

Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von
Marietta Auer · Reinhard Bork
Gerhard Wagner

Zum Ausscheiden von Jochen Taupitz
aus dem Herausgebergremium

Reinhard Zimmermann
„So jemand die Seinen,
sonderlich seine Hausgenossen,
nicht versorget, ...“

Gerhard Wagner
Algorithmisierte Rechtsdurchsetzung

Andreas Bergmann
Purgatio morae –
Verzug und Verzugsbereinigung
im (Wohnraum-)Mietrecht



222. Band · Heft 1  Februar 2022

Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von
Marietta Auer, Reinhard Bork und Gerhard Wagner

Zum Ausscheiden von Jochen Taupitz aus dem Herausbergremium 1

Abhandlungen

Reinhard Zimmermann: „So jemand die Seinen, sonderlich seine
Hausgenossen, nicht versorget, ...“ – Zum Schutz der Angehörigen
bei Enterbung 3

Gerhard Wagner: Algorithmisierte Rechtsdurchsetzung 56

Andreas Bergmann: *Purgatio morae* – Verzug und Verzugsbereinigung
im (Wohnraum-)Mietrecht 104

Literatur

Moritz Hennemann: Interaktion und Partizipation
Referent: *Michael Grünberger* 154

Archiv für die civilistische Praxis

Herausgegeben von
Marietta Auer, Reinhard Bork und Gerhard Wagner

222. Band (2022)

Zitierweise: AcP

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden an einen der Herausgeber erbeten:

- Prof. Dr. *Marietta Auer*, Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechts-
theorie, Hansaallee 41, 60323 Frankfurt am Main, auer@lht.mpg.de
- Prof. Dr. *Reinhard Bork* (verantwortlicher Redakteur), Seminar für Zivilprozess-
recht, Fakultät Rechtswissenschaft, Rothenbaumchaussee 33, 20148 Hamburg,
bork@uni-hamburg.de
- Prof. Dr. *Gerhard Wagner*, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät,
Unter den Linden 9, 10099 Berlin, sekretariat.wagner@rewi.hu-berlin.de

Rezensionsexemplare werden an den Verlag erbeten.

Hinweise für Autoren: Informationen zur Manuskripteinreichung, den dabei zu über-
tragenden und den beim Autor verbleibenden Rechten sowie formale Hinweise zur
Manuskriptgestaltung finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/AcP in der Rubrik
„Manuskripte“.

Erscheinungsweise: Pro Jahr erscheint ein Band zu je sechs Heften.

Abonnements: Informationen zu Abonnements finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/AcP in der Rubrik „Abonnement“. Bei Fragen zum Bezug der Zeitschrift wenden
Sie sich bitte an journals@mohrsiebeck.com.

Onlinezugang: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zu-
gang zum Online-Volltext auf der Verlagswebsite enthalten. Nähere Informationen
zur Registrierung und den besonderen Anforderungen für institutionelle Nutzer fin-
den Sie unter: www.mohrsiebeck.com/elektronische-publikationen.

© 2022 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. Die Zeitschrift einschließlich aller
ihrer Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Gren-
zen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und straf-
bar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder
elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systeme-
n sowie die Übersetzung. Anfragen hierzu richten Sie an rights@mohrsiebeck.com.

Verlag: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen, [www.mohr
siebeck.com](http://www.mohr
siebeck.com), info@mohrsiebeck.com.

Anzeigenservice: Tilman Gaebler, Postfach 113, 72403 Bisingen, [tilman.gaebler@
t-online.de](mailto:tilman.gaebler@
t-online.de). *V.i.S.d.P.:* Kendra Mäschke, maeschke@mohrsiebeck.com.

Satz: Computersatz Staiger, Rottenburg/N.; *Druck:* Gulde Druck, Tübingen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Printed in Germany.

ISSN 0003-8997 (Gedruckte Ausgabe) eISSN 1868-7113 (Online-Ausgabe)

Algorithmisierte Rechtsdurchsetzung*

von Prof. Dr. *Gerhard Wagner*, LL.M. (University of Chicago), Berlin

Inhaltsübersicht

I. <i>Einleitung: Digitalisierung der Rechtsdurchsetzung im Überblick</i>	57
1. <i>Online Dispute Resolution</i>	58
2. <i>Aggregation von Ansprüchen durch Legal Tech-Unternehmen</i>	59
3. <i>Smart Contracts</i>	60
II. <i>Normative Herausforderungen</i>	61
1. <i>Radikale Privatisierung</i>	61
2. <i>Intensivierung der Rechtsdurchsetzung</i>	63
3. <i>Fokus und Struktur der Analyse</i>	63
III. <i>Grundprinzipien der Rechtsdurchsetzung</i>	64
1. <i>Keine Selbstexekution von Ansprüchen</i>	64
2. <i>Allokation der Prozessführungs- und Beweislast</i>	65
3. <i>Verkoppelung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren</i>	66
4. <i>Schuldnerschutz in der Zwangsvollstreckung</i>	67
5. <i>Schlussfolgerungen</i>	68
IV. <i>Dispositiver oder zwingender Charakter des Rechtsdurchsetzungs-</i> <i>regimes?</i>	69
1. <i>Zivilprozessrecht als öffentliches Recht</i>	69
2. <i>Dispositions- und Verhandlungsmaxime</i>	70
3. <i>Dispositionsfreiheit der Parteien</i>	71
4. <i>Disponibilität des gerichtlichen Rechtsdurchsetzungssystems</i>	72
5. <i>Prozessuale Rechtsdurchsetzung als optionales Hintergrundsystem</i>	73
6. <i>Sicherung der Vertragsgerechtigkeit</i>	74
V. <i>Zulässigkeit und Grenzen automatisierter Rechtsdurchsetzung</i>	75
1. <i>Ein Rechtsrahmen für Smart Contracts</i>	75
a) <i>Einbettung in das geltende Recht</i>	75
b) <i>Reversibilität softwareinduzierter Leistungen</i>	76
2. <i>Umkehrung der Prozessführungslast</i>	76
3. <i>Keine Umkehr der Beweislast</i>	78
4. <i>Vereinbarung von Vorleistungspflichten</i>	79
a) <i>Normative Prämissen</i>	79
b) <i>Inhaltskontrolle von Vorleistungsklauseln</i>	80
c) <i>Vorleistungen durch Smart Contracts</i>	81
VI. <i>Digitale Nutzungsbeschränkungen bei Mietsachen</i>	83
1. <i>Digitale Sperren bei Mietsachen</i>	83

* Modifizierte und erweiterte Fassung eines Vortrags, den der Verfasser bei der Wissenschaftlichen Tagung des Instituts für Recht und Digitalisierung Trier im 24. September 2021 gehalten hat.

a) Kein staatliches Rechtsschutzmonopol	83
b) Schuldrechtliche Beurteilung	84
c) Sachenrechtliche Beurteilung: Digitale Eigenmacht	84
2. Vorenthaltung von Versorgungsleistungen	85
a) Streitstand	85
b) Stellungnahme	86
c) Sperren durch Versorgungsunternehmen	88
VII. Übermaß an Rechtsdurchsetzung?	89
1. Ausgangspunkt: Legalität und Legitimität digitaler Rechtsdurchsetzung	89
2. Eliminierung „brauchbarer Illegalität“	90
3. Optimale Rechtsdurchsetzung	91
a) Die Perspektive des Normadressaten	91
b) Keine Übermaßdurchsetzung	92
c) Das optimale Maß	92
d) Rechtsdurchsetzung mit digitalen Mitteln	94
4. Kompensation von Durchsetzungsdefiziten durch überstrikte Normen?	94
a) Keine Evidenz für Übermaßhaftung	94
b) Durchsetzungsdefizit als Korrektur ungeeignet	95
c) Korrektur der Verhaltensnormen	96
5. Effiziente Illegalität	97
6. Negatorischer Rechtsschutz vs. Schadensersatzansprüche	99
a) Das Ausbeutungspotential von Unterlassungsansprüchen	99
b) Einschränkung des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs	101
7. Schlussfolgerungen	102
VIII. Fazit	103

I. Einleitung: Digitalisierung der Rechtsdurchsetzung im Überblick

Die digitale Transformation ist seit langem im Gange, doch erst jetzt erreicht sie die höheren Professionen, d.h. akademische Berufe, deren Träger komplexe, hochklassige Dienstleistungen anbieten. Dazu zählt auch die Tätigkeit der Juristen, insbesondere der Richter und Anwälte. Die Aufgabe der Richter und der Justiz im Allgemeinen ist die Entscheidung von Streitigkeiten und Vollstreckung daraus resultierender Titel. Auf diese Weise werden in einem Rechtsstaat, der das Gewaltmonopol für sich in Anspruch nimmt und damit den Landfrieden sichert, subjektive Rechte durchgesetzt. Indem die Digitalisierung die Tätigkeit von Juristen verändert, verändern sich auch die Bedingungen der Rechtsdurchsetzung.¹

¹ Vgl. dazu Eidenmüller/Wagner, Digital Dispute Resolution, in: dies., Law by Algorithm, 2021, S. 223 ff.

1. *Online Dispute Resolution*

Am Anfang des Prozesses der Rechtsdurchsetzung steht immer die Geltendmachung des Anspruchs durch den Gläubiger. In aller Regel geschieht dies nicht durch Klageerhebung, sondern durch ein an die Schuldnerin adressiertes Leistungsbegehren. Das geltende Recht setzt mit § 93 ZPO einen starken Anreiz dafür, zunächst den direkten Kontakt herzustellen, um den Konflikt ohne Einschaltung der Gerichte zu lösen. Das außergerichtliche Leistungsbegehren gibt der Schuldnerin die Chance, eine gütliche Einigung mit dem Gläubiger zu erzielen. Die Digitalisierung bietet dafür neue Möglichkeiten, insbesondere für unternehmensinterne Beschwerdeverfahren, wie sie die großen Online-Plattformen bereitstellen.² Onlinebasierte Beschwerdeverfahren lassen sich automatisieren und so zu trivialen Kosten durchführen. Und das Unternehmen kann die eingesetzten Entscheidungsalgorithmen so gestalten, dass die wertvollsten Kunden am besten behandelt werden.

Ist die Beilegung des Streits im bilateralen Verhältnis zwischen den Parteien nicht möglich, stehen auf der nächsten Eskalationsstufe Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung zur Verfügung, die durch die digitale Transformation einen starken Schub bekommen haben. Im Vergleich zu traditionellen Mechanismen der alternativen Streitbeilegung verspricht Online Dispute Resolution eine drastische Senkung der Verfahrenskosten. Die COVID-19 Pandemie und die dadurch ausgelöste Zunahme der Kommunikation über das Internet hat die Kosten- und Bequemlichkeitsvorteile digitaler Kommunikation einer breiten Fachöffentlichkeit vor Augen geführt und zuvor bestehende Zugangsschwellen beiseite geräumt.³ Es ist zu erwarten, dass sich die Entwicklung hin zu Online-basierten Schlichtungs-, Mediations- und Schiedsverfahren nach Überwindung der Pandemie fortsetzen wird. Man darf auch die Prognose wagen, dass die Digitalisierung der Streitschlichtung oder -entscheidung selbst, also der digitale Richter bzw. Schlichter oder Mediator zuerst in den Verfahren der alternativen Streitbeilegung auftauchen wird. Die Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten der staatlichen Ziviljustiz durch einen gerichtlichen Softwareagenten steht demgegenüber in weiter Ferne, wenn es den digitalen Richter jemals geben sollte.⁴

² *Katsb/Rabinovitch-Einy*, Digital Justice, 2017, 48; *Eidenmüller/Wagner*, Digital Dispute Resolution, in: dies., Law by Algorithm, 2021, S. 235 ff.

³ *Eidenmüller/Wagner*, Digital Dispute Resolution, in: dies., Law by Algorithm, 2021, S. 243 ff.

⁴ Dazu *Eidenmüller/Wagner*, Digital Dispute Resolution, in: dies., Law by Algorithm, 2021, S. 254 ff.; zu aktuellen Tendenzen einer Digitalisierung des Zivilprozesses vgl. Diskussionspapier der Arbeitsgruppe Modernisierung des Zivilprozessrechts der Präsidentinnen und Präsidenten der Oberlandesgerichte, des Kammergerichts, des

Die eben skizzierten Entwicklungen und Perspektiven sollen hier nicht weiterverfolgt werden, weil sie den *Prozess* der Rechtsdurchsetzung betreffen, also die Behandlung und Erledigung von Begehren, die bereits geltend gemacht wurden und nunmehr bei Gericht oder einer Stelle der außergerichtlichen Streitbeilegung anhängig sind.⁵ Im Fokus der folgenden Überlegungen stehen Instrumente, die die *Geltendmachung* und *Durchsetzung* von Ansprüchen betreffen. Nur dann, wenn Ansprüche geltend gemacht werden, kommt es überhaupt zu einem Verfahren der gerichtlichen oder außergerichtlichen Streitbeilegung, und nur wenn der Gläubiger erhält, was ihm gebührt, werden subjektive Rechte durchgesetzt.

2. Aggregation von Ansprüchen durch Legal Tech-Unternehmen

Die Digitalisierung macht es möglich, eine große Zahl gleichgerichteter oder ähnlicher Ansprüche zu trivialen Kosten über das Internet zu rekrutieren und zu aggregieren. Die Nutzung dieser Möglichkeit ist unter dem – irreführenden – Namen Legal Tech bekannt geworden. Anbieter wie Flightright demonstrieren eindrucksvoll, dass sogar die Geltendmachung von geringwertigen Ansprüchen durch Einsatz digitaler Technik lohnend sein kann. Soweit die Zulässigkeit solcher Mechanismen infrage gestellt wird, geschieht dies vor allem unter Berufung auf das anwaltliche Berufsrecht und die Abschottung des Marktes für Rechtsdienstleistungen durch das RDG.⁶ Der BGH hat in seiner Entscheidung zu dem Internet-Portal *wenigermiete.de* den Geschäftsmodellen internetbasierter Unternehmen, die Forderungen ihrer Kunden im eigenen Namen gegen die jeweiligen Schuldner geltend machen und durchsetzen, seinen Segen gegeben.⁷ Der VIII. Zivilsenat verneinte einen Verstoß gegen das Verbot zur Erbringung außergerichtlicher Rechtsdienstleistungen gemäß § 3 RDG, weil sich das Legal Tech-Unternehmen in den Grenzen der ihm gemäß § 10 RDG erteilten Inkassoerlaubnis halte.⁸ Der II. Zivilsenat hat diese Argumentation mit seinem Urteil zum sog. Sammelklage-Inkasso durch das

Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Bundesgerichtshofs, 2020, erhältlich unter <https://www.justiz.bayern.de/gerichte-und-behoerden/oberlandesgerichte/nuernberg/aktuelles.php>.

⁵ Vgl. dazu *Eidenmüller/Wagner*, Digital Dispute Resolution, in: dies., Law by Algorithm, 2021, Kap. 10 S. 225 ff.

⁶ Vgl. nur *Henssler* NJW 2019, 545; *Prütting* ZIP 2020, 49; eingehend *Brechmann*, Legal Tech und das Anwaltsmonopol, 2021.

⁷ BGHZ 229, 89 = NJW 2020, 208; genauso *Tolksdorf* ZIP 2019, 1401 (1402 ff.); *Stadler* JZ 2020, 321; *Fries* AcP 221 (2021), 108 (118).

⁸ BGHZ 229, 89 Rn. 97 ff. = NJW 2020, 208.

Unternehmen Airdeal bekräftigt⁹ und der Gesetzgeber hat die Judikatur zum Oktober 2021 durch das sog. Legal Tech-Gesetz kodifiziert, das vor allem das RDG novelliert.¹⁰ Trotz der populären Bezeichnung dieses Rechtsakts ist sein Bezug zu den Problemen digitaler Rechtsdurchsetzung nur zufällig. Unternehmen, die „standardisierte und digitale Rechtsdienstleistungen für ihre Kundschaft erbringen oder juristische Tätigkeiten in eine digitale Arbeitsweise überführen“,¹¹ würden dieselben Probleme des anwaltlichen Berufsrechts aufwerfen, wenn die Anmeldung von Ansprüchen mit Hilfe von Papier und Faxgerät erfolgte. Abgesehen vom anwaltlichen Berufsrecht besteht das einzige „Problem“ der sog. Legal Tech-Unternehmen darin, dass sie die Rechtsdurchsetzung verbessern.

3. *Smart Contracts*

Algorithmen bieten noch mehr Möglichkeiten als die kostengünstige Aggregation von Ansprüchen. Einen, oder besser: mehrere, Schritte weiter als die Anspruchsdurchsetzung durch Legal Tech-Anbieter geht die Anspruchsdurchsetzung durch sog. Smart Contracts. Der Begriff des Smart Contract ist schillernd, und sein Gebrauch dementsprechend uneinheitlich. Nach einer bekannten Definition des Internet-Pioniers *Nick Szabo* handelt es sich um vertragliche Leistungsversprechen im Digitalformat, wobei auch die Erfüllung dieser Versprechen programmiert wird.¹² Mit künstlicher Intelligenz haben Smart Contracts nichts zu tun,¹³ und für die Blockchain-Technologie gilt dasselbe, auch wenn der Begriff des Smart Contract eng mit dieser Technologie assoziiert wird.¹⁴ Smart Contracts können auf ganz gewöhnlicher Computersoftware „laufen“. Allein maßgeblich ist vielmehr, dass der Vertrag „sich selbst durchsetzt“, denn bei einem Smart Contract übernimmt das Computerprogramm die Ausführung der vertraglichen Leistungspflichten. Einer Anrufung der staatlichen Gerichte bedarf es dafür ebenso wenig wie der Einleitung von Schieds- oder Schlichtungsverfahren oder auch der Beauftragung von Ge-

⁹ BGH NJW 2021, 3046 Rn. 12 ff.

¹⁰ Gesetz zur Förderung verbrauchergerechter Angebote im Rechtsdienstleistungsmarkt v. 10.8.2021, BGBl I, 3415.

¹¹ BT-Drucks. 19/27673, S. 14.

¹² Klassisch die Definition *Szabo*, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, 1996, https://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart_contracts_2.html: „A smart contract is a set of promises, specified in digital form, including protocols within which the parties perform on these promises.“ In deutscher Sprache sachlich genauso *Kaulartz/Heckmann* CR 2016, 618.

¹³ *Szabo* aaO: „No use of artificial intelligence is implied.“

¹⁴ https://en.wikipedia.org/wiki/Smart_contract.

richtsvollziehern. Dies ist „algorithmisierte Rechtsdurchsetzung“ im eigentlichen Sinne. Sie steht im Fokus der folgenden Überlegungen.

