
Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Bayreuth 2019

**Beyer | Erler | Hartmann | Kramme |
Müller | Pertot | Tuna | Wilke [Hrsg.]**

Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft

Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019



Nomos

facultas



Helbing
Lichtenhahn
Verlag



Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Herausgegeben von der Gesellschaft
Junge Zivilrechtswissenschaft e.V.

Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft

Bayreuth 2019

Beyer | Erler | Hartmann | Kramme |
Müller | Pertot | Tuna | Wilke [Hrsg.]

Privatrecht 2050 – Blick in die digitale Zukunft

Jahrbuch Junge Zivilrechtswissenschaft 2019



Nomos

facultas



Helbing
Lichtenhahn
Verlag





Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-6044-2 (Print)

ISBN 978-3-7489-0172-3 (ePDF)

978-3-7089-1857-0 (facultas Verlag, Wien)

978-3-7190-4363-6 (Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die 30. Jahrestagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft, die vom 11. bis 14. September 2019 in Bayreuth stattfand, stand unter dem Generalthema „Privatrecht 2050 – Blick in die (digitale) Zukunft“. Das dreißigjährige Jubiläum war uns nicht nur Anlass, dankbar zurück-, sondern auch gespannt in die Zukunft zu schauen, eben auf das „Privatrecht 2050“. So sehr uns dabei der digitale Wandel von Bedeutung für die jetzige und künftige Entwicklung des Privatrechts erschien, so sollte mit dem Klammerzusatz doch ausgedrückt sein, dass wir im Vorfeld die Betrachtung anderer Entwicklungen, wie etwa Demographie und Klima, keineswegs ausschließen wollten. Wer indes den Blick über die im vorliegenden Tagungsband enthaltenen Beiträge schweifen lässt, wird feststellen, dass die Klammern *ex post* nicht mehr gerechtfertigt sind: Die Schriftfassungen der von den 15 eingeladenen Nachwuchswissenschaftlerinnen und Nachwuchswissenschaftlern aus Deutschland und Österreich gehaltenen Vorträge sowie die Eröffnungsrede (*Martin Schmidt-Kessel*) sind eindrucksvoller Beleg, wie dominierend die Bedeutung der Digitalisierung wahrgenommen wird: Ein Fragenkreis betrifft den rechtlichen Umgang mit „Legal Tech“, insbesondere die Grenzen der Personalisierung dispositiven Rechts (*Philip Maximilian Bender*), die Möglichkeiten zur Formalisierung des Rechts und zur automatischen Subsumption (*Johannes Klug*) und Rechtsdienstleistungen durch Online-Inkassodienste (*Julia Harten* mit *Responsio David Markworths*). Als neue Herausforderungen für das Vertragsrecht erscheinen das Internet der Dinge (*Sören Segger-Piening*), die plattformbasierte Wirtschaft (*Johannes Warter*) und der Einsatz Künstlicher Intelligenz in Vertragsverhältnissen (*Julia Grinzinger*). Die Auswirkungen der Digitalisierung auf das Sachenrecht werden anhand der dogmatischen Erfassung der Übertragung von Bitcoins (*Dimitrios Linardatos* mit *Responsio Lena Mautes*), auf das Gesellschaftsrecht anhand der digitalisierten GmbH (*Ralf Knaier*) und der virtuellen Hauptversammlung (*Patrick Nutz*) diskutiert. Als weitere Phänomene werden die Gefahr der Diskriminierung durch Algorithmen (*Miriam Kullmann*), die wettbewerbsrechtliche Dimension des Datenschutzrechts (*Miriam Buiten*), „Smart Enforcement“ (*Lukas Klever*) und Fragen des Beweisrechts (*Julian Rapp*), insbesondere angesichts digitaler Beweismittel, behandelt. Vor diesem Hintergrund haben wir uns entschieden, für den Titel dieses Tagungsbands auf die Klammern zu verzichten.

Den Autorinnen und Autoren wünschen wir, dass ihre Beiträge im wissenschaftlichen Diskurs die gebührende Anerkennung finden, und hoffen, dass beim künftigen Griff ins Regal dieser Tagungsband für alle Teilnehmerinnen und Teilnehmern viele positive Erinnerungen auslösen wird.

Die Durchführung der Tagung wie auch diese Veröffentlichung wären undenkbar gewesen, hätten wir nicht von zahlreichen Förderern großzügige finanzielle und sachliche Unterstützung erfahren. Allen voran sind hier die Kanzlei Kapellmann Rechtsanwälte und der Verlag C.H. Beck zu nennen. Mit dem Universitätsverein Bayreuth e.V., der University of Bayreuth Graduate School, WiN-UBT (Programme für den Wissenschaftlichen Nachwuchs der Universität Bayreuth), RWalumni Recht & Wirtschaft Bayreuth und der Rainer Markgraf Stiftung haben uns nichtkommerzielle, universitätsnahe Akteure in einem Maße finanzielle Mittel bereitgestellt, wie wir es uns im Vorhinein nicht zu erhoffen gewagt hätten. Die Kanzleien honert + partner sowie Rödl & Partner haben uns ebenso wie die Landesnotarkammer Bayern und die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. mit signifikanten Beiträgen gefördert. Zu großem Dank verpflichtet sind wir der Universität Bayreuth (insbesondere den unterstützenden Zivilrechtslehrstühlen) und der Stadt Bayreuth, die uns mit ihren personellen und sachlichen Ressourcen unterstützt haben. Außerdem gilt unser Dank den Verlagen Berliner Wissenschafts-Verlag, Duncker & Humblot, Gieseking, Kohlhammer, Mohr Siebeck, Otto Schmidt, Verlag Österreich, und Springer.

Eine besondere Rolle hat der Verlag Nomos eingenommen, dem wir herzlich für die finanzielle Unterstützung und ausgezeichnete Betreuung bei der Veröffentlichung dieses Tagungsbands, dabei insbesondere Herrn Dr. Marco Ganzhorn und Frau Eva Lang, danken dürfen.

Die 31. Jahrestagung der Gesellschaft Junge Zivilrechtswissenschaft wird vom 2. bis 5. September 2020 zum Generalthema „Das Private im Privatrecht“ in Hamburg stattfinden.

Bayreuth, im Januar 2020
Die Herausgeber

Inhalt

| | |
|---|-----|
| Wandlungen des Privatrechts – Erwartungen an ein Privatrecht 2050 – <i>Martin Schmidt-Kessel</i> | 9 |
| Grenzen der Personalisierung des dispositiven Rechts <i>Philip Maximilian Bender</i> | 33 |
| Formalisierung von Recht und automatische Subsumption. Methodische Grundlagen und Vorstellung eines Software-Prototyps zur Abbildung des Rechtserwerbs im Sachenrecht <i>Johannes Klug</i> | 63 |
| Gewährleistung und Haftung im Internet der Dinge – Zugleich eine Analyse der neuen Warenkaufrichtlinie <i>Sören Segger-Piening</i> | 87 |
| Vertragsrechtliche Fragen plattformbasierter Wirtschaft <i>Johannes Warter</i> | 117 |
| Der Einsatz Künstlicher Intelligenz in Vertragsverhältnissen <i>Julia Grinzinger</i> | 151 |
| Der Mythos vom „Realakt“ bei der Umbuchung von Bitcoins – Gedanken zur dinglichen Erfassung von Kryptowährungen <i>Dimitrios Linardatos</i> | 181 |
| Responsio – Warum die Übertragung von Bitcoins kein dingliches Rechtsgeschäft erfordert <i>Lena Maute</i> | 215 |
| Diskriminierung durch algorithmische Entscheidungen: „Equality Through Algorithmic Design“ <i>Miriam Kullmann</i> | 227 |

Inhalt

| | |
|---|-----|
| Gesellschaftsrecht im Zeitalter der Digitalisierung – Das EU Company Law Package als Triebfeder der digitalisierten GmbH? – <i>Ralf Knaier</i> | 255 |
| Die virtuelle Hauptversammlung <i>Patrick Nutz</i> | 281 |
| Datenschutzverletzungen als Kartellrechtsverstöße <i>Miriam Buiten</i> | 311 |
| Neue Impulse für den Markt der Rechtsdienstleistungen durch Online-Inkassodienste <i>Julia Harten</i> | 339 |
| Responsio – Illegale Digitale? – Zur Zukunft des Sammelklage-Inkassos <i>David Markworth</i> | 367 |
| „Smart Enforcement“ und die Grenzen erlaubter Selbsthilfe <i>Lukas Klever</i> | 379 |
| Die Zukunft des Beweisrechts im Zivilprozess <i>Julian Rapp</i> | 407 |
| Verzeichnis der Autorinnen und Autoren | 437 |

Wandlungen des Privatrechts – Erwartungen an ein Privatrecht 2050 –¹

Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel

Der Wandel einer freiheitlichen Welt wird stets im Privatrecht sichtbar. In aller Regel geht das Privatrecht sogar voraus und begleitet und ermöglicht Innovationen – lange bevor der Staat und seine Organe die Instrumente der Gefahrenabwehr, der Bildung, der Innovationsförderung oder der Ordnungspolitik in Gang setzen. Und noch bevor das Entdeckungsverfahren Wettbewerb über die Durchsetzung am Markt und damit über den Innovationscharakter einer Invention entscheidet, entstehen erste Vertragsinhalte und Vertragsbindungen. Das Privatrecht wird zum Seismographen für Veränderungen. Privatrecht ist Innovationsrecht.

Dieser innovationsrechtliche Charakter betrifft nicht allein Marktprozesse, sondern auch soziale Entwicklungen. Selbst für Partnerschaften zwischen zwei Menschen (unterhalb der Schwelle personenstandsrechtlicher Statusentscheidungen) und für Phänomene sozialer Elternschaft lassen sich durch die allgemeinen Institutionen des Privatrechts Lösungen entwickeln – wobei ich im Hinblick auf die vorliegenden Ergebnisse und die Wege dorthin bewußt weder von „müheles“ noch von „angemessen“ sprechen möchte, dafür sind sie zu disparat.

Das Privatrecht ist also – soweit seine Funktionsbedingungen nicht grundsätzlich in Frage gestellt sind – in der Lage Inventionen, Innovationen und damit sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Wandel in großem Maße abzubilden. Diese Innovationsoffenheit des Privatrechts beruht – neben einer weitgehend funktionierenden Rechtsdurchsetzung – auf einer ganzen Reihe von Institutionen die uns allen vertraut sind und von denen ich hier vor allem den Vertrag, die willensorientierte Vertragsfrei-

1 Schriftliche und um wenige Nachweise ergänzte Fassung des Vortrags vor der Gesellschaft junge Zivilrechtswissenschaft am 11. September 2019. Der Vortragsstil ist beibehalten. Dem Organisationsteam der Tagung danke ich von Herzen für die Einladung! Diesen Beitrag widme ich meinem Lehrstuhlteam und dem Andenken meines akademischen Lehrers und Mentors *Peter Schlechtriem* sowie meinem akademischen Lehrer und Mentor *Manfred Löwisch*.

heit, in Anlehnung an *Flume*² also die Anerkennung der Selbstherrlichkeit des einzelnen in der schöpferischen Gestaltung von Rechtsverhältnissen, sowie die ebenfalls willensorientierten Mechanismen der Vertragsergänzung durch Auslegung und dispositives Recht nennen möchte.³

Die vielfältigen Beschränkungen von Willensorientierung und Freiheitsverwirklichung dienen – jenseits ihrer unmittelbaren (zumeist Schutz-)Effekte – auch dazu, Vertrauen in Leistungsfähigkeit und Fairneß der freiheitsorientierten Elemente des Privatrechts zu bilden und zu erhalten – das gilt nicht allein für die ausgesprochenen Schutzmechanismen etwa des Verbraucher- und des Datenschutzrechts, sondern auch für die *erga omnes*-Wirkungen absoluter Rechte, insbesondere des Sachenrechts und der Regeln des geistigen Eigentums.

Weitergehende Steuerungsziele im Sinne einer „Regulierung durch Privatrecht“ sind heute ebenfalls eine selbstverständliche Option für den Gesetzgeber. Sie sind jedoch auf die Freiheitselemente und -orientierungen des Privatrechts angewiesen. Ihnen dürften daher natürliche Grenzen gesetzt sein, sollen die Funktionsbedingungen des Privatrechts als Instrument nicht in Frage gestellt und eine Regulierung durch Privatrecht damit dysfunktional werden. Erst recht bewegt sich außerhalb des Privatrechts, wer dieses ohne Eingehen auf seine Freiheitselemente allein als Regulierungsinstrument zu erklären oder zu instrumentalisieren sucht: Die Verwirklichung individueller Freiheit ist für unser Privatrecht konstitutiv.⁴

Diese grundlegenden Privatrechtsfunktionen – Freiheitsverwirklichung verbunden mit Schutz und Regulierung – mit ihrem innovationsrechtlichen Grundzug und den zugehörigen Institutionen erwarte ich von einem Privatrecht 2050 ebenso, wie sie sich im geltenden Privatrecht belegen las-

2 *Flume*, Das Rechtsgeschäft, § 1, 5 (dort zur Privatautonomie).

3 Zu autonomen und heteronomen Vertragsergänzung etwa *Schmidt-Kessel*, Implied Term – auf der Suche nach dem Funktionsäquivalent, ZVglRWiss 96 (1997) 101-155.

4 Richtig *Podszun*, Wirtschaftsordnung der Zivilgerichte, Tübingen 2014, 235 (unter Hinweis auf *Böhm*, ORDO XVII (1966), 75 ff.); ihm folgend etwa *Schmidt-Kessel*, Lehrbuch Verbraucherrecht, Bayreuth 2018, Rn. 267. S. auch *Wagner*, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006) 352 (434 ff.) mit besonderer Betonung der Dezentralität der Steuerung durch Privatrecht (S. 437 f.). Vgl. demgegenüber den weitgehenden Verzicht auf den Freiheitsgedanken bei *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, Tübingen 2016.

sen.⁵ Wesentliche Teile unserer rechtswissenschaftlichen wie rechtsanwendenden Tätigkeit wie auch rechtspolitischer Entscheidungen werden sich im Ausbuchstabieren und Austarieren dieser Funktionen erschöpfen. Zumindest ebenso spannend erscheint mir aber die Frage, mit welchen grundlegenden Wandlungen von Privatrechtseinrichtungen in den kommenden 30 Jahren zu rechnen ist, damit diese auch künftig ihre skizzierten Funktionen erfüllen können. Wandlungen des Privatrechts möchte ich also im Folgenden als Wandlungen der Privatrechtseinrichtungen verstehen.⁶ Welche groben Linien erwartbarer Wandlungen der Privatrechtseinrichtungen zeichnen sich also ab?

