

MICHAEL BEURSKENS

Privatrechtliche Selbsthilfe

Jus Privatum

220

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 220



Michael Beurskens

Privatrechtliche Selbsthilfe

Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit
bei digitalen Zugangsbeschränkungs- und
Selbstdurchsetzungsbefugnissen

Mohr Siebeck

Michael Beurskens, geboren 1977; Studium der Rechtswissenschaften in Düsseldorf; 2004 LL.M. (Gew. Rechtsschutz/Düsseldorf); 2005 LL.M. (University of Chicago) und Attorney at Law (New York); 2007 Promotion; 2013 Habilitation; derzeit Professor für Bürgerliches Recht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms Universität Bonn.

e-ISBN PDF 978-3-16-154426-2

ISBN 978-3-16-154425-5

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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

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

Vorwort

Selbsthilfe wird nicht nur in Deutschland, sondern auch im Ausland, oft als überwundenes Relikt der Vergangenheit erachtet: Gewalt ist keine Konfliktlösung, sondern wird vielmehr als Ursache für weitere Exzesse eingestuft. In dieser Arbeit wird aufgezeigt, dass im Schatten der technischen Entwicklung die Rechtsdurchsetzung ohne staatliche Hilfe von der unerwünschten Ausnahme zum Regelfall zu werden droht – und untersucht, inwieweit Abwehrmaßnahmen hiergegen möglich und zulässig sind. Hierzu wird exemplarisch etwa auf technische Schutzmaßnahmen iSd Urheberrechts, den Schutz von Geschäftsgeheimnissen und den v. a. strafrechtlichen Schutz von Daten Bezug genommen.

Die Arbeit wurde im Jahr 2013 von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf als Habilitationsschrift angenommen. Die ursprüngliche Manuskriptfassung wurde vor allem im Hinblick auf die zitierte Literatur und Rechtsprechung punktuell aktualisiert; eine umfassende Berücksichtigung des neueren Schrifttums in diesem hochaktuellen Gebiet war jedoch nicht möglich.

Mein Dank gilt insoweit zunächst Prof. Dr. Ulrich Noack, bei dem ich im Jahr 1997 meine akademische Laufbahn als studentische Hilfskraft begonnen habe und später als wissenschaftlicher Mitarbeiter und Akademischer Rat fortsetzte. Er hat mich durch seine Aufgeschlossenheit gegenüber innovativen Projekten und vielfältige Unterstützung auf meinem Weg begleitet. In gleicher Weise möchte ich auch Prof. Jan Busche danken, der mich für das Gebiet des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts begeistert hat, das in diesem Werk einen erheblichen Stellenwert einnimmt. Beiden danke ich zudem für die zügige Erstellung der Gutachten.

In besonderer Weise möchte ich meinem Vater, Heinz-Peter Beurskens, und meiner Verlobten, Désirée Roskothen, danken. Sie haben nicht nur mit meiner häufigen Beschäftigung mit dieser Arbeit leben müssen, sondern auch ihre Erstellung durch Korrekturlesen des Manuskripts und Kritik begleitet. Die dennoch verbleibenden Fehler, Ungenauigkeiten und offenen Fragen liegen allein in meiner Verantwortung.

Großer Dank gebührt auch Dr. Niclas Börgers, der sich kritisch mit vielen meiner Ansichten, insbesondere im Bereich des Computerstrafrechts und zu der strafrechtlichen Rechtfertigung, auseinandergesetzt hat. Danken möchte ich zudem Dr. Dominik Pietzarka und Dr. Patrick Mainka, welche mich insbesondere im Zusammenhang mit der Veröffentlichung und der Aktualisierung der Manuskriptfassung viel-

fältig unterstützt haben. Zudem haben Marvin Klein und Vivien Eggert mich dankenswerterweise bei der Einarbeitung von Neuauflagen unterstützt.

Schließlich danke ich dem Mohr Siebeck Verlag für die Aufnahme der Arbeit in die Reihe Jus Privatum und die gelungene Betreuung sowie Geduld bei der Erstellung der vorliegenden Druckfassung.

Bonn, im Jahr 2017

Michael Beurskens

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
<i>Einleitung</i>	1
A. Problemstellung	4
I. Funktion und Bedeutung von „Selbsthilfemechanismen“ im Rechtsstaat	5
1. Nationale Regelungen als Kostenfaktor für grenzüberschreitende Transaktionen	5
2. Private Selbstregulierung als Ausweg	6
3. Private Rechtsdurchsetzung als Folgeproblem	8
4. Reaktionen des Rechts	11
II. Systematisierung der Selbsthilfekonstellationen	16
1. Anknüpfungspunkt der Selbsthilfebefugnis	17
2. Verhältnis von staatlicher und privater Rechtsdurchsetzung	18
3. Reaktion des Rechts auf Selbsthilfehandlungen	20
III. Der Schutzbereich von Selbsthilferechten	22
1. Absolute Rechte als untauglicher Anknüpfungspunkt	23
2. Tatsächliche Eingriffsmöglichkeiten als Anknüpfungspunkt	24
3. Relative Rechte als beschränkende Wertungsstufe	25
B. Ziel und Methodik	25
 § 1 <i>Subsidiäre Selbsthilfe</i>	 29
A. Die erlaubte Selbsthilfe im Sinne von § 229 BGB	30
I. „Selbst“-Hilfe – Handlung im eigenen Interesse oder Ausgrenzung staatlicher Unterstützungshandlungen?	32
a) Gesetzliche Regelungen der Fremdhilfe	36
aa) Übertragung von Selbsthilfebefugnissen aufgrund von § 34a Abs. 5 GewO	37
bb) Rechtsdienstleistungsgesetz als Indiz für Fremdhilfeverbot? . .	38
b) Einzelfälle zulässiger Fremdhilfe	40
aa) Juristische Personen/Personengesellschaften	40
bb) Geschäftsunfähige	41