Der algorithmische Durchsetzungsmechanismus der Smart Contracts kommt nur bei vertraglichen Schuldverhältnissen in Betracht; das sagt bereits der Begriff. Der digitale Zugriff auf die Vermögens- oder Handlungssphäre der Schuldnerin muss von dieser eröffnet werden. Bei der außervertraglichen Haftung fehlt es an diesen Voraussetzungen; die Parteien sind einander typischerweise fremd, und jedenfalls verhandeln sie nicht *ex ante* über die Abwicklung deliktischer Schadensersatz- oder negatorischer Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche. Gleichwohl lässt sich auch in diesem Bereich die Rechtsdurchsetzung durch den Einsatz digitaler Instrumente beflügeln. Mit sog. *web crawlern* lässt sich das Internet nach illegalen Inhalten absuchen,¹⁵ wegen derer die dafür Verantwortlichen auf Unterlassung und Beseitigung oder auch auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden können. Auch die Inanspruchnahme kann mit Hilfe digitaler Technik erheblich rationalisiert, womöglich sogar insgesamt automatisiert werden. Das Abmahnwesen gegen die Verletzung von Urheberrechten im Internet illustriert, was möglich ist und welche Folgen eintreten. In Anlehnung an den Begriff des Smart Contracts lässt sich von Smart Enforcement sprechen.

II. Normative Herausforderungen

1. Radikale Privatisierung

Smart Contracts ermöglichen die Durchsetzung von Vertragspflichten an den dafür „vorgesehenen“ Institutionen vorbei. Insbesondere die staatlichen Gerichte sowie der diesen angegliederte staatliche Zwangsvollstreckungsapparat werden „umgangen“.¹⁶ Den Ausschluss des Rechtswegs zu den staatlichen Gerichten haben Smart Contracts mit Mechanismen alternativer Streitbeilegung gemeinsam, angefangen von der privaten Schiedsgerichtsbarkeit über Schiedsgutachtenverfahren bis hin zu Schlichtungs- und Mediationsverfahren. Diese etablierten Institutionen verlagern Teile der Rechtsdurchsetzung in den privaten Bereich, insbesondere die Entscheidung oder gütliche

¹⁵ Diese Art von Software wurde bereits gegen Filesharing eingesetzt, *Lutz VuR* 2010, 337, 340; ebenso beförderte sie die Zunahme urheber- und wettbewerbsrechtlicher Abmahnungen, *BT-Drucks.* 17/13057, S. 10. Zur technischen Durchführung: *Sullon*, *Scraping Images for Intellectual Property Protection*, Web Scraping Society, 2021, <https://medium.com/web-scraping-society/scraping-images-for-intellectual-property-protection-50a87802c125>.

¹⁶ So *Paulus/Matzke* *NJW* 2018, 1905, 1909 f.; *dies.* *CR* 2017, 769, 776.

Beilegung des Streits unter den Parteien. Werden die dabei vereinbarten oder vom Schiedsgericht zuerkannten Ansprüche nicht freiwillig erfüllt, kommen die Gerichte aber wieder ins Spiel. Werden in Schlichtungs- oder Mediationsverfahren übernommene Verpflichtungen vernachlässigt, muss „ganz normal“ Klage zu Gericht erhoben werden.¹⁷ Gleiches gilt im Ergebnis, wenn die Feststellungen eines Schiedsgutachters folgenlos bleiben, weil die Parteien sich nicht über die daraus für ihre Rechte und Pflichten zu ziehenden Konsequenzen einigen können.¹⁸ Schiedssprüche stehen zwar gerichtlichen Urteilen gleich (§ 1055 ZPO), doch muss trotzdem ein staatliches Gericht angerufen und um Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs gebeten werden, wenn die unterlegene Partei der Entscheidung des Schiedsgerichts nicht freiwillig nachkommt (§§ 1060 ff. ZPO). In diesem Sinne bewirken die etablierten Institutionen der alternativen Streitbeilegung jeweils nur eine „Teilprivatisierung“ der Rechtsdurchsetzung.

In genau diesem Punkt unterscheiden sich Smart Contracts von typischen ADR-Institutionen. Smart Contracts lösen sich von den herkömmlichen Mechanismen der Streitbeilegung, indem sie die Erfüllung von Ansprüchen tatsächlich bewirken, bevor überhaupt ein Streit darüber entstehen kann. Durch die automatische Selbstvollstreckung der vertraglich vereinbarten Ansprüche kommt es zu einer radikalen, nämlich *vollständigen Privatisierung der Rechtsdurchsetzung*.¹⁹ Die staatlichen Gerichte sind komplett „draußen“; staatliche Instanzen sind an der Rechtsdurchsetzung überhaupt nicht mehr beteiligt. Damit verlieren die Gerichte nicht bloß weitere Anteile am Markt für Streitbeilegung, sondern der Markt für Streitbeilegung wird gleichsam ausgetrocknet. Die Bedeutung der Judikative nimmt dadurch weiter ab, und der Staat insgesamt verliert den Zugriff auf private Transaktionen.²⁰ Staatliche Instanzen sind weder an deren Zustandekommen noch an deren Abwicklung und Durchsetzung beteiligt. Dies gilt selbst dann, wenn eine automatische, softwarebasierte und -induzierte Vertragsdurchführung nicht möglich ist, weil die vertraglichen Rechte und Pflichten an den Eintritt bestimmter Tatsachen geknüpft sind, deren Verwirklichung die Software nicht feststellen kann. Die in diesen Fällen eingesetzten sog. „Orakel“, das sind nicht-digitale Erkenntnisquellen, die dem Computerprogramm des Smart Contracts

¹⁷ Hacke, in: Eidenmüller/Wagner (Hrsg.), Mediationsrecht, 2015, Kap. 6 Rn. 135 ff.

¹⁸ Zu den Rechtsfolgen von Schiedsgutachten Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 656 ff.

¹⁹ Eidenmüller/Wagner, Digital Dispute Resolution, in: dies., Law by Algorithm, 2021, S. 235.

²⁰ Schubert, in: Höfling/Meller-Hannich (Hrsg.), Nichts zu klagen? Der Rückgang der Klageingangszahlen in der Justiz, 2016, S. 21 ff.; Wagner, Justizstandort Deutschland im Wettbewerb, 2017, S. 89 ff.

zugänglich gemacht werden müssen,²¹ sind jedenfalls nicht die staatlichen Gerichte. Judizielle Angebote zur Feststellung umstrittener Tatsachen gibt es zwar durchaus, insbesondere das Selbständige Beweisverfahren gemäß §§ 485 ff. ZPO, doch ein solches Verfahren dauert viel zu lange, als dass es für die Nutzer von Smart Contracts attraktiv sein könnte.

2. Intensivierung der Rechtsdurchsetzung

Smart Contracts führen offensichtlich zu einer intensiveren Rechtsdurchsetzung. In der analogen Welt ist der Gläubiger auf den Rechtsweg zu den staatlichen Gerichten verwiesen, wenn vertragliche Pflichten nicht freiwillig erfüllt werden. Darüber hinaus steht ihm ein Menü von Mechanismen der außergerichtlichen Streitbeilegung offen. Alle diese Instrumente nehmen jedoch Zeit in Anspruch, sie machen Mühe und sie verursachen Kosten. Dabei ist der Ausgang ungewiss, zumal selbst im Erfolgsfall nicht gewährleistet ist, dass der Schuldner erfüllt oder über hinreichende Vermögenswerte verfügt, in die sich vollstrecken lässt. Aus diesen Gründen nehmen viele Gläubiger von der Rechtsdurchsetzung Abstand und schreiben ihre Forderungen ab.

Ein gut funktionierender Smart Contract steigert die Durchsetzungsquote hingegen auf 100 %, weil vertragliche Ansprüche automatisch erfüllt werden. Ähnliche, wenn auch nicht so weit reichende Effekte verursachen die eben beschriebenen Mechanismen des Smart Enforcement. Infolge der Aggregation von Ansprüchen durch Legal Tech-Anbieter, durch den Einsatz von Algorithmen beim Aufspüren von Rechtsverletzungen sowie durch automatisierte Geltendmachung von Schadensersatz-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen lassen sich selbst geringwertige Ansprüche zu vertretbaren Kosten geltend machen und durchsetzen. Eine Durchsetzungsquote von 100 % dürfte zwar in aller Regel nicht erreicht werden, doch eine erhebliche Steigerung gegenüber dem aus der analogen Welt gewohnten Niveau ist realistisch.

3. Fokus und Struktur der Analyse

Damit stellt sich die Frage nach der Legalität und Legitimität algorithmisierter Rechtsdurchsetzung. Mit der „Selbstexekution“ vertraglicher Ansprüche durch Smart Contracts geraten institutionelle Zusammenhänge ins Wanken, die im geltenden Recht nicht ausdrücklich geregelt sind, weil

²¹ Kuntz AcP 220 (2020), 1, 77; Heckelmann NJW 2018, 504, 505; Kaulartz/Heckelmann CR 2016, 618, 620; Grimmelmann, 2 J.L.I. 1, 14 f. (2019).

sie bisher als selbstverständlich galten und ihm daher gewissermaßen stillschweigend zugrunde liegen. Nachdem diese herausgearbeitet worden sind (unten, III.), gilt es, die gewonnenen Prinzipien auf ihren zwingenden oder dispositiven Charakter abzuklopfen (unten, IV.). Auf dieser Grundlage kann sodann der Rechtsrahmen für Smart Contracts gesetzt und konkretisiert werden (unten, V.). Daran schließt die Untersuchung der Grenzen an, die der Besitzschutz der digitalen Rechtsdurchsetzung zieht (unten, VI.). Schließlich ist die grundsätzliche Frage zu erörtern, ob die Intensivierung der Rechtsdurchsetzung durch Einsatz digitaler Techniken als Fluch oder als Segen zu betrachten ist und welche Konsequenzen diese Einschätzung für das materielle Recht hat (unten, VII.).

III. Grundprinzipien der Rechtsdurchsetzung

1. Keine Selbstexekution von Ansprüchen

Ein fundamentales Grundprinzip westlicher Rechtsordnungen besagt, dass in einem Rechtsstaat mit staatlichem Gewaltmonopol und Landfrieden keine Partei dazu befugt ist, die Anspruchsdurchsetzung in die eigene Hand zu nehmen. Die „Selbstexekution“ von Ansprüchen ist nur in engsten Grenzen zulässig, so etwa bei der Verteidigung gegen eine Hauptforderung durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung (§§ 387 ff. BGB), wobei im Streitfall auch hier die Entscheidung über den Bestand der Forderungen und die Wirksamkeit der Aufrechnung den Gerichten vorbehalten bleibt. Die Selbsthilfe zur Durchsetzung oder Sicherung eigener Ansprüche durch private Gewalt ist gemäß § 229 BGB nur unter exceptionellen Bedingungen erlaubt. Die Festnahme des Verpflichteten, die Überwindung von physischem Widerstand und die Wegnahme, Beschädigung oder Zerstörung von Sachen zur Verwirklichung eigener Ansprüche steht unter dem Vorbehalt, dass „obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Einschreiten die Verwirklichung des Anspruchs vereitelt oder wesentlich erschwert [würde]“. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist der Anspruchsinhaber darauf verwiesen, seine Rechte in einem Gerichtsverfahren geltend zu machen.²² Die Beschränkungen, die § 229 BGB und eine Reihe weiterer Normen der privaten Rechtsdurchsetzung ziehen, sind ganz auf den Schutz des staatlichen Gewalt- und Rechtsschutzmonopols, oder besser: des staatlichen Rechtsschutzvorrangs, bezogen.²³ In der Regelung der Selbsthilfe kommt dies in der Voraussetzung zum Ausdruck,

²² Palandt-*Ellenberger*, 80. Aufl. 2021, § 229 Rn. 1; eingehend *Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985, S. 18 ff.

²³ Ausführlich *Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985, S. 1 ff.; vgl. auch

dass „obrigkeitliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen“ sein darf.²⁴ Wegen des Zusammenhangs des § 229 BGB mit dem staatlichen Gewaltmonopol können die Beschränkungen der Selbsthilfe von den Parteien auch nicht durch Vereinbarung abbedungen oder erweitert werden.²⁵

2. Allokation der Prozessführungs- und Beweislast

Das geltende Recht versagt dem Inhaber eines Anspruchs im Normalfall die Selbstexekution, doch im Gegenzug hat der Anspruchsinhaber die Befugnis, sein Recht mit staatlicher Hilfe und Gewalt gegen die Schuldnerin durchzusetzen. Dies geschieht im Fall einer Rechtsverletzung allerdings nicht automatisch, sondern nur auf Initiative des Gläubigers: Die Prozessführungslast liegt bei derjenigen Partei, die von einer anderen eine Leistung fordert.²⁶

Rechtsstreitigkeiten erfordern Geld und Zeit, und es ist an dem Anspruchsinhaber, die Mittel für die an Gericht und Anwälte zu zahlenden Vorschüsse aufzubringen und geduldig abzuwarten, bis das Gericht schließlich entschieden und den Anspruch gegen die Schuldnerin durchgesetzt hat. Eine Entscheidung zugunsten des Klägers setzt dabei voraus, dass er die Tatsachengrundlage des von ihm geltend gemachten Anspruchs zur Überzeugung des Gerichts nachweisen konnte. Die Verteilung der Beweislast zwischen den Parteien eines Rechtsverhältnisses folgt komplexen Regeln, die auf dem Grundsatz beruhen, dass jede Partei die Beweislast für diejenigen Tatsachen trägt, die ihr günstig sind, die also Rechtsnormen ausfüllen, auf die sie sich beruft.²⁷ Bei Geltendmachung vertraglicher Leistungsansprüche trägt grundsätzlich der klagende Gläubiger die Beweislast für deren Voraussetzungen, also für das wirksame Zustandekommen des Vertrags mit dem behaupteten Inhalt.²⁸ Dabei stehen der Schuldnerin-Beklagten umfassende Verteidigungsrechte zu. Sie kann die Voraussetzungen des Anspruchs in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht bestreiten, sie kann Gegenrechte wie Erfüllung, Aufrechnung oder Verjährung geltend machen und sich zu ihrer Verteidigung auch auf General-

Saenger, Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung, 1998, 78 ff.

²⁴ Dazu *Schünemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, 1985, S. 74 ff.

²⁵ RGZ 131, 113, 222; RGZ 146, 182, 186; Palandt-*Ellenberger*, 80. Aufl. 2021, § 229 Rn. 1; MünchKommBGB-*Grotbe*, 8. Aufl. 2018, § 229 Rn. 1.

²⁶ Vgl. dazu allgemein *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 2 Rn. 11 ff.

²⁷ BGH NJW 1991, 1052, 1053; NJW 1999, 352, 353; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 116 Rn. 7; *Greger* in: *Zöller*, ZPO, 33. Aufl. 2020, Vor § 284 Rn. 17a; *Thole* in *Stein/Jonas*, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 286 Rn. 106.

²⁸ BGH NJW 2016, 1441 Rn. 24; NJW 1999, 352, 353; *Thole* in: *Stein/Jonas*, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 286 Rn. 106; *Arnold AcP* 209 (2009), 285, 292 f.

klauseln wie Treu und Glauben (§ 242 BGB) berufen. In manchen Fällen kann die Schuldnerin den Anspruch auch mit dem Nachweis zu Fall bringen, dass seine Durchsetzung für sie eine unbillige Härte bedeuten würde (z.B. § 559 Abs. 4, §§ 574 ff., § 1578b, § 1579 BGB).

Ist hingegen nicht der Gläubiger in der Klägerrolle, sondern ist es die Schuldnerin, die die Herausgabe des ohne Rechtsgrund Geleisteten fordert, verschiebt sich die Beweislast. Macht die Schuldnerin der vertraglichen Leistung den Bereicherungsanspruch des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB geltend, so hat sie dessen Voraussetzungen nachzuweisen.²⁹ Das gilt insbesondere auch für das Tatbestandsmerkmal des mangelnden Rechtsgrunds.³⁰ Folglich muss die Schuldnerin der vertraglichen Leistung darlegen und nachweisen, dass der Vertrag *nicht* mit dem Inhalt zustande gekommen ist, der die Leistung decken würde, oder dass der geschlossene Vertrag *unwirksam* ist. Zwar trifft den Vertragsgläubiger und Bereicherungsschuldner eine sekundäre Darlegungslast dahingehend, dass er den Rechtsgrund angeben muss, aus dem er sein Recht zum Behaltendürfen der Leistung ableitet,³¹ damit ihn die Bereicherungsgläubigerin ggf. ausräumen kann. An der Verteilung der Beweislast ändert dies jedoch nichts. Entgegen der Allokationsregel bei Geltendmachung eines vertraglichen Anspruchs trifft die Beweislast die Vertragsschuldnerin und Bereicherungsgläubigerin.

3. Verkoppelung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren

Ein weiteres Strukturprinzip des deutschen Rechts ist die Aufteilung des Rechtsdurchsetzungsverfahrens in ein Erkenntnis- und ein Vollstreckungsverfahren.³² Dem Gläubiger, der die staatlichen Vollstreckungsorgane gegen eine Schuldnerin in Bewegung setzen will, wird ein Vollstreckungstitel abverlangt.³³ Vollstreckungstitel *par excellence* sind gemäß § 704 ZPO Urteile

²⁹ BGH NJW-RR 1992, 1214; Palandt-*Sprau*, 80. Aufl. 2021, § 812 Rn. 76; *Baack* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Bd. 3, 4. Aufl. 2019, § 812 Rn. 8 ff.

³⁰ BGHZ 128, 167, 171 = NJW 1995, 662, 663; BGH NJW 1995, 727, 728; NJW 2011, 2130 Rn. 14; *Schwab* in MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 812 Rn. 457; *Baack* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Bd. 3, 4. Aufl. 2019, § 812 Rn. 18 ff.

³¹ BGH NJW-RR 2004, 556; Palandt-*Sprau*, 80. Aufl. 2021, § 812 Rn. 76; *Baack* in: Baumgärtel/Laumen/Prütting, Handbuch der Beweislast, Bd. 3, 4. Aufl. 2019, § 812 Rn. 21 ff.

³² Dazu *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 5 Rn. 2 ff.