I. Vom Haben zum Nutzen – from status to function

Unser geltendes Privatrecht – wie auch weite Teile der Privatrechtswissenschaft – denkt in Kategorien des „Habens“. Privatrechtseinrichtungell bilden das Sacheigentum und der Kauf nach wie vor die leitenden Paradigmata und dies auch über Schuld- und Sachenrecht hinaus, etwa im Erbrecht und in den vermögensbezogenen Regelungen des Familienrechts.⁷ Auch wissenschaftlich und didaktisch orientiert sich das Privatrecht am Sacheigentum und am Kauf.⁸ Dienstleistungen hingegen – deren über An-

5 Der von *Grundmann/Möslein* (Vertragsrecht als Infrastruktur für Innovation, ZfPW 2015, 435) mit Recht grundlegend hervorgehobene Infrastrukturcharakter des Privatrechts wird gelegentlich in Teilen der rechtswissenschaftlichen Innovationsforschung unterschätzt, vgl. etwa *Hoffmann-Riem/Schneider* (Hrsg.), Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung, Baden-Baden 1998.

6 In diesem Sinne bereits das Verständnis bei *von Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts, in: von Caemmerer u.s. (Hrsg.), Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960, Karlsruhe 1960, S. 49 ff. Vgl. auch *Schlechtriem* (Hrsg.), Wandlungen des Schuldrechts, Baden-Baden 2002.

7 Daraus ergeben sich Zweifel an der Eignung der betreffenden Vorschriften für die Behandlung nicht-vermögensrechtlicher Rechtspositionen, s. etwa die These genereller Ungeeignetheit des Erbrechts bei *Zaccaria*, *Diritti extrapatrimoniali e successione*, Padova 1988.

8 Besonders markant in dieser Hinsicht – und mE zugleich eine methodisch besonders bemerkenswerte justizielle Fehlleistung – ist die bekannte Auslegung von Bestimmungen des allgemeinen Schuldrechts unter Rückgriff auf § 437 BGB zur Bestimmung der Rechtsfolgen einer Selbstvornahme durch den Käufer: BGHZ 162, 219 (225-230). Methodisch korrekt hatte die Frage einer Sperrwirkung des § 437 BGB für den Kauf (und nur für diesen) diskutiert werden müssen.

sätze⁹ nicht hinausgekommene Aufarbeitung mE zu den größten Defiziten der deutschsprachigen Zivilrechtswissenschaft des 20. Jahrhunderts zählt – wie auch Gebrauchsüberlassungen sind kaum einmal Gegenstand breiterer Aufarbeitungen gewesen.

Diese dem Recht einer Industriegesellschaft ursprünglich sicher angemessene Orientierung am „Haben“ wird – so meine These – künftig weit aus mehr als bislang vom Aspekt des „Nutzens“ überlagert.¹⁰ Funktion und Zweck einer Leistung treten verstärkt in den Vordergrund gegenüber dem Rechtsobjekt und der Statusbeziehung des Berechtigten zu diesem Rechtsobjekt (sowie vertraglichen Rechten auf dessen Übertragung). Aus dieser Perspektive betrachtet weist § 903 S. 1 BGB dem Eigentümer als Folge der Statusbeziehung „Eigentum“ noch pauschal sämtliche Nutzungsbefugnisse und Funktionen der Sache zu – schuldrechtlich flankiert durch § 446 S. 2 BGB. Der Paradigmenwechsel vom „Haben“ zum „Nutzen“, *from status to function*,¹¹ bedeutet daher vor allem eine verstärkte Ausdifferenzierung der Privatrechtsordnung nach verschiedenen Funktionen (oder Zwecken) von Leistungen und Rechten.

Diese Entwicklung überrascht aus einer interdisziplinären Perspektive nicht. Als Beispiel mag hier der für wichtige Teile der Betriebswirtschaftslehre propagierte Übergang von einer *Goods Dominant Logic* zu einer *Service Dominant Logic*¹² dienen: Aus Sicht dieser wirkmächtigen Denkschule fungieren Güter lediglich als Vehikel zum Transport von Dienstleistungen, welche mittels Anwendung der Güter auf Seiten des Kunden erbracht wer-

9 Positiv hervorzuheben sind für das Privatrecht insbesondere *Wendehorst*, Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht, AcP 206 (2006) 205 ff. Für das öffentliche Recht zudem *Reimer*, Qualitätssicherung. Grundlagen eines Dienstleistungsverwaltungsrechts, Baden-Baden 2010. Die möglichen Anstöße durch die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG sind durch die Zivilrechtswissenschaft leider kaum aufgenommen worden.

10 In diese Richtung bereits für digitale Inhalte *Zech*, Vom Buch zur Cloud – Die Verkehrsfähigkeit digitaler Güter, ZGE 5 (2013), 368 (386) und *Stieper*, Digital ist besser – Die Bereitstellung digitaler Inhalte als eigenständiger Vertragstypus, in *Alexander/Bornkamm/Buchner/Fritzsche/Lettl* (Hrsg.), Festschrift für Helmuth Köhler zum 70. Geburtstag, München 2014, S. 729.

11 Das berühmte *“movement from Status to Contract”* des Urvaters der Rechtsanthropologie, *Henry Sumner Maine* (Ancient Law, 4. Aufl., London 1870, 113 ff. [170]), ist in diesem Sinne nicht abgeschlossen, als der Vertrag – beim Kauf – noch statusbezogen gedacht wird.

12 Grundlegend *Vargo/Lusch*, Evolving to a New Dominant Logic for Marketing, (2004) *Journal of Marketing* 68, 1 ff.

den und dadurch ihren Wert entfalten.¹³ Zentral für dieses Denken ist demnach die Funktion der Güter – nicht selten, aber zumindest aus deutscher juristischer Perspektive mißverständlich, mit Dienstleistung gleichgesetzt –, deren Verwirklichung Wertschöpfung und Geschäftsmodell determiniert. Beispielsweise steht nicht das Automobil im Fokus, sondern die dadurch vermittelte Mobilität – vom “Haben“ zum „Nutzen“ ist daher nicht zuletzt ein Schlagwort der sog. Sharing Economy. Auch wenn sich die Devise „*Everything is service!*“ – oder für die digitale Welt: XaaS – schon aus Ressourcen-Gründen in ihrer Radikalität als unzutreffend erweisen dürfte, also statt einer neuen *Dominant Logic* eher mit einem Nebeneinander der Logiken zu rechnen ist,¹⁴ belegt die große Beachtung, welche die *Service Dominant Logic* gefunden hat, die gesteigerte Bedeutung der Funktionalität von Gütern.

Für das deutsche Privatrecht läßt sich die wachsende Bedeutung von Nutzen und Funktion einer Leistung gegenüber dem Rechtsobjekt vielfach ablesen: Außer den nachfolgenden Überlegungen möchte ich nur einige davon stichwortartig erwähnen: das Operatingleasing, das Carsharing, SaaS- und ASP-Konstellationen.¹⁵

1. Vom substanzbezogenen zum funktionalen Mangelbegriff

Ein besonders wichtiges Element dieser Entwicklung ist der bereits weitgehend abgeschlossene Übergang vom substanzbezogenen zum funktionalen Mangelbegriff,¹⁶ der schon in den Ursprungsfassungen der §§ 459 I 1, 537, 633 I BGB von 1900 mit Verweisen auf die Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch angelegt war. Diese Regelungen waren jedoch bis zu den Reformen der Jahre 2001/2002¹⁷ durchweg auf Tauglichkeitseinschränkun-

13 Die eigentliche Wertschöpfung findet demnach nicht mehr auf Seiten des Unternehmens statt, sondern erfolgt immer gemeinsam mit dem Kunden, sog. *co-creation of value*.

14 Vgl. etwa *Brodie/Pels/Saren*, From Goods- toward Service-centered Marketing. Dangerous Dichotomy or an Emerging Dominant Logic?, in: Lusch/Vargo, *The Service Dominant Logic of Marketing*, New York/London 2006, S. 307 ff.

15 Zu letzteren grundlegend BGH NJW 2007, 2394.

16 Dazu ausführlich nunmehr *Schmidt-Kessel*, Das Ende des Gefahrübergangs?, in: Okino/Kasai/Sen (Hrsg.), *Hikaku Mimogaku no Shoraizo* (Zukunft des rechtsvergleichenden Privatrechts) – Festschrift für Takashi Oka, Tokyo 2020 zum 70. Geburtstag, Tokyo 2020, 319, 336-346.

17 S. das Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts (Mietrechtsreformgesetz) vom 19. Juni 2001, BGBl. 2001, I, 1149 sowie das Gesetz

gen durch – in der Terminologie von 1900 – Fehler beschränkt, mit denen die Sache respective das Werk „behaftet“ war. Während seinerzeit der Bezug zur Sachsubstanz noch klar im Fokus des Gesetzestextes stand,¹⁸ hat bereits das Reichsgericht damit begonnen, mehr und mehr substanzunabhängige Kontextbezüge in den Sachmängelbegriff hinein zu lesen.¹⁹

Die Mietrechtsreform 2001 beseitigte in § 536 I 1 BGB der heutigen Fassung den ausdrücklichen Sachbezug der – nunmehr als „Mangel“ bezeichneten – Ursache der Tauglichkeitsbeeinträchtigung, bevor mit der Schuldrechtsmodernisierung 2002 §§ 434, 633 II BGB die Verwendungseignung unmittelbar zum Qualitätskriterium machten. Im Jahre 2016 hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in einem Fall fehlender Herstellergarantie konsequenterweise dann für § 434 BGB klargestellt, daß „alle Beziehungen der Sache zur Umwelt“ für die geschuldete Qualität maßgebend sind, soweit sie „nach der Verkehrsauffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben“.²⁰ Schon zuvor hatte der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs mit den Entscheidungen „Blockheizkraftwerk“ und „Glasfassade“²¹ berechtigten Funktionalitätserwartungen – jedenfalls für den Werkvertrag – zusätzlich Vorrang vor der ausdrücklichen Leistungsbeschreibung eingeräumt.

Die Funktionen des Leistungsgegenstandes, also seine Verwendungsmöglichkeiten, prägen die berechtigten Qualitätserwartungen damit heute unabhängig von seinem physischen Zustand. Die damit etwa ebenfalls eröffnete Aufladung der geschuldeten Qualität mit vertragsferneren Erwartungen etwa ethischer, sozialer oder ökologischer Art hat längst begonnen und ist etwa über Art. 3 LebensmittelinformationspflichtenVO aber auch wegen zahlreicher CSR-Klauseln bereits regelmäßiger Gegenstand der Vertragsschlußkommunikation und wachsender Qualitätserwartungen.²² Vor

zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001, BGBl. 2001, I, 3138.

18 Hingegen sind die verschiedenen Rechtsmängelbegriffe des ursprünglichen BGB (§§ 434, 523, 541 BGB a.F.) von vornherein funktional, nämlich gegen die Sachentziehung gerichtet.

19 Vgl. *Schmidt-Kessel*, FS Oka (Fn. 16) 319, 338.

20 BGH NJW 2016, 2874. Die Frage nach dem Ursprung im Kaufgegenstand war in BGH NJW 2013, 1671 Rn. 10 und BGH NJW 2013, 1948, Rn. 15 noch ausdrücklich offen gelassen worden. Enger hingegen noch BGH BeckRS 2014, 17609, Rn. 17.

21 BGHZ 174, 110; BGHZ 201, 148.

22 S. etwa *Schmidt-Kessel*, Ethische Qualitätsstandards bei Lebensmittelverträgen, in: Möstl (Hrsg.), Nachhaltigkeit und Ethik im Lebensmittelrecht, Fachmedien Recht und Wirtschaft: Frankfurt 2017, 129 ff.

allem aber werden die Verwendungspotentiale und Nutzungsmöglichkeiten zum zentralen Inhalt der geschuldeten Leistung. Neben dem Leistungsgegenstand selbst rückt das in ihm verschlüsselte Bündel an Funktionen und Nutzungsmöglichkeiten in den Mittelpunkt. Zu Ende gedacht bedeutet dies auch, daß §§ 434, 536 I, 633 BGB auf dem Weg zum allgemeinen Inhaltsbestimmungsmechanismus für die vertraglich geschuldete Leistung sind.

2. Der Bedeutungsverlust des Gefahrübergangs – der Kauf als Dauerschuldverhältnis

Die wachsende Bedeutung des „Nutzens“ gegenüber dem „Haben“ kommt ferner in dem Umstand zum Ausdruck, daß die klassische Risikoverteilung mit einem Zeitpunkt des Gefahrübergangs spürbar an Bedeutung verliert und ständig wachsende – und teilweise auch gesetzgeberisch zu konkretisierende – Haltbarkeitserwartungen entstehen. In diesem Sinne habe ich anderen Orts bereits über das „Ende des Gefahrübergangs“ nachgedacht.²³ Wesentliche Treiber der Entwicklung sind dabei sowohl Nachhaltigkeitsüberlegungen als auch verschiedene Entwicklungen auf Märkten digitaler Inhalte. Sie treffen sich mit den zuvor erörterten Erwägungen über eine Funktionalisierung vertraglich geschützter Qualitätserwartungen, indem Haltbarkeit zur Funktion des Leistungsgegenstandes erhoben wird.

Haltbarkeitserwartungen zu Zwecken der Ressourcenschonung haben vielfach auf das Preis-Leistungs-Verhältnis bezogene Haltbarkeitserwartungen, wie sie etwa der Haltbarkeitsgarantie nach § 443 II BGB in erster Linie zugrunde liegen, umweltpolitisch erheblich aufgeladen. Das zeigen bereits aktuelle Debatten um den Wert von und Alternativen zu Mindesthaltbarkeitsdaten. Rechtspolitische Überlegungen zur Bekämpfung geplanter Obsoleszenz,²⁴ die lange vornehmlich auf eine Verlängerung von Gewährleis-

23 S. *Schmidt-Kessel*, FS Oka (Fn. 16). Siehe auch schon *Zöchling-Jud*, hat (in *Forgó/Zöchling-Jud*, Das Vertragsrecht des ABGB auf dem Prüfstand: Überlegungen im digitalen Zeitalter, Gutachten zum 20. Österreichischen Juristentag 2018, Band II/1, S. 219 f.) für embedded Software insoweit ein wenig vorsichtiger (und unter Andeutung hier weitgehend nicht behandelter Konsequenzen) formuliert: „Von allgemeinen Gefahrtragungsregeln müsste Abschied genommen werden, die Verjährung neu gedacht und ein effizientes Regresssystem geschaffen werden, um die für den Verkäufer mit einem solchen Modell verbundenen wirtschaftlichen Belastungen zumindest einigermaßen abzufedern“.

