche – anders als deren Verkörperung auf einem Datenträger [...] – gerade nicht zähl[t]en“.<sup>27</sup> Der Gerichtshof bestätigte damit seine Rechtsprechung, nach der die Verkörperung von Software auf einem Datenträger eine Sache darstellt, grenzte diese jedoch klar von

<sup>18</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2395, Rn. 15; zu individualisierter Standardsoftware BGH v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437f.: Software als „bewegliche Sache“ i.S.d. § 381 Abs. 2 HGB.

<sup>19</sup> Regelung der Nutzung urheberrechtlich geschützter Software als eigenständige Frage: BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2395, Rn. 17.

<sup>20</sup> Es kann sich auch um eine Ratenzahlung handeln: BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321; BGH v. 22.12.1999 – VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415, 1415.

<sup>21</sup> Vgl. ohne Bezugnahme auf eine Körperlichkeit der Software: BGH v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3012; BGH v. 22.12.1999 – VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415, 1415. Bei individualisierter Standardsoftware offenlassend, ob Kaufrecht oder Werkvertragsrecht anzuwenden ist: BGH v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437f.

<sup>22</sup> BGH v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3012.

<sup>23</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2394, Rn. 11 ff.

<sup>24</sup> ASP-Vertrag (Application Service Providing-Vertrag) als Mietvertrag: BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2394f., Rn. 11 ff. und insb. Rn. 16.

<sup>25</sup> BGH v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094, 1095.

<sup>26</sup> BGH v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094, 1095 Rn. 18 ff., insb. Rn. 20.

<sup>27</sup> BGH v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094, 1095 Rn. 20.

elektronischen Vervielfältigungsstücken als solchen ab. Diese Abgrenzung deutet darauf hin, dass der Gerichtshof eine eigene, vom Datenträger unabhängige Sachqualität von Software – entgegen dem etwaigen Anschein der dargestellten vorherigen Entscheidungen – nicht annehmen wollte.

## *II. Zweifel an Aussagekraft der Rechtsprechung*

Obwohl der Bundesgerichtshof jahrzehntelang kontinuierlich von verkörperter Software als Sache sprach, ist zweifelhaft, ob er dabei tatsächlich für eine eigenständige Sachqualität der Software – unabhängig vom Datenträger – eintreten wollte.

### *1. Bestimmung der Sachqualität nicht im Fokus*

Zweifel daran, dass der Bundesgerichtshof eine eigenständige Sachqualität von verkörperter Software positiv feststellen wollte, ergeben sich zunächst, weil die eigenständige Sachqualität von verkörperter Software nicht den eigentlichen Gegenstand der Entscheidungen darstellt. Es geht vielmehr um Abgrenzungsfragen, bei denen die Feststellung einer Sachqualität verkörperter Software selbst nicht von entscheidender Bedeutung war, sondern eher indiziell wirkte:

In der Entscheidung zum Warenzeichenrecht stellte sich die Frage, ob die Bezeichnung „Datenverarbeitungsprogramme“ eine hinreichend bestimmte, eindeutige Warenangabe sei. Dies war nur dann der Fall, wenn klar verständlich war, dass sich der Begriff lediglich auf eine Ware (im Sinne eines Datenträgers von Programmen) und nicht eine Dienstleistung (im Sinne des Erstellens von Programmen) bezog.<sup>28</sup> Entscheidend war in diesem Zusammenhang nicht eine positive Bestimmung, ob verkörperte Datenverarbeitungsprogramme eine Sache darstellen. Die Eigenschaft von verkörperter Software als körperliche Sache war lediglich Indiz dafür, dass der Begriff des Datenverarbeitungsprogramms Waren und nicht Dienstleistungen beschreibt.<sup>29</sup> Dass das Computerprogramm auf einem Datenträger verkörpert zu einer körperlichen Sache werde, wurde in der Entscheidung demnach auch nicht näher begründet, sondern vielmehr als Prämisse vorausgesetzt.<sup>30</sup>

Bei den Entscheidungen zur Anwendung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts stellte sich die Frage, welche Bedeutung einer möglichen urheberrechtlichen Komponente der Softwarenutzung bei der vertragstypologischen Einordnung eines Softwareüberlassungsvertrags zukommt. Wie sollte man damit umgehen, dass der wirtschaftliche Wert des Erwerbsgegenstands nicht in dem Datenträger, sondern in dem darauf befindlichen immateriellen Gut liegt?<sup>31</sup> Der Gerichtshof stellte entscheidend auf die Behandlung des Datenträgers, auf dem die Software verkör-

<sup>28</sup> BGH v. 2.5.1985 – I ZB 8/84, CR 1986, 130, 131 f.

<sup>29</sup> BGH v. 2.5.1985 – I ZB 8/84, CR 1986, 130, 132.

<sup>30</sup> Vgl. insgesamt BGH v. 2.5.1985 – I ZB 8/84, CR 1986, 130, insb. 132.

<sup>31</sup> Vgl. BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407 f.

pert war, ab und ließ die urheberrechtliche Dimension unbeachtet.<sup>32</sup> Ob neben dem Datenträger verkörperter Software eine eigenständige Sachqualität zukommt, war für diese Erwägung ohne Bedeutung. Auch in dieser Entscheidung wurde die Körperlichkeit des auf dem Datenträger hinterlegten Computerprogramms daher nicht kritisch hinterfragt, sondern lediglich festgestellt und durch einen Verweis auf die vorherige Entscheidung begründet.

Bei der Frage der – zumindest entsprechenden – Anwendung von kaufrechtlicher Mangelhaftung dürfte der Hinweis auf eine Sacheigenschaft verkörperter Software noch aus einem weiteren Grund von Bedeutung gewesen sein: Zur damaligen Zeit war im BGB neben dem Sach- und Rechtskauf ein Kauf sonstiger Gegenstände weniger klar vorgesehen als heute. § 445 BGB a.F. sah zwar die entsprechende Anwendung der §§ 433–444 BGB auf „andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind,“ vor. Diese Vorschrift wurde jedoch bei der Diskussion um die vertragstypologische Einordnung des Vertrags über dauerhafte Überlassung von Software, soweit ersichtlich, nicht berücksichtigt.<sup>33</sup> Erst durch die Änderung des § 453 BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform wurde zum 1.1.2002 eine Anwendung des Kaufrechts auf den Erwerb sonstiger Gegenstände ausdrücklich vorgesehen. Ein Ziel dieser Anpassung war ausdrücklich die Umsetzung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur entsprechenden Anwendung des Kaufrechts auf den Erwerb von Software.<sup>34</sup>

Auch bei der mietrechtlichen Einordnung von Verträgen über den Zugriff auf Software, die auf dem Server des Anbieters verkörpert ist (ASP-Verträge), musste bestimmt werden, ob es bei der temporären Gewährung der Online-Nutzung solcher Software um eine Dienstleistung oder die Überlassung einer körperlichen Sache zum Gebrauch durch den Nutzer ging.<sup>35</sup> Auch hier rückte das Gericht die Betrachtung des Datenträgers als körperliches Mietobjekt – und nicht eine eigenständige Sachqualität der verkörperten Software – in den Vordergrund.

Die Zweifel an der Aussagekraft der Rechtsprechung befördert auch, dass der Bundesgerichtshof stets lediglich behauptet – und nicht begründet – hat, dass auf einem Datenträger verkörperte Software Sachqualität genießt.<sup>36</sup> Hintergrund der fehlenden Begründung ist vermutlich der Umstand, dass die Sachqualität der verkörperten Software nicht im Fokus der Entscheidungen stand und daher wohl nicht Hauptaugenmerk des Gerichts war.

---

<sup>32</sup> BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407f.; BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321. Vgl. auch BFH v. 3.7.1987 – III R 7/86, CR 1987, 576, 579.

<sup>33</sup> Vgl. BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406; BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320.

<sup>34</sup> BT-Drs. 14/6040, 2001, 242.

<sup>35</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2394 Rn. 11 ff.

<sup>36</sup> Ohne Begründung: BGH v. 2.5.1985 – I ZB 8/84, CR 1986, 130, 132.; keine Begründung, sondern lediglich Verweise auf vorherige Entscheidungen: BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407; BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321; BGH v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437f.; BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2394 Rn. 15.

## 2. Unklare Aussagen mit sachenrechtlichen Bezügen

Mitunter wird in den Entscheidungen recht klar nicht nur zur Sachqualität, sondern auch zum Besitz an verkörperter Software Stellung genommen. Auch insoweit ist jedoch unklar, inwiefern damit Aussagen über eine Qualität von verkörperter Software als eigenständige Sache oder eigenes Besitzobjekt getroffen werden sollten.

Beispielhaft ist zunächst die Entscheidung zur zumindest entsprechenden Anwendung des Abzahlungsgesetzes im Falle einer trägerlosen Übertragung der Software zu nennen.<sup>37</sup> Dort stellte sich die Frage, ob es trotz trägerloser Übertragung zur Übergabe einer beweglichen Sache im Sinne des § 1 AbzG a.F. kommt.<sup>38</sup> Der Bundesgerichtshof führt ausdrücklich aus, dass der Veräußerer dem Erwerber durch das Kopieren des Programms auf die Festplatte des Erwerbers „den Besitz an der in einem Datenträger, nämlich der Festplatte eines Computers, verkörperten Programmkopie“ verschaffe.<sup>39</sup> Da sich das Gericht dennoch nur für eine jedenfalls entsprechende Anwendung des Gesetzes ausspricht,<sup>40</sup> ist die Tragweite dieser Aussage unklar. Dazu kommt, dass das Gericht die jedenfalls entsprechende Anwendung des AbzG vorrangig mit seinem Schutzzweck begründet. Für diesen sei unbeachtlich, ob die Software auf einem Datenträger übergeben oder trägerlos direkt auf die Festplatte des Erwerbers übertragen werde.<sup>41</sup>

Auch in der Entscheidung aus dem Jahre 2016 zur Löschung von Foto- und Videodateien äußert sich der Bundesgerichtshof zur sachenrechtlichen Relevanz verkörperter Software. Ausdrücklich wurde dort die Möglichkeit von Besitz an verkörperter Software erwähnt.<sup>42</sup> Der Fokus liegt dabei allerdings vorrangig auf der Feststellung, dass an einem „elektronisch[en] Vervielfältigungsstüc[k] als solch[em]“ ein Besitz nicht möglich sei.<sup>43</sup> Dass an einer Verkörperung eines solches Stückes ein Besitz möglich sei, wird dabei nur zwecks Kontrastierung angeschnitten. Auf die gesamte Entscheidung bezogen handelt es sich nur um einen sehr randständigen Punkt. Hauptaugenmerk der Entscheidung war die ausführliche Diskussion, wann eine Person einen Anspruch auf Löschung von Foto- und Videodateien habe, die die Privat- oder Intimsphäre dieser Person betreffen.<sup>44</sup> Die Hinweise auf die Besitzfähigkeit verkörperter Software finden sich nur in einer kurzen, vorgeschalteten Auslegung und sprachlichen Klarstellung des instanzgerichtlichen Tenors. Es ist daher zweifelhaft, ob das Gericht neben der terminologischen Klärung des Tenors auch eine inhaltliche Aussage zu einer eigenständigen Sachqualität verkörperter Software und deren Eignung als Besitzobjekt treffen wollte.

<sup>37</sup> BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320.

<sup>38</sup> BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321.

<sup>39</sup> BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321; vgl. *Hoeren*, CR 1988, 908, 911 f.

<sup>40</sup> BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321.

<sup>41</sup> BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321.

<sup>42</sup> BGH v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094, 1095 Rn. 20.

<sup>43</sup> BGH v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094, 1095 Rn. 20.

<sup>44</sup> BGH v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094, 1095 Rn. 23 ff.

In der Entscheidung zur vertragstypologischen Einordnung eines ASP-Vertrags lässt sich der Bundesgerichtshof ebenfalls spezifisch auf die Frage des Besitzes an verkörperter Software ein. Er stellt sehr knapp fest, dass der Nutzer keinen Besitz an Software erlangt, die auf dem Server des Anbieters verkörpert ist.<sup>45</sup> Auch diese Aussage lässt sich wegen ihrer Kürze nur schwer von der Entscheidung abstrahieren. Es ist nicht klar, ob die Entscheidung auf die konkrete technische Ausgestaltung beschränkt ist oder ob der Gerichtshof generell einen Besitz an verkörperter Software, auf die über das Internet zugegriffen wird, ausschließt. Letztere Deutung würde nahelegen, dass das Gericht davon ausgeht, dass ein Besitz an verkörperter Software nur bei gleichzeitigem Besitz am Datenträger möglich ist.

### 3. Datenträger oder verkörperte Software als Bezugspunkt

Rückschlüsse aus der Rechtsprechung stellen sich auch deshalb als schwierig dar, weil mitunter der genaue Inhalt der Passagen unklar ist. Dies betrifft etwa die Frage, worauf sich die in der Rechtsprechung teilweise proklamierte Sachqualität bezieht – auf den Datenträger oder die verkörperte Software selbst.

Gerade in den früheren Entscheidungen wird primär der Datenträger in Bezug genommen. Demnach sei der „Datenträger mit dem darin verkörpertem Programm“ eine körperliche Sache.<sup>46</sup> Bezugspunkt ist die Sacheigenschaft des Datenträgers. Es wird allerdings klargestellt, dass sich die Software auf dem Datenträger in materieller Form niederschlägt („verkörpert“), dass also die Software – in Parallele zu urheberrechtlicher Terminologie – im Datenträger als Werkstück manifest ist und nicht lediglich abstraktes Werk, geistiger Inhalt bleibt.

In zwei späteren Entscheidungen rückt die Software selbst in den Fokus. Der Bundesgerichtshof formuliert nunmehr dahingehend, dass das „auf einem Datenträger verkörpert[e] Programm“<sup>47</sup> beziehungsweise die „auf einem Datenträger verkörperte Standardsoftware“<sup>48</sup> als Sache anzusehen sei. Die Charakterisierung als Sache bezieht sich sprachlich direkt auf die Verkörperung der Software und nicht mehr lediglich auf den Datenträger, auf dem die Software verkörpert ist. Da die Verschiebung in der Formulierung nicht erläutert wurde, ist nicht erkenntlich, ob es sich um eine bewusste inhaltliche Stellungnahme zu einer eigenständigen Sachqualität der verkörperten Software selbst handelt. Geht man davon aus, dass es sich bei der Fokussierung auf die Software statt auf den Datenträger um eine bewusste Anpassung der Formulierung handelt, würde dies dafür sprechen, dass verkörperte Software – nach dem Verständnis des Bundesgerichtshofs – selbst Sachqualität genießt und nicht lediglich an der Sachqualität des Datenträgers teilhat.

<sup>45</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2395 Rn. 19.

<sup>46</sup> BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 408; BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321, später spricht das Gericht dort jedoch auch von „Besitz an der in einem Datenträger, nämlich der Festplatte eines Computers, verkörperten [...] Programmkopie“.

<sup>47</sup> BGH v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437f. Dort auch, allerdings wohl verkürzt: „daß eine Standardsoftware als bewegliche Sache anzusehen ist“.

<sup>48</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2395, Rn. 15.

Gegen eine bewusste Verschiebung in der Formulierung und damit gegen eine inhaltliche Anpassung spricht allerdings, dass die beiden eben zitierten Passagen zur Sachqualität der auf einem Datenträger verkörperten Software als stehende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beschrieben wird, an der in den beiden Entscheidungen lediglich festgehalten wird („Der Senat hat, woran festzuhalten ist, bereits mehrfach entschieden“<sup>49</sup> bzw. „Der BGH hat wiederholt entschieden“<sup>50</sup>), und dies mit korrespondierenden Verweisen auf frühere Rechtsprechung belegt wird.<sup>51</sup> Diese Eingliederung in die vorherige Rechtsprechung legt nahe, dass von einer inhaltlichen Kontinuität ausgegangen wurde, was wiederum dafür sprechen würde, dass die verkörperte Software lediglich an der Sachqualität des Datenträgers teilhaben solle.

Letztlich könnte es sich auch schlicht um eine eher zufällige Verschiebung der Formulierung handeln. In diesem Fall würde die bereits skizzierte Unklarheit fortbestehen, ob der Software eine eigene Sachqualität zugeschrieben werden oder ob sie lediglich an der Sachqualität des Datenträgers teilhaben soll. Es bleibt somit insgesamt unklar, ob der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung der verkörperten Software selbst eine eigenständige Sachqualität zuschreiben oder lediglich betonen wollte, dass die verkörperte Software an der Sachqualität des Datenträgers teilhat.

#### 4. Unklares Verhältnis zwischen Funktionsherrschaft und Besitz

Eine gewisse Klärung könnte die Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 2015 zur Löschung bestimmter, sich im Besitz des Beklagten befindlicher elektronischer Vervielfältigungsstücke von Foto- und Videoaufnahmen bewirken. Das Gericht legt den instanzgerichtlichen Tenor, der diese Löschung vorschreibt, dahingehend aus, dass mit der Bezugnahme auf elektronische Vervielfältigungsstücke, die sich im Besitz des Beklagten befinden, solche Dateien gemeint sein sollen, auf die der Beklagte wie ein Besitzer eine jederzeitige Einwirkungsmöglichkeit hat. „Letztlich komm[e] es also darauf an, ob der [...] Bekl. eine [...] Funktionsherrschaft über die Daten innehat“.<sup>52</sup> Ausdrücklich stellt das Gericht weiterhin klar, dass Besitz nur an Sachen möglich ist, wozu die Verkörperung von elektronischen Vervielfältigungsstücken auf einem Datenträger, nicht jedoch elektronische Vervielfältigungsstücke als solche zählen.<sup>53</sup> Bei genauer Betrachtung wirft diese höchstrichterliche Klärung des instanzgerichtlichen Tenors und insbesondere die Ausführungen zur Funktionsherrschaft an Daten neue Fragen auf und untergräbt die vermeintliche Klärung der Besitzpositionen an verkörperter Software.

<sup>49</sup> BGH v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437.

<sup>50</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2394 Rn. 15.

<sup>51</sup> BGH v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436, 2437 f.; BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2394 Rn. 15.

<sup>52</sup> BGH v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094, 1095 Rn. 20.

<sup>53</sup> BGH v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094, 1095 Rn. 20.

Sofern das Gericht von der Funktionsherrschaft über „Daten“ spricht, ist davon auszugehen, dass es sich um verkörperte Daten beziehungsweise Software handelt, da eine Funktionsherrschaft über die geistigen Inhalte schwer vorstellbar ist. Dann stellt sich jedoch die Frage, warum das Gericht nun von „Funktionsherrschaft“ und nicht mehr vom Besitz spricht, obwohl es beide Konzepte an sich weitgehend gleichzusetzen scheint. Denkbar wäre zunächst, dass die verschiedenen Begriffe gleichbedeutend verwendet werden, dass das Gericht also lediglich den Inhalt des instanzgerichtlichen Tenors umformuliert, um ihn zu erklären. In diesem Fall könnte die Entscheidung als Bestätigung der vorherigen Rechtsprechung verstanden werden, dass verkörperte Software auf einem Datenträger selbst ein eigenständiges Besitzobjekt darstellen kann.<sup>54</sup> Für ein solches Verständnis würde auch sprechen, dass das Gericht selbst betont, dass nur an Sachen ein Besitz möglich sei und dass die Verkörperung eines elektronischen Vervielfältigungsstückes, nicht jedoch das elektronische Vervielfältigungsstück selbst eine Sache im Sinne des § 90 BGB darstelle.<sup>55</sup>

Wahrscheinlicher ist allerdings, dass das Gericht bewusst differenzieren wollte zwischen dem Besitz an dem Datenträger und der Funktionsherrschaft über die Daten beziehungsweise die verkörperte Software selbst. Bei einem solchen Verständnis dürfte der vom Bundesgerichtshof verwendete Begriff der Funktionsherrschaft dem hier verwendeten Begriff der digitalen Sachherrschaft entsprechen. Eine solche Differenzierung zwischen Besitz am Datenträger und der Funktionsherrschaft über die darauf verkörperte Software schafft eine gewisse terminologische Klarheit. Die Entscheidung enthält indes keine Aussage darüber, ob die Funktionsherrschaft über verkörperte Software eine vom Besitz an dem Datenträger unabhängige Besitzposition begründen kann. Der Gerichtshof spricht sich in der Entscheidung explizit nur gegen einen Besitz an dem „elektronisch[en] Vervielfältigungsstücke als solch[em]“, also dem geistigen Inhalt, aus.

### III. Fazit

Insgesamt bleibt somit unklar, ob der Bundesgerichtshof der verkörperten Software eine vom Datenträger unabhängige, eigene Sachqualität zusprechen will, die in letzter Konsequenz womöglich sogar getrennt vom Datenträger zu behandeln wäre. Es erscheint allerdings wahrscheinlich, dass der Gerichtshof eine solche Aussage nicht treffen wollte, sondern lediglich die körperliche Natur der in einem Da-

---

<sup>54</sup> Gegen einen eigenständigen Besitz an Software unabhängig vom Besitz am Datenträger würde allerdings die Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur vertragstypologischen Einordnung von ASP-Verträgen sprechen, in der das Gericht den Besitz eines Nutzers an Software, die auf dem Server des Anbieters verkörpert ist, ablehnt BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2395 Rn. 19.

<sup>55</sup> BGH v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094, 1095 Rn. 20.

tensträger gespeicherten Software betonen wollte, den Datenträger und die auf ihm gespeicherte Software jedoch als eine einheitliche Sache sieht.

Da somit keine klaren Schlüsse aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gezogen werden können, wird im Folgenden eigenständig untersucht, ob verkörperter Software eine eigene, vom Datenträger unabhängige Sachqualität zukommen kann.

## B. Eigenständige Bestimmung der Sachqualität verkörperter Software

Um zu bestimmen, ob verkörperte Software eigenständige Sachqualität besitzt, wird im Folgenden zunächst die Definition der Sachqualität genauer analysiert (dazu unter I.) und im Anschluss anhand dieser Klärung untersucht, ob verkörperte Software eine vom Datenträger unabhängige, eigene Sachqualität haben kann (dazu unter II.).

### I. Definition der Sachqualität

Laut § 90 BGB sind Sachen nur körperliche Gegenstände.<sup>56</sup> Vielfach wird die Begriffskombination des körperlichen Gegenstandes als einheitliches Merkmal gelesen (dazu unter 1.). Es erscheint indes überzeugender und bei der Bestimmung der Sachqualität eines Objekts hilfreicher, zu differenzieren (dazu unter 2.) zwischen der Körperlichkeit als deskriptivem (dazu unter 3.) und dem Gegenstandsbegriff als normativem Merkmal (dazu unter 4.).

Die Bedeutung der folgenden Überlegungen und der dort vorgeschlagenen analytischen Trennung zwischen den Merkmalen der Körperlichkeit und Gegenstandsqualität geht weiter als die Konkretisierung des Sachbegriffs im Rahmen des § 90 BGB. Sie bilden die Grundlage für weitere Erwägungen im Fortgang der vorliegenden Arbeit. So können die Erkenntnisse zur Körperlichkeit im Rahmen des § 90 BGB zunächst bei der Analyse helfen, ob eine Einwirkung auf eine Sache eine sachenrechtlich relevante Substanzveränderung darstellt.<sup>57</sup> Nur eine solche Veränderung, die die Körperlichkeit der Sache im Sinne des § 90 BGB betrifft, kann schließlich als sachenrechtlich relevante Substanzveränderung angesehen werden. Die folgenden Überlegungen werden daher bei der Untersuchung herangezogen, ob eine Änderung verkörperter Software eine körperliche Änderung des Datenträgers mit sich bringt<sup>58</sup> und ob digitale Sachherrschaft damit körperliche Sachherrschaft darstellt.<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Motive, Bd. 3, 32 f. = Mugdan, Materialien III, 18.

<sup>57</sup> Siehe zur Löschung von Software unten bei S. 161 ff.

<sup>58</sup> Siehe unten bei S. 161 ff.

<sup>59</sup> Siehe unten bei S. 108 ff.

In ähnlichem Sinne können die Überlegungen zu einem eigenständigen Gegenstandsbegriff bei der Überlegung berücksichtigt werden, ob ein Teilobjekt als eigene abgegrenzte Sache oder zumindest als abgegrenzter Teil einer Sache teilbesitzfähig ist.<sup>60</sup> Dies kommt bei der Bewertung der besitzrechtlichen Bedeutung der digitalen Sachherrschaft zum Tragen.<sup>61</sup>

### 1. Körperlicher Gegenstand als einheitliches Merkmal

In Rechtsprechung und Literatur wird der Begriff der Körperlichkeit vielfach nicht weiter definiert. Häufig werden im Zusammenhang der Bestimmung der Körperlichkeit und der Sachqualität verschiedene Kriterien genannt, deren Verhältnis unbestimmt bleibt. So werden insbesondere die Kriterien der Beherrschbarkeit,<sup>62</sup> Abgegrenztheit<sup>63</sup> und der sinnlichen Wahrnehmbarkeit<sup>64</sup> angeführt. Die Bedeutung dieser Kriterien und deren Verhältnis bleiben dabei oft unklar; so etwa, ob die Beherrschbarkeit und Abgegrenztheit Voraussetzungen für die Körperlichkeit darstellen oder ob sie eigene Voraussetzungen der Sachqualität darstellen, die neben das Erfordernis der Körperlichkeit treten.<sup>65</sup>

Vielfach lässt sich das unklare Verhältnis der genannten Kriterien dadurch erklären, dass bei der Auslegung des § 90 BGB anscheinend nicht klar zwischen dem Merkmal der Körperlichkeit und demjenigen des Gegenstands unterschieden wird. Stattdessen wird der Begriff des körperlichen Gegenstandes als einheitliches Konzept behandelt, wodurch die Körperlichkeit letztlich mit der Sachqualität gleichgesetzt wird. Bei Vorliegen oder Fehlen einer derart verstandenen Körperlichkeit ist die Frage der Sachqualität damit ebenfalls beantwortet. Die Zwischenfrage, ob ein körperliches Objekt auch Gegenstandsqualität genießt und erst damit Sachqualität erhält, stellt sich nicht.

Wegen dieser Gleichsetzung von Körperlichkeit und Sachqualität werden Voraussetzungen der Sachqualität – etwa die Abgegrenztheit und Beherrschbarkeit –

<sup>60</sup> Siehe zum Teilbesitz an verkörperten Daten unten bei S. 113 ff.

<sup>61</sup> Siehe unten bei S. 108 ff. und S. 110 ff.

<sup>62</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil<sup>4</sup>, § 7 Rn. 234, S. 103; *Stieper*, in: Staudinger, 2021, vor §§ 90 ff. BGB Rn. 9 und § 90 BGB Rn. 1 ff.; *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 1; *Wellenhofer*, in: Hofmann u.a. (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 69, 72.

<sup>63</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil<sup>4</sup>, § 7 Rn. 234, S. 103; *Stieper*, in: Staudinger, 2021, vor §§ 90 ff. BGB Rn. 9 und § 90 BGB Rn. 1 f.; *Ellenberger*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 90 Rn. 1; *Wellenhofer*, in: Hofmann u.a. (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 69, 72.

<sup>64</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil<sup>4</sup>, § 7 Rn. 234, S. 103; *Stieper*, in: Staudinger, 2021, vor §§ 90 ff. BGB Rn. 9 und § 90 BGB Rn. 2; *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 1; *Wellenhofer*, in: Hofmann u.a. (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 69, 72.

<sup>65</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil<sup>4</sup>, § 7 Rn. 234, S. 103: „Sachen sind also nur solche Rechtsgegenstände, die räumlich abgegrenzt und (dadurch) sinnlich wahrnehmbar sowie tatsächlich beherrschbar sind. Ihr entscheidendes Merkmal ist die dadurch gekennzeichnete Körperlichkeit.“; *Stieper*, in: Staudinger, 2021, vor §§ 90 ff. BGB Rn. 9 und § 90 BGB Rn. 2: „Die Beherrschbarkeit eines Gegenstands setzt voraus, dass er sinnlich wahrnehmbar und im Raum abgegrenzt ist“; *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 1: „die körperlichen [Rechtsobjekte], also diejenigen, die man [...] sinnlich wahrnehmen und technisch beherrschen kann, nennt [das BGB] ‚Sachen‘“, entsprechend in Rn. 8.

gleichzeitig schon Voraussetzungen der Körperlichkeit. Als körperlich werden daher beispielsweise von Anfang an nur abgegrenzte Objekte angesehen. In diesem Sinne formuliert etwa *Christian von Bar* sehr bildlich: „Der Wein in der Flasche ist ein körperlicher Gegenstand, der Wein, der auf dem Teppich verschüttet wurde, keiner mehr.“<sup>66</sup>

## 2. Trennung zwischen Körperlichkeit und Gegenstandsbegriff

Im Folgenden wird vorgeschlagen, die Merkmale der Körperlichkeit<sup>67</sup> und Gegenstandsqualität<sup>68</sup> gedanklich zu trennen.<sup>69</sup> Bezweckt ist damit eine analytische und sprachliche Präzisierung, keine inhaltliche Änderung der Reichweite des Sachbegriffs – etwa auf unkörperliche Gegenstände.<sup>70</sup> Erfasst werden können bei der vorgeschlagenen Differenzierung auch körperliche Objekte, die keine Gegenstandsqualität haben, sowie Gegenstände, die nicht körperlich sind. Die Körperlichkeit stellt bei diesem Verständnis eine notwendige, nicht jedoch hinreichende Bedingung für die Sachqualität eines Objekts dar. Anders formuliert stellt eine fehlende Gegenstandsqualität die Körperlichkeit eines Objektes nicht infrage, sondern lediglich seine Sachqualität.

Innerhalb des vorgeschlagenen Oberbegriffs der Objekte ergeben sich damit vier Untergruppen anhand der Abgrenzungskriterien der Körperlichkeit und Gegenstandsqualität: körperliche Gegenstände, unkörperliche Gegenstände, körperliche Objekte ohne Gegenstandsqualität und letztlich unkörperliche Objekte ohne Gegenstandsqualität. Sachen im Sinne des § 90 BGB stellen somit die Schnittmenge der körperlichen Objekte und der Objekte mit Gegenstandsqualität dar. Die Sachqualität ergibt sich aus der Kumulation von Körperlichkeit und Gegenstandsqualität.

Die Gegenstandsqualität soll sich dabei aus der konzeptionellen Eigenständigkeit und Bestimmtheit eines Objekts ergeben.<sup>71</sup> Bei körperlichen Objekten ergibt sich diese Bestimmtheit aus der Abgegrenztheit des Objekts. Sofern ein körperliches Objekt abgegrenzt und damit bestimmt ist, kann es Gegenstandsqualität und Sachqualität erlangen. Die Kriterien der Abgegrenztheit und konzeptionellen Ei-

<sup>66</sup> *von Bar*, *Gemeineuropäisches Sachenrecht I*, § 2 Rn. 170, S. 232, vgl. auch § 2 Rn. 169, S. 120: Die Körperlichkeit realer Sachen vermittele Beweglichkeit und diese wiederum die „erforderliche Abgrenzung“.

<sup>67</sup> Siehe dazu bei S. 81 ff.

<sup>68</sup> Siehe dazu bei S. 83 ff.

<sup>69</sup> So auch *Neuner*, *Allgemeiner Teil*<sup>12</sup>, § 25 Rn. 1 ff., S. 305; wohl ebenso *Bork*, *Allgemeiner Teil*<sup>4</sup>, Rn. 228, S. 100; *Sohm*, *Der Gegenstand*, 16; *Sohm*, *ArchBürgR* 28 (1906), 173, 188; vgl. *Stieper*, in: *Staudinger*, 2021, vor §§ 90 ff. BGB Rn. 4.

<sup>70</sup> Siehe demgegenüber zu historischen Ansätzen, die zwischen *res corporales* und *res incorporales* bzw. körperlichen und unkörperlichen Sachen differenzieren *Rüfner*, in: *HKK*, §§ 90–103 BGB Rn. 3 ff. Siehe zu aktuellen Vorschlägen zur Erweiterung des Sachbegriffs auf unkörperliche Gegenstände: *Paulus/Matzke*, *CR* 2017, 769, 776 f.; *Matzke*, in: *Fries/Paal* (Hrsg.), *Smart Contracts*, 99, 111 f.

<sup>71</sup> Siehe zum Gegenstandsbegriff unten bei S. 83 ff.

genständigkeit sind bei dieser Konzeption keine Voraussetzungen der Körperlichkeit des Objekts. Sie entscheiden vielmehr darüber, ob ein körperliches Objekt auch einen Gegenstand darstellt und somit eine eigene Sachqualität genießt.<sup>72</sup>

Umgekehrt ist die Frage der Körperlichkeit aufgrund einer tatsächlichen Betrachtung und unabhängig von den genannten Kriterien des Gegenstandsbegriffs zu prüfen. In Anlehnung an das genannte Zitat von *Christian von Bar* ist auch verschütteter Wein demnach körperlich. Durch das Verschütten verliert er jedoch seine Abgegrenztheit und damit seine Gegenstandsqualität. Er stellt damit zwar ein körperliches Objekt, jedoch keine Sache mehr dar.

### 3. Körperlichkeit als deskriptives Merkmal

Als Ausgangspunkt einer eigenständigen Betrachtung der Körperlichkeit soll ein deskriptives Verständnis dieses Merkmals dienen, das sich an dem physikalischen Begriff des Körpers und der Materie orientiert (dazu unter a)). Ein solcher Zugriff steht anscheinend der nahezu einhelligen Ansicht gegenüber, die einen Rückgriff auf eine naturwissenschaftliche Betrachtung der Körperlichkeit ausdrücklich ablehnt (dazu unter b)). Die Anliegen, die hinter dieser Ablehnung stehen, überzeugen zwar, sprechen jedoch nur dann gegen eine Berücksichtigung naturwissenschaftlicher Erkenntnisse, wenn nicht klar zwischen Körperlichkeit und Sachqualität differenziert wird. Erfolgt – wie hier vorgeschlagen – eine solche Differenzierung, können die Schutzerwägungen, wegen derer eine letztverbindliche Berücksichtigung der Naturwissenschaften bei der Bestimmung der Sachqualität zurecht abgelehnt wird, bei der Definition des Gegenstandsbegriffs berücksichtigt werden (dazu unter 4.).

#### a) Begriff der Körperlichkeit

Naheliegende Anlaufstelle für eine deskriptive Beschreibung der Körperlichkeit ist die Physik. Der Körper stellt dort einen fundamentalen Begriff dar. Die Untersuchung von Körpern und ihrem Verhalten stellt den Gegenstand eines Kerngebiets der Physik dar – die Mechanik.<sup>73</sup>

Physikalisch betrachtet bestehen Körper aus Materie. Dabei ist Materie all das, was über Masse und räumliche Ausdehnung, also Volumen, verfügt. Mitunter hat sich in der Physik das Verständnis dessen, wie weit der Begriff der Materie reicht, weiterentwickelt. So ging man etwa früher davon aus, dass Licht als Strahlung nicht materiell sei. In Anbetracht der Relativitätstheorie und der Quantenphysik hat sich die Betrachtung geändert.<sup>74</sup> So hat man entdeckt, dass den Photonen des Lichts nicht jegliche Masse abgesprochen werden kann, selbst wenn ihnen keine Ruhe-

<sup>72</sup> Im Ergebnis wohl ebenfalls *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 8, 25.

<sup>73</sup> *Tipler/Mosca*, Physik<sup>8</sup>, 4.

<sup>74</sup> *Demtröder*, Experimentalphysik I<sup>9</sup>, 6ff.; *Tipler/Mosca*, Physik<sup>8</sup>, 4; Brockhaus-Redaktion, Brockhaus<sup>21</sup>, 826f. „Materie“.

masse zukommt.<sup>75</sup> Auf derart komplexe Grundlagenfragen der Physik kann hier nicht eingegangen werden. Das wäre auch nicht notwendig. Selbst wenn Strahlung aus physikalischer Sicht körperlich sein sollte, scheidet eine Sachqualität mangels Abgegrenztheit und damit mangels Gegenstandsqualität aus.<sup>76</sup>

Für die hiesigen Zwecke reicht ein klassischer physikalischer Begriff der Materie aus. Nach einem solchen engeren Verständnis umfasst Materie zumindest die Elementarteilchen, insbesondere Elektronen, sowie die aus Quarks aufgebauten Protonen und Neutronen, sowie Objekte, die aus diesen Teilchen bestehen.<sup>77</sup> Solche Objekte können damit auch als körperlich im Sinne des § 90 BGB angesehen werden.

Für diese deskriptive Bestimmung der Körperlichkeit unter Rückgriff auf die Physik sprechen auch Ansätze in der Literatur, die die Körperlichkeit danach bestimmen wollen, ob ein Objekt sinnlich wahrnehmbar ist.<sup>78</sup> Sinnlich wahrnehmbar ist nur, was aus Materie besteht und damit physikalisch messbar ist. Das Kriterium der sinnlichen Wahrnehmbarkeit stimmt damit in der Sache überein mit einer Berücksichtigung des physikalischen Materie-Begriffs.

#### *b) Bedeutung der Verkehrsanschauung*

Vielfach wird im Rahmen der einheitlichen Betrachtung, ob ein Objekt einen körperlichen Gegenstand darstellt und somit Sachqualität genießt, vertreten, dass naturwissenschaftliche oder philosophische Erwägungen zumindest nicht allein ausschlaggebend sein können für die Bestimmung der Sachqualität. Entscheidend sei vielmehr die Verkehrsanschauung.<sup>79</sup>

Sowohl das Publizitätsprinzip als auch der Gutgläubensschutz fordern eine Erkennbarkeit der Sachqualität für den Verkehr.<sup>80</sup> Der Verkehr soll anhand von für ihn erkennbaren äußeren und verständlichen Umständen – etwa der Übergabe der Sache – auf die mit der Sache verbundene, dingliche Rechtslage schließen können.<sup>81</sup> Nur wenn der Verkehr einzelne Objekte überhaupt als sonderrechtsfähige Sachen erkennen kann, kann er aufgrund der äußeren Umstände schutzwürdige Rückschlüsse auf die wahrscheinliche Rechtslage ziehen. Nur wenn erkennbar ist, ob an

<sup>75</sup> Demtröder, *Experimentalphysik I*<sup>9</sup>, 11 ff.; Osterhage, *Physik*, 112; vgl. Zech, *Information als Schutzgegenstand*, 330.

<sup>76</sup> Siehe dazu bei S. 88 f.

<sup>77</sup> Demtröder, *Experimentalphysik I*<sup>9</sup>, 12; vgl. Osterhage, *Physik*, 175, 177 und 181; Brockhaus-Redaktion, *Brockhaus*<sup>21</sup>, 826 ff. „Materie“; Povh/Soergel, *Physik*<sup>2</sup>, 6.

<sup>78</sup> Bork, *Allgemeiner Teil*<sup>4</sup>, § 7 Rn. 234, S. 103; Stieper, in: Staudinger, 2021, vor §§ 90 ff. BGB Rn. 9 und § 90 BGB Rn. 2; Stresemann, in: *MüKo*<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 1; vgl. von Bar, *Gemeineuropäisches Sachenrecht I*, § 2 Rn. 170, S. 232.

<sup>79</sup> Motive, Bd. 3, 32 = Mugdan, *Materialien III*, 18; Bydlinski, *AcP* 198 (1998), 287, 302; Eichler, *Institutionen I*, 59; RG v. 2.6.1915 – V 19/15, RGZ 87, 43, 45; Mössner, in: BeckOGK, 1.3.2021, § 90 BGB Rn. 58; Stieper, in: Staudinger, 2021, vor §§ 90 ff. BGB Rn. 9; Ellenberger, in: *Grüneberg*<sup>81</sup>, § 90 Rn. 1.

<sup>80</sup> Bydlinski, *AcP* 198 (1998), 287, 303.

<sup>81</sup> Eichler, *Institutionen I*, 59; Mössner, in: BeckOGK, 1.3.2021, § 90 BGB Rn. 58.

einem Objekt absolute Rechte Dritter bestehen können, ist es beispielsweise möglich, bei einer Zerstörung oder Beschädigung dieses Objekts den Vorwurf zu machen, dass vorsätzlich oder fahrlässig fremdes Eigentum verletzt wurde.<sup>82</sup>

Diese zweifellos bestehende Bedeutung der verkehrsseitigen Erkennbarkeit der Sachqualität fordert jedoch nicht, dass bereits das Merkmal der Körperlichkeit – sofern man dieses isoliert betrachtet – nach der Verkehrsauffassung korrigiert werden muss. Entscheidend ist für den Verkehr die Erkennbarkeit der Sachqualität und nicht der Körperlichkeit. Es ist für den Schutz der Verkehrsteilnehmer ausreichend, wenn nicht bereits bei der Frage der Körperlichkeit, sondern erst bei der weitergehenden Frage der Sachqualität eine Korrektur gemäß normativer Kriterien, einschließlich der Verkehrsanschauung, erfolgt.

Für eine deskriptive Bestimmung der Körperlichkeit spricht auch, dass das Merkmal der Körperlichkeit der Abgrenzung von körperlichen zu geistigen Objekten dient. In diesem Sinne stellen auch die Materialien des BGB-Gesetzgebers den körperlichen Dingen die „Rechte“ sowie „nur in der Vorstellung bestehende Dinge“ gegenüber.<sup>83</sup> Für diese Abgrenzung ist eine deskriptive Betrachtung der Körperlichkeit ausreichend. Für eine Abgrenzung zwischen beherrschbaren und unbeherrschbaren körperlichen Objekten eignet sich demgegenüber eher der Begriff des Gegenstandes.

Die Bedeutung der Erkennbarkeit der Sachqualität für den Rechtsverkehr spricht sogar eher für eine Trennung zwischen einem deskriptiven Begriff der Körperlichkeit und einem normativen Gegenstandsbegriff als für eine Verbindung der beiden Aspekte. Eine getrennte Betrachtung der Körperlichkeit und der Eigenschaft als eigenständiger Gegenstand von Sachenrechten dürfte der Verkehrswahrnehmung näherkommen als eine Verbindung beider Merkmale. Betrachtet der Verkehr beispielsweise einen Fluss, dürfte sich der Eindruck einstellen, dass das Wasser im Fluss zwar körperlich ist, aber – solange es weiter fließt – nicht im Eigentum einer einzelnen Person stehen kann. Eine solche Vorstellung erscheint plausibler als die Annahme, der Verkehr würde dem Wasser im Fluss wegen seiner konstanten Bewegung schon die Körperlichkeit absprechen.

#### 4. Gegenstandsbegriff als normatives Merkmal

Ergänzt wird das deskriptive Verständnis der Körperlichkeit durch eine normative Korrektur über den Gegenstandsbegriff.<sup>84</sup> Der Gegenstandsbegriff definiert, welche körperlichen Objekte das Recht als eigenständige und sonderrechtsfähige Sa-

<sup>82</sup> Vgl. *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 303.

<sup>83</sup> Motive, Bd. 3, 33 f. = Mugdan, Materialien III, 18.

<sup>84</sup> Nicht eingegangen wird im Folgenden auf hier nicht relevante Objekte, wie den menschlichen Körper, denen ebenfalls aus normativen Erwägungen keine Sachqualität zukommt. Siehe dazu nur beispielhaft *Stieper*, in: Staudinger, 2021, § 90 BGB Rn. 27.; *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 24 Rn. 10 ff., S. 301 ff.; *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 2. Siehe zu Tieren ebenso § 90a BGB. Die hiesigen Darstellungen zielen insofern nicht auf eine abschließende Darstellung zu Fragen der Sachqualität.

chen ansieht. Nur ausreichend bestimmte oder zumindest bestimmbare Objekte können Gegenstände von Rechten und Rechtsgeschäften sein (dazu unter a)). Im Hinblick auf körperliche Objekte fordert die Bestimmtheit eine körperliche Abgrenztheit (dazu unter b)aa)) und eine konzeptionelle Eigenständigkeit (dazu unter b)bb)).

### a) Bestimmtheit und Gegenstandsbegriff

Der Begriff des Gegenstands wird in der juristischen Diskussion unterschiedlich verwendet, etwa im Sinne des Gegenstands eines Vertrags oder Gegenstands von dinglichen Rechten.<sup>85</sup> Der Begriff wird dabei nicht durchgehend als einheitlicher Fachausdruck verwendet. Mitunter wird er als Begriff der Alltagssprache verwendet, etwa als Synonym zu den Begriffen des Bezugspunkts oder des Inhalts (z.B. „Gegenstand der Verhandlung“) – wobei auch dort eine gewisse Nähe zu der technischen Verwendung des Begriffs besteht.

Sofern der Begriff jedoch in dem hier relevanten technischen Sinne verwendet wird,<sup>86</sup> beschreibt er die Eigenschaft, Objekt eines Rechts oder Rechtsgeschäfts sein zu können.<sup>87</sup> Als Gegenstände kommen somit sowohl Objekte, an denen Rechte bestehen können (z.B. Sachen oder Immaterialgüter), als auch Rechte selbst (z.B. Eigentum oder Anspruch) infrage.<sup>88</sup> Der Gegenstandsbegriff setzt dabei voraus, dass das infragestehende Objekt bestimmt oder zumindest bestimmbar ist. Gegenstände sind alle Objekte, die vermögenswert und individualisierbar sind.<sup>89</sup>

Auch jenseits absoluter Rechte ist die Bestimmtheit oder zumindest Bestimmbarkeit eine entscheidende Voraussetzung für die Möglichkeit, Gegenstand von Rechtsgeschäften zu sein. Genannt werden kann hier etwa die antizipierte Abtretung. Gegenstand einer Abtretung kann nur eine Forderung sein,<sup>90</sup> die zum Zeitpunkt der Abtretung so klar bestimmt wird, dass bei ihrem Entstehen feststeht, ob

<sup>85</sup> Siehe zu verschiedenen Definitionsansätzen: *Stieper*, in: Staudinger, 2021, vor §§ 90 ff. BGB Rn. 4 ff.; vgl. *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 24 Rn. 2 ff., S. 299 ff.

<sup>86</sup> Historisch grundlegend zum Begriff des Gegenstandes *Sohm*, Der Gegenstand; *Sohm*, ArchBürgR 28 (1906), 173, 188; kritisch dazu: *Binder*, ArchBürgR 34 (1910), 209; *Hedemann*, ArchBürgR 31 (1908), 287, 322 ff.; *Rüfner*, in: HKK, § 90–103 BGB Rn. 10 ff.; siehe auch *Husserl*, Der Rechtsgegenstand; *Zitelmann*, Internationales Privatrecht, 50 f.; *Wieacker*, AcP 148 (1943), 57.

<sup>87</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil<sup>4</sup>, Rn. 228 f., S. 100 f.; *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 1 ff.; *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 24 Rn. 3 ff., S. 300 f.; *Soergel*<sup>13</sup>, vor § 90 BGB Rn. 2 f.

<sup>88</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil<sup>4</sup>, Rn. 228 f., S. 100 f.; *Mössner*, in: BeckOGK, 1.3.2021, § 90 BGB Rn. 11 f.; *Marly*, in: *Soergel*<sup>13</sup>, vor § 90 BGB Rn. 2 f.; *Wellenhofer*, in: Hofmann u.a. (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 69, 71 f.; kritisch wegen der unterbliebenen Differenzierung zwischen Rechten und Rechtsobjekten *Rüfner*, in: HKK, §§ 90–103 BGB Rn. 11; differenzierter *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 24 Rn. 3 ff., S. 300 f., die dortige Binnendifferenzierung zwischen Rechtsgegenständen erster und zweiter Ordnung ist für hiesige Zwecke ohne Bedeutung. Nur bezüglich Objekten der natürlichen Welt: *Wieacker*, AcP 148 (1943), 57, 65.

<sup>89</sup> *Marly*, in: *Soergel*<sup>13</sup>, vor § 90 BGB Rn. 2 f.; *Fritzsche*, in: BeckOK, 63. Ed., 1.8.2022, § 90 BGB Rn. 4; *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 1; *Stieper*, in: Staudinger, 2021, vor §§ 90 ff. BGB Rn. 5; *Mössner*, in: BeckOGK, 1.3.2021, § 90 BGB Rn. 10; *Wieacker*, AcP 148 (1943), 57, 65.

<sup>90</sup> Zum Anspruch als Rechtsgegenstand: *Bork*, Allgemeiner Teil<sup>4</sup>, Rn. 229, S. 100 f.

sie der Abtretung unterfällt.<sup>91</sup> Auch Ansprüche müssen bestimmt sein. Nur Ansprüche, die ausreichend bestimmt sind, können bei Nichterfüllung eingeklagt und zwangsweise durchgesetzt werden.<sup>92</sup>

### b) Bestimmtheit körperlicher Objekte

Um die Voraussetzungen des Gegenstandsbegriffs zu erfüllen und Sachqualität genießen zu können, muss ein körperliches Objekt bestimmt sein und eine klare Zuordnung zu einem Eigentümer ermöglichen. Dazu muss das Objekt körperlich abgegrenzt (dazu unter aa)) und konzeptionell eigenständig (dazu unter bb)) sein. Die teilweise ergänzend erwähnten Voraussetzungen der Beherrschbarkeit und Rivalität der Nutzung können in diesem Rahmen als Hilfskriterien herangezogen werden, erfüllen jedoch für die Bestimmung der Qualität als Gegenstand und damit als Sache keinen analytischen Mehrwert und sollten daher nicht als eigene Bedingungen verstanden werden (dazu unter cc)).

#### aa) Abgegrenztheit

Die Bestimmtheit eines körperlichen Objekts und damit seine Sachqualität setzt Abgegrenztheit voraus.<sup>93</sup> Nur abgegrenzte körperliche Objekte können Sachen sein.<sup>94</sup> Ihre Grenzen müssen für den Verkehr erkennbar sein. Bei beweglichen Objekten ergibt sich die Abgegrenztheit aufgrund tatsächlicher, körperlicher Eigenständigkeit und der damit verbundenen Beweglichkeit.<sup>95</sup> Bewegliche körperliche Objekte können von anderen körperlichen Objekten physisch getrennt werden. Bei Grundstücken ergibt sich die Abgegrenztheit demgegenüber erst normativ durch die Parzellierung, also die rechtliche Abgrenzung der Erdoberfläche in einzelne und sonderrechtsfähige Flurstücke.<sup>96</sup> Mitunter werden Grundstücke daher auch als normative Sachen bezeichnet.<sup>97</sup>

Typische Beispiele von Objekten, die nach vorliegend vertretenem Verständnis körperlich sind, deren Gegenstands- und damit auch Sachqualität allerdings an der Abgegrenztheit scheitert, sind Gase und Flüssigkeiten. Sie sind erst dann abgegrenzt und erhalten erst dann Gegenstands- und Sachqualität, wenn sie in einem Gefäß eingesperrt sind.<sup>98</sup> Ein weiteres Beispiel fehlender Abgegrenztheit ist Elek-

<sup>91</sup> Kieninger, in: MüKo<sup>9</sup>, § 398 BGB Rn. 80.

<sup>92</sup> Vgl. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO; Greger, in: Zöller<sup>34</sup>, § 253 ZPO Rn. 13.

<sup>93</sup> Bork, Allgemeiner Teil<sup>4</sup>, § 7 Rn. 234, S. 103; Stieper, in: Staudinger, 2021, vor §§ 90ff. BGB Rn. 9 und § 90 BGB Rn. 1 f. Eine Abgrenzbarkeit – im Gegensatz zur bestehenden Abgegrenztheit – ist nicht ausreichend: Bydlinski, AcP 198 (1998), 287, 303.

<sup>94</sup> Bydlinski, AcP 198 (1998), 287, 303; Stieper, in: Staudinger, 2021, § 90 BGB Rn. 1; Stresemann, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 5.

<sup>95</sup> von Bar, Gemeineuropäisches Sachenrecht I, § 2 Rn. 168, S. 230.

<sup>96</sup> von Bar, Gemeineuropäisches Sachenrecht I, § 2 Rn. 179, S. 249 f.

<sup>97</sup> Rechtsvergleichend von Bar, Gemeineuropäisches Sachenrecht I, § 2 Rn. 164 ff., S. 223 ff. bzw. §§ 2 Rn. 179 ff., S. 249 ff.

<sup>98</sup> Stieper, in: Staudinger, 2021, § 90 BGB Rn. 3.

trizität beziehungsweise elektrischer Strom.<sup>99</sup> Einzelne Elektronen sind als Elementarteilchen zwar im oben genannten Sinne körperlich.<sup>100</sup> Die Konzepte der Elektrizität und des elektrischen Stroms beziehen sich jedoch gerade spezifisch auf den Elektronenfluss – also Elektronen in Bewegung. Eine Abgegrenztheit von Elektrizität ist daher schon konzeptionell ausgeschlossen. Eine Sachqualität scheidet aus.<sup>101</sup>

*bb) Konzeptionelle Eigenständigkeit und Sonderrechtsfähigkeit*

Die Gegenstandsqualität eines körperlichen Objekts setzt neben der Abgegrenztheit – also einer körperlichen Eigenständigkeit – voraus, dass das Objekt auch konzeptionell als eigenständig und sonderrechtsfähig angesehen wird und daher eigenständiger Gegenstand sachenrechtlicher Positionen sein kann.<sup>102</sup> An dieser Eigenständigkeit fehlt es, wenn ein körperliches Objekt aus normativer Sicht mit anderen Objekten zu einer Einheit zusammengefasst wird und dann als Sacheinheit eine einzige Sache im Rechtssinne darstellt.<sup>103</sup> Der Maßstab der Betrachtung ist dabei die Verkehrsanschauung.<sup>104</sup>

Das Erfordernis der konzeptionellen Eigenständigkeit zeigt sich neben der Vermengung (§ 948 BGB) in den Vorschriften zu wesentlichen Bestandteilen (§§ 93 ff. BGB). Dort entscheidet über die Eigenschaft als Bestandteil, ob das Objekt dem Verkehr als selbstständige Sache erscheint.<sup>105</sup> Über die Wesentlichkeit und damit die Sonderrechtsfähigkeit des Bestandteils entscheidet gemäß § 93 BGB nicht nur, ob der Bestandteil oder die Sache, in die er integriert ist, bei der Trennung zerstört werden, sondern auch, ob sie in ihrem Wesen verändert werden. Die Prüfung dieser Voraussetzung setzt ein Verständnis des Wesens des Objektes voraus. Erforderlich ist eine wertende Betrachtung. Zurückgegriffen wird dafür auf die Verkehrsanschauung.<sup>106</sup>

<sup>99</sup> *Stieper*, in: Staudinger, 2021, § 90 BGB Rn. 9; *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 24; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, vgl. 329 ff.

<sup>100</sup> Siehe etwa *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB, der zwar feststellt, dass „Elektrizität, etwa in Form von Elektronen, selbst Teil der Materie ist“. Rechtlich komme es aber nur auf die „der Elektrizität innewohnende Fähigkeit an, Licht zu schaffen, Arbeit zu leisten oder Wärme zu erzeugen; diese Eigenschaft der elektrischen Energie kann aber schwerlich als ‚Sache‘ begriffen werden.“

<sup>101</sup> *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 24; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 329 f.; vgl. *Stieper*, in: Staudinger, 2021, § 90 BGB Rn. 9 f.

<sup>102</sup> Vgl. Protokolle, 3276 = Mugdan, Materialien III, 486. Nicht eingegangen wird im Folgenden auf hier nicht relevante Objekte, wie den menschlichen Körper, denen ebenfalls aus normativen Erwägungen keine Sachqualität zukommt. Siehe dazu nur beispielhaft *Stieper*, in: Staudinger, 2021, § 90 BGB Rn. 27; *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 24 Rn. 10 ff., S. 301 ff.; *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 2. Siehe zu Tieren ebenso § 90a BGB.

<sup>103</sup> *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 25 Rn. 15, S. 308: Frage der Sacheinheit als „spezifische Rechtsfrage“.

<sup>104</sup> Siehe etwa BGH v. 19.4.1972 – VIII ZR 24/70, NJW 1972, 1187, 1188; RG v. 2.6.1915 – V 19/15, RGZ 87, 43, 45; *Wieling/Finkenauer*, Sachenrecht – Lehrbuch<sup>6</sup>, § 2 Rn. 23, S. 34.

<sup>105</sup> *Stieper*, in: Staudinger, 2021, § 93 BGB Rn. 7.

<sup>106</sup> *Ellenberger*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 93 BGB Rn. 3.

Umgekehrt bewirkt die Frage nach der konzeptionellen Eigenständigkeit, dass es für die Sachqualität nicht erforderlich ist, dass das Objekt einen zusammenhängenden Körper darstellt. Es ist vielmehr möglich, dass verschiedene, für sich abgegrenzte körperliche Objekte, die jeweils eigenständige Sachqualität genießen könnten, als eine Sacheinheit zusammengefasst werden, im rechtlichen Sinne also als eine einzige Sache behandelt werden.<sup>107</sup> Dies betrifft insbesondere Sachen, die Gegenstand der Vermengung im Sinne des § 948 BGB sind.<sup>108</sup> Ob eine Sacheinheit vorliegt, entscheidet sich erneut nach der Verkehrsanschauung und insbesondere danach, ob die einzelnen Objekte einem einheitlichen Zweck dienen.<sup>109</sup>

### cc) Kriterien ohne eigene normative Bedeutung

Im Rahmen der Ansätze, die das Merkmal des körperlichen Gegenstands in § 90 BGB einheitlich betrachten, werden neben der Abgegrenztheit und konzeptionellen Eigenständigkeit weitere Voraussetzungen für die Sachqualität beziehungsweise für die Eigenschaft als körperlicher Gegenstand genannt. Im hier vertretenen Konzept wären diese Merkmale als Voraussetzung der Gegenstandsqualität zu verorten. Wegen des Ursprungs dieser Ansätze werden sie im Folgenden als Voraussetzungen der Sachqualität beschrieben und nicht auf die hier vertretene Differenzierung übertragen.

Bei diesen Kriterien handelt es sich insbesondere um die Beherrschbarkeit der Sache sowie die Rivalität ihrer Nutzung. Beide Kriterien enthalten jedoch gegenüber den bisher genannten Kriterien der Abgegrenztheit und konzeptionellen Eigenständigkeit keinen eigenen Mehrwert und sollten daher nicht als eigenständige Voraussetzungen verstanden werden, sondern als Hilfskriterien bei der Bestimmung der Abgegrenztheit und konzeptionellen Eigenständigkeit.

#### (1) Beherrschbarkeit

Vielfach wird die Beherrschbarkeit eines Objekts als Voraussetzung seiner Sachqualität genannt.<sup>110</sup> Wie der Begriff der Beherrschbarkeit dabei zu verstehen ist, wird nicht klar definiert. Es werden stattdessen meist vielfältige Beispiele für nicht beherrschbare Objekte genannt. Grob lassen sie sich in verschiedene, teilweise überlappende Gruppen zusammenführen. Genannt werden Objekte des Makrokosmos (Sterne, Meteore) und Mikrokosmos (Schneeflocken, Staubkörner, Regentropfen), daneben Objekte, die keine Festkörper darstellen (Gase, Flüssigkeiten),

<sup>107</sup> BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 409; BGH v. 8.10.1955 – IV ZR 116/55, NJW 1955, 1793, 1793; *Ellenberger*, in: *Grüneberg*<sup>81</sup>, vor § 90 BGB Rn. 5; *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 25 Rn. 15, S. 308.

<sup>108</sup> *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 25 Rn. 16, S. 308. Bei Vermischung verlieren die betroffenen Objekte demgegenüber bereits ihre Abgegrenztheit: *Herrler*, in: *Grüneberg*<sup>81</sup>, § 948 BGB Rn. 2.

<sup>109</sup> *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 25 Rn. 15, S. 308; *Ellenberger*, in: *Grüneberg*<sup>81</sup>, vor § 90 BGB Rn. 5.

<sup>110</sup> *Bork*, Allgemeiner Teil<sup>4</sup>, Rn. 234, S. 103; *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 25 Rn. 5, S. 306; *Stieper*, in: *Staudinger*, 2021, vor §§ 90ff. BGB Rn. 9 und § 90 BGB Rn. 3; *Stresemann*, in: *MüKo*<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 1; vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 327.

Naturkräfte (Blitzschlag) sowie Strahlung und Wellen<sup>111</sup> (Licht, Schall).<sup>112</sup> Gase und Flüssigkeiten bilden in diesem Kontext eine Besonderheit, da ihre Beherrschbarkeit und Sachqualität nicht generell abgelehnt werden. Sie wird vielmehr davon abhängig gemacht, dass sich die Stoffe in einem Behältnis befinden.<sup>113</sup>

Die genannten Beispiele unterscheiden sich stark. Wie im Folgenden dargestellt wird, passen die Gründe, aus denen die Qualifikation als Sache ausscheidet, nur vermeintlich unter das einheitliche Schlagwort der Beherrschbarkeit. Dieses Schlagwort hat in den unterschiedlichen Kontexten eine unterschiedliche Bedeutung. Zudem lässt sich bei den genannten Beispielen die fehlende Sachqualität jeweils auch ohne einen Rückgriff auf den Gedanken der Beherrschbarkeit erklären. Ein analytischer und definitorischer Mehrwert des Merkmals der Beherrschbarkeit ist daher nicht ersichtlich.

(a) *Bewegte Objekte* Blitzschlag, Strahlung, Wellen, Gasen und Flüssigkeiten ist gemein, dass es sich um Objekte handelt, die sich schon aufgrund ihrer physikalischen Eigenschaften konstant in Bewegung befinden. Bei Blitzschlag, Strahlung und Wellen ist die Bewegung sogar schon Teil der Definition des Objekts. Eine ruhende Welle oder ein eingefrorener Blitzschlag sind nicht denkbar. Doch auch Gase und Flüssigkeiten sind in Bewegung, solange sie nicht von außen in ihrer Bewegung beschränkt werden. Die weitgehend freie Beweglichkeit der Moleküle im Raum zeichnet gerade die Aggregatzustände flüssig und gasförmig aus.

Es ist nicht gänzlich klar, was damit gemeint ist, dass diese bewegten Objekte nicht beherrschbar seien. Vermutlich soll beschrieben werden, dass die Objekte nicht fassbar sind, dass es an einer Stabilität sowie Kontinuität der Belegenheit fehlt und damit an der Möglichkeit, die Objekte klar einem Eigentümer zuzuschreiben. Bei einem solchen Begriffsverständnis wäre die Beherrschbarkeit jedoch lediglich ein Synonym der Abgegrenztheit. Auch diese fragt danach, ob ein Objekt eine eindeutige und stabile Körperlichkeit hat. Die Abgegrenztheit fordert, dass es sich nicht nur um ein körperliches Phänomen, sondern um einen Körper handelt, dessen Zusammensetzung und Grenzen klar bestimmt werden können.

Dass der Begriff der Beherrschbarkeit bei den genannten bewegten Objekten dieselbe Problematik adressiert, wie derjenige der Abgegrenztheit, zeigt sich auch daran, dass bei Gasen und Flüssigkeiten eine Beherrschbarkeit vorliegen soll,<sup>114</sup> wenn sie in Behältnisse abgefüllt werden, wenn ihnen also – im wahrsten Sinne des Wortes – Grenzen gesetzt werden, also ihre Abgegrenztheit hergestellt wird. Mit dem Abfüllen ändern sich nicht grundsätzlich die Eigenschaften von Flüssigkeiten oder Gasen. Es wird vielmehr eine konkrete Zahl an Molekülen des jeweiligen

<sup>111</sup> Siehe oben zur Körperlichkeit von Strahlung und Wellen bei S. 81 f.

<sup>112</sup> Siehe Beispiele bei *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 303; *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 25 Rn. 5, S. 306; *Staudinger*, 2017, § 90 BGB Rn. 3, 20, 22 und 26; *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 8 f.; *Wellenhofer*, in: Hofmann u.a. (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 69, 72.

<sup>113</sup> *Stieper*, in: *Staudinger*, 2021, § 90 BGB Rn. 3.

<sup>114</sup> *Stieper*, in: *Staudinger*, 2021, § 90 BGB Rn. 3.

Stoffs isoliert und als gemeinsamer und dauerhafter Bezugspunkt sachenrechtlicher Erwägungen zusammengefasst. Dadurch wird ermöglicht, dass diese konkreten Moleküle identifiziert werden und damit der Herrschaftssphäre einer bestimmten Person zugeordnet werden können. Auch das Merkmal der Abgegrenztheit betrifft diese Zuordnung eines Objekts zur Herrschaftssphäre einer Person.<sup>115</sup>

Bei den Beispielen des Blitzschlags, der Strahlung und der Wellen ist womöglich bereits die Frage nach ihrer Sacheigenschaft fehlgeleitet. Die genannten Phänomene sind schließlich schon definitiv nicht nur bestimmte Objekte, sondern Objekte in einem konkreten Zustand: Blitzschlag besteht aus Elektronen in Bewegung, Licht aus Photonen in Bewegung. Nach der Sachqualität von Blitzschlag oder Licht zu fragen, kommt somit dem gleich, nach der Sachqualität von Wind und Wellen zu fragen, statt nach derjenigen von Luft und Wasser. Während Luft und Wasser zumindest in einem Gefäß Sachqualität haben, scheidet eine Sachqualität von Wind und Wellen schon konzeptionell aus.

(b) *Makro- und Mikrokosmos* Ein anderes Verständnis des Merkmals der Beherrschbarkeit kommt bei der Ablehnung der Sachqualität von Objekten des Makrokosmos und Mikrokosmos zum Tragen. Bezüglich der Objekte des Mikrokosmos kann allerdings bereits infrage gestellt werden, ob deren Sachqualität tatsächlich generell abzulehnen ist. Es ist nicht ersichtlich, warum ein Objekt – solange es identifizierbar und konzeptionell als eigenständig angesehen wird – keine Sachqualität genießen sollte, nur weil es sehr klein ist. Man denke etwa an mikroskopische Proben in der Laborarbeit, an denen ein großes wissenschaftliches, aber auch kommerzielles Interesse bestehen kann.

Sofern winzige Objekte – wie etwa ein einzelnes Staubkorn – keine eigene Sachqualität genießen,<sup>116</sup> dürfte dies meist nicht an einer prinzipiell fehlenden Eignung zur Sachqualität oder gar an einer fehlenden Beherrschbarkeit liegen, sondern daran, dass solche Objekte regelmäßig nicht konzeptionell eigenständig sind und der Vermengung oder Vermischung unterliegen. Die Sachqualität eines einzelnen Staubkorns scheitert an seiner fehlenden Sonderrechtsfähigkeit und konzeptionellen Eigenständigkeit innerhalb eines Staubhaufens. Der Mehrwert des Kriteriums der Beherrschbarkeit neben demjenigen der konzeptionellen Eigenständigkeit ist daher nicht ersichtlich.

Sofern als Beispiele von Objekten des Mikrokosmos Schneeflocken und Regentropfen genannt werden, steht – neben der mangelnden Sonderrechtsfähigkeit – weniger die Größe einer Sachqualität entgegen, als vielmehr der bereits genannte Umstand, dass es sich um eine Flüssigkeit (Regentropfen) beziehungsweise einen

---

<sup>115</sup> Vgl. dazu insgesamt *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 304; *Fritzsche*, in: BeckOK, 63. Ed., 1.8.2022, § 90 BGB Rn. 5; *Stieper*, in: Staudinger, 2021, § 90 BGB Rn. 3.

<sup>116</sup> *Stieper*, in: Staudinger, 2021, § 90 BGB Rn. 3.

Festkörper mit Schmelzpunkt unter der Raum- und durchschnittlichen Außentemperatur (Schneeflocke) handelt.<sup>117</sup>

Bei Objekten des Makrokosmos scheitert eine Beherrschbarkeit daran, dass sie – wegen ihrer Größe und Entfernung – rein tatsächlich einem menschlichen Zugriff entzogen sind. Ob allein deshalb ihre Sachqualität ausscheidet, ist zweifelhaft. Es erscheint allerdings schon aus normativen Erwägungen naheliegend, dass § 90 BGB keine Aussage zur Sachqualität solcher Objekte trifft, die dauerhaft dem menschlichen Zugriff und damit auch dem Herrschaftsbereich des deutschen Rechts entzogen sind.

(c) *Fazit* Es zeigt sich, dass das Merkmal der Beherrschbarkeit herangezogen wird, um die Sachqualität sehr unterschiedlicher Objekte abzulehnen. Die konkrete Art, wie dabei Beherrschbarkeit verstanden wird und woran sie scheitert, divergiert. Die Gründe, an denen eine Sachqualität scheitert, lassen sich auch ohne das Merkmal der Beherrschbarkeit erfassen: Bei bewegten Objekten mangelt es meist an einer Abgegrenztheit, bei Objekten des Mikrokosmos an einer konzeptionellen Eigenständigkeit. Das Konzept der Beherrschbarkeit stellt sich daher als Sammeltatbestand heraus, der keinen konzeptionellen Mehrwert mit sich bringt. Es sollte daher auf dieses Merkmal verzichtet werden.

## (2) *Rivalität der Nutzung*

Als weiteres Charakteristikum der Sachqualität wird mitunter die Rivalität der Nutzung genannt;<sup>118</sup> der Umstand also, dass eine Sache zu jeder Zeit nur von einer Person allein oder mehreren Personen gemeinsam genutzt werden kann. Mehrere Personen können in anderen Worten nicht gleichzeitig dieselbe Sache alleine nutzen. Bei der Erwähnung dieses Merkmals wird allerdings nicht durchgehend klar, ob es sich bei der Rivalität der Nutzung um eine notwendige Voraussetzung der Sachqualität oder nur um ein typisches Merkmal von Sachen handeln soll.<sup>119</sup>

Genannt wird das Merkmal der Rivalität der Nutzung vor allem bei Diskussionen um die Sachqualität von Software. Software soll es an diesem Merkmal fehlen.<sup>120</sup> Die Behauptung, dass die Nutzung von Software nicht rivalitär sei, bedarf allerdings zumindest einer Präzisierung. Zwar trifft es zu, dass der abgespeicherte

<sup>117</sup> Ausdrücklich auf das drohende Schmelzen abstellend *Stieper*, in: Staudinger, 2021, § 90 BGB Rn. 3.

<sup>118</sup> *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 245; vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 327; *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 584 ff.; *Wellenhofer*, in: Hofmann u.a. (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 69, 79; vgl. auch *Eichler*, Institutionen I, 59 f.; *Raue*, in: Hofmann u.a. (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 109, 110.

<sup>119</sup> *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 245: „Es fehlt an [...] der für Sacheigentum charakteristischen Rivalitätsbedingung.“ „Charakteristisch“ klingt nach typischem Merkmal, „Bedingung“ nach notwendiger Voraussetzung. Vgl. auch *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 327 f.: wohl für die Rivalität bzw. „Exklusivität des Zugangs“ als Voraussetzung einer Sachqualität. Wohl ebenso *Eichler*, Institutionen I, 60.

<sup>120</sup> *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 25 Rn. 3, S. 305; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 245; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 327 f. und 335; vgl. *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 584 ff.

Programmcode verlustfrei kopiert werden kann. Damit wird jedoch lediglich der geistige Inhalt der Software kopiert. Seine Nutzung ist nicht rivalitär. Anders stellt es sich bezüglich verkörperter Software dar. Die Verkörperung der Software selbst kann nicht verdoppelt werden. Es können nicht verschiedene Nutzer unabhängig voneinander gleichzeitig auf dieselbe Verkörperung zugreifen. Die Nutzung der Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, ist sehr wohl rivalitär.<sup>121</sup> Sofern man in der Rivalität der Nutzung eines Objekts somit eine notwendige Voraussetzung von Sachqualität sieht, würde verkörperte Software zumindest diese Voraussetzung erfüllen.

Bezüglich Software als geistigem Inhalt scheitert die Sachqualität indes nicht allein an einer fehlenden Rivalität der Nutzung, sondern bereits an der Körperlichkeit. Ein Mehrwert eines Kriteriums der Rivalität der Nutzung als Voraussetzung der Sachqualität ist somit bereits bezogen auf das Beispiel der Software nicht ersichtlich. Auch jenseits des Beispiels verkörperter Software ist nicht ersichtlich, warum die Rivalität der Nutzung ein eigenes konstitutives Merkmal der Sachqualität sein sollte. Es ist vielmehr schon eine logische Folge der Körperlichkeit,<sup>122</sup> dass eine Sache nicht gleichzeitig von unterschiedlichen Personen allein genutzt werden kann.

## II. Sachqualität verkörperter Software

Wie die dargestellte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>123</sup> zeigt, wird die Sachqualität von (verkörperter) Software seit Jahrzehnten diskutiert.<sup>124</sup> Noch immer ist die Diskussion nicht abgerissen.<sup>125</sup>

Für die Bewertung einer Sachqualität von Software muss klar differenziert werden<sup>126</sup> zwischen dem geistigen Inhalt beziehungsweise der geistigen Schöpfung einerseits und der Verkörperung der Software in den Ladezuständen der Speicherzel-

<sup>121</sup> *Rawe*, in: Hofmann u.a. (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 109, 110 ff.

<sup>122</sup> So implizit wohl letztlich auch *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 327, der anscheinend eine Rivalität als Voraussetzung von Sachqualität vorschlägt. Daneben beschreibt er die „nicht rival[e] Natur“ des Zugangs zu unkörperlichen Informationen jedoch als „Folge der fehlenden Beherrschbarkeit [solcher] Informationsgüter“, wobei er wiederum den „[w]esentliche[n] Grund für die Beherrschbarkeit von Sachen“ in „deren Körperlichkeit“ sieht.

<sup>123</sup> Siehe oben bei S. 67 ff.

<sup>124</sup> In der Rechtsprechung des BGH seit 1985: BGH v. 2.5.1985 – I ZB 8/84, CR 1986, 130. Siehe zur Entwicklung der Diskussion *Bräutigam*, NJW 2022, 3118.

<sup>125</sup> Siehe zuletzt etwa monographisch zu einer sachenrechtlichen Betrachtung von Daten und Software: *Bucher*, Sachqualität und Veräußerung von Dateien; *Klammer*, Dateneigentum; *Kuschel*, Digitale Werkexemplare; vgl. auch *Pertot* (Hrsg.), Rechte an Daten. Siehe zudem *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 337; *Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161, 164; *Redeker*, NJOZ 2008, 2917, 2925 f.; *Redeker*, NJW 2008, 2684, 2685; *Redeker*, NJW 1992, 1739, 1740; *Marly*, BB 1991, 432; *König*, NJW 1993, 3121, 3124.

<sup>126</sup> Siehe grundlegend zur Differenzierung verschiedener Ebenen physischer Informationsträger: *Zech*, Information als Schutzgegenstand, dort bspw. 44 mit tabellarischer Übersicht. Er differenziert zwischen strukturellen, syntaktischen und semantischen Informationen.

len auf dem Datenträger andererseits. Während die Sachqualität des geistigen Inhalts der Software klar ausscheidet – ebenso wie sie beim Datenträger als solchem klar gegeben ist (dazu unter 1.) – ist die Sachqualität der verkörperten Software weniger offenkundig. Letztlich scheidet jedoch zumindest deren eigene, vom Datenträger unabhängige Sachqualität aus (dazu unter 2.). Der Vergleich mit einem Buch kann dieses Ergebnis verdeutlichen (dazu unter 3.).

### 1. Datenträger und geistiger Inhalt der Software

Die verkörperte Software steht gewissermaßen zwischen zwei Objekten, deren Sachqualität leicht zu bestimmen ist. Beim Datenträger, auf dem die Software verkörpert ist, handelt es sich zunächst klar um eine Sache.<sup>127</sup> Unproblematisch ist auch die Behandlung des geistigen Inhalts der Software. Er beschreibt bei Computerprogrammen den konzeptionellen Programmablauf beziehungsweise die Rechenlogik, bei sonstigen digitalen Inhalten das geistige Werk sowie bei (personenbezogenen) Daten die in den Daten abgespeicherten Informationen. Schon mangels Körperlichkeit scheidet eine Sachqualität des geistigen Inhalts der Software klar aus.<sup>128</sup> Der Schutz des geistigen Inhalts als unkörperliches Gut unterfällt nicht dem Sachenrecht, sondern dem Immaterialgüterrecht, insbesondere dem Urheberrecht,<sup>129</sup> sowie zukünftig womöglich den vielfach diskutierten Ausschließlichkeitsrechten an Daten („Dateneigentum“).<sup>130</sup>

### 2. Verkörperte Software

Komplexer ist die Sachqualität der verkörperten Software als solcher. In Abgrenzung zu Software als geistigem Inhalt handelt es sich bei der verkörperten Software um die konkreten Zustände der Speicherzellen auf dem Datenträger, in denen der Programmcode der Software hinterlegt ist. In anderen Worten handelt es sich um die Ladungszustände derjenigen Speicherzellen, die die Abfolge von Einsen und Nullen repräsentieren, deren Abfolge den Programmcode der Software ergibt. Es stellt sich die Frage, ob diese Speicherzellen oder gar lediglich ihre Ladungszustände eine gegenüber dem Datenträger eigenständige Sache darstellen können oder ob die verkörperte Software lediglich an der Sachqualität des Datenträgers teilhat und deren konkrete Gestalt prägt.

<sup>127</sup> BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 408; BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 335f., der ausführt, dass „nicht eigens betont zu werden [brauche]“, „dass der Datenträger [eine Sache und damit] eigen-tumsfähig ist“.

<sup>128</sup> Vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 335.

<sup>129</sup> Siehe dazu unten bei S. 340ff.

<sup>130</sup> Vgl. *Stresemann*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 90 BGB Rn. 25; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 245 und 332ff. Für einen Schutz der Nutzung von Software als geistigem Inhalt in Analogie zum Sachenrecht: *Kuschel*, Digitale Werkexemplare, insb. 193ff. Vgl. auch *Hoeren*, CR 1988, 908, 914f. Für einen Schutz von Informationen in Anlehnung an Besitzschutz: *Redeker*, CR 2011, 634, 639.

Um die Sachqualität verkörperter Software betrachten zu können, ist es zunächst entscheidend, aus technischer und naturwissenschaftlicher Sicht zu betrachten, wie Software gespeichert wird (dazu unter a)). Auf dieser Grundlage lässt sich erkennen, dass die verkörperte Software zwar die konkrete Körperlichkeit des Datenträgers prägt, jedoch keine eigene, von dem Datenträger unabhängige Körperlichkeit genießt. Damit scheidet auch eine eigenständige Sachqualität verkörperter Software aus (dazu unter b)).

#### *a) Speicherung von Software aus technischer Sicht*

Die Speicherung von Software erfolgt über Speicherzellen, in denen jeweils ein Bit des Programmcodes hinterlegt ist.<sup>131</sup> Die Speicherzellen können in zwei diskreten, maschinell auslesbaren Zuständen existieren. Die verschiedenen Zustände repräsentieren die bekannten Einsen und Nullen, aus denen sich der Programmcode zusammensetzt.<sup>132</sup> Es gibt verschiedene technische Möglichkeiten, wie die Speicherung erfolgen kann und die binären Zustände dargestellt werden können.<sup>133</sup> Als historisches Beispiel einer Datenspeicherung ist die mechanische Speicherung mittels Lochkarten zu nennen. Auch die optische Speicherung auf einer CD gehört fast schon der Geschichte an. Dort werden die binären Zustände der Speicherzellen durch Erhebungen und Senkungen wiedergegeben, die mittels Laser ausgelesen werden. Heutzutage erfolgt die Speicherung überwiegend auf zwei anderen Wegen: durch Magnetisierung (sog. magnetische Speicherung) und durch Steuerung der elektronischen Leitfähigkeit mittels Transistoren (sog. elektronische Speicherung mittels Halbleitertechnik).<sup>134</sup>

Magnetisierung wird beispielsweise in klassischen Festplatten eingesetzt. Sie sind mit einer Magnetschicht beschichtet und mit einem Schreib-Lese-Kopf ausgestattet. Beim Beschreiben der Festplatte werden die Speicherzellen auf der Magnetschicht mittels des Lese-Schreib-Kopfes durch elektromagnetische Induktion magnetisiert. Die Atome beziehungsweise Moleküle der Magnetschicht einer Speicherzelle werden dabei so ausgerichtet, dass ihr magnetisches Moment in dieselbe Richtung weist. Da die Magnetisierung von der Richtung des Stromflusses bei der Induktion abhängt, sind nur zwei Ausrichtungen möglich.<sup>135</sup> Beim Auslesen der Daten erkennt der Lese-Schreib-Kopf die Wechsel zwischen den Zuständen und kann dies in eine Signalabfolge umwandeln, die die Abfolge der Einsen und Nullen wiedergibt.

---

<sup>131</sup> „Binary Digit“: kleinste Speichereinheit des Datenträgers, in der ein binärer Schaltzustand (Eins oder Null) verkörpert sein kann: *Fischer/Hofer*, Lexikon der Informatik<sup>15</sup>, 115.

<sup>132</sup> *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 12.

<sup>133</sup> *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 7 ff., 15 und 256 ff.

<sup>134</sup> *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 15 und 256 ff.

<sup>135</sup> *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 15 und 256 f.

Eine Speicherung über elektronische Leitfähigkeit basiert auf Halbleitertechnik und kommt beispielsweise in Flash-Speichern zum Einsatz.<sup>136</sup> Die einzelnen Speicherzellen bestehen hier aus Transistoren. Sie wirken wie winzige Schalter, die einen Stromfluss verhindern oder ermöglichen. Die Leitfähigkeit stellt die binären Zustände dar, die den Informationsgehalt des Bits als Eins oder Null wiedergeben. Ob die Transistoren den Strom durchleiten oder nicht, hängt davon ab, ob an ein Verbindungsstück im Transistor (sog. Basis bzw. Gate) Strom oder Spannung angelegt ist. Dieser Steuerstrom beziehungsweise diese Steuerspannung ändern die Raumladungszone im Innern des Transistors. Die Raumladungszone bestimmt, ob durch den Transistor Strom fließen kann oder nicht.

Bei nicht-flüchtigen Speichern – etwa Flash-Speichern, wie sie sich in USB-Sticks finden – wird die Leitfähigkeit des Transistors durch Spannung erzeugt, die nicht von einem kontinuierlichen Stromfluss abhängig ist. Sie bleibt unverändert, selbst wenn die Stromzufuhr zum Gerät unterbrochen wird. Bei flüchtigen Speichern – insbesondere dem Arbeitsspeicher – wird die Leitfähigkeit der Transistoren durch Strom – also letztlich Elektronenfluss – gesteuert. Wenn der Strom abgeschaltet wird, verliert sich die Differenzierung zwischen leitenden und nichtleitenden Transistoren, weshalb die in der jeweiligen Speicherzelle gespeicherten Daten verloren gehen (daher auch „flüchtige“ Speicher).

Bei allen genannten Speichermedien schlägt sich die Speicherung von Software beziehungsweise die Änderung der binären Zustände der Speicherzellen körperlich nieder. Bei mechanischer Speicherung durch Lochkarten und optischer Speicherung – etwa auf einer CD – ist die körperliche Veränderung offensichtlich. Doch auch die magnetische Speicherung und elektronische Speicherung wirken auf die Materie des Datenträgers ein. So wird bei magnetischer Speicherung durch die Magnetisierung gezielt die Ausrichtung der Atome beziehungsweise Moleküle in der Magnetschicht geändert. Durch die Veränderung der Lage der Moleküle ändern sich ihr magnetisches Moment und damit die Eigenschaften des Körpers. Bei elektronischer Speicherung mittels Transistoren und Halbleitertechnik, die beispielsweise bei Flash-Speichern zum Einsatz kommt, wird die Konzentration und Verteilung von Elektronen in dem Transistor als Teil des Datenträgers gezielt verändert. Dadurch wird die Leitfähigkeit der einzelnen Speicherzellen beeinflusst. Auch insoweit ändert sich die Eigenschaft des Körpers.

### *b) Sachqualität verkörperter Software*

Die binären Ladungszustände der Speicherzellen unterscheiden sich somit auf materieller Ebene. Ihr Wechsel geht mit einer körperlichen Veränderung der Speicherzelle und damit des Datenträgers einher.<sup>137</sup> Durch die Änderung der Ladungszu-

<sup>136</sup> Zu Folgendem *Fischer/Hofer*, Lexikon der Informatik<sup>15</sup>, 331, 376 und 917; *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 15, 173 ff. und 257 f.

<sup>137</sup> BGH v. 10.7.2015 – V ZR 206/14, NJW 2016, 317, Rn. 19; *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 295.

stände werden die körperlichen Eigenschaften des Datenträgers verändert.<sup>138</sup> Welche Software beziehungsweise welcher Programmcode in dem Datenträger verkörpert ist, prägt daher die konkrete Körperlichkeit des Datenträgers zu der gegebenen Zeit.<sup>139</sup>

Allerdings erhalten die Ladungszustände dadurch keine vom Datenträger abgrenzbare Körperlichkeit. Sie stellen keinen eigenen Gegenstand dar.<sup>140</sup> Die verkörperte Software hat an der Sachqualität des Datenträgers teil und prägt diese.<sup>141</sup> Sie stellt jedoch keine eigenständige Sache dar.<sup>142</sup> Schon der Begriff legt es nahe: Die Ladungszustände betreffen lediglich den körperlichen Zustand der Speicherzellen beziehungsweise des Datenträgers. Eine eigenständige, abgegrenzte Körperlichkeit der Ladungszustände ist damit nicht verbunden. So schlagen sich bei magnetischer Speicherung die Zustände lediglich in der unterschiedlichen Ausrichtung der Moleküle der Magnetschicht des Datenträgers entlang ihres magnetischen Moments nieder.<sup>143</sup> Bei einer Speicherung mittels Halbleitertechnik zeigen sich die Ladungszustände daran, ob an der Basis im Transistor Spannung beziehungsweise Strom anliegt oder nicht.

Auch wenn die Speicherzellen, in denen eine bestimmte Software abgespeichert ist, innerhalb der Logik des informationstechnischen Systems klar definiert und zugeordnet sein mögen, bewirkt Abgegrenztheit innerhalb des Datenträgers keine Abgegrenztheit gegenüber dem Datenträger.<sup>144</sup> Die einzelnen Speicherzellen bilden einen integralen körperlichen Bestandteil des Speichermediums als Einheit und sind physisch nicht von ihm zu trennen. Eine eigene Gegenstandsqualität der Speicherzellen, in denen der Programmcode der Software hinterlegt ist, scheitert neben der Anforderung einer körperlichen Abgegrenztheit auch an einer fehlenden konzeptionellen Eigenständigkeit gegenüber dem Datenträger. Die Speicherzellen sind wesentlicher Bestandteil des Datenträgers im Sinne des § 93 BGB.<sup>145</sup> Sie können nicht ohne Zerstörung des Datenträgers und ohne Funktionsverlust von diesem getrennt werden.<sup>146</sup>

---

<sup>138</sup> *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 15; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 268 f.; vgl. *König*, NJW 1993, 3121, 3124.

<sup>139</sup> *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 335. Vgl. *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 777; *Raue*, in: Hofmann u.a. (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 109, 110.

<sup>140</sup> *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 315; *J.F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 3 Rn. 2, S. 11; *König*, Computerprogramm im Recht, Rn. 382.

<sup>141</sup> *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 375.

<sup>142</sup> Ebenso *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 337; *Müller-Hengstenberg*, CR 2004, 161, 164; *Redeker*, NJOZ 2008, 2917, 2925 f.; *Redeker*, NJW 2008, 2684, 2685; *Redeker*, NJW 1992, 1739, 1740; *Wellenhofer*, in: Hofmann u.a. (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 69, 76; *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 663 f.; wohl a. A. *König*, NJW 1993, 3121, 3124.

<sup>143</sup> Vgl. BGH v. 10.7.2015 – V ZR 206/14, NJW 2016, 317, Rn. 19.

<sup>144</sup> Die Abgrenzbarkeit innerhalb einer Sache begründet eine Eignung zum Teilbesitz. Siehe dazu unten bei S. 113 ff.

<sup>145</sup> Differenzierend zwischen Daten auf Diskette und Festplatte: *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 315.

<sup>146</sup> Vgl. *Mössner*, in: BeckOGK, 1.3.2021, § 93 BGB Rn. 19 f.; *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 25 Rn. 22, S. 310.

Kein Hindernis für eine Sachqualität wäre allerdings der Umstand, dass Software auch trägerlos übertragen werden kann.<sup>147</sup> Wie ein Objekt übertragen oder entstanden ist, spielt für seine Sachqualität keine Rolle, solange das Objekt selbst die Voraussetzungen des Sachbegriffs erfüllt.

### 3. Das Buch als Vergleich

Vielfach wird bei der Betrachtung der Sachqualität von Software ein Vergleich zu Büchern gezogen.<sup>148</sup> Wie bei Büchern müsse auch bei Software der geistige Inhalt für den Werkgenuss beziehungsweise das Abspielen der Software körperlich manifestiert sein – beim Buch durch den Druck auf Papier, bei Software durch eine entsprechende Beeinflussung der Ladungszustände der Speicherzellen. Es bedürfe einer Verkörperung, also einer Sache, um den geistigen Inhalt nutzbar zu machen.<sup>149</sup> So wie die Bedeutung des Urheberrechts am geistigen Inhalt des Buchs der Sachqualität eines Buchs und dem Erwerb durch einen Kauf nicht entgegenstehe, stehe auch die Bedeutung des Urheberrechts an Software einer Sachqualität des Datenträgers und dessen käuflichen Erwerb nicht entgegen.<sup>150</sup>

Teilweise überzeugt der Vergleich zu Büchern. Zunächst unterstreicht er die Bedeutung einer körperlichen Manifestation von Software: Jede Nutzung von Software setzt eine verkörperte Kopie des Programmcodes voraus. Jede Änderung von Software schlägt sich in ihrer Verkörperung nieder.<sup>151</sup> Die Abhängigkeit des Gebrauchs von der Verfügbarkeit einer Verkörperung ist bei Software sogar stärker als bei einem literarischen Werk.<sup>152</sup> Software kann schon technisch nur genauso lange abgespielt werden, wie ein eigener Zugriff des Nutzers auf eine verkörperte Kopie des Programmcodes möglich ist. Ein literarisches Werk kann demgegenüber von einer anderen Person vorgelesen oder – zumindest theoretisch, beziehungsweise in gewissem Rahmen – aus der Erinnerung vorgetragen oder nacherzählt werden.<sup>153</sup>

Bei entscheidenden Punkten hinkt jedoch der Vergleich zu Büchern und führt in die Irre.<sup>154</sup> Dies betrifft insbesondere die Frage nach einer eigenen Sachqualität von Büchern und verkörperter Software. Dass die Bedeutung des geistigen Inhalts eines literarischen Werks nicht gegen eine Sachqualität des Buchs spricht, in dem das Werk verkörpert ist, verdeutlicht nur, dass die Bedeutung des geistigen Inhalts von Software nicht gegen die Sachqualität des Datenträgers spricht, in dem die Software

<sup>147</sup> So jedoch *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 25 Rn. 3, S. 305; vgl. dazu auch *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 335.

<sup>148</sup> So bereits BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407; wiederholt: *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 295 f., 297, 306 und 307; *Marly*, BB 1991, 432, 433.

<sup>149</sup> *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 295 f.; *Marly*, BB 1991, 432, 433 f.

<sup>150</sup> BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407 f.

<sup>151</sup> *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 295 f. und 306; *König*, Computerprogramm im Recht, Rn. 365.

<sup>152</sup> *König*, NJW 1989, 2604, 2604 f.

<sup>153</sup> *König*, NJW 1989, 2604, 2604 f.; Vgl. *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 307; *Marly*, BB 1991, 432, 433 f.

<sup>154</sup> Ebenfalls kritisch *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 334 f.

verkörpert ist.<sup>155</sup> Zu einer eigenständigen Sachqualität der verkörperten Software – also der einzelnen Speicherzellen beziehungsweise deren Ladungszuständen – schweigt der Vergleich.

Die Verkörperung der Software in den Speicherzellen ist insoweit eher mit der aufgetragenen Druckerschwärze als mit dem gesamten Buch vergleichbar. Nur wenn man eine eigene Sachqualität der Druckerschwärze annehmen würde, würde dies auch für eine eigene Sachqualität der Verkörperung der Software sprechen. Dass ein Buch Sachqualität genießt, spricht demgegenüber nur dafür, dass auch ein Datenträger Sachqualität genießt. Dies steht indes nicht in Zweifel.<sup>156</sup>

Auch für die Frage nach der vertragstypologischen Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen hinkt der Vergleich zum Erwerb von Büchern. Insbesondere die grundlegende Frage, welche Bedeutung der urheberrechtlichen Dimension des Gebrauchs der Software zukommt, kann der Vergleich zwischen Software und Büchern nicht adressieren.

Dies liegt daran, dass beim Erwerb eines Buchs das Urheberrecht nach der Veräußerung entscheidend an Bedeutung verliert – anders als beim Erwerb und bei der Nutzung von Software.<sup>157</sup> So ist der private Werkgenuss eines Buchs urheberrechtsfrei, da es dabei zu keiner Nutzung kommt, die ein ausschließliches Nutzungsrecht des Urhebers im Sinne der §§ 15 ff. UrhG betrifft. Wer ein Buch liest oder eine Audio-CD anhört, vervielfältigt dabei das Werkstück nicht. Bei Software behält das Urheberrecht demgegenüber dauerhaft seine Relevanz. Jedes Abspielen von Software ist urheberrechtlich relevant, da dabei – zumindest temporär – Teile des Programmcodes in den Arbeitsspeicher kopiert werden und es somit zu einer körperlichen Vervielfältigung des Werks im Sinne des § 16 Abs. 1 UrhG beziehungsweise § 69c Nr. 1 UrhG kommt.<sup>158</sup> Anders als bei einem Buch ist ein privater Werkgenuss daher nicht urheberrechtsfrei, sondern bedarf einer Lizenz oder gesetzlichen Erlaubnis.

### C. Fazit

Insgesamt hat sich gezeigt, dass verkörperte Software mangels einer eigenen Gegenstandsqualität keine von dem Datenträger unabhängige Sache darstellt. Auch wenn die Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, innerhalb des Datenträgers abgegrenzt werden können, sind sie nicht vom Datenträger abgegrenzt. Die

---

<sup>155</sup> *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 335; vgl. jedoch *Bydliniski*, AcP 198 (1998), 287, 295 f.

<sup>156</sup> *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 336.

<sup>157</sup> Siehe zur unterschiedlichen urheberrechtlichen Relevanz des privaten Werkgenusses von analogen Werken und Software S. 349 ff.

<sup>158</sup> Vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 339. Siehe zum technischen Hintergrund bei S. 341 f. sowie zur urheberrechtlichen Bedeutung des Softwaregebrauchs bei S. 345 ff.

verkörperte Software bildet vielmehr einen integralen Bestandteil des Datenträgers. Die Ladungszustände der einzelnen Speicherzellen prägen die konkrete Körperlichkeit des Datenträgers. Eine Änderung der Ladungszustände führt zu einer körperlichen Änderung des Datenträgers.

## *Kapitel 2*

### Besitz und im vernetzten Gerät verkörperte Software

Mangels einer eigenen, vom Datenträger unabhängigen Sachqualität kommt die verkörperte Software als eigenständiges Besitzobjekt nicht infrage. Im Folgenden wird daher untersucht, inwiefern die digitale Sachherrschaft des Anbieters bezüglich der im Gerät verkörperten Software eine Besitzposition am vernetzten Gerät als solchem begründet. Dazu wird die digitale Sachherrschaft zunächst genauer konturiert (dazu unter A.), bevor im Anschluss ihre besitzrechtliche Bedeutung untersucht wird (dazu unter B.). Es zeigt sich, dass digitale Sachherrschaft eine Form körperlicher und somit tatsächlicher Sachherrschaft im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB darstellt. Da sich die digitale Sachherrschaft jedoch nur auf einen abgrenzbaren Teil des Geräts erstreckt und neben die physische Sachherrschaft des Nutzers tritt, begründet die digitale Sachherrschaft lediglich einen Teilmitbesitz des Anbieters an dem vernetzten Gerät (dazu unter C.). Der dadurch eintretende Mitbesitz von Nutzer und Anbieter führt gemäß § 866 BGB zu einer starken Einschränkung des gegenseitigen possessorischen Besitzschutzes (dazu unter D.).

#### A. Digitale Sachherrschaft

Wie bereits kurz umrissen wurde,<sup>1</sup> kann bei vernetzten Geräten neben die physische Sachherrschaft eine digitale Sachherrschaft treten (dazu unter I.). Die Inhaberschaft beider Formen der Sachherrschaft kann auseinanderfallen, wodurch es zu einer Spaltung der Sachherrschaft kommt (dazu unter II.). Auch wenn sich die digitale Sachherrschaft unmittelbar lediglich auf sehr beschränkte Teile des vernetzten Geräts bezieht (dazu unter III.), kann sie mittelbar weitergehende Sachfunktionsherrschaft an anderen Gerätekomponenten begründen (dazu unter IV.).

##### *I. Digitale vs. physische Sachherrschaft*

Auf unterschiedliche Weise können sowohl Nutzer als auch Anbieter Herrschaft über das vernetzte Gerät ausüben. Es kommt zu einer Spaltung der Sachherrschaft. Der Nutzer hält das Gerät zunächst buchstäblich in seinen Händen und kann über

---

<sup>1</sup> Siehe oben bei S. 13f.

dessen physisches Schicksal entscheiden: Er kann mechanisch auf das Gerät einwirken, es bewegen, vom Stromnetz trennen und es sogar zerstören. Diese hier sogenannte physische Sachherrschaft<sup>2</sup> begründet eine Herrschaft des Nutzers über die Sachsubstanz des gesamten Geräts. Sie bildet den Standardfall der tatsächlichen Sachherrschaft im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB.

Bei vernetzten Geräten kann neben die physische Sachherrschaft des Nutzers eine digitale Sachherrschaft des Anbieters treten.<sup>3</sup> Sie bezeichnet die Möglichkeit, auf digitalem Wege die im Gerät verkörperte Software und damit die Ladungszustände der Speicherzellen der integrierten Datenträger zu verändern. Ob eine Person solche Änderungen vornehmen kann, hängt von den sogenannten Zugriffsrechten<sup>4</sup> ab, die ihr innerhalb des informationstechnischen Systems durch die sogenannte Rechteverwaltung zugewiesen sind.<sup>5</sup> Mit entsprechenden Zugriffsrechten kann der Anbieter de facto die verkörperte Software ändern und zum Überschreiben freigeben, sie also löschen.<sup>6</sup> Die Verwaltung der Zugriffsrechte definiert damit Bestehen und Reichweite digitaler Sachherrschaft.<sup>7</sup>

## *II. Inhaberschaft der digitalen und physischen Sachherrschaft*

Oft fallen physische und digitale Sachherrschaft zusammen. Man denke etwa an ein klassisches digitales Endgerät wie einen Computer. Der Nutzer hält den Computer physisch in Händen und hat digitale Zugriffsrechte bezüglich der auf dem Datenträger verkörperten Software.

Die Inhaberschaft digitaler Sachherrschaft kann jedoch auch von der Inhaberschaft der physischen Sachherrschaft abweichen. So können dem Nutzer eines Geräts – selbst, wenn er dessen Eigentümer ist – digitale Zugriffsrechte vorenthalten bleiben, die es ihm ermöglichen würden, die in seinem eigenen Gerät verkörperte Software zu verändern. Stattdessen kann sein Zugriff auf die Möglichkeit beschränkt werden, die im Gerät verkörperte Software auszuführen. Der Nutzer kann dann softwaregesteuerte Funktionen des Geräts nutzen, kann die Software aber nicht ändern. In diesem Fall hätte der Nutzer nur physische, nicht jedoch digitale Sachherrschaft inne. Hat sich der Anbieter in einer solchen Situation selbst Zugriffsrechte vorbehalten (sog. Root-Rechte), mit denen er die integrierte Soft-

<sup>2</sup> Siehe zu der Definition oben bei S. 13 f.

<sup>3</sup> Vgl. ähnlich *Berberich*, Virtuelles Eigentum, 167.

<sup>4</sup> Es handelt sich um tatsächliche, informationstechnische und nicht um rechtliche Befugnisse. Siehe dazu S. 59 f.

<sup>5</sup> *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 340; *K.-R. Müller*, IT-Sicherheit mit System<sup>6</sup>, 430 und 437 f.

<sup>6</sup> Siehe zum technischen Hintergrund oben bei S. 59 f.

<sup>7</sup> Zur Bedeutung der Zugriffsrechte als Grundlage möglicher Besitzpositionen siehe unten bei S. 104 ff. sowie *Kunz*, Ausschluss aus Internetforen, 125; *Maume*, MMR 2007, 620, 622 f.

ware verändern und deren Nutzung verhindern kann, hat der Nutzer allein die physische Sachherrschaft inne, der Anbieter allein die digitale Sachherrschaft.<sup>8</sup>

Beispiele für eine derart gespaltene Sachherrschaft finden sich in vielen Geräten des Internets der Dinge. Sie enthalten oft nur solche Software, die dazu dient, den softwarebasierten Gebrauch zu ermöglichen. Aus Sicht des Nutzers spielt sich die elektronische Datenverarbeitung im Hintergrund ab. Bei seinem Gebrauch stehen die mechanischen Funktionen im Vordergrund, so etwa die Kühlfunktion bei einem vernetzten Kühlschrank oder die Regelung der Temperatur bei einem vernetzten Thermostat. Die Geräte dienen, anders als etwa ein Computer, nicht primär der elektronischen Datenverarbeitung durch den Nutzer. Sie sollen sich vielmehr gerade unbemerkt in die alltägliche Umgebung integrieren.

Eine weitere Kombination der Inhaberschaft physischer und digitaler Sachherrschaft ergibt sich, wenn der Nutzer Schreibrechte erhält, sich der Anbieter jedoch ebenfalls Zugriffsrechte vorbehält, die mitunter sogar hierarchisch den Rechten des Nutzers vorgehen. In diesem Fall haben sowohl der Nutzer als auch der Anbieter digitale Sachherrschaft, wobei der Nutzer daneben auch die physische Sachherrschaft innehat. Sofern sich der Anbieter vorrangige Zugriffsrechte vorbehalten hat, kann er diese auch gegen den Willen des Nutzers durchsetzen. Die digitale Sachherrschaft des Nutzers ist in diesem tatsächlichen Sinne bedingter Natur.

Hat der Anbieter keine Zugriffsrechte bezüglich der im Gerät verkörperten Software, so hat er auch keine digitale Sachherrschaft inne. In diesem Fall kann der Anbieter eine Nutzung des Geräts nicht durch eine Veränderung der integrierten Software sperren. Eine Sperre ist allerdings möglich, wenn deren Grundvoraussetzungen schon in der Software angelegt sind<sup>9</sup> oder wenn der Nutzer für den Gebrauch des Geräts auf den Zugang zum Cloud-Server des Anbieters angewiesen ist.<sup>10</sup> Als Beispiel eines vernetzten Geräts, an dem der Anbieter keine digitale Sachherrschaft innehat, lässt sich ein Computer nennen. Klassischerweise haben dort weder der Hersteller des Geräts noch der Anbieter des Betriebssystems Zugriffsrechte an der im Gerät verkörperten Software. Sofern Software jedoch zukünftig zunehmend Abonnement- und Cloud-basiert angeboten wird, könnten sich Anbieter auch dort mehr digitale Zugriffsrechte vorbehalten.

### *III. Reichweite der Sachherrschaft*

Die physische und die digitale Sachherrschaft unterscheiden sich stark darin, wie umfangreich sie sich auf das vernetzte Gerät erstrecken. Die physische Sachherrschaft erfasst die gesamte Sache und all ihre Teile, insbesondere die im Gerät integ-

---

<sup>8</sup> Vgl. BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 18f.: kein Besitz an Verkörperung eines Computerprogramms auf einem Server des Anbieters, das der Nutzer im Rahmen eines ASP-Vertrag nur ausführen, nicht jedoch verändert kann.

<sup>9</sup> Siehe dazu bei S. 60f.

<sup>10</sup> Siehe dazu bei S. 57f.

rierten Datenträger. Wer nur physische und keine digitale Sachherrschaft innehat, kann zwar nicht gezielt auf einzelne Speicherzellen einwirken und deren Ladungszustände verändern. Er kann den Datenträger jedoch physisch beschädigen und somit die dort verkörperte Software unbrauchbar machen.

Die digitale Sachherrschaft ist demgegenüber auf die Speicherzellen beschränkt, in denen zu jeder gegebenen Zeit die Software verkörpert ist, an der digitale Zugriffsrechte bestehen. Die digitale Sachherrschaft wird durch das Speichern der Software begründet. Wird die Software kopiert und in anderen Speicherzellen hinterlegt, so verlagert sich die digitale Sachherrschaft auf diese Speicherzellen.<sup>11</sup>

#### *IV. Digitale Sachherrschaft und Sachfunktionsherrschaft*

Die digitale Sachherrschaft kann eine Sachfunktionsherrschaft begründen.<sup>12</sup> Dazu kommt es, wenn sich die digitale Sachherrschaft auf verkörperte Software bezieht, die die Funktion bestimmter Komponenten des vernetzten Geräts steuert.<sup>13</sup> Die digitale Sachherrschaft vermittelt ihrem Inhaber dann eine Herrschaft über die Funktionsfähigkeit von Gerätekomponenten jenseits des Datenspeichers – so etwa über Lautsprecher, Monitore, Router, Gateway oder verschiedene Aktoren (z.B. zur Steuerung und Beschleunigung eines selbstfahrenden Autos). Nutzt der Anbieter seine digitale Sachherrschaft, um die Steuerungssoftware zu verändern, kann er die Funktionsfähigkeit der entsprechenden Gerätekomponenten beeinträchtigen.

Digitale Sachherrschaft führt allerdings nur dann zu einer Sachfunktionsherrschaft, wenn sie Software erfasst, die für die Funktionsfähigkeit von Gerätekomponenten erforderlich ist. Dies ist der Fall, wenn sich die digitale Sachherrschaft auf die Betriebssoftware des Geräts bezieht, also die Firmware einschließlich des Betriebssystems und der Treiber. Wird die Betriebssoftware gelöscht oder blockiert, ist eine Nutzung der von dieser Software gesteuerten Gerätekomponenten nicht mehr möglich. Es besteht Sachfunktionsherrschaft.<sup>14</sup>

Bestehen indes nur Zugriffsrechte bezüglich Anwendungssoftware – etwa bezüglich eines Textverarbeitungsprogramms oder Internetbrowsers – so stellt sich die Lage anders dar. Werden diese Programme gelöscht oder blockiert, so hat dies keine Auswirkung auf die Funktionsfähigkeit von Software gesteuerten Gerätekomponenten. Eine Blockade von Anwendungssoftware betrifft lediglich die Verfügbarkeit und Nutzbarkeit bestimmter Arten der Datenverarbeitung und bestimmter Rechenergebnisse. Sie beschränkt sich auf den Gebrauch der Software als geistiger Inhalt und bewegt sich ausschließlich innerhalb der digitalen Logik des

---

<sup>11</sup> Siehe dazu bei S. 114f.

<sup>12</sup> Siehe zur Terminologie oben bei S. 15.

<sup>13</sup> Siehe zur Abgrenzung von Software gesteuerten Gerätekomponenten zu Software verarbeitenden Gerätekomponenten unten bei S. 190ff. und 197ff.

<sup>14</sup> Siehe zur sachenrechtlichen Relevanz von Sperren der unterschiedlichen Software unten bei S. 198ff.

Geräts. Sie betrifft nicht die grundlegende Funktionsfähigkeit von Gerätekomponenten, die der Datenausgabe oder -weitergabe dienen.<sup>15</sup> Wird beispielsweise ein Textverarbeitungsprogramm blockiert oder gelöscht, so ist es zwar nicht mehr möglich, mit diesem Programm einen Text zu erstellen und ausdrucken zu lassen. Die grundlegende Funktionsfähigkeit von Drucker, Monitor oder Tastatur wird davon jedoch nicht beeinträchtigt. Deren Funktionsfähigkeit wird nicht schon dadurch beeinträchtigt, dass bestimmte Daten nicht mehr ausgegeben werden können, sondern erst dadurch, dass die Veränderung der Software dazu führt, dass der Nutzer die Datenausgabe generell nicht mehr steuern kann.

Die digitale Sachherrschaft stellt nur eine Grundlage der Sachfunktionsherrschaft dar. Auch der Inhaber physischer Sachherrschaft kann zunächst durch mechanische Einwirkung die Funktionsfähigkeit der Sache stören. Umgekehrt – und weniger offenkundig – kann eine Sachfunktionsherrschaft allerdings auch ohne digitale oder physische Sachherrschaft bestehen. Dazu kommt es etwa, wenn ein vernetztes Gerät für dessen Gebrauch an den Cloud-Server des Anbieters angebunden sein muss. Der Anbieter kann dann die Funktionsfähigkeit des Geräts beeinträchtigen, indem er den Zugang zum Cloud-Server verweigert. Digitale oder gar physische Sachherrschaft an dem vernetzten Gerät braucht er dazu nicht.

Eine Besonderheit der durch die digitale Sachherrschaft vermittelten Sachfunktionsherrschaft ist, dass sie eine Einflussnahme auf die Funktionsfähigkeit von Gerätekomponenten ermöglicht, ohne dass es dazu eines physischen Zugriffs auf die Sache oder auch nur der körperlichen Anwesenheit eines Störers bedürfte.<sup>16</sup> So kann etwa das Starten eines vernetzten Kraftfahrzeuges aus der Ferne durch eine Softwaresperre verhindert werden. Dank der Vernetzung kann der Inhaber der digitalen Sachherrschaft auf das Kraftfahrzeug zugreifen, ohne vor Ort sein zu müssen oder auch nur die Belegenheit des Fahrzeuges zu kennen. Bei einem analogen Kraftfahrzeug müsste zu demselben Zweck ein Abschleppdienst gerufen werden oder eine sogenannte Kralle an die Reifen angebracht werden. Beides setzt zunächst die Kenntnis der Belegenheit des Kraftfahrzeuges, dessen Erreichbarkeit sowie die Möglichkeit eines physischen Zugriffs voraus.

Im Hinblick auf die Leichtigkeit und Effizienz eines Zugriffs auf eine Sache bestehen damit erhebliche Unterschiede zwischen digitaler und physischer Sachherrschaft. Ebenso stellt es sich beim Potenzial einer Gewalteskalation dar. Auch dort sind beide Möglichkeiten einer Funktionsstörung nicht vergleichbar. Während bei einem physischen Zugriff vor Ort das Risiko von physischer – und potenziell gewaltsamer – Gegenwehr besteht, ist eine solche Gegenwehr bei einem digitalen Zugriff aus der Distanz unmöglich.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Siehe zu der entsprechenden Differenzierung im Hinblick auf eine sachenrechtliche Relevanz der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Geräts unten bei S. 190ff. und S. 197ff.

<sup>16</sup> *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 101.

<sup>17</sup> Siehe insoweit zu der Vereinbarkeit mit den Zwecken des possessorischen Besitzschutzes, dass bei Bestehen digitaler Sachherrschaft ein possessorischer Besitzschutz ausscheidet unten bei S. 124ff.

## B. Besitz dank digitaler Sachherrschaft

Um die besitzrechtliche Bedeutung digitaler Sachherrschaft bestimmen zu können, soll im Folgenden zunächst die Definition der tatsächlichen Sachherrschaft im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB dargestellt werden (dazu unter I.). Es zeigt sich, dass eine effektive körperliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache den Standardfall tatsächlicher Sachherrschaft darstellt. Da es sich auch bei digitaler Sachherrschaft um eine derart körperliche Einwirkungsmöglichkeit handelt, begründet digitale Sachherrschaft eine Besitzposition (dazu unter II.).

### I. Definition der tatsächlichen Sachherrschaft

Gemäß § 854 BGB erfolgt der Besitzerwerb – und zwar konkret der Erwerb des unmittelbaren Besitzes<sup>18</sup> – „durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache“. Wie dieses Merkmal der tatsächlichen Sachherrschaft – so die gängigere Terminologie<sup>19</sup> – auszulegen ist, gibt das Gesetz nicht vor und ist Gegenstand umfangreicher Diskussionen.<sup>20</sup>

Eine Herausforderung für die Bestimmung der tatsächlichen Sachherrschaft stellt es dar, dass ein Rückgriff auf das Recht zum Besitz ausgeschlossen ist, da für den possessorischen Besitzschutz ein solches Recht gerade unbeachtlich ist.<sup>21</sup> Ein Besitzrecht begründet noch keinen Besitz. Ein fehlendes Besitzrecht verhindert keinen Besitz.<sup>22</sup> Es ist grundsätzlich eine rein tatsächliche Bestimmung notwendig.

#### 1. Definition über Ausschluss- oder Einwirkungsmacht

Vielfach wurde zur Bestimmung des Besitzes auf eine tatsächliche und effektive Ausschluss- oder Einwirkungsmacht abgestellt. So forderte etwa *Friedrich Carl von Savigny* sehr prominent, dass der Besitzer in der Lage sein müsse, Einwirkungen Dritter von der Sache effektiv fernzuhalten.<sup>23</sup> *Bernhard Windscheid* stellte sich gegen *Savignys* Fokus auf die Ausschlussmacht<sup>24</sup> und machte sich für die Einwirkungsmacht als Voraussetzung des Besitzerwerbs stark. Er forderte für den Besitz

<sup>18</sup> Herrler, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 854 BGB Rn. 1.

<sup>19</sup> Siehe etwa *J.F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 5, S. 68; *Eichler*, Institutionen II.1, 7; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 24.

<sup>20</sup> Vgl. *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 24.

<sup>21</sup> *J.F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 7, S. 69.

<sup>22</sup> *Eichler*, Institutionen II.1, 8; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 4.

<sup>23</sup> *von Savigny*, Recht des Besitzes<sup>5</sup>, 2: Besitz als „Zustand, in welchem nicht nur die eigne Einwirkung auf die Sache physisch möglich, sondern auch jede fremde Einwirkung unmöglich ist“; später etwas abgeschwächt *von Savigny*, Recht des Besitzes<sup>6</sup>, 2: „jede fremde Einwirkung verhindert werden kann“.

<sup>24</sup> *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts I<sup>6</sup>, 380 Fn. 3; *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I<sup>9</sup>, 760f. Fn. 4.

die Fähigkeit, nach Belieben auf die Sache einzuwirken.<sup>25</sup> Beide Ansätze werden kritisiert.<sup>26</sup> Sie leiden unter der Schwierigkeit, zu vereinbaren, dass einerseits der Besitz auf einer tatsächlichen und effektiven Sachherrschaft beruht, es jedoch gleichzeitig zu Defiziten in der Sachherrschaft kommen kann, die den Besitz nicht infrage stellen:

Setzt man für einen Besitzerwerb zunächst die Existenz einer effektiven Ausschlussmacht voraus, fordert man also, dass der potenzielle Besitzer effektiv Dritte von einer Einwirkung auf die Sache abhalten kann, wäre denklogisch der possessorsche Besitzschutz obsolet. Er setzt schließlich voraus, dass ein Dritter erfolgreich auf die Sache eingewirkt und den Besitz so beeinträchtigt hat. Allein die Existenz der Besitzstörung verdeutlicht dabei, dass der vermeintliche Besitzer den Dritten nicht effektiv von der Einwirkung abhalten können. Konsequenterweise würde bei der Forderung einer effektiven Ausschlussmacht das Vorliegen einer Besitzstörung paradoxerweise dafürsprechen, dass kein Besitz bestand.<sup>27</sup> Die Definition der Sachherrschaft muss somit berücksichtigen können, dass es zu Einwirkungen Dritter kommen kann, die den Besitz nicht infrage stellen.<sup>28</sup> Die Ausschlussmacht ist somit zwar Teil des rechtlichen Schutzes des Besitzes. Eine notwendige Voraussetzung für seinen Erwerb ist die Effektivität der Ausschlussmacht demgegenüber nicht.<sup>29</sup>

Auch der umgekehrte Ansatz, der das Bestehen tatsächlicher Sachherrschaft an der Möglichkeit festmachen will, nach Belieben auf die Sache einzuwirken, überzeugt nicht. Lehnt man eine tatsächliche Sachherrschaft im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB ab, wenn dem Betroffenen von einem Dritten die Einwirkung auf die Sache unmöglich gemacht werden kann, so würde erneut die Möglichkeit einer Besitzstörung den Besitz generell infrage ziehen. Darüber hinaus würde es in unangemessener Weise den Besitz an Sachen verhindern, auf die der Besitzer – aufgrund der Natur der betroffenen Sache oder aufgrund ihrer räumlichen Entfernung – nicht nach Belieben einwirken kann.<sup>30</sup>

Die genannten Herausforderungen zeigen auf, wie schwer es ist, abstrakt die tatsächliche Sachherrschaft im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB zu definieren:<sup>31</sup> Ein Rückgriff auf ein Recht zum Besitz ist nicht zulässig. Es soll eine tatsächliche Herrschaft

<sup>25</sup> Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts I<sup>6</sup>, 380; Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I<sup>9</sup>, 760f.

<sup>26</sup> Eichler, Institutionen II.1, 10; Wolff/Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 25; Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 4.

<sup>27</sup> Zu diesem Einwand bereits von Savigny, Recht des Besitzes<sup>6</sup>, 2. Vgl. Kuschel, AcP 220 (2020), 98, 107.

<sup>28</sup> Wolff/Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 25.

<sup>29</sup> Eichler, Institutionen II.1, 10.

<sup>30</sup> Wolff/Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 25. In gewissem Maße relativiert insoweit auch Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts I<sup>9</sup>, 761.

<sup>31</sup> Siehe zu den Klagen über die Schwierigkeit einer Besitzdefinition etwa von Savigny, Recht des Besitzes<sup>6</sup>, 1f.; Wolff/Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 25: „In Wahrheit sind alle Versuche, den Begriff [der tatsächlichen Sachherrschaft] zu analysieren, mißlungen“; Eichler, Institutionen II.1, 10; Heck, Grundriß des Sachenrechts, 21.

über die Sache bestehen, gleichzeitig muss diese nicht so stark ausgeprägt sein, dass sie eine Einwirkung Dritter effektiv verhindern können muss. Gewisse Lockerungen der Sachherrschaft sollen die Sachherrschaft nicht infrage stellen. Umgekehrt soll jedoch auch nicht jede noch so kurze und fragile Sachherrschaft einen Besitz begründen.

## 2. Bestimmung über Verkehrsanschauung

In Anbetracht der Schwierigkeiten einer abstrakten Definition hat sich als entscheidende Richtschnur für die Bestimmung der tatsächlichen Sachherrschaft und damit für die Definition des Besitzes die Verkehrsanschauung durchgesetzt. Sachherrschaft sei, „was nach dem gemeinen Bewußtsein als solche erscheint“.<sup>32</sup> In anderen Worten: tatsächliche Sachherrschaft ist das, was der Verkehr für tatsächliche Sachherrschaft hält. Diese Definition ist nicht nur zirkulär, sondern birgt auch die Gefahr, subjektiv ausgelegt zu werden, wenn letztlich die eigene Sicht des Rechtsanwenders als repräsentativ für die Verkehrsanschauung herangezogen wird, was sich in der Praxis vielfach kaum vermeiden lässt.<sup>33</sup>

Dieser Gefahr wird durch den Versuch begegnet, zu konkretisieren, was mit der Sachherrschaft gemeint ist, beziehungsweise wonach der Verkehr Ausschau halten solle. So wird etwa umschrieben, dass es einer Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache bedürfe, der nach der Erfahrung und der Verkehrsauffassung, keine „fremde Übermacht“ entgegentritt,<sup>34</sup> dass der Besitzer „mehr als andere auf die Sache [einwirken können müsse]“<sup>35</sup> oder dass eine „überwiegende Wahrscheinlichkeit [bestehe], den eigenen Willen an einer Sache durchzusetzen.“<sup>36</sup> Weiterhin wird formuliert, es reiche eine Ausschlussmacht, die „unter nichtgewalttätigen Rechtsgenossen“ beziehungsweise „redlich[en] Rechtsgenossen“ einer Einwirkung Dritter wirksam entgegentreten könne, beziehungsweise von ihnen respektiert werde.<sup>37</sup> Ein Besitz solle weiterhin davon abhängen, ob ein schutzwürdiges Kontinuitätsinteresse bestehe, also eine schutzwürdige Erwartung einer fortdauernden Nutzung.<sup>38</sup>

Neben diesen Umschreibungen wurden gewisse Leitlinien entwickelt, die helfen, die Bestimmung der für § 854 Abs. 1 BGB relevanten Sachherrschaft anhand der Verkehrsanschauung zu operationalisieren. Neben den Faktoren der Ausschluss- und Einwirkungsmacht, die nicht gänzlich ohne Bedeutung bleiben sollen, wird

<sup>32</sup> Wolff/Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 25; ebenso: J.F. Baur/Stürner, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 5, S. 68; Eichler, Institutionen II.1, 7; Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 6; BGH v. 17.3.2017 – V ZR 70/16, NJW-RR 2017, 818, Rn. 10.

<sup>33</sup> Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 6: zur Gefahr der Verkehrsanschauung als „nichtssagende, gefährliche Leerformel“.

<sup>34</sup> Eichler, Institutionen II.1, 10.

<sup>35</sup> Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 5.

<sup>36</sup> Kegel, in: FS Caemmerer, 149, 178, vgl. auch S. 167f.

<sup>37</sup> Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 4–6.

<sup>38</sup> Heck, Grundriß des Sachenrechts, 24.

etwa die Eingliederung der Sache in den Herrschaftsbereich<sup>39</sup> des Besitzers beziehungsweise seine Interessensphäre<sup>40</sup> genannt. Des Weiteren wird regelmäßig eine gewisse Mindestdauer und Festigkeit des Besitzes gefordert.<sup>41</sup> Als Beispiele einer zu geringen Dauer werden vielfach ein auf einer Bank pausierender Spaziergänger genannt sowie ein Abendessensgast, der an Stuhl und Besteck keinen Besitz haben soll.<sup>42</sup>

Neben einer Mindestdauer wird auch eine gewisse räumliche Beziehung zu der Sache gefordert, wobei auch eine zeitweise Entfernung den Besitz nicht beenden soll.<sup>43</sup> Auch hier ein gängiges Beispiel: Ein Landwirt soll Besitzer eines Traktors bleiben, selbst wenn der Traktor über Nacht auf dem Feld verbleibt.<sup>44</sup> Abgestellt wird bezüglich der räumlichen Nähe darauf, wie sich für den Verkehr bei einer konkreten Sache die übliche Art der Beherrschung darstellt. Bei gewissen Sachen erkenne der Verkehr eine Sachherrschaft an, selbst wenn der Besitzer nur unter bestimmten Umständen auf die Sache zugreifen könne.<sup>45</sup>

Der rechtliche Kontext der tatsächlichen Sachherrschaft wird bei der Konkretisierung der Verkehrsauffassung ebenfalls in gewisser Weise betrachtet. Entscheidend ist dabei allerdings nicht, ob ein Recht zum Besitz tatsächlich besteht, sondern ob der Verkehr ein solches aufgrund der äußeren Umstände vermutet. Es bleibt konzeptionell bei der Irrelevanz des Rechts zum Besitz für das Bestehen von Besitz. Es wird lediglich berücksichtigt, ob der Verkehr den tatsächlichen Zustand typischerweise als Auswuchs eines dahinterstehenden Rechts – etwa des Eigentums – deuten würde, das nach seiner Art zu einem Besitz berechtigen würde.<sup>46</sup> Begründet wird diese Berücksichtigung einer vermuteten Rechtslage mit der Publizitätsfunktion des Besitzes.<sup>47</sup> Dahinter stehe die Annahme, dass der Verkehr von dem Besitz auf die dahinterstehende Rechtslage schließe. Aufgrund der Publizitätsfunktion werde der Besitz „in den Grenzen der gegebenen Erkenntnismöglichkeiten und Erfahrungen zum Indiz für die Existenz des dahinterstehenden Rechts“.<sup>48</sup>

---

<sup>39</sup> *Eichler*, Institutionen II.1, 10.

<sup>40</sup> *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 21.

<sup>41</sup> *J.F. Baur/Stürmer*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 7, S. 68; *Eichler*, Institutionen II.1, 10; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 10; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 25.

<sup>42</sup> *J.F. Baur/Stürmer*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 7, S. 69; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 10; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 25; *Beurskens*, Privatrechtliche Selbsthilfe, 300 f.

<sup>43</sup> *J.F. Baur/Stürmer*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 6, S. 68; *Eichler*, Institutionen II.1, 10; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 9; *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 24 f.; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 26.

<sup>44</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 5.

<sup>45</sup> *Eichler*, Institutionen II.1, 7; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 5.

<sup>46</sup> *Eichler*, Institutionen II.1, 8 f.; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 11; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 26.

<sup>47</sup> *Eichler*, Institutionen II.1, 8.

<sup>48</sup> *Eichler*, Institutionen II.1, 8.

### 3. Körperliche Sachherrschaft als Kernbereich tatsächlicher Sachherrschaft

Die Verkehrsanschauung führt zu einer normativen Aufladung der Betrachtung der Sachherrschaft. Im Kern bleibt es allerdings bei der Bedeutung der tatsächlichen Ausschluss- oder Einwirkungsmacht. Sie bildet den Ausgangspunkt der Betrachtung aus der Perspektive der Verkehrsanschauung. Gewisse Schwächen der tatsächlichen Ausschluss- oder Einwirkungsmacht bleiben unschädlich für die Annahme von Besitz. Nur flüchtigen Ausschluss- oder Einwirkungsmöglichkeiten wird eine besitzrechtliche Bedeutung verwehrt. Zumindest wenn die Ausschluss- oder Einwirkungsmacht von einer gewissen Mindestdauer ist, begründet sie allerdings eine Besitzposition.

Den Kern der tatsächlichen Sachherrschaft bildet damit in der oben verwendeten Terminologie die körperliche Sachherrschaft, also eine Sachherrschaft, die sich auf die Sache in ihrer Körperlichkeit bezieht und zu körperlichen Einwirkungen auf die Sache befähigt. Die Möglichkeit, körperlich auf die Sache einzuwirken und sie in ihrer Körperlichkeit zu verändern, bedeutet schließlich eine effektive Einwirkungsmöglichkeit, die vielfach auch mit einer effektiven Ausschlussmöglichkeit einhergeht.

## II. Körperlichkeit und besitzrechtliche Bedeutung digitaler Sachherrschaft

Die physische Sachherrschaft zeichnet sich dadurch aus, dass ihr Inhaber unmittelbar auf die Sachsubstanz zugreifen kann. Sie stellt den Standardfall körperlicher Sachherrschaft und damit tatsächlicher Sachherrschaft im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB dar.<sup>49</sup> Auch der Verkehr erkennt die tatsächliche Sachherrschaft des Nutzers an, der das vernetzte Gerät in seinem Herrschaftsbereich aufbewahrt, physisch auf es einwirken und es gebrauchen kann. Physische Sachherrschaft begründet daher grundsätzlich unmittelbaren Besitz. Der Umstand, dass eine weitere Person digitale Sachherrschaft an dem Datenträger haben mag und die Nutzung des Geräts sperren könnte, steht dem Besitz des Nutzers nicht entgegen.

Neben der physischen Sachherrschaft stellt auch die digitale Sachherrschaft eine Form körperlicher Sachherrschaft dar.<sup>50</sup> Die digitale Sachherrschaft beschreibt die Möglichkeit, die in den Speicherzellen eines Datenträgers verkörperte Software zu verändern.<sup>51</sup> Da die Ladungszustände der Speicherzellen die konkrete Körperlichkeit des Datenträgers und damit des Geräts prägen,<sup>52</sup> bedeutet deren Änderung eine körperliche Änderung des Geräts. Wie die physische Sachherrschaft ermöglicht damit auch die digitale Sachherrschaft körperliche Veränderungen an dem Ge-

<sup>49</sup> Vgl. etwa Schäfer, in: MüKo<sup>8</sup>, § 854 BGB Rn. 23; Herrler, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 854 BGB Rn. 3.

<sup>50</sup> Kunz, Ausschluss aus Internetforen, 125 f.; Magnus, Fernkontrolle, 103 f.; vgl. Strobel, NJW 2022, 2361, 2362.

<sup>51</sup> Vgl. zur besitzrechtlichen Bedeutung der Möglichkeit, Daten zu löschen BGH v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094, Rn. 20.

<sup>52</sup> Siehe oben bei S. 94 f. Vgl. Magnus, Fernkontrolle, 103 f.

rät, wenn auch nur sehr bestimmte, nämlich die Änderung der Ladungszustände derjenigen Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, an der digitale Zugriffsrechte bestehen.<sup>53</sup> Das Mittel der Änderung ist digital, die Änderung selbst körperlich. Die digitale Sachherrschaft eröffnet somit eine Herrschaft über die konkrete Körperlichkeit des in dem Gerät integrierten Datenträgers. Wie bei der physischen Sachherrschaft handelt es sich um körperliche Sachherrschaft.

Das informationstechnische System steuert über die Zugriffsrechte die Einwirkungs- und Ausschlussmacht. Nur Inhaber von Zugriffsrechten, die eine Veränderung der verkörperten Software ermöglichen, können auf die verkörperte Software einwirken. Andere Personen sind schon technisch von einer Einwirkung ausgeschlossen. Auch der Verkehr dürfte erkennen, dass der Inhaber digitaler Sachherrschaft Herrschaft über die verkörperte Software innehat und so effektiv auf die Sache einwirken kann. Digitale Sachherrschaft sollte daher wie physische Sachherrschaft als Besitzgrundlage anerkannt werden.<sup>54</sup>

In Bezug auf die Verkörperung von Software in Langzeitdatenträgern (z.B. Festplatte, Flash-Speicher) erfüllt die digitale Sachherrschaft auch das Erfordernis einer gewissen Dauer des Besitzes. Verkörperte Software kann in solchen Datenträgern über längere Zeit unverändert abgespeichert werden. Anders stellt es sich bei Kopien in flüchtigen Datenträgern, insbesondere im Arbeitsspeicher, dar. Solche Kopien sind schon technisch nur auf eine vorübergehende Speicherung angelegt.<sup>55</sup> Eine Sachherrschaft über eine derart flüchtige Verkörperung wäre jedenfalls mangels ausreichender Dauer und Verfestigung nicht besitzrechtlich relevant.<sup>56</sup>

Unproblematisch für eine besitzrechtliche Bedeutung digitaler Sachherrschaft ist, dass der Inhaber der digitalen Sachherrschaft womöglich physisch weit von der Sache entfernt ist und deren genaue Belegenheit nicht kennt. Dies schadet nicht der Effektivität der digitalen Sachherrschaft. Auch stellt es die Anerkennung durch die Verkehrsanschauung nicht infrage. Innerhalb der Logik des informationstechnischen Systems ist der Zugriff schließlich auch aus weiter Ferne ebenso gut möglich wie aus der unmittelbaren Umgebung. Über die IP-Adresse oder vergleichbare

---

<sup>53</sup> *Kunz*, Ausschluss aus Internetforen, 125f.; *Maume*, MMR 2007, 620, 622; *Magnus*, Fernkontrolle, 103f.

<sup>54</sup> Im Ergebnis Ebenso *Magnus*, Fernkontrolle, 103f.; vgl. argumentativ auch *Strobel*, NJW 2022, 2361, 2362. Zur Bedeutung der Zugriffsrechte als Grundlage möglicher Besitzpositionen siehe auch *Kunz*, Ausschluss aus Internetforen, 125f.; *Maume*, MMR 2007, 620, 622f.; *Redeker*, CR 2011, 634, 639; *Spindler*, in: BeckOGK, 1.7.2022, § 823 BGB Rn. 138. Zu Besitz an der Verkörperung von Internetforen als Grundlage eines „virtuellen Hausrechts“: *Maume*, MMR 2007, 620, 622f.; *Ladeur*, MMR 2001, 787, 787f. Kritisch zu „virtuellem Besitz“ an virtuellen Gegenständen aufgrund deren Verkörperung auf einem Datenträger: *Berberich*, Virtuelles Eigentum, 158ff. Ausdrücklich offenlassend, wenn auch eher skeptisch BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 23 f.

<sup>55</sup> Siehe zum technischen Hintergrund bei S. 93 f.

<sup>56</sup> Vgl. *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 7, S. 68; *Eichler*, Institutionen II.1, 10; *Gutzeit*, in: *Staudinger*, 2018, § 854 BGB Rn. 10; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 25.

Funktionen ist das Gerät problemlos digital zu adressieren,<sup>57</sup> selbst wenn dessen körperliche Belegenheit nicht bekannt ist.

Eine Hürde für den Besitz aufgrund digitaler Sachherrschaft könnte es schließlich darstellen, dass der Inhaber digitaler Sachherrschaft in seiner Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache vom Inhaber der physischen Sachherrschaft abhängig ist.<sup>58</sup> Digitale Sachherrschaft wird schließlich verhindert, wenn das Gerät vom Strom- und Datennetz abgetrennt wird oder das Gerät beschädigt oder zerstört wird. Ob es dazu kommt, hat regelmäßig allein der Inhaber der physischen Sachherrschaft in der Hand. Dass der Inhaber digitaler Sachherrschaft in diesem Sinne in seiner Ausübung der Sachherrschaft vom Inhaber der physischen Sachherrschaft abhängig ist, steht einem Besitz jedoch nicht generell entgegen,<sup>59</sup> sondern kann bei der Reichweite des Besitzschutzes berücksichtigt werden.<sup>60</sup> Eine vergleichbare Situation ist aus anderen Besitzkonstellationen bekannt. So steht es beispielsweise dem Besitz eines Bankkunden am Inhalt eines Schließfaches nicht entgegen, dass der Kunde nur dann auf den Inhalt des Schließfaches zugreifen kann, wenn er Zugang zur Bank erhält.<sup>61</sup>

### C. Besitzposition des Anbieters

Erkennt man grundsätzlich sowohl die physische als auch die digitale Sachherrschaft als tatsächliche Sachherrschaft und Grundlage von Besitz an, stellt sich die Frage nach Art und Reichweite der entsprechenden Besitzpositionen. Bezüglich der physischen Sachherrschaft ist die Bestimmung unproblematisch. Es besteht wie bei vergleichbaren analogen Geräten unmittelbarer Besitz. Dass der Inhaber der digitalen Sachherrschaft als weiterer Besitzer auftritt, steht dem Besitz des Inhabers der physischen Sachherrschaft nicht entgegen. Neben den Besitz des Inhabers der physischen Sachherrschaft tritt jedoch ein Mitbesitz des Inhabers der digitalen Sachherrschaft (dazu unter I.).

Die digitale Sachherrschaft begründet allerdings keinen umfassenden Mitbesitz an dem gesamten Gerät. Der Inhaber digitaler Sachherrschaft hat vielmehr lediglich einen Teilmitbesitz im Hinblick auf die Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, an der seine digitalen Zugriffsrechte bestehen. Nur auf diese Speicherzellen erstreckt sich die digitale Sachherrschaft (dazu unter II.). Obwohl der Inhaber der rein digitalen Sachherrschaft in der Ausübung seiner Sachherrschaft vom Inhaber der physischen Sachherrschaft abhängig ist, begründet die digitale

<sup>57</sup> Siehe zum technischen Hintergrund oben bei S. 46.

<sup>58</sup> Vgl. *Magnus*, Fernkontrolle, 104f.

<sup>59</sup> *Magnus*, Fernkontrolle, 104f.

<sup>60</sup> Dazu bei S. 119ff., insb. S. 122ff.

<sup>61</sup> Vgl. *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 5; *K. Müller/Gruber*, Sachenrecht, Rn. 234; *Herrler*, in: *Grüneberg*<sup>81</sup>, § 866 BGB Rn. 2. Siehe dazu ausführlicher unten bei S. 117f.

Sachherrschaft einen unmittelbaren und nicht lediglich einen mittelbaren Teilmitbesitz (dazu unter III.). Die tatsächliche Abhängigkeit des Inhabers digitaler Sachherrschaft prägt allerdings, wie weit der Besitz des Inhabers digitaler Sachherrschaft gegenüber Beeinträchtigungen durch den Inhaber physischer Sachherrschaft geschützt ist.<sup>62</sup>

### I. Mitbesitz von Nutzer und Anbieter

Mitbesitz im Sinne des § 866 BGB zeichnet sich dadurch aus, dass die tatsächliche Herrschaft über die Sache von mehreren Personen aufgrund eines jeweils eigenen Besitzwillens ausgeübt wird.<sup>63</sup> Der Mitbesitz kann jede Besitzform annehmen, also etwa Eigen- oder Fremdbesitz, mittelbaren oder unmittelbaren Besitz sowie Teilbesitz.<sup>64</sup>

Bezüglich der Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, an der digitale Zugriffsrechte bestehen, liegen eine körperlichen Sachherrschaft und ein Besitzwille sowohl des Inhabers der digitalen Sachherrschaft als auch des Inhabers der physischen Sachherrschaft vor.<sup>65</sup> Beide Arten der körperlichen Sachherrschaft stellen die Grundlage von Besitz dar.<sup>66</sup> Ein Mitbesitz ist damit eröffnet.<sup>67</sup> Ob der Nutzer sich des Mitbesitzes des Anbieters bewusst ist, ist unerheblich. Es ist für den Mitbesitz des Anbieters unschädlich, wenn sich der Nutzer fälschlich für den Alleinbesitzer hält.<sup>68</sup>

Der Mitbesitz von Nutzer und Anbieter besteht allerdings nicht immer von Anfang an. Vor allem bei einem kaufähnlichen Erwerb eines vernetzten Geräts, hat der Nutzer zunächst regelmäßig Alleinbesitz inne. Erst indem er das Gerät erstmals in Betrieb nimmt und einrichtet, wird die digitale Sachherrschaft des Anbieters eröffnet und damit dessen Mitbesitz begründet.<sup>69</sup> Bei einem mietähnlichen Erwerb,

<sup>62</sup> Siehe dazu bei S. 123.

<sup>63</sup> Schäfer, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 3 und 9; Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 866 BGB Rn. 3; Wolff, JherJb 44 (1902), 143, 148f.

<sup>64</sup> Schäfer, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 2.

<sup>65</sup> Siehe dazu oben bei S. 108 ff.

<sup>66</sup> Siehe dazu oben bei S. 109 ff.

<sup>67</sup> Magnus, Fernkontrolle, 105 f. und 111; Kunz, Ausschluss aus Internetforen, 125 f.; offenlassend: Maume, MMR 2007, 620, 622. Ausdrücklich offenlassend, wenn auch eher skeptisch BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 23 f.

<sup>68</sup> Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 866 BGB Rn. 3; Schäfer, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 9; Wolff, JherJb 44 (1902), 143, 148f.

<sup>69</sup> Vgl. Magnus, Fernkontrolle, 116, der im Ergebnis die Phase zwischen dem Inverkehrbringen eines konkreten Geräts durch den Hersteller und dessen Inbetriebnahme durch den Nutzer, durch den die digitale Sachherrschaft des Anbieters erstmals begründet wird, als der Natur nach nur vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt i.S.d. § 856 Abs. 2 BGB ansieht und daher einen Besitzverlust des Herstellers ablehnt. Gegen eine nur vorübergehende Verhinderung der Ausübung der Gewalt spricht jedoch bereits, dass sich die Natur der Sachherrschaft des Herstellers und damit die Grundlage des Besitzes wandelt (vor Inverkehrbringen physische Sachherrschaft vs. nach Inbetriebnahme digitale Sachherrschaft).

insbesondere bei Kurzzeitmieten (Carsharing etc.), wird demgegenüber der Anbieter die erste Inbetriebnahme regelmäßig selbst durchführen, sodass die digitale Sachherrschaft unabhängig von einem Nutzerwechsel andauert und der Nutzer nie Alleinbesitz innehat. Für die Existenz des Mitbesitzes ist dieser Unterschied unbeachtlich. Mitbesitz kann zwar durch ein anfängliches gemeinsames Ergreifen der Sachherrschaft begründet werden. Er kann jedoch auch von einem ursprünglichen Alleinbesitzer eingeräumt werden.<sup>70</sup>

Bedeutsam wird diese zeitlich verzögerte Begründung des Mitbesitzes beim kaufähnlichen Erwerb vernetzter Geräte für die Übereignung nach § 929 S. 1 BGB.<sup>71</sup> Die Übergabe im Sinne des § 929 S. 1 BGB fordert schließlich eine vollständige und endgültige Besitzaufgabe seitens des Veräußerers.<sup>72</sup> Allein das Einräumen eines Mitbesitzes des Erwerbers ohne Aufgabe des eigenen Besitzes durch den Veräußerer reicht dafür nicht aus.<sup>73</sup> Selbst wenn der Nutzer das Gerät direkt vom Anbieter erwirbt, sind diese Voraussetzungen jedoch erfüllt. Zunächst erwirbt der Nutzer Alleinbesitz an dem Gerät. Der Anbieter gibt jeden Besitz auf.<sup>74</sup> Wie eben dargestellt wurde, räumt der Nutzer dem Anbieter erst bei der Inbetriebnahme und damit nach der Übergabe mit der digitalen Sachherrschaft einen Mitbesitz ein.

Der Nutzer des Geräts räumt dem Anbieter diese Besitzposition regelmäßig nur ein, weil er das Gerät sonst nicht verwenden kann. Sieht die Produktgestaltung eine digitale Sachherrschaft des Anbieters vor, so ist der Nutzer tatsächlich gezwungen, dem Anbieter diese Position einzuräumen, wenn er das Gerät nutzen möchte. Hier zeigt sich einerseits die bereits erwähnte tatsächliche Abhängigkeit der Ausübung digitaler Sachherrschaft von der Gewährleistung der Anbindung des Geräts an das Strom- und Datennetz durch den Nutzer als Inhaber physischer Sachherrschaft.<sup>75</sup> Andererseits zeigt sich jedoch auch die Abhängigkeit des Nutzers vom Anbieter, deren Umfang der Anbieter im Rahmen der Produktgestaltung vorzeichnet und die der Nutzer zum Gebrauch des Geräts notgedrungen in Kauf nehmen muss.<sup>76</sup>

<sup>70</sup> BGH v. 14.7.1956 – V ZR 223/54, NJW 1956, 1475, 1475; BGH v. 6.4.1973 – V ZR 127/72, BeckRS 1973, 31123527; Schäfer, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 3.

<sup>71</sup> Dazu ebenfalls Magnus, Fernkontrolle, 112ff.; Beurskens, Privatrechtliche Selbsthilfe, 425f.; vgl. auch Lindner, NZM 2021, 665, 670 zu entsprechenden Zweifeln an einer vollständigen Besitzübertragung im Mietrecht aufgrund digitaler Sachherrschaft.

<sup>72</sup> Oechsler, in: MüKo<sup>8</sup>, § 929 BGB Rn. 54.

<sup>73</sup> BGH v. 10.1.1979 – VIII ZR 302/77, NJW 1979, 714, 715.

<sup>74</sup> A.A. Beurskens, Privatrechtliche Selbsthilfe, 425f. der zwar einen Besitzverlust des Anbieters und damit eine Übergabe nach § 929 S. 1 BGB ablehnt, jedoch davon ausgeht, dass der Anbieter dem Erwerber mittelbaren Besitz einräumt (siehe anders unten bei S.115ff.), sodass eine Übereignung nach § 930 BGB möglich wird. Er begründet dies u.a. damit, dass es „[e]in kaum haltbares Ergebnis wäre [...], dauerhaft fortbestehendes (Mit-)Eigentum des Veräußerers eines Geräts anzunehmen“. Ebenfalls a. A. als hier Magnus, Fernkontrolle, 112ff., insb. 122f., der das Vorliegen eines vollständigen Besitzverlustes seitens des Anbieters ablehnt. Stattdessen solle für die Übergabe smarter Produkte i. S. d. § 929 S. 1 BGB eine „Beschränkung der Sachherrschaft auf den Fernzugriff“ ausreichen.

<sup>75</sup> Siehe dazu bei S. 110.

<sup>76</sup> Siehe dazu bei S. 51ff.

## II. Teilbesitz bezüglich Verkörperung der Software

Die Besitzpositionen von Nutzer und Anbieter unterscheiden sich bezüglich ihrer Reichweite. Während der Nutzer als Inhaber physischer Sachherrschaft Besitz am ganzen Gerät hat, zeigt sich, dass der Anbieter aufgrund seiner digitalen Sachherrschaft nur einen Teilbesitz bezüglich der Speicherzellen erhält, in denen die Software verkörpert ist, bezüglich derer seine digitalen Zugriffsrechte bestehen.

### 1. Grundlegende Eignung zum Teilbesitz

Teilbesitz im Sinne des § 865 BGB stellt die Herrschaft über einen realen Teil einer Sache dar.<sup>77</sup> Es muss sich um einen räumlich abgegrenzten Teil einer Sache handeln, an dem eine gesonderte Herrschaft besteht. An einem ideellen Teil einer Sache ist Teilbesitz demgegenüber ausgeschlossen.<sup>78</sup> Insofern unterscheiden sich Besitz und Eigentum: Eigentum an einem realen Teil einer Sache ist ausgeschlossen. Miteigentum kann nur im Hinblick auf einen ideellen Anteil der Sache bestehen.<sup>79</sup>

Regelfall und in § 865 BGB ausdrücklich genanntes Beispiel ist ein Teilbesitz an unbeweglichen Sachen. Doch auch an beweglichen Sachen ist ein Teilbesitz möglich, wenn von der Verkehrsanschauung ein ausreichendes Beherrschungs- und Nutzungsinteresse anerkannt wird.<sup>80</sup> An verkörperter Software dürfte ein solches besonderes Beherrschungs- und Nutzungsinteresse anzunehmen sein. Gerade bei vernetzten Geräten bestehen durchaus legitime Interessen seitens des Anbieters, sich eine digitale Sachherrschaft vorzubehalten. Sie ergeben sich etwa daraus, dass bei verschiedenen Geräten des Internets der Dinge konstruktionsbedingt für die Steuerung der Geräte ein Zugriff durch den Anbieter möglich sein muss. Zudem bestehen mitunter legitime Gründe, warum der Anbieter die Nutzung des vernetzten Geräts durch den Nutzer verhindern möchte.<sup>81</sup>

### 2. Verkörperte Software als abgegrenzter Teil des Geräts

Um teilbesitzfähig zu sein, muss ein Objekt als Teil einer größeren Sache abgegrenzt sein. Eine körperliche Eigenständigkeit gegenüber der restlichen Sache ist nicht erforderlich. Auch eine konzeptionelle Eigenständigkeit muss – anders als für eine eigene Sachqualität – nicht vorliegen. Wesentliche Bestandteile können Objekte des

<sup>77</sup> Gies, in: jurisPK<sup>9</sup>, § 865 BGB Rn. 2; Götz, in: BeckOGK, 1.10.2022, § 865 BGB Rn. 6; Schäfer, in: MüKo<sup>8</sup>, § 865 BGB Rn. 2.

<sup>78</sup> BGH v. 10.11.1982 – V ZR 245/81, NJW 1983, 568, 569; Elzer, in: Erman<sup>16</sup>, vor § 854 BGB Rn. 2 und § 865 BGB Rn. 2; Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 865 BGB Rn. 2; Schäfer, in: MüKo<sup>8</sup>, § 865 BGB Rn. 2.

<sup>79</sup> Aderhold, in: Erman<sup>16</sup>, § 1008 BGB Rn. 2 und 5; Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 1008 BGB Rn. 4; K. Schmidt, in: MüKo<sup>8</sup>, § 1008 BGB Rn. 1.

<sup>80</sup> Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 865 BGB Rn. 6.

<sup>81</sup> Siehe aus tatsächlicher Perspektive oben bei S. 11 ff. sowie aus rechtlicher Perspektive unten bei S. 308 ff.

Teilbesitzes sein.<sup>82</sup> Im Gegensatz zur Abgegrenztheit als Voraussetzung der Sachqualität<sup>83</sup> bedarf es keiner Abgegrenztheit als eigenständige Sache, die nicht Teil einer größeren Sache oder einer Sacheinheit ist.

Bei Software, an der Zugriffsrechte bestehen, ergibt sich die Abgegrenztheit nicht ohne weiteres. Die konkret betroffenen Speicherzellen sind nicht bei einer einfachen Betrachtung mit bloßem Auge abgrenzbar,<sup>84</sup> sondern nur unter Rückgriff auf das informationstechnische System. Der Zusammenhang der betroffenen Speicherzellen sowie die eindeutige Zuordnung der in den Speicherzellen hinterlegten Bits zu einer Datei werden dort durch verschiedene Verfahren, beispielsweise sogenannte File Allocation Tables, sichergestellt.<sup>85</sup> Innerhalb des informationstechnischen Systems ist dadurch die klare Abgrenzung problemlos gegeben. Die klare Identifizierbarkeit und Adressierbarkeit der Speicherzellen ist sogar zwingende Voraussetzung der Funktionsfähigkeit des informationstechnischen Systems. Ein solches System wäre nicht nutzbar, wenn die Speicherzellen und ihre Zustände nicht klar abzugrenzen und zu identifizieren wären.

Dennoch wird teilweise eine Abgegrenztheit für Speicherzellen, in denen Software verkörpert ist, abgelehnt. Begründet wird dies damit, dass die Abgegrenztheit nur innerhalb des informationstechnischen Systems und damit nur unter Rückgriff auf den geistigen Inhalt der Software möglich sei.<sup>86</sup> Gegen diese Bedenken spricht jedoch, dass auch an Oberflächenabschnitten verschiedener Sachen Teilbesitz anerkannt wird, wenn an den Abschnitten ein besonderes Nutzungsinteresse besteht (Außenwand für Werbung,<sup>87</sup> Innenwand für schwarzes Brett oder Parkfläche in einem Innenhof<sup>88</sup>). Auch in diesen Fällen sind technische Mittel für die Abgrenzung der erfassten Flächen erforderlich (z.B. Maßband). Auch dort wird die Abgrenzung technisch auf die Sache projiziert und ergibt sich nicht unmittelbar aus der Natur der Sache selbst.<sup>89</sup> Eine technisch assistierte Abgegrenztheit reicht damit für eine Teilbesitzfähigkeit aus.