cc) Unterstützungshandlungen	41
dd) Rechtsgeschäftliche Anknüpfung?	42
ee) Berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag?	45
ff) Berücksichtigung überindividueller Aspekte – Fremdhilfe als Staatshilfe?	46
gg) Zwischenergebnis	48
c) Ökonomische Betrachtung	49
aa) Staatliche Anspruchssicherung und -durchsetzung	49
bb) Gründe für die restriktive Zulassung von Selbsthilfe	51
cc) Besonderheiten der Fremdhilfe	53
d) Maßgeblichkeit des Willens des Anspruchsinhabers	56
aa) Abgrenzung von verwandten Konstruktionen	57
(1) Nicht: Verzicht und ähnliche Konstellationen	57
(2) Nicht: Fremdhilfewille und Motiv	58
(3) Nicht: Analogie zu § 683 S. 1 BGB	58
(4) Nicht: Einwilligung	60
(5) Beispiel	61
bb) Dem Fremdhelfer bekannter Wille	62
cc) Nicht erklärter Wille	63
dd) Erklärter, aber dem Fremdhelfer nicht bekannter bzw. missverständlicher Wille	65
(1) Vergleichbare Problematik in verwandten Konstellationen	65
(2) Objektiver Sorgfaltsmaßstab	69
(3) Bedenken gegen eine Anknüpfung an den objektiv erkennbaren Willen	70
(a) Unterlaufen der Haftung nach § 231 BGB	70
(b) Ungleichbehandlung zu Fällen unerkennbaren Anspruchsuntergangs	72
e) Ergebnis	74
II. Selbst-„Hilfe“ – Abwendung von Gefahren für die Verwirklichung eines Anspruchs als Zweck	75
1. Die „Verwirklichung“ eines Anspruchs	76
a) Verwirklichung des Anspruchs im Wege der freiwilligen Erfüllung durch den Schuldner	76
aa) Bedrohungen durch äußere Einflüsse	77
bb) Bedrohungen durch Dritte	78
b) Gefährdung der staatlichen Durchsetzung gegen den Willen des Schuldners	79
c) Verwirklichung des Anspruchs durch den Gläubiger selbst („Selbsterfüllung“)	80

aa) Befriedigung von Zahlungsansprüchen im Wege der Aufrechnung	81
bb) Befriedigung von Gattungsschulden durch Deckungs- geschäfte; Selbstvornahme von geschuldeten Handlungen und Vornahme solcher Handlungen durch Dritte	82
2. Der zu verwirklichende „Anspruch“	83
a) Potentielle prozessuale Durchsetzbarkeit als Einschränkung	84
b) Berücksichtigung von Einreden, insbesondere Verjährung; Anfechtbarkeit und Widerrufsrechte	87
c) Unterlassungsansprüche aus absoluten Rechten	88
3. „Gefährdung“ der Verwirklichung eines Anspruchs	90
a) Gefährdungslage	90
b) Prognoserisiko	92
III. Das Handeln „zum Zwecke“ der Selbsthilfe – der Selbsthilfewille	93
1. Subjektive Anknüpfung?	94
a) Objektive Anknüpfung als Konsequenz des zivilrechtlichen Haftungssystems?	95
b) Grenzen des Schutzes relativer Rechte	97
c) Unbestimmtheit des objektiven Zwecks	97
d) Fahrlässige Selbsthilfe	98
2. Anforderungen	101
a) Wille zur Sicherung eines Anspruchs	101
b) Unterordnung unter staatliche Durchsetzung?	103
c) Tatsachenkenntnis	104
d) Fremdhilfe	106
3. Natürlicher Wille	107
IV. Subsidiarität	108
1. Nichtverfügbarkeit obrigkeitlicher Hilfe	109
a) Abgrenzung zur Erforderlichkeit; Verweis auf Sekundär- ansprüche	109
b) Scheitern obrigkeitlicher Hilfe	111
c) Unzumutbarkeit obrigkeitlicher Hilfe?	112
2. Erfordernis „sofortigen“ Tätigwerdens	113
3. Erforderlichkeit der Handlung	114
a) Auswahl des Objekts der Selbsthilfe	115
b) Vorläufigkeit	116
c) Befriedigungsselbsthilfe	118
V. Weitere Beschränkungen der Selbsthilfe	119
1. Zulässige Selbsthilfehandlungen	120
a) „Numerus Clausus“ des § 229 BGB?	120
b) Einwirkung auf relative Rechte	122
c) Handlungen in Bezug auf sonstige Rechte und Rechtsgüter	125

aa) Einstellung von Leistungen als verbotene Eigenmacht? . . .	125
bb) Eingriffe in elektronisch gespeicherte Informationen (Daten)	128
cc) Eingriffe in Immaterialgüterrechte	131
(1) Zwangslizenz einwand im Patentverletzungsverfahren .	131
(2) Eingriff in Urheberrechte	133
dd) Psychischer Zwang	135
(1) Reputationsschädigende Verhaltensweisen („Anprangern“)	136
(2) Drohung mit der Einleitung staatlicher Maßnahmen . .	138
(3) Verhältnis der Drohung zur Umsetzung von Zwangs- maßnahmen	140
2. Übertragung der Schranken staatlicher Rechtsdurchsetzung? . . .	140
a) Güterabwägung (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)	142
b) Pfändungsverbote	145
c) Einwirkung auf schuldnerfremde Sachen	146
aa) Keine Analogie zu § 808 ZPO	146
bb) Verlust des unmittelbaren Besitzes als Eingriff in Rechte des Drittberechtigten	147
cc) Ausnahmsweise Duldungspflichten	147
d) Sicherung/Erfüllung von Auskunftsansprüchen	149
e) Räumung von Wohnungen	150
B. Kostenerstattung für Selbsthilfemaßnahmen	150
I. Schadensersatzanspruch	152
1. Verzögerungsschaden (§§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB)	152
2. Analogie zu § 231 BGB?	154
II. Geschäftsführung ohne Auftrag?	155
III. Nichtleistungskondition – Ersatz ersparter Aufwendungen; insbesondere Erfüllung durch den Gläubiger selbst („Selbstvornahme“)	157
IV. Analogie zu prozessualen Kostenerstattungsansprüchen?	162
V. Anspruch sui generis	162
VI. Ergebnis	163
C. Haftung bei Überschreitung der Befugnisse und irrtümlicher Selbsthilfe	164
I. Rechtsgrund	164
II. Rechtsnatur	166
1. Anwendbarkeit auf Notwehr (§ 227 BGB)	167
2. Anwendbarkeit auf Aggressivnotstand (§ 904 S. 2 BGB)	168
3. Verfassungsrechtliche Grenzen	169
III. Tatbestand	170