³³ Eingehend *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 10 Rn. 1, 12 ff.

staatlicher Gerichte, die rechtskräftig oder für vorläufig vollstreckbar erklärt worden sind; mit einem solchen Urteil wird der Zugang zur Zwangsvollstreckung „freigeschaltet“.³⁴ Allerdings verlangt die Zwangsvollstreckung nicht zwingend ein Endurteil eines staatlichen Gerichts, sondern geeignet sind auch andere Vollstreckungstitel, die § 794 ZPO auflistet. Neben Prozessvergleichen (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) sind dort auch vollstreckbare Urkunden genannt, also von einem deutschen Notar in der vorgeschriebenen Form aufgenommene Urkunden, in denen sich die Schuldnerin der sofortigen Zwangsvollstreckung wegen eines Anspruchs unterwirft, der einer vergleichsweisen Regelung zugänglich ist und nicht den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betrifft (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Als Vollstreckungstitel kommen darüber hinaus Schiedssprüche, also Urteile privater Gerichte (§ 794 Abs. 1 Nr. 4a ZPO), sowie von Rechtsanwältinnen für ihre Mandanten abgeschlossene Vergleiche in Frage (§ 796a ZPO), beide jedoch nur unter der Voraussetzung, dass sie von einem staatlichen Gericht (§§ 1060 ff., 796b ZPO) bzw. einem inländischen Notar (§ 796c ZPO) für vollstreckbar erklärt worden sind.³⁵ Vollstreckungstitel in diesen Fällen ist die gerichtliche oder notarielle Exequatursentscheidung, nicht hingegen der Schiedsspruch oder Vergleich als solcher.

Somit können Akte der Parteien, wie etwa Prozessvergleich, Anwaltsvergleich und notarielle Urkunde, das Endurteil als Vollstreckungstitel ersetzen, jedoch niemals als reiner Parteiakt, sondern immer nur in Kombination mit einer Exequatursentscheidung eines Gerichts oder eines Notars. Für die Entscheidungen privater Schiedsgerichte gilt dies ebenfalls. Den Parteien steht somit kein Titelkreativrecht zu, d.h. sie haben nicht die Rechtsmacht, einen Vollstreckungstitel privatautonom zu schaffen. Ein Vertrag oder ein Anspruch kann nicht durch bloße Parteivereinbarung zu einem Vollstreckungstitel gemacht werden.

4. Schuldnerschutz in der Zwangsvollstreckung

Schließlich verleiht ein Vollstreckungstitel auch bei Vorliegen aller übrigen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung keinen unbegrenzten Zugriff auf das Vermögen und die Person der Schuldnerin. Der Zugriff des Staates im Interesse des Gläubigers erfolgt immer nur in beschränktem Umfang. Bei der Durchsetzung von Geldforderungen sind beispielsweise die Pfändungsverbote des § 811 Abs. 1 ZPO zu beachten. Diese erklären nicht nur

³⁴ *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 12. Aufl. 2010, § 11 Rn. 3.

³⁵ Dazu *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 12. Aufl. 2010, § 13 Rn. 4, 92.

eine Milchkuh, zwei Schweine und eine entsprechende Anzahl von Ziegen und Schafen für unpfändbar (§ 811 Abs. 1 Nr. 3 ZPO), sondern auch Arbeitsmittel von Personen, die aus körperlicher oder geistiger Arbeit ihren Erwerb ziehen (§ 811 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Zu den vor Pfändung geschützten Arbeitsmitteln zählen u.a. Kraftfahrzeuge, Maschinen und selbstverständlich auch Computer und andere digital operierende Maschinen und Geräte.³⁶ Bei der Pfändung von Arbeitseinkommen und anderen Geldleistungen sind die Pfändungsverbote des § 850a ZPO und die Pfändungsfreigrenzen des § 850 ZPO zu beachten, und die Verwertung von Grundstücken und beweglichen Sachen darf nicht zur Verschleuderung von Vermögenswerten führen (§ 817a ZPO, § 85a ZVG). Schließlich kann die Schuldnerin gegen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen jeder Art bei Gericht Vollstreckungsschutz gemäß § 765a ZPO beantragen und geltend machen, dass die jeweilige Maßnahme „unter voller Würdigung des Schutzbedürfnisses des Gläubigers wegen ganz besonderer Umstände eine Härte bedeutet, die mit den guten Sitten nicht vereinbar ist“.³⁷ Diese Härteklausele hat vor allem bei der Vollstreckung von Räumungsansprüchen in Bezug auf Wohnraum eine traurige Relevanz erlangt: Sofern die Schuldnerin glaubhaft vortragen kann, sie werde sich im Fall der Zwangsräumung das Leben nehmen, ist die Zwangsräumung vorübergehend einzustellen oder sie hat dauerhaft zu unterbleiben.³⁸ In jedem Fall sind bei der Räumungsvollstreckung die Räumungsfristen der § 721, § 794a ZPO zu beachten.

5. Schlussfolgerungen

Smart Contracts und ähnliche Mechanismen digitaler Rechtsdurchsetzung verändern die herkömmlichen Mechanismen der Rechtsdurchsetzung in fundamentaler Weise. Während normalerweise der Anspruchsinhaber darauf angewiesen ist, zur Durchsetzung seines Anspruchs die Gerichte anzurufen, ist es nach Selbstexekution des Anspruchs im Wege eines Smart Contracts Sache der Schuldnerin, die staatlichen Gerichte anzurufen, um die nicht geschuldete Leistung zurückzufordern. Damit wird weit mehr verändert als die bloße Umkehrung der Parteirollen und der Prozessführungslast.³⁹ Die Selbstexekution per Smart Contract erübrigt das gerichtliche Erkenntnisverfahren und

³⁶ Statt aller *Seiler*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 42. Aufl. 2021, § 811 Rn. 28.

³⁷ Eingehend dazu *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 43.

³⁸ Vgl. den Überblick bei *Seiler*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 42. Aufl. 2021, § 765a Rn. 9; kritisch dazu *Wagner*, Zivilrechtswissenschaft heute, in: Dreier (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 67, 119 ff.

³⁹ Dazu *Matzke*, in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 99, 110 f.

ermöglicht die Rechtsdurchsetzung ohne Vollstreckungstitel. Die Rechtsdurchsetzung erfolgt außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens, dessen mannigfache Schutzmechanismen zugunsten des Vollstreckungsschuldners nicht zur Anwendung kommen. Im Grunde wird das gesamte judizielle Rechtsschutzsystem „umgangen“ – mit dem Vorbehalt, dass die auf diese Weise erlangten Leistungen ggf. rückabgewickelt werden können.

Diese fundamentalen Verschiebungen werfen die Frage nach ihrer Legalität auf. Muss das geltende Recht die „Umgehung“ des herkömmlichen Rechtsschutzapparats hinnehmen oder existieren Grenzen, die Smart Contracts und ähnliche Mechanismen zu wahren haben? Die Antwort hängt davon ab, ob das gesetzliche Rechtsdurchsetzungssystem zwingender Natur ist.

IV. Dispositiver oder zwingender Charakter des Rechtsdurchsetzungsregimes?

1. Zivilprozessrecht als öffentliches Recht

Klassifikatorisch gehört das Zivilprozessrecht dem öffentlichen Recht an,⁴⁰ und für das Zwangsvollstreckungsrecht gilt dies erst recht.⁴¹ Das spricht auf den ersten Blick dagegen, privatautonome Dispositionen über das zivilprozessuale Durchsetzungsregime zuzulassen. Doch ein solcher Schluss greift zu kurz. Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht sind öffentliches Recht, weil das Verhalten von Hoheitsträgern geregelt wird. Die analytisch begründete Qualifikation im Sinne des öffentlichen Rechts ändert jedoch nichts daran, dass die funktionale Orientierung des Rechtsgebiets auf das Privatrecht bezogen ist.⁴² Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht dienen zuallererst der Durchsetzung subjektiver Rechte Privater, genauer: der Identifizierung und Durchsetzung subjektiver Rechte unter Zurückweisung solcher Rechtsschutzbegehren, denen kein solches Recht zugrunde liegt.

⁴⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 1 Rn. 35; eingehend Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 13 ff.

⁴¹ RGZ 128, 81, 85; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 1 Rn. 16 ff.; Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 755 mwNachw.

⁴² Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 1 Rn. 29 ff.; eingehend Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 61 ff.; Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 59 ff.

2. Dispositions- und Verhandlungsmaxime

Der funktionale Zusammenhang zwischen materiellem Privatrecht einerseits, Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht andererseits hat normative Konsequenzen, denn er erklärt und legitimiert die zentralen Grundprinzipien des Zivilprozesses, die Dispositions- und die Verhandlungsmaxime.⁴³

Entsprechend dem Fundamentalprinzip der Privatautonomie werden Zivilrechtsstreite nicht von Amts wegen, durch das Gericht oder durch eine Behörde eingeleitet, sondern sie bedürfen einer entsprechenden Initiative eines Privatrechtssubjekts. Bleibt diese aus, findet Rechtsdurchsetzung nicht statt, denn wo kein Kläger, da kein Richter. Kraft der Dispositionsmaxime sind es die Parteien, die über die Einleitung und Fortsetzung des Rechtsstreits zu entscheiden haben. Die Klägerin veranlasst die Klageerhebung (§ 253 ZPO), sie kann ihr Rechtsschutzbegehren jederzeit mit Zustimmung des Beklagten zurücknehmen, bis zur mündlichen Verhandlung sogar ohne dessen Zustimmung (§ 269 ZPO), und sie kann noch in der mündlichen Verhandlung durch einseitige Erklärung auf den Anspruch verzichten und daraufhin ein klageabweisendes Urteil in Kauf nehmen (§ 306 ZPO). Umgekehrt kann der Beklagte den geltend gemachten Anspruch anerkennen, mit der Folge, dass das Gericht ein zusprechendes Urteil erlassen muss (§ 307 ZPO), oder in anderer Weise auf eine effektive Rechtsverteidigung verzichten. Jederzeit können die Parteien vor dem Gericht einen Prozessvergleich schließen und damit den Rechtsstreit beenden (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Die Einlegung von Rechtsmitteln, insbesondere Berufung und Revision, ist eine Angelegenheit der beschwerten Partei und geschieht niemals von selbst (§ 519 Abs. 1, § 549 Abs. 1 ZPO). Auf die Berufung kann *ex ante* verzichtet werden; nach Einlegung kann die Berufungsklägerin das Rechtsmittel zurücknehmen, und zwar bis zur Verkündung des Berufungsurteils (§ 515, § 516 ZPO). Im Rahmen des anhängigen Rechtsstreits obliegt die Ermittlung und Anwendung des einschlägigen Rechts zwar dem Gericht (*iura novit curia*), doch die Tatsachen ermittelt es nicht. Nach der sog. Verhandlungsmaxime ist der Vortrag und der Nachweis von Tatsachen vielmehr eine Aufgabe der Parteien.

⁴³ Dazu Henckel, Prozeßrecht und materielles Recht, 1970, S. 118 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 77 Rn. 3.

3. Dispositionsfreiheit der Parteien

Der normative Zusammenhang zwischen materiellem Privatrecht und Zivilprozessrecht, der in der Dispositions- und der Verhandlungsmaxime seinen Ausdruck findet, spricht dagegen, das Zivilprozessrecht insgesamt als zwingendes Recht und das zivilprozessuale Rechtsschutzsystem als indisponibel auszuweisen.⁴⁴ Durchführung und Ablauf von Rechtsstreitigkeiten liegen ohnehin weitgehend in den Händen der Parteien. Bei den insoweit zu treffenden Entscheidungen genießen sie Freiheit, die von keinem Gericht und keiner Behörde kontrolliert wird.⁴⁵ Insbesondere ist niemand verpflichtet, die ihm zustehenden Rechte tatsächlich geltend zu machen.

Auf Basis dieser normativen Prinzipien hat die Rechtsprechung vertragliche Dispositionen über prozessuale Befugnisse seit jeher als wirksam anerkannt.⁴⁶ So kann sich eine Partei durch Vereinbarung dazu verpflichten, einen bestimmten Anspruch nicht einzuklagen oder kein Rechtsmittel gegen ein Urteil einzulegen.⁴⁷ Die zeitlich befristete Disposition über die Klagebefugnis ist selbstverständlicher Bestandteil von Schlichtungs- und Mediationsvereinbarungen; hier ist die Klageerhebung erst zulässig, nachdem das außergerichtliche Verfahren abgeschlossen ist.⁴⁸ Wurde die Klage bereits erhoben, kann sich die Klägerin vertraglich dazu verpflichten, sie wieder zurückzunehmen, was im Rahmen außergerichtlicher Vergleiche häufig vereinbart wird.⁴⁹ Auch die vertragliche Verpflichtung, gegen ein noch ausstehendes Urteil kein Rechtsmittel einzulegen, ist wirksam.⁵⁰ Der Prozessvergleich wurde bereits erwähnt; mit ihm kann ein anhängiger Rechtsstreit durch Willenserklärung der Parteien beendet werden.⁵¹ Darüber hinaus ist es zulässig, die Verpflichtung zu übernehmen, bestimmte Tatsachen in einem Rechtsstreit nicht vorzutragen oder bestimmte Beweismittel nicht zu benennen.⁵² Selbst Vollstreckungsvereinbarungen sind jedenfalls zulässig, sofern sie den Vollstreckungs-

⁴⁴ Eingehend *Wagner*, *Prozessverträge*, 1998, S. 59 ff., 71 ff., 77 ff.

⁴⁵ Eingehend *Wagner*, *Prozessverträge*, 1998, S. 87 ff.

⁴⁶ Überblick bei *Wagner*, *Prozessverträge* 1998, S. 48 ff., 86 ff.

⁴⁷ *Wagner*, *Prozessverträge*, 1998, S. 439 ff.

⁴⁸ BGH, WM 1977, 997; NJW 1984, 669; NJW 1999, 647; NJW-RR 2009, 637; *Eidenmüller*, *Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, 2001, S. 14 ff.; *Wagner*, *Prozessverträge*, 1998, S. 445 ff.; *Wagner* NJW 2001, 182, 183 ff.; *Wagner* in: *Eidenmüller/Wagner*, *Mediationsrecht*, 2015, Kap. 2 Rn. 36 ff.

⁴⁹ Vgl. nur RGZ 102, 217, 221; BGH NJW-RR 1989, 802; *Wagner*, *Prozessverträge*, 1998, S. 505 ff.

⁵⁰ BGHZ 28, 45, 48 f.; BGH NJW 1982, 2072, 2073.

⁵¹ Dazu *Wagner*, *Prozessverträge*, 1998, S. 514 ff.

⁵² BGHZ 38, 254, 258; BGHZ 109, 19, 29; *Wagner*, *Prozessverträge*, 1998, S. 640 ff.; *Wagner* NJW 2001, 1398.

zugriff des Gläubigers beschränken,⁵³ doch gilt dies richtigerweise auch für Abreden, mit denen die Zwangsvollstreckung in erweitertem Umfang zugelassen wird.⁵⁴

Die Zulässigkeit der eben genannten Vereinbarungen hängt nicht davon ab, dass einzelne Normen der ZPO als dispositiv ausgezeichnet werden. Mit der Unterscheidung zwischen zwingendem und dispositivem Recht hat die Problematik nur am Rande tun. Mit den meisten der eben beispielhaft genannten Vereinbarungen derogieren die Parteien nicht das objektive Recht; sie weichen nicht von Vorschriften der ZPO ab. Vielmehr disponieren sie über prozessuale Befugnisse, deren Ausübung die ZPO der jeweiligen Partei freistellt.⁵⁵ Von der – unstreitigen – Prämisse, dass die Erhebung einer Klage, die Einlegung von Rechtsmitteln usw. der Willkür der Parteien anheim gegeben ist, ist es nur ein kleiner Schritt zu der Schlussfolgerung, dass sie über die Ausübung dieser Befugnisse vertraglich disponieren können.⁵⁶ Weil es der Anspruchsinhaberin freisteht, eine Klage zu erheben oder auch nicht zu erheben, kann sie sich vertraglich dazu verpflichten, von der Klageerhebung einstweilen abzusehen, um eine gütliche Einigung im Rahmen eines Schlichtungs- oder Mediationsverfahrens anzustreben. Für die übrigen Dispositionen über prozessuale Befugnisse gilt Entsprechendes. Die Zulassung vertraglicher Dispositionen über prozessuale Befugnisse entspricht den normativen Prämissen der Dispositions- und Verhandlungsmaxime, die ihrerseits verfahrensrechtliche Fortsetzungen des materiell-rechtlichen Prinzips der Privatautonomie sind.

4. *Disponibilität des gerichtlichen Rechtsdurchsetzungssystems*

Im Lichte dieser Freiheiten, die die Parteien nach geltendem Recht unzweifelhaft genießen, lässt sich das Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungssystem nicht als zwingend ausweisen in dem Sinne, dass die Parteien davon Gebrauch machen *müssen*. Bei der Rechtsdurchsetzung gibt es weder Pflicht noch Zwang, und dies gilt in beide Richtungen: Weder ist die Anspruchsinhaberin dazu verpflichtet, das ihr zustehende Recht durchzusetzen, zu diesem Zweck die staatlichen Gerichte anzurufen und den Prozess engagiert und mit Aufwand zu führen noch ist der Schuldner dazu verpflichtet, sich effektiv gegen eine Klage zu verteidigen. Nichts hindert ihn daran, die gegen ihn gerichteten Ansprüche freiwillig zu erfüllen, und zwar auch dann, wenn der

⁵³ BGH NJW 1968, 700; NJW 1991, 2295, 2296; Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 750 ff.

⁵⁴ Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 754 ff.; eingehend und differenzierend Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 33 Rn. 21 ff.

⁵⁵ Zu dieser Unterscheidung Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 52 ff.

⁵⁶ Wagner, Prozessverträge, 1998, S. 86 ff.

Bestand dieser Ansprüche zweifelhaft ist. Weiß der Schuldner positiv, dass er einen Anspruch erfüllt, der in Wahrheit nicht besteht, ist sogar die Rückforderung des Geleisteten ausgeschlossen (§ 814 BGB)!

5. Prozessuale Rechtsdurchsetzung als optionales Hintergrundsystem

Das gerichtliche System der Rechtsdurchsetzung steht den Parteien somit zur Verfügung, aber eine Verpflichtung, es tatsächlich zu nutzen, gibt es nicht. Auch ohne empirische Daten über die Zahl der tagtäglich entstehenden bürgerlich-rechtlichen Ansprüche und deren Durchsetzung lässt sich mit Sicherheit sagen, dass die übergroße Mehrzahl dieser Ansprüche *nicht* mit gerichtlicher Hilfe durchgesetzt wird. In der Masse der Fälle erfüllt der Schuldner freiwillig, ganz einfach deshalb, weil er dazu verpflichtet ist und die Kosten eines Rechtsstreits, die er im Falle des Unterliegens zu tragen hätte (§ 91 ZPO), vernünftigerweise vermeiden will. Eben wegen dieses Kostenrisikos, aber auch aus anderen Gründen, wie Kulanz, Kundenpflege oder Interesse an einer bestehenden Geschäftsverbindung, werden Ansprüche auch dann erfüllt, wenn sie in Wahrheit nicht bestehen. Soweit Ansprüche nicht freiwillig erfüllt werden, nehmen die Gläubiger häufig von der Rechtsdurchsetzung Abstand, weil sie sich einfach nicht lohnt. Dies ist vor allem bei geringen Streitwerten der Fall, bei denen die Kosten der Rechtsdurchsetzung den erhofften Ertrag übersteigen.