Bezüglich der Abgegrenztheit der Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, schadet weiterhin weder, dass verkörperte Software häufig auf dem Daten-

<sup>82</sup> *Elzer*, in: *Erman*<sup>16</sup>, § 865 BGB Rn. 2; *Fritzsche*, in: *BeckOK*, 63. Ed., 1.8.2022, § 865 BGB Rn. 4; *Gutzeit*, in: *Staudinger*, 2018, § 865 BGB Rn. 2; *Schäfer*, in: *MüKo*<sup>8</sup>, § 865 BGB Rn. 3; *Wieling/Finkenauer*, *Sachenrecht – Lehrbuch*<sup>6</sup>, § 2 Rn. 27, S. 35; *Wolff/Raiser*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht*<sup>10</sup>, 24.

<sup>83</sup> Siehe bei S. 85 ff.

<sup>84</sup> Aus diesem Grund eine Abgrenzbarkeit und Teilbesitzfähigkeit ablehnend: *Berberich*, *Virtuelles Eigentum*, 168 f.

<sup>85</sup> *Ernst/Schmidt/Beneken*, *Grundkurs Informatik*<sup>7</sup>, 339; *Fischer/Hofer*, *Lexikon der Informatik*<sup>15</sup>, 319 f.

<sup>86</sup> *Berberich*, *Virtuelles Eigentum*, 169, der eine durch „zwischen geschaltete Softwareebene“ erzeugte Abgrenzung als weite Lösung von der „körperlichen Natur des Sachbegriffes“ sieht und daher einen Teilbesitz ablehnt.

<sup>87</sup> *Götz*, in: *BeckOGK*, 1.10.2022, § 865 BGB Rn. 11; *Gutzeit*, in: *Staudinger*, 2018, § 865 BGB Rn. 4; *Schäfer*, in: *MüKo*<sup>8</sup>, § 865 BGB Rn. 3.

<sup>88</sup> *Schäfer*, in: *MüKo*<sup>8</sup>, § 865 BGB Rn. 3.

<sup>89</sup> Vgl. ebenso bei der Parzellierung der Erdoberfläche in normativ abgegrenzte Sachen: S. 85.

träger umgespeichert, also verschoben wird, noch, dass sie oft in Fragmenten auf dem Datenträger abgelegt ist.<sup>90</sup> Diese Umstände beeinflussen weder den Bestand der Dateien noch die Zugriffsmöglichkeit des Inhabers der digitalen Sachherrschaft. Stattdessen dienen sie der inneren Umstrukturierung des Datenspeichers und der Optimierung seiner Nutzung. Der Inhaber der digitalen Sachherrschaft behält auch nach dem Umspeichern seine Sachherrschaft an der Verkörperung der Software. Innerhalb der Logik des informationstechnischen Systems sind der Speicherort sowie der Zusammenhang der Speicherfragmente zu jedem Zeitpunkt eindeutig bestimmt.

Dank dieser klaren Zuordnung bilden die Speicherzellen, in denen der Programmcode der Datei verkörpert ist, an der digitale Sachherrschaft besteht, gemeinsam einen abgegrenzten Teil des Datenträgers, selbst wenn sich der Programmcode auf mehrere Fragmente verteilt oder wenn sich ändert, in welchen Speicherzellen der Code verkörpert ist. Der Anbieter hat somit Teilmitbesitz an dem vernetzten Gerät im Hinblick auf die Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, an der seine digitalen Sachherrschaft besteht.<sup>91</sup>

### III. Unmittelbarer Besitz des Anbieters trotz tatsächlicher Abhängigkeit

Mehrfach wurde bereits erwähnt, dass der Inhaber digitaler Sachherrschaft in der Ausübung seiner Sachherrschaft vom Inhaber der physischen Sachherrschaft abhängig ist. Letzterer hat schließlich in der Hand, ob er das Gerät an das Strom- und Datennetz anschließt. Diese tatsächliche Abhängigkeit wirft die Frage auf, ob der Inhaber digitaler Sachherrschaft womöglich nur mittelbaren Besitz an dem Gerät innehat. Auch im Hinblick auf einen Teilbesitz sind alle Besitzarten der §§ 854 ff. BGB denkbar, einschließlich eines mittelbaren Besitzes.<sup>92</sup>

#### 1. Mittelbarer Besitz als rechtlich vermittelter Besitz

Der Inhaber der digitalen Sachherrschaft ist in der Ausübung seiner Sachherrschaft vom Inhaber der physischen Sachherrschaft abhängig. Ein unmittelbarer, physischer Zugriff auf den Datenträger ist nicht möglich. Zudem ist die Ausübung der digitalen Sachherrschaft durch das informationstechnische System vermittelt.<sup>93</sup>

<sup>90</sup> Aus diesem Grunde kritisch gegenüber einem Besitzschutz bei Datenbeständen, die fragmentiert über mehrere Server verteilt gespeichert sind und ständigen Änderungen unterliegen: *Spindler*, in: BeckOGK, 1.7.2022, § 823 BGB Rn. 139; *Berberich*, Virtuelles Eigentum, 168 f. Wohl ebenso *Redeker*, CR 2007, 265, 266, der Besitz an „virtuellem“ Speicherplatz“ ablehnt und Besitz an verkörperter Software nur bei Besitz an der ganzen Festplatte annimmt.

<sup>91</sup> Vgl. entsprechend *Maume*, MMR 2007, 620, 622 f.; *Kunz*, Ausschluss aus Internetforen, 125 f.; *Redeker*, CR 2011, 634, 639. Im Ergebnis wohl ebenso *Spindler*, in: BeckOGK, 1.7.2022, § 823 BGB Rn. 138.

<sup>92</sup> Vgl. *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 865 BGB Rn. 2; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 865 BGB Rn. 2.

<sup>93</sup> Für einen mittelbaren Besitz eines Forenbetreibers an der Verkörperung eines Internetforums: *T. Feldmann/Heidrich*, CR 2006, 406, 409.

Genau in diesem Punkt unterscheidet sich – wie dargestellt wurde<sup>94</sup> – die digitale von der physischen Sachherrschaft. Man kann somit in der Tat von einer mittelbaren tatsächlichen Sachherrschaft sprechen. Eine solche mittelbare tatsächliche Sachherrschaft führt indes noch nicht zu einem rechtlich nur mittelbaren Besitz im Sinne des § 868 BGB.

Die mittelbare Natur des mittelbaren Besitzes im Sinne des § 868 BGB bezieht sich nicht auf die tatsächliche Ebene der Sachherrschaft, sondern auf die rechtliche Bewertung der Sachherrschaft des Besitzmittlers und dessen rechtliche Beziehung zum mittelbaren Besitzer.<sup>95</sup> Der mittelbare Besitz setzt mindestens zwei Personen voraus – den Besitzmittler und den mittelbaren Besitzer.<sup>96</sup> Der mittelbare Besitz baut auf der tatsächlichen Sachherrschaft des Besitzmittlers auf<sup>97</sup> und setzt dessen Besitzmittlungswillen voraus.<sup>98</sup> Er wird von diesem geistig und rechtlich, nicht aber tatsächlich vermittelt.<sup>99</sup>

Der Besitzmittler mittelt dem mittelbaren Besitzer den Besitz aufgrund eines Besitzmittlungsverhältnisses.<sup>100</sup> Aus diesem Rechtsverhältnis zwischen Besitzmittler und mittelbarem Besitzer muss sich ein Herausgabeanspruch ergeben. Dieser Anspruch ist nicht nur für das Bestehen des mittelbaren Besitzes, sondern auch zur Bestimmung der Person, die mittelbarer Besitzer ist, entscheidend.<sup>101</sup> Der Herausgabeanspruch ist zunächst Zeichen davon, dass der Besitzer im Sinne des § 868 BGB nur „auf Zeit“ zum Besitz berechtigt ist.<sup>102</sup> Der Herausgabeanspruch verdeutlicht jedoch auch, dass der Besitzmittler sein Besitzrecht vom mittelbaren Besitzer ableitet.<sup>103</sup> Der Besitzmittler muss in Anerkennung dieser abgeleiteten Natur seines Besitzes und des Herausgabeanspruches besitzen wollen (Besitzmittlungswillen).<sup>104</sup> Andernfalls kann kein mittelbarer Besitz bestehen. Dem mittelbaren Besitz wohnt daher ein hierarchisches Element inne.

Bezogen auf den durch die digitale Sachherrschaft begründeten Teilbesitz liegen diese Voraussetzungen eines nur mittelbaren Besitzes nicht vor.<sup>105</sup> Die digitale Sachherrschaft begründet eine eigene tatsächliche Sachherrschaft und nicht ledig-

<sup>94</sup> Siehe oben bei S. 110.

<sup>95</sup> Vgl. zur Definition des mittelbaren Besitzes *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 4, S. 68.

<sup>96</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 868 BGB Rn. 7.

<sup>97</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 869 BGB Rn. 1.

<sup>98</sup> Vgl. *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 868 BGB Rn. 8 ff.

<sup>99</sup> *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 31.

<sup>100</sup> *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 868 BGB Rn. 11; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 868 BGB Rn. 16; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 33.

<sup>101</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 868 BGB Rn. 23, § 870 BGB Rn. 4; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 33 f.

<sup>102</sup> *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 42 ff.; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 868 BGB Rn. 11; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 868 BGB Rn. 17.

<sup>103</sup> *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 37 ff.; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 868 BGB Rn. 21; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 32.

<sup>104</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 868 BGB Rn. 24; *Gierke*, Deutsches Privatrecht II – Sachenrecht, 219.

<sup>105</sup> Ebenso *Berberich*, Virtuelles Eigentum, 166 f.; a. A. *Beurskens*, Privatrechtliche Selbsthilfe, 425 f.

lich eine rechtlich vermittelte Sachherrschaft. Umgekehrt besteht auch kein rechtliches Besitzmittlungsverhältnis oder ein entsprechender Besitzmittlungswillen des Nutzers. Der Anbieter ist als Inhaber digitaler Sachherrschaft daher nicht lediglich mittelbarer, sondern unmittelbarer Besitzer.

Etwas komplexer stellt sich die Besitzlage dar, wenn der Nutzer das Gerät nur mietweise erworben hat und der Anbieter reine digitale Sachherrschaft innehat. In diesem Fall tritt neben den unmittelbaren Teilmitbesitz des Anbieters aufgrund der digitalen Sachherrschaft sein mittelbarer Besitz an dem Gerät als Ganzem aufgrund des Mietverhältnisses. Dass damit neben den Teilmitbesitz aufgrund digitaler Sachherrschaft ein mittelbarer Besitz tritt, steht der unmittelbaren Natur des Teilmitbesitzes nicht entgegen. Ein Zusammentreffen von unmittelbarem und mittelbarem Mitbesitz in einer Person ist bei Ehegatten bekannt, wenn ein Ehegatte Alleineigentümer eines Haushaltsgegenstands ist.<sup>106</sup>

## 2. Bankschließfach als Vergleichspunkt

Die tatsächliche Abhängigkeit des Anbieters bei der Ausübung der digitalen Sachherrschaft legt einen Vergleich zur besitzrechtlichen Behandlung von Inhalten eines Bankschließfachs nahe. Dort ist der Bankkunde beim Zugriff auf den Schließfachinhalt von der Bank abhängig, die ihm den Zugang zum Schließfach gewähren muss.

Die Ähnlichkeit zwischen beiden Sachverhalten besteht zunächst darin, dass zwischen der Herrschaft über das Behältnis – das Schließfach beziehungsweise vernetzte Gerät – und über dessen Inhalt unterschieden werden kann. In beiden Fällen befindet sich das Behältnis dauerhaft und ausschließlich im physischen Herrschaftsbereich des einen Beteiligten – der Bank beziehungsweise dem Nutzer als Inhaber der physischen Sachherrschaft. Sie können de facto darüber entscheiden, ob der jeweils andere Beteiligte – der Bankkunde beziehungsweise der Anbieter als Inhaber der digitalen Sachherrschaft – überhaupt auf das Behältnis zugreifen kann. Verwehrt die Bank den Zugang zu ihren Räumen beziehungsweise trennt der Nutzer das Gerät vom Strom- oder Datennetz, so haben der Kunde beziehungsweise der Anbieter keine Möglichkeit, auf den Inhalt des Behältnisses zuzugreifen. Trotz dieser Abhängigkeit von der Bank wird bezüglich des Inhaltes eines Bankschließfachs ein unmittelbarer Besitz des Kunden angenommen.<sup>107</sup> Entsprechendes sollte auch bei digitaler Sachherrschaft gelten. Die tatsächliche Abhängigkeit beim Zugriff auf eine Sache verhindert in beiden Fällen nicht den unmittelbaren Besitz.

Bei Bankschließfächern wird nach herrschender Meinung nicht nur ein unmittelbarer, sondern sogar ein alleiniger Besitz des Kunden am Inhalt des Schließfaches

<sup>106</sup> Vgl. BGH v. 31.1.1979 – VIII ZR 93/78, NJW 1979, 976, 977.

<sup>107</sup> OLG Düsseldorf v. 17.11.1995 – 7 U 216/94, NJW-RR 1996, 839, 840; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 866 BGB Rn. 14; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 5; *Herrler*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 866 BGB Rn. 2; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 37 Fn. 4.

angenommen.<sup>108</sup> Begründet wird dies damit, dass die Bank jeglichen Zugriff auf den Inhalt des Schließfaches unterlasse,<sup>109</sup> dass die Bank keinen Besitzwillen bezüglich des Inhalts des Schließfaches habe<sup>110</sup> beziehungsweise dass der Mitverschluss durch die Bank der Sicherung des Kunden und nicht einer Herrschaft über den Inhalt des Schließfachs diene.<sup>111</sup> Hier besteht ein entscheidender Unterschied zu digitaler Sachherrschaft. Die Möglichkeit einer Funktionssperre zeigt dies sehr deutlich. Weder Anbieter noch Nutzer lassen die genannte Zurückhaltung erkennen. Keiner von beiden hat daher Alleinbesitz. Sie stellen vielmehr Mitbesitzer bezüglich der Speicherzellen dar, in denen die Software verkörpert ist, an der dem Anbieter digitale Zugriffsrechte zustehen.

#### IV. Zwischenfazit

Insgesamt lässt sich festhalten, dass die digitale Sachherrschaft dem Anbieter einen unmittelbaren Teilmitbesitz an dem vernetzten Gerät im Hinblick auf diejenigen Speicherzellen im Datenträger gewährt, in denen die Software verkörpert ist, auf die sich seine digitalen Zugriffsrechte beziehen.<sup>112</sup> Ein solcher Teilmitbesitz liegt daher immer dann vor, wenn der Anbieter auf digitalem Wege die im Gerät verkörperte Software verändern kann. Dieser Teilmitbesitz des Anbieters trifft mit dem Mitbesitz des Nutzers zusammen, den dieser aufgrund seiner physischen und womöglich digitalen Sachherrschaft innehat. Wird das Gerät mietweise vertrieben, so hat der Anbieter neben dem unmittelbaren Teilmitbesitz zudem mittelbaren Mitbesitz an dem Gerät aufgrund des Mietverhältnisses.

Nur kurz sei darauf hingewiesen, dass diese Erwägungen auch in umgekehrter Perspektive gelten müssen, wenn also der Nutzer digitale Sachherrschaft bezüglich Software innehat, die auf einem Cloud-Server des Anbieters verkörpert ist. Dazu kann es etwa kommen, wenn der Nutzer Software, insbesondere digitale Inhalte, auf den Datenträgern des Servers („in der Cloud“) speichern kann und digitale Zugriffsrechte, insbesondere Schreibrechte, bezüglich dieser von ihm gespeicherten Software erhält. In diesem Fall kann der Nutzer über das Schicksal der verkörperten Dateien entscheiden und erhält damit digitale Sachherrschaft bezüglich der Speicherzellen, in denen diese Software verkörpert ist. Die digitale Sachherrschaft des Nutzers führt dann – entsprechend der digitalen Sachherrschaft des Anbieters

<sup>108</sup> OLG Celle v. 5.10.1926 – 7 U 94/26, JW 1927, 73, 73; OLG Düsseldorf v. 17.11.1995 – 7 U 216/94, NJW-RR 1996, 839, 840; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 866 BGB Rn. 14; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 5; *Herrler*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 866 BGB Rn. 2; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 37 Fn. 4; *K. Müller/Gruber*, Sachenrecht, Rn. 234; vgl. *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 55 Rn. 17, S. 756 f.; a. A. *Werner*, JuS 1980, 175, 175: Mitbesitz.

<sup>109</sup> *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 5; kritisch *Werner*, JuS 1980, 175, 176.

<sup>110</sup> *Herrler*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 866 BGB Rn. 2.

<sup>111</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 854 BGB Rn. 37.

<sup>112</sup> Womöglich in diese Richtung argumentierend *Sander*, WuB 2022, 175, 176. Ebenfalls für einen Mitbesitz: *Magnus*, Fernkontrolle, 365 f.

an der im Gerät verkörperten Software – zu einem Teilmitbesitz des Nutzers am Server des Anbieters im Hinblick auf die Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, an der die Schreibrechte des Nutzers bestehen.<sup>113</sup> Wird der Nutzer dann am Zugriff auf diese Software gehindert oder wird sie gelöscht, so kann dies – neben etwaigen vertraglichen Ansprüchen – zu Ansprüchen des Nutzers aufgrund einer Beeinträchtigung seines Besitzes führen.<sup>114</sup>

#### D. Einschränkung des possessorischen Besitzschutzes

In der Literatur wird verbreitet angenommen, dass eine Softwaresperre durch den Anbieter eines vernetzten Geräts eine verbotene Eigenmacht darstelle, die possessorische Besitzschutzansprüche des Nutzers eröffne.<sup>115</sup> Sofern der Anbieter digitale Sachherrschaft und damit – nach hier vertretener Ansicht – Teilmitbesitz an dem Gerät innehat, stehen einem possessorischen Besitzschutz jedoch erhebliche Hürden entgegen.

Wie umfangreich unterschiedliche Personen eine Sache nutzen dürfen, die sich in ihrem Mitbesitz befindet, lässt sich regelmäßig nicht ohne Rückgriff auf das Rechtsverhältnis zwischen den Mitbesitzern bestimmen. Ein Schutz der Mitbesitzer untereinander konfligiert daher mit dem Grundgedanken des possessorischen Besitzschutzes, die dem Besitz zugrundeliegende Rechtslage nicht zu berücksichtigen (vgl. § 863 BGB).<sup>116</sup> Gemäß § 866 BGB findet unter Mitbesitzern dementsprechend „ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt.“ Im Folgenden wird dargestellt, wie sich diese Einschränkung auf den possessorischen Besitzschutz<sup>117</sup> zwischen Nutzer und Anbieter in den Fällen auswirkt, in denen der Anbieter Teilmitbesitz aufgrund digita-

<sup>113</sup> Kunz, Ausschluss aus Internetforen, 125 f.: „vollwertige Besitzposition“; im Ergebnis wohl ebenso Spindler, in: BeckOGK, 1.7.2022, § 823 BGB Rn. 138; vgl. entsprechend Maume, MMR 2007, 620, 622 f.; vgl. auch Berberich, Virtuelles Eigentum, 167 ff., der jedoch wegen Zweifeln an der Abgrenzbarkeit verkörperter Datenbestände einen Teilbesitz ablehnt; vgl. auch Redeker, CR 2011, 634, 639.

<sup>114</sup> Befindet sich der Server des Anbieters im Ausland, richten sich allerdings die Fragen der Existenz und Reichweite einer sachenrechtlichen Schutzposition des Nutzers nach dem Recht des Belegenheitsorts des Servers als sog. *lex rei sitae*, vgl. Art. 43 EGBGB. Bezüglich eines sachenrechtlichen Schutzes vor Funktionssperren des vernetzten Geräts, kommt es demgegenüber bei inländischer Belegenheit des Geräts zur Anwendung deutschen Sachenrechts.

<sup>115</sup> Siehe zur Meinungsstand oben bei S. 22 ff.

<sup>116</sup> BGH v. 26.3.1974 – VI ZR 103/72, NJW 1974, 1189, 1191; Protokolle, 3361 f. = Mugdan, Materialien III, 510; Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 866 BGB Rn. 25; Schäfer, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 13; Wieling, Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen<sup>2</sup>, § 5 IV 6. e), S. 223; Wolff/Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 64; Wolff, JherJb 44 (1902), 143, 172 ff.; J. F. Baur/Stürner, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 83, S. 87; Wendt, AcP 74 (1889), 135, 167 f.

<sup>117</sup> Siehe dazu, inwiefern Funktionssperren Besitz beziehungsweise Eigentum des Nutzers beeinträchtigen unten ab S. 159.

ler Sachherrschaft innehat.<sup>118</sup> Von § 866 BGB unbetroffen bleibt der possessorische Besitzschutz, wenn der Anbieter keine digitale Sachherrschaft und damit keinen Teilmitbesitz innehat oder wenn die Beeinträchtigung durch eine dritte Person, etwa einen Hacker erfolgt.

### *I. Ausschluss des possessorischen Besitzschutzes nach § 866 BGB*

Wie weit § 866 BGB den possessorischen Besitzschutzes ausschließt, wird pointiert dahingehend paraphrasiert, dass zwischen Mitbesitzern ein possessorischer Schutz vor einer Besitzentziehung, nicht jedoch einer Besitzstörung möglich bleibt.<sup>119</sup> Zwischen den Merkmalen der Besitzentziehung und Besitzstörung besteht jedoch ein quantitativer und kein qualitativer Unterschied<sup>120</sup> – weshalb in dieser Arbeit auch einheitlich von dem Merkmal der Besitzbeeinträchtigung gesprochen wird.<sup>121</sup> Die Verknappung des § 866 BGB auf die Formel, dass der possessorische Schutz nur vor Besitzstörungen ausgeschlossen wird, ist daher zwar zur Orientierung hilfreich, greift jedoch zu kurz, um den Ausschluss des possessorischen Besitzschutzes abschließend zu konturieren.

Dass die Differenzierung zwischen Besitzstörung und -entziehung nur eingeschränkt hilft, zeigt sich, wenn betont wird, dass ein Schutz gegenüber einer Besitzstörung trotz § 866 BGB möglich bleibe, wenn der Mitbesitzer durch die Störung faktisch vom Gebrauch der Sache ausgeschlossen werde und die Störung damit einer Besitzentziehung gleichkomme.<sup>122</sup> Diese Klarstellung fußt einerseits auf der Prämisse, dass Besitzstörung und -entziehung klar abzugrenzende, diskrete Kategorien darstellen, stellt andererseits diese Prämisse durch die Gleichstellung einer besonders invasiven Besitzstörung mit einer Besitzentziehung jedoch selbst infrage.

Aus der Perspektive seines Regelungszwecks<sup>123</sup> lässt sich § 866 BGB derart verstehen, dass ein possessorischer Rechtschutz nur eröffnet sein soll, wenn man ohne Kenntnis des Rechtsverhältnisses zwischen den Mitbesitzern davon ausgehen kann,

<sup>118</sup> I.E. a. A. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 116 ff.

<sup>119</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 866 BGB Rn. 25; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 13; BGH v. 14.1.1959 – V ZR 82/57, NJW 1959, 1364, 1365; vgl. *J.F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 83, S. 87. Vgl. BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 23 f.

<sup>120</sup> Vgl. BGH v. 23.11.2007 – LwZR 5/07, NJW 2008, 580, Rn. 12; *Herrler*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 858 BGB Rn. 3; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 14: Besitzstörung als „jede Beeinträchtigung des Besitzes, die [...] nicht Entziehung ist.“ Im Ergebnis ebenso *Wieling*, Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen<sup>2</sup>, § 5 II. 2. a), S. 188.

<sup>121</sup> Siehe unten bei S. 142 ff.

<sup>122</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 866 BGB Rn. 25; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 13.

<sup>123</sup> Vgl. dazu BGH v. 26.3.1974 – VI ZR 103/72, NJW 1974, 1189, 1191; Protokolle, 3361 f. = Mugdan, Materialien III, 510; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 866 BGB Rn. 25; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 13; *Wieling*, Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen<sup>2</sup>, § 5 IV 6. e), S. 223; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 64; *Wolff*, JherJb 44 (1902), 143, 172 ff.; *J.F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 7 Rn. 83, S. 87; *Wendt*, AcP 74 (1889), 135, 167 f.; *Strobel*, NJW 2022, 2361, 2362 f.

dass eine Beeinträchtigung des Mitbesitzes vorliegt und es somit nicht lediglich um die Grenzen des Gebrauchs geht, der den Mitbesitzern jeweils zusteht.<sup>124</sup> Dies wird der Fall sein, wenn die Beeinträchtigung so weitreichend ist, dass sie den Fortbestand der tatsächlichen Sachherrschaft des Mitbesitzers so grundlegend infrage stellt, dass man nicht mehr von einem Mitbesitz ausgehen kann. So etwa, wenn dem Mitbesitzer jegliche Gebrauchs- oder Einwirkungsmöglichkeiten, die ihm vorher offenstanden, umfassend vorenthalten werden oder ihm die Sache durch eine Wegnahme dauerhaft entzogen wird.<sup>125</sup>

Selbst bei einer Wegnahme der Sache dürfte der possessorische Besitzschutz unter den Mitbesitzern jedoch nicht per se eröffnet sein. Zumindest, wenn es sich um eine nur vorübergehende Wegnahme handelt oder diese den Teil eines vom Verkehr anerkannten typischen Gebrauchs der Sache bildet, dürfte die vorübergehende Entziehung der physischen Zugriffsmöglichkeit lediglich „die Grenzen des den einzelnen [Mitbesitzern] zustehenden Gebrauchs“ betreffen, sodass nach § 866 BGB ein possessorischer Besitzschutz ausgeschlossen und der Betroffene auf petitorischen Rechtsschutz verwiesen ist.

§ 866 BGB sperrt nicht allein die Besitzschutzansprüche der §§ 861 ff. BGB, sondern wirkt sich auch im Schadensersatzrecht aus. Dabei ist zu differenzieren.<sup>126</sup> Ausgeschlossen ist ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 858 BGB, soweit dieser – wegen der Isolierung des possessorischen Rechtsschutzes vor dem petitorischen Verhältnis – zu einem Schadensersatzanspruch führen könnte, ohne dass ein mögliches Besitzrecht des schädigenden Mitbesitzers geprüft würde.<sup>127</sup> Ein Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB aufgrund einer Besitzbeeinträchtigung ist demgegenüber unproblematisch weiter eröffnet, da ein solcher mit der Prüfung eines möglichen Besitzrechts des schädigenden Mitbesitzers einhergeht.<sup>128</sup> Unberührt bleibt von § 866 BGB auch der petitorische Besitzschutz sowie sonstige Schadensersatzansprüche. Sie sind auch zwischen Mitbesitzern möglich,<sup>129</sup>

<sup>124</sup> Vgl. Schäfer, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 13; Magnus, Fernkontrolle, 299.

<sup>125</sup> Vgl. OLG Köln v. 6.10.1977 – 18 U 100/77, MDR 1978, 405; LG Köln v. 26.9.2018 – 13 S 162/17, BeckRS 2018, 27150, Rn. 7.

<sup>126</sup> BGH v. 26.3.1974 – VI ZR 103/72, NJW 1974, 1189, 1190; Wieling, Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen<sup>2</sup>, § 5 IV 6. e), S. 223; Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 861 BGB Rn. 30.

<sup>127</sup> BGH v. 26.3.1974 – VI ZR 103/72, NJW 1974, 1189, 1190f.; Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 861 BGB Rn. 30; J. F. Baur/Stürner, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 9 Rn. 36, S. 102; vgl. BGH v. 21.4.1960 – II ZR 21/58, NJW 1960, 1201, 1204.

<sup>128</sup> BGH v. 26.3.1974 – VI ZR 103/72, NJW 1974, 1189, 1190f.; Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 861 BGB Rn. 30; Wieling, Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen<sup>2</sup>, § 5 IV 6. e), S. 223; J. F. Baur/Stürner, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 9 Rn. 36, S. 102; a. A. Medicus, AcP 165 (1965), 115, 139; Wieser, JuS 1970, 557, 560f.

<sup>129</sup> BGH v. 26.3.1974 – VI ZR 103/72, NJW 1974, 1189, 1191; Schäfer, in: MüKo<sup>8</sup>, § 866 BGB Rn. 13; Gutzeit, in: Staudinger, 2018, § 861 BGB Rn. 30, § 866 BGB Rn. 27; Herrler, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 866 BGB Rn. 4; Wieling, Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen<sup>2</sup>, § 5 IV 6. e), S. 223; Wieser, JuS 1970, 557, 260f.; a. A. Medicus, AcP 165 (1965), 115, 139.

scheiden jedoch aus, sofern sich die entsprechende Beeinträchtigung der Rechtspositionen des Nutzers als rechtmäßig herausstellt.<sup>130</sup>

## II. Ausschluss des possessorischen Besitzschutzes bei vernetzten Geräten

Bei vernetzten Geräten schließt § 866 BGB weitgehend einen possessorischen Besitzschutz aus – sowohl zugunsten des Nutzers (dazu bei 1.) als auch zugunsten des Anbieters (dazu bei 2.).

### 1. Besitzschutz zugunsten des Nutzers

§ 866 BGB verhindert meist einen possessorischen Besitzschutz zugunsten des Nutzers in den Fällen, in denen der Anbieter, der digitale Sachherrschaft und damit Teilmitbesitz an dem Gerät innehat, die Funktion des Geräts sperrt.<sup>131</sup> Nur selten dürfte der Entzug der Gebrauchsmöglichkeiten durch eine Funktionssperre so umfassend sein, dass trotz § 866 BGB ein possessorischer Besitzschutz eröffnet wäre. Solange dem Nutzer der physische Zugriff auf die Sache bleibt, sind meist noch gewisse Gebrauchsmöglichkeiten der Sache eröffnet.<sup>132</sup> Die Softwaresperre wird dann regelmäßig den Mitbesitz des Nutzers nicht umfassend infrage stellen, sondern lediglich „die Grenzen des den einzelnen [Mitbesitzern] zustehenden Gebrauchs“ im Sinne des § 866 BGB betreffen.

Selbst wenn der Nutzer die softwarebasierten Funktionen des Geräts nicht mehr nutzen kann, behält er dennoch seine physische Sachherrschaft und kann die Gebrauchsmöglichkeiten, die nicht softwarebasiert sind, weiter nutzen.<sup>133</sup> Insbesondere bei vernetzten Geräten, die analogen Geräten ähneln und deren Funktionen lediglich erweitern, ist ein possessorischer Besitzschutz gegen eine Softwaresperre damit wohl generell ausgeschlossen. Als Beispiel kann hier ein vernetzter Kühlschrank oder eine vernetzte Fertigungsanlage genannt werden, bei denen die Kühlung beziehungsweise die Fertigung auch ohne softwarebasierte Zusatzfunktionen weiter möglich bleiben. Doch auch bei sonstigen vernetzten Geräten, die keine derart umfangreichen analogen Gebrauchsmöglichkeiten behalten, dürfte aufgrund der verbleibenden physischen Sachherrschaft des Nutzers ein possessorischer Besitzschutz grundsätzlich ausscheiden.

Anders mag es sich ausnahmsweise bei umfassenden Softwaresperren von Geräten darstellen, deren Gebrauch sich gänzlich in softwarebasierten Funktionen er-

<sup>130</sup> Siehe zu der Rechtmäßigkeit möglicher Beeinträchtigungen von Besitz oder Eigentum des Nutzers unten ab S.273.

<sup>131</sup> Im Ergebnis ebenso *Magnus*, Fernkontrolle, 207 f.; im Ergebnis ähnlich (keine Besitzbeeinträchtigung „von innen“): *Fries*, NJW 2019, 901, 905; vgl. dazu OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 361 Rn. 39; siehe dazu S. 186 f.; vgl. auch *Strobel*, NJW 2022, 2361, 2362; BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 23 f.

<sup>132</sup> Vgl. BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 23 f.

<sup>133</sup> *Magnus*, Fernkontrolle, 208 f.

schöpft. So etwa bei klassischen digitalen Endgeräten wie einem Smartphone oder bei einer Smart Home-Basisstation. Bei einer Softwaresperre verbleiben dem Nutzer solcher Geräte keinerlei sinnvolle Gebrauchsmöglichkeiten.<sup>134</sup> Ein possessorischer Besitzschutz erscheint bei solchen Geräten bei einer umfassenden Softwaresperre trotz eines Mitbesitzes des Anbieters daher möglich.<sup>135</sup> Allerdings dürfte auch in diesem Fall ein possessorischer Besitzschutz ausscheiden, wenn die Softwaresperre einen Teil des vom Verkehr anerkannten typischen Gebrauchs des Geräts durch die Mitbesitzer darstellt. Dies wird etwa der Fall sein, wenn die Software vorübergehend gesperrt wird, weil ein Update durchgeführt wird oder weil eine Lücke in der IT-Sicherheit entdeckt wurde.

## 2. Besitzschutz zugunsten des Anbieters

Auch der possessorische Besitzschutz zugunsten des Anbieters wird durch § 866 BGB stark eingeschränkt.<sup>136</sup> Relevant ist dies insbesondere im Hinblick auf die bereits erwähnte Abhängigkeit der digitalen Sachherrschaft von der Anbindung des Geräts an das Strom- und Datennetz.<sup>137</sup> Trennt der Nutzer das Gerät von den genannten Netzen, kann der Anbieter seine digitale Sachherrschaft nicht mehr ausüben. Dass ein Nutzer ein vernetztes Gerät zwischenzeitlich vom Strom- und Datennetz abtrennt, ist allerdings ein gewöhnlicher und vom Verkehr akzeptierter Vorgang. Man kann nicht pauschale davon ausgehen, dass der Nutzer dadurch den ihm zustehenden Gebrauch zulasten des Anbieters überschreitet. Wie bereits oben dargestellt wurde, ist der Teilmitbesitz vielmehr stets durch die Anbindung an das Strom- und Datennetz bedingt. Ob es im Einzelfall für den Nutzer unzulässig ist, diese Netzanbindung zu unterbrechen, stellt eine Frage der Grenze des dem Nutzer zustehenden Gebrauchs dar. Als solche ist sie vom possessorischen Besitzschutz nach § 866 BGB ausgeschlossen.

Man könnte in diesen Fällen sogar bereits anzweifeln, ob überhaupt eine Besitzbeeinträchtigung vorliegt. Zumindest, wenn der Nutzer das Gerät nur vorübergehend vom Strom- und Datennetz trennt und solange eine digitale Sachherrschaft bei einer erneuten Verbindung mit diesen Netzen wieder begründet wird, erscheint es naheliegend, dass die Trennung des Geräts vom Strom- und Datennetz aus der Sicht der Verkehrsanschauung so gewöhnlich ist für den Gebrauch eines vernetzten Geräts, dass der Teilmitbesitz des Anbieters dadurch nicht infrage gestellt wird, sondern es sich lediglich um eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der digitalen Sachherrschaft im Sinne des § 856 Abs. 2 BGB handelt.

---

<sup>134</sup> Siehe zur Konkretisierung der Gebrauchsbestimmung einer Sache unten bei S. 179 ff.

<sup>135</sup> Siehe zum Ausschluss eines possessorischen Besitzschutzes aufgrund einer gesetzlichen Gestattung der Besitzbeeinträchtigung im Sinne des § 858 Abs. 1 BGB bei S. 356.

<sup>136</sup> *Magnus*, Fernkontrolle, 299 f.

<sup>137</sup> Siehe bei S. 110 und S. 115 ff.

### III. Abgleich mit Zwecken des possessorischen Besitzschutzes

Der hier vertretene, weitgehende Ausschluss eines possessorischen Besitzschutzes beschränkt den Rechtsschutz des Nutzers und steht im Widerspruch zu Teilen der bisherigen Literatur.<sup>138</sup> Als Kontrollüberlegung soll daher untersucht werden, ob der weitgehende Ausschluss possessorischen Besitzschutzes bei digitaler Sachherrschaft mit dem Regelungszweck des possessorischen Rechtsschutzes vereinbar ist.<sup>139</sup>

Auch vor diesem Hintergrund überzeugt das gefundene Ergebnis. Zumindest nach der herrschenden Ansicht dient der possessorische Besitzschutz dem Schutz vor einer Gewalteskalation beim Zugriff auf die Sache, die hier nicht zu befürchten ist (dazu unter 1.). Andere Schutzzwecke, die zur Begründung des possessorischen Besitzschutzes angeführt werden, mögen zwar grundsätzlich auch bei einer Blockade der Funktion eines vernetzten Geräts betroffen sein. Sie fordern indes nicht notwendigerweise einen possessorischen Besitzschutz bei vernetzten Geräten (dazu unter 2.).

#### 1. Possessorischer Besitzschutz als Friedensschutz

Überwiegend<sup>140</sup> wird davon ausgegangen, dass der possessorische Besitzschutz den Zweck verfolgt, im öffentlichen Interesse den allgemeinen Rechtsfrieden zu wahren.<sup>141</sup> Er verhindert Selbstjustiz und das damit einhergehende Risiko einer Gewalteskalation. Rechtssuchende werden auf den Rechtsweg verwiesen,<sup>142</sup> der nicht umgangen werden soll.<sup>143</sup>

Droht keine Gewalteskalation, ist nach diesem Ansatz kein possessorischer Besitzschutz erforderlich.<sup>144</sup> So stellt es sich bei vernetzten Geräten dar: Bei Funktionssperren erfolgt der Zugriff aus der Ferne.<sup>145</sup> Selbst, wenn er dies wollte, könnte

<sup>138</sup> Siehe zum Meinungsstand bei S. 21 ff.

<sup>139</sup> Siehe zum Zweck des Besitzschutzes bspw. *Eichler*, Institutionen II.1, 1 ff. Fn. 2; *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 11 ff. sowie 485 ff.; *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 109 ff.; *von Savigny*, Recht des Besitzes<sup>6</sup>, 40 ff.; *Medicus*, AcP 165 (1965), 115, 118 f.; *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz, 32 ff.; *Wieling*, Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen<sup>2</sup>, § 3 III., S. 135 ff.; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 52 ff. sowie dort insb. Fn. 1.

<sup>140</sup> Entsprechende Charakterisierung des Meinungsstandes: *J. F. Baur/Stürmer*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 9 Rn. 9, S. 95; *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz, 37.

<sup>141</sup> Siehe beispielhaft BGH v. 23.2.1979 – V ZR 133/76, NJW 1979, 1359, 1360; *Medicus*, AcP 165 (1965), 115, 118 f.; Besitz und Besitzschutz, 40; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 52 f.; *Sokolowski*, Der Besitz im klassischen Recht, 237 f.; vgl. *Eichler*, Institutionen II.1, 1 ff. Fn. 2: geschützt sei nicht der allgemeine Rechtsfrieden, sondern der „Friede, den die Sphäre des Eigentums verbreitet“; *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 89; vgl. *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 769; vgl. *Klever*, in: Beyer u.a. (Hrsg.), Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019, 379, 381; *Schmid/Rottmann*, JuS 2020, 849, 850.

<sup>142</sup> *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 52 f.

<sup>143</sup> *Medicus*, AcP 165 (1965), 115, 119.

<sup>144</sup> Siehe zu Funktionssperren als etwaige unzulässige Akte der privaten Selbsthilfe bzw. privaten Rechtsdurchsetzung unten bei S. 320 ff.

<sup>145</sup> Vgl. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 101; *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 777; *Klever*, in: Beyer

sich der Nutzer nicht mit Gewalt gegen den Anbieter zur Wehr setzen. Das Risiko der Eskalation physischer Gewalt<sup>146</sup> ist ausgeschlossen.<sup>147</sup>

## 2. Weitere Begründungsansätze

Mitunter wurde vertreten, dass der Besitzschutz das hinter dem Besitz stehende Eigentum schütze.<sup>148</sup> Der Besitzer sei meist Eigentümer, der Besitz sichtbares Eigentum.<sup>149</sup> Gegen diesen Ansatz spricht indes deutlich, dass Eigentum und Besitz häufig auseinanderfallen.<sup>150</sup> Außerdem erklärt der Ansatz nicht, warum auch ein unrechtmäßiger Besitzer vom possessorischen Besitzschutz geschützt ist.<sup>151</sup>

Teilweise wird auch der Schutz der Persönlichkeit und des Willens des Besitzers als Grund für den Besitzschutz angesehen.<sup>152</sup> Dagegen wird vorgebracht, dass auch andere Vermögensrechte, wie etwa Ansprüche aus dem Eigentum, als Persönlichkeitsschutz verstanden werden können.<sup>153</sup> Diese Erklärung des Besitzschutzes verliert damit Distinktionskraft.

Ein weiterer Ansatz erklärt den possessorischen Besitzschutz mit dem privaten Interesse des Besitzers an der Kontinuität seiner Lebensverhältnisse.<sup>154</sup> Geschützt sei der Organisationswert des Besitzes und die Erwartung des Besitzers, dass die Sache weiter bei ihm vorhanden sei und er sie nutzen könne.<sup>155</sup> Der Ansatz rückt die wirtschaftlichen Interessen des Besitzers in den Vordergrund.<sup>156</sup> Er wendet sich damit gegen die Überlegung der Friedenstheorie, dass allein das öffentliche Interesse am Rechtsfrieden geschützt sei.<sup>157</sup> Auch dieser Ansatz mag eine plausible Erklärung für den Besitzschutz liefern. Das wohl entscheidende Spezifikum des posses-

---

u.a. (Hrsg.), *Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019*, 379, 382; *Beurskens*, *Privatrechtliche Selbsthilfe*, 345 f.

<sup>146</sup> Sieht man den Fokus des Friedensschutzes eher in der Verweisung auf den Rechtsweg und weniger auf der Vermeidung einer Eskalation physischer Gewalt, stellt sich das im Folgenden dargestellte Problem, dass ein solcher Ansatz zwar erklären kann, wenn ein possessorischer Besitzschutz gewährt wird. Er ermöglicht jedoch keine Abgrenzung, wie weitreichend einer solcher Besitzschutz zu gewähren ist.

<sup>147</sup> Vgl. *Beurskens*, *Privatrechtliche Selbsthilfe*, 345 f.

<sup>148</sup> *von Jhering*, *JherJb* 32 (1893), 41, 58 f.; *von Tigerström*, *AcP* 22 (1839), 31, 38 f.

<sup>149</sup> *von Jhering*, *JherJb* 32 (1893), 41, 58 f.

<sup>150</sup> *Kuschel*, *AcP* 220 (2020), 98, 110; vgl. *Müller-Erzbach*, *AcP* 142 (1936), 5, 11.

<sup>151</sup> *Heck*, *Grundriß des Sachenrechts*, 488; *Sosnitza*, *Besitz und Besitzschutz*, 38.

<sup>152</sup> *von Savigny*, *Recht des Besitzes*<sup>6</sup>, 40; *Wieling*, *Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*<sup>2</sup>, § 3 III. b), S. 137 und § 5 I., S. 183 f.; *Wieling/Finkenauer*, *Sachenrecht – Lehrbuch*<sup>6</sup>, § 3 Rn. 7, S. 55 f.; *Wieling*, in: *FS Lübtow*, 565, 569 ff.; kritisch *Wolff/Raiser*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht*<sup>10</sup>, 52 f. Fn. 1: „unhaltbare“ Meinung.

<sup>153</sup> *Sosnitza*, *Besitz und Besitzschutz*, 39; *Heck*, *Grundriß des Sachenrechts*, 488; vgl. auch *Eichler*, *Institutionen II.1*, 2 Fn. 2; siehe jedoch *Wieling/Finkenauer*, *Sachenrecht – Lehrbuch*<sup>6</sup>, § 3 Rn. 7, S. 55 f.

<sup>154</sup> *Heck*, *Grundriß des Sachenrechts*, 13; *Müller-Erzbach*, *AcP* 142 (1936), 5, 13 ff.; *J. F. Baur/Stürner*, *Sachenrecht*<sup>18</sup>, § 9 Rn. 9, S. 95.

<sup>155</sup> *Heck*, *Grundriß des Sachenrechts*, 13.

<sup>156</sup> *Müller-Erzbach*, *AcP* 142 (1936), 5, 15; *Kuschel*, *AcP* 220 (2020), 98, 113.

<sup>157</sup> *Heck*, *Grundriß des Sachenrechts*, 13; *Müller-Erzbach*, *AcP* 142 (1936), 5, 13 ff.; *J. F. Baur/Stürner*, *Sachenrecht*<sup>18</sup>, § 9 Rn. 9, S. 95.

essorischen Besitzschutzes – der Schutz des rechtsgrundlosen Besitzers – wird dabei laut Kritikern allerdings nicht überzeugend begründet.<sup>158</sup> Darüber hinaus bleibt unklar, warum gerade beim Besitz und nicht bei anderen Rechtsinstituten die Kontinuität besonders geschützt werde.<sup>159</sup> Die Kontinuität sei als eigener Wert nicht schlechterdings schutzwürdig.<sup>160</sup>

Unabhängig von ihrer jeweiligen Überzeugungskraft ist diesen Ansätzen gemein, dass sie zwar in den meisten Situationen, in denen ein Besitzschutz gewährt wird, erklären können, warum ein solcher Schutz berechtigt erscheint. Sie ermöglichen jedoch keine Abgrenzung, wann Besitzschutz gewährt werden soll. Die Ansätze haben nur erklärende Bedeutung und ermöglichen keine normativen Aussagen über die Reichweite des Besitzschutzes. Dass der possessorische Besitzschutz mittelbar die Persönlichkeit oder das Kontinuitätsinteresse des Besitzers schützen mag, erklärt nicht, wann die Persönlichkeit oder das Kontinuitätsinteresse des Besitzers durch Besitzschutz verteidigt werden sollten.

Entsprechend stellt es sich im Rahmen des Ansatzes dar, der possessorischen Besitzschutz als Friedensschutz versteht, wenn der Fokus dieses Friedensschutzes eher in der Verweisung auf den Rechtsweg und weniger in der Vermeidung einer Eskalation physischer Gewalt gesehen wird. Da auch das Bürgerliche Recht in gewissem Umfang private Rechtsdurchsetzung ermöglicht,<sup>161</sup> kann ein solches Verständnis des Friedensschutzes nicht erklären, wann eine private Rechtsdurchsetzung möglich bleibt und wann sie durch possessorischen Besitzschutz verhindert werden soll.

### 3. Zwischenfazit

Es steht mit den verschiedenen Erklärungsansätzen des possessorischen Besitzschutzes nicht im Widerspruch, dass ein possessorischer Besitzschutz des Nutzers weitgehend ausgeschlossen ist, wenn der Anbieter digitale Sachherrschaft und damit Teilmitbesitz am Gerät innehat. Umgekehrt wäre es allerdings auch mit den Erklärungsansätzen vereinbar, wenn in diesen Fällen ein possessorischer Besitzschutz gewährt würde.<sup>162</sup> Eine Antwort auf die Frage nach der Reichweite des Besitzschutzes lässt sich den Ansätzen nicht sinnvoll entnehmen. Sie ist vielmehr in der vorgelagerten Frage nach dem Zuweisungsgehalt des Besitzes zu suchen.<sup>163</sup>

<sup>158</sup> *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz, 39 f.; *Wieling*, Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen<sup>2</sup>, § 3 III. b), S. 137; *Wieling*, in: FS Lübtow, 565, 575 f.; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 52 f. Fn. 1; vgl. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 114; vgl. *Heck*, Grundriß des Sachenrechts, 13, der soweit ersichtlich behauptet, dass der Schaden, der sich aus einer Störung der Kontinuität ergibt vermieden werden solle „bis das Vorliegen eines besseren Rechts [...] durch Richterspruch festgestellt ist.“

<sup>159</sup> *Eichler*, Institutionen II.1, 2 Fn. 2.

<sup>160</sup> *Medicus*, AcP 165 (1965), 115, 119.

<sup>161</sup> Siehe dazu bei S. 320 ff.

<sup>162</sup> So *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 115 ff.

<sup>163</sup> Siehe dazu ab S. 159; vgl. *Kalin*, ZfPW 2019, 436, 444 f.

## Kapitel 3

### Fazit

Bei vernetzten Geräten kann neben die physische Sachherrschaft des Nutzers eine digitale Sachherrschaft des Anbieters treten. Konkretisiert wird die digitale Sachherrschaft durch informationstechnische Zugriffsrechte,<sup>1</sup> konkret durch Schreib- oder Administratorenrechte, die ihrem Inhaber die technisch abgesicherte Möglichkeit einräumen, die Ladungszustände von Speicherzellen zu verändern, in denen die Software verkörpert ist, auf die sich die Zugriffsrechte beziehen. Da sich die unterschiedlichen Ladungszustände der Speicherzellen körperlich manifestieren, stellt die digitale Sachherrschaft wie auch die physische Sachherrschaft eine körperliche Form der Sachherrschaft dar und damit tatsächliche Sachherrschaft, die im Sinne des § 854 Abs. 1 BGB Besitz an dem Gerät begründet, wenn auch die verkörperte Software keine eigene Sachqualität genießt und somit kein eigenständiges Besitzobjekt sein kann. Der Inhaber der digitalen Sachherrschaft hat Teilmitbesitz an dem vernetzten Gerät im Hinblick auf die Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, an der seine Zugriffsrechte bestehen. Sein Mitbesitz tritt neben den Mitbesitz des Nutzers, der physische und vielfach ebenfalls digitale Sachherrschaft über das Gerät ausübt.

Sofern aufgrund digitaler Sachherrschaft des Anbieters ein Mitbesitz von Anbieter und Nutzer besteht, scheidet ein possessorischer Besitzschutz des Nutzers gegenüber Funktionssperren des Anbieters gemäß § 866 BGB weitgehend aus. Umgekehrt steht auch dem Anbieter grundsätzlich kein possessorischer Besitzschutz davor zu, dass der Nutzer das vernetzte Gerät vom Strom- oder Datennetz trennt. Ein possessorischer Besitzschutz des Nutzers gegenüber dem Anbieter ist damit nur dann eröffnet, wenn durch die Funktionssperre dauerhaft jegliche Gebrauchsmöglichkeiten des Geräts aufgehoben werden. Daneben stehen ihm – neben etwaigen vertraglichen Ansprüchen – der petitorische Besitzschutz sowie eine deliktische Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB offen.<sup>2</sup> Hat der Anbieter keine digitale Sachherrschaft und somit keinen Teilmitbesitz inne oder beruht die Beeinträchtigung auf der Störung durch einen Dritten, so bleibt ein possessorischer Besitzschutz des Nutzers möglich.

---

<sup>1</sup> Es handelt sich um tatsächliche, informationstechnische und nicht um rechtlich Befugnisse. Siehe dazu S. 59f.

<sup>2</sup> Vgl. BGH v. 26.3.1974 – VI ZR 103/72, NJW 1974, 1189, 1190f.; *Herrler*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 866 BGB Rn. 4; *Förster*, in: BeckOK, 63. Ed., 1.8.2022, § 823 BGB Rn. 156.



### § 3. Sachenrecht und digitaler Gebrauch

Die weitere Untersuchung betrachtet, wie weit der digitale – also software- und netzbasierte – Gebrauch eines vernetzten Geräts durch Besitz und Eigentum geschützt ist, inwiefern er also an deren Zuweisungsgehalt teilhat.

Zunächst wird die Vorgehensweise zur Bestimmung des Zuweisungsgehalts von Eigentum und Besitz dargelegt (dazu unter Kapitel 1). Im Anschluss wird anhand konkreter Bedrohungsszenarien die Zugehörigkeit des digitalen Gebrauchs zum Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz untersucht. Dabei wird zwischen den bereits dargestellten<sup>1</sup> drei technischen Varianten von Funktionssperren unterschieden. Zunächst werden die beiden Möglichkeiten untersucht, die im Gerät integrierte Software zu sperren, also den softwarebasierten Gebrauch einzuschränken. Dies betrifft zunächst die Fälle, in denen es zu einer Veränderung der im Gerät integrierten Software kommt (dazu unter Kapitel 2). Daneben treten Softwaresperren, die ohne eine solche Änderung bewirkt werden (dazu unter Kapitel 3). Abschließend werden Fälle betrachtet, in denen netzbasierte digitale Dienste eingeschränkt werden, insbesondere der Zugang zu einem Cloud-Server des Anbieters verhindert wird. Es handelt sich somit um Beeinträchtigungen des netzbasierten Gebrauchs (dazu unter Kapitel 4).

Bei der Betrachtung zeigt sich, dass der softwarebasierte Gebrauch weitgehend vom sachenrechtlichen Schutz erfasst ist – unabhängig davon, ob er mit einer Änderung der im Gerät verkörperten Software einhergeht oder nicht. Im Gegensatz dazu genießt der netzbasierte Gebrauch eines Geräts nur punktuell einen sachenrechtlichen Schutz. Wird dem Nutzer durch den Anbieter der Zugriff auf dessen Cloud-Server verweigert, stellt dies regelmäßig keine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung dar. Nur eine Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs durch Dritte – etwa Hacker – ist regelmäßig sachenrechtlich relevant.

---

<sup>1</sup> Siehe bei S. 57 ff.



## *Kapitel 1*

### Induktive Bestimmung des Zuweisungsgehalts

Im Folgenden wird vorgestellt, wie im weiteren Verlauf der Arbeit der Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz bestimmt wird, wie also konkretisiert wird, wie weit Eigentum und Besitz den digitalen Gebrauch vernetzter Geräte schützen.

Zunächst wird aufgezeigt, dass sich aus der Definition des Eigentums nach § 903 BGB keine Aussagen über die Reichweite des Eigentumsschutzes bezüglich konkreter Gebrauchsarten entwickeln lassen. Schon § 903 BGB zeigt, dass der genaue Zuweisungsgehalt des Eigentums nicht positiv definiert wird, sondern negativ aus den Schranken des Eigentums rückgeschlossen wird (dazu unter A.). Auch aus den abstrakten Definitionen der Beeinträchtigung oder Verletzung von Eigentum und Besitz im Rahmen einzelner Anspruchsgrundlagen lassen sich keine konkreten Aussagen darüber entnehmen, wie weit Eigentum und Besitz den digitalen Gebrauch schützen. Die dortigen Definitionen setzen vielmehr ein klares Verständnis vom Zuweisungsgehalt schon voraus (dazu unter B.).

Der Versuch einer deduktiven Konkretisierung der Schutzreichweite anhand abstrakter Definitionen stellt sich somit als nicht zielführend heraus. Stattdessen wird im weiteren Verlauf der Arbeit ein induktiver Ansatz verfolgt (dazu unter C.). Anhand verschiedener möglicher Bedrohungsszenarien und Fallgruppen wird analysiert, inwiefern ein Schutz des digitalen Sachgebrauchs am Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz teilhat. Dazu werden die Bedrohungsszenarien mit anerkannten Fallgruppen aus Literatur und Rechtsprechung verglichen. Um die passenden Vergleichsfälle zu identifizieren, ist es jedoch notwendig, zu untersuchen, ob für die Bestimmung des Zuweisungsgehalts einerseits zwischen Eigentum und Besitz und andererseits zwischen verschiedenen Anspruchsgrundlagen, die einen Schutz der jeweiligen Rechtspositionen umsetzen, unterschieden werden muss. Zumindest für die hier relevanten Fälle einer Beeinträchtigung, die sich auf die Brauchbarkeit der Sache auswirkt, stellt sich bei beiden Aspekten eine Differenzierung als nicht erforderlich heraus (dazu unter C.).

#### A. Das Wesen des Eigentums nach § 903 BGB

Erste Anlaufstelle für die Reichweite eines sachenrechtlichen Schutzes ist die Umschreibung des Eigentums in § 903 BGB. Sie soll im Folgenden betrachtet werden. Dabei zeigt sich, dass sich aus dem Wesen des Eigentums keine klaren Aussagen

über die Reichweite seines Zuweisungsgehalts bezüglich eines digitalen Gebrauchs vernetzter Geräte herleiten lassen: Das Eigentum ist im Grundansatz vollumfassend (dazu unter I.) und eröffnet ein entsprechendes positives Nutzungsrecht und negatives Ausschlussrecht (dazu unter II.). Wie schon § 903 BGB zeigt, unterliegt das Eigentum jedoch unterschiedlichen Schranken (dazu unter III.). Erst eine Betrachtung dieser Schranken ermöglicht es, die Grenzen des Zuweisungsgehalts des Eigentums konkret zu benennen. Aus einer abstrakten Definition des Eigentums lässt sich daher dessen genaue Schutzreichweite nicht ableiten.

### *I. Eigentum als umfassendes Herrschaftsrecht*

§ 903 BGB beschreibt die Befugnisse des Eigentümers nicht im Detail,<sup>1</sup> sondern umschreibt das Eigentum abstrakt als prinzipiell umfassendes, jedoch Beschränkungen unterworfenen Vollrecht.<sup>2</sup>

In einer viel zitierten Passage seines Lehrbuchs zum Sachenrecht nannte *Martin Wolff* das Eigentum des Bürgerlichen Gesetzbuchs<sup>3</sup> „das umfassendste Herrschaftsrecht, das man an einer Sache haben kann“.<sup>4</sup> Er beschreibt damit, dass das Eigentum – vorbehaltlich seiner Beschränkungen<sup>5</sup> – die Sache dem Eigentümer vollumfänglich und ausschließlich zuordnet. Obwohl es somit nicht schrankenlos besteht,<sup>6</sup> sieht es vor, dass grundsätzlich jede Nutzung der Sache dem Eigentümer zusteht und der Eigentümer nach seinem Belieben mit der Sache verfahren kann. Beschränkungen sollen vor diesem Hintergrund begründungsbedürftige Ausnahmen bilden. Es gelte eine Vermutung für die Freiheit des Eigentümers.<sup>7</sup> *Otto von*

<sup>1</sup> Motive, Bd. 3, 262 = Mugdan, Materialien III, 145; *J. F. Baur*, in: Soergel<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 11 f.; *Althammer*, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 6; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 174. Grundlegend zum Wesen des Eigentums: *Auer*, Privatrechtlicher Diskurs, 91 ff.

<sup>2</sup> Vgl. beispielhaft *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 326 ff.; *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 492 ff.; *Eichler*, Institutionen I, 146 ff.; *Wellenhofer*, in: Hofmann u.a. (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, 69, 69.

<sup>3</sup> Für eine Kontextualisierung des Eigentums des Bürgerlichen Gesetzbuchs zwischen germanischer und romanistischer Tradition: *Gierke*, Deutsches Privatrecht II – Sachenrecht, 349 ff.; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 173 und 176.

<sup>4</sup> *Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>9</sup>, 154; später leicht abgewandelt: *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 173: „das umfassendste Herrschaftsrecht, das die Rechtsordnung an einer Sache zulässt“; vgl. *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 326; *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 531.

<sup>5</sup> Zu den Beschränkungen des Eigentums siehe unten bei S. 134 ff.

<sup>6</sup> *Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>9</sup>, 154 kritisiert daher die Aussage von *Windscheid* als zu weitgehend, der das Eigentum als „als solches schrankenlos“ und als „Negation der Beschränkung“ beschrieb: *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts I<sup>6</sup>, 561 vor und in Fn. 3. Später relativierend: *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I<sup>9</sup>, 857 f. vor und in Fn. 3. Ähnlich auch *von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, 367: Eigentum als „unbeschränkt[e] und ausschließend[e] Herrschaft einer Person über eine Sache“. Dazu grundlegend *Auer*, Privatrechtlicher Diskurs, 132 ff.

<sup>7</sup> *Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>9</sup>, 157; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des

*Gierke* beschreibt das Eigentum in diesem Sinne auch als „das an sich unbeschränkte Sachenrecht“.<sup>8</sup> Auch er betont dabei jedoch, dass das Eigentum kein „unbeschränktes Herrschaftsrecht“ sei. „Nur im Vergleich mit den anderen Sachenrechten“ könne es „unbeschränkt genannt werden“.<sup>9</sup>

Umfassend ist das Eigentum auch in dem Sinne, dass es nicht gespalten oder geteilt werden kann.<sup>10</sup> Selbst bei Miteigentum steht jedem der Miteigentümer ein ideeller Anteil an der gesamten Sache zu, der selbst umfassendes Eigentum darstellt und nicht den Miteigentümern unterschiedliche Teilbefugnisse zuordnet.<sup>11</sup> Eine abweichende Zuordnung bestimmter Teilbefugnisse des Eigentums ist nur als dingliche Belastung und nur im Rahmen des Numerus clausus der Sachenrechte möglich. So kann etwa der Eigentümer einen Nießbrauch einrichten, um dem Nießbraucher das Recht auf Ziehung der Nutzungen mit dinglicher Wirkung zu übertragen.<sup>12</sup>

Selbst wenn der Eigentümer durch dingliche Belastung Befugnisse an andere Personen überträgt, bleibt er dennoch Eigentümer (sog. Elastizität des Eigentums).<sup>13</sup> Das Eigentum bleibt trotz der Belastungen bestehen. Es ist in seiner Existenz unabhängig von den Einzelbefugnissen, die es ausmachen. Mitunter wird dies damit umschrieben, das Eigentum sei mehr als die Summe einzelner Befugnisse.<sup>14</sup>

## II. Positive und negative Funktion des Eigentums

Den Gedanken des Vollrechts beschreibt § 903 BGB in einer positiven und negativen Funktion. Er beginnt mit der positiven Funktion: dem Recht des Eigentümers, mit der Sache „nach Belieben [zu] verfahren“. Der Eigentümer darf danach sowohl tatsächlich als auch rechtlich – durch lebzeitige oder letztwillige Verfügungen – mit der Sache verfahren, wie er will. So darf er über den Aufenthaltsort der Sache bestimmen. Er darf sie besitzen, gebrauchen, verbrauchen, verändern, beschädigen, verfallen lassen oder zerstören, sie übereignen (§§ 873, 925, 929 ff. BGB), belasten – etwa mit einem Nießbrauch (§§ 1030 ff. BGB) oder einem Pfandrecht (§§ 1204 ff. BGB) – und das Eigentum aufgeben (§ 959 BGB).<sup>15</sup> Zudem wird der Eigentümer

Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 174 f.; siehe auch *Motive*, Bd. 3, 263 = *Mugdan*, *Materialien* III, 145; kritisch *J. F. Baur*, in: *Soergel*<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 14.

<sup>8</sup> *Gierke*, *Deutsches Privatrecht II – Sachenrecht*, 364, ähnlich auf S. 347 f.: Eigentum als „das dingliche Recht, das auf Beherrschung der Sache im Ganzen gerichtet ist“. Entsprechend etwa *J. F. Baur/Stürner*, *Sachenrecht*<sup>18</sup>, § 24 Rn. 5, S. 307.

<sup>9</sup> *Gierke*, *Deutsches Privatrecht II – Sachenrecht*, 364; entsprechend etwa *J. F. Baur/Stürner*, *Sachenrecht*<sup>18</sup>, § 24 Rn. 5, S. 307; *J. F. Baur*, in: *Soergel*<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 5.

<sup>10</sup> *Motive*, Bd. 3, 262 = *Mugdan*, *Materialien* III, 142.

<sup>11</sup> *J. F. Baur/Stürner*, *Sachenrecht*<sup>18</sup>, § 3 Rn. 28, S. 20.

<sup>12</sup> *J. F. Baur*, in: *Soergel*<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 5 f.

<sup>13</sup> *Gierke*, *Deutsches Privatrecht II – Sachenrecht*, 365.

<sup>14</sup> *Motive*, Bd. 3, 262 = *Mugdan*, *Materialien* III, 142; *Wolff/Raiser*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht*<sup>10</sup>, 175.

<sup>15</sup> *Brückner*, in: *MüKo*<sup>8</sup>, § 903 BGB Rn. 23; *J. F. Baur*, in: *Soergel*<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 33; *Altham-*

der Sache auch Eigentümer oder zumindest Miteigentümer von Sachfrüchten (§ 953 BGB) sowie von mit ihr verbundenen wesentlichen Bestandteilen und mit ihr untrennbar vermischten Sachen (§§ 946 ff. BGB).<sup>16</sup>

Wohl mehr noch als die positive Funktion des Eigentums beschreibt seine negative Funktion das Wesen und die Reichweite des Vollrechtserwerbs. Die negative Funktion beschreibt das Recht, „andere von jeder Einwirkung [auszuschließen]“, § 903 BGB. Diese negative Funktion gibt vor, dass sich der Eigentümer grundsätzlich gegen jegliche Übergriffe Dritter auf seine Sachen wehren kann und sie an Einwirkungen auf die Sache hindern kann, die ihm selbst zustehen.<sup>17</sup> Die negative Funktion spiegelt insoweit die positive Funktion des Eigentums.<sup>18</sup>

Umgesetzt wird die allgemeine Ausschlussbefugnis durch einzelne Anspruchsgrundlagen. Sie konkretisieren, wann sich der Eigentümer gegen eine Einwirkung wehren kann und wo seine Befugnisse enden. Im Vordergrund stehen die Ansprüche aus § 823 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz bei Beschädigung der Sache, aus § 985 BGB auf Herausgabe der Sache und aus § 1004 Abs. 1 BGB auf Beseitigung und Unterlassen einer Beeinträchtigung, die nicht in einer Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes liegt. Zu nennen sind weiterhin die Ansprüche aus § 894 BGB auf Grundbuchberichtigung und §§ 987 ff. BGB auf Nutzungsherausgabe und Schadensersatz im Rahmen eines Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses.<sup>19</sup> Infrage kommen auch bereicherungsrechtliche Ansprüche, insbesondere aus der sogenannten Eingriffskondiktion des § 812 Abs. 1 S. 1 2. Alt BGB.<sup>20</sup>

### III. Schranken des Eigentums

Die in § 903 S. 1 BGB aufgezeigte positive und negative Funktion des Eigentum zeichnet nur ein unvollständiges Bild. Die Vorschrift beschreibt das Eigentum. Sie definiert es nicht.<sup>21</sup> Schon der Wortlaut des § 903 S. 1 BGB verdeutlicht, dass das Eigentum Beschränkungen unterliegt („soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen“).<sup>22</sup> Die umfassende Herrschaftsmacht des Eigentümers, die

*mer*, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 10; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 175 f. und 178; vgl. auch *Peukert*, Güterzuordnung, 56 ff.

<sup>16</sup> *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 175 f.

<sup>17</sup> *Althammer*, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 11.

<sup>18</sup> *Althammer*, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 11.

<sup>19</sup> *Bergner*, Eigentumsbeschränkungen, 25 f.; *Brückner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 903 BGB Rn. 22; *J. F. Baur*, in: Soergel<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 41; *Althammer*, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 12.

<sup>20</sup> *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 812 BGB Rn. 40.

<sup>21</sup> *Althammer*, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 6 f.; *Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>9</sup>, 157; § 903 BGB als „privatrechtlich inhaltslos“.

<sup>22</sup> Ohne Bedeutung bleibt für diese Arbeit, ob die Beschränkungen dem Eigentum immanent sind und seine Reichweite von vornherein einschränken (sogenannte Immanenztheorie: *J. F. Baur*, in: Soergel<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 20; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 174.) oder ob die Beschränkungen von außen an das Eigentum herantreten und den Schutz des eigentlich weitergehenden Eigentums reduzieren (sogenannte Außentheorie: siehe dazu, so-

etwa *Wolff* und *von Gierke* beschreiben,<sup>23</sup> ist nur theoretischer Ausgangspunkt. Erst die Beschränkungen präzisieren den Schutz des Eigentums, machen seinen Inhalt und seine Reichweite greifbar.<sup>24</sup> Ohne sie zu berücksichtigen, kann daher die Reichweite des Zuweisungsgehalts nicht bestimmt werden. Im Folgenden sollen verschiedene Beschränkungen des Eigentums aufgezeigt werden. Ihre Vielzahl und Diversität zeigen, dass die Reichweites des Zuweisungsgehalts des Eigentums nicht aus einer abstrakten Definition des Eigentums abgeleitet werden kann.

### 1. Arten der Beschränkungen

§ 903 BGB sieht vor, dass sich rechtliche Beschränkungen des Eigentums nur<sup>25</sup> aus dem Gesetz oder aus Rechten Dritter ergeben können.<sup>26</sup> Die „Rechte Dritter“ beziehen sich nicht auf schuldrechtliche Ansprüche, sondern absolute Rechte, vor allem die beschränkt dinglichen Rechte.<sup>27</sup> Wie das Eigentum dinglich beschränkt werden kann, unterliegt dem Numerus Clausus der Sachenrechte und kann nicht privat ausgehandelt werden.<sup>28</sup> Beschränkungen, die sich nicht in diesem Rahmen bewegen, haben allein schuldrechtliche Wirkung. Sie schränken nicht das Eigentum ein („rechtliches Können“), sondern binden den Eigentümer lediglich gegenüber seinem konkreten Vertragspartner („rechtliches Dürfen“).<sup>29</sup>

### 2. Gesetzliche Beschränkungen

Privatrechtliche Beschränkungen finden sich zunächst in §§ 904–924 BGB, die hauptsächlich das Immobiliareigentum und Nachbarrecht betreffen und den Anspruch nach § 1004 BGB ausschließen oder modifizieren.<sup>30</sup> Sie umfassen etwa § 906 BGB zur Zufuhr unwägbarer Stoffe, § 910 BGB und § 912 BGB zu Überhang und Überbau sowie §§ 917f. BGB zum Notweg. Privatrechtliche Regelungen, die

---

wie zur differenzierenden Trennungstheorie *J. F. Baur*, in: *Soergel*<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 16 ff.; *Bergner*, Eigentumsbeschränkungen, 48 ff.). In beiden Fällen begrenzen die Beschränkungen den Schutz durch das Eigentum, konkretisieren dessen praktische Bedeutung und zeigen die Reichweite des Vollrechtserwerbs auf. Im Ergebnis unterscheiden sich beide Ansätze im Hinblick auf die Reichweite des Zuweisungsgehaltes nicht.

<sup>23</sup> *Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>9</sup>, 154; *Gierke*, Deutsches Privatrecht II – Sachenrecht, 364.

<sup>24</sup> So auch *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 174. Vgl. *Gierke*, Deutsches Privatrecht II – Sachenrecht, 364; entsprechend etwa *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 24 Rn. 5, S. 307; *J. F. Baur*, in: *Soergel*<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 5; vgl. kritisch *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 530 ff.

<sup>25</sup> Weitere Beschränkungen durch Richterrecht: *Bergner*, Eigentumsbeschränkungen, 82 ff.

<sup>26</sup> Protokolle, 3523 = Mugdan, Materialien III, 577; *Althammer*, in: *Staudinger*, 2020, § 903 BGB Rn. 3.

<sup>27</sup> *Althammer*, in: *Staudinger*, 2020, § 903 BGB Rn. 25.

<sup>28</sup> *Althammer*, in: *Staudinger*, 2020, § 903 BGB Rn. 25; *Bergner*, Eigentumsbeschränkungen, 53.

<sup>29</sup> *Brückner*, in: *MüKo*<sup>8</sup>, § 903 BGB Rn. 65; *Althammer*, in: *Staudinger*, 2020, § 903 BGB Rn. 25.

<sup>30</sup> *J. F. Baur*, in: *Soergel*<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 45; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 181 f.

zumindest auch das Mobiliareigentum erfassen, sind demgegenüber rar. Zu nennen sind § 227 BGB zur Notwehr, § 228 BGB zum Notstand bei Gefahren, die von der betroffenen Sache ausgehen (sog. defensiver Notstand oder Verteidigungsnotstand),<sup>31</sup> § 904 BGB zum Notstand bei Gefahren, die nicht von der betroffenen Sache ausgehen (sog. aggressiver Notstand oder Angriffsnotstand),<sup>32</sup> § 229 BGB zur Selbsthilfe sowie § 226 BGB zum Schikaneverbot.<sup>33</sup>

Zahlreicher als privatrechtliche Beschränkungen des Eigentums sind öffentlich-rechtliche.<sup>34</sup> Bezogen auf Immobiliareigentum finden sie sich beispielsweise im Baurecht, Umweltrecht und Denkmalschutzrecht. Sie enthalten unter anderem Nutzungsbeschränkungen, Veräußerungsbeschränkungen, gemeindliche Vorkaufsrechte, Baubeschränkungen, Bauverbote und Beschränkungen bei Errichtung und Betrieb industrieller Anlagen.<sup>35</sup> Beim Mobiliareigentum ist vorrangig die Nutzung solcher Sachen beschränkt, von denen typischerweise Gefahren oder Belästigungen ausgehen können.<sup>36</sup> Beispiele bilden Vorgaben zur Zulassung und Untersuchung von Kraftfahrzeugen (§§ 16 ff. und 29 StVZO) oder für den Vertrieb von Arzneimitteln (§§ 21 ff. AMG).<sup>37</sup> Das Eigentum an Tieren wird zudem durch Tierschutzvorschriften beschränkt (vgl. § 903 S. 2 BGB sowie §§ 2 ff. TierSchG).

### 3. Rechte Dritter

Bei den Rechten Dritter, die nach § 903 BGB das Eigentum rechtlich beschränken, handelt es sich um absolute Rechte. Erfasst sind zunächst die beschränkt dinglichen Rechte, wie Erbbaurecht, Nießbrauch, Dienstbarkeiten oder Pfandrechte.<sup>38</sup> Es gibt dabei weniger beschränkt dingliche Rechte, die an beweglichen Sachen bestehen können, als solche, die an unbeweglichen Sachen bestehen können. An beweglichen Sachen ist nur ein Nutzungsrecht vorgesehen – der Nießbrauch (§§ 1030 ff. BGB) – sowie ein Sicherungsrecht – das Pfandrecht (§§ 1204 ff., 562, 583, 592, 647, 704 BGB).<sup>39</sup>

Neben den beschränkt dinglichen Rechten begrenzen auch andere absolute Rechte Dritter das Eigentum – so etwa das Urheberrecht.<sup>40</sup> Man denke etwa an das

<sup>31</sup> Grothe, in: MüKo<sup>9</sup>, § 228 BGB Rn. 1.

<sup>32</sup> Grothe, in: MüKo<sup>9</sup>, § 228 BGB Rn. 1.

<sup>33</sup> Vgl. insg. Althammer, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 15 und vor §§ 903 ff. BGB Rn. 7; Bergner, Eigentumsbeschränkungen, 48 ff.; Gierke, Deutsches Privatrecht II – Sachenrecht, 364 f.; Wolff/Raiser, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 181.

<sup>34</sup> Grundlegend zur Bedeutung öffentlich-rechtlicher Beschränkungen des Eigentums: Auer, Privatrechtlicher Diskurs, 130 ff. und 160 f.; F. Baur, AcP 176 (1976), 97, 97.

<sup>35</sup> J. F. Baur, in: Soergel<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 34 ff.; Althammer, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 16 ff.

<sup>36</sup> J. F. Baur, in: Soergel<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 34.

<sup>37</sup> J. F. Baur, in: Soergel<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 34 ff.; Althammer, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 24.

<sup>38</sup> Brückner, in: MüKo<sup>8</sup>, § 903 BGB Rn. 65; Althammer, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 25.

<sup>39</sup> J. F. Baur/Stürmer, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 49 BGB Rn. 4, S. 628. Zur früheren Freiheit, den Inhalt dinglicher Rechte selbst auszugestalten Gierke, Deutsches Privatrecht II – Sachenrecht, 366.

<sup>40</sup> Althammer, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 25.

Urheberrecht eines Architekten bezüglich eines von ihm entworfenen Bauwerks<sup>41</sup> oder an das Urheberrecht an dem in einem Buch oder in einer Schallplatte verkörperten Werk. Das Urheberrecht schränkt die zulässigen Nutzungsmöglichkeiten des Eigentümers des Werkstücks ein. So darf beispielsweise ein Buch grundsätzlich nur mit der Zustimmung des Anbieters kopiert werden (§ 16 UrhG; Schranken gem. §§ 44a ff. UrhG, insb. §§ 53, 60a UrhG).

#### 4. Immobiliareigentum vs. Mobiliareigentum

Es wird vielfach dargelegt, dass das Immobiliareigentum mehr Beschränkungen unterliegt als das Mobiliareigentum.<sup>42</sup> Die Ursache liegt in der Natur der Sache:<sup>43</sup> Grundstücke haben eine unveränderliche Lage im Raum und sind in ihrem körperlichen Dasein nicht von angrenzenden Grundstücke abtrennbar, sondern Teil eines „zusammenhängenden Ganzen“.<sup>44</sup> Sie werden überhaupt erst durch die Parzellierung, also die rechtliche Abgrenzung der Erdoberfläche in einzelne und sonderrechtsfähige Flurstücke zu eigenen, sogenannten normativen Sachen.<sup>45</sup> Ihre Nutzung erfolgt in stetiger physischer Nähe zum Nachbarn. Das Verhalten des einen Nachbarn sowie die Nutzung und der Zustand seines Grundstücks betreffen direkt den anderen Nachbarn. In vielerlei Hinsicht sind Konflikte vorprogrammiert. Die Interessen der Betroffenen sind in verschiedenen Aspekten in Ausgleich zu bringen, ihr jeweiliges Eigentum zu beschränken. Es wird besonders deutlich, dass der Zuweisungsgehalt des Eigentums nur unter Berücksichtigung seiner Schranken bestimmt werden kann.

Bewegliche Sachen sind demgegenüber in ihrer Körperlichkeit abgegrenzt und können im Raum bewegt werden.<sup>46</sup> Oft werden sie innerhalb der Individualsphäre des Einzelnen genutzt. Dritte sind dann von der Nutzung nicht unmittelbar betroffen. Typisierbare Interessenkonflikte sowie die Notwendigkeit eines Interessenausgleichs bestehen seltener, weshalb das Mobiliareigentum weniger Beschränkungen unterworfen ist.<sup>47</sup> Damit ist die Bedeutung der Schranken des Eigentums zur Konkretisierung seines Zuweisungsgehalts weniger offenkundig.

Vernetzte Geräte unterscheiden sich in diesem Kontext von den meisten beweglichen Sachen. Wegen der Vernetzung ist der Nutzer bei der Nutzung des Geräts dauerhaft auf den Anbieter angewiesen. Eine isolierte Nutzung innerhalb der eigenen Individualsphäre scheidet zumindest bei andauernder Vernetzung aus. Damit ist eine Vielzahl von Interessenkonflikten zwischen Nutzer und Anbieter vorge-

<sup>41</sup> BGH v. 19.3.2008 – I ZR 166/05, NJW 2008, 3784, 3786f.; BGH v. 31.5.1974 – I ZR 10/73, NJW 1974, 1381.

<sup>42</sup> Siehe bereits *Gierke*, Soziale Aufgabe, 21; *Gierke*, Deutsches Privatrecht II – Sachenrecht, 361 f.; vgl. auch *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 50 Rn. 2, S. 630.

<sup>43</sup> *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 50 Rn. 2, S. 630.

<sup>44</sup> *Motive*, Bd. 3, 258 = *Mugdan*, Materialien III, 142.

<sup>45</sup> *von Bar*, Gemeineuropäisches Sachenrecht I, § 2 Rn. 179, S. 249f. Siehe dazu oben bei S. 85f.

<sup>46</sup> *Motive*, Bd. 3, 258 = *Mugdan*, Materialien III, 142. Siehe dazu oben bei S. 85f.

<sup>47</sup> Vgl. *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 50 Rn. 2f., S. 630f.

zeichnet und damit auch die Notwendigkeit, diese Interessen in einen Ausgleich zu bringen und die Schranken des Eigentumsschutzes zu bestimmen. Besonders klar wird damit, dass bei der Bestimmung des Zuweisungsgehalts des Eigentums seine Schranken zu berücksichtigen sind. Eine Herleitung der Reichweite des Zuweisungsgehalts aus dem Wesen des Eigentums als an sich umfassendes Herrschaftsrecht muss damit scheitern.

#### IV. Fazit

Schon § 903 S. 1 BGB zeigt, dass erst die Schranken des Eigentums seine Reichweite konkretisieren. Allein das Wesen des Eigentums als umfassendes Vollrecht an einer Sache lässt keine Rückschlüsse auf seine konkrete Schutzreichweite zu.<sup>48</sup> Aus dieser Umschreibung lässt sich nicht herleiten, inwiefern der digitale Gebrauch einer Sache vom Eigentum geschützt ist. Die parallele Schwierigkeit, aus dem Wesen des Besitzes und Besitzschutzes entsprechende Rückschlüsse zu ziehen, wurde bereits in vorherigen Kapiteln dargestellt.<sup>49</sup>

Kann somit nicht aus einer positiven Beschreibung von Eigentum und Besitz auf die Reichweite ihres Zuweisungsgehalts geschlossen werden, soll im Folgenden untersucht werden, ob ein solcher Rückschluss aus der umgekehrten Perspektive, ausgehend von der Definition der Beeinträchtigungstatbestände möglich ist, die zu Schutzansprüchen für Eigentum und Besitz führen.

### B. Definition der Beeinträchtigungstatbestände

Das Bürgerliche Recht schützt Eigentum und Besitz nicht durch Generalklauseln, sondern verschiedene Anspruchsgrundlagen.<sup>50</sup> Ihr Tatbestand setzt eine Beeinträchtigung oder Verletzung des Rechtsguts voraus. Die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlagen konkretisieren mittelbar die Reichweite des jeweils geschützten Rechtsguts.<sup>51</sup> Wie weit somit etwa die Ausschlussbefugnis des § 903 BGB und damit der Schutz des Eigentums reicht, zeigt sich daran, ob der Eigentümer eine Einflussnahme auf die Sache oder Nutzung der Sache präventiv untersagen, rückwirkend eine Entschädigung oder einen Ausgleich dafür fordern oder deren Rückgängigmachung verlangen kann.

---

<sup>48</sup> Siehe jedoch *Zech*, AcP 219 (2019), 488, der umgekehrt vorgeht und die dem Eigentümer zugewiesenen Befugnisse „ohne Berücksichtigung von Schranken“ betrachtet (S. 491).

<sup>49</sup> Siehe dazu oben bei S. 124 ff.

<sup>50</sup> Vgl. *J.F. Baur*, in: *Soergel*<sup>13</sup>, § 903 BGB Rn. 43.

<sup>51</sup> *Althammer*, in: *Staudinger*, 2020, § 903 BGB Rn. 10; vgl. *Wellenhofer*, in: *Hofmann u.a.* (Hrsg.), *Eigentum in der digitalen Gesellschaft*, 69, 69f.

Beispielhaft wird im Folgenden an drei Anspruchsgrundlagen untersucht, ob die dortige Definition des Tatbestandsmerkmals der Rechtsgutsbeeinträchtigung helfen kann, im Umkehrschluss zu konkretisieren, wie die Reichweite des Zuweisungsgehaltes des Rechtsgutes zu bestimmen ist. Betrachtet werden mit § 1004 BGB (dazu unter I.1) und § 823 Abs. 1 BGB (dazu unter I.2.) die wohl wichtigsten Anspruchsgrundlagen zum Schutz des Eigentums sowie mit § 858 BGB die grundlegende Anspruchsgrundlage für den Schutz des Besitzes vor einer Beeinträchtigung (dazu unter II.).

Im Ergebnis stellt sich die Betrachtung der Beeinträchtigungstatbestände in den verschiedenen Anspruchsgrundlagen als unergiebig dar. Konkrete Aussagen zur Reichweite des Zuweisungsgehalts des Rechtsgutes lassen sich daraus nicht entnehmen. Bei der Frage einer Rechtsgutsbeeinträchtigung wird vielmehr jeweils pauschal auf den Zuweisungsgehalt des betroffenen Rechtsguts verwiesen.

### *I. Definition der Eigentumsbeeinträchtigung*

Grundlegend für den Schutz des Eigentums sind der negatorische Rechtschutz nach § 1004 Abs. 1 BGB (dazu unter 1.) und der deliktische Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB (dazu unter 2.).<sup>52</sup> Beide setzen eine Beeinträchtigung beziehungsweise Verletzung des Eigentums voraus.

#### *1. Negatorischer Schutz des Eigentums, § 1004 BGB*

§ 1004 BGB gibt dem Eigentümer einen Anspruch auf Beseitigung von Beeinträchtigungen seines Eigentums. § 1004 BGB verzichtet dabei bewusst auf eine Definition der Eigentumsbeeinträchtigung, was ausdrücklich mit der Schwierigkeit begründet wurde, eine Eigentumsbeeinträchtigung positiv zu beschreiben.<sup>53</sup> Stattdessen sollten die Voraussetzungen einer Beeinträchtigung im Sinne des § 1004 BGB negativ abgegrenzt werden und zwar gegenüber einer Entziehung und Vorenthaltung des Besitzes: Eine Beeinträchtigung, die negatorischen Rechtschutz nach § 1004 BGB auslöse, liege demnach bei einer Verletzung des Eigentums vor, die „zur Vindikation nicht genüg[e]“. <sup>54</sup> § 1004 BGB soll also Beeinträchtigungen des Eigentums erfassen, die mit einer Besitzentziehung qualitativ vergleichbar sind, jedoch weniger gravierend erscheinen.<sup>55</sup> Für die Beeinträchtigung im Sinne des § 1004 BGB bedeute dies, dass „in analoger Weise, wenn auch in einem geringeren Umfange [als bei einer Vindikation] ein das Recht des Eigenthümers objektiv verletzender Zustand vorliegen muß, auf dessen Beseitigung der negatorische An-

<sup>52</sup> Daneben tritt § 985 BGB, der den speziellen Fall einer Beeinträchtigung des Eigentums durch Besitzentziehung erfasst.

<sup>53</sup> Motive, Bd. 3, 423 = Mugdan, Materialien III, 236; *Spohnheimer*, in: BeckOGK, 1.8.2022, § 1004 BGB Rn. 67; kritisch zur Aussagekraft *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 53 f.

<sup>54</sup> Motive, Bd. 3, 423 = Mugdan, Materialien III, 236.

<sup>55</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 54.

spruch abzielt.<sup>56</sup> Wegen des Fokus auf die Abgrenzung zwischen verschiedenen Arten der Eigentumsbeeinträchtigung untereinander – Störung vs. Entziehung – ist dieser Definitionsansatz nicht geeignet, zu bestimmen, wann überhaupt eine Eigentumsbeeinträchtigung vorliegt.

Auch weitere Ansätze zur Definition der Eigentumsbeeinträchtigung im Rahmen des § 1004 BGB helfen nicht dabei, den Umfang des Zuweisungsgehalts zu konkretisieren. Sie zielen zwar nicht primär auf eine Abgrenzung zur Vindikation, erschöpfen sich allerdings im Ergebnis in einer Paraphrasierung des Regelungszwecks sowie einem Verweis auf den Zuweisungsgehalt des Eigentums: Ziel des § 1004 BGB sei es, einen Zustand herzustellen, der dem Inhalt des betroffenen absoluten Rechts entspreche.<sup>57</sup> Eine Eigentumsbeeinträchtigung solle daher in jedem Zustand liegen, der dem Inhalt des Eigentums im Sinne des § 903 BGB widerspreche.<sup>58</sup> Es wird weiterhin formuliert, dass sich die Eigentumsbeeinträchtigung in einer Einschränkung der dem Eigentümer garantierten Sachherrschaft zeige<sup>59</sup> oder dass eine Beeinträchtigung vorliegen soll, wenn die Dispositionsfreiheit des Eigentümers beschränkt wird.<sup>60</sup> Jede Einwirkung auf die Sache von außen solle eine Eigentumsbeeinträchtigung darstellen.<sup>61</sup>

Auch *Picker*, der sich lange um eine klare Konturierung des negatorischen Beseitigungsanspruchs nach § 1004 BGB – insbesondere in Abgrenzung zur Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB – bemüht hat, verweist im Hinblick auf das Merkmal der Beeinträchtigung pauschal auf den Zuweisungsgehalt des Eigentums.<sup>62</sup> Für ihn liegt eine Beeinträchtigung im Sinne des § 1004 BGB vor, wenn ein Dritter die Rechte des Eigentümers beschränkt, indem der Dritte selbst eine dem Eigentümer zugewiesene Rechtsposition in Anspruch nimmt.<sup>63</sup>

## 2. Deliktischer Schutz des Eigentums, § 823 Abs. 1 BGB

Auch die Definition der Eigentumsverletzung in § 823 Abs. 1 BGB erweist sich als unergiebig für eine Konkretisierung der Reichweite des Eigentumsschutzes. Auch dort verweist die Definition der Eigentumsverletzung primär auf den Zuweisungsgehalt des Eigentums: Der Tatbestand des § 823 Abs. 1 BGB wird aus dem Ver-

<sup>56</sup> Motive, Bd. 3, 423 = Mugdan, Materialien III, 236.

<sup>57</sup> Motive, Bd. 3, 423 = Mugdan, Materialien III, 236.

<sup>58</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367; *Thole*, in: Staudinger, 2019, § 1004 BGB Rn. 40.

<sup>59</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367.

<sup>60</sup> *Spohnheimer*, in: BeckOGK, 1.8.2022, § 1004 BGB Rn. 68.

<sup>61</sup> *Spohnheimer*, in: BeckOGK, 1.8.2022, § 1004 BGB Rn. 70.

<sup>62</sup> Siehe zu dem Streit zwischen *Picker* und der h.M. bezüglich des Verhältnisses zwischen den Ansprüchen aus § 1004 BGB und § 823 Abs. 1 BGB und zu dem Umstand, dass dieser Streit sich lediglich auf die Rechtsfolgen einer Eigentumsbeeinträchtigung bezieht, nicht aber die Identität des Zuweisungsgehalts des Eigentums zwischen beiden Anspruchsgrundlagen infrage ziehen möchte bei S. 149ff.

<sup>63</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 49f. und 82; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 332; *Picker*, in: FS Lange, 625, 657; *Picker*, AcP 176 (1976), 28, 50; ihm folgend etwa *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 459f.; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982.

ständnis des Eigentums als umfassendes Herrschaftsrecht<sup>64</sup> und nicht aus einem vorrechtlichen Begriff der Sachbeschädigung entwickelt.<sup>65</sup> Gemäß § 903 BGB kann der Eigentümer grundsätzlich „mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen“. Eine Verletzung soll im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB demnach vorliegen, wenn dieses grundsätzlich umfassende Recht des Eigentümers beeinträchtigt wird, wenn also der Zuweisungsgehalt des Eigentums beeinträchtigt wird.<sup>66</sup>

## II. Besitzbeeinträchtigung im Rahmen des § 858 Abs. 1 BGB

Umfangreich wird das Merkmal der Besitzbeeinträchtigung im Rahmen der verbotenen Eigenmacht diskutiert.<sup>67</sup> Es zeigt sich, dass dabei allerdings primär über die Abgrenzung zwischen einer Besitzentziehung und Besitzstörung als zwei Arten einer Besitzbeeinträchtigung diskutiert wird. Bezüglich des Vorliegens einer Besitzbeeinträchtigung als solcher beschränken sich die Definitionen erneut weitgehend auf einen Verweis auf den Zuweisungsgehalt des Besitzes. Rückschlüsse für die Konkretisierung des Zuweisungsgehalts des Besitzes lassen sich aus dieser Diskussion daher nicht ziehen.

### 1. Besitzbeeinträchtigung als Kern der verbotenen Eigenmacht

Eine verbotene Eigenmacht liegt nach der Legaldefinition des § 858 Abs. 1 BGB vor, wenn dem unmittelbaren Besitzer ohne dessen Willen und ohne, dass es gesetzlich gestattet wäre, der Besitz entzogen wird oder er in seinem Besitz gestört wird.<sup>68</sup> Ein Verschulden ist nicht erforderlich.<sup>69</sup> Die verbotene Eigenmacht bildet die Grundlage der Selbsthilferechte der §§ 859f. BGB, des possessorischen Besitzschutzes der §§ 861 ff. BGB sowie – bei Verschulden (vgl. § 823 Abs. 2 S. 2 BGB) – einer Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB.<sup>70</sup>

Im Kern kodifiziert die Legaldefinition der verbotenen Eigenmacht das Merkmal der Besitzbeeinträchtigung. Sie sieht zwei Arten der Besitzbeeinträchtigung vor: die Besitzentziehung und die Besitzstörung. Eine entsprechende Differenzie-

<sup>64</sup> Siehe dazu unten bei S. 132f.

<sup>65</sup> *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 249.

<sup>66</sup> Vgl. *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 536. Deutlich zeigt die zirkuläre Definition *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 823 BGB Rn. 7: Eigentumsverletzung, wenn derart auf die Sache eingewirkt werde, „dass ein adäquater Schaden eintritt“. Weitgehend wird statt auf eine Definition auf Fallgruppen zurückgegriffen: *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 64 ff.; *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 823 BGB Rn. 7 ff.; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 255 ff.

<sup>67</sup> Siehe zum Zweck des possessorischen Besitzschutzes oben bei S. 124 ff.

<sup>68</sup> Vgl. nur *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 858 BGB Rn. 2.

<sup>69</sup> Motive, Bd. 3, 110 = Mugdan, Materialien III, 61.

<sup>70</sup> Vgl. Motive, Bd. 3, 110 = Mugdan, Materialien III, 61; *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 9, S. 93 ff.; keine Haftung i.R.d §§ 823 Abs. 2, 858 BGB bei unberechtigtem Besitz: *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 328.

rung findet sich im Hinblick auf das Eigentum zwischen § 985 BGB und § 1004 BGB.<sup>71</sup>

Dieser Tatbestand der Besitzbeeinträchtigung kann im übrigen Bürgerlichen Recht herangezogen werden. Auch im Rahmen des Schutzes des Besitzes als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB<sup>72</sup> besteht keine Abweichung hinsichtlich des Merkmals des Vorliegens einer Beeinträchtigung des Besitzes.<sup>73</sup> Überlegungen zum Vorliegen einer Besitzbeeinträchtigung im Sinne einer verbotenen Eigenmacht können somit auch allgemeiner zur Bestimmung des Vorliegens einer Besitzbeeinträchtigung herangezogen werden.

## 2. Grunddefinition einer Besitzbeeinträchtigung

Wann eine Besitzentziehung oder Besitzstörung vorliegt, wird unterschiedlich definiert. Zahlreiche der Definitionen formulieren dabei eher den Tatbestand um oder deuten auf den Zweck des Besitzschutzes hin, sind jedoch für eine Subsumtion beziehungsweise eine Abgrenzung weniger geeignet.

Laut Bundesgerichtshof ist die Besitzstörung eine „Verhinderung der Ausübung der Herrschaft über die Sache in einzelnen Beziehungen“.<sup>74</sup> Die Besitzentziehung ist demgegenüber der „totale und dauernde Ausschluss von der faktischen Sachherrschaft“. Eine Besitzentziehung „nimmt dem Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache vollständig und nicht nur vorübergehend“.<sup>75</sup> Nach *Wieling* ist jedes Verhalten eine Besitzstörung, „durch welches der Besitzer gehindert wird, mit der Sache nach Belieben zu verfahren“. Eine Besitzentziehung sei demgegenüber jedes Verhalten, „das den Besitz des unmittelbaren Besitzers beendet.“<sup>76</sup> Unpräzise und damit wenig hilfreich ist die noch zu Beginn der 2000er-Jahre weit verbreitete, inzwischen jedoch fast vollständig aufgegebene Definition, eine Besitzstörung sei eine Beeinträchtigung des unmittelbaren Besitzers beim Genuss seines Besitzes, durch die ein „befriedeter Zustand in solchen der Rechtsunsicherheit verwandelt wird“.<sup>77</sup> Etwas klarer ist die Definition, die darauf abstellt, dass dem Besitzer

<sup>71</sup> *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 858 BGB Rn. 3. Siehe dazu bereits oben bei S. 139f.

<sup>72</sup> Schutz zumindest des berechtigten, unmittelbaren Besitzes: *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 167 ff.; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 324 ff.

<sup>73</sup> Vgl. etwa *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 323 ff.; *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 167 ff.

<sup>74</sup> BGH v. 23.11.2007 – LwZR 5/07, NJW 2008, 580, Rn. 12.

<sup>75</sup> BGH v. 23.11.2007 – LwZR 5/07, NJW 2008, 580, Rn. 12; vgl. auch BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 26; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 858 BGB Rn. 4f.; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 11 f.; *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 89f.; vgl. *Klever*, in: Beyer u.a. (Hrsg.), Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019, 379, 382.

<sup>76</sup> *Wieling*, Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen<sup>2</sup>, § 5 II. 2. a), S. 188.

<sup>77</sup> OLG Köln v. 15.3.2000 – 2 U 74/99, NZM 2000, 1026, 1026; OLG Köln v. 26.4.2004 – 1 U 67/03, NZM 2005, 67, 67; vgl. *Streyll*, WuM 2006, 234, 236; so noch vor Kurzem *Lorenz*, in: Erman<sup>15</sup>, § 858 BGB Rn. 3. Kritisch zur Aussagekraft dieser Definition: OLG Saarbrücken v. 25.9.2005 – 8 W 204/05-30, OLGR Saarbrücken 2005, 889, 889.

„Ausschnitte aus den Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeiten genommen werden, die ihm der Besitz der Sache gewährt“.<sup>78</sup>

Für die hier verfolgte Fragestellung ist an diesen Definitionen zunächst problematisch, dass sie teilweise primär Besitzentziehung und Besitzstörung voneinander abgrenzen. Eine solche reine Binnenabgrenzung zwischen den Arten einer Besitzbeeinträchtigung ist jedoch für die vorgelagerte Frage, ob überhaupt eine Besitzbeeinträchtigung vorliegt, nicht weiterführend.<sup>79</sup> Darüber hinaus stellen sich die Definitionen vielfach als im Kern zirkulär dar. Der definierende und der zu definierende Begriff beziehen sich direkt aufeinander. Im Kern setzen die Definitionen nämlich ein klares Verständnis von Konzept und Reichweite des Besitzes beziehungsweise der Sachherrschaft voraus. Überspitzt ließen sich manche Definitionen wie folgt paraphrasieren: Eine Besitzbeeinträchtigung ist jede Beeinträchtigung des Besitzes.<sup>80</sup> Da hier jedoch gerade unklar ist, inwiefern ein digitaler Gebrauch Teil des Besitzes ist, helfen diese Definitionen nicht weiter.

### 3. Besitzbeeinträchtigung als einheitlicher Tatbestand

Auch wenn die Definitionen der Besitzbeeinträchtigung nur begrenzten Wert für die in dieser Arbeit verfolgte Konkretisierung der Reichweite des Zuweisungsgehalts haben, ist die dargestellte Binnendifferenzierung zwischen Besitzentziehung und Besitzstörung innerhalb des Merkmals der Besitzbeeinträchtigung aus anderen Gründen für diese Arbeit von Bedeutung. Sie zeigt, dass beide Merkmale nicht anhand qualitativer Kriterien voneinander abgegrenzt werden. Die Unterscheidung erfolgt, wie eben dargestellt wurde, anhand des quantitativen Merkmals der Reichweite der Beeinträchtigung.<sup>81</sup> Eine Besitzentziehung zeichnet sich durch ihre Intensität aus. Sie beendet den Besitz dauerhaft und umfassend. Die Besitzstörung ist demgegenüber lediglich vorübergehend und schränkt den Besitz nur ein.<sup>82</sup> Der Oberbegriff der Besitzbeeinträchtigung umfasst die Besitzentziehung als besonders intensive Beeinträchtigung und die Besitzstörung als weniger intensive Beeinträchtigung „anderer Art“.<sup>83</sup> Da sich die vorliegende Arbeit lediglich mit der vor-

<sup>78</sup> OLG Saarbrücken v. 25.9.2005 – 8 W 204/05-30, OLGR Saarbrücken 2005, 889, 890; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 14.

<sup>79</sup> Entsprechend *Ulvici*, ZMR 2003, 895, 895f.; ihm folgend OLG Saarbrücken v. 25.9.2005 – 8 W 204/05-30, OLGR Saarbrücken 2005, 889, 889.

<sup>80</sup> Fast in dieser Deutlichkeit: OLG Köln v. 26.4.2004 – 1 U 67/03, NZM 2005, 67, 67: Die Klägerin durfte sich der Besitzstörung erwehren, da sie „in der vom Besitzrecht umfassten ungestörten Nutzung [...] gestört“ wurde. Vgl. ähnlich *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 53.

<sup>81</sup> BGH v. 23.11.2007 – LwZR 5/07, NJW 2008, 580, Rn. 12; vgl. auch *Eichler*, Institutionen II.1, 243; unklar: Staudinger, 2018, § 858 BGB: „quantitativer bzw qualitativer“ Unterschied.

<sup>82</sup> BGH v. 23.11.2007 – LwZR 5/07, NJW 2008, 580, Rn. 12; vgl. auch *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 858 BGB Rn. 4ff.; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 11ff.

<sup>83</sup> BGH v. 23.11.2007 – LwZR 5/07, NJW 2008, 580, Rn. 12; *J.F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 9 Rn. 4, S. 93f.; *Herrler*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 858 BGB Rn. 3; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 14: Besitzstörung als „jede Beeinträchtigung des Besitzes, die [...] nicht Entziehung ist.“ Im Ergebnis ebenso jedoch differenzierend zwischen dem Oberbegriff „Besitzstörung“ – statt

gelagerten Frage der Beeinträchtigung des Zuweisungsgehalts als solcher befasst, ist diese Binnendifferenzierung für die weitere Betrachtung ohne Bedeutung. Es wird daher zugunsten des einheitlichen Oberbegriffs der Besitzbeeinträchtigung auf eine Differenzierung zwischen Besitzentziehung und Besitzstörung verzichtet.

Auch der Inhalt der Besitzschutzansprüche ist für beide Arten der Beeinträchtigung dem Wesen nach vergleichbar: Die Beeinträchtigungen sind zu beseitigen, der Besitz in seinem vorherigen Zustand wiederherzustellen.<sup>84</sup> Wie der Beseitigungsanspruch konkret formuliert ist, spiegelt dabei terminologisch die Art der Besitzbeeinträchtigung: Wiedereinräumung bei Besitzentziehung (§ 861 Abs. 1 BGB), Beseitigung und Unterlassen bei Besitzstörung (§ 862 Abs. 1 BGB). Einen materiellen Unterschied bedeutet die unterschiedliche Formulierung nicht.

Insgesamt hat die Differenzierung zwischen Besitzentziehung und -störung nur punktuelle Bedeutung. Im Ergebnis schlägt sie sich insoweit nieder, als die Selbsthilfe gegen eine Besitzentziehung einer zeitlichen Grenze unterliegt, die Selbsthilfe gegen eine Besitzstörung jedoch nicht (vgl. § 859 Abs. 2, 3 BGB). Zudem ist die Passivlegitimation in § 861 BGB und § 862 BGB unterschiedlich definiert.<sup>85</sup> Wie die Formulierung des Anspruchsinhalts ergibt sich auch die Formulierung des Anspruchsgegners aus der abweichenden Beschreibung der Beeinträchtigung.

### *III. Zwischenfazit: Fallgruppen statt abstrakter Definitionen*

Es hat sich gezeigt, dass weder abstrakte Ausführungen zu Wesen und Natur von Eigentum und Besitz noch die Definitionen der Beeinträchtigung dieser Rechtsgüter im Rahmen von § 1004 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 1 BGB und § 858 Abs. 1 BGB klare Aussagen dazu ermöglichen, ob eine Einwirkung den Zuweisungsgehalt des Rechtsguts betrifft. Den dargestellten Definitionen der Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz ist gemein, dass sie im Kern auf ein Vorverständnis des Zuweisungsgehalts der betroffenen Rechtsposition aufbauen. Ist somit ein klares Verständnis des Zuweisungsgehalts Ausgangspunkt der Bestimmung einer Beeinträchtigung, so kann diese Definition nicht umgekehrt Unklarheiten über den Zuweisungsgehalt ausräumen. Für die Konkretisierung des Zuweisungsgehalts erweisen sich die Definitionen der Beeinträchtigungstatbestände daher als unergiebig. Die Frage nach der konkreten Reichweite des dinglichen Schutzes lässt sich nicht beantworten, indem man die Rechtsgüter oder Beeinträchtigungstatbestand abstrakt definiert.

Stattdessen soll im weiteren Verlauf der Arbeit anhand konkreter Bedrohungsszenarien die Reichweite des sachenrechtlichen Schutzes bestimmt werden. Diese

---

wie hier Besitzbeeinträchtigung – und dem Unterfall der Besitzstörung im engeren Sinne: *Wieling*, Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen<sup>2</sup>, § 5 II. 2. a), S. 188.

<sup>84</sup> *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 861 BGB Rn. 6.

<sup>85</sup> *J.F. Baur/Stürmer*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 9 Rn. 5, S. 94; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 11; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 54.

Vorgehensweise spiegelt eine auch sonst verbreitete Vorgehensweise. Regelmäßig wird in der Literatur zur Veranschaulichung möglicher Beeinträchtigungen von Eigentum und Besitz generell auf anerkannte Fallgruppen verwiesen.<sup>86</sup> Als Beispiele einer Eigentumsbeeinträchtigung im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB finden sich etwa Eingriffe in die Sachsubstanz, die Zufuhr unerwünschter Gegenstände und Immissionen, ein unbefugter Gebrauch der Sache, unbefugte Verfügungen über das Eigentum sowie die Behinderung des Eigentümers in der Ausübung des Besitzes an der Sache.<sup>87</sup> Als Beispiele einer Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB werden etwa genannt: die Entziehung der Eigentümerstellung, die Belastung des Eigentums, die körperliche Einwirkung auf die Sache – insbesondere durch eine Substanzverletzung –, das Vorenthalten des Besitzes oder die Beeinträchtigung der Nutzbarkeit der Sache.<sup>88</sup> Im Rahmen der verbotenen Eigenmacht werden schließlich zahlreiche Beispiele für Besitzentziehungen oder Besitzstörungen aufgeführt.<sup>89</sup> Sie reichen von der Wegnahme über Störungen der Brauchbarkeit der Sache durch deren Beschädigung bis hin zu psychischen Einwirkungen, die den Besitzer im Zugriff auf die Sache oder der Sicherheit über den Fortbestand des Besitzes beeinträchtigen.<sup>90</sup>

Diese Fallgruppen konkretisieren den Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz nicht deduktiv, sondern induktiv. Statt die Reichweite des Schutzes aus einer abstrakten Definition abzuleiten, wird die Grenze des Schutzes durch Beispiele illustriert. Aus der Gesamtschau dieser Beispiele und ihrer Systematisierung über Fallgruppen lassen sich Rückschlüsse auf den Zuweisungsgehalt ziehen. Dieser Ansatz wird auch im Folgenden verfolgt. Nicht aus einer abstrakten Definition von Besitz oder Eigentum wird entwickelt, inwiefern der digitale Gebrauch von Eigentum und Besitz geschützt ist. Sondern es werden verschiedene typische Bedrohungsszenarien für den digitalen Gebrauch im Detail betrachtet. Durch Vergleiche zu anerkannten Fallgruppen soll bestimmt werden, inwiefern es zu Beeinträchtigungen des Zuweisungsgehalt von Eigentum beziehungsweise Besitz kommt. So kann induktiv bestimmt werden, wie weit der digitale Gebrauch dem Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz unterfällt.

---

<sup>86</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 30 ff.; *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 64 ff.; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 858 BGB Rn. 4 ff.; *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 823 BGB Rn. 7 ff.; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 255 ff.

<sup>87</sup> *Raff*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 1004 BGB Rn. 109 ff.; *Thole*, in: Staudinger, 2019, § 1004 BGB Rn. 45 ff.

<sup>88</sup> *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 64 ff.; *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 823 BGB Rn. 7 ff.; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 249.

<sup>89</sup> Siehe für zahlreiche Einzelfälle: *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 30 ff.

<sup>90</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 13 ff.; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 858 BGB Rn. 4 ff.

## C. Einheitlichkeit des Zuweisungsgehalts

Will man anhand konkreter Bedrohungsszenarien und deren Vergleichs mit anerkannten Fallgruppen den Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz bestimmen, so stellt sich die Frage, ob dabei einerseits zwischen Besitz und Eigentum (dazu unter I.) und andererseits zwischen verschiedenen Anspruchsgrundlagen (dazu unter II.) unterschieden werden muss. Zumindest bezüglich der für die vorliegende Untersuchung relevanten Beeinträchtigungen, die sich auf den Gebrauch der Sache auswirken, stellt sich beides als nicht erforderlich heraus.

### I. Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz

Ein Vergleich des Zuweisungsgehalts von Eigentum und Besitz kann aus zwei Richtungen betrachtet werden: Begründet eine Besitzbeeinträchtigung auch eine Eigentumsbeeinträchtigung (dazu unter 1.)? Und begründet – umgekehrt – eine Eigentumsbeeinträchtigung auch eine Besitzbeeinträchtigung (dazu unter 2.)?

#### 1. Besitzbeeinträchtigung als Eigentumsverletzung

Grundsätzlich unproblematisch ist der Schluss von einer Besitzbeeinträchtigung auf eine Eigentumsbeeinträchtigung. Einhellig wird davon ausgegangen, dass ein Sachverhalt, der eine Besitzbeeinträchtigung begründet, – zumindest bezogen auf einen besitzenden Eigentümer – ohne Weiteres auch eine Eigentumsbeeinträchtigung darstellt.<sup>91</sup>

Begründet wird diese Verbindung mit einem Erst-Recht-Schluss basierend auf der Eigenschaft des Eigentums als umfassendes Vollrecht. Da der Besitz zu keiner weitergehenden Rechtsposition als das Eigentum führen könne, ergebe eine Besitzbeeinträchtigung erst recht eine Eigentumsbeeinträchtigung.<sup>92</sup> Diese Verbindung lässt sich auch konkret dem § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB entnehmen. Dessen Wortlaut („in anderer Weise als durch Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes beeinträchtigt“) zeigt, dass eine Entziehung oder Vorenthaltung des Besitzes eine Eigentumsbeeinträchtigung darstellt, die zugunsten anderer Rechtsschutzmechanismen vom Anwendungsbereich des § 1004 BGB ausgenommen ist.

---

<sup>91</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 14; *Wagner*, AcP 222 (2022), 56, 87; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 262; *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 550.

<sup>92</sup> BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 675; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 14; vgl. *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 550; *Eichler*, Institutionen II.1, 6; vgl. *Wagner*, AcP 222 (2022), 56, 87.

## 2. Eigentumsverletzung als Besitzbeeinträchtigung

Weniger selbstverständlich ist der umgekehrte Schluss von einer Eigentums- auf eine Besitzbeeinträchtigung. Es kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, dass jeder Sachverhalt, der eine Eigentumsbeeinträchtigung darstellt, auch eine Besitzbeeinträchtigung begründet. Der Besitz begründet schließlich weniger weitreichende Rechte als das Eigentum. Der Besitzschutz erfasst lediglich einen Ausschnitt des Schutzes des Eigentums und bezieht sich auf die tatsächliche Beziehung zur Sache.<sup>93</sup> Eine rein rechtliche Beeinträchtigung des Eigentums, die die tatsächliche Sachherrschaft und Nutzungsmöglichkeit des Besitzers nicht beeinflusst, stellt daher keine Besitz-, sondern nur eine Eigentumsbeeinträchtigung dar.<sup>94</sup>

Anders stellt es sich jedoch dar, wenn die Benutzung einer Sache eingeschränkt wird. Eine Nutzungsbeeinträchtigung betrifft nicht nur das Eigentum, sondern auch den Besitz.<sup>95</sup> Die Benutzung der Sache bildet den Kern des Besitzschutzes.<sup>96</sup> So setzt etwa *Wolff* die „bestimmungsgemäße Benutzung“ der Sache mit der Besitzausübung gleich.<sup>97</sup> Bezüglich eines Schutzes vor einer Beeinträchtigung, die den Gebrauch der Sache betrifft, besteht ein Gleichlauf. Eine solche Beeinträchtigung betrifft gleichermaßen Eigentum und Besitz.<sup>98</sup>

Sehr deutlich wird dieser Gleichlauf in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Sache.<sup>99</sup> Diese Rechtsprechungslinie hat ihren Anfang im berühmten Fleet-Fall, in dem der Bundesgerichtshof das Eigentum an einem Schiff als beeinträchtigt angesehen hat, weil es längere Zeit in einem Fleet eingesperrt war und daher nicht bestimmungsgemäß genutzt werden konnte.<sup>100</sup> Im Fortgang dieser Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof wiederholt ausdrücklich betont, dass der Maßstab, der für die Beeinträchtigung des Eigentums entwickelt wurde, auch für die Bestimmung einer entsprechenden Besitzbeeinträchtigung anzuwenden sei:

<sup>93</sup> Siehe zur tatsächlichen Sachherrschaft oben bei S. 104 ff.

<sup>94</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 14. Zur Eigentumsbeeinträchtigung: *Thole*, in: Staudinger, 2019, § 1004 BGB Rn. 84.

<sup>95</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 14; *Herrler*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 862 BGB Rn. 3; *Thole*, in: Staudinger, 2019, § 1004 BGB Rn. 90; OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 30; *Fries*, JZ 2022, 361, 363.

<sup>96</sup> Vgl. *Eichler*, Institutionen II.1, 35; *Thole*, in: Staudinger, 2019, § 1004 BGB Rn. 90; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 14; *Zech*, Information als Schutzgegenstand: „Durch rechtliche Zuordnung des Besitzes werden zugleich alle Nutzungsmöglichkeiten zugeordnet, die auf den Besitz angewiesen sind.“

<sup>97</sup> *Wolff*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>9</sup>, § 17 I 2. c), S. 45; später ebenso *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, § 17 I. 2. c), S. 54.

<sup>98</sup> BGH v. 4.11.1997 – VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 380; BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 675; BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 17; BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 20; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 14; a. A. *Kalin*, ZfPW 2019, 436, 446 f.

<sup>99</sup> Siehe dazu ausführlich unten bei S. 206 ff.

<sup>100</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

„Entsprechendes [wie bezüglich einer Eigentumsverletzung durch eine Behinderung des Berechtigten bei der Benutzung der Sache und durch einen Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs] muß auch für die Beeinträchtigung des berechtigten Besitzes an einer Sache gelten: Soll der berechtigte Besitz gerade dazu dienen, eine bestimmte Nutzung der Sache zu ermöglichen, so stellt es eine Rechtsgutverletzung i. S. des § 823 I BGB dar, wenn der Besitzer an eben dieser Nutzung durch einen rechtswidrigen Eingriff in relevanter Weise gehindert wird.“<sup>101</sup>

Auch später hat der Gerichtshof betont, dass er die Grundsätze zur Eigentumsverletzung durch die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs für den Fall „auf den Besitz übertragen“ habe, dass „der berechtigte Besitz gerade dazu dienen soll, eine bestimmte Nutzung der Sache zu ermöglichen und der Besitzer an eben dieser Nutzung durch einen rechtswidrigen Eingriff gehindert wird“.<sup>102</sup> Umgekehrt stellt das Gericht allerdings auch klar, dass eine „Ausdehnung des Besitzschutzes über den Eigentumsschutz hinaus [...] damit nicht gewollt“ sei.<sup>103</sup>

Der Gerichtshof will „die für die Eigentumsverletzung beim Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Sache geltenden Grundsätze auf den Besitz übertragen“.<sup>104</sup> „Grundsätze [zur Bestimmung der Eigentumsbeeinträchtigung] gelten entsprechend für die Beeinträchtigung des berechtigten Besitzes an einer Sache“.<sup>105</sup> Es könne daher auch auf die Ausführungen zur Eigentumsbeeinträchtigung verwiesen werden.<sup>106</sup> Zumindest, wenn der berechtigte Besitz dazu dient, den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache zu ermöglichen, kann somit der Maßstab für eine Eigentumsbeeinträchtigung auf den Besitz übertragen werden.<sup>107</sup>

Auch wenn somit der Gebrauch der Sache nach gleichem Maßstab am Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz teilhat, bestehen Unterschiede. Sie betreffen jedoch nicht das Vorliegen, sondern die Folgen einer Rechtsgutsbeeinträchtigung – konkret die Bestimmung des ersatzfähigen Schadens im Deliktsrecht. Die Unterschiede spiegeln die Beschränkung des Besitzes auf einen Schutz der Benutzung und nicht auf einen Schutz der Substanz als solcher. Ein Besitzer erhält daher Schadensersatz nur für Nutzungsschäden, also für Schäden die durch die Einschränkung der Gebrauchsmöglichkeit der Sache entstehen, sowie für Haftungsschäden. Solche können entstehen, weil der Besitzer wegen Beschädigungen der Sache oder

<sup>101</sup> BGH v. 4.11.1997 – VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 380.

<sup>102</sup> BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 675; nahezu wortgleich: BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 17; inhaltlich ebenso BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 20.

<sup>103</sup> BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 675.

<sup>104</sup> BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 17.

<sup>105</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 20.

<sup>106</sup> BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 675; BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 17.

<sup>107</sup> BGH v. 4.11.1997 – VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 380; BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 675; BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 17; BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 20; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 14.

Unmöglichkeit ihrer Rückgabe Ansprüchen des Eigentümers ausgesetzt ist.<sup>108</sup> Ob auch reine Substanzschäden, also etwa Reparaturkosten, vom Besitzer oder nur vom Eigentümer geltend gemacht werden können, ist demgegenüber umstritten.<sup>109</sup> Für die hier diskutierten Fälle können diese Unterschiede im Rahmen des ersatzfähigen Schadens allerdings dahinstehen.

## II. Zuweisungsgehalt im Schadensersatz und negatorischen Rechtsschutz

Der Schutz von Eigentum und Besitz erfolgt über verschiedene Anspruchsgrundlagen. Dies wirft die Frage auf, ob den verschiedenen Schutzregimen ein einheitlicher Zuweisungsgehalt der dinglichen Schutzpositionen zugrunde liegt. Nur wenn dies der Fall ist, können zur Konkretisierung des Zuweisungsgehalts die Rechtsprechung und Diskussionen zu den verschiedenen Anspruchsgrundlagen ohne weitere Differenzierung herangezogen werden. Am Beispiel des Merkmals der Eigentumsbeeinträchtigung im Sinne des § 1004 BGB und der Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB soll der Identität des Zuweisungsgehalts nachgegangen werden. Dabei ist auch die Frage nach dem Verhältnis beider Haftungsregime zu berücksichtigen.

Einvernehmlich wird betont, dass eine Abgrenzung zwischen der verschuldensabhängigen Schadensersatzhaftung und dem verschuldensunabhängigen negatorischen Rechtsschutz erfolgen muss.<sup>110</sup> Über die Frage, wie diese Abgrenzung erfolgen soll, wird allerdings gestritten – insbesondere zwischen dem Ansatz des Bundesgerichtshofs sowie der ihm folgenden herrschenden Meinung einerseits und der von *Eduard Picker* entwickelten Rechtsusurpationslehre andererseits (dazu unter 1.). Im Folgenden wird daher untersucht, ob die unterschiedlichen Abgrenzungsansätze zwischen deliktischer Schadensersatzhaftung und negatorischem Rechtsschutz auch eine unterschiedliche Reichweite des Zuweisungsgehalts mit sich bringen (dazu unter 2.). Es zeigt sich, dass sich die Streitigkeiten über die Abgrenzung nicht auf unterschiedliche Verständnisse des Zuweisungsgehalts beziehen, sondern auf weitere Tatbestandsmerkmale, beziehungsweise die Reichweite der Rechtsfolgen bei Vorliegen einer Eigentumsbeeinträchtigung. Darüber, dass der Zuweisungsgehalt des Eigentums zwischen § 1004 BGB und § 823 Abs. 1 BGB identisch sein soll, besteht demgegenüber Einigkeit (dazu unter 3.). *Picker* benennt diese Identität ausdrücklich und macht sie sogar zum Ausgangspunkt seiner Systematik der privatrechtlichen Schutzregime (dazu unter 3. a)). Auch wenn bei den Vertretern der herrschenden Meinung entsprechend klare Aussagen selten sind, gehen auch sie von einer Identität des Zuweisungsgehalts aus (dazu bei 3. b)).

<sup>108</sup> *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 823 BGB Rn. 13.

<sup>109</sup> Offenlassend BGH v. 29.1.2019 – VI ZR 481/17, NJW 2019, 1669, 1671 m.w.N.; *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 823 BGB Rn. 13; *Köhler*, JuS 1977, 652, 654; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 325 f.: für eine ausschließliche Aktivlegitimation des Eigentümers.

<sup>110</sup> *Spohnheimer*, in: BeckOGK, 1.8.2022, § 1004 BGB Rn. 67.

### 1. Streit um das Verhältnis von § 1004 BGB und § 823 Abs. 1 BGB

Beim Streit um das Verhältnis zwischen § 1004 BGB und § 823 Abs. 1 BGB stehen sich als wohl prominenteste Ansichten der Bundesgerichtshof sowie die ihm folgende herrschende Meinung einerseits und die von *Picker* entwickelte Rechtsusurpationslehre andererseits gegenüber. Im Kern des Streits steht die Frage, wie streng zwischen beiden Anspruchsgrundlagen abzugrenzen ist. Da die herrschende Meinung mitunter auf die Kritik von *Picker* reagiert hat, soll zunächst das Modell von *Picker* dargestellt werden.

#### a) Klare Abgrenzung zwischen § 1004 BGB und § 823 Abs. 1 BGB nach *Picker*

*Picker* hat mit der Rechtsusurpationslehre bereits in seiner Dissertation die noch immer wohl prominenteste Gegenposition zur herrschenden Ansicht<sup>111</sup> zur Abgrenzung von § 823 BGB und § 1004 BGB entwickelt.<sup>112</sup> Grundgedanke des Ansatzes von *Picker*<sup>113</sup> ist es, dass die Reichweite jedes von der Rechtsordnung zugewiesenen subjektiven Rechts für das gesamte Bürgerliche Recht einheitlich zu bestimmen sei und lückenlos durch eine Trias von klar voneinander abzugrenzenden<sup>114</sup> Haftungssystemen bestehend aus negatorischem Rechtsschutz, Schadensersatzhaftung und Bereicherungsrecht geschützt werde.<sup>115</sup>

Die Grundlage des negatorischen Rechtsschutzes sieht *Picker* dabei in der tatsächlichen Usurpation einer dem gestörten Rechtsinhaber zugewiesenen Rechtsposition durch den Anspruchsgegner (Rechtsusurpationslehre oder Usurpationslehre).<sup>116</sup> Eine Beeinträchtigung im Sinne des § 1004 BGB soll danach in einer gegenwärtigen tatsächlichen Inanspruchnahme einer dem Eigentümer zugewiesenen Rechtsposition durch einen Dritten liegen.<sup>117</sup> Die mit der Usurpation einhergehen-

<sup>111</sup> Inzwischen hat *Pickers* Rechtsusurpationslehre zahlreiche Anhänger gefunden, sodass man – zumindest in der Lehre – wohl nicht mehr klar von einer Mindermeinung sprechen kann. Siehe etwa *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 459 ff.; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 74 ff.; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982 f.; *Raff*, in: MüKo8, § 1004 BGB Rn. 66 f. sowie 87 ff.; *Spohnheimer*, in: Beck-OGK, 1.8.2022, § 1004 BGB Rn. 36 ff.

<sup>112</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, insb. 49 ff.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 331 ff.; *Picker*, in: FS Lange, 625, 657 ff.; *Picker*, AcP 176 (1976), 28, 48 ff.; vgl. auch *Picker*, AcP 178 (1978), 499, 501; vgl. auch *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 455 und 459 ff.; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 74 ff.; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982 f.

<sup>113</sup> Siehe zum Ansatz *Pickers* auch unten bei S. 152 ff. und 220 ff.

<sup>114</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 18 ff., 51 ff. und 57; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 315 ff.; *Picker*, in: FS Medicus, 311, 318; *Picker*, in: FS Lange, 625, 655 ff.; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 455; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982.

<sup>115</sup> *Picker*, in: FS Medicus, 311, 316 ff.; *Picker*, JZ 2010, 541, 546.

<sup>116</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 49 f.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 332; *Picker*, in: FS Lange, 625, 657; *Picker*, AcP 176 (1976), 28, 48 und 50; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 74 ff.; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 459 f.

<sup>117</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 49 f. und 82; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 332; *Picker*, in: FS Lange, 625, 657; *Picker*, AcP 176 (1976), 28, 50; ihm folgend etwa *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 459 f.; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982.

de Besserstellung rechtfertige, warum im negatorischen Rechtsschutz eine verschuldensunabhängige Beseitigungspflicht des Eigentümers bestehe.<sup>118</sup>

*b) Überlappen der Rechtsschutzregime nach BGH und herrschender Ansicht*

*Pickers* Ansatz steht im Kontrast zum Ansatz des Bundesgerichtshofs und der herrschenden Meinung.<sup>119</sup> Sie grenzen weniger streng zwischen negatorischem Beseitigungsanspruch und deliktischer Schadenshaftung ab und lassen gewisse Überlappungen des Anwendungsbereichs zu. Der Ansatz *Pickers*, den negatorischen Beseitigungsanspruch auf eine Rechtsusurpation und damit auf Eingriffe in die rechtliche Integrität des Eigentums zu beschränken, werde – so die Kritik – dem Zweck des § 1004 BGB nicht gerecht, gemeinsam mit § 985 BGB das Eigentum umfassend zu schützen.<sup>120</sup> Ein negatorischer Anspruch müsse auch dann bestehen, wenn der Eigentumsbeeinträchtigung keine Anmaßung von Eigentümerbefugnissen durch den Störer gegenüberstehe.<sup>121</sup> Wegen des Verschuldenserfordernisses reiche es nicht, in solchen Fällen auf das Deliktsrecht zu verweisen, da dieses keinen dem § 1004 BGB gleichwertigen Eigentumsschutz bereithalte.<sup>122</sup> Im deutlichem Gegensatz zu *Pickers* Ansatz wird hier das Verschuldenserfordernis als Risiko einer unzureichenden Haftung angesehen, weshalb eine teilweise Überlagerung der Rechtsschutzregime wünschenswert erscheint.

Der Ansatz des Bundesgerichtshofs lässt zwischen dem Beseitigungsanspruch des § 1004 BGB und dem deliktischen Schadensersatzanspruch des § 823 Abs. 1 BGB weitergehende Überlappung zu.<sup>123</sup> Der Beseitigungsanspruch kann damit nicht nur die Beseitigung der Störungsquelle erfassen, sondern auch die Wiederherstellung der Benutzbarkeit der gestörten Sache.<sup>124</sup> Mittelbare Folgen der Beeinträchtigung seien demgegenüber nur als Schadensersatz bei Verschulden erstattungsfähig.<sup>125</sup> Trotz der weiten Reichweite des Beseitigungsanspruchs bedeute dies keine Aufhebung der Grenze zwischen Schadensersatz und negatorischem Rechtsschutz, da die Wiederherstellung der Benutzbarkeit lediglich auf die vollständige Beseitigung der Störungsquelle und nicht auf eine umfassende Beseitigung der Folgen der Eigentumsstörung ziele. Dass es dabei zu Überlappungen der Ansprüche kom-

<sup>118</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 49f.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 333; *Picker*, in: FS Lange, 625, 658f.; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 460; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 75; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982f.

<sup>119</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367.

<sup>120</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367.

<sup>121</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367.

<sup>122</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367.

<sup>123</sup> Vgl. BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367; BGH v. 24.1.2003 – V ZR 175/02, NJW-RR 2003, 953, 954; BGH v. 18.4.1997 – V ZR 28/96, NJW 1997, 2234, 2235.

<sup>124</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367f.; BGH v. 24.1.2003 – V ZR 175/02, NJW-RR 2003, 953, 954; BGH v. 18.4.1997 – V ZR 28/96, NJW 1997, 2234, 2235.

<sup>125</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1368; vgl. *Wenzel*, NJW 2005, 241, 243.

me, stehe einer Abgrenzung nicht entgegen und mache § 823 Abs. 1 BGB nicht zu einer *lex specialis* zu § 1004 BGB.<sup>126</sup>

## 2. Streit um das Merkmal der Beeinträchtigung

Die verschiedenen Ansichten zum Verhältnis von § 1004 und § 823 Abs. 1 BGB schlagen sich in Unterschieden in der Auslegung des Merkmals der Beeinträchtigung im Sinne des § 1004 BGB nieder. Sie betreffen etwa die Fragen, ob eine Beeinträchtigung durch eine störende Sache entfällt, wenn der Eigentümer der störenden Sache sein Eigentum aufgibt (dazu unter a)), und, ob die zu beseitigende Beeinträchtigung lediglich die ursprüngliche Störung erfasst (dazu unter b)). Im Folgenden werden diese Streitigkeiten danach untersucht, ob die Abgrenzung zwischen negatorischem Rechtsschutz und deliktischem Schadensersatz mit der Annahme einer unterschiedlichen Reichweite des Zuweisungsgehalts des Eigentums in beiden Regimen einhergeht.

### a) Entfallen der Beeinträchtigung bei Dereliktion

Ein Streit beschäftigt sich damit, ob eine Beeinträchtigung im Sinne des § 1004 BGB entfällt, wenn die Störung von einer Sache ausgeht und der Eigentümer der störenden Sache sein Eigentum an der Sache aufgibt. Dies würde bedeuten, dass der Eigentümer der störenden Sache einem Anspruch nach § 1004 BGB durch Dereliktion entgehen könnte.

*Eduard Picker* geht von einer solchen Enthftung aus und lehnt bei Dereliktion einen negatorischen Rechtsschutz ab. Er leitet dieses Ergebnis aus seiner Usurpationstheorie her.<sup>127</sup> Danach rechtfertigt die tatsächliche Usurpation einer dem gestörten Rechtsinhaber zugewiesenen Rechtsposition durch den Anspruchsgegner die verschuldensunabhängige Beseitigungspflicht des Eigentümers.<sup>128</sup> Geht die Störung von einer Sache aus, bedürfe es für deren Beseitigung eines Anspruchs, da die Rechtskreise der Eigentümer der gestörten und störenden Sache überlappten und das Eigentum des Anspruchsgegners an der störenden Sache dem Gestörten verbiete, selbst die Sache zu beseitigen.<sup>129</sup>

<sup>126</sup> *Wenzel*, NJW 2005, 241, 243. Teilweise wird demgegenüber die Abgrenzung auch gerade über eine *lex specialis*-Lösung angestrebt. So schlägt *Armbrüster* unter anderem vor, dass bei einer Sachsubstanzverletzung § 823 Abs. 1 BGB *lex specialis* zu § 1004 BGB sein und damit eine Beseitigung der Substanzverletzung nur bei Verschulden erfolgen soll: *Armbrüster*, NJW 2003, 3087, 3089.

<sup>127</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, insb. 49ff.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 331 ff.; *Picker*, in: FS Lange, 625, 657 ff.; *Picker*, AcP 176 (1976), 28, 48 ff.; vgl. auch *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982 f.; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 74 ff.; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 455 und 459 ff. Siehe dazu bei S. 150 f.

<sup>128</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 49 f.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 333; *Picker*, in: FS Lange, 625, 658 f.; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 460; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 75; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982 f.

<sup>129</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 49 ff.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 332 und 334; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 459 f.; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 75.

Angesichts dieses Hintergrunds bestehe ein Beseitigungsanspruch jedoch nur, solange die Usurpation der Rechtsposition durch den Eigentümer der störenden Sache andauere und solange dessen Eigentum an der störenden Sache den gestörten Eigentümer an einer eigenständigen Störungsbeseitigung hindere. Gebe der Anspruchsgegner daher sein Eigentum an der störenden Sache auf, so entfielen die Überlappung der Rechtskreise, die Besserstellung des Anspruchsgegners und das rechtliche Hindernis, welches den gestörten Rechtsinhaber daran hindere, die Störung selbst zu beseitigen. Ein Beseitigungsanspruch bestehe dann nicht mehr.<sup>130</sup> Eine weitergehende Haftung trotz Eigentumsaufgabe bestehe laut *Picker* nur im Rahmen einer Schadensersatzhaftung und nur bei Verschulden des früheren Eigentümers der störenden Sache. Allerdings könne schon die Dereliktion selbst eine schuldhaftige Eigentumsbeeinträchtigung darstellen und einen Schadensersatzanspruch begründen.<sup>131</sup>

*Picker* wendet sich nicht per se gegen eine Haftung des ehemaligen Eigentümers einer störenden Sache, sondern nur gegen einen verschuldensunabhängigen Rechtsschutz nach § 1004 BGB. Mit seiner Usurpationstheorie setzt er sich auch sonst dafür ein, die verschiedenen Haftungssysteme des BGB – negatorischer Rechtsschutz, Schadensersatzhaftung und Bereicherungsrecht – klarer voneinander abzugrenzen als dies nach der herrschenden Meinung erfolgt. Auch wenn die Usurpationstheorie zunehmend Anerkennung zu gewinnen scheint,<sup>132</sup> stellt die Möglichkeit der Enthftung durch Eigentumsaufgabe einen ihrer kontroversesten Punkte dar, dem auch Anhänger der Usurpationslehre mitunter nicht folgen.<sup>133</sup> Auch der Bundesgerichtshof – selbst kein Anhänger der Usurpationslehre – lehnt es ausdrücklich ab, dass ein Eigentümer seiner Beseitigungspflicht nach § 1004 BGB durch Eigentumsaufgabe entkommen könne.<sup>134</sup> § 1004 BGB wolle – so der Bundesgerichtshof – viel mehr sicherstellen, dass ein Störer auf eigene Kosten all das vornehme, das zur Beseitigung der Störung erforderlich sei.<sup>135</sup>

Die Frage nach der Möglichkeit einer Enthftung durch Dereliktion betrifft nicht das Vorliegen einer Eigentumsbeeinträchtigung, sondern die Reichweite einer Beseitigungspflicht. Die Diskussion betrifft die Auseinandersetzung mit *Pickers* Usurpationslehre. Nach *Pickers* Ansicht ist nur eine solche Beeinträchtigung nach § 1004 BGB zu beseitigen, die aktuell noch besteht und bei der es noch zu einer

<sup>130</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 113 f.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 337; FS Lange, 625, 660; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 461; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 77.

<sup>131</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 157 f.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 338 f.

<sup>132</sup> Siehe etwa *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 459 ff.; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 74 ff.; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982 f.; *Raff*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 1004 BGB Rn. 66 f. sowie 87 ff.; *Spohnheimer*, in: BeckOGK, 1.8.2022, § 1004 BGB Rn. 36 ff.

<sup>133</sup> *Raff*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 1004 BGB Rn. 67.

<sup>134</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367; BGH v. 30.3.2007 – V ZR 179/06, NJW 2007, 2182, 2182 Rn. 10.

<sup>135</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367; BGH v. 30.3.2007 – V ZR 179/06, NJW 2007, 2182, 2182 Rn. 10. Vgl. dazu Motive, Bd. 3, 423 = Mugdan, Materialien III, 236, worauf sich der BGH bezieht.

Überlagerung der Rechtskreise des beeinträchtigten Eigentümers und des Anspruchsgegners kommt.<sup>136</sup> Dies sei bei einer Störung durch eine Sache nur dann der Fall, wenn der Anspruchsgegner noch Eigentümer der Sache sei.<sup>137</sup>

Die Frage der Dereliktion stellt sich im Rahmen des von *Picker* vorgeschlagenen Tatbestandsmerkmals einer aktuellen tatsächlichen Usurpation einer Rechtsposition des Eigentums, das eine Abgrenzung des Beseitigungsanspruchs nach § 1004 BGB von einer Schadensersatzhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB ermöglichen soll.<sup>138</sup> Es handelt sich um ein Merkmal, das zu dem Merkmal der Eigentumsbeeinträchtigung hinzutreten müssen, um einen Anspruch nach § 1004 BGB zu begründen. Dass das Merkmal des fortbestehenden Eigentums des Anspruchsgegners an einer störenden Sache nicht infrage stellen soll, dass eine Eigentumsbeeinträchtigung vorliegt oder zumindest vorlag, zeigt sich deutlich darin, dass *Picker* wiederholt betont, dass sein Verständnis der bürgerlichrechtlichen Haftungssysteme auf der Annahme einer einheitlichen Rechtszuweisung für das Bürgerliche Recht beruht.<sup>139</sup> Er geht damit klar von einem einheitlichen Beeinträchtigungstatbestand aus, den die ergänzenden Merkmale, die die verschiedenen Haftungssysteme abgrenzen, nicht infrage stellen.

#### *b) Reichweite der Beseitigung*

Umstritten ist ferner die Reichweite der Beseitigungspflicht nach § 1004 BGB. Auch dabei stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen verschuldensunabhängiger Beseitigungspflicht nach § 1004 BGB und verschuldensabhängiger Schadensersatzhaftung nach § 823 Abs. 1 BGB. Der Bundesgerichtshof grenzt beide Ansprüche weniger streng voneinander ab und legt den Anspruch aus § 1004 BGB verhältnismäßig weit aus. Aus § 1004 BGB folge – so der Gerichtshof – nicht nur die Pflicht zur Beseitigung noch fortdauernder Eigentumsbeeinträchtigungen, sondern auch die Pflicht zur Wiederherstellung des ursprünglichen, dem Inhalt des Eigentums entsprechenden Zustands der gestörten Sache.<sup>140</sup>

Würde der Anspruch aus § 1004 BGB Beeinträchtigungen, die sich aus der Störungsbeseitigung selbst ergeben, nicht umfassen, so würde laut Bundesgerichtshof

<sup>136</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 113; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 335 ff.; *Picker*, in: FS Lange, 625, 659 ff.; *Picker*, AcP 176 (1976), 28, 50; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 461; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 76 f.

<sup>137</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 113 f.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 337 ff.; *Picker*, in: FS Lange, 625, 660; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 461; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 77.

<sup>138</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 51 ff. und 171; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 331 ff. und 338 f.; *Picker*, in: FS Lange, 625, 658 ff.; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 459 ff.; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 76 f. und 85 ff.; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982.

<sup>139</sup> Siehe etwa *Picker*, JZ 2010, 541, 546; vgl. *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305 f.; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 390 ff., 400 ff. und insb. 405 ff.; *Picker*, in: FS Medicus, 311, 316 ff.

<sup>140</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1367 f.; BGH v. 24.1.2003 – V ZR 175/02, NJW-RR 2003, 953, 954; BGH v. 18.4.1997 – V ZR 28/96, NJW 1997, 2234, 2235; *J. F. Baur/Stürmer*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 12 Rn. 7, S. 139.

der negatorische Anspruch seinen Zweck verfehlen, da der Betroffene sonst bei einer Geltendmachung des Anspruchs das Risiko weitergehender Beeinträchtigungen aufgrund der Störungsbeseitigung hinnehmen müsse.<sup>141</sup> Die Frage nach der Abgrenzung zwischen verschuldensabhängiger deliktsrechtlicher Schadensersatzhaftung und verschuldensunabhängiger negatorischer Haftung stelle sich demgegenüber nur bei „Beeinträchtigungen, die als weitere Folge der primären Störung entstanden“ seien und die nicht aus der Störungsbeseitigung selbst resultieren.<sup>142</sup>

*Picker* vertritt im Rahmen seiner Usurpationslehre erneut die Gegenthese. Er gewährt lediglich einen Anspruch auf Beseitigung noch anhaltender Beeinträchtigungen. Eine Beseitigung habe nach § 1004 BGB nur solange zu erfolgen, wie der Anspruchsgegner sich noch eine Rechtsposition des Eigentümers anmaße.<sup>143</sup> Nur insoweit bestehe eine Überlappung der Rechtssphären von Eigentümer und Anspruchsgegner und eine Usurpation einer dem Eigentümer zustehenden Rechtsposition.<sup>144</sup> Der Beseitigungsanspruch des § 1004 BGB fordere daher lediglich den Rückzug des Anspruchsgegners aus der rechtlichen Sphäre des Eigentümers.<sup>145</sup> Der Anspruchsgegner müsse im Rahmen der negatorischen Haftung die Sache nicht in ihren ursprünglichen Zustand zurückversetzen. Ob die beeinträchtigte Sache nach der Beendigung der Rechtsanmaßung wieder nutzbar sei, sei unbeachtlich.<sup>146</sup> Einen Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes könne der Eigentümer nur als Schadensersatzanspruch bei Verschulden des Anspruchsgegners geltend machen. Während die negatorische Haftung der Wiederherstellung der rechtlichen Integrität diene, diene die Schadensersatzhaftung mit der Naturalrestitution der Wiederherstellung der tatsächlichen Integrität.<sup>147</sup>

Diese Diskussion um die Reichweite der Beseitigungspflicht betrifft nicht das Vorliegen einer Eigentumsbeeinträchtigung als Tatbestandsvoraussetzung, sondern die Reichweite der Beseitigungspflicht als Rechtsfolge. Auch *Pickers* Usurpationslehre lehnt in diesen Fällen das Vorliegen einer Beeinträchtigung nicht ab, sondern setzt lediglich der Rechtsfolge des § 1004 BGB und damit der Beseitigungspflicht Grenzen.<sup>148</sup>

<sup>141</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1368.

<sup>142</sup> BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366, 1368.

<sup>143</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 113; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 335 f.; *Picker*, in: FS Lange, 625, 659 f.; *Picker*, AcP 176 (1976), 28, 50; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 461; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 76 f.

<sup>144</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 49 f. und 113; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 335 f.; *Picker*, in: FS Lange, 625, 658; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 460 f.; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 76 f.

<sup>145</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 157 f.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 335 ff.; *Picker*, in: FS Lange, 625, 658; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 460 f.; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 76 ff.; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982.

<sup>146</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 51; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 332; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 77 f. und 80 f.; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982.

<sup>147</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 49 f.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 332; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 459; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 76 f. und 80 f.

<sup>148</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 157 ff.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 332 f.;

c) *Zwischenfazit*

Auch wenn die dargestellten Streitigkeiten mitunter im Rahmen des Merkmals der Beeinträchtigung diskutiert und als Voraussetzung einer Beeinträchtigung dargestellt werden, betreffen sie nicht die Frage nach dem Vorliegen einer Beeinträchtigung als Tatbestandsmerkmal im Sinne einer Einwirkung auf das Rechtsgut Eigentum. Sie betreffen vielmehr Tatbestandsmerkmale, die zu dem Merkmal der Eigentumsbeeinträchtigung hinzutreten müssen sowie Einschränkungen im Hinblick auf die Reichweite der Beseitigungspflicht.

Die Streitigkeiten adressieren die Frage, wie im Hinblick auf die Rechtsfolgen zwischen § 1004 BGB und § 823 Abs. 1 BGB abzugrenzen ist. Sie treffen jedoch keine Aussage dahingehend, dass im Hinblick auf das grundlegende Tatbestandsmerkmal der Reichweite des Zuweisungsgehalts des Eigentums zwischen den genannten Vorschriften unterschieden werden sollte. Bei der Auslegung beider Vorschriften wird nach beiden Ansätzen bezüglich des Merkmals der Beeinträchtigung beziehungsweise Verletzung des Eigentums auf den Zuweisungsgehalt des Eigentums verwiesen.<sup>149</sup>

3. *Einheitlicher Zuweisungsgehalt*

Trotz Streitigkeiten über die Abgrenzung von § 1004 BGB zu § 823 Abs. 1 BGB ist nicht ersichtlich, dass bezüglich des Zuweisungsgehalts des Eigentums zwischen den Vorschriften unterschieden werden soll. Vielmehr wird von einem einheitlichen Zuweisungsgehalt ausgegangen. Während *Picker* dies wiederholt und explizit benennt (dazu unter a)), finden sich nur schwer entsprechende Aussagen bei der herrschenden Meinung. In der Sache kann man jedoch davon ausgehen, dass auch sie implizit von einer Identität des Zuweisungsgehalts ausgeht (dazu unter b)).

a) *Picker*

Erfreulich deutlich spricht *Picker* aus, dass der Zuweisungsgehalt des Eigentums unabhängig vom jeweiligen Rechtsschutzregime ist.<sup>150</sup> Ein expliziter Grundgedanke des Ansatzes von *Picker*<sup>151</sup> ist es sogar, dass die Reichweite jedes von der Rechtsordnung zugewiesenen subjektiven Rechts für das gesamte Bürgerliche Recht einheitlich zu bestimmen sei und lückenlos durch eine Trias der Haftungssysteme bestehend aus negatorischem Rechtsschutz, Schadensersatzhaftung und Bereicherungsrecht geschützt werde.<sup>152</sup> Die Rechtszuweisung beziehungsweise die Rechtsgewähr gehe der Rechtsschutzgewähr voraus (Zivilrecht als Rechtszuweisungsord-

*Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 459ff.; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 77f.; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982.

<sup>149</sup> Siehe dazu bereits S. 139ff.

<sup>150</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 546; vgl. *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305f.; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 390ff., 400ff. und insb. 405ff.; *Picker*, in: FS Medicus, 311, 316ff.

<sup>151</sup> Siehe zum Ansatz *Pickers* bei S. 150f. und S. 220ff.

<sup>152</sup> *Picker*, in: FS Medicus, 311, 316ff.; *Picker*, JZ 2010, 541, 546.

nung).<sup>153</sup> Der Zuweisungsgehalt präjudiziere den Schutzzumfang der subjektiven Rechte.<sup>154</sup> Die zugewiesene Rechtsposition werde durch die genannte Trias der Haftungssysteme umfassend geschützt.<sup>155</sup> Vor diesem Hintergrund ist klar, dass im Ansatz von *Picker* das Merkmal der Eigentumsbeeinträchtigung – als Beeinträchtigung der durch das Eigentum zugewiesenen Rechtsposition – unabhängig vom Kontext konkreter Anspruchsgrundlagen einheitlich zu bestimmen ist.<sup>156</sup>

Dem steht nicht entgegen, dass nach *Picker* eine Beeinträchtigung des Zuweisungsgehalts des Eigentums nicht regelmäßig Ansprüche in allen Rechtsschutzregimen begründet. Vielmehr treten in den einzelnen Rechtsgebieten weitere Tatbestandsmerkmale hinzu, die über die Art des gewährten Rechtsschutzes entscheiden. Ein weiteres Grundanliegen *Pickers* ist es schließlich, die verschiedenen zivilrechtlichen Haftungssysteme klar voneinander abzugrenzen.<sup>157</sup>

### b) Bundesgerichtshof und herrschende Meinung

Wie oben dargestellt, dulden Bundesgerichtshof und die ihm folgende herrschende Meinung eine gewisse Überlappung zwischen dem negatorischen Rechtsschutz des § 1004 BGB und dem deliktischen Schadensersatz des § 823 Abs. 1 BGB. Die Abgrenzung zwischen beiden Regimen bezieht sich vorrangig auf den Umfang des Anspruchsinhalts. Insbesondere wird der Umfang des Beseitigungsanspruchs nach § 1004 BGB begrenzt: Wiederherstellung der Nutzbarkeit der Sache: Ja; Beseitigung mittelbarer Folgen: Nein.<sup>158</sup> Für die Abgrenzung ohne Bedeutung bleibt das Merkmal der Rechtsgutsverletzung selbst. Das Merkmal der Beeinträchtigung wird als gleichförmig anerkannt, sodass auch hier von einem einheitlichen Zuweisungsgehalts unabhängig vom Rechtsschutzregime ausgegangen wird.<sup>159</sup> Meist wird diese Grundannahme implizit vorausgesetzt. Nur teilweise wird sie explizit ausgesprochen.<sup>160</sup>

<sup>153</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 57; *Picker*, in: FS Medicus, 311, 316f.; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 339f.; *Picker*, in: FS Lange, 625, 657f.; vgl. *Picker*, AcP 176 (1976), 28, 50; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 460; *Lobinger*, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung, 97ff.; vgl. *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 76.

<sup>154</sup> *Picker*, in: FS Medicus, 311, 320.

<sup>155</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 546; vgl. *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305f.; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 390ff., 400ff. und insb. 405ff.; *Picker*, in: FS Medicus, 311, 317.

<sup>156</sup> *Picker*, in: FS Medicus, 311, 316ff., 328 und 313; *Katzenstein*, AcP 211 (2011), 58, 86f.

<sup>157</sup> *Picker*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, 18ff., 51ff. und 57; *Picker*, in: FS Gernhuber, 315, 315ff.; *Picker*, in: FS Medicus, 311, 318; *Picker*, in: FS Lange, 625, 655ff.; *Buchholz/Radke*, JURA 1997, 454, 455; *Lobinger*, JuS 1997, 981, 982.

<sup>158</sup> Siehe etwa *Armbrüster*, NJW 2003, 3087, 3088f.

<sup>159</sup> Siehe allerdings *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 665; *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 99, 105f., die anscheinend von unterschiedlichen Reichweiten des Zuweisungsgehalts des Besitzes im Rahmen von § 858 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 1 BGB ausgehen. Kritisch dazu *Schmid/Rottmann*, JuS 2020, 849, 851f.

<sup>160</sup> Siehe etwa *Armbrüster*, NJW 2003, 3087, 3089: „Jede Eigentumsverletzung i. S. von § 823 I BGB lässt sich tatbestandlich zugleich als Eigentumsbeeinträchtigung i. S. von § 1004 BGB ansehen“; vgl. *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 497f. und 536ff.

#### 4. Zwischenfazit

Sowohl der BGH und die ihm folgende herrschende Meinung als auch die von *Picker* entwickelte Lehre gehen von einem einheitlichen Zuweisungsgehalt der geschützten Rechtspositionen in § 1004 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 1 BGB aus und suchen die Abgrenzung der Rechtsschutzregime über zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen und Differenzierungen bei der Reichweite des gewährten Rechtsschutzes. Dies zeigt exemplarisch, dass bei der induktiven Bestimmung des Zuweisungsgehalts von Eigentum und Besitz nicht zwischen Rechtsprechung und Diskussionen in der Literatur zu unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen differenziert werden muss.