1. Selbsthilfehandlung, insb. Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts	171
2. Rechtswidrigkeit	174
a) Fehlen einer Selbsthilfefolge	174
b) Unzulässige Selbsthilfehandlung	175
c) Berücksichtigung anderer Rechtfertigungsgründe	178
3. Verschulden	179
a) Unbeachtlichkeit von Irrtümern auf Rechtswidrigkeitsebene	180
b) Haftung Deliktsunfähiger?	181
IV. Rechtsfolge	182
1. Anwendbarkeit des allgemeinen Schadensrechts	183
2. Haftungsausfüllende Kausalität	184
3. Mitverschulden	185
V. Verhaltenssteuernde Wirkung	185
1. Interessenabwägung	186
2. Fehlende Abschreckung bei Fehlen eines Schadens	187
3. Risiko von Gegenwehr, möglicherweise fehlende Ersatzpflicht für erlittene Schäden	187
4. Auswirkungen auf Fremdhelfer	188
D. Subsidiarität als Erfordernis jeglicher privaten Eingriffsbefugnis?	189
I. Fehlende Subsidiarität bei leichter Kompensation und hohem Administrativaufwand	189
II. Private Pfandrechte als Ausnahme?	190
III. Subsidiarität bei Notwehr und Notstand (sowie Besitzwehr und Besitzkehr)	191
1. Subsidiarität als Teil geschriebener Tatbestandsmerkmale	191
a) Zeitliche Grenzen	192
b) Erforderlichkeit	192
2. Subsidiarität aufgrund eines Über-/Unterordnungsverhältnisses des Rechtfertigungsgründe?	193
a) § 229 BGB als Grundtatbestand der Rechtfertigungsgründe?	193
b) Widersprüchliches Verhalten als gemeinsamer Ansatzpunkt?	194
3. Subsidiarität als allgemeiner (ungeschriebener) Grundsatz?	196
IV. Ergebnis	197
E. Zusammenfassung	197
 § 2 Alternative Selbsthilfe	 201
A. Schutz von Geheimnissen	202
I. Rechtlicher Rahmen	204
1. Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen	204

2. Schutz von Privatgeheimnissen	208
a) Regelungen zum Geheimnisschutz	208
b) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die „Sphärentheorie“	210
c) Abgrenzung der beiden Schutzmechanismen	211
aa) Historischer und rechtssystematischer Hintergrund	212
(1) Schutz gegen den Staat und Schutz gegenüber Privaten	212
(2) Grenzen des Schutzes und Disponibilität	214
(3) Die Geheimsphäre als Kernbereich des Selbstdaten- schutzes	216
bb) Ökonomischer Hintergrund	220
cc) Schutz öffentlicher Informationen?	222
(1) Das Recht am eigenen Bild	223
(2) Google StreetView	227
(a) Recht am eigenen Bild	228
(b) Schutz der abgebildeten Gebäude, Fahrzeuge und sonstiger Sachen?	229
(c) Wertung der urheberrechtlichen Panoramafreiheit	230
(d) Eigentumsrechte, „Eigentümergeheimnisrecht“	231
(e) Datenschutz	233
(f) Ergebnis	234
(3) Beschäftigtendatenschutz und soziale Netzwerke	235
3. Einheitlicher Geheimnisbegriff	236
II. Geheimnisschutz als Selbsthilfe	236
1. Das „Geheimnis“ als Gegenstand des Schutzes	237
a) Unternehmensbezug und wirtschaftlicher Wert	239
b) Fehlende Offenkundigkeit	240
c) Geheimhaltungsbemühungen und Geheimhaltungsinteresse	243
aa) Unter- statt Übermaßgebot	243
(1) Schutzbemühungen in Bezug auf Geheimnisträger	244
(2) Schutzbemühungen gegenüber Verhalten Dritter	245
(3) Überwindungsaufwand als Maßstab	246
bb) Sonderbehandlung in staatlichen Verfahren	247
2. Schutzzumfang des Geheimnisschutzes	248
a) Ökonomische Betrachtung	250
b) Verbotene und erlaubte Erlangung des Geheimnisses	254
c) Insbesondere: Reverse Engineering	256
aa) Unterschiedliche Beurteilung in Deutschland und den USA	256
bb) Sonderregelungen als Indiz?	257
cc) Ökonomische Aspekte	258
dd) Wettbewerb als Schutzziel	259
d) Insbesondere: Nachvertragliche Geheimhaltungspflicht und Wettbewerbsverbote	260

III. Rechtsnatur des Geheimnisschutzes	261
1. Verhältnis zu den Immaterialgüterrechten	262
a) Grundzüge	263
aa) Google-Suchalgorithmus	263
bb) Coca Cola und ähnliche Geheimrezepte im Nahrungs-/ Getränkebereich	265
cc) Schnittstelleninformationen im Softwarebereich	266
b) Vorzüge des Patentschutzes als staatliche Schutzalternative	267
c) Vorzüge des Geheimnisschutzes als private Schutzalternative	269
2. Übergang vom Geheimnis- zum Patentschutz	271
3. Sonderbehandlung patentfähiger Geschäftsgeheimnisse?	273
4. Geschäftsgeheimnisse als staatlich absolut zu schützendes Rechtsgut?	274
a) Das Geheimnis als Vermögensgegenstand	275
b) Zuordnung	276
c) Ausschlussrecht?	276
IV. Zwischenergebnis	278
B. Rechtsmissbrauch und rechtsfreie Räume	279
I. Rechtsfreie Räume und staatliche Zurückhaltung	279
II. Rechtsmissbrauch und Rechtsschutzverweigerung	280
III. Ökonomische Betrachtung	282
C. Defensive Selbsthilfe und Erfüllung ohne Eingriff	283
I. Eingriffslose Befriedigung des Gläubigerinteresses	284
1. Freiwillige Erfüllung durch den Schuldner	284
2. Schutzmaßnahmen des Gläubigers ohne Drittwirkung	285
3. Abgrenzung von Rechtssphären	286
II. Staatlicher und privater Rechtsschutz	287
1. Materiellrechtliche Aspekte	287
2. Prozessrechtliche Aspekte	289
III. Selbstdurchsetzung im Internet	290
D. Zusammenfassung	293
 § 3 Kumulative Selbsthilfe	 295
A. Einwilligung, mutmaßliche Einwilligung und Geschäftsführung ohne Auftrag	 297
I. Gegenüberstellung zu § 229 BGB als Ausgangspunkt	298
1. Erweiterung der Selbsthilfevoraussetzungen zugunsten des Gläubigers	 300
a) Vorweggenommene Einwilligung und verbotene Eigenmacht (§ 858 BGB)	 301