Darüber hinaus entschließen sich viele Parteien übereinstimmend dazu, ihre Rechtsstreitigkeiten den staatlichen Gerichten zu entziehen und sie im Rahmen von Vergleichsverhandlungen, mit Hilfe von Mediatoren oder im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens beizulegen oder von einem privaten Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Vertragliche Vereinbarungen, einen solchen Mechanismus der außergerichtlichen Streitbeilegung zu nutzen, sind nicht nur rechtlich zulässig, sondern – wie eben gesehen⁵⁷ – ihrerseits auch durchsetzbar. Die Rechtspolitik der vergangenen Jahrzehnte ist von dem Bemühen gezeichnet, die Institutionen der außergerichtlichen Streitbeilegung zu fördern.⁵⁸ Das Artikelgesetz, mit dem das MediationsG eingeführt wurde, macht seinen Zweck bereits in seinem Titel klar: „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“.⁵⁹ Auch die Richtlinie 2013/11/EU⁶⁰ über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten verfolgt explizit den Zweck, die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern und damit den Binnenmarkt zu

⁵⁷ Oben, Fn. 48 ff.

⁵⁸ *Wagner*, Rechtsstandort Deutschland im Wettbewerb, 2017, S. 112 f.

⁵⁹ Gesetz v. 21.7.2012, BGBl 2012 I, S. 1577; vgl. auch BT-Drucks. 17/5335, S. 11.

⁶⁰ ABl. L 165, 63.

stärken.⁶¹ Dabei führt die außergerichtliche Streitbeilegung im Rahmen eines Mediationsverfahrens oder eines sonstigen Verfahrens der außergerichtlichen Streitbeilegung ebenfalls zur „Umgehung“ des gerichtlichen Systems der Rechtsdurchsetzung. Es wäre absurd und mit dem geltenden Recht offensichtlich unvereinbar, diese Verfahren wegen Verstoßes gegen das Rechtsdurchsetzungssystem der ZPO für unzulässig zu erklären.

Somit zeigt sich, dass das gerichtliche System der Rechtsdurchsetzung von Gesetzes wegen lediglich als *Option* ausgestaltet ist und von Bürgern und Unternehmen auch als solche behandelt wird. Die gerichtliche Rechtsdurchsetzung ist keine gesetzliche Vorgabe, und sie kommt in der Praxis auch nur vergleichsweise selten vor. Sie ist die *ultima ratio* für diejenigen Streitigkeiten, die sich nicht auf außergerichtlichem Wege klären lassen und bei denen der Ertrag den notwendigen Aufwand lohnt. Das trifft auf einen winzigen Teil der tatsächlich existierenden Ansprüche und Streitigkeiten zu.

Auf diesen Zustand ist das Justizsystem in Deutschland eingestellt. Es ist so dimensioniert, dass nur eine vergleichsweise kleine Zahl von Streitigkeiten erledigt werden kann. Würden sämtliche Ansprüche, um die in Wirtschaft und Gesellschaft gestritten wird, vor Gericht landen, würde das deutsche Justizwesen augenblicklich wegen Überlastung zusammenbrechen. Ganz zu schweigen von dem Szenario, dass selbst unbestrittene Ansprüche nicht freiwillig erfüllt werden dürften, sondern jeweils einer gerichtlichen Prüfung und Entscheidung zu unterziehen wären.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Die gerichtliche Rechtsdurchsetzung ist nicht Normalfall, sondern das letzte Mittel zur Durchsetzung einer relativ sehr kleinen Zahl von Ansprüchen. Dem entspricht die normative Ausgestaltung des Streitbeilegungsrechts, die Praxis in Wirtschaft und Gesellschaft wie auch die Ausstattung der Gerichte.

6. Sicherung der Vertragsgerechtigkeit

Die grundsätzliche Zulässigkeit vertraglicher Dispositionen über prozessuale Befugnisse bedeutet nicht, dass jedwede Vereinbarung dieser Art zulässig wäre. Vielmehr gelten die allgemeinen Schranken der Vertragsinhaltsfreiheit, wie sie in § 138 Abs. 1 BGB und für allgemeine Geschäftsbedingungen in den §§ 305 ff. BGB niedergelegt sind, unverkürzt auch für Prozessverträge, mit denen über prozessuale Befugnisse disponiert wird.⁶² Sofern also eine ver-

⁶¹ Art. 1 sowie Erwägungsgründe 4–15 der Richtlinie; dazu eingehend *Wagner*, 51 C.M.L. Rev. 165 (2014).

⁶² BGHZ 92, 13, 15 ff.; BGHZ 101, 271; BGHZ 115, 324; BGHZ 99, 274, 284 f.; *Wagner*, Prozessverträge, 1998, S. 125 ff. mwNachw.

tragliche Gestaltung, die der Verwender der Klausel gewählt hat, die Gegenpartei iSd § 307 Abs. 1 BGB unangemessen benachteiligt, ist sie gemäß § 306 Abs. 1 BGB unwirksam. Für den dilatorischen Klageverzicht zur Ermöglichung von Schlichtungs- oder Mediationsvereinbarungen ist dies in § 309 Nr. 14 BGB sogar gesetzlich geregelt. Für Klauseln sonstigen Inhalts, mit denen die gerichtliche Auseinandersetzung oder die Streitbeilegung im Übrigen geregelt wird, gilt nichts anderes.

V. Zulässigkeit und Grenzen automatisierter Rechtsdurchsetzung

1. Ein Rechtsrahmen für Smart Contracts

a) Einbettung in das geltende Recht

Die Rede von der Selbstexekution von Ansprüchen durch Smart Contracts ist nicht falsch, aber zu alarmistisch. Die von manchen Digitalisierungsfanatikern gehegte Vorstellung, Smart Contracts seien außerhalb der Rechtsordnung angesiedelt bzw. unterlägen überhaupt keinem staatlichen Recht, ist natürlich falsch.⁶³ Verträge unterliegen dem geltenden Recht unabhängig davon, ob sie „smart“ sind oder nicht. Den Parteien steht es nicht frei, ihren Vertrag durch Vereinbarung dem Zugriff der Rechtsordnung zu entziehen. Wenn dies bisher nicht immer so deutlich gesagt wurde, dann deshalb, weil es selbstverständlich ist. Allein das internationale Privatrecht sieht sich seit jeher mit Versuchen der Parteien konfrontiert, die Geltung des innerstaatlichen Rechts abzubedingen und so den Begrenzungen des einheimischen Rechts zu entkommen. Ausweislich von Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO ist eine Abwahl des innerstaatlichen Rechts jedoch für Binnentransaktionen nicht möglich bzw. nicht dazu geeignet, die Anwendung des *ius cogens* zu verhindern. Für zwingendes Unionsrecht gilt Entsprechendes gemäß Art. 3 Abs. 4 Rom I-VO. Das Inlandsrecht, einschließlich der unionalen Regeln, bleibt „Einbettungsstatut“, in das sich der Vertrag einfügen muss.⁶⁴ Dem vermögen auch Smart Contracts nicht zu entfliehen.

Besteht ein Vertrag allein aus Software, so ist die „Computersprache“ in menschliche Sprache zu „übersetzen“.⁶⁵ Elemente des Computerprogramms,

⁶³ Vgl. Kuntz AcP 220 (2020), 51, 80 f.

⁶⁴ Statt aller Martiny in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2021, Art. 3 Rom I-VO Rn. 85; Spickhoff in: BeckOK-BGB, Art. 3 Rom I-VO Rn. 35.

⁶⁵ Kaulartz/Heckmann CR 2016, 618, 622; Fries AnwBl. 2018, 86, 87; Paulus/Matzke ZfPW 2018, 431, 448; Riehm in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 85, 87; vgl. auch Kuntz AcP 220 (2020), 1, 51, 81 ff.; differenzierend Heckelmann NJW 2018, 504, 506 ff.

die eine Leistung automatisch bewirken oder erzwingen, sind als Vertragsklauseln zu interpretieren, die entsprechende Leistungspflichten begründen. Als vorformulierte und massenhaft eingesetzte Vertragsklauseln unterliegen sie insbesondere den Grenzen, die das geltende Recht allgemeinen Geschäftsbedingungen zieht (§§ 305 ff. BGB).⁶⁶

b) Reversibilität softwareinduzierter Leistungen

Aus diesen Prämissen folgt, dass die Rechtsdurchsetzung durch Smart Contracts nur im Rahmen des geltenden Rechts zulässig ist. Werden durch die Vertragssoftware Ansprüche durchgesetzt, die nach Vertragsrecht nicht bestehen, ist das Erlangte zurück zu gewähren.⁶⁷ Anspruchsgrundlage ist in aller Regel die Leistungskondition nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Wird der Rückgewähranspruch von der Empfängerin der smarten Leistung nicht freiwillig erfüllt, steht es der Gegenpartei frei, die staatlichen Gerichte anzurufen. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass Ansprüche, die nach dem anwendbaren Recht nicht begründet sind, im Ergebnis auch nicht erfüllt werden. Die Rechtsordnung setzt sich somit am Ende gegen die Software durch. Das Motto „Code is Law“⁶⁸ gilt gerade nicht.

2. Umkehrung der Prozessführungslast

Smart Contracts bewirken eine Umkehrung der Parteirollen und der Prozessführungslasten. Während herkömmlich derjenige, der von seinem Vertragspartner eine Leistung zu beanspruchen hat oder zu beanspruchen können glaubt, im Fall der Nichterfüllung die Gerichte anrufen muss, liegt es bei Smart Contracts umgekehrt: Diejenige Partei, die per Software zur Erfüllung „gezwungen“ wurde, muss sich bei Gericht um die Rückabwicklung bemühen.

Soweit Smart Contracts in die gesetzliche Allokation der Prozessführungslast eingreifen und eine Selbsterfüllung vertraglicher Ansprüche ermöglichen, ohne von zwingenden Normen des Prozessrechts abzuweichen, sind sie grundsätzlich zulässig. Insbesondere begegnet es keinen fundamentalen Bedenken, wenn die Prozessführungslast umgekehrt und eine Selbstexekution ohne Einschaltung der Gerichte, ohne Erlangung eines Titels und unter

⁶⁶ *Kaulartz/Heckmann* CR 2016, 618, 622; *Schrey/Thalhofer* NJW 2017, 1431, 1436; *Fries* AnwBl. 2018, 86, 87 f.; *Möslein* ZBB 2018, 208, 218 f.; *Riehm* in: *Fries/Paal*, Smart Contracts, 2019, S. 85, 88.

⁶⁷ Vgl. *Schrey/Thalhofer* NJW 2017, 1431, 1436; *Paulus/Matzke* ZfPW 2018, 431, 460.

⁶⁸ *Lessig*, Code and Other Laws of Cyberspace, 1999.

Verzicht auf den staatlichen Zwangsvollstreckungsapparat ermöglicht wird. Transaktionen, die dies bewirken, sind genau genommen weder neu noch exceptionell. In der ZPO selbst ist ein solcher Fall geregelt, nämlich die notarielle Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, die ebenfalls zur Umkehrung der Parteirollen führt und die natürliche Schuldnerin in die Rolle zwingt, ggf. im Wege der Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO die Zwangsvollstreckung durch eigene Initiative abzuwenden, was voraussetzt, dass der in der Urkunde titulierte Anspruch nicht besteht (§ 797 Abs. 4 ZPO).⁶⁹

Vor dem Hintergrund des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO ließe sich argumentieren, die ZPO mache die gewillkürte Umkehrung der Parteirollen von der notariellen Beurkundung des Geschäfts abhängig. Dieser Gedanke führt in die Irre. Bei der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ist die notarielle Beurkundung erforderlich, weil wegen der Formalisierung des Vollstreckungsverfahrens und im Interesse der Rechtssicherheit ein Vollstreckungstitel kreiert werden muss. Diese Aufgabe kann die Rechtsordnung nicht den Parteien überlassen, weshalb in Gestalt des Notars ein rechtlich versierter Spezialist beteiligt wird.

Smart Contracts zielen nicht darauf, den staatlichen Zwangsvollstreckungsapparat ohne vorgängiges Urteil gegen die Schuldnerin in Gang zu setzen. Vielmehr wird der vertragliche Anspruch ggf. außergerichtlich durchgesetzt, etwa durch Ausführung einer Zahlung von einem Konto. Dafür bedarf es keines Vollstreckungstitels und schon deshalb auch keiner notariellen Beurkundung. An der Zulässigkeit außergerichtlicher Erfüllungshandlungen ist nicht zu zweifeln; sie sind nicht nur nicht suspekt, sie sind erwünscht. Schuldner dürfen und sollen die gegen sie gerichteten Ansprüche freiwillig erfüllen. Es trifft zu, dass die Erfüllung rechtlich nur dann geboten ist, wenn der zugrunde liegende Anspruch tatsächlich besteht. Dies mag bei einem Smart Contract in Ausnahmefällen nicht der Fall sein, doch es kann selbstverständlich auch bei freiwilliger Erfüllung eines Anspruchs aus einem analogen Vertrag vorkommen. Die Rechtsordnung stellt die notwendigen Instrumente für die Rückabwicklung der Vermögensverschiebung bereit (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB). Bei Ansprüchen aus Leistungskondiktion liegt die Prozessführungslast zwar umgekehrt als bei Ansprüchen auf Erfüllung vertraglicher Leistungspflichten, doch die Verschiebung der Prozessführungslast bei der Durchsetzung unwirksamer Vertragsklauseln ist kein Kennzeichen der Digitalisierung, sondern kommt genauso bei analogen Transaktionen vor, wenn Verträge erfüllt werden, die gegen die §§ 307 ff. BGB verstoßen.⁷⁰

⁶⁹ *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 13 Rn. 41.

⁷⁰ Dazu unten, 4.

Schließlich gewährleistet die Verbandsklage nach § 1 UKlaG einen Präventivschutz vor unangemessenen Vertragsklauseln, und sie vermeidet zugleich eine Umkehrung der Prozessführungslasten. Dieser Mechanismus steht selbstverständlich auch bei Smart Contracts zur Verfügung und sollte verhindern, dass es dauerhaft zu einer breitflächigen softwaregestützten Durchsetzung tatsächlich nicht bestehender Vertragspflichten kommt.⁷¹ Werden mit Hilfe von Computersoftware Leistungen erzwungen, die nicht durch eine wirksame vertragliche Verpflichtung gedeckt sind, lässt sich präventiver Rechtsschutz in gewissem Umfang über § 2 UKlaG gewährleisten.

3. Keine Umkehr der Beweislast

Darüber hinaus ist zu erwägen, die durch Smart Contracts *de facto* bewirkte Umkehrung der Beweislast für den Bestand des zu Unrecht erfüllten Anspruchs zu vermeiden. Wie erläutert, ist für den Bestand des geltend gemachten vertraglichen Leistungsanspruchs der Gläubiger beweisbelastet, während das Fehlen des Rechtsgrunds im Rahmen der Leistungskondition – trotz einiger Erleichterungen – von der Schuldnerin nachzuweisen ist.⁷² Genauso hat der BGH früher bei der vollstreckbaren Urkunde gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO entschieden. Inzwischen ist jedoch höchstrichterlich anerkannt, dass die Umkehrung der Parteirollen die Beweislast so lässt, wie sie nach materiellem Recht ist.⁷³ Die Schuldnerin, die sich gegen den in der Urkunde titulierten Anspruch mit der Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO zur Wehr setzt, muss also nicht nachweisen, dass der Anspruch nicht besteht oder nicht fällig ist, sondern der beklagte Titelgläubiger muss nachweisen, dass dies der Fall ist – soweit er nach materiellem Recht die Beweislast für die jeweiligen Voraussetzungen trägt. Es ist zu erwägen, die Rechtslage zu § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO auf Rückforderungsansprüche nach der Selbsterfüllung vertraglicher Leistungspflichten im Rahmen von Smart Contracts zu übertragen.

Der BGH hat die faktische Beweislastumkehr bei der Leistungskondition nie überzeugend begründet, sondern nur formelhaft auf die Normentheorie verwiesen, nach der jede Partei die Voraussetzungen der von ihr in Anspruch genommenen Tatbestände nachweisen muss, bei § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB also der Bereicherungsgläubiger.⁷⁴ Die Umkehr der Beweislast bei der Rück-

⁷¹ Vgl. oben, V. 1. a), Fn. 65.

⁷² Oben, III. 2., Fn. 27 ff.

⁷³ BGHZ 147, 203, 208 = NJW 2001, 2096; BGH NJW 2002, 138, 139; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 12. Aufl. 2010, § 13 Rn. 41; *Münch* NJW 1991, 795, 801 ff.; anders noch BGH NJW 1981, 2756 f.

⁷⁴ Oben, Fn. 29 f.

forderung lässt sich insbesondere nicht auf das Argument stützen, die Vertragsschuldnerin und Bereicherungsgläubigerin habe durch die Bewirkung der Leistung den Anschein für einen Rechtsgrund gesetzt, den sie nunmehr ausräumen müsse. Schließlich steht die Leistungskondition von vornherein nur zur Verfügung, wenn die Schuldnerin irrtümlich geleistet hat (§ 814 BGB), und aus einem Irrtum lässt sich nicht auf den Anschein schließen, die imaginierte Tatsache bestehe auch in Wirklichkeit. Die von der Rechtsprechung eingestandene Notwendigkeit, der Vertragsschuldnerin und Bereicherungsgläubigerin durch die Entwicklung sekundärer Darlegungslasten des Vertragsgläubigers und Bereicherungsschuldners entgegenzukommen,⁷⁵ belegt, dass mit der Grundregel etwas nicht stimmt.⁷⁶ Im Übrigen wendet der BGH die Beweislastumkehr gemäß § 477 BGB (§ 476 BGB aF) auch im Rahmen des § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB an. Verlangt die Käuferin also die Herausgabe von Zahlungen, die sie auf Reparaturrechnungen des Verkäufers erbracht hat, obwohl der Verkäufer gemäß §§ 434, 439 Abs. 1, 2 BGB zur kostenlosen Beseitigung des Mangels verpflichtet war, wird das Vorliegen eines die Nacherfüllungspflicht auslösenden Mangels gemäß § 477 BGB vermutet und der Verkäufer muss nachweisen, dass dennoch ein Rechtsgrund für die Zahlung bestand. In entsprechender Weise sollte bei Smart Contracts den Gläubiger die Beweislast dafür treffen, dass die durch die Software „erzwungene“ Leistung der Schuldnerin und Bereicherungsgläubigerin von einer wirksamen Leistungspflicht gedeckt war.

Mit der Maßgabe, dass im Rahmen der Leistungskondition der Rechtsgrund vom Vertragsgläubiger und Bereicherungsschuldner darzulegen und zu beweisen ist, bestehen keine Bedenken gegen die Selbsterfüllung von Vertragspflichten durch Smart Contracts.