### D. Fazit

Zur Beantwortung der Frage, inwiefern Eigentum beziehungsweise Besitz an einem vernetzten Gerät den Nutzer beim digitalen – also software- oder netzbasierten – Gebrauch dieses Geräts schützen, hat sich ein deduktiver Ansatz als nicht erfolgsversprechend erwiesen. Aus der Definition des Eigentums lassen sich keine klaren Rückschlüsse auf die konkrete Reichweite eines dinglichen Schutzes digitalen Sachgebrauchs ziehen.<sup>161</sup> Schon § 903 S. 1 BGB zeigt, dass das Eigentum nur vorbehaltlich seiner Grenzen vollumfassend ist. Erst eine Betrachtung dieser Grenzen gibt dem Eigentum eine klare Kontur. Auch abstrakte Definitionen der Beeinträchtigung oder Verletzung von Eigentum und Besitz etwa in § 1004 Abs. 1 BGB, § 823 Abs. 1 BGB oder § 858 Abs. 1 BGB ermöglichen keine exakte Umgrenzung der Reichweite des Zuweisungsgehalts der beiden Rechtspositionen. Die dortigen Definitionen verweisen vielmehr im Kern selbst pauschal auf den Zuweisungsgehalt der betroffenen Rechtsgüter und setzen damit ein bereits bestehendes Verständnis des Zuweisungsgehalts voraus, statt dessen Konkretisierung zu ermöglichen.

Zur Bestimmung der Reichweite des Schutzes durch Eigentum und Besitz wird daher im Folgenden ein induktiver Ansatz verfolgt. Durch einen Vergleich mit anerkannten Fallgruppen soll bezüglich konkreter Bedrohungsszenarien bestimmt werden, ob eine Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz vorliegt. Aus diesen Erkenntnissen kann dann auf den Zuweisungsgehalt von Besitz und Eigentum geschlossen werden. Für diesen Vergleich mit anerkannten Fallgruppen hat sich gezeigt, dass weder zwischen Eigentum und Besitz noch zwischen verschiedenen Anspruchsgrundlagen differenziert werden muss. Zumindest im Hinblick auf Einwirkungen, die den Gebrauch der Sache betreffen, entspricht sich der Zuweisungsgehalt der beiden Rechtspositionen.

---

<sup>161</sup> Siehe jedoch *Zech*, AcP 219 (2019), 488.

## *Kapitel 2*

### Schutz der Integrität verkörperter Software

Die Funktion eines vernetzten Geräts kann auf unterschiedliche Weise gesperrt werden.<sup>1</sup> In diesem sowie dem anschließenden Kapitel werden zunächst Funktionssperren betrachtet, die die im Gerät verkörperte Software und damit die Funktionsfähigkeit des Geräts selbst, also einen software- und nicht lediglich netzbasierten Gebrauch, betreffen. Es handelt sich dabei um Fälle, in denen ein Gebrauch aussetzt, der vorher allein durch das Gerät, also unabhängig von einer aktiven Netzanbindung eröffnet war. Diesem softwarebasierten Gebrauch steht der netzbasierte Gebrauch gegenüber, für den eine aktive Netzanbindung – insbesondere eine Verbindung zu dem Cloud-Server des Anbieters – erforderlich ist.

Eine Sperre des softwarebasierten Gebrauchs kann, muss aber nicht, mit einer Veränderung der im Gerät verkörperten Software einhergehen. Für die tatsächlichen Auswirkungen der Softwaresperre auf den Nutzer hat diese Differenzierung zwar keine Bedeutung, wohl aber für die Bestimmung einer Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz. Dieses Kapitel konzentriert sich daher auf Softwaresperren, die mit einer Änderung der im Gerät verkörperten Software einhergehen. Im Anschluss werden dann Softwaresperren betrachtet, die ohne eine solche Änderung bewirkt werden (dazu unter Kapitel 3), sowie Sperren des netzbasierten Gebrauchs, die die Funktionsfähigkeit des Geräts und den softwarebasierten Gebrauch unangetastet lassen (dazu unter Kapitel 4).

Um die sachenrechtliche Bewertung zu ermöglichen, wird im Folgenden zunächst dargestellt, wie eine Änderung der im Gerät verkörperten Software erfolgen kann (dazu unter A. I.), und dass es sich bei dieser Änderung um eine körperliche Änderung des vernetzten Geräts handelt (dazu unter A. II.). Aufgrund der Körperlichkeit der Änderung handelt es sich um einen prototypischen Fall einer Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz an dem vernetzten Gerät (dazu unter A. III.). Eine solche Beeinträchtigung ist jedoch gerechtfertigt, wenn der Nutzer in die Veränderung der verkörperten Software einwilligt. Ihm muss dabei nicht bewusst sein, dass die Änderung der Software unmittelbar zu einer Softwaresperre führt oder eine entsprechende Sperrmöglichkeit einführt (dazu unter B.).

---

<sup>1</sup> Siehe zu der technischen Funktionsweise oben bei S. 57 ff.

## A. Änderung der im Gerät verkörperten Software

Wie bereits an anderer Stelle angemerkt wurde,<sup>2</sup> müssen bei der Betrachtung von Software verschiedene Ebenen unterschieden werden.<sup>3</sup> Die folgenden Ausführungen betreffen allein die Ebene der Verkörperung der Software, also die auf einem Speichermedium konkret hinterlegte Software. Es geht damit um die Verkörperung<sup>4</sup> des Binärcodes im Datenträger, also die in den Ladungszuständen der Speicherzellen hinterlegte konkrete Abfolge an Einsen und Nullen.<sup>5</sup>

Abzugrenzen ist die Verkörperung der Software von geistigen Inhalten beziehungsweise Schöpfungen, die hinter der Software stehen und die in der verkörperten Software ihre physische Manifestation erfahren. Ist die Software ein Programm, so ist die verkörperte Software demnach abzugrenzen vom Computerprogramm als gedanklicher Logik und Abfolge verschiedener Rechenschritte.<sup>6</sup> Handelt es sich bei der Software um einen digitalen Inhalt – etwa eine Text-, Audio-, Video- oder Fotodatei –, so steht ebenfalls hinter der konkret verkörperten Software die entsprechende geistige Schöpfung.<sup>7</sup>

### I. Möglichkeiten einer Änderung verkörperter Software

Eine Änderung der im Gerät verkörperten Software kann unterschiedlich verursacht werden:<sup>8</sup> Eine Softwaresperre kann durch ein Update eingeführt werden oder durch einen sogenannten Kill-Switch, der zu einer Änderung oder Löschung von Dateien führt. Sofern der Anbieter sich Root-Rechte oder entsprechende administrative Zugriffsrechte an dem Gerät und damit digitale Sachherrschaft vorbehalten hat, kann er solche Änderungen an der verkörperten Software unabhängig von einer Mitwirkung des Nutzers technisch vornehmen.

Es ist jedoch auch denkbar, dass der Anbieter die Möglichkeit einer Softwaresperre durch ein Update einführt, bei dessen Installation der Nutzer mitgewirkt hat,

<sup>2</sup> Siehe oben bei S. 91 f. sowie S. 41 ff.

<sup>3</sup> Siehe grundlegend zur Differenzierung verschiedener Ebenen physischer Informationsträger: *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 44 mit tabellarischer Übersicht. Mitunter ist die Abgrenzung in der Literatur nicht ganz klar. Siehe nur beispielhaft: *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 245, der anscheinend nicht konsequent abgrenzt zwischen gespeicherten Daten als „bestimmtes Muster magnetischer Spannung“ einerseits und den darin verkörperten „bloße[n] Informationen“ andererseits.

<sup>4</sup> Siehe zur Körperlichkeit im Sinne des § 90 BGB bei S. 93 ff.

<sup>5</sup> Siehe zur Frage, inwiefern die Änderung des geistigen Inhalts verkörperter Software beziehungsweise eine veränderte Eignung der Software zur Steuerung des Geräts sachenrechtlich relevant sein kann, unten bei S. 185 ff. sowie S. 197 ff.

<sup>6</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht<sup>10</sup>, Rn. 199 und 215.

<sup>7</sup> *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht<sup>10</sup>, Rn. 192 f.

<sup>8</sup> Siehe zum technischen Hintergrund bereits oben bei S. 58 ff.

etwa indem er der Installation zugestimmt hat.<sup>9</sup> In diesem Fall kann die Software-sperre unmittelbar durch das Update ausgelöst werden – etwa, weil nach dem Updatevorgang ein Sperrbildschirm angibt, dass die Baureihe des Geräts nicht mehr unterstützt wird und die Software daher nicht mehr abgespielt werden kann. Denkbar ist jedoch auch, dass das Update nicht unmittelbar zu einer Software-sperre führt, sondern lediglich den Programmcode ändert und Bedingungen einführt, unter denen die Software später gesperrt wird, etwa wenn das Gerät ein gewisses Alter erreicht. Die später einsetzende Sperre selbst kann dann erneut mit einer weiteren Änderung der verkörperten Software einhergehen, muss es aber nicht.

Unabhängig davon, ob die Funktionssperre unmittelbar durch das Update ausgelöst wird oder das Update Bedingungen für eine später einsetzende Software-sperre schafft, sind beide Vorgänge gedanklich zu trennen: einerseits die Änderung der verkörperten Software durch das Update und andererseits die Einschränkung der Gebrauchsmöglichkeiten durch die Software-sperre. Beide können eigenständig eine Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz darstellen. Das vorliegende Kapitel befasst sich nur mit der Frage, inwiefern die Änderung der verkörperten Software Eigentum oder Besitz beeinträchtigt. Ob auch die Einschränkung der Gebrauchsmöglichkeit als solche, also unabhängig von einer Änderung der verkörperten Software, sachenrechtlich relevant ist, wird in Kapitel 3 erörtert.

## *II. Körperlichkeit der Änderung verkörperter Software*

Körperlichkeit im Sinne des § 90 BGB sollte, wie oben dargelegt wurde, als deskriptives Merkmal verstanden werden, ausgehend von der physikalischen Definition von Materie. Körperlich ist demnach, was aus Materie, also aus Elementarteilchen, besteht.<sup>10</sup> Abzugrenzen ist somit zwischen körperlich und geistig. Diese Definition von Körperlichkeit sollte auch im Rahmen der Bestimmung einer Eigentums- beziehungsweise Besitzbeeinträchtigung aufgrund einer Substanzveränderung berücksichtigt werden. Auch für diese Zwecke kann die Änderung einer Sache nur dann als sachenrechtlich relevante Substanzveränderung verstanden werden, wenn sich die Änderung auf eine Komponente der Sache bezieht, die an der Körperlichkeit der Sache im Sinne des § 90 BGB teilhat. Eine Änderung des Zustands der Sache stellt somit dann eine sachenrechtlich relevante Substanzveränderung dar, wenn sich die Änderung auf die Materie der Sache auswirkt und messbar die Eigenschaften des Körpers ändert.

Gemäß diesem Verständnis geht bei jeder der oben genannten technischen Möglichkeiten der Datenspeicherung<sup>11</sup> eine Änderung oder Löschung der verkörper-

---

<sup>9</sup> Siehe zur begrenzten rechtlichen Reichweite einer solchen Zustimmung im Hinblick auf die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Geräts unten bei S. 165 f.

<sup>10</sup> Siehe oben bei S. 81 f.

<sup>11</sup> Siehe oben bei S. 93 f.

ten Software mit einer körperlichen Änderung des Datenträgers einher.<sup>12</sup> Es wird auf den Körper des Datenträgers eingewirkt und die materiellen Eigenschaften der einzelnen Speicherzellen werden beeinflusst.<sup>13</sup> Es handelt sich damit um eine rechtlich relevante körperliche Veränderung.<sup>14</sup>

Bei optischer Speicherung – etwa auf einer CD – erfolgt die Änderung durch eine Anpassung der Erhebungen und Senkungen der Oberfläche des Datenträgers. Bei magnetischer Speicherung (bspw. Festplatte) erfolgt die Änderung durch eine langfristige Änderung der Ausrichtung der Moleküle in der Magnetschicht des Datenträgers entsprechend ihrem magnetischen Moment, wodurch die Magnetisierung der Speicherzellen beeinflusst wird. Bei elektronischer Speicherung auf Grundlage von Halbleitertechnik (bspw. Flash-Speicher oder Arbeitsspeicher) wird in den Speicherzellen, in denen die Bits jeweils durch die Schaltzustände und damit die Leitfähigkeit winziger Transistoren dargestellt werden, eine Steuerspannung (bei nicht-flüchtigen Speichern) beziehungsweise ein Steuerstrom (bei flüchtigen Speichern) angelegt, wodurch die Elektronendichte in der Basis und damit die Leitfähigkeit der Speicherzelle gelenkt wird. Bei nicht-flüchtigen Speichern bleibt diese Änderung auch ohne kontinuierlichen Stromfluss langfristig bestehen.<sup>15</sup> Es überrascht nicht, dass jede Änderung gespeicherter Software mit einer anhaltenden körperlichen Änderung des Speichermediums einhergeht. Schließlich ist es gerade der Sinn der Datenspeicherung und -verarbeitung, dass die Veränderungen der Zustände der Speicherzellen durch technische Mittel erkennbar sind, um ausgelesen und verarbeitet zu werden, und dass diese Änderungen langfristig bestehen bleiben, damit die gespeicherten Daten langfristig ausgelesen werden können.

### III. Sachenrechtliche Relevanz der körperlichen Änderung

Die Veränderung einer Sache in ihrer Substanz stellt die prototypische Eigentumsbeeinträchtigung dar.<sup>16</sup> Da eine Änderung der Verkörperung von Software eine vor § 90 BGB relevante körperliche Veränderung des entsprechenden Datenträgers darstellt, kann – zumindest bei nicht-flüchtigen Speichern, bei denen die Änderun-

<sup>12</sup> BGH v. 10.7.2015 – V ZR 206/14, NJW 2016, 317, Rn. 19; *Bydlinski*, AcP 198 (1998), 287, 295.

<sup>13</sup> Vgl. *Ernst/Schmidt/Beneken*, Grundkurs Informatik<sup>7</sup>, 15.

<sup>14</sup> *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 60; *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 103; *Spindler*, NJW 2004, 3145, 3146; *Spindler*, NJW 1999, 3737, 3737 f.; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 246; *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 17; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 267 ff.; *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 584; wohl a. A. („keine physische Einwirkung, sondern nur eine Veränderung der Speicherinhalte“): *Regenfus*, JZ 2018, 79, 83.

<sup>15</sup> Siehe zur technischen Dimension der Speicherung oben bei S. 93 f.

<sup>16</sup> Vgl. zur Substanzeinwirkung als klassische Eigentumsbeeinträchtigung nur *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 79; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 263 ff. Wohl ebenso BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 18, wobei unklar bleibt, worauf genau sich der Gerichtshof mit dem Begriff des „Eingriff in die Steuerung“ des vernetzten Geräts bezieht. Siehe zu dieser Unklarheit auch *Duden*, NJW 2023, 18, 19.

gen der Speicherzellen grundsätzlich dauerhafter Natur sind – von einer sachenrechtlich relevanten Beeinträchtigung ausgegangen werden, wenn der Anbieter oder ein Dritter auf dem Gerät verkörperte Software verändert.<sup>17</sup> Eine Softwaresperre, die auf einer Änderung der im Gerät verkörperten Software fußt, stellt damit eine Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz dar.

## B. Rechtmäßigkeit dank Einwilligung in die Substanzveränderung

Eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz durch eine Substanzveränderung ist rechtmäßig, wenn der Nutzer in die Veränderung eingewilligt hat.<sup>18</sup> Eine solche Zustimmung kann – über das Freischalten automatischer Updates<sup>19</sup> – generell für zukünftige Updates erklärt werden oder aber spezifisch durch die Bestätigung der Installation eines konkreten Updates.<sup>20</sup> Vielfach werden die Nutzer im Zusammenhang der Installation von Updates mehr oder weniger übersichtlich über die im Update vorgesehen inhaltlichen Änderungen der Software informiert. Dabei kann auch eine Aufklärung über die Möglichkeit der späteren Softwaresperre enthalten sein. Fehlt eine solche Aufklärung können Fragen nach der Wirksamkeit der Einwilligung aufkommen (dazu unter I).<sup>21</sup>

Letztlich zeigt sich allerdings, dass ein solcher Hinweis für die Wirksamkeit der Einwilligung in die Substanzveränderung an sich nicht erforderlich ist (dazu unter II.). Für die Wirksamkeit der Einwilligung reicht es vielmehr aus, dass dem Nutzer bewusst ist, dass es zu einer Änderung der verkörperten Software kommt. Sachenrechtlich sind die Änderungen der geistigen Inhalte der Software, die mit der Änderung ihrer Verkörperung einhergehen, unbeachtlich. Es ist nicht erforderlich, dass dem Nutzer bei der Einwilligung die eingeführte Möglichkeit einer Softwaresperre bekannt ist. Umgekehrt rechtfertigt dann eine Einwilligung jedoch auch nur

---

<sup>17</sup> Für eine Eigentumsbeeinträchtigung aufgrund einer Veränderung verkörperter Software: *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 60; *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 103; *Spindler*, NJW 2004, 3145, 3146; *Spindler*, NJW 1999, 3737, 3737f.; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 246; *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 17; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 267ff.; *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 584; *Magnus*, Fernkontrolle, 218ff., insb. 221; wohl a.A. („keine physische Einwirkung, sondern nur eine Veränderung der Speicherinhalte“): *Regenfus*, JZ 2018, 79, 83.

<sup>18</sup> Vgl. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 105; *Magnus*, Fernkontrolle, 226. Siehe zu einer Rechtfertigung der Nutzungssperre als zulässige technische Maßnahme zum Schutz des Urheberrechts des Anbieters an der integrierten Software ab S. 353.

<sup>19</sup> Zu Zweifeln an der Wirksamkeit als formularmäßige Erklärung: *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 22ff.

<sup>20</sup> Vgl. *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 413; *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 22.

<sup>21</sup> Zweifel an der Wirksamkeit formularmäßiger Einwilligungen in automatische Updates werden im Folgenden nicht behandelt, da dieses Problem keinen spezifischen Bezug zu Funktionsperren bei vernetzten Geräten hat. Vgl. dazu jedoch *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 22ff.

die Änderung der verkörperten Software an sich. Ob die sich aus der Veränderung des geistigen Inhalts ergebende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Geräts eine Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz darstellt und ob diese durch eine Einwilligung gerechtfertigt ist, ist eigenständig zu bewerten (siehe dazu unter Kapitel 3 sowie § 4 Kapitel 1).

### *I. Mögliche Zweifel an Wirksamkeit mangels Kenntnis der Sperrmöglichkeit*

Eine Einwilligung beseitigt die Rechtswidrigkeit einer Verletzung des Eigentums nur dann, wenn tatsächlich ein Einverständnis in die Rechtsgutsverletzung vorliegt.<sup>22</sup> Es reicht nicht aus, dass der Betroffene in eine Handlung einwilligt, ohne sich der damit verbundenen Rechtsgutsverletzung bewusst zu sein.<sup>23</sup> Hat der Betroffene jedoch in diesem Sinne in eine Rechtsgutsverletzung eingewilligt, gilt die Einwilligung weiterhin als freiwillig und bleibt wirksam, selbst wenn er sich über die genauen Umstände der Rechtsgutsverletzung geirrt hat. Erst wenn die Einwilligung nicht mehr als Ausfluss einer eigenen inneren Willensbildung angesehen werden kann, schadet dies der Wirksamkeit.<sup>24</sup> Unwirksam ist eine Einwilligung daher, wenn der Irrtum durch arglistige Täuschung hervorgerufen oder die Einwilligung unter Zwang erklärt wurde.<sup>25</sup>

Bei der Änderung verkörperter Software stellt sich die Frage danach, worauf sich genau die Einwilligung und das Bewusstsein der Rechtsgutsverletzung beziehen muss. Reicht es aus, wenn dem Nutzer bewusst ist, dass es zu einer Änderung der verkörperten Software kommt, oder muss ihm auch bewusst sein, inwiefern sich die Software inhaltlich verändert?<sup>26</sup> Sollte eine Kenntnis der inhaltlichen Änderung erforderlich sein, würde dies bedeuten, dass dem Nutzer bekannt sein muss, dass die Änderung der Software zu einer Softwaresperre führt oder zumindest später führen kann. Nur dann wäre die Einwilligung wirksam.

Vielfach wird den Nutzern bei einer Einwilligung in ein Update nicht bewusst sein, dass das Update die Möglichkeit einer Softwaresperre vorsieht oder sogar die Nutzung des Geräts sofort nach dem Update sperrt. Meist enthalten Softwareupdates zahlreiche und sehr unterschiedliche Änderungen: von Verbesserungen der

<sup>22</sup> BGH v. 21.2.1995 – VI ZR 19/94, NJW-RR 1995, 857, 858; OLG München v. 22.11.2012 – 23 U 3830/12, NJW-RR 2013, 800, 801; *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 823 BGB Rn. 38.

<sup>23</sup> BGH v. 21.2.1995 – VI ZR 19/94, NJW-RR 1995, 857, 858; *Spindler*, in: BeckOGK, 1.7.2022, § 823 BGB Rn. 83.

<sup>24</sup> BGH v. 2.12.1963 – III ZR 222/62, NJW 1964, 1177, 1178; BGH v. 24.6.1994 – V ZR 19/93, NJW 1994, 2755, 2756; *Spindler*, in: BeckOGK, 1.7.2022, § 823 BGB Rn. 87; *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 823 BGB Rn. 39.

<sup>25</sup> BGH v. 2.12.1963 – III ZR 222/62, NJW 1964, 1177, 1178; *Spindler*, in: BeckOGK, 1.7.2022, § 823 BGB Rn. 87; *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 823 BGB Rn. 39.

<sup>26</sup> Für eine Berücksichtigung des Inhalts: *Regenfus*, JZ 2018, 79, 83, der nur dann eine – ausdrückliche oder konkludente – Einwilligung annimmt, „wenn [die Veränderung der Software] der Verbesserung oder Fehlerbehebung dient.“

Informationssicherheit über die Beseitigung von Programmfehlern bis hin zu Verbesserungen der Softwareperformance oder zum Hinzufügen neuer Funktionen. Welche Änderungen bei einem Update genau eingeführt werden, ist den meisten Nutzern nicht bewusst. Muss dem Nutzer für eine wirksame Einwilligung daher auch bekannt sein, inwiefern sich der geistige Inhalt des Programms durch das Update verändert, läge regelmäßig ein relevanter Irrtum vor. Ein solcher Irrtum könnte wiederum häufig auf einer arglistigen Täuschung beruhen, falls der Anbieter nicht oder nicht in ausreichendem Maße auf die Möglichkeit einer Softwaresperre hingewiesen hat.<sup>27</sup>

Regelmäßig können Updates nur als Ganzes installiert werden oder die Installation insgesamt verweigert werden. Selbst wenn einem Nutzer daher bekannt wäre, wie ein Update den geistigen Inhalt der Software verändert, kann er nicht zwischen verschiedenen Änderungen auswählen und eine unliebsame Änderung verhindern. Meist können zudem einzelne Updates nicht übersprungen werden. Will ein Nutzer ein Update wegen konkreter Einzeländerungen nicht installieren, so schneidet er sich damit auch von jeglichen zukünftigen Updates ab – auch von wichtigen Sicherheitsupdates – und läuft unter anderem Gefahr, dass später erkannte Lücken in der Informationssicherheit nicht mehr durch Updates korrigiert werden. Vielfach können sich die Nutzer somit de facto einem Update kaum verwahren. Es wäre daher denkbar, dass eine Einwilligung in diesem Fall durch unzulässigen Zwang bewirkt und auch deshalb unwirksam ist.

## *II. Blindheit des Sachenrechts gegenüber geistigem Inhalt der Software*

Für die Wirksamkeit einer Einwilligung seitens des Nutzers und für die Rechtfertigung einer Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz ist damit maßgebend, welche Relevanz die Änderung des geistigen Inhalts, die durch die Veränderung der verkörperten Software begründet wird, für die Einwilligung hat. Den Weg weist insoweit die bereits dargestellte Vorgabe, dass sich eine Einwilligung auf die Rechtsgutsverletzung beziehen und diese umfassen muss. Umgekehrt muss die Einwilligung allerdings nicht über die Reichweite der Beeinträchtigung des Rechtsguts hinausreichen. Sie muss nur solche Umstände erfassen, die für das betroffene Rechtsgut von Bedeutung sind. Negative Folgen einer Beeinträchtigung, die nicht mehr vom Zuweisungsgehalt des beeinträchtigten Rechtsgutes erfasst sind, müssen auch nicht in der Einwilligung vorgesehen sein.

Aufgrund der ausschließlichen Fokussierung des Sachenrechts auf den Schutz körperlicher Gegenstände, bleibt der geistige Inhalt verkörperter Software für das Sachenrecht ohne Bedeutung. Ihm gegenüber ist das Sachenrecht blind. Sachenrechtlich relevant ist verkörperte Software lediglich als konkrete Ausprägung der

---

<sup>27</sup> Vgl. BGH v. 15.9.1999 – I ZR 98/97, NJW-RR 2000, 393, 394; BGH v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004, 2007; BGH v. 3.6.1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684, 2685.

Körperlichkeit des Datenträgers. Die Integrität verkörperter Software ist über den Schutz der Substanz des Datenträgers mit geschützt. Der geistige Inhalt sowie die innere Logik des Programmcodes und dessen Eignung zur Erfüllung des Zwecks, welchen der Nutzer verfolgt, ist aus sachenrechtlicher Sicht demgegenüber nicht von Bedeutung.<sup>28</sup> Solange sich ein geistiger Inhalt nicht in irgendeiner Form körperlich manifestiert, ist er für das Sachenrecht ohne Bedeutung. Bedeutung erhält der geistige Inhalt für das Sachenrecht erst, wenn er sich körperlich manifestiert, wenn also die im geistigen Inhalt angelegte Softwaresperre tatsächlich durch die elektronische Datenverarbeitung umgesetzt wird und in der Körperlichkeit des Geräts angelegte Funktionen unterbindet.<sup>29</sup>

Aus sachenrechtlicher Perspektive ist daher zwischen der reinen Änderung der verkörperten Software und einer späteren Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund einer Umsetzung des – veränderten – geistigen Inhalts zu differenzieren. Für die Einwilligung in die Substanzveränderung als solche ist der gedankliche Inhalt der Änderung und damit die Möglichkeit einer Softwaresperre unbeachtlich. Umgekehrt rechtfertigt allerdings die Einwilligung in die Substanzveränderung nicht zugleich eine spätere Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz durch die Beeinträchtigung der Gebrauchsmöglichkeiten des Geräts.<sup>30</sup> Eine solche bedarf vielmehr für ihre Rechtmäßigkeit einer – zumindest gedanklich zu trennenden – eigenen Einwilligung (dazu unter § 4. Kapitel 1).

### C. Fazit

Die Veränderung von verkörperter Software stellt eine körperliche Veränderung des Datenträgers dar. Sofern eine Softwaresperre daher mit einer Veränderung der im Gerät verkörperten Software einhergeht, stellt dies eine Substanzveränderung und damit eine Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz dar. Erfolgt die Veränderung ohne eine Mitwirkung des Nutzers, liegt damit eine Verletzung der genannten Schutzpositionen unmittelbar vor.

Hat der Nutzer demgegenüber bei der Veränderung der verkörperten Software mitgewirkt – insbesondere durch Einwilligung in ein Update –, so wird die Beeinträchtigung in Form der Veränderung der verkörperten Software vielfach aufgrund der Einwilligung des Nutzers gerechtfertigt sein. Für die Wirksamkeit der Einwilligung ist dabei unbeachtlich, ob dem Nutzer bekannt war, wie durch die Veränderung der Verkörperung der Software ihr geistiger Inhalt verändert wird, ob ihm also insbesondere bekannt war, dass durch die Veränderung eine Sperrmöglichkeit eingeführt wird oder sogar unmittelbar eine Sperre ausgelöst wird. Da das Sachenrecht

---

<sup>28</sup> Siehe dazu unten bei S. 185 ff.

<sup>29</sup> Siehe dazu bei S. 185 ff.

<sup>30</sup> Siehe dazu bei S. 171 ff., insb. S. 173 ff.

gegenüber dem geistigen Inhalt der Software blind ist, ist diese Änderung des geistigen Inhalts der Software sachenrechtlich unbeachtlich und muss daher nicht von der Einwilligung erfasst sein. Allein entscheidend ist die Einwilligung in die Substanzveränderung, die mit der Änderung der verkörperten Software einhergeht.

Abzugrenzen von der sachenrechtlich unbeachtlichen Änderung des geistigen Inhalts der verkörperten Software als solcher ist es jedoch, wenn es im Anschluss zu einer Softwaresperre kommt und die Funktionsfähigkeit des Geräts tatsächlich beeinträchtigt wird, wenn sich also der – eventuell veränderte – geistige Inhalt in einer Funktionssperre körperlich manifestiert. Eine solche tatsächliche Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Geräts ist gedanklich von der Veränderung der verkörperten Software zu trennen und kann eine eigene Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz darstellen (dazu im folgenden Kapitel), die einer eigenen Einwilligung bedarf (dazu unter §4 Kapitel 1). Erneut zeigt sich hier die Blindheit des Sachenrechts gegenüber dem geistigen Inhalt der verkörperten Software: Zwar ist es für die Wirksamkeit der Einwilligung in die Veränderung der verkörperten Software unbeachtlich, wie der geistige Inhalt der Software verändert wird und ob eine Sperrmöglichkeit in den geistigen Inhalt eingeführt wird. Umkehrt bedeutet dies jedoch auch, dass eine Einwilligung in die Veränderung der verkörperten Software eine spätere tatsächliche Funktionssperre nicht erfasst. Es bedarf einer eigenen Rechtfertigung, wenn die Sperrmöglichkeit nicht mehr nur im geistigen Inhalt der Software angelegt ist, sondern sich in einer Einschränkung der tatsächlichen Nutzbarkeit der Sache niederschlägt.



### Kapitel 3

## Schutz des softwarebasierten Gebrauchs

Kommt es beim softwarebasierten Gebrauch zu einer Funktionssperre, kann dies eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung darstellen. Wie eben dargestellt wurde, kann eine solche Funktionssperre mit einer Änderung der im Gerät verkörperten Software einhergehen. Selbst in diesem Fall bildet sie – wegen der Blindheit des Sachenrechts gegenüber dem geistigen Inhalt der verkörperten Software<sup>1</sup> – neben der Änderung der Software einen eigenständigen Ansatzpunkt für eine möglicherweise sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung.

Es ist allerdings auch ohne eine Änderung oder Löschung der im Gerät verkörperten Software eine Softwaresperre möglich, die den Gebrauch des Geräts beeinträchtigt. So können etwa in der Software – sei es von Anfang an oder aufgrund eines späteren Updates<sup>2</sup> – Bedingungen einprogrammiert werden, die erfüllt sein müssen, damit die Software abgespielt wird und das Gerät genutzt werden kann.<sup>3</sup> Über eine solche Abfrage kann beispielsweise kontrolliert werden, dass das Gerät nur innerhalb eines bestimmten geografischen Raums oder zeitlichen Rahmens verwendet werden kann – also etwa nur im Inland oder nur innerhalb von drei Jahren nach Erwerb des Geräts. Ist die Bedingung bereits im Programm angelegt, so muss es bei einer solchen Softwaresperre zu keiner Änderung der verkörperten Software kommen.<sup>4</sup>

Denkbar ist auch, dass eine an sich offline zu nutzende, im Gerät integrierte Software sich in regelmäßigen Abständen kurz mit dem Cloud-Server des Anbieters verbinden muss, um nutzbar zu bleiben. Verwehrt in diesem Fall der Anbieter dem Gerät des Nutzers den Zugriff auf den Server, kann dadurch eine Sperre der in dem Gerät integrierten Software ausgelöst werden. Ist die regelmäßige Einwahl auf einen Server für den Erhalt der Funktionsfähigkeit der im Gerät integrierten Software erforderlich und damit auch für die Fortdauer einer Nutzung, die an sich offline stattfindet, betrifft eine Verweigerung des Cloud-Zugangs den softwarebasierten Gebrauch des Geräts und die Funktionsfähigkeit der Sache selbst. Anders stellt es sich dar, wenn die Nutzung eines Geräts oder bestimmter Funktionen stets auf einen Cloud-Zugang angewiesen ist. Wird in diesem Fall der Cloud-Zugriff verhindert, ändert sich die Funktionsfähigkeit des Gerätes selbst nicht. Durch die Verwei-

---

<sup>1</sup> Siehe dazu bei S. 165 f.

<sup>2</sup> Siehe zu der Vereinbarkeit solcher Updates – trotz integrierter Sperrmöglichkeit – mit dem Eigentum bei Vorliegen einer Einwilligung des Nutzers oben bei S. 164 ff.

<sup>3</sup> *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 104. Siehe zum technischen Hintergrund bei S. 60f.

<sup>4</sup> *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 104.

gerung des Cloud-Zugriffs kommt es lediglich zu einer Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung, durch die der netzbasierte Gebrauch unterbunden wird.<sup>5</sup> Da der Anbieter die Kontrolle über den Zugang zu seinem Server hat, kann er dem Nutzer de facto aus beliebigen Gründen den Serverzugriff verweigern. Über die Bedingung einer regelmäßigen Verbindung mit dem Server kann der Anbieter daher sehr weitreichend und flexibel die Funktionsfähigkeit des Geräts kontrollieren beziehungsweise sperren. Erneut sieht man, dass der Anbieter durch die Produktgestaltung weitgehend selbst in der Hand hat, wie weit seine Sachfunktionsherrschaft reicht.

Im Folgenden wird untersucht, ob eine Sperre der im Gerät verkörperten Software, die im eben genannten Sinne nicht mit einer Veränderung dieser Software einhergeht, sachenrechtliche Relevanz entfaltet. Dieselbe Frage stellt sich auch bezüglich Funktionssperren, die zwar mit einer Veränderung der verkörperten Software einhergehen, die jedoch – wie eben dargestellt wurde – eigener Ansatzpunkt für eine mögliche Beeinträchtigung sind. Sofern in solchen Fällen die mit der Veränderung der Software einhergehende Substanzveränderung mangels Einwilligung bereits eine rechtswidrige Verletzung von Eigentum beziehungsweise Besitz darstellt, entwickelt eine mögliche Beeinträchtigung dieser Rechtsgüter durch die Funktionssperre als solche im Ergebnis keine eigenständige Bedeutung mehr. Anders stellt es sich jedoch dar, wenn die mit der Veränderung der verkörperten Software einhergehende Substanzveränderung aufgrund einer Einwilligung gerechtfertigt ist. Da eine solche Einwilligung nur die Veränderung der Software, nicht jedoch eine anschließende tatsächliche Funktionssperre erfasst,<sup>6</sup> ist die eigene sachenrechtliche Relevanz der Funktionssperre als solcher für den Schutz des Nutzers entscheidend.

Zurückgegriffen wird bei der folgenden Darstellung auf Diskussionen zur sachenrechtlichen Relevanz einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs unabhängig von einer Substanzbeeinträchtigung. Bei dieser Fallgruppe bestehen zwei Untergruppen, die jedoch in der Literatur und Rechtsprechung selten klar als solche benannt werden: Zunächst kann der bestimmungsgemäße Gebrauch durch eine Störung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst beeinträchtigt werden. Um einen solchen Fall kann es sich bei der Sperre der im Gerät integrierten Software handeln. Es zeigt sich, dass eine solche Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch eine Störung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst ohne Weiteres eine sachenrechtliche Relevanz hat – unabhängig davon, ob sie mit einer Substanzveränderung einhergeht oder nicht. Bei analogen Sachen ist eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache nur in wenigen Ausnahmefällen unabhängig von einer Substanzveränderung denkbar. Inwiefern eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs auch unabhängig von einer Substanzveränderung

---

<sup>5</sup> Siehe zur sachenrechtlichen Relevanz einer Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung bei S. 203 ff., insb. S. 232 ff.

<sup>6</sup> Dazu bei S. 61.

sachenrechtlich relevant ist, wurde daher bisher wenig diskutiert. Bei Geräten mit digitaler Infrastruktur gewinnt diese Frage wohl erstmals erhebliche Bedeutung (zu diesen Punkten bei A.). Erkennt man die eigenständige sachenrechtliche Relevanz einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs unabhängig von einer Substanzveränderung an, so ist von entscheidender Bedeutung, wie der bestimmungsgemäße Gebrauch von Sachen generell (dazu unter B.) und konkret bei vernetzten Geräten (dazu unter C.) konkretisiert werden kann.

Neben die Fälle einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch eine Störung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst, tritt als zweite Untergruppe die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung. Wie die folgende Darstellung zeigt, bilden diese Fälle den Hauptbetrachtungsgegenstand der bisherigen Diskussionen. Bei vernetzten Geräten kommt es zu solchen Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung bei Sperren des netzbasierten Gebrauchs. Da es hoch umstritten ist, ob und wann einer Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung sachenrechtliche Relevanz zukommt, werden diese Fälle im späteren Verlauf der Arbeit ausführlich diskutiert (dazu unter Kapitel 4). Dort wird auch die vom berühmten Fleet-Fall ausgehende Rechtsprechung zu diesen Fällen ausführlich dargestellt (dazu unter Kapitel 4 – A.I.).

### A. Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs

Im Folgenden wird dargestellt, inwiefern die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Sache sachenrechtliche Relevanz entfaltet. Dabei wird zwischen zwei Arten unterschieden, wie der bestimmungsgemäße Gebrauch beeinträchtigt werden kann: einerseits durch eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst und andererseits durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung. In der bisherigen Diskussion standen Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung im Fokus. Dies liegt daran, dass bei analogen Sachen eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit ohne gleichzeitige Substanzveränderung regelmäßig ausscheidet. Erst bei Sachen mit digitaler Infrastruktur und insbesondere vernetzten Geräten gewinnen Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst erstmals eine eigenständige Bedeutung. Sie weisen den Weg für die sachenrechtliche Relevanz einer Sperre von Software, die in vernetzten Geräten integriert ist. Im Folgenden stehen sie daher im Vordergrund.

Die sachenrechtliche Bedeutung von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung ist für die hiesigen Zwecke demgegenüber im Hinblick auf die Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs von Bedeutung. Der Umgang mit diesen Fällen wird daher im Anschluss diskutiert (dazu unter Kapitel 4 – A.).

*I. Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung als Ursprung der Diskussion*

Inwiefern die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Sache eine Eigentumsverletzung darstellt, ist seit langem umstritten. Im Fokus der Diskussion standen dabei stets Fälle, in denen der Eigentümer beim Gebrauch der Sache auf bestimmte Voraussetzungen der Umwelt angewiesen ist, diese jedoch in einer Weise beeinträchtigt sind, die einen Gebrauch der Sache ganz oder teilweise unmöglich machen. Es handelt sich um Beeinträchtigungen des Gebrauchs durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung. Bei diesen Fällen wird umfangreich diskutiert, ob und wann eine solche Störung der Sach-Umwelt-Beziehung eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung darstellt.<sup>7</sup>

Besondere Berühmtheit hat der sogenannte Fleet-Fall des Bundesgerichtshofs<sup>8</sup> erlangt, der lehrbuchreif verschiedene Arten und Intensitäten einer Einschränkung der Gebrauchsmöglichkeit einer Sache aufzeigt.<sup>9</sup> Er betraf Schiffe, die durch eine eingestürzte Kanalufermauer an der Ausfahrt aus beziehungsweise Einfahrt in einen Fleet gehindert wurden. Eine Eigentumsverletzung durch eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs nahm der Bundesgerichtshof lediglich bezüglich des Schiffes an, das von der eingestürzten Kanalufermauer in dem Fleet eingesperrt wurde, wodurch ihm die Eignung zu seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch als Transportmittel entzogen worden sei. Bezüglich der Schiffe, die wegen der eingestürzten Mauer aus dem Fleet ausgesperrt blieben und nicht an die Anlegestelle im Fleet gelangen konnten, sah der Bundesgerichtshof keine Eigentumsverletzung, da deren Eigenschaft als Transportmittel nicht betroffen sei.<sup>10</sup>

Ein weiteres Beispiel einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung betrifft die Unterbrechung von Stromzufuhr durch eine Beschädigung von Leitungskabeln. Der Bundesgerichtshof differenziert auch hier. Allein der Stillstand von Fertigungsanlagen stelle keine Eigentumsverletzung dar. Bei Produktionsausfällen, die dadurch verursacht würden, handele es sich um reine Vermögensschäden, die nicht von § 823 Abs. 1 BGB geschützt seien. Führt das Aussetzen des Stroms jedoch zur Zerstörung konkreter Sachen, etwa weil verderbliche Produkte nicht mehr gekühlt oder erwärmt werden, so nimmt der Gerichtshof eine Eigentumsverletzung an.<sup>11</sup> Thematisiert werden in der Diskussion weiterhin die Blockade von Garagenausfahr-

---

<sup>7</sup> Siehe dazu unten bei S. 206 ff.

<sup>8</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886.

<sup>9</sup> Der Fleet-Fall ist daher – nicht nur hier – bis heute oft Ausgangspunkt einer Diskussion über die Relevanz von Gebrauchseinschränkungen; siehe etwa *Picker*, ZfPW 2015, 385.

<sup>10</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

<sup>11</sup> BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720: Nur der Tod von Hühnerembryonen wegen Ausfallens eines elektrischen Brutapparats, nicht jedoch der generelle Stillstand der Fertigungsanlage als Eigentumsverletzung; vgl. auch BGH v. 4.6.1975 – VIII ZR 55/74, NJW 1975, 1512, 1513.

ten<sup>12</sup> sowie Profiteinbußen einer Autobahnraststätte, die aufgrund einer Blockade der Autobahn durch eine eingestürzte Brücke nicht erreicht werden konnte.<sup>13</sup>

Gemeinsam ist diesen Fällen, dass die Sachen selbst – das Boot, die Fertigungsanlage, das Auto in der Garage, die Raststätte – an sich funktionsfähig bleiben. Beeinträchtigt ist ein Gebrauch, für den die Eigentümer beziehungsweise Besitzer dieser Sachen auf bestimmte Umweltbedingungen angewiesen sind, diese jedoch nicht mehr oder nur eingeschränkt zur Verfügung stehen. Die Ursachen für die Einschränkung der Gebrauchsmöglichkeit liegen bei diesen Fällen nicht in den Sachen selbst, sondern in ihrer gebrauchsnötigen Umwelt – in der Sach-Umwelt-Beziehung.<sup>14</sup>

## II. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst

Die Einschränkung der Gebrauchsmöglichkeit durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung stellt nicht die einzig denkbare, sondern nur die am meisten diskutierte Art einer potenziell sachenrechtlich relevanten Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs dar.<sup>15</sup> Den Gegenpart zu einer Einschränkung der Gebrauchsmöglichkeit aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung stellt eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst dar. Auch sie kann den bestimmungsgemäßen Gebrauch beeinträchtigen. So läge es im Fleet-Fall beispielsweise, wenn nicht die eingestürzte Ufermauer das Boot an der Ausfahrt hindern würde, sondern das Boot selbst nicht mehr fahrtüchtig wäre.

### 1. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit ohne Substanzveränderung

Ob die Funktionsfähigkeit einer Sache selbst beeinträchtigt ist, kann analytisch von der Frage abgegrenzt werden, ob ihre Sachsubstanz verändert wurde. De facto fällt beides jedoch vielfach zusammen. Bei zahlreichen Beschädigungen der Substanz einer Sache kommt es gleichzeitig zu Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Sache. Bei analogen Sachen ist sogar regelmäßig eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit nicht ohne eine Veränderung der Sachsubstanz denkbar, da sich die Funktionalität einer analogen Sache gerade aus ihren Sachsubstanz ergibt.

Einschränkungen der Funktionsfähigkeit beruhen daher regelmäßig auf Änderungen der Körperlichkeit. Ein in der Körperlichkeit angelegter Gebrauch wird durch Veränderungen der Körperlichkeit beeinträchtigt. Änderungen der Funktionsfähigkeit ohne Änderungen der Körperlichkeit sind schwer denkbar. Geht je-

<sup>12</sup> Vgl. BGH v. 31.10.1974 – III ZR 85/73, NJW 1975, 347, 349.

<sup>13</sup> Eigentumsverletzung abgelehnt: BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174.

<sup>14</sup> Picker, JZ 2010, 541, bspw. 541 und 550f.; Picker, ZIPW 2015, 385, 414f.; H.-J. Mertens, in: MüKo<sup>3</sup>, § 823 BGB Rn. 113: „Sach-Umweltrelation“.

<sup>15</sup> Siehe zur Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vernetzter Geräte aufgrund einer Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung durch Verhinderung des netzbasier- ten Gebrauchs unten ab S. 232.

doch eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit mit einer Substanzveränderung einher, so steht die Substanzveränderung im Vordergrund der Betrachtung der sachenrechtlichen Relevanz des Geschehens. Eigentum beziehungsweise Besitz sind aufgrund der Substanzveränderung beeinträchtigt. Ob die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit auch ohne eine Substanzveränderung sachenrechtlich relevant gewesen wäre, spielt in der Betrachtung dann keine Rolle mehr.

Es gibt bei analogen Sachen nur wenige Beispiele, bei denen es ohne Substanzveränderung zu einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs kommen kann. Einzelne davon haben Eingang in Rechtsprechung und Literatur gefunden. Sie stellen spezifische Sonderfälle dar, die in der Diskussion eher am Rande erwähnt werden. Die Fälle betrafen einerseits verstopfte oder verschmutzte Rohre<sup>16</sup> und andererseits – als wohl bekanntestes Beispiel – ein Archiv, dessen Funktionsfähigkeit wegen eines Durcheinanderbringens der Archivbestände und durch deren teilweise Entwendung beeinträchtigt wurde.<sup>17</sup>

Diese Beispiele betreffen Sachen mit spezifischen Eigenschaften. Sie stellen Ausnahmen dar, die die Regel bestätigen, dass bei analogen Sachen eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit ohne Substanzveränderung nicht vorkommt. Bei einem Archiv handelt es sich um eine besondere Art der Sachgesamtheit, deren Nutzbarkeit auf ihrer inneren Organisation beruht. Der Bundesgerichtshof spricht von einer „organisatorischen Sacheinheit“.<sup>18</sup> Nur wegen der Bedeutung dieser inneren Ordnung ist eine Funktionsbeeinträchtigung ohne Substanzveränderung möglich. Damit handelt es sich jedoch um eine Ausnahme.

Die ungewöhnliche Natur des Falls zeigt sich auch darin, dass der Bundesgerichtshof offenlässt, worauf sich die Eigentumsverletzung genau bezieht. Einerseits betont er, dass es sich bei dem Archiv um eine Sachgesamtheit handle, die neben den Einzelsachen im Archivbestand keine eigene Sache darstelle. Andererseits soll die Störung der organisatorischen Sacheinheit, die sich auf das Archiv als Sachgesamtheit bezieht, eine Eigentumsverletzung darstellen.<sup>19</sup> Unklar bleibt damit, ob sich die Verletzung auf das Eigentum an den Einzelsachen in der Sachgesamtheit beziehen soll oder ob es daneben doch einen Eigentumsschutz an dem Archiv als Sachgesamtheit geben soll.

<sup>16</sup> Verstopftes Abwasserrohr: Eigentumsverletzung angenommen BGH v. 18.1.2000 – VI ZR 375/98, NJW 2000, 953, 953; vgl. *H.-J. Mertens*, in: MüKo<sup>3</sup>, § 823 BGB Rn. 112; *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 89; *Plum*, AcP 181 (1981), 68, 98f. sowie 99f. mit weiterem Beispiel (Silo, das wegen verklumpten Inhalts nicht mehr zu nutzen ist). Wasserrohr, das mit Rückständen einer schwer löslichen Chemikalie verschmutzt ist, wodurch das durchgeleitete Wasser einen unangenehmen Geruch erhält: Eigentumsverletzung angenommen BGH v. 7.12.1993 – VI ZR 74/93, NJW 1994, 517, 518; BGH v. 6.12.1994 – VI ZR 229/93, NJW-RR 1995, 342, 342.

<sup>17</sup> Eigentumsverletzung angenommen: BGH v. 26.2.1980 – VI ZR 53/79, NJW 1980, 1518, 1519.

<sup>18</sup> BGH v. 26.2.1980 – VI ZR 53/79, NJW 1980, 1518, 1519.

<sup>19</sup> BGH v. 26.2.1980 – VI ZR 53/79, NJW 1980, 1518, 1519.

Auch das Beispiel der Leitungsröhre<sup>20</sup> ist insoweit ungewöhnlich, als es sich um eine Sache handelt, bei der der Zustand eines durch die Sache eingeschlossenen Raums für die Funktionsfähigkeit entscheidend ist. Das eingeschlossene Volumen bildet dabei einen Raum, der sich zwar innerhalb der physischen Grenze der Sache befindet, aber nicht körperlich mit ihr verbunden ist. Er ist nicht wegen einer körperlichen Verbindung Teil der Sache, sondern aufgrund des körperlichen Eingeschlossenseins. Man kann sich diesen Raum in gewisser Weise als Umwelt im Inneren der Sache vorstellen, die zur Nutzung der Sache einen bestimmten Zustand haben muss.

## 2. Wachsende Bedeutung eines eigenen Schutzes der Funktionsfähigkeit

Im Gegensatz zu analogen Sachen gewinnen bei Geräten mit integrierter Software Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit ohne Substanzveränderungen erhebliche Bedeutung. Bei ihnen bestimmt nicht nur die Sachsubstanz, sondern auch die verkörperte Software die Funktionalität der Sache.<sup>21</sup> Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit sind weitreichend ohne Substanzveränderungen möglich. Bei entsprechender Gestaltung des Programmcodes kann die Funktionalität ohne körperliche Änderungen beeinträchtigt werden. Anders als bei analogen Sachen reicht es nicht mehr aus, davon auszugehen, dass die Funktionsfähigkeit einer Sache ausreichend durch den Schutz der Integrität der Sachsubstanz mitgeschützt ist. Bei Geräten mit digitaler Infrastruktur reicht ein derart akzessorischer Schutz nicht mehr aus. Zunehmend tritt die Notwendigkeit eines eigenständigen Schutzes des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund von Störungen der Funktionsfähigkeit zutage. Es stellt sich mit neuer Dringlichkeit die Frage, wie der geschützte bestimmungsgemäße Gebrauch der Sache und damit die Reichweite des Schutzes zu bestimmen sind.<sup>22</sup>

## 3. Unmittelbare sachenrechtliche Relevanz

Wegen ihrer Seltenheit spielen die Beispiele analoger Sachen, deren Funktionsfähigkeit auch ohne eine Substanzveränderung beeinträchtigt werden kann, in Literatur und Rechtsprechung nur eine geringe Rolle. Die genannten Beispiele einer solchen Beeinträchtigungen werden in Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich konzeptionalisiert und unterschiedlich in die Betrachtung möglicher Eigentumsverletzungen im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB integriert. Von manchen Autoren werden die Fälle als sachbezogene Funktionsstörung behandelt und von Fällen der Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs beziehungsweise der Beein-

---

<sup>20</sup> BGH v. 7.12.1993 – VI ZR 74/93, NJW 1994, 517, 518; BGH v. 6.12.1994 – VI ZR 229/93, NJW-RR 1995, 342, 342; BGH v. 18.1.2000 – VI ZR 375/98, NJW 2000, 953, 953.

<sup>21</sup> Siehe dazu unten bei S. 184 ff., insb. S. 189.

<sup>22</sup> Vgl. zur Schwierigkeit, positiv geschützte Arten eines Sachgebrauchs zu benennen, bereits Motive, Bd. 3, 423 = Mugdan, Materialien III, 236.

trächtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung abgegrenzt.<sup>23</sup> Mitunter unterbleibt eine solche Abgrenzung und die Fälle werden als Teil der Fallgruppe einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache diskutiert.<sup>24</sup> Teilweise werden sie eher in den Zusammenhang von Substanzverletzungen gerückt.<sup>25</sup>

Unabhängig von der dogmatischen Verortung besteht, soweit ersichtlich, jedoch im Ergebnis – anders als bei Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung – Einigkeit, dass in den genannten Fällen eine Eigentumsverletzung vorliegen soll.<sup>26</sup> Bei den verstopften oder verschmutzten Rohren<sup>27</sup> und dem durcheinandergebrachten Archiv<sup>28</sup> wurde jeweils eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung unabhängig von der Frage angenommen, ob es zu einer Veränderung der Sachsubstanz gekommen war.<sup>29</sup> Der Bundesgerichtshof hat wiederholt festgestellt, dass auch „eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung einer Sache“ eine Eigentumsverletzung darstellen könne, unabhängig davon, ob es zu einem Eingriff in die Sachsubstanz komme.<sup>30</sup>

Sofern die Beeinträchtigung die Funktionsfähigkeit der Sache selbst betrifft, ist eine sachenrechtliche Relevanz ohne Weiteres anzunehmen.<sup>31</sup> Ergibt sich die Beeinträchtigung aus einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung, wird umfangreich diskutiert, ob und wann eine sachenrechtliche Relevanz besteht.<sup>32</sup> Nur unter bestimmten einschränkenden Voraussetzungen bezüglich der Unmittelbarkeit des Bezugs zwischen Störung und Sache sowie bezüglich des Umfangs und der Dauer der Gebrauchsbeeinträchtigung<sup>33</sup> begründet eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung eine sachenrechtliche Relevanz. Wird der bestimmungsgemäße Gebrauch demgegenüber durch eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst gestört,

<sup>23</sup> *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 89; *H.-J. Mertens*, in: MüKo<sup>3</sup>, § 823 BGB Rn. 112; vgl. *Plum*, AcP 181 (1981), 68, 98 ff.

<sup>24</sup> So der BGH bei dem Fall einer verstopften Leitung: BGH v. 18.1.2000 – VI ZR 375/98, NJW 2000, 953, 953.

<sup>25</sup> So wohl *Picker*, NJW 2015, 2304, 2304 f.

<sup>26</sup> *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 89; *H.-J. Mertens*, in: MüKo<sup>3</sup>, § 823 BGB Rn. 112; wohl auch *Picker*, NJW 2015, 2304, 2304 f.; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 264.

<sup>27</sup> Verstopftes Abwasserrohr: Eigentumsverletzung angenommen BGH v. 18.1.2000 – VI ZR 375/98, NJW 2000, 953, 953; vgl. *H.-J. Mertens*, in: MüKo<sup>3</sup>, § 823 BGB Rn. 112; *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 89; *Plum*, AcP 181 (1981), 68, 98 f. sowie 99 f. mit weiterem Beispiel (Silo, das wegen verklumpten Inhalts nicht mehr zu nutzen ist). Wasserrohr, das mit Rückständen einer schwer löslichen Chemikalie verschmutzt ist, wodurch das durchgeleitete Wasser einen unangenehmen Geruch erhält: Eigentumsverletzung angenommen BGH v. 7.12.1993 – VI ZR 74/93, NJW 1994, 517, 518; BGH v. 6.12.1994 – VI ZR 229/93, NJW-RR 1995, 342, 342.

<sup>28</sup> Eigentumsverletzung angenommen: BGH v. 26.2.1980 – VI ZR 53/79, NJW 1980, 1518, 1519.

<sup>29</sup> Explizit offenlassend, ob eine Substanzveränderung vorliegt: BGH v. 18.1.2000 – VI ZR 375/98, NJW 2000, 953, 953.

<sup>30</sup> BGH v. 7.12.1993 – VI ZR 74/93, NJW 1994, 517, 518; BGH v. 6.12.1994 – VI ZR 229/93, NJW-RR 1995, 342, 342; BGH v. 18.1.2000 – VI ZR 375/98, NJW 2000, 953, 953.

<sup>31</sup> Vgl. zumindest implizit *Fries*, JZ 2022, 361, 363.

<sup>32</sup> Siehe unten bei S. 206 ff., insb. S. 228 ff. und S. 232 ff.

<sup>33</sup> Siehe dazu unten bei 215 ff.

so bleiben diese einschränkende Voraussetzungen ohne Bedeutung.<sup>34</sup> Die Abgrenzung von Fällen einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst und der Störung der Sach-Umwelt-Beziehung ist damit von entscheidender Bedeutung.

### *III. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit vs. Störung der Sach-Umwelt-Beziehung*

Die Abgrenzung zwischen einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst und der Störung der Sach-Umwelt-Beziehung ist abstrakt leicht eingängig, kann im Detail jedoch Schwierigkeiten aufwerfen.

#### *1. Abgrenzung der Fallgruppen*

Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit betreffen die Sache selbst. Es werden Gebrauchsmöglichkeiten gestört, die sich allein aus der Sache selbst ergeben. Um einen solchen Fall handelt es sich bei den bereits vorgestellten Softwaresperren,<sup>35</sup> die im Folgenden betrachtet werden. Gestört wird dabei der Ablauf der im Gerät verkörperten Software. Es handelt sich um eine rein sachinterne Störung. Daraus resultierende Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs stellen Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Geräts dar.

Einschränkungen der Gebrauchsmöglichkeit aufgrund von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung beziehen sich demgegenüber auf Gebrauchsmöglichkeiten, für die der Nutzer auf konkrete Umweltbedingungen angewiesen ist. Erfasst die Störung daher nur diese sachexternen Faktoren, handelt es sich um keine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst. Werden neben sachexternen auch sachinterne Umstände gestört, so handelt es sich bei einer daraus resultierenden Beeinträchtigung zumindest auch um eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst. Sofern dadurch der bestimmungsgemäße Gebrauch beeinträchtigt wird, liegt darin ohne Weiteres eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung.

Sachinterne und sachexterne Ursachen für Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs können zusammenwirken. Einen solchen Fall stellt es

---

<sup>34</sup> Diese Differenzierung unterbleibt in OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 33. Dort betont das Gericht, dass der Nutzer bei einer Sperre der Auflademöglichkeit einer Elektrofahrzeugbatterie diese Batterie „überhaupt nicht mehr bestimmungsgemäß zum Betrieb seines Elektrofahrzeugs nutzen“ könne. Diese Darstellung adressiert die Voraussetzung der Rechtsprechung, dass die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs nur eine Besitzbeeinträchtigung darstellt, wenn der Gebrauch umfassend entzogen wird (siehe dazu unten bei S. 216 ff.). Diese Einschränkung erscheint jedoch nur für Fälle der Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störung der Sach-Umwelt-Beziehung erforderlich, nicht jedoch für Störungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst, um die es sich im konkreten Fall jedoch handelte.

<sup>35</sup> Siehe oben bei S. 169 f.

dar, wenn sich ein grundsätzlich offline funktionsfähiges Gerät regelmäßiges mit dem Cloud-Server des Anbieters verbinden muss, um weiterhin genutzt zu werden. Verweigert der Anbieter in diesem Fall den Cloud-Zugang, so liegt darin zunächst eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung.<sup>36</sup> Dadurch, dass die im Gerät verkörperte Software nach der Verweigerung des Cloud-Zugangs nicht mehr genutzt werden kann und dadurch gewisse Funktionen des Geräts aussetzen, kommt es daneben zu einer sachinternen Störung.

Mit *Eduard Picker* kann der Kontrast zwischen Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst und Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung auch als Kontrast zwischen positiven und negativen Einwirkungen auf die Sache beschrieben werden: Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung definiert *Picker* als negative Einwirkungen.<sup>37</sup> Es werde nicht etwas Funktionsverhinderndes der Sache hinzugefügt, sondern der Sache etwas Funktionsermöglichendes vorenthalten.<sup>38</sup> Eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst wäre demgegenüber eine positive Einwirkung, weil funktionsverhindernd auf die Sache eingewirkt wird, selbst wenn es dabei zu keiner Substanzveränderung kommt.

## 2. Abgrenzungsschwierigkeiten

Bezogen auf konkrete Fälle ist es oft nicht zweifelsfrei, ob eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit einer Sache selbst oder eine Einschränkung ihrer Gebrauchsmöglichkeit aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung vorliegt. Anschaulich verdeutlicht das Beispiel einer verstopften Abwasserleitung, wie nah die Fallgruppen beieinander liegen können: Ist das Innere der Leitung verstopft, ist die Funktionsfähigkeit der Sache selbst beeinträchtigt.<sup>39</sup> Durch ein Rohr eine Flüssigkeit durchzuleiten, ist eine Funktion, die sich allein aus der Sache selbst ergibt. Die verstopfende Substanz ist eine positive Einwirkung. Verhindert demgegenüber eine Verstopfung der öffentlichen Kanalisation den Abfluss des Wassers aus dem privaten Abwasserrohr, so liegt eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung vor. Die Nutzung des Abflussrohrs setzt voraus, dass das Wasser aus dem Rohr abfließen kann. Mit der genauen Position der Verstopfung entscheiden womöglich wenige Millimeter über die Abgrenzung der Fallgruppen.

## 3. Abgrenzung gegenüber Substanzveränderung

An dem Beispiel eines verstopften Abwasserrohrs zeigt sich darüber hinaus, dass auch die Abgrenzung zwischen einer Substanzveränderung und einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst nicht immer klar ist. So ist denkbar, dass eine Verstopfung eines Rohrs mit einer Substanzveränderung einhergeht. Ge-

<sup>36</sup> Siehe zu deren sachenrechtlicher Bedeutung unten bei S. 206 ff.

<sup>37</sup> Siehe dazu unten bei S. 221 ff.

<sup>38</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 544; *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305 f.; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 419.

<sup>39</sup> BGH v. 6.12.1994 – VI ZR 229/93, NJW-RR 1995, 342, 342; BGH v. 18.1.2000 – VI ZR 375/98, NJW 2000, 953, 953.

rade im Originalfall des Bundesgerichtshofes, in dem das Leitungsrohr durch Beton verstopft wurde, wäre durchaus an eine Substanzveränderung zu denken. Es wundert daher nicht, dass der Bundesgerichtshof in der Entscheidung ausdrücklich offenlässt, ob eine Substanzveränderung vorliegt.<sup>40</sup>

Dass der Bundesgerichtshof die Substanzveränderung offenlässt, zeigt auch, dass eine Abgrenzung zwischen einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst und einer Substanzveränderung nicht notwendig ist. Sofern eine Substanzveränderung die Funktionsfähigkeit der Sache beeinflusst, sind beide Fallgruppen betroffen. Beide begründen eigenständig eine Verletzung von Eigentum oder Besitz. Da jedoch meist die Substanzveränderung leichter zu bestimmen ist und schon für sich genommen eine Eigentumsbeeinträchtigung darstellt, ist im Ergebnis ohne Bedeutung, ob daneben auch die Funktionsfähigkeit der Sache selbst beeinträchtigt ist.

Die schwierige Abgrenzung zwischen den Fallgruppen der Substanzveränderung, der Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst und der Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung legt nahe, dass es sich bei den Fallkonstellationen weniger um klar abgegrenzte, diskrete Fallgruppen handelt als um Schwerpunkte auf einem Spektrum an unterschiedlich direkten Einwirkungen auf die Sache.<sup>41</sup> Die häufige Parallelität von Substanzveränderungen und Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst wirkt dabei im Ergebnis keine Probleme auf, da in beiden Fällen eine Eigentumsverletzung angenommen wird. Als Herausforderung erscheint demgegenüber die unklare Abgrenzung zwischen Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst und Einschränkungen ihrer Gebrauchsmöglichkeit aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung. Da bei Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung eine sachenrechtliche Relevanz nur unter bestimmten Voraussetzungen angenommen wird und teilweise sogar generell abgelehnt wird,<sup>42</sup> kann diese Abgrenzung entscheidend sein.

## B. Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs

Sowohl eine Störung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst als auch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung kann den Gebrauch einer Sache beeinträchtigen.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> BGH v. 18.1.2000 – VI ZR 375/98, NJW 2000, 953, 953.

<sup>41</sup> Bei einem ähnlichen Gedanken eines Kontinuums der Nutzungsbeeinträchtigungen setzt die Kritik von *Picker* bezüglich der Behandlung von Fällen der Nutzungsbeeinträchtigung aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung an: *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 411. Siehe dazu unter S.222 f.

<sup>42</sup> Siehe dazu unten bei S.221 ff.

<sup>43</sup> Siehe zu der sachenrechtlichen Relevanz einer Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung unten bei S.206 ff.

Sachenrechtliche Relevanz erhält eine solche Beeinträchtigung nur, wenn sie den bestimmungsgemäßen Gebrauch einer Sache betrifft. Entscheidend wird damit die Frage, welcher Gebrauch in diesem Sinne bestimmungsgemäß ist.<sup>44</sup> Die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs muss objektiv erfolgen und darf insbesondere keine Beschaffenheits- oder Nutzungsvereinbarungen beteiligter Personen berücksichtigen. Der bestimmungsgemäße Gebrauch ist insoweit von einem subjektiv bestimmten Gebrauch abzugrenzen. Entscheidend ist die für den Verkehr erkenntliche und in der Sache angelegte Funktionalität.

### *I. Objektivierter Gebrauchsschutz*

Für die Bestimmung der Reichweite des sachenrechtlichen Schutzes sind die Verkehrsanschauung und die Erkennbarkeit dieses Schutzes von großer Bedeutung. Nur wenn Verkehrsteilnehmer erkennen können, ob und wie weit körperliche Objekte einem sachenrechtlichen Schutz unterfallen, können sie ihr Verhalten darauf ausrichten. Nur so können sie die Grenzen ihrer eigenen persönlichen Freiheit erkennen und abschätzen, wann sie in fremde Rechte eingreifen und in der Folge rechtlich zur Verantwortung gezogen werden können. Nur dann kann der Vorwurf einer schuldhaften Verletzung dieser Rechte formuliert und können entsprechende Haftungsfolgen gerechtfertigt werden.

Vor diesem Hintergrund erklärt sich erneut die Zentralität der Substanzveränderung als unstreitige und prototypische Verletzung des Eigentums durch tatsächliche Einwirkungen auf die betroffene Sache.<sup>45</sup> Mit dem Merkmal der Abgegrenztheit wird die Bestimmbarkeit der körperlichen Grenzen eines Objekts schon definitorisch zur Voraussetzung der Sachqualität erhoben.<sup>46</sup> Bezüglich Substanzwirkungen wird damit für den Verkehr die Grenze des sachenrechtlichen Schutzes erkennbar. Einem akzessorischen Schutz der Funktionsfähigkeit einer Sache über den Schutz ihrer Sachsubstanz kommt diese Klarheit zugute. Die Gren-

---

<sup>44</sup> Aufgrund der Unschärfe des Begriffs des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einen entsprechenden Schutz bei vernetzten Geräten generell ablehnend: *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 99, 112; *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 664. Betont wird dabei besonders, dass Abgrenzungsschwierigkeiten, die mit dem Begriff des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einhergehen, nicht mit dem Ziel des possessorischen Rechtsschutzes vereinbar sind, einen schnelle, wenn auch vorläufigen Rechtsschutz zu gewährleisten. Dem ist insoweit zuzustimmen, als der possessorische Rechtsschutz nicht mit Fragen belastet werden soll, die das Grundverhältnis zwischen Besitzer und Störer betreffen (siehe insoweit bzgl. § 866 BGB oben bei S. 120 ff.). Nicht ausgeschlossen werden demgegenüber Abgrenzungsfragen, die sich bereits bei der Frage stellen, ob überhaupt eine Besitzbeeinträchtigung vorliegt. Wegen Komplexität bei dieser Frage sollte possessorischer Rechtsschutz nicht verwehrt werden.

<sup>45</sup> Bei einer Rechtsverletzung durch rechtliche Einwirkung – etwa Veräußerung fremden Eigentums – kommen Fragen des Verkehrsschutzes und des Eigentumsschutzes schon im Rahmen der rechtlichen Bewertung zu einem Ausgleich.

<sup>46</sup> Vgl. *Bork*, Allgemeiner Teil<sup>4</sup>, § 7 Rn. 234, S. 103; *Stieper*, in: Staudinger, 2021, vor §§ 90 ff. BGB Rn. 9 und § 90 BGB Rn. 1 f.

zen des Schutzes eines bestimmungsgemäßen Gebrauchs sind weniger offenkundig und müssen daher konkretisiert werden.

### 1. Notwendigkeit der Erkennbarkeit des bestimmungsgemäßen Gebrauchs

Der Schutz des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Sache stellt für die verkehrsseitige Vorhersehbarkeit eine Herausforderung dar. Sachen können auf unterschiedlichste Weise genutzt werden. Grundsätzlich schützt das Eigentum den Eigentümer darin, all diese Nutzungsmöglichkeiten nach seinem Belieben auszuschöpfen. Eine abschließende positive Umschreibung der Gebrauchsmöglichkeiten ist nicht möglich.<sup>47</sup> Die Reichweite des Eigentums wird daher negativ über seine Schranken bestimmt.<sup>48</sup> Sofern keine Schranken des Eigentums betroffen sind, kann der Eigentümer die Sache nach seinem Belieben nutzen.<sup>49</sup>

Soll jedoch ein Dritter für die Beeinträchtigung einer spezifischen Art des Gebrauchs der Sache eintreten, so setzt die Handlungsfreiheit des Dritten und die abstrakte Vorhersehbarkeit möglicher Haftungsansprüche dem Schutz des Eigentümers Grenzen. Dritten kann nur eine Haftung für die Beeinträchtigung eines solchen Gebrauchs aufgebürdet werden, mit dem der Dritte als Verkehrsteilnehmer abstrakt rechnen konnte. Würde man demgegenüber – unabhängig vom Vorliegen einer Substanzveränderung – eine Haftung für die Beeinträchtigung jedes vom individuellen Eigentümer konkret bezweckten Gebrauchs eröffnen, würde dies die Haftung in einer für den Verkehr nicht vorsehbaren Weise ausweiten. Der Eigentümer könnte in diesem Fall über seine persönlichen Gebrauchspräferenzen die Reichweite des sachenrechtlichen Schutzes bestimmen.<sup>50</sup> Der Verkehr könnte nicht vorhersehen, wann es zu möglichen Beeinträchtigungen sachenrechtlicher Schutzgüter kommt. Mit einem absoluten Rechtsschutz mit Wirkung erga omnes wäre dies nicht vereinbar.<sup>51</sup>

Am Beispiel des durcheinandergebrachten Archivs<sup>52</sup> lässt sich diese Einschränkung leicht veranschaulichen. Dort erscheint eine Haftung für die Beeinträchtigung der Gebrauchsmöglichkeiten nur dann angemessen, wenn es für den Dritten als Verkehrsteilnehmer erkenntlich ist, dass der bestimmungsgemäße Gebrauch des Archivs von seiner inneren Ordnung abhängt.

---

<sup>47</sup> Vgl. bereits Motive, Bd. 3, 423 = Mugdan, Materialien III, 236; *Althammer*, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 10; *Bergner*, Eigentumsbeschränkungen, 115; *Wieling*, Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen<sup>2</sup>, § 8 II. 1. c), S. 274; kritisch *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 492 ff.

<sup>48</sup> Kritisch zu einer Definition des Zuweisungsgehalts des Eigentums allein über seine Schranken: *Zech*, AcP 219 (2019), 488, 492 ff.

<sup>49</sup> Siehe oben bei S. 132 ff.

<sup>50</sup> Vgl. dazu *Picker*, ZfPW 2015, 385, 412; *Möschel*, JuS 1977, 1, 3.

<sup>51</sup> Vgl. *Picker*, ZfPW 2015, 385, 414.

<sup>52</sup> BGH v. 26.2.1980 – VI ZR 53/79, NJW 1980, 1518, 1519.

## 2. Objektivierter Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs

Erforderlich ist somit eine objektivierter Konkretisierung des geschützten bestimmungsgemäßen Gebrauchs.<sup>53</sup> In mehrere Richtungen muss dabei objektiviert werden. Zunächst kann nicht auf die Sicht eines konkreten Dritten abgestellt werden und darauf, welche Art der Nutzung dieser vorhergesehen hatte. Ein konkreter Schädiger kann sich nicht mit dem Hinweis einer Haftung entziehen, er habe mit dem von ihm beeinträchtigten konkreten Gebrauch nicht gerechnet. Umgekehrt können die individuellen Gebrauchspräferenzen des Nutzers keine Rolle spielen. Auch vertragliche Absprachen zwischen Veräußerer und Erwerber – etwa vertragliche Definitionen der Gebrauchsbestimmung – können im Hinblick auf die grundsätzliche Reichweite des sachenrechtlichen Schutzes nicht berücksichtigt werden.<sup>54</sup> Wegen der erga omnes-Wirkung des Sachenrechts kann allein ein solcher Gebrauch berücksichtigt werden, den der Verkehr der Sache zuschreibt. Der bestimmungsgemäße Gebrauch ist von einem subjektiv bestimmten Gebrauch abzugrenzen.

Diese Abgrenzung zwischen bestimmungsgemäßen Gebrauch und subjektiv bestimmtem Gebrauch findet sich auch in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Frage einer Besitzstörung an einer Mietwohnung durch Einstellen der vertraglich geschuldeten Versorgungleistungen durch den Vermieter.<sup>55</sup> Der Gerichtshof lehnt dort eine Besitzstörung ab. Er grenzt die „sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit“ von der weiterreichenden „vertragliche[n] Nutzung“ – als beheizte Wohnung – ab. Der Besitz sei daher „zwar notwendige Bedingung der Sachnutzung“, aber nicht „hinreichende Bedingung der Sachnutzung, weil die tatsächliche Sachherrschaft als solche noch keine bestimmte Nutzung des Objekts beinhaltet.“<sup>56</sup> Im Kontext der Entscheidung bezieht sich der Gerichtshof mit dem Begriff der „bestimmte[n] Nutzung“ auf die Nutzung der Wohnung als beheizte Wohnung.<sup>57</sup> Dabei handelt es sich um die vom Besitzschutz nicht erfasste „vertragliche Nutzung“ beziehungsweise – in der oben verwendeten Terminologie – um den subjektiv bestimmten Gebrauch. Der bestimmungsgemäße Gebrauch ist demgegenüber – in der Terminologie des Gerichtshofs – gerade schon Teil der „sich aus dem bloßen Besitz ergebende[n] Nutzungsmöglichkeit[en]“. Er unterfällt damit laut der zitierten Entscheidung dem Besitzschutz.<sup>58</sup>

<sup>53</sup> Vgl. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 124.

<sup>54</sup> Vgl. zu diesem Problem *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 99, 112. Zwischen den Vertragspartner können sie jedoch von Bedeutung sein, so etwa bezüglich einer Einwilligung oder Lizenzgewährung. Siehe dazu unten bei S. 293 ff. und S. 357 ff.

<sup>55</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947. Siehe dazu ausführlicher bei S. 254 ff.

<sup>56</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 27–30.

<sup>57</sup> Dies erkennt man deutlich an dem Umkehrschluss, den der Gerichtshof in dem Satz darlegt, der unmittelbar auf die zitierte Passage folgt: „Die gegenteilige Sichtweise beruht auf der Vorstellung, dass der stetige Zufluss von Strom, Wasser und Heizenergie schon Bestandteil der tatsächlichen Sachherrschaft über die gemieteten Räume sei.“ BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 30. Diese Aussage ergibt nur Sinn, wenn mit der „bestimmte[n] Nutzung“ die Nutzung unter „Zufluss von Strom, Wasser und Heizenergie“ gemeint ist.

<sup>58</sup> Die zitierte Passage demgegenüber gerade als Nachweis des Ausschlusses des possessori-

## II. Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs

Bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs können verschiedene Faktoren berücksichtigt werden. Eine erste, nicht unbedeutende Orientierung gibt die Bezeichnung, die der Verkehr für die Sache verwendet.<sup>59</sup>

Meist erklärt sich der bestimmungsgemäße Gebrauch zudem schon allein aus der Körperlichkeit der Sache. So ist beispielsweise bei einem Kraftfahrzeug oder einem Schiff die Benutzung als Fahrzeug und Transportmittel durch die Ausstattung mit Motor, Ladefläche und gegebenenfalls Reifen bereits in der Körperlichkeit angelegt.<sup>60</sup> Ebenso ist in der Körperlichkeit eines Rohres aus korrosionsbeständigem Material der Gebrauch vorbestimmt, durch das Rohr Flüssigkeiten oder Gase zu leiten, ohne dass diese entweichen oder verunreinigt werden.<sup>61</sup>

Neben einem Gebrauch, der schon allein in der Körperlichkeit der Sache angelegt ist, ist auch ein Gebrauch geschützt, der sich nicht allein aus der konkreten Körperlichkeit der Sache ergibt, den der Verkehr der Sache aber als solcher zuschreibt. Um einen solchen Fall handelt es sich bei einem Archiv. Dessen Nutzung ergibt sich nicht allein aus der Körperlichkeit der einzelnen Bestandsstücke des Archivs, sondern aus der organisatorischen Sacheinheit, die vom Verkehr verstanden und anerkannt wird.<sup>62</sup>

Der geschützte bestimmungsgemäße Gebrauch einer Sache kann auch solche Gebrauchsmöglichkeiten erfassen, die sich nicht ausschließlich aus einem eigenständigen Gebrauch der Sache selbst ergeben, sondern erst durch ein Zusammenspiel von sachinternen und sachexternen Faktoren ermöglicht werden. So muss etwa ein Kraftfahrzeug für den Gebrauch als Transportmittel selbst funktionsfähig sein; es muss jedoch auch auf eine Straße gelangen. Ein Wasserrohr darf nicht selbst verstopft sein; es muss aber auch Wasser in das Rohr einfließen können. Ein Elektrogerät muss nicht nur selbst funktionsfähig sein; es muss auch mit Strom versorgt werden. Auch solche Gebrauchsmöglichkeiten können Teil des bestimmungsgemäßen Gebrauchs darstellen.

Bezüglich der Reichweite ihres sachenrechtlichen Schutzes ist zu differenzieren. Ist der bestimmungsgemäße Gebrauch von einem Zusammenspiel sachinterner und

---

schen Besitzschutzes des bestimmungsgemäßen Gebrauchs deutend: *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 664; *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 99, 105f.; wie hier wohl *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 123. Dann jedoch einen deliktischen Besitzschutz bezüglich des bestimmungsgemäßen Gebrauchs bejahend: *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 99, 106; *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 665. Vgl. demgegenüber zur Identität des Zuweisungsgehalts von Besitz und Eigentum unabhängig von der Anspruchsgrundlage oben bei S. 146 ff.

<sup>59</sup> Vgl. entsprechend bei § 950 BGB zur Frage, ob eine „neue bewegliche Sache“ hergestellt wurde: *Herrler*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 950 BGB Rn. 3.

<sup>60</sup> Vgl. BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

<sup>61</sup> Vgl. BGH v. 7.12.1993 – VI ZR 74/93, NJW 1994, 517, 518; BGH v. 6.12.1994 – VI ZR 229/93, NJW-RR 1995, 342, 342; BGH v. 18.1.2000 – VI ZR 375/98, NJW 2000, 953, 953. Vgl. bereits BGH v. 5.6.1990 – VI ZR 359/89, NJW-RR 1990, 1172, 1173.

<sup>62</sup> Vgl. BGH v. 26.2.1980 – VI ZR 53/79, NJW 1980, 1518, 1519. Als vergleichbare Beispiele nennt der BGH Briefmarkensammlungen, Bibliotheken und Fachmuseen.

sachexterner Gebrauchsvoraussetzungen abhängig, kann ein Gebrauch durch die Störung beider Faktoren beeinträchtigt werden. Er kann durch eine Störung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst oder durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung beeinträchtigt werden. Nur bei einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst liegt ohne Weiteres eine sachenrechtliche Relevanz vor. Bei einer Gebrauchsverhinderung durch eine Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung besteht eine sachenrechtliche Relevanz nur unter ergänzenden Voraussetzungen und wird teilweise sogar generell abgelehnt.<sup>63</sup>

### C. Bestimmungsgemäßer Gebrauch vernetzter Geräte

Im Folgenden wird dargelegt, wie bei vernetzten Geräten der bestimmungsgemäße Gebrauch zu konkretisieren ist. Als relevant erweist sich dabei allein der Gebrauch der Sache in ihrer Körperlichkeit. Der geistige Inhalt verkörperter Software und damit ihre Zweckeignung ist für das Sachenrecht ohne Bedeutung. Umgekehrt ist daher auch eine Sperrmöglichkeit, die in der Software enthalten ist, als rein geistiger Vorbehalt für die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs unbeachtlich (dazu unter I.). Bezüglich der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vernetzter Geräte wird im Folgenden zwischen verschiedenen Komponenten differenziert: den analogen Komponenten (dazu unter II.1.) stehen dabei im Rahmen der digitalen Gerätekomponenten einerseits die Zentraleinheit (dazu unter II.2) und andererseits die Komponenten der Geräteperipherie (dazu unter II.3) gegenüber.

Die Zentraleinheit umfasst diejenigen Hardwarekomponenten, die der Datenverarbeitung und -speicherung dienen, also insbesondere Prozessor, Arbeitsspeicher und Langzeitdatenspeicher. Die Komponenten der Geräteperipherie – oder auch Peripheriegeräte – sind demgegenüber die Hardwarekomponenten, die der Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe dienen und die durch die Zentraleinheit gesteuert werden. Diese zweite Gruppe umfasst neben klassischen Komponenten der Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe (z.B. Tastatur, Maus, Bildschirm, Monitor, Lautsprecher, Gateway, Router) auch Sensoren, die als besondere Komponenten der Dateneingabe Merkmale der Geräteumwelt messen und in digitale Signale umwandeln, sowie Aktoren, bei denen die Datenausgabe in Form mechanischer oder physikalischer Veränderungen erfolgt und die im Internet der Dinge und in der Robotik von entscheidender Bedeutung sind.<sup>64</sup>

---

<sup>63</sup> Siehe dazu bei S.215 ff. und S. 221 ff.

<sup>64</sup> Siehe genauer zur technischen Bedeutung von Sensoren und Aktoren bei S. 192 f.

### *I. Geistiger Inhalt vs. Gebrauch der Sache in Körperlichkeit*

Wie bereits zu Beginn dieser Arbeit dargestellt wurde,<sup>65</sup> bewegen sich vernetzte Geräte vielfach in einem Spannungsfeld zwischen der digitalen und der realen Welt. Häufig werden sie zu Zwecken eingesetzt, die vormals durch analoge Geräte erfüllt wurden. Insbesondere durch den Einsatz der eben genannten Sensoren und Aktoren kommt es zu einem Wechselspiel zwischen dem Analogem und Digitalen. So stellt beispielsweise eine mechanische Bewegung eines Aktors aus technischer Sicht eine Datenausgabe dar. In vormals rein mechanische Abläufe werden Schritte der elektronischen Datenverarbeitung integriert.

Für die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vernetzter Geräte stellt diese Mischung von mechanischen Abläufen und elektronischer Datenverarbeitung eine Herausforderung dar. In der mechanischen Natur der Datenausgabe über Aktoren zeigt sich schließlich die Spannung zwischen dem sachenrechtlich irrelevanten geistigen Inhalt von Software einerseits und dem sachenrechtlich relevanten Gebrauch der Sache in ihrer Körperlichkeit andererseits.

#### *1. In Körperlichkeit angelegter Gebrauch*

Den Ausgangspunkt der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs bildet der Umstand, dass das Sachenrecht aufgrund seiner Fokussierung auf den Schutz von Sachen als körperliche Gegenstände gegenüber dem geistigen Inhalt verkörperter Software blind ist.<sup>66</sup> Dies führt zu einer Einschränkung bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs: Nur solche Funktionen des Geräts werden berücksichtigt, die den Gebrauch der Sache in ihrer Körperlichkeit betreffen.<sup>67</sup> Der Umstand allein, dass sich das Ergebnis der Datenverarbeitung ändert und sich damit der geistige Inhalt der ausgegebenen Daten ändert, ist für sich genommen noch nicht sachenrechtlich relevant. Die Änderung des geistigen Inhalts muss vielmehr zu einer Beeinträchtigung von Gebrauchsmöglichkeiten des Geräts führen, die nach der Verkehrsanschauung schon in der Körperlichkeit der Gerätekomponenten angelegt sind.

#### *2. Irrelevanz der Zweckeignung der Software*

Aus dieser körperlichkeitsbezogenen Betrachtung hat die in einem vernetzten Gerät integrierte Software ihre Bedeutung für das Sachenrecht lediglich als konkrete Ausprägung der Körperlichkeit des Datenträgers, also als körperliche Manifestation der Software in der Form der Ladungszustände der einzelnen Speicherzellen, in denen der Programmcode hinterlegt ist. Bezüglich des Gebrauchs der verkörperten Software schützen Eigentum und Besitz am Datenträger nur die Möglichkeit, den

<sup>65</sup> Siehe dazu etwa bei S. 47 ff.

<sup>66</sup> Siehe oben bei S. 165 f.

<sup>67</sup> Wohl im Ergebnis ebenso *Klever*, in: Beyer u.a. (Hrsg.), *Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019*, 379, 390. Vgl. auch BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 19.

Programmcode, wie er im Datenträger abgelegt ist, auszulesen und vom Prozessor abarbeiten zu lassen.<sup>68</sup> Die Qualität des geistigen Inhalts des Programmcodes ist sachenrechtlich nicht von Interesse.

Ein schlecht programmiertes Programm, das die Rechenaufgaben nicht erfüllt, für die es eingesetzt werden soll, mag im vertragsrechtlichen Sinne mangelhaft sein. Zu einer sachenrechtlich relevanten Beeinträchtigung des Datenträgers, in dem ein solches Programm verkörpert ist, führt dies nicht. Solange die verkörperte Software nicht verändert wird, ist die alleinige Änderung des Rechenergebnisses der im Gerät verkörperten Software sachenrechtlich ohne Bedeutung. Dass aufgrund einer Softwaresperre die Software sich nicht mehr eignet, den Zweck zu erfüllen, den ein Nutzer mit ihr verfolgt und den die Software vorher erfüllt hat sowie womöglich vertraglich erfüllen muss, ist für sich betrachtet sachenrechtlich unbeachtlich.

Aus der Perspektive des Sachenrechts ist es somit unproblematisch, wenn ein Nutzer beispielsweise versucht, ein Textverarbeitungsprogramm abzuspielen, sich stattdessen jedoch lediglich ein Hinweisenfenster öffnet, laut dem das von dem Nutzer abgeschlossene Abonnement abgelaufen sei und das Programm daher nicht mehr genutzt werden könne. Allein der Umstand, dass damit die Zweckeignung der Software als geistigem Inhalt entfällt, begründet keine Beeinträchtigung des Sachenrechts am Datenträger.<sup>69</sup>

### 3. Sperrmöglichkeit als irrelevanter geistiger Vorbehalt

Die Unbeachtlichkeit des geistigen Inhalts für das Sachenrecht zeigt sich auch darin, dass eine digitale Sperrmöglichkeit, die im geistigen Inhalt der verkörperten Software angelegt ist, sich aber (noch) nicht in der Nutzbarkeit der Sache in ihrer Körperlichkeit manifestiert, für die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs ohne Bedeutung bleibt. Bei einer solchen digitalen Sperrmöglichkeit handelt es sich lediglich um einen geistigen Vorbehalt in der digitalen Logik der verkörperten Software, der im Sachenrecht folgenlos bleibt.

Enthält die verkörperte Software daher von Anfang an die Voraussetzungen für eine Softwaresperre, ist dies zunächst sachenrechtlich unbeachtlich und schränkt nicht etwa den geschützten bestimmungsgemäßen Gebrauch ein.<sup>70</sup> Die Sperrmög-

---

<sup>68</sup> Siehe dazu bei S. 190ff.

<sup>69</sup> Zu trennen ist diese Beobachtung davon, dass es sachenrechtlich relevant wäre, wenn die Änderung des Rechenergebnisses auf einer Änderung der verkörperten Software beruht; siehe dazu oben bei S. 159ff.

<sup>70</sup> Wohl a. A. *Fries*, NJW 2019, 901, 905; *Fries*, JZ 2022, 361, 364; ihm zustimmend *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 664f.; wohl ebenso *Sander*, WuB 2022, 175, 175; vgl. OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 361 Rn. 39. In ihrem Endergebnis überzeugen die von den Autoren gegen die Annahme einer Besitzstörung vorgebrachten Bedenken, dass eine „Störung von innen“, um die es sich bei dem digitalen Zugriff handle, nicht sachenrechtlich relevant sein solle (so *Fries*, NJW 2019, 901, 905; vgl. auch *Fries*, JZ 2022, 361, 363; kritisch *Lindner*, NZM 2021, 665, 670.) bzw. dass eine Störung nicht vorliegen solle, da der Nutzer wegen der digitalen Zugriffsmöglichkeit nicht auf eine störungsfreie Nutzung vertrauen könne (so *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 664f.). Allerdings dürften diese Bedenken eher für die oben vertretene Annahme eines Teil-

lichkeit entfaltet erst dann sachenrechtliche Relevanz, wenn sie umgesetzt wird und die Funktionsfähigkeit des Geräts tatsächlich einschränkt. Bis dahin ist die Sperrmöglichkeit bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs nicht zu berücksichtigen.<sup>71</sup> Einen Mangel im Sinne des Vertragsrechts kann die Sperrmöglichkeit dennoch darstellen.<sup>72</sup>

#### a) Relevanz eines mechanischen Vorbehalts

Ein derartiger geistiger Vorbehalt ist abzugrenzen von einem körperlichen oder mechanischen Vorbehalt, der schon auf körperlicher und somit sachenrechtlich relevanter Ebene den bestimmungsgemäßen Gebrauch einschränkt. So dürfte bei einem Münztelefon eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung ausscheiden, wenn ein Gespräch mangels Zahlung beendet wird.<sup>73</sup> Hier haftet der Gebrauchsvorbehalt dem Telefon schon konstruktionsbedingt und körperlich an.

#### b) Sonderfall Prepaid-Tarife

Einen Sonderfall stellen in diesem Zusammenhang Mobilfunktelefone dar, bei denen der Anbieter die Mobilfunkleistungen einstellt. Dazu kommt es insbesondere bei sogenannten Prepaid-Tarifen, bei denen Mobilfunkleistungen nur im Umfang eines vorab gezahlten Guthabens gewährt werden.

Auch wenn das Einstellen der Mobilfunkdienste nach dem Verbrauch des Guthabens nicht auf einem im Gerät angelegten körperlichen Vorbehalt beruht, scheidet eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung regelmäßig aus.<sup>74</sup> Dies liegt zunächst daran, dass es in diesen Fällen nicht zu einer Störung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst kommt, sondern zu einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung. Dass die Funktionsfähigkeit des Mobiltelefons selbst uneingeschränkt fortbesteht, sieht man bereits daran, dass ein Notruf auch nach Verbrauch des eigenen Guthabens regelmäßig möglich bleibt und dass nach einem Anbieterwechsel beziehungsweise dem Austausch der SIM-Karte das Mobiltelefon grundsätzlich wieder uneingeschränkt genutzt werden kann.<sup>75</sup>

---

mitbesitzes des Anbieters sprechen (siehe oben bei S. 111 ff.), der zwar einen possessorischen Besitzschutz gemäß § 866 BGB ausschließt, nicht jedoch die grundlegende Annahme einer Besitzstörung (siehe oben bei S. 120 ff.).

<sup>71</sup> Räumt man demgegenüber schon der Sperrmöglichkeit eine sachenrechtliche Bedeutung ein, wird dennoch in der späteren Funktionssperre – sofern sie grundsätzlich den Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz betrifft – über die Figur des Weiterfresserschadens eine eigene Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz zu sehen sein. So auch *Magnus*, Fernkontrolle, 211 ff., insb. 215 ff.

<sup>72</sup> Vgl. *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137, 1138; *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80 f.; *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 757; vgl. *Fries*, JZ 2022, 361, 364.

<sup>73</sup> Im konkreten Fall eines Münztelefons erscheint weiterhin fraglich, ob der Nutzer einen Besitz an dem Telefon begründet.

<sup>74</sup> Vgl. zu diesem Vergleichsfall OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 34 ff.

<sup>75</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 37.

Als Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung begründet das Einstellen der Mobilfunkleistungen – wie noch zu zeigen ist<sup>76</sup> – nur unter bestimmten Voraussetzungen eine sachenrechtliche Relevanz. Der Umstand an sich, dass der Anbieter dem Nutzer keine eigenen Mobilfunkleistungen mehr gewährt, ist dabei unbeachtlich.<sup>77</sup> Entscheidend ist vielmehr, ob dem Nutzer der für den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Mobiltelefons notwendige Netzzugang entzogen wird.<sup>78</sup>

Da der Nutzer auch nach Verbrauch seines Prepaid-Guthabens Anrufe empfangen kann, dürfte schon der Netzzugang nicht entzogen sein. Da zudem meist ohne größeren Aufwand der Mobilfunkanbieter gewechselt werden kann, wodurch das Mobiltelefon wieder voll funktionsfähig wird, bestehen weiterhin Bedenken, ob der durch den einzelnen Anbieter eröffnete Netzzugang für das Telefon gebrauchsnötig ist.<sup>79</sup> Sollte im Einzelfall dennoch ein Entzug des gebrauchsnötigen Netzzugangs vorliegen, ist eine sachenrechtliche Relevanz denkbar, da es sich beim Telekommunikationsnetz um ein reguliertes Netz handelt. Entscheidend wird dann die Frage, ob die Voraussetzungen des § 61 Abs. 3 ff. TKG für eine Sperre der Telekommunikationsdienste erfüllt sind.<sup>80</sup>

#### 4. Bestandsschutz sowie temporär oder nachträglich zugeschaltete Funktionen

Das eben dargestellte Wechselspiel zwischen irrelevantem geistigen Inhalt und dessen sachenrechtlich relevanter Manifestation beim Gebrauch der Sache in ihrer Körperlichkeit bewirkt im Ergebnis eine Art des Bestandsschutzes bezüglich des Gebrauchs digitaler Gerätekomponenten:

Eine einmal im Gebrauch des Geräts in seiner Körperlichkeit manifestierte Funktionalität kann als Teil des bestimmungsgemäßen Gebrauchs sachenrechtliche Bedeutung entfalten und dem entsprechenden Schutz unterfallen. Selbst wenn die im Gerät verkörperte Software für diese Gebrauchsmöglichkeit einen geistigen Vorbehalt in der Form einer digitalen Sperrmöglichkeit enthält, stellt der Entzug der einmal eröffneten körperlichen Gebrauchsmöglichkeit eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung dar und bedarf der Einwilligung des Eigentümers beziehungsweise Besitzers.<sup>81</sup> Sofern umgekehrt eine Funktion nie körperlich eröffnet war und somit nie Teil der sachenrechtlich relevanten Gebrauchsbestimmung wurde, scheidet eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung in Form der Vorenthaltung dieser Funktion aus – selbst wenn die Funktion vertraglich zugesichert war oder in der Software angelegt war, aber nie vom Anbieter zu einem tatsächlichen Gebrauch freigeschaltet wurde. In diesem Fall mag ein Mangel im Sinne des Ver-

<sup>76</sup> Siehe unten bei S. 206 ff., insb. S. 232 ff.

<sup>77</sup> Siehe unten bei S. 253 ff., insb. S. 263 f.

<sup>78</sup> Siehe unten bei S. 236 ff., insb. S. 238 ff.

<sup>79</sup> Siehe dazu unten bei S. 238 f. und S. 240.

<sup>80</sup> OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 35. Siehe zudem unten bei S. 250 f.

<sup>81</sup> Siehe dazu S. 163 ff. und S. 275 ff.

tragsrechts vorliegen, allerdings keine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs.

Zur Verdeutlichung kann ein Beispiel dienen: Es werden zunehmend vernetzte Kraftfahrzeuge entwickelt, in denen standardmäßig eine umfassende Hardwareausstattung eingebaut ist. Um sie nutzen zu können, müssen die einzelnen Komponenten jedoch zugebucht werden. Die Nutzung wird dann von dem Anbieter digital freigeschaltet oder gesperrt.<sup>82</sup> Auf diesem Wege kann beispielsweise eine Sitzheizung in den Wintermonaten monatsweise gebucht werden, das Abonnement für die Sommermonate dann jedoch storniert werden.

Sowohl die Eröffnung als auch die Sperrung der Funktionsfähigkeit der Sitzheizung würden dabei in sachenrechtlich relevanter Weise die Gebrauchsmöglichkeit des Kraftfahrzeugs verändern, da es sich bei der Beheizung um eine Nutzung der Sache in ihrer Körperlichkeit handelt. Die Sperrung der Heizung wäre eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs, die einer Einwilligung durch den Nutzer bedarf.<sup>83</sup> Das Freischalten der Sitzheizung erweitert demgegenüber die Gebrauchsmöglichkeiten. Sie stellt entweder schon keine Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz dar oder unterliegt zumindest einer mutmaßlichen Einwilligung des Nutzers.

## II. Bestimmungsgemäßer Gebrauch verschiedener Gerätekomponenten

Bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vernetzter Geräte lässt sich zwischen verschiedenen Gerätekomponenten unterscheiden. Dabei stehen den analogen Komponenten (dazu unter 1.) die Komponenten der digitalen Infrastruktur gegenüber, die sich wiederum in die Zentraleinheit (dazu unter 2.) und Peripheriegeräte (dazu unter 3.) untergliedern. Diese differenzierte Betrachtung ermöglicht – insbesondere bezüglich der Komponenten der digitalen Infrastruktur – verallgemeinerungsfähige Aussagen zum bestimmungsgemäßen Gebrauch der jeweiligen Komponenten. Durch die unterschiedliche Einpassung der digitalen Komponenten in die Abläufe der elektronischen Datenverarbeitung sind generelle Beobachtungen darüber möglich, inwiefern diese Komponenten bestimmungsgemäß in ihrer Körperlichkeit genutzt werden und somit einem sachenrechtlichen Schutz unterliegen.

---

<sup>82</sup> Siehe beispielhaft *Audi*, Consistently connected: Audi introduces functions on demand, <https://www.audi.com/en/company/investor-relations/talking-business/audi-functions-on-demand.html> = <https://perma.cc/K44R-EG86>.

<sup>83</sup> Vgl. entsprechende Argumentation zum Entzug von – gegen ergänzendes Entgelt freigeschalteten – Zusatzfunktionen als Mangel i. S. d. § 434 Abs. 3 BGB *Magnus*, Fernkontrolle, 140f. und 144.

### 1. Analoge Gerätekomponenten

Bei rein analogen Komponenten vernetzter Geräte wirkt die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs sowie dessen Beeinträchtigung keine spezifischen Fragen auf. Dies betrifft etwa den Fall, dass eine rein analog gesteuerte Kühlfunktion eines vernetzten Kühlschranks beeinträchtigt wird. Insoweit bestehen keine Besonderheiten im Vergleich zu sonstigen analogen Geräten. Wird eine Benutzung der Sache unmöglich gemacht, die von der Vernetzung des Geräts und der integrierten Software unabhängig ist, ist dieser Fall ebenso zu behandeln wie eine entsprechende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit gänzlich analoger Sachen. Dass das Gerät neben analogen auch softwarebasierte Gebrauchsmöglichkeiten hat, ist unbeachtlich. Eine Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz kann nach den üblichen Maßstäben angenommen oder abgelehnt werden.

Für die sachenrechtliche Bedeutung von Softwaresperren hat diese Klarstellung keine unmittelbare Bedeutung. Schon denklogisch ist ausgeschlossen, dass eine Softwaresperre bei rein analogen Gerätekomponenten zu einer Störung der Funktionsfähigkeit führt. Allein die Tatsache, dass die Softwaresperre eine Störung der Funktionsfähigkeit hervorrufen würde, zeigt, dass es sich um keine rein analoge Komponente handeln kann.

### 2. Zentraleinheit der digitalen Infrastruktur

Bei der digitalen Infrastruktur des Geräts ist zwischen zwei Arten der Hardwarekomponenten zu unterscheiden: den Komponenten der Zentraleinheit einerseits und den Peripheriegeräten andererseits.<sup>84</sup> Die Zentraleinheit umfasst die Komponenten, die unmittelbar der Datenverarbeitung, also dem Speichern, Abrufen und Abspielen der Software dienen.<sup>85</sup> Im Vordergrund stehen dabei der Prozessor, der Arbeitsspeicher sowie Langzeitdatenspeicher.<sup>86</sup>

Peripheriegeräte (dazu unter 3.) stellen demgegenüber Gerätekomponenten dar, die durch die Software gesteuert werden. Es handelt sich um verschiedene Komponenten zur Eingabe, Ausgabe und Weitergabe von Daten (bspw. Tastatur, Monitor, Lautsprecher, Gateway, Router sowie verschiedene Sensoren und Aktoren, die insbesondere im Rahmen des Internets der Dinge und der Robotik von Bedeutung sind). Diese Komponenten sind der Datenverarbeitung durch die Zentraleinheit vor- beziehungsweise nachgeschaltet.

#### a) Bestimmungsgemäßer Gebrauch der Zentraleinheit

Bei den Komponenten der Zentraleinheit ist die Gebrauchsbestimmung unproblematisch. Ihre technische Gestaltung und Einpassung in die Rechnerarchitektur weisen der Hardware klare Funktionen zu, die in ihrer Körperlichkeit und Kon-

<sup>84</sup> *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 3 f.

<sup>85</sup> Siehe dazu bei S. 184.

<sup>86</sup> Vgl. *H. Müller/Weichert*, Vorkurs Informatik<sup>5</sup>, 311 ff.; *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 3 f.

struktion angelegt sind und auch von der Verkehrsanschauung anerkannt werden. So wird im Arbeitsspeicher und in den nicht flüchtigen Datenspeichern Software gespeichert, indem den Speicherzellen der Datenspeicher Ladungszustände zugewiesen werden. Sie repräsentieren den Programmcode und können aus dem Datenspeicher ausgelesen werden.<sup>87</sup> Prozessoren verarbeiten die im Programmcode der Software vorgesehenen Maschinenbefehle und setzen sie um.<sup>88</sup>

Der bestimmungsgemäße Gebrauch dieser Hardwarekomponenten umfasst lediglich, den Programmcode in seiner konkreten Form unverändert abzuspeichern und auszulesen beziehungsweise die in ihm enthaltenen Maschinenbefehle korrekt auszuführen. Entscheidend ist für die Funktionsfähigkeit der Zentraleinheit die Integrität des Programmcodes, dass dieser also nicht ungewollt verändert wird. Unbeachtlich ist der geistige Inhalt des hinterlegten Programmcodes und das Rechenergebnis, das seine Bearbeitung erzeugt. Auch wenn der Programmcode Programmierfehler oder Sicherheitslücken enthält, erfüllt die Zentraleinheit durch das unverfälschte Speichern und Abarbeiten des Codes ihre Aufgabe.

#### *b) Keine Beeinträchtigung der Zentraleinheit durch Softwaresperre*

Die Unbeachtlichkeit des geistigen Inhalts des verkörperten Programmcodes für die Funktionsfähigkeit der Zentraleinheit bedeutet, dass es die Funktionsfähigkeit der Zentraleinheit nicht infrage stellt, wenn der Programmcode eine Softwaresperre vorsieht. Führt das korrekte Abarbeiten des Programmcodes dazu, dass es zu einer Softwaresperre kommt, die mittelbar dazu führt, dass der Nutzer das vernetzte Gerät nicht mehr oder nur noch eingeschränkt verwenden kann, so steht dieses Rechenergebnis einem korrekten Funktionieren der Zentraleinheit nicht entgegen.

Dass die im Programmcode vorgesehene Softwaresperre nach vorprogrammierten Bedingungen eingreift und mittelbar die Nutzung des Geräts einschränkt, belegt vielmehr das korrekte Funktionieren der Zentraleinheit. Die Softwaresperre ist in diesem Fall schlicht – und für den Nutzer unbefriedigend – das Ergebnis der korrekten Datenverarbeitung und -speicherung durch Prozessor und Datenspeicher. Die Zentraleinheit erfüllt damit gerade ihre Gebrauchsbestimmung. Anstoß gibt dem Nutzer nicht eine fehlerhafte Speicherung oder Bearbeitung der verkörperten Software, sondern deren geistiger Inhalt. Dieser ist jedoch für das Sachenrecht und die Erfüllung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Zentraleinheit nicht relevant.<sup>89</sup>

Erinnert sei hier an das Beispiel des Textverarbeitungsprogramms, welches der Nutzer öffnen will, woraufhin sich nur ein Hinweisfenster öffnet, laut dem das von dem Nutzer abgeschlossene Abonnement abgelaufen sei und das Programm daher nicht mehr genutzt werden könne. Wenn das Anzeigen dieses Hinweisfensters so

<sup>87</sup> H. Müller/Weichert, Vorkurs Informatik<sup>5</sup>, 313.

<sup>88</sup> H. Müller/Weichert, Vorkurs Informatik<sup>5</sup>, 314.

<sup>89</sup> Siehe oben bei S. 185 f.

im Programmcode vorgesehen war, hat die Zentraleinheit ihren bestimmungsgemäßen Gebrauch erfüllt. Die Anzeige des Fensters war das korrekte Rechenergebnis des hinterlegten Programmcodes. Dass der Nutzer sich ein anderes Ergebnis gewünscht und darauf womöglich einen vertraglichen Anspruch gehabt hätte, ändert daran – aus sachenrechtlicher Perspektive – nichts.

Die Irrelevanz des geistigen Inhalts der verkörperten Software und des Rechenergebnisses für die Funktionsfähigkeit der Zentraleinheit betrifft nicht nur die Anwendungssoftware. Auch wenn eine Softwaresperre die Firmware einschließlich des Betriebssystems erfasst, gelten dieselben Grundsätze. Man stelle sich etwa eine vernetzte Waschmaschine vor, deren Betriebssoftware nur für eine gewisse Nutzungsdauer hochgefahren und nach deren Ablauf gesperrt wird, sodass die Waschfunktion nicht mehr genutzt werden kann. Sofern in diesem Fall die Softwaresperre das korrekte Rechenergebnis des hinterlegten Programmcodes darstellt, ist die Funktionsfähigkeit der Zentraleinheit als solcher nicht beeinträchtigt. Dass die Waschfunktion der Maschine als mittelbare Folge der Sperre der Betriebssoftware nicht mehr genutzt werden kann, spielt dabei für die Funktionsfähigkeit der Zentraleinheit keine Rolle.

Zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Zentraleinheit kommt es nur, wenn schon die Datenverarbeitung durch die Zentraleinheit als solche verhindert wird. Eine solche Sperre würde voraussetzen, dass die grundlegende Firmware (sog. BIOS) gesperrt oder gelöscht wird.

Strikt zu trennen von der Frage, ob der bestimmungsgemäße Gebrauch der Zentraleinheit beeinträchtigt ist, ist die Frage, ob der bestimmungsgemäße Gebrauch der Peripheriegeräte beeinträchtigt ist. Im genannten Fall der Waschmaschine würde dies bedeuten, dass die Softwaresperre womöglich nicht den Gebrauch der zentralen Recheneinheit beeinträchtigt, wohl aber diejenigen der Gerätekomponenten, die die Waschfunktion umsetzen. Diese Komponenten werden von der Betriebssoftware gesteuert und können bei einer Sperre der Betriebssoftware nicht mehr genutzt werden.

### *3. Peripheriegeräte der digitalen Infrastruktur*

Der Zentraleinheit stehen die Peripheriegeräte – oder auch Komponenten der Geräteperipherie – gegenüber. Dabei handelt es sich um Gerätekomponenten, die der Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe dienen. Über sie werden auf unterschiedliche Weise die von der Zentraleinheit zu verarbeitenden Daten eingegeben (bspw. Tastatur, Schalter, Touchscreen, Maus, Mikrofon), die verarbeiteten Daten später ausgegeben (bspw. Monitor, Lautsprecher, Drucker) oder Daten zwischen verschiedenen Geräten weitergeben (bspw. Gateway, Router).<sup>90</sup>

Neben den beispielhaft genannten klassischen digitalen Gerätekomponenten, kann die Dateneingabe auch über Sensoren erfolgen, mit denen Daten der Gerätemwelt gemessen werden (bspw. GPS, Thermometer). Die Datenausgabe ist dem-

<sup>90</sup> *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 3f.

gegenüber auch über Aktoren möglich, die sich aufgrund der ausgegebenen digitalen Befehle beziehungsweise der entsprechenden elektrischen Signale bewegen oder in anderer Weise mechanisch oder physikalisch auf die Umwelt einwirken.<sup>91</sup>

Aktoren sind für vernetzte Geräte und Geräte des Internets der Dinge von entscheidender Bedeutung. Sie können sehr unterschiedliche Formen annehmen wie beispielsweise elektronisch gesteuerte Motoren, Heiz- oder Kühlelemente sowie die Steuerung selbstfahrender Autos. Die Aktoren erfüllen vielfach Funktionen, die ansonsten von analogen Geräten erfüllt werden und die traditionell nicht als Teil von elektronischer Datenverarbeitung gesehen wurden – so etwa die Drehung einer Waschtrommel, das Verriegeln eines Türschlosses oder das Steuern eines Kraftfahrzeugs. Die Datenausgabe nimmt eine Körperlichkeit an, die aus klassischen Geräten der elektronischen Datenverarbeitung nicht bekannt ist. Auch der mechanische Waschvorgang bei einer vernetzten Waschmaschine, der durch Signale des Prozessors gesteuert wird, stellt dabei eine Form der Datenausgabe durch die Aktoren der Geräteperipherie dar.

Anders als die Komponenten der Zentraleinheit, sind die Komponenten der Geräteperipherie nicht an der Datenverarbeitung als solcher beteiligt, sondern sind dieser nach- beziehungsweise vorgeschaltet. Sie werden durch die Zentraleinheit gesteuert. Ihr Gebrauch basiert auf den Steuerimpulsen, die die Zentraleinheit an sie richtet. Ihre Funktion hängt von dem geistigen Inhalt der Steuerimpulse ab. Bleiben die Impulse aus, sind die Peripheriegeräte nicht nutzbar.

Es handelt sich daher bei Peripheriegeräten um die Komponenten, die die Brücke zwischen der digitalen Logik und der realen Welt schlagen. Es ist von besonderer Bedeutung bei der Konkretisierung ihrer Gebrauchsbestimmung kritisch zu betrachten, welche Gebrauchsmöglichkeiten schon in der Körperlichkeit der Komponenten angelegt sind und damit am sachenrechtlichen Schutz teilnehmen und welche Gebrauchsmöglichkeiten sich nur aus einem bestimmten geistigen Inhalt der verarbeiteten Daten ergeben und nicht sachenrechtlich geschützt sind.

#### *a) Konkretisierung durch Vergleichsbildung*

Zunächst wird im Folgenden eine Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Peripheriegeräte durch einen Vergleich mit analogen oder bereits bekannten Funktionsäquivalenten vorgestellt sowie ein Umgang mit Fällen aufgezeigt, in denen derartige Vergleichspunkte fehlen. Neben einer solchen Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Vergleichsbildung erscheint eine eigenständige Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs besonders gewinnbringend, die die Gemeinsamkeit der Peripheriegeräte und ihre Funktion im Rahmen der elektronischen Datenverarbeitung – den Einsatz zur Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe – in den Vordergrund rückt (dazu unter b)).

---

<sup>91</sup> Siehe oben S.1f.

*aa) Digitale Komponenten mit analogen Funktionsäquivalenten*

Bei zahlreichen Peripheriegeräten existieren auch jenseits der elektronischen Datenverarbeitung analoge Vorbilder. Es handelt sich um Geräte beziehungsweise Gerätekomponenten, die der Art nach aus der analogen Welt bekannt sind. Ihre Funktionalität ist weitgehend in ihrer körperlichen Gestalt und Mechanik angelegt, allein ihre Steuerung und Konstruktion weichen im digitalen Kontext ab. Es handelt sich meist um Aktoren, bei denen sich die mit den analogen Vorbildern vergleichbaren Funktionen als verschiedene Formen der Datenausgabe darstellen. Ein vernetzter Kühlschrank ähnelt in seinem Gebrauch beispielsweise weitgehend einem analogen Kühlschrank. An dieser Ähnlichkeit ändert sich nichts, nur weil die Kühlung oder sogar die Öffnung der Tür durch einen Aktor erfolgt, damit also durch Software gesteuert wird und eine Form der Datenausgabe darstellt.

Soweit die vernetzten Geräte beziehungsweise konkreter die Datenausgabe durch die Peripheriegeräte nach der Verkehrsanschauung in ihrer Funktionalität analogen Geräten entsprechen, sollte man sich bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs an der Funktionalität der entsprechenden analogen Geräte orientieren. Die Existenz eines klar erkenntlichen analogen Vorbilds legt nahe, dass es beim Einsatz einer funktionsäquivalenten digitalen Komponente zu einem Gebrauch der Sache in ihrer Körperlichkeit kommt.

Soweit die Verkehrsanschauung ein vernetztes Gerät als Funktionsäquivalent zu einem analogen Gerät ansieht, kann auch bezüglich der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs auf den Gebrauch zurückgegriffen werden, den der Verkehr dem analogen Vorbild zuschreibt. Auch bei einem vernetzten Kühlschrank wird das Kühlen und Öffnen der Kühlschranktür zu dem vom Verkehr zugeschriebenen bestimmungsgemäßen Gebrauch gehören.

Für eine Orientierung an analogen Vorbildern spricht, dass andernfalls der sachenrechtliche Schutz durch eine Änderung der Produktgestaltung geschwächt würde. Wäre beispielsweise die Kühlfunktion des Kühlschranks nur dann sachenrechtlich geschützt, wenn sie analog bedient wird, nicht jedoch, wenn sie digital bedient wird, so entstünden erhebliche Schutzlücken. Der Anbieter kann im Rahmen der Produktgestaltung schließlich weitestgehend selbst darüber entscheiden, ob bestimmte Gerätekomponenten analog oder digital operieren.

Bei der Frage, ob der Verkehr eine analoge Gerätekomponente als funktionsäquivalent ansehen würde, kann die übliche Benennung der Komponente als ein erstes Indiz herangezogen werden.<sup>92</sup> Mit gewisser Vorsicht kann auch eine durch den Hersteller verwendete Bezeichnung herangezogen werden. Der Produktbezeichnung durch den konkreten Hersteller darf dabei jedoch nicht zu viel Bedeutung gegeben werden, da eine subjektive Beschreibung der Gebrauchsbestimmung bedeutungslos bleibt.

---

<sup>92</sup> Vgl. entsprechend bei § 950 BGB zur Frage, ob eine „neue bewegliche Sache“ hergestellt wurde beispielhaft *Herrler*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 950 BGB Rn. 3.

Grenzt der Verkehr das Gerät gegenüber analogen Geräten nur mit den verbreiteten Adjektiven „smart“ oder „vernetzt“ ab (z.B. „vernetzter Kühlschrank“; oft auch auf Englisch: „smart fridge“ oder „smart TV“), kann regelmäßig eine Funktionsäquivalenz und somit eine Entsprechung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs angenommen werden. Verwendet der Verkehr jedoch zur Bezeichnung des Geräts einen Neologismus (z.B. „Smart-Home-System“ oder „E-Book-Reader“) oder einen Produkt- oder Markennamen (z.B. „Amazon Alexa“), kann dies dafür sprechen, dass ein analoges Vergleichsprodukt nicht existiert.

*bb) Kombination und Fortentwicklung bekannter Funktionen*

Ein Vergleich zu analogen Vorbildern ist auch dann möglich, wenn in einem vernetzten Gerät verschiedene Gerätetypen verbunden werden, von denen der Verkehr ein Verständnis des jeweiligen bestimmungsgemäßen Gebrauchs hat. Als Beispiel kann hier ein vernetzter Kühlschrank dienen, in den ein Bildschirm und ein Lautsprecher eingebaut sind, auf denen Video- und Audiodateien ausgegeben werden können. Die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs kann hier sowohl auf einen analogen Kühlschrank als auch auf einen Fernseher oder eine Stereoanlage Bezug nehmen.

Funktionen digitaler Komponenten, die auf ersten Block neuartig erscheinen mögen, können aus der Verkehrssicht auch lediglich verbesserte oder benutzerfreundlichere Fortentwicklungen analoger oder auch bereits bekannter digitaler Funktionsäquivalente darstellen. Bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs ist dann ein Funktionsvergleich zu diesen Vorbildern möglich. Für den bestimmungsgemäßen Gebrauch wird es beispielsweise unbeachtlich sein, wenn Internet-basierte Funktionen nicht mehr über ein LAN-Kabel, sondern kabellos über WLAN oder mobiles Internet abgerufen werden. Beim Beispiel des genannten Kühlschranks wäre das Abspielen auch solcher Audio- und Videodateien grundsätzlich von der Gebrauchsbestimmung erfasst, die über das Internet abgerufen werden, statt im Gerät gespeichert vorzuliegen.<sup>93</sup>

*cc) Digitale Komponenten ohne analoge Funktionsäquivalente*

Haben digitale Komponenten keine vergleichbaren analogen oder bereits bekannten digitalen Funktionsäquivalente, besteht also insbesondere für die Art der Datenausgabe durch das Peripheriegerät kein Vorbild, so gestaltet sich die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs komplexer. Dies betrifft vor allem Geräte mit neuartigen digitalen Funktionen, die sich von analogen sowie bereits bekannten digitalen Vorbildern emanzipieren. Es können dabei insbesondere bisher unbekannte Arten der Dateneingabe und -ausgabe zum Einsatz kommen, einschließlich innovativer Sensoren oder Aktoren. Beispiele für diese Fallgruppe zu

<sup>93</sup> Beim Abspielen von Dateien aus dem Internet wäre ggf. zu differenzieren, ob das Abspielen aufgrund einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Geräts scheitert oder aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung, etwa in Form der Verweigerung des Zugangs zum Cloud-Server des Anbieters. Siehe zu diesem Beispiel auch S. 197 f.

finden, ist schwierig, da sie sich gerade dadurch auszeichnet, dass sie derzeit noch unbekannte Gerätefunktionen umfasst. Womöglich könnte als Beispiel der Fall dienen, dass ein vernetzter Kühlschrank sprachgesteuert Kochrezepte vorlesen oder eigenständig Lebensmittel bestellen kann.

In gewissem Umfang kann bei derartigen Komponenten auf Produktbeschreibungen des Anbieters zurückgegriffen werden, der diese Komponenten womöglich erstmals in den Markt bringt. Dabei ist allerdings Zurückhaltung geboten, da solche Beschreibungen lediglich als Indiz für einen in der Sache angelegten bestimmungsgemäßen Gebrauch dienen. Der Rückgriff auf Produktbeschreibungen soll nicht im Ergebnis dazu führen, dass vertragliche Beschaffenheitsvereinbarungen mittelbar zum Teil des sachenrechtlich geschützten bestimmungsgemäßen Gebrauchs erklärt werden. Vielfach bleibt somit eine eigenständige Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs erforderlich.

Fehlt ein vergleichbares analoges oder bekanntes digitales Vorbild, kann es womöglich hilfreich und zulässig sein, mittelbar auf die Inhalte der im Gerät verkörperten Software zurückzugreifen, um die Natur und Gestalt der körperlichen Gebrauchsmöglichkeiten und die bestimmungsgemäße Art der Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe zu konkretisieren. Relevant kann dies bei neuartigen Geräten sein, deren Funktion sich allein aus einer Betrachtung ihrer Körperlichkeit nicht erschließen lässt und für die sich im Verkehr noch kein Verständnis entwickelt hat.

Für die Möglichkeit einer derartigen mittelbaren Berücksichtigung des Inhalts der verkörperten Software spricht, dass die in der Software vorgesehenen Funktionen in ihrer körperlichen Manifestation nicht mehr nur einen geistigen Inhalt darstellen, der sachenrechtlich ohne Bedeutung bleiben würde. Relevant ist nicht der Inhalt der Software an sich, sondern der Umstand, dass sich dieser in der Nutzung der Sache in ihrer Körperlichkeit auswirkt. Würde man einen solchen Rückgriff auf die verkörperte Software gänzlich ablehnen, würde man insbesondere bei neuartigen digitalen Funktionen vernetzter Geräte, die keine analogen oder bekannten digitalen Vorbilder haben, Gefahr laufen, dass solchen innovativen, neuartigen Gebrauchsmöglichkeiten ein sachenrechtlicher Schutz verwehrt würde. Mit der Zeit könnte das Sachenrecht so austrocknen.

Sofern sich somit eine im geistigen Inhalt der verkörperten Software angelegte Funktionalität tatsächlich in der Nutzung der Peripheriegeräte in ihrer Körperlichkeit niederschlägt, könnte diese Funktionalität bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Peripheriegeräts berücksichtigt werden. Wirkt sich der geistige Inhalt der verkörperten Software nicht in der Nutzung der Peripheriegeräte in ihrer Körperlichkeit, sondern insbesondere nur auf den geistigen Inhalt der ausgegebenen Daten aus, bleibt dies ohne Bedeutung.

Zur Klarstellung ist festzuhalten, dass eine solche mittelbare Berücksichtigung der verkörperten Software nicht mit der unzulässigen Berücksichtigung eines subjektiv bestimmten Gebrauchs zu verwechseln ist. Aufgrund der Verkörperung der Software haftet die Funktionalität dem Gerät als solchem schon körperlich an und beruht nicht lediglich auf einer subjektiven und geistigen, insbesondere vertragli-

chen Nutzungsbestimmung. Durch die in der konkreten Software angelegten Funktionalitäten kann daher der bestimmungsgemäße Gebrauch in einer Weise konkretisiert werden, die ihn von einer rein vertraglichen Absprache oder anderweitigen subjektiven Nutzungsbestimmung abhebt.

### *b) Eigenständige Konkretisierung der Gebrauchsbestimmung*

Neben der eben dargestellten Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Vergleichsbildung erscheint eine eigenständige Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs von Peripheriegeräten besonders zielführend. Sie rückt die Gebrauchsbestimmung von Peripheriegeräten im Rahmen der elektronischen Datenverarbeitung in den Vordergrund, also ihre Bedeutung als Komponenten der Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe. In dieser Funktion sieht sie den Kern des bestimmungsgemäßen Gebrauchs solcher Komponenten.

#### *aa) Gesteuerte Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe*

Ob ein bestimmter Teil des vernetzten Geräts eine digitale Komponente der Geräteperipherie darstellt und als solche der Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe dient, hängen von der Konstruktion und Funktion der Gerätekomponente ab. Das Ob und Wie der Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe ist schon konstruktionsbedingt und damit in der Körperlichkeit der jeweiligen Gerätekomponenten angelegt. Bei einer Maus, einer Tastatur und einem digitalen Thermometer ist beispielsweise klar, dass sie der Dateneingabe dienen, wie die Dateneingabe erfolgt und welche Art der Daten eingegeben werden.

Ist eine Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe überhaupt nicht mehr möglich, liegt daher unproblematisch eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung vor. Dies wäre etwa der Fall, wenn eine Bedienung über eine Maus oder ein Touchpad unmöglich wird, ein Monitor kein Bild mehr anzeigt oder eine Kommunikation mit dem Datennetz über Router oder Gateway gänzlich aussetzt. Bei Aktoren läge eine Beeinträchtigung vor, wenn die mechanischen und physikalischen Veränderungen, die die Aktoren bewirken sollen, nicht mehr ausgelöst werden können.

Die Funktionalität, die schon in der Körperlichkeit der Peripheriegeräte angelegt ist, erschöpft sich allerdings nicht darin, dass überhaupt Dateien ein-, aus- oder weitergegeben werden können. Teil des bestimmungsgemäßen Gebrauchs ist es vielmehr, dass die Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe grundsätzlich durch den Nutzer gesteuert werden kann. Ein Display bleibt somit nicht schon deshalb funktionsfähig, weil es einen Sperrbildschirm anzeigen kann, statt gänzlich schwarz zu bleiben. Die Funktionsfähigkeit setzt voraus, dass zumindest grundlegend gesteuert werden kann, welches Bild auf dem Display angezeigt wird.

Diese grundsätzliche Möglichkeit, die Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe zu steuern, ist zu unterscheiden von der Möglichkeit konkrete Daten ein-, aus- oder weiterzugeben. Zu denken ist hier etwa an das Abspielen einer konkreten Audio- oder Videodatei oder das Nutzen einer bestimmten Anwendungssoftware, etwa

einem Textverarbeitungsprogramm oder einem Programm zur automatischen Bestellung von Lebensmitteln. Die Ausgabe beziehungsweise Weitergabe genau dieser Daten ist nicht mehr Teil des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Peripheriegeräts. Sie ist nicht in dessen Körperlichkeit angelegt, sondern bezieht sich auf den konkreten geistigen Inhalten der Software. Sie betrifft nicht die Frage, ob überhaupt Daten gesteuert ausgegeben werden können, sondern, ob ganz bestimmte Daten mit dem vom Nutzer gewünschten geistigen Inhalt ausgegeben werden können. Dies ist keine Frage der Nutzung der Gerätekomponenten in ihrer Körperlichkeit. Verhindert eine Funktionssperre daher lediglich, dass bestimmte Daten ein-, aus- oder weitergegeben werden, bleibt dies ohne sachenrechtliche Relevanz.

Es ist eines zu differenzieren: In der Körperlichkeit eines Peripheriegeräts angelegt und somit sachenrechtlich relevant sind lediglich die grundlegende Möglichkeit der Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe sowie ihre grundsätzliche Steuerbarkeit. Nicht erfasst ist die Eingabe, -ausgabe oder -weitergabe von Daten mit bestimmten geistigen Inhalten.

Der bestimmungsgemäße Gebrauch eines Displays wäre somit beispielsweise beeinträchtigt, wenn überhaupt kein Bild mehr angezeigt wird oder der Nutzer das angezeigte Bild nicht mehr beeinflussen kann, weil etwa nur noch ein Sperrbildschirm angezeigt werden kann. Nicht beeinträchtigt wäre der bestimmungsgemäße Gebrauch an Bildschirm oder Lautsprecher, wenn lediglich bestimmte Video- oder Audio-Datei nicht mehr ausgegeben werden können oder ein Textverarbeitungsprogramm nicht mehr genutzt werden kann, weil eine Softwaresperre dessen Öffnen verhindert. Bei Geräten zur Datenweitergabe (bspw. Router, Gateway) würde diese Differenzierung bedeuten, dass eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs dieser Gerätekomponenten vorläge, wenn eine Datenweitergabe gänzlich unterbunden wird oder der Nutzer keinen Einfluss mehr auf die weitergegebenen Daten hat. Wird nur ein konkretes Programm, das auf einen Datenaustausch angewiesen ist, nicht mehr ausgeführt, ist dies ohne Bedeutung. Es würde damit beispielsweise keine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung dieser Gerätekomponenten darstellen, wenn bestimmte Streaming-Angebote nicht mehr ausgeführt werden können oder – bei einem vernetzten Kühlschranks – keine Lebensmittel mehr bestellt werden können.

#### *bb) Sperre von Anwendungssoftware vs. von Firmware*

Die Differenzierung zwischen der sachenrechtlich relevanten Störung der gesteuerten Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe als solcher und der nicht relevanten Störung der Verarbeitung bestimmter Daten lässt sich auf eine vereinfachte Orientierungshilfe reduzieren: Sachenrechtlich relevant ist danach eine Sperrung der Firmware, einschließlich Betriebssystem und Treiber,<sup>94</sup> nicht jedoch eine Sperrung

<sup>94</sup> Siehe zu einer Definition von Betriebssystem, Firmware und Anwendungssoftware oben S.42f.

von Anwendungssoftware.<sup>95</sup> Die Firmware, einschließlich Betriebssystem und Treiber, ermöglicht erst den Gebrauch des Geräts. Sie ist erforderlich, um die Peripheriegeräte und damit die Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe zu steuern. Wird daher die Firmware, einschließlich Betriebssystem und Treiber, ganz oder teilweise gesperrt, so wird in entsprechendem Maße auch der Gebrauch der Peripheriegeräte verhindert. Eine solche Sperrung stellt daher eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Geräts dar.

Anwendungssoftware – wie beispielsweise Textverarbeitungsprogramme, Internetbrowser oder Programme zum Streamen von Audio- oder Videodateien – betreffen demgegenüber lediglich den digitalen Kontext und die Eingabe, Ausgabe und Weitergabe bestimmter Daten. Sie regeln nicht die generelle Brauchbarkeit der Peripheriegeräte in ihrer Körperlichkeit, sondern nur den geistigen Inhalt der ausgegebenen und weitergegebenen Daten.

Zur Illustration der Bedeutung von Firmware und Anwendungssoftware kann man sich die verschiedenen Arten von Software als verschiedene Ebenen vorstellen, die aufeinanderliegen.<sup>96</sup> Die Funktionsfähigkeit der oberen Ebene hängt von der Funktionsfähigkeit der darunterliegenden Ebene ab, nicht jedoch umgekehrt. Die Anwendungssoftware ruht in diesem Bild auf der Ebene der Firmware. Letztere ist Voraussetzung für den Gebrauch der Anwendungssoftware. So fußt etwa die Interaktion der Anwendungssoftware mit der Geräteperipherie auf entsprechenden Voraussetzungen innerhalb der Ebene des Betriebssystems und der Firmware. Gerätetreiber müssen für die Steuerung der Geräteperipherie installiert und funktionsfähig sein. Werden Betriebssystem, Treiber oder Firmware gesperrt, so ist – neben dem Gebrauch der Hardware des Geräts – somit auch der Gebrauch der Anwendungssoftware ausgeschlossen. Kann demgegenüber Anwendungssoftware nicht genutzt werden, so hat dies keine Auswirkung auf die Funktionsfähigkeit von Hardware, Firmware und Betriebssystem.

Im Einzelfall mag eine klare Unterscheidung zwischen Betriebssystem und Anwendungssoftware aus der Nutzerperspektive nicht möglich sein. Es ist denkbar, dass ein Betriebssystem mit Anwendungssoftware verbunden ist. Auch in diesem Fall bleibt entscheidend, ob durch die Softwaresperre im oben genannten Sinne der Gebrauch der Geräteperipherie verhindert wird. Ist dies der Fall, so liegt darin eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Geräts. Die Differenzierung zwischen Firmware und Anwendungssoftware ist insoweit nur als Indiz zu verstehen. Sie ist zudem lediglich bei komplexeren digitalen Geräten relevant, bei denen neben der Firmware, einschließlich Betriebssystem und Treiber, überhaupt Anwendungssoftware zum Einsatz kommt. Bei zahlreichen vernetzten Geräten, insbesondere im Rahmen des Internets der Dinge, dürfte eine solche Differenzierung nicht erforderlich sein, da sich die Software oft in der

<sup>95</sup> Im Ergebnis ebenso differenzierend *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 124f.; ebenso, allerdings erst im Rahmen eines vorgeschlagenen, erweiterten Sachbegriffs: *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 776f.

<sup>96</sup> *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 770f.; *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 6f.

Firmware erschöpft, sodass deren Sperre regelmäßig eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs darstellen wird.

### *III. Zwischenfazit*

Bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vernetzter Geräte ist wegen der Bedeutung der digitalen Komponenten zunächst zu betonen, dass nur ein Gebrauch der Sache in ihrer Körperlichkeit sachenrechtlich relevant ist und am sachenrechtlich geschützten bestimmungsgemäßen Gebrauch teilhaben kann. Da das Sachenrecht gegenüber dem geistigen Inhalt verkörperter Software blind ist, bleibt die Zweckeignung von Software ohne Bedeutung. Aus demselben Grund schränkt auch eine Sperrmöglichkeit, die im geistigen Inhalt der Software angelegt ist, nicht den sachenrechtlich geschützten bestimmungsgemäßen Gebrauch ein – anders etwa als ein mechanischer Vorbehalt.

Bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vernetzter Geräte kann zwischen verschiedenen Gerätekomponenten unterschieden werden. Die Gebrauchsbestimmung rein analoger Komponenten kann nach gewöhnlichen Maßstäben konkretisiert werden. Bezüglich der digitalen Komponenten kann zwischen der Zentraleinheit und den Peripheriegeräten unterschieden werden. Da die Zentraleinheit lediglich dazu dient, Software unverändert abzuspeichern, auszulesen und zu verarbeiten, wird ihre Funktionsfähigkeit durch eine Softwaresperre nicht eingeschränkt. Ist diese Sperre in der verkörperten Software angelegt, erfüllt die Zentraleinheit durch ihre Umsetzung ihre Gebrauchsbestimmung.

Bei Peripheriegeräten, also den Komponenten, die der Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe dienen, kann die Gebrauchsbestimmung zunächst durch einen Vergleich mit analogen oder bekannten digitalen Vorbildern konkretisiert werden. Daneben erscheint jedoch eine eigenständige Konkretisierung der Gebrauchsbestimmung sinnvoll, die sich aus der Funktion von Peripheriegeräten im Rahmen der elektronischen Datenverarbeitung speist. Danach besteht der bestimmungsgemäße Gebrauch von Peripheriegeräten in der gesteuerten Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe. Sachenrechtlich relevant ist es daher, wenn die Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe gänzlich unmöglich wird oder der Nutzer sie nicht mehr steuern kann. Unbeachtlich bleibt es, wenn lediglich die Verarbeitung von Daten eines bestimmten Inhalts scheitert. Diese Differenzierung lässt sich verkürzt darin veranschaulichen, dass nur eine Sperrung der Firmware, einschließlich Betriebssystem und Treiber, nicht jedoch eine Sperrung von Anwendungssoftware den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Geräts betrifft und damit eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz darstellt.

## D. Fazit

Auch ohne eine Veränderung der im Gerät verkörperten Software kann die Software gesperrt und die Funktionsfähigkeit des Geräts selbst gestört werden. Dies ist etwa der Fall, wenn in der Software bereits anfänglich eine Anweisung vorgesehen ist, die nur unter bestimmten Bedingungen den Ablauf des Programms eröffnet. Wie eine Substanzveränderung kann auch eine solche Softwaresperre Eigentum und Besitz beeinträchtigen.

Die Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Geräts selbst stellt einen analytisch eigenständigen Beeinträchtigungstatbestand dar, selbst wenn die Softwaresperre mit einer Substanzveränderung als weiterer Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz einhergeht. Im Ergebnis schlägt sich in diesem Fall die eigenständige analytische Bedeutung der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Geräts selbst allerdings nur nieder, wenn die Substanzveränderung gerechtfertigt ist, was bei einer Störung durch den Anbieter häufig der Fall sein wird, da der Nutzer oft in die Substanzveränderung – etwa durch ein Update – einwilligt.

Sachenrechtlich geschützt ist allerdings nicht jeder, sondern nur der bestimmungsgemäße Gebrauch einer Sache. Eine Störung der Funktionsfähigkeit des Gerätes selbst ist daher nur dann von sachenrechtlicher Bedeutung, wenn sie diesen bestimmungsgemäßen Gebrauch betrifft. Welche Gebrauchsmöglichkeiten an dem bestimmungsgemäßen Gebrauch des Geräts teilhaben, ist aus der Perspektive der Verkehrsanschauung zu bewerten. Es ist insbesondere von einem subjektiv bestimmten Gebrauch abzugrenzen.

Bedeutsam für die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vernetzter Geräte ist, dass nur ein Gebrauch der Sache in ihrer Körperlichkeit geschützt ist. Das Sachenrecht ist gegenüber dem geistigen Inhalt der Software blind. Ein Gebrauch, der sich nur auf die Inhalte der Datenverarbeitung und damit den geistigen Inhalt der verkörperten Software bezieht, ist sachenrechtlich irrelevant. Umgekehrt ist daher auch eine rein digitale Sperrmöglichkeit als lediglich geistiger Nutzungsvorbehalt unbeachtlich und schränkt den bestimmungsgemäßen Gebrauch nicht ein.

Bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vernetzter Geräte kann zwischen verschiedenen Komponenten unterschieden werden, bezüglich der digitalen Komponenten zwischen der Zentraleinheit und den Peripheriegeräten. Da die Zentraleinheit lediglich der unveränderten Speicherung und Verarbeitung der Software, wie sie vorliegt, dient, scheidet eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Zentraleinheit durch eine Funktionssperre, die in der integrierten Software vorgesehen ist, aus.

Bei der Geräteperipherie, also den Komponenten, die der Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe dienen, kann der bestimmungsgemäße Gebrauch zunächst durch einen Vergleich mit analogen oder bereits bekannten digitalen Funktionsäquivalenten konkretisiert werden. Gewinnbringender erscheint allerdings eine

eigenständige Konkretisierung, die von der Funktion der Peripheriegeräte im Rahmen der elektronischen Datenverarbeitung ausgeht. Aus dieser Perspektive erfasst der bestimmungsgemäße Gebrauch der Peripheriegeräte die gesteuerte Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe als solche, nicht jedoch die Verarbeitung von Daten bestimmter geistiger Inhalte. Eine Beeinträchtigung liegt daher vor, wenn die Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe durch ein Peripheriegerät gänzlich scheitert oder der Nutzer sie nicht mehr steuern kann. Keine Beeinträchtigung liegt demgegenüber darin, dass Daten bestimmter Inhalte nicht mehr verarbeitet werden können, etwa eine bestimmte Datei oder ein bestimmtes Computerprogramm abgespielt werden kann. Diese Differenzierung führt letztlich dazu, dass die Sperrung der Firmware, einschließlich Betriebssystem und Treiber, nicht aber die Sperrung von Anwendungssoftware den bestimmungsgemäßen Gebrauch beeinträchtigt.

Wird durch eine Funktionssperre die Funktionsfähigkeit der im Gerät integrierten Software beeinträchtigt, handelt es sich um eine sachinterne Störung und somit eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Geräts selbst. Betrifft diese Beeinträchtigung den bestimmungsgemäßen Gebrauch, hat eine solche Störung ohne Weiteres sachenrechtliche Relevanz und stellt eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz dar.<sup>97</sup> Bezieht sich eine Funktionssperre demgegenüber nicht auf die im Gerät verkörperte Software, sondern einen netzbasierten Gebrauch des Geräts, so steht die sachenrechtliche Relevanz nicht ohne Weiteres fest. In diesem Fall erfasst die Störung nicht die Funktionsfähigkeit der Sache selbst, sondern die Sach-Umwelt-Beziehung. Ob eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung sachenrechtlich relevant ist, ist umstritten und kann nur unter ergänzenden Voraussetzungen angenommen werden (dazu im Folgenden).<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Bei einer vollständigen Sperrung des Geräts im Ergebnis wohl ebenso *Regenfus*, JZ 2018, 79, 83.

<sup>98</sup> Siehe dazu unten bei S. 206 ff. und S. 232 ff.

## Kapitel 4

### Schutz des netzbasierten Gebrauchs

Bisher wurden Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs diskutiert, die auf einer Störung sachinterner Umstände basieren, bei denen der Gebrauch also verhindert wird, indem die Funktionsfähigkeit der Sache selbst beeinträchtigt wird. Der bestimmungsgemäße Gebrauch einer Sache – gerade auch eines vernetzten Geräts – kann jedoch nicht nur durch sachinterne Faktoren beeinträchtigt werden, sondern auch durch sachexterne Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung.<sup>1</sup>

Vielfach setzt bei vernetzten Geräten der Gebrauch einzelner Funktionen oder des Geräts insgesamt eine aktive Netzanbindung voraus. Denkbar sind dabei unterschiedliche Arten der Netzanbindung: Zunächst kann lediglich eine Anbindung des Geräts an das Internet erforderlich sein. Das Gerät kann dabei beispielsweise im Rahmen des mobilen Internets über Mobilfunkantennen mit dem Internet verbunden sein, sich über einen Router in das Internet einwählen oder auf das Smartphone des Nutzers als Brückengerät zurückgreifen. Bei der Nutzung des Smartphones als Brückengerät verbindet sich das vernetzte Gerät zunächst mittels einer örtlich gebundenen Form der Datenübertragung – häufig Bluetooth – mit dem Smartphone als internetfähigem Gerät, welches dann wiederum zwischen dem vernetzten Gerät und dem Internet vermittelt.<sup>2</sup> Zusätzlich zu der Internetanbindung kann für den Gebrauch des vernetzten Geräts auch eine Anbindung an den Cloud-Server des Anbieters erforderlich sein. Da die Verbindung zu dem Cloud-Server über das Internet hergestellt wird, setzt eine Cloud-Anbindung eine grundlegende Internetanbindung des Geräts voraus.

Die Erforderlichkeit einer Netzanbindung besteht zunächst für Funktionen, die wesensbedingt von einer Vernetzung abhängig sind, wie etwa die Möglichkeit einer Fernsteuerung des Geräts über das Internet oder das Streamen von online verfügbaren Audio- oder Videodateien. Eine Netzanbindung kann bei einem vernetzten Gerät jedoch aufgrund seiner Konstruktion und technischen Gestaltung auch für Funktionen erforderlich sein beziehungsweise gemacht werden, die nicht zwingend auf einen Netzzugriff angewiesen wären. So können bei einem E-Book-Reader beispielsweise die E-Book-Dateien lediglich auf dem Cloud-Server des Anbieters gespeichert und ein Download ausgeschlossen sein, sodass der Nutzer kontinuierlich auf den Server zugreifen muss, um das E-Book lesen zu können. Wie weit daher ein

---

<sup>1</sup> Siehe zur Abgrenzung sachinterner Störungen von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung oben bei S.177f.

<sup>2</sup> *Want/Schilit/Jenson*, 48 Computer 28 (2015), 29; *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 507.

Netzzugang erforderlich ist, bestimmt über weite Strecken auch der Anbieter im Rahmen bewusster Entscheidungen zur Produktgestaltung.

Wenn der netzbasierte Gebrauch, wie es oft der Fall ist, einen kontinuierlichen Zugriff auf den Cloud-Server des Anbieters voraussetzt, kann der Anbieter diesen Gebrauch leicht unterbinden. So kann er dem Nutzer beispielsweise durch sogenanntes Blacklisting den Zugriff auf seinen Server verweigern. Beim Blacklisting wird die Geräte- oder Nutzeridentifikationsnummer auf einer Sperrliste vermerkt. Bei der Authentifizierung des Geräts, die für den Zugriff auf den Server notwendig ist, wird diese Liste geprüft und der Zugriff des Geräts verweigert. Darüber, welche Geräte oder Nutzer der Anbieter auf die Sperrliste aufnimmt, kann der Anbieter de facto frei entscheiden.

Ist eine aktive Cloud-Anbindung für die Nutzung des Geräts erforderlich, so wird die Funktionsfähigkeit des Gerätes selbst durch die Verweigerung des Cloud-Zugangs nicht beeinträchtigt. Es fallen lediglich die Cloud-basierten Funktionen aus, wodurch das Gerät in dem Umfang, in dem es auf eine aktive Cloud-Anbindung angewiesen war, unbrauchbar wird. Da das Gerät insoweit jedoch auch vorher nicht offline nutzbar war, wird dadurch die Funktionsfähigkeit des Geräts selbst nicht beeinträchtigt. Es liegt damit keine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst vor, sondern eine Einschränkung der netzbasierten Gebrauchsmöglichkeiten aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung. Anders stellt es sich dar, wenn ein Gerät an sich offline nutzbar ist, sich aber für den Erhalt der offline Nutzbarkeit in regelmäßigen Abständen auf der Cloud des Anbieters einwählen muss. Wird in diesem Fall der Cloud-Zugang verweigert, wird damit die Funktionsfähigkeit der Sache selbst beeinträchtigt.<sup>3</sup>

Neben dem Zugriff auf den eigenen Cloud-Server kann der Anbieter auch den Zugriff des Geräts auf das Internet verhindern, allerdings wohl nur, wenn in dem Gerät ein anbietereigenes Betriebssystem verwendet wird, bezüglich dessen der Anbieter Root-Rechte innehat. In diesem Fall kann der Anbieter die Rechenabläufe der im Gerät integrierten Software zur Aufnahme einer Verbindung mit dem Internet oder mit dem Server des Anbieters aussetzen. Der Anbieter beeinträchtigt dann jedoch die Einwahlmöglichkeit seitens des Geräts und damit die Funktionsfähigkeit des Geräts selbst. Er stört nicht lediglich die Sach-Umwelt-Beziehung. Abhängig davon, ob die Beeinträchtigung mit einer Änderung der verkörperten Software einhergeht oder nicht, handelt es sich daher bereits um eine Substanzveränderung am Gerät oder um eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Geräts aufgrund einer sachinternen Störung. In beiden Fällen liegt bereits ohne weiteres eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung vor.<sup>4</sup> Bei diesen Fällen stellt sich die Frage nicht, unter welchen Bedingungen eine reine Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung – also eine nur sachexterne Beeinträchtigung – sachenrechtlich relevant ist.

---

<sup>3</sup> Siehe dazu oben bei S. 169f.

<sup>4</sup> Siehe oben bei S. 162f. bzw. S. 175 ff.

Auch eine Unterbrechung des Internetzugangs kann eine reine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung darstellen. Im Gegensatz zu den eben dargestellten Fällen betrifft dies aus technischer Sicht wohl ausschließlich Fälle, in denen nicht der Anbieter, sondern Dritte den Internetzugang unterbrechen. So kann etwa der Internetdiensteanbieter den Zugang einstellen, ein Hacker kann den Zugang unterbrechen oder das physische Datenkabel kann beschädigt werden.

Im Folgenden wird untersucht, inwiefern eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch eine Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung sachenrechtliche Relevanz entfaltet. Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung bilden den Hauptanwendungsfall der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Sache (dazu unter A.I.). Sofern die beeinträchtigte Gebrauchsmöglichkeit somit einen Teil des bestimmungsgemäßen Gebrauchs darstellt,<sup>5</sup> ist nach dieser Rechtsprechung eine sachenrechtliche Relevanz möglich.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist im Hinblick auf eine sachenrechtliche Relevanz von Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung auf Kritik in der Literatur gestoßen (dazu unter A.II.). Grundsätzlich überzeugt es jedoch, bei bestimmten Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung eine sachenrechtliche Relevanz anzunehmen und nicht nur bei Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Geräts aufgrund sachinterner Störungen (dazu unter A.III.).<sup>6</sup> Die Frage ist dann nicht ob, sondern wann Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung sachenrechtlich relevant sind.

Bei der Beantwortung dieser Frage zeigt sich die Beobachtung als wegweisend, dass es sich bei den Fällen einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung regelmäßig um Gebrauchsmöglichkeiten handelt, die eine Anbindung an ein Netz voraussetzen, beispielsweise das (Wasser-)Straßennetz, Stromnetz oder – so bei vernetzten Geräten – das Daten- beziehungsweise Telekommunikationsnetz. Rückt man diese Gemeinsamkeit in den analytischen Fokus, lässt sich bezüglich einer sachenrechtlichen Relevanz zwischen der Störung des Netzes und dem Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs differenzieren. Lediglich der Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs kommt als sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung infrage. Eine reine Netzstörung bleibt unbeachtlich (dazu unter B.). Keine eigene Bedeutung hat es aus sachenrechtlicher Perspektive, wenn der Gebrauch einer Sache nur bei einer fortdauernden Zufuhr netzbasierter Gebrauchsgrundlagen möglich ist und die Zufuhr dieser Grundlagen ausbleibt (dazu unter C.).

Im Ergebnis zeigt sich, dass eine Verhinderung des netzbasierten Gebrauchs durch den Anbieter regelmäßig nicht sachenrechtlich relevant ist, da das Eigentum des Anbieters an seinem privaten Cloud-Server ihn insoweit darin berechtigt, den Netzzugang zu entziehen, selbst wenn dieser für den Gebrauch des vernetzten Geräts notwendig ist (dazu unter B.III. und D.). In dem Maße, in dem der Anbieter

---

<sup>5</sup> Siehe zu der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs oben bei S. 179 ff.

<sup>6</sup> Siehe zu Letzterer oben bei S. 175 ff.

somit gebrauchsnotwendige Faktoren bei der Produktgestaltung aus dem Gerät in seine Cloud verlagert, entzieht er dem Nutzer den sachenrechtlichen Schutz des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Geräts.<sup>7</sup>

## A. Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung

Der Fleet-Fall des Bundesgerichtshofs<sup>8</sup> wurde oben bereits kurz als Ausgangspunkt der Rechtsprechung zu Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs von Sachen erwähnt.<sup>9</sup> Im dortigen Abschnitt dieser Arbeit stand die Untergruppe der Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst aufgrund einer sachinternen Störung im Vordergrund. Im Folgenden werden demgegenüber die Fälle dargestellt, in denen sich die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aus einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung ergibt (dazu unter I.). Sie bilden den Hauptfokus von Rechtsprechung und Literatur. Weitgehend stimmt die Literatur dabei der Rechtsprechung zu, dass solche Beeinträchtigungen sachenrechtliche Relevanz entfalten können. Insbesondere *Eduard Picker* hat demgegenüber deutliche Kritik an diesem Ansatz geäußert. Verschiedene seiner grundlegenden Kritikpunkte überzeugen, die generelle Ablehnung einer sachenrechtlichen Relevanz von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung geht jedoch zu weit (dazu unter II. und III.).

### I. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Hinter der Diskussion einer sachenrechtlichen Relevanz von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung steht die Notwendigkeit, zwischen Verletzungen dinglicher Rechtspositionen und allgemeinen Vermögensschäden zu unterscheiden. Nur die Verletzung von Eigentum sowie – nach herrschender Meinung – zumindest berechtigtem Besitz<sup>10</sup> sind im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB ersatzfähig, nicht jedoch reine Vermögensschäden.<sup>11</sup>

#### 1. Fallgruppen

Der Bundesgerichtshof hat sich in verschiedenen Fallkonstellationen zum sachenrechtlichen Schutz des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vor Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung geäußert. Im Folgenden werden die Fallgruppen kurz

<sup>7</sup> Siehe daher zu rechtspolitischen Erwägungen unten bei S. 378 ff.

<sup>8</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886.

<sup>9</sup> Siehe oben bei S. 172.

<sup>10</sup> *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 324.

<sup>11</sup> Siehe nur *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 254.

vorgestellt. Diese Darstellung soll zunächst ermöglichen, im Anschluss die Kriterien zu abstrahieren, von denen nach der Rechtsprechung eine sachenrechtliche Relevanz der Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung abhängen soll (dazu unter 2.).