b) Unwirksamkeit von Selbsthilfe erweiternden Klauseln	303
c) Haftung für Maßnahmen aufgrund unwirksamer vertraglicher Selbsthilferegeln	307
d) Konsequenzen und Grenzen	311
2. Erweiterung der zulässigen Folgen der Selbsthilfe zugunsten des Gläubigers	314
3. Beschränkung der Selbsthilfebefugnisse gegenüber § 229 BGB . . .	317
II. Die Einwilligung im Allgemeinen	318
1. Einwilligungsfähige Rechtsgüter	319
2. Einwilligungserklärung	320
3. Widerruflichkeit	324
III. Verwandte Konstellationen	326
1. Handeln auf eigene Gefahr, Mitverschulden (§ 254 BGB)	326
2. Berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 683 BGB) als subsidiäre Selbsthilfe	327
B. Notwehr, Besitzwehr und Besitzkehr	329
I. Allgemeines	330
1. Handlungen Dritter	331
a) Nothilfe	331
b) Besitzschutz	332
2. Endgültige Folgen der Notwehrhandlung	335
3. Schranken	336
II. Die geschützten Angriffsziele	338
1. Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit	339
2. Verkörperte Vermögenswerte und tatsächliche Sachherrschaft . .	340
a) Eigentum und berechtigter Besitz	340
b) Der Schutz des nicht berechtigten Besitzers	341
aa) Friedensfunktion des Besitzes	342
bb) Kollision von Eigentums- und Besitzschutz	343
cc) Befriedungsfunktion und vernetzte Produkte	345
(1) Anfängliche und nachträgliche faktische Nutzungs- beschränkungen	345
(2) Externe Dienstleistungen	346
(3) Besitz- und Eigentumsschutz bei Produkten mit Hintertür	348
(4) Software as a Service; automatische Sperrfunktionalität	351
c) Das Hausrecht	352
aa) Hausverbote und ihre Schranken	353
(1) Grundsätzlich unbeschränktes Ausschlussrecht . . .	353
(2) Grundrechtsrelevanter Zugang bei „öffentlichen Räumen“	353

(3) Vertragsbindung und widersprüchliches Verhalten . . .	355
bb) Besitzschutz und Durchsetzung unwirksamer Hausverbote . . .	356
3. Ehre, Persönlichkeitsrechte und verwandte Rechtsgüter	358
C. Technische Schutzmaßnahmen und Einschränkungen	
tatsächlicher Sachherrschaft	359
I. Der Ausgleich zwischen Sachenrecht und Immaterialgüterrecht . . .	362
1. Totalität des Eigentums und Vielfalt der Immaterialgüterrechte . .	364
a) Vervielfältigung, öffentliche Wiedergabe und andere Nutzungs- beschränkungen	365
b) Das Verbreitungsrecht als Einschränkung der Verfügungs- befugnis	365
2. Wiederherstellung der Verkehrsfähigkeit durch Erschöpfung . . .	367
a) Rechtfertigung des Erschöpfungsgrundsatzes	368
b) Umfang der Erschöpfung	372
aa) Drittwirkung von Beschränkungen	373
(1) Beschränkungen gegenüber dem Ersterwerber und deren Drittwirkung	373
(2) Verbreitungsrecht und Veröffentlichungsrecht (§ 12 UrhG)	374
bb) Räumliche Reichweite der Erschöpfung	374
(1) Gemeinschaftsweite Erschöpfung	374
(2) Internationale Erschöpfung und die Begründung des US Supreme Court	375
(3) Örtliche Beschränkungen bei der Erstveräußerung . . .	378
cc) Inhaltliche Beschränkungen des Erschöpfungsrechts	379
(1) Beschränkte Drittwirkung	379
(2) Auf bestimmten Zweck beschränkte Veräußerung	380
c) Erschöpfung im digitalen Umfeld; notwendige Vervielfältigungen	380
3. Unterlizenzen	383
II. Technische Schutzmaßnahmen und die Verdinglichung von Schutzrechten	384
1. Zugangskontrolldiensteschutzgesetz und §§ 95a ff. UrhG	385
a) Schutz technischer Maßnahmen vor Umgehung (§ 95a Abs. 1 UrhG)	386
aa) Akzessorietät zum urheberrechtlichen Schutz	386
(1) Reichweite des zulässigen technischen Schutzes	386
(2) Nutzung tatsächlicher Schutztechnologien zugunsten rechtlich ungeschützter Inhalte	390
bb) „Umgehung“ als verbotene Verhaltensweise	391
cc) Verhältnis zum Softwareschutz (§ 69 Abs. 5 UrhG)	393