4. Vereinbarung von Vorleistungspflichten

a) Normative Prämissen

Besondere Probleme stellen sich, wenn ein Smart Contract eine der Parteien zu einer Vorleistung „zwingt“, indem die Software beispielsweise eine Abbuchung ausführt, bevor die Gegenseite die ihr obliegende Leistung erbracht hat. Auf diese Weise wird das in § 320 BGB kodifizierte Zurückbehaltungsrecht bei synallagmatischen Leistungspflichten ausgehebelt. Die Vorschrift ist indessen nicht zwingenden Rechts, sondern *ius dispositivum*. Die

⁷⁵ Oben, Fn. 31.

⁷⁶ Die von der hM abweichende Meinung von *Halfmeier*, FS E. Schmidt, 2005, S. 119, 128 f., führt bei Smart Contracts nicht zu der hier vorgeschlagenen Lösung einer Beweislast des Bereicherungsschuldners.

Vereinbarung von Vorleistungspflichten ist von der Vertragsfreiheit gedeckt.⁷⁷ Vertragsklauseln, die Vorleistungspflichten begründen, sind in der Praxis weithin üblich und ein wichtiger Gegenstand der Kautelarjurisprudenz.⁷⁸ Sog. Nachnahme-Klauseln und Akkreditive sind einschlägige Beispiele. Folglich sind Vertragsklauseln, die die von § 320 BGB vorgesehene Erfüllung Zug-um-Zug ausschließen und Vorleistungspflichten begründen, grundsätzlich auch in Smart Contracts wirksam. Nur dort, wo das geltende Vertragsrecht der Vereinbarung einer Vorleistungspflicht entgegensteht, lässt sich dieses Verbot auch nicht mit Hilfe selbsterfüllender Verträge überwinden.

b) Inhaltskontrolle von Vorleistungsklauseln

Das deutsche Vertragsrecht schränkt die Vertragsfreiheit indessen nicht nur durch zwingendes Recht ein, sondern vor allem im Wege der Inhaltskontrolle vorformulierter Vertragsklauseln und allgemeiner Geschäftsbedingungen. Folglich unterliegen Smart Contracts, die eine Partei zu einer Vorleistungspflicht zwingen, der Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 305 ff. BGB.⁷⁹ Bei der Inhaltskontrolle von Vorschuss- und sonstigen Vorleistungsklauseln der analogen Welt wendet die Rechtsprechung nicht das spezielle Klauselverbot des § 309 Nr. 2 BGB an, sondern misst sie an der Generalklausel des § 307 BGB.⁸⁰ Zur Beurteilung der Frage, ob Vorleistungsklauseln, die vom gesetzlichen Leitbild des § 320 BGB abweichen (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB), die Gegnerin des Verwenders unangemessen benachteiligen, hat der BGH Maßstäbe entwickelt, die auf Smart Contracts übertragen werden können. Im Ausgangspunkt ist das Interesse des Verwenders an einer zeitnahen Entgeltzahlung genauso berechtigt wie das Interesse der Kundin daran, die Einrede des nichterfüllten Vertrags als Druckmittel zu behalten.⁸¹ Das Interesse des Verwenders an der Vorleistung der Kundin setzt sich insbesondere dann durch, wenn sein eigener Leistungsaufwand zum großen Teil schon beim Abschluss des Vertrages oder jedenfalls vor dem eigentlichen Leistungsaustausch⁸² anfällt und nicht in kontinuierlichen Raten während der Vertragslaufzeit.⁸³ Die Vereinbarung einer Vorleistungspflicht ist ferner dann wirksam, wenn die Abwicklung des Vertrags Zug-um-Zug nicht praktikabel wäre, wie beispiels-

⁷⁷ *Emmerich* in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2019, § 320 Rn. 22.

⁷⁸ *Emmerich* in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2019, § 320 Rn. 23.

⁷⁹ Vgl. oben, Fn. 66.

⁸⁰ BGHZ 184, 345 Rn. 9 ff.; BGHZ 203, 335 Rn. 16 ff.; BGHZ 209, 20 Rn. 11 ff.

⁸¹ BGHZ 184, 345 Rn. 30; vgl. auch BGHZ 209, 20 Rn. 23.

⁸² BGHZ 203, 335 Rn. 23.

⁸³ BGHZ 184, 345 Rn. 29, 33.

weise bei bestimmten Reiseleistungen.⁸⁴ Als berechtigt anerkannt ist auch das Interesse des Verwenders, durch die Vorleistung der Kundin ein belastbares Indiz für deren Leistungsfähigkeit und -willigkeit zu erlangen.⁸⁵ Bei alledem berücksichtigt der BGH auch, ob das Insolvenzrisiko des Klauselverwenders auf die Kundin überwältigt wird und ob der Verwender trotz der Vorleistung ausreichende Anreize hat, die ihm seinerseits obliegenden Leistungspflichten zu erfüllen.⁸⁶

c) Vorleistungen durch Smart Contracts

Die weiteren Details der Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Vorleistungspflichten brauchen hier nicht zu interessieren. Im Grundsatz ist die Begründung von Vorleistungspflichten der Kundin zulässig und wirksam, wenn auch innerhalb gewisser Grenzen. Bei der Konkretisierung dieser Grenzen berücksichtigt der BGH mehrere Gesichtspunkte, nämlich ob eine Abwicklung Zug-um-Zug praktikabel ist, ob die Vorleistung die Erfüllungsanreize des Verwenders unterminiert und ob sie Insolvenzrisiken auf die Kundin verlagert. Nach diesen Maßstäben dürfte der automatisierte Leistungsaustausch im Rahmen von Smart Contracts in aller Regel unbedenklich sein. Bei Verträgen in Gestalt von Software-Code, bei denen das Programm auch die Erfüllung der wechselseitigen Leistungspflichten steuert, geht es gerade darum, die Zug-um-Zug-Abwicklung in den Code „einzubauen“. Beispielsweise wird der von der Kundin geschuldete Betrag automatisch von deren Konto eingezogen, sobald sie die Ware erhalten und die Software diesen Vorgang registriert hat. Solche Gestaltungen benachteiligen die Kundin nicht unangemessen. Insbesondere werden weder die Erfüllungsanreize des Klauselverwenders unterminiert noch wird das Insolvenzrisiko des Verwenders auf die Kundin verlagert, wenn diese zeitgleich mit der „Abbuchung“ der eigenen Leistung oder sogar kurz zuvor die Gegenleistung erhält. Hingegen dürften die Grenzen des § 307 BGB überschritten sein, wenn die Software Leistungen der Kundin „erzwingt“, denen keine kontemporäre Gegenleistung des Verwenders gegenübersteht oder wenn Kundengelder als Vorschuss eingezogen werden, ohne dass dafür ein legitimer Grund im Sinne der eben geschilderten Rechtsprechung besteht.

Gegen die Heranziehung der rechtlichen Maßstäbe zur Beurteilung von vertraglich begründeten Vorleistungspflichten ließe sich einwenden, Smart Contracts würden solche Pflichten nicht bloß *begründen*, sondern auch

⁸⁴ BGHZ 203, 335 Rn. 24; BGHZ 209, 20 Rn. 26.

⁸⁵ BGHZ 203, 335 Rn. 26.

⁸⁶ BGHZ 209, 20 Rn. 27 ff.

durchsetzen. Tatsächlich ist die automatische Erfüllung der Vertragspflichten gerade das Charakteristikum, das Smart Contracts von Verträgen der analogen Welt unterscheidet. Diese zusätzliche Eigenschaft genügt jedoch nicht, um selbsterfüllende Leistungsversprechen in den Bereich der unangemessenen Benachteiligung zu rücken. Jedenfalls hat die Kundin kein berechtigtes Interesse daran, die Gegenleistung zu vereinnahmen, aber die eigene Leistung zurückzuhalten, bis der Vertragspartner im gerichtlichen Erkenntnisverfahren einen Titel erstritten hat und im Wege der Zwangsvollstreckung gegen die Kundin vorgehen kann.

Schließlich lässt sich eine unangemessene Benachteiligung der Kundin auch nicht gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB mit der Erwägung begründen, die Durchsetzung von Ansprüchen mit Hilfe von Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren stelle das gesetzliche Leitbild dar, von dem die Selbsterfüllung durch Smart Contracts abweiche. Wäre die gerichtliche Durchsetzung von Leistungspflichten gesetzliches Leitbild, wäre selbst die freiwillige Erfüllung suspekt und die in der Praxis vielfach geübte Praxis des „Ware gegen Geld“ wäre rechtswidrig.

Tatsächlich kommt dem Prinzip der „Vollstreckung nach Erkenntnisverfahren“ keine Leitbildfunktion zu.⁸⁷ Vielmehr ist es dem geltenden Recht umgekehrt darum zu tun, die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern und auf diese Weise Rechtsstreitigkeiten von den Gerichten fernzuhalten.⁸⁸ Die ZPO selbst lässt die Zwangsvollstreckung ohne vorheriges Urteil, allein aufgrund einer notariell beurkundeten Unterwerfungserklärung der Schuldnerin zu (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Der BGH unterzieht auch Unterwerfungserklärungen gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB, geht dabei aber von der Prämisse aus, dass die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung keine unangemessene Benachteiligung der Schuldnerin darstellt, sondern wirksam ist.⁸⁹ Zu beanstanden sind nur solche Klauseln, die dem Gläubiger den Zugriff auf das Vermögen der Schuldnerin ohne Rücksicht darauf erlauben, ob er die ihm seinerseits obliegende Leistung erbracht hat.⁹⁰ Auch bei der Inhaltskontrolle von Unterwer-

⁸⁷ BGHZ 99, 274, 283; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 13 Rn. 42; ausführlich *Wagner*, Prozessverträge, 1998, S. 142 ff., 153 ff.; vgl. auch oben, IV.

⁸⁸ Vgl. oben, Fn. 59.

⁸⁹ Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 99, 274, 282 f.; vgl. weiter BGHZ 114, 9, 13; *Wagner*, Prozessverträge, 1998, S. 131 ff., S. 128 Fn. 344; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 13 Rn. 42 ff.; scharf ablehnend *Wolfsteiner* in: MünchKommZPO, 6. Aufl. 2020, § 794 Rn. 140.

⁹⁰ BGH NJW 2002, 138, 139 f.; kritisch *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 13 Rn. 43.

fungserklärungen kommt es also maßgeblich darauf an, ob mit dieser Gestaltung die Anreize des Verwenders zur Vertragserfüllung, also zur Erbringung der von diesem geschuldeten Leistungen unterminiert werden. Ist das nicht der Fall, kommt es auch nicht zu einer Überwälzung wesentlicher Insolvenzrisiken auf die Schuldnerin. Nichts anderes gilt auch für Smart Contracts und führt dazu, dass dem automatisierten Austausch der beiderseitig geschuldeten Leistungen rechtlich nichts im Wege steht.

VI. Digitale Nutzungsbeschränkungen bei Mietsachen

1. Digitale Sperren bei Mietsachen

Besondere rechtliche Probleme stellen sich, wenn mit Hilfe einer Software die Nutzung von Sachen unmöglich gemacht wird, etwa durch sog. Smart Locks oder Smart Meters. In der Literatur diskutierte Beispiele sind der Verschluss einer Mietwohnung durch ein elektronisches Schloss bei Nichtzahlung des Mietzinses, derselbe Vorgang bei einem Hotelzimmer nach Ablauf der Buchungszeit, die Sperrung der Versorgung einer Wohnung mit Strom, Wasser oder Gas durch den Vermieter oder das Versorgungsunternehmen und die Wegfahrsperrung bei einem Mietwagen.⁹¹

a) Kein staatliches Rechtsschutzmonopol

Bei der Wohnungsmiete ist die Anspruchsdurchsetzung mit digitalen Mitteln besonders prekär, weil die außergerichtliche Streitbeilegung nicht unbeschränkt zulässig ist. Gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO dürfen vollstreckbare Urkunden nicht über Ansprüche errichtet werden, die den Bestand eines Mietverhältnisses über Wohnraum betreffen. Auch Schiedsvereinbarungen, mit denen solche Streitigkeiten den staatlichen Gerichten entzogen werden, sind unwirksam (§ 1030 Abs. 2 ZPO).

Diese Restriktionen beseitigen allerdings nicht die Dispositionsfreiheit der Parteien über bestehende Ansprüche und Rechtsverhältnisse. Weder sind Ansprüche aus Wohnungsmietverträgen unverzichtbar noch ist der Mieter zur Durchsetzung seiner Rechte verpflichtet.⁹² So können sich Mieter und Vermieter einer Wohnung ohne weiteres im Vergleichswege auf die Aufhebung des Mietvertrags, die Räumung der Wohnung, oder die Erhöhung der Miete

⁹¹ *Riehm* in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 85, 86; *Kuschel* AcP 220 (2020), 98, 99 f.

⁹² Eingehend *Wagner*, Prozessverträge, 1998, S. 106 ff.

einigen. Ein Rechtsschutzmonopol nimmt der Staat also auch bei der Wohnungsmiete nicht für sich bzw. seine Gerichte in Anspruch.

b) Schuldrechtliche Beurteilung

Im Unterschied zu den bei Smart Contracts erörterten Fällen werden mit „smarten“ Vorkehrungen dieser Art keine Vorleistungsansprüche durchgesetzt, sondern die Vorleistung durch den einen Vertragsteil, etwa den Vermieter, gerade vermieden. Soweit der Vermieter nicht zur Vorleistung verpflichtet ist, stellt es keine Pflichtverletzung dar, wenn er seine Leistung an die Mieterin zurückhält. Eine echte Vorleistungspflicht des Vermieters besteht weder bei der Miete von Wohn- oder Geschäftsräumen – hier ist der Mietzins gemäß § 556b Abs. 1 BGB nach Zeitabschnitten im Voraus zu entrichten⁹³ – noch bei der Fahrnis- und Grundstücksrente, für die § 579 Abs. 1 BGB zwar eine Vorleistungspflicht des Vermieters anordnet, diese aber nicht zwingend ausgestaltet.⁹⁴ Wie soeben dargelegt, ist die vertragliche Begründung von Vorleistungspflichten in den Grenzen des § 307 BGB zulässig. Dies gilt auch für die Umkehrung gesetzlicher Vorleistungspflichten, soweit die gesetzliche Regelung dispositiv ist. Hingegen liegt eine unangemessene Benachteiligung vor, wenn sich ein Vermieter Forderungen Dritter abtreten lässt, um seine Zugriffsmöglichkeit auf die Sache zur Durchsetzung dieser Forderungen zu nutzen.⁹⁵

Darüber hinaus ist der Vermieter jedenfalls nach wirksamer Beendigung des Mietverhältnisses selbstverständlich nicht (mehr) dazu verpflichtet, der Mieterin den Gebrauch einzuräumen. Dies gilt unabhängig davon, ob das Mietverhältnis durch Zeitablauf oder durch Kündigung beendet wurde (§ 542 BGB). Mit Beendigung des Mietverhältnisses entsteht ein vertraglicher Anspruch auf Rückgewähr der Mietsache (§ 546 BGB), der ggf. neben den eigentumsrechtlichen Herausgabeanspruch aus § 985 BGB tritt.

c) Sachenrechtliche Beurteilung: Digitale Eigenmacht

Gleichwohl bestehen Bedenken gegen die Sperre von Mietsachen nach Ende der Mietzeit oder Kündigung des Mietverhältnisses. Sie wurzeln im Sachenrecht. In der Literatur wird geltend gemacht, digitale Sperren, die die Weiternutzung der Mietsache unmöglich machten, stellten verbotene Eigen-

⁹³ BT-Drucks. 14/4553, S. 52; zu der umstrittenen Frage, ob die Verpflichtung des Mieters zur Vorauszahlung des Mietzinses einer Vorleistungspflicht gleichkommt, verneinend Artz in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 556b Rn. 10.

⁹⁴ BT-Drucks. 14/4553, S. 74; Artz in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 579 Rn. 3.

⁹⁵ Beispiel von Kuschel AcP 220 (2020), 98, 103.

macht iSd § 858 BGB dar, gegen die sich die Mieterin mit Gewalt zur Wehr setzen dürfe (§ 859 BGB).⁹⁶ Überdies stehe der Mieterin der possessorsche Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes zu (§ 861 Abs. 1 BGB), gegen den sich der Vermieter gemäß § 861 Abs. 2 BGB nicht mit dem petitorischen Einwand verteidigen könne, der Mieterin-Besitzerin stehe kein Recht zum Besitz zu. Schließlich bestehen auch die Selbsthilferechte des § 859 BGB unabhängig davon, ob der Besitz berechtigt ist oder nicht. In dieser Perspektive werden die gesetzlichen Rechte zur Verteidigung des Besitzes unterlaufen, wenn „smarte“ Schlösser, Ventile oder Schalter den Besitzer am Gebrauch der Sache hindern.

Wie der Begriff der „digitalen Eigenmacht“⁹⁷ anmahnt, ist das Recht des Besitzes mit dem übrigen Privatrecht so fortzubilden, dass es für digital geprägte Sachverhalte angemessene Lösungen bietet.⁹⁸ Ob der Vermieter den Zugang zur Mietwohnung dadurch vereitelt, dass er das Schloss austauscht, zusätzliche Schlösser oder sonstige Zugangshindernisse ein- oder anbaut oder ob er das einzig vorhandene digitale Schloss so umprogrammiert, dass die Mieterin es nicht mehr öffnen kann, darf keinen Unterschied machen.⁹⁹ Dies entspricht der Rechtsprechung des BGH, der verbotene Eigenmacht annimmt, „wenn der Zugang zu den Räumen erschwert oder vereitelt wird oder wenn in anderer Form in einer den Besitzer behindernden Weise auf die Mieträume eingewirkt wird“.¹⁰⁰ Für die rechtliche Beurteilung ist es ferner irrelevant, ob der Vermieter die Programmänderung selbst vornimmt oder ob ein Smart Contract dies erledigt, nachdem die Software festgestellt hat, dass die Zahlung des Mietzinses aussteht.¹⁰¹

2. Vorenthaltung von Versorgungsleistungen

a) Streitstand

Anders liegt es, wenn der Mieterin der Besitz der Sache nicht entzogen wird, jedoch die Nutzung derselben durch Vorenthaltung von Versorgungs- oder Zusatzleistungen vereitelt oder beeinträchtigt wird. Unabhängig von Smart Contracts und anderen Möglichkeiten der digitalen Technik hat der BGH in

⁹⁶ *Paulus/Matzke* CR 2017, 769, 776; *Riehm* in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 85, 89 ff.

⁹⁷ *Kuschel* AcP 220 (2020), 98.

⁹⁸ *Kuschel* AcP 220 (2020), 98, 116 ff.

⁹⁹ *Riehm* in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 85, 93; *Kuschel* AcP 220 (2020), 98, 120.

¹⁰⁰ BGHZ 180, 300 Rn. 26.