Darüber hinaus sollen die Sachverhaltskonstellationen verdeutlichen, dass die Rechtsprechung durchgängig Sachen betrifft, deren potenziell gestörter bestimmungsgemäßer Gebrauch von einem Netz abhängt. Grob lassen sich die Fälle in zwei Gruppen zusammenfassen: die Beeinträchtigung des Gebrauchs von Fahrzeugen beziehungsweise Verkehrsinfrastruktur (dazu unter a)) sowie die Beeinträchtigung des Gebrauchs durch eine Störung der Versorgung mit Energie in Form von Elektrizität oder Heizwärme (dazu unter b)). Bei Ersterer ist der Gebrauch von einem Verkehrswegenetz abhängig, bei Letzterer vom Strom- beziehungsweise Heizwärmenetz. Dass es sich bei den Sachverhalten, mit denen sich die Rechtsprechung befasst, durchgängig um Störungen eines netzbasierten Gebrauchs handelt, wird weder in der Rechtsprechung noch – soweit ersichtlich – in der Literatur thematisiert. Stellt man diese Gemeinsamkeit jedoch in den analytischen Fokus, so kann dies dabei helfen, die sachenrechtliche Relevanz von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung klarer zu konturieren (dazu später bei B.).

#### *a) Brauchbarkeit von Fahrzeugen bzw. Verkehrsinfrastruktur*

Die erste Gruppe an Rechtsprechungsfällen betrifft Beeinträchtigungen des Gebrauchs von Fahrzeugen beziehungsweise der Verkehrsinfrastruktur. Es handelt sich also um Sachen, deren Gebrauch in unterschiedlicher Weise von einer Anbindung an das Verkehrswegenetz abhängig ist.

##### *aa) Blockiertes Fleet*

Beispielhaft und richtungsweisend für die Diskussion um Eigentumsschädigungen durch die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs ist der berühmte Fleet-Fall des Bundesgerichtshofs.<sup>12</sup> Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Ufermauer sowie ein Teil einer Außenwand eines Hauses waren in ein Fleet gestürzt, das als Bundeswasserstraße eingetragen war und ein Mühlenwerk mit dem örtlichen Hafen verband. Die Abstützung, die zur Sicherung des beschädigten und dadurch einsturzgefährdeten Hauses errichtet wurde, versperrt das Fleet derart, dass über mehrere Monate eine Durchfahrt unmöglich wurde. Während der Sperrung war ein Schiff des Klägers in dem Fleet eingesperrt. Mit drei weiteren Schiffen konnte er nicht in das Fleet einfahren. Ein Transport zwischen Mühle und Hafen, den der Kläger gewerblich durchführte, war damit unmöglich. Der Kläger machte Schadensersatz für seinen Verdienstausschlag geltend.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886.

<sup>13</sup> Für den Tatbestand siehe BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, VersR 1971, 418.

Der Bundesgerichtshof differenzierte zwischen den eingesperrten und ausgesperrten Schiffen<sup>14</sup> und sprach dem Kläger nur bezüglich des eingesperrten Schiffs einen Schadensersatz aufgrund einer Eigentumsverletzung zu.<sup>15</sup> Eine Eigentumsbeeinträchtigung könne „nicht nur durch eine Beeinträchtigung der Sachsubstanz, sondern auch durch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache erfolgen“.<sup>16</sup> Durch die Einsperrung habe das Schiff jede Bewegungsmöglichkeit jenseits des Fleetstücks verloren und sei als „Transportmittel praktisch ausgeschaltet, seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch entzogen“ gewesen.<sup>17</sup> Das Einsperren stelle eine „tatsächliche Einwirkung“ auf das Schiff und damit eine Eigentumsverletzung dar.

Bezüglich der aus dem Fleet ausgesperrten Schiffe lehnte der Bundesgerichtshof demgegenüber eine Eigentumsverletzung ab, da die Schiffe in ihrer „Eigenschaft als Transportmittel nicht betroffen und damit ihrem natürlichen Gebrauch nicht entzogen w[ord]en [seien].“<sup>18</sup> Es liege damit keine Eigentumsbeeinträchtigung vor, sondern lediglich eine Behinderung der Schiffseignerin „in der Ausübung des ihr [...] an dem Fleet zustehenden Gemeingebrauchs.“<sup>19</sup>

#### *bb) Blockierter Yachthafen*

Im Jahre 2016 entschied der Bundesgerichtshof erneut über einen sehr ähnlichen Sachverhalt. In diesem Fall wurde die Einfahrt zu einem Yachthafen knapp zwei Tage durch ein Tankmotorschiff blockiert, das bei einem Ankermanöver aufgelaufen war und durch den ausgebrachten Buganker die Einfahrt des Yachthafens versperrte. Während der Blockade waren in dem Yachthafen Schiffe und seegängige Gerätschaften eingesperrt, die für ein Bauvorhaben benötigt wurden (Pontons, Schwimmbagger und Schuten). Sie konnten daher für einen Werktag nicht genutzt werden. Die Schiffe und Gerätschaften standen zum Teil im Eigentum des geschädigten Bauunternehmers, zum Teil waren sie nur von ihm gemietet worden. Der Bauunternehmer machte daher teilweise eine Verletzung seines Eigentums, teilweise nur seines Besitzes an den Schiffen und Gerätschaften geltend.<sup>20</sup>

Der Bundesgerichtshof nahm eine Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz an.<sup>21</sup> Zuerst stellte er unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung dar, dass das Eigentum beeinträchtigt sei. Anschließend betonte er explizit, dass für die Bestimmung der Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz dieselben Maßstäbe gelten:

<sup>14</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; im Ergebnis zustimmend *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/<sup>213</sup>, § 76 II 3. c), S. 388.

<sup>15</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

<sup>16</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

<sup>17</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

<sup>18</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

<sup>19</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

<sup>20</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, 219.

<sup>21</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 21.

„Grundsätze [zur Bestimmung der Eigentumsbeeinträchtigung] gelten entsprechend für die Beeinträchtigung des berechtigten Besitzes an einer Sache“.<sup>22</sup>

Eine Eigentumsverletzung – und damit auch eine Besitzbeeinträchtigung – setze keine Substanzbeeinträchtigung voraus, sondern könne auch „durch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache selbst erfolgen, die deren Benutzung objektiv verhindert“. Eine solche Einwirkung liege vor, wenn eine Sache ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch entzogen werde. Bei Fahrzeugen sei dies der Fall, wenn sie ihre Bewegungsmöglichkeit und damit ihre Funktion als Transportmittel verlören. Entscheidend sei, dass die Verwendungsfähigkeit der Sache – wenn auch nur vorübergehend – durch die Einwirkung praktisch aufgehoben sei, wodurch die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Wegnahme der Sache gleichkäme.<sup>23</sup> Das Gericht betont ausdrücklich, dass es einer Eigentums- und Besitzbeeinträchtigung nicht entgegenstehe, dass die Schiffe und Gerätschaften nur für einen Tag nicht genutzt werden konnten.<sup>24</sup> Die Beeinträchtigung ergebe sich aus der Art der Einwirkung und dem Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs. Es bedürfe keine „Überschreitung einer zeitlich definierten Erheblichkeitsschwelle“.<sup>25</sup>

Abzugrenzen sei ein eigentumsrechtlich relevanter Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs von einer reinen Einengung beziehungsweise Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten oder von Fällen, in denen „nur die Möglichkeit ihrer Nutzung vorübergehend eingeengt oder nur eine bestimmte Verwendungsmodalität bzw. eine Mehrzahl von Verwendungszwecken, die das Einsatzpotenzial der Sache nicht erschöpfen, ausgeschlossen werden“. Eine solche Einwirkung stelle keine Eigentumsverletzung dar. Bei einem Fahrzeug liege ein solcher Fall vor, wenn lediglich eine „konkret geplant[e] Fahrt“ verhindert werde. In solchen Fällen sei das Eigentum nicht beeinträchtigt.<sup>26</sup>

### cc) *Blockierte Baumaschine*

Ein ähnlicher Fall der Blockade von Fahrzeugen betraf die Nutzung von Baumaschinen. Ihr Einsatz durch den Bauunternehmer wurde im Rahmen von Protesten gegen das Bauvorhaben auf dem Bauland für zwei Arbeitstage durch Demonstranten verhindert.<sup>27</sup> Unklar war bei der Entscheidung, ob das Bauunternehmen nur Besitzer oder auch Eigentümer der Baumaschinen war.<sup>28</sup> Der Gerichtshof verwies daher zunächst kurz auf die Möglichkeit einer Eigentumsbeeinträchtigung aufgrund einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs. Er begründete im Anschluss jedoch vor allem, dass auch der berechtigte Besitz durch eine Ver-

<sup>22</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 20.

<sup>23</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17.

<sup>24</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 16 und 19.

<sup>25</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 19.

<sup>26</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 18.

<sup>27</sup> BGH v. 4.11.1997 – VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 378.

<sup>28</sup> BGH v. 4.11.1997 – VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 380.

hinderung des bestimmungsgemäß Gebrauchs in deliktsrechtlich relevanter Weise beeinträchtigt werden könne. In der vollständigen Blockade der Baumaschinen für zwei Arbeitstage liege eine derartige Verletzung des Besitzes. Es handele sich dabei nicht um eine irrelevante kurzfristige Störung. Ob der Bauunternehmer nur Besitzer oder auch Eigentümer war, könne daher offenbleiben.<sup>29</sup>

*dd) Gesperrtes Gleis*

Ein weiterer Fall betraf eine nicht nutzbare Zugstrecke. Weil ein Tieflader Leitungsdrähte heruntergerissen hatte, konnte eine Gleisstrecke vorübergehend nicht mit Elektrolokomotiven befahren werden. Die Betroffene musste daraufhin, statt eine eigene Elektrolokomotive einsetzen zu können, fremde dieselbetriebene Zugmaschinen mieten.<sup>30</sup> Der Gerichtshof sah in diesem Fall keine Beeinträchtigung des Eigentums an den Elektrolokomotiven.

Die Lokomotiven hätten ihre Bewegungsmöglichkeit und ihre Eignung als Transportmittel nicht verloren. Es sei lediglich das Befahren eines bestimmten Weges nicht möglich gewesen. Die Möglichkeit, gerade diese „Schienen zu befahren, [werde] vom Zuweisungsgehalt des Eigentums an den Loks nicht umfasst. Denn die dem Eigentümer gem. § 903 BGB zustehende Befugnis, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren, schließ[e] nicht auch das Recht ein, zu diesem Zweck gerade Sachen Dritter zu benutzen“. Es handele sich somit nicht um eine Beeinträchtigung des Eigentums an der Lokomotive, sondern „eine Behinderung der Kl. in der Ausübung des ihr als Eisenbahnverkehrsunternehmer am Schienenweg eines öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmers im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben (§ 14 I und III AEG) zustehenden Rechts auf diskriminierungsfreie Benutzung“. Dieses Recht sei jedoch kein absolutes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB.<sup>31</sup>

Neben dem Eigentum prüfte der Gerichtshof auch den Besitz. Auch dieser schütze die bestimmungsgemäße Nutzung. Der Besitzschutz gehe jedoch nicht weiter als der Eigentumsschutz, sodass auch eine Besitzbeeinträchtigung ausscheide.<sup>32</sup>

*ee) Vom Verkehr abgeschnittene Anlagen*

Auch zwei weitere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs betreffen die Frage der Nutzungsbeeinträchtigung aufgrund von Störungen der Verkehrsinfrastruktur.<sup>33</sup> Im Gegensatz etwa zum Fleet-Fall und Yachthafen-Fall dreht sich hier die Perspektive: Es geht nicht mehr darum, dass Fahrzeuge an einem bestimmten Ort eingesperrt und deshalb nicht mehr nutzbar sind, sondern dass die Zufahrt zu einer bestimmten Anlage unmöglich wird und die Anlage deshalb nicht mehr genutzt wer-

<sup>29</sup> BGH v. 4.11.1997 – VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 380.

<sup>30</sup> BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 673.

<sup>31</sup> BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674; bestätigend BGH v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163, Rn. 7.

<sup>32</sup> BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 675.

<sup>33</sup> BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174.

den kann. Es geht damit um die Beeinträchtigung des Eigentums an der Anlage und nicht etwa an einem Fahrzeug, das die Anlage nicht erreichen könnte.

Der erste Fall betrifft einen Hafen am Elbe-Seitenkanal. Wegen eines Dammbruchs war der Hafen wasserseitig für gut eine Woche nicht erreichbar. Die Klägerin betrieb in dem Hafen Umschlags- und Lagereinrichtungen, die nicht genutzt werden konnten, solange der Hafen durch Schiffe nicht erreichbar war. Die Betreiberin machte – erfolglos – Schadensersatz für den Nutzungsausfall geltend.<sup>34</sup> Da die technische Brauchbarkeit der Anlagen nicht beschränkt oder beseitigt gewesen, sondern nur die Nutzung vorübergehend eingeengt gewesen sei, sei lediglich das Vermögen, nicht das Eigentum an den Anlagen betroffen. Da die Anlagen benutzbar geblieben seien, sei – anders als im Fleet-Fall – das Eigentum nicht seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch entzogen worden. Es seien lediglich die Kunden ausgeblieben.<sup>35</sup>

Die zweite Entscheidung betraf eine Autobahnraststätte. Die Betreiberin forderte von dem Haftpflichtversicherer eines Sattelzugs Ersatz von Einnahmeausfällen, nachdem der Sattelzug mit einer Autobahnbrücke kollidiert war und der entsprechende Autobahnabschnitt wegen Einsturzgefahr der Brücke für mehrere Tage gesperrt war. Die Autobahnraststätte befand sich zwar außerhalb des gesperrten Bereichs, war jedoch laut ihrer Betreiberin während der Sperrung nicht erreichbar.<sup>36</sup> Der Bundesgerichtshof lehnte einen Schadensersatz ab.<sup>37</sup> Er wiederholte dabei, dass es für eine Beeinträchtigung des Eigentums einer „unmittelbaren Einwirkung auf die Sache selbst“ bedürfe. Eine solche Einwirkung fehle, wenn der Gebrauch einer Anlage lediglich daran scheitere, dass sie wegen einer Störung des Zufahrtsweges von Kunden vorübergehend nicht erreicht werden könne, ohne dass dabei in die Substanz der Anlage eingegriffen werde.<sup>38</sup> Im konkreten Fall sei keine unmittelbare Einwirkung auf die Rastanlage anzunehmen. Dies zeige sich auch daran, dass die Sperrung mehrere Kilometer von der Rastanlage entfernt gewesen sei. Das Ausbleiben des Durchgangsverkehrs und damit der Kunden stelle lediglich einen Vermögensschaden und keine Beeinträchtigung sachenrechtlicher Schutzpositionen – hier konkret des berechtigten Besitzes – dar.<sup>39</sup>

In einer ähnlichen Entscheidung hatte der Bundesgerichtshof bereits im Jahre 1977 eine Beeinträchtigung des Eigentums an einem Betriebsgrundstück abgelehnt.<sup>40</sup> Da Polizei- und Feuerwehrfahrzeuge für mehrere Stunden die einzige Zufahrtsstraße versperrten, konnten Kraftfahrzeuge das Grundstück während dieser Zeit nicht verlassen. Laut Bundesgerichtshof sei dadurch jedoch das Eigentum am Grundstück nicht gestört. Die Grundstückseigentümerin sei vielmehr lediglich am

<sup>34</sup> BGH v. 15.11.1982 – II ZR 206/81, NJW 1983, 2313.

<sup>35</sup> BGH v. 15.11.1982 – II ZR 206/81, NJW 1983, 2313, 2313 f.

<sup>36</sup> BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, 1174.

<sup>37</sup> BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, 1174 f.

<sup>38</sup> BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18.

<sup>39</sup> BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 19.

<sup>40</sup> BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264.

Gemeingebrauch der öffentlichen Straße gehindert. Gegen eine Eigentumsbeeinträchtigung am Grundstück – eine Beeinträchtigung von Rechtspositionen an den Fahrzeugen wurde nicht thematisiert – sprach für den Bundesgerichtshof zunächst die kurze Dauer der Sperrung. Zudem sei nicht ersichtlich, dass ein Individualschutz für Verkehrsteilnehmer gegen vorübergehende Sperrungen öffentlicher Straßen vorgesehen sein solle.<sup>41</sup>

#### *b) Versorgung mit Strom und Fernwärme*

Eine zweite Fallgruppe in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung betrifft Fälle, in denen die gebrauchsnotwendige Energiezufuhr ausbleibt. Es handelt sich um Situationen, in denen die Sachnutzung vom Zugang zu einem Strom- oder Heizwärmenetz abhängt.

##### *aa) Stromversorgung*

Im Jahre 1958 befasste sich der Bundesgerichtshof mit elektrischen Geräten, die aufgrund eines Stromausfalls nicht genutzt werden konnten.<sup>42</sup> Bei Bauarbeiten war ein unterirdisch verlegtes Starkstromkabel durch einen Bagger zerrissen worden, woraufhin eine Fabrik, die die gebrauchsnotwendige Elektrizität über dieses Stromkabel bezog, für knapp einen Tag stillstand.<sup>43</sup>

Der Bundesgerichtshof thematisierte bezüglich des klagenden Fabrikinhabers keine Eigentumsbeeinträchtigung, sondern lediglich einen möglichen Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Auch einen solchen lehnte er jedoch ab, da es an der erforderlichen Unmittelbarkeit des Eingriffs fehle. Die Entscheidung kann so verstanden werden, dass eine Eigentumsbeeinträchtigung aus Sicht des Gerichts erst recht ausschied. Die Argumentation kann daher mittelbar herangezogen werden.

Aus Sicht des Gerichts fehlte für eine Beeinträchtigung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs der besondere Bezug zwischen der Beschädigung des Stromkabels und dem Betrieb der Fabrik. Für eine Beeinträchtigung spreche auch nicht, dass das Stromkabel „gleichsam zufälligerweise nur noch den Betrieb der Kl. mit Strom versorgte, genauso gut aber für die Stromlieferung an andere Abnehmer hätte bestimmt sein können“.<sup>44</sup> Beeinträchtigt sei durch die Beschädigung des Stromkabels lediglich das Eigentum des Elektrizitätswerks an dem Kabel sowie der Stromlieferanspruch des Fabrikinhabers gegen das Elektrizitätswerk.<sup>45</sup>

In einer späteren Entscheidung entwickelte der Bundesgerichtshof die genannte Entscheidung weiter und setzte ihr Grenzen.<sup>46</sup> In der Entscheidung zeigt er zudem

<sup>41</sup> BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265.

<sup>42</sup> BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479.

<sup>43</sup> BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479, 479.

<sup>44</sup> BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479, 481.

<sup>45</sup> BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479, 481.

<sup>46</sup> BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720.

auf, inwiefern eine Unterbrechung der Stromversorgung eine Eigentumsbeeinträchtigung darstellen kann. Auch bei diesem Verfahren hatte ein Dritter eine Stromleitung beschädigt, nunmehr jedoch durch einen gefällten Straßenbaum, der auf eine Freileitung des Elektrizitätsanbieters unmittelbar am Grundstück des Geschädigten stürzte. Durch die Schädigung der Leitung fielen die elektrischen Geräte des Klägers für mehrere Stunden aus. Die Besonderheit dieses Falles ergab sich aus der Art des betroffenen Unternehmens: Es handelte sich um eine Geflügelzucht. Betroffen von dem Stromausfall waren daher auch Brutapparate. Durch deren Aussetzen waren tausende Geflügelembryonen verstorben oder verkrüppelt und damit unverkäuflich geschlüpft.<sup>47</sup>

In diesem Fall kamen zwei mögliche Ansatzpunkte für eine Beeinträchtigung des Eigentums des Geflügelzüchters infrage: Die Beeinträchtigung des Gebrauchs der elektronischen Geräte einerseits und die Beschädigung der befruchteten Eier andererseits. Lediglich für die verstorbenen Embryonen nahm der Gerichtshof eine Eigentumsverletzung an. Sie seien schon in ihrer Substanz auf die Wärme angewiesen gewesen. Die Unterbrechung der Stromversorgung durch den Dritten war somit eine relevante mittelbare Schädigung der Sachsubstanz und damit des Eigentums.

Dem Aussetzen der elektrischen Geräte selbst maß der Gerichtshof demgegenüber keine Bedeutung bei. Dass die Fertigungsanlagen ausgefallen seien, stelle einen unbeachtlichen Vermögensschaden dar. Auch eine Beeinträchtigung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs scheitere zudem zumindest daran, dass die Beschädigung des Kabels keinen unmittelbaren, betriebsbezogenen Angriff darstelle.<sup>48</sup>

Der Gerichtshof bestätigt mit dieser Entscheidung einerseits seine Linie, dass die Unmöglichkeit des Gebrauchs elektronischer Geräte aufgrund von Störungen Dritter an der Stromversorgung keine Eigentumsverletzung darstellt. Führt der Stromausfall jedoch zu einer Schädigung der Substanz einer Sache, so nimmt das Gericht – im Rahmen der Adäquanz – eine mittelbare Eigentumsverletzung an.<sup>49</sup> In späteren Entscheidungen hat der Bundesgerichtshof diese Linie bekräftigt.<sup>50</sup>

#### *bb) Heizwärme*

Große Aufmerksamkeit haben die Fälle der sogenannten kalten Räumung beziehungsweise des sogenannten Ausfrierens erhalten.<sup>51</sup> Es handelt sich um Fälle, in denen Immobilienvermieter die Zufuhr von Heizwärme in die Immobilie verhindern, um die Mieter zur Zahlung des ausstehenden Mietzinses oder aber zum Aus-

<sup>47</sup> BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 720.

<sup>48</sup> BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 722. Kritisch zu dieser Differenzierung: Möschel, JuS 1977, 1, 3 f.; H. J. Mertens/Reeb, JuS 1971, 469, 471.

<sup>49</sup> BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 722.

<sup>50</sup> BGH v. 4.6.1975 – VIII ZR 55/74, NJW 1975, 1512, 1513; BGH v. 8.6.1976 – VI ZR 50/75, NJW 1976, 1740, 1741: explizit auf Kritik aus der Literatur eingehend.

<sup>51</sup> In der Rechtsprechung: BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947.

zug zu bewegen. Aufgrund des Mietkontextes betrifft die Diskussion lediglich die Beeinträchtigung des Besitzes und nicht des Eigentums. Konkret stellt sich die Frage, ob es sich beim Unterbleiben der Zufuhr von Heizwärme um verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 Abs. 1 BGB handelt.<sup>52</sup>

Lange sahen Literatur und Rechtsprechung einhellig im Ausfrieren eine Besitzbeeinträchtigung aufgrund einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs.<sup>53</sup> Einen grundlegenden Wandel dieser Ansicht leitete um die Jahrtausendwende zum einen eine Entscheidung des Kammergerichts,<sup>54</sup> zum anderen ein Aufsatz von *Bernhard Ulrici*<sup>55</sup> ein.<sup>56</sup> Abgeschlossen wurde der Wandel im Jahre 2009 durch den Bundesgerichtshof, der eine Besitzbeeinträchtigung aufgrund des Ausfrierens ablehnte.<sup>57</sup>

Laut dieser neueren Rechtsprechung des Gerichtshofs stellt die Einstellung oder Unterbrechung der Versorgung mit Heizwärme keine Besitzbeeinträchtigung und damit keine verbotene Eigenmacht dar.<sup>58</sup> Der Besitzschutz schütze lediglich den „Bestand der tatsächlichen Sachherrschaft“.<sup>59</sup> Für eine Beeinträchtigung müsse daher „der Zugang des Besitzers zu den Räumen erschwert oder vereitelt“ werden oder es müsse „in anderer Form in einer den Besitzer behindernden Weise auf die Mieträume eingewirkt“ werden.<sup>60</sup>

Der anhaltende Zufluss von Heizwärme schaffe laut BGH zwar die Voraussetzung für den vertragsgemäßen Gebrauch, er sei jedoch nicht „Bestandteil der tatsächlichen Sachherrschaft als solcher“, sodass ein Ausbleiben der Heizwärme weder den Zugriff des Besitzers auf die Immobilie noch „die sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit“ einschränke.<sup>61</sup> Die Lieferungen der Heizwärme seien nicht Bestandteil des Besitzes und damit nicht Gegenstand des Besitzschutzes.<sup>62</sup> Die Versorgungsleistungen würden vielmehr die im Besitz liegenden Gebrauchsmöglichkeiten erweitern. Die vertragliche Nutzung reiche weiter „als die sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit“.<sup>63</sup> Derartige Leistungsansprüche könnten sich jedoch lediglich aus dem zugrundeliegenden Vertragsverhältnis ergeben und nicht aus dem Besitzschutz der §§ 858 ff. BGB, der

<sup>52</sup> Siehe ausführlich dazu unten bei S. 254 ff.

<sup>53</sup> Vgl. zum damaligen Diskussionsstand BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 21 ff.; *Greiner/Kalle*, JZ 2020, 331, 332 f.; *Hinz*, NZM 2005, 841, 846 f.; *Gaier*, ZWE 2004, 109, 114; *Scheidacker*, NZM 2005, 281; *Streyll*, WuM 2006, 234, 234; *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 895. Jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>54</sup> KG v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98, GE 2004, 622, 622.

<sup>55</sup> *Ulrici*, ZMR 2003, 895.

<sup>56</sup> Siehe dazu bei S. 255 ff.

<sup>57</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 20 ff.

<sup>58</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 20.

<sup>59</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 25.

<sup>60</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 26.

<sup>61</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 27.

<sup>62</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 24.

<sup>63</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 29.

lediglich ein Abwehrrecht und keine Leistungsansprüche begründe.<sup>64</sup> Der gegenteilige Ansatz gehe zu Unrecht davon aus, dass ein stetiger Zufluss von Heizwärme sowie Strom und Wasser schon „Bestandteil der tatsächlichen Sachherrschaft über die gemieteten Räume sei.“<sup>65</sup>

## 2. Kriterien

Wiederholt betont der Bundesgerichtshof, dass eine Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz auch ohne Substanzveränderung möglich sei. Auch die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs einer Sache könne eine solche Verletzung darstellen.<sup>66</sup> Möglich sei eine Beeinträchtigung neben einer Substanzveränderung „auch durch eine sonstige die Eigentümerbefugnisse treffende tatsächliche Einwirkung auf die Sache“,<sup>67</sup> die „deren Benutzung objektiv verhindert“<sup>68</sup>. Nicht jede Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung<sup>69</sup> entfalte jedoch sachenrechtliche Relevanz. Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs lassen sich verschiedene Vorgaben entnehmen, wann eine solche Relevanz anzunehmen ist.<sup>70</sup> Im Detail bleiben diese Kriterien in der Rechtsprechung jedoch oft konturschwach.

### a) Unmittelbarer Sachbezug

Laut dem Bundesgerichtshof bedarf es für eine sachenrechtliche Relevanz zunächst einer „tatsächlich[en] Einwirkung“<sup>71</sup> beziehungsweise „unmittelbaren Einwirkung“<sup>72</sup> auf die Sache selbst. Weiter spezifiziert wird diese Voraussetzung nicht. Der Gedanke des unmittelbaren Sachbezugs der Beeinträchtigung klingt auch an, wenn der Bundesgerichtshof bei Fällen des Ausfrierens aus Mietimmobilien fordert, dass der Besitz für das Vorliegen einer Besitzbeeinträchtigung „in dem Bestand seiner

<sup>64</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 27.

<sup>65</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 30.

<sup>66</sup> BGH v. 5.6.1990 – VI ZR 359/89, NJW-RR 1990, 1172, 1173; BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18: „nicht unerhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung“; BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219: „tatsächliche Einwirkung auf die Sache selbst [...], die deren Benutzung objektiv verhindert“.

<sup>67</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17; vgl. auch BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18.

<sup>68</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17.

<sup>69</sup> Ergibt sich die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aus einer Störung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst, so entwickelt diese unmittelbar und ohne ergänzende Voraussetzungen sachenrechtliche Relevanz. Siehe dazu oben bei S. 175 ff.

<sup>70</sup> Siehe zu einer Bewertung der Rechtsprechung und der genannten Kriterien unten bei S. 228 ff.

<sup>71</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674; BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17; vgl. BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265.

<sup>72</sup> BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18.

tatsächlichen Sachherrschaft beeinträchtigt“ sein müsse.<sup>73</sup> Auch hier bleibt – jenseits des konkreten Falls – unklar, wie diese Voraussetzung zu verstehen ist.

Beispiele eines nicht ausreichenden Sachbezugs finden sich in der Rechtsprechung zur Beeinträchtigung einer Sachnutzung durch einen Stromausfall. Scheitert die Stromzufuhr an der Beschädigung eines Stromkabels, soll es an einem ausreichend unmittelbaren Sachbezug fehlen, der eine Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz an dem elektronischen Gerät begründen könnte. Dies gilt selbst dann, wenn der Eigentümer oder Besitzer die einzige Person ist, die von dem Stromausfall betroffen ist.<sup>74</sup> Eine relevante Störung liegt auch dann nicht vor, wenn das vom Stromausfall erfasste Grundstück unmittelbar an die beschädigte Stromleitung anschließt.<sup>75</sup> Unbeachtet bleibt auch, ob das Stromkabel durch Dritte<sup>76</sup> oder durch den Stromanbieter selbst beschädigt wird.<sup>77</sup> Einen konkreten Sachbezug und eine Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz hat der Bundesgerichtshof bei der Beschädigung einer Stromleitung nur bejaht, wenn der Stromausfall zu Substanzveränderungen führt, insbesondere weil verderbliche Sachen nicht mehr gekühlt oder erwärmt werden.<sup>78</sup>

Als weiteres Beispiel eines nicht ausreichenden Sachbezugs lässt sich der Rechtsprechung entnehmen, dass nutzungsverhindernde Umstände, die die Person des potenziellen Nutzers betreffen, unbeachtlich bleiben.<sup>79</sup> Wird somit einem Eigentümer oder Besitzer eines Kraftfahrzeugs seine Fahrerlaubnis entzogen, stellt dies keine Beeinträchtigung des Besitzes oder Eigentums an dem Kraftfahrzeug dar.<sup>80</sup>

### *b) Umfang und Dauer der Beeinträchtigung*

Der Bundesgerichtshof sieht nur eine umfassende Gebrauchsbeeinträchtigung als sachenrechtlich relevant an. Der bestimmungsgemäße Gebrauch der betroffenen Sache – so etwa die Funktion als Transportmittel – müsse „praktisch ausgeschaltet“, die Sache ihrem „bestimmungsgemäßen Gebrauch entzogen“ sein.<sup>81</sup> In der Yachthafen-Entscheidung führte das Gericht aus, dass die Verwendungsfähigkeit „vorübergehend praktisch aufgehoben“ seien müsse. Ein „Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs wirk[e] wie eine zeitweilige Wegnahme der Sache“.<sup>82</sup>

<sup>73</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 26.

<sup>74</sup> Vgl. BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479, 481 dort jedoch zur Unmittelbarkeit eines möglichen Eingriffs in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

<sup>75</sup> BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 720.

<sup>76</sup> BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479, 481; BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 722.

<sup>77</sup> BGH v. 4.6.1975 – VIII ZR 55/74, NJW 1975, 1512, 1513.

<sup>78</sup> BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 722.

<sup>79</sup> BGH v. 31.10.1974 – III ZR 85/73, NJW 1975, 347, 349.

<sup>80</sup> BGH v. 31.10.1974 – III ZR 85/73, NJW 1975, 347, 349.

<sup>81</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674.

<sup>82</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17; vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. s. c), S. 389.

Lediglich eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs, die faktisch einer Wegnahme und damit einer Besitzentziehung gleichkommt, wäre demnach sachenrechtlich relevant.

Ist der Gebrauch der Sache derart umfassend beeinträchtigt, dass es einer zeitweiligen Wegnahme gleichkommt, verzichtet der Gerichtshof inzwischen auch auf eine weitere Erheblichkeitsgrenze. Während er lange eine „nicht unerhebliche Beeinträchtigung der bestimmungsgemäßen Verwendung“ forderte,<sup>83</sup> verzichtete er im Jahre 2016 bei der Yachthafen-Entscheidung auf eine entsprechende Einschränkung und spezifizierte stattdessen den Gedanken der umfassenden, einer zeitweiligen Wegnahme gleichkommenden Beeinträchtigung.<sup>84</sup> Darüber hinaus stellte er ausdrücklich klar, dass es bei Vorliegen einer derart umfassenden Beeinträchtigung „nicht zusätzlich der Überschreitung einer zeitlich definierten Erheblichkeitschwelle [bedürfe]. Die erforderliche Intensität der Nutzungsbeeinträchtigung folg[e] hier bereits aus dem Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs.“<sup>85</sup>

Ist die Brauchbarkeit der Sache demgegenüber lediglich eingeschränkt, sieht das Gericht keine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung.<sup>86</sup> Einen solchen Fall sah der Bundesgerichtshof im Fleet-Fall bezüglich der ausgesperrten Schiffe. Da sie lediglich ein konkretes Ziel nicht anfahren konnten, sei ihre „Eigenschaft als Transportmittel nicht betroffen und [sie seien] damit ihrem natürlichen Gebrauch nicht entzogen“. Es habe insoweit lediglich eine Behinderung des am „Fleet zustehenden Gemeingebrauchs“ gegeben.<sup>87</sup> Ausführlicher erläutert der Gerichtshof im Yachthafen-Fall, wann eine Gebrauchsbeeinträchtigung ausreichend umfassend ist, um eine sachenrechtliche Relevanz zu begründen. Es läge demnach keine Beeinträchtigung vor, wenn „nur die Möglichkeit [der] Nutzung [der Sache] vorübergehend eingengt oder nur eine bestimmte Verwendungsmodalität bzw. eine Mehrzahl von Verwendungszwecken, die das Einsatzpotenzial der Sache nicht erschöpfen, ausgeschlossen werden“.<sup>88</sup> Bei einem Fahrzeug sei dies der Fall, wenn es lediglich an einer „konkret geplanten Fahrt gehindert“ und „seine Nutzung dadurch lediglich zeitweilig beschränkt wird“.<sup>89</sup> Gleiches gilt, wenn nur ein bestimmter Weg ver-

<sup>83</sup> So etwa noch BGH v. 20.12.2006 – IV ZR 325/05, NJW 2007, 1205, Rn. 10; BGH v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163, Rn. 7; BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18.

<sup>84</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17; vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. s. c), S. 389.

<sup>85</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 19; anders noch BGH v. 4.11.1997 – VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 380: dort Abgrenzung zu einer „irrelevant[en] kurzfristig[en] Störung“; BGH v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163, Rn. 7: „nicht nur [eine] kurzfristige Beeinträchtigung des Sachgebrauchs“; ebenfalls gegen eine Mindestdauer: *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. 3. c), S. 389.

<sup>86</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265; BGH v. 18.11.2003 – VI ZR 385/02, NJW 2004, 356, 358; BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674.

<sup>87</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

<sup>88</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 18.

<sup>89</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 18; so auch BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674.

sperrt ist. Auch dann liegt keine relevante Beeinträchtigung der Nutzung als Transportmittel vor.<sup>90</sup>

### c) Objektive Gebrauchsbestimmung

Der Bundesgerichtshof stellt weiterhin klar, dass es einer objektiven Beeinträchtigung der Brauchbarkeit der Sache bedarf.<sup>91</sup> Nur der bestimmungsgemäße Gebrauch, nicht jeder subjektiv bestimmte Gebrauch ist geschützt. Diese Einschränkung wurde bereits oben im Hinblick auf Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst ausführlich dargestellt.<sup>92</sup>

Wie der bestimmungsgemäße Gebrauch zu identifizieren ist, erläutert der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung nicht. Vielmehr wird in den einzelnen Entscheidungen die jeweils konkret betroffene Gebrauchsmöglichkeit als bestimmungsgemäßer Gebrauch deklariert. Bereits im Fleet-Fall wird lediglich dargestellt, dass durch das Einsperren im Fleet der „natürlich[e] Gebrauch“ des Schiffs als Transportmittel betroffen sei und das Schiff damit „seinem bestimmungsgemäßen Gebrauch entzogen“ werde.<sup>93</sup> Im Fall des versperrten Yachthafens wird dargelegt, der Gebrauch müsse „objektiv verhindert“<sup>94</sup> werden. Sodann wird dargelegt, dass ein Fahrzeug mit der Bewegungsmöglichkeit „seiner Funktion – zB als Transportmittel –“ beraubt und damit seinem „bestimmungsgemäßen Gebrauch entzogen“ werde.<sup>95</sup> In einer weiteren Entscheidung legt der Bundesgerichtshof – erneut ohne Begründung – als bestimmungsgemäßen Gebrauch einer Wasserleitung das Durchleiten von Wasser fest. Die Leichtigkeit des Zugangs zum Wasserrohr für Wartung und Reparatur scheint demgegenüber nicht erfasst zu sein; dessen Erschweren sei keine Eigentumsverletzung.<sup>96</sup> Auch wenn in diesen Entscheidungen die Konkretisierung der Gebrauchsbestimmung überzeugen mag, leidet die Rechtsprechung an den fehlenden Maßstäben für die Konkretisierung der Gebrauchsbestimmung.<sup>97</sup>

### d) Gleicher Maßstab bei Besitz und Eigentum

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zeigt klar, dass für Besitz und Eigentum dieselben Maßstäbe gelten, wenn eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs den Zuweisungsgehalt der jeweiligen Rechtsposition bedroht.

<sup>90</sup> BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674; bei Versperrung von Zufahrtsstraßen: BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265.

<sup>91</sup> BGH v. 31.10.1974 – III ZR 85/73, NJW 1975, 347, 349; vgl. BGH v. 15.11.1982 – II ZR 206/81, NJW 1983, 2313, 2313; BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17.

<sup>92</sup> Siehe oben bei S. 180ff.

<sup>93</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

<sup>94</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17.

<sup>95</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17.

<sup>96</sup> BGH v. 5.6.1990 – VI ZR 359/89, NJW-RR 1990, 1172, 1173.

<sup>97</sup> Siehe dazu bereits oben bei S. 179ff. Dort auch mit Ansätzen zu der Konkretisierung der Gebrauchsbestimmung.

In der Entscheidung zur Blockade einer Baumaschine durch Demonstranten erinnert der Bundesgerichtshof an die Rechtsprechung zu Eigentumsverletzungen durch Entziehung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs und führt sodann aus, dass „Entsprechendes [...] auch für die Beeinträchtigung des berechtigten Besitzes an einer Sache gelten“ müsse. Solle „der berechtigte Besitz gerade dazu dienen, eine bestimmte Nutzung der Sache zu ermöglichen, so stellt es eine Rechtsgutverletzung i.S. des § 823 I BGB dar, wenn der Besitzer an eben dieser Nutzung durch einen rechtswidrigen Eingriff in relevanter Weise gehindert wird.“<sup>98</sup> Dass das Gericht explizit von berechtigtem Besitz spricht, erklärt sich nicht durch eine unterschiedliche Reichweite von berechtigtem und unberechtigtem Besitz, sondern dadurch, dass nach herrschender Meinung zumindest der berechtigte Besitz, um den es hier ging, ein sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB darstellt.<sup>99</sup>

Das Gericht ergänzte diese Ausführungen in der Entscheidung zur Autobahnraststätte: Auch bezüglich einer möglichen Besitzbeeinträchtigung könne auf die Grundsätze zur Bestimmung einer Eigentumsverletzung durch die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs zurückgegriffen werden.<sup>100</sup> Es könne somit eine Besitzbeeinträchtigung angenommen werden, wenn in einer entsprechenden Situation *mutatis mutandis* eine Eigentumsbeeinträchtigung angenommen werden würde. In Situationen, in denen eine Eigentumsbeeinträchtigung vorläge, liege somit auch eine Besitzbeeinträchtigung vor.

Umgekehrt betont der Gerichtshof aber auch, dass der Besitzer in Bezug auf Gebrauchsbeeinträchtigungen deliktsrechtlich nicht weitergehend geschützt sei als der Eigentümer.<sup>101</sup> Der besitzrechtliche Nutzungsschutz geht auch nicht weiter als der eigentumsrechtliche. Auch wenn der Bundesgerichtshof somit nicht ausdrücklich den Gleichlauf der Zuweisungsgehalte bezüglich des Nutzungsschutzes benennt, setzen die genannten Aussagen ihn denklogisch voraus.

In der Yachthafen-Entscheidung verwendet der Gerichtshof auf diese Thematik nur noch einen Satz: „Diese Grundsätze [zur Verletzung des Eigentums durch Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs] gelten entsprechend für die Beeinträchtigung des berechtigten Besitzes an einer Sache“.<sup>102</sup> In dieser Entscheidung stellte sich bezüglich beider Rechtspositionen die Frage nach einer Beeinträchtigung, da durch die Versperrung der Hafenausfahrt sowohl Schiffe und Geräte betroffen waren, die im Eigentum der Betroffenen standen, als auch Schiffe und Geräte, die die Betroffene gemietet hatte. Das Gericht argumentierte daher zunächst ausführlich, dass eine Eigentumsbeeinträchtigung vorlag,<sup>103</sup> verwies im

<sup>98</sup> BGH v. 4.11.1997 – VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 380; vgl. später BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 675.

<sup>99</sup> Wagner, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 324.

<sup>100</sup> BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 17.

<sup>101</sup> BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 17; so bereits BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 675.

<sup>102</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 20.

<sup>103</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17 ff.

Anschluss jedoch nur noch kurz auf die entsprechende Geltung dieser Aussagen für den berechtigten Besitz.<sup>104</sup>

## II. Rezeption in der Literatur

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum sachenrechtlichen Schutz des bestimmungsgemäßen Gebrauchs ist Gegenstand von erheblicher Diskussion.

### 1. Zustimmung

Im Ergebnis wird der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weitgehend zugestimmt.<sup>105</sup> Der sachenrechtliche Schutz des bestimmungsgemäßen Gebrauchs wird nicht generell infrage gestellt, sondern es wird um die Kriterien zur Begrenzung einer solchen Relevanz und zur Abgrenzung gegenüber reinen Vermögensschäden gerungen.<sup>106</sup> Wegen seiner Anschaulichkeit prägt der Fleet-Fall sowie seine Differenzierung zwischen den eingesperrten und ausgesperrten Schiffen vielfach die Diskussion und insbesondere die Abgrenzung zwischen sachenrechtlich relevanten und irrelevanten Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs.<sup>107</sup>

### 2. Deutliche Kritik von Picker

Grundlegende Kritik am Umgang des Bundesgerichtshofs mit Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung hat *Eduard Picker* vorgebracht. Er entwickelt seinen Ansatz aus dem Konzept des Privatrechts als Rechtszuweisungsordnung<sup>108</sup> und lehnt die von

<sup>104</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 20.

<sup>105</sup> Förster, in: BeckOK, 63. Ed., 1.8.2022, § 823 BGB Rn. 128 ff.; Glückert, AcP 166 (1966), 311, 315 f.; Grüneberg, NJW 1992, 945, 948; G. Hager, JZ 1979, 53, 55 f.; J. Hager, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 89, insb. B 97 f.; Jabr, AcP 183 (1983), 725, 750 f.; Lange, in: jurisPK<sup>9</sup>, § 823 BGB Rn. 15 f.; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. 3. c), S. 388 f.; Spindler, in: BeckOGK, 1.7.2022, § 823 BGB Rn. 134; Wagner, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 251 ff., vgl. auch Rn. 269 ff. sowie insb. Rn. 273; wohl zustimmend Plum, AcP 181 (1981), 68, 124 f.; Thole, in: Staudinger, 2019, § 1004 BGB Rn. 90 ff.; Wilhelmi, in: Erman<sup>16</sup>, § 823 BGB Rn. 31; Wagner, AcP 222 (2022), 56, 88; differenziert Möschel, JuS 1977, 1, 2 ff., insb. 4; für weitergehende sachenrechtliche Relevanz Jansen, Struktur des Haftungsrechts, 506 ff.; kritisch Schwenzler, JZ 1988, 525, 529.

<sup>106</sup> Förster, in: BeckOK, 63. Ed., 1.8.2022, § 823 BGB Rn. 128 ff.; Glückert, AcP 166 (1966), 311, 317 f.; G. Hager, JZ 1979, 53, 55; G. Hager, AcP 184 (1984), 413, 416 insb. Fn. 16; J. Hager, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 97 f.; Jansen, Struktur des Haftungsrechts, 506 ff.; Lange, in: jurisPK<sup>9</sup>, § 823 BGB Rn. 16; Plum, AcP 181 (1981), 68, 92 ff.; Stoll, JZ 1976, 278, 282 f.; Wagner, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 273. Siehe dazu unten bei S. 228 ff. und S. 232 ff.

<sup>107</sup> Siehe etwa Förster, in: BeckOK, 63. Ed., 1.8.2022, § 823 BGB Rn. 129 f.; G. Hager, JZ 1979, 53, 55; J. Hager, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. B 98; Lange, in: jurisPK<sup>9</sup>, § 823 BGB Rn. 16; Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. 3. c), S. 388; Picker, ZfPW 2015, 385; Plum, AcP 181 (1981), 68, 124 f.; Wagner, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 254 und 269 ff.

<sup>108</sup> Picker, JZ 2010, 541, 546; Picker, ZfPW 2015, 385, 400 ff., insb. 400, 405 und 408; Picker, NJW 2015, 2304, 2305 f.; Picker, in: FS Medicus, 311, 316 ff. Siehe dazu ausführlicher oben bei S. 154 f.

der Rechtsprechung angenommene sachenrechtliche Relevanz von Gebrauchseinträchtigungen durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung weitgehend ab.<sup>109</sup>

a) *Pickers Ansatz: Kein Rechtsschutz vor negativen Umwelteinwirkungen*

Das Hauptanliegen von *Picker* scheint es zu sein, die Fallgruppe der Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung in ein konsistentes zivilrechtliches Haftungssystem zu integrieren, welches aus einer Trias „von negatorischem Rechtsverwirklichungsschutz, schadensersatzrechtlichem Wiedergutmachungsschutz und bereicherungsrechtlichem Abschöpfungsschutz“ besteht. Durch das Zusammenwirken dieser Schutzmechanismen mit unterschiedlichen Regelungszielen soll das Zivilrecht einen „lückenlosen Rundumschutz“ der „vo[m Zivilrecht] anerkannten subjektiven Rechtspositionen“ sichern.<sup>110</sup> Die Rechtsschutzgewährung soll dabei im strikten Einklang mit der Rechtsgewährung stehen.<sup>111</sup> Entscheidend für jeden Rechtsschutz wird damit die Rechtszuweisung.<sup>112</sup>

*Picker* stellt dementsprechend bei der Begründung einer Eigentumsverletzung klar die Verletzung des zugewiesenen Rechts in den Vordergrund. Die Verletzung der Sachsubstanz sei für sich allein noch nicht ausschlaggebend für die Annahme einer Eigentumsverletzung. Stattdessen erfordere der haftungsbegründende Tatbestand eine Verletzung des an der Sache bestehenden Rechts.<sup>113</sup> Ein deliktischer Rechtsschutz könne – ebenso wie bereicherungsrechtlicher und negatorischer Rechtsschutz – nur erfolgen, wenn ein zugrundeliegendes Substanzrecht verletzt sei („Präjudizialität des Substanzrechts für das Schutzrecht“<sup>114</sup> bzw. „Präjudizialität der Rechtszuweisung für den Rechtsschutz“<sup>115</sup>).<sup>116</sup>

An Fällen einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung sieht es *Picker* als entscheidendes Merkmal an, dass es sich um negative Einwirkungen handeln soll; dass also der störende Dritte der Sache nicht etwas „Störendes oder Zerstörendes *zuführt*“, sondern „dem fremden Eigentum etwas Funktionsermöglichendes, -förderndes oder -erhaltendes *vorenthält* oder *entzieht*.“<sup>117</sup> Aus dem Eigentum ergebe sich – so *Picker* – für den Eigentümer jedoch kein Anspruch auf Zulieferungen von Funktionsermöglichendem.<sup>118</sup> Dessen Vorenthaltung oder Entziehung sei daher keine Verletzung eines Rechts aus dem Eigentum. Der Eigentümer sei nicht deliktisch

<sup>109</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 550; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 422; *Picker*, in: FS Medicus, 311, 329 ff.

<sup>110</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 546; vgl. *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305 f.; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 390 ff., 400 ff. und insb. 405 ff.

<sup>111</sup> *Picker*, ZfPW 2015, 385, 392 f. und 400 ff.

<sup>112</sup> Siehe etwa *Picker*, JZ 2010, 541, 546.

<sup>113</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 544 und 550; *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305 f.; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 400 ff.

<sup>114</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 547.

<sup>115</sup> *Picker*, ZfPW 2015, 385, 430.

<sup>116</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 546–548; *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305 f.; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 400 ff. und 430 f.; *Picker*, in: FS Canaris 80, 579, 584.

<sup>117</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 542, Hervorhebung im Original.

<sup>118</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 544; *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305 f.; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 419.

davor geschützt. Das BGB schütze nur vor positiven, schädigenden Einwirkungen, nicht jedoch vor negativen Einwirkungen.<sup>119</sup> Grundsätzlich stellten daher Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung keine Eigentumsverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dar.<sup>120</sup> Als die Regel bestätigenden Ausnahmen nennt *Picker* den Notstand gemäß § 904 BGB, Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sowie Verkehrspflichten.<sup>121</sup>

Bezogen auf gewisse Fälle, die weithin als solche einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung betrachtet werden, geht jedoch auch *Picker* im Ergebnis von einer Eigentumsverletzung aus. So sieht er beim Fleet-Fall eine Beeinträchtigung des Eigentums darin, dass dem Eigentümer der Zugriff auf das im Fleet eingeschlossene Schiff vorenthalten und ihm die Sache somit entzogen worden sei.<sup>122</sup> Ein Zugriff des Eigentümers auf das Schiff sei nicht möglich gewesen, da das Fleet ausschließlicher „Rechts- und Dispositionsraum“ des Beklagten gewesen sei.<sup>123</sup>

*Picker* kritisiert an der Rechtsprechung zur Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs weiterhin die Annahme eines objektiv bestimmten oder ‚natürlichen‘ Gebrauchs einer Sache. Da das Eigentum dem Eigentümer die freie Verfügung über sein Eigentum gebe, könne es „keinen rechtlich relevanten ‚natürlichen‘ oder sonst objektiv bestimmten Gebrauch eines Gegenstands geben“.<sup>124</sup> Jede Nutzungsentscheidung sei vielmehr subjektiv und basiere auf den individuellen Interessen des jeweiligen Eigentümers. Es sei daher willkürlich, welche Nutzung geschützt sei.<sup>125</sup> Schütze man Nutzungen der Sache, für die der Eigentümer auf eine bestimmte Sach-Umwelt-Beziehung angewiesen sei, erkläre man die individuelle Nutzungsentscheidung des Eigentümers zu einem Teil seiner Rechtsmacht. Man würde damit etwa die Zulieferung von Strom sowie den Gemeingebrauch an nutzungsnotwendiger Infrastruktur zu einem Teil des Zuweisungsgehalts des Eigentums erklären.<sup>126</sup> Eine solche Erweiterung sei sowohl formalrechtlich als auch rechtspolitisch nicht wünschenswert.<sup>127</sup>

Auch das Kriterium der unmittelbaren Beeinträchtigung der Sachnutzung überzeugt *Picker* nicht.<sup>128</sup> Das Kriterium leide an Konturlosigkeit.<sup>129</sup> Von einer Unmittelbarkeit könne nur sinnvoll gesprochen werden, wenn es zu einem körperlichen Kontakt mit der Sache komme, was jedoch bei Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung gerade nicht der Fall sei.<sup>130</sup> Es sei widersprüchlich, eine unmittelbare Einwir-

<sup>119</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 548 und 550; *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305 f.; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 419 und 430 f.

<sup>120</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 550.

<sup>121</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 550 f.; *Picker*, NJW 2015, 2304, 2306.

<sup>122</sup> *Picker*, ZfPW 2015, 385, 422 ff.

<sup>123</sup> *Picker*, ZfPW 2015, 385, 426 ff.

<sup>124</sup> *Picker*, ZfPW 2015, 385, 412.

<sup>125</sup> *Picker*, ZfPW 2015, 385, 412.

<sup>126</sup> *Picker*, ZfPW 2015, 385, 413 f.

<sup>127</sup> *Picker*, ZfPW 2015, 385, 414.

<sup>128</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305.

<sup>129</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305.

<sup>130</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305.

kung auf die Sache zu fordern, gleichzeitig jedoch zu behaupten, es bedürfe keines Eingriffs in die Sachsubstanz.<sup>131</sup> Bei dem Kriterium der (Un-)Mittelbarkeit handle es sich um ein „Kontinuum der Kausalfaktoren“, auf dem eine klare Abgrenzung nicht möglich sei, weshalb ein qualitativer Sprung in der Behandlung der Fälle auf einem solchen Kontinuum nicht überzeugen könne.<sup>132</sup> Entscheiden müsse statt der (Un-)Mittelbarkeit der Einwirkung daher vielmehr, ob der Zuweisungsgehalt des Rechts an der Sache die beeinträchtigte Nutzung umfasse.<sup>133</sup> Eine sachenrechtliche Relevanz von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung sieht *Picker* nur, wenn sich diese aus einer konkreten rechtlichen Grundlage ergeben, insbesondere wenn es sich um den Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB oder eine Verkehrspflicht handle.<sup>134</sup>

#### b) Kritik an *Pickers* Ansatz

*Picker* will die Fälle einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung in ein konsistentes zivilrechtliches Haftungssystem integrieren, welches einen durchgehenden und einheitlichen Schutz der zugewiesenen Rechtsposition gewährleistet. Berechtigt und wichtig erscheint es, wenn *Picker* die Diskussion damit auf die Reichweite des Zuweisungsgehalts fokussiert.<sup>135</sup> Dies soll nicht infrage gestellt werden.

Die folgende Kritik bezieht sich vielmehr darauf, wie *Picker* im Hinblick auf Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung den Zuweisungsgehalt konkretisiert, indem er sie einheitlich als negative Einwirkungen charakterisiert, die nicht vom Zuweisungsgehalt erfasst sind. Problematisch erscheint dabei insbesondere, dass auch *Pickers* Ansatz bei genauerer Betrachtung die Klarheit, deren Fehlen er bei der Rechtsprechung kritisiert, selbst nicht gewährleisten kann.

Die Klarheit, die *Picker* mit seinem Ansatz verspricht, beruht auf zwei Prämissen. Einerseits geht er davon aus, dass die Fallgruppe der Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung klar umrissen ist. Andererseits sollen die Fälle ein gemeinsames Charakteristikum teilen, das *Picker* für die Behandlung als entscheidend ansieht: dass es sich um negative Einwirkungen handelt. Beide Prämissen sind jedoch zweifelhaft. Eine klare Konturierung der Fallgruppe ist nicht ersichtlich und wird von *Pickers* auch nicht entwickelt (dazu unter aa)). Zudem ist unklar, ob bei all den in der Fallgruppe versammelten Fällen tatsächlich nur eine rein negative Einwirkung vorliegt. Die Zuspitzung auf negative Einwirkungen als verbindende Gemeinsamkeit der Fallgruppe wird der Komplexität der Fallgestaltungen nicht vollumfänglich gerecht (dazu unter bb)). Obwohl die gedankliche und dogmatische Strukturierung der Debatte durch *Picker* somit sehr gewinnbringend ist, kann sie

<sup>131</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2304f.

<sup>132</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305; entsprechend *Picker*, ZfPW 2015, 385, 411.

<sup>133</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305f.

<sup>134</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 550f.; *Picker*, NJW 2015, 2304, 2306.

<sup>135</sup> Siehe dazu oben bei S. 156f. und 221ff.

die Unbestimmtheit, die sie kritisiert, selbst auch nicht beseitigten (dazu unter cc) und dd)). Aus primär rechtspolitischer Perspektive geht die angestrebte Reduktion der Komplexität zudem teilweise zulasten einer angemessenen Erfassung und Behandlung der Sachverhalte (dazu unter ee)). Letztlich kann die Kritik von *Picker* daher nur eingeschränkt überzeugen.

*aa) (Un-)Klarheit der Fallgruppe von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung*

Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung werden von *Picker* dadurch charakterisiert, dass „durch das Ausbleiben einer von Dritten gestörten oder unmöglich gemachten Leistung oder durch die Verhinderung einer sonstigen Zuführung etwa aufgrund des Gemeingebrauchs eigene Güter des Verletzten beeinträchtigt oder geschädigt werden.“<sup>136</sup> Die besprochenen Fälle werden als solche zusammengefasst, in denen nicht etwas Zerstörendes oder Störendes zugeführt, sondern etwas Funktionsermöglichendes vorenthalten oder entzogen wird.<sup>137</sup> Es handle sich daher um negative Einwirkungen.<sup>138</sup>

*Picker* grenzt Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung von sachbezogenen Funktionsstörungen beziehungsweise Störungen der „technische[n] Funktionsfähigkeit“ einer Sache ab, die er mit einer Verletzung der Sachsubstanz gleichzusetzen scheint.<sup>139</sup> Die Vorfrage, wie zwischen solchen sachbezogenen Funktionsstörungen oder Störungen der technischen Funktionsfähigkeit einerseits und Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung andererseits zu differenzieren ist, steht dabei nicht im Fokus. Das Anliegen ist es nicht, Kriterien für die Behandlung von Grenzfällen zu identifizieren. Im Fokus steht nicht die klare Konturierung des Zuweisungsgehalts, sondern die Bedeutung eines klar konturierten Zuweisungsgehaltes.<sup>140</sup> Die Konturierung des Zuweisungsgehaltes ist eine der Betrachtung *Pickers* vorgelagerte Frage. *Picker* betont selbst, dass die genaue Konturierung des Substanzrechts nicht einfach sei, dass es sich jedoch dabei um die Frage handle, bei der systemkonform über eine deliktische Haftung für Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung zu diskutieren sei.<sup>141</sup> Eine entscheidende und schwierige Abgrenzung wird damit aus der Betrachtung ausgelagert. In der Sache wird sie damit nicht entbehrlich.

*bb) (Un-)Klarheit der nur negativen Einwirkungen*

*Picker* sieht in den Fällen der Störung der Sach-Umwelt-Beziehung negative Einwirkungen auf das Eigentum. Damit handle es sich um Effekte, die sich „aus Eingriffen nur in fremde Güter und damit nur in die *Umwelt* der verteidigten Sache

<sup>136</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 542; entsprechend *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 419.

<sup>137</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 542.

<sup>138</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 543; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 419.

<sup>139</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2304 f.

<sup>140</sup> Vgl. *Picker*, NJW 2015, 2304, 2306.

<sup>141</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2306.

ergeben“.<sup>142</sup> *Picker* reiht die Fälle in die Rechtsprechung zu anderen Arten der negativen Einwirkung ein, bei denen eine Eigentumsbeeinträchtigung abgelehnt wird – so etwa die Beschattung von Grundstücken als Vorenthalten des Sonnenlichts.<sup>143</sup> Negative Einwirkungen sollen die Voraussetzung einer „eigenen Rechtsbetroffenheit grundsätzlich“ nicht erfüllen. „Sie fügen dem Eigentum nicht Nachteile zu, sondern entziehen ihm Vorteile aus seiner rechtlich fremden Umgebung. Sie sind deshalb, immer im Grundsatz, nach Gesetz und gängiger Sicht hinzunehmen.“<sup>144</sup> Aus dem Eigentum ergebe sich – so *Picker* – für den Eigentümer kein Anspruch auf Zulieferungen von Funktionsermöglichendem.<sup>145</sup>

Dass negative Einwirkungen grundsätzlich keine Beeinträchtigung des Eigentums darstellen und der Eigentümer aus dem Eigentum keinen Anspruch auf Zulieferungen von Funktionsermöglichendem herleiten kann, mag überzeugen.<sup>146</sup> Weniger klar ist jedoch, ob sich alle Fälle der Störung der Sach-Umwelt-Beziehung tatsächlich als rein negative Einwirkungen darstellen. Beim Fall der Autobahnraststätte, der wegen der Autobahnsperrung die Kundschaft fehlt,<sup>147</sup> ist eine negative Einwirkung naheliegend. Bei anderen Fällen ist diese Deutung aus normativer Sicher indes weniger eindeutig.

Als Beispiel soll der Zugang zum öffentlichen Straßennetz dienen: Der öffentliche Raum steht zweifelsfrei nicht im Eigentum des privaten Sacheigentümers, sodass es sich um eine fremde Sache handelt. Dennoch kann man die Frage aufwerfen, ob der Fortbestand eines vorhandenen Straßenzugangs tatsächlich eine „Zulieferung von Funktionsermöglichendem“ darstellt. Man könnte – aus wertender Betrachtung – einen bestehenden Zugang zum öffentlichen Straßennetz auch als Teil der Gebrauchsvoraussetzungen ansehen, die bereits beim Nutzer vorhanden sind und deren Gebrauch Teil eines Gebrauchs der Sache selbst darstellt. Zumindest die Nutzung eines vorhandenen Zugangs zum öffentlichen Straßennetz könnte dann am Zuweisungsgehalt des Eigentums an einem Kraftfahrzeug teilhaben, das auf die Nutzung des Straßenzugangs angewiesen ist.<sup>148</sup> Ein Entzug des Zugangs zum öffentlichen Straßennetz würde dann über eine rein negative Einwirkung hinausgehen. Die Trennschärfe zwischen negativen und positiven Einwirkungen schwindet.

### cc) Verschieben des qualitativen Sprungs

Ein weiterer grundlegender Kritikpunkt *Pickers* an der Rechtsprechung zu Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung betrifft die Abgrenzung zwischen mittelbaren

<sup>142</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2306, Hervorhebung im Original; entsprechend *Picker*, ZfPW 2015, 385, 419; *Picker*, JZ 2010, 541, 544.

<sup>143</sup> *Raff*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 1004 BGB Rn. 135; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 275.

<sup>144</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2306; entsprechend *Picker*, ZfPW 2015, 385, 419; *Picker*, JZ 2010, 541, 544.

<sup>145</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 544; *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305 f.; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 419.

<sup>146</sup> Siehe dazu unten bei S. 253 ff.

<sup>147</sup> An diesem Beispiel sein Modell aufzeigend: *Picker*, NJW 2015, 2304.

<sup>148</sup> Vgl. dazu unten bei S. 238 ff.

und unmittelbaren Einwirkungen auf die Sache.<sup>149</sup> Nur Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs, die sich aus unmittelbaren Einwirkungen auf die Sache ergeben, sollen nach der Rechtsprechung eigentumsrechtlich relevant sein.<sup>150</sup> *Picker* kritisiert, dass es sich bei der Frage nach der (Un-)Mittelbarkeit um ein „Kontinuum der Kausalfaktoren“ handle, auf dem sich ein qualitativer Sprung, der über eine Haftung entscheide, nicht ermitteln lasse.<sup>151</sup>

Mit seinem Ansatz kann *Picker* indes den qualitativen Sprung auf einem Kontinuum nicht gänzlich verhindern, sondern nur verschieben. Die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs erschöpft sich nicht in den von *Picker* thematisierten Fällen der Störung der Sach-Umwelt-Beziehung, sondern erstreckt sich auf Fälle der sachinternen Störung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst, die gerade bei softwarebasiertem Sachgebrauch an Bedeutung gewinnen.<sup>152</sup> Auch *Picker* thematisiert solche Eingriffe in die „technische Funktionsfähigkeit“ und scheint sie zumindest implizit mit einer Substanzveränderung gleichzustellen.<sup>153</sup>

Die Abgrenzung zwischen den Fallgruppen einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung, bei denen *Picker* eine sachenrechtliche Relevanz ablehnt, und einer sachinternen Störung, bei denen er anscheinend eine sachenrechtliche Relevanz annimmt, ist nicht immer klar. Wie bereits oben dargestellt wurde, besteht mitunter ein fließender Übergang.<sup>154</sup> Auch in *Pickers* Ansatz kann man somit an der Grenze der sachinternen und sachexternen Störungen einen qualitativen Sprung auf einem Kontinuum kritisieren, der nach seinem Ansatz über die Beeinträchtigung des Zuweisungsgehalts entscheidet. Der Ansatz kann somit die versprochene Klarheit nicht umfassend gewährleisten, die dadurch begründet werden soll, dass eine Abgrenzung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Einwirkungen auf die Sache entbehrlich wird.

Einschränkend muss bei dieser Kritik jedoch eingeräumt werden, dass die Abgrenzung zwischen sachinternen und sachexternen Störungen klarer ist als eine Abgrenzung zwischen unterschiedlich sachnahen Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung – zumindest, wenn letztere anhand des Kriteriums der (Un-)Mittelbarkeit erfolgen soll.<sup>155</sup>

#### *dd) Unbestimmtheit der Verkehrspflichten*

Eine wichtige Ausnahme von der Unbeachtlichkeit einer Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung stellen bei *Picker* Verkehrspflichten dar.<sup>156</sup> Sofern eine

<sup>149</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305.

<sup>150</sup> Siehe etwa BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18. Diese Entscheidung sehen Überlegungen zugrunde legend: *Picker*, NJW 2015, 2304.

<sup>151</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305.

<sup>152</sup> Siehe dazu oben bei S. 173 ff.

<sup>153</sup> *Picker*, NJW 2015, 2304, 2304.

<sup>154</sup> Siehe dazu oben bei S. 178.

<sup>155</sup> Siehe zu einem anderen Ansatz unten bei S. 236 ff.

<sup>156</sup> *Picker*, JZ 2010, 541, 550 f.; *Picker*, NJW 2015, 2304, 2306.

Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung unter Verletzung einer solchen Pflicht erfolgt, ist eine Haftung eröffnet.

Lehnt man mit *Picker* grundsätzlich eine Haftung für Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung ab, so ist damit zu rechnen, dass die entsprechenden Sachverhalte in dem Gewand der Verkehrspflichten die Gerichte weiter beschäftigen würden. Dann würde sich die Unklarheit bezüglich einer Abgrenzung zwischen Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung durch unmittelbare und mittelbare Sacheinwirkungen verlagern auf eine Unklarheit des Bestehens von Verkehrspflichten.<sup>157</sup> Die Komplexität würde dabei zwar dahingehend reduziert, dass sie auf eine Rechtsfrage – die Existenz einer Verkehrspflicht – konzentriert wird. Inhaltlich wird damit die Unklarheit nicht beseitigt.

#### *ee) Trägerische Klarheit*

*Picker* zeigt mit seiner in vielen Punkten treffenden Kritik Unklarheiten in der Rechtsprechung bezüglich der Abgrenzung relevanter und irrelevanter Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung auf – insbesondere bezüglich der Frage der Unmittelbarkeit einer Einwirkung auf die Sache. Er unterstreicht zudem mit Nachdruck und völlig zurecht die Bedeutung der Frage nach dem Zuweisungsgehalt der sachenrechtlichen Rechtspositionen. An ihm ist die Behandlung der Fälle der Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung zu messen. Da *Picker* bei seiner Betrachtung dieser Fälle die Reichweite des Zuweisungsgehalts jedoch selbst nicht klärt, sondern als geklärt voraussetzt, kann *Picker* nicht die Klarheit gewährleisten, die der Ansatz suggeriert.

Zudem erscheint die geringere Komplexität, die mit der generellen Ablehnung der Haftung für Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung einhergeht, der Vielgestaltigkeit dieser Fälle nicht gerecht zu werden. Der Zuweisungsgehalt wird restriktiv angelegt. Sehr weitreichend werden Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung als irrelevante, rein negative Einwirkungen angesehen. Zumindest bei Fällen, die einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst aufgrund einer sachinternen Störung sehr nahekommen, überzeugt ein genereller Ausschluss einer Haftung für Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung nicht. Es ist sicher lobenswert, die vermeintliche Willkür, die mit einem qualitativen Sprung auf einem Kontinuum einhergeht, verhindern zu wollen. Dieses Anliegen wird jedoch zweifelhaft, wenn es Gefahr läuft, die Fälle an den Enden des Kontinuums nicht angemessen zu erfassen und wenn der qualitative Sprung eher verschoben und nicht gänzlich aufgehoben werden kann.

---

<sup>157</sup> Vgl. *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. A 13; *Spindler*, in: BeckOGK, 1.7.2022, § 823 BGB Rn. 96 ff.; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 426 ff. und Rn. 432 ff.

### III. Bewertung der Behandlung von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung

In verschiedenen Punkten erscheint die Rechtsprechung kritikwürdig. Dies betrifft insbesondere die unklaren Maßstäbe für eine sachenrechtliche Relevanz einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs. Verschiedenen Kriterien fehlt es an der Trennschärfe und an der Eignung, relevante von irrelevanten Beeinträchtigungen zu unterscheiden.

#### 1. Unklarheit bzgl. Unmittelbarkeit der Sacheneinwirkung

Unklar ist etwa das Kriterium der Unmittelbarkeit der Einwirkung.<sup>158</sup> Es macht die Fälle der Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung gerade aus, dass die Störung sich nicht unmittelbar auf die Sache als solche bezieht, sondern die Brauchbarkeit der Sache daran scheitert, dass bestimmte Umweltbedingungen sich ändern. Es ist daher nicht erkenntlich, inwiefern eine Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung jemals eine wahrhaft unmittelbare Einwirkung auf die Sache bedeuten soll. Auch im Fleet- oder Yachthafenfall ist lediglich die Ausfahrt aus dem Fleet beziehungsweise Hafen versperrt. Es ist nicht verständlich, in welchem Sinne der Begriff der Unmittelbarkeit zur Beschreibung dieser Einwirkung zu verstehen ist.

Statt positiv sachenrechtlich relevante Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung identifizieren zu können, eignet sich das Kriterium der Unmittelbarkeit womöglich vorrangig im negativen Sinne und als Argumentationstopos dazu, in konkreten Fällen zu begründen, dass eine sachenrechtliche Relevanz an der fehlenden Unmittelbarkeit scheitert. So lässt sich etwa im Fall der Autobahnraststätte, der wegen einer gesperrten Autobahn die Kunden ausbleiben, leicht nachvollziehbar eine Haftung mit dem Argument ablehnen, dass keine unmittelbare Einwirkung auf die Raststätte vorliegt.<sup>159</sup>

Auch das ansonsten verwendete Merkmal der „tatsächlich[en] Einwirkung“<sup>160</sup> bietet keine größere Klarheit. Bezieht man die Tatsächlichkeit der Einwirkung auf die Sache in ihrer Körperlichkeit, also die Sachsubstanz, dürfte bei Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung eine tatsächliche Einwirkung generell ausscheiden. Bezieht man die Tatsächlichkeit der Einwirkung demgegenüber auf die Effektivität der Nutzungsbeeinträchtigung, dürfte umgekehrt zu weitgehend eine tatbestandsmäßige Beeinträchtigung anzunehmen sein. Eine Haftung für eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung kommt schließlich überhaupt nur dann infrage, wenn sich die Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung tatsächlich in einer Beeinträchtigung des Gebrauchs niedergeschlagen hat.

<sup>158</sup> So etwa bei BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18. Kritisch dazu auch *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305.

<sup>159</sup> So etwa bei BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18.

<sup>160</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674; BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17; vgl. BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265.

## 2. Unklarheit bzgl. Gebrauchsbestimmung

Sachen können auf unterschiedlichste Weisen genutzt werden. Zurecht beschränkt der Bundesgerichtshof die Haftung auf die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs. Die Anwendung dieses Kriteriums setzt gewisse Maßstäbe voraus, nach denen sich erklären lässt, ob ein konkret beeinträchtigter Gebrauch Teil des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache darstellt. Auch wenn es sich wegen der Vielzahl der verschiedenen Sachen und Nutzungsmöglichkeiten dabei eher um Leitlinien als konturscharfe Kategorien handeln kann, muss zumindest der Versuch einer Konkretisierung erfolgen.<sup>161</sup> Andernfalls droht die Gefahr, dass ohne nachvollziehbare Gründe nur ein Teil der Gebrauchsmöglichkeiten geschützt wird. In der Rechtsprechung wird jedoch regelmäßig nur der im konkreten Fall beeinträchtigte Gebrauch benannt und als Teil des bestimmungsgemäßen Gebrauchs festgestellt. Begründungen und Maßstäbe fehlen.<sup>162</sup>

## 3. Umfassende Natur des Entzugs des bestimmungsgemäßen Gebrauchs

Damit eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs sachenrechtlich relevant ist, muss – laut Bundesgerichtshof – die Beeinträchtigung so vollumfänglich wirken, dass die Verwendungsfähigkeit „vorübergehend praktisch aufgehoben“ sei und die Beeinträchtigung damit einer Wegnahme gleichkomme.<sup>163</sup> Bei diesem Kriterium handelt es sich um eine Erheblichkeitsschwelle. Sie setzt allerdings nicht an der zeitlichen Dimension an,<sup>164</sup> sondern an der Intensität der Beeinträchtigung.

### a) Funktionsäquivalenz zu Wegnahme

Zunächst mag dieses Argument überzeugen, da es die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs als funktionales Äquivalent zu einer Wegnahme der Sache darstellt und damit eine Nähe schafft zu problemlos anerkannten Fällen sachenrechtlich relevanter Beeinträchtigungen. Warum damit jedoch lediglich das Funktionsäquivalent zu einer Besitzentziehung und nicht zu einer Besitzstörung erfasst wird, wird nicht begründet. Es wird lediglich behauptet, dass eine Beein-

---

<sup>161</sup> Siehe dazu oben bei S. 179ff.

<sup>162</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; BGH v. 5.6.1990 – VI ZR 359/89, NJW-RR 1990, 1172, 1173; BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17. Siehe zu dieser Kritik bereits oben bei S. 218.

<sup>163</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17; vgl. bereits BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. s. c), S. 389.

<sup>164</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17; vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. s. c), S. 389; anders jedoch früher: BGH v. 20.12.2006 – IV ZR 325/05, NJW 2007, 1205, Rn. 10; BGH v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163, Rn. 7; BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18.

trächtigung unbeachtlich ist, wenn die Nutzungsmöglichkeit nur vorübergehend eingeengt wird.<sup>165</sup>

Im Fleet-Fall zeigt sich die Differenzierung zwischen einer Aufhebung und Einnengung der Gebrauchsmöglichkeiten an der Unterscheidung zwischen den eingeschlossenen Schiffen, deren Bewegungsfreiheit aufgehoben war, und den ausgeschlossenen Schiffen, die lediglich einen konkreten Teil des Wasserstraßennetzes nicht erreichen konnten.<sup>166</sup> Im Ergebnis überzeugt die Differenzierung zwar, in ihrer Herleitung jedoch nur eingeschränkt.

#### *b) Umfang der Beeinträchtigung und Gebrauchsbestimmung*

Problematisch wird die Differenzierung vor dem Hintergrund der dargestellten Unklarheiten bezüglich der Konkretisierung der Gebrauchsbestimmung.<sup>167</sup> Ob die Brauchbarkeit vollständig aufgehoben oder nur eingeengt ist, hängt schließlich davon ab, wie man den Gebrauch definiert. Die Gebrauchsbestimmung zeichnet vor, ob der bestimmungsgemäße Gebrauch vollständig unmöglich wird und ob damit eine Beeinträchtigung vorliegt. Umgekehrt werden Gebrauchsbeeinträchtigungen irrelevant, wenn sie nicht dem bestimmungsgemäßen Gebrauch zugerechnet werden.

Um es am Fleet- oder Yachthafenfall zu verdeutlichen: Die Verwendungsfähigkeit der Schiffe ist nur dann praktisch aufgehoben, wenn man die Fortbewegung außerhalb des Fleets als Teil des maßgeblichen bestimmungsgemäßen Gebrauchs ansieht. Würde man demgegenüber einen Gebrauch als Hausboot oder Museumschiff als bestimmungsgemäßen Gebrauch annehmen, wäre die Brauchbarkeit nicht in dem geforderten Maße praktisch aufgehoben. Deutlich wird damit erneut die Bedeutung der Identifizierung der Gebrauchsbestimmung einer Sache.<sup>168</sup>

Nicht nur wegen Unklarheiten bezüglich der Gebrauchsbestimmung, sondern auch wegen unterschiedlicher Konstruktionen ähnlicher Sachen kann die Forderung eines umfassenden Entzugs des bestimmungsgemäßen Gebrauchs zu zufälligen Abgrenzungen führen. Erfüllt eine Sache beispielsweise zwei Funktionen, so wäre ihr Gebrauch wohl nur umfassend entzogen, wenn beide Funktionen unmöglich werden. Nur dann läge eine Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz vor. Bei einer Sache, die konstruktionsbedingt nur eine der beiden Funktionen erfüllen kann, würde es für eine relevante Beeinträchtigung demgegenüber ausreichen, wenn nur diese eine Funktion entfiel. Dieselbe Art der Beeinträchtigung könnte daher bei einer Sache sachenrechtliche Relevanz entfalten, während sie dies bei einer anderen Sache nicht täte, nur weil diese zufällig weitere Funktionen erfüllen

<sup>165</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn.18; ähnlich bereits BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

<sup>166</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

<sup>167</sup> Die Schwierigkeit der Abgrenzung zeigt sich etwa bei *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755, 758 f.

<sup>168</sup> Siehe dazu oben bei S. 179 ff.

kann.<sup>169</sup> Der Anbieter könnte in einem solchen Fall einer Funktionssperre die sachenrechtliche Relevanz nehmen, indem er die Sache mit ergänzenden Funktionen ausstattet, die von der Funktionssperre unberührt bleiben.<sup>170</sup>

Mit der Betonung des Vergleichs zu der Wegnahme einer Sache ging in der Rechtsprechung der Verzicht auf eine zeitliche Mindestdauer der Beeinträchtigung einher. So hat der Bundesgerichtshof explizit auf eine zeitliche Erheblichkeitsschwelle bei einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs verzichtet, sofern die Verwendungsfähigkeit der Sache vorübergehend praktisch aufgehoben wird.<sup>171</sup> Insoweit setzt sich die dargestellte Unklarheit aufgrund eines fehlenden Maßstabs für den bestimmungsgemäßen Gebrauch fort, da auch der Verzicht auf eine Mindestdauer davon abhängt, ob gerade der Gebrauch umfassend verhindert wurde, der als bestimmungsgemäß angesehen wird.

#### 4. Klarere Konzeptualisierung statt Aufgabe der Fallgruppe

Die hier vorgebrachte Kritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs betrifft vor allem die mangelnde Klarheit bei der Behandlung von Fällen einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung. Eine wirkliche Klarheit ließe sich nur dadurch erreichen, dass man den sachenrechtlichen Schutz auf Veränderungen der Sachsubstanz beschränkt und jegliche Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs – unabhängig davon, ob sie auf einer sachinternen Störung oder einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung basieren – unbeachtet lässt. Schließt man demgegenüber allein die Fälle einer Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung aus, wäre wenig geholfen. In diesem Fall würde sich die Unsicherheit auf die Abgrenzung sachexterner von sachinternen Störungen verlagern. Für die Klarheit ist damit wenig gewonnen.

Würde man in der Suche nach klaren Grenzen der Fallgruppe auch Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit einer Sache aufgrund sachinterner Störungen vom Schutz ausnehmen, würde man den sachenrechtlichen Schutz zudem in unangemessenem Maße aushöhlen. Ein Schutz des in einer Sache angelegten Gebrauchs würde scheitern, wenn es dabei zu keiner Substanzveränderung kommt. Gerade die

<sup>169</sup> So auch die Kritik von *Paulus*, EWiR 2021, 752, 753 an OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 33, der darlegt, dass der Gebrauch einer Fahrzeugbatterie, um den es in der Entscheidung des Oberlandesgerichts ging, nicht mehr umfassend entzogen wäre, wenn die Batterie zusätzlich ein Fach zur Aufbewahrung eines Schraubenziehers oder Handschuhs hätte. *Paulus* berücksichtigt in seiner Kritik jedoch nicht, dass es sich bei der streitgegenständlichen Funktionssperre um eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst handelt, sodass das Kriterium des umfassenden Gebrauchsentzugs entbehrlich ist und seine Kritik im konkreten Fall dadurch entkräftet wird. Ähnlich wie *Paulus: Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 664f.

<sup>170</sup> Vgl. *Paulus*, EWiR 2021, 752, 753.

<sup>171</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 19; anders noch BGH v. 4.11.1997 – VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 380 dort Abgrenzung zu einer „irrelevant[en] kurzfristig[en] Störung“; BGH v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163, Rn. 7: „nicht nur [eine] kurzfristige Beeinträchtigung des Sachgebrauchs“.

Fälle des softwarebasierten Sachgebrauchs verdeutlichen jedoch wohl erstmals in großem Umfang die eigenständige Bedeutung von Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst aufgrund sachinterner Störungen unabhängig von einer Substanzveränderung.<sup>172</sup> Gerade vor dem Hintergrund ihrer zunehmenden Bedeutung kann daher eine Ablehnung des sachenrechtlichen Schutzes vor Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit aufgrund sachinterner Störungen nicht überzeugen. Ein derart weitreichendes Streben nach reduzierter Komplexität würde der tatsächlich bestehenden Komplexität nicht gerecht. Die bestehenden Zweifel aufgrund ihrer Konturschwäche reichen nicht so weit, die Fallgruppe der Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung generell infrage zu ziehen.

Auch wenn damit keine durchgreifenden Zweifel am Festhalten an der Fallgruppe der Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung bestehen, sollte dennoch gegen die unklaren Konturen der Fallgruppe vorgegangen werden. Zu diesem Zweck wird im Folgenden eine neue Konzeptualisierung der Fälle der Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung vorgeschlagen.

Aufgrund des bereits genannten Problems, dass es sich bei der Sachnähe der verschiedenen möglichen Störungsarten um ein Kontinuum handelt, wird auch der hier vorgeschlagene Ansatz keine endgültige Abgrenzungsklarheit schaffen und einen – teilweise willkürlich erscheinenden – qualitativen Sprung auf dem Kontinuum von sachinternen zu sachexternen Einwirkungen<sup>173</sup> nicht verhindern können. Er soll lediglich die verschiedenen, teilweise disparat erscheinenden Fälle zusammenführen und Leitlinien für eine Betrachtung dieser Fälle entwickeln. Ausgangspunkt ist dabei die im Folgenden darzustellende Beobachtung, dass die Fälle der Rechtsprechung eine strukturelle Gemeinsamkeit teilen, die als Schlüssel für Abgrenzungskriterien dienen kann: Bei dem beeinträchtigten Gebrauch handelt es sich um Gebrauchsmöglichkeiten, die von unterschiedlichen Netzen abhängig sind.

## B. Schutz des netzbasierten Gebrauchs

Die Fälle einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung zeichnet eine Gemeinsamkeit aus. Sie betreffen Sachen, für deren Gebrauch verschiedene Arten von Netzen erforderlich sind. Für eine klarere Abgrenzung der sachenrechtlichen Relevanz von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung scheint es daher hilfreich, diese Fälle und die entsprechende Rechtsprechung aus der Perspektive einer Beeinträchtigung eines netzbasierten Gebrauchs zu konzeptualisieren.

---

<sup>172</sup> Siehe oben bei S. 175.

<sup>173</sup> Vgl. zu der entsprechenden Kritik *Pickers* an der Rechtsprechung: NJW 2015, 2304, 2305.

Aus dieser Perspektive lässt sich die Abgrenzung zwischen sachenrechtlich relevanten und irrelevanten Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung in einer Weise umschreiben, die für den Einzelfall die Abgrenzung erleichtert. Zu differenzieren ist danach zwischen einem Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs, der sachenrechtlich relevant ist, und einer reinen Netzstörung, die nicht sachenrechtlich relevant ist (dazu unter II.).

### *I. Beeinträchtigung netzbasierten Gebrauchs als Gemeinsamkeit*

Die oben dargestellte<sup>174</sup> Rechtsprechung zu Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung betrifft spezifisch die Verhinderung der netzbasierten Gebrauchsmöglichkeiten von Sachen.

#### *1. Definition des netzbasierten Gebrauchs*

Der Begriff des Netzes beschreibt eine physisch verbundene oder aus verbundenen technischen Einrichtungen bestehende physische Infrastruktur, die dem Transport, der Verteilung, Fortbewegung, Übertragung oder Abnahme von Objekten dient, wobei die Objekte grundsätzlich körperlich sind, im Einzelfall jedoch auch unkörperlich sein können (insbesondere Signale, also Wellen).<sup>175</sup>

So bestehen Verkehrswegenetze beispielsweise aus Straßen, Wasserstraßen oder Schienen und ermöglichen die Fortbewegung von Schiffen, Kraftfahrzeugen und Zügen. Elektrische Geräte können nur genutzt werden, wenn sie an das Stromnetz angeschlossen sind, über das Elektrizität verteilt wird. Immobilien werden – je nach Art der Heizung – beheizt über eine Anbindung an das Fernwärme-, Erdgas- oder Stromnetz.

Auch bei den hier besprochenen, vernetzten Geräten beeinträchtigen Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung netzbasierte Gebrauchsmöglichkeiten der Geräte: Zum einen kann ihr Zugriff auf das Datennetz als solches beziehungsweise auf den Server des Anbieters als Teil dieses Netzes verhindert werden. Zum anderen kann eine Zufuhr von digitalen Inhalten über das Netz ausbleiben. So kann beispielsweise bei Streaming-Angeboten das Bereitstellen von Audio- oder Videodateien unterbleiben. Bei Geräten, bei denen die eigentliche Rechenleistung aus dem Gerät in die Cloud verlagert wird, bei denen also das Gerät lediglich der Dateneingabe und Datenausgabe dient, können zudem die Steuerbefehle, die für eine Datenausgabe erforderlich sind, ausbleiben. Beispielsweise kann der Befehl zum Öffnen oder Schließen eines vernetzten Türschlosses ausbleiben oder aber der Befehl, das Zündschloss eines vernetzten Kraftfahrzeuges zu starten.

<sup>174</sup> Siehe S. 206 ff.

<sup>175</sup> Vgl. die Definitionen in § 3 Nr. 35 EEG 2021 und § 3 Nr. 65 TKG; siehe auch § 1 Abs. 1 FStrG.

## 2. Anfälligkeit netzbasierter Gebrauchs für Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung

Es überrascht nicht, dass Diskussionen zu einer sachenrechtlichen Relevanz von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung sich regelmäßig auf verschiedene netzbasierte Gebrauchsmöglichkeiten beziehen. Netze zeichnen sich unter anderem dadurch aus, dass Eingang und Abgang der Objekte, die über das jeweilige Netz transportiert werden, nur unter Bedingungen möglich sind, die das Netz vorgibt – seien dies physische Zugangspunkte<sup>176</sup> oder technische Vorgaben. So bedarf der Gebrauch eines Verkehrswegenetzes einer Zufahrt. Der Zugang zum Stromnetz setzt eine Steckdose voraus. Zwischen diesen – in der Terminologie des § 3 Nr. 32 TKG – Netzabschlusspunkten<sup>177</sup> wird vom oder über das Netz der Transport der Objekte ermöglicht.<sup>178</sup>

Ein Gebrauch, der den Zugang und die Funktionsfähigkeit eines Netzes voraussetzt, wird dadurch in besonderem, womöglich einmaligem, Maße anfällig für Gebrauchsbeeinträchtigungen durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung. Ob der Gebrauch einer Sache von einem Netz abhängig ist, ergibt sich bereits aus der Natur der Sache und kann nicht beeinflusst werden: Ein Elektrogerät braucht einen Stromanschluss. Um ein solches Gerät nutzen zu können, ist der Nutzer dann auf einen Netzzugang angewiesen. Dadurch entsteht ein Nadelöhr, das für den Gebrauch der Sache passiert werden muss.

Das relevante Netz steht dabei regelmäßig nicht im Eigentum des Nutzers, so dass er von der Verfügbarkeit einer Infrastruktur abhängig ist, auf die er keinen Einfluss hat. Vielfach ist der Nutzer zudem auf den Zugang zu einem konkreten Netz angewiesen. Er kann nicht zwischen verschiedenen Netzen – etwa Telefon- statt Stromnetz – wählen (Exklusivität der Netzanbindung). Zudem kann ein Nutzer vielfach nicht auf einen Netzzugang, der an einem anderen Ort vorhanden wäre, ausweichen (Ortsgebundenheit der Netzanbindung). Beim Zugang zu Heizwärme für den Gebrauch einer Immobilie ist die Ortsgebundenheit offenkundig. Auch Elektrogeräte sind häufig örtlich gebunden und können nicht ohne erheblichen Aufwand umgezogen werden. Fahrzeuge sind demgegenüber beweglich. Für ihre Bewegung sind sie jedoch regelmäßig darauf angewiesen, vom aktuellen Standort aus Zugang zu einem Verkehrswegenetz zu erhalten.

## 3. Mehrwert einer netzbasierten Betrachtung

Betrachtet man Fälle einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung als solche einer Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs,<sup>179</sup> kann dies helfen, die Ansätze,

<sup>176</sup> „Netzabschlusspunkt“: § 3 Nr. 32 TKG.

<sup>177</sup> Vgl. auch § 3 Nr. 1d, 13b und 24a EnWG (Definition Ausspeisepunkt, Einspeisepunkt und Kundenanlagen).

<sup>178</sup> Vgl. § 3 Nr. 42 TKG.

<sup>179</sup> Fälle, bei denen sich eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung nicht auf einen netzbasierten Gebrauch bezieht, er-

die sich der Rechtsprechung entnehmen lassen, in einem Gesamtkonzept zusammenzuführen und Leitlinien zu entwickeln, wann Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung sachenrechtlich relevant sind. Ziel der Darstellung ist der Versuch, einen konzeptionellen Rahmen für den Umgang mit Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung vorzuschlagen und Differenzierungen der Rechtsprechungen aus dieser Perspektive zu erklären.

Bei einer netzbasierten Betrachtung ist zunächst im Hinblick auf die Art der Störung zwischen einem Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs und einer Störung im Netz zu differenzieren (dazu unter II.). Innerhalb eines Entzugs des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs ist bezüglich der Art des betroffenen Netzes zwischen privaten, öffentlichen und regulierten Netzen zu unterscheiden. Abhängig von der Art des Netzes ist im Anschluss weiterhin danach zu differenzieren, ob die Störung des Netzes auf den Netzinhaber oder einen Dritten zurückgeht (dazu unter III.).

Insgesamt zeigt sich, dass ein sachenrechtlicher Schutz des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vor Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung die Ausnahme darstellt. Eine sachenrechtliche Relevanz kommt vor allem dann infrage, wenn der gebrauchsnotwendige Netzzugang durch einen Dritten verhindert wird. Geht die Verhinderung des Netzzugangs auf den Netzinhaber zurück, kommt eine relevante Beeinträchtigung nur infrage, wenn es sich um ein öffentliches oder ein reguliertes Netz handelt.

Eigens zu erwähnen sind Güter, die – wie etwa Heizwärme für eine Mietwohnung – über ein Netz bereitgestellt werden und für den bestimmungsgemäßen Gebrauch erforderlich sind. Der Umstand allein, dass derart – womöglich vertraglich geschuldete – netzbasierte Güter ausbleiben, hat für die sachenrechtliche Relevanz einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung keine eigene Bedeutung (dazu unter C.). Die Relevanz eines Ausbleibens netzbasierter Güter richtet sich vielmehr danach, ob ihre Bereitstellung an einem – nach den bereits genannten Kriterien relevanten – Entzug des Netzzugangs scheitert oder nicht.

Kurz soll daran erinnert werden, dass es auch hier Vorbedingung einer sachenrechtlichen Relevanz darstellt, dass ein Teil des bestimmungsgemäßen Gebrauchs von der Störung erfasst ist.<sup>180</sup> Das Eigentum an einem Hausboot, das fest in einem Hafen verankert ist und nur mit einem Schleppschiff bewegt werden kann, wäre daher nicht zwingend beeinträchtigt, nur weil die Hafenausfahrt versperrt ist, so dass das Hausboot nicht aus dem Hafen auslaufen kann. Die bereits oben dargestellte<sup>181</sup> generelle Unklarheit bezüglich der Konkretisierung des bestimmungsge-

---

fasst die vorgeschlagene Betrachtung nicht direkt. Auch für solche Fälle lassen sich jedoch womöglich Rückschlüsse aus den in der netzbasierten Betrachtung erarbeiteten Leitlinien und Wertungen ziehen.

<sup>180</sup> Siehe dazu oben bei S. 180ff.

<sup>181</sup> Siehe dazu bei S. 229.

mäßigen Gebrauchs einer Sache wirkt damit auch bei der hier vorgeschlagenen netzbasierten Betrachtung fort.<sup>182</sup>

## II. Störung des Netzes vs. Entzug des Netzzugangs

Betrachtet man die Fälle und Kriterien der Rechtsprechung, zeigt sich zunächst eine Differenzierung zwischen Störungen des Netzes und einem Entzug des Netzzugangs.

Eine Störung des Netzes stellt dabei keine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs der Sache dar (dazu unter 1.). Nur dann, wenn ein gebrauchsnotwendiger Netzzugang entzogen wird, kann eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vorliegen (dazu unter 2.). Mit dieser Differenzierung kann die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erklärt werden (dazu unter 3.). Entscheidend wird damit die Abgrenzung zwischen einer Netzstörung und dem Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs, die sich indes nicht immer als einfach herausstellt (dazu unter 4.).

### 1. Netzstörung

#### a) Merkmale einer Netzstörung

Meist betreffen netzbezogene Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung lediglich Störungen des Netzes. Es handelt sich um Fälle, in denen es im Netz zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit kommt, der Netzzugang als solcher aber nicht verhindert wird. Derartige Netzstörungen sind im Hinblick auf den sachenrechtlichen Schutz von Sachen, die netzbasiert benutzt werden, ohne Bedeutung.<sup>183</sup>

Lediglich um eine Netzstörung handelte es sich etwa beim Fleet-Fall im Hinblick auf die ausgesperrten Schiffe: Sie waren nicht am Zugang zum Wasserwegnetz an sich gehindert, sondern konnten mit dem Fleet lediglich einen Teil des Netzes nicht erreichen. Eine Eigentumsbeeinträchtigung schied damit aus.<sup>184</sup> Entsprechend ist es ohne sachenrechtliche Bedeutung, wenn ein bestimmtes Bahngleis

<sup>182</sup> Siehe zur Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vernetzter Geräte oben bei S. 184ff.

<sup>183</sup> Denkbar ist allerdings, dass bestimmte Vorgaben der Netzregulierung Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB darstellen und deren Verletzung zu einer Haftung gegenüber Netznutzern führen kann. Vgl. zum Schutzgesetzcharakter des § 64 EBO (Verbot, „Bahnanlagen, Betriebseinrichtungen oder Fahrzeuge zu beschädigen [...] Fahrthindernisse zu bereiten oder andere betriebsstörende oder betriebsgefährdende Handlungen vorzunehmen“) sowie zu der Begrenzung der Schutzgüter auf „die Gesundheit und das Eigentum des Eisenbahnunternehmers und der anderen vom Eisenbahnverkehr unmittelbar berührten Personen“: BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 673; so bereits BGH v. 23.11.1955 – VI ZR 193/54, NJW 1956, 217, 219.

<sup>184</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

wegen einer Beschädigung der Leitungsdrähte nicht befahren werden kann,<sup>185</sup> wenn Schiffe nicht in einen bestimmten Hafen einfahren können<sup>186</sup> oder wenn eine Autobahnraststätte oder ein Betriebsgrundstück wegen einer Sperrung der Autobahn beziehungsweise einer Blockade der Zufahrtstraße nicht erreicht werden können.<sup>187</sup> Auch in den Fällen der Störung der Stromversorgung aufgrund einer Beschädigung eines Leitungskabels durch einen Dritten kann grundsätzlich eine reine Netzstörung gesehen werden, die sachenrechtlich unbeachtlich bleibt.<sup>188</sup> Auch ein Verkehrsstau stellt eine reine Netzstörung dar und ist insoweit sachenrechtlich ohne Bedeutung bezüglich der Autos, die im Stau gefangen sind und deren Nutzung daher einschränkt ist.<sup>189</sup>

### b) Unbeachtlichkeit einer Netzstörung

Für eine Unbeachtlichkeit reiner Netzstörungen für den sachenrechtlichen Schutz von Sachen, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch eine Netzanbindung voraussetzt, spricht zunächst, dass die Netze in fremdem Eigentum stehen. Die Sacheigentümer sind für die Nutzung ihrer Sache auf das fremde Eigentum am Netz angewiesen. Nicht alle Bedingungen, die zur Sachnutzung erforderlich sind, sind in diesem Fall in der Sache an sich oder der Eigentumssphäre des Sacheigentümers verkörpert. Die Sacheigentümer sind stets in der Nutzung ihrer Sache vom Zustand fremder Sachen abhängig. Bei Netzstörungen, die mittelbar den netzbasierten Gebrauch von Sachen einschränken, handelt es sich um negative Einwirkungen, die grundsätzlich keine sachenrechtliche Bedeutung entfalten.<sup>190</sup> Das Recht eines Eigentümers aus § 903 BGB mit seiner Sache nach Belieben zu verfahren, eröffnet nicht auch das Recht, dazu auf Sachen Dritter zurückzugreifen.<sup>191</sup> Am Beispiel des Fleet-Falls: Der Zuweisungsgehalt des Eigentums an den Schiffen erfasst nicht die Möglichkeit, gerade in dieses Fleet zu fahren.

Betroffen ist bei der Störung öffentlicher Netze vielfach lediglich der Gemeingebrauch an diesem Netz, etwa am öffentlichen Wasserstraßennetz.<sup>192</sup> Der Gemeingebrauch an öffentlicher Infrastruktur ist jedoch gerade nicht als „sonstiges Recht“

<sup>185</sup> BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674; bestätigend BGH v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163, Rn. 7.

<sup>186</sup> BGH v. 15.11.1982 – II ZR 206/81, NJW 1983, 2313, 2313 f.

<sup>187</sup> BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18 f.; BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265.

<sup>188</sup> BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479, 481; BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 722. Siehe jedoch unten bei S. 245 f. für den Fall, dass die Störung die sog. „letzte Meile“ betrifft.

<sup>189</sup> Im Ergebnis ebenso BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. 3. c), S. 389.

<sup>190</sup> Vgl. *Picker*, JZ 2010, 541, 548 und 550; *Picker*, NJW 2015, 2304, 2305 f.; *Picker*, ZfPW 2015, 385, 419 und 430 f., der jedoch zu weitgehend bei jeder Form der Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung von einer negativen Einwirkung ausgeht.

<sup>191</sup> BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. 3. c), S. 388.

<sup>192</sup> *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. 3. c), S. 388.

im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB geschützt<sup>193</sup> – eine Wertung, die unterlaufen würde, wenn man den Gemeingebrauch zwar nicht als sonstiges Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB schützt, eine Störung des Netzes aber als mögliche Beeinträchtigung des Zuweisungsgehalts des Eigentums an netzbasiert zu nutzenden Sachen aufnimmt.

Erfolgt die Netzstörung durch einen Dritten und nicht den Netzinhaber, haftet Ersterer gegebenenfalls gegenüber dem Eigentümer der Netzinfrastruktur. Darin liegt grundsätzlich der entscheidende Haftungsanspruch. Könnte jeder von einer Störung betroffene Nutzer zusätzlich gegen den Störer vorgehen, so könnte die Reichweite einer Haftung völlig unvorhersehbar werden.<sup>194</sup> Auch dies spricht gegen eine sachenrechtliche Relevanz einer Netzstörung.

Für eine Unbeachtlichkeit von Netzstörungen im Sachenrecht spricht schließlich, dass es regelmäßig vorrangige Rechtsregime für die Haftung für derartige Störungen gibt. Im Vordergrund steht dabei meist das Vertragsverhältnis zwischen Nutzer und Netzinhaber. Die Existenz eines spezielleren Regelungsregimes steht einer ergänzenden Haftung aufgrund einer Verletzung des Eigentums oder Besitzes nicht prinzipiell im Weg. Allerdings sollen die Wertungen der spezielleren Regime nicht dadurch unterlaufen werden, dass ein dinglicher Anspruch auf Netznutzung aus dem Eigentum an netzbasiert zu nutzenden Sachen konstruiert wird.

## 2. Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs

### a) Merkmale des Entzugs des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs

Einer Störung des Netzes steht ein Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs gegenüber. Eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch die Störung einer Sach-Umwelt-Beziehung wurde in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, soweit ersichtlich, bisher nur in Fällen angenommen, in denen der Gebrauch der Sache daran scheiterte, dass ein Zugriff auf das gebrauchsnotwendige Netz gänzlich verhindert wurde.

Um solche Fälle handelte es sich etwa bei den eingeschlossenen Schiffen im Fleet-Fall und Yachthafenfall.<sup>195</sup> Durch die Blockade der Ausfahrt aus dem Fleet beziehungsweise dem Yachthafen wurde verhindert, dass die Schiffe überhaupt Zugang zu dem für den Gebrauch notwendigen Wasserstraßennetz erhielten. Für ihren be-

<sup>193</sup> BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265 zu öffentlichen Straßen; BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888 zum Wasserstraßennetz; ebenso BGH v. 15.11.1982 – II ZR 206/81, NJW 1983, 2313, 2314. Zum Recht auf diskriminierungsfreie Benutzung des Schienenwegs eines öffentlichen Eisenbahninfrastrukturunternehmers (§ 14 AEG a.F.): BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674.

<sup>194</sup> Wegen der Gefahr einer „Überflutung von Gerichten und Versicherungen mit diffusen Haftungsklagen“ kritisch gegenüber einer Haftung eines Dritten für die Beschädigung von Stromkabeln: *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 278. Vgl. auch *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 759.

<sup>195</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17.

stimmungsgemäßen Gebrauch als Transportmittel war ein Zugang zu dem Wasserstraßennetz grundlegende Voraussetzung. Solange dieser einstmals vorhandene Zugang entzogen war, war auch der Gebrauch als Transportmittel ausgeschlossen. Insoweit wurde eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung angenommen.<sup>196</sup>

Auch ein Ausweichen auf einen anderen Zugang zum Wasserstraßennetz war nicht möglich. Gerade der am Belegenheitsort der Schiffe vorhandene Netzzugang war für den Gebrauch der Schiffe erforderlich. Wäre dies nicht der Fall gewesen, hätte der bestimmungsgemäße Gebrauch unter Nutzung eines anderen Netzzugangs fortgesetzt werden können. Der entzogene Netzzugang wäre nicht gebrauchsnötig gewesen und der Entzug damit wohl nicht sachenrechtlich relevant.

#### *b) Beachtlichkeit des Entzugs des gebrauchsnötigen Netzzugangs*

Die sachenrechtliche Relevanz, die die Rechtsprechung dem Entzug eines gebrauchsnötigen Netzzugangs zuschreibt, stellt vor dem Hintergrund der dargestellten Unbeachtlichkeit von Netzstörungen eine Ausnahme dar. Die sachenrechtliche Relevanz des Entzuges des gebrauchsnötigen Netzzugangs kann mit dem bereits dargestellten<sup>197</sup> Gedanken gerechtfertigt werden, dass der gebrauchsnötige Netzzugang aus einer wertenden Betrachtung bei der Bestimmung der beim Nutzer vorhandenen und in der Sache angelegten Gebrauchsmöglichkeiten berücksichtigt werden kann. Bezüglich solcher Netze, die als öffentliche Infrastruktur angesehen werden können, kann – zumindest ein an sich vorhandener – gebrauchsnötiger Netzzugang als Teil der beim Nutzer vorhandenen Gebrauchsvoraussetzungen angesehen werden<sup>198</sup> Er kann damit am sachenrechtlichen Schutz teilhaben.

Um derartige öffentliche Infrastruktur dürfte es sich zunächst bei Netzen der öffentlichen Hand, die dem Gemeingebrauch gewidmet sind, handeln, also etwa dem (Wasser-)Straßennetz (vgl. § 7 FStrG bzgl. Bundesfernstraßen, §§ 5 f. WaStrG bzgl. Bundeswasserstraßen). Daneben kann dies auch Netze betreffen, deren körperliche Infrastruktur zwar in privater Hand ist, die jedoch in einer Weise reguliert sind, die neben einem Wettbewerbsschutz<sup>199</sup> auch einen allgemeinen Netzzugang und Versorgungssicherheit gewährleisten soll, so etwa bei Strom- und Telekommunikationsnetzen (vgl. §§ 36 Abs. 1, 20 Abs. 1 EnWG, § 156 TKG bzw. § 78 TKG a.F.).<sup>200</sup> Eine Nutzung der Sache, die auf das Vorhandensein eines Zugangs zu einem solchen Netz angewiesen ist, kann dann am sachenrechtlich geschützten bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache teilhaben. Zumindest der Entzug eines

<sup>196</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17.

<sup>197</sup> Siehe oben bei S. 225.

<sup>198</sup> A.A. Picker, ZfPW 2015, 385, 413 f.

<sup>199</sup> § 1 Abs. 2 EnWG, § 1 TKG.

<sup>200</sup> Vgl. zur Bedeutung einer ständigen Verfügbarkeit einer Internetverbindung auch im privaten Bereich BGH v. 24.1.2013 – III ZR 98/12, NJW 2013, 1072, Rn. 16 ff.

vorhandenen Zugangs zu einem solchen Netz wäre danach eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung der Sache.

Die Bedeutung der genannten Netze wirkt auch gegenüber Dritten. Nutzer sind auch davor geschützt, dass Dritte den Netzzugang entziehen. Die Verhinderung des Netzzugangs durch Dritte hat damit zwei Dimensionen: Einerseits die Schädigung des Netzes. Sie stellt meist eine körperliche Veränderung des Netzes und damit eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz des Netzinhabers dar. Daneben tritt andererseits der Entzug des Netzzugangs des Nutzers einer netzbasiert zu nutzenden Sache. Im Entzug des Netzzugangs durch einen Dritten kann eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung der Rechtspositionen des Nutzers liegen. Im Vergleich zu einer reinen Netzstörung rückt die Beeinträchtigung bei einem Entzug des Netzzugangs unmittelbar an den Nutzer heran. Sie betrifft, bildlich gesprochen, den Kontaktpunkt zwischen den Sphären von Sacheigentümer und Netzinhaber. Mit der Einwirkung gerade auf den Kontaktpunkt wirkt ein Entzug des Netzzugangs auf beide Sphären unmittelbar ein.

### c) Spezialfall: Entzug des Internetzugangs

Auch ein Entzug des Internetzugangs kann sachenrechtliche Relevanz entfalten.<sup>201</sup> Zumindest wenn der Internetzugang durch Dritte,<sup>202</sup> also nicht den Internetzugangsanbieter, entzogen wird, kann darin eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs gesehen werden im Hinblick auf vernetzte Geräte, die für ihren bestimmungsgemäßen Gebrauch auf den konkret betroffenen Internetzugang angewiesen sind.<sup>203</sup>

Bei einem Router, einem Desktop-Computer oder einem ortsgebundenen vernetzten Gerät liegt damit eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung nahe.<sup>204</sup> Der konkrete Netzzugang ist für diese Geräte gebrauchsnötig. Laptop und Smartphone sind demgegenüber mobil einsatzfähig und nicht im selben Maße von einem konkreten Internetzugang abhängig. Der konkret betroffene Internetzugang ist für sie nicht gebrauchsnötig. Eigentum oder Besitz an Laptop und Smartphone sind daher nicht von der Sperre eines konkreten Netzzugangs betroffen.<sup>205</sup> Ist ein Laptop allerdings über einen Router mit dem Internet verbunden und wird

<sup>201</sup> Siehe zur Bedeutung einer ständigen Verfügbarkeit einer Internetverbindung auch im privaten Bereich BGH v. 24.1.2013 – III ZR 98/12, NJW 2013, 1072, Rn. 16 ff.

<sup>202</sup> Siehe zu einer Sperrung durch den sog. Internet Service Provider bei S. 246 f.

<sup>203</sup> Wagner, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 340. Vgl. auch BGH v. 24.1.2013 – III ZR 98/12, NJW 2013, 1072, Rn. 8 ff.; Spindler, JZ 2013, 897, 899.

<sup>204</sup> Wagner, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 340: Verletzung von Eigentum bzw. berechtigtem Besitz an „physischen Substrat[en] des Internetzugangs, wie Telefonanschluss, Modem, Router“.

<sup>205</sup> Einen Grenzfall stellt es dar, wenn bei Mobiltelefonen Mobilfunkleistungen nur im Umfang eines vorab gezahlten Guthabens gewährt werden (sog. „Prepaid“-Bereich). Stellt der Anbieter in solchen Fällen die Mobilfunkleistungen ein, wenn das Guthaben verbraucht ist, kann der Nutzer das Gerät meist ohne größeren Aufwand nach einem Anbieterwechsel erneut nutzen. Der Netzzugang durch den einzelnen Anbieter ist dann nicht gebrauchsnötig; vgl. oben bei S. 187 f.; vgl. auch OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 34 ff.

dem Router der Netzzugang entzogen, so kann dies zunächst eine Beeinträchtigung von Besitz und Eigentum an dem Router darstellen. Ist diese schuldhaft verursacht worden, so können im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs nach § 823 Abs. 1 BGB auch solche Vermögensschäden geltend gemacht werden, die entstehen, weil der Laptop mittelbar ebenfalls den Internetzugang verliert.<sup>206</sup>

### 3. Erklärung der Rechtsprechung durch Differenzierung

Mit der hiesigen Differenzierung zwischen einem sachenrechtlich relevanten Entzug des gebrauchsnötigen Netzzugangs und einer sachenrechtlich irrelevanten bloßen Netzstörung, lässt sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs über weite Strecken erklären und einheitlich konzeptualisieren:

Nach der Rechtsprechung liegt eine Beeinträchtigung des sachenrechtlichen Schutzes vor, wenn die Benutzung der betroffenen Sache „praktisch ausgeschaltet, [die Sache ihrem] bestimmungsgemäßen Gebrauch entzogen“ sei;<sup>207</sup> beziehungsweise in anderer Formulierung, wenn die Verwendungsfähigkeit „vorübergehend praktisch aufgehoben“ sei. Ein „Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs wirk[e] wie eine zeitweilige Wegnahme der Sache“.<sup>208</sup> Unbeachtlich bleibt es, wenn die Nutzbarkeit lediglich eingeschränkt ist.<sup>209</sup> Eine Beeinträchtigung scheidet demnach aus, wenn „nur die Möglichkeit [der] Nutzung [der Sache] vorübergehend eingeeengt oder nur eine bestimmte Verwendungsmodalität bzw. eine Mehrzahl von Verwendungszwecken, die das Einsatzpotenzial der Sache nicht erschöpfen, ausgeschlossen werden“.<sup>210</sup> Entwickelt hat der Bundesgerichtshof diese Differenzierung an Fällen, in denen die Beeinträchtigung Verkehrswegenetze betraf. Bei solchen lässt sich die Differenzierung zwischen Netzzugang und Netzstörung sehr bildlich fassen.

Dass nach der Rechtsprechung eine Beeinträchtigung nur dann vorliegen soll, wenn sie einer Wegnahme der Sache gleichkommt, spiegelt sich im hiesigen Ansatz darin, dass nur in einem Entzug des gebrauchsnötigen Netzzugangs eine Beeinträchtigung liegt. Durch den Netzzugang wird die Nutzbarkeit der Sache wie bei einer Wegnahme oft umfassend entzogen. Bei einer Netzstörung wird demgegenüber die Nutzung meist nur eingeschränkt – so etwa bei den Fahrzeugen, die Teile des Verkehrswegenetzes nicht nutzen können. Eine solche Störung bleibt nach der Rechtsprechung und dem hiesigen Ansatz unbeachtlich.

<sup>206</sup> Vgl. BGH v. 24.1.2013 – III ZR 98/12, NJW 2013, 1072, Rn. 16 ff.

<sup>207</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674.

<sup>208</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17; vgl. *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. s. c), S. 389.

<sup>209</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265; BGH v. 18.11.2003 – VI ZR 385/02, NJW 2004, 356, 358; BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674.

<sup>210</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 18.

Bei verschiedenen Netzarten kann allerdings auch eine Netzstörung zu einem vollständigen Ausfall aller netzbasierten Gebrauchsmöglichkeiten führen. Dies betrifft vor allem Netze, über die gebrauchsnotwendige Güter transportiert werden, die für die Benutzung der Sache, die an das Netz angeschlossen ist, erforderlich sind. So verhält es sich etwa beim Stromnetz: Wenn es zu einer Störung des Netzes kommt und das Endgerät des Nutzers damit von der Elektrizitätszufuhr abgeschnitten wird, ist jegliche Nutzung der Sache, für die Strom erforderlich ist, unmöglich. Dennoch lehnt der Bundesgerichtshof in diesen Fällen eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung ab.<sup>211</sup> Seine Differenzierung zwischen einer Aufhebung und einer Einschränkung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs kann dies nicht wirklich erklären. Auch das Merkmal der Unmittelbarkeit der Sacheinwirkung ist hier wenig aussagekräftig.

Wendet man demgegenüber die Differenzierung zwischen einem Entzug eines Netzzugangs und einer Netzstörung an, so ist leichter zu erklären, warum eine sachenrechtliche Relevanz ausscheidet, obwohl der Gebrauch der Sache umfänglich scheitert. Nach diesem Ansatz hat das reine Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen (hier: Strom) – wie noch zu zeigen ist<sup>212</sup> – keine eigene Bedeutung bezüglich des Vorliegens einer sachenrechtlich relevanten Beeinträchtigung. Entscheidend ist vielmehr, ob dem Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen der Entzug eines gebrauchsnotwendigen Netzzugangs oder eine reine Netzstörung zugrunde liegt. Gerade die Fälle einer Störung der Elektrizitätszufuhr zeigen jedoch auch, dass die Abgrenzung zwischen Netzstörung und Entzug des Netzzugangs nicht immer einfach ist.

#### 4. Abgrenzung

Aus Perspektive einer netzbasierten Betrachtung stellt eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung nur dann eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung dar, wenn die Störung zu einem Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs führt. Eine Störung des Netzes begründet demgegenüber keine Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz an Geräten, die für ihren bestimmungsgemäßen Gebrauch auf das Netz angewiesen sind. Die Abgrenzung zwischen einem Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs und einer Störung des Netzes ist damit von entscheidender Bedeutung. Als Abgrenzungskriterien können die Kriterien, die der Bundesgerichtshof in seiner Rechtsprechung benannt hat, auf die Perspektive eines netzbasierten Gebrauchs übertragen werden.

---

<sup>211</sup> Siehe bei S. 212f.

<sup>212</sup> Siehe dazu ausführlich bei S. 253 ff.

### a) Unklarheit der Abgrenzung

Eine Hauptkritik an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs betrifft die unklare Abgrenzung zwischen beachtlichen und unbeachtlichen Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung.<sup>213</sup> Auch dadurch, dass diese Abgrenzung als eine Frage der Abgrenzung zwischen einem Entzug des Netzzugangs und einer Netzstörung gefasst wird, kann die fließende Natur des Übergangs der Fallgruppen nicht gänzlich beseitigt werden.

Auch wenn die Unklarheit der Abgrenzung nicht beseitigt werden kann, ist jedoch zu hoffen, dass die Betrachtung aus der Perspektive eines netzbasierten Gebrauchs helfen kann, Wertungskriterien und Leitbilder zu entwickeln. Sie sollen dazu dienen, sachenrechtlich relevante von irrelevanten Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung abzugrenzen. Auch insoweit können die Fallgruppen des Entzugs des Netzzugangs und der Störung des Netzes jedoch nur Orientierungspunkte darstellen und nicht diskrete Kategorien. Im Kern behält die Abgrenzung einen werten-den Charakter.

### b) Spezifischer Sachbezug und abgrenzbarer Kreis der Betroffenen

Den Entzug des Netzzugangs zeichnet zunächst aus, dass er meist nur zu einer geringen Zahl an beeinträchtigten Nutzern einen spezifischen Bezug hat. Wird beispielsweise ein Kraftfahrzeug eingeparkt, besteht ein spezifischer Bezug zu dem konkret betroffenen Fahrzeug und dessen Nutzer. Dem Fahrzeug wird der Zugang zum Straßennetz entzogen. Diese Störung ist von sachenrechtlicher Relevanz.<sup>214</sup>

Eine Störung des Netzes ist demgegenüber unspezifisch und betrifft vielfach eine nicht klar begrenzte Gruppe an Nutzern des Netzes. Ein Verkehrsstau wirkt sich beispielsweise auf alle Nutzer des Verkehrsweges aus und stellt eine unspezifische Störung des Netzes dar, die nicht sachenrechtlich relevant ist.<sup>215</sup> In gewissem Sinne hat das Merkmal des spezifischen Sachbezugs eine Entsprechung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Inhaltlich besteht eine gewisse Nähe zu der Voraussetzung, dass nur „unmittelbare“ beziehungsweise „tatsächliche“ Einwirkungen auf die Sache sachenrechtlich relevant sind.<sup>216</sup>

Mit der Spezifität des Bezugs zum Nutzer und dessen Sache geht das Merkmal der Abgrenzbarkeit und abstrakten Vorhersehbarkeit der Nutzer, die von einer Be-

<sup>213</sup> Siehe oben bei S. 228 ff.

<sup>214</sup> Im Ergebnis ebenso *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. 3. c), S. 390; *Dörner*, JuS 1978, 666, 667.

<sup>215</sup> Im Ergebnis ebenso BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. 3. c), S. 389.

<sup>216</sup> Vgl. BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; vgl. BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265; BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674; BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18; BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 17.

einträchtigung betroffen sind, einher. Wird nur ein einzelner Nutzer oder eine geringe Zahl an Nutzern durch die Störung beeinträchtigt, so spricht dies eher für einen Entzug des Netzzugangs. Ebenso verhält es sich, wenn zumindest abstrakt die Identität der betroffenen Nutzer vorhersehbar ist.

Netzstörungen betreffen demgegenüber oft undifferenziert eine Vielzahl von nicht vorher identifizierbaren Nutzern. Am Beispiel des Fleet-Falls lässt sich diese Erwägung anschaulich verdeutlichen: Mit den eingesperrten Schiffen war lediglich eine überschaubare und abstrakt vorhersehbare Gruppe an Schiffen an der Ausfahrt und dem Zugang zum Wasserstraßennetz gehindert. Von der Unmöglichkeit der Einfahrt in das Fleet war demgegenüber eine unvorhersehbare Zahl an Schiffen betroffen – nämlich all die Schiffe, die in das Fleet hätten einfahren können und wollen.

Das Beispiel des Fleet-Falls zeigt auch, dass eine Störung bezogen auf die Nutzer unterschiedlicher Sachen unterschiedliche Auswirkungen haben kann. Sie kann manchen Nutzern den gebrauchsnötigen Netzzugang entziehen, obwohl sie für andere Nutzer nur eine Netzstörung darstellt.

### c) Umfang der Nutzungsbeeinträchtigung

Als weiteres Abgrenzungskriterium kann der Umfang der Nutzungsbeeinträchtigung herangezogen werden – auch ihn hat bereits der Bundesgerichtshof als Kriterium benannt:<sup>217</sup> Eine Netzstörung betrifft vielfach lediglich einzelne Aspekte der Sachnutzung. Die Sache behält trotzdem ihre grundsätzliche Brauchbarkeit.<sup>218</sup> So verhält es sich etwa, wenn ein Teil des Straßennetzes gestört ist. Bei einem Entzug des Netzzugangs wird demgegenüber jeglicher netzbasierte Gebrauch unmöglich.

Die Aussagekraft dieses Abgrenzungskriteriums ist vergleichsweise gering. Sie leidet an der bereits dargestellten Unmöglichkeit einer abschließenden Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs. Wie weitreichend der bestimmungsgemäße Gebrauch einer Sache beeinträchtigt ist, hängt schließlich davon ab, welche Gebrauchsmöglichkeiten als bestimmungsgemäß angesehen werden. Wie der bestimmungsgemäße Gebrauch konkretisiert wird, zeichnet die Reichweite der Einschränkung vor. Wird im Fleet-Fall etwa einem Schiff lediglich der Gebrauch als Transportmittel zugeschrieben,<sup>219</sup> so liegt durch das Einsperren im Fleet eine umfassende Beeinträchtigung des Gebrauchs vor. Sieht man demgegenüber eine Lagerung von Transportgut, die Nutzung als Hausboot oder den Aufenthalt auf dem Schiff als relevanten Teil des bestimmungsgemäßen Gebrauchs an, so wird durch das Einsperren der Gebrauch des Schiffs lediglich eingeschränkt.

<sup>217</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888; BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265; BGH v. 18.11.2003 – VI ZR 385/02, NJW 2004, 356, 358; BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673, 674.

<sup>218</sup> Siehe zu Sachen, für deren Gebrauch Versorgungsleistungen, wie beispielsweise Strom, notwendig sind, gleich bei S. 253 ff.

<sup>219</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 888.

#### d) Schwerpunkt der Beeinträchtigung

Die Kriterien der Spezifität des Bezugs zum beeinträchtigten Nutzer und der Reichweite der Gebrauchseinschränkung stoßen bei Fällen wie denjenigen der Unterbrechung der Stromzufuhr auf Schwierigkeiten. Bei den konkreten Sachverhalten, die den Entscheidungen zugrunde lagen, waren nur die jeweiligen Anspruchsteller und deren Geräte von dem Stromausfall betroffen.<sup>220</sup> Es bestand an sich ein spezifischer Bezug zu den betroffenen Sachen. Die Zahl der betroffenen Nutzer war zudem klar abgrenzbar. Bei Elektrogeräten ist bei einem Stromausfall weiterhin meist jegliche Nutzung unterbunden, wodurch der Gebrauch der Sachen umfassend verhindert wird. Die genannten Kriterien hätten im Fall der Beschädigung der Stromkabel daher eher für eine sachenrechtliche Relevanz der Beeinträchtigung gesprochen und zu einer Haftung für die Beschädigung der Stromkabel geführt. Dennoch lehnte der Bundesgerichtshof eine Haftung in beiden Fällen ab.<sup>221</sup>

Die Leitbilder des Entzugs des Netzzugangs einerseits und der Störung des Netzes andererseits könnten in solchen Fällen helfen. Dies illustriert den Mehrwert einer netzbasierten Betrachtung. So kann die Frage gestellt werden, welche Art der Beeinträchtigung bei einer wertenden Betrachtung im Vordergrund steht und den Schwerpunkt bildet. Dabei können zwar auch die genannten Kriterien des spezifischen Bezugs zur betroffenen Sache, der Zahl der betroffenen Nutzer und Reichweite der Nutzungseinschränkung herangezogen werden. Die Kriterien dienen jedoch lediglich als Indizien für eine umfassendere Gesamtbetrachtung, für die die Leitbilder des Entzugs des Netzzugangs und der Störung des Netzes erst den Maßstab bilden. Insofern entwickeln die Leitbilder und damit die netzbasierte Betrachtung eine über die schon in der Rechtsprechung genannten Einzelindizien hinausgehende Aussagekraft.

#### e) „Letzte Meile“ und Schutz des Zugangs zu netzbasierten Leistungen

Auch bei einer netzbasierten Betrachtung überzeugt es nicht zwingend, dass die Rechtsprechung bei Stromausfällen wegen der Beschädigung von Stromleitungen eine sachenrechtliche Relevanz verneint hat.<sup>222</sup>

Bei den dargestellten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs bezog sich die Beeinträchtigung anscheinend auf die sogenannte letzte Meile, also auf den letzten Leitungsabschnitt, der den Endnutzer mit dem Netz verbindet.<sup>223</sup> In einem solchen Fall würde eine netzbasierte Betrachtung eher für die Störung des Netzzugangs und somit eine sachenrechtliche Relevanz der Beeinträchtigung sprechen. Bei einer

<sup>220</sup> BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479, 481; BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 720.

<sup>221</sup> BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479, 481; BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 720.

<sup>222</sup> BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479; BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 720. Dazu kritisch *Möschel*, JuS 1977, 1, 3f.; *H.J. Mertens/Reeb*, JuS 1971, 469, 471.

<sup>223</sup> *Schmidt-Gallas/Gebrig*, VW 2019, 48, 48; OLG Hamburg v. 1.3.2001 – 3 U 203/00, CR 2001, 388, 389.

Störung der letzten Meile liegt der Schwerpunkt auf dem Entzug des Netzzugangs und nicht auf einer reinen Störung des Netzes. In diesem Fall ist zudem die Zahl der betroffenen Personen vorhersehbar und abgegrenzt,<sup>224</sup> die Wirkung einer Störung für diese Nutzer ist jedoch umfassend.

Der Ansatz, dass bei der Stromversorgung auch eine Störung der letzten Meile eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs darstellen sollte, könnte auch auf andere Fälle übertragen werden, bei denen über das Netz der Zugang zu Leistungen eröffnet wird, die für den bestimmungsgemäßen Gebrauch erforderlich sind. Dies betrifft etwa den Zugang zur Gasversorgung oder zu Telekommunikationsnetzen. Erfasst wäre damit auch die letzte Meile beim Zugang zum Datennetz.

Komplexer stellt sich die Übertragbarkeit des Gedankens der letzten Meile auf die Blockade von Verkehrswegen dar. Denkbar wäre, dass neben der Blockade der Netzeinfahrt als solcher eine Beeinträchtigung des Netzzugangs anzunehmen ist, wenn ein Verkehrsweg behindert wird, der nur den Zugang von oder zu dem streitgegenständlichen Grundstück eröffnet. Nicht ausreichen dürfte es demgegenüber, wenn ein Verkehrsweg behindert wird, der zwar für das Erreichen des streitgegenständlichen Grundstückes alternativlos ist, der jedoch im selben Maße für andere Grundstücke ein verkehrstechnisches Nadelöhr darstellt.

#### *f) Netz von Netzwerken: Störungen von Cloud-Zugang und Internet*

Mitunter bestehen Netze, die für die Nutzung verschiedener Sachen erforderlich sind, aus verbundenen Teilnetzen, die im Eigentum unterschiedlicher Netzinhaber stehen. So verhält es sich etwa bei „dem“ Stromnetz und „dem“ Telekommunikationsnetz, bei denen es sich an sich um Netzverbände handelt. Auch das Internet besteht aus verschiedenen, miteinander verknüpften Daten- beziehungsweise Telekommunikationsteilnetzen. Nutzer erhalten den Zugriff auf das Internet als Netzwerkverbund über einen Internet Service Provider, der die Verbindung des Geräts des Nutzers mit den Netzen anderer Serviceprovider und damit mit „dem Internet“ herstellt. Über den Internet Service Provider vermittelt greifen Nutzer danach jedoch auf zahlreiche Teilnetze des Internets zu.

Sachenrechtliche Bedeutung hat zumindest der grundlegende Internetzugang, also der Teil des Netzes, für den der Internet Service Provider den Zugang ermöglicht. Für die weiteren Teilnetze des Internets ist demgegenüber zu unterscheiden. Grundsätzlich scheidet eine getrennte Betrachtung der Teilnetze aus. Die Verkehrsauffassung sieht das Internet als ein einheitliches Netz an. Die Verhinderung des Zugangs zu einem Teilnetz stellt damit nur eine Netzstörung bezogen auf das Internet als solches dar. Entsprechend stellt es sich etwa beim Stromnetz oder anderen Telekommunikationsnetzen dar. Auch dort dürfte die Verkehrsanschauung für

<sup>224</sup> Wegen der Gefahr einer „Überflutung von Gerichten und Versicherungen mit diffusen Haftungsklagen“ generell kritisch gegenüber einer Haftung eines Dritten für die Beschädigung von Stromkabeln: *Wagner*, in: *MüKo*<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 278.

eine einheitliche Betrachtung des Netzes sprechen, selbst wenn verschiedene Netzteile unterschiedlichen privaten Trägern unterliegen.

Anders kann es sich jedoch darstellen, wenn der Verkehr Teilnetzen eine eigene Bedeutung einräumt. Dies kann auch bei der Bewertung einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs berücksichtigt werden. Vernetzte Geräte können ein Beispiel für diesen Fall darstellen, sofern ihre Nutzung einen Zugriff auf den Cloud-Server des Anbieters erfordert. Ein Cloud-Server stellt ein eigenes privates Netzwerk des Anbieters dar.<sup>225</sup> Die Cloud ist dabei auf einem oder mehreren Servern verkörpert. Die Server können im Eigentum des Anbieters stehen und die Cloud von ihm administriert werden. Es ist jedoch auch möglich und gerade bei kleineren Anbietern wahrscheinlich, dass der Anbieter sowohl hinsichtlich der physischen Serverstruktur als auch hinsichtlich der digitalen Plattform und ihrer Verwaltung auf Dritte zurückgreift. Auch in diesem Fall behält der Anbieter jedoch die Entscheidungsbefugnis darüber, wer auf die Cloud zugreifen kann.<sup>226</sup>

Der Cloud-Server kann für den Gebrauch des vernetzten Geräts als eigenständig zu betrachtendes Netz berücksichtigt werden. Der Entzug des Cloud-Zugangs würde dann eine eigene sachenrechtliche Bedeutung entfalten. Für eine derartige eigenständige Betrachtung des Cloud-Servers spricht, dass sich der Cloud-Server funktional als die erste Anlaufstelle des Geräts darstellt, auch wenn der Zugriff über das Internet vermittelt wird und der Server, auf dem sich die Cloud befindet, physisch weit entfernt von dem Nutzer belegen ist. Der Cloud-Server hat für den Nutzer eine erhebliche eigene Bedeutung, da er für die Gebrauchsmöglichkeiten des Nutzers meist alternativlos ist.<sup>227</sup>

Der Cloud-Server sollte daher nicht nur als ein Teil des Netzverbands Internet angesehen werden. Die Verhinderung des Cloud-Zugangs sollte als Entzug des Zugangs zu einem eigenständigen Teilnetz betrachtet werden und nicht nur als Störung des Internets als Netzwerkverbund.

Abzugrenzen wäre der Zugang zum Cloud-Server dabei wiederum von anderen Arten privater Netze, die für die Sachnutzung nicht zwingend erforderlich sind. Wird etwa der Zugriff mittels eines Computers auf ein privates Intranet des Arbeitsgebers verhindert, so ist dies sachenrechtlich ohne Bedeutung. Der Nutzer kann das sonstige Internet ungehindert ansteuern. Wird einem vernetzten Gerät demgegenüber der Zugang zum Cloud-Server verwehrt, scheitern damit jegliche netzbasierten Gebrauchsmöglichkeiten.

### 5. Zwischenfazit

Wird der bestimmungsgemäße Gebrauch durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung beeinträchtigt, so ist hinsichtlich der sachenrechtlichen Relevanz dieser

---

<sup>225</sup> *National Institute of Standards and Technology*, Special Publication 800-145, 2011, 2f.

<sup>226</sup> *National Institute of Standards and Technology*, Special Publication 800-145, 2011, 2f.

<sup>227</sup> Siehe zu mangelnder Interoperabilität aus tatsächlicher Perspektive und als Voraussetzung umfassender Sachfunktionsherrschaft bei S. 51 ff.

Störung zwischen einer Netzstörung und dem Entzug eines gebrauchsnotwendigen Netzzugangs zu unterscheiden. Bei einer reinen Netzstörung scheidet eine sachenrechtliche Relevanz aus. Wird indes der gebrauchsnotwendige Netzzugang entzogen, so ist eine solche Relevanz möglich.

Selbst in diesem Fall liegt allerdings nicht ohne Weiteres eine Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz vor. Es ist vielmehr eine weitere Betrachtung erforderlich (dazu im Anschluss unter III.), die die Art des Netzes und die Identität des Störers berücksichtigt.

### *III. Art des Netzes und Identität des Störers*

Der Netzzugang kann einerseits durch den Eigentümer der Netzinfrastruktur (dazu unter 1.) und andererseits durch einen Dritten beeinträchtigt werden (dazu unter 2.). Im Hinblick auf die sachenrechtliche Relevanz einer Störung ist in einer typisierenden Betrachtung zwischen diesen beiden Arten der Störer zu differenzieren. Entscheidend ist dabei allerdings nicht die Identität des Störers als solche, die für den sachenrechtlichen – und damit erga omnes wirkenden – Schutz vor einer Beeinträchtigung grundsätzlich ohne Bedeutung ist.<sup>228</sup> Relevant ist vielmehr die besondere Beziehung des Netzinhabers zu der Netzinfrastruktur.<sup>229</sup>

#### *1. Entzug des Netzzugangs durch Netzinhaber*

Der Netzinhaber bezeichnet die Person, in deren Eigentum sich die körperliche Netzinfrastruktur befindet.<sup>230</sup> Es muss sich dabei nicht zwingend um den Anbieter netzbasierter Dienste handeln.<sup>231</sup> Ist der Anbieter selbst nicht der Netzinhaber, sondern bedient er sich insoweit eines Drittanbieters, so gelten die folgenden Ansätze allerdings auch für den Fall, dass der Netzinhaber auf Geheiß des Anbieters den Netzzugang des Nutzers entzieht.

Der Netzinhaber kann dem Nutzer auf verschiedene Weise den Netzzugang entziehen. Zunächst kann er – wie ein störender Dritter – den Netzzugang durch eine körperliche Blockade oder Schädigung der Infrastruktur stören. Bei verschiedenen Netzen kann der Netzinhaber einen Netzzugang durch den Nutzer allerdings auch

<sup>228</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, 1950 Rn. 34.

<sup>229</sup> Siehe zu Situationen, in denen ein Vertragspartner des Sachnutzers netzbasiert zur Verfügung zu stellende Gebrauchsvoraussetzungen einstellt S. 253 ff., insb. S. 263 f.

<sup>230</sup> Selbst unterirdisch verlegte Versorgungsleitungen bleiben – als reiner Scheinbestandteil der Grundstücke gem. § 95 BGB – im Eigentum der jeweiligen Versorgungsunternehmen: BGH v. 11.7.1962 – V ZR 175/60, NJW 1962, 1817, 1817; BGH v. 1.2.1994 – VI ZR 229/92, NJW 1994, 999, 999; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 695.

<sup>231</sup> Bei Telekommunikations- oder Stromnetzen fallen beide meist auseinander. Außerhalb vertraglicher Haftung wird eine Beeinträchtigung seitens des Netzinhabers dem Anbieter nicht zugerechnet. Er haftet jedoch ggf. nach § 831 BGB. Vgl. *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 758. Die Serverinfrastruktur für die Cloud des Anbieters steht demgegenüber vielfach in dessen Eigentum, sodass hier Anbieter und Netzinhaber personenidentisch sind.

ohne einen physischen Zugriff, sondern allein auf technischem Wege unterbinden. Bei vernetzten Geräten kann etwa der Zugang zu einem Server und damit einer Cloud durch sogenanntes Blacklisting verhindert werden.<sup>232</sup> Die Schädigung kann sich auch aus einem Unterlassen ergeben. So kann der Netzinhaber trotz einer Unterhaltungspflicht die Netzinfrastruktur nicht ausreichend unterhalten haben. Im Fleet-Fall hatte beispielsweise die öffentliche Hand ihre gesetzliche Pflicht missachtet, die Schiffbarkeit des Fleets aufrechtzuerhalten und die Ufermauer gegenüber einem Einsturz abzusichern.<sup>233</sup> Eine sachenrechtliche Relevanz entfalten die genannten Zugriffsarten gleichermaßen. Eine Differenzierung ist nicht erforderlich.

Anders stellt es sich bezüglich der Art des Netzes dar. Im Hinblick auf die sachenrechtliche Relevanz des Entzugs des Netzzugangs durch den Netzinhaber ist danach zu differenzieren, ob es sich um ein unreguliertes privates Netz, ein öffentliches Netz oder ein reguliertes Netz handelt.<sup>234</sup>

#### a) Unregulierte private Netze

Bei Netzen, die in privatem Eigentum stehen und keiner Netzregulierung unterliegen, ist eine Störung des Netzzugangs durch den Netzinhaber sachenrechtlich ohne Bedeutung. Der Sachnutzer kann aus seinem Eigentum kein Recht herleiten, das Eigentum des Netzinhabers zu nutzen. Der Netzinhaber kann vielmehr frei darüber entscheiden, wer sein Eigentum nutzen darf.<sup>235</sup> Selbst, wenn der Sacheigentümer seine Sache nur mittels des Netzes nutzen kann, ist der Netzeigentümer nicht verpflichtet, dem Sacheigentümer die Nutzung seines Netzes zu eröffnen oder dauerhaft zu erhalten. Der Zuweisungsgehalt des Eigentums an der Sache endet am Zuweisungsgehalt des Eigentums am Netz.

Die Beeinträchtigung der Sachnutzung bildet in diesen Fällen nur den Reflex der Befugnisse des Netzeigentümers, mit seinem Eigentum nach seinem Belieben zu verfahren.<sup>236</sup> Der Netzeigentümer ist bei einem unregulierten privaten Netz aus dinglicher Perspektive grundsätzlich nicht verpflichtet, zu berücksichtigen, welche reflexartigen Auswirkungen seine Entscheidung über die Nutzung seines Netzes für andere Personen haben.

Insoweit unterscheidet sich die Störung des Netzzugangs durch den Netzeigentümer von der Störung durch einen Dritten. Die Störung durch einen Dritten betrifft gerade die Grenze zwischen Sache und Netz. Sie treibt bildlich gesprochen einen Keil zwischen die beiden und betrifft damit sowohl Sacheigentümer als auch Netzeigentümer. Sie schafft eine Trennung, wo vorher keine war. Sie verhindert

<sup>232</sup> Siehe oben bei S. 57f.

<sup>233</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 887.

<sup>234</sup> Siehe oben bei S. 118f. zu einer Beeinträchtigung des Zugangs zum Server des Anbieters als Beeinträchtigung des Teilmitbesitzes des Nutzers an dem Server des Anbieters im Hinblick auf dort verkörperte Software, bezüglich derer der Nutzer Zugriffsrecht hat.

<sup>235</sup> Vgl. zur Figur des digitalen Hausrechts: *Maume*, MMR 2007, 620, 622f.; *Ladueur*, MMR 2001, 787, 787f.

<sup>236</sup> Vgl. *Raff*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 1004 BGB Rn. 138.

eine Nutzung, die vom Netzeigentümer vorher eröffnet war, ohne, dass der Störer befugt wäre, über die Nutzung des Netzes durch den Sacheigentümer zu entscheiden.

Ein Entzug des Netzzugangs durch den Netzeigentümer trennt ebenfalls die Sache vom Netz. Zumindest auf dinglicher Ebene steht dem Netzinhaber ein solches Vorgehen aufgrund seines Eigentums am Netz grundsätzlich frei. Es wird nicht von außen ein Keil zwischen Sache und Netz getrieben. Der Netzeigentümer drängt, bildlich gesprochen, die Sache vielmehr aus dem Netz und verhindert den Zugriff auf sein Eigentum.

Dass eine Sache nur unter Rückgriff auf ein Netz, das in fremdem Eigentum steht, genutzt werden kann, begründet grundsätzlich kein Recht, dieses fremde Netz zu nutzen. Das bestätigt auch ein Vergleich mit dem Notwegerecht des § 917 BGB. Die Vorschrift beschreibt einen Fall, in dem der Zugang zu einem Netz nur über fremdes Eigentum möglich ist. Der Eigentümer des notwegeberechtigten Grundstücks erhält dort den Anspruch, auf das Nachbargrundstück zuzugreifen, um das öffentliche Wegenetz zu erreichen, das zur ordnungsmäßigen Benutzung des Grundstücks notwendig ist. Die Tatsache, dass § 917 BGB dieses Recht in Absatz 1 konstitutiv gewährt und dem Nachbarn in Absatz 2 eine Entschädigung zuerkennt, zeigt im Umkehrschluss, dass ohne diese Regelung ein entsprechendes Recht nicht allein aufgrund des Grundeigentums bestünde.<sup>237</sup>

Verhindert der Netzeigentümer somit den Zugang zu seinem privaten Netz, bleibt dies im Hinblick auf das Eigentum und den Besitz des Sachnutzers ohne Bedeutung. Sofern er dabei jedoch ein anderweitiges Schutzgesetz verletzt oder den Netznutzer vorsätzlich sittenwidrig schädigt, kommt eine Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB beziehungsweise § 826 BGB infrage. Haftungsgrund ist dann jedoch nicht die Verletzung von Eigentum oder Besitz des Sachnutzers.

### *b) Öffentliche und regulierte Netze*

Eine andere Wertung könnte bei öffentlichen Netzen, wie dem (Wasser-)Straßennetz (vgl. FStrG, WaStrG), oder bei regulierten Netzen gelten, also etwa dem Telekommunikationsnetz (vgl. TKG), Elektrizitätsnetz und Gasnetz (vgl. EnWG). Bei solchen Netzen ist das Eigentum des Netzeigentümers in einer Weise überformt, die dem Netzeigentümer eine freie Entscheidung über den Netzzugang des Nutzers nimmt. Es werden Vorgaben dazu gemacht, unter welchen Bedingungen ein Netzzugang versperrt werden und ein Nutzer von der Netznutzung ausgeschlossen werden darf (vgl. etwa § 61 Abs. 3 ff. TKG für Telekommunikationsdienste, § 19 StromGKV für Stromgrundversorger, § 19 GasGKV für Gasgrundversorger, § 24 NAV für Stromnetzbetreiber, § 24 NDAV für Gasnetzbetreiber, § 33 AVBWasserV für Wasserversorgungsunternehmen und § 33 AVBFernwärmeV für Fernwärmeversorgungsunternehmen).<sup>238</sup>

<sup>237</sup> Vgl. *Brückner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 917 BGB Rn. 4.

<sup>238</sup> *Paulus/Matzke*, NJW 2018, 1905, 1906 ff.

Anders als bei einem unregulierten privaten Netz, verpflichtet die öffentliche Widmung beziehungsweise die Netzregulierung den Netzeigentümer bei der Ausübung seiner Eigentümerbefugnisse, deren reflexartige Auswirkungen auf Netznutzer zu berücksichtigen.<sup>239</sup> Der Netzinhaber kann nicht frei darüber entscheiden, einen Nutzer vom Netzzugang auszuschließen. Das Eigentum an der Netzinfrastruktur ist durch die Regulierung beschränkt. Diese Einschränkung des Eigentums des Netzinhabers kann man umgekehrt als Erweiterung des Zuweisungsgehalts von Eigentum und Besitz des Netznutzers ansehen. Berücksichtigt der Netzinhaber die reflexartigen Auswirkungen auf Netznutzer nicht in ausreichendem Maße, so kann dies demnach eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung begründen. Angesichts dieser Überformung des Eigentums an der Netzinfrastruktur lässt sich somit im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs annehmen, dass bei öffentlichen und regulierten Netzen der Entzug des gebrauchsnötigen Netzzugangs durch den Netzinhaber eine sachenrechtliche Bedeutung im Hinblick auf eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der netzbasiert zu gebrauchenden Sachen entfaltet.

Da erst die öffentlichrechtliche Überformung des Eigentums eine sachenrechtliche Bedeutung der Verweigerung des Netzzugangs durch den Netzinhaber begründet, sollten die gesetzlichen Vorgaben der jeweiligen Netzregulierung berücksichtigt werden.<sup>240</sup> Sofern nach diesen Vorgaben der Entzug des Netzzugangs unzulässig ist oder gesetzliche Unterhalts- oder Sorgfaltspflichten im Hinblick auf den Erhalt des Netzzugangs missachtet werden und es dadurch zu einer Störung des Netzzugangs kommt,<sup>241</sup> kann eine Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz des Nutzers aufgrund einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung angenommen werden.<sup>242</sup> Kommt es im Anschluss grundsätzlich zu einer Haftung,<sup>243</sup> sollten allerdings auch insofern Sondervorgaben der Netzregulierung berücksichtigt werden, etwa Haftungshöchstgrenzen.<sup>244</sup>

---

<sup>239</sup> Vgl. *Raff*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 1004 BGB Rn. 138.

<sup>240</sup> Ein solcher Rückgriff auf die Netzregulierung erscheint auch im Kontext des possessori-schen Besitzschutzes angemessen (vgl. oben bei S. 119 ff.). Unterbleiben soll dort die Betrachtung des zugrundeliegenden (Vertrags-)Verhältnisses zwischen den Beteiligten. Die Vorgaben der Netzregulierung ergeben sich demgegenüber aus dem Gesetz.

<sup>241</sup> BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 887: Pflicht, die Schiffbarkeit zu erhalten „jedenfalls aus der nach § 81 Abs. 1 Nds. WasserG (vgl. auch § 28 Abs. 1 Satz 1 WHG)“. Vgl. zu Strom- und Gasversorgung: *Paulus/Matzke*, NJW 2018, 1905, 1906.

<sup>242</sup> Die Bedeutung des Verstoßes gegen die Pflicht zum Unterhalt des Wasserstraßennetzes als Begründung für die Haftung betont beim Fleet-Fall *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. 3. c), S. 389 f.

<sup>243</sup> Eine Haftung ergibt sich bei Verstoß gegen Vorgaben der Netzregulierung mitunter auch aus den entsprechenden Gesetzen, vgl. § 69 Abs. 1 S. 3 TKG, § 32 Abs. 3 EnWG.

<sup>244</sup> Siehe etwa § 70 TKG; vgl. auch § 18 NAV.

## 2. Entzug des Netzzugangs durch Dritte

Statt dem Netzinhaber kann auch ein Dritter den Netzzugang stören. Betreffen kann dies insbesondere eine physische Schädigung der sogenannten letzten Meile, eines Netzabschlusspunktes beziehungsweise eines Zugangsknotens zum Netz. So wurde etwa im Yachthafenfall die Hafenausfahrt durch ein havariertes Tankmotorschiff blockiert.<sup>245</sup> In den Fällen der ausbleibenden Stromversorgung war jeweils bei Bauarbeiten ein Leitungskabel beschädigt worden.<sup>246</sup>

Im Kontext vernetzter Geräte kann die Einwirkung eines Dritten insbesondere durch Hacking erfolgen. Betrifft das Hacking schon die Funktionsfähigkeit des Geräts, indem seitens des Geräts die Aufnahme einer Netzverbindung verhindert wird, so handelt es sich aufgrund der Änderung der verkörperten Software regelmäßig bereits um eine sachenrechtlich relevante Substanzveränderung<sup>247</sup> oder zumindest um eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Geräts selbst.<sup>248</sup> Damit liegt eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung schon ohne Weiteres vor. Die Frage nach der sachenrechtlichen Relevanz einer Verhinderung des Netzzugangs aufgrund einer Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung stellt sich damit wohl nur, wenn das Hacking die digitale Infrastruktur des Internet-Service-Providers oder des Cloud-Anbieters betrifft.<sup>249</sup>

Der sachenrechtlichen Relevanz eines solchen Entzugs des Netzzugangs durch Dritte stehen dabei keine Bedenken entgegen. Der Dritte kann den Entzug des Netzzugangs nicht durch sein Eigentum an der Netzinfrastruktur begründen. Es besteht kein Konflikt zu womöglich vorrangigen Rechtsregimen wie etwa einer vertraglichen Verbindung zwischen Nutzer und Netzinhaber. Betrifft die Störung durch den Dritten den Netzzugang und nicht lediglich das Netz als solches, so wirkt sich die Störung unmittelbar sowohl auf den Netzinhaber aus als auch auf den Nutzer und dessen Besitz beziehungsweise Eigentum an der Sache, deren netzbasierte Nutzung durch die Störung verhindert wird.<sup>250</sup>

## IV. Fazit

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung lässt sich aus einer Perspektive betrachten, die die Beeinträchtigung eines netzba-

<sup>245</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, 219.

<sup>246</sup> BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479, 479; BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 720.

<sup>247</sup> Siehe dazu oben bei S. 162 f.

<sup>248</sup> Siehe dazu oben bei S. 175 ff.

<sup>249</sup> Siehe zu der eigenständigen Relevanz des Netzzugangs zur Cloud als eigenständig zu betrachtendem Netzwerk innerhalb des generellen Internets bei S. 246 f.

<sup>250</sup> Siehe oben bei S. 239 f. und S. 249 f.

sierten Gebrauchs als verbindendes Merkmal in den Vordergrund rückt. Diese netzbasierte Betrachtung hilft dabei, aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs klarere Leitlinien für die Relevanz der Beeinträchtigung einer netzbasierten Gebrauchsmöglichkeit zu entwickeln.

Reine Störungen des Netzes bleiben nach dieser Betrachtung ohne sachenrechtliche Relevanz. Allein der Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs kann eine solche Relevanz entfalten. Begründen lässt sich dies damit, dass das Vorhandensein eines gebrauchsnotwendigen Netzzugangs einen Teil der Gebrauchsvoraussetzungen darstellt, die bereits beim Nutzer vorhanden sind, und damit dem Zuweisungsgehalt des Sachenrechts zugerechnet werden können.

Sofern daher der bestimmungsgemäße Gebrauch der Sache durch den Entzug eines gebrauchsnotwendigen Netzzugangs unmöglich gemacht wird, stellt dies grundsätzlich eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung dar. Wird der Netzzugang allerdings durch den Netzinhaber entzogen, ist zu differenzieren: Bei einem nicht regulierten Netz in Privateigentum steht es dem Netzinhaber frei, über den Gebrauch seines Netzes zu bestimmen, sodass sein Eigentum am Netz ihm das Recht gibt, dem Nutzer den Zugang zu dem Netz zu entziehen. Handelt es sich demgegenüber um ein öffentliches oder reguliertes Netz, so stellt ein Entzug des Netzzugangs, der den Vorgaben der Netzregulierung widerspricht, eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs dar.