b) Vorfeldschutz	394
aa) Verbot bestimmter Vorbereitungshandlungen (§ 95a Abs. 3 UrhG)	395
(1) Akzessorietät zur Umgehung	395
(2) Dual Use	396
bb) Mittel zur Umgehung technischer Programmschutz- mechanismen (§ 69f Abs. 2 UrhG)	399
c) Flankenschutz für Zugangskontrollen (§ 3 ZKDSG)	401
aa) Schutzzumfang und Wirkung	402
bb) Verhältnis zum urheberrechtliche Schutz sowie zu § 95a UrhG	403
cc) Bewertung	405
2. §§ 202a-202c StGB	406
a) Strafbewährter Schutz vor Umgehung (§ 202a StGB)	407
aa) Vom Schutz der Daten zum Schutz des Zugangs- hindernisses	408
bb) Die „besondere“ Sicherung	410
cc) Der geschützte Rechtsgutsträger	411
dd) Zwischenergebnis	412
b) Schutz von „nichtöffentlichen“ Datenübermittlungen (§ 202b StGB)	412
c) Strafbarkeit von Vorfeldmaßnahmen (§ 202c StGB)	413
aa) Allgemeine Voraussetzungen	414
bb) Noch einmal: Dual Use	415
cc) Bewertung	416
3. Korrekturmöglichkeiten	416
a) Vorfeldschutz als Durchsetzungsinstrument	417
b) Begrenzte Zulassung von Umgehungsmitteln	418
c) Wettbewerbsrechtliche Erwägungen	419
d) Ergebnis	421
III. Fehlende Konsequenzen im Schuld- und Sachenrecht	421
1. Tatsächliche Sachherrschaft	423
2. Übereignung	425
3. Gefahrübergang und Verjährung	426
D. Zusammenfassung	428
 Zusammenfassung und Ausblick	431
Literaturverzeichnis	437
Stichwortverzeichnis	485

Einleitung

Gegenstand dieser Arbeit ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang eine faktische Einschränkung von Rechten oder Rechtsgütern Dritter im Eigeninteresse privater Personen auch ohne Einschaltung staatlicher Stellen rechtmäßig und zweckmäßig ist. Praktische Bedeutung erlangt diese Frage durch die zunehmende technische Vernetzung von Alltagsgegenständen, die Eingriffe grenzüberschreitend und ohne jeglichen physischen Kontakt ermöglicht.¹ Dadurch erlangen bislang vor allem im engen Bereich des Computer- und Internetrechts erörterte Fragestellungen Bedeutung in der allgemeinen Rechtspraxis. So ist es heute möglich, Laptops, Handys, aber auch PKW per Funksignal funktionsunfähig zu machen.² Dies kann etwa der Rechterhaltung des bestohlenen Eigentümers, aber auch der Wahrung markenrechtlicher Vorgaben³ oder einer vorher vereinbarten zeitlichen Nutzungsgrenze dienen. Denkbar ist aber auch die Nutzung als Mittel zur Sicherung von Forderungen, ähnlich der Parkkralle.⁴ Dabei sind wechselseitige Gewaltexzesse nicht zu befürchten, so dass fraglich ist, ob die engen zeitlichen Grenzen von Notwehr (§ 227 BGB, § 32 StGB) oder Besitzwehr bzw. Besitzkehr (§ 859 BGB) insoweit noch zweckmäßig sind.⁵ Die Nutzbarkeit dauerhaft übereigneter körperlicher Gegenstände, etwa Mobiltelefone, Fernseher, Receiver, Tablets oder Spielkonsolen, kann durch den Hersteller ohne physischen Zugriff erweitert oder eingeschränkt werden, soweit diese eine Netzwerkanbindung aufweisen.⁶ Diese Veränderungen können

¹ *Picker*, CWRLR 55 (2005), 749 konzentriert sich primär auf Software; durch kostengünstige Mikroprozessoren betrifft dies aber potentiell jeden Gegenstand, vom Toaster bis zum Industrieroboter.

² Näher unten § 3B.II.2b.cc(3), S. 348.

³ Siehe zur Veränderung von Markengegenständen durch Dritte BGH MMR 1998, 448 – Rolex-Uhr mit Diamanten; BGH GRUR 2007, 705; OLG Köln NJOZ 2008, 3518.

⁴ „Self Help Repossession“ von Sicherungsmitteln ist in den USA nach § 9–609 UCC umfassend erlaubt, soweit ein „breach of the peace“ ausgeschlossen ist, dazu *Loterstein*, Mich. L. Rev. 111 (2013), 1361; *McRobert*, WALR 87 (2012), 569; siehe zum deutschen Recht (freilich thematisch anders ausgerichtet) *Paal/Guggenberger*, NJW 2011, 1036; generell skeptisch aus europäischer Sicht *Horvathova/Stanescu/Fabián*, Is Self-Help Repossession Possible in Central Europe?; zur wirtschaftlichen Bedeutung *White*, Wis. L. Rev. 1973 (1973), 503; *Whitford/Laufer*, Wis. L. Rev. 1975 (1975), 607.

⁵ Siehe dazu schon *Gitter*, Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 9 (1993), 413 (1993!); näher unten § 3B.II.2b.cc, S. 345.

⁶ Siehe namentlich § 8 der Nutzungsbedingungen des iPhone-SDK, www.eff.org/files/20100302_iphone_dev_agr.pdf; bestätigt durch den damaligen Apple CEO Steve Jobs, www.telegraph.co.uk/technology/3358134/Apples-Jobs-confirms-iPhone-kill-switch.html; für Aufruhr sorgte das Löschen von Büchern (1984 und Animal Farm von George Orwell) durch Amazon von den eBook-Le-

etwa der Fehlerbeseitigung im Kundeninteresse dienen, aber auch im Interesse des Herstellers Patentverletzungen durch Entfernen verletzender Merkmale beseitigen.⁷ Nicht ausgeschlossen werden kann aber auch, dass Einschränkungen vorgenommen werden, um den Kauf von Ersatz- oder Nachfolgeprodukten zu fördern. Dies wirft die Frage auf, ob die Übergabe einer Sache noch als Anknüpfungspunkt für den Gefahrübergang geeignet ist (§ 446 BGB), wenn der Käufer einseitige Veränderungen der Beschaffenheit der Kaufsache durch den Verkäufer nicht verhindern kann und auch so nach der Übergabe von diesem abhängig bleibt.