¹⁰¹ Im Ergebnis genauso *Paulus/Matzke* CR 2017, 769, 776 f.

diesen Fällen verbotene Eigenmacht abgelehnt. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt hatte der Vermieter eine Versorgungssperre angedroht, nachdem er den Gewerbemietvertrag durch Kündigung wirksam beendet, die Belieferung mit Heizwärme jedoch zunächst fortgesetzt hatte. Der BGH hielt den Vermieter bei dieser Sachlage schuldrechtlich nicht für verpflichtet, weiter auf eigene Kosten die Räume des Mieters zu heizen.¹⁰² Sachenrechtlich beeinträchtigte die Einstellung oder Unterbrechung von Versorgungsleistungen weder den Zugriff des Besitzers auf die Mieträume noch schränkte sie die Möglichkeit zur Nutzung ein, soweit sich diese aus dem bloßen Besitz ergebe.¹⁰³ Vor allem aber gewähre § 858 BGB Abwehrrechte und keine Leistungsansprüche.¹⁰⁴ Dabei stellte der XII. Zivilsenat ausdrücklich klar, dass die besitzrechtliche Beurteilung, dass keine verbotene Eigenmacht vorliege, von der vertragsrechtlichen Analyse unabhängig sei. Verbotene Eigenmacht wäre also selbst dann verneint worden, wenn es an einer wirksamen Kündigung des Mietvertrags gefehlt hätte oder wenn der Vermieter aus anderen Gründen schuldrechtlich zur Bereitstellung der Nebenleistungen verpflichtet gewesen wäre.¹⁰⁵

Für diese Entkoppelung der besitz- von der schuldrechtlichen Beurteilung ist der BGH in der Literatur kritisiert worden. Nach der Gegenauffassung ist eine Besitzstörung bei Unterbrechung der Versorgung mit Heizenergie und anderen Leistungen der Daseinsvorsorge stets zu bejahen,¹⁰⁶ während eine vermittelnde Auffassung verbotene Eigenmacht unter der weiteren Voraussetzung bejaht, dass der Vermieter zu diesen Leistungen verpflichtet war, was nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht (mehr) der Fall ist.¹⁰⁷ Ähnlich umstritten ist die Beurteilung der Absperrung von Versorgungsleitungen durch das zuständige Gas-, Elektrizitäts- oder Wasserversorgungsunternehmen.¹⁰⁸

b) Stellungnahme

In Übereinstimmung mit dem BGH muss Angelpunkt der Diskussion um die besitzrechtliche Würdigung von Versorgungssperren die Interpretation der Verbotsmaterie sein.¹⁰⁹ Verbotene Eigenmacht umfasst gemäß § 858 Abs. 1

¹⁰² BGHZ 180, 300 Rn. 13 ff.

¹⁰³ BGHZ 180, 300 Rn. 27.

¹⁰⁴ BGHZ 180, 300 Rn. 27.

¹⁰⁵ BGHZ 180, 300 Rn. 31.

¹⁰⁶ OLG Köln NJW-RR-2001, 301; *Gutzeit* in: Staudinger, BGB, 2018, § 858 Rn. 53 mwNachw.; für Smart Contracts auch *Paulus/Matzke* CR 2017, 769, 776 f.

¹⁰⁷ *Schäfer* in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 858 Rn. 6.

¹⁰⁸ Dazu *Gutzeit* in: Staudinger, BGB, 2018, § 858 Rn. 53 mwNachw.

¹⁰⁹ BGHZ 180, 300 Rn. 26.

BGB die Besitzentziehung und die Besitzstörung. Besitzentziehung ist der vollständige und dauernde Ausschluss des (vormaligen) Besitzers von der tatsächlichen Sachherrschaft über die jeweilige Sache.¹¹⁰ Daran fehlt es offensichtlich, wenn die Versorgung von Mieträumen mit Elektrizität, Gas oder Wasser unterbrochen wird. Als Besitzstörung werden herkömmlich alle übrigen Beeinträchtigungen des Besitzes definiert.¹¹¹ Diese Formulierung geht an der eigentlichen Frage vorbei, welche Störungen den Besitzer in seiner geschützten Position verletzen – und welche nicht. Der XII. Zivilsenat formuliert in seiner Entscheidung zur Unterbrechung von Versorgungsleitungen treffend, ein Eingriff liege nur vor, „wenn der Besitzer in dem Bestand seiner tatsächlichen Sachherrschaft beeinträchtigt wird“.¹¹² Dies bedarf der Konkretisierung.

Die aus dem Deliktsrecht wie auch der Grundrechtsdogmatik geläufige Kategorie des Schutzbereichs bezeichnet den Umfang einer Rechtsposition und ermöglicht es, Beeinträchtigungen eines Rechts als solche zu erkennen und auszuzeichnen.¹¹³ Die Begriffe der Besitzentziehung und der Besitzstörung sind offenkundig in Parallele zu den §§ 985, 1004 BGB gewählt, also den entsprechenden Kategorien des Eigentumsschutzes. Ungeachtet des Streits um die Funktion des Besitzschutzes als (bloße) Flankierung des Eigentumsschutzes¹¹⁴ kann der Schutz des Besitzers jedenfalls nicht weiterreichen als der Schutz des Eigentümers.¹¹⁵ Zwar kommen auch unrechtmäßige und deliktische Besitzer in den Genuss der §§ 858 ff. BGB, doch ein Dieb als Besitzer hat nicht mehr Rechte als der besitzende Eigentümer. Vielmehr genießt er Besitzschutz „wie ein Eigentümer“. Der Besitzschutz dient darüber hinaus auch der Bewahrung des Landfriedens sowie dem Schutz des Schwächeren vor dem „Recht des Stärkeren“, doch dies kann nicht dazu führen, seinen Zuweisungsgehalt gegenüber dem Eigentum auszuweiten. Folgerichtig genießt der Besitzer gegenüber „digitalen Eingriffen“ nicht mehr Rechte als der Eigentümer.¹¹⁶

¹¹⁰ BGH NJW 2008, 580 Rn. 12; *Gutzeit* in: Staudinger, BGB, 2018, § 858 Rn. 11; *Schäfer* in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 858 Rn. 4.

¹¹¹ BGH NJW 2008, 580 Rn. 12; *Gutzeit* in: Staudinger, BGB, 2018, § 858 Rn. 14; *Schäfer* in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 858 Rn. 5.

¹¹² BGHZ 180, 300 Rn. 26.

¹¹³ *Wagner* in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 65; ausführlich und weiterführend zur Unterscheidung zwischen Substanzrecht und Schutzrecht *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019, S. 47 ff., sowie zwischen Stammrecht und Rechtsfolgenrecht bei *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 173 ff.

¹¹⁴ Klassisch *Jhering* JherJB 9 (1868) 1, 44 ff.; eingehend *Gutzeit* in: Staudinger, BGB, 2018, Vor § 854 Rn. 15; *Kuschel* AcP 220 (2020), 98, 110.

¹¹⁵ BGH NJW 2015, 1174 Rn. 17.

¹¹⁶ Wohl aA *Kuschel* AcP 220 (2020), 98, 115 ff., 123.

Für den deliktischen Eigentumsschutz ist indessen anerkannt, dass die Unterbrechung von Versorgungsleitungen zu einem Grundstück ebenso wenig als Eigentumsverletzung am Grundstück zu qualifizieren ist wie das Versperren des Zugangs zu demselben.¹¹⁷ Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Eingriff in das Rechtsgut Eigentum nur gegeben bei Eingriffen in die Sachsubstanz sowie bei erheblichen Beeinträchtigungen der bestimmungsgemäßen Verwendung der Sache, sofern diese ihren Grund in einer unmittelbaren, rechtlichen oder tatsächlichen Einwirkung auf die Sache selbst haben.¹¹⁸ Treffender als das Kriterium der Einwirkung auf die Sache selbst ist die Differenzierung danach, ob der bestimmungsgemäße Gebrauch der Sache insgesamt unmöglich gemacht oder nur einzelne Nutzungsarten ausgeschlossen werden.¹¹⁹ Auf dieser Grundlage scheidet die Qualifikation der Unterbrechung von Versorgungsleistungen als Eigentumsverletzung aus, denn sie „beeinträchtigt weder den Zugriff des Besitzers auf die Mieträume, noch schränkt sie die sich aus dem bloßen Besitz ergebende Nutzungsmöglichkeit ein“.¹²⁰ Genauso wäre der Fall zu beurteilen, dass eine Maschine oder ein sonstiges technisches Gerät aus der Generation „Industrie 4.0“ nicht mehr mit Daten versorgt wird, die es für sein Funktionieren benötigt.

c) Sperren durch Versorgungsunternehmen

Diese Grundsätze gelten unterschiedslos für Versorgungssperren des Vermieters wie für Sperren, die von dem zuständigen Versorgungsunternehmen implementiert werden.¹²¹ Die einschlägigen Rechtsverordnungen zur Versorgungswirtschaft regeln übereinstimmend, dass Versorgungssperren wegen Zahlungsverzugs erst, aber immerhin, nach Ablauf einer Karenzzeit von vier Wochen verhängt werden dürfen (§ 24 Abs. 2 Niederspannungsanschlussverordnung – NAV; § 24 Abs. 2 Niederdruckanschlussverordnung Gas – NDAV). Eine Liefersperre ist aber nicht als Besitzstörung zu qualifizieren, unabhängig davon, ob sie vor oder nach Ablauf der Karenzzeit verhängt wird.¹²² Selbstverständlich hat die Kundin gegen eine zu Unrecht verhängte digitale Liefersperre dieselben Rechtsbehelfe, die sie gehabt hätte, wäre die Liefersperre ma-

¹¹⁷ BGH NJW 2015, 1174 Rn. 17 m. Bespr. *Picker* NJW 2015, 2304 = VersR 2015, 250 = JZ 2015, 680 m. Bespr. *Wagner*; *Wagner* in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 269 ff., 323.

¹¹⁸ BGH NJW 2015, 1174 Rn. 18 m. Bespr. *Picker* NJW 2015, 2304 = JZ 2015, 680 m. Bespr. *Wagner*.

¹¹⁹ *Wagner* in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 275 f.

¹²⁰ BGHZ 180, 300 Rn. 27; insoweit zustimmend *Kuschel* AcP 220 (2020), 98, 123 f.

¹²¹ So auch BGHZ 180, 300 Rn. 34.

¹²² BGHZ 180, 300 Rn. 34.

nuell oder mit Hilfe technischer Geräte implementiert worden. Ein darüber hinausgehender Schutz gegen die rechtmäßige Verhängung einer Liefersperre besteht nicht, denn die Durchsetzung tatsächlich bestehender Ansprüche mit digitalen Mitteln ist grundsätzlich erlaubt.

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass eine digitale Versorgungssperre implementiert werden kann, ohne das Grundstück oder die Wohnung der Leistungsempfängerin betreten zu müssen.¹²³ § 21 NAV gewährt dem Netzbetreiber ein entsprechendes (analoges) Betretungsrecht. Dessen Durchsetzung ist im Streitfall nur mit gerichtlicher Hilfe möglich, also mit einer Leistungsklage vor einem Zivilgericht. Scheinbar „umgeht“ die digitale Technik einen „Richtervorbehalt“, weil eine Klage des Versorgungsunternehmens gegen die Anschlussnutzerin nicht erforderlich ist, um die Versorgungssperre ins Werk zu setzen.¹²⁴ Da im Rechtsstaat Ansprüche bei Nichterfüllung grundsätzlich vor den staatlichen Gerichten eingeklagt werden müssen, ließe sich auf diese Weise die digitale Rechtsdurchsetzung insgesamt als Umgehung von Richtervorbehalten bzw. als „digitalisierte Zwangsvollstreckung“¹²⁵ brandmarken. Die außergerichtliche Durchsetzung tatsächlich bestehender Ansprüche stellt keine „Umgehung“ des Gerichtssystems dar. In Theorie und Praxis ist die gerichtliche Rechtsdurchsetzung nicht Regelfall, sondern Ausnahme.¹²⁶ Aus Normen nach Art des § 21 NAV lässt sich nicht herleiten, dass auch solche Versorgungssperren unzulässig sind, für deren Implementierung die nach Art. 13 GG grundrechtlich geschützte Sphäre der Stromkundin gar nicht betreten werden muss.

VII. Übermaß an Rechtsdurchsetzung?

1. Ausgangspunkt: Legalität und Legitimität digitaler Rechtsdurchsetzung

Nach den bisherigen Überlegungen steht fest, dass die außergerichtliche Durchsetzung tatsächlich bestehender Ansprüche mit Hilfe der Digitaltechnik keinen grundsätzlichen Bedenken begegnet. Das aus Erkenntnis- und Zwangsvollstreckungsverfahren bestehende judizielle Durchsetzungsregime ist *ultima ratio*, d.h. ein Angebot des Staates an diejenigen Parteien, die sich bei der Durchsetzung ihrer Rechte partout nicht anders zu helfen wissen. Die Durchsetzung schuldrechtlicher Ansprüche kann allerdings rückgängig ge-

¹²³ Dazu eingehend *Paulus/Matzke* NJW 2018, 1905.

¹²⁴ So *Paulus/Matzke* NJW 2018, 1905, 1909 f.

¹²⁵ Terminus von *Paulus/Matzke* CR 2017, 769, 776.

¹²⁶ Vgl. oben, IV. 5.

macht werden, wenn ein Rechtsgrund für die Vermögensverschiebung nicht besteht, weil sie nicht durch eine wirksame vertragliche Verpflichtung gedeckt ist. Zudem setzt das Sachenrecht dem Besitzentzug wie auch der Störung des Besitzes mit digitalen Mitteln Grenzen, die auch dann nicht überwunden werden können, wenn ein Anspruch auf das erzwungene Ergebnis besteht. Im Übrigen aber ist digitale Rechtsdurchsetzung legal und, insofern sie die Erfüllung tatsächlich bestehender Ansprüche bewirkt, auch legitim.

2. Eliminierung „brauchbarer Illegalität“

Ist die Digitalisierung kein Fluch für die Rechtsdurchsetzung, so doch möglicherweise für die Rechtssubjekte und damit für Wirtschaft und Gesellschaft. In der analogen Welt gewährleistet die Rechtsordnung Handlungsspielräume für Individuen und Organisationen einfach dadurch, dass nicht jede Verhaltensnorm strikt und gleichsam automatisch durchgesetzt wird. Der Einsatz selbstdurchsetzender Smart Contracts und von Rechtsdurchsetzungs-Algorithmen führt zu einer (nahezu) flächendeckenden und lückenlosen Rechtsdurchsetzung, die zuvor bestehende Spielräume für „illegales“ Verhalten verengt.

Diese Überlegungen erinnern an den von *Niklas Luhmann* geprägten Begriff der „brauchbaren Illegalität“. *Luhmann* verstand darunter allerdings nicht bloß illegales Verhalten, das unentdeckt bleibt oder toleriert wird, sondern bezog die Grauzone zwischen legalem und illegalem Handeln ebenso ein wie den Verstoß gegen soziale Normen und das (korrekte) Handeln aufgrund unerlaubter Motive, kurzum Fälle, die „möglicherweise durch gute Juristen zu retten wäre[n]“. ¹²⁷ Immerhin war *Luhmann* auch für flagrant illegales Verhalten der Meinung, dass jedes soziale System ein gewisses Maß von Normabweichung praktizieren muss, um funktionsfähig zu sein, nämlich in einer für das System unkontrollierbaren Umwelt zu operieren. ¹²⁸ In dieser Perspektive sind Normabweichungen nicht nur unvermeidlich, sondern erwünscht und darüber hinaus notwendig, damit Organisationen und Individuen ihren Aufgaben nachkommen können. Genau dieser Zusammenhang erklärt, warum die Ankündigung von „Dienst nach Vorschrift“ nicht als Versprechen, sondern als Drohung aufgefasst wird. ¹²⁹ Der gesunde Menschenverstand scheint immer schon zu wissen, dass es weder möglich noch wünschenswert ist, in jeder Situation sämtliche Regeln und Verhaltensanforderungen zu erfüllen. Mit

¹²⁷ *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 3. Aufl. 1976, S. 304.

¹²⁸ *Luhmann*, Funktionen und Folgen formaler Organisation, 3. Aufl. 1976, S. 304 f.

¹²⁹ *Kühl*, Brauchbare Illegalität, 2020, S. 11.

der Digitalisierung der Rechtsdurchsetzung kommt der nur versteckt vorhandene, aber durchaus institutionell verankerte Spielraum der Rechtssubjekte bei der Einhaltung von Normen unter Druck und führt möglicherweise zu einer nur theoretisch attraktiven, praktisch aber strangulierenden und lähmenden Überregulierung. Wirtschaft und Gesellschaft scheinen auf brauchbare Illegalität angewiesen.

Tatsächlich ist bereits die Sorge geäußert worden, die Digitalisierung führe zu einem Übermaß an Rechtsdurchsetzung. Dem liegt die Prämisse zugrunde, das Recht im Sinne eines *law in action* ergebe sich aus der „Multiplikation“ der materiell-rechtlichen Rechte und Pflichten mit der Wahrscheinlichkeit ihrer Durchsetzung.¹³⁰ Werde die Durchsetzung mit Hilfe der Digitaltechnik verbessert, wachse bei gleicher Rechtslage das „Produkt“ im Sinne des praktisch verwirklichten Rechts. Damit drohe *overenforcement*, also ein Zuviel an „Recht“.¹³¹ Trete ein solcher Zustand der übermäßigen Rechtsdurchsetzung ein, müsse die Rechtsordnung reagieren und das Produkt aus materiellem Recht und Durchsetzung auf den Idealzustand absenken. Dies könne auf zwei Wegen geschehen, nämlich einmal durch Einschränkung der Rechtsdurchsetzung oder durch Einschränkung des materiellen Rechts, im Haftungsrecht etwa durch Absenkung des Schutzniveaus.¹³²

3. Optimale Rechtsdurchsetzung

a) Die Perspektive des Normadressaten

Die These, das Recht ergebe sich aus der „Multiplikation“ des materiellen Rechts und seiner Durchsetzung, wählt den richtigen Ausgangspunkt. Die Metapher vom Recht als Produkt aus materiellem Recht und Durchsetzung ist aus der Perspektive des Normadressaten, im Kontext des Haftungsrechts also aus Sicht des Schädigers formuliert. Tatsächlich kommt es für die Frage, ob der Normadressat sich wie rechtlich geboten verhalten wird, entscheidend darauf an, welche Handlungsoptionen für ihn verfügbar sind und welche Ergebnisse sich bei Wahl der einen oder der anderen Option für ihn einstellen.