### C. Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen

Der Gebrauch zahlreicher Sachen ist von Voraussetzungen abhängig, die über ein Netz der Sache zugeführt werden müssen. Solche netzbasierten Gebrauchsvoraussetzungen können sehr unterschiedliche Gestalt annehmen, etwa die Versorgung mit Strom, Gas oder Heizwärme oder die Übermittlung von Daten. In einem weiteren Sinne kann auch Kundschaft als eine netzbasierte Gebrauchsvoraussetzung für ein ortsgebundenes, kommerzielles Angebot verstanden werden, wenn sie nur über ein Verkehrsnetz dorthin gelangen kann.<sup>251</sup>

Soweit der Gebrauch einer Sache von solchen Gebrauchsvoraussetzungen abhängt, wird dieser Gebrauch beeinträchtigt, wenn die Gebrauchsvoraussetzungen nicht mehr über das Netz zur Sache gelangen können. Die Zufuhr von netzbasierten Gebrauchsvoraussetzungen kann dabei – in der oben verwendeten Terminologie – sowohl aufgrund eines Entzugs des Netzzugangs scheitern als auch aufgrund einer Netzstörung. Es stellt sich daher die Frage, ob das Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen – unabhängig von ihrer Ursache – eine eigene sachenrechtliche Bedeutung hat oder ob die sachenrechtliche Relevanz nach den oben ge-

---

<sup>251</sup> Vgl. BGH v. 15.11.1982 – II ZR 206/81, NJW 1983, 2313, 2313 f.; BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 18 f.

nannten Kriterien<sup>252</sup> von der Ursache des Ausbleibens der Gebrauchsvoraussetzung (Netzstörung oder Entzug des Netzzugangs) abhängt.

Im Folgenden werden Beispiele aus der Rechtsprechung im Hinblick auf diese Frage untersucht. Zunächst wird dabei eine Fallgruppe ausführlicher betrachtet, die in der Rechtsprechung besondere Beachtung gefunden hat und bei der die sachenrechtliche Bedeutung der Zufuhr netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen besonders umfangreich thematisiert wurde (dazu unter I.). Es handelt sich um die Verhinderung der Zufuhr von Versorgungsleistungen – insbesondere von Heizwärme – bei Mietwohnungen. Die Diskussion um diese Fallgruppe verdeutlicht, dass nur der Gebrauch der Sache sachenrechtlich geschützt ist, der unter Rückgriff auf die Voraussetzungen möglich ist, die bereits beim Nutzer vorhanden sind. Geschützt ist nur der Gebrauch der Sache selbst und nicht ein erweiterter, vertragsmäßiger Gebrauch. Allein das Ausbleiben der Zufuhr von Heizwärme, als typisches Beispiel netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen, beeinträchtigt daher nicht Eigentum oder Besitz.

Zu demselben Ergebnis kommt die anschließende Betrachtung von Fällen des Ausbleibens der Zufuhr von Strom und Kundschaft sowie – aus umgekehrter Perspektive – der Abfuhr von Gütern (dazu unter II.). Auch dort zeigt sich, dass das Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen für sich genommen keine sachenrechtliche Bedeutung hat.

Als entscheidend stellt sich vielmehr jeweils die Ursache des Ausbleibens netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen dar; die Frage also, ob dem Ausbleiben der Gebrauchsvoraussetzungen ein Entzug des gebrauchsnötigen Netzzugangs zugrunde liegt oder lediglich eine Störung des Netzes.

### *I. Zufuhr von Versorgungsleistungen bei Mietimmobilien*

Besondere Aufmerksamkeit hat die sachenrechtliche Relevanz eines Ausbleibens netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen bei Mietimmobilien erfahren. Konkret ging es um Fälle, in denen Vermieter die Zufuhr von Heizwärme oder anderen Versorgungsleistungen wie Elektrizität, Strom oder Wasser unterbrochen haben, um dadurch die Mieter zur Zahlung ausstehender Miete oder zu einem Auszug zu bewegen.<sup>253</sup> Mit Fokus auf die Unterbrechung von Heizwärme wird teilweise sehr bildlich von Ausfrieren oder einer kalten Räumung gesprochen.

Da es sich um Mietsachen handelt, betreffen die Fälle keine Eigentums-, sondern nur eine mögliche Besitzbeeinträchtigung. Konkret stellt sich die Frage, ob es sich bei einer Unterbrechung der Heizwärmezufuhr um eine verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 BGB handelt. Da jedoch der Schutz des Eigentums nicht hinter dem

<sup>252</sup> Siehe oben bei S. 236 ff.

<sup>253</sup> Vgl. etwa BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947; KG v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98, GE 2004, 622; *Hinz*, NZM 2005, 841, 847; *Ulrici*, ZMR 2003, 895; *Streyll*, WuM 2006, 234.

des Besitzes zurücksteht,<sup>254</sup> lassen sich die Aussagen zum Vorliegen einer Besitzbeeinträchtigung auch für eine mögliche Eigentumsbeeinträchtigung heranziehen.

### 1. Zweifel an der Annahme einer Besitzbeeinträchtigung

Lange war es nahezu einhellige Meinung, dass das Einstellen oder Unterbrechen von Versorgungsleistungen aufgrund von Mietrückständen verbotene Eigenmacht darstellt, weil dadurch der bestimmungsgemäße Gebrauch der Immobilie beeinträchtigt werde.<sup>255</sup> Seit Beginn der 2000-er Jahre wurde dieser Ansatz jedoch sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur zunehmend infrage gezogen. Den Anstoß zur Diskussion um die sachenrechtliche Relevanz des Ausbleibens von Versorgungsleistungen gaben zum einen ein Aufsatz von *Bernhard Ulrici* aus dem Jahr 2003<sup>256</sup> und zum anderen eine Entscheidung des Kammergerichts, die zwar schon 1998 ergangen war, jedoch erst im Jahre 2004 veröffentlicht wurde.<sup>257</sup>

Das Kammergericht wandte sich in seiner Entscheidung ausdrücklich gegen die überwiegende Meinung, die in der Unterbrechung von Versorgungsleistungen eine Besitzstörung sah. Laut Kammergericht unterscheide die damals herrschende Meinung nicht klar genug zwischen Besitz und nur vertraglich geschuldetem Mietgebrauch.<sup>258</sup> Eine Unterbrechung der Versorgungsleistungen stelle jedenfalls dann keine Besitzstörung im Sinne des § 858 BGB dar, wenn es sich um ein Gewerbmietverhältnis handle und das Mietverhältnis aufgrund einer fristlosen Kündigung wegen Zahlungsverzugs des Mieters beendet sei. In diesem Fall entfalle die Pflicht zur Gebrauchsgewährung des damaligen § 536 BGB, weshalb der Vermieter die Versorgung mit Nebenleistungen einstellen könne. In seinem Besitz an der Mietsache werde der Mieter nicht gestört, da der Besitz im Sinne von § 858 BGB lediglich die tatsächliche Sachherrschaft umfasse, in deren Ausübung der Mieter nicht beeinträchtigt werde.<sup>259</sup>

In der Literatur sprach sich insbesondere *Bernhard Ulrici* früh gegen eine sachenrechtliche Relevanz der Einstellung von Versorgungsleistungen aus.<sup>260</sup> Er stellte sich klar gegen die „nahezu einhellig[e] Ansicht, daß Liefersperren eine Besitzstörung darstellen“.<sup>261</sup> Stelle der Vermieter eigene oder von ihm beim Versorgungsunternehmen bezogene Versorgungsleistungen ein, liege darin keine Besitz-

<sup>254</sup> Siehe oben bei S. 146 ff. und S. 218 ff.

<sup>255</sup> Vgl. zum damaligen Diskussionsstand BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 21 ff.; *Greiner/Kalle*, JZ 2020, 331, 332 f.; *Hinz*, NZM 2005, 841, 846 f.; *Gaier*, ZWE 2004, 109, 114; *Scheidacker*, NZM 2005, 281; *Streyl*, WuM 2006, 234, 234; *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 895; jeweils mit weiteren Nachweisen.

<sup>256</sup> *Ulrici*, ZMR 2003, 895.

<sup>257</sup> KG v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98, GE 2004, 622, 622.

<sup>258</sup> KG v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98, GE 2004, 622, 622.

<sup>259</sup> Das KG lässt offen, ob dies auch bei einer Wohnraummiete nach der Räumungsfrist gelten würde: KG v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98, GE 2004, 622, 622.

<sup>260</sup> *Ulrici*, ZMR 2003, 895.

<sup>261</sup> *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 895.

störung.<sup>262</sup> Die Besitzstörung als kleine Schwester der Besitzentziehung setze laut *Ulrici* eine physische oder psychische Intervention voraus. Eine Beeinträchtigung liege daher nur vor, wenn der Vermieter aktiv in die Versorgungsbeziehung des Versorgers zum Mieter und damit in die Versorgbarkeit der Wohnung eingreife.<sup>263</sup> Ein bloßes Nichtmehrleisten reiche nicht aus. Da der Besitzschutz das Kontinuitätsinteresse des Besitzers schütze, sei lediglich der vorhandene Bestand geschützt, wozu zwar bei einer Immobilie die Versorgbarkeit, nicht aber die Versorgungsleistungen selbst gehörten. Diese müssten vielmehr für die Zukunft andauernd hinzu erworben werden. Der Besitzschutz gewähre jedoch lediglich einen Anspruch auf Beseitigung der Störungsquelle oder ein Unterlassen der störenden Tätigkeit und nicht auf ein dauerhaftes aktives Tun.<sup>264</sup>

## 2. Bundesgerichtshof: Ablehnung einer Besitzstörung

Verschiedene Autoren nahmen diese Kritik an der früher herrschenden Annahme einer Besitzbeeinträchtigung auf.<sup>265</sup> Überwiegend stieß dabei die Annahme auf Zustimmung, zumindest nach der Beendigung eines Gewerbemietverhältnisses eine Besitzstörung abzulehnen.<sup>266</sup> Zu einem endgültigen Durchbruch verhalf der Bundesgerichtshof im Jahre 2009 dem Ansatz, dass ein Einstellen beziehungsweise Unterbrechen von Versorgungsleistungen keine verbotene Eigenmacht darstellt.<sup>267</sup> Der Bundesgerichtshof ließ sich in seiner Entscheidung relativ ausführlich zu den Grenzen des Besitzschutzes ein<sup>268</sup> und lehnte dabei ausdrücklich eine Berücksichtigung vertraglicher Gesichtspunkte für die Annahme von Besitzschutzansprüchen ab.<sup>269</sup>

### a) Sachverhalt und Entscheidung

Der Entscheidung lag der folgende Sachverhalt zugrunde: Wegen jahrelanger Nichtzahlung der Miete für eine Gewerbeimmobilie erklärte der Vermieter wiederholt die Kündigung. Nachdem der Mieter die Immobilie nicht verließ, stellte der Vermieter die Warmwasserversorgung ein und drohte damit, auch die Versorgung der Immobilie mit Heizwärme einzustellen. Warmwasser und Heizwärme hatte der Mieter nicht direkt von einem Versorgungsunternehmen, sondern von seinem Vermieter bezogen. Der Mieter sah in der Versorgungssperre eine verbotene Eigen-

<sup>262</sup> *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 897.

<sup>263</sup> *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 896 f.

<sup>264</sup> *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 896 f.

<sup>265</sup> *Hinz*, NZM 2005, 841, 847; *Streyl*, WuM 2006, 234, 236 f. Laut *Streyl*, WuM 2006, 234, 234 könne nach Veröffentlichung der Entscheidung des KG aus dem Jahre 1998 „wohl nicht mehr“ von einer herrschenden Meinung gesprochen werden.

<sup>266</sup> *Hinz*, NZM 2005, 841, 847; *Streyl*, WuM 2006, 234, 236 f.

<sup>267</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 21 ff., insb. Rn. 24.

<sup>268</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 21 ff.

<sup>269</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 31; noch offenlassend: KG v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98, GE 2004, 622, 622.

macht und begehrte daher, dem Vermieter die Versorgungssperre gem. § 862 Abs. 1 S. 2 BGB zu untersagen.<sup>270</sup> Der BGH lehnte einen solchen Unterlassungsanspruch ab. Die Einstellung oder Unterbrechung der Versorgung mit Heizenergie stelle keine Besitzstörung im Sinne des § 858 Abs. 1 BGB dar.<sup>271</sup> Der Gerichtshof griff in der Begründung Ansätze auf, die bereits durch das Kammergericht und in der Literatur vorgetragen wurden.

### b) Begründung

Der Bundesgerichtshof differenziert in seiner Entscheidung zwischen der Ermöglichung der vertragsgemäßen Nutzung der Mietsache einerseits und dem Schutz der tatsächlichen Sachherrschaft andererseits.<sup>272</sup> Der Besitz erfasse dabei lediglich den Bestand der tatsächlichen Sachherrschaft.<sup>273</sup> Verbotene Eigenmacht setze daher einen Eingriff in die tatsächliche Sachherrschaft voraus, was nur gegeben sei, „wenn der Besitzer in dem Bestand seiner tatsächlichen Sachherrschaft beeinträchtigt wird.“<sup>274</sup> Beim Besitz an Räumen liege ein solcher Eingriff daher nur vor, wenn der Zugang zu den Räumen erschwert oder vereitelt werde oder „wenn in anderer Form in einer den Besitzer behindernden Weise auf die Mieträume eingewirkt“ werde.<sup>275</sup>

Bei der Einstellung oder Unterbrechung von Versorgungsleistungen liege eine solche Einwirkung nicht vor. Die Versorgungsleistungen seien kein Bestandteil der tatsächlichen Sachherrschaft als solcher; ihre Einstellung beeinträchtige weder den Zugriff auf die Sache noch die Nutzungsmöglichkeiten, die sich aus dem bloßen Besitz ergeben.<sup>276</sup> Die Versorgungsleistungen erweiterten vielmehr die Nutzungsmöglichkeiten der Sache. Sie seien lediglich für den vertragsgemäßen Gebrauch des Mietobjektes erforderlich. Ihre Gewährleistung ergebe sich alleine aus dem Vertragsverhältnis.<sup>277</sup> Die Zufuhr von Versorgungsgütern ergebe sich nicht aus dem Besitzschutz, sondern aus der vertraglich vereinbarten Nutzungsmöglichkeit, die über die vom Besitzschutz erfasste Störungsfreiheit hinausgehe und eine bestimmte Verwendung der Sache betreffe.<sup>278</sup> Da es sich beim Ausbleiben der Versorgungsleistungen schon der Sache nach um keine Besitzstörung handle, sei auch nicht danach zu differenzieren, ob die Störung durch den Vermieter oder einen Dritten erfolge.<sup>279</sup>

<sup>270</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947.

<sup>271</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 20 und 24 ff.

<sup>272</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 27; vgl. *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 896.

<sup>273</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 25.

<sup>274</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 26.

<sup>275</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 26; vgl. etwa BGH v. 27.4.1971 – VI ZR 191/69, VersR 1971, 765, 765.

<sup>276</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 24 ff.

<sup>277</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 27.

<sup>278</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 29.

<sup>279</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 34. Vgl. demgegenüber zu einer Differenzierung zwischen einer Verhinderung des Netzzugangs durch den Netzzinhaber und einen Dritten oben bei S. 248 ff.

Der Bundesgerichtshof untermauert seine Argumentation mit möglichen Rechtsfolgen der Annahme einer Besitzbeeinträchtigung. Er greift dabei auf den Vergleichsfall zurück, dass der Vermieter den Heizbetrieb nicht über ein Versorgungsunternehmen sondern mit einer eigenen Ölheizung bewerkstelligen würde. Würde man in dem Aussetzen der Versorgungsleistungen eine verbotene Eigenmacht sehen, könnte der Vermieter aufgrund eines Anspruchs aus dem Besitzschutz des Mieters dann dazu gezwungen sein, dauerhaft Heizöl zu erwerben, um die Versorgung des Mieters zu gewährleisten.<sup>280</sup> Dies sei nicht damit vereinbar, dass der Besitzschutz keine Leistungsansprüche eröffne, sondern nur Abwehrrechte.<sup>281</sup>

Bei seiner Bewertung lehnt der Bundesgerichtshof weiterhin ausdrücklich die Berücksichtigung der vertragsrechtlichen Situation ab. Es könne nicht darauf ankommen, ob eine Vorleistungspflicht bestehe, beziehungsweise darauf, ob der Mietvertrag beendet sei.<sup>282</sup> Diese vertragliche Sicht sei bei der Begründung eines allein auf den tatsächlichen Gegebenheiten beruhenden Besitzschutzanspruchs nicht zulässig.<sup>283</sup> Aus entsprechenden Gründen überzeuge es auch nicht, eine Besitzstörung mit dem Argument zu begründen, das Einstellen der Versorgungsleistungen stelle ein pflichtwidriges Unterlassen dar. Eine entsprechende Versorgungspflicht könne schließlich lediglich aus einem Vertrag entstehen, der im Besitzschutz eben nicht zu berücksichtigen sei.<sup>284</sup>

### 3. Kriterien sachenrechtlicher Relevanz

Der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der übrigen Diskussion lassen sich Maßstäbe für die sachenrechtliche Relevanz eines Ausbleibens netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen entnehmen. Entscheidend ist danach zunächst die Beschränkung des Schutzes auf den Besitz als tatsächliche Sachherrschaft. Eine Beeinträchtigung des Besitzes setzt danach voraus, dass „der Besitzer in dem Bestand seiner tatsächlichen Sachherrschaft beeinträchtigt wird.“<sup>285</sup>

Geschützt ist lediglich die „im Besitz liegende Gebrauchsmöglichkeit“ beziehungsweise die „sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit“.<sup>286</sup> Abzugrenzen sind solche Gebrauchsmöglichkeiten, die sich allein aus dem Besitz an der Sache herleiten, von einer „vertraglich vereinbarten Nutzung“, die weiter reicht als die sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit. Eine sol-

<sup>280</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 30.

<sup>281</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 27; vgl. *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 896.

<sup>282</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 31; noch offenlassend: KG v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98, GE 2004, 622, 622.

<sup>283</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 31. Für die Berücksichtigung der vertragsrechtlichen Situation *Streyll*, WuM 2006, 234, 236 f.; wohl *Hinz*, NZM 2005, 841, 847.

<sup>284</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 32. Diesbezüglich grenzt sich dieser Fall von der öffentlich-rechtlichen Unterhaltungspflicht bezüglich der Ufermauer im Fleet-Fall ab: BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886, 886.

<sup>285</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 26.

<sup>286</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 27.

che „bestimmte Verwendung der Sache“ gehe über eine Freiheit des Besitzers vor Störungen der Sachherrschaft hinaus. Sie ist nicht sachenrechtlich gewährleistet.<sup>287</sup>

Soweit der Gebrauch einer Sache von ergänzenden Versorgungsleistungen abhängig ist, zeigt schon diese Abhängigkeit, dass es sich bei den betroffenen Gebrauchsmöglichkeiten nicht um Gebrauchsmöglichkeiten handelt, die sich aus dem bloßen Besitz ergeben. Netzbasierte Versorgungsleistungen erweitern die Gebrauchsmöglichkeit über diejenigen, die schon im bloßen Besitz liegen, hinaus. Die Gewährleistung von Versorgungsleistungen begründet sich daher nicht aus sachenrechtlichen Schutzpositionen, sondern kann sich „allein aus dem ihnen zu Grunde liegenden Vertragsverhältnis ergeben“.<sup>288</sup> Sofern eine vertragliche Nutzung daher auf ergänzende Versorgungsleistungen angewiesen ist, ist sie nach dem Gerichtshof nicht vom Besitzschutz erfasst. Geschützt ist lediglich der Besitz als tatsächliche Herrschaft an der Sache und nicht der vertragsgemäße Gebrauch der Sache.<sup>289</sup>

Diese Differenzierung zwischen der tatsächlichen Sachherrschaft und dem vertragsgemäßen Gebrauch der Sache spiegelt die bereits oben dargestellte Abgrenzung des sachenrechtlich geschützten objektivierten bestimmungsgemäßen Gebrauchs vom nicht sachenrechtlich geschützten subjektiv bestimmten Gebrauch.<sup>290</sup> Sie unterstreicht, dass nur ein solcher bestimmungsgemäßer Gebrauch geschützt ist, der alleine auf die tatsächliche Sachherrschaft an der Sache angewiesen ist und sich somit aus dem Gebrauch der Sache als solcher ergibt.<sup>291</sup> Anders formuliert betrifft der sachenrechtliche Schutz lediglich dasjenige, was der Besitzer oder Eigentümer „bereits hat“.<sup>292</sup> Geschützt ist der Bestand, das bereits beim Nutzer Vorhandene.<sup>293</sup> Nicht erfasst vom sachenrechtlichen Schutz ist das Zukünftige, vom Vertragspartner Hinzuzufügende.<sup>294</sup> Wenn neue Leistungen des Vertragspartners ausbleiben, ist dies für das Sachenrecht ohne Bedeutung.<sup>295</sup>

Übertragen auf den hier verwendeten analytischen Rahmen einer netzbasierten Betrachtung lässt sich festhalten, dass das reine Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen sachenrechtlich ohne Bedeutung bleibt.<sup>296</sup> Das Ausblei-

<sup>287</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 29; vgl. auch *Regenfus*, JZ 2018, 79, 84.

<sup>288</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 27.

<sup>289</sup> BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 27 und 29; KG v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98, GE 2004, 622, 622; zustimmend: *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 123; kritisch: *J. F. Baur/Stürner*, Sachenrecht<sup>18</sup>, § 9 Rn. 22, S. 98; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 53; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 858 BGB Rn. 6; *Zeuner*, in: FS Flume I, 775, 784; eher implizit *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 896; kritisch mit Verweis auf psychisch vermittelte Einwirkungen, bei denen ohne physischen Zugriff auf die Sache eine Besitzbeeinträchtigung angenommen wird *Streyl*, WuM 2006, 234, 236.

<sup>290</sup> Siehe oben bei S. 182.

<sup>291</sup> Vgl. BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 27: „im Besitz liegende Gebrauchsmöglichkeit“; „sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit“.

<sup>292</sup> KG v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98, GE 2004, 622, 622.

<sup>293</sup> Siehe zum gebrauchsnötigen Netzzugang als Teil des bereits Vorhandene bei S. 239f.

<sup>294</sup> KG v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98, GE 2004, 622, 622; *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 896; *Streyl*, WuM 2006, 234, 236; wohl auch *Hinz*, NZM 2005, 841, 847.

<sup>295</sup> KG v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98, GE 2004, 622, 622.

<sup>296</sup> Vgl. *Regenfus*, JZ 2018, 79, 84.

ben dieser Gebrauchsvoraussetzungen stellt für sich genommen keine Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz dar.

Sehr wohl kann jedoch die Ursache, die zum Ausbleiben der Gebrauchsvoraussetzungen führt, eine Beeinträchtigung darstellen. Dies ist insbesondere möglich, wenn diese Ursache im Entzug des gebrauchsnötigen Netzzugangs liegt.<sup>297</sup> Ein solcher Fall ist etwa denkbar, wenn ein Vermieter aktiv in die Versorgungsbeziehung zwischen Mieter und Versorgungsunternehmen eingreift und diese stört. In diesem Fall wird regelmäßig nicht nur die Versorgung der Immobilie, sondern ihre Versorgbarkeit beeinträchtigt sein.<sup>298</sup> Darin kann ein Entzug des gebrauchsnötigen Netzzugangs liegen. Eine solche Beeinträchtigung hätte sachenrechtliche Relevanz.

## II. Anlagen am Verkehrs- und Stromnetz

Weitere Beispiele eines Ausbleibens netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen lassen sich der bereits dargestellten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung entnehmen. Zu nennen ist die Nichterreichbarkeit ortsgebundener Anlagen aufgrund einer Störung des Verkehrswegenetzes einerseits und die Unterbrechung der Stromzufuhr andererseits.<sup>299</sup>

Diese Fälle bestätigen die eben dargelegte Erkenntnis, dass das Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen allein keine sachenrechtliche Bedeutung entfaltet. Entscheidend ist vielmehr, ob das Ausbleiben begründet ist durch einen – sachenrechtlich relevanten – Entzug des gebrauchsnötigen Netzzugangs oder eine – sachenrechtlich irrelevante – Störung des Netzes.<sup>300</sup>

### 1. Zufuhr von Kundschaft

In zwei der bereits dargestellten Entscheidungen<sup>301</sup> hat der Bundesgerichtshof eine Beeinträchtigung des Eigentums an einem Grundstück beziehungsweise einer ortsgebundenen Anlage in dem Fall abgelehnt, dass Kundschaft die Anlage nicht erreichen konnte, weil das Verkehrsnetz gestört war. Im ersten Fall war die Umschlags- und Lagereinrichtung in einem Hafen am Elbe-Seitenkanal nicht erreichbar, weil der Kanal wegen eines Dammbrochs nicht befahrbar war.<sup>302</sup> Im zweiten Fall konnte eine Autobahnraststätte nicht angefahren werden, weil ein Autobahnabschnitt auf dem Weg zu der Raststätte gesperrt war.<sup>303</sup> In beiden Fällen lehnte

<sup>297</sup> Siehe dazu oben bei S. 238 ff.

<sup>298</sup> *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 897.

<sup>299</sup> Siehe ausführlicher zu den Fällen oben bei S. 210 ff. und S. 212 f.

<sup>300</sup> Siehe zu dieser Differenzierung oben bei S. 236 ff.

<sup>301</sup> Siehe oben bei S. 210 ff.

<sup>302</sup> BGH v. 15.11.1982 – II ZR 206/81, NJW 1983, 2313, 2313 f.

<sup>303</sup> BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, 1174 f.

der Bundesgerichtshof eine Eigentumsverletzung ab. Der Gebrauch der Umschlags- und Lagereinrichtung beziehungsweise der Raststätte selbst sei nicht beeinträchtigt.

Beide Fälle lassen sich als Absage an eine sachenrechtliche Relevanz des Ausbleibens von netzbasierten Gebrauchsvoraussetzungen lesen. In beiden Fällen war der beeinträchtigte Gebrauch der Sache auf eine Zufuhr von Gebrauchsvoraussetzungen angewiesen. Die relevante Gebrauchsvoraussetzung stellte dabei die Kundschaft dar, die für die wirtschaftliche Nutzung der Anlage erforderlich war. Laut Bundesgerichtshof betraf die spezifische Nutzung der körperlichen Anlagen als Raststätte beziehungsweise Umschlags- und Lagereinrichtung jedoch nicht den Gebrauch der Anlagen als solcher. Die Gebrauchsmöglichkeit der Anlagen an sich war nicht beeinträchtigt, sondern lediglich ihre Erreichbarkeit über das Netz und damit die Wirtschaftlichkeit der Nutzung. Das Ausbleiben der Kundschaft betreffe damit nicht das Eigentum, sondern lediglich das Vermögen der Eigentümer. Das Ausbleiben der netzbasierten Gebrauchsvoraussetzungen blieb ohne Bedeutung. Eine Eigentumsverletzung schied aus.<sup>304</sup> Da in beiden Fällen lediglich eine Netzstörung und kein Entzug des gebrauchsnötigen Netzzugangs vorlag,<sup>305</sup> überzeugt dieses Ergebnis auch aus netzbasierter Betrachtung.

## 2. Abfuhr von Gütern

Ein weiteres Beispiel einer vom Verkehr abgeschnittenen Anlage ergänzt und bestätigt die dargestellten Erwägungen – allerdings aus umgekehrter Perspektive. Der Fall betraf die Zufahrtstraße zu einem Betriebsgelände, die durch Polizei- und Feuerwehrfahrzeuge blockiert wurde.<sup>306</sup> Auch in diesem Fall lehnte der Gerichtshof eine Beeinträchtigung des Eigentums am Betriebsgrundstück ab. Diese Entscheidung betraf nicht eine für den bezweckten Gebrauch des Grundstückes erforderliche Zufuhr von Gütern über das Netz, sondern eine gebrauchsnötige Abfuhr von Gütern. Auch hier gehe – laut Bundesgerichtshof – der beeinträchtigte Gebrauch über einen Gebrauch des Grundstückes als solches hinaus. Beeinträchtigt sei der Gemeingebrauch an der öffentlichen Straße, der jedoch nicht selbst von § 823 Abs. 1 BGB geschützt sei. Eine Eigentumsverletzung scheidet aus.<sup>307</sup>

Aus einer netzbasierten Betrachtung überzeugt zwar, dass die Abfuhr ebenso wie die Zufuhr von netzbasierten Gebrauchsvoraussetzungen keine eigene sachenrechtliche Bedeutung erlangen. Aufgrund der Natur der zugrundeliegenden Störung überzeugt die Entscheidung demgegenüber nicht vollständig. Die Ausfüh-

<sup>304</sup> BGH v. 15.11.1982 – II ZR 206/81, NJW 1983, 2313, 2313f.; BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, Rn. 19.

<sup>305</sup> BGH v. 15.11.1982 – II ZR 206/81, NJW 1983, 2313, 2313: generelle Sperrung des Elbe-Seitenkanals wegen eines Dammbrochs an einem Überführungsbauwerk; BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174, 1174: Sperrung eines Autobahnabschnittes aufgrund der Einsturzgefahr einer Brücke; die Raststätte befand sich außerhalb des gesperrten Bereichs.

<sup>306</sup> BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265.

<sup>307</sup> BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265.

rungen der Entscheidung sind knapp. Insbesondere ist unklar, wie spezifisch die Blockade das Grundstück des Geschädigten betraf.<sup>308</sup> Nach den vorhandenen Angaben erscheint es jedoch naheliegend, dass der grundlegende Zugang zum Straßennetz entzogen wurde. Eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung ist daher denkbar.

Im Ergebnis steht die Entscheidung dennoch nicht zwingend im Widerspruch zum hiesigen Ansatz. Die Entscheidung erging zu der Zeit als der Bundesgerichtshof für eine sachenrechtliche Relevanz einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs noch eine zeitliche Mindestdauer der Beeinträchtigung forderte – eine Voraussetzung, die er erst im Jahre 2016 aufgab.<sup>309</sup> Entsprechend grenzt das Gericht die Entscheidung primär anhand der Dauer der Beeinträchtigung vom Fleet-Fall ab,<sup>310</sup> in dem eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung angenommen wurde:

Es wäre auch abwegig, in der kurzfristigen Störung des öffentlichen Verkehrs auf den Zufahrtswegen zum Grundstück der Kl. eine selbständige Beeinträchtigung des Eigentums am Betriebsgrundstück zu erblicken. Der Unterschied zu dem in BGHZ 55, 153 (159) = NJW 1971, 886, entschiedenen Fall (monatelanges Einsperren eines Binnenschiffs im Endteil eines Fleets) ist offensichtlich.<sup>311</sup>

Wäre der Fall vor dem Hintergrund einer Rechtsprechung zu entscheiden, die keine zeitliche Mindestdauer der Beeinträchtigung voraussetzt, liegt eine Vergleichbarkeit mit dem Fleet-Fall und damit eine sachenrechtliche Relevanz nahe.

### 3. Stromzufuhr

Auch bei der Unterbrechung der Stromzufuhr aufgrund einer Beschädigung der Leitungskabel kommt es zu einem Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen. In diesen Fällen hielt der Bundesgerichtshof die Unterbrechung der Elektrizitätszufuhr und den damit verbundenen Stillstand elektrischer Geräte allein nicht für sachenrechtlich relevant.<sup>312</sup> Die Entscheidungen bestätigen damit erneut,

<sup>308</sup> BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265: „kurzfristigen Störung des öffentlichen Verkehrs auf den Zufahrtswegen zum Grundstück der Kl.“. Siehe zu der Frage einer Blockade des einzigen Verkehrswegs zu einem Grundstück oben bei S. 245 f.

<sup>309</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219, Rn. 19; anders noch BGH v. 4.11.1997 – VI ZR 348/96, NJW 1998, 377, 380 dort Abgrenzung zu einer „irrelevant[en] kurzfristig[en] Störung“; BGH v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163, Rn. 7: „nicht nur [eine] kurzfristige Beeinträchtigung des Sachgebrauchs“; ebenfalls gegen eine Mindestdauer: *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. 3. c), S. 389.

<sup>310</sup> Im Fleet-Fall war die Ausfahrt aus dem Fleet für mehrere Monate versperrt: BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, VersR 1971, 418, 418.

<sup>311</sup> BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264, 2265.

<sup>312</sup> BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479, 481; BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 722; vgl. BGH v. 4.6.1975 – VIII ZR 55/74, NJW 1975, 1512, 1513; BGH v. 8.6.1976 – VI ZR 50/75, NJW 1976, 1740, 1741; zustimmend *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts II/2<sup>13</sup>, § 76 II. 3. c), S. 390, siehe dazu bei S. 212 f.

dass das Ausbleiben von netzbasierten Gebrauchsvoraussetzungen für sich genommen sachenrechtlich ohne Bedeutung ist.

In den Entscheidungen war teilweise allein der Kläger von dem Stromausfall betroffen.<sup>313</sup> Womöglich handelte es sich daher um Fälle einer Beeinträchtigung der sogenannten letzten Meile,<sup>314</sup> weshalb denkbar wäre, dass diese Fälle als Entzug des Netzzugangs gesehen werden könnten und somit nach hiesiger Perspektive eine sachenrechtliche Relevanz entfalten könnten.<sup>315</sup> Auch dann ergäbe sich die sachenrechtliche Relevanz aber nicht allein aus dem Umstand, dass die Stromzufuhr unterbrochen wurde, sondern aus dem Entzug des Netzzugangs.<sup>316</sup>

### III. Keine eigene Bedeutung des Ausbleibens von Gebrauchsvoraussetzungen

Die dargestellten Beispiele zeigen, dass das Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen an sich nicht sachenrechtlich relevant ist.<sup>317</sup> Es stellt nur ein Symptom für eine zugrundeliegende Störung dar. Über die sachenrechtliche Relevanz entscheidet die Qualität der zugrundeliegenden Störung.

Eine sachenrechtliche Relevanz ist dabei grundsätzlich gegeben, wenn das Ausbleiben der Gebrauchsvoraussetzungen auf einem Entzug des gebrauchsnötigen Netzzugangs basiert oder wenn, anders formuliert, die Versorgung der Sache gestört ist.<sup>318</sup> Um einen solchen Fall wird es sich beispielsweise handeln, wenn der Netzinhaber den Zugang des Nutzers zu den von einem Dritten bereitgestellten Gebrauchsvoraussetzungen unterbricht oder wenn ein unbeteiligter Dritter den Netzzugang beschädigt und somit die Zufuhr der Gebrauchsvoraussetzungen verhindert.<sup>319</sup> Begründet wird in diesen Fällen die sachenrechtliche Relevanz allerdings durch den Entzug des Netzzugangs durch den Netzinhaber oder den Dritten und nicht durch das Ausbleiben der Gebrauchsvoraussetzungen an sich.

Keine sachenrechtliche Relevanz besteht demgegenüber, wenn die Bereitstellung der Gebrauchsvoraussetzungen an einer Netzstörung scheitert oder wenn der Vertragspartner des Nutzers die Lieferung der Gebrauchsvoraussetzungen einstellt, obwohl er dazu vertraglich verpflichtet wäre.<sup>320</sup> In diesem Fall ist nicht die Versorgung der Sache, sondern nur die tatsächliche Versorgung beeinträchtigt.<sup>321</sup> Ob

<sup>313</sup> BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479, 481; BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720, 720.

<sup>314</sup> Aufgrund der Angaben in den Urteilen ist eine abschließende Bewertung nicht möglich.

<sup>315</sup> I.E. ebenso *Möschel*, JuS 1977, 1, 3f.; *H.J. Mertens/Reeb*, JuS 1971, 469, 471.

<sup>316</sup> Siehe zu einer Störung der sog. letzten Meile als Entzug des Netzzugangs oben bei S. 245 f.

<sup>317</sup> Vgl. auch BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 19f.

<sup>318</sup> Vgl. *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 897.

<sup>319</sup> Im Ergebnis ebenso *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 123; *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 897.

<sup>320</sup> Im Ergebnis ebenso *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 124; *Klever*, in: Beyer u.a. (Hrsg.), *Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019*, 379, 389f.; *Wagner*, AcP 222 (2022), 56, 86f.; vgl. auch OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 32 und 35.

<sup>321</sup> Vgl. so bereits *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 897.

im letztgenannten Fall auf die Lieferung ein Anspruch bestand oder ob der Vertragspartner seine Leistungen einstellen durfte, richtet sich allein nach dem Vertragsverhältnis. Das Sachenrecht gewährt demgegenüber keine Leistungsansprüche, sondern lediglich Abwehrrechte.<sup>322</sup>

## D. Fazit und Bedeutung für vernetzte Geräte

### *I. Netzbasierte Betrachtung von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung*

In gewissem Umfang gewährt der Bundesgerichtshof einen sachenrechtlichen Schutz des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vor Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung. Die Rechtsprechung betrifft dabei durchgehend Gebrauchsmöglichkeiten, für die die Sache auf eine Anbindung an ein Netz angewiesen ist – sei es beispielsweise ein Verkehrswegenetz, das Stromnetz oder Telekommunikationsnetz. Es lohnt sich daher, diese Gemeinsamkeit der Analyse zugrunde zu legen und die Frage nach der sachenrechtlichen Relevanz von Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Beeinträchtigungen der Sach-Umwelt-Beziehung aus der Perspektive eines netzbasierten Gebrauchs der Sachen zu betrachten.

Bei einer solchen Betrachtung ist zu differenzieren: Eine reine Netzstörung – etwa durch die Blockade eines bestimmten Abschnitts des Straßennetzes oder eine Beschädigung einer Stromleitung – ist ohne sachenrechtliche Relevanz. Kann der Nutzer daraufhin seine Sache nicht mehr nutzen, stellt dies keine Beeinträchtigung seines Eigentums oder Besitzes dar. Schäden, die aus dem Nutzungsausfall entstehen, sind vielmehr reine Vermögensschäden, die nicht durch § 823 Abs. 1 BGB geschützt sind.

Anders stellt es sich dar, wenn der gebrauchsnötwendige Netzzugang der Sache entzogen wird, wenn also die Möglichkeit, überhaupt auf das Netz zuzugreifen beeinträchtigt wird. Begründen lässt sich die sachenrechtliche Relevanz einer solchen Beeinträchtigung mit dem Gedanken, dass ein dem Nutzer eröffneter, gebrauchsnötwendiger Netzzugang den Gebrauchsvoraussetzungen zugerechnet werden kann, die bereits beim Nutzer vorhanden sind. Der bestimmungsgemäße Gebrauch der Sache unter Nutzung des vorhandenen Netzzugangs hat daher am Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz teil, sodass eine Beeinträchtigung dieser Gebrauchsmöglichkeiten durch den Entzug des gebrauchsnötwendigen Netzzugangs sachenrechtliche Relevanz entfaltet.

Wird der Netzzugang durch den Eigentümer der Netzinfrastruktur entzogen, so ist erneut zu differenzieren. Handelt es sich bei dem betroffenen Netz – wie etwa bei einem Cloud-Server des Anbieters – um ein privates Netz, so ist der Entzug des Netzzugangs ohne sachenrechtliche Relevanz. Aufgrund seines Eigentums darf der

---

<sup>322</sup> Vgl. zum Besitz BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947, Rn. 27.

Netzinhaber frei darüber entscheiden, wer Zugang zu seiner Netzinfrastruktur erhält. Handelt es sich demgegenüber um ein öffentliches oder ein reguliertes Netz, so ist die Entscheidungsbefugnis des Netzeigentümers eingeschränkt. Bei einem Entzug des Netzzugangs muss er aufgrund der normativen Überformung des Eigentums die Interessen des Netznutzers berücksichtigen. Ein Entzug des Netzzugangs durch den Netzinhaber, der den gesetzlichen Vorgaben widerspricht, hat dann sachenrechtliche Relevanz. Der Sacheigentümer beziehungsweise -besitzer ist innerhalb der gesetzlichen Vorgaben zum Netzzugang vor einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch einen Entzug des Zugangs zu einem öffentlichen oder regulierten Netz durch den Netzinhaber geschützt. Wird der Netzzugang demgegenüber durch einen Dritten entzogen, so ist eine Differenzierung zwischen öffentlichen, regulierten und privaten Netzen nicht erforderlich. Der Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs hat dann unabhängig vom Eigentum an der Netzinfrastruktur sachenrechtliche Relevanz.

Keine eigene sachenrechtliche Bedeutung hat es, wenn Voraussetzungen für den Gebrauch der Sache, die über das Netz bereitgestellt werden, wie etwa Elektrizität oder Fernwärme, ausbleiben. Das Ausbleiben solcher Gebrauchsvoraussetzungen ist für sich genommen ohne Relevanz für Eigentum und Besitz an der Sache. Entscheidend ist die Ursache für das Ausbleiben. Sachenrechtlich geschützt ist auch insoweit lediglich ein bestehender gebrauchsnotwendiger Netzzugang und damit die Versorgungbarkeit der Sache und nicht die Bereitstellung der Versorgungsleistungen selbst.<sup>323</sup> Liegt dem Ausbleiben der Gebrauchsvoraussetzungen der Entzug eines gebrauchsnotwendigen Netzzugangs zugrunde, so hat dies weitgehend sachenrechtliche Relevanz. Dies ist etwa der Fall, wenn der Netzinhaber eine Lieferung von Gebrauchsvoraussetzungen durch einen Drittanbieter blockiert oder ein unbeteiligter Dritter durch die Beschädigung des Netzzugangs die Lieferung verhindert.<sup>324</sup> Ohne sachenrechtliche Bedeutung bleibt es demgegenüber, wenn eine Person, die vertraglich zur Lieferung der Gebrauchsvoraussetzungen verpflichtet ist, die Lieferungen einstellt.<sup>325</sup>

## II. Bedeutung für vernetzte Geräte

Vielfach sieht die Literatur in einem Entzug digitaler Dienste beziehungsweise serverbasierter Leistungen eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung von Nutzern vernetzter Geräte.<sup>326</sup> Begründet wird dies mitunter eher knapp mit dem Hinweis, dass der bestimmungsgemäße Gebrauch gestört oder unmöglich gemacht

<sup>323</sup> Vgl. zur Terminologie *Ulrici*, ZMR 2003, 895, 896.

<sup>324</sup> Im Ergebnis wohl a. A. *Regenfus*, JZ 2018, 79.

<sup>325</sup> Im Ergebnis ebenso *Regenfus*, JZ 2018, 79, 84; *Magnus*, Fernkontrolle, 225 f.

<sup>326</sup> *von Finckenstein/Kuschel*, JuS 2016, 717, 722 f.; *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 758 f.; a. A. *Regenfus*, JZ 2018, 79, 84; *Magnus*, Fernkontrolle, 225 f. Siehe zum Forschungsstand oben bei S. 21 ff.

werde.<sup>327</sup> Die oben dargestellte Analyse der Reichweite eines Schutzes des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung steht dieser Annahme entgegen. Sie zeigt, dass bei vernetzten Geräten ein nur eingeschränkter sachenrechtlicher Schutz im Hinblick auf deren netzbasierten Gebrauch besteht. Das wiederum wirft rechtspolitische Bedenken auf, auf die zu einem späteren Zeitpunkt eingegangen wird.<sup>328</sup>

Zwar ist grundsätzlich der Entzug des gebrauchsnötigen Netzzugangs sachenrechtlich relevant. Ein sachenrechtlicher Schutz scheidet jedoch aus, wenn der Netzinhaber den Zugang zu einem nicht regulierten Netz entzieht, dessen Infrastruktur sich in seinem Privateigentum befindet. Damit scheitert ein sachenrechtlicher Schutz beispielsweise, wenn der Anbieter dem Nutzer den Zugang zu seinem Server, insbesondere dem sogenannten Cloud-Server entzieht. Da es sich bei der Serverinfrastruktur um ein privates Netz des Anbieters handelt, das keiner Regulierung unterliegt, darf der Anbieter als Netzinhaber aufgrund seines Eigentums an der Netzinfrastruktur über den Netzzugang des Nutzers entscheiden. Entsprechend verhält es sich, wenn der Anbieter die Server-Infrastruktur eines Dritten verwendet und dieser dann auf Geheiß des Anbieters dem Nutzer den Netzzugang entzieht.

Scheitert demgegenüber die generelle Verbindung zum Internet und nicht lediglich die Verbindung zum Server des Anbieters, so ist ein sachenrechtlicher Schutz vielfach eröffnet. Denkbar wäre etwa, dass ein Hacker den Internetzugang blockiert. Vielfach wird die technische Ursache dafür, dass das Gerät keine Verbindung zum Internet aufbauen kann, jedoch im Gerät selbst liegen. So wäre etwa denkbar, dass der Anbieter oder ein Hacker das Protokoll zur Einwahl in das Internet blockiert. In diesem Fall handelt es sich bereits um eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Geräts selbst, die ohne weiteres sachenrechtlich relevant ist,<sup>329</sup> und nicht lediglich um eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung.

---

<sup>327</sup> von Finckenstein/Kuschel, JuS 2016, 717, 722 f.; Solmecke/Vondrlík, MMR 2013, 755, 758 f. Wohl implizit von einer Sperre der integrierten Software ausgehend: Riehm, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 86 und 95 f. Vgl. Paulus/Matzke, CR 2017, 769, 776 f., die den Sachbegriff auf Firmware, die auf dem Cloud-Server verkörpert ist, ausweiten wollen.

<sup>328</sup> Siehe dazu S. 378 ff.

<sup>329</sup> Siehe dazu bei S. 175 ff.

## *Kapitel 5*

### Fazit

#### *I. Maßstab zur Bestimmung des Zuweisungsgehalts*

Weder aus den abstrakten Definitionen der Schutzgüter Eigentum und Besitz noch aus den Definitionen der Merkmale der Eigentums- oder Besitzbeeinträchtigung in verschiedenen Anspruchsgrundlagen lassen sich konkrete Aussagen herleiten für die Reichweite des sachenrechtlichen Schutzes von Eigentum und Besitz. Wie weit ihr Zuweisungsgehalt den digitalen – also software- und netzbasierten – Gebrauch erfasst, wurde daher durch einen induktiven Ansatz bestimmt anhand eines Vergleichs mit anerkannten Fallgruppen sachenrechtlich relevanter Beeinträchtigungen.

Es hat sich gezeigt, dass bei diesem Vergleich weder zwischen den Schutzgütern Eigentum und Besitz noch zwischen verschiedenen Anspruchsgrundlagen, durch die sie geschützt werden, unterschieden werden muss. Zumindest soweit sich Beeinträchtigungen – wie hier – auf die Nutzbarkeit der Sache auswirken, entsprechen sich die Reichweite des Zuweisungsgehalts von Eigentum und Besitz. Zudem liegt dem Schutz dieser Rechtspositionen durch unterschiedliche Anspruchsgrundlagen ein einheitlicher Zuweisungsgehalt zugrunde.

#### *II. Softwarebasierter Gebrauch und Substanzschutz*

Bei der Bestimmung, inwiefern der digitale Gebrauch von Eigentum und Besitz geschützt ist, ist zunächst danach zu differenzieren, ob ein software- oder netzbasierter Gebrauch beeinträchtigt wird. Entscheidend ist dabei die Frage, ob vor der Funktionssperre der beeinträchtigte Gebrauch unabhängig von einer kontinuierlich aktiven Netzanbindung, also offline, möglich war. War der verhinderte Gebrauch auch ohne aktive Netzanbindung möglich, handelt es sich um eine Beeinträchtigung des softwarebasierten Gebrauchs, bei der die Funktionsfähigkeit der Sache selbst beeinträchtigt wird. War eine gesperrte Funktionalität nur bei aktiver Netzanbindung eröffnet, betrifft die Funktionssperre den netzbasierten Gebrauch des Geräts.

Im Rahmen der Beeinträchtigung des softwarebasierten Gebrauchs ist wiederum erneut danach zu differenzieren, ob die Softwaresperre mit einer Veränderung der im Gerät integrierten Software einhergeht oder nicht. Kommt es zu einer Veränderung der im Gerät integrierten Software – technisch etwa in der Form eines Up-

dates – so liegt darin eine körperliche Veränderung des Datenträgers und damit eine prototypische Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz.

Sofern die Änderung durch den Anbieter und nicht etwa einen Hacker erfolgt, wird diese Veränderung der integrierten Software jedoch oft durch eine Einwilligung in die Installation des Updates gerechtfertigt sein. Ob der Nutzer sich bei der Einwilligung bewusst war, dass das Update eine Funktionssperre oder eine Sperrmöglichkeit in die Software einführt, ist dabei unbeachtlich. Da das Sachenrecht gegenüber dem geistigen Inhalt der verkörperten Software blind ist, ist für die Wirksamkeit der Einwilligung allein der Umstand entscheidend, ob der Nutzer überhaupt in die Änderung der verkörperten Software und damit der Substanz des Datenträgers eingewilligt hat.

Umgekehrt bedeutet dies jedoch auch, dass der Nutzer allein durch die Einwilligung in die Veränderung der verkörperten Software nicht in eine spätere Funktionssperre einwilligt. Kommt es im Anschluss an eine Änderung der verkörperten Software zu einer Sperre der im Gerät verkörperten Software, so liegt darin ein analytisch eigenständiger Ansatz für eine mögliche Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz. Selbst wenn somit die Veränderung der verkörperten Software unmittelbar eine tatsächliche Funktionssperre bewirkt, müssen aus sachenrechtlicher Perspektive beide Aspekte getrennt betrachtet werden. Sie stellen unterschiedliche Ansätze für eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung dar und bedürfen gegebenenfalls eigener Einwilligungen, die allerdings erneut praktisch zusammenfallen können, dann jedoch einer eigenständigen Rechtmäßigkeitskontrolle unterliegen.<sup>1</sup>

### *III. Softwarebasierter Gebrauch und Funktionsfähigkeit der Sache selbst*

Eine Sperre des softwarebasierten Gebrauchs kann im Zusammenhang mit einer Veränderung der verkörperten Software erfolgen. Sie kann jedoch auch unabhängig von einer Substanzveränderung eintreten, wenn etwa in der Software eine Bedingung einprogrammiert ist und regelmäßig abgefragt wird, die erfüllt sein muss, damit die Software weiter benutzt werden kann.

Sofern die Sperre des softwarebasierten Gebrauchs den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Geräts betrifft, stellt dies ohne Weiteres eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst dar. Diese Bewertung ergibt sich aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur sachenrechtlichen Relevanz von Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs, die von der berühmten Fleet-Entscheidung ausgeht. Im Fokus dieser Rechtsprechung stehen Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung, die im Hinblick auf die Sperre des netzbasierten Gebrauchs Bedeutung erlangen. Nur sehr vereinzelt behandelt die Rechtsprechung

---

<sup>1</sup> Siehe zur Einwilligung in die tatsächliche Funktionssperre unten bei S. 275 ff.

Fälle, bei denen es zu einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch eine Störung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst kommt. Da bei analogen Geräten eine Gebrauchsbeeinträchtigung regelmäßig mit einer Substanzveränderung einhergeht, hat diese Fallgruppe bisher keine eigenständige Bedeutung erlangt, da ein Schutz des bestimmungsgemäßen Gebrauchs analoger Geräte auf dem Rücken des Schutzes ihrer Sachsubstanz verwirklicht werden kann. Soweit jedoch eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache selbst unabhängig von einer Substanzveränderung thematisiert wurde, wurde eine sachenrechtliche Relevanz allein durch die Gebrauchsbeeinträchtigung angenommen.

Wegen des Bedürfnisses einer verkehrsseitigen grundsätzlichen Erkennbarkeit des Schutzzumfangs des Sachenrechts ist lediglich der bestimmungsgemäße Gebrauch geschützt, nicht jedoch der subjektiv bestimmte Gebrauch, der sich etwa aus individuellen Nutzungspräferenzen oder vertraglichen Absprachen ergeben könnte. Entscheidend wird damit die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs.

Bei Sachen mit digitaler Infrastruktur ist dabei zunächst festzuhalten, dass allein ein Gebrauch geschützt ist, der einen Gebrauch der Sache in ihrer Körperlichkeit darstellt, der also in ihrer Körperlichkeit angelegt ist. Da das Sachenrecht gegenüber dem geistigen Inhalt verkörperter Software blind ist, ist ein Gebrauch nicht geschützt, der sich allein auf die geistigen Inhalte der Software bezieht. Diese Blindheit gegenüber den geistigen Inhalten verkörperter Software führt auch dazu, dass allein die Tatsache, dass in der Software eine Sperrmöglichkeit angelegt ist, eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz nicht ausschließt. Die digitale Sperrmöglichkeit stellt – anders als eine mechanische Sperrmöglichkeit – einen irrelevanten geistigen Vorbehalt der Sachnutzung dar, der für die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs unbeachtlich bleibt. Körperlich und damit für das Sachenrecht relevant wird die Sperrmöglichkeit erst, wenn sie den Bereich des geistigen Inhalts verlässt und zu einer tatsächlichen Sperrung führt.

Um den körperlich angelegten Gebrauch eines vernetzten Geräts zu konkretisieren, ist zwischen der Zentraleinheit und der Geräteperipherie zu unterscheiden. Die Zentraleinheit besteht insbesondere aus Prozessor, Arbeitsspeicher und Langzeitspeicher. Ihre in der Körperlichkeit angelegte Funktion besteht im unverfälschten Abspeichern, Auslesen und Abarbeiten von Software und der in ihr enthaltenen Rechenbefehle. Gegenüber dem geistigen Inhalt der Software ist diese körperliche Funktion blind. Wenn also in der Software eine Funktionssperre angelegt ist, erfüllen die Komponenten der Zentraleinheit gerade ihren bestimmungsgemäßen Gebrauch, wenn sie diese Sperre umsetzen. Ihre Funktionsfähigkeit ist nicht gestört.

Der Zentraleinheit steht die Geräteperipherie gegenüber. Sie besteht aus den verschiedenen Komponenten, die auf unterschiedliche Weise der Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe dienen. Sie reichen von klassischen digitalen Komponenten wie Tastatur, Maus, Bildschirm, Lautsprecher und Router bis hin zu Sensoren und Aktoren, die einerseits Informationen über die Geräteumwelt in Daten umwandeln und andererseits Daten in mechanische oder physikalische Veränderungen oder

Bewegungen übertragen. Ihr bestimmungsgemäßer Gebrauch kann zunächst durch den Vergleich mit analogen oder bereits bekannten digitalen Funktionsäquivalenten erfolgen. Daneben ist jedoch auch eine eigenständige Konkretisierung überzeugend, die von der Rolle dieser Geräte im Rahmen der elektronischen Datenverarbeitung ausgeht, also ihrer Funktion als Komponenten der Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe. Der in der Körperlichkeit angelegte bestimmungsgemäße Gebrauch dieser Komponenten liegt in der vom Nutzer gesteuerten Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe. Eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung liegt damit vor, wenn diese Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe gänzlich scheitert oder der Nutzer sie nicht mehr steuern kann, also insbesondere keinen Einfluss auf die aus- oder weitergegebenen Daten mehr hat.

Keine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung liegt demgegenüber vor, wenn Daten eines bestimmten geistigen Inhalts nicht mehr aus- oder weitergegeben werden, wenn also beispielsweise ein bestimmtes Programm nicht mehr genutzt oder ein bestimmter digitaler Inhalt nicht mehr geöffnet werden kann. Verkürzt lässt sich diese Abgrenzung auf die Formel zusammenfassen, dass nur eine Sperre der Firmware, einschließlich Betriebssystem und Treiber, nicht jedoch eine Sperre der Anwendungssoftware eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung darstellt.

#### *IV. Netzbasierter Gebrauch und Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung*

Im Gegensatz zu der Beeinträchtigung des softwarebasierten Gebrauchs, die meist eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz darstellt, ist der netzbasierte Gebrauch nur eingeschränkt sachenrechtlich geschützt. Erneut zeigt sich die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs, die vom Fleet-Fall ausgeht, als wegweisend. Danach sind Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung nur unter bestimmten Voraussetzungen bezüglich der Sachnähe der Störung und des Umfangs der Beeinträchtigung sachenrechtlich relevant.

Bei genauer Betrachtung zeigt sich, dass den verschiedenen Rechtsprechungsbeispielen gemeinsam ist, dass es sich um die Beeinträchtigung von Sachen handelt, die für ihren Gebrauch auf einen Netzzugang angewiesen sind. Betrachtet man die Fälle aus dieser Perspektive, so stellt sich nur der Entzug eines gebrauchsnotwendigen Netzzugangs als sachenrechtlich relevant dar. Eine reine Netzstörung bleibt ohne sachenrechtliche Bedeutung.

Unproblematisch liegt damit eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz vor, wenn ein Dritter dem Nutzer einen gebrauchsnotwendigen Netzzugang entzieht. Wird der Netzzugang demgegenüber durch den Netzinhaber entzogen, ist zu differenzieren. Handelt es sich bei dem betroffenen Netz um ein unreguliertes privates Netz, dessen Infrastruktur in seinem Eigentum steht, wie dies gerade bei Cloud-Servern meistens der Fall ist, so stellt es keine sachenrechtlich

relevante Beeinträchtigung dar, wenn der Anbieter den Nutzer vom Gebrauch seines Netzes ausschließt. Der Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz am vernetzten Gerät erfasst nicht den Zugang zu einem solchen privaten Netz. Entzieht der Netzinhaber demgegenüber den gebrauchsnötigen Zugang zu einem öffentlichen oder regulierten privaten Netz, so liegt, sofern der Entzug der Regulierung dieses Netzes widerspricht, wegen der öffentlichrechtlichen Überformung des Eigentums am Netz eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung am Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers vor.

Keine eigene Bedeutung hat es, wenn Gebrauchsvoraussetzungen wie Strom oder Heizwärme, die über das Netz zur Verfügung gestellt werden müssen, ausbleiben. Bei ihrem Ausbleiben handelt es sich nur um eine Folge einer zugrundeliegenden Störung. Über die sachenrechtliche Relevanz entscheidet auch hier, ob es sich bei dieser Störung um eine Netzstörung oder den Entzug eines gebrauchsnötigen Netzzugangs handelt.

#### *V. Gesamtbeobachtung*

Insgesamt lässt sich zunächst festhalten, dass der softwarebasierte Gebrauch sachenrechtlich geschützt ist und Anteil am Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz hat, allerdings nur soweit er den bestimmungsgemäßen Gebrauch des vernetzten Geräts betrifft. Kondensiert zusammengefasst, liegt demnach eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung vor, wenn die Nutzung der Firmware, einschließlich Betriebssystem und Treiber, gesperrt wird und nicht lediglich die Nutzung von Anwendungssoftware.

Sofern die Softwaresperre – wie es häufig der Fall ist – mit einer Veränderung der im Gerät verkörperten Software einhergeht, liegt eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz auch vor, wenn nicht der bestimmungsgemäße Gebrauch betroffen ist. Allerdings ist die Änderung der verkörperten Software als solche meist durch eine Einwilligung des Nutzers gerechtfertigt, für deren Wirksamkeit es irrelevant ist, ob die Änderung eine Sperre oder Sperrmöglichkeit einführt und ob der Nutzer bei der Einwilligung davon wusste.

Im Gegensatz zu dem weitgehenden Schutz des softwarebasierten Gebrauchs ist der netzbasierte Gebrauch nur sehr eingeschränkt durch Eigentum beziehungsweise Besitz geschützt und unterfällt nur in entsprechendem Umfang deren Zuweisungsgehalt. Ein sachenrechtlicher Schutz scheidet insbesondere in dem wichtigen Fall meistens aus, dass ein netzbasierter Gebrauch scheitert, weil der Anbieter dem Nutzer den Zugriff auf den Cloud-Server des Anbieters verweigert.

Rechtspolitisch ist die Diskrepanz zwischen einem weitgehend geschützten softwarebasierten Gebrauch und einem weitgehend nicht geschützten netzbasierten Gebrauch unglücklich, da der Anbieter im Rahmen der Produktgestaltung weitgehend frei darüber entscheiden kann, wieweit der Gebrauch eines vernetzten Geräts auf einen Netzzugang angewiesen ist. Der Anbieter hat daher weitgehend selbst in

der Hand, welchen sachenrechtlichen Grenzen er beim späteren Zugriff auf den Gebrauch der Sache unterliegt.<sup>2</sup>

Selbst wenn eine Beeinträchtigung des softwarebasierten oder gar des netzbasierten Gebrauchs eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz darstellt, kann diese gerechtfertigt sein. Zwei denkbare Ansätze einer Rechtfertigung sollen im Folgenden betrachtet werden: eine formularmäßige Einwilligung des Nutzers sowie ein Schutz der Funktionssperre als technische Schutzmaßnahme des Anbieters vor einer urheberrechtswidrigen Nutzung des Geräts. Nur wenn keine Rechtfertigungen einschlägig ist, kann sich der Nutzer unter Berufung auf sachenrechtliche Schutzpositionen gegen eine Funktionssperre seitens des Anbieters zur Wehr setzen.

---

<sup>2</sup> Siehe zu möglichen Ansätzen, diese Schutzlücke zu schließen, bei S. 378 ff.

## § 4. Rechtmäßigkeit einer Beeinträchtigung

Bisher hat sich die Untersuchung darauf konzentriert, inwiefern der digitale Gebrauch einer Sache dem Zuweisungsgehalt von Eigentum und Besitz unterfällt und inwiefern daher eine Funktionssperre eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung darstellt. Dabei hat sich gezeigt, dass meist nur Sperren der im Gerät integrierten Software (Softwaresperre) sachenrechtliche Relevanz entfalten, während bei Sperren des netzbasierten Gebrauchs (Netzsperr) eine solche Relevanz weitgehend ausscheidet. Die folgende Darstellung der möglichen Rechtmäßigkeit einer Beeinträchtigung konzentriert sich daher auf Softwaresperren. Sie gilt jedoch *mutatis mutandis* auch für Netzsperr, sofern diese ausnahmsweise sachenrechtliche Relevanz entfalten.

Der Nutzer kann sich gegen eine Beeinträchtigung seines Eigentums oder Besitzes durch eine Softwaresperre nur zur Wehr setzen, wenn die Beeinträchtigung rechtswidrig erfolgt.<sup>1</sup> Ist sie rechtmäßig, scheiden Ansprüche des Nutzers grundsätzlich aus. § 823 Abs. 1 BGB erwähnt ausdrücklich die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit. Im Rahmen des § 1004 BGB findet sich die Frage nach der Rechtswidrigkeit der Beeinträchtigung im Merkmal der Duldungspflicht des Absatz 2:<sup>2</sup> Grundsätzlich besteht nur gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen ein Anspruch auf Beseitigung beziehungsweise Unterlassen; rechtmäßige Beeinträchtigungen sind zu dulden.<sup>3</sup> Gemäß § 858 Abs. 1 BGB setzt eine verbotene Eigenmacht voraus, dass die Beeinträchtigung ohne den Willen des Besitzers erfolgt und nicht gesetzlich gestattet ist.

Erfolgt eine Beeinträchtigung des Nutzers durch unbeteiligte Dritte, etwa durch Hacker, ist die Beeinträchtigung grundsätzlich rechtswidrig. Bei Beeinträchtigungen des Eigentums beziehungsweise Besitzes des Nutzers durch den Anbieter sind indes verschiedene Ansatzpunkte für eine Rechtfertigung denkbar.<sup>4</sup> Zwei Ansätze werden im Folgenden betrachtet. Zunächst kann der Nutzer gegenüber dem Anbieter in eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs eingewilligt haben (dazu unter Kapitel 1).<sup>5</sup> Eine Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz

---

<sup>1</sup> Vgl. *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 86 f.

<sup>2</sup> *Raff*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 1004 BGB Rn. 199.

<sup>3</sup> Im Einzelfall bestehen Ausnahmen: *Raff*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 1004 BGB Rn. 201 ff.

<sup>4</sup> Im Einzelfall können allgemeine Rechtfertigungsgründe – bspw. Notstand oder Nothilfe – infrage kommen.

<sup>5</sup> *von Finckenstein/Kuschel*, JuS 2016, 717, 722; *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 105; *Fries*, NJW 2019, 901, 902.

ist rechtmäßig, wenn sie mit Einwilligung des Inhabers der Rechtsposition geschieht.<sup>6</sup> Eine Sperre der im Gerät integrierten Software kann zudem eine zulässige technische Schutzmaßnahme darstellen, die der Anbieter zum Schutz seines Urheberrechts an der im Gerät integrierten Software einsetzen darf (dazu unter Kapitel 2).

---

<sup>6</sup> Siehe nur *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 823 BGB Rn. 38 f.; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 81; *Beurskens*, Privatrechtliche Selbsthilfe, 300.

## *Kapitel 1*

### Einwilligung in eine Gebrauchsbeeinträchtigung

Es wurde bereits dargestellt, dass die Veränderung der Substanz des vernetzten Geräts, die mit einer Änderung der verkörperten Software einhergeht, und die Beeinträchtigung seines bestimmungsgemäßen Gebrauchs zwei unterschiedliche Ansatzpunkte für eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung darstellen.<sup>1</sup>

Deutlich sieht man die eigenständige Relevanz der beiden Beeinträchtigungen, wenn sie zeitlich auseinanderfallen. Dazu kommt es, wenn die Sperrmöglichkeit durch ein Update eingeführt wird, durch welches die im Gerät verkörperte Software verändert wird, dann jedoch erst nach einiger Zeit und ohne erneute Veränderung der Software das Gerät gesperrt wird. Dass beide Beeinträchtigungen mittelbar über den geistigen Inhalt der Software verbunden sind, beziehungsweise die Umsetzung der Sperre bereits mit dem Update in den geistigen Inhalt der Software eingebracht wurde, ist unerheblich. Da das Sachenrecht dem geistigen Inhalt der verkörperten Software gegenüber blind ist, bleibt ein solcher nur geistiger Vorbehalt unbeachtlich. Sachenrechtliche Relevanz gewinnt die Sperrmöglichkeit erst, wenn sie sich in einer tatsächlichen Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs manifestiert. Diese eigenständige Bedeutung der beiden Beeinträchtigungen besteht auch dann, wenn sie zeitlich in unmittelbarer Abfolge eintreten, wenn also das Update unmittelbar zu der Gebrauchssperre führt. Selbst wenn beide Umstände zeitlich zusammenfallen, haben sie dennoch eine eigenständige rechtliche Relevanz.

Die Eigenständigkeit der Rechtsgutsbeeinträchtigungen setzt sich darin fort, dass eine Rechtmäßigkeit der verschiedenen Beeinträchtigungen eigenständig zu prüfen ist. Es ist somit zwischen einer Einwilligung in die Substanzveränderung und einer solchen in die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs analytisch zu differenzieren. Oben wurde bereits die Wirksamkeit einer Einwilligung in eine Substanzveränderung durch eine Änderung der verkörperten Software thematisiert.<sup>2</sup> Dass in einem solchen Update die Voraussetzungen für eine Gebrauchssperre eingeführt werden, ist dabei für die Wirksamkeit einer Einwilligung in die, mit dem Update verbundene, Substanzveränderung unbeachtlich. Auch insoweit zeigt sich die Unbeachtlichkeit des geistigen Inhalts der Software.

Im Folgenden soll die Wirksamkeit einer Einwilligung in die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs betrachtet werden. Dass diese Einwilligung

---

<sup>1</sup> Siehe dazu oben bei S. 173 ff.

<sup>2</sup> Siehe dazu oben bei S. 163 ff.

– im Vergleich zur Einwilligung in die Substanzveränderung – umfangreicher betrachtet wird, liegt in dem Umstand begründet, dass sich die Fragen, die spezifisch mit der Zulässigkeit von Funktionssperren zusammenhängen, allein bei der Einwilligung in die Gebrauchsbeeinträchtigung stellen. Der Grund dafür ist die bereits genannte Irrelevanz des geistigen Inhalts der Softwareänderung für die Wirksamkeit einer Einwilligung in die mit der Änderung verkörperter Software einhergehende Substanzveränderung.

In der Praxis wird es – wenn überhaupt – nur ausnahmsweise dazu kommen, dass der Anbieter den Nutzer im Rahmen einer eigenständigen Erklärung um die Einwilligung in eine Funktionssperre bittet. Eine solche Erklärung würde vermutlich von zahlreichen Nutzern abgelehnt und könnte für den Anbieter zu erheblichen Reputationsschäden führen. Denkbar ist die Erklärung einer Einwilligung auch im Kontext eines Individualvertrags. Dies dürfte ebenso nur selten vorkommen, beispielsweise wenn es sich um speziell angefertigte Anlagen handelt.<sup>3</sup>

Ganz überwiegend dürfte der Anbieter die Einwilligung in eine Nutzungsbeeinträchtigung vielmehr bei Abschluss des Vertrags zur Überlassung des Geräts oder zur Bereitstellung der digitalen Dienste im Rahmen von umfangreicheren allgemeinen Geschäftsbedingungen als formularmäßige Einwilligung vorsehen.<sup>4</sup> Die Wirksamkeit einer solcher formularmäßigen Erklärungen bildet daher den Fokus der folgenden Untersuchung (dazu unter B.). Um ihre Wirksamkeit zu untersuchen, ist es jedoch zunächst erforderlich, die beim Erwerb vernetzter Geräte relevanten Vertragsverhältnisse und ihre Verbindung darzustellen (dazu unter A.). Nur auf dieser Grundlage kann der Maßstab der Wirksamkeitskontrolle entwickelt werden.

Gedanklich ist bei der Betrachtung der Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung zwischen zwei Teilregelungen zu unterscheiden, die bei einer Einwilligung in eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz durch eine Softwaresperre zusammenfallen. Selbst wenn diese in der Formulierung der Klausel nicht unterschieden werden, müssen sie zumindest analytisch getrennt werden. Zunächst muss formularmäßig der zulässige Gebrauch des Geräts beschränkt werden und ein Anspruch des Anbieters gegen den Nutzer begründet werden, einen unzulässigen Gebrauch zu unterlassen (dazu B. III.). Daneben muss in der Klausel die Einwilligung vorgesehen sein, dass der Anbieter diesen Anspruch auf Unterlassung im Rahmen einer privaten Rechtsdurchsetzung durch eine Softwaresperre tatsächlich durchsetzt (dazu B. IV.). Gerechtfertigt ist die Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz nur, wenn beide Teilregelungen der Einwilligung wirksam sind. Nur aufgrund wirksamer Gebrauchsbeschränkungen, die Funktionssperren inhaltlich legitimieren, können Einwilligungen in solche Sperren angemessen sein.

<sup>3</sup> Casper/Grimpe, ZIP 2022, 661, 667.

<sup>4</sup> Casper/Grimpe, ZIP 2022, 661, 665; vgl. den Tatbestand von OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – 20 U 116/20 bei Paulus, EWiR 2021, 752, 752f.

## A. Vertragsverhältnisse und deren Verbindung

Beim Erwerb vernetzter Geräte führt die tatsächliche Komplexität zu einer rechtlichen Komplexität der Vertragsverhältnisse.<sup>5</sup> Sie ergibt sich daraus, dass zum Gebrauch eines vernetzten Geräts verschiedene Komponenten erforderlich sind:<sup>6</sup> Das Gerät selbst, die im Gerät integrierte Software sowie ergänzende digitale Dienste, die oft fortdauernd bereitgestellt werden müssen.<sup>7</sup> Bezogen auf das Beispiel eines vernetzten Kühlschranks, der online verfügbare Audio- und Videodateien wiedergeben kann, bedarf es somit des körperlichen Geräts mit integrierter Hardware, der im Gerät verkörperten Software sowie der Vernetzung des Geräts, die vielfach über den Cloud-Server des Anbieters erfolgt. Der Erwerb dieser Leistungen geht mit verschiedenen Vertragsverhältnissen einher, die zumindest analytisch zu trennen sind:<sup>8</sup> der Vertrag über die Überlassung des Geräts selbst, der Vertrag über die Überlassung der im Gerät verkörperten Software sowie der Vertrag über die Bereitstellung der digitalen Dienste.<sup>9</sup>

Wie die genannten Verträge vertragstypologisch einzuordnen sind und mit wem sie geschlossen werden, hängt davon ab, wie das Gesamtgeschäft ausgestaltet ist. Wie bereits oben dargestellt wurde, ist dabei – neben Mischformen – insbesondere zwischen einem kaufähnlichen und einem mietähnlichen Vertrieb zu unterscheiden. Zumindest bei einem kaufähnlichen Erwerb fällt bezüglich der eben genannten Verträge die Identität der Vertragspartner häufig auseinander.<sup>10</sup> So wird die analytische Trennung der Verträge offenkundig. Meist wird ein vernetztes Gerät im Einzelhandel bei einem Zwischenhändler käuflich erworben. Die digitalen Dienste erbringt jedoch der Anbieter selbst. Der entsprechende Vertrag kommt häufig erst bei Inbetriebnahme des Geräts als sogenanntes *clickwrap agreement* zustande, also durch Betätigung einer digitalen Schaltfläche verbunden mit der Möglichkeit, sich die genauen Vertragskonditionen anzeigen zu lassen.<sup>11</sup> Wird das Gerät nur mietweise überlassen, fallen die Rolle des Vermieters und des Anbieters häufig in derselben Person zusammen. Dennoch sind auch dabei die Verträge – zumindest gedanklich – zu trennen. Dem Umstand, dass die Verträge zwischen derselben Person bestehen, steht es nicht entgegen, dass womöglich die digitalen Dienste tatsächlich durch einen Dritten als Erfüllungsgehilfen bereitgestellt werden.

---

<sup>5</sup> Siehe zu den Vertragsbeziehungen etwa *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13, 14f.; *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80ff.; *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367.

<sup>6</sup> Siehe insoweit zu den tatsächlichen Umständen oben bei S. 41 ff.

<sup>7</sup> *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 368 ff.; *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 2 ff.

<sup>8</sup> Siehe dazu unten bei S. 278 ff.

<sup>9</sup> Vgl. *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13, 14f.

<sup>10</sup> Vgl. *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13, 14f.

<sup>11</sup> Siehe insoweit zu den tatsächlichen Umständen bei S. 281 ff.

### I. Vertragstypologische Einordnung

Aus vertragsrechtlicher Sicht stehen die folgenden, eben bereits genannten, drei Verträge im Fokus: der Vertrag über die Überlassung des Geräts (dazu unter 1.), der Vertrag über den Erwerb der im Gerät verkörperten Software (dazu unter 2.) sowie der Vertrag über die Bereitstellung digitaler Dienste (dazu unter 3.). Im Folgenden wird ihre vertragstypologische Einordnung dargestellt.

#### 1. Überlassung des vernetzten Geräts

Die vertragstypologische Einordnung des Vertrags über die Überlassung des vernetzten Geräts an sich wirft keine besonderen Schwierigkeiten auf.<sup>12</sup> Weder der Umstand, dass in dem Gerät digitale Infrastruktur integriert ist, noch derjenige, dass vielfach für die Nutzung des Geräts ein weiteres Vertragsverhältnis mit dem Anbieter abgeschlossen werden muss, sind für die vertragstypologische Einordnung entscheidend. Maßgeblich sind vielmehr zum einen der Umstand, dass der Nutzer mit dem Gerät eine Sache erwirbt, und zum anderen die Fragen, welche Art von Rechtsposition dem Nutzer an dieser Sache übertragen werden soll und ob eine Gegenleistung beabsichtigt ist.

##### a) Besitzerwerb seitens des Nutzers

Soll der Nutzer lediglich den Besitz am Gerät erhalten, handelt es sich – bei Entgeltlichkeit – um eine Miete nach §§ 535 ff. BGB. Ist für die Überlassung des Besitzes am Gerät keinerlei Gegenleistung vorgesehen, handelt es sich um eine Leihe gemäß §§ 598 ff. BGB.

In der Praxis wird in Abwesenheit einer finanziellen Gegenleistung der Nutzer das Gerät allerdings regelmäßig *de facto* nur nutzen können, wenn er gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO in eine Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten einwilligt. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob eine solche Einwilligung eine relevante Gegenleistung oder einen anderweitigen geldwerten Posten darstellt und damit zu einer Anwendung des Mietrechts bezüglich des Erwerbs des Geräts führt.<sup>13</sup>

Bezüglich der dogmatischen Bewertung einer Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten, die im Gegenzug zu der Nutzung eines digitalen Dienstes erklärt wird, und bezüglich der vertragsrechtlichen Bewertung solcher Geschäfte, bestehen umfangreiche Diskussionen.<sup>14</sup> Für die hiesigen Zwecke reicht es insoweit festzuhalten, dass es sich bei Verträgen über verschiedene Sachen oder

<sup>12</sup> Siehe zu der komplexeren Frage, inwiefern die Natur des Überlassungsvertrags das Leitbild des Gesamtgeschäfts prägt – insbesondere bei Geräten ohne relevante Herstellungskosten – unten bei S. 305 ff. und insbesondere S. 306 f.

<sup>13</sup> So *Specht*, JZ 2017, 763, 764 f.; *Häublein*, in: MüKo<sup>8</sup>, vor § 535 BGB Rn. 33 f.

<sup>14</sup> Siehe nur beispielhaft *Metzger*, AcP 216 (2016), 817, 837 f.: Lizenzvertrag, daher Rückgriff auf Miet- und Pachtrecht; *Specht*, JZ 2017, 763, 764 f.: Einwilligung als Gegenleistung, auf die Miet- bzw. Pachtvertragsrecht anzuwenden ist.

Leistungen, die der Nutzer de facto nur nutzen kann, wenn er in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten einwilligt, nicht um unentgeltliche Verträge im Sinne einer Leihe, Schenkung oder eines Auftrags handelt.<sup>15</sup>

### *b) Eigentumserwerb des Nutzers*

Soll der Nutzer Eigentum an dem Gerät erwerben, so handelt es sich bei dem Überlassungsvertrag regelmäßig um einen Kaufvertrag nach §§ 433 ff. BGB.<sup>16</sup> Dies gilt zumindest, wenn das körperliche Gerät nicht gänzlich gegenüber den digitalen Diensten in den Hintergrund tritt.<sup>17</sup> Um einen Kauf handelt es sich auch, wenn der Nutzer für das Gerät zwar keine Geldzahlung leistet, er jedoch für den Gebrauch des Geräts in die Erhebung und Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten einwilligen muss.

Ist eine Übereignung an den Nutzer bezweckt, kann allerdings auch eine Schenkung vorliegen (§§ 516 ff.; meist wohl als Handschenkung nach § 518 Abs. 2 BGB). Denkbar erscheint dies bei kleinen Geräten des Internets der Dinge, die nur geringe Herstellungskosten verursachen. Solche Geräte kann der Anbieter als Werbemaßnahme in der Hoffnung verschenken, dass der Nutzer später einen entgeltlichen Vertrag über die digitalen Dienste, die mit dem Gerät verbunden sind, abschließt.<sup>18</sup> Ein solches Vorgehen wäre etwa bei sogenannten Surfsticks denkbar, also bei kleinen USB-Adaptern, die eine Verbindung eines Laptops zum mobilen Internet ermöglichen. Einen solchen Surfstick könnte ein Telekommunikationsanbieter in der Hoffnung verschenken, dass ein Nutzer später den Surfstick verwenden möchte und einen Vertrag über entgeltlichen Internetzugang abschließt.

## *2. Überlassung der im Gerät verkörperten Software*

Die vertragstypologische Einordnung von Softwareüberlassungsverträgen ist zwar weiterhin Objekt wissenschaftlicher Diskussion.<sup>19</sup> Seit Jahrzehnten verfolgt der Bundesgerichtshof dazu jedoch eine klare Linie, die von der Annahme ausgeht, dass Software, die in einem Datenträger verkörpert ist, Sachqualität genießt.<sup>20</sup> Dieser Ansatz überzeugt, auch wenn man eine eigenständige Sachqualität verkörperter Software ablehnt.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> Specht, JZ 2017, 763, 764 f.

<sup>16</sup> Solmecke/Vondrlik, MMR 2013, 755, 755; Wendehorst, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 370; vgl. Wendehorst, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 4 f.

<sup>17</sup> Vgl. Wendehorst, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 407.

<sup>18</sup> Siehe zur Bestimmung des Leitbildes des Gesamtgeschäfts bei Geräten ohne signifikanten Eigenwert unten bei S. 306 f.

<sup>19</sup> Vgl. etwa Marly, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 661; Zech, Information als Schutzgegenstand, 331 ff.; Bräutigam, NJW 2022, 3118, 3118 f.

<sup>20</sup> Siehe dazu oben bei S. 68 ff.

<sup>21</sup> Siehe oben bei S. 94 ff.; Zech, Information als Schutzgegenstand, 338.

Wird Software auf einem Datenträger veräußert, behandelt der Gerichtshof die Software als Teil des Datenträgers. Über die Natur des Vertrags zur Überlassung der Software entscheidet daher die Natur des Vertrags über die Überlassung des Datenträgers, in dem die Software integriert ist.<sup>22</sup> Keine Bedeutung räumt der Gerichtshof bei der vertragstypologischen Einordnung des Erwerbsvertrags demgegenüber der etwaigen urheberrechtlichen Relevanz des Softwaregebrauchs ein. Erwirbt der Nutzer somit ein vernetztes Gerät, in dem die Software bereits beim Erwerb verkörpert ist, liegt grundsätzlich ein einheitlicher Vertrag<sup>23</sup> zur Überlassung des Geräts und der integrierten Software vor – sei es Miete oder Kauf.

Denkbar ist allerdings auch, dass die Software bei dem Erwerb des Geräts noch nicht in dem Gerät integriert ist, sondern erst bei der Inbetriebnahme des Geräts durch den Nutzer automatisiert vom Server des Anbieters heruntergeladen wird. Bei einer solchen späteren Installation kann es – neben dem Vertrag zur Überlassung des Geräts – zu einem eigenen Vertrag mit dem Anbieter über die Überlassung der Software kommen. Die vertragstypologische Einordnung des Softwareüberlassungsvertrags orientiert sich dann trotzdem an der Typologisierung des Vertrags über den Erwerb des Geräts. Der Bundesgerichtshof differenziert nämlich nicht danach, ob die Software auf einem Datenträger oder trägerlos übertragen wird.<sup>24</sup> Entscheidend ist, ob dem Nutzer die Software zur dauerhaften Nutzung übertragen wird – dann Kauf – oder nur für eine temporäre Nutzung – dann Miete.<sup>25</sup>

Wird das Gerät selbst – etwa als Werbemaßnahme<sup>26</sup> – verschenkt, sind unterschiedliche Gestaltungen denkbar: Die Überlassung der integrierten Software kann zunächst ebenfalls unentgeltlich erfolgen und damit an der Schenkung teilhaben. Dies erscheint dann plausibel, wenn ein späteres Entgelt des Nutzers oder eine Einwilligung zur Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten ausschließlich im Austausch gegen laufende digitale Dienste, die erst nach der Inbetriebnahme einsetzen, erbracht werden. Die integrierte Software dient dann, wie das Gerät selbst,

<sup>22</sup> Zur zumindest analogen Anwendung des Kaufrechts auf Verträge zur dauerhaften Überlassung von Standardsoftware: BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 408; BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321; BGH v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3012; BGH v. 22.12.1999 – VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415, 1415; BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2394. Zur vertragstypologischen Einordnung eines Vertrags über zeitlich begrenzte Überlassung von Standardsoftware als Mietvertrag: BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2394. Erstellung von Individualsoftware als Werkvertrag: BGH v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3012; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>5</sup>, § 2 Rn. 16, S. 30.

<sup>23</sup> *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 852: Parteiwille entscheidet darüber, ob Vertrag über Hardware und integrierte Software einen einheitlichen Vertrag darstellen. Vgl. BGH v. 22.9.2016 – III ZR 427/15, NJW 2016, 3525, Rn. 16.

<sup>24</sup> BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321.

<sup>25</sup> vgl. BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, 2394 f.; BGH v. 22.12.1999 – VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415, 1415; BGH v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011, 3012; BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321; BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 408.

<sup>26</sup> Siehe oben bei S. 279.

nur dem Zugang zu den digitalen Diensten, die den eigentlichen Geschäftsschwerpunkt darstellen.

Auch wenn das Gerät selbst schenkungsweise übertragen wird, kann ein später eigenständig geschlossener Vertrag über die Überlassung der Software einen Kauf- oder Mietvertrag darstellen. Denkbar ist dies etwa, wenn der Nutzer für die Inbetriebnahme des Geräts die Software gegen ein Entgelt herunterladen muss.<sup>27</sup>

### 3. Vertrag über digitale Dienste und begleitende Erklärungen

Neben den Vertrag über den Erwerb des vernetzten Geräts und einen eventuell davon getrennten Vertrag über die Überlassung der im Gerät integrierten Software kann ein Vertrag über die Bereitstellung digitaler Dienste treten.<sup>28</sup> Entsprechende Verträge können insbesondere bei der Inbetriebnahme der vernetzten Geräte mit dem Anbieter im Zusammenhang sogenannter Endnutzerlizenzvereinbarungen abgeschlossen werden.<sup>29</sup> Die Situation des Vertragsschlusses bewirkt dabei gewisse Hürden für einen wirksamen Vertragsschluss (dazu unter a)). Sofern es zu einem Vertragsschluss kommt, betrifft dieser häufig Cloud-basierte Dienste und ist damit als Mietvertrag einzuordnen (dazu unter b)). Verbunden ist die Erklärung zum Abschluss des Vertrags über digitale Dienste vielfach mit Lizenzvereinbarungen (dazu unter c)) sowie einer Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten (dazu unter d)).

#### a) Grundlegende Zweifel an wirksamem Vertragsschluss

Sofern ein Vertrag über die digitalen Dienste bei der Inbetriebnahme des Geräts abgeschlossen werden soll, können die tatsächlichen Umstände der Abgabe der entsprechenden Erklärungen grundlegende Zweifel an einem wirksamen Vertragsschluss begründen. In der Praxis werden die Erklärungen häufig abgegeben, indem bei der Inbetriebnahme des Geräts auf dem Display eine digitale Schaltfläche er-

---

<sup>27</sup> Vgl. zur vertragstypologischen Einordnung eines Softwareüberlassungsvertrags, wenn die Software nicht auf einem Datenträger überlassen wird, sondern trägerlos direkt auf das Endgerät des Erwerbers übertragen wird BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320, 321.

<sup>28</sup> Wendeborst, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 370f. und 385; Wendeborst, JZ 2021, 974, 975.

<sup>29</sup> Vgl. Kalamees/Sein, EuCML 2019, 13, 14. Teilweise wurde dargelegt, dass bei einem kaufähnlichen Vertrieb in der Praxis ausdrückliche Verträge über die digitalen Dienste vielfach nicht abgeschlossen wurden. Stattdessen wurden etwa konkludente Verträge über die digitalen Dienste nur mit dem Verkäufer angenommen: Regenfus, JZ 2018, 79, 81 f.; anscheinend davon ausgehend, dass es sich beim Verkäufer um den Anbieter der digitalen Dienste handelt: Solmecke/Vondrlik, MMR 2013, 755, 756 f. Da jedoch Anbieter vernetzter Geräte zunehmend bei der Nutzung personenbezogener Daten verarbeiten und dafür eine Einwilligung des Nutzers als Datensubjekt einholen, kann angenommen werden, dass in diesem Zusammenhang auch weitergehende ausdrückliche, wenn auch formularmäßige Absprachen getroffen werden (u.a. sog. „Endnutzerlizenzvereinbarung“). In diesem Zusammenhang wird es daher auch regelmäßig zu dem Abschluss eines (zumindest konkludenten) Vertrags über die Bereitstellung der digitalen Dienste kommen.

scheint, über die der Nutzer die Vertragsbedingungen oder Nutzungsbedingungen annimmt.<sup>30</sup> Erst danach kann er das Gerät nutzen.

Vergleichbar sind diese Umstände der Abgabe einer Willenserklärung mit Erklärungen, die beim Erwerb von Computerprogrammen über einen Zwischenhändler abgegeben werden. Will der Nutzer ein so erworbenes Programm nutzen, wird ihm häufig bei der ersten Nutzung eine digitale Lizenzvereinbarung des Anbieters angezeigt (oft: „Endnutzerlizenzvereinbarung“ bzw. „End User License Agreement“ [EULA]), die der Nutzer bestätigen muss. Erst nach der Bestätigung ist ein Gebrauch des Programms technisch möglich.<sup>31</sup> Mitunter werden solche Vereinbarungen generell kritisch gesehen. Es könne an einem wirksamen Vertragsschluss fehlen, wenn Klauseln in der Vereinbarung überraschend seien und den Nutzer unangemessen benachteiligten.<sup>32</sup> Der Hersteller der Software dürfe durch einen solchen Lizenzvertrag nicht die Rechte einschränken, die der Nutzer an sich durch den Kauf der Software vom Zwischenhändler erworben habe.<sup>33</sup>

Sofern beim Erwerb eines vernetzten Geräts die Person, mit der der Vertrag über die Überlassung des Geräts geschlossen wird, nicht ausdrücklich auf die Notwendigkeit eines späteren Vertrags mit dem Anbieter hinweist,<sup>34</sup> wäre daher denkbar, dass man aus den eben genannten Erwägungen heraus die Wirksamkeit des Vertrags über die digitalen Dienste ablehnt. Denn auch bei vernetzten Geräten ist eine Nutzung des Geräts vielfach tatsächlich nicht möglich, solange der Nutzer bei Inbetriebnahme des Geräts nicht in verschiedene Nutzungsbedingungen eingewilligt hat.

Letztlich überzeugen derartige generelle Bedenken gegenüber einer Wirksamkeit des Vertragsabschlusses jedoch nicht. Vernetzte Geräte sind insoweit nicht mit der Überlassung von Software vergleichbar. Bei ihnen ist zu erkennen, dass schon aufgrund der Vernetzung digitale Dienste für den Gebrauch des Geräts erforderlich sind. Anders als bei gekaufter Software, die womöglich offline nutzbar ist, ist bei vernetzten Geräten die Notwendigkeit eines ergänzenden Vertrags über die Bereitstellung digitaler Dienste weniger überraschend; solche Verträge sind in der Praxis bereits weit verbreitet und oft bekannt. Man muss daher nicht pauschal an der Wirksamkeit des Vertragsverhältnisses zweifeln. Eine differenziertere Betrachtung einzelner Klauseln ist geboten. Zu betrachten ist etwa, ob der Vertrag über die digitalen Dienste zusätzliche, nicht vorab angegebene Kosten verursacht oder den Gebrauch einschränkt, der dem Überlassungsvertrag zugrunde liegt.

<sup>30</sup> Vgl. *Magnus*, Fernkontrolle, 229.

<sup>31</sup> *Raue*, in: Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht<sup>7</sup>, 5. Teil Rn. S 264 f.; *Marly*, Hdb Software-recht<sup>7</sup>, Rn. 988; *Magnus*, Fernkontrolle, 229.

<sup>32</sup> Vgl. *Fischl*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Hdb IT- und Datenschutzrecht<sup>3</sup>, § 17 Rn. 108; *Marly*, Hdb Software-recht<sup>7</sup>, Rn. 999 ff.; *Raue*, in: Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht<sup>7</sup>, 5. Teil Rn. S 266; *H. Schmidt*, NJW 2011, 1633, 1637 f.; *Magnus*, Fernkontrolle, 231 ff.

<sup>33</sup> *Raue*, in: Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht<sup>7</sup>, 5. Teil Rn. S 274.

<sup>34</sup> Zumindest in diesem Fall scheinen generelle Zweifel an der Wirksamkeit des Vertrags unangebracht.

Gegen pauschale Zweifel an der Wirksamkeit von Verträgen, die bei der Inbetriebnahme des Geräts abgeschlossen werden, spricht auch, dass bei Softwareüberlassung ebenfalls Kritik an einer solchen generellen Unwirksamkeit aufkommt. Es bestehe ein berechtigtes Interesse am Abschluss solcher Verträge. Zudem seien sie so verbreitet, dass man sie nicht generell als überraschend bezeichnen könne. Stattdessen soll auch dort eine differenzierte Betrachtung der Wirksamkeit verschiedener Klauseln erfolgen.<sup>35</sup>

Auch den Nutzer belastet eine solch differenzierte Betrachtung nicht unangemessen. Sofern eine Vereinbarung mit dem Anbieter, die für einen Gebrauch des Geräts abgeschlossen werden muss, negativ von der dem Überlassungsvertrag zugrundeliegenden Sollbeschaffenheit des Geräts abweicht, werden dem Nutzer Ansprüche aus dem Leistungsstörungsrecht zustehen.<sup>36</sup> Allein die Tatsache, dass für einen Gebrauch des Geräts ein Vertrag mit dem Anbieter abgeschlossen werden muss, dürfte demgegenüber noch keinen Mangel im Hinblick auf den Überlassungsvertrag darstellen.<sup>37</sup> Entscheidend für Leistungsstörungsrechte ist vielmehr das etwaige Bestehen einer Diskrepanz zwischen der Sollbeschaffenheit des Überlassungsvertrags und den dahinter zurücktretenden Absprachen in dem Vertrag über die digitalen Dienste.

#### *b) Vertragstypologische Einordnung des Vertrags über digitale Dienste selbst*

Im Gegensatz zu den Verträgen zur Überlassung des vernetzten Geräts und der integrierten Software ist die vertragstypologische Einordnung des Vertrags über die digitalen Dienste, die für den Gebrauch des Geräts erforderlich sind, weniger klar. Konkret umfassen diese Dienste etwa die Vernetzung des Geräts, die Ermöglichung des Zugriffs auf das Gerät über die Vernetzung sowie die Bereitstellung Cloud-basierter Dienste. Es handelt sich dabei um Dienste, die durch Software erbracht werden, die auf Servern des Anbieters verkörpert ist, an der der Nutzer Nutzungsrechte, aber meistens keine Schreibrechte hat. Entscheidend für die vertragstypologische Einordnung eines Vertrags über solche Dienste ist daher, ob man in der serverbasierten Nutzung von Software eine Dienstleistung des Anbieters – etwa in Form der Bereitstellung der Rechenleistung und des Rechenergebnisses – oder den Gebrauch einer Sache – des Servers mit der verkörperten Software – sieht.

Für eine Verständnis als Dienstleistung des Anbieters spricht, dass die Nutzung von Software zwar eine Verkörperung der Software voraussetzt,<sup>38</sup> dass die Verkörperung bei einer serverbasierten Nutzung der Software allerdings allein im Herrschaftsbereich des Anbieters verbleibt und der Nutzer keine eigene Herrschaftsbeziehung zu der Verkörperung erhält. Auf die Verkörperung der Software

<sup>35</sup> *Raue*, in: Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), *AGB-Recht*<sup>7</sup>, 5. Teil Rn. S 266 ff.; vgl. *Marly*, *Hdb Softwarerecht*<sup>7</sup>, Rn. 1006 f.

<sup>36</sup> Vgl. *Raue*, in: Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), *AGB-Recht*<sup>7</sup>, 5. Teil Rn. S 266.

<sup>37</sup> So im Hinblick auf zwingend abzuschließende Endnutzerlizenzvereinbarungen beim Softwareerwerb: *Raue*, in: Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), *AGB-Recht*<sup>7</sup>, 5. Teil Rn. S 266.

<sup>38</sup> Diesen Umstand betonend: BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 16.

auf dem Server erhält der Nutzer meist keine Zugriffsrechte. Er empfängt lediglich digitale Signale als Ergebnis der Datenverarbeitung auf dem Server. Nach dieser Betrachtung könnte man als vertragscharakteristische Leistungen die Wartung und Bereitstellung von Server und Software sowie die Datenverarbeitung sehen, in der wiederum eine Dienstleistung liegen könnte. Bei einem solchen Verständnis mag eine Typologisierung als Dienstvertrag überzeugen.<sup>39</sup> Gegen diesen Ansatz spricht allerdings, dass bei der Bereitstellung digitaler Dienste mit der Datenverarbeitung keine menschlichen Leistungen bereitgestellt werden, sondern die Rechenkapazitäten einer Sache.<sup>40</sup>

Näher liegt es daher den Vertragsgegenstand im Gebrauch einer Sache zu sehen, nämlich des Servers, auf dem die Software verkörpert ist. Diesen Weg schlägt auch der Bundesgerichtshof ein. Er führt damit seine Rechtsprechung zu der miet- beziehungsweise kaufrechtlichen Behandlung von Softwareüberlassungsverträgen gedanklich fort, die er damit begründet, dass es sich bei einer auf einem Datenträger verkörperten Software um eine bewegliche Sache handle.<sup>41</sup> Er typologisiert daher einen Vertrag über die entgeltliche, serverbasierte Nutzung von Software als Mietvertrag („entgeltliche Überlassung von Standardsoftware“).<sup>42</sup> Diese Bewertung nimmt er explizit für den Fall vor, dass die Software auf dem Server verbleibt und dem Nutzer während der Nutzungsdauer nur die Funktionen des Computerprogramms über das Datennetz zur Verfügung gestellt werden.<sup>43</sup> Ohne Bedeutung bleibt für den Gerichtshof, dass der Nutzer keinen Besitz an der verkörperten Software erhält. Es reiche aus, dass ihm der Gebrauch der Software überlassen werde, selbst wenn dies ohne eine Besitzverschaffung erfolge.<sup>44</sup>

Werden dem Nutzer nicht nur die Datenverarbeitung an sich, sondern auch Speicherkapazitäten auf dem Server zur Verfügung gestellt (Cloud-Computing-Vertrag), tritt der Gebrauch einer Sache noch klarer in den Vordergrund, und es kann unproblematisch von einem Mietvertrag ausgegangen werden.<sup>45</sup> Diese Typologisierung fügt sich in den oben dargestellten Ansatz ein, dass der Nutzer digitale Sachherrschaft und damit Teilmitbesitz am Server erhält, wenn er Speicherkapazitäten auf dem Server und Schreibrechte an den gespeicherten Daten erhält.<sup>46</sup> In diesem Fall erhält der Nutzer am Server als Mietsache unmittelbaren Teilmitbesitz,

<sup>39</sup> *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137, 1138; *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755, 755 f.

<sup>40</sup> Für eine mietrechtliche Einordnung: *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), *Verbraucherrecht* 2.0, 367, 400.

<sup>41</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 11 ff. Siehe zu der Rechtsprechung oben bei S. 67ff.

<sup>42</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 11.

<sup>43</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 12.

<sup>44</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 18 f.

<sup>45</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 20; *Poble/Ammann*, CR 2009, 273, 274 f.; *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755, 755 f.

<sup>46</sup> Siehe oben bei S. 118 f.

sodass man nicht auf eine anderweitige Gebrauchsüberlassung zur Begründung der Einordnung als Mietvertrag zurückgreifen muss.<sup>47</sup>

Ohne Bedeutung sind für die Typologisierung des Vertrags über die Bereitstellung der mit dem vernetzten Gerät verbundenen digitalen Dienste die Digitale Inhalte-RL und Warenkauf-RL sowie deren Umsetzung insbesondere in §§ 327 ff. BGB und §§ 475a ff. BGB. Diese Vorschriften haben spezifische Vorgaben für Verbraucherverträge über die Bereitstellung digitaler Produkte sowie für Kaufverträge von Verbrauchern über Waren mit digitalen Elementen eingeführt. Diese Vorgaben enthalten spezifische Voraussetzungen zur Bereitstellung beziehungsweise Erfüllung, zur Mängelgewährleistung sowie zur nachträglichen Änderung digitaler Produkte,<sup>48</sup> betreffen jedoch nicht die vertragstypologische Einordnung. Kaufverträge über Waren mit digitalen Elementen bleiben weiterhin Kaufverträge. Die Vorgaben zur Bereitstellung digitaler Produkte finden sich demgegenüber im allgemeinen Vertragsrecht, gelten damit für die verschiedenen Vertragstypen gleichermaßen und wirken sich nicht auf die vertragstypologische Einordnung aus.<sup>49</sup>

### c) Lizenz bezüglich Programmnutzung

Regelmäßig schließen Anbieter und Nutzer im Zusammenhang mit dem Vertrag über die digitalen Dienste auch eine Lizenzvereinbarung über die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke (sog. Endnutzerlizenzvereinbarung). Urheberrechtlich geschützt sein können dabei sowohl die digitalen Inhalte als auch die Computerprogramme,<sup>50</sup> die der Anbieter dem Nutzer zur Verfügung stellt. Da es im Rahmen ihres Gebrauchs zu einer urheberrechtlich relevanten, zumindest temporären Vervielfältigung des Werks kommt – in Form einer Kopie des Programmcodes im Arbeitsspeicher – bedarf der Gebrauch der Software einer Lizenz oder eines gesetzlichen Ermächtigungstatbestandes.<sup>51</sup>

Sofern die dem Nutzer zur Verfügung gestellte Software somit urheberrechtlich geschützt ist, treten zum Vertrag über die Bereitstellung der digitalen Dienste häufig Vereinbarungen über urheberrechtliche Nutzungsrechte hinzu. Diese haben – laut Bundesgerichtshof – jedoch keine Auswirkung auf die Typologisierung des Vertrags über die Bereitstellung der digitalen Dienste.<sup>52</sup> Der Gerichtshof rechtfertigt diese Trennung unter anderem mit dem Argument, dass der Maßstab für Gewährleistungsrechte im Hinblick auf Mängel der Computersoftware nicht davon

<sup>47</sup> So bezüglich eines ASP-Service-Vertrags, bei dem der Nutzer regelmäßig keine Schreibrechte an dem im Server verkörperten Datenbestand erhält: BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 18 f.

<sup>48</sup> Wendehorst, NJW 2021, 2913, 2913.

<sup>49</sup> Wendehorst, NJW 2021, 2913, 2913; Stieper, JZ 2022, 389, 391 ff.; Metzger, JZ 2019, 577, 577 f. Siehe dazu ausdrücklich *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, RefE: Bereitstellung digitaler Inhalte, 2020, 23.

<sup>50</sup> Siehe zu den Begriffen unten bei S. 341 f.

<sup>51</sup> Siehe dazu unten bei S. 342.

<sup>52</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 17.

abhängen könne, ob die Software urheberrechtlich geschützt ist oder nicht.<sup>53</sup> Dieses Argument stammt allerdings aus der Zeit, als Computerprogramme nach deutschem Recht weitgehend keinen Urheberrechtsschutz genossen<sup>54</sup> – eine Einschränkung die sich durch den sehr weitreichenden urheberrechtlichen Schutz, den die Computerprogramm-RL-1991 eingeführt hat, erledigt hat.<sup>55</sup>

#### d) Datenschutzrechtliche Einwilligung

Vielfach wird beim Abschluss des Vertrags über digitale Dienstleistungen und damit bei der Inbetriebnahme des vernetzten Geräts auch eine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten des Nutzers erklärt. Auch wenn diese Erklärung rein tatsächlich mit dem Abschluss des Vertrags über die digitalen Dienste zusammenfällt, handelt es sich um eine rechtlich eigenständige Erklärung.<sup>56</sup> Für die vertragstypologische Einordnung des Vertrags über die digitalen Dienste bleibt diese Erklärung an sich unbeachtlich. Allerdings spielt es für die Frage der Entgeltlichkeit der Verträge eine Rolle, ob beim Gebrauch des Geräts personenbezogene Nutzerdaten verarbeitet werden.<sup>57</sup>

Denkbar ist zudem, dass die Natur der Einwilligung als atypische Gegenleistung zu einer gewissen Anpassung der Typologisierung des gesamten Vertrags führen kann. So wäre etwa denkbar, dass man ein kaufähnliches Geschäft, bei dem als Entgelt eine Einwilligung in die Datenverarbeitung versprochen wird, als typenge-mischten Vertrag oder Zwittervertrag bewertet, bei dem Leistungen ausgetauscht werden, die verschiedenen Vertragstypen unterfallen.<sup>58</sup> Auch in diesem Fall bliebe es jedoch bezüglich der Überlassung des vernetzten Geräts bei einer Anwendung des Kaufrechts.<sup>59</sup> Sofern der Vertrag über digitale Dienste als Mietvertrag bewertet wird, wäre eine solche gemischte Betrachtung zudem unproblematisch, da atypische Gegenleistungen eine Einordnung als Mietvertrag nicht infrage stellen.<sup>60</sup>

## II. Verbindung der Verträge

Auch wenn die Verträge über die Überlassung des Geräts und der integrierten Software sowie über die digitalen Dienste – zumindest analytisch – zu trennen sind,

<sup>53</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 17.

<sup>54</sup> Urheberrechtlicher Schutz nur ausnahmsweise bei ausreichender Gestaltungshöhe: BGH v. 9.5.1985 – I ZR 52/83, NJW 1986, 192 – *Inkasso-Programm*, 196 f.; vgl. BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406, 407.

<sup>55</sup> Siehe dazu unten bei S. 343 f.

<sup>56</sup> *Specht*, JZ 2017, 763, 764.

<sup>57</sup> Siehe dazu oben bei S. 278 f.

<sup>58</sup> *Specht*, JZ 2017, 763, 765: Einwilligung dabei als Gegenstand eines Miet- oder Pachtvertrags; *Metzger*, AcP 216 (2016), 817, 837 f.: Vertrag bzgl. Verarbeitung personenbezogener Daten als Lizenzvertrag.

<sup>59</sup> *Specht*, JZ 2017, 763, 765.

<sup>60</sup> *Häublein*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 535 BGB Rn. 33 f.; vgl. *Metzger*, AcP 216 (2016), 817, 827 f.

betreffen sie einen gemeinsamen Lebenssachverhalt: Das Gerät kann ohne die digitalen Dienste und die im Gerät verkörperte Software nicht genutzt werden. Der Vertrag über die Bereitstellung der digitalen Dienste und die Überlassung der integrierten Software ist umgekehrt nur auf Grundlage des Vertrags über die Geräteüberlassung denkbar.

Diese tatsächliche Verbundenheit der Verträge ist auch bei der rechtlichen Bewertung zu berücksichtigen. Zumindest wenn die Verträge mit unterschiedlichen Personen geschlossen werden, was gerade beim Kauf von vernetzten Geräten weitgehend der Fall ist, scheidet eine einheitliche Betrachtung als typengemischter Vertrag an sich aus. Dennoch sind verschiedene rechtliche Ansätze denkbar, nach denen in gewissem Umfang berücksichtigt werden kann, dass die Verträge in einem tatsächlichen Zusammenhang stehen. Diese Überlegungen entstammen zwar weitgehend dem Umgang mit Leistungsstörungen in den verschiedenen Vertragsverhältnissen und sind hier insoweit nicht unmittelbar relevant. Als Argumentationsansätze sind sie jedoch auch im Hinblick auf die Inhaltskontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen in den verschiedenen Verträgen von Interesse und sollen daher kurz dargestellt werden. Insbesondere verdeutlichen sie, dass die Natur des Geräteüberlassungsvertrags bei der Kontrolle von Klauseln in den Verträgen über die digitalen Dienste und über die Überlassung der im Gerät integrierten Software berücksichtigt werden sollte.<sup>61</sup>

### *1. Haftung des Verkäufers in Warenkauf-RL*

Im Jahre 2019 hat die Europäische Union die Warenkauf-RL und die Digitale Inhalte-RL erlassen,<sup>62</sup> die inzwischen insbesondere in §§ 327 ff. BGB und §§ 475a ff. BGB umgesetzt sind. Auf den Kauf vernetzter Geräte durch Verbraucher sind weitgehend die Vorgaben der Warenkauf-RL beziehungsweise der §§ 475a ff. BGB anzuwenden. Sie enthalten eine Haftung, die auch bei Auseinanderfallen der Vertragspartner der tatsächlichen Verbundenheit der Verträge über den Kauf des vernetzten Geräts einerseits und über die Bereitstellung der digitalen Inhalte andererseits Rechnung trägt.

#### *a) Anwendung der Warenkauf-RL auf den Kauf vernetzter Geräte*

Nach ErwGr. 13 Warenkauf-RL und ErwGr. 20 Digitale Inhalte-RL sollen sich die Richtlinien ergänzen. Der Kauf von Geräten, bei deren Gebrauch digitale Elemente zum Einsatz kommen, betrifft dabei gerade den Punkt, an dem die Anwendungsbereiche beider Richtlinien aufeinandertreffen und eine Abgrenzung erforderlich wird. Sofern die digitalen Elemente für die Funktionsfähigkeit des Geräts erforderlich sind, entschied sich der europäische Gesetzgeber für eine Anwendung der Warenkauf-RL auf die Bereitstellung von digitalen Elementen, die mit einem vernetz-

---

<sup>61</sup> Siehe dazu unten bei S. 300 ff.

<sup>62</sup> Siehe zu den Richtlinien: *Staudenmayer*, NJW 2019, 2497; *Staudenmayer*, NJW 2019, 2889.

ten Gerät zusammenhängen. Er legt damit den Fokus der Betrachtung auf den Erwerb des körperlichen Geräts und nicht die Bereitstellung der digitalen Elemente.

Die Anwendung der Warenkauf-RL ergibt sich aus Art. 3 und Art. 2 Warenkauf-RL. Anwendbar ist die Richtlinie danach auf Kaufverträge zwischen einem Verbraucher und einem Verkäufer (Art. 3 Abs. 1 Warenkauf-RL), die sich wiederum durch die entgeltliche Übertragung von Eigentum an Waren auszeichnen (Art. 2 Nr. 1 Warenkauf-RL). Erfasst von der Definition der Waren in diesem Sinne sind auch sogenannte Waren mit digitalen Elementen. Bei diesen handelt es sich gemäß Art. 2 Nr. 5 lit. b Warenkauf-RL um

bewegliche körperliche Gegenstände, die in einer Weise digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht erfüllen könnten[.]<sup>63</sup>

Soweit somit vernetzte Geräte ihre Funktionen nicht ohne die digitalen Inhalte erfüllen können, unterfällt der Kauf dieser Geräte der Warenkauf-RL.<sup>64</sup> Art. 3 Abs. 3 S. 2 der Richtlinie unterstreicht ausdrücklich, dass die Bereitstellung digitaler Inhalte unabhängig davon der Warenkaufrichtlinie unterfällt, ob die Inhalte vom Verkäufer oder einem Dritten bereitgestellt werden. Die digitalen Inhalte müssen dabei allerdings „gemäß dem Kaufvertrag [...] bereitgestellt werden“, also demselben Vertrag unterfallen.<sup>65</sup> Satz 3 stellt dabei eine Vermutung auf, dass die digitalen Dienste im Zweifel vom Kaufvertrag umfasst sind.<sup>66</sup> Durch die Anwendung des Kaufrechts sollte eine künstliche Aufspaltung des Vertrags vermieden werden.<sup>67</sup>

Diese Bestimmung des Anwendungsbereichs der Warenkauf-RL spiegelt sich in einer Bereichsausnahme der Digitalen Inhalte-RL. Nach ihrem Art. 3 Abs. 4 gilt diese Richtlinie nicht für

digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen, die im Sinne von Artikel 2 Nummer 3 in Waren enthalten oder mit ihnen verbunden sind und gemäß einem diese Waren betreffenden Kaufvertrag mit diesen Waren bereitgestellt werden, unabhängig davon, ob diese digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen vom Verkäufer oder von einem Dritten bereitgestellt werden.

Art. 2 Nr. 5 lit. b Warenkauf-RL und Art. 2 Nr. 3 Digitale Inhalte-RL enthalten dabei die identische Definition von Waren mit digitalen Elementen. Auch ErwGr. 21 Digitale Inhalte-RL betont, dass die Warenkauf-RL auf den Kauf von Waren mit digitalen Elementen anzuwenden sein soll. Als Beispiel für einen Gegenstand, wel-

<sup>63</sup> Vgl. auch ErwGr 14f. Warenkauf-RL.

<sup>64</sup> Siehe zum Anwendungsbereich Metzger, JZ 2019, 577, 578f.; Wendehorst, NJW 2021, 2913, 2914; Wendehorst, JZ 2021, 974, 978; Kurth, JA 2022, 265, 268; Kurth, JA 2022, 353, 355 f.

<sup>65</sup> Stieper, JZ 2022, 389, 392; Wendehorst, NJW 2021, 2913, 2914; Wendehorst, JZ 2021, 974, 978; Kurth, JA 2022, 265, 268.

<sup>66</sup> Vgl. Kupfer/Weiß, VuR 2020, 95, 95f. Nicht anwendbar ist die Warenkauf-RL demgegenüber auf „körperliche Datenträger, die lediglich als Träger digitaler Inhalte dienen“ (Art. 3 Abs. 4 lit. a).

<sup>67</sup> Deutscher Bundestag, BT-Drs. 19/27424, 2021, 31; Stieper, JZ 2022, 389, 392.

cher der Warenkauf-RL unterfällt, nennt ErwGr. 21 Digitale Inhalte-RL einen Smart-TV.<sup>68</sup>

Umgesetzt sind die Vorgaben zum Anwendungsbereich der Richtlinien in §§ 327a Abs. 2 und 3, 475a Abs. 2 und 475b Abs. 1 BGB. Im Kern der Regelung steht die Legaldefinition des § 327a Abs. 3 von Waren mit digitalen Elementen. Es handelt sich dabei um

Waren, die in einer Weise digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, dass die Waren ihre Funktionen ohne diese digitalen Produkte nicht erfüllen können [...]

Entscheidend ist somit wie in Art. 2 Nr. 5 lit. b Warenkauf-RL, ob die Geräte ihre Funktionen auch ohne die digitalen Produkte erfüllen können.<sup>69</sup> Ist dies der Fall, so unterfallen gemäß § 327a Abs. 2 BGB und § 475a Abs. 2 BGB auch Verbraucherverträge über Sachen, die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind, den §§ 327a ff. BGB und nicht den § 475b f. Allerdings sind §§ 327 ff. BGB grundsätzlich nur auf die Bestandteile des Vertrags anzuwenden, die die digitalen Produkte betreffen. Handelt es sich bei dem Vertrag über den Erwerb der Sache um einen Kauf, ist im Übrigen Kaufrecht anwendbar.<sup>70</sup>

Können die Waren ihre Funktionen demgegenüber nicht ohne die digitalen Produkte erfüllen, so unterfällt ihr Kauf gemäß § 475b Abs. 1 BGB insgesamt den §§ 475b f. BGB, sofern der Kaufvertrag die Bereitstellung der digitalen Elemente erfasst. Ob der verkaufende Unternehmer die digitalen Elemente selbst bereitstellt oder dies ein Dritter übernimmt, erklärt § 475b Abs. 1 BGB ausdrücklich für unbeachtlich (entsprechend Art. 3 Abs. 3 Warenkauf-RL).

Ein notwendiges Kriterium für die Anwendung der Vorgaben der Warenkauf-RL auf den Kauf eines vernetzten Geräts durch einen Verbraucher ist somit, ob die digitalen Produkte erforderlich sind, um die Funktionen des Geräts zu nutzen.<sup>71</sup> Für die in dieser Arbeit diskutierten Fälle der digitalen Funktionssperren ist dies der Fall. Die Fallgruppe zeichnet sich gerade dadurch aus, dass die Sperre der digitalen Produkte – seien es die integrierte Software oder netzbasierte Dienste – zu einer Störung der Funktionsfähigkeit des Geräts führt. Bei einem Kauf der vernetzten Geräte durch einen Verbraucher kommt es somit zur Anwendung der §§ 475b f. BGB, sofern sich der Unternehmer verpflichtet, dass er oder ein Dritter die digitalen Elemente bereitstellt. In diesen Fällen richtet sich der Erwerb vernetzter Geräte somit allein nach der Warenkauf-RL.<sup>72</sup> Auch auf die mit dem Gerät verbundenen digitalen Dienste ist die Digitale Inhalte-RL nicht anwendbar.<sup>73</sup>

Bei einem mietähnlichen Erwerb durch einen Verbraucher kommt es gemäß § 327a Abs. 2 BGB i. V. m. § 578b BGB demgegenüber zu einer Anwendung der

<sup>68</sup> Kupfer/Weiß, VuR 2020, 95, 95 f.

<sup>69</sup> Stieper, JZ 2022, 389, 391 f.; Wendehorst, JZ 2021, 974, 978.

<sup>70</sup> Stieper, JZ 2022, 389, 392; Wendehorst, JZ 2021, 974, 978.

<sup>71</sup> Stieper, JZ 2022, 389, 391 f.; Wendehorst, JZ 2021, 974, 978; Kurth, JA 2022, 265, 268.

<sup>72</sup> Kupfer/Weiß, VuR 2020, 95, 95 f.; Staudenmayer, NJW 2019, 2889, 2889; Tonner, VuR 2019, 363, 363; Wendehorst, JZ 2021, 974, 978.

<sup>73</sup> Tonner, VuR 2019, 363, 363.

§§ 327 ff. BGB bezogen auf die Bestandteile des Vertrags, die die digitalen Produkte betreffen.<sup>74</sup> Im Übrigen bleibt es bei der Anwendung der regulären Vorschriften zum jeweiligen Vertragstyp, insbesondere also dem Mietrecht, §§ 535 ff. BGB. Keine Anwendung finden §§ 327 ff. BGB und §§ 475a ff. BGB demgegenüber bei einem Erwerb des Geräts durch einen Unternehmer.

*b) Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL bzw. § 475c BGB*

Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL (umgesetzt in § 475c BGB) enthält Vorgaben zur Gewährleistung des Verkäufers, die Rückschlüsse zulassen auf die Verbundenheit der Verträge über den Kauf eines vernetzten Geräts einerseits und über die Bereitstellung digitaler Dienste, die für dessen Gebrauch notwendig sind, andererseits.<sup>75</sup>

Sofern im Kaufvertrag über Waren mit digitalen Elementen die fortlaufende Bereitstellung der digitalen Elemente vereinbart war, haftet der Verkäufer für den vereinbarten Bereitstellungszeitraum für die Mangelfreiheit der digitalen Elemente.<sup>76</sup> Es werden auch solche Mängel relevant, die bei der Lieferung noch nicht bestanden (dazu Art. 10 Abs. 1 Warenkauf-RL), sondern erst danach auftreten. Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL bzw. § 475c BGB erweitern die Ansprüche des Käufers im Leistungsstörungenrecht gegen den Verkäufer. Einen Anspruch auf Bereitstellung der digitalen Dienste begründen sie nicht.<sup>77</sup>

ErwGr. 15 Warenkauf-RL versteht die Haftung weit. Die Bereitstellung der digitalen Dienste muss in den Verträgen nicht ausdrücklich vorgesehen sein. Es soll auch ausreichen, wenn Kaufverträge

dahin gehend verstanden werden können, dass sie die Bereitstellung spezifischer digitaler Inhalte oder einer spezifischen digitalen Dienstleistung abdecken, weil diese bei Waren der gleichen Art üblich sind und der Verbraucher sie – in Anbetracht der Beschaffenheit der Waren und unter Berücksichtigung öffentlicher Erklärungen, die im Vorfeld des Vertragschlusses von dem Verkäufer oder im Auftrag des Verkäufers oder anderen Personen in vorhergehenden Gliedern der Vertragskette, einschließlich des Herstellers abgegeben wurden – vernünftigerweise erwarten könnte.

Auch wenn somit die Anwendung der Warenkauf-RL und der §§ 475b ff. BGB voraussetzt, dass der Kaufvertrag die Bereitstellung der digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen umfasst, deutet ErwGr. 15 Warenkauf-RL darauf hin, dass auch eine lockerere Verbindung zum Kaufvertrag ausreicht. Insbesondere genügt es, wenn sich die Verbindung vorrangig aus einer begründeten Verbrauchererwartung ergibt und wenn die digitalen Dienste nicht vom Verkäufer selbst, sondern von einem Dritten bereitgestellt werden.

ErwGr. 15 legt nahe, dass es für eine Anwendung ausreicht, wenn dem Kaufvertrag als Geschäftsgrundlage die Annahme zugrunde liegt, dass die digitalen Ele-

<sup>74</sup> Stieper, JZ 2022, 389, 391 und 393; Wendehorst, JZ 2021, 974, 978.

<sup>75</sup> Vgl. Staudenmayer, NJW 2019, 2889, 2893; Tonner, VuR 2019, 363, 364.

<sup>76</sup> Staudenmayer, NJW 2019, 2889, 2893; Tonner, VuR 2019, 363, 368.

<sup>77</sup> Tonner, VuR 2019, 363, 364: nur Haftung für Vertragswidrigkeit.

mente zur Verfügung gestellt werden. Eine eigene Pflicht des Verkäufers scheint nicht erforderlich zu sein. Ähnlich offen zeigt sich Art. 3 Abs. 3 S. 2 Warenkauf-RL, der lediglich fordert, dass die digitalen Elemente „gemäß dem Kaufvertrag mit [den verkauften] Waren bereitgestellt werden“. Auch diese passivische Formulierung fordert nicht zwingend eine Leistungspflicht des Verkäufers. Eine begründete Verbrauchererwartung im Sinne des zitierten ErwGr. 15 Warenkauf-RL, die zu einer Einstandspflicht des Verkäufers führen kann, dürfte den Wortlaut erfüllen, selbst wenn die Bereitstellung der digitalen Elemente einem eigenständigen Vertrag unterfällt und sich die Verbindung zum Kaufvertrag erst aus der begründeten Verbrauchererwartung ergibt.

Die Richtlinie wirkt damit offener als ihre Umsetzung in § 475c Abs. 1 BGB, der ausdrücklich davon spricht, dass sich der Unternehmer „verpflichtet, dass er oder ein Dritter die digitalen Elemente bereitstellt“. Diese Vorschrift ist jedoch europarechtskonform unter Berücksichtigung des ErwGr. 15 Warenkauf-RL auszulegen.<sup>78</sup> Flankiert wird die Lockerung in ErwGr. 15 Warenkauf-RL durch die Vermutung des Art. 3 Abs. 3 Warenkauf-RL (umgesetzt in § 327a Abs. 3 S. 2 BGB), dass im Zweifel davon auszugehen ist, dass die digitalen Dienste vom Kaufvertrag umfasst sind.

### c) Wertung des Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL

Für die hiesige Bewertung entscheidend ist, dass die Haftung nach Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL die Verbindung zwischen dem Kaufvertrag und dem Vertrag über die Bereitstellung der digitalen Dienste unterstreicht. Diese Verbindung soll nach ErwGr. 15 Warenkauf-RL selbst dann bestehen, wenn die gebrauchsnötigen digitalen Dienste nicht ausdrücklich im Kaufvertrag vorgesehen sind, sondern der Nutzer sie – unter anderem wegen der Beschaffenheit des Geräts oder der Werbung des Anbieters – nur „vernünftigerweise erwarten“ kann. In einem solchen Fall besteht die Verbindung auch dann, wenn die digitalen Dienste von einem Dritten bereitgestellt werden.

Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL unterstreicht damit, dass der Kauf vernetzter Geräte, die für ihren Gebrauch auf andauernde digitale Dienste angewiesen sind, nicht isoliert von der Bereitstellung dieser digitalen Dienste betrachtet werden sollte. Sofern der Nutzer – nicht zuletzt wegen des Eindrucks, den der Verkäufer durch die Darstellung der Waren geschaffen hat – das Gerät und die digitalen Dienste vernünftigerweise als eine Einheit ansieht, so wird er in dieser Erwartung geschützt. Der Verkäufer darf sich nicht auf die formale Trennung der Verträge zurückziehen.

Die Vorschrift erkennt darüber hinaus an, dass der Kauf vernetzter Geräte nicht mehr als rein punktuelltes Austauschverhältnis verstanden werden kann.<sup>79</sup> Aufgrund der Bedeutung der fortdauernden Bereitstellung gebrauchsnötiger digitaler Leistungen erhält das Geschäft, wenn auch nicht zwingend der Kaufvertrag

<sup>78</sup> Weidenkaff, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 475b BGB Rn. 2.

<sup>79</sup> Vgl. Metzger, JZ 2019, 577, 577.

selbst, die Dimension eines Dauerschuldverhältnisses. Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL beziehungsweise § 475c BGB begeben damit auch der Herausforderung, dass für eine kaufrechtliche Sachmängelgewährleistung der Mangel grundsätzlich bereits bei Gefahrübergang vorhanden sein muss (vgl. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB). Sowohl eine Softwaresperre als auch das Aussetzen netzbasierter digitaler Dienste tritt jedoch erst nach Gefahrübergang ein, weshalb eine Gewährleistung nach § 437 BGB insoweit ausscheiden würde.<sup>80</sup> Vor Erlass der Warenkauf-RL wurde als Ansatzpunkt einer Mängelgewährleistung daher auf die abstrakte Sperrmöglichkeit oder die konstruktionsbedingte Abhängigkeit des Geräts von netzbasierten, digitalen Diensten abgestellt.<sup>81</sup> Auch wird es als Mangel dargestellt, wenn die „essentiellen Grundfunktionen“ nicht unabhängig von den digitalen Zusatzfunktionen und somit auch unabhängig von einer Netzanbindung nutzbar sind.<sup>82</sup>

## 2. Vertragliche Einstandspflicht des Verkäufers

Eine Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL bzw. § 475c BGB ähnelnde Lösung wurde für den Erwerb vernetzter Geräte bereits in der Literatur vorgeschlagen. Grundlage ist die Annahme, dass der Käufer davon ausgehen dürfe, dass der Verkäufer eines vernetzten Geräts dafür einstehen wolle, dass die Leistungen für eine bestimmte Zeit bereitgestellt würden.<sup>83</sup> Es komme somit zu einem konkludenten Vertrag mit dem Verkäufer über die Bereitstellung der mit dem Gerät verbundenen digitalen Dienste.<sup>84</sup> Der Verkäufer müsse dafür einstehen, wenn der Anbieter seine Leistungen nicht mehr erbringe.<sup>85</sup>

Umzusetzen sei dieser Ansatz durch die Annahme einer Garantie, die der Verkäufer für die Leistung des Anbieters übernehme und aufgrund derer dem Käufer bei Ausbleiben der digitalen Dienste Sekundäransprüche gegen den Verkäufer zustünden.<sup>86</sup> Teilweise wird dieses Ergebnis auch durch eine Analogie zu verbundenen Verträgen im Sinne von Art. 15 Verbraucherkreditverträge-RL begründet (§§ 538 f. BGB).<sup>87</sup> Mitunter wird auch aus § 433 BGB in Verbindung mit § 242 BGB eine Treuepflicht hergeleitet, die für den Betrieb des Geräts notwendigen digitalen Dienste für eine angemessene Mindestdauer zur Verfügung zu stellen.<sup>88</sup> Auch

<sup>80</sup> *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80; *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755, 757.

<sup>81</sup> *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137, 1138; *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80 f.; *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755, 757.

<sup>82</sup> *Regenfus*, JZ 2018, 79, 82.

<sup>83</sup> *Regenfus*, JZ 2018, 79, 81; *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755, 756 f.; *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 510.

<sup>84</sup> *Regenfus*, JZ 2018, 79, 81; *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755, 756 f.

<sup>85</sup> *Regenfus*, JZ 2018, 79, 81.

<sup>86</sup> *Regenfus*, JZ 2018, 79, 81.

<sup>87</sup> *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13, 21.

<sup>88</sup> Wohl als Primäranspruch gegen den Verkäufer: *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 510. Dabei jedoch unklar bezüglich der Bedeutung des Umstandes, dass vielfach der Verkäufer digitale Dienste nicht selbst bereitstellt und auf deren Anbieter keinen Einfluss hat.

diese Ansätze erkennen die tatsächliche Verbindung der Verträge und die Prägung des Kaufs vernetzter Geräte durch Elemente eines Dauerschuldverhältnisses an.<sup>89</sup>

### 3. Störung der Geschäftsgrundlage

Als weiterer Ansatz, der die tatsächliche Verbindung der Verträge hervorhebt, wird vorgeschlagen, bei einem Ausbleiben oder einer erheblichen Einschränkung der Verfügbarkeit der digitalen Dienste, die für den Gebrauch des vernetzten Geräts notwendig sind, auf § 313 BGB zurückzugreifen.<sup>90</sup> Die Verfügbarkeit der digitalen Dienste stellt nach diesem Ansatz die Geschäftsgrundlage des Kaufvertrags dar.

### 4. Zwischenfazit

Selbst wenn die verschiedenen Verträge, zu denen es beim Erwerb eines vernetzten Geräts kommt, mit unterschiedlichen Personen abgeschlossen werden, wird sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Literatur die tatsächliche Verbundenheit der Verträge betont. Verschiedene Ansätze werden vorgeschlagen, um dieser Verbundenheit bei einer Leistungsstörung Rechnung zu tragen. Auch im Hinblick auf die Kontrolle der Angemessenheit einzelner Vertragsklauseln erscheint die Berücksichtigung der Verbundenheit der Verträge daher angezeigt.

## B. Wirksamkeit der Einwilligung in eine Gebrauchsbeeinträchtigung

Im Folgenden wird die Wirksamkeit formularmäßiger Einwilligungen in die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs untersucht. Auch wenn es sich dabei um eine einseitige Erklärung und nicht eine zweiseitige Vertragsklausel handelt, richtet sich ihre Wirksamkeit nach §§ 305 ff. BGB, da die Erklärung im Zusammenhang mit einem Vertrag steht.<sup>91</sup> Damit eine formularmäßige Einwilligung wirksam ist, muss sie zunächst grundsätzlich im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis zwischen Nutzer und Anbieter wirksam geworden sein, was angesichts der tatsächlichen Umstände des Vertragsschlusses Zweifel aufwerfen kann (dazu unter I.).

<sup>89</sup> *Regenfus*, JZ 2018, 79, 82.

<sup>90</sup> *Bach*, in: Schmidt-Kessel/Kramme (Hrsg.), Geschäftsmodelle, 224, 238; *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13, 19 f.

<sup>91</sup> Siehe zur Anwendbarkeit des AGB-Rechts auf vorformulierte einseitige Erklärungen des anderen Teils, die im Zusammenhang mit einer Sonderverbindung, insbesondere einem Vertrag, stehen BGH v. 25.10.2012 – I ZR 169/10, GRUR 2013, 531, 532 Rn. 20: vorformuliertes Einverständnis zur Telefonwerbung; BGH v. 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, NJW 2008, 3055, 3055 f. Rn. 18: formularmäßige Einwilligung in Verarbeitung personenbezogener Daten; BGH v. 27.1.2000 – I ZR 241/97, NJW 2000, 2677, 2677; BGH v. 9.4.1987 – III ZR 84/86, NJW 1987, 2011, 2011; BGH v. 5.5.1986 – II ZR 150/85, NJW 1986, 2428, 2429; *Fornasier*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 305 BGB Rn. 9; *Gounalakis*, NJW 1990, 752, 752.

Darüber hinaus muss die Einwilligung der Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB standhalten. Für die hier diskutierten Klauseln sind in §§ 308 f. BGB keine Verbote einschlägig.<sup>92</sup> Die Inhaltskontrolle beschränkt sich daher auf die Angemessenheitskontrolle gemäß der Generalklausel des § 307 BGB. Um diese Kontrolle durchzuführen, muss zunächst der Maßstab der Angemessenheit herausgearbeitet werden (dazu unter II.).

Im Anschluss wird anhand von drei beispielhaften Klauseln die Angemessenheit formularmäßiger Einwilligungen in eine Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz untersucht. Dabei sind zwei Aspekte einer solchen Einwilligung zumindest analytisch zu trennen, wobei beide Aspekte der Einwilligung wirksam sein müssen, um eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers rechtfertigen zu können.<sup>93</sup>

Zunächst muss der vertragsgemäße Gebrauch der Sache und der ihn ihr integrierten Software wirksam beschränkt und ein vertragswidriger Gebrauch untersagt werden. Es muss dabei ein Anspruch des Anbieters gegen den Nutzer auf Unterlassen des vertragswidrigen Gebrauchs des Geräts beziehungsweise der im Gerät verkörperten Software begründet werden. Bei der Angemessenheit einer solchen Beschränkung spielt die Art des Gesamtgeschäfts – kauf- oder mietähnlich – sowie der Anlass einer Gebrauchsbeschränkung eine entscheidende Rolle (dazu unter III.).

Ist ein solcher Unterlassungsanspruch wirksam begründet worden, so muss weiterhin wirksam in die tatsächliche Verwirklichung des Unterlassungsanspruchs durch eine Softwaresperre und die damit verbundene Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz eingewilligt werden. In ihren tatsächlichen Auswirkungen auf den Nutzer kommt eine Softwaresperre dabei funktional einer zwangsweisen Vollstreckung des formularmäßig begründeten Anspruchs auf Gebrauchsunterlassung gleich. Man kann insoweit von einer privaten Rechtsdurchsetzung sprechen. Es stellt sich somit die Frage, inwiefern sich diese private Rechtsdurchsetzung und ihre tatsächliche Vergleichbarkeit mit Maßnahmen der Zwangsvollstreckung auf die Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung in die Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz auswirken, die mit einer Funktionssperre einhergehen kann (dazu unter IV.).

---

<sup>92</sup> Vgl. demgegenüber *Magnus*, Fernkontrolle, 233, der sich für eine Anwendung von § 308 Nr. 4 BGB (Änderungsvorbehalt) ausspricht. Dagegen spricht jedoch, dass eine in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgesehene Sperrbefugnis den Anbieter nicht dazu ermächtigt, einseitig nachträglich die versprochene Leistung zu verändern, sondern den Leistungsinhalt von Anfang an konkretisiert. Ein Änderungsvorbehalt würde demgegenüber etwa vorliegen, wenn vertraglich ein Produkt ohne Sperrmöglichkeit versprochen wird, der Anbieter sich in den AGB jedoch das Recht einräumt, stattdessen ein Gerät mit Sperrmöglichkeit zu liefern.

<sup>93</sup> Diese beiden Aspekte sind beispielsweise in der streitgegenständlichen Klausel in OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359. angedeutet, indem dort zwischen der Kündigung des Mietvertrags als Ende der Gebrauchsberechtigung und der anschließenden Funktionssperre klar unterschieden wird. Siehe den Wortlaut der Klausel oben bei S. 27.

Im Folgenden wird auch auf Klauseln eingegangen, die bezüglich der netzbasierten digitalen Dienste, die zur Nutzung des Geräts erforderlich sind, Beschränkungen vorsehen. Dies dient gerade auch der Kontrastierung zu den Beschränkungen des Gebrauchs des Geräts und der in ihm integrierten Software. Da ein Aussetzen der netzbasierten digitalen Dienste meist den netzbasierten Gebrauch betrifft und daher keine sachenrechtliche Bedeutung hat,<sup>94</sup> ist dieser Aspekt im Hinblick auf die Wirksamkeit einer Einwilligung in eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers unbeachtlich.

### *I. Wirksamwerden im Zusammenhang des Vertragsverhältnisses*

Angesichts der praktischen Umstände der Erklärung der formularmäßigen Einwilligung (dazu unter 1.) können Zweifel bestehen bezüglich des grundsätzlichen Wirksamwerdens<sup>95</sup> einer formularmäßigen Einwilligung im Zusammenhang des Vertragsverhältnisses zwischen Nutzer und Anbieter (dazu unter 2.). Zudem kann es sich um eine überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB handeln (dazu unter 3.).

#### *1. Erklärung der Einwilligung*

Ist die formularmäßige Einwilligung bereits in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten, die beim Erwerb des Geräts vorgelegt werden, so bestehen keine besonderen Bedenken an dem Wirksamwerden der Einwilligung. Insbesondere wenn der Anbieter nicht gleichzeitig der Veräußerer des vernetzten Geräts ist, wird die Einwilligung jedoch vielfach zu einem späteren Zeitpunkt erklärt. Zwei Zeitpunkte kommen insoweit infrage. Zunächst kann der Anbieter die Einwilligung bei der ersten Inbetriebnahme des Geräts einholen. Um das Gerät in Betrieb zu nehmen, muss der Nutzer häufig de facto zahlreiche formularmäßige Erklärungen abgeben. Neben den Nutzungsbedingungen betrifft diese etwa Lizenzbedingungen<sup>96</sup> sowie Erklärungen zur Verarbeitung personenbezogener Daten des Nutzers. Statt bei der ursprünglichen Inbetriebnahme kann eine formularmäßige Einwilligung allerdings auch erst bei einem späteren Softwareupdate eingeholt werden. Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Sperrmöglichkeit erst durch ein solches Update eingeführt wird.

Zu beiden Zeitpunkten sind wiederum zwei technische Wege denkbar, auf denen die Abgabe der Erklärung umgesetzt wird. Welcher Weg sich bei einem konkreten Gerät anbietet, hängt von seiner Art und Gestaltung ab. Hat das vernetzte Gerät

---

<sup>94</sup> Siehe oben bei S. 265 f.

<sup>95</sup> Da es sich bei der formularmäßigen Einwilligung nicht um eine zweiseitige Vertragsbedingung handelt, wird im Folgenden auf die Terminologie der Einbeziehung in den Vertrag bzw. Vertragsbestandteil i. S. d. §§ 305 ff. BGB verzichtet.

<sup>96</sup> Siehe zur Wirksamkeit formularmäßiger Lizenzbeschränkungen bei S. 357 ff.

ein Display und eine Dateneingabefunktion, kann auf dem Display ein Fenster angezeigt werden und um eine Bestätigung der Nutzungsbedingungen gebeten werden, häufig verbunden mit der Notwendigkeit einer ausdrücklichen Bestätigung, dass der Nutzer den Einwilligungstext zur Kenntnis genommen hat. Ist aufgrund der Produktgestaltung eine solche Annahme der Nutzungsbedingungen direkt über das Gerät nicht sinnvoll umzusetzen, kann der Prozess auch ausgelagert werden und über das Smartphone des Nutzers oder ein Internetportal erfolgen, das der Nutzer auf einem digitalen Endgerät bedienen kann.

## 2. Einbeziehung bei digitalem Vertragsschluss

Um generell eine wirksame Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den Vertrag über die digitalen Dienste – und damit auch ein Wirksamwerden einer formularmäßigen Einwilligung – zu gewährleisten, muss bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Verbraucher verwendet werden, gemäß § 305 Abs. 2 BGB der Anbieter den Nutzer bei Vertragsschluss auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweisen und ihm die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen.

Vor allem die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bedarf angesichts der dargestellten Umstände der Abgabe der Erklärung einer gewissen Aufmerksamkeit. Ein kurzes Anzeigen der Geschäftsbedingungen auf einem Bildschirm reicht nicht aus.<sup>97</sup> Der Nutzer muss gut sichtbar auf die Bedingungen hingewiesen werden und diese aufrufen sowie abspeichern können.<sup>98</sup> Bei Vertragsabschluss über ein vernetztes Gerät mit einem Display von angemessener Größe ist daher ein Vertragsschluss unmittelbar über das Gerät möglich – zumindest, wenn dem Nutzer die Geschäftsbedingungen als Datei zugeschickt oder zum Download angeboten werden.

Fehlt ein solches Display in dem Gerät, ist ansonsten auch ein Vertragsschluss über ein anderweitiges Endgerät denkbar. Vielfach erfolgt die Einrichtung des vernetzten Geräts sowie seine spätere Steuerung über ein auf einem Smartphone installiertes Programm (sog. „App“). Auch in diesem Fall ist in der App eine Lektüre der Geschäftsbedingungen und damit eine ausreichende Kenntnisnahme denkbar, insbesondere wenn die Bedingungen dem Nutzer per E-Mail zugesandt werden oder zum Download angeboten werden, sodass er sie im Zweifel auch auf einem Gerät mit größerem Bildschirm lesen kann.<sup>99</sup> Auch bei einem Vertragsschluss mittels eines Computers können schließlich die Vorgaben des § 305 Abs. 2 BGB problemlos umgesetzt werden.

<sup>97</sup> *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 821; *Raue*, in: Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht<sup>7</sup>, 5. Teil Rn. S 256; vgl. *Fornasier*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 305 BGB Rn. 76 ff.

<sup>98</sup> BGH v. 14.6.2006 – I ZR 75/03, NJW 2006, 2976, Rn. 16; *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 820 ff.; *H. Schmidt*, NJW 2011, 1633, 1637 f.; *Raue*, in: Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht<sup>7</sup>, 5. Teil Rn. S 256; *Fornasier*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 305 BGB Rn. 76 ff.

<sup>99</sup> *Raue*, in: Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht<sup>7</sup>, 5. Teil Rn. S 259; *Fornasier*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 305 BGB Rn. 76 ff.

Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gegenüber Unternehmern verwendet werden, finden gemäß § 310 Abs. 1 S. 1 BGB die Erfordernisse des § 305 Abs. 2 BGB keine Anwendung. So müssen beispielsweise die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss nicht vorliegen.<sup>100</sup> Für die wirksame Einbeziehung wird allerdings auch hier eine Willensübereinstimmung der Vertragspartner bezüglich der Einbeziehung vorausgesetzt.<sup>101</sup> Zumindest wenn unter den eben skizzierten Rahmenbedingungen sogar die Voraussetzungen des § 305 Abs. 2 BGB erfüllt sind, kann erst recht von einer wirksamen Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbeziehungen in einen Vertrag mit einem Unternehmer ausgegangen werden.

Sofern die dargestellten Bedingungen eingehalten werden, bestehen vor § 305 Abs. 2 BGB somit keine Bedenken gegenüber einem grundsätzlichen Wirksamwerden einer formularmäßigen Einwilligung.

### 3. Überraschende Klausel

Gemäß § 305c Abs. 1 BGB werden Allgemeine Geschäftsbedingungen auch dann schon kein Vertragsbestandteil, wenn die Bedingungen „so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht“. Damit dies der Fall ist, muss es sich zunächst um eine ungewöhnliche Klausel handeln, was in Anbetracht der Gesamtumstände<sup>102</sup> beispielsweise aufgrund der Art des Geschäfts, des Preises, der Werbung des Verwenders oder üblichen Vertragsbedingungen zu bewerten ist.<sup>103</sup> Darüber hinaus muss der Klausel jedoch ein Überraschungsmoment innewohnen, aufgrund dessen der Nutzer aus normativer Sicht nicht mit der Klausel rechnen musste. Dafür bedarf es eines Überrumpelungs- oder Übertölpelungseffekts.<sup>104</sup>

Sofern der Vertrag über die digitalen Dienste erst nach demjenigen über die Überlassung des Geräts geschlossen wird, können Vorgaben zu einer Softwaresperre in ersterem überraschend sein.<sup>105</sup> Zumindest wenn der Nutzer jedoch vom Veräußerer auf die generelle Möglichkeit einer Softwaresperre hingewiesen wurde, muss er auch in dem Verhältnis zum Anbieter mit entsprechenden Klauseln rechnen. Dann erscheinen solche Klauseln mit konkreten Vorgaben für Softwaresperren nicht mehr in einem ausreichenden Maße überraschend und überrumpelnd, als

<sup>100</sup> *Piekenbrock*, in: Staudinger, 2019, § 310 BGB Rn. 33.

<sup>101</sup> *Grüneberg*, in: *Grüneberg*<sup>81</sup>, § 310 BGB Rn. 4; *Piekenbrock*, in: Staudinger, 2019, § 310 BGB Rn. 33; vgl. BGH v. 26.9.1973 – VIII ZR 106/72, NJW 1973, 2106, 2107.

<sup>102</sup> BAG v. 27.4.2000 – 8 AZR 286/99, NJW 2000, 3299, 3300f.

<sup>103</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 475/15, NJW-RR 2017, 501, 502; BGH v. 26.2.2013 – XI ZR 417/11, NJW 2013, 1803, Rn. 23; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*<sup>81</sup>, § 305c BGB Rn. 3.

<sup>104</sup> BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 475/15, NJW-RR 2017, 501, 502; BGH v. 10.11.1989 – V ZR 201/88, NJW 1990, 576, 577; BGH v. 20.2.1987 – V ZR 249/85, NJW 1987, 1885, 1885; *Fornasier*, in: *MüKo*<sup>9</sup>, § 305c BGB Rn. 12; *Grüneberg*, in: *Grüneberg*<sup>81</sup>, § 305c BGB Rn. 4; *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 667.

<sup>105</sup> Vgl. *Fries*, JZ 2022, 361, 363; *Fries*, in: *Möslein/Omlor* (Hrsg.), *Fin Tech-Handbuch*<sup>2</sup>, § 9 Rn. 32.

dass eine generelle Unwirksamkeit – unabhängig von einer inhaltlichen Angemessenheit – überzeugen würde. In diesem Fall erscheint eine differenzierte Betrachtung der Klauseln im Rahmen der Inhaltskontrolle angemessener.

Auch wenn der Veräußerer selbst nicht explizit auf die Möglichkeit einer gebrauchsbeeinträchtigenden Softwaresperre hingewiesen hat, sind Klauseln des Anbieters zu einer Softwaresperre nicht überraschend, wenn der Nutzer aufgrund der Werbung des Veräußerers oder Anbieters, der Verkehrserfahrung im Umgang mit vernetzten Geräten oder aufgrund vergleichbarer Aspekte mit Softwaresperren rechnen muss.<sup>106</sup> Mit einer steigenden Verbreitung vernetzter Geräte wird dies zunehmend der Fall sein.<sup>107</sup>

## II. Maßstab der Inhaltskontrolle

Der Maßstab für die Prüfung der Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung richtet sich gemäß § 310 BGB danach, ob es sich bei dem Gegenüber des Anbieters um einen Verbraucher oder Unternehmer handelt. Bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Unternehmer verwendet werden, schließt § 310 Abs. 1 BGB insbesondere die Anwendung der Klauselverbote der §§ 308f. BGB weitgehend aus.<sup>108</sup>

Unberührt lässt § 310 Abs. 1 BGB indes die Inhaltskontrolle anhand der Generalklausel des § 307 BGB,<sup>109</sup> wobei bei ihrer Anwendung die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche zu berücksichtigen sind.<sup>110</sup> Da die Klausel-

<sup>106</sup> Vgl. *Raue*, in: Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), *AGB-Recht*<sup>7</sup>, 5. Teil Rn. S 261; vgl. auch *Regenfus*, *JZ* 2018, 79, 81. Grundsätzlich gegen eine überraschende Natur: *Casper/Grimpe*, *ZIP* 2022, 661, 667.

<sup>107</sup> Ebenso *Fries*, *JZ* 2022, 361, 363; *Fries*, in: Möslein/Omlor (Hrsg.), *Fin Tech-Handbuch*<sup>2</sup>, § 9 Rn. 32; *Casper/Grimpe*, *ZIP* 2022, 661, 667; *Strobel*, *NJW* 2022, 2361, 2365.

<sup>108</sup> Bei der Anwendung der Generalklausel des § 307 BGB erlangen die Klauselverbote der §§ 308f. BGB eine mittelbare Bedeutung, da ihnen für die Bestimmung einer unangemessenen Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB eine indizielle Wirkung zugeschrieben wird: BGH v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82, *NJW* 1984, 1750, 1751; BGH v. 28.5.1984 – III ZR 231/82, *NJW* 1984, 2941, 2941; BGH v. 14.1.1986 – X ZR 54/84, *GRUR* 1986, 482, 483; BGH v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, *NJW* 1988, 1785, 1788; BGH v. 12.1.1994 – VIII ZR 165/92, *NJW* 1994, 1060, 1068; BGH v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, *NJW* 2007, 3774, 3775 Rn. 12; BGH v. 19.12.2007 – XII ZR 13/06, *NJW* 2008, 1148, 1149 Rn. 18; BGH v. 30.6.2009 – XI ZR 364/08, *NJW-RR* 2009, 1641, 1643 Rn. 29; *Fornasier*, in: *MüKo*<sup>9</sup>, § 310 BGB Rn. 11; *Wurmnest*, in: *MüKo*<sup>9</sup>, § 307 BGB Rn. 85; eher zurückhaltend *Piekenbrock*, in: *Staudinger*, 2019, § 310 BGB Rn. 28.

<sup>109</sup> *Wurmnest*, in: *MüKo*<sup>9</sup>, § 307 BGB Rn. 83; *Piekenbrock*, in: *Staudinger*, 2019, § 310 BGB Rn. 27.

<sup>110</sup> Eine Berücksichtigung der im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche fordert die Wertung des § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB, auch wenn dieser nach seiner systematischen Stellung eine solche Berücksichtigung nicht generell für § 307 BGB vorsieht, sondern nur für die Fälle des § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB, für Situationen also, in denen die Konkretisierung des § 307 BGB zu der Unwirksamkeit einer Klausel führt, die auch explizit in den nicht direkt anwendbaren Vorschriften der §§ 308f. BGB verboten ist. So *Piekenbrock*, in: *Staudinger*, 2019, § 310 BGB Rn. 30; *Fornasier*, in: *MüKo*<sup>9</sup>, § 310 BGB Rn. 17; *Wurmnest*, in: *MüKo*<sup>9</sup>, § 307 BGB Rn. 88; a.A.

selverbote der §§ 308 f. BGB für die vorliegenden Fälle keine einschlägigen Verbote enthalten,<sup>111</sup> beschränkt sich die Inhaltskontrolle ohnehin auf § 307 BGB.

Auch wenn die folgende Darstellung Verbraucherverträge in den Fokus nimmt, können die Überlegungen *mutatis mutandis* unabhängig davon herangezogen werden, ob es sich bei dem Nutzer um einen Verbraucher oder einen Unternehmer handelt.<sup>112</sup> Auch wenn Klauseln bei einer Verwendung gegenüber Verbrauchern als unzulässig angesehen werden, können sie zwischen Unternehmern aufgrund von Besonderheiten des Geschäftsverkehrs und der dort geltenden Gewohnheiten und Gebräuche teilweise angemessen und wirksam sein.<sup>113</sup> Sind umgekehrt Klauseln selbst bei einer Verwendung gegenüber Verbrauchern wirksam, sind sie erst recht gegenüber Unternehmern wirksam.

Eine formularmäßige Einwilligung ist gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam, wenn sie den Nutzer entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt. Absatz 2 nennt zwei Ansatzpunkte für eine solche unangemessene Benachteiligung. Gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB ist eine Klausel unangemessen, wenn sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der sie abweicht, nicht vereinbar ist. Dies ist der Fall, wenn die Klausel dem Leitbild des gewählten Vertragstyps widerspricht, das im dispositiven Recht zu finden ist.<sup>114</sup> Nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB ist eine Klausel unangemessen, wenn sie wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist. Der Unterschied zu Nr. 1 ist gering, da die „wesentlich[en] Rechte und Pflichten“ in Nr. 2 weitestgehend den „wesentlichen Grundgedanken“ der abbedungenen Gesetzesregelung im Sinne der Nr. 1 entsprechen.<sup>115</sup> § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB verfolgt primär zwei Ziele: Zum einen soll verhindert werden, dass vertragliche Kardinalpflichten ausgeschlossen oder beschränkt werden. Zum anderen soll ein Schutz für Fälle ermöglicht werden, in denen ein gesetzliches Leitbild fehlt und nicht aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen oder einer analogen Anwendung gesetzlicher Vorgaben zu vergleichbaren Vertragstypen entwickelt werden kann.<sup>116</sup>

Dass beim Erwerb eines vernetzten Geräts verschiedene, gedanklich zu trennende Verträge geschlossen werden,<sup>117</sup> wirft die Frage auf, an welchem Maßstab die Angemessenheit einer formularmäßigen Einwilligung zu messen ist; wie – in ande-

---

Oetker, AcP 212 (2012), 202, 232: für eine ausschließliche Anwendung des § 310 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB „auf die Heranziehung der speziellen Klauseltatbestände im Rahmen der allgemeinen Unangemessenheitsprüfung anhand der Generalklausel“.