Die Problematik berührt dabei primär das Deliktsrecht, da nach § 823 Abs. 1 BGB Eingriffe in fremde Rechtsgüter grundsätzlich Schadensersatzansprüche auslösen. Insoweit ist eine möglichst eindeutige Abgrenzung der Rechtssphären erforderlich, da sich danach bestimmt, wer Angreifer und wer nur Verteidiger ist. Solche Abgrenzungsfragen sind freilich weder neu noch ungewöhnlich. In vergleichbarer Weise warf schon die Erfindung der Luftfahrt die Frage auf, bis zu welcher Höhe ein Grundeigentümer über die Erlaubnis zum Betreten seines Grundstücks entscheiden darf.⁸ In den geschilderten Konstellationen von Eingriffen in physische Rechte über Netzwerke ist aber ebenso denkbar, dass nur vertraglich geschützte Äquivalenzinteressen betroffen sind, da die *Möglichkeit* fremder Eingriffe gerade in der Natur der vereinbarten Leistung liegt. Ausschließlich vertragliche Ansprüche werden etwa bei der Onlinespeicherung von Daten angenommen: Inzwischen werden Informationen zunehmend nicht mehr auf eigenen, im Besitz des Nutzers befindlichen, Datenträgern gespeichert werden, sondern befinden sich kumulativ auf Servern an wechselnden, dem Speichernden vielfach unbekannten Orten (in der „Cloud“).⁹ Dies ist insbesondere bei Emails der Fall, die vielfach ausschließlich online gelesen werden. Damit steigt aber auch die Gefahr, dass die speichernden Dritten Informationen als Sicherungsmittel für etwaige Entgeltforderungen zurückhalten oder den Zugriff dauerhaft

sern der gutgläubigen Kundschaft, www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html.

⁷ So namentlich die Entscheidung E.D. Texas F.Supp.2d 670 (2009), 568: „However, i4i has presented evidence that it is possible to design a software patch that can remove a user’s ability to operate the infringing functionality“; vorsichtiger noch im Streit zwischen Microsoft und Eolas (N.D.Illinois WL 2004, 170334 bei Rn. 8) im Hinblick auf das US-Patent Nr. 5838906: „The injunction should be carefully crafted to preclude infringement only with respect to future conduct by Microsoft; infringements in the past are to be remedied by damages. The distinction is important here because the infringement occurs many times each day as Windows users display interactive objects embedded in Web pages. These infringements, in my view, belong in the category of past infringements because the device used to infringe was made and sold long before the judgment in this case. The future infringement is limited to new versions of Microsoft’s Windows operating system or any major service pack of any existing versions of the Windows operating system containing Internet Explorer that Microsoft releases to manufacturing“. In beiden Fällen hat Microsoft entsprechende Updates an die Kunden gesandt, siehe Spiegel Online vom 12.8.2009, <http://www.spiegel.de/netzwelt/tech/0,1518,641944,00.html>.

⁸ Dazu schon Lessig, S. 28.

⁹ Pohle/Ammann, CR 2009, 273; Schuster/Reichl, CR 2010, 38; Eisenberg/Puschke/Singelstein, ZRP 2009, 9; Huber, MMR 2006, 728; Holznagel/Bonnekoh, MMR 2006, 17.

sperren. Insoweit wird ein absolutes Recht an gespeicherten Emails, Dokumenten und anderen Inhalten bislang abgelehnt und ausschließlich das Vertragsrecht herangezogen.¹⁰ Diese Wertung ließe sich durchaus auf Produkte mit Netzwerkanbindung ausdehnen, bei denen ebenfalls das Potential zur Nutzungseinschränkung bereits bei Gefahrübergang angelegt war. Aber auch umgekehrt folgt nicht aus dem Bestehen einer Rechtsposition, dass diese durch Gewalt verteidigungsfähig sein muss oder umgekehrt jedes Eindringen sich an strengen Rechtfertigungsgründen messen lassen muss. Dies illustriert namentlich der seit dem Volkszählungsurteil¹¹ stetig ausgebauter Schutz personenbezogener Daten. Mit für wenige Cent integrierbaren RFID-Chips lassen sich Tiere, Gegenstände und Personen identifizieren und lokalisieren, ohne diese ansprechen zu müssen oder sie nur zu sehen.¹² So weist derzeit etwa der neue Personalausweis einen entsprechenden Chip auf, der durch ein Funksignal auch ohne Vorlage erfasst werden kann; seit 2003 wird aber auch der Einsatz derartiger Chips in Geldscheinen erörtert. Ein bedrohlicher Eingriff ist darin auf den ersten Blick nicht zu sehen.¹³ Demgegenüber wird man ein Interesse eines Grundstückseigentümers, ihm unbekannte Besucher zu erkennen ebenso wenig leugnen können, wie das Recht eines Hundeeigentümers, zu erfahren, ob sein Tier sich auf einem fremden Grundstück aufhält. Es ist fraglich, ob die Nutzung derartiger, unsichtbarer Technologien eine kompensationspflichtige oder sogar durch Gewalt abwehrfähige Verletzung fremder Rechte darstellt, deren Zulässigkeit an den gleichen Maßstäben wie eine Körperverletzung zu messen ist.

Selbst wenn man eine Handlung als Eindringen in die fremde Rechtssphäre wertet, ist die Rechtfertigung privater Eingriffe auch über die eben geschilderten technologischen Einzelfälle bislang weder systematisch erfasst noch eindeutig beantwortet. Die schwierige Abgrenzung derjenigen Fälle, in denen Zwang ausschließlich den staatlichen Vollstreckungsorganen zugewiesen ist von denjenigen, in denen der Gläubiger selbst tätig werden darf, stellte sich bereits bei Schaffung des BGB. So stellt § 229 BGB die Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung von Sachen, die Festnahme von Personen und die Beseitigung von Widerstand unter den Vorbehalt, dass obrigkeitliche Hilfe nicht zu erlangen ist.¹⁴ Demgegenüber wird die Vernichtung von fremden Forderungen durch schlichte Aufrechnungserklärung (§§ 388, 389 BGB) sogar in der Insolvenz (§ 94 InsO) abgesichert.¹⁵ Die Einschaltung von Gerichten ohne

¹⁰ *Beurskens*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008, S. 443, 448 mwN; näher noch unten § 1A.V.1c.bb, S. 128.