24 S. etwa *Brönecke*, Obsoleszenz interdisziplinär. vorzeitiger Verschleiß aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, Baden-Baden 2015.

tungs-, Verjährungs- und Beweislastumkehrfristen zielten, weisen in dieselbe Richtung.²⁵

Für die digitale Welt ergeben sich zusätzliche Impulse aus der erleichterten Kopierbarkeit von Daten und insbesondere digitaler Inhalte sowie aus den Anforderungen regelmäßiger Anpassungen an Systemumgebungen und Erfordernisse der IT-Sicherheit. Art. 8 II Digitale Inhalte Richtlinie sowie Art. 7 III Warenhandelsrichtlinie haben daraus die Konsequenz gezogen, dem Unternehmer für Sicherheitszwecke und zur Funktionserhaltung Updatepflichten aufzuerlegen.²⁶ In den Termini des BGB handelt es sich um Erhaltungspflichten nach Art des § 535 I 2 Hs. 2 BGB, welche die Richtlinien für verschiedene Zeitintervalle festschreiben. Für diese Fälle wird der Kauf damit – partiell – zum Dauerschuldverhältnis; für sie ließe sich § 433 I 2 BGB wie folgt umformulieren: „Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen und sie während der geschuldeten Dauer in diesem Zustand zu erhalten.“ – revolutionär aber erwartbar.

3. Vom punktuellen Austausch zum Dauerschuldverhältnis, insbesondere zum Dauernutzungsverhältnis

Überhaupt steht eine spürbare Ausweitung von Dauerschuldverhältnissen zu erwarten,²⁷ welche nicht ohne Folgen für das besondere und vor allem das allgemeine Schuldrecht bleiben kann und wird. Die zunehmende Ausgliederung einzelner Nutzungsmöglichkeiten von Leistungsgegenständen in eigene Geschäftsmodelle wird sowohl die Einordnung und Bewältigung

25 Siehe etwa *Latzel/Sausmikat*, *Obsoleszenz – wirtschaftsrechtlicher Rahmen für die Gebrauchsdauer von Produkten*, ZIP 2016, 1420 ff.

26 Dazu vorbereitend *Schmidt-Kessel*, *Richtlinie Digitale Inhalte: Anmerkungen zu möglichen Regeln für Updates*, unveröffentlichtes Positionspapier im Trilog zur Richtlinie Digitale Inhalte, 12/2017, <http://www.schmidt-kessel.uni-bayreuth.de/pool/dokumente/news-termine-pdfs/Trilog--Updates-Paper-12-2017.pdf>.

27 Sie wird wegen der begrenzten internationalen Verbreitung der allgemeinen dogmatischen Konstruktion „Dauerschuldverhältnis“ für Verträge über bestimmte oder (selten) unbestimmte Zeiträume vermutlich auch mit grundlegenden Debatten um eine konstruktive Erfassung solcher Rechtsverhältnisse verbunden sein. Für ein anderes Erklärungsmodell (mit abweichendem Anwendungsbereich), die Theorie der *relational contracts*, etwa *Macneil*, *The Many Futures of Contracts*, (1974) 47 *Southern California Law Review* 691 ff. und dazu aus deutscher Perspektive etwa *Oechsler*, *Wille und Vertrauen im privaten Austauschvertrag*, *RabelsZ* 60 (1996) 91 (109 ff.).

weiterer Dienstleistungsverträge als auch von Gebrauchsüberlassungen erforderlich machen. Dabei wird insbesondere die Grenzziehung zwischen der Sachmiete und dem – bislang zu wenig untersuchten – Dauerwerkvertrag zu entwickeln und legislatorisch anzupassen sein.²⁸ Diese Grenzziehung sollte nicht an der ohnehin schon durchlöcherten begrifflichen Begrenzung der Miete auf Sachen iSv § 90 BGB und auch nicht am Fruchtziehungselement der Pacht orientiert werden. Auch die – von den §§ 535 ff. BGB grundsätzlich erfaßte²⁹ jedoch dort nicht angemessen adressierte – besitzlose Miete wird mit steigender Zahl immaterieller Nutzungen verstärkter Aufmerksamkeit bedürfen.

Aber auch deutlich jenseits der Typen und Strukturfragen des besonderen Schuldrechts ist (sicher nicht allein aufgrund der noch vergleichsweise zurückhaltenden, ja rudimentären Beschlüsse des deutschen Juristentages von 2016³⁰) vor allem für das allgemeine Schuldrecht die eine oder andere Regelung auf den Prüfstand zu stellen. Insbesondere sollten wir uns – bereits aufgrund der neuen charakteristischen Leistungen und deren Qualitäten – fragen, ob es noch angemessen ist, den punktuellen Austausch zum Leitbild für das allgemeine Schuldrecht zu erheben.³¹ Vor allem die hypertrophe – und vom Bundesgerichtshof mit der Entscheidung zur Übernahmebestätigung³² bereits 2010 mit Recht verabschiedete – Dogmatik der Aufhebungsgründe der §§ 323 ff. BGB ist derjenigen der Kündigung aus wichtigem Grund ohnehin unterlegen. Vor allem aber bildet sie den allgemeinen Fall allenfalls noch eingeschränkt ab, wo doch schon die Mehrzahl der gesetzlich geregelten Vertragstypen Dauerverhältnisse oder zumindest eine gestreckte Vertragserfüllung betreffen – mit § 648 a BGB ist die Anwendbarkeit der Kündigung aus wichtigem Grund für letztere zumindest deutlich plausibler geworden. Jedenfalls die Begrenztheit der völlig rudimentären Regelung des Kündigungsrechts insgesamt – des ordentlichen

28 S. etwa aus der Perspektive des IT-Rechts *Kirn/Müller-Hengstenberg*, Überfordert die digitale Welt der Industrie 4.0 die Vertragstypen des BGB?, NJW 2017, 433 (438); *Conrad/Schneider*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 2. Aufl. München 2016, § 14 Rn. 98 ff. (für Softwarepflege).

29 RGZ 141, 99 (101 f.); BGHZ 65, 137 (140); BGH NJW 2007, 2394, Rn. 19 f. sowie aus dem Schrifttum statt aller MüKo-BGB/*Häublein* § 535 Rn. 67: „Besitzverschaffung ist kein konstitutives Element der Miete.“ (Hervorhebung des Originals entfernt).

30 S. die Beschlüsse 3, 18 c), 22-26 der Zivilrechtlichen Abteilung.

31 Für die Digitale Inhalte Richtlinie 2019/770 fällt in dieser Hinsicht die Bestimmung des Standardfalles („fortlaufende Bereitstellung über einen Zeitraum“ oder „einmalige Bereitstellung“) bereits schwer.

32 BGH NJW 2010, 2503.

wie des außerordentlichen – erscheint vor diesem Hintergrund wenig verständlich und läßt Änderungs- oder doch zumindest Forschungsbedarfe deutlich erkennen.³³

Wenn wir mit einer wachsenden Bedeutung des Nutzens und damit von Dauerschuldverhältnissen rechnen müssen, wären aber auch weitere Punkte in den Blick zu nehmen, etwa der richtige Zeitpunkt von Wirkungen der Kündigung als Rechtsbehelf bei Pflichtverletzungen,³⁴ die Abwicklung von Vorleistungen oder der Anbieterwechsel (über § 312h BGB hinaus). Angesichts der weitgehenden Abbildbarkeit von Kündigungsfolgen mit den Mitteln des § 346 BGB ließe sich vielleicht sogar fragen, welchem Zweck die Trennung von Kündigung und Rücktritt überhaupt noch zu dienen vermag.

Auch auf der dinglichen Ebene dürfte eine solche Entwicklung zum „Nutzen“ nicht ohne Folgen bleiben: Es ist doch bemerkenswert, daß sich ausgerechnet die Rechtsordnung des Abstraktionsprinzips – nach dem Bedeutungsverlust des Nießbrauchs – bislang kaum Gedanken darüber gemacht hat, wie mit Verträgen umzugehen ist, bei denen der Vertrag die Befugnis des Rechts zum Besitz gleich selbst bereit stellt, also nicht einmal eine Trennung gegeben ist. Die wenigen Ausführungen zum früher einmal umstrittenen Besitzmittlungsverhältnis bei nichtigem Vertrag³⁵ ersetzen ein Durchdenken des Fragenkreises nicht. Wie praktisch wichtig er ist, läßt sich etwa an der Frage ablesen, wie mit Nutzungsbefugnissen für personenbezogene Daten qua Vertrag nach Art. 6 I lit. b DSGVO bei Zweifeln an dessen Wirksamkeit umzugehen ist³⁶ und wie sich datenschutzrechtli-

33 Grundlegend für das deutsche Recht allerdings bereits *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, Tübingen 1994. Zur (auch historischen) Fragwürdigkeit des Gestaltungsdogmas in diesem Zusammenhang bei der Kündigung etwa *Hattenhauer*, Einseitige private Rechtsgestaltung, Tübingen 2011, insbes. S. 259 ff.

34 Im Einklang mit einer in Europa verbreiteten Lösung (vgl. Art. 9:309 PECL, Art. III.–3:511 DCFR; siehe aber Art. 7.3.7 PICC) ordnet Art. 16 I Uabs. 2 Digitale Inhalte Richtlinie 2019/770 bei Vertragsaufhebung die Rückabwicklung auch von Dauerschuldverhältnissen („Bereitstellung über einen Zeitraum“) insoweit an, als die digitalen Inhalte oder digitalen Dienstleistungen nicht in vertragsgemäßem Zustand waren.

35 BGH NJW 1955, 499; BGHZ 96, 61 (65); Staudinger/*Gutzeit* § 868 Rn. 16; MüKo-BGB/*Joost* § 868 Rn. 15 f.; *Wieling*, AcP 184 (1984) 438 (440 ff.). Anders teilweise die frühere Rechtsprechung: RGZ 86, 262 (265) (fehlende Vertretungsmacht); RGZ 98, 131 (134) (Geschäftsunfähigkeit). Das Reichsgericht spricht teilw. Ausdrücklich von einer *causa detentionis* (RGZ 86, 262 [265]).

36 Für ein Entfallen der Rechtfertigung etwa *Ehmann/Sehlmayr/Heberlein*, DSGVO, Art. 6 Rn. 13.

che Einwilligung – als Begründung der Nutzungsbefugnis – und zugehöriger Vertrag zueinander im Hinblick auf Trennung und Abstraktion verhalten – Fragen, die in Europa nicht und nicht einmal an meinem Lehrstuhl einheitlich beantwortet werden³⁷ Zu den klärungsbedürftigen Punkten wird dabei auch gehören, ob es sich noch lohnt, Lösungen in diesem Bereich aus Verallgemeinerungen von Lizenzdenken aus dem geistigen Eigentum abzuleiten – immerhin darf die Digitale Inhalte Richtlinie 2019/770 zusammen mit Art. 7 PortabilitätsVO 2017/1128 auch als Akt der Zurückdrängung urheberrechtlichen Lizenzdenkens zugunsten des Vertragsrechts interpretiert werden.

4. Aufgabe alter Reflexe

Zu den Herausforderungen der kommenden Dekaden wird auch die Überwindung von überkommenen Automatismen und Reflexen gehören. Die Diskussion um ein Dateneigentum etwa zeugt von einem solchen Reflex: Das mühsam über Jahrhunderte hinweg gegen alle ständischen Widerstände erkämpfte ungeteilte bürgerliche Eigentum trägt unsere Rechtsordnung wie auch rechtspolitische Grundauffassungen in solchem Maße, daß bereits Aufgliederungen durch Immaterialgüterrechte und deren Sonderpositionen auf Akzeptanzprobleme stoßen. Diese werden insbesondere durch den Erschöpfungsgrundsatz der §§ 17 II, 69 c Nr. 3 UrhG, durch Befugnisse zur Privatkopie (§ 53 UrhG) und eine Reihe weiterer Instrumente³⁸ nur mühsam im Zaume gehalten werden. Auch der Torso des Art. 7 PortabilitätsVO 2017/1128 wie die Debatte um eine Ausweitung digitaler Erschöpfung auf mediale Inhalte³⁹ belegen die engen Grenzen der Akzeptanz – jedenfalls aus Sicht von Leistungsempfängern. Gleichwohl dürfte die ordnende Kraft von § 903 S. 1 BGB mit seiner Totalität – die von interessierten

37 Für ein Trennungsprinzip und die Zulässigkeit (aber nicht Gebotenheit) eines Abstraktionsprinzips im Falle der Einwilligung nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO *Schmidt-Kessel*, Consent for the Processing of Personal Data and its Relationship to Contract, in De Franceschi/Schulze (Hrsg.), Digital Revolution – New Challenges for Law, München/Baden-Baden 2019 (im Erscheinen). Kritisch gegenüber einer „artifizialen“ Trennung *Pertot*, in *Schmidt-Kessel/Pertot*, „Donazione“ di dati personali e risvolti successori, in: Scola/Tescaro (Hrsg.), Casi controversi in materia di diritto delle successioni, Volume II – Esperienze straniere, Neapel 2019, S. 899 (911 Rn. 35).

38 S. *Stieper*, Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung, MMR 2012, 12 ff.

39 Zu beiden etwa *Grünberger*, Verträge über digitale Güter, AcP 218 (2018) 213 (260 ff.).

Kreisen etwa bei der Zuweisung von Nutzungsrechten an Fahrzeugdaten nur allzu gerne schlicht übergangen wird⁴⁰ – ihre zeitlichen Grenzen erreicht haben. Bei der notwendigen Ausdifferenzierung eines Systems von Nutzungsrechten und der damit verbundenen Aufweichung der konzeptionellen Totalität bürgerlichen Eigentums⁴¹ werden aber auch die Grenzen zu bedenken sein, die vor allem Persönlichkeitsrechte und Ordnungspolitik erfordern.