<sup>111</sup> Siehe jedoch S. 294, Fn. 92 zu einer abweichenden Ansicht.

<sup>112</sup> Casper/Grimpe, ZIP 2022, 661, 669.

<sup>113</sup> Siehe dazu etwa BGH v. 14.5.2014 – VIII ZR 114/13, NJW 2014, 2708, 2712 f. Rn. 43 f.; BGH v. 27.9.1984 – X ZR 12/84, NJW 1985, 426, 427; Wurmnest, in: MüKo<sup>9</sup>, § 307 BGB Rn. 88; Casper/Grimpe, ZIP 2022, 661, 669.

<sup>114</sup> Wurmnest, in: MüKo<sup>9</sup>, § 307 BGB Rn. 72.

<sup>115</sup> Wurmnest, in: MüKo<sup>9</sup>, § 307 BGB Rn. 78.

<sup>116</sup> Wurmnest, in: MüKo<sup>9</sup>, § 307 BGB Rn. 78.

<sup>117</sup> Siehe oben bei S. 277.

ren Worten – das für § 307 Abs. 2 BGB relevante Leitbild zu bestimmen ist. Wegen der bereits dargestellten inhaltlichen Verbundenheit der Verträge über die Überlassung des Geräts und die Bereitstellung der digitalen Dienste erscheint es notwendig, für die Kontrolle der Angemessenheit das Leitbild des Gesamtgeschäfts zu berücksichtigen, selbst wenn die genannten Verträge auseinanderfallen (dazu unter 1.). Es ist daher primär zwischen einem kaufähnlichen und einem mietähnlichen Gesamtgeschäft zu unterscheiden (dazu unter 2.), wobei sich das relevante Leitbild primär anhand der Natur des Überlassungsvertrags erkennen lässt (dazu unter 3.).

### 1. Relevanz des Gesamtgeschäfts

Besonders problematisch ist die Frage nach der Bestimmung des relevanten Leitbildes für die Inhaltskontrolle, wenn die Verträge zum Erwerb und der Nutzung eines vernetzten Geräts mit unterschiedlichen Personen geschlossen werden. So können insbesondere die Verträge über die Überlassung des Geräts und über die Bereitstellung der digitalen Dienste mit verschiedenen Vertragspartnern bestehen. Es stellt sich dann die Frage, ob bei der Prüfung der Angemessenheit einer Einwilligung, die im Zusammenhang mit einem Vertrag über die digitalen Dienste formularmäßig vorgesehen ist, auch der Vertrag über die Überlassung des Geräts berücksichtigt werden kann.

Zumindest, wenn die Verträge über die Geräteüberlassung und über die Bereitstellung der digitalen Dienste mit unterschiedlichen Vertragspartnern bestehen, könnte naheliegen, die Vertragsverhältnisse getrennt zu betrachten und allein das Leitbild des Vertrags über die Bereitstellung der digitalen Dienste zu berücksichtigen. Ob es sich beim Vertrag über die Überlassung des Geräts um einen Kauf- oder Mietvertrag handelt, wäre nach diesem Ansatz für eine Angemessenheit der formularmäßigen Einwilligung in eine Softwaresperre unbeachtlich.

Eine solche Betrachtung wirkt jedoch verkürzt. Der Vertrieb des Geräts ist stets darauf angelegt, dass der Nutzer für den Gebrauch des Geräts neben dem Vertrag über die Geräteüberlassung auch den Vertrag über die digitalen Dienste abschließen muss. Nur dann kann er die softwarebasierten Gerätefunktionen nutzen. Diese Funktionen stellen dabei keine entbehrlichen, optionalen Zusatzfunktionen der Geräte dar, deren Ausbleiben nicht ins Gewicht fallen würde. Sie sind viel mehr schon im Rahmen des Abschlusses des Überlassungsvertrags von Bedeutung. Die softwarebasierten Funktionen werden regelmäßig in der Bewerbung vernetzter Geräte als wichtiger Faktor hervorgehoben. Sie bilden – auch in der Verkehrsanschauung – den entscheidenden Unterschied zu vergleichbaren analogen Geräten und sind damit für den Wert des Geräts entscheidend.<sup>118</sup> Die softwarebasierten Funktionen fließen daher auch bei der Bestimmung der Sollbeschaffenheit der Sache im Hinblick auf den Überlassungsvertrag ein.<sup>119</sup>

<sup>118</sup> Siehe dazu bei S. 3 ff.

<sup>119</sup> Vergleiche daher zur Softwaresperre beziehungsweise Sperrmöglichkeit als Mangel *Bräuti-*

Auch dem Anbieter ist die Bedeutung der softwarebasierten Funktionen für die Bedingungen des Überlassungsvertrags bewusst. Die Funktionen werden regelmäßig – gerade auch durch den Anbieter – in der Produktwerbung in den Vordergrund gestellt und bei der Bepreisung – sowohl gegenüber dem Zwischenhändler als auch dem Endkunden – berücksichtigt.<sup>120</sup> Welchen softwarebasierten Gebrauch der Verkehr von einer bestimmten Art vernetzten Geräts erwartet<sup>121</sup> und welche Leistungen der Anbieter in der Produktwerbung in Aussicht stellt, sind wichtige Faktoren für die Erwerbsentscheidung der Nutzer und die Konditionen des Überlassungsvertrags, in dem oft die entscheidende finanzielle Gegenleistung des Nutzers zu leisten ist. Die Konditionen des Überlassungsvertrags und des Vertrags zwischen dem Anbieter und dem Veräußerer als Zwischenhändler beruhen stark auf den durch den Anbieter in Aussicht gestellten softwarebasierten Funktionen des Geräts. Der Anbieter würde sich daher widersprüchlich verhalten, wenn er den Vertrieb über einen Zwischenhändler und die personelle Trennung der Vertragsverhältnisse nutzen würde, um im Rahmen des Vertrags über die digitalen Dienste seine Leistungen in einer Weise zu beschränken, die nicht vereinbar ist mit dem Gebrauchsumfang, der aufgrund des Überlassungsvertrags zu erwarten war und womöglich dort sogar in Aussicht gestellt wurde.

Selbst wenn eine formularmäßige Einwilligung in eine Softwaresperre somit bei isolierter Betrachtung des Vertrags über die digitalen Dienste angemessen erscheinen mag, wäre sie dennoch unangemessen und unwirksam, wenn sie dem Leitbild des Gesamtgeschäfts unter Berücksichtigung der Konditionen des Überlassungsvertrags widersprechen würde.<sup>122</sup> Der Anbieter darf den Vertrieb über einen Zwischenhändler nicht missbrauchen, um im Anschluss seine Leistungspflichten in unangemessenem Maße zu beschränken.

Erst recht muss eine Berücksichtigung des Gesamtgeschäfts dann erfolgen, wenn die verschiedenen Verträge mit derselben Person abgeschlossen werden. Man kann in diesem Fall sogar die Verträge als einen, gegebenenfalls typengemischten, Vertrag betrachten, der lediglich analytisch zur Bestimmung des auf einzelne Pflichten anwendbaren Vertragsrechts getrennt wird.<sup>123</sup> Geht man trotz Personenidentität von zwei getrennten Verträgen aus, wäre das widersprüchliche Verhalten des An-

---

*gam/Klindt*, NJW 2015, 1137, 1138; *Regenfus*, JZ 2018, 79, 80f.; *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 757.

<sup>120</sup> *Solmecke/Vondrlik*, MMR 2013, 755, 755 beziffern bspw. den Preisunterschied zwischen einer analogen Personenwaage und einer Personenwaage mit einer Fitness-App auf 100 Euro.

<sup>121</sup> Mit der zunehmenden Verbreitung vernetzter Geräte dürfte sich im Verkehr vermehrt ein Bild des typischerweise verfügbaren softwarebasierten Gebrauchs herausbilden. In entsprechendem Umfang verlieren die Werbung des Anbieters sowie die spezifischen Vertragskonditionen an Bedeutung für eine Bestimmung der Sollbeschaffenheit der Sache.

<sup>122</sup> So zum vergleichbaren Fall einer Einschränkung der Rechte aus einem Softwareüberlassungsvertrag durch eine Endnutzerlizenzvereinbarung: *Raue*, in: Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), *AGB-Recht*, 5. Teil Rn. S 274. Vgl. zur Berücksichtigung des Gesamtgeschäfts auch *Bräutigam/Klindt*, NJW 2015, 1137, 1138.

<sup>123</sup> Siehe dazu oben bei S. 277 ff.

bieters noch deutlicher als bei Personenverschiedenheit, eine isolierte Betrachtung der verschiedenen Vertragsverhältnisse noch unangemessener.

Für die Berücksichtigung des Gesamtgeschäfts im Rahmen der Inhaltskontrolle einer formularmäßigen Einwilligung, die im Zusammenhang mit dem Vertrag über die digitalen Dienste vorgesehen ist, sprechen auch die dargestellten Ansätze, wie im Rahmen des Überlassungsvertrags mit einem Ausbleiben der digitalen Dienste umzugehen ist. Sowohl Art. 10 Abs. 2, 3 Abs. 3 Warenkauf-RL beziehungsweise §§ 475c, 475b Abs. 1, 327a Abs. 3 S. 2 BGB als auch die Annahme einer Garantie des Verkäufers für die fortdauernde Bereitstellung der digitalen Dienste und die Berücksichtigung der digitalen Dienste als Teil der Geschäftsgrundlage des Überlassungsvertrags (§ 313 BGB)<sup>124</sup> gehen von der Grundannahme aus, dass die verschiedenen Teilgeschäfte in einer Weise verbunden sind, die eine isolierte Betrachtung unangemessen erscheinen lassen würde. Vernetzte Geräte können nur im Zusammenspiel der Überlassung eines funktionsfähigen Geräts und der fortdauernden Bereitstellung der digitalen Dienste genutzt werden. Weder der Käufer noch der Anbieter sollen sich daher zulasten des Nutzers auf eine Trennung der entsprechenden Verträge berufen können.

## 2. Kauf- vs. mietähnliches Leitbild

Bezüglich des Leitbilds des Erwerbs eines vernetzten Geräts, an dem sich die Angemessenheit einer formularmäßigen Einwilligung messen lassen muss, ist vorrangig zwischen einem kaufähnlichen und einem mietähnlichen Erwerb zu differenzieren. Der entscheidende Unterschied zwischen beiden besteht darin, wie umfangreich und unbedingt die Sache in den dinglichen Herrschaftsbereich des Nutzers eingliedert wird. Während der Kauf als Veräußerungsvertrag auf eine dauerhafte und umfassende Eingliederung zielt (dazu unter a)), bezweckt die Miete als Gebrauchsüberlassungsvertrag lediglich eine vorübergehende und bedingte Eingliederung in den Herrschaftsbereich des Nutzers (dazu unter b)).

### a) Kauf als Veräußerungsvertrag

Gemäß § 433 Abs. 1 BGB wird der Verkäufer durch den Kaufvertrag dazu verpflichtet, dem Käufer die Sache mangelfrei zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Gemäß § 433 Abs. 2 BGB hat der Käufer den Kaufpreis zu zahlen und die Sache abzunehmen. Übergabe und Übereignung der Kaufsache gegen Geldzahlung zeichnen den Kauf aus. Es handelt sich um einen Veräußerungsvertrag. Der Kaufgegenstand soll endgültig gegen Geld ausgetauscht werden.<sup>125</sup> Er wird dauerhaft in die Rechts- und Herrschaftssphäre des Käufers eingliedert und derjenigen des Verkäufers entzogen.

<sup>124</sup> Siehe dazu oben bei S. 286 ff.

<sup>125</sup> Beckmann, in: Staudinger, 2013, vor § 433 BGB Rn. 9; Enneccerus/Lehmann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Recht der Schuldverhältnisse<sup>15</sup>, 403.

Die Übertragung des umfassenden Vollrechts an den Käufer, beim Sachkauf also die Übereignung, ist die entscheidende vertragstypische Leistung beim Kauf.<sup>126</sup> Historisch wie vergleichend kann man sie als Kern des Kaufs bezeichnen.<sup>127</sup> Dass der Verkäufer dem Käufer grundsätzlich das uneingeschränkte Vollrecht übertragen soll, zeigen auch die Vorgaben zum Rechtsmangel in §§ 433 Abs. 1 S. 2, 435 BGB. Sie legen fest, dass grundsätzlich keine Rechte Dritter an der Kaufsache bestehen dürfen.<sup>128</sup>

Mit der Übereignung wird der Käufer Inhaber des Vollrechts an der Sache. Damit kann er zum einen grundsätzlich allein über die Nutzung der Sache entscheiden (vgl. § 903 S. 1 BGB). Er darf die Sache grundsätzlich vorsätzlich zerstören und verfallen lassen,<sup>129</sup> ohne jemandem Schadenersatz zu schulden. Der Verkäufer gibt mit der Übergabe und Übereignung jegliche Rechtsposition an der Sache auf. Sofern keine gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen betroffen sind, erfolgt eine Einschränkung der Nutzung der Sache lediglich als freiwillige Selbstbindung des Eigentümers. Er kann sich schuldrechtlich zu einer Einschränkung der Nutzung der Sache und der Verfügung über sie verpflichten. Selbst als freiwillige Bindung ist dies jedoch nicht mit dinglicher Wirkung möglich (§ 137 BGB). Einschränkungen mit dinglicher Wirkung sind lediglich im Rahmen des *numerus clausus* der Sachenrechte möglich, insbesondere in der Form eines Nießbrauchs (§§ 1030 ff. BGB).

Den Verkäufer trifft gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB eine schuldrechtliche Übergabepflicht. Danach muss der Verkäufer dem Käufer – sofern nichts anderes vereinbart ist – unmittelbaren und uneingeschränkten Besitz verschaffen.<sup>130</sup> Zumindest die Übergabe nach § 929 S. 1 BGB, die von der schuldrechtlich geschuldeten Übergabe zu trennen ist,<sup>131</sup> setzt darüber hinaus eine vollständige Besizaufgabe seitens des Verkäufers voraus.<sup>132</sup>

### *b) Miete als Gebrauchsüberlassungsvertrag*

Laut § 535 Abs. 1 BGB ist der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache zu gewähren. Er muss sie dem Mieter in einem zum vertragsgemäßen

<sup>126</sup> *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>5</sup>, § 2 Rn. 8, S. 28.

<sup>127</sup> Siehe etwa rechtsvergleichend *Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, Nachdruck 1964, 313 ff.; historisch-vergleichend *Rüfner*, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries, Art. 18:101 Rn. 2 ff.; sehr deutlich auch *Martens*, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries, Introduction before Art. 18:201: „all European legal systems agree that the essential objective of a contract of sale is the transfer of ownership“; vgl. auch Art. 30 UN-Kaufrechts-Übereinkommen; vgl. zuletzt auf europäischer Ebene Art. 2 Nr. 1 Warenkauf-RL.

<sup>128</sup> *Weidenkaff*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 435 BGB Rn. 6.

<sup>129</sup> *Althammer*, in: Staudinger, 2020, § 903 BGB Rn. 10.

<sup>130</sup> *Beckmann*, in: Staudinger, 2013, § 422 BGB Rn. 106 ff.; *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>2</sup>, § 2 Rn. 63, S. 54; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>5</sup>, § 2 Rn. 44, S. 42; *Westermann*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 433 BGB Rn. 43.

<sup>131</sup> *Beckmann*, in: Staudinger, 2013, § 433 BGB Rn. 108.

<sup>132</sup> *Oechsler*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 929 BGB Rn. 54. Nach der Übergabe ist eine Besitzeinräumung zugunsten des Verkäufers denkbar; siehe oben zum Teilmitbesitz des Anbieters, der bei Inbetriebnahme des Geräts eingeräumt wird, bei S. 112.

Gebrauch geeigneten Zustand überlassen und während der Mietzeit in diesem Zustand erhalten. Der Mieter schuldet dem Vermieter dafür gemäß § 535 Abs. 2 BGB den vereinbarten Mietzins.

Während der Kaufvertrag das klassische Beispiel eines punktuellen Austauschvertrags darstellt, handelt es sich beim Mietvertrag um ein typisches Dauerschuldverhältnis.<sup>133</sup> Solange der Mietvertrag andauert, bestehen wechselseitige Pflichten der Vertragsparteien. So muss der Vermieter während der Mietdauer den zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand der Sache gewährleisten. Der Mieter muss fortdauernd den Mietzins entrichten. Mit der Dauerschuldkomponente geht die Frage nach dem Vertragsende einher. Während ein Kaufvertrag grundsätzlich durch die Erfüllung der Hauptleistungspflichten erlischt (vgl. § 362 BGB), bedarf der Mietvertrag einer expliziten Befristung oder einer Kündigung (§ 542 ff. BGB). Nach dem Ende des Mietvertrags ist die Sache dem Vermieter zurückzugeben (§ 546 BGB).

Der Mietvertrag ist im Gegensatz zum Kauf kein Veräußerungsvertrag, sondern ein Gebrauchsüberlassungsvertrag. Dem Mieter muss keine dingliche Rechtsposition an der Mietsache eingeräumt werden. Ihm muss nicht einmal Besitz an der Sache eingeräumt werden, solange ein Gebrauch der Sache auch ohne Besitz möglich ist.<sup>134</sup> Wenn der Nutzer somit im Rahmen des Vertrags über serverbasierte Dienste des Anbieters keinen Besitz am Server des Anbieters erhalten soll, steht dies einem Mietvertrag im Hinblick auf die Nutzung der Serverkapazitäten nicht entgegen.<sup>135</sup>

Dem Mieter muss ein Zugriff auf die Sache nur so weit ermöglicht werden, wie es gemäß dem Mietvertrag erforderlich ist. Der Nutzer erhält nicht nur – mangels Übereignung – keine rechtliche Verfügungsgewalt über die Sache. Auch die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache kann eingeschränkt sein. Wie weit dem Mieter Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sache einzuräumen sind, ergibt sich aus dem vertraglich festgelegten Gebrauch. Zu weitgehende Einschränkungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen sind dabei allerdings unwirksam.<sup>136</sup> Es muss das Interesse des Vermieters am Erhalt der Sache und an der Verhinderung vertragswidrigen Gebrauchs mit dem Interesse des Mieters abgewogen werden, möglichst frei in seiner Lebensgestaltung und der Nutzung der Sache zu sein, sofern sich die Nutzung im Rahmen des vertraglich vorausgesetzten Gebrauchs bewegt und keine Belange des Vermieters berührt sind.<sup>137</sup>

Vorgaben für den Sachgebrauch darf der Vermieter machen, sofern sie durch legitime Vermieterbelange gerechtfertigt sind.<sup>138</sup> So darf er gemäß § 541 BGB einen

<sup>133</sup> *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>2</sup>, Rn. 802 und 815.

<sup>134</sup> BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 19.

<sup>135</sup> So bezüglich sog. Application Service Providing (ASP)-Verträgen: BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394, Rn. 19. Siehe zur vertragstypologischen Einordnung des Vertrags über die digitalen Dienste oben bei S. 283 ff.

<sup>136</sup> *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>2</sup>, Rn. 815a.

<sup>137</sup> *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>2</sup>, Rn. 815a.

<sup>138</sup> *Beckmann*, in: Staudinger, 2013, vor §§ 433 BGB Rn. 142.

vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache untersagen. Bei diesem Recht, Vorgaben für den Sachgebrauch zu machen, handelt es sich um den Ausgleich für § 538 BGB,<sup>139</sup> nach dem der Mieter Veränderungen oder Verschlechterungen der Mietsache, die durch den vertragsgemäßen Gebrauch herbeigeführt werden, nicht zu vertreten hat. Da der Vermieter damit den Wertverlust, der durch den vertragsgemäßen Gebrauch entsteht, tragen muss, hat er ein legitimes Interesse daran, zu kontrollieren, wie und durch wen seine Sache vertragsgemäß gebraucht wird. So kann er – zumindest in gewissem Umfang – das Risiko einer Beschädigung steuern.<sup>140</sup> Bei dem Recht des Eigentümers, darüber entscheiden zu dürfen, wer die Sache gebrauchen darf, handelt es sich um einen allgemeinen Gedanken von Gebrauchsüberlassungsverträgen.<sup>141</sup> Explizit wird er im Mietrecht insbesondere in § 540 BGB, nach dem der Mieter grundsätzlich die Sache nicht an einen Dritten weitergeben darf (§ 540 BGB; vgl. auch § 603 BGB).

### 3. Bestimmung des relevanten Leitbildes

Ob sich die Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung in eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung des softwarebasierten Gebrauchs an einem kauf- oder mietrechtlichen Leitbild messen muss, hängt davon ab, ob das Gesamtgeschäft kauf- oder mietähnlich gestaltet ist. Da der Vertrag über die digitalen Dienste des Anbieters – zumindest nach dem Ansatz des Bundesgerichtshofs<sup>142</sup> – einen Mietvertrag darstellt,<sup>143</sup> ist jedes Geschäft zum Erwerb eines vernetzten Geräts zumindest teilweise mietrechtlich geprägt. Damit das Gesamtgeschäft dennoch kaufähnlich geprägt ist, müssen kaufrechtliche Komponenten hinzukommen, die bei einer Betrachtung des Gesamtgeschäfts überwiegen. Ob dies der Fall ist, hängt davon ab, ob das Gesamtgeschäft dazu dient, das Gerät dauerhaft und umfänglich zu übertragen oder ob das Gerät und die begleitenden digitalen Dienste dem Nutzer nur vorübergehend und eingeschränkt zum Gebrauch übertragen werden.<sup>144</sup>

#### a) Überlassungsvertrag als Abgrenzungsindiz

Grundsätzlich ergibt sich die Prägung des Gesamtgeschäfts aus der Natur des Vertrags zur Überlassung des Geräts.<sup>145</sup> Dies gilt zumindest, wenn die Überlassung des Geräts den wirtschaftlichen Schwerpunkt des Geschäfts darstellt. Wenn es sich somit bei dem Überlassungsvertrag um einen Kaufvertrag handelt, liegt grundsätzlich ein kaufähnliches Gesamtgeschäft vor. Handelt es sich bei dem Überlassungsvertrag demgegenüber um einen Mietvertrag und wird dem Nutzer das Gerät somit

<sup>139</sup> Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>2</sup>, Rn. 960.

<sup>140</sup> Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>2</sup>, Rn. 756 und 827.

<sup>141</sup> Oechsler, Vertragliche Schuldverhältnisse<sup>2</sup>, Rn. 827.

<sup>142</sup> Siehe dazu oben bei S. 70f.

<sup>143</sup> Siehe oben bei S. 283 ff.

<sup>144</sup> Vgl. Beckmann, in: Staudinger, 2013, vor § 433 BGB Rn. 142.

<sup>145</sup> Siehe dazu oben bei S. 278f.

lediglich für die Dauer anhaltender Entgeltzahlungen vorübergehend zum Gebrauch überlassen, ohne dass er Eigentümer werden soll, handelt es sich grundsätzlich insgesamt um ein mietrechtliches Geschäft. Für die Bewertung als Kauf oder Miete können auch die Konditionen der Entgeltzahlung herangezogen werden. Für eine kaufrechtliche Prägung spricht es dabei, wenn das Gerät mit einer Einmalzahlung oder mit einer begrenzten Zahl an Raten bezahlt wird und danach keine – oder nur vergleichsweise geringe – laufende Kosten anfallen. Für eine mietrechtliche Prägung sprechen demgegenüber grundsätzlich unbefristete, regelmäßig wiederkehrende Zahlungspflichten.

Schwierig ist die Abgrenzung, wenn nicht nur die Verträge über die Überlassung des vernetzten Geräts und die Bereitstellung der digitalen Dienste auseinanderfallen, sondern unterschiedliche Komponenten des vernetzten Geräts von unterschiedlichen Vertragspartnern und unter verschiedenen Vertragstypen überlassen werden. So beschäftigte den Bundesgerichtshof vor Kurzem ein Fall, bei dem zahlreiche Kunden vernetzte Batterien für ein Renault Elektrofahrzeug von der Renault-nahen RCI-Bank<sup>146</sup> gemietet hatten, obwohl sie das Elektrofahrzeug selbst von Renault gekauft hatten.<sup>147</sup> In dem Mietvertrag sah eine AGB-Klausel vor, dass unter bestimmten Umständen eine Funktionssperre der Batterie möglich sei. Prüft man die Wirksamkeit dieser Klausel, sollte berücksichtigt werden, dass das Fahrzeug, für dessen Betrieb die Funktionsfähigkeit der Batterie zwingend erforderlich ist, gekauft wurde und zwar von einem Verkäufer, der dem Vermieter der Batterie zumindest wirtschaftlich nahesteht. Das vertragliche Leitbild nimmt damit eine kaufähnliche Dimension an. Für die Berücksichtigung der kaufrechtlichen Prägung des Vertrags über den Erwerb des Fahrzeugs spricht nicht zuletzt die Wertung der §§ 358 ff. BGB zu verbundenen beziehungsweise zusammenhängenden Verträgen. Auch der Bundesgerichtshof berücksichtigt in seiner Entscheidung den Zusammenhang von Fahrzeug und Batterie, indem er die Unwirksamkeit der Klausel über die Batteriesperre auch damit begründet, dass durch deren Sperre mittelbar auch der Gebrauch des Fahrzeugs verhindert wird.<sup>148</sup>

#### *b) Digitale Dienste als Schwerpunkt des Geschäfts*

Ausnahmsweise sollte die Natur des Überlassungsvertrags für die Prägung des Gesamtgeschäfts und damit die Inhaltskontrolle außer Betracht bleiben, wenn die Be-

<sup>146</sup> Fries, JZ 2022, 361, 361.

<sup>147</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575; siehe dazu *Duden*, NJW 2023, 18; Vorinstanz: OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359. Siehe ausführlich zu den Verfahren oben bei S. 27 ff. und S. 30 ff.

<sup>148</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 29; dazu *Duden*, NJW 2023, 18, 20; OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 29. In dem konkreten Fall, spricht für diese Berücksichtigung weiterhin, dass mangels technischer Kompatibilität der Nutzer nicht auf eine Batterie eines anderen Anbieter ausweichen konnte, sondern für die Nutzung seines käuflich erworbenen Fahrzeugs auf die Funktionsfähigkeit der gemieteten Batterie angewiesen war: BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 29; OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 360 Rn. 37.

reitestellung der digitalen Dienste den alleinigen oder weit überwiegenden Schwerpunkt des Geschäfts darstellt.<sup>149</sup> Dafür kann es sprechen, wenn das Gerät selbst schenkungsweise übertragen wird, es im Anschluss jedoch zum Abschluss eines entgeltlichen Vertrags über die laufenden digitalen Dienste oder die Nutzung der im Gerät integrierten Software kommt.<sup>150</sup>

Sofern sich in diesen Fällen die Inhaltskontrolle nicht an dem Überlassungsvertrag und der Gesamtnatur des Geschäfts orientiert, ist der Vertrag über die Bereitstellung der digitalen Dienste maßgebend.<sup>151</sup> Zurückgegriffen werden kann auf die AGB-Kontrolle in Softwareüberlassungsverträgen. Auch bei diesen wird zwischen einer kaufweisen und mietweisen Überlassungen unterschieden.<sup>152</sup> Da der Bundesgerichtshof allerdings bei der Inhaltskontrolle von Nutzungs- und Lizenzbeschränkungen im Rahmen von Softwareüberlassung mangels eines klaren gesetzlichen Leitbilds zurückhaltend agiert,<sup>153</sup> schränkt eine alleinige Berücksichtigung der Vorgaben zu Softwareüberlassungsverträgen den Schutz des Nutzers im Hinblick auf die Wirksamkeit formularmäßiger Einwilligungen erheblich ein.<sup>154</sup> Es sollte daher nur zurückhaltend und nur dann, wenn die Bereitstellung der digitalen Dienste klar den alleinigen oder weit überwiegenden Schwerpunkt des Geschäfts darstellt, auf eine Berücksichtigung des Vertrags zur Geräteüberlassung und der am Gerät erworbenen dinglichen Rechtsposition verzichtet werden. Diese Verträge ermöglichen eine Orientierung für die Inhaltskontrolle, die bei reinen Softwareüberlassungsverträgen schwerfällt.

### III. Beschränkung des zulässigen Gebrauchs

Exemplarisch sollen im Folgenden die drei wohl häufigsten Anlässe für eine Gebrauchsbeschränkung und einen entsprechenden Anspruch auf Gebrauchsunterlassung betrachtet werden: eine zeitliche Begrenzung der vertragsgemäßen Gebrauchsdauer (dazu unter 1.), ein Verbot der Weitergabe der Sache an einen Zweitnutzer (dazu unter 2.) sowie ein Gebrauchsverbot für Zeiträume, in denen Entgeltzahlungen des Nutzers ausbleiben (dazu unter 3.). Soweit diese Klauseln dem Nutzer den Gebrauch des Geräts untersagen, bilden sie die Grundlage für Funktionssperren, durch die die Gebrauchsverbote tatsächlich durchgesetzt werden (dazu unten bei IV.).

Die formularmäßigen Gebrauchsbeschränkungen sind gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB als unangemessene Benachteiligung unwirksam, wenn sie mit wesentlichen

---

<sup>149</sup> *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 407.

<sup>150</sup> Siehe dazu oben bei S. 279.

<sup>151</sup> *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 407.

<sup>152</sup> *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 662.

<sup>153</sup> Vgl. dazu S. 358 f.

<sup>154</sup> Vgl. mit entsprechenden Bedenken *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 407.

Grundgedanken des vertraglichen Leitbilds unvereinbar sind.<sup>155</sup> Wie eben dargestellt wurde,<sup>156</sup> richtet sich dabei der Maßstab für die Angemessenheit danach, ob das Gesamtgeschäft kaufähnlich oder mietähnlich geprägt ist, was sich grundsätzlich anhand der Natur des Vertrags über die Überlassung des Geräts bestimmen lässt. Beim kaufähnlichen Erwerb ist zudem vielfach zwischen einer Einstellung der digitalen Dienste und einem Verbot des Gebrauchs der im Gerät integrierten Software zu unterscheiden, die vielfach unterschiedlichen Verträgen unterfallen. Wie oben ausgeführt wurde, ist meist lediglich die Sperre der im Gerät integrierten Software sachenrechtlich relevant, sodass nur dieser Aspekt im Hinblick auf die Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung bedeutsam ist.

### 1. Zeitlich begrenzter Gebrauch

Als erstes Beispiel einer Gebrauchsbeschränkung, die Grundlage einer Funktionssperre sein kann, sollen zeitliche Gebrauchsgrenzen betrachtet werden. In diesem Sinne können Allgemeine Geschäftsbedingungen vorsehen, dass der Gebrauch des Geräts befristet und nach Ablauf der Frist untersagt ist. Alternativ kann in dem Vertrag über die digitalen Dienste zumindest ein Kündigungsrecht des Anbieters vorgesehen sein.<sup>157</sup> Vor dem Einsatz einer zulässigen Funktionssperre müsste in diesem Fall der Anbieter zunächst die Kündigung erklären.

#### a) Mietähnlicher Erwerb

Im Rahmen einer mietähnlichen Gestaltung des Gesamtgeschäfts stehen einer Befristung oder Kündigungsmöglichkeit und einem anschließenden Verbot des Gebrauchs des Geräts keine grundlegenden Bedenken entgegen. § 542 BGB sieht ausdrücklich die Möglichkeit einer Befristung der Mietzeit vor.<sup>158</sup> Wegen der Bedeutung der Befristung für die Bestimmung des Vertragsgegenstandes wird die Befristung allerdings schon die Hauptleistung konkretisieren und nicht lediglich Teil der Allgemeinen Geschäftsbedingungen darstellen.

Ist das Mietverhältnis unbefristet, ist eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der Fristen des § 580a Abs. 3 BGB möglich. Auch formularmäßige Änderungen der Kündigungsfristen sind grundsätzlich möglich, sofern sie nicht einseitig den Mieter unangemessen belasten.<sup>159</sup>

Für die Zulässigkeit eines Verbots der Nutzung der digitalen Funktionen des Geräts nach Vertragsende bei einem mietähnlichen Erwerb spricht – zumindest bei

<sup>155</sup> Vgl. *Wurmnest*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 307 BGB Rn. 72.

<sup>156</sup> Siehe oben bei S. 300 ff.

<sup>157</sup> Vgl. *Kalamees/Sein*, EuCML 2019, 13, 14; vgl. die Verbindung zwischen Kündigung und Funktionssperre in der streitgegenständlichen Klausel in OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 359, siehe den Wortlaut der Klausel oben bei S. 27.

<sup>158</sup> *Weidenkaff*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 542 BGB Rn. 9.

<sup>159</sup> *Weidenkaff*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 542 BGB Rn. 1 und § 580a BGB Rn. 3; anders bei der Miete von Räumen. Zu unangemessenen Unterschieden in den für Mieter und Vermieter geltenden Kündigungsfristen: BGH v. 30.5.2001 – XII ZR 273/98, NJW 2001, 3480, 3482.

einer Miete durch einen Verbraucher – auch § 327p Abs. 1 BGB, der der Umsetzung von Art. 17 Abs. 1 Digitale Inhalte-RL dient. Danach darf der Verbraucher ein digitales Produkt nicht mehr nutzen oder Dritten zur Verfügung stellen, nachdem er den Vertrag im Rahmen des Mängelgewährleistungsrechts beendet. Nach § 327p Abs. 1 S. 2 BGB darf der Anbieter die weitere Nutzung durch den Verbraucher sogar unterbinden<sup>160</sup> – was auch für die Zulässigkeit einer tatsächlichen Nutzungssperre spricht.<sup>161</sup> Auch wenn sich § 327p BGB auf die Vertragsbeendigung im Leistungsstörungsrecht bezieht, lässt sich die dortige Wertung für die hiesige Frage der Zulässigkeit einer formularmäßigen Einwilligung in eine Funktionssperre bei mietweiser Überlassung verallgemeinern. Die Vorschrift findet gemäß § 327a Abs. 2 BGB auf die Miete vernetzter Geräte als „Sachen [...], die digitale Produkte enthalten oder mit ihnen verbunden sind“ Anwendung. Demgegenüber findet er gemäß § 327a Abs. 3 BGB keine Anwendung auf den Kauf vernetzter Geräte.<sup>162</sup>

### *b) Kaufähnlicher Erwerb*

Bei einem kaufähnlichen Erwerb des vernetzten Geräts scheint eine Befristung der Gebrauchsbefugnis zunächst fernliegend. Das Wesen des Kaufs als Veräußerungsvertrag, durch den der Käufer das Vollrecht am Kaufgegenstand erwirbt und der Verkäufer seine Rechtsbeziehung zum Kaufgegenstand aufgibt, scheint mit Vorgaben zu einer nur befristeten Sachnutzung durch den Käufer unvereinbar. Bei vernetzten Geräten stellt sich die Lage allerdings komplexer dar. Bezüglich der Zulässigkeit zeitlicher Grenzen ist zwischen den digitalen Diensten, die der Anbieter für den Gebrauch des Geräts bereitstellen muss, und der integrierten Software zu unterscheiden.

### *aa) Digitale Dienste*

Vielfach setzt der Gebrauch vernetzter Geräte die anhaltende Bereitstellung digitaler Dienste durch den Anbieter voraus. Wird das Gerät in einer kaufähnlichen Gestaltung vertrieben, kann sich die Situation derart darstellen, dass der Nutzer das Gerät anfänglich gegen eine Einmalzahlung erwirbt und im Anschluss ohne erneute Zahlungen den Zugang zu den digitalen Diensten des Anbieters erhält.<sup>163</sup> Durch die anhaltende Bereitstellung der digitalen Dienste hat der Anbieter regelmäßig laufende Kosten. Sofern der Anbieter keine personenbezogenen Daten des Nutzers verarbeitet, stehen diesen laufenden Kosten keine neuen Einnahmen gegenüber. Diese spätere einseitige Belastung des Anbieters bedarf per se keiner Korrektur. Der Anbieter trägt das Risiko seiner Preisgestaltung.

<sup>160</sup> *Fries*, JZ 2022, 361, 363.

<sup>161</sup> Siehe dazu unten bei S. 327.

<sup>162</sup> *Stieper*, JZ 2022, 389, 389. Vgl. *Fries*, JZ 2022, 361, 363, der jedoch nicht zwischen Miete und Kauf differenziert. Siehe zur Anwendung von §§ 327a ff. BGB und §§ 475a ff. BGB auf vernetzte Geräte S. 287 ff.

<sup>163</sup> Vgl. *Regenfus*, JZ 2018, 79, 82.

Dennoch erscheint es auch bei einem Kauf der Sache angemessen, dass die digitalen Dienste nach einer gewissen Zeit eingestellt werden können. Die Kosten für die Bereitstellung von digitalen Diensten für veraltete Gerätemodelle, die von einer sinkenden Zahl von Nutzern verwendet werden, steigen im Verhältnis zu der Zahl der Nutzer. Mit dem zunehmenden Alter der Software wächst zudem das Risiko, dass Informationssicherheitsrisiken in der integrierten digitalen Infrastruktur entdeckt werden und von Hackern ausgenutzt werden. Auch insoweit bestehen somit anhaltende und umfangreiche Unterhaltungskosten für den Anbieter. Im Interesse einer sinnvollen Gesamtkostenkalkulation, von der letztlich auch die Kunden profitieren, erscheint es daher angemessen, dass der Anbieter nach einer gewissen Zeit die andauernden digitalen Dienste einstellen kann.<sup>164</sup> Auch Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL beziehungsweise § 475c BGB sieht ausdrücklich eine Befristung der Haftung des Verkäufers für das Ausbleiben von digitalen Inhalten oder Dienstleistungen vor, die fortlaufend bereitzustellen sind.

Für die Möglichkeit einer Befristung oder Kündigung der digitalen Dienste spricht weiterhin, dass bei einer isolierten Betrachtung des Vertrags über die digitalen Dienste, bei dem es sich regelmäßig um einen Mietvertrag handelt,<sup>165</sup> eine Befristung beziehungsweise Kündigung zulässig ist. §§ 542 Abs. 1, 580a BGB zeigen dies deutlich. Auch solche mietrechtlichen Aspekte des Leitbildes des Gesamtgeschäfts sind zu berücksichtigen. Dass der kaufähnliche Charakter des Gesamtgeschäfts bei der Klauselkontrolle auch im Rahmen des Vertrags über die digitalen Dienste berücksichtigt werden soll, bedeutet nicht, dass die eigentlich mietrechtliche Natur dieses Vertrags gänzlich unbeachtet bleiben soll.

Bezüglich der digitalen Dienste bedeutet die Berücksichtigung des kaufähnlichen Gesamtgeschäfts somit keinen generellen Ausschluss einer Befristung oder Kündigung. Das kaufrechtliche Leitbild des Gesamtgeschäfts sollte allerdings insoweit berücksichtigt werden, als eine Mindestvertragslaufzeit vorgesehen werden muss, die dem kaufrechtlichen Gesamtcharakter und dem Eigentumserwerb an dem Gerät gerecht wird.<sup>166</sup> Zurückgegriffen werden könnte dabei zukünftig auf Rechtsprechung zu § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB gegebenenfalls in Verbindung mit § 475c Abs. 1 S. 2 BGB.<sup>167</sup> Sie stellen bezüglich der Dauer des Bereitstellungszeitraums grundsätzlich auf den Zeitraum ab, „den [der Verbraucher] aufgrund der Art und des Zwecks der Ware und ihrer digitalen Elemente sowie unter Berücksichtigung der Umstände und der Art des Vertrags erwarten kann“. Daneben erscheint eine Orientierung an der Abschreibungsdauer gemäß § 7 Abs. 1 EstG in Verbindung mit den AfA-Tabellen des Bundesministeriums der Finanzen denkbar.

---

<sup>164</sup> Vgl. ebenso *Regenfus*, JZ 2018, 79, 82; *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755, 757.

<sup>165</sup> Siehe oben bei S. 283 ff.

<sup>166</sup> Vgl. *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755, 757; *Weisser/Färber*, MMR 2015, 506, 510: zu kurzer Nutzungsdauer ist nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

<sup>167</sup> Vgl. ähnlich auf die zweijährige Gewährleistungsfrist des damaligen § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB verweisend: *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755, 757.

*bb) Im Gerät integrierte Software*

Grundsätzlich unterfällt die Bereitstellung der im Gerät integrierten Software demselben Vertragstyp wie die Überlassung des Geräts, selbst wenn die Software erst bei Inbetriebnahme heruntergeladen wird und damit womöglich den Gegenstand eines eigenen Vertrags mit dem Anbieter darstellt.<sup>168</sup> Bei einem kaufähnlichen Gesamtgeschäft besteht somit bezüglich der Softwareüberlassung ein Kaufvertrag. Anders als bei einer Befristung der anhaltenden Bereitstellung digitaler Dienste sind daher bezüglich einer Befristung des Gebrauchs der im Gerät integrierten Software keine mietrechtlichen Erwägungen zu berücksichtigen. Eine Befristung wäre daher gemäß § 307 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich unwirksam.

Es ist auch nicht ersichtlich, warum der Anbieter dem Nutzer den Gebrauch der integrierten Software untersagen sollte, wobei es eine Ausnahme darstellen mag, wenn der Anbieter aufgrund seiner Produktbeobachtungspflicht Sicherheitsrisiken entdeckt und daher zum Schutz des Nutzers die im Gerät integrierte Software (vorübergehend) sperrt.<sup>169</sup> Soweit die integrierte Software ohne andauernde digitale Dienste des Anbieters genutzt werden kann, bestehen keine laufenden Kosten des Anbieters, die – trotz eines kaufweisen Erwerbs – ein schutzwürdiges Interesse an einer Befristung der Nutzung begründen könnten. Wie die sachenrechtliche Relevanz einer Beeinträchtigung der Integrität und Funktionsfähigkeit der integrierten Software zeigt, bildet die Software einen integralen Bestandteil desjenigen Geräts, an dem der Nutzer entsprechend dem Leitbild des Vertrags das Eigentum erworben hat. Es würde dem Leitbild eines Vollrechtserwerbs an dem Gerät widersprechen, wenn der Gebrauch einer in dem Gerät des Nutzers integrierten Software befristet werden könnte.<sup>170</sup> Es würde damit ein Gebrauch, der schon in der Sache als solcher angelegt ist, verhindert. Damit würde das Eigentum, dessen Erwerb durch den Nutzer gerade Geschäftsgegenstand ist, ausgehöhlt.

Ein Gebrauchsverbot aufgrund des Alters des Geräts würde einen Gebrauch untersagen, obwohl das Gerät an sich womöglich noch voll funktionsfähig ist. Insofern unterscheidet sich ein Gebrauchsverbot auch von Fällen, in denen ein Gerät aus mechanischen Gründen nicht mehr funktionsfähig ist, weil Verschleißteile unbrauchbar werden. Der natürliche Verschleiß einer Sache ist eine Grenze der Funktionsfähigkeit, die der Körperlichkeit der Sache innewohnt. Eine Sperre der im Gerät integrierten Software ist mit dieser Situation nicht vergleichbar. Eine Software-sperre stellt lediglich einen geistigen Nutzungsvorbehalt dar und ist Teil des geistigen Inhalts der verkörperten Software, demgegenüber das Sachenrecht blind ist.<sup>171</sup> Bei einer Softwaresperre wird bewusst die Funktionsfähigkeit einer ansonsten noch funktionsfähigen Sache eingeschränkt. Eine solche Funktions-sperre aufgrund einer einprogrammierten Befristung ist das Ergebnis einer Entscheidung des

<sup>168</sup> Siehe oben bei S. 279 ff.

<sup>169</sup> Vgl. dazu *Regenfus*, JZ 2018, 79, 82 ff.

<sup>170</sup> *Wendehorst*, in: Micklitz u. a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 377.

<sup>171</sup> Sie oben bei S. 186 f.

Anbieters zur Produktgestaltung. Sie ist nicht technisch bedingt in dem Sinne, dass die Sache aus sich heraus – wie etwa frisches Obst oder Gemüse – verderblich ist und die Nutzung nach einer gewissen Zeit nicht mehr möglich wäre.<sup>172</sup>

Dem steht nicht entgegen, dass Geräte mit digitaler Infrastruktur ebenso wie Computerprogramme in dem Sinne verderblich sind, dass sie wegen der Geschwindigkeit der Produktentwicklung schnell veralten und von den Nutzern durch neuere Produkte ersetzt werden.<sup>173</sup> Die Nutzer geben in diesem Fall den Gebrauch des veralteten Geräts trotz dessen fortbestehender Funktionsfähigkeit freiwillig auf. Eine derart freiwillige Gebrauchsaufgabe ist nicht vergleichbar mit einem formularmäßigen Verbot des Gebrauchs integrierter Software aufgrund ihres Alters.

### c) Zwischenfazit

Bei einem mietähnlichen Erwerb des vernetzten Geräts sind eine formularmäßige Gebrauchsbefristung und ein Anspruch auf Unterlassen der anschließenden Nutzung wirksam. Bei einem kaufähnlichen Erwerb ist zu differenzieren. Bezüglich der im Gerät integrierten Software sind entsprechende Klauseln nicht mit dem kaufrechtlichen Leitbild des Vollrechtserwerbs vereinbar und daher gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Bezüglich dauerhaft bereitzustellender digitaler Dienste ist eine Befristung nicht generell ausgeschlossen. Dort wären die genannten Klauseln wirksam, wenn sie eine Mindestvertragslaufzeit vorsehen, die dem kaufrechtlichen Gesamtcharakter und dem Eigentumserwerb an dem Gerät gerecht werden.

## 2. Verbot der Weitergabe

Einen weiteren Anlass für eine Softwaresperre stellt die Weitergabe des Geräts dar. Um einen Gebrauch durch den Zweitnutzer zu verhindern, wäre es denkbar, dass dem Nutzer formularmäßig die Weitergabe des Geräts beziehungsweise seine Weiterveräußerung untersagt und eine Nutzung durch eine andere Person verboten wird. Zudem könnte der Anbieter ein Abtretungsverbot insbesondere bezüglich der Ansprüche auf Bereitstellung andauernder digitaler Dienste vorsehen.<sup>174</sup> Bei einer mietähnlichen Gestaltung erscheint ein formularmäßiges Verbot der Gebrauchsüberlassung an Dritte angemessen (dazu unter a)). Bei einer kaufähnlichen Gestaltung ist ein solches Verbot bezüglich der im Gerät verkörperten Software indes als unangemessene Benachteiligung unwirksam (dazu unter b)).

### a) Mietähnlicher Erwerb

Ein Verbot der Gebrauchsüberlassung an Dritte stellt keinen Verstoß gegen ein mietähnliches Leitbild dar. § 540 Abs. 1 BGB sieht sogar vor, dass der Mieter nur

<sup>172</sup> Eine Vergleichbarkeit zu „sonstige[n] schnell verderbende[n] Waren“ sieht *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 14.

<sup>173</sup> Vgl. *Regenfus*, JZ 2018, 79, 82.

<sup>174</sup> Vgl. *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 373.

mit Erlaubnis des Vermieters den Gebrauch einem Dritten überlassen kann (Satz 1). Verweigert der Vermieter allerdings die Erlaubnis, obwohl dafür in der Person des Dritten kein wichtiger Grund vorliegt, kann der Mieter das Mietverhältnis außerordentlich mit der gesetzlichen Frist kündigen (Satz 2). Abgesehen von Wohnraummietverträgen (vgl. § 535 BGB) ist § 540 BGB allerdings abdingbar, sodass grundsätzlich eine Untervermietung verboten werden kann.<sup>175</sup>

Gibt der Erstnutzer das Gerät verbotswidrig weiter, so hat das formularmäßige Weitergabeverbot auch gegenüber dem Zweitnutzer Bedeutung, selbst wenn es sich lediglich auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Anbieter und dem Erstnutzer bezieht. Es ist auch für die Rechtmäßigkeit einer Funktionssperre relevant, die den Besitz des Zweitnutzers beeinträchtigt. Die Wirksamkeit des Weitergabeverbots führt nämlich dazu, dass der Zweitnutzer gegenüber dem Anbieter nicht zum Besitz berechtigt ist (§ 986 Abs. 1 S. 2 BGB). Ein petitorischer Besitzschutz oder ein deliktischer Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB scheidet bezüglich eines solchen nichtberechtigten Besitzes aus.<sup>176</sup> Denkbar bleibt trotz der fehlenden Besitzberechtigung des Zweitnutzers der possessorische Besitzschutz, der unabhängig von einem Recht zum Besitz eröffnet ist. Hat der Anbieter allerdings digitale Sachherrschaft und damit Teilmitbesitz an dem Gerät, scheidet gemäß § 866 BGB ein possessorischer Besitzschutz zwischen Zweitnutzer und Anbieter grundsätzlich aus.<sup>177</sup>

### b) Kaufähnlicher Erwerb

Bei einem kaufähnlichen Erwerb stellt sich die Situation ähnlich dar wie bei einer Befristung des Gebrauchs.<sup>178</sup> Erneut ist zwischen den verschiedenen Komponenten, die für den Gebrauch des Geräts erforderlich sind, zu unterscheiden.

#### aa) Im Gerät integrierte Software

Bezüglich des Geräts selbst und der in ihm integrierten Software erscheint ein Verbot der Weitergabe unangemessen.<sup>179</sup> Leitbild des Kaufs ist es, dem Käufer das Vollrecht an der Sache einzuräumen. Die Möglichkeit, das eigene Eigentum weiter zu veräußern oder den Gebrauch der eigenen Sache einem Dritten zu überlassen, stellt einen wichtigen Teil des Eigentums dar. Ein formularmäßiges Verbot der Weitergabe ist daher als unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Als Eigentümer ist der (Erst-)Käufer berechtigt, dem Zweitnutzer den Besitz und gegebenenfalls das Eigentum zu übertragen. Der Zweitnutzer ist damit berechtigter Besitzer und gegebenenfalls sogar Eigentümer. Er kann daher bei einer Beeinträch-

<sup>175</sup> BGH v. 4.7.1990 – VIII ZR 288/89, NJW 1990, 3016, 3017; *Weidenkaff*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 540 BGB Rn. 2.

<sup>176</sup> *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 823 BGB Rn. 13; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 324.

<sup>177</sup> Siehe dazu oben bei S. 122f.

<sup>178</sup> Siehe dazu oben bei S. 309ff.

<sup>179</sup> Vgl. *Regenfus*, JZ 2018, 79, 87; vgl. *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 374 und 378.

tigung durch den Anbieter umfassende Schutzansprüche geltend machen, beispielsweise aus § 823 Abs. 1 BGB oder § 1004 Abs. 1 BGB. Damit eine Beeinträchtigung durch den Anbieter demgegenüber rechtmäßig wäre, bedürfte es einer eigenen Einwilligung des Zweitnutzers.

*bb) Digitale Dienste*

Bezogen auf den Vertrag über digitale Dienste, bei dem es sich regelmäßig um einen Mietvertrag handelt, dürfte das Verbot der Weitergabe und Nutzung durch den Zweitnutzer ein Verbot der Untervermietung (vgl. § 540 BGB) darstellen. Abgesehen von Wohnraummietverhältnissen ist ein formularmäßiges Verbot der Untervermietung im Rahmen von Mietverträgen grundsätzlich möglich.<sup>180</sup>

Das kaufähnliche Leitbild des Gesamtgeschäfts fordert jedoch Einschränkungen. Ein pauschales Verbot der Weitergabe und Nutzung durch den Zweitnutzer erscheint unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB. Nur solange und soweit legitime Interessen des Anbieters durch eine Weitergabe des Geräts betroffen sind, erscheint ein Verbot der Weitergabe des Geräts im Hinblick auf die Bereitstellung der digitalen Dienste zulässig und mit dem kaufrechtlichen Leitbild des Vollrechtserwerbs an dem Gerät vereinbar. Eine AGB-Klausel müsste entsprechend beschränkt sein.

Ein legitimes Interesse des Anbieters ist betroffen, wenn die digitalen Dienste bereitgestellt werden, weil der Nutzer in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten eingewilligt hat. Auch wenn Art. 7 Abs. 3 DSGVO fordert, dass eine Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten jederzeit widerrufbar sein muss, erkennt auch die DSGVO an, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten legitime Ziele verfolgen kann und eine erhebliche wirtschaftliche Bedeutung hat.<sup>181</sup> Gibt der Nutzer das Gerät an einen Dritten weiter, ohne dass der Anbieter hiervon erfährt, wird die korrekte Erfassung personenbezogener Daten gestört. Die erhobenen Daten werden dem falschen Datensubjekt zugeordnet. Für den Anbieter unerkannt fehlt es zudem an einer Einwilligung in die Datenverarbeitung seitens des Zweitnutzers als tatsächlichem Datensubjekt. Der Anbieter hat damit grundsätzlich ein legitimes Interesse, dass das Gerät nicht ohne seine Kenntnisse an einen Zweitnutzer weitergegeben wird – zumindest, wenn es länger als nur vorübergehend weitergegeben wird.

Ein generelles Verbot der Weitergabe ist damit indes nicht gerechtfertigt. Zum Schutz der schutzwürdigen Interessen des Anbieters ist es ausreichend, wenn der Anbieter über den Wechsel des Datensubjekts in Kenntnis gesetzt wird. Es ist daher nur das Verbot einer für den Anbieter unbemerkten Weitergabe zulässig. Sofern die Weitergabe erkennbar ist und die Erhebung der Daten ohne Beeinträchtigung

<sup>180</sup> BGH v. 4.7.1990 – VIII ZR 288/89, NJW 1990, 3016, 3017; *Weidenkaff*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 540 BGB Rn.2.

<sup>181</sup> Vgl. etwa ErwGr. 7 DSGVO.

bezüglich eines neuen Datensubjekts möglich ist, ist dies zum Schutz der legitimen Interessen des Anbieters ausreichend.

Wirksam wäre es daher etwa, wenn der Anbieter seine Leistung im Fall einer Weitergabe des Geräts unter den Vorbehalt der Erstellung eines neuen Benutzerkontos sowie einer etwaigen Übernahme des Vertrags über die digitalen Dienste durch den Zweitnutzer stellt und von dem Zweitnutzer eine eigene Einwilligung in die Verarbeitung der personenbezogenen Daten fordert. Eine solche Klausel dürfte mit § 307 BGB vereinbar sein. Zulässig erscheint es auch, wenn bei einer Weitergabe des Geräts eine Übertragung des Vertrags über die digitalen Dienste oder eine Abtretung der entsprechenden Ansprüche des Nutzers zwar ausscheidet und der Vertrag stattdessen beendet wird (z.B. Abtretungsverbot, Sonderkündigungsrecht, auflösende Bedingung), der Anbieter dafür jedoch zusichert, mit dem Zweiterwerber unter denselben Konditionen wie mit dem Ersterwerber einen Vertrag über die Bereitstellung der digitalen Dienste abzuschließen.<sup>182</sup>

Ein Gegenargument für diesen Ansatz und einen möglichen Ansatzpunkt für die Zulässigkeit einer tatsächlichen Verhinderung der Weitergabe vernetzter Geräte könnte die Half Life 2-Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>183</sup> bieten. Danach ist es mit dem urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz der §§ 17 Abs. 2, 69c Nr. 3 S. 2 UrhG vereinbar, wenn zwar die Weiterveräußerung eines Computerspiels und damit die Verbreitung des Werkstücks zulässig bleibt, der Zweiterwerber das Spiel jedoch de facto nicht nutzen kann, weil für die Nutzung des Spiels ein individuelles Benutzerkonto eingerichtet werden muss, das nicht an einen Zweiterwerber weitergegeben werden kann.<sup>184</sup> Solange die Weiterveräußerung rechtlich möglich bleibe, liege kein Verstoß gegen den Erschöpfungsgrundsatz vor. Eine entsprechende Klausel zur Nutzungseinschränkung sei zulässig. Dass der Zweiterwerber das Computerprogramm de facto nicht nutzen könne, sei unerheblich.<sup>185</sup>

Diese Entscheidung ist – unabhängig von ihrer Überzeugungskraft – nicht auf die hier relevante Übertragbarkeit der Nutzung digitaler Dienste, die für den Gebrauch eines vernetzten Geräts erforderlich sind, anwendbar.<sup>186</sup> Im Gegensatz zu dem vom Gerichtshof thematisierten isolierten Erwerb von Software, sind hier das Gesamtgeschäft und insbesondere die Natur des Überlassungsvertrags sowie die an dem Gerät eingeräumte dingliche Rechtsposition mit zu berücksichtigen. Dass Vorrichtungen zur tatsächlichen Weitergabe mit dem urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz vereinbar sein mögen, ändert nichts daran, dass sie mit dem Leitbild des Gesamtgeschäfts und einem dinglichen Vollrechtserwerb an dem vernetzten Gerät unvereinbar sein können.<sup>187</sup> Bei den letztgenannten Aspekten handelt es sich um ergänzende Erwägungen einer Inhaltskontrolle beim Erwerb eines ver-

<sup>182</sup> Vgl. *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), *Verbraucherrecht* 2.0, 367, 390.

<sup>183</sup> BGH v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661 – *Half-Life 2*.

<sup>184</sup> BGH v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661 – *Half-Life 2*, Rn. 16 ff.

<sup>185</sup> BGH v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661 – *Half-Life 2*, Rn. 20 f.

<sup>186</sup> *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), *Verbraucherrecht* 2.0, 367, 405 f.

<sup>187</sup> Vgl. *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), *Verbraucherrecht* 2.0, 367, 405.

netzten Geräts, die bei einem isolierten Softwareerwerb beziehungsweise bei einem isolierten Lizenzvertrag nicht einschlägig sind und dort – mangels gesetzlichem Leitbild – die Klauselkontrolle erschweren.<sup>188</sup>

### c) Zwischenfazit

Bei einem mietähnlichen Erwerb des vernetzten Geräts ist ein formularmäßiges Weitergabeverbot grundsätzlich wirksam. Bei einem kaufähnlichen Erwerb ist erneut zu differenzieren. Bezüglich der integrierten Software stellt sich ein solches Verbot als unangemessen dar. Bezüglich der Bereitstellung der digitalen Dienste, die für die Nutzung des Geräts erforderlich sind, ist demgegenüber ein generelles Weitergabeverbot zwar ebenfalls unwirksam. Der Anbieter kann jedoch Vorgaben für die Weitergabe machen, die es ihm insbesondere ermöglichen, bei der Verarbeitung personenbezogener Daten den Gebrauch des Geräts dem korrekten Nutzer zuzuordnen.

### 3. Zahlungsverzug

Als weiteres Beispiel kann der Anbieter ein Gebrauchsverbot für den Fall vorsehen, dass der Nutzer sich im Zahlungsverzug befindet.<sup>189</sup> Denkbar wäre auch, dass zunächst ein Kündigungsrecht wegen Zahlungsverzug vorgesehen und die Funktionssperre nach erfolgter Kündigung ermöglicht wird.<sup>190</sup> Der Zahlungsverzug kann sich dabei abhängig von der Gestaltung des Geschäfts auf den ursprünglichen Kaufpreis – einschließlich Kaufpreislagen – beziehen oder auf laufende Zahlungen für die Gerätemiete oder die Bereitstellung digitaler Dienste.

Bei einem kaufähnlichen Gesamtgeschäft dürfte ein Gebrauchsverbot bezüglich des Geräts selbst der Wertung des § 449 Abs. 2 BGB zuwiderlaufen. Danach kann eine Kaufsache trotz eines Eigentumsvorbehalts nur herausverlangt werden, wenn der Verkäufer vom Vertrag zurücktritt. Die Vorschrift verweist implizit darauf, dass das mit dem Kaufvertrag bestehende Besitzrecht bis zu einem Rücktritt andauert.<sup>191</sup> Bei einem Zahlungsverzug soll dem Käufer die Sache und ihr Gebrauch verbleiben, solange der Verkäufer nicht vom Vertrag als Ganzem Abstand nimmt. Diese Wertung spricht gegen die Wirksamkeit eines Gebrauchsverbots aufgrund eines Zahlungsverzugs oder zumindest gegen dessen tatsächliche Durchsetzung

<sup>188</sup> Siehe dazu bei S. 358f.

<sup>189</sup> *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 99; *Strobel*, NJW 2022, 2361, 2361. Vgl. die streitgegenständliche Klausel in OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 359. (siehe den Wortlaut der Klausel oben bei S. 27), die im Fall einer außerordentlichen Kündigung die Funktionssperre einer gemieteten Elektrofahrzeugbatterie vorsah, wobei Ziffer XVIII Nr. 4 der Allgemeinen Batterie-Mietbedingungen wiederum ein Sonderkündigungsrecht im Fall von Zahlungsverzug enthielt: *Renault Financial Services*, Allgemeine Batterie-Mietbedingungen, <https://www.renaultfs.de/renault/downloads/batteriemiete/agbs.pdf> = <https://perma.cc/V4AQ-TEUW>.

<sup>190</sup> Vgl. die Verbindung zwischen Kündigung und Funktionssperre in der streitgegenständlichen Klausel in OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 359.

<sup>191</sup> *Weidenkaff*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 449 BGB Rn. 26.

und somit gegen die Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung in Beeinträchtigungen sachenrechtlicher Schutzpositionen.

Die entsprechende Wertung dürfte bei einem kaufähnlichen Gesamtgeschäft auch bezüglich des Vertrags über digitale Dienste bestehen. Soweit sich die Kaufpreiszahlung aus dem Überlassungsvertrag ergibt, kann der Anbieter, wenn er nicht mit dem Verkäufer personenidentisch ist, eine Verweigerung der digitalen Dienste nicht mit einem Zurückbehaltungsrecht aus dem Kaufvertrag rechtfertigen. Ein eigenes formularmäßiges Zurückbehaltungsrecht des Anbieters im Vertrag über die digitalen Dienste, welches sich auf eine Nichtleistung im Kaufvertrag bezieht, dürfte den Nutzer im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligen.

Bei einem mietähnlichen Gesamtgeschäft stellt sich die Bewertung erneut anders dar. Zunächst entspricht es dem Wesen der Miete, dass der Mieter für den Sachgebrauch fortlaufende Zahlungen leisten muss. Bleiben diese Zahlungen aus, stellt zumindest das Aussetzen der fortlaufenden digitalen Dienste eine zulässige Ausübung der Einrede des nicht erfüllten Vertrags gemäß § 320 BGB dar.<sup>192</sup> Da bei einer mietähnlichen Gestaltung die Vertragspartner wohl nur in Ausnahmefällen auseinanderfallen, steht diese Einrede auch unproblematisch dem Anbieter zu. Einer Vorgabe in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bedarf es insoweit nicht.

Neben dem Aussetzen der digitalen Dienste erscheint auch ein formularmäßiges Verbot des Gebrauchs der Sache beziehungsweise der im Gerät verkörperten Software, das im Anschluss durch eine Softwaresperre durchgesetzt werden kann, angemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB.<sup>193</sup> Funktional setzt auch ein solches Verbot das Zurückbehaltungsrecht des Anbieters um.<sup>194</sup> Für eine Zulässigkeit spricht auch die oben skizzierte Wertung des § 327p Abs. 1 BGB, der dem Nutzer nach Vertragsbeendigung die Nutzung digitaler Inhalte untersagt.<sup>195</sup> Nicht gesagt ist damit, dass auch eine formularmäßige Einwilligung in die tatsächliche Durchsetzung des Gebrauchsverbot durch eine Funktionssperre wirksam ist.<sup>196</sup> Bezüglich der Wirksamkeit nach § 307 BGB sind beide Fragen – das Gebrauchsverbot und die Einwilligung in seine tatsächliche Durchsetzung – voneinander zu trennen.

Verhindert der Anbieter bei Zahlungsverzug durch eine Funktionssperre tatsächlich den Gebrauch des Geräts, stellt sich neben der Frage einer Beeinträchtigung des Besitzes des Nutzers auch die Frage, ob der Nutzer während einer Funktionssperre den Mietzins weiterzahlen muss. Da der Anbieter nach Zahlungseingang nicht mehr rückwirkend den Gebrauch für die Dauer des Zahlungsverzugs eröffnen kann, wird die vom Anbieter geschuldete Leistung für den Zeitraum der

---

<sup>192</sup> *Kalin*, ZfPW 2019, 436, 439f.; *Emmerich*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 320 BGB Rn. 11; *Wagner*, AcP 222 (2022), 56, 84.

<sup>193</sup> Im Ergebnis wohl ebenso *Paulus*, EWiR 2021, 752, 754; wohl ebenso *Kalin*, ZfPW 2019, 436, 439f.

<sup>194</sup> *Wagner*, AcP 222 (2022), 56, 84.

<sup>195</sup> Siehe dazu oben bei S. 308f.

<sup>196</sup> Siehe dazu unten bei S. 319ff.

Funktionssperre unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB). Ob der Nutzer dennoch den Mietzins zahlen muss, hängt davon ab, ob man davon ausgeht, dass er im Sinne des § 326 Abs. 2 BGB allein oder weit überwiegend für die Gebrauchsaussetzung verantwortlich ist. Eine Unmöglichkeit der Gebrauchsüberlassung kann ausscheiden, wenn eine Verlängerung des Mietzeitraums um die Dauer der Funktionssperre gleichermaßen das Interesse des Nutzers befriedigt.<sup>197</sup>

#### 4. Fazit

Bei der formularmäßigen Wirksamkeit von Einschränkungen des zulässigen Gebrauchs des Geräts und der in ihm integrierten Software sowie von entsprechenden Unterlassungsansprüchen besteht ein entscheidender Unterschied zwischen einem mietähnlichen und kaufähnlichen Erwerb des vernetzten Geräts. Bei einem mietähnlichen Erwerb sind Gebrauchseinschränkungen in weitreichendem Maße zulässig. So kann der Anbieter formularmäßig den Gebrauch des Geräts und der in ihm integrierten Software befristen, die Weitergabe des Geräts untersagen und den Gebrauch bei Zahlungsverzug verbieten. Damit kann er eine umfangreiche Grundlage für eine wirksame formularmäßige Einwilligung in eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung legen, die mit der tatsächlichen Umsetzung des Unterlassungsanspruchs durch eine Softwaresperre einhergeht. Eine solche Rechtfertigung setzt dabei allerdings voraus, dass nicht nur die formularmäßige Begründung des Anspruchs auf Unterlassen der Gerätenutzung, sondern auch dessen tatsächliche Durchsetzung im Wege einer privaten Rechtsdurchsetzung wirksam ist (dazu im Folgenden bei IV.).

Anders als bei einem mietähnlichen stellt sich die Lage bei einem kaufähnlichen Erwerb dar. Dort ist zunächst zu unterscheiden. Bezüglich des Geräts selbst und der in ihm integrierten Software sind Gebrauchsverbote weitgehend gemäß § 307 BGB unwirksam. Der Anbieter kann deren Nutzung weder befristen noch den Gebrauch durch einen Zweitnutzer untersagen oder bei einem Zahlungsverzug den Gebrauch verbieten. Eine formularmäßige Einwilligung in eine sachenrechtlich relevante Funktionssperre, die der Umsetzung eines solchen unwirksamen Gebrauchsverbots dient, ist somit unwirksam. Da vor allem Sperren der softwarebasierten Nutzung, also der im Gerät integrierten Software, eine Beeinträchtigung des Eigentums beziehungsweise Besitzes des Nutzers darstellen, scheidet damit bei einem kaufähnlichen Erwerb eine Rechtfertigung von sachenrechtlich relevanten Funktionssperren durch eine formularmäßige Einwilligung weitgehend aus.

Im Rahmen des Vertrags über digitale Dienste, der beim kaufähnlichen Erwerb des Geräts neben den Vertrag zur Überlassung des Geräts und der in ihm integrierten Software tritt, sind Einschränkungen der Leistung weitergehend möglich als bezüglich der Nutzung der integrierten Software. Insoweit setzt sich der mietrechtliche Charakter des Vertrags über digitale Dienste bei der Inhaltskontrolle teilweise durch, auch wenn er mit dem kaufähnlichen Gesamtbild des Geschäfts in

<sup>197</sup> Vgl. *Grüneberg*, in: *Grüneberg*<sup>81</sup>, § 275 BGB Rn. 15 und § 286 BGB Rn. 12.

Einklang zu bringen ist. So ist eine Befristung der Dienste zwar grundsätzlich mit § 307 BGB vereinbar, allerdings nur unter Berücksichtigung einer Mindestlaufzeit, die einem Vollrechtserwerb an dem Gerät gerecht wird. Bei einer Weitergabe des Geräts kann zwar wirksam eine Einschränkung der digitalen Dienste vorgesehen werden, aber nur in dem Sinne, dass der Zweiterwerber – zu entsprechenden Konditionen wie der Ersterwerber – ein eigenes Benutzerkonto einrichten muss. Bei einem Ausbleiben der Kaufpreiszahlungen ist, sofern Verkäufer und Anbieter nicht personenidentisch sind, demgegenüber eine Einstellung der digitalen Dienste nicht zulässig.

Soweit formularmäßige Einschränkungen der digitalen Dienste zulässig sind, ist dies für die weitere Betrachtung der Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung und der Rechtfertigung einer Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz ohne Bedeutung. Dies liegt zunächst daran, dass sich bei der Einstellung der eigenen Dienste seitens des Anbieters nicht die im Folgenden zu diskutierende Frage der Einwilligung in eine private Rechtsdurchsetzung stellt. Darüber hinaus verhindert die Einstellung der digitalen Dienste regelmäßig nur den netzbasierten und nicht den softwarebasierten Gebrauch des Geräts. Dieser netzbasierte Gebrauch hat sich jedoch weitgehend als nicht sachenrechtlich relevant herausgestellt, sodass die Zulässigkeit von Einschränkungen digitaler Dienste nach hiesigem Verständnis auf die Wirksamkeit einer Einwilligung in sachenrechtlich relevante Beeinträchtigungen des Nutzers keine Auswirkung hat. Soweit jedoch in Sperren des netzbasierten Gebrauchs und damit in der Einstellung digitaler Dienste durch den Anbieter sachenrechtlich relevante Beeinträchtigungen gesehen werden sollten, können wirksame Klauseln zur Einschränkung der digitalen Dienste solche Beeinträchtigungen rechtfertigen.

#### *IV. Einwilligung in private Rechtsdurchsetzung*

Sofern in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam eine Beschränkung des Gebrauchs des vernetzten Geräts und der in ihm integrierten Software sowie ein entsprechender Unterlassungsanspruch des Anbieters vorgesehen ist, kann dies die notwendige Grundlage für die tatsächliche Umsetzung der Gebrauchsbeschränkung durch eine Softwaresperre legen. Ist umgekehrt schon die Gebrauchsbeschränkung als unangemessene Benachteiligung des Nutzers gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam, ist die formularmäßige Einwilligung in eine tatsächliche Durchsetzung dieses Verbots durch eine Softwaresperre und in eine damit einhergehende Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz erst recht im Sinne des § 307 BGB unangemessen und unwirksam. Ohne eine Grundlage, welche die Softwaresperre aufgrund ihres Anlasses inhaltlich legitimiert, wäre eine Softwaresperre der Willkür des Anbieters anheimgestellt. Eine formularmäßige Einwilligung, die sie dennoch rechtfertigen soll, wäre als unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB unwirksam.

Durch die tatsächliche Umsetzung mittels einer Funktionssperre erhält das Gebrauchsverbot eine neue Schärfe. Das Verbot verlässt den Bereich des rechtlichen Dürfens des Nutzers und betritt denjenigen seines tatsächlichen Könnens. Der Anbieter wirkt durch die Softwaresperre tatsächlich auf die Herrschaftssphäre des Nutzers und dessen Handlungsfreiheit im Hinblick auf den Gebrauch der Sache ein. Funktional kommt die Softwaresperre einer zwangsweisen Vollstreckung des formularmäßig begründeten Anspruchs auf Gebrauchsunterlassung gleich. Man kann insoweit von privater Rechtsdurchsetzung sprechen.<sup>198</sup>

Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern es sich auf die Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung in eine mit einer Funktionssperre einhergehende Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz auswirkt, dass es sich bei der Funktionssperre um eine Maßnahme der privaten Rechtsdurchsetzung handelt, die in ihrer tatsächlichen Auswirkung für den Nutzer einer Maßnahme staatlicher Zwangsvollstreckung gleichkommen kann. Es zeigt sich dabei zunächst, dass das Privatrecht privater Rechtsdurchsetzung grundsätzlich gegenübersteht. Deutlich ist die Ablehnung in den allgemeinen Vorschriften zur Selbsthilfe (§§ 229 ff. BGB) ersichtlich, ebenso wie in denjenigen zur verbotenen Eigenmacht und zum possessorischen Besitzschutz (§§ 858 ff. BGB). Jenseits des Anwendungsbereichs und der spezifischen Vorgaben dieser Schutzregime zeigen sich jedoch trotz der grundsätzlichen Skepsis gegenüber privater Rechtsdurchsetzung keine pauschalen Einwände gegen die Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung in eine Beeinträchtigung sachenrechtlicher Schutzpositionen (dazu unter 1.).

Wegen der funktionalen Vergleichbarkeit von Softwaresperren als Maßnahmen der privaten Rechtsdurchsetzung mit Maßnahmen der staatlichen Zwangsvollstreckung wird im Anschluss untersucht, inwiefern Funktionssperren Grundprinzipien und Schutzmechanismen des Zwangsvollstreckungsrechts berücksichtigen müssen. Die Betrachtung kommt zu dem Ergebnis, dass formularmäßige Einwilligungen in Maßnahmen, die mit Maßnahmen vergleichbar sind, die selbst im Rahmen einer staatlichen Zwangsvollstreckung nicht zulässig wären, als unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB unwirksam sind (dazu unter 2.).

### 1. Grundlegende Bedenken gegen private Rechtsdurchsetzung

Besitz und Eigentum sind Rechtspositionen, über die ihr Inhaber disponieren kann. Eine Einwilligung in ihre Beeinträchtigung ist daher grundsätzlich zulässig. Gleichzeitig steht das Privatrecht einer privaten Rechtsdurchsetzung generell kritisch gegenüber.<sup>199</sup> Dies ist bei der Prüfung der Wirksamkeit formularmäßiger Einwilligungen in Rechtsgutsbeeinträchtigungen, die mit Maßnahmen privater Rechtsdurchsetzung einhergehen, zu berücksichtigen.

Der Schutz vor unzulässigen Maßnahmen einer privaten Rechtsdurchsetzung findet sich insbesondere in den Regelungen zur Selbsthilfe (§§ 229 ff. BGB) und ver-

<sup>198</sup> Vgl. auch *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769.

<sup>199</sup> *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 102.

botenen Eigenmacht (§§ 858 ff. BGB).<sup>200</sup> Sie werden im Folgenden kurz erläutert. Dabei wird herausgearbeitet, dass beide Regelungskomplexe die private Rechtsdurchsetzung aus zwei unterschiedlichen Perspektiven betrachten und unterschiedliche Risiken adressieren, die typischerweise mit einer privaten Rechtsdurchsetzung einhergehen.

Die Vorschriften zur Selbsthilfe betreffen zunächst die Anmaßung staatlicher Vollstreckungsmaßnahmen durch Private. Wer solche Maßnahmen vornimmt, ist zwar in engen Grenzen gerechtfertigt, nimmt dabei jedoch das Risiko auf sich, jenseits dieser Grenzen verschuldensunabhängig zu haften. §§ 229 ff. BGB sichern damit einerseits die Effektivität des staatlichen Rechtsschutzes ab und schützen andererseits das staatliche Gewalt- und Vollstreckungsmonopol. (dazu unter a)).

§§ 858 ff. BGB adressieren demgegenüber generell den tatsächlichen Zugriff auf Sachen ohne den Willen des Besitzers. Wie im Anschluss aufgezeigt wird, befassen sie sich generell mit privater Gewalt und nicht spezifisch mit der Anmaßung staatlicher Vollstreckungsbefugnisse. Für Funktionssperren vernetzter Geräte ist dabei von Bedeutung, dass eine verbotene Eigenmacht nur dann ausgeschlossen ist, wenn das Einverständnis des Besitzers zum Zeitpunkt des Zugriffs vorhanden ist. Auch eine wirksame formularmäßige Einwilligung schließt somit eine verbotene Eigenmacht nicht generell aus (dazu unter b)).

Jenseits der Vorgaben der §§ 229 ff. BGB und §§ 858 ff. BGB bestehen jedoch keine grundlegenden Bedenken gegen die Einwilligung in Funktionssperren, auch wenn diese als private Rechtsdurchsetzung wirken (dazu unter c))

#### a) Strenge Grenzen einer zulässigen Selbsthilfe, §§ 229 ff. BGB

§ 229 BGB bildet einen eigenen Rechtfertigungsgrund für Personen, die zur Durchsetzung oder Sicherung eines Anspruchs selbstständig Maßnahmen durchführen, die staatlichen Vollstreckungsmaßnahmen entsprechen.<sup>201</sup> Zulässig sind gemäß § 229 BGB in Verbindung mit § 230 BGB grundsätzlich nur Maßnahmen, die der vorläufigen Sicherung des Anspruchs dienen.<sup>202</sup> Erforderlich ist zudem, dass obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr bestünde, dass die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert würde. Die Voraussetzungen sind dabei hoch angelegt und schützen das staatliche Gewaltmonopol. Umgekehrt ergänzen sie allerdings den staatlichen Rechtsschutz dort, wo er ausnahmsweise nicht rechtzeitig verfügbar ist.<sup>203</sup>

Streitig ist, ob eine Rechtfertigung durch § 229 BGB einen subjektiven Tatbestand voraussetzt, also einen Selbsthilfewillen.<sup>204</sup> Der Wortlaut („zum Zwecke der

<sup>200</sup> Paulus/Matzke, CR 2017, 769, 769; zu § 858 BGB Kuschel, AcP 220 (2020), 98, 100; Riehm, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 89.

<sup>201</sup> Grothe, in: MüKo<sup>9</sup>, § 229 BGB Rn. 6.

<sup>202</sup> Ellenberger, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 230 BGB Rn. 2.

<sup>203</sup> Ellenberger, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 229 BGB Rn. 1.

<sup>204</sup> Einen Selbsthilfewillen fordert etwa Ellenberger, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 229 BGB Rn. 6. Gegen das Erfordernis eines subjektiven Elements: Repgen, in: Staudinger, 2019, § 229 BGB Rn. 40 f.

Selbsthilfe“) mag für ein solches Erfordernis sprechen. Kritiker eines subjektiven Elements führen jedoch an, dass die Haftung bei einem fehlenden Selbsthilfewillen auf ein Handlungsunrecht abstellen würde, das dem Zivilrecht an sich fremd sei.<sup>205</sup> Der Begriff des Zwecks im Wortlaut solle daher objektiv verstanden werden.<sup>206</sup>

Im Gegensatz zu § 229 BGB setzt die Schadensersatzhaftung des § 231 BGB klar eine subjektive Komponente voraus. Nach dieser Vorschrift haftet, wer eine der in § 229 BGB bezeichneten Handlungen in der irrigen Annahme vornimmt, dass die für den Ausschluss der Widerrechtlichkeit erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien. § 231 BGB setzt einen Irrtum über die Voraussetzungen einer Selbsthilfe voraus.<sup>207</sup> Eine Haftung trifft nur diejenigen, die irrig vom Vorliegen der Voraussetzungen der Selbsthilfe ausgehen und gerade als Akt der Selbsthilfe auf fremde Sachen oder Personen zugreifen.<sup>208</sup> Diese Einschränkung zeigt auch der Wortlaut des § 229 BGB mit der Wendung „zum Zwecke der Selbsthilfe“, auf den § 231 BGB Bezug nimmt. Nicht erforderlich für die Haftung ist ein Verschulden. Der Handelnde haftet also selbst dann, wenn er sich schuldlos über die Voraussetzungen der Selbsthilfe irrt. Damit trägt der Handelnde allein das Risiko, dass die Selbsthilfe sich als unzulässig erweist.<sup>209</sup>

Die verschärfte Haftung des § 231 BGB rechtfertigt sich mit dem Schutz des staatlichen Gewaltmonopols.<sup>210</sup> Wer sich staatliche Vollstreckungsmaßnahmen anmaßt, trägt das Risiko, mit seiner Deutung der tatsächlichen oder rechtlichen Umstände, die solche Maßnahmen rechtfertigen sollen, unverschuldet falsch zu liegen.<sup>211</sup> Diese Überlegung legitimiert die verschärfte Haftung nur, wenn der Handelnde gerade zum Zwecke der Selbsthilfe tätig wird. Nur dann kann man dem Handelnden den Vorwurf machen, sich staatliche Vollstreckungsmaßnahmen angemäht zu haben. Würde man demgegenüber eine Haftung nach § 231 BGB auch jenseits solcher Fälle annehmen, würde die verschuldensunabhängige Haftung über Gebühr ausgedehnt. Dazu würde es kommen, wenn man in allen Fällen eine Haftung annehmen würde, in denen aus objektiver Betrachtung eine Rechtfertigung nach § 229 BGB denkbar wäre, aber an den Voraussetzungen des § 229 BGB scheitert.

<sup>205</sup> *Repgen*, in: Staudinger, 2019, § 229 BGB Rn. 41; vgl. *J. Hager*, in: Staudinger, 2017, § 823 BGB Rn. A 7f.; *Sprau*, in: Grüneberg<sup>81</sup>, § 823 BGB Rn. 24; *Wagner*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 823 BGB Rn. 4 ff.

<sup>206</sup> *Repgen*, in: Staudinger, 2019, § 229 BGB Rn. 41; vgl. *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 21 Rn. 79, S. 277.

<sup>207</sup> BGH v. 6.7.1977 – VIII ZR 277/75, NJW 1977, 1818, 1818; *Neuner*, Allgemeiner Teil<sup>12</sup>, § 21 Rn. 79, S. 277; *Larenz*, JuS 1965, 373, 375.

<sup>208</sup> BGH v. 6.7.1977 – VIII ZR 277/75, NJW 1977, 1818, 1818; *Repgen*, in: Staudinger, 2019, § 229 BGB Rn. 26; *Larenz*, JuS 1965, 373, 375.

<sup>209</sup> BGH v. 6.7.1977 – VIII ZR 277/75, NJW 1977, 1818, 1818; *Repgen*, in: Staudinger, 2019, § 231 BGB Rn. 2.

<sup>210</sup> *Repgen*, in: Staudinger, 2019, § 231 BGB Rn. 2; vgl. *Larenz*, JuS 1965, 373, 375.

<sup>211</sup> *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts<sup>12</sup>, § 21 Rn. 79, S. 277; *Larenz*, JuS 1965, 373, 375.

Bei vernetzten Geräten werden §§ 229 ff. BGB regelmäßig nicht betroffen sein.<sup>212</sup> Soweit eine Softwaresperre sachenrechtlich relevant ist, könnte man darin zwar eine Beschädigung des Geräts im Sinne des § 229 BGB sehen. Allerdings handelt der Anbieter dabei regelmäßig nicht „zum Zweck der Selbsthilfe“. Selbst wenn der Anbieter in der Annahme handelt, dass seiner Programmsperre ein formularmäßiger Anspruch auf Unterlassung des Gebrauchs oder ein gesetzliches Zurückbehaltungsrecht zugrunde liegt, ist davon auszugehen, dass der Anbieter die Softwaresperre regelmäßig nicht einsetzt, um obrigkeitlicher Hilfe zuvorzukommen, die nicht rechtzeitig zu erreichen ist. Eine Rechtfertigung nach § 229 BGB erscheint damit regelmäßig ausgeschlossen.<sup>213</sup>

Da der Anbieter jedoch umgekehrt nicht in der Annahme handeln wird, dass es sich bei einer Softwaresperre um eine nach § 229 BGB zulässige Selbsthilfe handelt, scheidet auch eine Haftung nach § 231 BGB aus. §§ 229 ff. BGB stehen in diesen Fällen daher auch nicht der Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung in eine mit einer Funktionssperre einhergehende Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz entgegen.<sup>214</sup>

#### *b) Schutz vor verbotener Eigenmacht, §§ 858 ff. BGB*

Die wohl praktisch relevantesten Vorgaben des Bürgerlichen Rechts zur privaten Rechtsdurchsetzung finden sich im Verbot der Eigenmacht und dem possessorischen Besitzschutz (§§ 858 ff. BGB).<sup>215</sup> Sie betreffen zwar nicht spezifisch Besitzbeeinträchtigungen zur privaten Rechtsdurchsetzung, sondern jegliche Fälle von Besitzbeeinträchtigungen, die ohne den Willen des Besitzers erfolgen. Dennoch haben sie weitreichende Auswirkungen als Grenze privater Rechtsdurchsetzung.

##### *aa) Grenzen des possessorischen Rechtsschutzes bei Mitbesitz*

Dem possessorischen Besitzschutz werden verschiedene Zwecke zugeschrieben.<sup>216</sup> So soll er das private Interesse des Besitzers daran schützen, dass die Sache in seiner Interessensphäre verbleibt.<sup>217</sup> Des Weiteren wird argumentiert, der possessorische Besitzschutz schütze den Willen und die Persönlichkeit des Besitzers.<sup>218</sup> Die wohl

<sup>212</sup> Im Ergebnis wohl ebenso *Fries*, JZ 2022, 361, 362.

<sup>213</sup> Vgl. *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 776.

<sup>214</sup> Vgl. *Fries*, JZ 2022, 361, 362.

<sup>215</sup> *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 102; *Riehm*, in: *Fries/Paal* (Hrsg.), *Smart Contracts*, 85, 89.

<sup>216</sup> Siehe oben bei S. 124 ff. Siehe zum Zweck des Besitzschutzes bspw. *Eichler*, *Institutionen* II.1, 1 ff. Fn. 2; *Heck*, *Grundriß des Sachenrechts*, 11 ff. sowie 485 ff.; *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 109 ff.; *von Savigny*, *Recht des Besitzes*<sup>6</sup>, 40 ff.; *Medicus*, AcP 165 (1965), 115, 118 f.; *Sosnitza*, *Besitz und Besitzschutz*, 32 ff.; *Wieling*, *Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*<sup>2</sup>, § 3 III., S. 135 ff.; *Wolff/Raiser*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht*<sup>10</sup>, 52 ff. sowie dort insb. Fn. 1.

<sup>217</sup> *Heck*, *Grundriß des Sachenrechts*, 13; *Müller-Erzbach*, AcP 142 (1936), 5, 13 ff.; *J. F. Baur/Stürner*, *Sachenrecht*<sup>18</sup>, § 9 Rn. 9, S. 95.

<sup>218</sup> *von Savigny*, *Recht des Besitzes*<sup>6</sup>, 40; *Wieling*, *Sachenrecht I – Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen*<sup>2</sup>, § 3 III. b), S. 137 und § 5 I., S. 183 f.; *Wieling/Finkenauer*, *Sachenrecht – Lehr-*

herrschende Ansicht sieht den Zweck des possessorischen Besitzschutzes allerdings im Friedensschutz. Tatsächliche Zustände sollten nicht eigenmächtig verändert werden.<sup>219</sup> Damit dient der possessorische Besitzschutz auch der Verhinderung von Selbstjustiz und Gewalteskalation sowie dem Schutz des staatlichen Gewaltmonopols.

Der possessorische Besitzschutz sieht dabei allerdings selbst Grenzen vor, die für vernetzte Geräte große Bedeutung entfalten. Gemäß § 866 BGB ist ein possessorischer Besitzschutz zwischen Mitbesitzern ausgeschlossen, wenn es sich um einen Streit um die Grenzen des dem Einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt. Aufgrund dieser Einschränkung findet bei vernetzten Geräten weitgehend kein possessorischer Besitzschutz statt, da der Anbieter einen Teilmitbesitz an dem vernetzten Gerät hat, wenn er an der im Gerät verkörperten Software digitale Sachherrschaft innehat.<sup>220</sup>

#### *bb) Verbotene Eigenmacht und (rechtzeitiger) Widerruf der Einwilligung*

Soweit indes keine digitale Sachherrschaft und daher kein Teilmitbesitz des Anbieters besteht, kann eine Funktionssperre verbotene Eigenmacht darstellen und zu einem possessorischen Besitzschutz führen. In diesem Fall ist für die Wirkung einer formularmäßigen Einwilligung in die Besitzbeeinträchtigung § 858 Abs. 1 BGB zu beachten. Danach ist eine Besitzbeeinträchtigung als verbotene Eigenmacht rechtswidrig, wenn sie ohne den Willen des Besitzers und ohne gesetzliche Gestattung erfolgt. Stimmt der Besitzer der Beeinträchtigung demgegenüber – gegebenenfalls auch formularmäßig – zu, scheidet eine verbotene Eigenmacht aus.<sup>221</sup>

Entscheidend für das Vorliegen einer Zustimmung ist der Zeitpunkt der Beeinträchtigung. Eine Zustimmung kann daher zwar vorab im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erklärt werden, ist dann allerdings jederzeit widerruflich.<sup>222</sup> Eine verbotene Eigenmacht liegt vor, falls der Besitzer dem Zugriff widerspricht, wenn dieser akut wird. Wurde eine Zustimmung im Voraus erklärt, wird

buch<sup>6</sup>, § 3 Rn. 7, S. 55 f; kritisch *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 52 f. Fn. 1: „unhaltbare“ Meinung.

<sup>219</sup> BGH v. 23.2.1979 – V ZR 133/76, NJW 1979, 1359, 1360; *Medicus*, AcP 165 (1965), 115, 118 f.; Besitz und Besitzschutz, 40; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 52 f.; *Sokolowski*, Der Besitz im klassischen Recht, 237 f.; vgl. *Eichler*, Institutionen II.1, 1 ff. Fn. 2: geschützt sei nicht der allgemeine Rechtsfrieden, sondern der „Friede, den die Sphäre des Eigentums verbreitet“; *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 89; vgl. *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 769; vgl. *Klever*, in: Beyer u.a. (Hrsg.), Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019, 379, 381.

<sup>220</sup> Siehe oben bei S. 111 ff.

<sup>221</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 16 f.; *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 90; *Fries*, JZ 2022, 361, 363; *Möslein*, ZBB 2018, 208, 220; *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 665.

<sup>222</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 22; BGH v. 6.7.1977 – VIII ZR 277/75, NJW 1977, 1818, 1818; OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 361 Rn. 41; *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 19; *Fries*, JZ 2022, 361, 363; *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 665; *Möslein*, ZBB 2018, 208, 220; *Beurskens*, Privatrechtliche Selbsthilfe, 346. Allgemein zur Widerruflichkeit einer Einwilligung *Deuring*, AcP 222 (2022), 255, 274.

lediglich vermutet, dass sie so lange fortwirkt, bis der Besitzer sie widerruft.<sup>223</sup> Der Widerruf ist auch dann wirksam, wenn der Nutzer vertraglich zugesagt hatte, die Zustimmung nicht zu widerrufen.<sup>224</sup> Selbst eine grundsätzlich wirksame formularmäßige Einwilligung steht einer verbotenen Eigenmacht damit nicht generell entgegen.<sup>225</sup>

In der Praxis wird bei einer Funktionssperre ein solcher Widerruf indessen selten vorliegen. Anders als bei einem physischen Zugriff auf eine Sache, der sich durch eine physische Präsenz des Störenden ankündigt, wird der Nutzer eine Funktionssperre meist erst wahrnehmen, wenn diese bereits umgesetzt ist.<sup>226</sup> Äußert er erst dann seinen Widerspruch mit dem Zugriff, so kommt sein Widerruf der Einwilligung zu spät.<sup>227</sup> Entscheidend für das Vorliegen der Einwilligung und damit für den rechtzeitigen Widerruf ist der Moment des Zugriffs. Eine nachträgliche Missbilligung begründet keine verbotene Eigenmacht.<sup>228</sup> Teilweise wird diese genaue zeitliche Betrachtung kritisiert. Es könne keinen Unterschied machen, dass sich der Wille des Nutzers wenige Sekunden zu spät gegen den Zugriff richte.<sup>229</sup> Selbst wenn der Widerruf grundsätzlich beim Eingriff vorliegen müsse, solle zumindest die Reaktion des Nutzers auf den Eingriff zur Bestimmung seines tatsächlichen Willens zum Zeitpunkt des Eingriffs berücksichtigt werden.<sup>230</sup> Entscheidend sei der tatsächliche Wille des Besitzers. Erklärt werden müsse er nicht.<sup>231</sup>

Dieser Einwand überzeugt nicht. Ob ein Widerspruch vor oder nach einem Zugriff erklärt wird, macht einen entscheidenden Unterschied. Muss der Nutzer den Widerruf vorab erklären, so muss er etwaige vertragliche Konsequenzen tragen.<sup>232</sup> Womöglich ist die Funktionssperre für das Gesamtgefüge des Geschäftsmodells schließlich so wichtig, dass der Anbieter bei einem Widerruf ganz vom Vertrag

<sup>223</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 19; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 858 BGB Rn. 7; *Klever*, in: Beyer u.a. (Hrsg.), Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019, 379, 393 f.; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 55; *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 665; *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 91: rein tatsächliche Vermutung.

<sup>224</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 19; *Schäfer*, in: MüKo<sup>8</sup>, § 858 BGB Rn. 7; *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 91; *Klever*, in: Beyer u.a. (Hrsg.), Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019, 379, 393 f.; *Fries*, JZ 2022, 361, 363.

<sup>225</sup> Vgl. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 105; *Fries*, JZ 2022, 361, 363.

<sup>226</sup> *Fries*, JZ 2022, 361, 363; *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 665; *Möslein*, ZBB 2018, 208, 220; *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 126; vgl. *Möslein*, ZHR 2019, 254, 282 f.

<sup>227</sup> *Fries*, JZ 2022, 361, 363; *Fries*, in: Möslein/Omlor (Hrsg.), Fin Tech-Handbuch<sup>2</sup>, § 9 Rn. 33; *Möslein*, ZBB 2018, 208, 220; a. A. *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 90; wohl zumindest teilweise ebenso *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 126.

<sup>228</sup> *Fries*, JZ 2022, 361, 363; *Fries*, in: Möslein/Omlor (Hrsg.), Fin Tech-Handbuch<sup>2</sup>, § 9 Rn. 33; *Möslein*, ZBB 2018, 208, 220.

<sup>229</sup> *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 665 f.

<sup>230</sup> *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 666; *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 90; wohl ebenso *Wilhelm*, WM 2020, 1807, 1812; im Ansatz ebenso, im Ergebnis jedoch zumindest teilweise a. A. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 126; vgl. dazu *Möslein*, ZHR 2019, 254, 282 f.

<sup>231</sup> *Riehm*, in: Fries/Paal (Hrsg.), Smart Contracts, 85, 90: es handle sich weder um eine Willenserklärung noch ein Rechtsgeschäft; zumindest teilw. a. A. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 126: Besitzer muss „etwaige Willensänderung technisch adäquat kundgeben“.

<sup>232</sup> Vgl. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 126.

Abstand nehmen würde und in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch entsprechende Vorkehrungen getroffen hat. Ermöglicht man dem Nutzer, den Widerspruch erst nach einem Zugriff zu erklären, so nimmt man dem Anbieter diese Möglichkeit. Der Nutzer könnte das Gerät dann uneingeschränkt nutzen und gegebenenfalls nachträglich einen für den Anbieter entscheidenden Aspekt des Geschäftsmodells zu Fall bringen.

*c) Keine grundlegenden Bedenken gegen Wirksamkeit einer Einwilligung*

Wie eben aufgezeigt wurde, sollen §§ 229 ff. BGB und insbesondere § 231 BGB eine Umgehung des staatlichen Rechtsschutzes verhindern und davon abhalten, Selbstjustiz zu verüben. §§ 858 ff. BGB schützen demgegenüber den Besitzer vor einem tatsächlichen Sachzugriff, mit dem er zum Zeitpunkt des Zugriffs nicht einverstanden ist und der ein Risiko physischer Gewalteskalation mit sich bringen kann. Beide Regelungskomplexe erfassen Situationen, in denen der Handelnde regelmäßig neben dem Eigentum beziehungsweise Besitz weitere Rechtsgüter gefährdet – insbesondere das staatliche Gewalt- und Vollstreckungsmonopol sowie die körperliche Integrität und Handlungsfreiheit des Besitzers eines Zugriffsobjekts.

Neben diesen Grenzen, die §§ 229 ff. BGB und §§ 858 ff. BGB einer privaten Rechtsdurchsetzung aufzeigen, bestehen im Bürgerlichen Recht keine grundlegenden Bedenken gegenüber der Möglichkeit einer wirksamen und bindenden Einwilligung in die tatsächliche Einwirkung auf eine Sache, selbst wenn diese einer privaten Rechtsdurchsetzung dient.<sup>233</sup> Eine private Rechtsdurchsetzung ist nicht pauschal unzulässig. Es wird vielmehr konkret die Rechtmäßigkeit einer jeweils vollzogenen Handlung geprüft. Kommt es bei Maßnahmen der privaten Rechtsdurchsetzung beispielsweise neben der Beeinträchtigung sachenrechtlicher Schutzpositionen, in die wirksam eingewilligt wurde, zu einer Nötigung, einem Hausfriedensbruch oder einer Körperverletzung des Besitzers beziehungsweise Eigentümers, so ziehen diese Rechtsgutsbeeinträchtigungen die üblichen Folgen nach sich – so etwa eine Strafbarkeit oder Schadenshaftung (vgl. §§ 123, 223 ff., 240, 253 f. StGB ggf. i. V. m. § 823 Abs. 2 BGB).<sup>234</sup>

Wie bereits dargelegt wurde,<sup>235</sup> handelt es sich bei der Blockade der im vernetzten Gerät verkörperten Software regelmäßig um keine Selbsthilfe im Sinne der §§ 229 ff. BGB. Soweit der Anbieter digitale Sachherrschaft an der im Gerät integrierten Software hat, scheidet zudem gemäß § 866 BGB ein possessorischer Besitzschutz weitgehend aus.<sup>236</sup> Dieser Ausschluss ist auch mit dem Regelungszweck des possessorischen Besitzschutzes vereinbar,<sup>237</sup> da bei Softwaresperren eine Gefahr

<sup>233</sup> Vgl. Paulus/Matzke, CR 2017, 769, 776; Wagner, AcP 222 (2022), 56, 89.

<sup>234</sup> Vgl. Paulus/Matzke, CR 2017, 769, 773.

<sup>235</sup> Siehe oben bei S. 321 ff. und insb. S. 323.

<sup>236</sup> Siehe oben bei S. 122 f.

<sup>237</sup> Siehe oben bei S. 124 ff.

der Eskalation physischer Gewalt regelmäßig nicht gegeben ist.<sup>238</sup> Typische Begleitrisiken einer privaten Rechtsdurchsetzung, denen §§ 229 ff. BGB und §§ 858 ff. BGB entgegnetreten, scheiden bei Funktionssperren vernetzter Geräte damit aus.

Für eine Zulässigkeit der privaten Durchsetzung eines Anspruchs auf Unterlassen der Nutzung eines vernetzten Geräts spricht weiterhin auch § 327p Abs. 1 BGB, der zumindest beim mietähnlichen Erwerb eines vernetzten Geräts durch einen Verbraucher anwendbar ist.<sup>239</sup> Beendet der Verbraucher im Rahmen seiner Mängelgewährleistungsrechte den Vertrag über die Bereitstellung der digitalen Inhalte, so darf er die Inhalte nicht weiter nutzen oder Dritten zur Verfügung stellen. Der Unternehmer darf die Nutzung nach Satz 2 unterbinden. In diesem konkreten Kontext führt § 327p Abs. 1 S. 2 BGB somit eine Ermächtigung ein, die Nutzung digitaler Inhalte selbst zu verhindern und damit mittelbar die Funktion des Geräts zu sperren.<sup>240</sup> Jenseits dieses eigentlichen Anwendungsbereichs kann man der Vorschrift wohl auch generell die Wertung entnehmen, dass eine Verhinderung der Nutzung digitaler Produkte, selbst wenn sich diese auf die Nutzbarkeit einer Sache auswirkt, keinen grundlegenden und generellen Bedenken begegnet, sofern sie im Einklang mit der zugrundeliegenden Rechtslage bezüglich der Nutzung des digitalen Inhalts steht. Eine entsprechende Wertung findet sich auch im Urheberrechtsgesetz, das Maßnahmen des Urhebers schützt, mit denen schon technisch eine urheberrechtswidrige Nutzung von Software oder sonstigen digitalen Inhalten verhindert wird.<sup>241</sup>

#### d) Keine generell unzulässige Verlagerung der Klage- und Initiativlast

Manche Autoren sehen in Funktionssperren eine unzulässige Verlagerung der Klage- und Initiativlast sowie eine unangemessen einseitige Vertragsgestaltung. Formularmäßige Einwilligungen in solche Sperren sollen daher nach § 307 BGB unwirksam sein.<sup>242</sup>

Auch der Bundesgerichtshof stellt in seiner Entscheidung vom 26. Oktober 2022 auf diese Begründung ab. Er erklärt eine AGB-Klausel für unwirksam, die Sperren gemieteter vernetzter Batterien von Elektrofahrzeugen legitimieren sollte.<sup>243</sup> Zwei Besonderheiten kennzeichnen diesen Fall: zunächst waren häufig nur die Batterien gemietet, während die betroffenen Fahrzeuge gekauft waren. Zudem

<sup>238</sup> Insofern überzeichnet, wenn *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 101 f. anscheinend eine Funktionssperre mit einer gewaltsamen Bemächtigung der Sache vergleicht.

<sup>239</sup> Siehe zur Anwendbarkeit oben bei S. 287 ff.

<sup>240</sup> Vgl. dazu *Fries*, JZ 2022, 361, 363.

<sup>241</sup> Siehe dazu unten bei S. 354 f.

<sup>242</sup> *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 668 f.; *Fries*, AnwBl. 2018, 86, 88; *Riehm*, in: Braegelmann/Kaulartz (Hrsg.), Hdb Smart Contracts, 108, Kap. 9 Rn. 29 ff., der im Ergebnis aber wohl eher kritisch bleibt bezüglich der Tragweite dieser Figur in den hiesigen Fällen; vgl. auch *Guggenberger*, in: Hoeren u. a. (Hrsg.), Hdb Multimedia-Recht, 58. EL, Teil 13.7 Rn. 16; *Fries*, NJW 2019, 901, 902; *Wilhelm*, WM 2020, 1807, 1812 f.; *Lindner*, NZM 2021, 665, 670 f.; *Möslein*, ZHR 2019, 254, 283; *Schrey/Thalhofer*, NJW 2017, 1431, 1436.

<sup>243</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 25 ff.; insoweit noch offenlassend

war es aus technischen Gründen nicht möglich, auf Batterien von Drittanbietern auszuweichen.<sup>244</sup> Bei einer Batteriesperre wurde damit das gesamte Fahrzeug unbrauchbar, selbst wenn es im Eigentum des Mieters der Batterie stand.

Der Gerichtshof erkennt in seiner Entscheidung zwar ausdrücklich das Interesse des Vermieters an, den Gebrauch der Mietsache nach Ablauf des Mietvertrages zu unterbinden – eventuell sogar durch technische Vorkehrungen.<sup>245</sup> Im konkreten Fall sei die Vertragsgestaltung jedoch in unangemessenem Umfang einseitig. Die Interessen der Mieter fänden keine ausreichende Berücksichtigung.<sup>246</sup> Das Gericht hebt in seiner Begründung den Umstand hervor, dass im konkreten Fall die Sperre der Batterie auch dazu führe, dass das Fahrzeug nicht mehr genutzt werden könne. Die Sperre erstrecke sich damit neben der Batterie auf einen weiteren, wesentlich höherwertigen Vermögensbestandteil. Dies sei besonders problematisch, da es sich bei dem Fahrzeug um einen Vermögenswert handle, der vielfach sowohl beruflich als auch privat genutzt werde und daher für die Betroffenen von wesentlicher Bedeutung sei.<sup>247</sup> Das Gericht kritisiert weiterhin, dass die Klausel dem Mieter keine Möglichkeit eröffne, individuelle Einwendungen gegen eine Kündigung vorzubringen.<sup>248</sup>

Durch die Auswirkung der Batteriesperre auf die Nutzbarkeit des gesamten Fahrzeugs stellt der vom Bundesgerichtshof behandelte Sachverhalt einen Fall dar, in dem die Einseitigkeit der Vertragsgestaltung besonders deutlich wird. Der Fall ist insofern nicht repräsentativ für sonstige Fälle einer Einwilligung in die Beeinträchtigung des digitalen Gebrauchs. Es bestehen erhebliche Zweifel, inwiefern die Entscheidung auf andere Fälle von Funktionssperren übertragen werden sollte.<sup>249</sup> Sofern sich die Funktionssperre nur auf die vernetzte Sache selbst erstreckt und diese Sache nicht von besonderer Bedeutung für Privat- und Berufsleben des Nutzers ist, sollte in entsprechenden Klauseln – zumindest bei einem mietähnlichen Erwerb – grundsätzlich keine unzulässige Verlagerung der Klage- und Initiativlast oder unangemessen einseitige Vertragsgestaltung gesehen werden.<sup>250</sup>

Dafür spricht zunächst ein Vergleich zu bisherigen Entscheidungen zur unzulässigen Verlagerung der Klage- und Initiativlast. Sie betrafen Fälle, in denen die Gegenseite des Klauselverwenders – entgegen dem Gedanken des § 320 BGB – zu einer

---

OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 361 Rn. 40. Siehe ausführlich zu der Entscheidung des BGH oben bei S. 30ff. sowie *Duden*, NJW 2023, 18.

<sup>244</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 29.

<sup>245</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 27.

<sup>246</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 25ff.

<sup>247</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 29.

<sup>248</sup> BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 30; vgl. zur Bedeutung eines Widerspruchsrechts des Schuldners auch *Riehm*, in: Braegelmann/Kaulartz (Hrsg.), Hdb Smart Contracts, 109, Kap. 9 Rn. 31.

<sup>249</sup> *Duden*, NJW 2023, 18, 20f.

<sup>250</sup> Wohl auch skeptisch *Guggenberger*, in: Hoeren u.a. (Hrsg.), Hdb Multimedia-Recht, 58. EL, Teil 13.7 Rn. 16; *Riehm*, in: Braegelmann/Kaulartz (Hrsg.), Hdb Smart Contracts, 108, Kap. 9 Rn. 30f.

Leistung verpflichtet wurde beziehungsweise die Leistung tatsächlich bewirkt wurde, selbst wenn dem Klauselgegner womöglich Einreden oder Einwendungen zustanden.<sup>251</sup> Statt dass der Klauselverwender auf Leistung klagen musste, musste der Klauselgegner auf Herausgabe des Geleisteten klagen.

Bei formularmäßigen Einwilligungen in Funktionssperren handelt es sich demgegenüber häufig um Klauseln, die die eigene Leistung des Anbieters als Klauselverwender zurückhalten, beenden oder rückabwickeln sollen – etwa die fortdauernde Gebrauchsüberlassung einer Mietsache oder Bereitstellung digitaler Dienste. Aus dieser Perspektive führt die Funktionssperre lediglich dazu, dass der Nutzer sein Leistungsinteresse einklagen muss. Wertungsmäßig liegt darin nicht einmal unbedingt eine Verlagerung der Klagelast. Wenn der Anlass für eine Funktionssperre das Ausbleiben der Gegenleistung des Nutzers ist, entspricht ein Beenden oder Zurückbehalten der Leistung des Anbieters durch die Funktionssperre vielmehr grundsätzlich dem Gedanken des § 320 BGB. Es scheint daher wenig überzeugend, formularmäßige Einwilligungen in Funktionssperren generell als Fälle einer unzulässigen Verlagerung der Klagelast und unangemessen einseitigen Vertragsgestaltung anzusehen.<sup>252</sup>

Wie sich im Folgenden zeigt, können zudem die Bedenken, mit denen der Gerichtshof im konkreten Fall zu Recht eine unangemessene Benachteiligung des Mieters begründet, auf anderem Wege berücksichtigt werden.<sup>253</sup> Dies betrifft insbesondere die Unmöglichkeit, individuelle Einwendungen vorzubringen,<sup>254</sup> und die besondere Bedeutung der gesperrten Sache – des Fahrzeugs – für das berufliche und private Leben des Mieters.<sup>255</sup> Diese besonderen Belastungen können, wie gleich dargestellt wird, wohl zielgerichteter durch eine Berücksichtigung der Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts adressiert werden. Die eher konturschwache Figur der unzulässigen Verlagerung der Klage- und Initiativlast muss dafür nicht bemüht werden.<sup>256</sup>

---

<sup>251</sup> Zahlung über das Abbuchungsauftragsverfahren, bei dem die Kontobelastung, anders als bei einer Einzugsermächtigung, nicht rückgängig gemacht werden kann: BGH v. 29.5.2008 – III ZR 330/07, NJW 2008, 2495, 2495 f. Rn. 15 ff.; BGH v. 14.10.2009 – VIII ZR 96/07, NJW 2010, 1275, 1276 Rn. 14 ff.; BGH v. 10.1.1996 – XII ZR 271/94, NJW 1996, 988, 989; Zahlungspflicht trotz Einwendungen oder Leistungsstörung: BGH v. 5.7.2005 – X ZR 60/04, NJW 2005, 2919, 2922 f.; BGH v. 8.7.2009 – VIII ZR 327/08, NJW 2009, 3295, 3295 f. Rn. 16 ff.; siehe jedoch BGH v. 5.6.1997 – VII ZR 324/95, NJW 1997, 2598, 2599; vgl. dazu *Riehm*, in: Braegelmann/Kaulartz (Hrsg.), Hdb Smart Contracts, 108, Kap. 9 Rn. 30.

<sup>252</sup> Vgl. *Duden*, NJW 2023, 18, 20 f.

<sup>253</sup> Siehe bei S. 330 ff.

<sup>254</sup> Siehe bei S. 335.

<sup>255</sup> Siehe bei S. 331 ff.

<sup>256</sup> Siehe zur schwierigen Abgrenzung zwischen der legitimen Durchsetzung eigener Interessen des Klauselverwenders und einer unzulässig einseitigen Vertragsgestaltung: BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 27. Diese Abgrenzung ist jedoch erforderlich, um in einem konkreten Fall die Verlagerung der Klage- und Initiativlast als unangemessen erscheinen zu lassen.

## e) Zwischenfazit

Die grundsätzliche Skepsis des Bürgerlichen Rechts gegenüber einer privaten Rechtsdurchsetzung stellt die Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung in eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers, die mit einer Softwaresperre einhergeht, nicht generell infrage, selbst wenn man darin Maßnahmen privater Rechtsdurchsetzung sehen kann.<sup>257</sup>

Wegen der funktionalen Nähe zu Maßnahmen der staatlichen Zwangsvollstreckung könnte sich eine Unangemessenheit und damit Unwirksamkeit der formularmäßigen Einwilligung nach § 307 BGB allerdings aus den konkreten Zugriffsmodalitäten oder der Natur der betroffenen Sache ergeben, sofern vergleichbare Maßnahmen im Rahmen eines staatlichen Vollstreckungsverfahrens nicht zulässig wären.

## 2. Umgehung der Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts

Die mit der Funktionssperre bewirkte private Rechtsdurchsetzung wirkt unmittelbar auf die Handlungsmöglichkeiten des Nutzers ein. Sie schränkt ein, wie weitgehend der Nutzer eine Sache nutzen kann, die sich in seinem Besitz und womöglich auch seinem Eigentum befindet. Der Anbieter greift damit in die Sphäre des Nutzers ein und entscheidet de facto einseitig über Beginn, Dauer und Reichweite der Nutzungsmöglichkeit des Geräts. Er kann dem Nutzer den Gebrauch einer Sache entziehen, ohne dass dieser dem etwas entgegensetzen könnte. Im Hinblick auf ihre Auswirkung auf den Nutzer ist eine Funktionssperre insoweit funktional vergleichbar mit einer Pfändung und Inbesitznahme als Teil der Zwangsvollstreckung (dazu unter a) aa)).<sup>258</sup>

Auch wenn die private Rechtsdurchsetzung in ihren Auswirkungen funktional mit einer Zwangsvollstreckung vergleichbar ist, unterliegt sie nicht denselben gesetzlichen Vorgaben und dabei insbesondere nicht den schuldnerschützenden Vorschriften des Zwangsvollstreckungsrechts. Bei einer privaten Rechtsdurchsetzung droht daher, dass die Wertungen dieser Schutzvorschriften umgangen werden, wenn im Rahmen privater Rechtsdurchsetzung Maßnahmen umgesetzt werden, die funktional mit Maßnahmen der Zwangsvollstreckung vergleichbar sind, im Rahmen einer Zwangsvollstreckung jedoch unzulässig wären, insbesondere weil sie nicht mit schuldnerschützenden Vorschriften vereinbar wären.<sup>259</sup>

Zumindest wenn die Einwilligung in eine mit einer privaten Rechtsdurchsetzung verbundene Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz lediglich formularmäßig erklärt wurde, sollten die Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts und insbesondere der zwingenden Vorschriften des Vollstreckungsschutzes be-

<sup>257</sup> Vgl. *Regenfus*, JZ 2018, 79, 87.

<sup>258</sup> Vgl. insgesamt *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769; *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 99.

<sup>259</sup> *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 99, 109 ff.

rücksichtigt werden.<sup>260</sup> Sie sollten bei der Inhaltskontrolle im Rahmen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB einfließen. Die „wesentlichen Grundgedanken“ im Sinne dieser Vorschrift, die über die Wirksamkeit der Klauseln entscheiden, müssen schließlich nicht aus dem Vertragsrecht stammen.<sup>261</sup>

Selbst wenn eine formularmäßige Einwilligung in eine Beeinträchtigung sachenrechtlicher Schutzpositionen grundsätzlich zulässig ist, stellt nach diesem Ansatz eine formularmäßige Einwilligung eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB dar, wenn sie sich auf Softwaresperren erstreckt, die funktional mit Maßnahmen vergleichbar sind, die im Rahmen eines staatlichen Vollstreckungsverfahrens in dieser Form nicht zulässig wären.<sup>262</sup> Umgekehrt formuliert ist eine formularmäßige Einwilligung nur dann wirksam, wenn sie Softwaresperren, die nicht mit den Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts vereinbar sind, ausschließt. Vorgaben des Vollstreckungsrechts, die bei der Betrachtung von Relevanz sein können, betreffen einerseits die Unpfändbarkeit bestimmter Zugriffsobjekte, also die Art des vernetzten Geräts (dazu unter a)), sowie andererseits das Verfahren des Zugriffs (dazu unter b)).

#### a) Unpfändbare Sachen

§ 811 ZPO sieht vor, dass bestimmte Sachen bei einer Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen in körperliche Sachen nicht gepfändet werden dürfen.<sup>263</sup> Hinter dem Pfändungsverbot stehen verschiedene Schutzinteressen, deren Bedeutung zwischen den verschiedenen Arten von Sachen variiert. Zunächst soll die Unpfändbarkeit die staatliche Sozialhilfe entlasten und dem Schuldner ermöglichen, ein Einkommen zu generieren, mit dem er die Schulden, wegen derer vollstreckt wird, bedienen kann.<sup>264</sup> Daneben werden auch die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) des Schuldners geschützt. Bei bestimmten Sachen würde eine Pfändung die Möglichkeit des Schuldners gefährden, ein würdevolles Leben zu führen.<sup>265</sup>

Diese Wertungen und Schutzanliegen sollten auch bei der Prüfung der Angemessenheit einer formularmäßigen Einwilligung in eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz durch eine Funktionssperre berücksichtigt werden.<sup>266</sup>

---

<sup>260</sup> Vgl. Consumers International, Connection and protection, 2016, 36; Paulus/Matzke, CR 2017, 769, 776.

<sup>261</sup> Wurmnest, in: MüKo<sup>9</sup>, § 307 BGB Rn. 76.

<sup>262</sup> Vgl. Paulus/Matzke, CR 2017, 769, 776. Zumindest eine gewisse Parallele zum Vollstreckungsrecht zieht Casper/Grimpe, ZIP 2022, 661, 668.

<sup>263</sup> Vgl. zur besonderen Bedeutung eines Kraftfahrzeugs als Objekt einer Funktionssperre und damit generell zur Berücksichtigung des Zugriffsobjekts bei der Prüfung der Wirksamkeit von Funktionssperren auch BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 29.

<sup>264</sup> Herget, in: Zöller<sup>34</sup>, § 811 ZPO Rn. 1.

<sup>265</sup> Herget, in: Zöller<sup>34</sup>, § 811 ZPO Rn. 1.

<sup>266</sup> Gegen ein Berücksichtigen der Bedeutung der betroffenen Sache für die Lebensführung des Schuldners Strobel, NJW 2022, 2361, 2366.

Ein Verstoß sollte dann zu einer Unwirksamkeit nach § 307 Abs. 1 BGB führen.<sup>267</sup> Denkbar ist es auch, jenseits des Katalogs des § 811 ZPO Zugriffsobjekte zu identifizieren, die wegen der besonderen Bedeutung für den Nutzer einer Funktionssperre entzogen sein sollten.<sup>268</sup>

*aa) Vergleichbarkeit von Funktionssperre und Pfändung*

Die Pfändung einer Sache dient ihrer Verwertung durch Versteigerung (§ 814 ZPO). Die Sache wird dem Schuldner damit dauerhaft abgenommen. Bei einer Softwaresperre verbleibt das vernetzte Geräte demgegenüber beim Nutzer – er behält die Sachsubstanz und kann das Gerät mit Ausnahme der digitalen Funktionen weiter nutzen. Dennoch ist eine Gebrauchssperre des Geräts zumindest im Hinblick auf den Schutzzweck des § 811 ZPO mit einer Pfändung des Geräts vergleichbar.

Der Schutz des § 811 ZPO dient nicht dazu, den Schuldner davor zu bewahren, das Eigentum an der Sache, dessen Wert oder die Sachsubstanz an sich zu verlieren. Die Unpfändbarkeit zielt vielmehr darauf, dem Schuldner den Gebrauch der Sache zu erhalten. Der Gebrauch und nicht das Eigentum oder der Wert der Sachen sind schließlich erforderlich für eine angemessene Lebensführung, für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit oder aus gesundheitlichen Gründen (vgl. § 811 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Dem Schuldner sollen die Sachen verbleiben, damit er durch ihren Gebrauch ein menschenwürdiges Leben führen beziehungsweise ein Einkommen generieren kann. Dass der Schutz dem Gebrauch der Sache gilt, zeigt sich auch in § 811a ZPO, der in gewissen Fällen eine Austauschpfändung ermöglicht. Über diesen Weg wird dem Schuldner der Wert der Sache entzogen, ihr Gebrauch jedoch erhalten.

Soweit eine Softwaresperre den Gebrauch des Geräts verhindert, ist die Softwaresperre damit bezüglich ihrer Auswirkung auf den Nutzer funktional mit einer Pfändung vergleichbar, selbst wenn die Sache physisch bei dem Nutzer verbleibt.<sup>269</sup> Eine formularmäßige Einwilligung in die Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz, die mit der Funktionssperre einhergehen, sollte daher nach § 307 BGB als unwirksam angesehen werden, wenn sie sich auf eine von § 811 BGB erfasste Sache erstreckt.

Dies gilt zumindest dann, wenn die Softwaresperre das Gerät auf Dauer unbrauchbar machen soll. Softwaresperren, die den Gebrauch des Geräts nur vorübergehend verhindern und die der Nutzer mit angemessenen Mitteln beseitigen kann, können demgegenüber mit dem Schutzzweck des § 811 ZPO vereinbar sein. So erscheint beispielsweise auch bei den von § 811 ZPO erfassten Sachen eine Einwilligung in eine Softwaresperre als zulässig, wenn der Nutzer die Sperre überwin-

<sup>267</sup> Vgl. zu einer drohenden Umgehung von § 811 ZPO: *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 99, 110f.; vgl. zum Grundgedanken besonders zu schützender Zugriffsobjekte *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 667f.

<sup>268</sup> *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 668 nennt die eigene Wohnung, die stets von einer Funktionssperre ausgenommen bleiben sollte, sowie das Auto, bei dem eine Unzulässigkeit der Funktionssperre zumindest unter besonderen Bedingungen denkbar sei.

<sup>269</sup> I.E. ebenso *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 99, 110f.

den kann, indem er ein kostenfreies Update installiert, das der Beseitigung von Sicherheitsrisiken einer veralteten Betriebssoftware dient.<sup>270</sup>

### *bb) Beispiele*

Vernetzte Geräte können in verschiedene der Kategorien des § 811 Abs. 1 ZPO fallen. So können sie etwa als Haus- und Küchengeräte für eine bescheidene Lebens- und Haushaltsführung benötigt werden (Nr. 1 a)). In diese Gruppe fällt das vielfach bemühte Beispiel des vernetzten Kühlschranks. Sofern die digitalen Zusatzfunktionen der Geräte für eine bescheidene Lebensführung nicht erforderlich sind, erscheint eine Sperre ihres Gebrauchs allerdings mit Nr. 1 a) vereinbar. Mit zunehmender Verbreitung vernetzter Geräte ist damit zu rechnen, dass digitale Zusatzfunktionen jedoch zunehmend auch Teil einer bescheidenen Lebensführung sein werden.

In verschiedenen Gestaltungen können vernetzte Geräte weiterhin für die Ausübung einer Erwerbstätigkeit<sup>271</sup> erforderlich sein (Nr. 1 b)).<sup>272</sup> Eine Pfändbarkeit solcher Geräte ist allerdings nach § 811 ZPO nur soweit ausgeschlossen, als der Gebrauch der Geräte für die jeweilige Erwerbstätigkeit erforderlich ist. Wenn daher vernetzte Geräte auch ohne die digitalen Funktionen die für die Erwerbstätigkeit erforderlichen Dienste erfüllen können, steht § 811 ZPO einer Wirksamkeit der Einwilligung nicht entgegen. Vernetzte Geräte können auch aus gesundheitlichen Gründen benötigt werden (Nr. 1 c)). Zu denken wäre etwa an eine vernetzte Prothese, einen vernetzten Rollstuhl oder ein vernetztes Hörgerät.<sup>273</sup> Auch bei ihnen ist eine Einwilligung in eine Softwaresperre unwirksam.<sup>274</sup>

### *b) Vorgaben zum Zugriffsverfahren*

Auch der Gestaltung des staatlichen Vollstreckungsverfahrens lassen sich Wertungen entnehmen, die für die Zulässigkeit einer Softwaresperre beziehungsweise die Wirksamkeit einer Einwilligung in eine damit einhergehende Beeinträchtigung sachenrechtlicher Schutzpositionen berücksichtigt werden sollten. Zu nennen ist dabei die Notwendigkeit der Zustellung des Vollstreckungstitels (§ 750 Abs. 1 ZPO), die Existenz von Rechtsbehelfen (insb. § 766 ff. ZPO) sowie die Ablehnung einer Vollstreckung zu Unzeiten (§ 758a Abs. 4 ZPO).

Bei diesen Vorgaben handelt es sich um solche, die sich spezifisch auf das staatliche Vollstreckungsverfahren beziehen. Sie sind damit nicht unmittelbar auf eine

<sup>270</sup> Vgl. *Regenfus*, JZ 2018, 79, 86.

<sup>271</sup> Bei einem Erwerb des Geräts zur Erwerbstätigkeit sind hier die besonderen Vorhaben für die Kontrolle von AGB zu berücksichtigen, die gegenüber Unternehmern verwendet werden, vgl. § 310 Abs. 1 BGB. Siehe dazu oben bei S. 298 f.

<sup>272</sup> Vgl. zur besonderen Bedeutung eines Kraftfahrzeugs als Objekt einer Funktionssperre aufgrund dessen beruflicher Nutzung auch BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 29.

<sup>273</sup> Vgl. *Herget*, in: *Zöller*<sup>34</sup>, § 811 ZPO Rn. 24.

<sup>274</sup> Vgl. bzgl. eines Herzschrittmachers wertungsmäßig ebenso – jedoch ohne Bezug zu Vollstreckungsschutz – *Klever*, in: *Beyer u.a. (Hrsg.), Privatrecht 2050 – GJZ-Jahrbuch 2019*, 379, 400.

private Rechtsdurchsetzung durch eine Softwaresperre übertragbar. Lediglich die in den Vorschriften zutage tretenden grundlegenden Wertungen und Schutzgedanken sollten nach hier vertretener Ansicht *mutatis mutandis* übertragen werden und als Leitlinien für zulässige Softwaresperren dienen. Es erscheint sinnvoll, sie bei der Inhaltskontrolle im Rahmen des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB einfließen zu lassen.<sup>275</sup> Auch außerhalb des Vertragsrechts können sich wesentliche gesetzliche Grundgedanken zeigen, von denen durch allgemeine Geschäftsbedingungen nicht wirksam abgewichen werden kann.<sup>276</sup> Es erscheint somit denkbar, die Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung in eine Beeinträchtigung von Besitz beziehungsweise Eigentum durch eine Softwaresperre nach § 307 BGB davon abhängig zu machen, dass schon in der Einwilligung ein bestimmtes Zugriffsverfahren vorgesehen ist und die Einwilligung unter der Bedingung der Einhaltung dieses Verfahrens steht.<sup>277</sup>

#### aa) Zustellung des Vollstreckungstitels

Vor Beginn der Zwangsvollstreckung muss der zu vollstreckende Titel zugestellt werden (§ 750 Abs. 1 ZPO). Die Zustellung gibt dem Schuldner die Möglichkeit, sich über die Vollstreckung zu informieren und Rechtsbehelfe überhaupt erst anzustrengen. Die Zustellung dient damit auch der Eröffnung des rechtlichen Gehörs.<sup>278</sup>

Für vernetzte Geräte könnte man diesen Grundgedanken derart übertragen, dass der Anbieter rechtzeitig darauf hinweisen muss, dass eine Softwaresperre droht und wie sich diese genau darstellt.<sup>279</sup> Erfolgen könnte der Hinweis beispielsweise durch eine E-Mail oder eine Nachricht, die auf dem Display des Geräts oder in einer zu dessen Bedienung erforderlichen Software auf einem Smartphone angezeigt wird. Ein abstrakter Hinweis bei Abschluss des Überlassungsvertrags oder des Vertrags über digitale Dienste sollte demgegenüber nicht ausreichen – insbesondere, wenn sich der Hinweis lediglich in den allgemeinen Geschäftsbedingungen findet. Zweck des Hinweises wäre es gerade, klarzustellen, dass die Bedingungen, für die bei Geschäftsabschluss eine Softwaresperre abstrakt angekündigt wurde, konkret eingetreten sind. Darüber hinaus soll klar aufgezeigt werden, wann beziehungsweise unter welchen Bedingungen die Sperre eingreift und wie sie gegebenenfalls wieder beseitigt werden kann.

<sup>275</sup> Im Ergebnis ähnliche Vorgaben wie im Folgenden fordernd, jedoch ohne Bezug zu Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts: *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 668 f.

<sup>276</sup> *Wurmnest*, in: MüKo<sup>9</sup>, § 307 BGB Rn. 76.

<sup>277</sup> Zur Zulässigkeit, eine Einwilligung an eine Bedingung zu knüpfen: *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 20.

<sup>278</sup> *Gaul u. a.*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>12</sup>, § 22 Rn. 1, S. 431; *Heßler*, in: MüKo<sup>6</sup>, § 750 ZPO Rn. 9.

<sup>279</sup> Im Ergebnis ebenso: *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 668; *Strobel*, NJW 2022, 2361, 2366. Vgl. in diesem Sinne die Androhung der Funktionssperre, die nach der in OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 359 streitgegenständlichen Klausel 14 Tage vor der durch die Klausel ermöglichten Funktionssperre erfolgen muss.

Durch einen solchen Hinweis könnte verhindert werden, dass der Nutzer von einer Unbrauchbarkeit des Geräts überrascht wird, obwohl er sich womöglich auf dessen Funktionsfähigkeit verlassen hat.<sup>280</sup> Außerdem soll ihm die Möglichkeit gegeben werden, gegen die Softwaresperre vorzugehen und Einwände vorzubringen<sup>281</sup> – in der Analogie zum Vollstreckungsrecht also einen Rechtsbehelf einzulegen.

#### *bb) Verfügbarkeit eines Rechtsbehelfs*

In verschiedener Form kann sich ein Schuldner gegen eine Zwangsvollstreckung zur Wehr setzen. Bezogen auf das Standardbeispiel einer Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Endurteil kann sich der Schuldner zunächst im Erkenntnisverfahren gegen den Erlass des Urteils verteidigen. Während der Zwangsvollstreckung stehen ihm weitere Rechtsbehelfe zu, insbesondere die Vollstreckungserinnerung gegen die Art und Weise der Zwangsvollstreckung (§ 766 ZPO) und die Vollstreckungsabwehrklage gegen den dem Vollstreckungstitel zugrunde liegenden materiellen Anspruch (§ 767 ZPO). Auch bei Softwaresperren bezüglich vernetzter Geräte scheint es angezeigt zu sein, dem Nutzer eine den Umständen angemessene Form der Gegenwehr zu eröffnen.<sup>282</sup> Die Einwilligung in eine Softwaresperre wäre daher unangemessen, wenn der Nutzer bei der Sperre vor vollendete Tatsachen gestellt würde, ohne die Möglichkeit zu erhalten, Einwände vorzubringen.

#### *cc) Vollstreckung zu Unzeiten*

Nach § 758a Abs. 4 ZPO ist eine Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher zur Nachtzeit und an Sonn- und Feiertagen nicht vorzunehmen, wenn dies für den Schuldner und die Mitgewahrsamsinhaber eine unbillige Härte darstellt oder der zu erwartende Erfolg in einem Missverhältnis zu dem Eingriff steht.

Auch bei vernetzten Geräten kann eine Sperre zu Unzeiten eine unbillige Härte darstellen und sollte gemäß dem Gedanken des § 758a ZPO unterbleiben. Eine formularmäßige Einwilligung, die eine solche Sperre ermöglicht, könnte man daher gemäß § 307 BGB als unwirksam ansehen. Eine Sperre zu Unzeiten könnte zunächst die in der Vorschrift genannten Zeiten betreffen (Nachtzeit sowie an Sonn- und Feiertagen). Sofern es sich bei dem vernetzten Gerät um ein solches handelt, das täglich genutzt wird, kann eine Sperre zu diesen Unzeiten den Nutzer belasten,

<sup>280</sup> Siehe dazu auch unten bei cc).

<sup>281</sup> Vgl. zur Bedeutung der Möglichkeit, individuelle Einwendungen vorbringen zu können, für die Rechtmäßigkeit einer Funktionssperre BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 30.

<sup>282</sup> Vgl. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 126 f.; *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 666 generell zur Erforderlichkeit technisch adäquater Möglichkeiten, die Einwilligung in eine Funktionssperre – insbesondere im Hinblick auf § 858 Abs 1 BGB – zu widerrufen sowie S. 669 zur Einführung außergerichtlicher Rechtschutzverfahren. Vgl. zur Bedeutung der Möglichkeit, individuelle Einwendungen vorbringen zu können, für die Rechtmäßigkeit einer Funktionssperre BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 30.

da ihm eine Ersatzbeschaffung vielfach erst am Morgen des nächsten Werktags möglich ist.

Dies dürfte jedoch nur bei wenigen Gerätearten eine unbillige Härte darstellen. Die Situation einer Softwaresperre ist insoweit kaum mit einer Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher vergleichbar.<sup>283</sup> Problematisch an einer Vollstreckung durch einen Gerichtsvollzieher zu Unzeiten ist grundsätzlich nicht die Nichtnutzbarkeit der gepfändeten Sachen. Sie tritt immer mit einer Vollstreckung ein und nicht nur bei einer Vollstreckung zu Unzeiten. Belastend sind vielmehr die erheblichen tatsächlichen Störungen und Belästigungen, die mit einer Vollstreckung durch einen Gerichtsvollzieher einhergehen. Solche Störungen bestehen bei einer Funktionssperre eines vernetzten Geräts zu Nachtzeiten nicht. Vernetzte Geräte stellen bei einer Softwaresperre meist geräuschlos ihre Funktion ein oder können bei nächster Gelegenheit nicht mehr gestartet werden. Selbst wenn dies nachts passiert, geht damit regelmäßig keine unmittelbare Störung des Nutzers einher. Seine Nachtruhe und die Privatsphäre seiner Wohnung werden nicht beeinträchtigt.

Eine Softwaresperre kann allerdings in einem weitergehenden Sinne zu Unzeiten erfolgen und könnte dann als unbillige Härte angesehen werden. Zu denken ist beispielsweise an die Sperrung eines vernetzten Kraftfahrzeugs. Wird ein solches Fahrzeug längerfristig mietweise erworben, ist es denkbar, dass es beim Ausbleiben von Mietzinszahlungen blockiert wird. Eine formularmäßige Beschränkung des vertragsgemäßen Gebrauchs und ein Anspruch auf Unterlassen der Nutzung erscheint in einem solchen Fall grundsätzlich denkbar.<sup>284</sup> Eine tatsächliche Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs durch eine Funktionssperre könnte jedoch im Sinne des § 758a Abs. 4 ZPO zu Unzeiten stattfinden, wenn das Kraftfahrzeug zu einem Zeitpunkt blockiert wird, in dem der Nutzer auf das Fahrzeug dringend angewiesen ist, etwa weil er einen verletzten Menschen in ein Krankenhaus transportieren muss.<sup>285</sup>

Die Anbieter können derartige Szenarien bei der Produktgestaltung zwar nicht umfassend abstrakt vorhersehen, sodass das Risiko einer solchen Sperre zu Unzeiten nur in sehr eingeschränktem Umfang gegen die Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung sprechen dürfte. Dennoch erscheinen gewisse Vorkehrungen für derartige Situationen technisch möglich und – abhängig von der Art des

<sup>283</sup> A.A. *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 101, die darstellt, eine Funktionssperre durch digitalen Zugriff stehe einem Zugriff durch einen Exekutor nach der preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung, der sich drei bis acht Tage bei dem Schuldner „einzulegen“ habe, „in nichts nach“.

<sup>284</sup> Siehe oben bei S. 316 ff.

<sup>285</sup> Ein derartiger Fall sorgte in den USA für Aufsehen. Eine Mutter bemerkte erstmals die Sperre ihres Kraftfahrzeugs, als sie ihre asthmakranke Tochter, die knapp 40°C Fieber hatte, ins Krankenhaus bringen wollte und lediglich drei Tage mit ihrer Ratenzahlung in Verzug war: *Corkery/Silver-Greenberg*, Miss a Payment?, <https://dealbook.nytimes.com/2014/09/24/miss-a-payment-good-luck-moving-that-car/> = <https://perma.cc/K4E4-PK5P>. Vgl. zu diesem Beispiel: *Riehm*, in: *Fries/Paal* (Hrsg.), *Smart Contracts*, 85, 86; *Fries*, JZ 2022, 361, 361; *Fries*, JZ 2022, 361, 361; *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 661. Vgl. zur besonderen Bedeutung eines Kraftfahrzeugs als Objekt einer Funktionssperre auch BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21, NJW 2022, 3575, Rn. 29.

vernetzten Geräts – für die Angemessenheit einer formularmäßigen Einwilligung erforderlich.<sup>286</sup> Denkbar wäre etwa, dass der Nutzer die Software einmalig für einen begrenzten Zeitraum freischalten kann oder die Funktionssperre zumindest mit ausreichendem Vorlauf angekündigt wird, sodass sich der Nutzer darauf einstellen kann.<sup>287</sup> Bei der Produktgestaltung vernetzter Geräte und der Prüfung der Angemessenheit formularmäßiger Einwilligungen wäre demnach zu berücksichtigen, wie empfindlich eine Geräteart für eine Sperrung zu Unzeiten ist.

Dass solche Vorkehrungen auch in der Praxis umsetzbar sind, lässt sich am Beispiel von Kraftfahrzeugen beobachten. Bei dem eingangs genannten *starter interrupt device*, das bei Ausbleiben von Kreditraten die Nutzung des Autos verhindert,<sup>288</sup> ist wohl bereits in gewissem Umfang die Möglichkeit vorgesehen, das Auto vorübergehend freizuschalten, um auf Notfälle reagieren zu können.<sup>289</sup>

### C. Fazit

Willigt ein Nutzer formularmäßig in eine Beeinträchtigung seines Eigentums beziehungsweise Besitzes ein, die mit einer Funktionssperre einhergeht, so kann diese Beeinträchtigung rechtmäßig sein. Die Einwilligung darf sich dabei jedoch nicht nur auf eine Substanzveränderung beziehen,<sup>290</sup> die mit einer Änderung der verkörperten Software einhergeht, sondern muss auch die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Geräts erfassen. In ihr liegt eine eigene, von der Substanzveränderung zu differenzierende Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz.

Bei der Prüfung, ob eine formularmäßige Einwilligung in die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs mit § 307 BGB vereinbar ist, müssen zwei Regelungsinhalte der Einwilligung differenziert und getrennt auf ihre Angemessenheit hin überprüft werden: Zunächst muss wirksam der zulässige vertragsgemäße Gebrauch des vernetzten Geräts und der in ihm integrierten Software beschränkt sowie ein Anspruch des Anbieters auf Unterlassen des vertragswidrigen Gebrauchs begründet werden. Daneben muss der Nutzer wirksam in eine tatsächliche Durchsetzung dieses Anspruchs durch die Softwaresperre einwilligen.

---

<sup>286</sup> Vgl. im Ergebnis *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 668.

<sup>287</sup> Im Ergebnis ebenso: *Casper/Grimpe*, ZIP 2022, 661, 668; *Strobel*, NJW 2022, 2361, 2366; vgl. in diesem Sinne die Androhung der Funktionssperre, die nach der in OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359, 359 streitgegenständlichen Klausel 14 Tage vor der durch die Klausel ermöglichten Funktionssperre erfolgen muss.

<sup>288</sup> Siehe dazu oben bei S. 10.

<sup>289</sup> *Corkery/Silver-Greenberg*, Miss a Payment? Good Luck Moving That Car, <https://dealbook.nytimes.com/2014/09/24/miss-a-payment-good-luck-moving-that-car/> = <https://perma.cc/K4E4-PK5P>.

<sup>290</sup> Siehe dazu oben bei S. 163 ff.

Entscheidende Hürde für die Wirksamkeit der Klauseln ist ihre inhaltliche Angemessenheit. Das Gebrauchsverbot ist dabei an dem Leitbild des Gesamtgeschäfts des Erwerbs des Geräts zu messen, selbst wenn die verschiedenen Verträge, die für den Erwerb und Gebrauch eines vernetzten Geräts erforderlich sind, mit verschiedenen Personen abgeschlossen werden. Handelt es sich insgesamt um einen kaufähnlichen Erwerb, darf der vertragsgemäße Gebrauch aufgrund des beabsichtigten dauerhaften Vollrechtserwerbs nur sehr begrenzt eingeschränkt werden. Bei einem mietähnlichen Erwerb erscheint eine Beschränkung des vertragsgemäßen Gebrauchs demgegenüber deutlich weitergehend zulässig.

Bezüglich der Einwilligung in die tatsächliche Durchsetzung des Anspruchs auf Unterlassen des vertragswidrigen Gebrauchs bestehen zwar keine generellen Wirksamkeitsbedenken. Für eine Wirksamkeit sind allerdings Grundwertungen des Zwangsvollstreckungsrechts zu berücksichtigen – sei es bezüglich unzulässiger Zugriffsobjekte oder bezüglich Vorgaben für die Art und Weise der Umsetzung einer Funktionssperre. Dahinter steht der Gedanke, dass eine private Rechtsdurchsetzung nicht weitergehend zulässig sein sollte als vergleichbare Maßnahmen der staatlichen Zwangsvollstreckung.

## Kapitel 2

### Softwaresperren als technische Programmschutzmechanismen

Neben einer Einwilligung kann sich eine Rechtfertigung einer sachenrechtlich relevanten Beeinträchtigung durch eine Softwaresperre auch aus dem Urheberrecht ergeben. Ein urheberrechtlicher Schutz kann an der Software bestehen, die im vernetzten Gerät integriert ist. Dies betrifft zunächst digitale Inhalte, etwa Audio-, Video- oder Textdateien, die beim Betrieb des vernetzten Geräts zum Einsatz kommen und an denen ein Urheberrecht bestehen kann. Bedeutsamer sind jedoch die im Gerät integrierten Computerprogramme, die für die Steuerung und den Betrieb des Geräts erforderlich sind und auf die sich die folgende Betrachtung konzentriert. Auch solche Computerprogramme können urheberrechtlichem Schutz unterliegen, der jedoch einem speziellen Regelungsregime unterliegt (§§ 69a ff. UrhG).

Die Bedeutung des Urheberrechts für den Gebrauch vernetzter Geräte erklärt sich vor dem technischen Hintergrund. Da es bei jedem Gebrauch von Software zu einer – zumindest vorübergehenden – Vervielfältigung des Programmcodes kommt,<sup>1</sup> ist jeder Gebrauch eines vernetzten Geräts urheberrechtlich relevant (dazu unter A.). Sofern der Anbieter Inhaber des Urheberrechts oder einer entsprechenden ausschließlichen Lizenz ist – wovon im Weiteren ausgegangen wird –, können Softwaresperren zulässige technische Schutzmechanismen (§ 69f Abs. 2 UrhG bzgl. Computerprogrammen, § 95a UrhG bzgl. digitaler Inhalte) darstellen, die – auch im Hinblick auf den possessorischen Rechtsschutz – eine Rechtfertigung bezüglich einer Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz an dem Gerät darstellen können (dazu unter B.). Anders als bei einer Einwilligung handelt es sich um eine gesetzliche Ermächtigung, die gegenüber jedermann, unabhängig von dessen Willen wirkt. Die Zulässigkeit technischer Schutzmaßnahmen setzt dabei allerdings voraus, dass der verhinderte Gebrauch eine Urheberrechtsverletzung dargestellt hätte (dazu unter B.III.). Darüber hinaus dürfte zu fordern sein, dass die Schutzmaßnahmen Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts berücksichtigen (dazu unter B.IV.).

Oben wurde auf die eingeschränkte Bedeutung einer formularmäßigen Einwilligung zum Ausschluss verbotener Eigenmacht hingewiesen.<sup>2</sup> Eine Einwilligung steht verbotener Eigenmacht nur entgegen, wenn sie zum Zeitpunkt der Besitzbeeinträchtigung fortbesteht. Eine vorab erklärte Einwilligung kann widerrufen werden. Eine verbotene Eigenmacht scheidet demgegenüber unabhängig vom aktuellen

---

<sup>1</sup> Siehe zum technischen Hintergrund bei S. 341 f.

<sup>2</sup> Siehe oben bei S. 324 ff.

Willen des Besitzers aus, wenn die Besitzbeeinträchtigung im Sinne des § 858 Abs. 1 BGB gesetzlich gestattet ist. Für eine solche gesetzliche Gestattung reicht es nicht aus, wenn das Gesetz lediglich einen Anspruch auf Einräumung des Besitzes begründet. Nur wenn ein Gesetz die eigenmächtige Störung oder Entziehung des fremden Besitzes zulässt, scheidet eine verbotene Eigenmacht aus.<sup>3</sup> Das Gesetz muss den tatsächlichen Zugriff auf die Sache erlauben. Bei vernetzten Geräten stellt der Schutz technischer Programmschutzmechanismen (§ 69f Abs. 1 UrhG bzw. § 95a UrhG), der im Folgenden dargestellt wird, eine solche Ermächtigung dar. Sofern eine Softwaresperre somit eine zulässige technische Schutzmaßnahme darstellt, ist die mit der Softwaresperre verbundene Besitzbeeinträchtigung gemäß § 858 Abs. 1 BGB gesetzlich gestattet und stellt keine verbotene Eigenmacht dar (dazu unter B.).

### A. Urheberrechtliche Relevanz der Benutzung vernetzter Geräte

Bei einem urheberrechtlichen Blick auf den Gebrauch vernetzter Geräte steht der Schutz am Computerprogramm, welches das Gerät steuert und für seine Funktionsfähigkeit erforderlich ist, im Mittelpunkt (dazu unter I.).<sup>4</sup> Dieser Schutz unterfällt einem eigenen Schutzregime, das vom möglichen urheberrechtlichen Schutz digitaler Inhalte, die beim Gebrauch des Geräts verwendet werden, abzugrenzen ist (dazu unter II.).

Für den Gebrauch von vernetzten Geräten ist der urheberrechtliche Schutz der im Gerät integrierten Software von entscheidender Bedeutung. Anders als bei vergleichbaren analogen Geräten führt die Bedeutung der integrierten Software dazu, dass jeder, auch private, digitale Gebrauch des vernetzten Geräts urheberrechtliche Relevanz entfaltet und einer Lizenz oder gesetzlichen Ermächtigung bedarf (dazu unter III.).

#### *I. Urheberrechtlicher Schutz von Computerprogrammen: §§ 69a ff. UrhG*

Die urheberrechtliche Bedeutung des Gebrauchs von Computerprogrammen erklärt sich aus seinem technischen Hintergrund (dazu unter 1.). Während ursprünglich im deutschen Recht Computerprogramme nur eingeschränkt urheberrechtlichem Schutz unterlagen (dazu unter 2.), wurde auf europäischer Ebene durch die Computerprogramm-Richtlinie ein sehr weitgehender Schutz statuiert (dazu unter

---

<sup>3</sup> *Gutzeit*, in: Staudinger, 2018, § 858 BGB Rn. 22; *Wolff/Raiser*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III – Sachenrecht<sup>10</sup>, 59f.

<sup>4</sup> Siehe ausführlich zum Urheberrechtsschutz an Software *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 65 ff.

3.), der im deutschen Recht in eigenständigen Vorschriften in §§ 69a ff. UrhG umgesetzt wurde (dazu unter 4.).

### 1. Technischer Hintergrund

Den Hintergrund der urheberrechtlichen Bedeutung des Gebrauchs von Computerprogrammen bildet die technische Notwendigkeit, das Programm bei seinem Gebrauch zumindest vorübergehend zu vervielfältigen. Im Folgenden wird dieser technische Hintergrund kurz umrissen.

#### a) Computerprogramm

Computerprogramme sind Softwarekomponenten, die die Verarbeitung von Daten steuern.<sup>5</sup> Im Gegensatz dazu haben Daten keine Steuerungsfunktion, sondern stellen die zu verarbeiteten Informationen dar und sind als solche das Bezugsobjekt der Datenverarbeitung.<sup>6</sup>

Computerprogramme bestehen aus informationstechnischer Sicht aus einer Vielzahl maschinenlesbarer und durch den Computer – konkret den Prozessor – nacheinander auszuführender Befehle, welche die Datenverarbeitung bewirken.<sup>7</sup> Verschiedene Ergebnisse der Datenverarbeitung sind denkbar: eine Datenerzeugung, Datenspeicherung, Datenweitergabe über ein Netzwerk oder die Ausgabe von Daten beispielsweise als Bild über einen Bildschirm, als Geräusche über einen Lautsprecher oder als mechanische oder physikalische Veränderung eines Aktors.

Erstellt werden die Computerprogramme regelmäßig mittels Programmiersprachen, bestehend aus alphanumerischen und somit für Menschen lesbaren Formeln. Für die Verarbeitung durch den Computer werden die so erstellten Programme durch Compiler in einen maschinenlesbaren Binärcode umgewandelt oder durch einen Interpreter zur Laufzeit maschinenlesbar interpretiert – also in die bekannte

---

<sup>5</sup> Grundlegend *Kindermann*, GRUR 1983, 150, 150; siehe bereits BGH v. 9.5.1985 – I ZR 52/83, NJW 1986, 192 – *Inkasso-Programm*, 196.

<sup>6</sup> *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 25 f.

<sup>7</sup> Siehe die Definition von „Computerprogramm“ in § 1 (i) Mustervorschriften für den Schutz von Computersoftware der WIPO, deutsche Übersetzung, GRUR Int 1978, 286, 290: „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“. Für den Rechtsschutz gilt eine weite Definition von Computerprogrammen, die sich auch auf Programmbeschreibung, Begleitmaterialien sowie Entwurfsmaterial erstreckt: Art. 1 Abs. 1 und 2 Richtlinie 2009/24/EG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen; § 1 (ii) bis (iv) Mustervorschriften für den Schutz von Computersoftware der WIPO, deutsche Übersetzung, GRUR Int 1978, 286, 290. *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 16; *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht<sup>5</sup>, § 69a UrhG Rn. 3.

Abfolge von Einsen und Nullen überführt.<sup>8</sup> Erst in dieser Form sind die Befehle für den Rechner ausführbar.<sup>9</sup>

### *b) Installation und Nutzung als Vervielfältigung*

Um ein Programm auf einem Computer zu installieren, wird der Binärcode in den nichtflüchtigen Datenspeicher des Computers – die Festplatte – kopiert. Solange das Programm nicht ausgeführt wird, ist es wie Daten im Speicher abgelegt.<sup>10</sup> Um das Programm jedoch zu nutzen, müssen die auszuführenden Befehle in einem schnell zugänglichen und reaktiven Speicher vorliegen, auf den der Prozessor leicht und zielgerichtet zugreifen kann. Die Festplatte als Langzeitspeicher ist hierfür nicht geeignet, weshalb die Befehle in Binärcode-Form beim Ausführen des Programms vorübergehend in den Arbeitsspeicher kopiert werden.<sup>11</sup>

Der Arbeitsspeicher zeichnet sich gerade durch den schnellen und gezielten Zugriff auf Speicherelemente aus.<sup>12</sup> Vom Arbeitsspeicher werden die Befehle durch den Prozessor ausgelesen und der Reihe nach ausgeführt. Spätestens durch das Ausschalten des Geräts und das Aussetzen der Stromzufuhr verliert sich die Zuordnung der binären Speicherzustände des Arbeitsspeichers, wodurch der Programmcode de facto von selbst gelöscht wird<sup>13</sup> – man spricht beim Arbeitsspeicher daher von einem flüchtigen Datenspeicher.<sup>14</sup> Bei jeder Ausführung eines Programms oder der Wiedergabe eines digitalen Inhalts kommt es somit zu einer umfassenden oder teilweisen temporären Kopie des Binärcodes in den Arbeitsspeicher.