¹¹ BVerfGE 65, 1.

¹² *Holznagel/Schumacher*, MMR 2009, 3; *Dreyer*, ZD-Aktuell 2012, 20.

¹³ Einen anderen Eindruck vermittelt freilich die Diskussion im Internet, siehe nur www.foebud.org/rfid/was-kann-ich-tun; netzpolitik.org/2006/welt-rfid-bald-in-geldscheinen/ und auch Teile der juristischen Lehre, *Holznagel/Bonnekoh*, MMR 2006, 17; *Pohle/Ammann*, CR 2009, 273.

¹⁴ Vgl. nur OVG Koblenz NJW 1988, 929; HK-BGB/Dörner, §§ 229–231 BGB Rn. 3; *Lagodny*, GA 1991, 300; näher unten § 1A.IV.1§ 1A.IV.1, S. 109.

¹⁵ RGZ 80, 393, 393: „Die Aufrechnung stellt wie nach früherem so nach jetzigem Rechte eine dem Gläubiger vom Schuldner aufgezwungene Befriedigung dar, behufs welcher der Schuldner

vorherige Veranlassung des Schuldners kann zur Auferlegung der Kosten führen (§ 93 ZPO); bei Unterlassungsansprüchen kann bei fehlender vorheriger Information sogar materiell-rechtlich die Wiederholungsgefahr verneint werden.¹⁶ Staatliche Hilfe knüpft mitunter sogar gerade an vorherigen aktiven Selbstschutz an, etwa beim Schutz von Geschäftsgeheimnissen (§§ 17 ff. UWG),¹⁷ bei der Umgehung wirksamer technischer Schutzmaßnahmen im Urheberrecht (§§ 95a ff. UrhG)¹⁸ oder im Rahmen der Computerkriminalität (§§ 202a, 202b StGB)¹⁹.

Vor diesem Hintergrund wird untersucht, inwieweit die staatliche Vollstreckung durch private Schutzsysteme entbehrlich wird oder gerade umgekehrt private Schutzmechanismen ein Bedürfnis nach ergänzendem staatlichem Schutz begründen. Schließlich wird kritisch hinterfragt, inwieweit das Sanktions- und Haftungssystem den eingeräumten Freiraum widerspiegelt und wie eine effiziente Konfliktbeilegung die geschilderten Selbsthilfemöglichkeiten berücksichtigen kann und soll. Insgesamt sollen die so gewonnenen Erkenntnisse dazu beitragen, Konflikte bei Gegenständen mit Netzwerkanbindung effizient zu lösen.

A. Problemstellung

Die Durchsetzung (oder im Fall von § 229 BGB die Sicherung) von Rechten ohne staatliche Mitwirkung wird in der deutschen Rechtswissenschaft verbreitet als „Faustrecht“ abgetan²⁰ oder als unerwünschtes Relikt aus Zeiten vor der Schaffung des staatlichen „Gewalt-“ bzw. „Rechtsschutzmonopols“ eingeordnet.²¹ Rechtspolitisch und -philosophisch wird ein „Gewaltmonopol des Staates“ proklamiert,²² wel-

seine Gegenforderung aufopfert, nämlich zur Befriedigung des Gläubigers unter gleichzeitiger Selbstbefriedigung verwendet“; *Oetker* 1994, S. 284; unten § 1A.V.1b, S. 122.

¹⁶ Dazu § 2C.II, S. 287.

¹⁷ *Frank*, passim; *Beyerbach*, passim; *Ann*, GRUR 2007, 39; unten § 2A, S. 202.

¹⁸ *Dammers*; *Entelmann* 2009; *Arlt*, MMR 2005, 148; *Marly*, K & R 1999, 106; unten § 3C.II.1a, S. 386.

¹⁹ *Schreibauer/Hessel*, K & R 2007, 616; *Schumann*, NSTZ 2007, 675; *Borges/Stuckenberg/Wegener*, DuD 2007, 275; unten § 3C.II.2, S. 405.

²⁰ Dazu bereits *Wendt*, S. 5; *Schünemann*, S. 1; historisch schon *Binder*, passim.

²¹ BVerfGE 61, 126, 136: „Demgegenüber besteht ein öffentliches Interesse daran, dem Vollstreckungsgläubiger, dem der Staat als Inhaber des Zwangsmonopols die Selbsthilfe verbietet, die Verwirklichung seines Anspruchs und als Voraussetzung dafür die mit der Offenlegung bezweckte Feststellung der pfändbaren Vermögensgegenstände zu ermöglichen. Dieses Interesse dient der Wahrung des Rechtsfriedens und der Rechtsordnung, welche ihrerseits Grundbestandteil der rechtsstaatlichen Ordnung ist.“; BGH NJW 1979, 1359, 1360: „Die Besitzschutzvorschriften stehen unter dem Leitgedanken, den Rechtsfrieden zu wahren, indem sie das äußere Herrschaftsverhältnis der Person zu einer Sache aufrechterhalten, um so den Anreiz zu unerwünschtem Faustrecht zu nehmen.“; BeckOK-BGB/Dennhardt, § 229 BGB Rn. 1.

²² Dazu *Becker*, NJW 1995, 2077, 2078.

ches immerhin bis zum Codex Hammurabi zurückverfolgt werden kann.²³ Vereinzelt finden sich in der Literatur seit fast 100 Jahren Stimmen, welche ein Ende der „Selbsthilfe“ statuieren.²⁴

Anders sind Tendenzen im US-amerikanischen Schrifttum, wo man zu der zutreffenden Erkenntnis gelangt ist, dass kein reales Rechtssystem sich auf eine staatliche Durchsetzung beschränken kann²⁵ und damit die private Durchsetzung ein unabdingbares Hilfsmittel zur Herstellung einer rechtsstaatlichen Ordnung bildet.²⁶ Auch bei den Entwurfsarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch war klar, dass eine Zivilrechtsordnung sich nicht auf den Verweis auf gerichtlichen Schutz beschränken kann.²⁷ Diese Diskrepanz gibt Anlass, die Bedeutung der „Selbsthilfe“ in einer globalisierten Informationsgesellschaft näher zu betrachten.