Fast ebenso wichtig ist die Berücksichtigung der berechtigten Erwartungen der Leistungsempfänger, die sich gerade nicht aus der Rechtsposition des Rechteinhabers, sondern aus der Kommunikation des Leistungserbringers – häufig genug eines Retailers – und mithin aus dem schuldrechtlichen Vertragsinhalt ergeben. Diese berechtigten Erwartungen entfalten eine im Ansatz von der Rechtsposition des Leistungserbringers unabhängige Wirksamkeit und legitimieren weit mehr noch als urheberrechtliche Erwägungen – schuldrechtliche oder urheberrechtliche – Erschöpfungswirkungen: Zum rechtspolitischen Kern von Trennung und Abstraktion zählt eben auch, daß der Schuldner mehr versprechen kann, als ihm zur Verfügung steht.⁴²

Herausfordernder noch als die Ausdifferenzierung von Nutzung und Nutzungsrechten gegenüber dem totalen Zugriff des § 903 S. 1 BGB ist die offenbar tiefe vorrechtliche Verwurzelung der Besitzpublizität im weitesten Sinne und ihrer Rechtsfolgen besonders in Gestalt der daran geknüpften Eigentumsvermutung etwa des § 1006 BGB, des § 372 ABGB oder des Art. 930 ZGB. Die Ausdifferenzierung eines Systems von Nutzungsrechten ist mit der herkömmlichen Haltung eines „Wer hat der darf“ bereits im Ansatz kaum noch in Einklang zu bringen. Insbesondere für digitale Märkte wird die bereits faktische Publizitätswirkung der tatsächlichen Inhaberschaft oder Kontrolle schon kraft der Nichtrivalität und Kopierbarkeit von Daten erheblich geschwächt.⁴³ Gerade bei fremden personenbezogenen Daten läßt sich schon aufgrund des Verbotsprinzips, der Zweckbin-

40 Deutlich differenzierter denn auch *Zech*, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegungen zu einem „Recht des Datenerzeugers“, CR 2015, 137 ff. und *Zech*, Data as a tradeable commodity, in De Franceschi (Hrsg.), *New Features of European Contract Law – Towards a Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge 2016, S. 51 ff. Gänzlich anders *Amstutz*, Dateneigentum. Funktion und Form, AcP 218 (2018) 438 ff.

41 Hierzu demnächst *Pertot* (Hrsg.), *Rechte an Daten*, Tübingen 2020 (im Satz).

42 *Schmidt-Kessel*, Verträge über digitale Inhalte – Einordnung und Verbraucherschutz, K&R 2014, 475 (479); *Grünberger* (Fn. 39) AcP 218 (2018) 213 (275 f.).

43 Wo Nichtrivalität und Kopierbarkeit hingegen technisch belastbar eingeschränkt werden – etwa durch Nutzung der Distributed-Ledger-Technologie – kommt hin-

dung und der breiten Kontrollbefugnisse des Betroffenen – die man nicht als querulatorisch diffamieren, sondern auch in ihrem privatrechtsstrukturellen Wert ernst nehmen sollte – eine Vermutung für die Berechtigung des Verantwortlichen nicht mehr aufrechterhalten.⁴⁴

II. Von der Geldwirtschaft zu (atypischen) Tauschgeschäften?

Weitaus weniger fortgeschritten sind die übrigen Wandlungen grundlegender Privatrechtsinstitutionen, auf die ich hier eingehen möchte. Das betrifft zunächst neue Formen der Entgeltlichkeit von Leistungen. Zunehmend ist nicht allein eine monetäre Gegenleistung die Basis des Verdienstes des Erbringers einer – alten oder neuen – charakteristischen Leistung. Das Erdulden von Werbung, die Teilnahme an Evaluationen und sonstigen Reputationsmechanismen und insbesondere das Phänomen eines Zahlens mit Daten sind nur die bekanntesten Elemente, die gelegentlich die Gegenleistung bilden, häufig aber auch Entgelte ergänzen – etwa bei Teilnahme an Rabattsystemen oder auch in der sog. Telematikversicherung.⁴⁵ Andere Beispiele ergeben sich etwa in Form sozialer Kontakte – beispielsweise beim Couchsurfing.⁴⁶

Für diese neuen *reward*-Formen stellt sich zivilrechtlich zunächst einmal die Frage, ob sie sich als Leistungsgegenstände überhaupt angemessen im geltenden Privatrecht abbilden lassen. Ferner sind sie vielfach – anders als der Tausch nach § 480 BGB, § 1045 ABGB oder Art. 237 OR – nicht auf die typische Bilateralität gegenseitiger Verträge zugeschnitten, so daß nach der

gegen eine Annahme von Publizitätswirkungen durchaus in Betracht. Konsequenz in diesem Sinne etwa nunmehr für Liechtenstein Artt. 5 II, 9 Token- und VT-Dienstleister-Gesetz mit Inhaberschaftsvermutung und gutgläubigem Erwerb. Ein *numerus clausus* der Wertpapier ist bei dieser Regelung freilich nicht mehr recht erkennbar – alternativ wird Verbraucherpolitik in erheblichem Umfang Maßnahmen gegen die Nutzung entsprechender Instrumente und ihrer wechselsequivalenten Wirkungen durch Private erforderlich machen.

44 Das gilt insbesondere im Hinblick auf den datenschutzrechtlichen Zweckbindungsgrundsatz: Das „Haben“ von Daten ist nur Verarbeitungsform, die kaum andere Verarbeitungen legitimiert.

45 Hierzu *Schmidt-Kessel/Grimm* (Hrsg.), *Telematiktarife & Co. – Versichertendaten als Prämienersatz*, Karlsruhe 2018; *Pertot*, *Kfz-Versicherung und Telematik-Tarife: Die neue Gesetzesregelung in Italien*, *VersR* 2018, 271 ff.

46 Dazu (aus betriebswirtschaftlicher Sicht) *Geiger/Horbel/Germelmann*, "Give and take": how notions of sharing and context determine free peer-to-peer accommodation decisions, *Journal of Travel & Tourism Marketing* 35 (2018) 5 ff.

Eignung der überkommenen Strukturen des Synallagma für die neuen Gegenleistungsformen zu fragen ist. Für diese Vergütungsformen ist auch die – gewohnte – Abwesenheit einer detaillierten Preiskontrolle unterhalb der Sittenwidrigkeitsschwelle und außerhalb von Regulierung und der Kontrolle von Preisnebenabreden keine Selbstverständlichkeit.

1. Neue Gegenleistungen und earning models

Nicht erst durch qua Gegenleistung entfernbare Werbebanner – wie etwa ursprünglich bei der im Jahre 2000 eingerichteten Domain www.junge.zivilrechtswissenschaftler.de – und Werblocker wissen wir um die Werbefinanziertheit vieler Angebote im Internet. Allerdings ist die Möglichkeit, Zugang zu Leistungen durch Erdulden von Werbung billiger oder überhaupt zu erhalten, erheblich älter. Um so erstaunlicher ist der Umstand, daß diese Finanzierungsform im Verhältnis des werbenden Leistungserbringers zum Werbung empfangenden Leistungsempfänger – anders als die Vertragsverhältnisse zwischen dem Leistungserbringer und dessen Werbekunden oder Sponsor – vertragsrechtlich kaum untersucht ist. Wir begnügen uns bislang mit den deutlich anders akzentuierten, vornehmlich lauterkeitsrechtlichen Werbeschränken⁴⁷ sowie ggf. mit Berufs- und Regulierungsrecht.⁴⁸ Dabei liegt nach allgemeinen zivilrechtlichen Maßstäben die Einordnung der Werbeduldung als Gegenleistung jedenfalls dann nicht fern, wenn der Zugang zu einem Angebot von der (Er-)Duldung der Werbung abhängig gemacht wird. Als Leistungsgegenstand läßt sich eine solche Werbeduldung, die ggf. auch mit einer Einwilligung nach § 7 II Nr. 2 oder 3 UWG verbunden werden muß, zumindest über den Rückgriff auf § 241 I 2 BGB einordnen.⁴⁹ Folgt man dem, steht auch einer Integri-

47 Siehe insbesondere BGH NJW 2004, 3032 (Werblocker I) und BGH NJW 2018, 3640 (Werblocker II). Aus dem Schrifttum etwa *Alexander*, Werblocker und Medienfinanzierung, NJW 2018, 3620 ff.; *Ziebarth*, Nutzer von Werblockern als Adressaten gezielter Werbung?, VuR 2018, 257 ff.

48 S. etwa *Zurth/Pless*, #transparenz: Die Kennzeichnung nutzergenerierter Werbung in sozialen Netzwerken unter der neuen AVMD-Richtlinie, ZUM 2019, 414 ff., 457 ff.

49 Ausdrücklich für die Anwendbarkeit auf Duldungspflichten etwa BeckOK-BGB/*Sutschet* § 241 Rn. 37 (unter Berufung auf § 890 ZPO) und MüKo-BGB/*Bachmann* § 241 Rn. 19.

on in ein Synallagma iSd §§ 320 ff. BGB nichts im Wege.⁵⁰ Die Folgen können erheblich sein, etwa im Hinblick auf Informationspflichten und Widerrufsrechte, wobei die §§ 355 ff. BGB derzeit wohl mit nicht monetären Gegenleistungen überfordert wären.⁵¹ Soweit keine monetäre Gegenleistung Voraussetzung für die Vertragstypenzuordnung ist, bleibt es vermutlich bei der Anwendung des für die charakteristische Leistung maßgebenden Vertragstyps. Ob dies auch für die rein passive Duldung von Werbung gilt, wird auch davon abhängen, daß beiderseits ein hinreichender Rechtsbindungswille vorliegt, was im Einzelfall schwer feststellbar sein kann.

Die Abgabe von Bewertungen oder die Bedienung sonstiger Reputationsmechanismen, insbesondere das Setzen von Likes, ist ebenfalls vor allem wettbewerbsrechtlich diskutiert.⁵² Auch hier bereitet die Qualifikation als Leistung iSd § 241 I BGB und damit auch als mögliche Gegenleistung iSd §§ 320 ff. BGB – vorbehaltlich des Rechtsbindungswillens und entsprechender Vertragsauslegung – keine unüberwindlichen Schwierigkeiten. Jedenfalls soweit Zugänge von der Vornahme entsprechender Bewertungen abhängig gemacht oder Rabatte eingeräumt werden, liegt eine entsprechende Qualifikation der betroffenen Verträge jedenfalls nicht völlig fern.

Nicht nur im Hinblick auf Art. 3 I Uabs. 2 Digitale Inhalte Richtlinie ist ferner das Phänomen des „Zahlens mit Daten“ Gegenstand ausführlicher Erwägungen, für die als grundlegend die Monographie von *Carmen Langhanke* zu nennen ist.⁵³ Im komplizierten Zusammenspiel datenschutzrechtlicher Vorgaben und schuldrechtlichem Rahmen dürfte hier derzeit

50 S. *Holznel*, Overblocking durch User Generated Content (UGC) – Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?, CR 2018, 369, 370 ff.

51 Richtigerweise wäre wohl Wertersatz nach oder entsprechend § 346 II Nr. 1 BGB zu leisten, vgl. § 361 I BGB.

52 S. etwa *Schirmbacher*, Lauterkeitsrechtliche Fragen bei Feedbacksystemen, in *Blaurock/Schmidt-Kessel/Erler* (Hrsg.), Plattformen – Geschäftsmodelle und Verträge, Baden-Baden 2018, 211 (215).

53 *Langhanke*, Daten als Leistung, Tübingen 2018. Zum Folgenden ferner *Langhanke/Schmidt-Kessel*, Consumer Data as Consideration, EuCML 2015, 218 ff.; *Metzger*, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 216 (2016) 817 ff.; *Wendehorst/v. Westphalen*, Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht, NJW 2016, 3745; *Schmidt-Kessel/Grimm*, Unentgeltlich oder Entgeltlich? – der vertragliche Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten, ZfPW 2017, 84 ff.; *Specht*, Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, JZ 2017, 763 ff.; *Sattler*, Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand, JZ 2017, 1036 ff.; *Hacker*, Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO und allgemeinem Vertragsrecht, ZfPW 2019, 148 ff.

in Deutschland die Auffassung herrschend sein, daß Kern der Leistung des Zahlers und Datenschuldners die Begründung einer Nutzungsbefugnis regelmäßig durch datenschutzrechtliche Einwilligung ist, die ggf. um die Begründung der tatsächlichen Nutzungsmöglichkeit zu ergänzen ist, falls der Datengläubiger ausnahmsweise nicht schon über die Daten oder den Zugang dazu verfügt. Die Einordnung als tauglicher Leistungsgegenstand wird durch die Möglichkeit des jederzeitigen Widerrufs der Einwilligung nicht gehindert, wobei sich freilich Besonderheiten hinsichtlich der Ausgestaltung und Grenzen der entstehenden Verpflichtung und hinsichtlich der damit verbundenen Rechtsbehelfe ergeben. So deutet sich der Streit an, ob die Begründung einer Obligation mit Schadensersatzansprüchen wegen einer Nichterfüllung mit den Vorgaben des Datenschutzrechts vereinbar ist oder – richtigerweise – nicht. Es gehört nicht viel Mut zu der Prognose, daß die nächsten 30 Jahre insbesondere an dieser Stelle erhebliche Entwicklungen erwarten lassen. Insbesondere erscheint der weitere Ausbau des elementar vorliegenden Datenschuldrechts durch Wissenschaft und Gesetzgebung erforderlich, um den Wert der Daten und der eingeräumten Nutzungsbefugnisse an den verschiedenen Schnittstellen künftig besser abbilden zu können.

2. *Eignung des Synallagma?*

Zu bedenken ist freilich, daß in allen drei hier behandelten Konstellationen regelmäßig eine Mehrzahl – häufig sogar eine Vielzahl – an Personen an dem Prozeß beteiligt sind, welcher der Verwertung der Gegenleistung, also der Schöpfung der Erträge daraus, zugrunde liegen. Einzelne Testimonials etwa mögen zwar als Reputationsmechanismus geeignet sein, regelmäßig ist es aber erst die Vielzahl der Nutzer, Aktionen und Daten, welche die Vergütungsfunktion der verschiedenen *rewards* erst eröffnet. Im Sinne der erwähnten *Service Dominant Logic* wird es sich zumindest regelmäßig um Wertschöpfungen durch *Co-creation* handeln.