Angenommen, die Schädigerin hat nach materiellem Recht für einen Schaden von 500 einzustehen, doch der Geschädigte macht den Ersatzanspruch nicht geltend. Dann ist ihre Lage genauso, als gäbe es die Haftungsregel nicht oder als wäre durch ihr Verhalten kein ersatzfähiger Schaden verursacht worden. Antizipiert die Schädigerin den Leerlauf der Haftung bevor sie die Wahl zwischen Verhaltensoptionen trifft, hat sie keinerlei finanziellen Anreiz, sich um Schadensvermeidung zu bemühen.

¹³⁰ Hofmann in Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 125, 130 ff.

¹³¹ Hofmann in Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 125, 140.

¹³² Hofmann in Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 125, 140.

Es wird nur selten vorkommen, dass die Durchsetzung flächendeckend unterbleibt, die Durchsetzungswahrscheinlichkeit also null beträgt. Ist sie größer als null, aber kleiner als eins, liegt sie beispielsweise bei 0,5, ergibt sich bei einem Schaden von 500 ein Erwartungswert von 250. In diesem Szenario hat die Schädigerin kein Interesse daran, ihren Sorgfaltsaufwand zur Vermeidung des Schadens (von 500) über eine Kostenschwelle von 250 auszudehnen, denn jenseits dieser Marke ist es für sie finanziell günstiger, die gegen sie erwartungsgemäß geltend gemachten Schadensersatzansprüche zu erfüllen.

Das so bestimmte Produkt aus dem materiell-rechtlichen Anspruch und der Durchsetzungswahrscheinlichkeit ergibt also den Betrag, der bei der Schädigerin „ankommt“ und an dem sie das Maß ihrer Sorgfaltsanstrengungen orientieren wird.¹³³

b) Keine Übermaßdurchsetzung

Theoretisch kann die Durchsetzungswahrscheinlichkeit über oder unter eins liegen. Eine Durchsetzungswahrscheinlichkeit, die größer ist als 100 %, wird in der Realität jedoch kaum vorkommen. Übermäßige Rechtsdurchsetzung im Sinne einer Durchsetzungswahrscheinlichkeit größer eins setzt notwendig voraus, dass die Gerichte unbegründete Ansprüche zuerkennen, während sie begründete Ansprüche niemals oder jedenfalls in geringerer Zahl abweisen. Nur dann, wenn die Gerichte systematisch zum Nachteil der Beklagten entscheiden, liegt der Erwartungswert der Haftung für die Schädigerin über dem tatsächlich verursachten Schaden. Beträgt die Durchsetzungswahrscheinlichkeit also 120 %, bedeutet dies, dass von 120 durchgesetzten Ansprüchen nur 100 begründet waren, die übrigen 20 hingegen nicht. Mit anderen Worten ist ein Sechstel oder 16,666 % der durchgesetzten Ansprüche nicht begründet. Arbeiten die Gerichte einigermaßen zuverlässig in dem Sinne, dass sie nicht systematisch zu Lasten von Beklagten entscheiden, kann eine Übermaßdurchsetzung in dem eben beschriebenen Sinne nicht eintreten.

c) Das optimale Maß

Die eigentliche Gefahr für die Normbefolgung ist daher nicht *overenforcement*, sondern *underenforcement*. Der erwünschte Anreiz zur Befolgung der Norm bzw. – bei strikter Haftung – zu schadensvermeidendem Verhalten stellt sich nur ein, wenn die Norm auch perfekt durchgesetzt wird. Die ökonomischen Modelle zur Verhaltenssteuerung durch Recht wie auch die konkreten Schlussfolgerungen der Rechtsökonomie zu einzelnen rechtlichen Normen wie Vertragsbruch, Erfüllungszwang, Fahrlässigkeit, Gefährdungs-

¹³³ Vgl. die vorherige Anmerkung.

haftung, gehen deshalb sämtlich von der Prämisse aus, dass die Rechtsdurchsetzung perfekt funktioniert, die Durchsetzungswahrscheinlichkeit also gleich eins ist.¹³⁴ Dies wird zwar nicht immer ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber mit aller Klarheit daraus, dass in den Modellen mit Größen „gerechnet“ wird, die nicht um die Durchsetzungswahrscheinlichkeit diskontiert sind. Wenn beispielsweise gesagt wird, bei einem Schaden von 500 habe die Schädigerin bei strikter Haftung einen Anreiz, ihren Vermeidungsaufwand bis zur Grenze von 499 auszudehnen, dann ist dies so zu verstehen, dass der Geschädigte, träte der Schaden ein, mit Sicherheit Ersatz verlangen würde und dieses Begehren auch Erfolg hätte. Betrüge nämlich die Durchsetzungswahrscheinlichkeit nur 90 %, würde die Schädigerin den Vermeidungsaufwand bloß auf maximal 449 steigern.

Trotz der Abhängigkeit des Anreizes zu normkonformem Verhalten von der Durchsetzungswahrscheinlichkeit ist die Herstellung perfekter Rechtsdurchsetzung aus ökonomischer Sicht nicht geboten. Der Grund dafür liegt darin, dass Rechtsdurchsetzung ihrerseits Kosten verursacht. Für die Durchsetzung strafrechtlicher Normen bedarf es eines kostspieligen Apparats aus Polizei, Staatsanwaltschaften, Gerichten und Verteidigern. Zivilrechtliche Verhaltensvorgaben werden mitunter durch negatorische Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, in der Regel jedoch *ex post* durchgesetzt, nachdem es bereits zu einem Schaden gekommen ist. Die dabei eingeschalteten Rechtsanwälte, Versicherungen und Zivilgerichte, verursachen ebenfalls erhebliche Kosten. Wie bereits *Calabresi* in seinem grundlegenden Werk über die Optimierung der „Kosten von Unfällen“ erkannte, sind Kosten, die durch erhöhte Investitionen in die Rechtsdurchsetzung verursacht werden, nur gerechtfertigt, wenn und soweit sie durch einen entsprechenden Nutzen in Gestalt niedrigerer Sorgfalts- und Schadenskosten (und Risikotragungskosten) aufgewogen werden.¹³⁵ Kennzeichen der analogen Welt ist somit ein erhebliches *underenforcement*. Diese Ausgangslage ist im Auge zu behalten, wenn Verbesserungen der Rechtsdurchsetzung durch Einsatz digitaler Techniken beurteilt werden.

¹³⁴ *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags, Bd. I, 2006, S. A 98; eingehend *Polinsky/Shavell*, 111 Harv. L. Rev. 869, 887 ff. (1998); *Cooter*, 40 Ala. L. Rev. 1143, 1149 ff. (1989); *Shavell*, Foundations of Economic Analysis of Law, 2004, S. 474 ff.

¹³⁵ *Calabresi*, The Costs of Accidents, S. 28 f.; *Cooter/Ulen*, Law and Economics, 6. Aufl. 2014, S. 378 ff.

d) Rechtsdurchsetzung mit digitalen Mitteln

Die Digitalisierung ändert an dem normativen Ziel der Optimierung von Kosten und Nutzen der Rechtsdurchsetzung nichts, doch sie beeinflusst massiv die Kostenseite. Es ist unmöglich, hinter jedem Auto eine Polizeistreife hinterherfahren zu lassen, aber es kostet praktisch nichts, das Fahrverhalten einer Person durch Auslesen der aus technischen Gründen ohnehin mitgeführten *black box* zu verifizieren und Verkehrsverstöße zu sanktionieren (vgl. § 63a Abs. 2 StVG). Entsprechende Versicherungsprodukte, sog. *Black-box-Haftpflichtversicherungen*, werden bereits angeboten.¹³⁶ Für Smart Contracts ist es kennzeichnend, dass die vertraglich übernommenen Leistungspflichten „von selbst“, durch Softwarebefehle, durchgesetzt werden. Betragen die Durchsetzungskosten null oder nähern sie sich diesem Wert, ist eine Kosten/Nutzen-Abwägung zwischen dem Aufwand und dem Ertrag verbesserter Rechtsdurchsetzung nicht mehr nötig. Kostenlose Rechtsdurchsetzung ist im ökonomischen Modell strikt effizient und daher wünschenswert – allerdings nur unter der Annahme, dass die Verhaltensnorm, um deren Durchsetzung es geht, ihrerseits effizient ist.

4. Kompensation von Durchsetzungsdefiziten durch überstrikte Normen?

a) Keine Evidenz für Übermaßhaftung

Es ist nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber Verhaltensnormen mehr oder weniger unbewusst übermäßig anspannt im Vertrauen darauf, sie würden ohnehin nicht zu hundert Prozent durchgesetzt und somit von der Schädigerin auch nicht eins zu eins umgesetzt.¹³⁷ Weiter ließe sich spekulieren, der BGH postuliere übermäßig strenge Pflichten in dem Bewusstsein, dass viele berechnete Ansprüche wegen Verletzung ebensolcher Pflichten nicht geltend gemacht und durchgesetzt werden. Tatsächlich sind die im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB entwickelten Verkehrspflichten dafür kritisiert worden, sie seien zu streng, weil sie von potentiellen Schädigern gar nicht erfüllt werden könnten.¹³⁸ Reiche anekdotische Evidenz für eine breitflächige Übermaßhaftung gibt es allerdings nicht.¹³⁹ Und im internationalen Vergleich erscheint das deutsche Haftungsrecht eher milde.

¹³⁶ <https://www.huk.de/fahrzeuge/ratgeber/autokauf/was-ist-telematik.html>.

¹³⁷ Zur Regelabweichung innerhalb von Organisationen *Kühl*, *Brauchbare Illegalität*, 2020.

¹³⁸ *Esser* JZ 1953, 129, 131 ff.; *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht II/2*, 13. Aufl. 1994, § 76 III 7. b), S. 427 ff.; *Jansen*, *Die Struktur des Haftungsrechts*, 2003, S. 1 ff.

¹³⁹ *Wagner* in: *MünchKommBGB*, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 28.

b) Durchsetzungsdefizit als Korrektur ungeeignet

Selbst wenn unterstellt wird, dass die vom Gesetzgeber aufgestellten oder von der Rechtsprechung postulierten Verhaltenspflichten über das Ziel hinausschießen, der Schädigerin also Unmögliches oder jedenfalls zu viel abverlangen, sind die Konsequenzen für die digitale Rechtsdurchsetzung alles andere als klar. Angenommen, die Durchsetzungswahrscheinlichkeit in einer bestimmten Nische des Haftungsrechts steigt durch den Einsatz digitaler Techniken von 40 % auf 90 %, dann ergäbe sich ein kritikwürdiger Zustand nur, wenn das aktuell bestehende Durchsetzungsdefizit vorzuziehen wäre, weil die Kosten der Rechtsdurchsetzung den Nutzen verbesserter Anstrengungen um Schadensvermeidung überwiegen. Angesichts der drastischen Kostensenkungen, die der Einsatz digitaler Techniken für die Rechtsdurchsetzung verspricht, ist dies ein fernliegendes Szenario.

Aber selbst wenn es sich so verhielte, dass das geltende Recht übermäßig strenge Anforderungen stellte, die nur deshalb hingenommen würden, weil die Normen relativ selten durchgesetzt werden, ist die Perpetuierung von Durchsetzungsdefiziten nicht die richtige Antwort. Die Größe der Durchsetzungslücke ist nämlich nicht auf das Maß der Überforderung abgestimmt.

Angenommen, die Gerichte setzen bei einer verschuldensunabhängigen Haftung den Schaden auf 700 fest, anstatt auf die richtigen 500, um damit die mangelnde Durchsetzung entsprechender Ersatzansprüche zu kompensieren. Es besteht also ein Übermaßhaftung im Umfang von 40 %. Nehmen wir weiter an, dass nur die Hälfte der Schadensersatzansprüche tatsächlich durchgesetzt wird, die Durchsetzungswahrscheinlichkeit also 50 % beträgt. Unter diesen Umständen hat die Haftung aus Sicht der Schädigerin einen Erwartungswert von 350, was bei einem Schaden von 500 viel zu wenig ist. Sollte das Haftungsübermaß das Durchsetzungsdefizit von $\frac{1}{2}$ exakt kompensieren, müsste der Multiplikator dem Kehrwert des Durchsetzungsdefizits entsprechen, das Gericht bei Gefährdungshaftungstatbeständen also den Schadensersatz verdoppeln, im Beispiel also bei einem Schaden von 500 Schadensersatz im Umfang von 1000 zusprechen ($\times 2$).¹⁴⁰ Dies wird in der Realität nur ganz ausnahmsweise der Fall sein.

Schließlich ist es rechts- und ordnungspolitisch verfehlt, übermäßig strenge Regeln zu postulieren und dann augenzwinkernd darauf zu vertrauen, sie würden schon nicht richtig durchgesetzt. Eine solche Haltung ist scheinheilig und birgt große Risiken. Wer das geltende Recht nicht ernst nimmt und auf Durchsetzungsdefizite setzt, der muss damit rechnen, dass es im Einzelfall auch einmal anders läuft, beispielsweise, weil die Medien die Sache aufgreifen

¹⁴⁰ Eingehend *Wagner*, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags, Bd. I, 2006, S. A 98 ff.; *ders.* AcP 206 (2006), 352, 463 ff.; *ders.*, Schadensersatz – Zweck, Inhalte, Grenzen, in Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2006, S. 5, 124 ff.

und einen Skandal daraus machen. Das Ergebnis ist dann Rechtsdurchsetzung und Compliance nach dem Zufallsprinzip und ein Hin- und Herschwanken zwischen übermäßigen und unzureichenden Haftungslasten. Darüber hinaus verhindert die toxische Kombination aus vermeintlicher Übermaßhaftung und tatsächlichem Durchsetzungsdefizit eine tragfähige Bestandsaufnahme, eine sachliche Diskussion der Handlungsoptionen und die Entwicklung einer rationalen Strategie. Niemand weiß, welchen Umfang das Durchsetzungsdefizit in einzelnen Sektoren des Rechts hat, und die These der Übermaßhaftung bzw. der übermäßigen Anspannung von Verhaltensnormen ist ebenfalls theoretisch umstritten und empirisch nicht belegt.¹⁴¹ Bei dieser unsicheren Faktenlage sollte die Verbesserung der Rechtsdurchsetzung durch Instrumente digitaler Rechtsdurchsetzung begrüßt und unterstützt werden.

c) Korrektur der Verhaltensnormen

Daneben und unabhängig davon ist eine Diskussion über die Strenge der Verhaltensnormen bzw. das Maß der Haftung zu führen. Sollte sich herausstellen, dass die Haftung über das Ziel hinauschießt, sind die Verhaltensnormen zu korrigieren und die Übermaßhaftung ist zurückzunehmen.

Parkverbote im Straßenverkehr werden des nachts nicht mit derselben Konsequenz wie am Tag durchgesetzt, obwohl sie nach Sonnenuntergang genauso gelten wie tagsüber. Der wesentliche Grund ist die Relation zwischen den hohen Kosten des Vollzugs mit Hilfe von Ordnungskräften und der geringe Nutzen von Parkverboten in Stunden geringen Verkehrs. Angenommen, die Vollzugskosten ließen sich durch Einsatz digitaler Satellitentechnik drastisch senken. – In diesem Fall wäre zu analysieren, welche Parkverbote auch nachts gelten sollten und welche nicht, um letztere aufzuheben. Kein überzeugender Vorschlag wäre es demgegenüber, die Durchsetzung von Parkverboten tags und nachts auf, beispielsweise, 30 % zu begrenzen.

Das Problem ist dort zu lösen, wo es auftritt und nicht auf indirektem Wege, indem die an sich wünschenswerte Verbesserung der Rechtsdurchsetzung als *overenforcement* denunziert wird. Als Mittel der Korrektur übermäßiger Verhaltensnormen kommt in Betracht, den Verhaltensbefehl für bestimmte Situationen einzuschränken, also beispielsweise das Parkverbot nur für die Tagesstunden anzuordnen.

Darüber hinaus ist die Höhe der Sanktion zu überprüfen, soweit diese auf das Durchsetzungsdefizit der Verhaltensnorm abgestimmt ist.¹⁴² Soweit sich Gesetzgeber und Gerichte bei der Festsetzung einer Buße oder von Geld- oder Freiheitsstrafe für rechtswidriges Verhalten daran orientieren, dass die Rechts-

¹⁴¹ Vgl. nur Wagner in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 27 f.

¹⁴² Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law, 2004, S. 489.

durchsetzung defizitär ist, wäre die Sanktionshöhe zu reduzieren, wenn die Durchsetzungswahrscheinlichkeit dank des Einsatzes digitaler Techniken steigt. Entsprechend wäre im Zivilrecht zu verfahren, wenn die Höhe des Schadensersatzes mit dem Kehrwert der Durchsetzungswahrscheinlichkeit entsprechender Ansprüche multipliziert würde, wie dies zur Kompensation systematischer Durchsetzungsdefizite in Sektoren wie dem Kartellrecht vorgeschlagen worden ist.¹⁴³ *De lege lata* ist suprakompensatorischer Schadensersatz ausgeschlossen, und deshalb besteht insoweit kein Anlass, bei dank digitaler Technik verbesserter Durchsetzung die Ersatzbeträge zu reduzieren.

5. Effiziente Illegalität

Es bleibt die Frage nach den Grenzen und Kosten der eben begründeten Strategie, nicht die Rechtsdurchsetzung, sondern die Verhaltensnormen an die digitale Transformation anzupassen. Wenn die in der analogen Welt dank mangelhafter Rechtsdurchsetzung bestehenden Handlungsspielräume infolge der Digitalisierung verschwinden, müssen die Verhaltensnormen überprüft und ggf. modifiziert werden. Die in der analogen Welt bestehenden Spielräume müssen in die Verhaltensnormen gleichsam „eingebaut“ werden.

Der Einbau erwünschter Handlungsspielräume in zuvor strikt formulierte Verhaltensnormen setzt allerdings voraus, dass diese zu vertretbaren Kosten spezifiziert werden können. Diese Voraussetzung ist keineswegs mit Selbstverständlichkeit gegeben. Der Gesetzgeber der analogen Welt operiert nicht nur mit Verhaltensregeln, die in einer „wenn, ... dann“-Struktur verfasst sind (*rules*), sondern auch mit wertungsoffenen Verhaltensstandards (*standards*).¹⁴⁴ Ein wesentlicher Unterschied zwischen Regeln und Standards in diesem Sinne besteht darin, dass die Formulierung treffgenauer Regeln, die den Subjekten das geforderte Verhalten spezifisch vorgeben, durch den Gesetzgeber einen hohen Aufwand macht, während sich Standards *ex ante* relativ leicht formulieren lassen, während die Konkretisierung durch Gerichte *ex post* aufwändig ist.¹⁴⁵ Die typischerweise hohen Kosten der Regelsetzung *ex ante* in Kauf zu nehmen, lohnt sich nur, wenn der Nutzen der Regelsetzung noch größer ist, weil ein schwerer Schaden droht oder weil das Verhalten massenhaft vor-

¹⁴³ Wagner, Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden, in: Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags, Bd. I, 2006, S. A 98 ff.; ders. AcP 206 (2006), 352, 463 ff.