Diese Vervielfältigung bildet den Ansatzpunkt für die urheberrechtliche Relevanz des Gebrauchs von Computerprogrammen und damit von vernetzten Geräten. Vervielfältigungen stellen urheberrechtlich relevante Werknutzungen dar; allerdings natürlich nur dann, wenn an dem betroffenen Computerprogramm ein Urheberrecht besteht. Inzwischen ist dies weitreichend der Fall. Früher war dies allerdings oft nicht gegeben.

## *2. Restriktiver Schutz im deutschen Recht*

Ursprünglich war die deutsche Rechtsprechung beim urheberrechtlichen Schutz von Computerprogrammen zurückhaltend. Ein Schutz sei gemäß der Inkasso-Programm-Entscheidung des Bundesgerichtshofs nur bei einem „hinreichenden schöp-

<sup>8</sup> *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn.16ff.; *H. Müller/Weichert*, Vorkurs Informatik<sup>5</sup>, 335ff.; *Augsten*, Der Unterschied von Compiler und Interpreter, <https://www.dev-insider.de/der-unterschied-von-compiler-und-interpreter-a-742282/> = <https://perma.cc/KRR3-VP64>.

<sup>9</sup> *H. Müller/Weichert*, Vorkurs Informatik<sup>5</sup>, 310.

<sup>10</sup> *Kindermann*, GRUR 1983, 150, 153; *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn.25; *H. Müller/Weichert*, Vorkurs Informatik<sup>5</sup>, 311.

<sup>11</sup> *Kindermann*, GRUR 1983, 150, 153ff.; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze* (Hrsg.), UrhG<sup>7</sup>, § 69c UrhG Rn. 8.

<sup>12</sup> *H. Müller/Weichert*, Vorkurs Informatik<sup>5</sup>, 313.

<sup>13</sup> Siehe zum technischen Hintergrund der Datenspeicherung oben bei S. 93 f.

<sup>14</sup> *H. Müller/Weichert*, Vorkurs Informatik<sup>5</sup>, 311 ff.

ferischen Eigentümlichkeitsgrad“ im Sinne des § 2 Abs. 2 UrhG möglich. Dieser setze voraus, dass „der konkreten Formgestaltung [des Programms] gegenüber den vorbekannten Gestaltungen individuelle Eigenheiten zukommen“. Gestaltungen, die in der Nähe bestehender Programmgestaltungen blieben oder diese nur technisch fortentwickelten, sollten nicht ausreichen. Selbst wenn gegenüber dem Vorbekannten eine schöpferische Eigenheit bestehe, müsse die Gestaltungstätigkeit das Können eines Durchschnittsprogrammierers deutlich überragen.<sup>15</sup> Trotz der hohen Kosten der Entwicklung von Computerprogrammen und der Leichtigkeit ihrer Vervielfältigung durch Endnutzer schied aufgrund dieser hohen Hürde ein urheberrechtlicher Schutz von Computerprogrammen meist aus.<sup>16</sup>

Hintergrund dieses restriktiven Ansatzes war die generelle Konzeption des deutschen Urheberrechts, die eher den geistig-ästhetischen Gehalt des Werks als den Schutz der Investitionen des Urhebers<sup>17</sup> in den Vordergrund rückt und daher eine persönliche Schöpfung von ausreichender schöpferischer Eigenart forderte.<sup>18</sup> Bei Computerprogrammen ist die Persönlichkeit des Urhebers und deren Ausdruck jedoch von geringerer Bedeutung als bei sonstigen urheberrechtlich geschützten Werkgattungen. Computerprogramme werden meist in Teams entwickelt und zielen eher auf kommerzielle Verwertung als auf künstlerischen Ausdruck.<sup>19</sup> Ein urheberrechtlicher Schutz schied daher nach dem Maßstab des Bundesgerichtshofs häufig aus.

### 3. Weitgehender Schutz durch Computerprogramm-Richtlinie

Andere europäische Rechtsordnungen stellen in ihrem Urheberrecht eher auf den Schutz der Investition des Urhebers ab und gewährten daher – anders als das deutsche Recht – schon früh ein Urheberrecht an Computerprogrammen.<sup>20</sup> Diese Diskrepanz zwischen verschiedenen europäischen Rechtsordnungen gab zu Beginn der 1990er-Jahre Anlass für eine Harmonisierung des urheberrechtlichen Schutzes von Computerprogrammen durch die Europäische Gemeinschaft. Sie führte zu einer grundlegenden Neuausrichtung der deutschen Rechtslage. In Abkehr vom damaligen deutschen Ansatz und der Inkasso-Programm-Entscheidung des Bundes-

---

<sup>15</sup> BGH v. 9.5.1985 – I ZR 52/83, NJW 1986, 192 – *Inkasso-Programm*, 196; bestätigt durch BGH v. 4.10.1990 – I ZR 139/89, NJW 1991, 1231 – *Betriebssystem*, 1233; so bereits v. Gamm, WRP 1969, 96, 97 ff.; vgl. dazu *Bräutigam*, NJW 2022, 3118, 3119.

<sup>16</sup> Zu diesem Ergebnis kommt bereits v. Gamm, WRP 1969, 96, 99; vgl. ebenso Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, vor §§ 69a ff. UrhG Rn. 2. Aus diesem Grund kritisch bzgl. der damaligen Rechtslage: *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 6f.

<sup>17</sup> Entwicklungskosten jedoch als Indiz für die erforderliche Gestaltungshöhe zulassend: BGH v. 4.10.1990 – I ZR 139/89, NJW 1991, 1231 – *Betriebssystem*, 1233.

<sup>18</sup> Vgl. Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, vor §§ 69a ff. UrhG Rn. 2; v. Gamm, WRP 1969, 96, 97 ff.

<sup>19</sup> Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, vor §§ 69a ff. UrhG Rn. 6.

<sup>20</sup> Siehe überblicksartig: Grützmaker, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, vor §§ 69a ff. UrhG Rn. 1 ff.

gerichtshofs<sup>21</sup> orientierte man sich auf europäischer Ebene an der wirtschaftlichen Bedeutung von Computerprogrammen und dem Schutz der Investitionen der Programmentwickler.<sup>22</sup>

Mit der Richtlinie 91/250/EWG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (Computerprogramm-RL-1991) begründete man auf europäischer Ebene einen weitreichenden Urheberrechtsschutz an Computerprogrammen ohne das Erfordernis einer besonderen Schöpfungshöhe. Art. 1 Abs. 3 Computerprogramm-RL-1991 setzt für einen Schutz lediglich voraus, dass es sich bei dem Programm um „das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers“ handeln muss.<sup>23</sup> In bewusster Abgrenzung zum Ansatz des Bundesgerichtshofs wird klargestellt, dass zur Bestimmung der Schutzfähigkeit „keine anderen Kriterien anzuwenden“ seien. Das einheitliche europäische Schutzregime sollte divergierende mitgliedstaatliche Regelungen verhindern. Angesichts der Bedeutung von Computerprogrammen für die industrielle Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft wollte man den gemeinsamen Markt für Computerprogramme stärken.<sup>24</sup>

Im Jahre 2009 wurde die Computerprogramm-RL-1991 durch die Richtlinie 2009/24/EG über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (Computerprogramm-RL) neu kodifiziert. Grund der Neukodifizierung war,<sup>25</sup> dass es auf europäischer Ebene zu einer Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts – einschließlich des Urheberrechts an Computerprogrammen – kam, wobei Art. 8 Computerprogramm-RL-1991 aufgehoben wurde.<sup>26</sup> Zu zusätzlichen inhaltlichen Reformen kam es bei der Gelegenheit nicht. Die alte Richtlinie blieb weitestgehend unverändert, sodass der geltende urheberrechtliche Schutz von Computerprogrammen auch heute noch auf den Annahmen der späten 1980er Jahre fußt.<sup>27</sup>

#### 4. Umsetzung der Richtlinie: §§ 69a ff. UrhG

Im deutschen Recht wurde die Computerprogramm-RL-1991 zum 24. Juni 1993 als eigener Abschnitt im Urheberrechtsgesetz umgesetzt (§§ 69a ff. UrhG).<sup>28</sup> Für Computerprogramme wurde damit ein zwar im Urheberrechtsgesetz integriertes, jedoch spezielles Schutzregime für Computerprogramme etabliert.<sup>29</sup> Vom übrigen

<sup>21</sup> ErwGr. 8 Computerprogramm-RL-1991; *Dreier*, GRUR 1993, 781, 782.

<sup>22</sup> ErwGr. 2f. Computerprogramm-RL-1991.

<sup>23</sup> Vgl. dazu *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 7. Für eine Liste der travaux préparatoires: *Grützmaker*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, vor §§ 69a ff. UrhG Rn. 4.

<sup>24</sup> ErwGr. 4f. Computerprogramm-RL-1991.

<sup>25</sup> ErwGr. 1 Computerprogramm-RL.

<sup>26</sup> Art. 11 Abs. 2 Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte. Vgl. dort auch ErwGr. 15.

<sup>27</sup> *Grützmaker*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, vor §§ 69a ff. UrhG Rn. 4.

<sup>28</sup> Zweites Gesetz zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes vom 9. Juni 1993, BGBl. 1993 I, 910. Zum Gesetzentwurf: *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992. Dazu: *Dreier*, GRUR 1993, 781.

<sup>29</sup> Zur Begründung der Aufnahme eines eigenen Abschnitts: *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 7f.; dazu *Dreier*, GRUR 1993, 781, 781 ff.

Urheberrechtsgesetz setzt es sich nicht nur systematisch durch die isolierte Kodifizierung ab. Im Gegensatz zum „klassischen“ Urheberrecht legen die §§ 69a ff. UrhG ihren Schwerpunkt zudem eher auf eine wirtschaftliche Perspektive, einschließlich eines Investitionsschutzes und einer Sicherung des Wettbewerbs auf dem Computermarkt, und weniger auf den persönlichkeitsrechtlichen Ansatz des sonstigen deutschen Urheberrechts.<sup>30</sup>

Für die Wirkung des Urheberrechts an Computerprogrammen ist sein europarechtlicher Ursprung von entscheidender Bedeutung.<sup>31</sup> Er ist nicht nur bei der Auslegung der §§ 69a ff. UrhG zu berücksichtigen,<sup>32</sup> sondern auch bei deren Interaktion mit nationalen Vorschriften anderer Rechtsgebiete. Wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts und des Grundsatzes des *effet utile* dürfen auch solche Vorschriften nicht den europarechtlichen Vorgaben zuwiderlaufen.

## II. Schutz von Computerprogrammen und digitalen Inhalten

Beim Gebrauch vernetzter Geräte sind aus urheberrechtlicher Perspektive nicht nur Computerprogramme relevant. Vernetzte Geräte können auch digitale Inhalte wie zum Beispiel Audio-, Video- oder Textdateien verwenden, die ebenfalls urheberrechtlich geschützt sein können. Für sie gilt nicht das Sonderregime der §§ 69a ff. UrhG, sondern das gewöhnliche Urheberrecht. Es wird daher eine Abgrenzung von Computerprogrammen und digitalen Inhalten notwendig. Sofern sowohl Computerprogramme als auch urheberrechtlich geschützte digitale Inhalte zum Einsatz kommen (sog. hybride Produkte), sind beide Schutzregime zu berücksichtigen.

### 1. Schutzobjekt Computerprogramm

Sowohl Art. 1 Computerprogramm-RL als auch der ihn im deutschen Recht umsetzende § 69a Abs. 1 UrhG verzichten bewusst auf eine Definition des Begriffs „Computerprogramm“.<sup>33</sup> So soll verhindert werden, dass die Definition durch technische Entwicklungen überholt wird.<sup>34</sup> Die Vorschriften stellen lediglich klar, dass Programme in jeder Gestalt geschützt sind, neben dem Binärkode also etwa auch das Entwurfsmaterial, das die Programmierung vorbereitet.<sup>35</sup> Geschützt sind die Programme nicht nur in den verschiedenen Gestalten, die sie während des Ent-

---

<sup>30</sup> *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 7f. Dort Computerprogramme als „Industrieprodukt“. Vgl. *Grützmacher*, in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, vor §§ 69a ff. UrhG Rn. 6f.

<sup>31</sup> *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 8 spricht von einem „Stück europäisches Urheberrecht innerhalb des UrhG“.

<sup>32</sup> *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 8.

<sup>33</sup> *Dreier*, GRUR 1993, 781, 785.

<sup>34</sup> *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 9.

<sup>35</sup> ErwGr. 7 Computerprogramm-RL; vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 9.

wicklungsprozesses durchlaufen, sondern auch in den verschiedenen Gestalten, in denen das fertige Programm existieren kann, sei es abgespeichert auf einem Datenträger oder integriert in die Hardware eines Endgeräts.<sup>36</sup> Entscheidend dafür, ob eine Ausdrucksform am urheberrechtlichen Schutz des Programms teilhaben kann, ist, ob ihre Vervielfältigung die Vervielfältigung des Computerprogramms zur Folge hätte und so den Computer zur Ausführung einer Funktion veranlassen könnte.<sup>37</sup>

Geschützt sind Programme lediglich in der Gestalt, in der sie zum Ausdruck kommen – beispielsweise in der konkreten Abfolge von Rechenbefehlen in der Verkörperung des Binärcodes. Die Ideen oder Grundsätze, die der Gestaltung des Programms oder der Abfolge verschiedener Rechenbefehle zugrunde liegen, nehmen an dem Schutz nicht teil (Art. 1 Abs. 2 Computerprogramm-RL, § 69a Abs. 2 UrhG). Weder die Funktionalität des Computerprogramms, also die Erfüllung der ihr zugeordneten Rechenaufgaben, noch die verwendete Programmiersprache oder das Dateiformat fallen unter den Schutz des Urheberrechts an Computerprogrammen.<sup>38</sup> Dieser Grundsatz des Schutzes von Form und Ausdruck statt von Idee und Inhalt eines urheberrechtlich geschützten Werkes entspricht dem Ansatz des sonstigen deutschen Urheberrechts.<sup>39</sup> Geschützt ist beispielsweise lediglich die konkrete Umsetzung eines Portraits einer Person und nicht die abstrakte Idee des Portraits dieser Person.

Abweichend von § 2 Abs. 2 UrhG<sup>40</sup> und abweichend von der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>41</sup> bedarf es für einen Schutz von Computerprogrammen keiner besonderen Schöpfungshöhe.<sup>42</sup> Gemäß § 69a Abs. 3 UrhG beziehungsweise Art. 1 Abs. 3 Computerprogramm-RL reicht es, wenn die Programme individuelle Werke im Sinne einer eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind.<sup>43</sup> Auch die sogenannte „kleine Münze“ soll geschützt werden.<sup>44</sup>

## 2. Computerprogramm vs. digitale Inhalte

Entscheidend für das Verständnis des Schutzobjekts Computerprogramm ist die Abgrenzung zwischen Computerprogrammen und sonstiger Software. Technisch ist innerhalb des Oberbegriffs der Software zu unterscheiden zwischen Computer-

<sup>36</sup> ErwGr. 7 Computerprogramm-RL; vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 9.

<sup>37</sup> EuGH v. 22.12.2010 – C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, Slg. 2010, I – *Bezepečnostní softwarová asociace (BSA)*, Rn. 38.

<sup>38</sup> EuGH v. 2.5.2012 – C-406/10, ECLI:EU:C:2012:259 – *SAS Institute*, Rn. 39. Ein eigenständiger Schutz der Programmiersprache nach der InfoSoc-RL ist jedoch nicht ausgeschlossen, wenn es sich dabei um eine geistige Schöpfung des Urhebers handelt (Rn. 45).

<sup>39</sup> *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 9; *Dreier*, GRUR 1993, 781, 785.

<sup>40</sup> *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 2 UrhG Rn. 23 ff.

<sup>41</sup> Siehe zur Lage vor Erlass der Computerprogramm-RL-1991 oben bei Kapitel 2 – A.I.2., S. 342 f.

<sup>42</sup> Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 9 f.

<sup>43</sup> Vgl. EuGH v. 23.1.2014 – C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 – *Nintendo*, Rn. 21.

<sup>44</sup> Dazu *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 9.

programmen einerseits und digitalen Inhalten andererseits. Computerprogramme sind diejenigen Softwarekomponenten, die die Datenverarbeitung steuern. Digitale Inhalte sind demgegenüber Gegenstand der Datenverarbeitung. Sie nehmen sehr unterschiedliche Gestalt an – beispielsweise Text-, Audio- oder Video-Dateien.<sup>45</sup>

Die Unterscheidung zwischen Computerprogrammen und digitalen Inhalten spiegelt sich im Urheberrecht. §§ 69a ff. UrhG beziehungsweise die ihnen zugrundeliegende Computerprogramm-RL schützen lediglich Computerprogramme und stellen insoweit eine *lex specialis* dar.<sup>46</sup> Digitale Inhalte unterliegen demgegenüber dem regulären urheberrechtlichen Schutz der Werkgattung, der sie angehören:<sup>47</sup> Verkürzt zusammengefasst unterfällt eine Text-Datei demselben Schutz wie ein Buch, eine Video-Datei demselben Schutz wie eine Filmspule.<sup>48</sup> Auch wenn Computerprogramme und digitale Inhalte damit getrennten Regelungsregime unterfallen, bestehen weitreichende inhaltliche Gemeinsamkeiten in ihrem Schutz.

Die Abgrenzung zwischen Computerprogrammen und digitalen Inhalten sowie zwischen den entsprechenden Schutzregimen mag theoretisch klar sein. Dennoch kommt es zu Überlappungen. Insbesondere können in ein Computerprogramm digitale Inhalte eingebunden sein. Computerspiele enthalten beispielsweise oft aufwändig produzierte Video- oder Audiosequenzen. Sie können insbesondere als Filmwerke durch das reguläre Urheberrecht (§ 2 Abs. 1 Nr. 2, 6 UrhG) geschützt sein.<sup>49</sup> Dieser Schutz tritt kumulativ neben den Schutz des Computerprogramms durch §§ 69a ff. UrhG.<sup>50</sup>

### 3. Grenzfall Benutzeroberfläche

An einem konkreten Grenzfall zwischen Computerprogramm und sonstigem digitalen Inhalt hat der EuGH die Abgrenzung beider Schutzregime verdeutlicht. Die Entscheidung betraf den Schutz der Benutzeroberfläche eines Computerprogramms.

Der EuGH lehnte einen Schutz der Benutzeroberfläche als Teil des Computerprogramms ab. Er hob hervor, dass Computerprogramme gemäß Art. 1 Abs. 1 Computerprogramm-RL-1991 „als literarische Werke“ geschützt seien.<sup>51</sup> Den urheberrechtlichen Schutz der Richtlinie verdienten daher der Quellcode und der Objektcode eines Computerprogrammes. Geschützt seien nur Ausdrucksformen

<sup>45</sup> Siehe dazu oben bei S. 341 f.

<sup>46</sup> EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 – *UsedSoft*, Rn. 56; EuGH v. 23.1.2014 – C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 – *Nintendo*, Rn. 23.

<sup>47</sup> EuGH v. 23.1.2014 – C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 – *Nintendo*, Rn. 22 f.

<sup>48</sup> *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 2 UrhG Rn. 46 und 113.

<sup>49</sup> BGH v. 12.7.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 – *Alone in the Dark*, Rn. 14; *Bullinger*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 2 UrhG Rn. 129.

<sup>50</sup> Entsprechend zu den europarechtlichen Grundlagen: EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 – *UsedSoft*, Rn. 56; EuGH v. 23.1.2014 – C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 – *Nintendo*, Rn. 22 f.

<sup>51</sup> EuGH v. 22.12.2010 – C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, Slg. 2010, I – *Bezpečnostní softwarová asociace (BSA)*, Rn. 31–33.

des Programms, deren Vervielfältigung zur Vervielfältigung des Programmcodes führen würde und so den Computer zur Ausführung seiner Funktionen veranlassen könnten.<sup>52</sup> Die Benutzeroberfläche sei demgegenüber nur eine Schnittstelle, welche die Kommunikation des Nutzers mit dem Programm und damit die Nutzung des Programms – nicht jedoch dessen Vervielfältigung – ermögliche.<sup>53</sup> Die Benutzeroberfläche sei demnach keine Ausdrucksform eines Computerprogramms und genieße nicht den spezifischen Schutz durch das Urheberrecht für Computerprogramme.<sup>54</sup>

Allerdings könne die Benutzeroberfläche dem allgemeinen Urheberrecht nach der InfoSoc-RL<sup>55</sup> unterfallen, jedoch nur, wenn es sich bei der Benutzeroberfläche um ein Original im Sinne einer geistigen Schöpfung des Urhebers handle.<sup>56</sup> Das Kriterium der Originalität sei nicht erfüllt, wenn der Ausdruck der Komponenten durch ihre technische Funktion vorgegeben sei, da in diesem Fall Idee und Ausdruck zusammenfielen und dem Urheber keinen Raum ließen, seinen schöpferischen Geist in origineller Weise zum Ausdruck zu bringen und zu einem Ergebnis zu gelangen, das eine eigene geistige Schöpfung dieses Urhebers darstelle.<sup>57</sup>

#### 4. Vernetzte Geräte

Bei vernetzten Geräten kommen Computerprogramme zum Einsatz, die in dem Gerät integriert sind und den Schutz der §§ 69a ff. UrhG genießen können.<sup>58</sup> Auf ihnen liegt der Fokus der folgenden Betrachtung. Dies soll nicht in Abrede stellen, dass es auch bei vernetzten Geräten möglich ist, dass urheberrechtlich geschützte digitale Inhalte in die Bedienung eingebunden sind oder anderweitig auf dem Gerät gespeichert oder wiedergegeben werden können.<sup>59</sup>

Bei vernetzten Geräten dürften digitale Inhalte, an denen der Anbieter das Urheberrecht innehat, jedoch häufig nur eine geringe Rolle spielen. Die Betriebssoftware

<sup>52</sup> EuGH v. 22.12.2010 – C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, Slg. 2010, I – *Bezpečnostní softwarová asociace (BSA)*, Rn. 34–38; EuGH v. 2.5.2012 – C-406/10, ECLI:EU:C:2012:259 – *SAS Institute*, Rn. 35–38.

<sup>53</sup> EuGH v. 22.12.2010 – C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, Slg. 2010, I – *Bezpečnostní softwarová asociace (BSA)*, Rn. 40f.

<sup>54</sup> EuGH v. 22.12.2010 – C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, Slg. 2010, I – *Bezpečnostní softwarová asociace (BSA)*, Rn. 42.

<sup>55</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. 2001 L 167/10.

<sup>56</sup> EuGH v. 16.7.2009 – C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, Slg. 2009, I – *Infopaq International*, Rn. 35–37; EuGH v. 22.12.2010 – C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, Slg. 2010, I – *Bezpečnostní softwarová asociace (BSA)*, Rn. 44–46.

<sup>57</sup> EuGH v. 22.12.2010 – C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, Slg. 2010, I – *Bezpečnostní softwarová asociace (BSA)*, Rn. 48–50.

<sup>58</sup> *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 375.

<sup>59</sup> Vgl. EuGH v. 16.7.2009 – C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, Slg. 2009, I – *Infopaq International*, Rn. 35–37; EuGH v. 22.12.2010 – C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, Slg. 2010, I – *Bezpečnostní softwarová asociace (BSA)*, Rn. 48–50; EuGH v. 23.1.2014 – C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 – *Nintendo*, Rn. 22f.; *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 375.

ist bei solchen Geräten oft schlicht gehalten. Bei Geräten, die mittels eines Akkus oder einer Batterie betrieben werden, ergibt sich dies bereits aus der Notwendigkeit, den Stromverbrauch des Geräts zu reduzieren. Eine schlichte Gestaltung der Software dient daneben auch dem Zweck, die vernetzten Geräte unauffällig in die alltägliche Umwelt des Nutzers zu integrieren. Aufwändige Audio- oder Videosequenzen würden diesem Zweck meist zuwiderlaufen und dürften daher selten vorkommen. Auch Benutzeroberflächen werden häufig nicht die für einen urheberrechtlichen Schutz erforderliche Originalität aufweisen, da sie vielfach durch ihre technische Funktionsweise geleitet sein werden und die technischen Rahmenbedingungen – etwa die geringe Größe eines Displays – der Gestaltungsfreiheit Grenzen setzen.<sup>60</sup>

### III. Privater Werkgenuss und Vervielfältigungsrecht des Urhebers

Urheber eines Computerprogramms haben gemäß § 69c Nr. 1 UrhG (entsprechend § 16 UrhG bei digitalen Inhalten) das ausschließliche Recht, das im Gerät integrierte Computerprogramm zu vervielfältigen. Dieses Recht ist für die urheberrechtliche Perspektive auf den Gebrauch vernetzter Geräte von besonderer Bedeutung. Zwar gewährt § 16 UrhG ein entsprechendes ausschließliches Vervielfältigungsrecht auch bei analogen Werken. Wegen ihrer technischen Spezifika hat das Vervielfältigungsrecht des Urhebers bei digitalen Werken jedoch eine deutlich weitreichendere Bedeutung. So ist anders als bei analogen Werken (dazu unter 1.) jeder private Gebrauch von Computerprogrammen (dazu unter 2.) sowie von digitalen Inhalten (dazu unter 3.) urheberrechtlich relevant.

#### 1. Analoge Werke

§ 16 UrhG gibt Urhebern das ausschließliche Recht, ein geschütztes Werk zu vervielfältigen. Auch nur vorübergehende Vervielfältigungen unterliegen diesem Recht. Teilweise Vervielfältigungen unterfallen § 16 UrhG, wenn der vervielfältigte Teil selbst die Voraussetzungen der §§ 1 ff. UrhG erfüllt, selbst also eine geistige Schöpfung darstellt.<sup>61</sup>

Eine Vervielfältigung nach § 16 UrhG muss nicht in derselben Gestalt vorliegen, wie das vervielfältigte Werk. Es reicht, wenn eine Vervielfältigung das Werk menschlichen Sinnen mittelbar oder unmittelbar zugänglich macht.<sup>62</sup> Erfasst sind allerdings nur körperliche Vervielfältigungen eines Werks.<sup>63</sup> Zu solchen kommt es

<sup>60</sup> Vgl. EuGH v. 22.12.2010 – C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, Slg. 2010, I – *Bezpečnostní softwarová asociace (BSA)*, Rn. 48–50.

<sup>61</sup> Heerma, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 16 UrhG Rn. 5f.; EuGH v. 16.7.2009 – C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, Slg. 2009, I – *Infopaq International*, Rn. 35ff.; EuGH v. 4.10.2011 – C-403, 429/08, GRUR 2012, 156 – *Football Association Premier League*, Rn. 156.

<sup>62</sup> Heerma, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 16 UrhG Rn. 4f.

<sup>63</sup> Heerma, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 16 UrhG Rn. 4.

beim Konsum analoger Werke indes nicht. Ein Buch kann gelesen, eine CD angehört werden, ohne dass es zu einer Vervielfältigung kommt und ohne dass es daher einer Lizenz oder einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfte. Der rein private Konsum analoger Werke, der sogenannte Werkgenuss, ist daher nicht urheberrechtlich relevant.<sup>64</sup>

## 2. Computerprogramme

Bei Computerprogrammen stellt sich die Lage im Ergebnis anders dar. § 69c Nr. 1 UrhG gibt dem Urheber eines Computerprogramms das ausschließliche Recht, das Computerprogramm dauerhaft oder vorübergehend, ganz oder teilweise zu vervielfältigen. Auch § 69c Nr. 1 UrhG bezieht sich dabei nur auf körperliche Vervielfältigungen des Werks. Aufgrund des technischen Ablaufs des Gebrauchs eines Computerprogramms hat dieses Recht bei Computerprogrammen aber eine gänzlich andere Bedeutung als bei analogen Werken.

Bei jeder Benutzung eines Computerprogramms werden zumindest Teile des Binärcodes in den Arbeitsspeicher kopiert. Damit kommt es zu einer körperlichen Vervielfältigung im Sinne des § 69c Nr. 1 UrhG.<sup>65</sup> Auch wenn die Kopien im Arbeitsspeicher regelmäßig nur vorübergehend bestehen, gewinnt so jeder Gebrauch eines Computerprogramms urheberrechtliche Relevanz.<sup>66</sup> Er bedarf der Zustimmung des Rechteinhabers oder einer gesetzlichen Grundlage.<sup>67</sup> Damit reicht der Schutz von Computerprogrammen deutlich weiter als der Schutz analoger Werke.

Dieser weitgehende Schutz des Urheberrechts an Computerprogrammen entspricht dem Willen des Gesetzgebers<sup>68</sup> und spiegelt sich auch im Normtext. § 69c Nr. 1 UrhG stellt sogar ausdrücklich klar, dass eine Vervielfältigung auch dann der Zustimmung des Rechtsinhabers bedarf, wenn sie für „das Laden, Anzeigen, Ablaufen, Übertragen oder Speichern des Computerprogramms“ erforderlich ist. Keine Vervielfältigung stellt demgegenüber der Programmablauf an sich dar, also das Abarbeiten der Steuerungsbefehle im Prozessor.<sup>69</sup> Auch die Darstellung auf dem Bildschirm ist mangels Verkörperung keine Vervielfältigung des Computerprogramms.<sup>70</sup>

<sup>64</sup> Siehe nur *Schulze*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG<sup>7</sup>, § 15 UrhG Rn. 20; *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht<sup>5</sup>, § 15 UrhG Rn. 10; vgl. auch BGH v. 4.10.1990 – I ZR 139/89, NJW 1991, 1231 – *Betriebssystem*, 1234.

<sup>65</sup> *Grützmaker*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht<sup>5</sup>, § 69c UrhG Rn. 5; *Zech*, Information als Schutzgegenstand, 339. Siehe zu den technischen Grundlagen oben bei S. 341 ff.

<sup>66</sup> BGH v. 6.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 – *World of Warcraft I*, Rn. 38. Vor der Umsetzung der Computerprogramm-RL-1991 hatte der BGH die Nutzung von Computerprogrammen – entsprechend der Nutzung sonstiger Werke – noch als urheberrechtlich irrelevant angesehen: BGH v. 4.10.1990 – I ZR 139/89, NJW 1991, 1231 – *Betriebssystem*, 1234.

<sup>67</sup> Vgl. dazu BGH v. 6.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 – *World of Warcraft I*, Rn. 39 ff. und 53 ff.

<sup>68</sup> Vgl. *Deutscher Bundestag*, BT-Drs. 12/4022, 1992, 11.

<sup>69</sup> *Grützmaker*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht<sup>5</sup>, § 69c UrhG Rn. 7; *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 1558.

<sup>70</sup> BGH v. 6.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 – *World of Warcraft I*, Rn. 38; *Grützmaker*,

Nicht nur beim privaten Werkgenuss birgt das Vervielfältigungsrecht bei Computerprogrammen Besonderheiten. Anders als bei analogen Werken kann vielmehr schon der ursprüngliche Erwerb beziehungsweise die ursprüngliche Installation mit einer Vervielfältigung des Programms verbunden sein.<sup>71</sup> Wird ein Computerprogramm per Download erworben, so stellt dieser Download bereits eine erste Vervielfältigung durch den Erwerber dar. Entsprechend stellt es sich bei der Installation eines Computerprogramms dar, das auf einem Datenträger erworben wurde.<sup>72</sup> Ist ein Programm demgegenüber bereits in der Hardware vorinstalliert, so kommt es zu keiner derartigen erwerbsbedingten Vervielfältigung. Erst beim späteren Gebrauch kommt es zu Vervielfältigungen.

### 3. Digitale Inhalte

Bei dem Genuss von digitalen Inhalten entspricht die grundsätzliche urheberrechtliche Relevanz derjenigen bei Computerprogrammen,<sup>73</sup> auch wenn diese Inhalte einem eigenen Regelungsregime unterliegen und – etwa auf der Ebene der Urheberrechtsschranken – erhebliche Unterschiede bestehen.

Auch bei digitalen Inhalten kommt es beim Anzeigen oder Abspielen des Inhalts – also beim Werkgenuss – zu einer zumindest vorübergehenden Kopie des Binärcodes, zumindest im Arbeitsspeicher, teilweise auch in anderen Komponenten, wie etwa der Grafikkarte<sup>74</sup> oder dem Bildschirm<sup>75</sup>. Seit der Umsetzung der Info-Soc-RL ins deutsche Recht<sup>76</sup> im Jahre 2003 stellt § 16 UrhG ausdrücklich klar, dass diese Vervielfältigungen unabhängig davon, ob sie „vorübergehend oder dauerhaft“ sind, dem Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers unterfallen.<sup>77</sup> Die davor bestehende Unklarheit bezüglich der urheberrechtlichen Relevanz von technisch bedingten vorübergehenden Kopien des Binärcodes, wurde damit geklärt.<sup>78</sup> Inzwischen findet sich mit § 44a UrhG lediglich auf der Ebene der Urheberrechtsschranken eine Sonderregel für bestimmte vorübergehende Kopien.

Auch das Herunterladen des digitalen Inhalts oder das Übertragen von einem Datenträger erzeugt im Speicher des Computers eine Kopie des Binärcodes und

---

in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 69c UrhG Rn. 9; *Marly*, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 1558; *Marly*, EuZW 2014, 616, 617f.; siehe jedoch EuGH v. 4.10.2011 – C-403, 429/08, GRUR 2012, 156 – *Football Association Premier League*, Rn. 159 zu flüchtigen Vervielfältigungen von Werkfragmenten im Speicher eines Satellitendecoders und auf einem Fernsehbildschirm.

<sup>71</sup> BGH v. 6.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 – *World of Warcraft I*, Rn. 38.

<sup>72</sup> *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 69c UrhG Rn. 4; vgl. EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 – *UsedSoft*, Rn. 71 und 75 ff.

<sup>73</sup> Vgl. oben bei S. 346 f.

<sup>74</sup> *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 16 UrhG Rn. 17; *Marly*, EuZW 2014, 616, 617f.

<sup>75</sup> *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 16 UrhG Rn. 17.

<sup>76</sup> Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 10.9.2003, BGBl. I 2003, 1774.

<sup>77</sup> *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 16 UrhG Rn. 18.

<sup>78</sup> *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 16 UrhG Rn. 18.

stellt damit eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG dar.<sup>79</sup> Das Anzeigen oder Abspielen eines digitalen Inhaltes über einen Bildschirm oder Lautsprecher stellt für sich genommen demgegenüber keine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung des Werkes dar.<sup>80</sup>

#### IV. Zwischenfazit

Meist genießt die in einem vernetzten Gerät integrierte Software urheberrechtlichen Schutz. Digitale Inhalte unterfallen dabei dem gewöhnlichen Urheberrecht. Computerprogramme unterliegen dem besonderen Schutzregime der §§ 69a ff. UrhG. Wie bei analogen Werken umfasst der Urheberrechtsschutz von Software das ausschließliche Recht des Urhebers, das Werk zu vervielfältigen.

Beim Gebrauch von Software hat dieses Recht jedoch eine deutlich größere Tragweite als bei analogen Werken. Bei Software wird nämlich technisch bedingt bei jeder Nutzung der Software zumindest ein Teil des Programmcodes kopiert und damit vervielfältigt. Jeder – auch private – Werkgenuss von Software erhält dadurch urheberrechtliche Relevanz und bedarf einer Lizenz oder einer gesetzlichen Ermächtigung. Dasselbe gilt in Folge auch für den digitalen Gebrauch eines vernetzten Geräts. Auch dieser führt zu einer Vervielfältigung zumindest eines Teils des Programmcodes der im Gerät integrierten Software, insbesondere der Steuerungssoftware. Jeder digitale Gebrauch des Geräts hat damit urheberrechtliche Relevanz. Liegt ihm keine Lizenz oder gesetzliche Ermächtigung zugrunde, verletzt er das Urheberrecht des Anbieters.

Funktionssperren können daher dazu dienen, einen urheberrechtswidrigen Gebrauch durch den Nutzer zu verhindern. Versteht man Funktionssperren in diesem Sinne, kann sich womöglich aus dem Urheberrecht des Anbieters eine Rechtfertigung für Beeinträchtigungen von Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers ergeben, die mit solchen Sperren einhergehen. Das Urheberrecht schützt nämlich Maßnahmen, die der Urheber ergreift, um schon technisch und präventiv Urheberrechtsverletzungen zu verhindern.

<sup>79</sup> Heerma, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht<sup>5</sup>, § 16 UrhG Rn. 16 und 19.

<sup>80</sup> Heerma, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht<sup>5</sup>, § 16 UrhG Rn. 17. Für eine urheberrechtliche Relevanz des Werkgenusses an sich: Schulze, NJW 2014, 721, 721 ff. Vgl. BGH v. 6.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 – *World of Warcraft I*, Rn. 38; Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht<sup>5</sup>, § 69c UrhG Rn. 9; Marly, Hdb Softwarerecht<sup>7</sup>, Rn. 1558; Marly, EuZW 2014, 616, 617 f.; siehe jedoch EuGH v. 4.10.2011 – C-403, 429/08, GRUR 2012, 156 – *Football Association Premier League*, Rn. 159 zu flüchtigen Vervielfältigungen von Werkfragmenten im Speicher eines Satellitendecoders und auf einem Fernsehbildschirm.

## B. Softwaresperren als technische Maßnahmen zum Schutz des Urheberrechts

Das Urheberrecht erkennt das Interesse von Urhebern an, ihr Urheberrecht präventiv vor Verletzungen zu verteidigen. Es schützt Schutzmaßnahmen, wie etwa einen Kopierschutz, die der Urheber einsetzt, um einen urheberrechtswidrigen Gebrauch eines Werkstückes schon technisch unmöglich zu machen (dazu unter I.). Sperren vernetzter Geräte können solche technischen Schutzmaßnahmen darstellen, die einen urheberrechtswidrigen Gebrauch der im Gerät verkörperten Software verhindern. Schränken solche Sperren daher den Gebrauch des Geräts, in der die urheberrechtlich geschützte Software verkörpert ist, derart ein, dass es zu einer Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz am Gerät kommt, so kann die Beeinträchtigung aufgrund des urheberrechtlichen Schutzes der technischen Schutzmaßnahmen als rechtmäßig angesehen werden (dazu unter II.). Dies gilt allerdings nur, wenn der verhinderte Gebrauch tatsächlich urheberrechtswidrig gewesen wäre. Nur dann sind die Schutzmaßnahmen ihrerseits geschützt.

Der Nutzer kann ein urheberrechtliches Nutzungsrecht aus zwei Quellen herleiten: aus einer Lizenz oder einem gesetzlichen Ermächtigungstatbestand. Meist verwendet der Nutzer die verkörperte Software auf Grundlage einer Lizenz, die ihm vom Anbieter eingeräumt wird. Es ist damit von entscheidender Bedeutung, ob den Funktionssperren wirksame Lizenzbeschränkungen zugrunde liegen. Nur wenn die Lizenz wirksam den verhinderten Gebrauch ausschließt, verhindert die Funktionssperre einen urheberrechtswidrigen Gebrauch und ist als technische Schutzmaßnahme gerechtfertigt. Da die Lizenzbeschränkungen regelmäßig in den allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Lizenzvereinbarung enthalten sind, die bei Inbetriebnahme des Geräts geschlossen wird,<sup>81</sup> werden im Folgenden formularmäßige Lizenzbeschränkungen betrachtet und beispielhaft nach ihrer Wirksamkeit untersucht (dazu unter III.).

Wie bereits im Kontext der Einwilligung in eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz argumentiert wurde,<sup>82</sup> sollten technische Schutzmaßnahmen zudem auch Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts berücksichtigen (dazu unter IV.). Eine generelle Verhältnismäßigkeitskontrolle solcher Maßnahmen erscheint demgegenüber nicht angezeigt (dazu unter V.).

Bei der folgenden Analyse wird davon ausgegangen, dass die für den digitalen Gebrauch des Geräts erforderliche Bedienungssoftware als Computerprogramm gemäß §§ 69a ff. UrhG urheberrechtlich geschützt ist und dass der Anbieter das Urheberrecht oder zumindest eine ausschließliche Nutzungslizenz an der Bedienungssoftware innehat. Sofern somit im Folgenden vom Urheber gesprochen wird, handelt es sich dabei gleichsam um den Anbieter.

---

<sup>81</sup> Siehe dazu oben bei S. 281 ff.

<sup>82</sup> Siehe oben bei S. 330 ff.

## I. Schutz technischer Schutzmaßnahmen

Software kann leicht und ohne Nachteile für den Erstnutzer kopiert werden. Mit besonderer Leichtigkeit ist daher bei digitalen Werkstücken eine Verletzung des Urheberrechts durch eine unzulässige Vervielfältigung und Verbreitung des Programmcodes möglich. Das Urheberrecht erkennt daher an, dass Urheber bei der Gestaltung von Produkten, bei deren Gebrauch urheberrechtlich geschützte Software zum Einsatz kommt, zum Schutz ihres Urheberrechts technische Schutzmaßnahmen vorsehen können (bspw. Kopierschutz), die eine Urheberrechtsverletzung schon technisch unmöglich machen. Das Urheberrecht erlaubt solche Schutzmaßnahmen nicht explizit, schützt sie jedoch vor Umgehungsversuchen. Zunächst wurde der Schutz durch Art. 7 Abs. 1 lit. c Computerprogramm-RL-1991 – umgesetzt in § 69f Abs. 2 UrhG – für Maßnahmen zum Schutz des Urheberrechts an Computerprogrammen eingeführt. Durch Art. 6 InfoSoc-RL – umgesetzt in § 95a UrhG – wurde auch im Hinblick auf sonstige Werke ein Schutz vor Umgehung solcher Schutzmaßnahmen eingeführt.<sup>83</sup>

Gemäß § 69f Abs. 2, Abs. 1 UrhG hat der Urheber eines Computerprogramms einen Anspruch auf Vernichtung von rechtswidrigen Mitteln, die allein dazu bestimmt sind, die unerlaubte Beseitigung oder Umgehung technischer Programmschutzmechanismen zu erleichtern.<sup>84</sup> Für andere Werkgattungen sieht § 95a Abs. 1 UrhG vor, dass wirksame technische Maßnahmen zum Schutz eines geschützten Werks nicht umgangen werden dürfen. §§ 108b, 111a UrhG erklären Verstöße gegen diese Vorgabe unter bestimmten Umständen zu einer Straftat beziehungsweise Ordnungswidrigkeit.

§ 69f Abs. 2 UrhG sowie § 95a Abs. 1 UrhG schützen technische Schutzmaßnahmen vor einer Umgehung. Sie stärken damit die Effektivität solcher Maßnahmen. Eine explizite Erlaubnis technischer Schutzmaßnahmen enthalten die Vorschriften nicht. Sie basieren vielmehr auf der Prämisse, dass solche Schutzmaßnahmen als Teil der Produktgestaltung durch den Urheber ohnehin zulässig sind und keiner Erlaubnis bedürfen.<sup>85</sup> Die Vorschriften schränken stattdessen umgekehrt die Freiheiten des Eigentümers oder Besitzers eines Werkstückes im Umgang mit diesem Werkstück ein.

Technische Schutzmaßnahmen können sehr unterschiedliche Form annehmen. Der Begriff umfasst all solche Vorrichtungen, die einen Gebrauch des Werkstücks verhindern, der eine Urheberrechtsverletzung darstellen würde. Die Maßnahmen können auf der Ebene der Software oder der Hardware wirken. Beispielhaft zu nennen sind Vorkehrungen in der Verwaltung der digitalen Zugriffsrechte (sog. *di-*

<sup>83</sup> Wandtke/Obst, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht<sup>5</sup>, § 95a UrhG Rn. 1; König, NJW 1995, 3293, 3294.

<sup>84</sup> Vgl. Grützmacher, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht<sup>5</sup>, § 69f UrhG Rn. 13; König, NJW 1995, 3293, 3294.

<sup>85</sup> Vgl. BGH v. 3.6.1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684, 2684 f.; BGH v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004, 2005.

digital rights management), zeitabhängige Softwaresperren, Routinen zur Abfrage der Nutzerzahl oder Kopierschutzmechanismen.<sup>86</sup> Auch Softwaresperren bei vernetzten Geräten stellen technische Schutzmaßnahmen dar, wenn sie einen Gebrauch der Software verhindern sollen, zu dem der Nutzer aus urheberrechtlicher Perspektive nicht berechtigt ist.<sup>87</sup>

Dass Softwaresperren bei vernetzten Geräten zulässige technische Schutzmaßnahmen darstellen können, deutet auf einen möglichen Konflikt zwischen dem Zuweisungsgehalt des Sachenrechts und des Urheberrechts hin. Das Sachenrecht schützt den Nutzer im Hinblick auf den in der Sache angelegten Gebrauch, zu dem auch der Gebrauch der in der Sache verkörperten Software zählt. Sofern diese Software jedoch urheberrechtlich geschützt ist, erhält jeder digitale Gebrauch des Geräts eine urheberrechtliche Relevanz.

Es ist nicht ungewöhnlich, dass bezüglich einer Sache, die im Eigentum einer Person steht, einer anderen Person ein urheberrechtlicher Schutz zukommt, der die Freiheit des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, einschränkt. Auch bei Büchern oder Tonträgern ist dies regelmäßig der Fall. Im Gegensatz zu Software ist bei analogen Werkstücken allerdings nur ein Teil der Gebrauchsmöglichkeiten der Sache urheberrechtlich relevant – etwa das Kopieren (§ 16 UrhG) oder öffentliche Vortragen, Vorführen oder Aufführen (§ 18 UrhG). Konflikte zwischen dem Urheberrecht und dem Recht des Eigentümers beziehungsweise Besitzers auf Gebrauch der Sache sind bei Geräten mit digitaler Infrastruktur somit ihrem Wesen nach nicht neuartig. Sie sind aber präsenter, da jeder private Gebrauch von Software urheberrechtlich relevant ist und somit eine Lizenz oder einen gesetzlichen Ermächtigungstatbestand voraussetzt.

Bei analogen Werkstücken setzt das Urheberrecht dem Gebrauch der Sache zudem lediglich rechtliche Grenzen – das Kopieren eines Buchs bleibt tatsächlich möglich, auch wenn es gegen das Urheberrecht verstößt. Softwaresperren schränken demgegenüber die tatsächliche Funktionsfähigkeit der Sache ein. Softwaresperren können dadurch sachenrechtliche Rechtspositionen beeinträchtigen. Es stellt sich daher die Frage, inwiefern beide Positionen – sachenrechtlicher Schutz und Zulässigkeit technischer Schutzmaßnahmen – in Einklang zu bringen sind.

## II. Rechtfertigung von Eigentums- und Besitzbeeinträchtigungen

Die Zulässigkeit technischer Schutzmaßnahmen zum Schutz des Urheberrechts kann als Schranke des sachenrechtlichen Schutzes von Werkstücken verstanden werden. Technische Schutzmaßnahmen sind demnach zum Schutz des Urheberrechts zulässig, selbst wenn sie die Funktionsfähigkeit des betroffenen Werkstücks in einer Weise beeinträchtigen, die eine Beeinträchtigung des Zuweisungsgehalts

---

<sup>86</sup> Vgl. *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 69f UrhG Rn. 14.

<sup>87</sup> Consumers International, *Testing our trust*, 2017, 12.

von Besitz oder Eigentum darstellt. Der Urheber darf tatsächliche Schutzmaßnahmen auch dann ergreifen, wenn sie – sofern sie durch eine andere Person oder jenseits des Urheberrechtsschutzes ergriffen würden – eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung darstellen würden. Das Urheberrecht, das durch die tatsächliche Schutzmaßnahme geschützt wird, lässt die Beeinträchtigung des sachenrechtlichen Schutzes als rechtmäßig erscheinen.

Im Gegensatz zu einer Rechtfertigung durch eine Einwilligung ergibt sich die Rechtfertigung der Beeinträchtigung sachenrechtlichen Schutzes bei einer zulässigen technischen Schutzmaßnahme aus dem Gesetz. Sie findet ihren Grund im Urheberrecht, das dem Urheber von Gesetzes wegen zusteht, und nicht in der privatautonomen Einwilligung in die Beeinträchtigung von Eigentum oder Besitz. Eine Beeinträchtigung des Besitzes oder Eigentums ist somit durch das Gesetz gestattet. Sofern eine Softwaresperre eine zulässige technische Schutzmaßnahme darstellt, scheidet damit auch eine verbotene Eigenmacht im Sinne des § 858 BGB aus.

Die technischen Schutzmaßnahmen leiten ihre Rechtfertigungswirkung aus dem Urheberrecht an der im Gerät verkörperten Software her, die sie verteidigen. Die Beeinträchtigung der sachenrechtlich geschützten Funktionsfähigkeit der Sache ist rechtmäßig, da der verhinderte Gebrauch urheberrechtswidrig wäre. Damit ist jedoch gleichsam die Grenze einer solchen Rechtfertigung angesprochen: Eine Beeinträchtigung sachenrechtlicher Schutzpositionen ist nur dann als zulässige technische Schutzmaßnahme gerechtfertigt, wenn der verhinderte Gebrauch urheberrechtswidrig gewesen wäre.<sup>88</sup> Begründen kann man dies unter anderem damit, dass technische Schutzmaßnahmen verhältnismäßig sein müssen.<sup>89</sup> Technische Schutzmaßnahmen sind daher nur geschützt, soweit sie zum Schutz vor einer Urheberrechtsverletzung geeignet und erforderlich sind.<sup>90</sup> Ein Gebrauch der nicht urheberrechtswidrig gewesen wäre, kann daher nur unterbunden werden, wenn es technisch unvermeidbar ist, neben urheberrechtswidrigem Gebrauch auch einen solchen einzuschränken, der keiner Erlaubnis des Urhebers bedarf.<sup>91</sup> Wegen der Möglichkeit einer Feinsteuerung von Softwaresperren bei vernetzten Geräten wird dies höchstens ausnahmsweise der Fall sein. Funktionssperren bei vernetzten Geräten zeichnen sich schließlich gerade dadurch aus, dass sie sehr zielgerichtet eingesetzt werden können.

Im Hinblick auf eine drohende unzulässige Vervielfältigung der Software, die mit dem Gebrauch des Geräts einhergeht, ist eine Softwaresperre damit nur dann als technische Schutzmaßnahme geschützt, wenn es beim Gebrauch der gesperrten Software zu einer urheberrechtswidrigen Vervielfältigung des Programmcodes

<sup>88</sup> Vgl. zu technischen Schutzmaßnahmen nach Art. 6 InfoSoc-RL – umgesetzt in § 95a UrhG: EuGH v. 23.1.2014 – C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 – *Nintendo*, Rn. 25 und 30f.; ausführlicher EuGH v. 19.9.2013 – C-355/12, ECLI:EU:C:2013:581 – *Nintendo – Schlussanträge*, Rn. 50ff.

<sup>89</sup> Vgl. ErwGr. 48 InfoSoc-RL sowie § 96 Abs. 4 UrhG in Verbindung mit § 69f Abs. 1 S. 2 UrhG.

<sup>90</sup> Vgl. EuGH v. 23.1.2014 – C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 – *Nintendo*, Rn. 30ff.; ausführlicher EuGH v. 19.9.2013 – C-355/12, ECLI:EU:C:2013:581 – *Nintendo – Schlussanträge*, Rn. 50ff.

<sup>91</sup> EuGH v. 19.9.2013 – C-355/12, ECLI:EU:C:2013:581 – *Nintendo – Schlussanträge*, Rn. 50ff.

kommen würde. Wird daher etwa ein gesamtes Gerät gesperrt, obwohl lediglich bezüglich eines konkreten Computerprogramms eine urheberrechtliche Nutzungsberechtigung fehlt, scheidet eine Rechtfertigung der Beeinträchtigung weitgehend aus. Eine so weitreichende Sperre ist für den Schutz des Urheberrechts nicht erforderlich. Nur im Hinblick auf die Software, bezüglich derer eine Nutzungsberechtigung fehlt, wäre die Beeinträchtigung gerechtfertigt. Entscheidend ist damit, inwieweit der Nutzer zu einer Nutzung der integrierten Software urheberrechtlich berechtigt ist.

### *III. Urheberrechtswidrigkeit des Gebrauchs vernetzter Geräte*

Ein Nutzungsrecht kann sich grundsätzlich aus einer Lizenz oder einem gesetzlichen Ermächtigungstatbestand ergeben. Meist beruht der Gebrauch durch den Nutzer eines vernetzten Geräts auf einer Lizenz für die Nutzung der im Gerät integrierten Software. Die folgende Betrachtung konzentriert sich daher auf einen solchen Gebrauch auf Grundlage einer Lizenz.<sup>92</sup> Da die Lizenz regelmäßig bei Inbetriebnahme des Geräts im Rahmen einer Endnutzerlizenzvereinbarung erteilt wird, ist für die Reichweite dieser Lizenz die Wirksamkeit formularmäßiger Lizenzbeschränkungen entscheidend. Beispielhaft werden solche Beschränkungen im Folgenden untersucht.

#### *1. Wirksamkeit formularmäßiger Lizenzbeschränkungen*

Bei der Inbetriebnahme des vernetzten Geräts schließt der Nutzer meist einen Vertrag mit dem Anbieter über die Bereitstellung digitaler Dienste ab.<sup>93</sup> In diesem Zusammenhang kommt es größtenteils auch zum Abschluss eines Lizenzvertrags (Endnutzerlizenzvereinbarung), bei dem die Lizenzbedingungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind. Damit es zu einem Vertragsschluss und einer wirksamen Einbeziehung der allgemeinen Geschäftsbedingungen kommt, muss der Anbieter verschiedene Voraussetzungen erfüllen. Insbesondere muss er, wenn es sich bei dem Nutzer um einen Verbraucher handelt, gemäß § 305 Abs. 2 BGB auf die allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweisen und dem Nutzer die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Abhängig von der Art des vernetzten Geräts können die Erfordernisse allein

---

<sup>92</sup> Als gesetzliche Grundlage kommt insbesondere § 69d Abs. 1 UrhG infrage, nach dem Vielfältigungen des Computerprogramms grundsätzlich urheberrechtsfrei sind, wenn sie zur „bestimmungsgemäß[en] Benutzung des Computerprogramms [...] notwendig sind“. Diese Urheberrechtsschranke steht allerdings unter dem Vorbehalt „besondere[r] vertragliche[r] Bestimmungen“. Auch in diesem Kontext stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit von formularmäßigen Einschränkungen.

<sup>93</sup> Siehe dazu oben bei S. 281 ff.

mittels des Geräts oder durch ergänzende Zuhilfenahme eines Computers oder Smartphones erfüllt werden.<sup>94</sup>

Die dem Nutzer eingeräumte Lizenz kann Beschränkungen vorsehen, die die Grundlage für eine Softwaresperre als technische Schutzmaßnahme legen. Denkbar ist beispielsweise, dass die Lizenz befristet erteilt wird, dass die Lizenz nicht übertragbar ist und dass die Lizenz auf den Fall bedingt ist, dass Zahlungspflichten für die Nutzung des Geräts beziehungsweise für die Bereitstellung digitaler Dienste erfüllt werden.<sup>95</sup> Grundsätzlich steht es dem Urheber frei, Lizenzen zu beschränken. Als Rechteinhaber kann er entscheiden, inwiefern er anderen Nutzungsrechte an seinem Werk einräumt. Umfang und Inhalt der vertraglichen Einräumung von urheberrechtlichen Nutzungsrechten stehen grundsätzlich zur Disposition der Vertragsparteien.<sup>96</sup> Inwiefern und nach welchem Maßstab formularmäßige Lizenzbeschränkungen dennoch einer AGB-Kontrolle unterliegen, ist umstritten.

#### a) Zweckübertragungslehre als gesetzliches Leitbild

Bei reinen Lizenzverträgen stellt die Übertragung der Nutzungsrechte die Hauptleistung seitens des Rechteinhabers dar.<sup>97</sup> Unter anderem aus diesem Grund spricht sich der Bundesgerichtshof dagegen aus, die Reichweite der formularmäßigen Rechteübertragung einer AGB-Kontrolle zu unterwerfen.

Insbesondere will er die Reichweite einer Lizenz nicht an § 31 Abs. 5 UrhG messen und der dort kodifizierten Zweckübertragungslehre, also dem Grundsatz, dass sich der Umfang der übertragenen Nutzungsrechte aus dem Vertragszweck ergibt und der Urheber nicht mehr Nutzungsrechte übertragen will als für diesen Zweck erforderlich.<sup>98</sup> Diese Regel stelle laut Bundesgerichtshof kein vertragliches Leitbild im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar, sondern lediglich eine Auslegungsregel bei Zweifeln bezüglich der Reichweite der Rechteübertragung. Als Auslegungsregel habe sie nur eine Ersatzfunktion bei Unklarheiten bezüglich des Vertragsinhalts, belasse den Vertragsparteien aber ihre Vertragsfreiheit.<sup>99</sup> Zudem richte sich der Maßstab der Zweckübertragungslehre und des § 31 Abs. 5 UrhG nach dem Zweck des konkreten Vertrags. Wegen der Vielfalt an Lizenzverträgen sei die für eine AGB-Kontrolle notwendige typisierende Betrachtung eines übergreifenden

<sup>94</sup> Siehe dazu oben bei S. 296 f.

<sup>95</sup> Vergleiche oben bei S. 307 ff.

<sup>96</sup> BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 – *Honorarbedingungen Freie Journalisten*, Rn. 17.

<sup>97</sup> BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 – *Honorarbedingungen Freie Journalisten*, Rn. 18; vgl. *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht<sup>10</sup>, Rn. 1198.

<sup>98</sup> Zur Definition: *Wandtke/Grunert*, in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, § 31 UrhG Rn. 39.

<sup>99</sup> BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 – *Honorarbedingungen Freie Journalisten*, Rn. 17; BGH v. 18.2.1982 – I ZR 81/80, GRUR 1984, 45 – *Honorarbedingungen Sendevertrag*, 48 f.; BGH v. 22.9.1983 – I ZR 40/81, GRUR 1984, 119 – *Synchronisationssprecher*, 120.

Leitbilds auf Grundlage der Zweckübertragungslehre nicht möglich.<sup>100</sup> Auch deshalb eignet sich die Zweckübertragungslehre nicht als gesetzliches Leitbild für Lizenzverträge im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.

In der Literatur wird demgegenüber dem § 31 Abs. 5 UrhG ein gesetzlicher Leitbildcharakter zugeschrieben.<sup>101</sup> Die Vorschrift stehe im Rahmen der AGB-Kontrolle einer im Hinblick auf den Geschäftszweck unangemessenen Rechteübertragung entgegen. Auch nach diesem Ansatz soll eine Inhaltskontrolle der Reichweite der Rechteübertragung jedoch ausscheiden, wenn es sich bei der Rechteübertragung um die Hauptleistungspflicht des Vertrags, in dem die Lizenzbedingungen enthalten sind, handelt und nicht lediglich eine Nebenpflicht.<sup>102</sup>

### b) Leitbild des Gesamtgeschäfts als Maßstab

Beim Erwerb vernetzter Geräte stehen die genannten Zweifel einer Inhaltskontrolle formularmäßiger Lizenzbeschränkungen nicht entgegen. Wie bereits oben in Bezug auf die Inhaltskontrolle formularmäßiger Einwilligungen in Beeinträchtigungen von Eigentum beziehungsweise Besitz dargelegt wurde, sollte auch bei der Frage nach der Wirksamkeit formularmäßiger Lizenzbeschränkungen das Leitbild des Gesamtgeschäfts zum Erwerb des vernetzten Geräts berücksichtigt werden – ob der Erwerb also insgesamt einem kaufähnlichen oder mietähnlichen Leitbild folgt. Insbesondere muss damit die Natur des Überlassungsvertrags berücksichtigt werden, selbst wenn dieser Vertrag nicht mit dem Anbieter geschlossen wird.<sup>103</sup>

Für die Bestimmung des Leitbilds dieses Gesamtgeschäfts wird daher nicht lediglich auf die Zweckübertragungslehre des § 31 Abs. 5 UrhG abgestellt. Es ist damit unerheblich, ob es sich bei dieser Norm um eine reine Auslegungsvorschrift handelt oder ein vertragliches Leitbild. Durch die Einbettung in die Betrachtung des Gesamtgeschäfts wird zudem eine typisierende Betrachtung der Angemessenheit der Rechteübertragung möglich. Die Natur des Vertrags zur Überlassung des Geräts und die mit ihm einhergehende dingliche Position, die dem Nutzer an dem Gerät übertragen wird, geben Orientierung für eine abstrakte Betrachtung auch der Lizenzvereinbarung.

Schließlich stellt die Erteilung einer Lizenz für die Nutzung, insbesondere die Vervielfältigung, der im Gerät integrierten Software im Hinblick auf das Gesamtgeschäft nicht die Hauptleistungspflicht dar. Die Hauptleistungspflichten betreffen seitens des Anbieters die Übergabe und Übereignung des Geräts – bei kaufähnli-

<sup>100</sup> BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 – *Honorarbedingungen Freie Journalisten*, Rn. 15 ff.; ebenfalls kritisch *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>, vor §§ 69a ff. UrhG Rn. 14.

<sup>101</sup> *Berberich*, MMR 2010, 736, 738 f.; zurückhaltend in diese Richtung *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*<sup>10</sup>, Rn. 1197.

<sup>102</sup> *Berberich*, MMR 2010, 736, 738 f.; *Schack*, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*<sup>10</sup>, Rn. 1198.

<sup>103</sup> Siehe dazu oben bei S. 300 ff. Eine Ausnahme stellt es dar, wenn die digitalen Dienste beziehungsweise die überlassene Software den klaren Schwerpunkt des Geschäfts darstellen. Siehe dazu oben bei S. 306 f.

chem Erwerb – beziehungsweise die Gebrauchsüberlassung – bei mietähnlichem Erwerb – sowie die Bereitstellung der digitalen Dienste. Die Berücksichtigung des Gesamtgeschäfts und der am Gerät erworbenen dinglichen Rechtsposition ist für den Ausgleich der Positionen des Urhebers und des an dem Gerät dinglich Berechtigten entscheidend.

Es besteht ein Wechselspiel von Sachenrecht und Urheberrecht, Lizenz und Lizenzbeschränkung, das einen Ausgleich der Positionen der dinglich und urheberrechtlich Berechtigten ermöglicht. Man kann dies mit dem verfassungsrechtlichen Bild der Schranke und Schranken-Schranke beschreiben. Das Urheberrecht und dessen Schutz durch technische Schutzmaßnahmen beschränken zunächst die dingliche Rechtsposition des Nutzers: Ist seine Nutzung urheberrechtswidrig, so ist eine technische Schutzmaßnahme des Urhebers, die eine urheberrechtswidrige Nutzung verhindert, gerechtfertigt, selbst wenn sie zu einer Beeinträchtigung der dinglichen Rechtsposition des Nutzers führt. Umgekehrt beschränkt die dingliche Rechtsposition des Nutzers an dem Gerät wiederum das Urheberrecht des Anbieters: Er kann sich bei einem Zugriff auf das Gerät nur dann auf sein Urheberrecht und die Urheberrechtswidrigkeit der Nutzung berufen, wenn die urheberrechtlichen Nutzungsrechte, die er dem Nutzer eingeräumt hat, mit der dinglichen Rechtsposition an dem Gerät, die er dem Nutzer eingeräumt hat, vereinbar sind. Insofern stellt die dingliche Rechtsposition des Nutzers am Gerät im Hinblick auf den Schutz des Urheberrechts des Anbieters durch zulässige technische Schutzmaßnahmen eine Schranken-Schranke dar.

Auch gegenüber dem Anbieter als Urheber der Software erscheint die mit der Berücksichtigung des Gesamtgeschäfts einhergehende Einschränkung seiner Dispositionsbefugnis über das Urheberrecht gerechtfertigt. Selbst wenn das Gerät über einen Zwischenhändler vertrieben wird und der Anbieter daher nicht Vertragspartei des Vertrags über die Überlassung des Geräts ist, geht das Gesamtbild des Geschäfts dennoch auf seine Produktgestaltung zurück. An ihr richtet sich auch die Vertragsgestaltung des Zwischenhändlers aus. Ob der Anbieter das Gerät mietähnlich oder kaufähnlich überlässt, hat erhebliche Auswirkungen auf die Preisgestaltung und bewirkt insofern eine Selbstbindung des Anbieters, aus der er sich nicht durch eine Veräußerung über einen Zwischenhändler und damit eine personelle Aufspaltung der Vertragsverhältnisse entziehen können sollte.

## 2. Beispielhafte Beschränkungen

Beispielhaft sollen drei formularmäßige Lizenzbeschränkungen betrachtet werden: eine befristete Lizenz, eine nicht übertragbare Lizenz sowie eine auf die Zahlung des Kaufpreises oder des Mietzinses bedingte Lizenz.

Diese Szenarien entsprechen den Konstellationen, die bereits oben im Hinblick auf die Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung als Anlässe von Einschränkungen des vertragsgemäßen Gebrauchs thematisiert wurden.<sup>104</sup> Hier wie

<sup>104</sup> Siehe oben bei S. 308 ff.

dort bezwecken die Klauseln eine Einschränkung des Gebrauchs des vernetzten Geräts seitens des Nutzers. Die Klauseln sind insoweit zumindest aus Sicht des Nutzers funktionsäquivalent. Sie legen die Grundlage für mögliche Rechtfertigungen von sachenrechtlich relevanten Beeinträchtigungen, die mit Funktionssperren einhergehen.

In beiden Kontexten stellt sich die Frage, in welchem Umfang eine Einschränkung der dem Nutzer gemäß dem Leitbild des Gesamtgeschäfts übertragenen dinglichen Rechtsposition angemessen ist und wie weitreichend der Anbieter damit die Freiheit des Nutzers beim Gebrauch der Sache wirksam formularmäßig einschränken kann. Inhaltlich entspricht sich dabei hier wie dort die Bewertung dieser Frage. Die folgende Darstellung konzentriert sich daher darauf, die oben dargestellten Erwägungen<sup>105</sup> auf die Frage der Wirksamkeit formularmäßiger Lizenzbeschränkungen zu übertragen.

#### a) Befristete Lizenz

Bei einem mietähnlichen Gesamtgeschäft ist eine befristete Lizenz<sup>106</sup> unproblematisch. Die grundsätzliche Endlichkeit ist gerade Teil des Leitbildes der Miete als Vertrag über eine vorübergehende Gebrauchsüberlassung.

Bei einem kaufähnlichen Gesamtgeschäft erscheint eine Befristung der Lizenz bezüglich der im Gerät verkörperten Software demgegenüber unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB.<sup>107</sup> Eine nur vorübergehende Berechtigung an der gekauften Sache widerspricht dem Wesen eines Kaufs als Veräußerungsvertrag, aufgrund dessen endgültig dem Käufer das Vollrecht an der Sache übertragen werden soll. Mitunter wird bei kaufähnlichem Erwerb eine befristete Lizenz auch mit dem Verweis auf den Numerus clausus der Sachenrechte abgelehnt. Der Nutzer könne sein Eigentum dauerhaft nicht mehr benutzen, obwohl die Nutzungen nicht im Rahmen eines Nießbrauchs einer anderen Person zugewiesen seien. Dies sei mit fundamentalen Grundprinzipien des Sachenrechts unvereinbar.<sup>108</sup>

Ob der Verweis auf den Numerus clausus der Sachenrechte bezüglich einer Wirksamkeit der Lizenzbeschränkung überzeugt, ist indes zweifelhaft.<sup>109</sup> Beim Urheberrecht handelt es sich schließlich um eine gesetzliche, weitgehend sogar eu-

---

<sup>105</sup> Siehe zur ausführlicheren Begründung oben bei S. 308ff.

<sup>106</sup> Siehe zur ausführlichen Begründung für diese Fälle oben bei S. 308ff. im Kontext der Inhaltskontrolle einer formularmäßigen Einwilligung.

<sup>107</sup> *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 14.

<sup>108</sup> *Wendehorst*, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 14.

<sup>109</sup> Überzeugender könnte es erscheinen, die tatsächliche Einschränkung des Gebrauchs durch die Softwaresperre am Numerus clausus der Sachenrechte zu messen. So ließe sich argumentieren, dass die Softwaresperre den Vertragsklauseln eine quasi dingliche Wirkung eröffnet, die im Sachenrecht nicht vorgesehen ist. Auch diese Betrachtung erscheint jedoch zweifelhaft, da der Numerus clausus rechtliche Befugnisse an einer Sache betrifft und nicht die Zulässigkeit eines tatsächlichen Zugriffs.

roparechtlich vorgesehene Rechtsposition, die bestimmte Nutzungsrechte an Werkstücken dem Urheber ausschließlich zuweist. Derartigen gesetzlichen Schranken des Eigentums steht der Numerus clausus des Sachenrechts nicht entgegen. Die Frage nach der Zulässigkeit von Lizenzbeschränkungen muss sachenrechtliche und urheberrechtliche Wertungen berücksichtigen und in Ausgleich bringen. Ein pauschaler Verweis auf den Numerus clausus der Sachenrechte verkürzt die Betrachtung, da er einseitig das Urheberrecht einem Primat des Sachenrechts unterordnet.

Die Unwirksamkeit einer Befristung der Lizenz an der im Gerät verkörperten Software stellt nicht infrage, dass der Anbieter die Bereitstellung fortdauernder digitaler Dienste befristen kann.<sup>110</sup> Für die Nutzungen dieser Leistungen bedarf es jedoch meist ohnehin keiner Lizenz, da der Nutzer selbst keine Vervielfältigungen der Software erstellt.<sup>111</sup> Damit stellt sich auch nicht die Frage nach einer wirksamen Lizenzbeschränkung.

#### *b) Auf Zahlung bedingte Lizenz*

Wird die Lizenz an der integrierten Software unter die Bedingung der rechtzeitigen Zahlung des Kaufpreises beziehungsweise der Kaufpreisraten gestellt,<sup>112</sup> so ist dies nicht mit der Wertung des § 449 Abs. 2 BGB vereinbar, der vorsieht, dass dem Käufer die Kaufsache und deren Gebrauch auch bei Zahlungsverzug verbleibt, solange der Verkäufer nicht vom gesamten Vertrag zurücktritt. Diesem Leitbild widerspricht es, wenn dem Käufer bei einem Zahlungsverzug zwar die Sache verbleibt, deren Gebrauch jedoch verhindert würde durch eine Lizenzbeschränkung verbunden mit einer entsprechenden Softwaresperre als technische Schutzmaßnahme. Eine solche Lizenzbeschränkung wäre daher nach § 307 Abs. 1 BGB unwirksam.

Bei einem mietähnlichen Geschäft erscheint eine bedingte Lizenz demgegenüber nicht unangemessen. Sie ist vielmehr mit dem Leitbild der Miete als Gebrauchsüberlassung gegen periodisch wiederkehrende Zahlungen vereinbar. Eine bedingte Lizenz und eine entsprechende Softwaresperre stellen bei ausbleibender Mietzahlung ein legitimes Zurückbehaltungsrecht dar.

#### *c) Nicht übertragbare Lizenz*

Eine nicht übertragbare Lizenz<sup>113</sup> bildet die Grundlage für eine Softwaresperre, die in dem Fall eingreift, dass das Gerät an einen Zweitnutzer weitergegeben beziehungsweise weiterveräußert wird. Eine solche Beschränkung betrifft nicht das

<sup>110</sup> Siehe dazu oben bei S. 309f.

<sup>111</sup> Dreier, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG<sup>7</sup>, § 69c UrhG Rn. 8; Conrad u.a., in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Hdb IT- und Datenschutzrecht<sup>3</sup>, Rn. 61 ff.; Wendehorst, Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten, 30.

<sup>112</sup> Siehe zur ausführlichen Begründung für diese Fälle oben bei S. 316ff. im Kontext der Inhaltskontrolle einer formularmäßigen Einwilligung.

<sup>113</sup> Siehe zur ausführlichen Begründung für diese Fälle oben bei S. 312ff. im Kontext der Inhaltskontrolle einer formularmäßigen Einwilligung.

Recht auf Vervielfältigung des Werks (§ 69c Nr. 1 UrhG bzw. § 16 UrhG), sondern das Recht auf Verbreitung des Werks (§ 69c Nr. 3 UrhG bzw. § 17 UrhG).

Bei einem mietähnlichen Gesamtgeschäft stellt eine nicht übertragbare Lizenz keine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 BGB dar. § 540 Abs. 1 BGB schränkt vielmehr schon von Gesetzes wegen die Gebrauchsüberlassung an Dritte ein.

Bei einem kaufähnlichen Geschäft ist eine Beschränkung der Weitergabe des Geräts demgegenüber nicht mit dem Leitbild als Veräußerungsgeschäft vereinbar. Darüber hinaus ist ein Verbot der Weiterveräußerung oder Verleihung des Geräts nicht mit dem Grundsatz der Erschöpfung (§ 69c Nr. 3 S. 2 UrhG bzw. § 17 Abs. 2 UrhG) vereinbar: Der Anbieter hat das vernetzte Produkt und die darin integrierte oder bei Inbetriebnahme heruntergeladene Software im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht. Damit erschöpft sich sein Ausschließlichkeitsrecht im Hinblick auf die Verbreitung dieses Vervielfältigungsstücks mit Ausnahme einer Vermietung.<sup>114</sup> Eine Weitergabe durch den Verkäufer verliert seine urheberrechtliche Relevanz und bedarf keiner Lizenz.<sup>115</sup>

Beschränkt der Anbieter die Lizenz nicht bezüglich der Verbreitung des Geräts, sondern bezüglich der Vervielfältigung durch andere Personen als den Käufer, so ist dies zwar formal betrachtet mit dem Grundsatz der Erschöpfung vereinbar, der lediglich das Verbreitungsrecht nach § 69c Nr. 3 UrhG beziehungsweise § 17 UrhG betrifft.<sup>116</sup> Wird durch die Lizenzbedingungen allerdings lediglich der Käufer zu einer Vervielfältigung berechtigt, ist dies mit dem Leitbild eines Kaufs<sup>117</sup> als Vollrechtsübertragung unvereinbar und stellt zudem eine Umgehung des Erschöpfungsgrundsatzes dar. Ohne eine Vervielfältigung ist der Gebrauch von Software schließlich nicht möglich, sodass ein Verbot der Vervielfältigung durch einen Zweitnutzer effektiv einem Verbreitungsverbot gleichkommt.

---

<sup>114</sup> *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0, 367, 380; vgl. BGH v. 19.3.2015 – I ZR 4/14, NJW 2015, 3576 – *Green-IT*.

<sup>115</sup> Der Unwirksamkeit einer Lizenzbeschränkung bei Weitergabe des Geräts steht auch die Half-Life 2-Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht entgegen. Sie betrifft gerade den Fall, dass eine Weitergabe tatsächlich verhindert wird. Das Verbreitungsrecht war von den tatsächlichen Weitergabehindernissen gerade nicht betroffen: BGH v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661 – *Half-Life 2*, Rn. 20f. Siehe dazu oben bei S. 315f.

<sup>116</sup> *Heerma*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht<sup>5</sup>, § 17 UrhG Rn. 36; *Grützmacher*, in: Wandtke/Bullinger (Hrsg.), Urheberrecht<sup>5</sup>, § 69c UrhG Rn. 46.

<sup>117</sup> Die Berücksichtigung des Gesamtgeschäfts und damit der dinglichen Position, die der Nutzer am vernetzten Gerät erwirbt, führt zur Nichtübertragbarkeit der Half Life 2-Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661 – *Half-Life 2*), die die isolierte Weiterveräußerung von Software betraf. Siehe dazu oben bei S. 315f.

#### IV. Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts als Grenze technischer Schutzmaßnahmen

Wie im Hinblick auf die Zulässigkeit einer formularmäßigen Einwilligung in die Beeinträchtigung sachenrechtlicher Schutzpositionen sollten auch im Hinblick auf die Zulässigkeit von Softwaresperren als rechtmäßige technische Maßnahmen zum Schutz des Urheberrechts Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts berücksichtigt werden.<sup>118</sup> Funktionssperren, die diesen Wertungen widersprechen, wären dann nicht von dem (mittelbaren) Schutz der technischen Schutzmaßnahmen in § 69f UrhG beziehungsweise § 95a UrhG erfasst. Eine urheberrechtliche Rechtfertigung sachenrechtlich relevanter Beeinträchtigungen, die mit den Funktionssperren einhergehen, wäre dann ausgeschlossen.

Für eine Berücksichtigung von Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts sprechen im Rahmen von technischen Schutzmaßnahmen auch §§ 69f Abs. 1 S. 2 und 98 Abs. 4 UrhG. Danach besteht kein Anspruch auf Vernichtung von Mitteln, die allein dazu bestimmt sind, die unerlaubte Beseitigung oder Umgehung technischer Programmschutzmechanismen zu erleichtern, wenn die Vernichtung im Einzelfall unverhältnismäßig ist. Auch das Vollstreckungsrecht berücksichtigt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und setzt ihn insbesondere durch die schulderschützenden konkreten Vorgaben zum Zugriffsobjekt und Vollstreckungsverfahren um.<sup>119</sup>

Eine urheberrechtliche Rechtfertigung von Softwaresperren wäre somit bezüglich solcher Sachen ausgeschlossen, die gemäß § 811 Abs. 1 ZPO unpfändbar sind.<sup>120</sup> Die Wertungen des Erfordernisses der Zustellung des Vollstreckungstitels (§ 750 Abs. 1 ZPO), der Verfügbarkeit von Rechtsbehelfen (insb. §§ 766f. ZPO) und des Verbots der Vollstreckung zu Unzeiten (§ 758a Abs. 4 ZPO) wären bei einer Softwaresperre als technische Schutzmaßnahmen ebenfalls zu berücksichtigen. Umgesetzt werden könnten sie durch einen rechtzeitigen Hinweis auf eine konkret bevorstehende Softwaresperre sowie durch die Möglichkeit, auf angemessene Art und Weise Einwände gegen die Sperre vorzubringen und die Sperrung – für den Fall einer Sperrung zu Unzeiten – vorübergehend aufzuheben.<sup>121</sup>

#### V. Verhältnismäßigkeit technischer Schutzmaßnahmen

Die eben genannten §§ 69f Abs. 1 S. 2, 98 Abs. 4 UrhG, die den Anspruch auf Vernichtung von Mitteln, die allein dazu bestimmt sind, die unerlaubte Beseitigung oder Umgehung technischer Programmschutzmechanismen zu erleichtern, bei Unverhältnismäßigkeit ausschließen, könnten auch weitergehend als generelle Forde-

<sup>118</sup> Siehe zur Begründung oben bei S. 330f.

<sup>119</sup> *Gaul u.a.*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>12</sup>, § 3 Rn. 54.

<sup>120</sup> Siehe dazu oben bei S. 331 ff.

<sup>121</sup> Siehe ausführlicher oben bei S. 333 ff.

nung nach einer Verhältnismäßigkeit von technischen Schutzmaßnahmen verstanden werden.

Für technische Schutzmaßnahmen zum Schutz digitaler Inhalte nach Art. 6 InfoSoc-RL hat der Europäische Gerichtshof ein solches Gebot der Verhältnismäßigkeit technischer Schutzmaßnahmen anerkannt. Geschützt seien nur Schutzmaßnahmen, die für den Schutz des Urheberrechts geeignet und erforderlich sind. Der Gerichtshof bezog sich dabei auf den spezifischen Fall, dass technische Schutzmaßnahmen unverhältnismäßig sein können, weil sie auch Gebrauchsmöglichkeiten verhindern, die keine Urheberrechtsverletzung dargestellt hätten.<sup>122</sup>

Eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit könnte sich demgegenüber auch darauf beziehen, dass die Verhinderung der Urheberrechtsverletzung in unangemessenem Maße den Gebrauch der Sache beeinträchtigt, dass also die Reichweite der Beeinträchtigung des Nutzers nicht im Verhältnis steht zu der geringen Schwere einer drohenden Urheberrechtsverletzung. In diesem Sinne könnte eine Softwaresperre unverhältnismäßig sein, wenn bei der Produktgestaltung der Gebrauch des Geräts künstlich von Software abhängig gemacht würde, um diesen Gebrauch über das Urheberrecht kontrollieren und sperren zu können. Würde daher beispielsweise ein vernetzter Kühlschrank so konstruiert, dass die Kühlung oder gar das Öffnen des Kühlschranks nur mittels urheberrechtlich geschützter Software möglich ist, könnte eine Sperre dieser Funktionen unverhältnismäßig sein, auch wenn es bei der Nutzung der Software, die für die Kühlung oder Türöffnung erforderlich ist, zu einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung der Software kommt. Eine Rechtfertigung der entsprechenden Beeinträchtigung sachenrechtlicher Rechtspositionen würde ausscheiden.

Das Beispiel des Kühlschranks zeigt allerdings die Schwierigkeit eines derart generellen Erfordernisses der Verhältnismäßigkeit technischer Schutzmaßnahmen, das über die vom Europäischen Gerichtshof behandelte Problematik der Beeinträchtigung von Gebrauchsmöglichkeiten, die keine Urheberrechtsverletzung darstellen würden, hinausgeht: Eine generelle Verhältnismäßigkeitskontrolle ist sehr unbestimmt. So lässt sich beispielsweise kaum abstrakt bestimmen, ob eine Funktion eines Geräts künstlich von der Software abhängig gemacht wird. Auch ist schwierig zu beschreiben, wie schwer die Beeinträchtigung des Urheberrechts wiegt. Gedanken der Verhältnismäßigkeit sollten daher nicht durch eine abstrakte Verhältnismäßigkeitskontrolle berücksichtigt werden, sondern im Rahmen der Inhaltskontrolle formularmäßiger Lizenzbeschränkungen und durch eine Beachtung konkreter Ausgestaltungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips etwa im Zwangsvollstreckungsrecht.<sup>123</sup> Wegen der funktionellen Vergleichbarkeit zwischen Maßnahmen der Zwangsvollstreckung und Softwaresperren als Maßnahmen der privaten

<sup>122</sup> EuGH v. 23.1.2014 – C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 – *Nintendo*, Rn. 30f.; ausführlicher EuGH v. 19.9.2013 – C-355/12, ECLI:EU:C:2013:581 – *Nintendo* – *Schlussanträge*, Rn. 50ff.; vgl. ErwGr. 48 InfoSoc-RL. Siehe dazu bereits oben bei S. 356 f.

<sup>123</sup> Ebenfalls kritisch zu einer unmittelbaren Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit im Zwangsvollstreckungsrecht: *Gaul u.a.*, Zwangsvollstreckungsrecht<sup>12</sup>, § 3 Rn. 46 ff.

Rechtsdurchsetzung dürfte eine Berücksichtigung schuldnerschützender Vorschriften des Vollstreckungsrechts dem Verhältnismäßigkeitsprinzip angemessene und ausreichende Berücksichtigung zukommen lassen.

### C. Fazit

Wegen der technischen Funktionsweise von Software hat der digitale Gebrauch eines vernetzten Geräts vielfach urheberrechtliche Relevanz. Dies ergibt sich daraus, dass für die Nutzung von Software zumindest Teile der Software aus dem Langzeitspeicher, in dem die Software gespeichert ist, in den Arbeitsspeicher kopiert werden müssen. Eine solche Kopie betrifft allerdings das ausschließliche Recht des Urhebers, ein geschütztes Werk zu vervielfältigen.

Gelangt beim digitalen Gebrauch eines vernetzten Geräts Software zum Einsatz, die in dem Gerät verkörpert ist, so kommt es beim Gebrauch des Geräts zu einer zumindest teilweisen Vervielfältigung der Software. Ist die Software urheberrechtlich geschützt, so entwickelt diese Vervielfältigung und damit der digitale Gebrauch des vernetzten Geräts urheberrechtliche Relevanz. Erforderlich ist eine Lizenz oder gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Fehlt eine solche Nutzungsgrundlage, verletzt der digitale Gebrauch das Urheberrecht an der Software.

Die drohende Urheberrechtsverletzung durch den digitalen Gebrauch des Geräts weist den Weg zu einer möglichen Rechtfertigung von Funktionssperren. Das Urheberrecht schützt den Urheber nämlich bei der Verwendung von technischen Schutzmechanismen, die eine urheberrechtswidrige Nutzung eines geschützten Werks schon technisch verhindern. Sofern Funktionssperren bei vernetzten Geräten daher einen urheberrechtswidrigen Gebrauch verhindern, rechtfertigt dieser Schutz technischer Schutzmechanismen den Urheber auch im Hinblick auf Beeinträchtigungen des Eigentums beziehungsweise Besitzes des Nutzers, die mit solchen Funktionssperren einhergehen.

Entscheidend wird damit, inwiefern der Gebrauch des Geräts durch den Nutzer urheberrechtswidrig ist. Da der Nutzer regelmäßig die Sache auf der Grundlage einer Lizenzvereinbarung mit dem Anbieter nutzt, spitzt sich diese Frage dahingehend zu, inwiefern formularmäßige Lizenzbeschränkungen wirksam sind. Beispielhaft wurden drei Beschränkungen untersucht: eine befristete, eine – auf Zahlung von Kaufpreis beziehungsweise Mietzins – bedingte und eine nicht übertragbare Lizenz. Bei der Prüfung der Wirksamkeit dieser Klauseln ist nicht nur die Lizenzvereinbarung, sondern das Gesamtgeschäft zum Erwerb des vernetzten Geräts zu berücksichtigen. Maßgeblich sind dabei insbesondere die Natur des Vertrags zur Überlassung des Geräts und die damit einhergehende dingliche Position, die der Nutzer bezüglich des Geräts erwirbt. Diese Erweiterung des Prüfungsmaßstabs wurde bereits oben im Hinblick auf die Prüfung der Wirksamkeit einer for-

formulärmäßigen Einwilligung in eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz dargestellt.<sup>124</sup>

Bezüglich der Wirksamkeit der Lizenzbeschränkungen ist zwischen einem kaufähnlichen und mietähnlichen Erwerb des Geräts zu unterscheiden. Bei einem mietähnlichen Erwerb sind Lizenzbeschränkungen weitreichend wirksam. Bei einem kaufähnlichen Erwerb sind die Beschränkungen demgegenüber vielfach unwirksam, da sie nicht mit dem Gedanken des mit dem Kauf verbundenen dauerhaften Vollrechtserwerbs vereinbar sind. Auch im Ergebnis spiegelt sich hier die Prüfung der Wirksamkeit einer formulärmäßigen Einwilligung in eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz.<sup>125</sup>

Weitere Einschränkungen für die Zulässigkeit technischer Schutzmaßnahmen ergeben sich, aufgrund ihrer funktionalen Äquivalenz zu Maßnahmen der Zwangsvollstreckung, aus den Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts. Ihm lassen sich Vorgaben zur Zulässigkeit der Zugriffsobjekte und des Zugriffsverfahrens entnehmen. Sie entsprechen den Vorgaben, die bei der Prüfung der Wirksamkeit einer formulärmäßigen Einwilligung in eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz zu berücksichtigen sind.<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> Siehe dazu bei S. 300ff.

<sup>125</sup> Siehe dazu bei S. 307ff.

<sup>126</sup> Siehe dazu bei S. 330ff.



### *Kapitel 3*

#### Fazit

Beeinträchtigen Funktionssperren Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers, so kann dies gerechtfertigt sein. Relevant ist dabei einerseits eine Rechtfertigung durch eine formularmäßige Einwilligung des Nutzers und andererseits eine urheberrechtliche Rechtfertigung der Funktionssperre als technische Schutzmaßnahme, die einen urheberrechtswidrigen Gebrauch des Geräts verhindert.

In beiden Fällen hängt die Rechtfertigung vom Anlass der Funktionssperre und vom Kontext des Erwerbs des vernetzten Geräts ab. Bei der Rechtfertigung durch eine formularmäßige Einwilligung spitzt sich die Frage bei der Inhaltskontrolle dieser Einwilligung gemäß § 307 BGB zu; bei der urheberrechtlichen Rechtfertigung entsprechend bei der Inhaltskontrolle von Lizenzbeschränkungen, die die Grundlage für die Urheberrechtswidrigkeit des Gebrauchs legen, den die Funktionssperre verhindern soll. In beiden Fällen ist bei der Prüfung der Angemessenheit solcher Klauseln die Natur des Gesamtgeschäfts zum Erwerb des vernetzten Geräts und insbesondere die mit der Art des Erwerbs einhergehende dingliche Rechtsposition des Nutzers zu berücksichtigen.

Ist das Gesamtgeschäft mietähnlich gestaltet, sind formularmäßige Einwilligungen und Lizenzbeschränkungen umfangreich zulässig. Funktionssperren sind damit häufig gerechtfertigt. Dies ergibt sich aus dem Wesen des Mietvertrags als grundsätzlich vorübergehende reine Gebrauchsüberlassung. Bei einer kaufähnlichen Prägung des Gesamtgeschäfts sind formularmäßige Einwilligungen und Lizenzbeschränkungen demgegenüber deutlich restriktiver wirksam. Funktionssperren sind damit deutlich seltener gerechtfertigt. Dieser weitreichende Ausschluss einer Rechtfertigung ergibt sich aus dem Wesen des Kaufs als dauerhafte Vollrechtsübertragung.

Letztlich führt die Ebene der Rechtfertigung und konkret die Wirksamkeitskontrolle von formularmäßigen Einwilligungen und Lizenzbeschränkungen die sachenrechtliche und vertragsrechtliche Betrachtung von Funktionssperren zusammen. Sie ermöglicht eine feingliedrige Betrachtung, die den absoluten, sachenrechtlichen Schutz in den konkreten Kontext der vertraglichen Beziehung zwischen Nutzer und Anbieter verortet, umgekehrt jedoch auch eine Vereinbarkeit der vertraglichen Absprachen mit den dinglichen Rechtspositionen fordert.



## Ergebnisse und Ausblick

Am Anfang dieser Arbeit stand die Frage, inwiefern das Eigentum beziehungsweise der Besitz an einem vernetzten Gerät den Nutzer beim digitalen – also software- oder netzbasierten – Gebrauch dieses Geräts schützen. Den Hintergrund dieser Fragestellung bildeten drei Besonderheiten vernetzter Geräte, die für den sachenrechtlichen Schutz eine Herausforderung darstellen: Die Spaltung der Sachherrschaft, die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit einer Sache ohne Einwirkungen auf die Sachsubstanz und die Möglichkeit der Auslagerung von Gebrauchsvoraussetzungen aus dem Gerät in das Datennetz.

Nachdem im Folgenden die Ergebnisse der Arbeit und die Antwort auf ihre Leitfrage kurz zusammengefasst werden (dazu unter A.),<sup>1</sup> wird dargelegt, wie das Sachenrecht auf die drei genannten Herausforderungen reagiert und wo Schutzlücken sowie Anpassungsbedarf bestehen (dazu unter B.). Das Buch schließt mit einem Abschlussfazit und dort mit Gedanken zur Bedeutung des Sachenrechts in einer zunehmend digitalisierten Welt (dazu unter C.).

### A. Kurzüberblick über die Ergebnisse der Untersuchung

Inwiefern schützen Eigentum beziehungsweise Besitz an einem vernetzten Gerät den Nutzer beim digitalen – also software- oder netzbasierten – Gebrauch des Geräts? Bei der Antwort auf diese Frage, ist zu differenzieren; allerdings nicht zwischen Eigentum und Besitz. Insoweit hat sich gezeigt, dass sich der Zuweisungsgehalt beider Rechtspositionen zumindest bezüglich Beeinträchtigungen, die den Gebrauch der Sache betreffen, entspricht.

Zu differenzieren ist vielmehr zwischen einer Sperre des softwarebasierten Gebrauchs einerseits und des netzbasierten Gebrauchs andererseits, in anderen Worten also zwischen einer Beeinträchtigung eines Gebrauchs, der allein durch die Nutzung der Sache und der in ihr verkörperten Software möglich ist (softwarebasierter Gebrauch), und der Beeinträchtigung eines Gebrauchs, der stets nur während einer aktiven Anbindung an das Datennetz, insbesondere den Cloud-Server des Anbieters, möglich ist (netzbasierter Gebrauch). Kurz zusammenfassend lässt

---

<sup>1</sup> Siehe für eine ausführlichere Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesenform S. 385 ff.

sich festhalten, dass der softwarebasierte Gebrauch weitgehend sachenrechtlich geschützt ist, nicht jedoch der netzbasierte Gebrauch.

### *I. Besitzrechtliche Bedeutung der digitalen Sachherrschaft*

Vor der sachenrechtlichen Bedeutung von Funktionssperren soll kurz auf die besitzrechtliche Relevanz der digitalen Sachherrschaft eingegangen werden. Der Begriff der digitalen Sachherrschaft beschreibt die tatsächliche Möglichkeit, aufgrund von informationstechnischen Zugriffsrechten die in einer Sache integrierte Software zu verändern und damit auf die Ladungszustände der Speicherzellen einzuwirken, in denen diese Software gespeichert ist. Vielfach haben Anbieter eine derartige digitale Sachherrschaft an vernetzten Geräten aufgrund von Administratorenrechten (insb. Root-Rechte), die sie sich bezüglich des Geräts vorbehalten.

Die Ladungszustände eines Datenträgers prägen die konkrete Körperlichkeit des Datenträgers. Da somit die digitale Sachherrschaft zu körperlichen Änderungen am Gerät befähigt, stellt sie eine Form der tatsächlichen Sachherrschaft dar, die eine Besitzposition des Inhabers der digitalen Sachherrschaft begründet. Da die verkörperte Software jedoch keine eigenständige, vom Datenträger zu abstrahierende Körperlichkeit hat, stellt sie keine eigene Sache und damit kein eigenständiges Besitzobjekt dar. Da es sich bei den Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, an der die digitalen Zugriffsrechte bestehen, jedoch um einen abgegrenzten, körperlichen Teil des vernetzten Geräts handelt, begründet die digitale Sachherrschaft einen unmittelbaren Teilmitbesitz des Anbieters an dem Gerät bezüglich dieser Speicherzelle, der neben den Mitbesitz des Nutzers tritt.

Soweit der Anbieter digitale Zugriffsrechte an der im Gerät verkörperten Software und damit digitale Sachherrschaft sowie Teilmitbesitz an dem Gerät innehat, schließt § 866 BGB weitgehend einen possessorischen Besitzschutz des Nutzers gegenüber dem Anbieter aus. Sofern sich der Anbieter somit im Rahmen der Produktgestaltung Administratorenrechte an dem Gerät vorbehalten hat und dadurch die im Gerät integrierte Software aus der Ferne blockieren kann, ist der Nutzer bei einer solchen Sperre auf den petitorischen Rechtschutz verwiesen. Eine Ausnahme können umfassende Softwaresperren von Geräten darstellen, deren Gebrauch sich gänzlich in softwarebasierten Funktionen erschöpft und bei denen ein possessorischer Besitzschutz denkbar bleibt.

### *II. Softwarebasierter Gebrauch und Veränderung der integrierten Software*

Bei der Frage nach dem Schutz des Nutzers durch Eigentum beziehungsweise Besitz liegt bei einer Beeinträchtigung des softwarebasierten Gebrauchs zunächst unproblematisch eine Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz vor, wenn die Funktionssperre mit einer Veränderung der im Gerät verkörperten Software, etwa

ihrer Löschung, einhergeht. Verkörperte Software prägt die konkrete Körperlichkeit des Datenträgers, in dem sie hinterlegt ist. Wird die verkörperte Software verändert, kommt es daher zu einer Veränderung der Substanz des Geräts und damit zu einer prototypischen Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz. Vielfach wird eine solche Veränderung, die oft durch ein Update umgesetzt wird, jedoch durch eine Einwilligung des Nutzers in das Update gerechtfertigt sein. Da das Sachenrecht gegenüber dem geistigen Inhalt von Software blind ist, ist für die Wirksamkeit der Einwilligung unbeachtlich, ob dem Nutzer bewusst war, dass das Update zu einer Funktionssperre führen würde.

### *III. Softwarebasierter Gebrauch und Funktionsfähigkeit der Sache selbst*

Von der Substanzveränderung ist als weiterer möglicher Ansatzpunkt einer sachenrechtlich relevanten Beeinträchtigung die Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs des Geräts zu abstrahieren. Sofern diese Beeinträchtigung, wie es bei einer Beeinträchtigung des softwarebasierten Gebrauchs der Fall ist, die Funktionsfähigkeit der Sache selbst stört und nicht lediglich die Sach-Umwelt-Beziehung, liegt ohne Weiteres eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz vor – allerdings nur, wenn sich die Beeinträchtigung auf den objektiv bestimmungsgemäßen und nicht den subjektiv bestimmten Gebrauch bezieht.

Für die sachenrechtliche Relevanz einer Störung ist damit die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs entscheidend. Sachenrechtlich relevant ist dabei nur ein Gebrauch, bei dem es sich um einen Gebrauch der Sache in ihrer Körperlichkeit handelt, der also in der Körperlichkeit angelegt ist. Ein Gebrauch, der im geistigen Inhalt der Software angelegt ist, sich aber nicht in der körperlichen Gestalt des Geräts niederschlägt, bleibt unbeachtlich. Auch hier zeigt sich die Blindheit des Sachenrechts gegenüber dem geistigen Inhalt der verkörperten Software. Umgekehrt führt diese Blindheit auch dazu, dass die rein digitale Sperrmöglichkeit als nur geistiger Vorbehalt bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauch unbeachtlich bleibt.

Bei vernetzten Geräten ist bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs, statt einer pauschalen Betrachtung des Geräts, zwischen den verschiedenen Gerätekomponten zu differenzieren, bezüglich der digitalen Gerätekomponten insbesondere zwischen der Zentraleinheit und der Geräteperipherie. Die Zentraleinheit umfasst insbesondere Prozessor, Arbeitsspeicher und Langzeitspeicher. Ihre Gebrauchsbestimmung ist es, Software unverfälscht zu speichern, auszullesen und zu verarbeiten. Wenn in der Software eine Funktionssperre vorgesehen ist, erfüllen diese Komponenten daher gerade ihre Funktion, wenn sie die Sperre umsetzen.

Bei den Peripheriegeräten – oder auch Komponenten der Geräteperipherie – handelt es sich um die verschiedenen Komponenten zur Dateneingabe (bspw. Tastatur, Maus, Touchscreen, Sensoren), Datenausgabe (bspw. Monitor, Lautsprecher, Dru-

cker sowie insb. Aktoren) und Datenweitergabe (bspw. Router, Gateway). Besondere Bedeutung haben bei vernetzten Geräten Sensoren, bei denen die Dateneingabe eine Erhebung von Informationen zur Geräteumwelt darstellt, und Aktoren, bei denen die Datenausgabe in Form von mechanischen oder physikalischen Veränderungen oder Einwirkungen auf die Umwelt erfolgt.

Die Gebrauchsbestimmung von Peripheriegeräten kann zunächst durch einen Vergleich mit analogen oder bereits bekannten digitalen Funktionsäquivalenten erfolgen. Gewinnbringender erscheint jedoch eine eigenständige Gebrauchsbestimmung, die von der Einbettung der Komponenten in die Abläufe der elektronischen Datenverarbeitung ausgeht. Bei Peripheriegeräten ist schon in der Körperlichkeit und in der technischen Einpassung in die Abläufe der elektronischen Datenverarbeitung die Funktion angelegt, gesteuert Daten ein-, aus- und weiterzugeben. Ist eine solche Eingabe, Ausgabe oder Weitergabe generell unmöglich oder kann der Nutzer nicht mehr steuern, welche Daten ausgegeben, eingegeben oder weitergegeben werden, so ist der bestimmungsgemäße Gebrauch und damit Eigentum beziehungsweise Besitz beeinträchtigt. Kann der Nutzer lediglich Daten eines bestimmten geistigen Inhalts nicht mehr ein-, aus- und weitergeben, so liegt keine Beeinträchtigung vor. Kurz zusammengefasst bedeutet diese Differenzierung, dass regelmäßig nur die Sperre von Firmware, einschließlich Betriebssystem und Treiber, nicht jedoch eine Sperre von Anwendungssoftware oder bestimmten digitalen Inhalten sachenrechtlich relevant ist. Erneut zeigt sich dabei die Blindheit des Sachenrechts gegenüber dem geistigen Inhalt der verkörperten Software.

#### *IV. Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs*

Auch die Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs kann sachenrechtliche Relevanz entfalten. Allerdings sind hier in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Einschränkungen zu machen. Die Rechtsprechung betrifft durchgängig die Beeinträchtigung netzbasierten Gebrauchs von Sachen. Diese Gemeinsamkeit kann als Ausgangspunkt für eine Analyse und Konzeptualisierung der Rechtsprechung dienen. Aus dieser netzbasierten Betrachtung entwickelt nach der Rechtsprechung nur der Entzug eines gebrauchsnotwendigen Netzzugangs sachenrechtliche Relevanz, während eine reine Netzstörung unbeachtlich bleibt, selbst wenn diese den bestimmungsgemäßen Gebrauch unmöglich macht. Entzieht der Netzinhaber den gebrauchsnotwendigen Netzzugang, besteht eine sachenrechtliche Relevanz allerdings nur, wenn es sich um ein öffentliches oder reguliertes privates Netz handelt (z.B. Verkehrswege, Strom, Telekommunikation). Handelt es sich um ein Netz in unreguliertem Privateigentum, berechtigt das Eigentum an der Netzinfrastruktur den Netzinhaber dazu, den Nutzer von der Nutzung des Netzes auszuschließen. Damit scheidet bei vernetzten Geräten eine sachenrechtliche Relevanz einer Störung des netzbasierten Gebrauchs durch den Anbieter – nicht jedoch einen Dritten – weitestgehend aus, da sich diese meist daraus ergibt,

dass der Zugriff auf den Cloud-Server des Anbieters entzogen wird, bei dem es sich jedoch um ein unreguliertes privates Netz handelt.

### *V. Rechtfertigung einer Beeinträchtigung*

Sofern eine Funktionssperre Eigentum beziehungsweise Besitz des Anbieters beeinträchtigt, kann diese Beeinträchtigung gerechtfertigt sein. Eine Rechtfertigung kann sich zunächst aus einer formularmäßigen Einwilligung ergeben. Diese muss einerseits den vertragsgemäßen Gebrauch des Geräts begrenzen sowie einen Anspruch des Anbieters auf Unterlassen eines verbotswidrigen Gebrauchs begründen. Andererseits muss die Einwilligung die tatsächliche Umsetzung dieses Unterlassungsanspruchs durch eine Funktionssperre als Maßnahme privater Rechtsdurchsetzung erfassen.

Die beiden Regelungsinhalte müssen einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB standhalten. Bei dieser ist der Charakter des Gesamtgeschäfts zum Erwerb des vernetzten Geräts zu berücksichtigen, ob dieses als miet- oder kaufähnlich erworben wurde. Dies gilt selbst dann, wenn die Einwilligung in dem Vertrag über die Bereitstellung digitaler Dienste enthalten ist und dieser Vertrag mit einer anderen Person abgeschlossen wurde als der Vertrag über die Überlassung des Geräts, nach dem sich der Charakter des Gesamtgeschäfts grundsätzlich richtet. Bei einem mietähnlichen Gesamtgeschäft sind formularmäßige Einwilligungen umfangreich zulässig. Funktionssperren sind dort häufig gerechtfertigt. Dies ergibt sich aus dem Wesen des Mietvertrags als grundsätzlich vorübergehende reine Gebrauchsüberlassung. Bei einer kaufähnlichen Prägung des Gesamtgeschäfts sind formularmäßige Einwilligungen demgegenüber deutlich restriktiver möglich. Funktionssperren sind damit seltener gerechtfertigt. Dieser weitreichende Ausschluss einer Rechtfertigung ergibt sich aus dem Wesen des Kaufs als dauerhafte Vollrechtsübertragung. Bezüglich der tatsächlichen Umsetzung des Anspruchs auf Unterlassen des verbotswidrigen Gebrauchs durch eine Funktionssperre als Maßnahme der privaten Rechtsdurchsetzung, sind bei der Inhaltskontrolle der Einwilligung Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts zu berücksichtigen. Sie enthalten Vorgaben für zulässige Zugriffsobjekte und Zugriffsmodalitäten.

Neben einer Einwilligung kann sich eine Rechtfertigung auch aus einem etwaigen Urheberrecht des Anbieters an der im Gerät verkörperten Software ergeben. Da aus technischen Gründen bei jedem digitalen Gebrauch eines vernetzten Geräts zumindest teilweise der Programmcode der Software im Gerät vervielfältigt wird, ist jeder digitale Gebrauch urheberrechtlich relevant und bedarf einer Lizenz oder gesetzlichen Ermächtigung. Fehlt eine solche, kann sich eine Funktionssperre als urheberrechtlich geschützte technische Schutzmaßnahme darstellen, mit der der Anbieter als Urheber eine urheberrechtswidrige Nutzung des Werks verhindert. Maßgebend wird dabei, ob der durch die Funktionssperre verhinderte Gebrauch tatsächlich urheberrechtswidrig gewesen wäre. Darüber entscheidet meist die

Wirksamkeit von formularmäßigen Beschränkungen der Lizenz, auf deren Grundlage der Nutzer das Gerät nutzt. Für die Inhaltskontrolle der Lizenzbeschränkungen nach § 307 BGB gelten die – für die Inhaltskontrolle der formularmäßigen Einwilligung – dargestellten Maßstäbe.

## B. Umgang mit den Besonderheiten vernetzter Geräte

Zu Beginn dieser Arbeit wurden drei Besonderheiten vernetzter Geräte herausgearbeitet, die für das Sachenrecht eine Herausforderung darstellen: die Spaltung der Sachherrschaft, die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit ohne Veränderung der Sachsubstanz sowie die Möglichkeit, Voraussetzungen des Sachgebrauchs aus der Sache auszulagern. Die Untersuchung hat gezeigt, dass das Sachenrecht unterschiedlich gut auf diese Herausforderungen reagiert.<sup>2</sup>

### I. Spaltung der Sachherrschaft

Das Besitzrecht kann die tatsächliche Herrschaft, die dem Anbieter im Rahmen der Spaltung der Sachherrschaft zukommt, angemessen abbilden. Entscheidend ist dabei die Erkenntnis, dass die Verkörperung der Software die konkrete Körperlichkeit des Datenträgers prägt und damit der Sache körperlich anhaftet. Die digitale Sachherrschaft, also die Möglichkeit, aufgrund von digitalen Zugriffsrechten die im Gerät verkörperte Software zu verändern, stellt mithin eine körperliche Sachherrschaft dar. Als solche kann sie Besitz begründen. Über die digitale Logik sind die Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, klar zuzuordnen. Sie stellen einen abgrenzbaren Teil der Sache dar. Die digitale Sachherrschaft führt zu einem unmittelbaren Teilmitbesitz.

Digitale Sachherrschaft als Teilmitbesitz gibt nicht nur die tatsächliche Herrschaftsbeziehung zutreffend wieder. Daneben führt sie auch zu einem angemessenen Schutz der Beteiligten. So überzeugt es, dass aufgrund des Teilmitbesitzes ein possessorischer Besitzschutz weitgehend ausscheidet. Da von Anfang an Zugriffsrechte des Anbieters bestehen und somit beide Beteiligte körperliche Herrschaft ausüben können, erscheint ein possessorischer Besitzschutz zugunsten des Nutzers, der das Vertragsverhältnis zwischen den Beteiligten ausblendet, zu holzschnittartig. Ein petitorischer Rechtsschutz kann vertragliche Fragen demgegenüber berücksichtigen und den Nutzer gleichzeitig ausreichend schützen.

Mitunter wird auch einer Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs, beispielsweise durch eine Verweigerung des Zugangs zum Cloud-Sever, sachenrechtlich

---

<sup>2</sup> Vgl. *Duden*, Digitale Sachherrschaft, <http://ssrn.com/abstract=4240957> = <https://perma.cc/9GMA-RRYR>.

che Relevanz zugeschrieben.<sup>3</sup> In diesem Fall erschiene ein possessorischer Besitzschutz besonders unpassend. Er würde, unabhängig von der Existenz eines Besitzrechts, letztlich de facto auf einen dauerhaften Anspruch auf Bereitstellung der digitalen Dienste hinauslaufen, obwohl solche Dienste einen kontinuierlichen Aufwand für den Anbieter bedeuten. Damit würde ein Anspruch, der sich nach hiesigem Verständnis lediglich aus dem Vertrag ergeben kann, quasi verdinglicht, und zwar unabhängig davon, ob überhaupt jemals ein Vertrag zwischen Anbieter und Nutzer bestand.

## *II. Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit ohne Substanzveränderung*

Angemessen reagiert das Sachenrecht auch auf den Umstand, dass es bei vernetzten Geräten durch eine Sperre der im Gerät verkörperten Software zu Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit des Geräts kommen kann, ohne dass dessen Substanz verändert wird. Durch diese Besonderheit vernetzter Geräte erlangt die Frage nach einem eigenständigen Schutz der Funktionsfähigkeit der Sache selbst erstmals eigenständige Bedeutung. Bei analogen Geräten erfolgt ein Schutz der Funktionsfähigkeit über den Schutz der Sachsubstanz, da eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit nahezu ausnahmslos die Folge einer Veränderung der Sachsubstanz darstellt. Umgekehrt betrafen Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs unabhängig von Substanzbeeinträchtigungen bisher beinahe ausnahmslos Störungen der Sach-Umwelt-Beziehungen und nicht Störungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst.

Sofern es bei vernetzten Geräten zu einer Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs aufgrund einer Störung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst kommt, liegt darin ohne Weiteres eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung, und zwar unabhängig davon, ob es dabei zu einer Substanzveränderung kommt. Ein sachenrechtlicher Schutz des bestimmungsgemäßen Gebrauchs ist damit auch unabhängig von der Frage nach einer Substanzveränderung eröffnet. Dies überzeugt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass der Anbieter über die Produktgestaltung weitgehend frei bestimmen kann, ob bei einem vernetzten Gerät eine Softwaresperre mit einer Substanzveränderung einhergeht oder nicht. Würde sich dieser Umstand entscheidend auf den Schutz des Nutzers auswirken, läge der sachenrechtliche Schutz vor dem Anbieter in den Händen des Anbieters, was diesen Schutz erheblich schwächen würde. Dies gilt umso mehr, als für den Nutzer regelmäßig nicht erkennbar ist, ob eine Softwaresperre mit einer Substanzveränderung einhergeht oder nicht.

Einschränkend ist jedoch festzuhalten, dass sich der Schutz der Brauchbarkeit einer Sache auf den bestimmungsgemäßen Gebrauch beschränkt und nicht jeden

---

<sup>3</sup> *Solmecke/Vondrlík*, MMR 2013, 755, 758 f.; vgl. *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 776 f., die den Sachbegriff auf Firmware, die auf dem Cloud-Server verkörpert ist, ausweiten wollen.

subjektiv bestimmten Gebrauch erfasst. Bei einer Substanzveränderung besteht eine vergleichbare Einschränkung nicht. Jede – auch kleine – Veränderung hat sachenrechtliche Relevanz. Diese Einschränkung des Schutzes der Funktionsfähigkeit der Sache ist allerdings erforderlich, um die Reichweite des sachenrechtlichen Schutzes erga omnes nicht zu weit auszudehnen und zumindest abstrakt die Erkennbarkeit der Reichweite des sachenrechtlichen Schutzes zu ermöglichen. Bei einem Schutz der Sachsubstanz ist diese Erkennbarkeit schon aufgrund der Abgrenztheit von Sachen sichergestellt, sodass eine vergleichbare Einschränkung nicht erforderlich ist.

### *III. Auslagerung von Gebrauchsvoraussetzungen*

Keine überzeugende Handhabe hält das Sachenrecht für die Möglichkeit bereit, bei vernetzten Geräten Gebrauchsvoraussetzungen aus dem Gerät auszulagern und sie in das Datennetz zu verlagern. Bezüglich des netzbasierten Gebrauchs ist der Nutzer sachenrechtlich vor Funktionssperren durch den Anbieter nur in Ausnahmefällen geschützt. Im Kern liegt das daran, dass es sich bei dem Cloud-Server, zu dem der Nutzer für netzbasierte Funktionen regelmäßig Zugang haben muss, um eine private, nicht regulierte Netzinfrastruktur handelt. Das Eigentum des Anbieters am Cloud-Server setzt dem Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers an dem vernetzten Gerät Grenzen. Der Schutz reicht hier weniger weit als bei einem Sachgebrauch, der auf öffentliche oder regulierte private Netze angewiesen ist (bspw. Verkehrswege-, Strom- und Telekommunikationsnetz).

Schon aus einer intuitiven Betrachtung des Sachenrechts ist diese Grenze naheliegend und konsequent. Das deutsche Sachenrecht schützt Sachen als körperliche Gegenstände. Der Schutz ist begrenzt auf einen Schutz der Sache in ihrer Körperlichkeit.<sup>4</sup> Gebrauchsvoraussetzungen, die außerhalb der Sache liegen, befinden sich damit außerhalb des sachenrechtlichen Schutzbereichs.

#### *1. Schutzlücken und Lösungsansätze*

Aus rechtspolitischer Perspektive erscheint es besonders problematisch, dass gerade bei vernetzten Geräten der netzbasierte Gebrauch weitestgehend vom sachenrechtlichen Schutz vor Störungen durch den Anbieter ausgenommen ist. Während es sich bei analogen Sachen aus der Natur der Sache ergibt, wie umfangreich ein Netzzugang erforderlich ist, kann der Anbieter bei vernetzten Geräten im Rahmen der Produktgestaltung weitgehend frei darüber entscheiden, wie umfangreich Gebrauchsvoraussetzungen aus dem Gerät in das Netz ausgelagert und damit gleichsam dem Schutz des Sachenrechts entzogen werden. Der Anbieter hat mit der Pro-

---

<sup>4</sup> Vgl. *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 776 f.; *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 99, 111 f.; vgl. auch *Paulus*, in: FS K. Schmidt II, 119, 124 ff., insb. 128: Enge des Sachbegriffs führe in eine „Sackgasse“.

duktgestaltung selbst in der Hand, wie weit ein Sachnutzer sachenrechtlich geschützt ist. Die Reichweite des sachenrechtlichen Schutzes vor dem Anbieter liegt in den Händen des Anbieters selbst. Er kann auch solche Funktionen von einer Cloud-Anbindung abhängig machen und dem sachenrechtlichen Schutz entziehen, bei denen eine solche Anbindung nicht technisch oder aufgrund der Funktionalität des Geräts<sup>5</sup> zwingend erforderlich wäre. Potenzielle Schutzlücken sind schnell zu erkennen.

Doch auch unabhängig von einem solchen möglichen Bestreben von Anbietern, ihren Einfluss auf die Gerätenutzung zu mehren, ist mit einer zunehmenden Bedeutung und Präsenz von Cloud-basierten Produktgestaltungen und einer entsprechenden Schwächung der sachenrechtlichen Position von Nutzern zu rechnen. Auch für den Nutzer bietet eine Cloud-basierte Gestaltung an sich Vorteile, wie etwa eine professionalisierte Wartung und Sicherung der Software und Hardware.<sup>6</sup> Auch die technische Entwicklung bezüglich der Verfügbarkeit und Schnelligkeit eines (mobilen) Internetanschlusses dürfte zu einer wachsenden Üblichkeit einer durchgehenden Cloud-Anbindung führen. Es ist daher zu erwarten, dass die Reichweite der Cloud-Anbindung verschiedenster Geräte zukünftig zunimmt. Eine entsprechende Entwicklung von einer offline Nutzung zu einer Cloud-basierenden Nutzung kann man sehr deutlich bei Computerprogrammen wahrnehmen. Dort geht diese Entwicklung einher mit einem zunehmenden Abonnement-basierenden Vertrieb der Software.<sup>7</sup>

Es ist daher damit zu rechnen, dass die Verbreitung netzbasierter Funktionen zukünftig stetig zunehmen wird. Zwischen den Parteien der Verträge über den Erwerb des Geräts und die Bereitstellung digitaler Dienste mag das Vertragsrecht darauf reagieren können. Zumindest jenseits einer vertraglichen Bindung nehmen damit jedoch die Bedeutung eines sachenrechtlichen Schutzes sowie die Konsequenzen von Schutzlücken zu.

Die eingangs formulierte Frage – Wird der sachenrechtliche Schutz des Nutzers dadurch untergraben, dass bei vernetzten Geräten zunehmend Gebrauchsvoraussetzungen aus der Sache ausgelagert werden können? – ist damit weitgehend zu bejahen. Rechtspolitisch wäre es wünschenswert, diese Schutzlücke zwischen dem absoluten Schutz des Sachenrechts und relativen Schutz des Vertragsrechts zu schließen. Verschiedene mögliche Ansätze dafür sollen im Folgenden kurz vorgestellt werden. Teilweise würde deren Umsetzung ein gesetzgeberisches Tätigwerden fordern. In gewissem Umfang könnte man jedoch auch im Rahmen des geltenden Rechts über deren Umsetzung nachdenken.

---

<sup>5</sup> Aufgrund der Natur der Funktionalität zwingend netzbasiert sind in diesem Sinne etwa die Steuerung eines Geräts aus der Ferne oder die Wiedergabe von Inhalten aus dem Internet.

<sup>6</sup> Siehe oben bei S.54 f.

<sup>7</sup> Siehe zu der wirtschaftlichen Attraktivität solcher Abo-Modelle für den Anbieter und der damit einhergehenden Bedeutung eines mietähnlichen Vertriebs vernetzter Geräte S. 6.

## 2. Absoluter Schutz des Cloud-Zugangs

Man könnte überlegen, dem Entzug eines sachenrechtlichen Schutzes durch die Auslagerung von Gebrauchsvoraussetzungen auf das Datennetz zu begegnen, indem man den sachenrechtlichen Schutz durch eine „Erweiterung des Sachbegriffs“ auf solche sachexternen Gebrauchsvoraussetzungen ausdehnt<sup>8</sup> oder indem man ein anderweitiges absolutes Recht auf den Zugang zu solchen Diensten konzipiert.<sup>9</sup>

Gegen eine solche Erweiterung des absoluten Schutzes auf den Zugang zu netzbasierten digitalen Diensten sprechen allerdings die oben genannten Argumente: Gegen ein absolutes Recht auf Zugang zum Cloud-Server des Anbieters oder zu sonstigen digitalen Diensten, die ebenfalls auf die Nutzung von Rechenkapazitäten des Anbieters hinauslaufen,<sup>10</sup> spricht zunächst das Eigentum des Anbieters an der Serverinfrastruktur. Es gibt ihm das Recht, grundsätzlich frei darüber zu entscheiden, wer Zugang zu dem Server erhält und wer seine Rechenkapazitäten nutzen darf. Auch wenn man ein absolutes Recht auf Zugang zu dem Server in ein anderes Gewand kleidet, bleibt der Konflikt mit dem Eigentum des Anbieters an der Server-Infrastruktur bestehen. Ein dingliches Recht auf netzbasierte Dienste könnte zudem im Rahmen eines possessorischen Rechtsschutzes auf eine Pflicht des Anbieters hinauslaufen, dauerhaft und unabhängig von einem zugrundeliegenden Vertragsverhältnis digitale und für ihn kostspielige Dienste bereitzustellen. Ein derart umfassender absoluter Schutz des Zugangs zu netzbasierten digitalen Diensten überzeugt daher nicht.

Als weiterer, aber weniger weitreichender Ansatz für einen dinglichen Schutz des netzbasierten Gebrauchs wäre es denkbar, Cloud-Server zu regulieren. Würde man – ähnlich wie beim Strom- oder Telekommunikationsnetz – gesetzliche Vorgaben zum Cloud-Zugang, aber auch Cloud-Ausschluss erlassen, so würde nach oben dargestellter Ansicht ein Entzug des gebrauchsnötigen Cloud-Zugangs, der nicht mit der Regulierung vereinbar ist, eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung darstellen. Auch dieser Ansatz erscheint jedoch sehr weitreichend. Eine derartige Regulierung würde umfangreich in die Rechte der Anbieter eingreifen und sie zahlreichen Pflichten unterstellen. Da jedoch zumindest derzeit einzelne Cloud-Server nicht im selben Maße für die Sicherung von Grundbedürfnissen erforderlich sind, wie etwa das Strom- oder Telekommunikationsnetz, wirkt eine solche Regulierung, zumindest aktuell, überzogen. Zudem lassen sich erhebliche Zweifel an der Nützlichkeit solcher Regulierungen anmelden, da sich ein großer

---

<sup>8</sup> In diesem Sinne für eine Erstreckung des Sachbegriffs auf die Firmware, die für den Gebrauch der Sache notwendig ist, selbst wenn sie außerhalb der Sache gespeichert ist: *Paulus/Matzke*, CR 2017, 769, 776f.; *Matzke*, in: Fries/Paal (Hrsg.), *Smart Contracts*, 99, 111f.; vgl. auch *Paulus*, in: FS K. Schmidt II, 119, 124ff., insb. 128: Enge des Sachbegriffs führe in eine „Sackgasse“.

<sup>9</sup> Vgl. etwa *Kuschel*, *Digitale Werkexemplare*, insb. 193ff.; *Hoeren*, CR 1988, 908, 914f.; vgl. kritisch *Auer*, *ZfPW* 2019, 130, 144.; vgl. auch *Redeker*, CR 2011, 634, 639.

<sup>10</sup> Siehe daher zur vertragstypologischen Einordnung als Miet- und nicht Dienstvertrag oben bei S.283ff.

Teil der Server-Infrastruktur nicht im Inland befindet und daher wohl nicht dem Anwendungsbereich einer solchen Regelung unterfallen würde.

Ein absoluter Schutz des Cloud-Zugangs begegnet somit erheblichen Bedenken. Überzeugender scheint es, den Schutz des Zugangs zum Server und zu sonstigen digitalen Diensten deswegen nicht im Sachenrecht oder generell im Bereich der absoluten Rechte zu suchen, sondern im Vertragsrecht. Um jedoch die oben dargestellte Schutzlücke zu schließen, ist der vertragsrechtliche Schutz jenseits des Verhältnisses der ursprünglichen Vertragspartner in Stellung zu bringen.

### *3. Mobilisierung des relativen vertragsrechtlichen Schutzes*

Ein Anspruch des Nutzers auf digitale Dienste, einschließlich Cloud-Zugang, ergibt sich regelmäßig aus dem Vertragsrecht. Ob die Einstellung solcher Dienste oder eine Produktgestaltung, die eine künstliche Abhängigkeit von solchen Diensten schafft, einen Mangel darstellt und Gewährleistungsansprüche begründet, findet ebenfalls im Vertragsrecht eine Antwort. Das Vertragsrecht hält zudem Vorgaben zum Ende vertraglicher Pflichten bereit und entgeht somit den eben genannten Risiken des possessorischen Rechtsschutzes. Über die AGB-Kontrolle kann im Vertragsrecht zudem ein Ausgleich zwischen den Interessen von Anbieter und Nutzer gefunden werden, wenn man bei der Inhaltskontrolle die Natur des Gesamtgeschäfts und damit auch die Natur der am Gerät bestehenden dinglichen Rechtsposition berücksichtigt. Problematisch erscheint beim vertragsrechtlichen Schutz des Nutzers eines vernetzten Geräts somit nicht die grundsätzliche Reichweite eines solchen Schutzes. Schutzlücken entstehen vorrangig wegen der Relativität der Vertragsverhältnisse. Der Vertrag schützt nur den Gebrauch des Vertragspartners und seinen Zugang zu den digitalen Diensten. Anders als bei der Schaffung eines neuartigen absoluten Rechts auf Zugang zu digitalen Diensten, ist ein Zugang Dritter gerade nicht geschützt.

Wegen der – für alle Beteiligten erkenntlichen und gewollten – besonderen Bedeutung der digitalen Dienste für den Gebrauch des vernetzten Geräts erscheint es daher sinnvoll, den Schutz des Gebrauchs durch das Vertragsverhältnis in gewissem Umfang an die Inhaberschaft der Sache zu koppeln.<sup>11</sup> Man könnte von einer Mobilisierung des vertraglichen Schutzes über das bilaterale Vertragsverhältnis hinaus sprechen. Denkbar wäre dafür etwa ein Ansatz der Verbriefung. Nicht nur der Vertragspartner des Anbieters, sondern jeder Nutzer des Geräts könnte danach die gebrauchsermöglichenden vertraglichen Ansprüche geltend machen, insbesondere Ansprüche auf Bereitstellung digitaler Dienste und auf Cloud-Zugang. Ein solcher Ansatz würde einerseits den Schutz von den konkreten Vertragsparteien lösen, würde dabei jedoch gleichzeitig privatautonom vereinbarte Rahmenbedingungen der Nutzung berücksichtigen.

Umgesetzt werden könnte ein vergleichbarer Schutz auch durch die Annahme einer mit einer Übereignung oder Gebrauchsüberlassung des Geräts konkludent

<sup>11</sup> Vgl. *Wendehorst*, in: Micklitz u.a. (Hrsg.), *Verbraucherrecht* 2.0, 367, 378.

erklärten Abtretung der Ansprüche des Nutzers gegen den Anbieter auf Bereitstellung der digitalen Dienste. Um diesen Schutz zu realisieren, müssten formulärmäßige Abtretungsverbote sowie Funktionsäquivalente unzulässig sein, was zumindest bei einem kaufähnlichen Erwerb jedoch ohnehin angenommen werden sollte.<sup>12</sup>

## C. Abschlussfazit

Hinter der konkreten Frage nach dem sachenrechtlichen Schutz des digitalen Sachgebrauchs steht die grundlegende Frage nach der Bedeutung des Sachenrechts in einer zunehmend digitalisierten Welt. Mit der Digitalisierung gewinnen Software und unkörperliche Gebrauchsvoraussetzungen an Bedeutung. Für ein Sachenrecht, das nur körperliche Gegenstände als Sachen schützt, wirkt das wie eine kaum zu meisternde Herausforderung. Es kann die Sorge aufkommen, dass die zunehmende Digitalisierung und Vernetzung von Geräten den sachenrechtlichen Schutz aushöhlen.<sup>13</sup> Die vorliegende Untersuchung zeichnet insoweit ein differenziertes Bild. Auch in einer digitalisierten Welt kann der absolute Schutz des Sachenrechts eine wichtige Rolle behalten, wenn ihm auch das relativ schützende Vertragsrecht etwas entgegen kommen sollte.

### *I. Körperlichkeit der Digitalität*

Ausgangspunkt diese Resümeees ist, dass mit der Digitalität zwar Unkörperliches an Bedeutung gewinnt, dass aber auch Digitalität und digitale Komponenten eine körperliche Dimension haben. Software ist in einem Datenträger hinterlegt und prägt dessen konkrete Körperlichkeit. Eine Änderung der verkörperten Software gegen den Willen des Nutzers des Datenträgers beeinträchtigt damit dessen Eigentum beziehungsweise Besitz. Die digitale Sachherrschaft, die eine Person tatsächlich zu einer solchen Veränderung befähigt, stellt daher auch eine Art der tatsächlichen Sachherrschaft dar, die eine Besitzposition begründet.

Diese Körperlichkeit der digitalen Sachherrschaft unterscheidet sich von einem sonstigen körperlichen Umgang mit analogen Geräten unter Ausübung physischer Sachherrschaft. Digitale Sachherrschaft spielt sich auf mikroskopischer Ebene ab und ist oft flüchtiger Natur. Die Kleinteiligkeit dieser Körperlichkeit ist jedoch kein Grund, sie als Bagatelle abzutun. Gerade die in dieser Arbeit diskutierten Fälle der Funktionssperren zeigen die umfassende Bedeutung digitaler Sachherrschaft

---

<sup>12</sup> Siehe dazu oben bei S. 313 ff.

<sup>13</sup> Vgl. zu dieser Befürchtung Consumers International, *Connection and protection*, 2016, 34; *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 100; *Wendehorst*, *Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten*, 62; *Wendehorst*, in: *Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0*, 367, 368 und 407 f.; *Paulus*, EWiR 2021, 752, 753.

für die Nutzung des gesamten Geräts. Die punktuelle Natur digitaler Sachherrschaft ist insoweit symptomatisch für die technische Funktionsweise der Informationstechnologie und bildet daher einen passenden Schlüssel für den Umgang mit digitalen Komponenten.

Nimmt das Sachenrecht diese körperliche Dimension der Digitalität ernst, kann es für viele Probleme angemessene Lösungen anbieten. Ein sachenrechtlicher Schutz verkörperter Software vor Veränderungen bewirkt etwa einen wichtigen Schutz der Integrität und Verfügbarkeit von Daten und digitalen Gebrauchsvoraussetzungen<sup>14</sup> – zwei Anliegen, die auch beim technischen Schutz der Informationssicherheit im Vordergrund stehen. Über diesen Schutz der Integrität und Verfügbarkeit verkörperter Daten ist mittelbar auch ein Schutz der geistigen Inhalte gewährleistet, die in der Software enthalten sind. Vergleichbar ist dieser mittelbare Schutz mit dem Schutz der Funktionsfähigkeit analoger Sachen, der keine eigene Beachtung erfordert, da der Funktionsschutz auf dem Rücken des Schutzes der Sachsubstanz gewährleistet wird.<sup>15</sup>

Die besitzrechtliche Bedeutung digitaler Sachherrschaft<sup>16</sup> führt darüber hinaus zu einem angemessenen Ausgleich zwischen den Inhabern physischer und digitaler Sachherrschaft. Ausführlich wurde dies oben dargestellt am Beispiel der digitalen Sachherrschaft des Anbieters am vernetzten Gerät – etwa in Bezug auf den Ausschluss des possessorischen Rechtsschutzes zugunsten des Nutzers.<sup>17</sup> Oben nur kurz angerissen, aber ebenfalls zielführend ist der besitzrechtliche Schutz eines Nutzers, der im Rahmen eines Cloud-basierten Dienstes digitale Sachherrschaft an einem Cloud-Server hat.<sup>18</sup> Über seinen Teilmitbesitz an dem Server wird sein Zugang zu den verkörperten Datenbeständen sowie deren Integrität und Verfügbarkeit geschützt. Mittelbar kommt es damit erneut zu einem Schutz der in den Daten verkörperten geistigen Inhalte.

## II. Geistigkeit der Digitalität

Komplementär dazu, die körperliche Dimension der Digitalität anzuerkennen und im Sachenrecht ernst zu nehmen, ist es, die nur geistige Dimension der Digitalität sachenrechtlich außer Betracht zu lassen. Das Sachenrecht sieht und schützt verkörperte Software nur als konkrete Körperlichkeit eines physischen Datenträgers. Dem geistigen Inhalt der verkörperten Software gegenüber ist das Sachenrecht blind.

Dies bedeutet beispielweise, dass eine Einwilligung in die Änderung verkörperter Software wirksam ist, selbst wenn sich der Nutzer über den geistigen Inhalt der

---

<sup>14</sup> Siehe dazu S. 165 f.

<sup>15</sup> Siehe dazu S. 173 ff.

<sup>16</sup> Siehe dazu S. 110 ff.

<sup>17</sup> Siehe dazu S. 119 ff.

<sup>18</sup> Siehe dazu S. 118 f.

Änderung täuscht und damit nicht einverstanden ist.<sup>19</sup> Es bedeutet weiter, dass Funktionssperren, die im geistigen Inhalt der Software vorgesehen sind, für einen sachenrechtlichen Schutz unbeachtlich bleiben, solange sie sich nicht körperlich in Funktionssperren manifestieren.<sup>20</sup> Umgekehrt ist eine Funktionalität der Sache nur so weit sachenrechtlich geschützt, wie es sich um einen Gebrauch der Sache in ihrer Körperlichkeit handelt.<sup>21</sup> Sie ist zudem erst dann geschützt, wenn sie sich körperlich manifestiert, und nicht schon allein deshalb, weil sie im geistigen Inhalt der Software angelegt ist, aber noch freigeschaltet werden muss.<sup>22</sup>

### III. Ausblick

Auch wenn die Differenzierung zwischen körperlichen und geistigen Dimensionen der Digitalität den sachenrechtlichen Schutz weit voranbringt, bleibt die Befürchtung einer Aushöhlung dieses Schutzes nicht unbegründet.<sup>23</sup> Ein Sachenrecht, welches auf dem Schutz der Körperlichkeit aufbaut, kann nicht helfen, wenn Gebrauchsvoraussetzungen aus der Sache und ihrer Körperlichkeit ausgelagert werden.

Beim netzbasierten Gebrauch stößt das Sachenrecht daher an seine Grenzen.<sup>24</sup> Ein Schutz der Nutzer bleibt dem Vertragsrecht überlassen. Schutzlücken zwischen dem absoluten Schutz des Sachenrechts und relativen Schutz des Vertragsrechts entstehen damit dort, wo kein Vertrag besteht. Da Anbieter im Rahmen der Produktgestaltung frei darüber entscheiden können, wie umfangreich der Gebrauch einer Sache auf eine Netzanbindung angewiesen ist, erscheint es rechtspolitisch angezeigt, diese Lücken zu minimieren.

Ein absoluter Schutz dürfte dabei zu weit greifen. Überzeugender wirkt es, den vertragsrechtlichen Schutz zu mobilisieren und jenseits der Beteiligten des ursprünglichen Vertragsverhältnisses zu aktivieren.<sup>25</sup> Dies wirkt wie eine angemessene Reaktion auf das geschilderte Bedrohungsszenario: Ist es dem Anbieter möglich, durch die Produktgestaltung den absoluten Schutz des Sachenrechts einzuschränken, überzeugt es, im Gegenzug den relativen Schutz des Vertragsrechts auszuweiten. Das Sachenrecht verliert so in einer zunehmend digitalisierten Welt keineswegs seine Bedeutung, begibt sich aber in ein neues Wechselspiel mit dem Vertragsrecht.

<sup>19</sup> Siehe dazu S. 165 f.

<sup>20</sup> Siehe dazu S. 186 f.

<sup>21</sup> Siehe dazu S. 185 f.

<sup>22</sup> Siehe dazu S. 188 f.

<sup>23</sup> Vgl. zu dieser Befürchtung Consumers International, *Connection and protection*, 2016, 34; *Kuschel*, AcP 220 (2020), 98, 100; *Wendehorst*, *Besitz- und Eigentumsverhältnisse beim Internet der Dinge – Rechtsgutachten*, 62; *Wendehorst*, in: *Micklitz u.a. (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0*, 367, 368 und 407 f.; *Paulus*, EWiR 2021, 752, 753.

<sup>24</sup> Siehe dazu S. 265 f.

<sup>25</sup> Siehe dazu S. 380 ff.

# Zusammenfassung in Thesenform

## Einleitung

Die Verbreitung vernetzter Geräte nimmt stetig zu und durchzieht zunehmend die verschiedensten Bereiche des Privat- und Wirtschaftslebens (Einleitung A.I., S. 2). Für den Gebrauch kann dabei in unterschiedlichem Maße eine aktive Netzanbindung erforderlich sein. Manche Geräte können nur bei aktiver Netzanbindung, also online, genutzt werden, andere zumindest auch ohne eine solche Anbindung, also offline. Meist bildet die Vernetzung einen entscheidenden Faktor für den Wert des Geräts (Einleitung A.II., S. 3).

Vernetzte Geräte werden auf unterschiedliche Art und Weise vertrieben. Im Vordergrund stehen ein kaufähnlicher und mietähnlicher Vertrieb. Dazu treten neuartige Vertriebsmodelle und Mischformen, wie etwa extreme Kurzzeitmieten oder das Zubuchen von Funktionen im Abo-Modell (Einleitung A.III.1., S. 5). Hauptakteure beim Erwerb eines vernetzten Geräts sind der Nutzer und der Anbieter, der das Gerät herstellt und die mit ihm verbundenen Dienste anbietet. Auf beiden Seiten können weitere Akteure hinzutreten, wie beispielsweise ein vom Anbieter abweichender Verkäufer oder IoT-Plattform-Betreiber (Einleitung A.III.2., S. 7).

Über die Vernetzung kann der Anbieter die Funktion des vernetzten Geräts sperren, was sich an verschiedenen realen Beispielen illustrieren lässt (Einleitung A.IV.1., S. 9). Denkbare Anlässe solcher Funktionssperren können etwa das Alter des Geräts, seine Weitergabe an einen Zweitnutzer oder das Ausbleiben der Zahlungen an den Anbieter für die Überlassung des Geräts darstellen (Einleitung A.IV.2., S. 11).

Es lassen sich drei Besonderheiten vernetzter Geräte identifizieren, die für das Sachenrecht eine Herausforderung darstellen. Zunächst kommt es zwischen Nutzer und Anbieter zu einer Spaltung der Sachherrschaft an dem Gerät. Der physischen Sachherrschaft des Nutzers, also dem buchstäblichen In-den-Händen-halten, steht die digitale Sachherrschaft des Anbieters gegenüber, also die Möglichkeit, aufgrund technischer Zugriffsrechte die im Gerät verkörperte Software zu verändern (Einleitung A.V.1.a), S. 13). Als weitere Spaltung kann bei vernetzten Geräten neben die Sachsubstanzherrschaft, also die Möglichkeit, das Gerät durch physischen oder digitalen Zugriff in seiner Körperlichkeit zu verändern, die Sachfunktionsherrschaft treten, also die Möglichkeit, die Funktionsfähigkeit des Geräts zu beeinflussen (Einleitung A.V.1.b), S. 14). Eine Sachfunktionsherrschaft ist dabei

auch ohne Sachsubstanzherrschaft denkbar, wenn beispielsweise ein Gerät nur nutzbar ist, wenn es Zugang zum Cloud-Server des Anbieters erhält. In diesem Fall hat der Anbieter aufgrund seiner Kontrolle über den Cloud-Zugang Sachfunktionsherrschaft über das Gerät inne, auch wenn er womöglich weder physisch noch digital auf das Gerät einwirken kann (Einleitung A.V.1.c), S. 15).

Als zweite Besonderheit ist es bei vernetzten Geräten möglich, die Funktionsfähigkeit des Geräts zu beeinträchtigen, ohne auf die Substanz des Geräts einzuwirken. Bei analogen Geräten ist dies nur in seltenen Ausnahmefällen möglich. Es stellt sich daher bei vernetzten Geräten erstmals umfangreich die Frage danach, inwiefern der bestimmungsgemäße Gebrauch vor Störungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst und nicht vor Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung geschützt ist (Einleitung A.V.2, S. 16).

Die dritte Besonderheit liegt darin, dass bei vernetzten Geräten gebrauchsnötige Komponenten beziehungsweise Abläufe der elektronischen Datenverarbeitung aus dem Gerät in das Datennetz, insbesondere auf den Cloud-Server des Anbieters, ausgelagert werden können. Wie weit diese Gebrauchsvoraussetzungen ausgelagert werden und wie weit daher eine aktive Netzanbindung für den Gebrauch der Sache erforderlich ist, kann der Anbieter im Rahmen der Produktgestaltung des vernetzten Geräts weitgehend frei entscheiden. Sollte der netzbasierte Gebrauch nicht dem Schutz des Sachenrechts unterfallen, könnte der Anbieter damit mittelbar auch über die Reichweite dieses Schutzes entscheiden (Einleitung A.V. 3., S. 18).

## § 1. Technischer Hintergrund

§ 1 erläutert den technischen Hintergrund der Untersuchung.

### *Kapitel 1 – Das vernetzte Gerät*

Bezüglich der Zusammensetzung eines vernetzten Geräts ist zwischen der Gerätehardware und der integrierten Software zu unterscheiden (§ 1 Kapitel 1, S. 41).

Bezüglich der Hardware stehen dabei den Komponenten der Datenverarbeitung (z.B. Prozessor, Datenspeicher) die Komponenten gegenüber, die der Dateneingabe und Datenausgabe dienen. Bei Letzteren kommen neben klassischen Komponenten wie Tastatur, Maus, Monitor und Lautsprecher auch Sensoren beziehungsweise Aktoren zum Einsatz, die Begebenheiten der Umwelt des Geräts in elektronische Signale verwandeln beziehungsweise Signale der Datenverarbeitung in physikalische oder mechanische Veränderungen des Geräts oder seiner Umwelt übersetzen. Über Sensoren und Aktoren interagieren die vernetzten Geräte mit ihrer physi-

schen Umwelt. Sie haben große Bedeutung für die Robotik und das Internet der Dinge (§ 1 Kapitel 1 – A, S. 41).

Die Software umfasst zunächst die Firmware, einschließlich Betriebssystem und Treibern, die die grundlegende Funktionsfähigkeit des Geräts eröffnet. Dazu kann Anwendungssoftware treten, die – wie etwa ein Textverarbeitungsprogramm – bestimmte zusätzliche Funktionen bereithält, die für die grundlegende Nutzbarkeit des Geräts nicht relevant sind (§ 1 Kapitel 1 – B, S. 42).

### *Kapitel 2 – Vernetzung des Geräts*

Die Vernetzung des Geräts ist über verschiedene Kommunikationstechnologien möglich. Für die Vernetzung müssen in dem Gerät Hardwarekomponenten integriert sein, die der Datenweitergabe dienen (Gateway, Router). Vernetzte Geräte werden teilweise direkt mit dem (mobilen) Internet verbunden, teilweise werden sie über ein Smartphone als Brückengerät mit dem Internet verbunden (§ 1 Kapitel 2 – A, S. 45).

Vernetzt werden die Geräte vielfach mittels sogenannter IoT-Plattformen, die teilweise vom Anbieter selbst unterhalten werden, teilweise von Dritten. Bei der Vernetzung kommen vielfach auch Cloud-Server des Anbieters zum Einsatz, mit denen das vernetzte Gerät verbunden sein muss, um bestimmte netzbasierte Funktionen zu nutzen (§ 1 Kapitel 2 – B, S. 46).

Vernetzte Geräte bilden einen wichtigen Baustein des sogenannten Internet der Dinge (Englisch: „Internet of things“ oder abgekürzt „IoT“). Das Internet der Dinge stellt jedoch ein umfassenderes Konzept dar und wirft zahlreiche Rechtsfragen auf, die über die hiesige Untersuchung hinausgehen (§ 1 Kapitel 2 – C, S. 47).

### *Kapitel 3 – Produktgestaltung und Kontrolle des Anbieters*

Über die Produktgestaltung kann der Anbieter weitreichend bestimmen, unter welchen Bedingungen eine Netzanbindung technisch möglich ist und wie weitgehend ein Nutzer für den Gebrauch eines vernetzten Geräts auf eine solche Anbindung angewiesen ist. Indem der Anbieter bestimmen kann, welche Protokolle bei der Vernetzung des Geräts zum Einsatz kommen und – sofern es sich um proprietäre Protokolle handelt – wer diese Protokolle verwenden darf, kann er vorgeben, mit welchen anderen Geräten das vernetzte Gerät sich vernetzen kann (§ 1 Kapitel 3 – A, S. 51).

Der Anbieter kann zudem durch die Produktgestaltung vorschreiben, wie weitreichend für den Gebrauch des Geräts eine aktive Netzanbindung erforderlich ist. Denkbar sind verschiedenste Gestaltungen zwischen einer solchen, die für jegliche Nutzung des Geräts eine aktive Netzanbindung voraussetzt, und einer Gestaltung, bei der das Gerät ohne Einschränkungen auch offline genutzt werden kann. Soweit

eine Netzanbindung erforderlich ist, bezieht sich diese häufig auf eine Verbindung zum Cloud-Server des Anbieters (§ 1 Kapitel 3 – B, S. 53).

Auch bei der Steuerung sind unterschiedliche Gestaltungen denkbar. Neben einem unmittelbaren Zugriff auf das Gerät ist auch eine Steuerung, die über den Cloud-Server des Anbieters vermittelt wird, denkbar (§ 1 Kapitel 3 – C, S. 55).

#### *Kapitel 4 – Technische Varianten von Funktionssperren*

Auf verschiedenen technischen Wegen ist eine Funktionssperre denkbar. In der vorliegenden Arbeit wird zwischen drei Varianten differenziert, die sachenrechtlich unterschiedlich zu bewerten sind.

Soweit für den Gebrauch eines Geräts die aktive Anbindung an einen Cloud-Server erforderlich ist, kann der Anbieter – oder ein Dritter im Auftrag des Anbieters – den Zugang zu diesem Server, beispielsweise durch Blacklisting unterbinden. Netzbasierte Funktionen setzen damit aus (§ 1 Kapitel 4 – A, S. 57).

Daneben kann der Anbieter die Funktionsfähigkeit der im Gerät integrierten Software sperren. Dies kann zunächst durch eine Veränderung der integrierten Software – etwa durch deren Löschung – erfolgen. Technisch umgesetzt werden kann diese Veränderung durch ein Update, in dessen Installation der Nutzer einwilligt oder das der Nutzer mittels digitaler Zugriffsrechte an dem Gerät selbst installieren kann (§ 1 Kapitel 4 – B, S. 58).

Als dritte Variante kann der Anbieter die im Gerät integrierte Software auch ohne deren Veränderung sperren. Umgesetzt werden kann dies etwa indem in der Software eine Bedingung (if/else-Verzweigung) einprogrammiert ist, die regelmäßig, etwa bei jedem Hochfahren des Geräts, abgefragt wird. Nur wenn die Bedingung erfüllt ist, fährt die Software hoch und das Gerät ist nutzbar. Bezieht sich diese Bedingung beispielsweise auf die Möglichkeit eines Zugriffs auf den Cloud-Server des Anbieters, kann der Anbieter durch die Verweigerung des Cloud-Zugangs mittelbar die Funktionsfähigkeit der im Gerät integrierten Software und damit des Geräts beeinflussen, ohne auf die Software selbst einzuwirken (§ 1 Kapitel 4 – C, S. 60).

## § 2. Besitz dank digitaler Sachherrschaft

In § 2 wird untersucht, welche Besitzpositionen an dem vernetzten Gerät bestehen und ob insbesondere eine digitale Sachherrschaft des Anbieters eine Besitzposition begründet.

## *Kapitel 1 – Sachqualität verkörperter Software*

Ein Besitz aufgrund digitaler Sachherrschaft des Anbieters ist zunächst denkbar, wenn die verkörperte Software, an der die digitale Sachherrschaft besteht, eine eigene, vom Datenträger unabhängige Sache darstellen sollte.

### *A. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird wiederholt Software, die auf einem Datenträger verkörpert ist, als Sache beschrieben. Die Formulierung legt dabei teilweise nahe, dass der Gerichtshof in der verkörperten Software eine eigene Sache sieht (§ 2 Kapitel 1 – A.I, S. 68).

Es erscheint jedoch unwahrscheinlich, dass der Bundesgerichtshof mit diesen Aussagen eine vom Datenträger unabhängige, eigenständige Sachqualität verkörperter Software annehmen wollte (§ 2 Kapitel 1 – A.II, S. 72). Dafür spricht zunächst, dass die Sachqualität verkörperter Software in den Entscheidungen jeweils nur knapp am Rande angesprochen wurde, während der Fokus der Entscheidungen andere Rechtsfragen betraf (§ 2 Kapitel 1 – A.II.1, S. 72). Auch soweit die Aussagen nicht nur die Sachqualität, sondern den Besitz an Software erfassen, sind Reichweite und Aussagegehalt dieser Passagen unklar (§ 2 Kapitel 1 – A.II.2, S. 74). Weitere Unklarheit besteht dadurch, dass mitunter nicht erkenntlich ist, ob der Gerichtshof der verkörperten Software als solcher oder dem Datenträger, auf dem sie verkörpert ist, Sachqualität zuspricht (§ 2 Kapitel 1 – A.II.3, S. 75). Letztlich erzeugt es Bedenken bezüglich des Aussagegehalts der Rechtsprechung, dass der Gerichtshof nur unzureichend zwischen Besitz und anderweitiger Funktionsherrschaft abgrenzt (§ 2 Kapitel 1 – A.II.4, S. 76).

### *B. Eigenständige Bestimmung der Sachqualität verkörperter Software*

Kann für die Bestimmung der Sachqualität verkörperter Software nicht auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zurückgegriffen werden, so ist eine eigenständige Bestimmung erforderlich (§ 2 Kapitel 1 – B, S. 78).

Dafür ist zunächst die Definition von Sachqualität genauer zu konturieren (§ 2 Kapitel 1 – B.I, S. 78). Entgegen der ganz herrschenden Meinung, die das Merkmal des körperlichen Gegenstandes in § 90 BGB als einheitliches versteht (§ 2 Kapitel 1 – B.I.1, S. 79), erscheint es überzeugender, zwischen den Merkmalen der Körperlichkeit und der Gegenstandsqualität zu differenzieren (§ 2 Kapitel 1 – B.I.2, S. 80). Körperlichkeit soll dabei als deskriptives Merkmal verstanden (§ 2 Kapitel 1 – B.I.3, S. 81) und in Anlehnung an die physikalische Definition von Materie ausgelegt werden (§ 2 Kapitel 1 – B.I.3.a), S. 81). Ein solches deskriptives Verständnis wird insbesondere der für den Verkehrsschutz erforderlichen Erkennbarkeit der Sachqualität gerecht (§ 2 Kapitel 1 – B.I.3.b), S. 82).