Ist unter diesen Bedingungen das Synallagma – auf dessen Grundideen die obigen Kurzanalysen beruhen – die geeignete Figur, zur Behandlung der Gegenseitigkeitssituation, oder ist vielmehr auf mehrseitige Personenverhältnisse als Modell zurück zu greifen? Die Frage ist schon deshalb nicht ganz einfach zu beantworten, weil mit der Projektion von Mehrseitigkeiten und Netzwerkeffekten in ein bilaterales Synallagma erhebliche und für die drei genannten Formen möglicher Gegenleistungen nur wenig untersuchte Risikozuweisungs- und Risikoverteilungswirkungen verbunden sind und die Antwort auf die Frage einer Eignung des Synallagma

nicht zuletzt von diesen Entscheidungen über Risiken und deren Zuweisung abhängt.⁵⁴

Ich denke auch zu diesem Punkt dürfen wir in dreißig Jahren neue Antworten erwarten. Gleich wie die Entscheidung am Ende ausfällt, sollte dabei freilich bedacht werden, welcher besonderer Rationalitätsgewinn mit der Projektion in das bilaterale Verhältnis⁵⁵ verbunden ist: Der Zivilprozeß lebt von der Bilateralität, während die Mechanismen der Einbeziehung Dritter, also vornehmlich die §§ 59 ff. und 64 ff. ZPO mit den darauf verweisenden Bestimmungen nicht frei von Schwerfälligkeit sind. Für Massenverfahren sind diese Bestimmungen nicht gemacht – auch nicht unter den Bedingungen etwa von Smart Enforcement. Inwieweit die vertragsrechtliche Erschließung von Plattformen und ähnlichen Intermediären hierzu einen substantiellen Beitrag leisten können, wird ebenfalls die Zukunft erweisen.

3. Eine neue Preiskontrolle?

Dem deutschen Privatrecht liegt das Prinzip freier Preisbildung am Markt zugrunde. Selbst für das Verbraucherschutzrecht, für welches die Preisfairneß ein gesondertes Schutzziel bildet,⁵⁶ und das Arbeitsrecht, die beide in erheblichem Maße in die Preisbildung eingreifen und über Mindestlohn und Gebührenordnungen sogar partielle Festlegungen treffen, ist der Ausgangspunkt der Preisbildung am Markt selbstverständlich. Und sogar das zur Übergriffigkeit neigende AGB-Recht macht vor einer Kontrolle des

54 Grundlegend hierzu aus der Perspektive des Synallagma *Heermann*, Drittfianzierte Erwerbsgeschäfte. Entwicklung der Rechtsfigur des trilateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und U.S.-amerikanischer Rechtsentwicklungen, Tübingen 1998, S. 138 ff. Aus gänzlich anderer Perspektive (Netzwerke) ferner *Lange*, Das Recht der Netzwerke. moderne Formen der Zusammenarbeit in Produktion und Vertrieb, Heidelberg 1998, 105 f., 194 ff., *Rohe*, Netzverträge. Rechtsprobleme komplexer Vertragsverbindungen, Tübingen 1998, 14 ff., 85 ff., 141 ff. sowie *Teubner*, Netzwerk als Vertragsverbund, Baden-Baden 2004, 114 ff., 129 ff., 138 ff.

55 Auf die Art und Weise dieser Projektion zielen die meisten Überlegungen zu Vertragsnetzwerken und Multipolaritäten, s. etwa *Grünberger* (Fn. 39) AcP 218 (2018) 213 (280 ff.).

56 *Schmidt-Kessel*, Lehrbuch Verbraucherrecht, Bayreuth 2018, Rn. 117 ff.

Preises selbst halt.⁵⁷ Allein das – bereits biblische – Wucherverbot bildet hier eine praktisch kaum noch genutzte Grenze.

Diese Freiheit der Preisbildung ist in ihrer heutigen Allgemeinheit historisch keine Selbstverständlichkeit, sondern hat sich erst im Gefolge der französischen Revolution ganz langsam durchgesetzt. Selbst im liberal geprägten BGB von 1900 belegen die mehrfachen Verweise auf Taxen und die taxmäßige Vergütung (§§ 612 II, 623 II, 653 II BGB) eine gewisse Selbstverständlichkeit staatlicher Preiskontrollen. Bemerkenswert ist immerhin die zeitliche Koinzidenz der Etablierung freier Preisbildung mit der Festigung des modernen Währungs- und Geldrechts.

In ihrem Kern erfordert die Freiheit der Preisbildung vor allem funktionierende Märkte ohne Marktbeherrschung und Monopole.⁵⁸ Diese wiederum setzen ein vergleichsweise hohes Maß an Transparenz also die Abwesenheit zu großer Informationsasymmetrien voraus. Dabei wird meines Erachtens im Privatrecht – aber auch in den Wirtschaftswissenschaften – zu häufig der Umstand unterschätzt, daß das Transparenzerfordernis auch eine Einschätzbarkeit des Wertes der Gegenleistung erfordert. Diese ist für die Ortswährung auch bei verletzlichen Verbrauchern in aller Regel gegeben – daß der Liter Milch nicht fünf Euro kostet, weiß zwar bekanntlich nicht jeder Jura-Professor, aber darf doch im Regelfall angenommen werden.

Für die Zukunft müssen wir uns darauf einstellen, daß die Veränderungen bei den Gegenleistungen zu einem erheblichen Transparenzverlust und damit zu dysfunktionalen Märkten führen werden und bereits geführt haben.⁵⁹ Wenn ein äußerst renommierter Zivilrechtslehrer bei der letzten Tagung der Zivilrechtslehrervereinigung beispielshalber von einem Autokauf zum Preis von 1.000 Bitcoin spricht und ihm dabei ganz offensichtlich das Gefühl für den Marktwert der Kryptowährung fehlt (Kurs heute morgen etwas über 9.000 €/Bitcoin), kennzeichnet das nur die Spitze des Eisberges. Für die soeben behandelten Gegenleistungen – Werbungsduldung, Bewertungen und Likes sowie Nutzungsrechte an personenbezogenen Daten – fehlen Bewertungsmaßstäbe bislang sogar ganz generell. Die Entwicklung sog. natürlicher Monopole der großen Tech-Konzerne hat

57 S. § 307 III BGB sowie etwa EuGH, Urt. v. 3. 6. 2010 – C-484/08 (*Caja de Aborros y Monte de Piedad de Madrid/Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios*).

58 Sehr pointiert unterstreichen dies unlängst etwa *Posner/Weyl*, *Radical Markets. Uprooting Capitalism and Democracy for a just Society*, Princeton 2018 und ziehen daraus besonders (markt-)radikale Konsequenzen auch für das Privatrecht.

59 Wie hier der Sache nach *Schwintowski*, *Preistransparenz als Voraussetzung funktionsfähigen (digitalen) Marktwettbewerbs*, NJOZ 2018, 841 ff.

aber nach meiner Überzeugung seine Ursache auch in einem Marktversagen: unsere personenbezogenen Daten sind schlicht zu billig.⁶⁰

Wir werden uns also fragen müssen, ob die Freiheit der Preisbildung – die für das Privatrecht essentiell, ja beinahe konstitutiv ist – für die neuen Gegenleistungen in dem uns vertrauten Umfang aufrechterhalten werden kann. Dabei darf nicht verkannt werden, daß für die klassischen monetären Entgelte das Privatrecht auf ein ausgefeiltes und gereiftes Geld- und Währungsrecht zurückgreifen kann und Geldfälschung und Münzverschlechterung für das Privatrecht heute marginalisiert sind. Für die Werbeduldung, Bewertungen und Likes und Nutzungsrechte an personenbezogenen Daten fehlt es hingegen an einer entsprechenden Regulierung und Standardisierung, so daß das Privatrecht hier – zumindest vorübergehend – weitaus mehr freiheitsbeschränkende und regulierende Aufgaben wird übernehmen müssen, als wir das derzeit gewohnt sind.⁶¹ Die geradezu manchesterkapitalistischen Zustände auf den Datenmärkten, sind auch ein starkes Indiz dafür, wie groß das Regulierungsdefizit derzeit ist. ’

Für unsere Zivilrechtswissenschaft heißt dies auch, daß der Forschung hier eine echte Freiheitsbewahrungsfunktion zukommt: Solange wir mit der Analyse der schuldrechtlichen Verhältnisse nicht weiter sind, wird eine kartell- und wettbewerbsrechtlich oder regulierungsrechtlich agierende Ordnungspolitik nicht viel ausrichten können.

III. Multilateralität und Multipersonalität statt Dichotomie von Bilateralität und erga omnes-Effekten?

Trotz aller Debatten um Urheberrechte und Dateneigentum⁶² und auch trotz verschiedener Schritte des Gesetzgebers scheint mir die Entwicklung bei der Zuweisung von Vermögenspositionen noch am offensten zu sein. Zwar können wir hier mit den bewährten Instrumentarien und deren Anpassung viele Fragen – etwa des Dateneigentums – provisorisch beantworten und tun dies – teilweise unter heftigsten politischen Auseinandersetzungen – auch immer wieder. Die zugehörigen abstrakteren Verteilungs-

60 Vgl. den Vorschlag bei *Posner/Weyl* (Fn. 58) insbesondere S. 246-249. Zurückhaltender offenbar *Peitz/Schweitzer*, Ein neuer europäischer Ordnungsrahmen für Datenmärkte?, NJW 2018, 275 ff.

61 Das reicht bishin zu einem möglichen Einsatz des Wucherverbots und der Wucherstrafbarkeit, vgl. *Schmidt-Kessel*, Lehrbuch Verbraucherrecht, Bayreuth 2018, Rn. 367.

62 S. demnächst *Pertot* (Hrsg.), Rechte an Daten, Tübingen 2020 (im Satz).

debatten haben aber – etwa mit *Katharina Pistor*s sehr lesenswertem Buch „The Code of Capital“⁶³ – gerade erst begonnen. Im Kern geht es politisch um die klassische Frage, die Inhaber welcher Produktionsfaktoren (Daten, Kapital und Arbeit insbesondere) in welchem Maße an der Wertschöpfung partizipieren sollen. Durch die in Kontinentaleuropa bestehende besondere personale Anbindung der neuen Gegenstände sowohl im Immaterialgüter- als auch und ganz besonders im Datenschutzrecht erhält dieser Verteilungskonflikt freilich eine besondere auch interkulturelle Note. Hier zeichnet sich ein neuer Wettbewerb der Systeme ab – sowohl die USA wie auch China treffen ihre Grundentscheidungen anders.

Für das Privatrecht stellt sich hier meines Erachtens besonders die Frage, wie wir diese Verteilungsfragen künftig mit den Mitteln unserer Disziplin organisieren wollen. Auch hier sind grundlegende Setzungen unserer Privatrechtsordnung tangiert. Insbesondere werden wir die Frage zu beantworten haben ob und in welchem Maße eine Privatrechtsordnung auch künftig von der Dichotomie aus einer Relativität von Verträgen und Schuldverhältnissen einerseits und absoluten Rechten mit *erga omnes*-Wirkungen andererseits beherrscht sein soll – dabei dürfen wir auch nicht aus dem Auge verlieren, daß die deutsche Rechtsordnung bei rechtsvergleichender Betrachtung durch Trennungs- und Abstraktionsprinzip hier eine Extremposition hinsichtlich der Schärfe der Gegenüberstellung beider dichotomen Elemente einnimmt.

Zumindest für digitale Märkte stößt – wie bereits gesehen – jedenfalls die Kategorie des absoluten Rechtes an Grenzen, vor allem wenn die Absolutheit wie beim Sacheigentum mit der Idee einer Vollständigkeit des Befugnisbündels und der Übertragbarkeit verknüpft wird. Die personale Radizierung von Immaterialgüterrechten und Datenschutz führt zu einer fortwährenden – verfassungsrechtlich abgesicherten und daher kaum überwindbaren – Relativität aller weiteren, abgeleiteten Rechtspositionen. Ein von der Bezugsperson abgelöstes und auch gegen diese durchsetzbares absolutes Recht ist damit nur in Grenzen möglich. Auch bilaterale Verträge stoßen an schwer überwindliche Grenzen, weil sie die Komplexität von Netzwerken und Nachhaltigkeitsaspekten auf den bilateralen Interessenausgleich reduzieren und von ihrer Funktion her reduzieren müssen.

Sind also Multilateralität und Multipersonalität von Rechtsverhältnissen und Statusbeziehungen die Antwort – eine Mischung relativer und absolu-

63 *Pistor*, *The Code of Capital*, Princeton 2019. Verweisen möchte ich zudem erneut auf *Posner/Weyl* (Fn. 58).

ter Rechte in neuen Figuren?⁶⁴ Im deutschen Rechtssystem finden sich bislang nicht viele Beispiele dafür, unterhalb der Ebene absoluter Rechte aber jenseits der Relativität von Schuldverhältnissen Rechtspositionen zu etablieren, die zwischen relativ und absolut changieren. Am ehesten passen die deliktisch akzeptierten Rahmenrechte des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs sowie der Zuweisungsgehalt bei der Eingriffskondition zu diesem Erwartungshorizont. Dabei sind alle drei Rechtspositionen in der wissenschaftlichen Bearbeitung auffällig wenig durch Bezugnahmen auf Multilateralität und Multipersonalität geprägt,⁶⁵ obwohl diese als jeweils wertbildende Faktoren durchaus nahe lägen. Möglicherweise liegt ein Teil des Erfolgsgeheimnisses aus der Perspektive von Wissenschaftsmarketing auch darin, daß die Verfechter der drei Ansätze es unterlassen haben (oder gar mußten), die Verortung zwischen relativen und absoluten Positionen allzu offensiv zu betreiben. Der fehlende Vermögensschutz durch das Deliktsrecht im Allgemeinen läßt sich demgegenüber auch als grundsätzliche Verweigerung einer systematischen Abbildung multipolarer Rechtsbeziehungen deuten – das belegen die vertragsrechtlich organisierten Aufweichungen durch Drittschadensliquidation und Schutzwirkungen zugunsten Dritter.⁶⁶

Gleich wie eine künftige Entwicklung verlaufen wird, darf dabei – erneut – das Zusammenspiel mit dem Prozeßrecht nicht übersehen werden. Die Bilateralität des Zivilprozesses spricht ja bereits der Annahme absoluter Rechte Hohn – die vielfach unterschätzte § 1007 BGB entfaltet hier einen erheblichen strukturellen Eigenwert. Verfahren zur Klärung von Rechtspositionen *erga omnes* sind die große Ausnahme und werden es vermutlich auch bleiben. Die öffentlich-rechtliche Eigentumszuweisung in der Zwangsversteigerung könnte aber vielleicht als Beleg dafür gewertet werden, daß wir bei *erga omnes*-Wirkungen staatlicher Verfahren sogar das Privatrecht als solches verlassen. Ob sich demgegenüber die neue Musterfeststellungsklage und die UWG- und UKlaG-Beseitigungsklage in eine solche Richtung werden entwickeln lassen, wird die Zukunft erst erweisen müssen – vorstellbar erscheint mir das durchaus, was aber wiederum schwierige Qualifikationsfragen aufwirft.