¹⁴⁴ Grundlegend Kaplow, Rules versus Standards: An Economic Analysis, 42 Duke L.J. 557 (1992); vgl. auch Shavell, Foundations of Economic Analysis of Law, 2004, S. 572 ff.

¹⁴⁵ Kaplow, Rules versus Standards: An Economic Analysis, 42 Duke L.J. 557, 568 ff. (1992).

kommt und deshalb im Aggregat viel auf dem Spiel steht.¹⁴⁶ In dem umgekehrten Szenario, in dem es um vergleichsweise geringfügige Schäden bzw. – was im Ergebnis dasselbe ist – um ein vergleichsweise selten vorkommendes Risikoverhalten geht, ist es für die Rechtsordnung insgesamt vorteilhaft, auf Standards zu setzen. Bei Standards muss die eigentlich maßgebliche Verhaltensnorm nicht vom Gesetzgeber für alle denkbaren Fallgestaltungen *ex ante* formuliert werden, weil sie *ex post*, von einem Gericht, mit Blick auf den konkreten Einzelfall gebildet wird.

Hinsichtlich digitaler Rechtsdurchsetzung lässt sich mit gutem Grund bezweifeln, dass es zu vertretbaren Kosten möglich sein wird, Verhaltensnormen stets so zu spezifizieren, dass der unter Bedingungen mangelhafter Rechtsdurchsetzung in der analogen Welt bestehende Verhaltensspielraum mehr oder weniger ungeschmälert fortbesteht. Die für die Bewertung entscheidende Frage lautet, wie das Rechtssystem damit umgehen soll. Zunächst einmal wird die Digitalisierung der Rechtsdurchsetzung dort an Grenzen stoßen, wo es sich als unmöglich erweist, Verhaltensstandards, wie beispielsweise das Gebot zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) oder das Gebot gefahrvermeidenden Verhaltens im Straßenverkehr (§ 1 Abs. 2 StVO), in spezifische Verhaltensnormen aufzufächern, um deren Durchsetzung sodann zu digitalisieren. Zwar ist es nicht ausgeschlossen, dass Algorithmen dereinst auch dazu in der Lage sein werden, Verhaltensstandards für Einzelfälle zu konkretisieren und auf diese anzuwenden, doch einstweilen besteht diese Möglichkeit nicht. Im Übrigen bliebe die Frage, wieviel Flexibilität in den Standard bzw. dessen Konkretisierung einzubauen wäre.

Soweit eine Übersetzung von Standards in Regeln möglich ist oder Verhalten von vornherein, also auch schon in der analogen Welt, durch Regeln gesteuert wird, geht es um die Spezifizierung dieser Regeln. Zu diesem Zweck wären zunächst die faktischen Einschränkungen der Verhaltensnorm „sichtbar“ zu machen, die sich bei analoger Rechtsdurchsetzung ergeben. In dem oben genannten Beispiel, dass Parkverbote in Innenstädten in der Zeit von 0 bis 7 Uhr nicht „gelten“, d.h. nicht durchgesetzt werden,¹⁴⁷ wäre zu fragen, ob die Einschränkungen, die das geltende Recht qua *underenforcement* gewährt, gewünscht sind oder ob sie als Defizit des geltenden Rechts qualifiziert werden müssen. So mag man zu dem Ergebnis kommen, dass die Durchsetzung des Parkverbots vor einer Feuerwehrausfahrt oder an Gefahrstellen sehr wohl erwünscht ist, sodass für eine Durchsetzung gesorgt werden sollte. Das entspricht dem oben postulierten Gebot, Verhaltensnormen zu korrigieren, an

¹⁴⁶ *Kaplow*, Rules versus Standards: An Economic Analysis, 42 Duke L.J. 557, 585 f., 595 (1992).

¹⁴⁷ Oben, VII. 4. c).

denen in Wahrheit gar kein Interesse besteht und die bisher nur deshalb toleriert wurden, weil ihre überschießende Wirkung dank mangelhafter Rechtsdurchsetzung nicht erkannt wurde.

Erst nachdem diese Arbeit getan ist, lässt sich ins Auge fassen, dass die Setzung spezifischer Regeln *ex ante* nicht möglich oder nur zu prohibitiven Kosten zu haben sein kann. Wird in diesem Fall eine – eigentlich zu breit geratene – Regel auf digitalem Wege „erbarmungslos“ durchgesetzt, kommt es zu einer unerwünschten Verengung von Handlungsspielräumen. Unter dieser Voraussetzung führt digitale Rechtsdurchsetzung tatsächlich zu einem Übermaß an rechtskonformem Verhalten und in diesem Sinne zur Verhinderung „brauchbarer Illegalität“.¹⁴⁸ Wirksame Abhilfen, die den Verhaltensnormen die erwünschte Flexibilität zurückgeben könnten, sind nicht leicht zu finden. Denkbar wäre es, die Verhaltensnormen im Lichte gemachter Erfahrungen *ex post* zu modifizieren und auf diese Weise immer mehr zu verfeinern, doch diese Methode hat sicher ihre Grenzen. Andererseits stellt sich die Frage, ob defizitäre Rechtsdurchsetzung in der analogen Welt tatsächlich die „richtigen“ Spielräume schafft, also Flexibilität gerade dort gewährleistet, wo sie gesellschaftlich erwünscht ist.¹⁴⁹

6. Negatorischer Rechtsschutz vs. Schadensersatzansprüche

a) Das Ausbeutungspotential von Unterlassungsansprüchen

Sollte sich herausstellen, dass in einzelnen Bereichen die Verhaltensregeln oder die Haftung übermäßig streng ausgestaltet sind, ergibt sich daraus womöglich ein Handlungsbedarf für den Gesetzgeber und die Justiz, je nachdem, welche Instanz die übermäßig strenge Regel gesetzt hat. Die Dringlichkeit eines solchen Handlungsbedarfs unterscheidet sich danach, ob es um Schadensersatz- oder um Unterlassungsansprüche geht. Für die Dogmatik des deutschen Rechts ist es typisch, dass Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche über § 1004 und § 823 BGB miteinander verkoppelt sind und der Unterlassungsanspruch nicht *mehr*, sondern allenfalls weniger voraussetzt als der Schadensersatzanspruch.¹⁵⁰ Wenn ein Gericht Schadensersatz zuspricht, muss es bereit sein, bei entsprechendem Antrag auch ein Unterlassungsurteil zu erlassen. In der Praxis dominiert der Schadensersatz- den Unterlassungsanspruch bei Weitem.

¹⁴⁸ Vgl. oben, VII. 2.

¹⁴⁹ Oben, VII. 4. b).

¹⁵⁰ Zum Ganzen *Wagner* in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, Vor § 823 Rn. 41, § 823 Rn. 15 ff.; eingehend *Picker*, Privatrechtssystem und negatorischer Rechtsschutz, 2019, S. 33 ff.

In besonderen Bereichen des Privatrechts verhält es sich umgekehrt und der Unterlassungsanspruch, genauer: die negatorischen Ansprüche auf Unterlassung und Beseitigung (§ 1004 Abs. 1 BGB), haben größere Bedeutung. Das trifft an erster Stelle auf das Immaterialgüterrecht zu. Im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes erfreut sich der negatorische Rechtsschutz großer Beliebtheit, weil er im Wettbewerb zwischen Unternehmen ein besonders scharfes Schwert ist. Mit einer auf Patentverletzung gestützten Schutzrechtsverwarnung beispielsweise lassen sich Konkurrenten abschütteln oder in der Produktentwicklung um Jahre zurückwerfen. Im Bereich der Internetdelikte dominiert die sog. Störerhaftung mit ihren Ansprüchen auf Beseitigung von Urheber- und Markenrechtsverletzungen, weil die Fahrlässigkeitshaftung auf Schadensersatz durch Art. 12 ff. der e-Commerce Richtlinie 2000/31/EG, §§ 8 ff. TMG weithin ausgeschlossen ist.¹⁵¹ Insbesondere die Störerhaftung der Internet-Plattformen für rechtswidrige Nutzerinhalte ist der Digitalisierung durchaus zugänglich, wenn beispielsweise mit Hilfe von Softwareprogrammen das Internet ständig auf schutzrechtsverletzende Inhalte abgesucht und ggf. sogar die Rechtsverfolgung automatisch initiiert wird.¹⁵²

Unter dem Blickwinkel der Verhaltenssteuerung unterscheiden sich negatorische von Schadensersatzansprüchen insofern, als mit ersteren ein bestimmtes Verhalten unbedingt erzwungen werden kann, während der Täter bei Schadensersatzansprüchen immer noch die Freiheit hat, die inkriminierte Handlung auszuführen oder die geforderten Sicherheitsvorkehrungen zu unterlassen – und die Ersatzpflicht in Kauf zu nehmen. Diesen Unterschied haben *Calabresi* und *Melamed* in einem kanonischen Aufsatz über Eigentumsrechte und Haftungsregeln eingehend beschrieben.¹⁵³ Danach liegt der wesentliche Unterschied zwischen Eigentumsrechten (*entitlements*), die durch Unterlassungsansprüche (*property rules*) geschützt sind und anderen, die „lediglich“ Schadensersatzansprüche auslösen (*liability rules*), in der Berechnung und der Höhe des im Verletzungsfall zu zahlenden Geldbetrags.¹⁵⁴ Bei Schadensersatzansprüchen nimmt das Gericht die Berechnung vor und legt dabei einen objektiven Maßstab an. Im Gegensatz dazu liegt die Bewertung des geschützten Rechts bzw. seiner Verletzung bei Bestehen eines Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruchs in den Händen der Rechtsinhaberin selbst. Diese kann bestimmen, zu welchen Bedingungen sie sich den Unterlassungs- oder

¹⁵¹ *Wagner* in: MünchKommBGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 851 ff.; *ders.* GRUR 2000, 329, 333 ff.

¹⁵² Zum Einsatz solcher Software, s. Fn. 15.

¹⁵³ *Calabresi/Melamed*, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

¹⁵⁴ Zum Folgenden *Calabresi/Melamed*, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089 (1972).

Beseitigungsanspruch von dem präsumtiven Verletzer „abkaufen“ lässt. Unterlassungsansprüche verweisen die Parteien also auf Verhandlungen über den für eine Verletzung zu zahlenden Preis, was der Rechtsinhaberin die Möglichkeit gibt, ihre Verhandlungsmacht gegenüber dem Verletzer auszuspielen und eine weit über dem Marktwert liegende Entschädigung zu verlangen.¹⁵⁵ Dies erschwert die Nutzung des fremden Rechts durch den Verletzer in Fällen, in denen dieser aus der Nutzung Vorteile zieht, die den von der Rechtsinhaberin erlittenen Nachteil übersteigen, sodass die alloкатive Effizienz leidet.

b) Einschränkung des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs

Diese Überlegungen lassen sich am Beispiel des patentrechtlichen Unterlassungsanspruchs aus § 139 Abs. 1 PatG illustrieren, der mit dem Zweiten Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts vom 10. August 2021¹⁵⁶ ausgeschlossen wurde, „soweit die Inanspruchnahme aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls und der Gebote von Treu und Glauben für den Verletzer oder Dritte zu einer unverhältnismäßigen, durch das Ausschließlichkeitsrecht nicht gerechtfertigten Härte führen würde“¹⁵⁷. Unter diesen Voraussetzungen soll der Verletzten nur ein Anspruch auf angemessenen Ausgleich in Geld verbleiben. Diese Bestimmung zielt auf sog. Patenttrolle, also Unternehmen, die die geschützte Erfindung gar nicht selbst nutzen wollen, sondern deren Geschäftsmodell darauf angelegt ist, Lizenzen zu erteilen und im Verletzungsfall eine Geldzahlung zu erhalten.¹⁵⁸ Ihre Verhandlungsposition wird durch Unterlassungsansprüche gestärkt, weil der Verletzer in Ermangelung einer Einigung dazu gezwungen werden kann, seine Produktion stillzulegen und die dadurch ausgelösten Verluste zu schlucken. Insbesondere dann, wenn der Verletzer keine Waren kopiert, sondern für seine neu entwickelten Produkte eine Vielzahl von Patenten Dritter beachten muss, kann der ihm im Fall einer erzwungenen Produktionseinstellung drohende Schaden außer Verhältnis zu den von der Patentinhaberin erlittenen Nachteilen stehen.¹⁵⁹ Es liegt also eine klassische *holdout*-Situation im Sinne von *Calabresi* und *Melamed* vor, die den Übergang von einem Unter-

¹⁵⁵ *Calabresi/Melamed*, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 Harv. L. Rev. 1089, 1106 f., 1127 (1972); *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 319 ff.

¹⁵⁶ BGBl. I 3490.

¹⁵⁷ Dazu eingehend *Obly/Stierle* GRUR 2021, 1229, 1230 ff.

¹⁵⁸ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 19/25821, S. 53; grundlegend bereits *Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, S. 330 f.

¹⁵⁹ Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 19/25821, S. 54.

lassungsanspruch (*property rule*) zu einem „bloßen“ Schadensersatzanspruch (*liability rule*) rechtfertigt. Schließlich muss die Höhe des Schadensersatzes nicht von den Parteien ausgehandelt werden, sondern sie wird von dem Gericht anhand objektiver Marktdaten festgesetzt. Die Verhandlungsmacht der Rechtsinhaberin wird dadurch beschränkt und das Abpressen einer Entschädigung, die über dem Marktwert der Lizenz liegt, verhindert.

7. Schlussfolgerungen

Die Reform des Patentrechts macht deutlich, dass ein Zuviel an Rechtsdurchsetzung vor allem dann droht, wenn die Berechtigte gegenüber dem Verpflichteten eine Machtstellung erlangt, die sie nutzen kann, um sich ungerechtfertigte Vorteile zu sichern. Aus dem Menü der Rechtsbehelfe trifft dies vor allem auf die negatorischen Ansprüche zu. Schadensersatzansprüchen hingegen wohnt kein Erpressungspotential inne, jedenfalls dann nicht, wenn die Gerichte nicht in großem Stil unberechtigte Ansprüche zusprechen. Folgerichtig richtet sich der Verhältnismäßigkeitsvorbehalt des § 139 Abs. 1 S. 2 PatG nF nur gegen den Unterlassungsanspruch, während der Schadensersatzanspruch gemäß § 139 Abs. 1 S. 5 PatG nF aufrecht erhalten bleibt.

Das Rechtssystem und die digitale Rechtsdurchsetzung können von der Reform des Patentrechts lernen, dass die Sorge vor einer übermäßigen Rechtsdurchsetzung beherrschbar bleibt, wenn der jeweilige Rechtsbehelf auf Geld, insbesondere auf Schadensersatz gerichtet ist. Kritisch zu sehen sind Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, weil der Verpflichtete, der aus der rechtsverletzenden Handlung einen den Schaden der Rechtsinhaberin übersteigenden Nutzen zieht, darauf angewiesen ist, der Rechtsinhaberin die Zustimmung zur Benutzung des Rechts abzukaufen. Dies verleiht der Rechtsinhaberin die Macht, einen Preis auszuhandeln, der erheblich über dem Marktwert ihrer Rechtsposition bzw. dessen liegt, was ihr durch die Verletzung genommen wurde. Das Problem dabei sind nicht die distributiven Wirkungen des Verhandlungsergebnisses, welche die Rechtsinhaberin reicher und den Verletzer ärmer zurücklassen als sie es wären, wenn die Rechtsverletzung nach ihrem Marktwert beziffert und ausgeglichen würde. Vielmehr verhindert eine übermäßige Rechtsdurchsetzung in diesem Sinne volkswirtschaftlich erwünschte Aktivitäten, indem sie die Herstellung von Gütern mit Kosten belastet, die über den Marktwert der eingesetzten Produktionsfaktoren hinausgehen. Kurz gesagt, beeinträchtigt der Unterlassungsanspruch die Allokationseffizienz. Deshalb hat der Gesetzgeber mit Recht eingegriffen und den Unterlassungsanspruch des § 139 Abs. 1 S. 1 PatG relativiert, den Schadensersatzanspruch aber aufrechterhalten.

Beim gegenwärtigen Stand der technologischen Entwicklung und angesichts fehlender Erfahrungen mit algorithmisierter Rechtsdurchsetzung ist nicht auszuschließen, dass es jenseits des negatorischen Rechtsschutzes noch weitere Fälle gibt, in denen eine perfekte oder maximale Rechtsdurchsetzung negative Folgen zeitigt. Deshalb ist eine zugleich offene und kritikbereite Haltung gegenüber der Digitalisierung der Rechtsdurchsetzung zu bewahren. Allerdings bedarf es schon der präzisen Angabe konkreter Gründe, wenn digital induzierte Verbesserungen der Rechtsdurchsetzung abgelehnt oder problematisiert werden.

VIII. Fazit

Es besteht kein Grund dafür, digitaler Rechtsdurchsetzung grundsätzlich mit Ablehnung oder Skepsis zu begegnen. Digitale Rechtsdurchsetzung ist kein Fluch, sondern überwiegend Segen. Die erwünschten Steuerungswirkungen des Rechts stellen sich nur ein, wenn Normverletzungen sanktioniert werden. Effiziente oder sonst legitime Verhaltensnormen wirken dann am besten, wenn sie mit Sicherheit durchgesetzt werden. Angesichts der hohen Kosten der Rechtsdurchsetzung mit herkömmlichen Mitteln war perfekte Durchsetzung bisher nicht erreichbar. Der Einsatz digitaler Technik hingegen verspricht Rechtsdurchsetzung (fast) zum Nulltarif. Der damit eintretende Durchsetzungsschub für das Recht ist zu begrüßen und nicht zu bekämpfen. Er sollte allerdings Anlass dazu geben, das vorhandene Arsenal an Verhaltensnormen daraufhin zu überprüfen, ob die Norm auch dann noch erwünscht ist, wenn sie in vollem Umfang durchgesetzt wird. Darüber hinaus bedarf die Auswahl der Sanktionen und sonstigen Rechtsfolgen bei Normverstößen der Überprüfung. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, die dem Verpflichteten ein bestimmtes Verhalten oder einen bestimmten Erfolg aufzwingen, sind kritischer zu sehen als Schadensersatz- und Zahlungsansprüche. Soweit die Schärfe der Sanktion dadurch motiviert war, dass Gesetzgeber und Gerichte mit unzureichender Rechtsdurchsetzung gerechnet haben, ist auch dies zu korrigieren. Die Grenzen der digitalen Rechtsdurchsetzung liegen dort, wo die Anpassung der herkömmlichen Verhaltensnormen an eine Welt mit perfekter Rechtsdurchsetzung nicht möglich ist. In einem Satz: „Brauchbare Illegalität“ muss in „flexible Legalität“ überführt werden.