Im Gegensatz zum Begriff der Körperlichkeit sollte der Begriff des Gegenstandes normativ verstanden werden (§ 2 Kapitel 1 – B.I.4, S. 83) und die Bestimmtheit

oder zumindest Bestimmbarkeit des Objekts voraussetzen (§ 2 Kapitel 1 – B.I.4.a), S. 84). Bei körperlichen Objekten fordert die Bestimmtheit deren Abgegrenztheit – ein Merkmal, an dem auch die herrschende Meinung die Sachqualität misst (§ 2 Kapitel 1 – B.I.4.b)aa), S. 85). Daneben fordert die Gegenstandsqualität eine konzeptionelle Eigenständigkeit und Sonderrechtsfähigkeit eines Objekts (§ 2 Kapitel 1 – B.I.4.b)bb), S. 86). Keine eigene Aussagekraft haben dagegen die Kriterien der Beherrschbarkeit und Rivalität der Nutzung, die teilweise als Voraussetzungen der Sachqualität genannt werden (§ 2 Kapitel 1 – B.I.4.b)cc), S. 87).

Auf der Grundlage dieser Definition scheidet eine eigenständige, vom Datenträger zu abstrahierende Sachqualität verkörperter Software aus (§ 2 Kapitel 1 – B.II, S. 91). Eine Betrachtung der technischen Hintergründe der Speicherung von Software zeigt zwar, dass die Ladungszustände der Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, die konkrete Körperlichkeit des Datenträgers prägt (§ 2 Kapitel 1 – B.II.2.a), S. 93). Damit erhält die verkörperte Software jedoch keine, vom Datenträger zu abstrahierende Sachqualität (§ 2 Kapitel 1 – B.II.2.b), S. 94). Diesen Befund unterstreicht auch ein Vergleich zur Sachqualität eines Buchs sowie des im Buch verkörperten Werks (§ 2 Kapitel 1 – B.II.3, S. 96).

### *Kapitel 2 – Besitz und im vernetzten Gerät verkörperte Software*

Da verkörperte Software als eigenständige Sache und somit als eigenständiges Besitzobjekt ausscheidet, ist zu untersuchen, welche Besitzposition eine digitale Sachherrschaft des Anbieters am vernetzten Gerät als solchem begründet.

#### *A. Digitale Sachherrschaft*

Die digitale Sachherrschaft bezeichnet die Möglichkeit, auf digitalem Wege die im Gerät verkörperte Software und damit die Ladungszustände der Speicherzellen der integrierten Datenträger zu verändern. Sie wird faktisch durch entsprechende technische Zugriffsrechte (insb. Administratorenrechte) begründet und tritt neben die physische Sachherrschaft, also das buchstäbliche In-den-Händen-halten des Geräts (§ 2 Kapitel 2 – A.I, S. 99).

Meist fallen digitale und physische Sachherrschaft zusammen. Gerade bei vernetzten Geräten kommt es jedoch oft zu einer Spaltung der Sachherrschaft: Während der Anbieter rein digitale Sachherrschaft innehat, hat der Nutzer physische und mitunter, aber nicht immer ebenfalls digitale Sachherrschaft inne (§ 2 Kapitel 2 – A.II, S. 100). Während die physische Sachherrschaft das gesamte Gerät erfasst, erstreckt sich die digitale Sachherrschaft lediglich auf die Speicherzellen, in denen die verkörperte Software, an der die digitalen Zugriffsrechte bestehen, verkörpert ist (§ 2 Kapitel 2 – A.III, S. 101). Sofern sich die digitale Sachherrschaft auf betriebsnotwendige Software bezieht, eröffnet sie mittelbar eine Sachfunktionsherrschaft (§ 2 Kapitel 2 – A.IV, S. 102).

### *B. Besitz dank digitaler Sachherrschaft*

Verschiedene Definitionen des Besitzes und der tatsächlichen Sachherrschaft im Sinne des § 854 BGB werden vorgeschlagen (§ 2 Kapitel 2 – B.I.1, S. 104). Entscheidende Bedeutung kommt bei ihrer Bestimmung der Verkehrsanschauung zu (§ 2 Kapitel 2 – B.I.2, S. 106). Den Kern der tatsächlichen Sachherrschaft bildet die körperliche Sachherrschaft (§ 2 Kapitel 2 – B.I.3, S. 108).

Bei digitaler Sachherrschaft handelt es sich um körperliche Sachherrschaft. Digitale Sachherrschaft begründet daher Besitz. Dem steht nicht entgegen, dass der Inhaber rein digitaler Sachherrschaft bei der Ausübung der Sachherrschaft vom Inhaber physischer Sachherrschaft abhängt. Kappt dieser etwa die Verbindung des Geräts zum Strom- oder Datennetz wird die digitale Sachherrschaft unterbrochen (§ 2 Kapitel 2 – B.II, S. 108).

### *C. Besitzposition des Anbieters*

Der Besitz des Anbieters aufgrund digitaler Sachherrschaft tritt neben den Besitz des Nutzers aufgrund physischer und eventuell auch digitaler Sachherrschaft. Beide sind Mitbesitzer im Sinne des § 866 BGB. Bei einem kaufähnlichen Erwerb des Geräts wird die digitale Sachherrschaft und damit der Mitbesitz des Anbieters erstmals bei der ersten Inbetriebnahme des Geräts durch den Nutzer begründet. Eine Übergabe im Sinne des § 929 S. 1 BGB ist damit möglich und scheitert nicht etwa an einem fortbestehenden Besitz des Anbieters (§ 2 Kapitel 2 – C.I, S. 111).

Die digitale Sachherrschaft bezieht sich lediglich auf die Speicherzellen, in denen die Software verkörpert ist, auf die sich die digitale Sachherrschaft bezieht. Sie erfasst daher einen abgegrenzten Teil des Geräts und begründet Teilmitbesitz an dem Gerät (§ 2 Kapitel 2 – C.II, S. 113).

Da ein Inhaber rein digitaler Sachherrschaft in der Ausübung der Sachherrschaft vom Inhaber der physischen Sachherrschaft abhängig ist, kann man davon sprechen, dass die digitale Sachherrschaft in gewissem Sinne durch den Inhaber physischer Sachherrschaft vermittelt wird. Dennoch begründet digitale Sachherrschaft unmittelbaren und nicht mittelbaren Besitz. Anders als bei digitaler Sachherrschaft handelt es sich bei mittelbarem Besitz im Sinne des § 868 BGB um einen rechtlich, nicht tatsächlich gemittelten Besitz (§ 2 Kapitel 2 – C.III, S. 115). Die unmittelbare Natur digitaler Sachherrschaft zeigt auch ein Vergleich mit der Besitzlage an einem Bankschließfach (§ 2 Kapitel 2 – C.III.2, S. 117).

### *D. Einschränkung des possessorischen Besitzschutzes*

Der Teilmitbesitz des Anbieters führt dazu, dass gegenüber Nutzungssperren durch den Anbieter ein possessorischer Besitzschutz zugunsten des Nutzers gemäß § 866 BGB weitestgehend ausscheidet. Eine Ausnahme können umfassende Softwaresperren von Geräten darstellen, deren Gebrauch sich gänzlich in softwarebasierten Funktionen erschöpft (§ 2 Kapitel 2 – D.I, S. 120 sowie § 2 Kapitel 2 – D.II.1,

S. 122). Umgekehrt scheidet auch zugunsten des Anbieters ein possessorischer Besitzschutz gegenüber dem Nutzer aus, etwa in Fällen, in denen der Nutzer die Verbindung des Geräts vom Strom- oder Datennetz trennt, sofern man darin überhaupt eine Besitzbeeinträchtigung des Anbieters sehen will (§ 2 Kapitel 2 – D.II.2, S. 123).

Der weitgehende Ausschluss eines possessorischen Rechtsschutzes ist mit den Zwecken des possessorischen Rechtsschutzes vereinbar. Eine Gewalteskalation scheidet bei einem digitalen Fernzugriff aus (§ 2 Kapitel 2 – D.III.1, S. 124). Auch wenn man entgegen der wohl herrschenden Meinung den Zweck des possessorischen Besitzschutzes nicht im Friedensschutz, sondern etwa im mittelbaren Schutz des Eigentums, dem Schutz der Kontinuität oder der Persönlichkeit und des Willens des Besitzers sieht, ist ein Ausschluss des possessorischen Besitzschutzes mit diesen Zielen vereinbar. Diese Ziele können zwar erklären, wenn es zu einem possessorischen Besitzschutz kommt, können jedoch nicht vorgeben, wie weit dieser gehen sollte (§ 2 Kapitel 2 – D.III.2, S. 125).

### § 3. Sachenrecht und digitaler Gebrauch

§ 3 untersucht, inwiefern der digitale Gebrauch durch das Sachenrecht geschützt wird.

#### *Kapitel 1 – Induktive Bestimmung des Zuweisungsgehalts*

Zunächst wird dargelegt, wie vorgegangen wird, um zu bestimmen, inwiefern der digitale Sachgebrauch sachenrechtlich geschützt ist.

##### *A. Das Wesen des Eigentums nach § 903 BGB*

§ 903 BGB etabliert das Eigentum als grundsätzlich umfassendes Herrschaftsrecht (§ 3 Kapitel 1 – A.I, S. 132). Es gibt dem Eigentümer in einer positiven und negativen Funktion das Recht, grundsätzlich nach Belieben mit der Sache zu verfahren und andere von einer Einwirkung auf sie auszuschließen (§ 3 Kapitel 1 – A.II, S. 133). Seine genaue Konturierung erfährt das Eigentum jedoch erst durch seine unterschiedlichen Schranken (§ 3 Kapitel 1 – A.III, S. 134), sodass anhand der abstrakten Definition des Eigentums seine genau Reichweite nicht bestimmt werden kann (§ 3 Kapitel 1 – A.IV, S. 138).

##### *B. Definition der Beeinträchtigungstatbestände*

Die Definitionen von Beeinträchtigungen des Eigentums (§ 3 Kapitel 1 – B.I, S. 139) beziehungsweise Besitzes (§ 3 Kapitel 1 – B.II, S. 141) in § 1004 BGB, § 823 Abs. 1

BGB und § 858 BGB verweisen im Kern auf eine Beeinträchtigung des Zuweisungsgehalts der Rechtsgüter. Sie setzen einen klar konturierten Zuweisungsgehalt voraus und ermöglichen nicht selbst eine solche Konturierung. Aus diesen abstrakten Definitionen lassen sich daher keine Aussagen zur Reichweite des Zuweisungsgehalts herleiten. Es ist erforderlich, induktiv durch einen Vergleich mit anerkannten Fallgruppen einer Beeinträchtigung von Eigentum und Besitz deren Zuweisungsgehalt bezüglich eines digitalen Sachgebrauchs zu bestimmen (§ 3 Kapitel 1 – B.III, S. 144).

Bezüglich der Merkmale der Besitzstörung und Besitzentziehung wird der Oberbegriff Besitzbeeinträchtigung verwendet (§ 3 Kapitel 1 – B.II.3, S. 143).

### *C. Einheitlichkeit des Zuweisungsgehalts*

Eine Einwirkung auf die Sache oder ihre Nutzbarkeit, die eine Besitzbeeinträchtigung darstellt, stellt auch eine Eigentumsbeeinträchtigung dar (§ 3 Kapitel 1 – C.I.1, S. 146). Zumindest bei den hier relevanten Fällen einer Beeinträchtigung, die sich auf die Nutzbarkeit der Sache auswirkt, stellt eine Einwirkung auf die Sache oder ihre Nutzbarkeit, die eine Eigentumsverletzung darstellt, zudem umgekehrt auch eine Besitzbeeinträchtigung dar (§ 3 Kapitel 1 – C.I.2, S. 147). Bei der induktiven Bestimmung des Zuweisungsgehalts muss daher nicht zwischen Vergleichsfällen unterschieden werden, die das Eigentum oder den Besitz betreffen. Es wird einheitlich von sachenrechtlich relevanten Beeinträchtigungen gesprochen.

Es besteht umfangreicher Streit zum Verhältnis von § 1004 BGB und § 823 Abs. 1 BGB (§ 3 Kapitel 1 – C.II.1, S. 150). Dieser Streit betrifft die Reichweite der Beseitigungspflicht nach § 1004 BGB (§ 3 Kapitel 1 – C.II.2, S. 152). Einigkeit besteht demgegenüber, dass den verschiedenen Schutzmechanismen ein einheitlicher Zuweisungsgehalt des geschützten Rechtsguts zugrunde liegt (§ 3 Kapitel 1 – C.II.3, S. 156). Während *Picker* dies sehr explizit benennt (§ 3 Kapitel 1 – C.II.3.a), S. 156), wird die einheitliche Reichweite des Zuweisungsgehalts ansonsten häufig nur implizit vorausgesetzt und nicht explizit ausgesprochen (§ 3 Kapitel 1 – C.II.3.b), S. 157). Bei der induktiven Bestimmung des Zuweisungsgehalts von Eigentum und Besitz muss daher nicht zwischen Vergleichsfällen zu unterschiedlichen Anspruchsgrundlagen, durch die der Schutz von Eigentum und Besitz umgesetzt wird, unterschieden werden.

### *Kapitel 2 – Schutz der Integrität verkörperter Software*

Unter den drei eingangs vorgestellten, technischen Typen einer Funktionssperre werden zunächst Softwaresperren betrachtet, die mit einer Änderung der im Gerät verkörperten Software einhergehen.

### *A. Änderung der im Gerät verkörperten Software*

Umgesetzt werden kann eine Änderung der verkörperten Software beispielsweise durch ein Update oder einen sogenannten Kill-Switch. Hat der Anbieter sich Administratorenrechte vorbehalten, so kann er die Software auch unabhängig vom Willen des Nutzers verändern. Ansonsten bedarf es schon technisch dessen Zustimmung. Eine Veränderung der Software kann unmittelbar eine Softwaresperre einsetzen oder lediglich eine Sperrmöglichkeit einführen, die zu einem späteren Zeitpunkt eingreift. In beiden Fällen bestehen zwei analytisch zu trennende Ansatzpunkte für eine sachenrechtlich relevante Beeinträchtigung: Einerseits die Veränderung der verkörperten Software und andererseits die anschließende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst (§ 3 Kapitel 2 – A.I, S. 160).

Bei den verschiedenen technischen Möglichkeiten einer Datenspeicherung prägt der Ladungszustand der Speicherzellen und damit die verkörperte Software die konkrete Körperlichkeit des Datenträgers. Eine Veränderung der verkörperten Software stellt eine Veränderung der Sache dar, die im oben, im Kontext der Definition der Sachqualität dargestellten Sinne (§ 2 Kapitel 1 – B.I.3.a), S. 81) körperlich ist (§ 3 Kapitel 2 – A.II, S. 161). Es handelt sich um eine prototypische Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz (§ 3 Kapitel 2 – A.III, S. 162).

### *B. Rechtmäßigkeit dank Einwilligung in die Substanzveränderung*

Oft wird der Nutzer der Installation des Updates, das die Softwaresperre einführt, tatsächlich zugestimmt haben. Darin kann auch rechtlich eine Einwilligung liegen, die die Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz rechtfertigt (§ 3 Kapitel 2 – B, S. 163). Oft wird dem Nutzer jedoch nicht bewusst gewesen sein, dass durch das Update eine Softwaresperre oder eine Sperrmöglichkeit installiert wird. Dies begründet Zweifel an der Wirksamkeit einer Einwilligung (§ 3 Kapitel 2 – B.I, S. 164).

Das Sachenrecht nimmt verkörperte Software nur als konkrete Ausprägung der Körperlichkeit des Datenträgers wahr und schützt sie nur in diesem Umfang. Dem geistigen Inhalt der Software gegenüber ist sie blind. Ob in einem Update eine Softwaresperre ermöglicht wird und dass der Nutzer dies womöglich nicht wusste, ist für die Wirksamkeit der Einwilligung daher unbeachtlich. Die in der Veränderung der verkörperten Software liegende Substanzveränderung bleibt gerechtfertigt. Die Blindheit des Sachenrechts gegenüber dem geistigen Inhalt der Software bedeutet jedoch umgekehrt auch, dass eine Einwilligung in die mit der Installation einhergehende Substanzveränderung nicht auch eine in der Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs als solchem liegende Beeinträchtigung rechtfertigt, die sich infolge der Veränderung der verkörperten Software zeigt (§ 3 Kapitel 2 – B.II, S. 165).

### *Kapitel 3 – Schutz des softwarebasierten Gebrauchs*

Als zweite technische Möglichkeit einer Funktionssperre wurden Softwaresperren untersucht, die nicht mit einer Substanzveränderung einhergehen müssen. Erfasst ist damit einerseits die eben genannte eigenständige Betrachtung der Gebrauchsbeeinträchtigung, die mit einer Substanzveränderung einhergeht, von dieser jedoch analytisch zu trennen ist. Andererseits umfasst diese Gruppe Gebrauchsbeeinträchtigungen, die nicht mit einer Substanzveränderung einhergehen, weil sie etwa durch eine Bedingung im Programmcode bereits in der verkörperten Software angelegt sind.

#### *A. Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs*

Den Ursprung von Diskussionen in Literatur und Rechtsprechung über die sachenrechtliche Relevanz von Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Sachgebrauchs bilden Fälle einer Störung der Sach-Umwelt-Beziehung (§ 3 Kapitel 3 – A, S. 171). Daneben kann es jedoch auch zu Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst kommen (§ 3 Kapitel 3 – A.II.1, S. 173). Um solche Beeinträchtigungen handelt es sich bei Softwaresperren. Bei analogen Geräten haben solche Beeinträchtigungen für den sachenrechtlichen Schutz nur sehr ausnahmsweise eine eigenständige Bedeutung, da Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst dort regelmäßig mit Substanzveränderungen einhergehen, über die der sachenrechtliche Schutz gewährleistet wird. Bei vernetzten Geräten haben Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst daher erstmals eine umfangreiche eigene Bedeutung (§ 3 Kapitel 3 – A.II.2, S. 175).

Anders als Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung (dazu in § 3 Kapitel 4, S. 203) haben Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Sache selbst unmittelbare sachenrechtliche Relevanz, wenn sie den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache einschränken (§ 3 Kapitel 3 – A.II.3, S. 175). Die Abgrenzungen zwischen beiden Fallgruppen sowie gegenüber Substanzveränderungen sind daher wichtig, im Detail aber mitunter komplex (§ 3 Kapitel 3 – A.III, S. 177).

#### *B. Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs*

Entscheidend für die Bestimmung der sachenrechtlichen Relevanz einer Störung der Funktionsfähigkeit der Sache selbst ist damit die Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache. Geschützt ist wegen des Erfordernisses der Erkennbarkeit des sachenrechtlichen Schutzes für den Verkehr (§ 3 Kapitel 3 – B.I.1, S. 181) lediglich der objektiv bestimmungsgemäße Gebrauch. Nicht geschützt ist ein allein subjektiv – insbesondere vertraglich – bestimmter Gebrauch (§ 3 Kapitel 3 – B.I.2, S. 182). Erfasst ist einerseits der Gebrauch, der sich allein aus der Körperlichkeit der Sache ergibt, andererseits aber auch ein Gebrauch der daneben bestimmte sachexterne Faktoren, also Bedingungen der Sach-Umwelt-Beziehung,

voraussetzt (§ 3 Kapitel 3 – B.II, S. 183). Wird letzterer beeinträchtigt, handelt es sich jedoch meist um eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung, welche nur unter bestimmten Voraussetzungen sachenrechtlich relevant ist. Mit diesen Fällen befasst sich die vorliegende Arbeit erst später in § 3 Kapitel 4 anlässlich Beeinträchtigungen des netzbasierten Gebrauchs (S. 203).

### *C. Bestimmungsgemäßer Gebrauch vernetzter Geräte*

Bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vernetzter Geräte ist wegen der Bedeutung der digitalen Komponenten zunächst zu betonen, dass nur ein Gebrauch der Sache in ihrer Körperlichkeit sachenrechtlich relevant ist und daher in diesem Sinne am sachenrechtlich geschützten bestimmungsgemäßen Gebrauch teilhaben kann (§ 3 Kapitel 3 – C.I.1, S. 185). Da das Sachenrecht gegenüber dem geistigen Inhalt verkörperter Software blind ist, bleibt die Zweckeignung von Software ohne Bedeutung (§ 3 Kapitel 3 – C.I.2, S. 185). Aus demselben Grund schränkt auch eine Sperrmöglichkeit, die im geistigen Inhalt der Software angelegt ist, nicht den sachenrechtlich geschützten bestimmungsgemäßen Gebrauch ein – anders als etwa ein mechanischer Vorbehalt (§ 3 Kapitel 3 – C.I.3, S. 186). Der sachenrechtliche Schutz des bestimmungsgemäßen Gebrauchs bildet damit eine Art des Bestandsschutzes bezüglich der digital unterstützten Gebrauchsmöglichkeiten, die einmal zur körperlichen Nutzung freigeschaltet wurden (§ 3 Kapitel 3 – C.I.4, S. 188).

Bei der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs vernetzter Geräte kann zwischen verschiedenen Gerätekomponenten unterschieden werden. Die Gebrauchsbestimmung rein analoger Komponenten kann nach gewöhnlichen Maßstäben konkretisiert werden (§ 3 Kapitel 3 – C.II.1, S. 190). Bezüglich der digitalen Komponenten kann zwischen der Zentraleinheit und den Peripheriegeräten unterschieden werden. Da die Zentraleinheit lediglich dazu dient, Software unverändert abzuspeichern, auszulesen und zu verarbeiten, wird ihre Funktionsfähigkeit durch eine Softwaresperre nicht eingeschränkt. Ist diese Sperre in der verkörperten Software angelegt, erfüllt die Zentraleinheit durch ihre Umsetzung vielmehr gerade ihre Gebrauchsbestimmung (§ 3 Kapitel 3 – C.II.2, S. 190).

Bei Peripheriegeräten, also den Komponenten, die der Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe dienen, kann die Gebrauchsbestimmung zunächst durch einen Vergleich mit analogen oder bekannten digitalen Vorbildern konkretisiert werden (§ 3 Kapitel 3 – C.II.3.a), S. 193). Daneben erscheint jedoch eine eigenständige Konkretisierung der Gebrauchsbestimmung sinnvoll, die sich aus der Gebrauchsbestimmung von Peripheriegeräten im Rahmen der elektronischen Datenverarbeitung speist (§ 3 Kapitel 3 – C.II.3.b), S. 197). Danach besteht der bestimmungsgemäße Gebrauch von Peripheriegeräten in der gesteuerten Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe. Sachenrechtlich relevant ist es daher, wenn die Dateneingabe, -ausgabe oder -weitergabe gänzlich unmöglich wird oder der Nutzer sie nicht mehr steuern

kann. Unbeachtlich bleibt es, wenn lediglich die Verarbeitung von Daten eines bestimmten Inhalts scheitert (§ 3 Kapitel 3 – C.II.3.b)aa), S. 197). Diese Differenzierung lässt sich verkürzt darin veranschaulichen, dass nur eine Sperrung der Firmware, einschließlich Betriebssystem und Treiber, nicht jedoch eine Sperrung von Anwendungssoftware den bestimmungsgemäßen Gebrauch des Geräts beeinträchtigt und damit eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz darstellt (§ 3 Kapitel 3 – C.II.3.b)bb), S. 198).

#### *Kapitel 4 – Schutz des netzbasierten Gebrauchs*

Als dritte und letzte technische Variante einer Funktionssperre wurden Sperren betrachtet, die den netzbasierten Gebrauch des Geräts sperren, indem beispielsweise ein für den Gebrauch fortlaufend erforderlicher Zugang zum Cloud-Server des Anbieters entzogen wird. Bei solchen Netzsperrungen handelt es sich um Gebrauchsbeeinträchtigungen durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung.

##### *A. Beeinträchtigung der Sach-Umwelt-Beziehung*

In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshof wurde, ausgehend vom berühmten Fleet-Fall, wiederholt die sachenrechtliche Bedeutung von Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung behandelt, die den bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache beeinträchtigen (§ 3 Kapitel 4 – A.I, S. 206). Im Vordergrund standen dabei einerseits Fälle, in denen die Brauchbarkeit von Fahrzeugen beziehungsweise von Verkehrsinfrastruktur beeinträchtigt wurde (§ 3 Kapitel 4 – A.I.1.a), S. 207), und andererseits Fälle, in denen die Brauchbarkeit von Sachen beeinträchtigt wurde, indem die gebrauchsnötige Stromversorgung und Versorgung mit Heizwärme unterbrochen wurde (§ 3 Kapitel 4 – A.I.1.b), S. 212). Eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz setzt laut dem Gerichtshof in solchen Fällen voraus, dass tatsächlich beziehungsweise unmittelbar auf die Sache eingewirkt wird (§ 3 Kapitel 4 – A.I.2.a), S. 215) und dass der bestimmungsgemäße Gebrauch umfassend verhindert wird (§ 3 Kapitel 4 – A.I.2.b), S. 216). Daneben stellt das Gericht klar, dass nur der objektiv bestimmungsgemäße Gebrauch und nicht der subjektiv bestimmte, insbesondere vertraglich vereinbarte Gebrauch geschützt sei (§ 3 Kapitel 4 – A.I.2.c), S. 218). Weiterhin betont das Gericht, dass hinsichtlich des Schutzzumfangs für Eigentum und Besitz die gleichen Maßstäbe gelten (§ 3 Kapitel 4 – A.I.2.d), S. 218).

In der Literatur wird die Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt (§ 3 Kapitel 4 – A.II.1, S. 220). Deutlich wird sie jedoch von *Picker* kritisiert, der prinzipiell einen sachenrechtlichen Schutz vor Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung ablehnt (§ 3 Kapitel 4 – A.II.2, S. 220). Die Kritik von *Picker* kann allerdings nur teilweise überzeugen. Insbesondere kann er die Unklarheit, die er an dem Ansatz des Bundesgerichtshofs kritisiert, lediglich verringern und nicht beseitigen (§ 3 Kapitel 4 – A.II.2.b), S. 223).

Dennoch verdienen verschiedene Aspekte der Rechtsprechung zu Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung Kritik (§ 3 Kapitel 4 – A.III, S. 228). Es bestehen Unklarheiten bezüglich der Bestimmung der vom Gericht geforderten Unmittelbarkeit der Einwirkung auf die gestörte Sache (§ 3 Kapitel 4 – A.III.1, S. 228) sowie der Konkretisierung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs (§ 3 Kapitel 4 – A.III.2, S. 229). Nicht überzeugend ist zudem, dass nur ein umfassender Entzug des bestimmungsgemäßen Gebrauchs, nicht jedoch dessen Einschränkung sachenrechtliche Relevanz entfalten soll (§ 3 Kapitel 4 – A.III.3, S. 229). Es ist daher erforderlich, klarer zu konturieren, wann eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung Eigentum beziehungsweise Besitz beeinträchtigt (§ 3 Kapitel 4 – A.III.4, S. 231).

### *B. Schutz des netzbasierten Gebrauchs*

Die Rechtsprechung zu Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung meint, dass sie Sachen betrifft, die für ihren Gebrauch in unterschiedlicher Weise auf den Zugang zu einem Netz angewiesen sind (§ 3 Kapitel 4 – B.I, S. 233). Die Definition des Netzes umfasst dabei insbesondere das Verkehrswegenetz, Fernwärme-, Erdgas- und Stromnetz. Vernetzte Geräte sind wiederum auf das Datennetz angewiesen (§ 3 Kapitel 4 – B.I.1, S. 233). Es ist kein Zufall, sondern der Natur der Sache geschuldet, dass die Rechtsprechung zu Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs durch Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung durchgängig solche Fälle der Beeinträchtigung eines netzbasierten Gebrauchs behandelt. Eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung kann nämlich nur den Gebrauch solcher Sachen beeinträchtigen, die an ihrem Verwendungsort auf bestimmte Sach-Umwelt-Beziehungen angewiesen sind. Bei Netzen ist diese Abhängigkeit von bestimmten Umweltbedingungen aufgrund der Exklusivität und Ortsgebundenheit der Netzanbindung der Fall (§ 3 Kapitel 4 – B.I.2, S. 234). Um klarer zu konturieren, wann eine Störung der Sach-Umwelt-Beziehung Eigentum beziehungsweise Besitz beeinträchtigt, schlägt diese Arbeit vor, die Abhängigkeit des Sachgebrauchs vom Netzzugang als analytischen Fokus zu verwenden (§ 3 Kapitel 4 – B.I.3, S. 234).

Bei dieser netzbasierten Betrachtung stellen sich reine Störungen im Netz (Netzstörungen) als unbeachtlich heraus. Gebrauchsbeeinträchtigungen, die auf ihnen beruhen bleiben ohne sachenrechtliche Bedeutung (§ 3 Kapitel 4 – B.II.1, S. 236). Sachenrechtlich relevant ist es demgegenüber, wenn der bestimmungsgemäße Gebrauch scheitert, weil ein Netzzugang entzogen wird, der für den Gebrauch der Sache erforderlich ist (§ 3 Kapitel 4 – B.II.2, S. 238). Diese Differenzierung zwischen der Unbeachtlichkeit einer Netzstörung und der Beachtlichkeit eines Entzugs des gebrauchsnötigen Netzzugangs kann die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs weitestgehend erklären (§ 3 Kapitel 4 – B.II.3, S. 241).

Zur – mitunter schwierigen – Abgrenzung zwischen Netzstörung und Entzug des Netzzugangs erscheinen verschiedene Kriterien sinnvoll (§ 3 Kapitel 4 – B.II.4, S. 242). Für einen Entzug des Netzzugangs spricht etwa ein spezifischer Sachbezug

und ein abgrenzbarer Kreis an Betroffenen (§ 3 Kapitel 4 – B.II.4.b), S. 243) sowie eine umfassende Natur der Gebrauchsbeeinträchtigung (§ 3 Kapitel 4 – B.II.4.c), S. 244). Bei Unklarheit kann zudem eine wertende Betrachtung des Schwerpunkts der Beeinträchtigung helfen (§ 3 Kapitel 4 – B.II.4.d), S. 245). Anders als teilweise in der Rechtsprechung vertreten wird, dürfte es meist für einen Entzug des Netzzugangs sprechen, wenn sich die Störung auf die sogenannte letzte Meile bezieht (§ 3 Kapitel 4 – B.II.4.e), S. 245). Sofern ein Netz aus verbundenen Teilnetzen besteht, die sich im Eigentum verschiedener Netzinhaber befinden, bedarf es einer wertenden Betrachtung, ob ausnahmsweise der Entzug des Zugangs zu einem Teilnetz eine eigenständige Bedeutung erhält, da der Verkehr ihm eine solche eigene Bedeutung zuschreibt. So verhält es sich etwa bei Cloud-Servern, die über das Internet, also das weitere Datennetz, zu erreichen sind. Wird der gebrauchsnotwendige Zugang zu einem solchen Server entzogen, kann dies damit grundsätzlich sachenrechtliche Bedeutung entfalten (§ 3 Kapitel 4 – B.II.4.f), S. 246).

Bei der sachenrechtlichen Relevanz des Entzugs eines gebrauchsnotwendigen Netzzugangs ist nach der Identität des Störers und der Art des betroffenen Netzes zu differenzieren (§ 3 Kapitel 4 – B.III, S. 248). Entzieht der Netzinhaber dem Nutzer den Netzzugang, so bleibt dies sachenrechtlich ohne Bedeutung, wenn es sich um ein unreguliertes privates Netz handelt. In diesem Fall schützt das Eigentum des Netzinhabers an der Netzinfrastruktur den Anbieter in seiner Entscheidung, einen Netznutzer vom Zugang zum Netz auszuschließen (§ 3 Kapitel 4 – B.III.1.a), S. 249). Handelt es sich demgegenüber um ein öffentliches oder reguliertes privates Netz, wie etwa das Verkehrswegenetz beziehungsweise das Strom- oder Telekommunikationsnetz, so entfaltet der Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs sachenrechtliche Relevanz. Die öffentlichrechtliche Überformung des Eigentums an dem Netz verpflichtet den Netzinhaber, die Interessen des Netznutzers zu berücksichtigen und schränken seine Freiheit ein, den Nutzer von einer solchen Nutzung auszuschließen. Bei regulierten Netzen sind bezüglich Voraussetzungen und Folgen eines sachenrechtlich relevanten Entzugs des Netzzugangs die Vorgaben der Netzregulierung zu berücksichtigen. Eine sachenrechtliche Relevanz besteht, wenn entgegen dieser Voraussetzungen der Netzzugang entzogen wird (§ 3 Kapitel 4 – B.III.1.b), S. 250). Entzieht nicht der Netzinhaber, sondern ein Dritter den Netzzugang ist eine solche Differenzierung nach der Art des Netzes nicht erforderlich. Der Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs durch einen Dritten hat unabhängig von der Art des Netzes eine sachenrechtliche Bedeutung (§ 3 Kapitel 4 – B.III.2, S. 252).

### *C. Ausbleiben netzbasierter Gebrauchsvoraussetzungen*

Keine eigene Bedeutung hat es, wenn der bestimmungsgemäße Gebrauch daran scheitert, dass netzbasierte Gebrauchsvoraussetzungen ausbleiben (§ 3 Kapitel 4 – C, S. 253). Bleiben solche Voraussetzungen aus, ist vielmehr die Ursache für das Ausbleiben entscheidend. Liegt dem Ausbleiben der Entzug eines gebrauchsnot-

wendigen Netzzugangs zugrunde, ist eine sachenrechtliche Relevanz denkbar, nicht jedoch, wenn ihm lediglich eine Netzstörung zugrunde liegt (§ 3 Kapitel 4 – C.III, S. 263). In der Rechtsprechung zeigt sich diese Differenzierung insbesondere bei Fällen, in denen Versorgungsleistungen, wie Heizwärme, die für den Gebrauch einer Mietwohnung erforderlich sind, ausblieben. Der Bundesgerichtshof lehnt in solchen Fällen inzwischen eine Besitzbeeinträchtigung ab (§ 3 Kapitel 4 – C.I, S. 254). Weitere Entscheidungen ergingen bezüglich des Ausbleibens von Kundenschaft und Strom sowie – aus umgekehrter Perspektive – bezüglich des gescheiterten Abtransports von Gütern über ein Netz (§ 3 Kapitel 4 – C.II, S. 260).

#### *D. Fazit und Bedeutung für vernetzte Geräte*

Für vernetzte Geräte kommt die netzbasierte Betrachtung zu dem Ergebnis, dass die Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs meist keine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz darstellt. Zwar liegt im Entzug des Zugangs zum Cloud-Server des Anbieters regelmäßig ein Entzug des gebrauchsnotwendigen Netzzugangs. Da es sich bei Cloud-Servern jedoch um nicht regulierte private Netze handelt, bleibt ein Entzug des Netzzugangs durch den Anbieter als Netzhaber ohne Bedeutung für Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers (§ 3 Kapitel 4 – D.II, S. 265).

### § 4. Rechtmäßigkeit einer Beeinträchtigung

Soweit Funktionssperren Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers beeinträchtigen, was insbesondere bei Sperren des softwarebasierten Gebrauchs, nur ausnahmsweise jedoch bei Sperren des netzbasierten Gebrauchs der Fall ist, können diese Beeinträchtigungen gerechtfertigt sein.

#### *Kapitel 1 – Einwilligung in eine Gebrauchsbeeinträchtigung*

Eine Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs kann durch eine Einwilligung des Nutzers gerechtfertigt sein. Regelmäßig dürfte eine solche Einwilligung formularmäßig erklärt werden, etwa anlässlich der Inbetriebnahme des Geräts oder der Installation eines Updates (§ 4, S. 273). Zumindest analytisch ist diese Einwilligung zu differenzieren von der Einwilligung in eine Substanzveränderung, die mit einer Änderung der verkörperten Software anlässlich der Vorbereitung einer Softwaresperre, einhergehen kann (dazu bereits bei § 3 Kapitel 2 – B, S. 163).

### *A. Vertragsverhältnisse und deren Verbindung*

Beim Erwerb eines vernetzten Geräts werden meist verschiedene Verträge geschlossen, teilweise mit unterschiedlichen Personen. Um die Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung bewerten zu können, müssen diese Vertragsverhältnisse vertragstypologisch eingeordnet werden und deren Verhältnis untersucht werden (§ 4 Kapitel 1 – A, S. 277).

Im Kern des Erwerbs eines vernetzten Geräts steht der Vertrag über die Überlassung des Geräts. Erhält der Nutzer nur Besitz an dem Gerät, handelt es sich meist um eine Miete. Ist keine finanzielle Gegenleistung des Nutzers vorgesehen, ist eine Leihe denkbar. Meist wird der Nutzer in solchen Fällen jedoch de facto in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten einwilligen müssen, weshalb eine Leihe ausscheiden wird (§ 4 Kapitel 1 – A.I.1.a), S. 278). Soll der Nutzer Eigentümer des Geräts werden, handelt es sich meist um einen Kauf. In Einzelfällen ist auch eine Schenkung denkbar (§ 4 Kapitel 1 – A.I.1.b), S. 279).

Die Überlassung der im Gerät verkörperten Software unterfällt grundsätzlich demselben Vertragstyp und oft sogar demselben Vertrag wie die Überlassung des Gerätes selbst, und zwar unabhängig davon, ob die Software bereits bei der Überlassung im Gerät integriert ist oder später heruntergeladen wird. Eine Ausnahme kann bestehen, wenn das Gerät selbst schenkungsweise überlassen wird (§ 4 Kapitel 1 – A.I.2, S. 279).

Komplexer ist die Betrachtung des Vertrags über die Bereitstellung der digitalen Dienste, die für den Betrieb des Geräts erforderlich sind. Anlässlich seines Abschlusses wird vielfach auch die formularmäßige Einwilligung erklärt, die womöglich die Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers rechtfertigt. Soll der Vertrag bei Inbetriebnahme abgeschlossen werden, werden bereits grundsätzliche Bedenken an der Wirksamkeit der erforderlichen Erklärungen geäußert. Letztlich überzeugen diese Bedenken jedoch nicht (§ 4 Kapitel 1 – A.I.3.a), S. 281). Meist handelt es sich bei dem Vertrag um einen Mietvertrag (§ 4 Kapitel 1 – A.I.3.b), S. 283). Begleitet wird der Vertrag vielfach durch eine Lizenzvereinbarung (§ 4 Kapitel 1 – A.I.3.c), S. 285) sowie datenschutzrechtliche Einwilligung des Nutzers (§ 4 Kapitel 1 – A.I.3.d), S. 286).

Auch wenn die verschiedenen Verträge, die beim Erwerb und Gebrauch eines vernetzten Geräts abgeschlossen werden, analytisch zu trennen sein und zwischen unterschiedlichen Personen bestehen mögen, sind sie tatsächlich eng miteinander verbunden (§ 4 Kapitel 1 – A.II, S. 286). Rechtlich zeigt sich diese Verbindung in der Wertung hinter der Haftung nach Art. 10 Abs. 2 Warenkauf-RL beziehungsweise § 475c BGB (§ 4 Kapitel 1 – A.II.1, S. 287). Mitunter wird auch jenseits dieser Vorschriften eine wechselseitige Berücksichtigung der verschiedenen Verträge und eine Haftung des Verkäufers für das Ausbleiben betriebsnotwendiger digitaler Dienste vorgeschlagen, selbst wenn die Verträge zwischen unterschiedlichen Parteien bestehen (§ 4 Kapitel 1 – A.II.2, S. 292, sowie § 4 Kapitel 1 – A.II.3, S. 293).

### *B. Wirksamkeit der Einwilligung in eine Gebrauchsbeeinträchtigung*

Es bestehen keine grundlegenden Zweifel an einem Wirksamwerden einer formularmäßigen Einwilligung (§ 4 Kapitel 1 – B.I, S. 295). Unter gewissen Umständen kann eine Einwilligung allerdings als überraschende Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB unwirksam sein (§ 4 Kapitel 1 – B.I.3, S. 297).

Aufgrund der Bedeutung der verschiedenen Verträge, die zum Betrieb eines vernetzten Gerätes erforderlich sind, sollte bei der Inhaltskontrolle der formularmäßigen Einwilligung die Prägung des Gesamtgeschäfts berücksichtigt werden und nicht allein die Natur des Vertrags, bei dessen Abschluss die formularmäßige Einwilligung vorgesehen ist (§ 4 Kapitel 1 – B.II.1, S. 300). Es ist zwischen einem kaufähnlichen und einem mietähnlichen Leitbild des Gesamtgeschäfts zu unterscheiden (§ 4 Kapitel 1 – B.II.2, S. 302). Bei Ersterem soll es zu einer dauerhaften Vollrechtsübertragung an dem Gerät kommen (§ 4 Kapitel 1 – B.II.2.a), S. 302). Bei Letzterem soll grundsätzlich nur zeitweise der Gebrauch an dem Gerät überlassen werden (§ 4 Kapitel 1 – B.II.2.b), S. 303). Welches Leitbild im konkreten Fall vorliegt, bestimmt regelmäßig vor allem die Natur des Vertrags zur Überlassung des vernetzten Geräts (§ 4 Kapitel 1 – B.II.3.a), S. 305), teilweise jedoch auch der Vertrag über die Bereitstellung digitaler Dienste, sofern darin ausnahmsweise der Schwerpunkt des Gesamtgeschäfts liegt (§ 4 Kapitel 1 – B.II.3.b), S. 306).

Hinsichtlich der Inhaltskontrolle der formularmäßigen Einwilligung sind zwei Inhalte zumindest analytisch zu trennen: Zunächst muss die Klausel wirksam den zulässigen Gebrauch des Geräts beschränken und einen Anspruch des Anbieters auf Unterlassen eines verbotswidrigen Gebrauchs begründen (§ 4 Kapitel 1 – B.III, S. 307). Daneben muss wirksam in die tatsächliche Verwirklichung dieses Unterlassungsanspruchs durch die Funktionssperre als Maßnahme einer privaten Rechtsdurchsetzung eingewilligt worden sein (§ 4 Kapitel 1 – B.IV, S. 319).

Drei beispielhafte Beschränkungen des zulässigen Gebrauchs, die durch eine formularmäßige Einwilligung vorgesehen sein können, wurden untersucht. Bei einem mietähnlichen Erwerb sind diese Klauseln vielfach wirksam, bei einem kaufähnlichen unwirksam (§ 4 Kapitel 1 – B.III.4, S. 318):

Eine zeitliche Begrenzung des Gebrauchs ist bei einem mietähnlichen Erwerb des Geräts wirksam (§ 4 Kapitel 1 – B.III.1.a), S. 308). Bei einem kaufähnlichen Erwerb kann zwar die Bereitstellung gebrauchsnötiger digitaler Dienste begrenzt werden, die zeitliche Grenze muss sich jedoch an dem bezweckten Vollrechtserwerb an dem Gerät und damit dessen zu erwartender Nutzungsdauer orientieren. Zukünftig wird dazu eine Orientierung an der Rechtsprechung zu § 475b Abs. 4 Nr. 2 BGB gegebenenfalls in Verbindung mit § 475c Abs. 1 S. 2 BGB möglich sein. Ansonsten ist auch eine Orientierung an der Abschreibungsdauer gemäß § 7 Abs. 1 EstG in Verbindung mit den AfA-Tabellen des Bundesministeriums der Finanzen denkbar (§ 4 Kapitel 1 – B.III.1.b)aa), S. 309). Eine Befristung des Gebrauchs der im Gerät integrierten Software ist demgegenüber grundsätzlich unwirksam (§ 4 Kapitel 1 – B.III.1.b)bb), S. 311).

Ein Verbot der Weitergabe beziehungsweise des Gebrauchs durch einen Zweitnutzer ist bei einem mietähnlichen Erwerb wirksam (§ 4 Kapitel 1 – B.III.2.a), S. 312). Bei einem kaufähnlichen Erwerb ist ein solches Verbot bezüglich der im Gerät integrierten Software unwirksam (§ 4 Kapitel 1 – B.III.2.b)aa), S. 313). Bezüglich der Nutzung der bereitgestellten digitalen Dienste ist ein generelles Weitergabeverbot unwirksam. Allerdings kann der Anbieter bei einer Weitergabe angemessene Vorkehrungen treffen, etwa das Einrichten eines eigenen Nutzerkontos fordern, um Anforderungen des Datenschutzrechts zu erfüllen und verarbeitete Daten dem richtigen Datensubjekt zuzuordnen (§ 4 Kapitel 1 – B.III.2.b)bb), S. 314).

Ein Gebrauchsverbot aufgrund eines Zahlungsverzugs des Nutzers ist bei einem mietähnlichen Geschäft wirksam, bei einem kaufähnlichen unwirksam (§ 4 Kapitel 1 – B.III.3, S. 316).

Ist die formularmäßige Einschränkung des zulässigen Gebrauchs wirksam und steht dem Anbieter ein Anspruch auf Unterlassen eines verbotswidrigen Gebrauchs zu, so setzt eine Rechtfertigung durch eine formularmäßige Einwilligung darüber hinaus voraus, dass auch die Einwilligung in die tatsächliche Durchsetzung dieses Unterlassensanspruchs als Maßnahme privater Rechtsdurchsetzung wirksam ist.

Das Bürgerliche Recht hegt grundlegende Bedenken gegen private Rechtsdurchsetzung, die sich insbesondere in §§ 229 ff. BGB und §§ 858 ff. BGB zeigen (§ 4 Kapitel 1 – B.IV.1, S. 320). Bei Funktionssperren vernetzter Geräte sind diese Vorschriften indes regelmäßig nicht einschlägig. Solche Funktionssperren stellen keine Selbsthilfe im Sinne des § 229 BGB dar (§ 4 Kapitel 1 – B.IV.1.a), S. 321). Soweit der Anbieter aufgrund digitaler Sachherrschaft Teilmitbesitz an dem Gerät hat, scheidet zudem ein possessorischer Besitzschutz weitgehend aus (§ 4 Kapitel 1 – B.IV.1.b)aa), S. 323).

Hat der Anbieter keine digitale Sachherrschaft und damit keinen Teilmitbesitz an dem Gerät, so ist ein possessorischer Besitzschutz eröffnet. Selbst eine wirksame formularmäßige Einwilligung kann vor Eintritt einer Funktionssperre widerrufen werden und so verbotene Eigenmacht begründen. Zeigt sich jedoch erst in der Reaktion des Nutzers auf eine Funktionssperre, dass er mit einer solchen nicht einverstanden war, oder widerruft er die Einwilligung im Anschluss an die Funktionssperre, so ist dies zu spät, um eine verbotene Eigenmacht und einen possessorischen Besitzschutz zu begründen (§ 4 Kapitel 1 – B.IV.1.b)bb), S. 324).

Jenseits der speziellen Regime der §§ 229 ff. BGB und § 858 ff. BGB bestehen keine generellen Hindernisse für private Rechtsdurchsetzung. Für deren Zulässigkeit spezifisch im Kontext von vernetzten Geräten spricht sogar § 327p Abs. 1 BGB (§ 4 Kapitel 1 – B.IV.1.c), S. 326).

Da Funktionssperren als Maßnahmen der privaten Rechtsdurchsetzung funktional Maßnahmen der staatlichen Zwangsvollstreckung gleichkommen, sollten bei der Prüfung der Wirksamkeit einer formularmäßigen Einwilligung in solche Maßnahmen auch Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts berücksichtigt werden (§ 4 Kapitel 1 – B.IV.2, S. 330). Für Geräte, die nach § 811 ZPO unpfändbar sind, sollten formularmäßige Einwilligungen daher unwirksam sein (§ 4 Kapitel 1 – B.

IV.2.a), S. 331). Aus den Vorgaben zur Zustellung von Vollstreckungstiteln (§ 750 Abs. 1 ZPO), der Möglichkeit von Rechtsbehelfen im Zwangsvollstreckungsrecht sowie dem Verbot der Vollstreckung zu Unzeiten (§ 758a Abs. 4 ZPO) lassen sich zudem Vorgaben für die Durchführung von Funktionssperren entnehmen, die bereits bei einer formularmäßigen Einwilligung berücksichtigt werden sollten. Erforderlich ist demnach, dass Funktionssperren rechtzeitig konkret angekündigt werden, sodass Vorkehrungen getroffen werden können, da eine plötzliche Nichtnutzbarkeit des Geräts mitunter erhebliche Folgeprobleme verursachen kann (z.B. Familienwagen; § 4 Kapitel 1 – B.IV.2.b), S. 333).

## *Kapitel 2 – Softwaresperren als technische Programmschutzmechanismen*

### *A. Urheberrechtliche Relevanz der Benutzung vernetzter Geräte*

Technisch bedingt wird beim Gebrauch von vernetzten Geräten der Programmcode der Software, die dabei zum Einsatz kommt, in den Arbeitsspeicher des Geräts kopiert (§ 4 Kapitel 2 – A.I.1, S. 341). Die betrifft insbesondere die Computerprogramme, die das Geräte steuern. Ursprünglich waren Computerprogramme im deutschen Recht nur in Ausnahmefällen urheberrechtlich geschützt (§ 4 Kapitel 2 – A.I.2, S. 342). Seit dem Erlass der Computerprogramm-Richtlinie unterliegen sie jedoch einem weitreichenden Schutz (§ 4 Kapitel 2 – A.I.3, S. 343), der im deutschen Recht in §§ 69a ff. UrhG umgesetzt ist (§ 4 Kapitel 2 – A.I.4, S. 344).

Beim Gebrauch von vernetzten Geräten kommen neben Computerprogrammen, die dem urheberrechtlichen Spezialregime der §§ 69a ff. UrhG unterfallen (§ 4 Kapitel 2 – A.II.1, S. 345), auch digitale Inhalte wie etwa Audio- oder Videodateien zum Einsatz, die nach den allgemeinen Regeln urheberrechtlich geschützt sind (§ 4 Kapitel 2 – A.II.2, S. 346). Die Abgrenzung zwischen den Schutzregimen ist nicht immer trivial, was das Beispiel von Benutzeroberflächen verdeutlicht (§ 4 Kapitel 2 – A.II.3, S. 347). Bei vernetzten Geräten sind meist Computerprogramme und nicht digitale Inhalte die entscheidenden urheberrechtlich geschützten Komponenten (§ 4 Kapitel 2 – A.II.4, S. 348).

Bei analogen Werkstücken, wie etwa einem Buch, kommt es beim privaten Werkgenuss zu keinen urheberrechtlich relevanten Nutzungshandlungen, insbesondere kommt es zu keiner körperlichen Vervielfältigung des Werks. Der private Genuss analoger Werke ist daher urheberrechtsfrei (§ 4 Kapitel 2 – A.III.1, S. 349). Aufgrund der technisch bedingten Vervielfältigung von Computerprogrammen und digitalen Inhalten, die für ihren Gebrauch notwendig ist, kommt es bei jeder Nutzung zu einer urheberrechtlich relevanten Vervielfältigung des Werks. Selbst der private Werkgenuss ist bei Computerprogrammen (§ 4 Kapitel 2 – A.III.2, S. 350) und digitalen Inhalten (§ 4 Kapitel 2 – A.III.3, S. 351), die in einem vernetzten Gerät integriert sind, daher urheberrechtlich relevant und bedarf einer Lizenz oder gesetzlichen Ermächtigung.

*B. Softwaresperren als technische Maßnahmen zum Schutz des Urheberrechts*

Das Urheberrecht schützt in § 69f Abs. 2 UrhG für Computerprogramme sowie in § 95a UrhG für digitale Inhalte technische Schutzmaßnahmen, die der Urheber verwendet, um urheberrechtswidrige Nutzungen des Werk schon technisch zu verhindern (§ 4 Kapitel 2 – B.I, S. 354). Dieser urheberrechtliche Schutz sollte auch Funktionssperren, die der Anbieter als Urheber einsetzt, um einen urheberrechtswidrigen Gebrauch zu verhindern, rechtfertigen, wenn sie Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers beeinträchtigen. Eine solche Rechtfertigung kann dabei auch als gesetzliche Gestattung im Sinne des § 858 Abs. 1 BGB gelten und damit eine verbotene Eigenmacht, unabhängig von der Frage eines (rechtzeitigen) Widerrufs einer Einwilligung in eine Besitzbeeinträchtigung, ausschließen (§ 4 Kapitel 2 – B.II, S. 355).

Eine solche Rechtfertigung wirkt jedoch nur, wenn der verhinderte Gebrauch des vernetzten Geräts urheberrechtswidrig gewesen wäre. Da der Nutzer das Gerät meist auf Grundlage einer Lizenz nutzt, ist für diese Frage insbesondere entscheidend, ob der Anbieter die zulässige Nutzung durch wirksame formularmäßige Lizenzbeschränkungen eingeschränkt hat (§ 4 Kapitel 2 – B.III.1, S. 357). Wie bei der Inhaltskontrolle formularmäßiger Einwilligungen sollte dabei das Gesamtgeschäft des Erwerbs des vernetzten Geräts als Leitbild berücksichtigt werden (§ 4 Kapitel 2 – B.III.1.b), S. 359).

Formularmäßig befristete Lizenzen sind bei einem mietähnlichen Gesamtgeschäft grundsätzlich wirksam, bei einem kaufähnlichen ist eine befristete Lizenz bezüglich der im Gerät verkörperten Software demgegenüber unwirksam. Bezüglich netzbasiert bereitgestellter Dienste stellt sich die Frage nicht, da dort eine Lizenz regelmäßig nicht erforderlich ist, da der Nutzer keine Vervielfältigung der Software erstellt (§ 4 Kapitel 2 – B.III.2.a), S. 361). Eine Lizenz, die auf Zahlungen des Nutzers bedingt ist, ist bei einem kaufähnlichen Erwerb unwirksam, bei einem mietähnlichen wirksam (§ 4 Kapitel 2 – B.III.2.b), S. 362). Eine nicht übertragbare Lizenz, die nur den Ersterwerber, nicht jedoch einen Zweitnutzer berechtigt, ist bei einem mietähnlichen Erwerb wirksam. Bei einem kaufähnlichen Gesamtgeschäft ist eine solche Lizenz nicht mit dem Grundsatz der Erschöpfung (§ 69c Nr. 3 S. 2 UrhG bzw. § 17 Abs. 2 UrhG) vereinbar und daher unwirksam (§ 4 Kapitel 2 – B.III.2.c), S. 362).

Wie bei formularmäßigen Einwilligungen sind auch bei einer urheberrechtlichen Rechtfertigung von Funktionssperren als technische Schutzmaßnahmen Wertungen des Zwangsvollstreckungsrecht bezüglich Zugriffsobjekt und -modalitäten zu berücksichtigen (§ 4 Kapitel 2 – B.IV, S. 364). Eine generelle Verhältnismäßigkeitskontrolle technischer Schutzmaßnahmen erfolgt daneben nicht (§ 4 Kapitel 2 – B.V, S. 364).

## Ergebnisse und Ausblick

Eingangs wurden drei Besonderheiten vernetzter Geräte identifiziert, die für das Sachenrecht eine Herausforderung darstellen. Nur mit zwei von ihnen kann das Sachenrecht angemessen umgehen.

Das Sachenrecht kann die gespaltene Sachherrschaft angemessen abbilden. Die digitale Sachherrschaft des Anbieters begründet einen Teilmittelbesitz an dem Gerät, der neben den Besitz des Nutzers als Inhaber physischer und womöglich auch digitaler Sachherrschaft tritt. Durch den Mittelbesitz scheidet ein possessorischer Besitzschutz zwischen Anbieter und Nutzer weitgehend aus. Für die betroffenen Fälle ist dies jedoch ein angemessenes Ergebnis (Ergebnisse und Ausblick B.I., S. 376).

Auch die bei vernetzten Geräten erstmalige umfangreiche Bedeutung von Beeinträchtigungen des bestimmungsgemäßen Gebrauchs der Sache selbst unabhängig von Substanzveränderungen erzeugt keine Schwierigkeiten. Sofern die Störung der Funktionsfähigkeit des Geräts den bestimmungsgemäßen Gebrauch und nicht lediglich den subjektiv bestimmten Gebrauch betrifft, stellt sie ohne weitere Voraussetzungen eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz dar (Ergebnisse und Ausblick B.II., S. 377).

Keine angemessene Antwort gibt das Sachenrecht auf die Möglichkeit, bei vernetzten Geräten Gebrauchsvoraussetzungen aus dem Gerät in das Datennetz auszulagern. Sperrt der Anbieter den netzbasierten Gebrauch, insbesondere den Zugang zu seinem Cloud-Server, stellt dies keine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz dar. Da der Anbieter im Rahmen der Produktgestaltung weitgehend frei darüber entscheiden kann, wie umfangreich der Gebrauch eines vernetzten Geräts auf einen Zugang zu seinem Cloud-Server angewiesen ist und da die Verbreitung Cloud-basierter Angebote, nicht zuletzt wegen ihrer wirtschaftlichen Attraktivität für den Anbieter, wohl in Zukunft erheblich zunehmen wird, ist diese Schutzlücke rechtspolitisch unbefriedigend (Ergebnisse und Ausblick B. III.1., S. 378). Denkbar wäre es, diese Schutzlücke durch ein absolutes Recht auf Zugang zu der Cloud zu schließen, sei es durch eine Erweiterung des sachenrechtlichen Schutzes oder ein neuartiges absolutes Recht. Denkbar wäre es auch, Cloud-Server zu regulieren. Nach der in dieser Arbeit vertretenen Ansicht wäre dann der Entzug eines gebrauchsnötigen Cloudzugangs eine Beeinträchtigung von Eigentum beziehungsweise Besitz des Nutzers. Problematisch an diesen Ansätzen ist indes, dass sie sehr weitreichend in die Sphäre und das Eigentum des Anbieters eingreifen (Ergebnisse und Ausblick B.III.2., S. 380).

Überzeugender erscheint es, einen Schutz im Vertragsrecht zu suchen. Dies ermöglicht einen Schutz, der die Interessen von Nutzer- und Anbieter ausbalanciert und dabei vertragliche Absprachen berücksichtigt. Zu diesem Zweck sollte der relative vertragsrechtliche Schutz über das bilaterale Verhältnis der ursprünglichen Vertragspartner hinaus mobilisiert werden und jedem Sachnutzer zugutekommen. Denkbar ist dies etwa über den Gedanken einer Verbriefung der Ansprüche auf

betriebsnotwendige digitale Dienste oder die Annahme ihrer konkludenten Abtretung bei Weitergabe des Geräts an einen Zweitnutzer (Ergebnisse und Ausblick B.III.3., S. 381).

Mit der zunehmenden Digitalisierung gewinnen unkörperliche, geistige Inhalte für die Sachnutzung immer mehr an Bedeutung. Das Sachenrecht ist gegenüber diesen geistigen Inhalten blind; ein Schutz scheidet aus. Digitalität hat jedoch auch eine körperliche Dimension. Nimmt man diese körperliche Dimension ernst, kann das Sachenrecht einen wertvollen Beitrag zum Schutz der Sachnutzer leisten. Soweit die Digitalisierung es jedoch ermöglicht, Gebrauchsvoraussetzungen aus der Sache auszulagern, stößt das Sachenrecht an seine Grenzen. Einer Aushöhlung des Schutzes des Nutzers kann es entgegenwirken, wenn das Sachenrecht in ein neues Wechselspiel mit dem Vertragsrecht eintritt (Ergebnisse und Ausblick C., S. 382).



## Verzeichnisse



## Literatur

- Agence France-Presse*, „Smart“ male chastity device can be controlled by hackers, users warned, <https://www.theguardian.com/technology/2020/oct/09/smart-male-chastity-device-controlled-hackers-warning> = <https://perma.cc/TD3A-7HQB>
- Al-Fuqaha, Ala u.a.*, Internet of Things: A Survey on Enabling Technologies, Protocols, and Applications, 17 IEEE Commun. Surv. Tutor. 2347 [2015]
- Al-Qaseemi, Sarah A. u.a.*, IoT Architecture Challenges and Issues: Lack of Standardization, in: Institute of Electrical and Electronics Engineers (Hrsg.), Proceedings of Future Technologies Conference (FTC 2016), Piscataway, NJ 2016, 731–738
- Alsubaei, Faisal/Abuhussein, Abdullah/Sihva, Sajjan*, An Overview of Enabling Technologies for the Internet of Things, in: Hassan, Qusay F. (Hrsg.), Internet of Things A to Z, Hoboken 2018, 79–111
- Armbrüster, Christian*, Eigentumsschutz durch den Beseitigungsanspruch nach § 1004 I 1 BGB und durch Deliktsrecht, NJW 2003, 3087–3090
- Audi*, Consistently connected: Audi introduces functions on demand, <https://www.audi.com/en/company/investor-relations/talking-business/audi-functions-on-demand.html> = <https://perma.cc/K44R-EG86>
- Auer, Marietta*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014
- , Digitale Leistungen, ZfPW 2019, 130–147
- Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell* (Hrsg.), Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad (Hrsg.), Hdb IT- und Datenschutzrecht<sup>3</sup>)
- Augsten, Stephan*, Der Unterschied von Compiler und Interpreter, <https://www.dev-insider.de/der-unterschied-von-compiler-und-interpreter-a-742282/> = <https://perma.cc/KRR3-VP64>
- Bach, Ivo*, Server- und Infrastrukturzugänglichkeit als Qualität, in: Schmidt-Kessel, Martin/Kramme, Malte (Hrsg.), Geschäftsmodelle in der digitalen Welt, Jena 2017, 224–240
- Bar, Christian von*, Gemeineuropäisches Sachenrecht, Bd. 1: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte, München 2015
- Baur, Fritz*, Möglichkeiten und Grenzen des Zivilrechts bei der Gewährleistung öffentlicher und sozialer Erfordernisse im Baurecht, AcP 176 (1976), 97–118
- Baur, Jürgen F./Stürner, Rolf*, Sachenrecht, 18. Aufl., München 2009
- beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, Gsell, Beate u.a. (Hrsg.), 1.3.2021, München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOGK, 1.3.2021)
- beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, Gsell, Beate u.a. (Hrsg.), 1.7.2022, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOGK, 1.7.2022)
- beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, Gsell, Beate u.a. (Hrsg.), 1.8.2022, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOGK, 1.8.2022)
- beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, Gsell, Beate u.a. (Hrsg.), 1.10.2022, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOGK, 1.10.2022)

- Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), 63. Edition, 1.8.2022, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: BeckOK, 63. Ed., 1.8.2022)
- Berberich, Matthias*, Virtuelles Eigentum, Tübingen 2010
- , Der Content „gehört“ nicht Facebook! – AGB-Kontrolle der Rechteeinräumung an nutzergenerierten Inhalten, MMR 2010, 736–741
- Bergner, Christian*, Eigentumsbeschränkungen außerhalb von Gesetzen und Rechten Dritter, Baden-Baden 2013
- Beurskens, Michael*, Privatrechtliche Selbsthilfe – Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit bei digitalen Zugangsbeschränkungs- und Selbstdurchsetzungsbefugnissen, Tübingen 2017
- Binder, J.*, Vermögensrecht und Gegenstand, ArchBürgR 34 (1910), 209–260
- Bork, Reinhard*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016
- Braegelmann, Tom/Kaulartz, Markus* (Hrsg.), Rechtshandbuch Smart Contracts, München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Braegelmann/Kaulartz (Hrsg.), Hdb Smart Contracts)
- Bräutigam, Peter*, Die rechtliche Emanzipation der Software – von der Lochkarte in die Cloud, NJW 2022, 3118–3120
- Bräutigam, Peter/Klindt, Thomas*, Industrie 4.0, das Internet der Dinge und das Recht, NJW 2015, 1137–1142
- Brockhaus-Redaktion* (Hrsg.), Brockhaus – Enzyklopädie, Bd. 17: Linl-Matg, 21. Aufl., Leipzig, Mannheim 2006
- Bucher, Stefan*, Sachqualität und Veräußerung von Dateien – Der Online-Handel mit E-Books, Musik- und Filmdateien, Berlin 2018
- Buchholz, Stephan/Radke, Wolfram*, Negatorische Haftung und Billigkeit – BGH-Urt. v. 1. 12. 95 – V ZR 9/94 (OLG Stuttgart) = NJW 1996, 845, JURA 1997, 454–464
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz*, Referentenentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, 5.10.2020, [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Bereitstellung digitalerInhalte.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Bereitstellung%20digitalerInhalte.pdf?__blob=publicationFile&v=1) = <https://perma.cc/LRX8-LPX4>
- Bundesministerium für Wirtschaft und Energie*, Vernetzte Produktion, <https://www.mittelstand-digital.de/MD/Redaktion/DE/Dossiers/A-Z/vernetzte-produktion.html> = <https://perma.cc/8C3A-CBJQ>
- Bydlinski, Peter*, Der Sachbegriff im elektronischen Zeitalter: zeitlos oder anpassungsbedürftig?, AcP 198 (1998), 287–328
- Casper, Matthias/Grimpe, Adrian*, Sachenrechtliche und AGB-rechtliche Zulässigkeit digitalen Fernzugriffs auf vernetzte Sachen – zugleich Besprechung von OLG Düsseldorf, Urteil vom 7.10.2021 – 20 U 116/20, ZIP 2021, 2541, ZIP 2022, 661–670
- Consumers International* (Hrsg.), Connection and protection in the digital age – the Internet of Things and challenges for consumer protection, 2016, <https://www.consumersinternational.org/media/1292/connection-and-protection-the-internet-of-things-and-challenges-for-consumer-protection.pdf> = <https://perma.cc/9TSJ-93JN>
- (Hrsg.), Testing our trust – consumers and the Internet of Things: 2017 review, 2017, <https://www.consumersinternational.org/media/154746/iot2017review-2nded.pdf> = <https://perma.cc/TSE6-N6WV>
- Corkery, Michael/Silver-Greenberg, Jessica*, Miss a Payment? Good Luck Moving That Car, <https://dealbook.nytimes.com/2014/09/24/miss-a-payment-good-luck-moving-that-car/> = <https://perma.cc/K4E4-PK5P>
- Demtröder, Wolfgang*, Experimentalphysik, Bd. 1: Mechanik und Wärme, 9. Aufl., Berlin, Heidelberg 2021

- Deuring, Silvia*, Einwilligungsschranken im Zivilrecht, AcP 222 (2022), 255–291
- Deutscher Bundestag*, Drucksache 12/4022: Gesetzentwurf der Bundesregierung – Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes, 1992
- , Drucksache 14/6040: Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts, 2001
- , Drucksache 19/27424: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags, 2021
- Dieselhorst, Jochen/Grages, Jan-Michael*, Der Onlineshop-Betreiber als Handelsvertreter? Anwendung der §§ 84 ff. HGB auf Shopbetreiber im Internet, MMR 2011, 368–371
- Dörner, Heinrich*, Zivilrechtliche Folgen des Parkens vor Grundstückszufahrten AG Heidelberg, NJW 1977, 1541 und AG Karlsruhe, NJW 1977, 1926, JuS 1978, 666–672
- Dörr, Julian/Goldschmidt, Nils/Schorkopf, Frank* (Hrsg.), Share Economy, Tübingen 2018
- Dreier, Thomas*, Verletzung urheberrechtlich geschützter Software nach der Umsetzung der EG-Richtlinie, GRUR 1993, 781–793
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz – Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz, 7. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Dreier/Schulze (Hrsg.), UrhG<sup>7</sup>)
- Duden, Konrad*, Digitale Sachherrschaft – Vernetzte Geräte als Herausforderung für das Sachenrecht, Max Planck Private Law Research Paper No. 21/17, <http://ssrn.com/abstract=4240957> = <https://perma.cc/9GMA-RRYR>
- , Funktionssperren und digitale Sachherrschaft – AGB-Klausel zur Legitimierung einer Batteriesperre, NJW 2023, 18–21
- Ehrlicher, Josefine*, Die Gewährleistungsrechte bei mangelhaften digitalen Produkten, JuS 2022, 482–486
- Eichler, Hermann*, Institutionen des Sachenrechts, Bd. 1: Allgemeiner Teil, Grundlagen des Sachenrechts, Berlin 1954
- , Institutionen des Sachenrechts, Bd. 2.1: Eigentum und Besitz, Berlin 1957
- Enneccerus, Ludwig/Lehmann, Heinrich*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Recht der Schuldverhältnisse, Bd. 2, 15. Aufl., Tübingen 1958
- Erman – Bürgerliches Gesetzbuch*, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), 15. Aufl., Köln 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Erman<sup>15</sup>)
- Erman – Bürgerliches Gesetzbuch*, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VbVG, VersAusglG und WEG, Bd. 2, Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Meier-Reimer, Georg (Hrsg.), 16. Aufl., Köln 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Erman<sup>16</sup>)
- Ernst, Hartmut/Schmidt, Jochen/Beneken, Gerd*, Grundkurs Informatik – Grundlagen und Konzepte für die erfolgreiche IT-Praxis – Eine umfassende, praxisorientierte Einführung, 7. Aufl., Wiesbaden 2020
- Europäische Kommission*, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss über den Umgang der EU mit standardessenziellen Patenten, COM(2017) 712 final, 2017
- , Beschluss der Kommission vom 16.7.2020 zur Einleitung einer Untersuchung des Bereichs der Produkte und Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Internet der Dinge für Verbraucher gemäß Artikel 17 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates, C(2020) 4754 final, 2020
- Feldmann, Riccarda*, Der possessorische Besitzschutz und sein Verhältnis zum petitorischen Recht – Eine materiellrechtliche und zivilprozessuale Betrachtung, Tübingen 2020

- Feldmann, Thorsten/Heidrich, Joerg*, Rechtsfragen des Ausschlusses von Usern aus Internetforen, CR 2006, 406–412
- Ferovers, Matthias*, Die unterbliebene Bereitstellung des digitalen Produkts – Offene Fragen und Defizite der Neuregelung, NJW 2021, 3681–3686
- Finckenstein, Barbara von/Kuschel, Linda*, Fortgeschrittenenklausur – Zivilrecht: Sachenrecht – Cabrio mit großer Schleife, JuS 2016, 717–723
- Fischer, Peter/Hofer, Peter*, Lexikon der Informatik, 15. Aufl., Berlin 2011
- Fraunhofer-Gesellschaft*, Vernetzte Produktion für die Industrie 4.0 – über Ländergrenzen hinweg, <https://www.fraunhofer.de/de/presse/presseinformationen/2019/januar/vernetzte-produktion-fuer-die-industrie-4-0-ueber-laendergrenzen-hinweg.html> = <https://perma.cc/2M66-J9LN>
- Fries, Martin*, Smart Contracts: Brauchen schlaue Verträge noch Anwälte? – Zusammenspiel von Smart Contracts mit dem Beweismittelrecht der ZPO, AnwBl. 2018, 86–90
- , Schadensersatz ex machina, NJW 2019, 901–905
- , Anm. zu OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 361–364
- Gaier, Reinhard*, Versorgungssperre bei Beitragsrückständen des vermietenden Wohnungseigentümers, ZWE 2004, 109–118
- Gamm, Otto-Friedrich von*, Der Urheber- und wettbewerbsrechtliche Schutz von Rechenprogrammen, WRP 1969, 96–100
- Gaul, Hans Friedhelm u.a.*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., München 2010
- Gierke, Otto*, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, Berlin 1889
- , Deutsches Privatrecht – Sachenrecht, Bd. 2, Leipzig 1905
- Glückert, Jürgen*, Schadensansprüche der Stromabnehmer bei Stromleitungsbeschädigungen, AcP 166 (1966), 311–329
- Gounalakis, Georgios*, Formularmäßige ärztliche Aufklärung im Lichte des AGB-Gesetzes, NJW 1990, 752
- Greiner, Stefan/Kalle, Ansgar*, Die rechtliche Zulässigkeit von Versorgungssperren in Miet- und Versorgungsverträgen, JZ 2020, 331–339
- Grüneberg – Bürgerliches Gesetzbuch* – mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie EU-Güterrechtsverordnungen, Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz (GrünHome), Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz (GrünHome), Gewaltschutzgesetz, *Ellenberger, Jürgen u.a.*, 81. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Grüneberg*<sup>81</sup>)
- Grüneberg, Christian*, Schadensersatzpflicht bei verkehrshindern abgestellten Kraftfahrzeugen, NJW 1992, 945–949
- Grünwald, Andreas/Nüßing, Christoph*, Machine To Machine (M2M)-Kommunikation – Regulatorische Fragen bei der Kommunikation im Internet der Dinge, MMR 2015, 378–383
- Hager, Günter*, Haftung bei Störung der Energiezufuhr, JZ 1979, 53–58
- , Zum Schutzbereich der Produzentenhaftung, AcP 184 (1984), 413–438
- Heck, Philipp*, Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
- Hedemann, J.W.*, Zivilistische Rundschau 1906–1907, ArchBürgR 31 (1908), 287–438
- Hinz, Werner*, Im Überblick: Einstweiliger Rechtsschutz im Mietprozess, NZM 2005, 841–858

- Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Bd. 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Tübingen 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: HKK)
- Hoeren, Thomas, Der Softwareüberlassungsvertrag als Sachkauf, CR 1988, 908–917
- Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holzengel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht – Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 58. EL, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Hoeren u.a. (Hrsg.), Hdb Multimedia-Recht, 58. EL)
- Hofmann, Franz/Raue, Benjamin/Zech, Herbert (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, Tübingen 2022
- Hussain, Fatima, Internet of Things: Building Blocks and Business Models, Cham 2017
- Husserl, Gerhart, Der Rechtsgegenstand – Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums, Berlin 1933
- Jahr, Günther, Schadensersatz wegen deliktischer Nutzungsentziehung – zu Grundlagen des Rechtsgüterschutzes und des Schadensersatzrechts, AcP 183 (1983), 725–794
- Jakobs, Kai, On Standardizing the Internet of Things and Its Applications, in: Hassan, Qusay F. (Hrsg.), Internet of Things A to Z, Hoboken 2018, 191–217
- Jansen, Nils, Die Struktur des Haftungsrechts – Geschichte, Theorie und Dogmatik ausservertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Tübingen 2003
- Jansen, Nils/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Commentaries on European Contract Laws, Oxford 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Commentaries)
- Jhering, Rudolf von, Der Besitz, JherJb 32 (1893), 41–98
- John Deere, Die Landwirtschaft der Zukunft, <https://www.deere.de/de/landtechnik/landwirtschaft-der-zukunft/> = <https://perma.cc/QL2U-NDKZ>
- juris Praxiskommentar BGB*, Bd. 2: Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, Herberger, Maximilian u.a. (Hrsg.), 9. Aufl., Saarbrücken 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: *jurisPK*<sup>9</sup>)
- juris Praxiskommentar BGB*, Bd. 3: Sachenrecht, Herberger, Maximilian u.a. (Hrsg.), 9. Aufl., Saarbrücken 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: *jurisPK*<sup>9</sup>)
- Kalamees, Piia/Sein, Karin, Connected Consumer Goods: Who is Liable for Defects in the Ancillary Digital Service?, EuCML 2019, 13–22
- Kalin, Christian, Leistungsverweigerung durch Wegfahrsperrung, ZfPW 2019, 436–458
- Katzenstein, Matthias, Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB – Zu den Grundlagen negatorischer Haftung, AcP 211 (2011), 58–104
- Kegel, Gerhard, Von wilden Tieren, zerstreuten Leuten und versunkenen Schiffen – Zum Verhältnis von Besitz und Eigentum beweglicher Sachen, Festschrift Caemmerer, Tübingen 1978, 149–178
- Kindermann, M., Vertrieb und Nutzung von Computersoftware aus urheberrechtlicher Sicht, GRUR 1983, 150–161
- Klammer, Gregor, Dateneigentum: Das Sachenrecht der Daten, Wien 2019
- Klever, Lukas, „Smart Enforcement“ und die Grenzen erlaubter Selbsthilfe, in: Beyer, Elena u.a. (Hrsg.), Privatrecht 2050 – Blick in die (digitale) Zukunft – Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019, Baden-Baden 2020, 379–406
- Köhler, Helmut, Besitzschutz contra Eigentumsschutz bei Sachbeschädigung – LG Köln, NJW 1977, 810, JuS 1977, 652–656
- König, M. Michael, Die Qualifizierung von Computerprogrammen als Sachen i.S. des § 90 BGB, NJW 1989, 2604–2605
- , Das Computerprogramm im Recht – technische Grundlagen, Urheberrecht und Verwertung, Überlassung und Gewährleistung, Köln 1991
- , Software (Computerprogramme) als Sache und deren Erwerb als Sachkauf, NJW 1993, 3121–3124

- , Zur Zulässigkeit der Umgehung von Software- Schutzmechanismen, NJW 1995, 3293–3295
- Kunz, Sylvia*, Rechtsfragen des Ausschlusses aus Internetforen, Hamburg 2005
- Kupfer, Tim/Weiß, Johannes*, Die Warenkaufrichtlinie – Schlussstein in der Harmonisierung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts?, VuR 2020, 95–101
- Kurth, Niels*, Die Digitalisierung des BGB – die deutsche Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie sowie der Warenkaufrichtlinie – Teil I, JA 2022, 265–272
- , Die Digitalisierung des BGB – die deutsche Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie sowie der Warenkaufrichtlinie – Teil II, JA 2022, 353–358
- Kuschel, Linda*, Der Erwerb digitaler Werkexemplare zur privaten Nutzung, Tübingen 2019
- , Digitale Eigenmacht, AcP 220 (2020), 98–128
- Ladewig, Karl-Heinz*, Ausschluss von Teilnehmern an Diskussionsforen im Internet Absicherung von Kommunikationsfreiheit durch „netzwerk gerechtes“ Privatrecht, MMR 2001, 787–792
- Larenz, Karl*, Die Prinzipien der Schadenszurechnung – Ihr Zusammenspiel im modernen Schuldrecht, JuS 1965, 373–379
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2: Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994
- Lindacher, Walter F./Pfeiffer, Thomas* (Hrsg.), AGB-Recht, 7. Aufl., München 2020 (zit.: Bearbeiter, in: Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht<sup>7</sup>)
- Lindner, Eric*, Der programmierte Mietvertrag, NZM 2021, 665–672
- Lobinger, Thomas*, Schadensersatz für schuldlos verursachte Bodenkontaminationen? – BGH, NJW 1996, 845, JuS 1997, 981–984
- , Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung – zu den Entstehungsgründen vermögensaufstockender Leistungspflichten im Bürgerlichen Recht, Tübingen 1999
- Löffken, Jan Oliver*, Erste Operation über den Atlantik – Ärzte entfernen von den USA aus eine Gallenblase in Frankreich, <https://www.wissenschaft.de/umwelt-natur/erste-operation-ueber-den-atlantik-aerzte-entfernen-von-den-usa-aus-eine-gallenblase-in-frankreich/> = <https://perma.cc/XXC9-267H>
- Magnus, Hanno*, Fernkontrolle im Internet der Dinge, Trier 2022
- Marly, Jochen*, Die Qualifizierung der Computerprogramme als Sache nach § 90 BGB, BB 1991, 432–436
- , Bildschirmkopien, Cache-Kopien und Streaming als urheberrechtliche Herausforderungen, EuZW 2014, 616–619
- , Praxishandbuch Softwarerecht – Rechtsschutz und Vertragsgestaltung – Urheberrecht, Patentrecht, Pflichtverletzungen, Vertragsgestaltung, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 7. Aufl., München 2018
- Matyszczyk, Chris*, John Oliver mocks device that nags until you make a car payment, <https://www.cnet.com/news/john-oliver-highlights-beeping-device-that-nags-you-until-you-make-your-car-payment/> = <https://perma.cc/8NR2-TXK5>
- , Company bricks smart garage-door opener after bad review, <https://www.cnet.com/news/garadget-bricks-smart-garage-door-opener-after-bad-review-iot/> = <https://perma.cc/PG2B-TELB>
- Matzke, Robin*, Smart Contracts statt Zwangsvollstreckung? Zu den Chancen und Risiken der digitalisierten privaten Rechtsdurchsetzung, in: Fries, Martin/Paal, Boris P. (Hrsg.), Smart Contracts, Tübingen 2019, 99–116
- Maume, Philipp*, Bestehen und Grenzen des virtuellen Hausrechts, MMR 2007, 620–625
- McGregor, Janhoi*, iPhone Thefts Drop, Microsoft And Google To Introduce Smartphone Kill Switch, <https://www.forbes.com/sites/jaymcgregor/2014/06/19/iphone-thefts-drop>

- microsoft-and-google-to-introduce-kill-smartphone-kill-switch/ = <https://perma.cc/VYF3-SYAE>
- Medicus, Dieter*, Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz, AcP 165 (1965), 115–149
- Mertens, Hans Joachim/Reeb, Hartmut*, Grundfälle zum Recht der unerlaubten Handlung, JuS 1971, 469–474
- Metzger, Axel*, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016), 817–865
- , Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?, JZ 2019, 577–586
- Möschel, Wernhard*, Der Schutzbereich des Eigentums nach § 823 I BGB, JuS 1977, 1–6
- Möslein, Florian*, Rechtliche Grenzen innovativer Finanztechnologien (FinTech): Smart Contracts als Selbsthilfe?, ZBB 2018, 208–221
- , Smart Contracts im Zivil- und Handelsrecht, ZHR 2019, 254–294
- Möslein, Florian/Omlor, Sebastian* (Hrsg.), Fin Tech-Handbuch – Digitalisierung, Recht, Finanzen, 2. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Möslein/Omlor (Hrsg.), Fin Tech-Handbuch<sup>2</sup>)
- Mugdan, Benno* (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3: Sachenrecht, Berlin 1899
- Müller, Heinrich/Weichert, Frank*, Vorkurs Informatik – Der Einstieg ins Informatikstudium, 5. Aufl., Wiesbaden 2017
- Müller, Klaus/Gruber, Urs Peter*, Sachenrecht, München 2016
- Müller, Klaus-Rainer*, IT-Sicherheit mit System – integratives IT-Sicherheits-, Kontinuitäts- und Risikomanagement, Sicherheitspyramide, Standards und Practices, SOA und Softwareentwicklung, 6. Aufl., Wiesbaden 2018
- Müller-Erbach, Rudolf*, Das Recht des Besitzes, AcP 142 (1936), 5–66
- Müller-Hengstenberg, Claus Dieter*, Vertragstypologie der Computersoftwareverträge – Eine kritische Auswertung höchstrichterlicher Rechtsprechung zum alten Schuldrecht für die Beurteilung nach neuem Schuldrecht, CR 2004, 161–166
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 5: Schuldrecht – Besonderer Teil III (§§ 705–853), Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, Rebmann, Kurt/Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.), 3. Aufl., München 1997 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo<sup>3</sup>)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 4: Schuldrecht – Besonderer Teil I, §§ 433–534, Finanzierungsleasing, CISG, Säcker, Franz Jürgen u.a. (Hrsg.), 8. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo<sup>8</sup>)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II, §§ 535–630h, BetrKV, HeizkostenV, WärmeLV, EFZG, TzBfG, KSchG, MiLoG, Säcker, Franz-Jürgen u.a. (Hrsg.), 8. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo<sup>8</sup>)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705–853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, Säcker, Franz-Jürgen u.a. (Hrsg.), 8. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo<sup>8</sup>)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 8: Sachenrecht, §§ 854–1296, WEG, ErbbauRG, Säcker, Franz-Jürgen u.a. (Hrsg.), 8. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo<sup>8</sup>)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, Säcker, Franz-Jürgen u.a. (Hrsg.), 9. Aufl., München 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo<sup>9</sup>)
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, Säcker, Franz Jürgen u.a. (Hrsg.), 9. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo<sup>9</sup>)

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, Säcker, Franz Jürgen u.a. (Hrsg.), 9. Aufl., München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo<sup>9</sup>)
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 2: §§ 355–945b, Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), 6. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: MüKo<sup>6</sup>)
- National Institute of Standards and Technology*, The NIST Definition of Cloud Computing – Recommendations of the National Institute of Standards and Technology – NIST Special Publication 800-145, 2011, <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/legacy/sp/nistspecialpublication800-145.pdf> = <https://perma.cc/BUZ4-M79Y>
- Neuner, Jörg*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020
- Oechsler, Jürgen*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Aufl., Tübingen 2017
- Oetker, Hartmut*, AGB-Kontrolle im Zivil- und Arbeitsrecht, AcP 212 (2012), 202–250
- Oetker, Hartmut/Maultzsch, Felix*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin 2018
- Osterhage, Wolfgang W.*, Studium Generale Physik – Ein Rundflug von der klassischen bis zur modernen Physik, Berlin, Heidelberg 2016
- Paulus, Christoph G.*, § 90 BGB, das Sachenrecht und die Digitalisierung der Welt, in: Boele-Woelki, Katharina u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt zum 80. Geburtstag, Bd. 2, München 2019, 119–130
- , Anm. zu OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – 20 U 116/20, EWiR 2021, 752–754
- Paulus, Christoph G./Matzke, Robin*, Digitalisierung und private Rechtsdurchsetzung – Relativierung der Zwangsvollstreckung durch smarte IT-Lösungen?, CR 2017, 769–778
- , Smart Contracts und Smart Meter: Versorgungssperre per Fernzugriff, NJW 2018, 1905–1911
- Pertot, Tereza* (Hrsg.), Rechte an Daten, Tübingen 2020
- Peukert, Alexander*, Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen 2008
- Picker, Edward*, Der negatorische Beseitigungsanspruch, Tübingen 1972
- , Der privatrechtliche Rechtsschutz gegen baurechtswidrige Bauten als Beispiel für die Realisierung von „Schutzgesetzen“, AcP 176 (1976), 28–79
- , Gerhard Hohloch: Die negatorischen Ansprüche und ihre Beziehungen zum Schadensersatzrecht, AcP 178 (1978), 499–504
- , Negatorische Haftung und Geldabfindung – Ein Beitrag zur Differenzierung der bürgerlichrechtlichen Haftungssysteme, in: Medicus, Dieter u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hermann Lange, Stuttgart 1992, 625–696
- , Zur Beseitigungshaftung nach § 1004 BGB – eine Apologie – zugleich ein Beitrag zur bürgerlich-rechtlichen Haftungsdogmatik, in: Lange, Hermann/Nörr, Knut Wolfgang/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift Gernhuber, Tübingen 1993, 315–368
- , Rechtszuweisung und Rechtsschutz im Deliktsrecht am Beispiel des Kaltluftsee-Falles (BGHZ 113, 384), in: Beuthien, Volker u.a. (Hrsg.), Perspektiven des Privatrechts am Anfang des 21. Jahrhunderts – Festschrift für Dieter Medicus zum 80. Geburtstag am 9. Mai 2009, Köln 2009, 311–331
- , Deliktsrechtlicher Eigentumsschutz bei Störungen der Sach-Umwelt-Beziehung – eine Skizze, JZ 2010, 541–553
- , Das Deliktsrecht im Zivilrechtssystem – Eine Studie am Beispiel des Fleet-Falls BGHZ 55, 153 –, ZfPW 2015, 385–434
- , Die Nutzungsbeeinträchtigung ohne Substanzverletzung als systemrelevantes Deliktsrechtsproblem, NJW 2015, 2304–2306

- , Privatrechtsdogmatik und Eigentumsschutz oder Zur Systematik von Rechts- und Rechtsschutzgestaltung, in: Auer, Marietta u.a. (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 80. Geburtstag, Berlin 2017, 579–615
- Plum, Werner, Zur Abgrenzung des Eigentums – vom Vermögensschaden, AcP 181 (1981), 68–130
- Poble, Jan/Ammann, Thorsten, Über den Wolken... – Chancen und Risiken des Cloud Computing, CR 2009, 273–278
- Povh, Bogdan/Soergel, Elisabeth, Anschauliche Physik – für Naturwissenschaftler, 2. Aufl., Berlin 2014
- Pulkkis, Göran/Karlsson, Jonny/Westerlund, Magnus, Blockchain-Based Security Solutions for IoT Systems, in: Hassan, Qusay F. (Hrsg.), Internet of Things A to Z, Hoboken 2018, 255–273
- Rabel, Ernst, Das Recht des Warenkaufs – Eine rechtsvergleichende Darstellung, Bd. 1, Berlin 1936, unveränderter Nachdruck 1964
- Raue, Benjamin, Das (Sach-)Eigentum als Teil der Informationsrechtsordnung – Zugangsrechte, sachbezogene Datenerhebungen und Fotografien, in: Hofmann, Franz/Raue, Benjamin/Zech, Herbert (Hrsg.), Eigentum in der digitalen Gesellschaft, Tübingen 2022, 109–133
- Raves, Ammar/Salam, Samer, Internet of Things – From Hype to Reality: The Road to Digitization, 2. Aufl., Cham 2019
- Redeker, Helmut, Wer ist Eigentümer von Goethes Werther?, NJW 1992, 1739–1740
- , Anm. zu LG München I v. 25.10.2006 – 30 O 11973/05, CR 2007, 265–267
- , Software – ein besonderes Gut, NJW 2008, 2684–2685
- , Software – ein besonderes Gut, NJOZ 2008, 2917–2926
- , Information als eigenständiges Rechtsgut, CR 2011, 634–639
- Regenfus, Thomas, Deaktivierte Geräte – Rechte des Nutzers bei Einschränkung der Funktionsfähigkeit „smarter“ Produkte durch den Hersteller, JZ 2018, 79–87
- Renault Financial Services, Allgemeine Batterie-Mietbedingungen, <https://www.renaultfs.de/renault/downloads/batteriemiete/agbs.pdf> = <https://perma.cc/V4AQ-TEUW>
- Revolv – a Nest company, Revolv is now closed, <http://revolv.com/> = <https://perma.cc/L3SQ-735L>
- , A letter from Revolv’s founders, <https://web.archive.org/web/20160301002424/http://revolv.com/> = <https://perma.cc/J787-7RQY>
- Riehm, Thomas, Smart Contracts und verbotene Eigenmacht, in: Fries, Martin/Paal, Boris P. (Hrsg.), Smart Contracts, Tübingen 2019, 85–98
- Sander, Nicolas, Anm. zu OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, WuB 2022, 175–176
- Sassenberg, Thomas/Faber, Tobias (Hrsg.), Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things – Praxisfragen und Perspektiven der digitalen Zukunft, 2. Aufl., München 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Sassenberg/Faber (Hrsg.), Hdb Industrie 4.0 und Internet of Things<sup>2</sup>)
- Savigny, Friedrich Carl von, Das Recht des Besitzes – eine civilistische Abhandlung, 5. Aufl., Giessen 1827
- , Das Recht des Besitzes – eine civilistische Abhandlung, 6. Aufl., Giessen 1837
- , System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840
- Schack, Haimo, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl., Tübingen 2021
- Scheidacker, Tobias, Wasser abstellen erlaubt? Eine aktuelle Untersuchung zur Sperrung von Versorgungsleitungen und anderen Besitzstörungen in der Miete und im Wohnungseigentum, NZM 2005, 281–288
- Schmid, Julian/Rottmann, Johannes, Fortgeschrittenenhausarbeit – Zivilrecht: Besitzschutz bei Fernzugriff auf vernetzte Güter, JuS 2020, 849–854

- Schmidt, Hubert*, Einbeziehung von AGB im Verbraucherverkehr, NJW 2011, 1633–1639
- Schmidt-Gallas, Dirk/Gehrig, Frank*, Schau auf den Preis, Kunde, VW 2019, 48–49
- Schoder, Detlef*, Introduction to the Internet of Things, in: Hassan, Qusay F. (Hrsg.), Internet of Things A to Z, Hoboken 2018, 3–50
- Schrey, Joachim/Thalhofer, Thomas*, Rechtliche Aspekte der Blockchain, NJW 2017, 1431–1436
- Schulze, Gernot*, Werkgenuss und Werknutzung in Zeiten des Internets, NJW 2014, 721–726
- Schwenzer, Ingeborg*, Sachgüterschutz im Spannungsfeld deliktischer Verkehrspflichten und ertraglicher Leistungspflichten, JZ 1988, 525–531
- Sbu, John u.a.*, The Internet of Things and IT Auditing, in: Hassan, Qusay F. (Hrsg.), Internet of Things A to Z, Hoboken 2018, 275–292
- Soergel, Hs. Th.* (Begr.), Wolf, Manfred (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1: Allgemeiner Teil 1 – §§ 1–103, 13. Aufl., Stuttgart 2000 (zit.: *Bearbeiter*, in: Soergel<sup>13</sup>)
- (Begr.), Konzen, Horst (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch – mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 14: Sachenrecht 1 – §§ 854–984 BGB, 13. Aufl., Stuttgart 2002 (zit.: *Bearbeiter*, in: Soergel<sup>13</sup>)
- Sohm, Rudolph*, Der Gegenstand – Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905
- , Vermögensrecht, Gegenstand, Verfügung, ArchBürgR 28 (1906), 173–206
- Sokolowski, Paul*, Der Besitz im klassischen Recht, Halle a.S. 1907
- Solmecke, Christian/Vondrlik, Simon-Elias*, Rechtliche Probleme bei Produkten mit serverbasierten Zusatzdiensten: Was passiert, „wenn der Kühlschrank keine Einkaufsliste mehr schreibt ...“, MMR 2013, 755–760
- Sosnitza, Olaf*, Besitz und Besitzschutz: Sachherrschaft zwischen faktischem Verhältnis, schuldrechtlicher Befugnis und dinglichem Recht, Tübingen 2003
- Specht, Louisa*, Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, JZ 2017, 763–770
- Spindler, Gerald*, Das Jahr 2000-Problem in der Produkthaftung: Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer, NJW 1999, 3737–3745
- , IT-Sicherheit und Produkthaftung – Sicherheitslücken, Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer, NJW 2004, 3145–3150
- , Anm. zu BGH v. 24.1.2013 – Az. III ZR 98/12, JZ 2013, 897–899
- , Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB – Schwerpunkt 1: Anwendungsbereich und Mangelbegriff, MMR 2021, 451–457
- , Ausgewählte Rechtsfragen der Umsetzung der digitalen Inhalte-Richtlinie in das BGB – Schwerpunkt 2: Rechtsbehelfe, Beweislastregelungen und Regress zwischen Unternehmen, MMR 2021, 528–533
- Statt, Nick*, Nest is permanently disabling the Revolv smart home hub, <https://www.theverge.com/2016/4/4/11362928/google-nest-revolv-shutdown-smart-home-products> = <https://perma.cc/8CML-A94U>
- Staudenmayer, Dirk*, Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte, NJW 2019, 2497–2501
- , Kauf von Waren mit digitalen Elementen – Die Richtlinie zum Warenkauf, NJW 2019, 2889–2893
- Staudinger, Julius von* (Begr.), Martinek, Michael (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse – §§ 433–480 (Kaufrecht), Neubearbeitung 2013, Berlin 2013 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, 2013)

- (Begr.), Herrler, Sebastian (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 1 – Allgemeiner Teil – §§ 90–124; §§ 130–133 (Sachen und Tiere, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung), Neubearbeitung 2017, Berlin 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, 2017)
  - (Begr.), Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse – § 823 A-D (Unerlaubte Handlungen 1 – Rechtsgüter und Rechte, Persönlichkeitsrecht, Gewerbebetrieb), Neubearbeitung 2017, Berlin 2017 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, 2017)
  - (Begr.), Herrler, Sebastian (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 3 – Sachenrecht – Einleitung zum Sachenrecht – §§ 854–882 (Besitz und Allgemeines Liegenschaftsrecht 1), Neubearbeitung 2018, Berlin 2018 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, 2018)
  - (Begr.), Herrler, Sebastian (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 1 – Allgemeiner Teil – §§ 164–240 – Stellvertretung, Zustimmung, Fristen, Verjährung, Selbsthilfe, Sicherheitsleistung, Neubearbeitung 2019, Berlin 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, 2019)
  - (Begr.), Stoffels, Markus (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 2 – Recht der Schuldverhältnisse – §§ 305–31, UKlaG – AGB-Recht 1 und Unterlassungsklagengesetz, Neubearbeitung 2019, Berlin 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, 2019)
  - (Begr.), Kaiser, Dagmar (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 3 – Sachenrecht – §§ 985–1011 (Eigentumsschutz und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis), Neubearbeitung 2019, Berlin 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, 2019)
  - (Begr.), Herrler, Sebastian (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 3 – Sachenrecht – §§ 903–924 (Eigentum 1 – Privates Nachbarrecht), Neubearbeitung 2020, Berlin 2020 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, 2020)
  - (Begr.), Herrler, Sebastian (Hrsg.), J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen – Buch 1 – Allgemeiner Teil – §§ 90–124; §§ 130–133 (Sachbegriff, Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung, Anfechtung, Auslegung), Neubearbeitung 2021, Berlin 2021 (zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger, 2021)
- Stieper, Malte*, Smart Homes im System des neuen Schuldrechts für digitale Produkte, JZ 2022, 389–397
- Stoll, Hans*, Anm. zu BGH v. 18.9. 1975 – III ZR 139/73, JZ 1976, 278–284
- Streyl, Elmar*, Das Einstellen der Versorgungsleistungen durch den Vermieter, WuM 2006, 234–237
- Strobel, Benedikt*, Digitaler Fernzugriff und verbotene Eigenmacht, NJW 2022, 2361–2366
- Taeger, Jürgen/Pohle, Jan* (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch – Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 37. EL, Mai 2022, München 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Taeger/Pohle (Hrsg.), Computerrechts-Handbuch, 37. EL, Mai 2022)
- Tigerström, Friedrich Wilhelm von*, Ueber den Rechtsgrund der sg. possessorischen Interdicte, AcP 22 (1839), 31–46
- Tiloca, Marco/Raza, Shahid*, Security Mechanisms and Technologies for Constrained IoT Devices, in: Hassan, Qusay F. (Hrsg.), Internet of Things A to Z, Hoboken 2018, 221–254
- Tipler, Paul Allen/Mosca, Gene*, Physik – für Studierende der Naturwissenschaften und Technik, 8. Aufl., Berlin, Heidelberg 2019

- Tonner, Klaus*, Die EU-Warenkauf-Richtlinie: auf dem Wege zur Regelung langlebiger Waren mit digitalen Elementen, *VuR* 2019, 363–371
- Ulrici, Bernhard*, Liefersperren als verbotene Eigenmacht, *ZMR* 2003, 895–898
- Waddell, Kaveh*, Avenging a One-Star Review with Digital Sabotage, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/04/garadget-sabotage/521937/> = <https://perma.cc/326Q-VGTX>
- Wagner, Gerhard*, Algorithmisierte Rechtsdurchsetzung, *AcP* 222 (2022), 56–103
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried* (Hrsg.), *Praxiskommentar Urheberrecht – UrhG, VGG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSoc-RL*, 5. Aufl., München 2019 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Wandtke/Bullinger* (Hrsg.), *Urheberrecht*<sup>5</sup>)
- Want, Roy/Schilit, Bill N./Jenson, Scott*, Enabling the Internet of Things, 48 *Computer* 28 (2015)
- Weisser, Ralf/Färber, Claus*, Rechtliche Rahmenbedingungen bei Connected Car – Überblick über die Rechtsprobleme der automobilen Zukunft, *MMR* 2015, 506–512
- Wellenhofer, Marina*, Strukturanalyse des Sacheigentums, in: Hofmann, Franz/Raue, Benjamin/Zech, Herbert (Hrsg.), *Eigentum in der digitalen Gesellschaft*, Tübingen 2022, 69–88
- Wendehorst, Christiane*, Die Digitalisierung und das BGB, *NJW* 2016, 2609–2613
- , Verbraucherrelevante Problemstellungen zu Besitz- und Eigentumsverhältnissen beim Internet der Dinge – Teil 2: Wissenschaftliches Rechtsgutachten, Berlin 2016
- , Besitz und Eigentum im Internet der Dinge, in: Micklitz, Hans-Wolfgang u.a. (Hrsg.), *Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt*, Baden-Baden 2017, 367–414
- , Die neuen kaufrechtlichen Gewährleistungsregelungen – ein Schritt in Richtung unserer digitalen Realität, *JZ* 2021, 974–984
- , Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte, *NJW* 2021, 2913–2919
- Wendt, Otto*, Besitz und Inhabung. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Drittes Buch. Zweiter Abschnitt. Kritik und Gegenvorschläge, *AcP* 74 (1889), 135–178
- Wenzel, Joachim*, Der Störer und seine verschuldensunabhängige Haftung im Nachbarrecht, *NJW* 2005, 241–247
- Werner, Olaf*, Besitz- und Eigentumsübertragung am Inhalt eines Schrankfaches – OLG Oldenburg, *NJW* 1977, 1780, *JuS* 1980, 175–181
- Wieacker, Franz*, Sachbegriff, Sacheinheit und Sachzuordnung, *AcP* 148 (1943), 57–104
- Wieling, Hans Josef*, Grund und Umfang des Besitzschutzes, in: Harder, Manfred/Thielmann, Georg (Hrsg.), *De iustitia et iure – Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin 1980, 565–584
- , *Sachenrecht*, Bd. 1: Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, 2. Aufl., Heidelberg 2006
- Wieling, Hans Josef/Finkenauer, Thomas*, *Sachenrecht*, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg 2020
- Wieser, Eberhard*, Der Schadensersatzanspruch des Besitzers aus § 823 BGB – BGH, *JZ* 1954, 613, *JuS* 1970, 557–561
- Wilhelm, Alexander*, Smart Contracts im Zivilrecht – Teil 1, *WM* 2020, 1807–1813
- Windscheid, Bernhard*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1, 6. Aufl., Frankfurt am Main 1887
- Windscheid, Bernhard/Kipp, Theodor*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 1, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906
- Wolff, Martin*, Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, *JherJb* 44 (1902), 143–206

- , Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Das Sachenrecht, Bd. 3, 9. Aufl., Marburg 1932
- Wolff, *Martin/Raiser, Ludwig*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts – Sachenrecht, Bd. 3, 10. Aufl., Tübingen 1957
- Zech, *Herbert*, Information als Schutzgegenstand, Tübingen 2012
- , Die „Befugnisse des Eigentümers“ nach § 903 Satz 1 BGB – Rivalität als Kriterium für eine Begrenzung der Eigentumswirkungen, AcP 219 (2019), 488–592
- Zeuner, *Albrecht*, Störungen des Verhältnisses zwischen Sache und Umwelt als Eigentumsverletzung – Gedanken über Inhalt und Grenzen von Eigentum und Eigentumsschutz, in: Jakobs, Horst Heinrich u.a. (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, Bd. 1, Köln 1978, 775–787
- Zitelmann, *Ernst*, Internationales Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1897
- Zöller, *Richard* (Begr.), Zivilprozessordnung – mit FamFG (§§ 1–185, 200–270) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EuGVVO und weiteren EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen, 34. Aufl., Köln 2022 (zit.: *Bearbeiter*, in: Zöller<sup>34</sup>)



## Rechtsprechung

BAG v. 27.4.2000 – 8 AZR 286/99, NJW 2000, 3299. . . . .	297
BFH v. 3.7.1987 – III R 7/86, CR 1987, 576 . . . . .	69, 73
BFH v. 5.2.1988 – III R 49/83, NJW 1988, 2504 . . . . .	69
BGH v. 8.10.1955 – IV ZR 116/55, NJW 1955, 1793 . . . . .	87
BGH v. 23.11.1955 – VI ZR 193/54, NJW 1956, 217 . . . . .	236
BGH v. 14.7.1956 – V ZR 223/54, NJW 1956, 1475 . . . . .	112
BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57, NJW 1959, 479 . . . . .	212, 216, 237, 245, 252, 262, 263
BGH v. 14.1.1959 – V ZR 82/57, NJW 1959, 1364. . . . .	120
BGH v. 21.4.1960 – II ZR 21/58, NJW 1960, 1201 . . . . .	121
BGH v. 11.7.1962 – V ZR 175/60, NJW 1962, 1817 . . . . .	248
BGH v. 2.12.1963 – III ZR 222/62, NJW 1964, 1177 . . . . .	164
BGH v. 4.2.1964 – VI ZR 25/63, NJW 1964, 720 . . . . .	172, 212, 213, 216, 237, 245, 252, 262, 263
BGH v. 11.6.1970 – X ZR 23/68, GRUR 1970, 547 – <i>KleinfILTER</i> . . . . .	69
BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, VersR 1971, 418 . . . . .	207, 262
BGH v. 21.12.1970 – II ZR 133/68, NJW 1971, 886. . . . .	17, 25, 147, 172, 183, 206, 207, 208, 215, 216, 217, 218, 228, 229, 230, 236, 238, 239, 241, 243, 244, 249, 251, 258
BGH v. 11.2.1971 – VII ZR 170/69, juris-Datenbank . . . . .	69
BGH v. 27.4.1971 – VI ZR 191/69, VersR 1971, 765. . . . .	257
BGH v. 19.4.1972 – VIII ZR 24/70, NJW 1972, 1187. . . . .	86
BGH v. 6.4.1973 – V ZR 127/72, BeckRS 1973, 31123527 . . . . .	112
BGH v. 26.9.1973 – VIII ZR 106/72, NJW 1973, 2106 . . . . .	297
BGH v. 26.3.1974 – VI ZR 103/72, NJW 1974, 1189 . . . . .	119, 120, 121, 127
BGH v. 31.5.1974 – I ZR 10/73, NJW 1974, 1381 . . . . .	137
BGH v. 31.10.1974 – III ZR 85/73, NJW 1975, 347 . . . . .	173, 216, 218
BGH v. 4.6.1975 – VIII ZR 55/74, NJW 1975, 1512 . . . . .	172, 213, 216, 262
BGH v. 8.6.1976 – VI ZR 50/75, NJW 1976, 1740 . . . . .	213, 262
BGH v. 23.2.1977 – VIII ZR 312/75, NJW 1977, 847. . . . .	69
BGH v. 21.6.1977 – VI ZR 58/76, NJW 1977, 2264. . . . .	211, 212, 215, 217, 218, 228, 237, 238, 241, 243, 244, 261, 262
BGH v. 6.7.1977 – VIII ZR 277/75, NJW 1977, 1818 . . . . .	322, 324
BGH v. 10.1.1979 – VIII ZR 302/77, NJW 1979, 714. . . . .	112
BGH v. 31.1.1979 – VIII ZR 93/78, NJW 1979, 976 . . . . .	117
BGH v. 23.2.1979 – V ZR 133/76, NJW 1979, 1359. . . . .	124, 324
BGH v. 28.6.1979 – X ZR 13/78, GRUR 1979, 768 – <i>Mineralwolle</i> . . . . .	69
BGH v. 26.2.1980 – VI ZR 53/79, NJW 1980, 1518. . . . .	18, 174, 176, 181, 183
BGH v. 3.6.1981 – VIII ZR 153/80, NJW 1981, 2684. . . . .	21, 60, 61, 69, 165, 354
BGH v. 5.10.1981 – VIII ZR 259/80, NJW 1982, 696. . . . .	69

BGH v. 18.2.1982 – I ZR 81/80, GRUR 1984, 45 – <i>Honorarbedingungen Sendevertrag</i> . . . . .	358
BGH v. 10.11.1982 – V ZR 245/81, NJW 1983, 568 . . . . .	113
BGH v. 15.11.1982 – II ZR 206/81, NJW 1983, 2313 . . . . .	211, 218, 237, 238, 253, 260, 261
BGH v. 23.3.1983 – VIII ZR 335/81, NJW 1983, 1903 . . . . .	69
BGH v. 22.9.1983 – I ZR 40/81, GRUR 1984, 119 – <i>Synchronisationssprecher</i>	358
BGH v. 8.3.1984 – VII ZR 349/82, NJW 1984, 1750 . . . . .	298
BGH v. 28.5.1984 – III ZR 231/82, NJW 1984, 2941 . . . . .	298
BGH v. 6.6.1984 – VIII ZR 83/83, NJW 1984, 2938 . . . . .	69
BGH v. 20.6.1984 – VIII ZR 131/83, NJW 1985, 129 . . . . .	69
BGH v. 27.9.1984 – X ZR 12/84, NJW 1985, 426 . . . . .	299
BGH v. 2.5.1985 – I ZB 8/84, CR 1986, 130 . . . . .	68, 69, 72, 73, 91
BGH v. 9.5.1985 – I ZR 52/83, NJW 1986, 192 – <i>Inkasso-Programm</i> . . . . .	286, 341, 343
BGH v. 14.1.1986 – X ZR 54/84, GRUR 1986, 482 . . . . .	298
BGH v. 5.5.1986 – II ZR 150/85, NJW 1986, 2428 . . . . .	293
BGH v. 20.2.1987 – V ZR 249/85, NJW 1987, 1885 . . . . .	297
BGH v. 25.3.1987 – VIII ZR 43/86, NJW 1987, 2004 . . . . .	21, 60, 61, 69, 165, 354
BGH v. 9.4.1987 – III ZR 84/86, NJW 1987, 2011 . . . . .	293
BGH v. 4.11.1987 – VIII ZR 314/86, NJW 1988, 406 . . . . .	69, 72, 73, 75, 87, 92, 96, 280, 286
BGH v. 3.3.1988 – X ZR 54/86, NJW 1988, 1785 . . . . .	298
BGH v. 18.10.1989 – VIII ZR 325/88, NJW 1990, 320 . . . . .	70, 71, 73, 74, 75, 92, 280, 281
BGH v. 10.11.1989 – V ZR 201/88, NJW 1990, 576 . . . . .	297
BGH v. 7.3.1990 – VIII ZR 56/89, NJW 1990, 3011 . . . . .	71, 280
BGH v. 5.6.1990 – VI ZR 359/89, NJW-RR 1990, 1172 . . . . .	35, 183, 215, 218, 229
BGH v. 4.7.1990 – VIII ZR 288/89, NJW 1990, 3016 . . . . .	313, 314
BGH v. 4.10.1990 – I ZR 139/89, NJW 1991, 1231 – <i>Betriebssystem</i> . . . . .	343, 350
BGH v. 14.7.1993 – VIII ZR 147/92, NJW 1993, 2436 . . . . .	71, 73, 75, 76
BGH v. 7.12.1993 – VI ZR 74/93, NJW 1994, 517 . . . . .	17, 174, 175, 176, 183
BGH v. 12.1.1994 – VIII ZR 165/92, NJW 1994, 1060 . . . . .	298
BGH v. 1.2.1994 – VI ZR 229/92, NJW 1994, 999 . . . . .	248
BGH v. 24.6.1994 – V ZR 19/93, NJW 1994, 2755 . . . . .	164
BGH v. 6.12.1994 – VI ZR 229/93, NJW-RR 1995, 342 . . . . .	18, 174, 175, 176, 178, 183
BGH v. 21.2.1995 – VI ZR 19/94, NJW-RR 1995, 857 . . . . .	164
BGH v. 10.1.1996 – XII ZR 271/94, NJW 1996, 988 . . . . .	329
BGH v. 18.4.1997 – V ZR 28/96, NJW 1997, 2234 . . . . .	151, 154
BGH v. 5.6.1997 – VII ZR 324/95, NJW 1997, 2598 . . . . .	329
BGH v. 4.11.1997 – VI ZR 348/96, NJW 1998, 377 . . . . .	147, 148, 209, 210, 217, 219, 231, 262
BGH v. 15.9.1999 – I ZR 98/97, NJW-RR 2000, 393 . . . . .	21, 165
BGH v. 22.12.1999 – VIII ZR 299/98, NJW 2000, 1415 . . . . .	71, 280
BGH v. 18.1.2000 – VI ZR 375/98, NJW 2000, 953 . . . . .	17, 174, 175, 176, 178, 179, 183
BGH v. 27.1.2000 – I ZR 241/97, NJW 2000, 2677 . . . . .	293
BGH v. 30.5.2001 – XII ZR 273/98, NJW 2001, 3480 . . . . .	308
BGH v. 24.1.2003 – V ZR 175/02, NJW-RR 2003, 953 . . . . .	151, 154
BGH v. 18.11.2003 – VI ZR 385/02, NJW 2004, 356 . . . . .	217, 241, 244

BGH v. 11.1.2005 – VI ZR 34/04, NJW-RR 2005, 673 . . . . .	146, 147, 148, 210, 215, 216, 217, 218, 219, 228, 236, 237, 238, 241, 243, 244
BGH v. 4.2.2005 – V ZR 142/04, NJW 2005, 1366 . . . . .	140, 151, 153, 154, 155
BGH v. 5.7.2005 – X ZR 60/04, NJW 2005, 2919 . . . . .	329
BGH v. 14.6.2006 – I ZR 75/03, NJW 2006, 2976 . . . . .	296
BGH v. 15.11.2006 – XII ZR 120/04, NJW 2007, 2394 . . . . .	71, 73, 75, 76, 77, 101, 280, 283, 284, 285, 286, 304
BGH v. 20.12.2006 – IV ZR 325/05, NJW 2007, 1205 . . . . .	217, 229
BGH v. 30.3.2007 – V ZR 179/06, NJW 2007, 2182 . . . . .	153
BGH v. 19.9.2007 – VIII ZR 141/06, NJW 2007, 3774 . . . . .	298
BGH v. 23.11.2007 – LwZR 5/07, NJW 2008, 580 . . . . .	120, 142, 143
BGH v. 19.12.2007 – XII ZR 13/06, NJW 2008, 1148 . . . . .	298
BGH v. 19.3.2008 – I ZR 166/05, NJW 2008, 3784 . . . . .	137
BGH v. 29.5.2008 – III ZR 330/07, NJW 2008, 2495 . . . . .	329
BGH v. 16.7.2008 – VIII ZR 348/06, NJW 2008, 3055 . . . . .	293
BGH v. 6.5.2009 – XII ZR 137/07, NJW 2009, 1947 . . . . .	24, 28, 142, 182, 213, 214, 215, 216, 248, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 264
BGH v. 30.6.2009 – XI ZR 364/08, NJW-RR 2009, 1641 . . . . .	298
BGH v. 8.7.2009 – VIII ZR 327/08, NJW 2009, 3295 . . . . .	329
BGH v. 14.10.2009 – VIII ZR 96/07, NJW 2010, 1275 . . . . .	329
BGH v. 11.2.2010 – I ZR 178/08, NJW 2010, 2661 – <i>Half-Life 2</i> . . . . .	315, 363
BGH v. 28.9.2011 – IV ZR 294/10, NJW-RR 2012, 163 . . . . .	210, 217, 229, 231, 237, 262
BGH v. 31.5.2012 – I ZR 73/10, GRUR 2012, 1031 – <i>Honorarbedingungen Freie Journalisten</i> . . . . .	358, 359
BGH v. 12.7.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 – <i>Alone in the Dark</i> . . . . .	347
BGH v. 25.10.2012 – I ZR 169/10, GRUR 2013, 531 . . . . .	293
BGH v. 24.1.2013 – III ZR 98/12, NJW 2013, 1072 . . . . .	239, 240, 241
BGH v. 26.2.2013 – XI ZR 417/11, NJW 2013, 1803 . . . . .	297
BGH v. 14.5.2014 – VIII ZR 114/13, NJW 2014, 2708 . . . . .	299
BGH v. 9.12.2014 – VI ZR 155/14, NJW 2015, 1174 . . . . .	35, 147, 148, 173, 210, 211, 215, 217, 219, 226, 228, 229, 237, 243, 253, 260, 261
BGH v. 19.3.2015 – I ZR 4/14, NJW 2015, 3576 – <i>Green-IT</i> . . . . .	363
BGH v. 10.7.2015 – V ZR 206/14, NJW 2016, 317 . . . . .	94, 95, 162
BGH v. 13.10.2015 – VI ZR 271/14, NJW 2016, 1094 . . . . .	71, 74, 76, 77, 108
BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 403/14, NJW-RR 2017, 219 . . . . .	35, 147, 148, 208, 209, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 228, 229, 230, 231, 238, 239, 241, 243, 252, 262
BGH v. 21.6.2016 – VI ZR 475/15, NJW-RR 2017, 501 . . . . .	297
BGH v. 22.9.2016 – III ZR 427/15, NJW 2016, 3525 . . . . .	280
BGH v. 6.10.2016 – I ZR 25/15, GRUR 2017, 266 – <i>World of Warcraft I</i> . . . . .	350, 351, 352
BGH v. 17.3.2017 – V ZR 70/16, NJW-RR 2017, 818 . . . . .	106
BGH v. 29.1.2019 – VI ZR 481/17, NJW 2019, 1669 . . . . .	149
BGH v. 26.10.2022 – XII ZR 89/21 . . . . .	24, 27, 30, 31, 32, 109, 111, 120, 122, 162, 185, 263, 306, 324, 327, 328, 329, 331, 333, 335, 336
EuGH v. 16.7.2009 – C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465, Slg. 2009, I – <i>Infopaq International</i> . . . . .	348, 349, 428
EuGH v. 22.12.2010 – C-393/09, ECLI:EU:C:2010:816, Slg. 2010, I – <i>Bezpečnostní softwarová asociace (BSA)</i> . . . . .	346, 347, 348, 349, 428

EuGH v. 4.10.2011 – C-403, 429/08, GRUR 2012, 156 – <i>Football Association Premier League</i> . . . . .	349, 351, 352
EuGH v. 2.5.2012 – C-406/10, ECLI:EU:C:2012:259 – <i>SAS Institute</i> . . . . .	346, 348, 428
EuGH v. 3.7.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 – <i>UsedSoft</i> . . . . .	12, 347, 351, 428
EuGH v. 19.9.2013 – C-355/12, ECLI:EU:C:2013:581 – <i>Nintendo – Schlussanträge</i> . . . . .	356, 365, 428
EuGH v. 23.1.2014 – C-355/12, ECLI:EU:C:2014:25 – <i>Nintendo</i> . . . . .	346, 347, 348, 356, 365, 428
KG v. 17.12.1998 – 8 U 7247/98, GE 2004, 622 . . . . .	214, 254, 255, 256, 258, 259
LG Düsseldorf v. 11.12.2019 – 12 O 63/19, juris-Datenbank . . . . .	27, 28
LG Köln v. 26.9.2018 – 13 S 162/17, BeckRS 2018, 27150 . . . . .	121
OLG Celle v. 5.10.1926 – 7 U 94/26, JW 1927, 73. . . . .	118
OLG Düsseldorf v. 17.11.1995 – 7 U 216/94, NJW-RR 1996, 839. . . . .	117, 118
OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I 20 U 116/20, JZ 2022, 359. . . . .	10, 27, 28, 29, 52, 57, 122, 147, 177, 186, 187, 188, 231, 240, 263, 294, 306, 308, 316, 324, 328, 334, 337
OLG Düsseldorf v. 7.10.2021 – I-20 U 116/20, VuR 2022, 74 . . . . .	20, 22
OLG Hamburg v. 1.3.2001 – 3 U 203/00, CR 2001, 388. . . . .	245
OLG Köln v. 6.10.1977 – 18 U 100/77, MDR 1978, 405 . . . . .	121
OLG Köln v. 15.3.2000 – 2 U 74/99, NZM 2000, 1026 . . . . .	142
OLG Köln v. 26.4.2004 – 1 U 67/03, NZM 2005, 67 . . . . .	142, 143
OLG München v. 22.11.2012 – 23 U 3830/12, NJW-RR 2013, 800. . . . .	164
OLG Saarbrücken v. 25.9.2005 – 8 W 204/05-30, OLGR Saarbrücken 2005, 889 . . . . .	142, 143
RG v. 2.6.1915 – V 19/15, RGZ 87, 43 . . . . .	82, 86

## Sachregister

- Abgegrenztheit 79–81, 85–90, 113–115, 137, 180
- Abo-Modell 6, 188–189
- Abtretung 84–85, 312, 315, 381–382
- Administratorenrechte 9, 14, 59–60, 65, 100–101, 109, 111, 113–114, 160, 354–355,
- Aktoren 41–42, 184, 185, 192–193, 194, 195, 197, 374
- Allgemeine Geschäftsbedingungen *siehe*
- Einwilligung, formularmäßige; *siehe*
  - Einwilligung, Wirksamkeit; *siehe*
  - Lizenz, formularmäßige Beschränkung
- befristeter Gebrauch 12, 308–312, 361–362
  - Einbeziehung 296–297, 357–358
  - einseitige Vertragsgestaltung 29, 30–31, 327–329
  - Gesamtgeschäft als Leitbild 300–302, 359–360
  - Maßstab der Inhaltskontrolle 298 ff., 358–360
  - überraschende Klausel 282, 297–298
  - Umgehung des Zwangsvollstreckungsrechts 330 ff.
  - Verbot der Weitergabe 12, 312–316, 362–363
  - Verlagerung der Klage- und Initiativlast 29, 30–31, 327–329
  - Verwendung gegenüber Unternehmer 297, 298–299
  - Verwendung gegenüber Verbraucher 296, 298–299
  - Zahlungsverzug 13, 316–318, 362
- Anbieter
- Besitz am Gerät 110 ff.
  - Definition 7
- Anwendungssoftware 43, 47, 102, 192, 198–200
- Arbeitsspeicher 94, 97, 109, 190–191, 285, 342, 351
- Ausfrieren 182, 213–215, 253 ff.
- Rechtsprechung 182, 213–215, 256 ff.
- Auslagern von Gebrauchsvoraussetzungen 18, 378–382
- Ausschlussmacht 104–105, 106, 109
- Eigentum 133–134
- Autobahnraststätte 173, 211, 219, 225, 228, 237, 260
- Bankschließfach 117–118
- Batteriesperre 27–32, 306, 327–328
- Baumaschine 209–210, 219
- Beeinträchtigung *siehe* Einwilligung
- des bestimmungsgemäßen Gebrauchs 147–149, 171 ff., 206 ff.
  - Funktionsfähigkeit der Sache selbst 16–18, 60–61, 173 ff., 187
  - Rechtmäßigkeit einer 273 ff.
  - Tatbestand 138 ff.
  - von Besitz oder Eigentum durch Funktionssperre 159 ff.
- Befristeter Gebrauch 308–312, 361–362
- Beherrschbarkeit 87–90
- Benutzeroberfläche 347–348, 349
- Besitz *siehe* Zuweisungsgehalt, Einheitlichkeit des sachenrechtlichen
- am vernetzten Gerät 99 ff., 110 ff.
  - Aufgabe des 112
  - Begründung bei Inbetriebnahme 112
  - dank digitaler Sachherrschaft 104 ff., 108–110
  - des Anbieters 110 ff.
  - des Nutzers 111–112
  - Mitbesitz 111–112
  - mittelbarer 115–117
  - Teilbesitz 113–115
  - unmittelbarer 115 ff.
- Besitzaufgabe 112
- Besitzbeeinträchtigung

- als Eigentumsbeeinträchtigung 146, 218–220
- Tatbestand 141–144
- Besitzentziehung 142–144
- Besitzstörung 142–144
- Bestandsschutz 188–189
- Bestimmtheit 80, 84–85, 85 ff.
- Bestimmungsgemäßer Gebrauch
  - Beeinträchtigung des 147–149, 171 ff., 206 ff., *siehe auch* Funktionsfähigkeit, Beeinträchtigung der; *siehe* Sach-Umwelt-Beziehung, Störung der
  - geistiger vs. mechanischer Vorbehalt 186–188, 188–189
  - geistige vs. körperliche Komponenten 185–189, 196–197
  - in Körperlichkeit angelegt 185–189, 196–197
  - Irrelevanz der Zweckeignung der Software 185–187
  - Konkretisierung 179 ff., 183–184, 229–232
  - Kritik an Objektivierbarkeit 222, 229–231
  - netzbasierter Gebrauch 232 ff., 234
  - objektive Konkretisierung 180–182, 182, 218
  - Peripheriegeräte 192 ff., 197–198
  - umfassende Gebrauchsbeeinträchtigung 216–218, 229–231, 244
  - vernetzter Geräte 184 ff., 189 ff.
  - vs. subjektiv bestimmter Gebrauch 180–182, 196–197, 218, 222, 229, 259
  - vs. vertragsgemäßer Gebrauch 259
  - Zentraleinheit 190–192
- Bewegliche Sachen 136, 137–138
- Blacklisting 9, 52, 57–58, 204, 249
- Blindheit des Sachenrechts 165–166, 167, 200, 201, 383
- Buch 96–97
  
- Clickwrap Agreement 277
- Cloud
  - Definition 47, 54–55
  - Schutz des Zugangs 380–381
  - Zugang 52, 54–55, 204, 246–247, 380–381
  - Zugangsverweigerung 57–58, 246–247
- Cloud-Computing 54–55, 284–285
- Cloud-Computing-Vertrag 284–285
- Computerprogramm-RL 343–345
- Computerprogramme
  - privater Werkgenuss 350–351
  - Urheberrechtlicher Schutz 285, 340 ff., 342–345, 345–349, 350–351
  - vs. digitale Inhalte 346–347
- Daten, Integrität und Verfügbarkeit von 383
- Dateneingabe, -ausgabe und -weitergabe 184, 192, 193, 196, 197–198, 199, 233, 269–270
- Datennetz *siehe* Cloud; *siehe* Internetzugang
- Datenschutz 278, 286, 314–315
- Datenspeicher 41, 102, 115, 184, 190–191, 342
- Datenspeicherung, technischer Hintergrund 93–94
- Deliktische Haftung 140–141, 150–156
  - vs. negatorischer Rechtsschutz 149 ff.
- Digitale Inhalte
  - privater Werkgenuss 351–352
  - Urheberrecht 285, 340 ff., 342–345, 345–349, 350–351
- Digitale Inhalte-RL 22, 285, 287–289, 309, 327
  - Anwendungsbereich 287–290
- Digitale Sachherrschaft
  - als Besitzgrundlage 104 ff., 108–110
  - an Cloud-Server 118–119
  - Körperlichkeit der 108–110, 382–383
  - Wesen 14, 15, 99–103, 372
- Digitalität
  - Geistigkeit der 383–384
  - Körperlichkeit der 382–383
  
- Eigenständigkeit, konzeptionelle 86–87
- Eigentum *siehe* Zuweisungsgehalt, Einheitlichkeit des sachenrechtlichen
  - Ausschlussmacht 133–134
  - deliktischer Schutz 140–141, 150–156
  - Einwirkungsmacht 133–134
  - negatorischer Schutz 139–140, 150–156
  - Schranken 134–138
  - Wesen 131 ff.
- Eigentumsbeeinträchtigung

- als Besitzbeeinträchtigung 147–149, 218–220
- Tatbestand 139–140, 152 ff.
- Einreden 317, 328–329, 362
- Einwilligung *siehe* Allgemeine Geschäftsbedingungen; *siehe* Einwilligung, formularmäßige
- in Beeinträchtigung des bestimmungsgemäßen Gebrauchs 275 ff., 293 ff.
- in Installation eines Updates 163, 268
- in Substanzveränderung 163–166
- Verarbeitung personenbezogener Daten 278, 286
- Widerruf 324–326
- Wirksamkeit 163 ff., 293 ff., 307 ff.
- Einwilligung, formularmäßige 276, 295 ff., *siehe auch* Allgemeine Geschäftsbedingungen
- befristeter Gebrauch 12, 308–312
- Einbeziehung 296–297, 357–358
- Gesamtgeschäft als Leitbild 300–302
- Maßstab der Inhaltskontrolle 298 ff.
- überraschende Klausel 282, 297–298
- Umgehung des Zwangsvollstreckungsrechts 330 ff.
- Verbot der Weitergabe 12, 312–316
- Verlagerung der Klage- und Initiativlast 29, 30–31, 327–329
- Verwendung gegenüber Unternehmer 297, 298–299
- Verwendung gegenüber Verbraucher 296, 298–299
- Wirksamkeit 293 ff., 307 ff.
- Zahlungsverzug 13, 316–318
- Einwirkungen
- negative 178, 221–225, 227, 237
- positive 178, 221–222
- Unmittelbarkeit der 215–216, 222, 225–227, 228, 243–244
- Einwirkungsmacht 104–105, 106, 109
- Eigentum 133–134
- Elektrizität 85–86, *siehe auch* Stromversorgung
- Elektrofahrzeug 27–32, 306, 327–328
- Endnutzerlizenzvereinbarung 281, 282, 285–286, 357, *siehe auch* Lizenz
- Entzug des Netzzugangs 188, 238 ff., *siehe auch* Netzzugang
- Abgrenzung zu Netzstörung 236 ff., 242–247
- Art des Netzes 248 ff., 249–251
- durch Dritte 252
- durch Netzinhaber 248–251
- Merkmale des 238–239, 241 ff.
- Person des Störers 248 ff.
- sachenrechtliche Relevanz 236 ff., 239–241, 248 ff.
- Erkennbarkeit für den Verkehr 82–83, 87, 106–107, 181, 194, 195
- Erschöpfungsgrundsatz 315, 363
- Erwerbstätigkeit 333
- Fahrzeuge und Verkehrsinfrastruktur *siehe* Elektrofahrzeug; *siehe* Kraftfahrzeug; *siehe* Vollstreckung zu Unzeiten
- Fernwärme 182, 213–215, 254 ff.
- Festplatte 41, 70, 74, 93, 109, 162, 342
- Firmware 42–43, 47, 192, 198–200
- Fleet-Fall 17, 147–148, 172, 206, 207–208, 230, 236–239, 244, 249, 262
- Fog-Computing 55
- Formularmäßige Lizenzbeschränkung *siehe* Lizenz, formularmäßige Beschränkung
- Friedensschutz 124, 126, 324
- Funktionsfähigkeit, Beeinträchtigung der 16–18, 60–61, 173 ff., 187
- Abgrenzung 177–179
- ohne Substanzveränderung 16–18, 60–61, 173–175, 377–378
- sachenrechtliche Relevanz 175–177
- Funktionssperren, Beispiele und Anlässe 9–11, 11–13, 27–32, 57–61, 307 ff., 360–363
- Garantie 292, 302
- Gebrauchsbestimmung *siehe* bestimmungsgemäßer Gebrauch
- Gebrauchsüberlassung 303–305
- Gebrauchsvoraussetzungen, netzbasierte 253 ff., 254–255, 260–263
- Gegenstandsbegriff 78–80, 80–81, 82, 83–91
- Geistiger Inhalt von Software 92, 165–166, 185 ff., 196, 383–384
- Blindheit des Sachenrechts 165–166, 167, 200, 201, 383

- Geistigkeit der Digitalität 383–384  
 Gemeingebrauch 237–238, 239–240, 250–251  
 Gerätekomponenten *siehe* bestimmungsgemäßer Gebrauch; *siehe* Hardware; *siehe* vernetzte Geräte  
 Geräteperipherie 184, 192 ff., 193  
 Gesamtgeschäft 286 ff., 300–302  
 – Abgrenzung kauf- vs. mietähnlich 305–307  
 Gespaltene Sachherrschaft 13–16, 99–103, 376–377  
 Gewalt 103, 124–126, 321–322, 324, 326–327  
 Gewaltmonopol, staatliches 321–322  
 Gleichlauf des Zuweisungsgehalts 146 ff., 147–148, 156–158, 218–220  
 Grundstück 85, 136, 137–138
- Hacking 20, 60, 120, 129, 205, 252, 266, 268, 273, 310  
 Handelsverkehr 298  
 Hardware 41–42, 45–46  
 – Akteure 41–42, 184, 185, 192–193, 194, 195, 197, 374  
 – analoge Gerätekomponenten 190, 194–195  
 – Arbeitsspeicher 94, 97, 109, 190–191, 285, 342, 351  
 – Datenspeicher 41, 102, 115, 184, 190–191, 342  
 – Festplatte 41, 70, 74, 93, 109, 162, 342  
 – Peripheriegeräte 184, 192 ff., 193  
 – Sensoren 41, 184, 192  
 – Zentraleinheit 184, 190–192, 193  
 Hausfriedensbruch 326  
 Heizwärme 182, 213–215, 254 ff.  
 Hybride Produkte 345
- Immobilien 85, 136, 137–138  
 Initiativlast 29, 30–31, 327–329  
 Internet als Netzverbund 246–247  
 Internet der Dinge 2–3, 47–49, 53  
 Internet of Everything 48  
 Internet Service Provider 246  
 Internetzugang 205, 240–241, 246–247, 266  
 Interoperabilität 51–53, 58  
 – Definition 51–52
- Kauf, Wesen des 302–303  
 Kaufähnlicher Erwerb vernetzter Geräte 5, 279, 287–290, 302–303, 309–312, 313–316, 316–317, 361–363  
 – als Dauerschuldverhältnis 5, 291–293  
 – vs. mietähnlicher Erwerb 305–307  
 Kill switch 59, 160, 394  
 Klageast 29, 30–31, 327–329  
 Klauselkontrolle *siehe* Allgemeine Geschäftsbedingungen  
 Komponenten *siehe* bestimmungsgemäßer Gebrauch; *siehe* Hardware; *siehe* vernetzte Geräte  
 Kontinuum der Kausalfaktoren 223, 226–227, 232  
 Kopierschutz 353, 354  
 Körper 81  
 Körperliche Sachherrschaft 108, 108–110  
 Körperlicher Gegenstand 79–81  
 Körperlichkeit 80–81, 81–83, 382–383  
 – verkörperter Software 92 ff., 94–96, 161–162  
 Körperlichkeit der Digitalität 382–383  
 Körperverletzung 326  
 Kraftfahrzeug 5–6, 10–11, 48, 103, 136, 183, 189, 216, 225, 336–337
- Leitbild *siehe* Allgemeine Geschäftsbedingungen, Gesamtgeschäft als Leitbild  
 Letzte Meile 245–246  
 Lizenz 282, 285–286, 352, 357 ff.  
 Lizenz, formularmäßige Beschränkung 357 ff., *siehe auch* Allgemeine Geschäftsbedingungen  
 – befristeter Gebrauch 12, 361–362  
 – Gesamtgeschäft als Leitbild 359–360  
 – Maßstab der Inhaltskontrolle 358–360  
 – Umgehung des Zwangsvollstreckungsrechts 364  
 – Verbot der Weitergabe an Dritte 12, 362–363  
 – Zahlungsverzug 13, 362  
 – Zweckübertragungslehre als Leitbild 358–359  
 Lösungsansätze 378–382

- Materie 81–82, 94, 161
- Mietähnlicher Erwerb vernetzter Geräte  
5–6, 278–279, 289–290, 303–305,  
308–309, 312–313, 317, 361–363  
– vs. kaufähnlicher Erwerb 305–307
- Miete, Wesen der 303–305
- Mitbesitz 111–112
- Mittelbarer Besitz 115–117
- Mobiliareigentum 136, 137–138
- Mobilisierung des Vertragsrechts 381–382
- Münztelefon 187
- Nachtruhe 335–337
- Negative Umwelteinwirkungen 221–223,  
224–225
- Negatorischer Rechtsschutz 139–140,  
150–156  
– vs. deliktische Haftung 149 ff.
- Netz  
– Begriff 234  
– öffentliches 250–251  
– reguliertes privates 250–251  
– unreguliertes privates 249–250
- Netzbasierte Betrachtung 232 ff., 234  
– Definition 233  
– Mehrwert 234–236  
– Netzabhängigkeit als Gemeinsamkeit  
234
- Netzbasierte Gebrauchsvoraussetzungen  
253 ff., 254–255, 260–263
- Netzbasierter Gebrauch, Störung  
des 203 ff., 232 ff.
- Netzinhaber 248–251
- Netzregulierung 250–251
- Netzstörung  
– Abgrenzung zu Entzug des Netzzu-  
gangs 236 ff., 242–247  
– Merkmale 236–237, 241 ff.  
– Sachenrechtliche Irrelevanz 237–238
- Netzverbund 246–247
- Netzzugang *siehe* Entzug des Netzzu-  
gangs  
– Abhängigkeit von 18, 53–55, 55–56,  
57–58, 203–204, 234, 254–255, 260–263  
– Gebrauchsnotwendigkeit des 234,  
239–241, 254–255, 260–263
- Nötigung 326
- Notwegerecht 250
- Numerus clausus 133, 135, 361–362
- Nutzer  
– Besitz am Gerät 111–112  
– Definition 7
- Objekt 78 ff., 80–81, 84 ff.
- Peripheriegeräte 184, 192 ff., 193  
– bestimmungsgemäßer Gebrauch 192 ff.,  
197–198
- Personenbezogene Daten 7, 12, 48–49,  
278–279, 280, 286, 314–315
- Pfändung  
– Unpfändbarkeit 331–333, *siehe auch*  
private Rechtsdurchsetzung  
– Vergleichbarkeit mit Funktionssperren  
332–333
- Physik 81–82
- Physische Sachherrschaft 13–14, 15,  
99–103, 108–110  
– Definition 13–14
- Picker 150–155, 156–157, 220–227
- Possessorischer Besitzschutz *siehe* verbotene  
Eigenmacht  
– Ausschluss wegen Mitbesitzes 119 ff.,  
122–123, 323–324, 376–377  
– des Anbieters 123  
– des Nutzers 122–123  
– Widerruf der Einwilligung 324–326  
– Zwecke des 121, 124–126, 323–324
- Prepaid-Telefon 187–188
- Private Rechtsdurchsetzung 319 ff.  
– grundlegende Bedenken 320 ff., 326 ff.  
– Selbsthilfe 320, 320–323  
– Straftaten 326  
– Umgehung des Zwangsvollstreckungs-  
rechts 330 ff.  
– verbotene Eigenmacht 323–326
- Privater Werkgenuss 349–352  
– analoge Werke 349–350  
– Computerprogramme 350–351  
– digitale Inhalte 351–352  
– vernetzte Geräte 352
- Produktgestaltung 51–56, 203–204
- Protokolle 51–53, 58
- Recht zum Besitz 105
- Rechteverwaltung *siehe* Administratoren-  
rechte
- Rechtsbehelf in der Vollstreckung 335

- Rechtsdurchsetzung, private *siehe* private Rechtsdurchsetzung
- Rechtsprechung
- Ausfrieren 182, 213–215, 256 ff.
  - Batteriesperre bei Elektrofahrzeug 27–32, 306, 327–328
  - Kritik 220 ff., 228 ff.
  - netzbasierte Betrachtung 241–242
  - Sachqualität von Software 68 ff.
  - Störung der Sach-Umwelt-Beziehung 176–177, 206 ff., 215 ff., 241 f.
- Rechtsurpationslehre 150–155
- Regulierung *siehe* Netzregulierung; *siehe* Regulierungsvorschläge
- Regulierungsvorschläge 378 ff., 380–381
- Rivalität der Nutzung 90–91
- Root-Rechte *siehe* Administratorenrechte
- Sach-Umwelt-Beziehung, Störung der 177–179, 204–206, 206 ff., 215 ff.
- Abgrenzung der Fallgruppen 17, 147–148, 172, 187, 224, 228–232
  - Äquivalenz zur Wegnahme 216–218, 229–231, 244
  - Beeinträchtigung des netzbasierten Gebrauchs 232 ff., 234
  - durch Einstellen von Versorgungsleistungen *siehe* Versorgungsleistungen
  - netzbasierte Betrachtung 232 ff., 234, *siehe* netzbasierte Betrachtung; *siehe* Netzstörung; *siehe* Netzzugang
  - sachenrechtliche Relevanz 215–220, 222–223, 225–226, 228
  - umfassende Gebrauchsbeeinträchtigung 216–218, 229–231, 244
  - unmittelbarer Sachbezug 215–216, 222, 225–227, 228, 243–244
- Sachbegriff *siehe* Abgegrenztheit; *siehe* Gegenstandsbegriff; *siehe* Körperlichkeit; *siehe* Sachqualität
- Sachenrechtliche Irrelevanz der Netzstörung 237–238
- Sachenrechtliche Relevanz des Entzugs des Netzzugangs 236 ff., 239–241, 248 ff.
- Sachfunktionsherrschaft 15, 15–16, 102–103
- Definition 15
- Sachherrschaft
- digitale *siehe* digitale Sachherrschaft
  - körperliche 108–110
  - physische 13–14, 15, 99–103, 108–110
  - Reichweite 101–102
  - Sachfunktionsherrschaft 15, 15–16, 102–103
  - Sachsubstanzherrschaft 14, 15–16
  - Spaltung der 13–16, 99–103, 376–377
  - tatsächliche 104–108, 116–117, 255, 257–259
- Sachqualität 78 ff., *siehe auch* Körperlichkeit
- Abgegrenztheit 79–81, 85–90, 113–115, 137, 180
  - Beherrschbarkeit 79, 87–90
  - Bestimmtheit 80, 84–85, 85 ff.
  - Elektrizität 85–86
  - Flüssigkeiten 85, 88
  - Gase 85, 88
  - Gegenstandsbegriff 78–80, 80–81, 82, 83–91
  - konzeptionelle Eigenständigkeit 80–81, 86–87, 113
  - Rechtsprechung zu Software 68 ff.
  - Rivalität der Nutzung 90–91
  - Sachbegriff 78 ff.
  - Speicherzellen 94–95
  - verkörperter Software 67 ff., 91 ff., 94–96
- Sachsubstanzherrschaft 14, 15–16
- Definition 14–15
- Schließfach 117–118
- Schöpfungshöhe 344, 346
- Schutzlücken 378–382, 384
- Schutzmechanismen, technische *siehe* technische Schutzmechanismen
- Selbsthilfe 320, 320–323
- Schadensersatz 322
- Selbstjustiz 124, 324, 326
- Sensoren 41, 184, 192
- Software 42–43, 45–47
- Anwendungssoftware 43, 47, 102, 192, 198–200
  - Betriebssystem 16, 42–43, 47, 101, 102, 192, 198–200
  - Firmware 42–43, 47, 192, 198–200
  - geistiger Inhalt 92, 165–166, 185 ff., 196, 383–384
  - Sachqualität verkörperter 67 ff., 91 ff., 94–96

- Schutz der Integrität 159ff., 160–163
- Speicherung 93–94
- Sperre der Anwendungssoftware vs. Firmware 198–200
- Überlassungsvertrag 279–281
- Veränderung der 58–60, 160–163
- Verkörperung 92–96, 113–115, 160–163, 382–383
- Softwarebasierter Gebrauch, Störung des 203ff.
- Softwareüberlassungsvertrag 279–281, 311–312, 313–314
- Spaltung der Sachherrschaft 13–16, 99–103, 376–377
- Speicherzellen 14, 34, 65, 91–98, 100, 102, 108–109, 110–111, 113–115, 118–119, 160, 162–163, 185, 191, 372, 376
- Sperre der Firmware 198–200
- Sperrmöglichkeit 186–188
- Staatliches Gewaltmonopol 321–322
- Staatliches Vollstreckungsmonopol 326
- Starter interrupt device 10, 25, 337
- Störung der Geschäftsgrundlage 293
- Störung der Sach-Umwelt-Beziehung *siehe* Sach-Umwelt-Beziehung, Störung der
- Störung des netzbasierten Gebrauchs 159ff., 169ff.
- Störung des softwarebasierten Gebrauchs 203ff.
- Straßennetz 16, 36, 205, 237–239, 243–244, 250, 262
- Stromversorgung 212–213, 216, 233, 234, 237, 239, 242, 245–246, 253ff., 262–263
- Substanzveränderung 16–17, 58–60, 160–163, 178–179
  - Änderung verkörperter Software 159ff.
  - Einwilligung in 163–166
  - Funktionssperre, ohne 16–18, 60–61, 173–175, 377–378
- Tatsächliche Durchsetzung *siehe* private Rechtsdurchsetzung
- Tatsächliche Sachherrschaft 104–108, 116–117, 255, 257–259
- Tatsächlicher Hintergrund 2ff., 39ff.
- Technischer Hintergrund 39ff., 41–56, 57–61, 93–94, 114–115, 160–161, 341–342
- Technische Schutzmechanismen 339ff., 353ff., *siehe auch* Lizenz, formularmäßige Beschränkung
  - als Rechtfertigung 355–357, 360
  - Schutz der 354–355
  - Softwaresperre als 353
  - Verhältnismäßigkeit 364–366
- Teilbesitz 113–115
- Typologisierung *siehe* vertragstypologische Einordnung
- Übereignung 112
- Übergabe 112
- Überraschende Klausel 282, 297–298
- Umfassende Gebrauchsbeeinträchtigung 216–218, 229–231, 244
- Unbewegliche Sachen 85, 136, 137–138
- Unmittelbarer Besitz 115ff.
- Unmittelbarer Sachbezug 215–216, 222, 225–227, 228, 243–244
- Unpfändbarkeit *siehe* Pfändung, *siehe* private Rechtsdurchsetzung
- Unternehmer 20–21, 290, 297, 298–299
- Unzeiten, Vollstreckung zu 335–337
- Update 58–59, 123, 160–161, 163–165, 275, 295
- Urheberrecht 96–97, 280, 285–286, 315–316, 339ff., *siehe auch* privater Werkgenuss; *siehe* technische Schutzmechanismen
  - Benutzung vernetzter Geräte 340ff., 348–349, 350–352, 357ff.
  - Computerprogramme 285, 340ff., 342–345, 345–349, 350–351
  - digitale Inhalte 285, 340ff., 342–345, 345–349, 350–351
  - Erschöpfungsgrundsatz 315, 363
  - Sachenrecht, Wechselspiel mit 355, 355–357, 360, 361–362
  - Vervielfältigungsrecht 349–352
- Verarbeitung personenbezogener Daten *siehe* personenbezogene Daten
- Verbot der Weitergabe an Dritte 12, 312–316, 362–363
- Verbotene Eigenmacht 255ff., 258ff., 320–321, 323–326, 340, 356
  - durch Einstellen von Versorgungsleistungen 255ff., 258ff., 263–264

- gesetzliche Ermächtigung 355–357, 360
- Verbraucher 20–21, 296, 298, 299, 327
- Verbriefung 381
- Verbundenheit der Verträge 286 ff., 290–293
- Verkehrsanschauung 82–83, 87, 106–107, 181, 194, 195
- Verkehrsinfrastruktur und Fahrzeuge
  - siehe* Elektrofahrzeug; *siehe* Kraftfahrzeug; *siehe* Vollstreckung zu Unzeiten
- Verkörperte Software 92–96, 113–115
  - Schutz der Integrität 159 ff.
  - Veränderung der 58–60, 160–163
- Verlagerung der Klage- und Initiativlast 29, 30–31, 327–329
- Vernetzte Geräte
  - Akteure 41–42, 184, 185, 192–193, 194, 195, 197, 374
  - Funktion und Aufbau 41–56
  - Hardware 41–42, 45–46
  - Interoperabilität 51–53, 58
  - kaufähnlicher Erwerb 5, 279, 287–290, 302–303, 309–312, 313–316, 316–317, 361–363
  - kaufähnlicher vs. mietähnlicher Erwerb 305–307
  - mietähnlicher Erwerb 5–6, 278–279, 289–290, 303–305, 308–309, 312–313, 317, 361–363
  - privater Werkgenuss 352
  - Produktgestaltung 51–56, 203–204
  - Sensoren 41, 184, 192
  - Software 42–43, 45–47
  - Störung des netzbasierten Gebrauchs 159 ff., 169 ff.
  - Störung des softwarebasierten Gebrauchs 203 ff.
  - urheberrechtliche Bedeutung der Benutzung 340 ff., 348–349, 350–352, 357 ff.
  - Vernetzung 45–49
  - Vernetzung als Wertfaktor 3–5
  - Vertriebsformen 5–9
- Versorgungsleistungen 212–214, 253 ff.
  - Einstellen von 182, 253 ff., 263–264
  - netzbasierte 253 ff.
  - verbotene Eigenmacht durch Einstellen von 255 ff., 258 ff., 263–264
- Vertrag über digitale Dienste 281 ff., 283–285, 309–310, 314–316
- Vertrag zur Überlassung des Geräts 278–279, 287–293
- Vertrag zur Überlassung von Software 279–281, 311–312, 313–314
- Verträge *siehe* vertragstypologische Einordnung
- Vertragliches Leitbild *siehe* Allgemeine Geschäftsbedingungen, Gesamtgeschäft als Leitbild
- Vertragsrecht, Mobilisierung des Schutzes 381–382, *siehe auch* vertragstypologische Einordnung
- Vertragstypologische Einordnung 278 ff.
  - Bedeutung des Gesamtgeschäfts 286 ff., 300–302
  - Cloud-Computing-Vertrag 284–285
  - kaufähnlicher Erwerb 5, 279, 287–290, 302–303, 309–312, 313–316, 316–317, 361–363
  - mietähnlicher Erwerb 5–6, 278–279, 289–290, 303–305, 308–309, 312–313, 317, 361–363
  - Softwareüberlassung 279–281
  - Überlassung des Geräts 278–279
  - Verbundenheit der Verträge 286 ff., 290–293
  - Vertrag über digitale Dienste 281 ff., 283–285
- Vertrieb vernetzter Geräte 5–9
  - beteiligte Akteure 7–9
- Vervielfältigungsrecht 349–352
- Vollrechtserwerb 302–303
- Vollstreckung zu Unzeiten 335–337
- Vollstreckungsmonopol, staatliches 326
- Vollstreckungsrecht *siehe* Zwangsvollstreckungsrecht, Wertungen des
- Vollstreckungsverfahren 333–337
- Warenkauf-RL 22, 285, 287 ff., 310
  - Anwendungsbereich 287–290
- Wegnahme 216–218, 229–231, 244
- Weitergabe an Dritte, Verbot der 12, 312–316, 362–363
- Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts 330 ff.
- Widmung 251

- Yachthafen-Fall 208–209, 230, 238
- Zahlungsverzug 13, 316–318, 362
- Zeitlich befristeter Gebrauch 12, 308–312, 361–362
- Zentraleinheit 184, 190–192, 193
- bestimmungsgemäßer Gebrauch 190–192
- Zugriffsrechte 9, 14, 59–60, 65, 100–101, 109, 111, 113–114, 160, 354–355,
- Zusatzfunktionen 188–189
- Zustellung eines Titels 334–335
- Zuweisungsgehalt
- Einheitlichkeit des sachenrechtlichen 146 ff., 147–148, 156–158, 218–220
  - induktive Bestimmung 131 ff., 144–145
- Zwangsvollstreckungsrecht, Wertungen des 330 ff.
- Rechtsbehelf 335
  - Unpfändbarkeit 331–333
  - Unzeiten, Vollstreckung zu 335–337
  - Vollstreckungsverfahren 333–337
  - Zustellung eines Titels 334–335
- Zweckeignung der Software 185–186
- Zweckübertragungslehre 358–359
- Zweitnutzer *siehe* Allgemeine Geschäftsbedingungen, Verbot der Weitergabe; *siehe* Schutzlücken