So lange bleibt uns simplen Zivilisten nichts Anderes übrig, als an den Projektionsmechanismen zu feilen, mit denen wir die Komplexitäten von

64 Siehe die Diskussionen bei Grünberger (Fn. 39) AcP 218 (2018) 213 (280 ff.).

65 Vgl. für die Eingriffskondition Soergel/Schmidt-Kessel § 812 Rn. 36 ff.

66 Grünberger (Fn. 39) AcP 218 (2018) 213 (280 f.).

multilateralen und multipersonalen Verhältnissen und Effekten auf die bilateral-relativen Rechtsverhältnisse abbilden. Bilateral geht es dabei um Risikozuweisungen – um Leistungs- wie auch um Verwendungsrisiken – die mit jedem neuen Geschäftsmodell neu austariert werden müssen.

IV. Fazit: Ende von Kauf und Eigentum?

Nach dem Vorstehenden könnte man auf den Gedanken kommen, ich wolle hier heute Kauf und Sacheigentum gleich ganz aus dem Privatrecht verabschieden. Das ist selbstverständlich nicht der Fall, werden wir doch auch in Zukunft Sachproduktion für Lebensmittel ohnehin aber auch für Investitions- und Konsumgüter mit ihren Lieferketten als wesentlichen Bestandteil unseres Wirtschaftslebens kennen – auch Carsharing und andere Mobilitätskonzepte setzen die Herstellung der Beförderungsmittel und damit Lieferketten und deren vertragliche Erfassung voraus.

Der von mir geforderte Paradigmenwechsel vom „Haben“ zum „Nutzen“, *from status to function*, bedeutet daher vor allem eine verstärkte Ausdifferenzierung der Privatrechtsordnung nach verschiedenen Funktionen (oder Zwecken) von Leistungen und Rechten – aber vielleicht lassen wir unsere Vorlesungen zum b

esonderen Schuldrecht künftig auch einfach besser mit der Miete als mit dem Kauf beginnen. Und vielleicht sorgen wir dafür, daß alle unsere künftigen Absolventen § 314 BGB ebenso beherrschen wie die §§ 323 ff. BGB, damit sie auch einem Kauf als Dauerschuldverhältnis gewachsen sind.

Die verschiedenen neuen Gegenleistungsformen werden gleichfalls eine Ausdifferenzierung der Privatrechtsordnung nach sich ziehen, weil die Regulierung von Werbung, Reputation und Datenverwertung den Leistungscharakter dieser Vorgänge bislang nicht hinreichend abbildet. Zudem ist zumindest für eine Übergangszeit mit einer zivilrechtlichen Preiskontrolle für die neuen Gegenleistungsformen zu rechnen, die nur mittelfristig durch eine angemessene Erfassung und Standardisierung der neuen Entgeltformen überwunden werden kann.

Schließlich werden wir – nach den Rahmenrechten des Deliktsrechts und dem Zuweisungsgehalt der Eingriffskondiktion – weiterer Rechtspositionen bedürfen, welche zwischen relativen und absoluten Rechtspositionen angesiedelt die zahlreichen neuen Formen von Multilateralität und Multipersonalität nicht nur im Plattformbereich trotz bleibender Bilateralität des Zivilrechtsschutzes angemessen bewältigen helfen. Dabei können

vielleicht die neueren Instrumente überindividuellen Rechtsschutzes prozessual die nötige Unterstützung bieten.

Liebe Junge Zivilrechtswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler,

die Fragen dieser Tagung sind in der allgemeinen wie in der juristischen Öffentlichkeit nicht selten von Brüchen zwischen Generationen geprägt. Die massiven Rechtsänderungen, die nicht nur die Umsetzung der verschiedenen Richtlinien für das Jahr 2021 zu erwarten sind, werden Ihnen – wie uns seinerzeit 2002 – den Generationenwechsel zweifellos erleichtern und das ist auch gut so.

In den kommenden Tagen werden Sie daher sicher viele meiner Aussagen kopfschüttelnd einfach links liegen lassen. Manchem können Sie vielleicht zustimmen, das würde mich freuen. Am besten wäre es aber, wenn Sie mir in den kommenden Tagen widersprächen und meine Blicke in die Glaskugel des Privatrechts 2050 als vernebelt falsifizierten – dann könnte ich mit *Peter Schlechtriem* sagen „Wunderbar, wenn es der Wahrheitsfindung dient!“⁶⁷

67 *Slechtriem*, Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung, *JbJZivRWiss* 2001, 7 (28).

Grenzen der Personalisierung des dispositiven Rechts

*Philip Maximilian Bender, LL.M. (Yale), Maître en droit (Paris II/Panthéon-Assas), Ludwig-Maximilians-Universität München, Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen**

Die auf Algorithmen basierte Analyse von *Big Data* eröffnet neue Möglichkeiten für die Fassung von Rechtsnormen. Wenn private Unternehmen ihre Werbung auf den einzelnen Verbraucher zuschneiden können¹ – warum sollten Staaten nicht das Gleiche mit Blick auf ihre Rechtsnormen tun? Der Diskurs rund um die Personalisierung des Rechts, *Personalized Law*, oder granulares Recht greift diesen Gedanken auf. Manche gehen davon aus, dass das Rechtssystem in Zukunft vollständig anders strukturiert sein wird: Das Ableben der klassischen, allgemeinen Rechtsregeln stehe uns bevor.² Andere untersuchen spezifische Bereiche oder Institute. Sie sehen beim deliktische Sorgfaltsstandard³, bei Informationspflichten⁴, regulati-

* Ass. iur. *Bender*, LL.M. (Yale), Maître en droit (Paris II/Panthéon-Assas), ist derzeit Wissenschaftlicher Mitarbeiter von Prof. *W. Schön* (Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen) und von Prof. *H. C. Grigoleit* (Ludwig-Maximilians-Universität München), mit dem er an einer nicht auf das dispositive Recht beschränkten Stellungnahme zum Personalisierungsdiskurs arbeitet (*H. C. Grigoleit/P. Bender*, *Generalization and Particularity in Private Law Theory*, in: C. Busch/A. de Franceschi (Hrsg.), *Data Economy and Algorithmic Regulation: A Handbook on Personalized Law* (im Erscheinen)). Er dankt diesen, Prof. *I. Ayres*, Prof. *D. Markovits* und Prof. *R. Post* (jeweils Yale Law School) sowie den TagungsteilnehmerInnen für wertvolle Anregungen.

1 Vgl. etwa *Y. Lev-Aretz*, *Personalized Choice Architecture*, MR-Int 2018, 68.

2 *A. J. Casey/A. Niblett*, *The Death of Rules and Standards*, Ind. L. J. 92 (2017), 1401.

3 *O. Ben-Shabar/A. Porat*, *Personalizing Negligence Law*, N.Y.U.L. Rev. 91 (2016), 627.

4 *A. Porat/L. J. Strahilevitz*, *Personalizing Default Rules and Disclosure with Big Data*, Mich. L. Rev. 112 (2014) 1417 (1470 ff.); *C. Busch*, *The future of pre-contractual information duties: from behavioural insights to big data*, in: C. Twigg-Flesner (Hrsg.), *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, S. 221 ff. (2016); *ders.*, *Implementing Personalized Law: Personalized Disclosures in Consumer Law and Data Privacy Law*, U. Chi. L. Rev. 86 (2019), 309.

ven Instrumentarien⁵ oder zwingendem⁶ und dispositivem⁷ Recht Potential. Gerade das dispositive Recht scheint sich besonders gut für eine Personalisierung zu eignen, soll es doch – so die herrschende Lesart – vornehmlich den Parteiwillen widerspiegeln und dadurch Transaktionskosten senken.⁸

Dem Projekt der Personalisierung des dispositiven Rechts tritt dieser Beitrag mit einem rechtstheoretischen und einem verfassungsrechtlichen Einwand entgegen. Nach kurzen Erläuterungen zu Personalisierung und dispositivem Recht (I.) soll das dispositive Recht – ausgehend von Erkenntnissen der klassischen *law and economics*-Bewegung⁹ und neueren verhaltensökonomischen Betrachtungen¹⁰ – in einem rechtstheoretischen Teil (II.) als wertbezogenes Konzept dargestellt werden (*Normativitätsanspruch des dispositiven Rechts*). Insbesondere soll der Vorstellung entgegengetreten werden, dispositive Rechtsnormen könnten – gewissermaßen wertungsfrei

5 M. S. Barr/S. Mullainathan/E. Shafir, The Case of Behaviorally Informed Regulation, in: D. Moss/J. Cisternino (Hrsg.), *New Perspectives on Regulation*, Cambridge 2009, S. 25 (41 ff.).

6 O. Ben-Shahar/A. Porat, Personalizing Mandatory Rules in Contract Law, *U. Chi. L. Rev.* 86 (2019), 225.

7 Porat/Strabilevitz (Fn. 4), *Mich. L. Rev.* 112 (2014), 1417; C. R. Sunstein, Deciding by Default, *U. Pa. L. Rev.* 162 (2013), 1; P. Hacker, Personalizing EU Private Law: From Disclosures to Nudges and Mandates, *Europ. Rev. of Private Law* (im Erscheinen) (mit einem Fokus auf Personalisierung von *altering rules* (dazu Fn. 28)).

8 Vgl. etwa G. Wagner, Zwingendes Vertragsrecht, *ZEuP* 2018, 821 (821 f.); H. C. Grigoleit, Mandatory Law: Fundamental Regulatory Principles, in: J. Basedow/K. J. Hopt/R. Zimmermann (Hrsg.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Vol. II, Oxford 2012, S. 1126 (1127).

9 Insb. I. Ayres/R. Gertner, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, *Yale L.J.* 99 (1989), 87; *dies.*, Majoritarian vs. Minoritarian Default Rules, *Stan. L. Rev.* 51 (1999), 1591; I. Ayres, Preliminary Thoughts on Optimal Tailoring of Contractual Rules, *S. Ca. Interdisc. L. J.* 3 (1993), 1.

10 Insb. R. Thaler/C. R. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press 2008; Sunstein (Fn. 7), *U. Pa. L. Rev.* 162 (2013), 1; *ders.*, Foreword, in: A. Alemanno/A.-L. Sibony (Hrsg.), *Nudge and the Law. A European Perspective*, Oxford, Portland 2015; P. Hacker, Verhaltensökonomik und Normativität. Die Grenzen des Informationsmodells im Privatrecht und seine Alternativen, Tübingen 2017, S. 205 ff., S. 206 ff.; *ders.*, Nudge 2.0: The Future of Behavioural Analysis of Law in Europe and Beyond. A Review of ‘Nudge and the Law. A European Perspective’, *Eur. Rev. Priv. Law* 2 (2016), 297; *ders.*, Nudging and autonomy : a philosophical and legal appraisal, in: H.-W. Micklitz/K. Purnhagen/A.-L. Sibony (Hrsg.), *Handbook of Research Methods in Consumer Law*, Cheltenham, Northampton 2018, S. 77.

– Präferenzen und Vorzüge widerspiegeln.¹¹ Zu personalisieren stellt also eine staatliche Wertungsentscheidung dar, die verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegt. In einem verfassungsrechtlichen Teil (III.) werden Grenzen der Personalisierung des dispositiven Rechts diskutiert, die sich aus der Gleichheit (Art. 3, 19 I 1 GG) und der Freiheit der Rechtssubjekte – sowohl mit Blick auf die privatautonome Gestaltung ihrer Angelegenheiten (Art. 2 I GG) als auch mit Blick auf ihre politische Teilhabe (Art. 20, 38 I GG) – ergeben. Die rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Überlegungen werden zum Schluss jeweils in einen breiteren Kontext gestellt (IV.): Der rechtstheoretische Einwand macht den Gegensatz zwischen einer empirischen Grundposition, die sich im Rahmen der Interessenjurisprudenz und des Rechtsrealismus⁴ herausgebildet hat, und einem normativen Ansatz, der die Prägung der Wertungsjurisprudenz trägt, sichtbar. Das verfassungsrechtliche Argument fußt auf dem liberalen Ideal des aufgeklärten Bürgers, das das absolutistische Verständnis des Rechtssubjekts als Untertan abgelöst hat und das im Rahmen des Personalisierungsprojekts vom Verständnis des Rechtssubjekts als Konsument abgelöst zu werden droht.

I. Das Personalisierungsprojekt und dispositives Recht

Recht zu personalisieren heißt Rechtsnormen an die Charakteristika der einzelnen Rechtssubjekte anzupassen. Mit Blick auf das dispositive Recht fungieren die Präferenzen der Rechtssubjekte als Anknüpfungspunkt der Personalisierung. Diese Anpassung der Rechtsregeln an Präferenzen soll durch den Einsatz neuer Technologien möglich werden. Mit neuen Technologien ist zum einen die Analyse großer Datensätze durch Algorithmen gemeint (*Big Data*), zum anderen der Einsatz neuer Kommunikationsmittel, die das Analyseergebnis den einzelnen Rechtssubjekten mitteilen (*Big Link*).¹² Präferenzbasierte Personalisierung kann sich auf zwei Arten vollziehen, die hier als Inter-Präferenz-Differenzierung und Intra-Präferenz-Differenzierung bezeichnet und durch jeweils ein Beispiel veranschaulicht werden sollen:

11 Zum Präferenzbegriff (bzgl. *First Amendment*) vgl. R. Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, Harv. L. Rev. 103 (1989/1990), 601 (652 ff.); H. R. Varian, *Grundzüge der Mikroökonomik*. Aus dem Amerikanischen übersetzt von R. Buchegger, 9. Aufl., München 2016, S. 35 ff.

12 Dazu *Casey/Niblett* (Fn. 2), Ind. L. J. 92 (2017), 1401 (1411).

Das erste Beispiel betrifft *Inter-Präferenz-Differenzierungen*: Angenommen, die Auswertung der für Rechtssubjekt A vorhandenen Daten (Investitionsverhalten, Kaufverhalten, etc.) zeigt, dass A risikoscheu ist. Aufgrund dieses Charakterzuges liegt eine Präferenz für eine längere, etwa fünfjährige Verjährungsfrist nahe, für die sie sogar einen höheren Kaufpreis zu zahlen bereit wäre. Deshalb wird für sie als dispositive Regel eine fünfjährige Verjährungsfrist kreiert und der darin liegende Vorteil durch eine Anhebung des Preises kompensiert. Rechtssubjekt B ist hingegen – laut den über sie vorhandenen Datensätzen – risikofreudig. B ist vermutlich mit einer einjährigen Verjährungsfrist zufrieden, wenn sie nur einen geringeren Preis zahlen muss. Auch dem trägt ein entsprechend programmierter Algorithmus Rechnung. Im Endergebnis werden Rechtssubjekte A und B unterschiedlich behandelt, weil das dispositive Recht jedem eine anders geartete Verjährungsfrist einräumt und diese Differenzierung im Preis gespiegelt wird.

Das zweite Beispiel betrifft ebenfalls eine präferenzbasierte Differenzierung, die allerdings auf den Präferenzen ein und desselben Rechtssubjekts aufbaut und deshalb als *Intra-Präferenz-Differenzierung* bezeichnet werden kann: Angenommen, Rechtssubjekt C präferiert männliche Erben. Das dispositive, für C geltende, personalisierte Erbrecht begünstigt daher – abweichend von § 1924 I, IV BGB – alleine Sohn A, nicht auch Tochter B. Die Rechtssubjekte A und B werden erneut unterschiedlich behandelt.

Diese Beispiele verdeutlichen: Das Personalisierungsprojekt geht von einem empirischen Nexus zwischen Präferenzen einerseits und dispositivem Recht andererseits aus.¹³ Das dispositive Recht erscheint gewissermaßen als Sonderrecht, das allein unter Rekurs auf die Präferenzen der Rechtssubjekte gerechtfertigt werden müsse und für das die grundrechtliche Bindung nicht ohne Weiteres gelte.¹⁴ Es stellt sich als besonders weit-

13 Vgl. *Porat/Strabilevitz* (Fn. 4), *Mich. L. Rev.* 112 (2014), 1417 (1433 ff.) (mit einem möglichen Personalisierungsmodell auf S. 1450 ff.); für den deutschen Diskurs bereits *C. F. v. Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*, Band I, Berlin 1840, S. 58; darst. *J. Cziupka*, *Dispositives Vertragsrecht. Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster*, Tübingen 2010, S. 68 ff. m.w.N.

14 Zu dieser Position vgl. *M. Schmidt-Kessel*, *Europäisches Vertragsrecht*, in: K. Riesenhuber (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 3. Aufl., Berlin 2015, S. 373, 385 (Rn. 26), wonach der Gegenstand des dispositiven Rechts eine vom Recht im Übrigen verschiedene Qualität aufweise und deshalb u.a. der Gleichheitssatz grundsätzlich nicht gelte (S. 385 Rn. 27). Dagegen unten.

reichende Form der (hypothetischen) Vertragsauslegung dar, der das Leitbild des am Parteiwillen orientierten „vollständigen Vertrages“ zugrunde liegt.¹⁵ Danach soll es das abbilden, was die Parteien gewählt hätten, wenn sie eine Regelung getroffen hätten. Es ermöglicht so den Parteien, proaktiv auf eine Regelung zu verzichten und Transaktionskosten zu sparen, wenn und weil das dispositive Gesetzesrecht ihren Vorstellungen entspricht. Jede Generalisierung erscheint vor diesem Hintergrund folgerichtig als Hilfskonstruktion, die den begrenzten menschlichen Erkenntnismöglichkeiten und Informationsverarbeitungskapazitäten geschuldet ist und die zu weichen hat, sofern diese Defizite durch den Einsatz neuer Technologien überwunden werden können. Der Begriff des dispositiven Rechts beschränkt sich dabei auch nicht auf dasjenige Recht, was in den kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen die einzelnen Vertragstypen ausformt, sondern es kann entsprechend der angelsächsischen Tradition und dem Begriff „*default rule*“ auch jede *status-quo*-Regel erfassen, die durch einen *opt-out* in Übereinstimmung mit den Abänderungsregeln verändert werden kann – also etwa auch den Preis.¹⁶

Dieser Beitrag verfolgt nicht das Anliegen, die technische Machbarkeit des Personalisierungsprojekts infrage zu stellen¹⁷ oder sich aus ihm ergebende Probleme des Datenschutzes aufzuzeigen¹⁸. Im Rahmen eines Gedankenspiels sollen diese Herausforderungen beiseitegeschoben werden, um Grenzen der Personalisierung aufzeigen zu können, die alleine mit der präferenzbasierten Personalisierung des dispositiven Rechts zusammenhängen. Diese Grenzen ergeben sich aus der notwendigen Normativität

-
- 15 Etwa *S. Shavell*, *Damage measures for breach of contract*, *Bell J. Econ.* 11 (1980), 466 (466 ff.); *A. Schwartz*, *Proposals for Products Liability Reform: A Theoretical Synthesis*, *Yale L. J.* 97 (1988) 353 (361); *Porat/Strahilevitz* (Fn. 4), *Mich. L. Rev.* 112 (2014), 1417 (1425 ff.); *Cziupka*, (Fn. 13), S. 291 ff., 339 ff. („staatliche Serviceleistung“); *F. Maultzsch*, *Die Grenzen des Erfüllungsanspruchs aus dogmatischer und ökonomischer Sicht*, *AcP* 207 (2007), 530 (547) („Dienstleistung des Staates“).
- 16 Vgl. *Ayres/Gertner* (Fn. 9), *Yale L.J.* 99 (1989) 87 (87 ff.); a.A. *E. A. Posner*, *Default Rules in Private and Public Law: An exchange on Penalty Default Rules: There are no Penalty Default Rules in Contract Law*, *Fla. St. U. L. Rev.* 33 (2006) 563 (575 ff., 578 ff.), der einem engen Verständnis folgt. Allg. krit. zum Begriff „*default rule*“ vgl. *M. W. Hesselink*, *Non-Mandatory Rules in European Contract Law*, *European Review of Contract Law* 1 (2005), 44, 82.
- 17 Zu Machbarkeitsfragen *Casey/Niblett* (Fn. 2), *Ind. L. J.* 92 (2017), 1401 (1423 ff.); *Porat/Strahilevitz* (Fn. 4), *Mich. L. Rev.* 112 (2014), 1417 (1433 ff.).
- 18 Dazu *Casey/Niblett* (Fn. 2), *Ind. L. J.* 92 (2017), 1401 (1442 ff.); *Porat/Strahilevitz* (Fn. 4), *Mich. L. Rev.* 112 (2014), 1417 (1467 ff.).

des dispositiven Rechts (II.) und den uneingeschränkt anwendbaren Vorgaben der Verfassung (III.).

II. Rechtstheoretischer Einwand: Normativitätsanspruch des dispositiven Rechts

Der erste hier präsentierte Einwand gegen das Personalisierungsprojekt ist rechtstheoretischer Natur. Er greift die Prämisse an, das dispositive Recht bilde – gewissermaßen wertungsfrei – die Präferenzen der Parteien ab. Nach der hier vertretenen Position liegt dem dispositiven Recht stets eine staatliche Wertentscheidung zugrunde (*Normativitätsanspruch des dispositiven Rechts*). Diese Position findet in Deutschland ihren Ursprung im ausgehenden 19. Jahrhundert¹⁹, lässt sich jedoch gerade auch durch neuere Erkenntnisse der klassischen *law and economics*-Bewegung²⁰ (1.), insbesondere aber des Ansatzes von *behavioral law and economics* abstützen (2.)²¹ und letztendlich positivrechtlich nachweisen (3.). Erstaunlicherweise wird die Konsequenz aus diesen insbesondere im US-amerikanischen Diskurs entstandenen Erkenntnissen – die Normativität (verhaltens-)ökonomischer Steuerungsmechanismen wie etwa auch dispositiver Regeln – erst im deutschsprachigen Diskurs explizit gemacht.²² Speziell in diesem Beitrag geht es darum, den Normativitätsanspruch gerade mit Blick auf das dispositive Recht aufzuzeigen und ihn in der Debatte rund um personalisiertes Recht fruchtbar zu machen.

19 Etwa O. Bülow, Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64 (1881), 1 (S. 92, 108); darst. Cziupka (Fn. 13), S. 90 ff. m.w.N.

20 Grundlegend Ayres/Gertner (Fn. 9), Yale L.J. 99 (1989), 87 (91 ff.) (*penalty default rules*); darst. Ciupka (Fn. 13), S. 430 ff.

21 Insb. Thaler/Sunstein (Fn. 10), S. 83 ff.; dies., Libertarian Paternalism is not an Oxymoron, U. Chi. L. Rev. 70 (2003), 1159; Sunstein (Fn. 7), U. Pa. L. Rev. 162 (2013), 1.

22 Grundlegend Hacker (Fn. 10), S. 206 ff.; ders. (Fn. 10), Eur. Rev. Priv. Law 2 (2016), 297; L. Käbler, Begriff und Rechtfertigung abdingbaren Rechts, Tübingen 2012, insb. S. 249 ff.; für ein normatives Konzept vgl. aber bereits S. J. Burton, Default Principles, Legitimacy, and the Authority of a Contract, 3 S. Cal. Interdis. L. J. 3 (1993), 115 (118, 165 f.).

1. Normativitätsanspruch und law and economics

Die Normativität des dispositiven Rechts lässt sich bereits unter Zugrundelegung klassischer *law and economics*-Überlegungen nachweisen.

Erstens liegt im Abstellen auf ökonomisch rational handelnde Rechtssubjekte eine normative Abstraktion von empirisch ermittelbaren Präferenzen.²³ Gerade beim dispositiven Vertragsrecht müssen widerstreitende Präferenzen von mindestens zwei Rechtssubjekten im Rahmen eines Kompromisses zum Ausgleich gebracht werden²⁴, was grundsätzlich dadurch geschieht, dass der konkrete Interessengegensatz mit Blick auf einzelne dispositive Normen (z.B. Interesse des Käufers an sofortigem Übergang auf sekundäre Mängelrechte versus Interesse des Verkäufers an „Recht“ zur zweiten Andienung) durch eine idealtypische Interessenkonvergenz mit Blick auf die abstrakte Präferenz der Gewinnmaximierung überspielt wird. Sofern das nicht möglich ist, also bei rein Gewinn verteilenden Regelungen (wie etwa dem Preis), müssen andere normative Kriterien gefunden werden.²⁵

Zweitens ist die Orientierung an den idealisierten, ökonomischen Präferenzen der Parteien nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur effizienten Gestaltung der Rechtsordnung im Dienst der Wohlstandsmaximierung.²⁶ Verwirklichen andere Mittel dieses Ziel besser, wird die Orientierung selbst an (idealtypischen) Präferenzen aufgegeben. So erklärt sich zum einen das normative Gestaltungsmittel der *pulling default rules*²⁷: Die Einsicht, dass ein *opt-out* mit Kosten verbunden ist, die maßgeblich von den

23 A. Schwartz/R. E. Scott, Contract Theory and the Limits of Contract Law, Yale L. J. 113 (2003), 541 (Fn. 35), setzen Präferenzen mit ökonomisch rationalem Handeln gleich.

24 Vgl. auch A. Choi/G. Triantis, The Effect of Bargaining Power on Contract Design, Va. L. Rev. 98 (2012), 1665, passim; ferner Ben-Shahar, Fixing Unfair Contracts, Stan. L. Rev. 63 (2011), 869 (872 f.).

25 O. Ben-Shahar, Essay: A Bargaining Power Theory of Default Rules, Colum. L. Rev. 109 (2009), 396; ders. (Fn. 24), Stan. L. Rev. 63 (2011), 869 (872 f.), zum Beispiel will die Verhandlungsstärke der Parteien imitieren.

26 Vgl. R. A. Posner, Economic Analysis of Law, 9. Aufl., New York 2014, S. 13 ff.; (krit.) darst. E.-J. Mestmäcker, A Legal Theory without Law. Posner v. Hayek on Economic Analysis of Law, Tübingen 2007, S. 11 ff.

27 Hier wird der Begriff „*pulling default*“ gewählt, weil die Rechtssubjekte nicht – wie bei den *penalty default rules* zu einem *opt-out* animiert, sondern zur Regel hingezogen werden. Die Terminologie ist hier nicht einheitlich: Ayres/Gertner (Fn. 9), Yale L.J. 99 (1989), 87 (125) („*strong default*“); I. Ayres, Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules, Yale L.J. 121 (2012), 2032 (2045, 2086 ff.) („*sticky default*“); Sunstein (Fn. 7), U. Pa. L. Rev. 162 (2013), 1 (5) („*nudges*“).

Anforderungen der Abänderungsregel (*altering rule*²⁸) und der Komplexität der dispositiven Regel²⁹ abhängen, führt dazu, dass dispositive Regeln besonders träge (*sticky*) gestaltet und dem zwingenden Recht angenähert werden können, um – wie diese – Politikziele zu verwirklichen. Gegenüber dem Erlass einer zwingenden Regel kann das den Vorteil haben, politischen Widerstand zu vermeiden oder schlicht eine verhältnismäßige Lösung zu finden (Art. 20 I GG), die ein (im Rahmen einer zwingenden Regel notwendiges) komplexes Regel-Ausnahme-Gefüge entbehrlich macht.³⁰ Zum anderen lassen sich so auch *pushing* oder *penalty default rules*³¹ verstehen: Aus der Anerkennung von Informationsasymmetrien folgt die Überlegung, dass bei ökonomischer Betrachtung eine dispositive Regel sinnvoll sein kann, die die Parteien zu einem *opt-out* und damit zur Informationspreisgabe animiert. Beispiele für *pulling* und *pushing default rules* (sog. *minoritarian default rules*) finden sich allerdings überwiegend außerhalb des klassischen, Vertragstypen ergänzenden dispositiven Rechts.³²

In jedem Fall stellt sich der Erlass dispositiver Rechtsnormen auch im klassischen *law and economics*-Diskurs grundsätzlich nicht als Spiegelung empirisch ermittelbarer Präferenzen, sondern als wertbasiertes, an den Zielen der Effizienz und Wohlstandsmaximierung ausgerichtetes Handeln des Staates dar.

28 Zu diesen Ayres (Fn. 27), Yale L. J. 121 (2012), 2032 (2036).

29 U.a. deshalb für generelle dispositive Regeln *Schwartz/Scott* (Fn. 23), Yale L. J. 113 (2003), 541 (594 ff.); *dies.*, The Common Law of Contracts and the Default Rule Project, Va. L. Rev. 102 (2016), 1523.

30 Vgl. *Hacker* (Fn. 10), Eur. Rev. Priv. Law 2 (2016), 297 (314 ff.).

31 Grundlegend *Ayres/Gertner* (Fn. 9), Yale L.J. 99 (1989), 87 (95). Ferner *Sunstein* (Fn. 7), U. Pa. L. Rev. 162 (2013), 1 (35 ff.); *Porat/Strahilevitz* (Fn. 4), Mich. L. Rev. 112 (2014), 1417, (1428 ff.).

32 Etwa die (in Österreich geltende) Organspende-Widerspruchslösung als Beispiel für eine *pulling default rule* (vgl. *Sunstein* (Fn. 7), U. Pa. L. Rev. 162 (2013), 1 (4 ff.); *Porat/Strahilevitz* (Fn. 4), Mich. L. Rev. 112 (2014) 1417 (1442 ff.)) oder die *zero-quantity-default* als Beispiel für eine *pushing default rule* (vgl. *Ayres/Gertner* (Fn. 9), Yale L.J. 99 (1989), 87 (95 ff.)). Krit. zu dieser Art von dispositivem Recht für den vertraglichen Kontext *R. Korobkin*, The Status Quo Bias and Contract Default Rules, Cornell L. Rev. 83 (1998), 608 (610).

2. Normativitätsanspruch und behavioral law and economics

Diese ökonomischen Überlegungen lassen sich durch Einsichten der Verhaltensökonomik vervollständigen (a.), die besonders deutlich die Normativität des dispositiven Rechts vor Augen führen (b.).

a. Der Ausgangspunkt: *bounded willpower* und *stickiness*

Wesentlich für den verhaltensökonomischen Ansatz ist die Erkenntnis, dass Rechtssubjekte nur mit beschränkter Willensmacht (*bounded willpower*) operieren.³³ Präferenzen ändern sich kontinuierlich, widersprechen einander und sind oft gar nicht ausgeprägt. Hinzukommt, dass dispositive Rechtsregeln auf Präferenzen zurückwirken und diese im Sinne der dispositiven Norm verändern.³⁴ Das dispositive Recht ist von Trägheit (*stickiness*³⁵) gekennzeichnet, die sich im Wesentlichen – neben den soeben erwähnten Kosten eines *opt-out* – auf drei verhaltensökonomische Gedanken zurückführen lässt: Der erste Gedanke rekuriert darauf, dass Rechtssubjekte selbst träge sind. Sie wählen im Zweifel die Variante, in der ein *opt-out* nicht notwendig ist (*inertia*).³⁶ Der zweite Gedanke stellt darauf ab, dass die Rechtssubjekte (bewusst oder unbewusst) die dispositive Rechtsregel als Empfehlung ansehen (*endorsement*).³⁷ Schließlich laufen verschiedene, im dritten Gedanken zusammengefasste psychologische Phänomene ab, die die Rechtssubjekte dazu tendieren lassen, von einem *opt-out* abzusehen und die – mit unterschiedlicher Nuancierung – zum Teil damit erklärt werden, dass Menschen (unbewusst) von Gesetztem beeinflusst werden

33 R. H. Thaler, Doing Economics Without Homo Economicus, in: S. G. Medema/Warren J. Samuels (Hrsg.), Foundations of Research in Economics: How Do Economists Do Economics?, Cheltenham, Northampton 1996, S. 227 (230 ff.); *Hacker* (Fn. 10), S. 75 ff.

34 Vgl. *Korobkin* (Fn. 32), Cornell L. Rev. 83 (1998), 608 (611, 625 ff.) (explizit gegen die “preference exogeneity assumption”); darst. *Cziupka* (Fn. 13), S. 318 ff. Ähnlich auch *Adarand Constructors, Inc. v. Pena*, 515 U.S. 200, 229 (1995); mit Blick auf Trainingsdatensätze zw. A. Z. *Huq*, Racial Equity in Algorithmic Criminal Justice, Duke L. J. 68 (2919), 1043 (1097 f.).

35 Dazu u.a. O. *Ben-Shahar/J. A. E. Pollow*, Default Rules in Private and Public Law: Default Rules in Economic Relationships: On the Stickiness of Default Rules, Fla St. U. L. Rev. 33 (2006), 651 (2006); *Sunstein* (Fn. 7), U. Pa. L. Rev. 162 (2013), 1 (11 ff.).

36 *Sunstein* (Fn. 7), U. Pa. L. Rev. 162 (2013), 1 (11 ff.).

37 *Sunstein* (Fn. 7), U. Pa. L. Rev. 162 (2013), 1 (11 ff.).

(*anchor-* oder *Ankereffekt*) und sie generell dazu neigen, Verluste zu vermeiden (*loss aversion*), den eigenen Besitzstand höher zu bewerten (*endowment-* oder *Besitzstandeffekt*) und im *status quo* zu verbleiben (*status quo bias*).³⁸ *Status quo bias* erscheint am griffigsten, um diese Aspekte zusammenzufassen.

b. Folge: Normativitätsanspruch

Aus diesen Ausführungen ergeben sich folgende Konsequenzen: Erstens ist die Spiegelung empirisch ermittelbarer Präferenzen aufgrund deren endogenen Charakters gar nicht möglich, sodass es normativer Leitbilder – etwa das des *homo oeconomicus* – bedarf, nach denen dispositive Regeln geformt werden können.

Zweitens erscheint das dispositive Recht als Mittel, um normativ auf Präferenzen einzuwirken (*taste-shaping*), was wiederum – schon um dem Sein-Sollens-Fehlschluss³⁹ zu entgehen bzw. der Eigenständigkeit der Rechtswirklichkeit⁴⁰ Rechnung zu tragen – ein deontologisches, (rechts-)normatives Leitbild voraussetzt⁴¹ und die Effektivität der bereits erwähnten *pulling default rules* verstärkt.

Drittens fungiert das dispositive Recht als Rahmenordnung für Vertragsverhandlungen: Es ist nicht nur Bezugspunkt für Preisangaben, son-

38 *Sunstein* (Fn. 7), U. Pa. L. Rev. 162 (2013), 1 (11 ff.); *A. Tversky/D. Kahneman*, Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases, *Science* 185 (1974), 1124; *R. B. Korobkin/T. S. Ulen*, Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics, *Cal. L. Rev.* 88 (2000), 1051; *R. H. Thaler*, Towards a Positive Theory of Consumer Choice, *Journal of Economic Behavior & Organization* 1 (1980), 39; *Korobkin* (Fn. 32), *Cornell L. Rev.* 83 (1998), 608; *D. Kahneman/J. L. Knetsch/R. H. Thaler*, Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias, *J. of economic Perspectives*, 5 (1991), 193; *M. Kelman*, *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge, London 1987, S. 114 ff.; ferner *H. Unberath/J. Cziupka*, Dispositives Recht welchen Inhalts? Antworten der ökonomischen Analyse des Rechts, *AcP* 209 (2009), 37 (72 ff.); *H. Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl., Tübingen 2015, S. 131 f.

39 *D. Hume*, *A Treatise of Human Nature*, 1739, Reprinted from the Original Edition in three volumes and edited, with an analytical index, by L.A. Selby-Bigge, Oxford 1896, S. 244 ff (Book III, Part I, Section I).

40 Dazu etwa *N. Luhmann*, *Das Recht der Gesellschaft*, 1. Aufl., Frankfurt a.M. 1993, S. 38 ff.; überzeugend mit Blick auf die Rechtsperson auch *S. Klingbeil*, *Der Begriff der Rechtsperson*, *AcP* 217 (2017), 848 (855 f.) m.w.N.

41 Vgl. auch *Hacker* (Fn. 10), S. 205 ff.

dern es kreiert auch eine Erwartungshaltung der Parteien. Dispositive Regeln fungieren demnach wie veräußerliche, auf den Vertragsschluss aufschiebend bedingte Rechte, die bereits vor ihrer Entstehung die Vertragsverhandlungen beeinflussen.⁴² Lediglich in ihrer „Veräußerlichkeit“ unterscheiden sich die dispositiven von den zwingenden Rechtsregeln.⁴³ Die verhaltensökonomischen Erkenntnisse stützen also auf vielfältige Weise den Normativitätsanspruch des dispositiven Rechts ab.

3. Normativitätsanspruch und positivrechtliche Wertung (Leitbildfunktion)

Der Normativitätsanspruch des dispositiven Rechts ist letztendlich auch – zumindest in der deutschen Rechtsordnung – über § 307 II Nr. 1 BGB positivrechtlich verankert.⁴⁴ Dass das dispositive Recht Wertungen transportiert, die von den (empirischen) Präferenzen der Rechtssubjekte unabhängig sind, wird hier mit dem Schlagwort der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts besonders deutlich zum Ausdruck gebracht.⁴⁵ Gem. § 307 II Nr. 1 BGB ist im Rahmen der AGB-Kontrolle eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist.⁴⁶ Das dispositive Recht konkretisiert also eine die Privatautonomie begrenzende, zwingende Norm der Inhaltskon-

42 M. Herdegen, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 88. EL, München 2019, Art. 1 III Rn. 68 (Dispositive Regeln „verschieben die Kräftebalance im Vorfeld privatautonomer Regelung.“); Kähler (Fn. 22), S. 48 ff. („Abbedingungslasten“); S. J. Schwab, A Coasean Experiment on Contract Presumptions, *The Journal of Legal Studies* 17 (1988), 237 (265) („contract presumptions may frequently operate more like property entitlements“); anders im Modell I. Ayres/R. Gertner, Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules, *Yale L. J.* 101 (1992), 729 (732, 737 ff.) (“irrelevance conjecture”).

43 In der Terminologie von G. Calabresi/A. D. Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, *Harv. L. Rev.* 85 (1972), 1089, ließe sich von “alienable property rules” sprechen.

44 Zu deren Gerechtigkeitsgehalt vgl. C.-W. Canaris, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, *Sitzungsberichte der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, Heft 7, 1997, S. 3 (54); s. auch BGH NJW 1964, 1123 (von dem „dem dispositiven Recht zugrunde liegende[n] Gerechtigkeitsgebot“ und dem variierenden „Gerechtigkeitsgehalt“ sprechend).

45 Zur Objektivierung des dispositiven Rechts krit. darst. Cziupka (Fn. 13), S. 90 ff.; ferner Kähler (Fn. 22), S. 131 ff.

46 Vgl. H. Schmidt, in: H. G. Bamberger/H. Roth/W. Hau/R. Poseck (Hrsg.), BGB-BeckOK, 51. Ed., München 2019, § 307 Rn. 54 f.

trolle von Verträgen.⁴⁷ Auch der Gedanke, dass die Preisgabe einer dispositiven Rechtsposition an anderer, konnexer Stelle kompensiert werden muss, liegt auf dieser Linie.⁴⁸

4. Zusammenfassung

Mit dem rechtstheoretischen Einwand (*Normativitätsanspruch des dispositiven Rechts*) wurde gezeigt, dass das dem Personalisierungsprojekt zugrundeliegende Verständnis des dispositiven Rechts als (wertungsfreier) Spiegel (empirischer) Präferenzen illusorisch ist. Vielmehr beruht es auf staatlichen Wertentscheidungen. Hieraus folgt zweierlei:

Zum einen erscheint die Personalisierung vor diesem Hintergrund nicht mehr als erstrebenswert, weil die für das dispositive Recht eigentlich entscheidenden, normativen Erwägungen generelle Geltung beanspruchen (*Erkenntnis 1: Attraktivitätsverlust des Personalisierungsprojekts*). Die Ausführungen legen es mithin nahe, die Entscheidung, wie der (hypothetische) Wille der Rechtssubjekte als Grundlage ihres (hypothetischen) „vollständigen Vertrages“ zu ermitteln ist, nicht empirisch, sondern ebenfalls normativ zu treffen – ausgehend etwa von dem Idealbild des *homo oeconomicus* oder einem fairen Rechtssubjekt.

Zum anderen verliert das dispositive Recht seinen Status als Sonderrecht (*Erkenntnis 2: Verlust des Sonderrechtsstatus*). Es erscheint vielmehr als wertbasiertes Recht – wie jedes andere Recht auch. Verfassungsrechtliche Bindungen kommen schon deshalb uneingeschränkt zur Anwendung – unabhängig davon, ob die Sonderrechtsposition überhaupt mit Blick auf Art. 1 III GG überzeugt.⁴⁹ Der Weg für die Analyse der verfassungsrechtlichen Grenzen des Personalisierungsprojekts ist damit geebnet.

III. Verfassungsrechtlicher Einwand: Gleichheit und Freiheit der Rechtssubjekte

Die Formulierung des verfassungsrechtlichen Einwands beruht auf der Anwendbarkeit grundrechtlicher Bindungen bei Erlass dispositiver Normen.

47 U.a. deshalb kommt *Hessenlink* (Fn. 16), *European Review of Contract Law* 1 (2005), 44, 58, zu dem Schluss, dispositives Recht sei in weiten Bereichen *de facto* zwingend.

48 Dazu BGH NJW 2003, 888 (889 f.); W. Wurmnest, in: F. J. Säcker/R. Rixecker/H. Oetker/B. Limperg (Hrsg.), *BGB-MüKo*, 8. Aufl., München 2019, § 307 Rn. 38.

49 Dies ist nicht der Fall (dazu sogleich).