I. Funktion und Bedeutung von „Selbsthilfemechanismen“ im Rechtsstaat

1. Nationale Regelungen als Kostenfaktor für grenzüberschreitende Transaktionen

Die Globalisierung²⁸ setzt nationale Rechtssysteme unter Druck.²⁹ Während bei Geschäften innerhalb eines Staates die anwendbaren Gesetze eindeutig und leicht zu bestimmen sind, können Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen bei grenzüberschreitend vertriebenen Massenprodukten vielfach Probleme verursachen.³⁰ Je dichter die (divergente) Regulierung der betroffenen Staaten ist, desto schwieriger wird es, Transaktionen überhaupt durchzuführen.³¹ Eine künstliche Trennung von Märkten durch Verpackungen und vertragliche Bindung von Zwischenhändlern

²³ Schünemann, S. 2 (Fn. 8 f.); Koller, S. 111 ff.; Mugdan I, S. 543 = Mot. I, S. 348 verweist freilich darauf, dass dieses Prinzip im römischen Recht erst spät eingeführt wurde; ebenso Koller, S. 125 ff.

²⁴ Jauernig/Hess, S. 1; Oertmann, S. 3 (1930!); Haase/Keller/Musall/Reichel/Haase-Keller, S. 318; Mes 1970, S. 95.

²⁵ Lichtman, How the Law Responds to Self-Help, 1: “Legal rules are typically implemented through a combination of public and private mechanisms”; Lessig, S. 120 ff.; ansatzweise aber bereits Mugdan I, S. 552 = Mot. I, S. 354; Schünemann, S. 16 „Staatlicher und eigenmächtiger Rechtsschutz ergänzen also einander“.

²⁶ Lichtman, How the Law Responds to Self-Help, 62 f.; Landes/Posner, S. 356 ff. in Bezug auf Geschäftsgeheimnisse.

²⁷ Vorbilder hat eine (beschränkte) Befugnis zur Selbsthilfe etwa in den Hethitischen Gesetzen und im Decretum Divi Marci, dazu Schünemann, S. 2 f., insb. Fn. 10 ff.

²⁸ Zum Begriff siehe grundlegend Levitt, Harv. Bus. Rev 61 (1983), 92, 93 f.

²⁹ Generell Eidenmüller, JZ 2009, 641 der im Anschluss an Ribstein/O’Hara einen „Kampf um die Ware Recht“ annimmt; siehe auch zum Patentrecht Straus/Klunker, GRUR-Int 2007, 91, 91 f.; zum Gesellschaftsrecht Romano, J.L.Econ.Org. 1 (1985), 225, 228 ff. oder zum Lauterkeitsrecht Mankowski, GRUR-Int 1999, 909, 216.

³⁰ Das war auch die Grundlage für die EuGH-Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten, namentlich EuGH GRUR-Int 1974, 467 (Warenverkehrsfreiheit); EuGH NJW 1975, 1095 (Dienstleistungsfreiheit); EuGH NJW 1996, 579 (Niederlassungsfreiheit); EuGH NJW 1996, 505 (Arbeitnehmerfreizügigkeit); zur Harmonisierung des Vertragsrechts auf europäischer Ebene siehe aber auch kritisch Müller, EuZW 2003, 683, 683 ff.

³¹ Lando, Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, S. 41, 42 ff.; Dreher, JZ 1999, 105, 106 (zum europäischen Binnenmarkt).

kann nicht nur kartellrechtliche Probleme auslösen,³² sondern verursacht für die betroffenen Unternehmen zusätzliche Kosten. Insgesamt wirkt sich die Unterschiedlichkeit der Rechtsordnungen als Handelshemmnis aus.³³ Trotzdem ist das schon 1888 von *Zitelmann* proklamierte „Weltrecht“³⁴ bislang keine Realität geworden.

Auch das internationale Privatrecht gewährleistet nur begrenzte Rechtssicherheit. Zwar wird für Inhalte im Internet, die in besonderer Weise von dieser konkurrierenden Regulierung betroffen sind,³⁵ die Einführung des „Herkunftslandprinzips“³⁶ gefordert, wonach stets die Rechtsordnung desjenigen Landes maßgeblich sein soll, in dem die Inhalte online bereitgestellt wurden.³⁷ Ein dementsprechender Konsens konnte aber noch nicht einmal auf europäischer Ebene erreicht werden.³⁸ Auf weitergehender, internationaler Ebene ist eine dementsprechende Einigung wohl ausgeschlossen.

2. Private Selbstregulierung als Ausweg

Soweit der Schutz durch staatliche Organe aus praktischen Gründen erschwert oder gar völlig zunichtegemacht wird, haben sich andere *Regulierungssysteme* entwickelt.³⁹ Mittel der Wahl sind dabei vielfach Individualverträge. Dabei versuchen sich die Parteien durch möglichst detailliert ausgestaltete Vertragswerke ihren eigenen, weitgehend rechtssicheren Regelungsrahmen zu schaffen.⁴⁰ Selbstverständlich handelt es sich bei diesen (sehr umfangreichen) Vertragswerken aber nicht um „vollständige Verträge“,⁴¹ die alle erforderlichen Fragen abschließend regeln. Bei Massenver-

³² Zum Umverpacken EuGH NJW 1997, 1627, 1631 f.; Ingerl/Rohnke/*Ingerl/Rohnke*, § 24 MarkenG Rn. 65 ff.; zur Vertikal-GVO (VO Nr. 2790/1999) *Kling/Thomas*, § 4 Rn. 229 ff.

³³ So ausdrücklich EuGH GRUR-Int 1974, 467 (Warenverkehrsfreiheit); ebenso *Lando*, Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, S. 41, 42 ff.

³⁴ *Zitelmann*, Öst. A. Ger-Ztg. 39 (1888), 193 ff.; zu den ökonomischen Gründen *Kozuka*, An Economic Analysis of Private International Law, S. 74.

³⁵ So sind in Deutschland etwa „volksverhetzende“ Inhalte verboten (§ 130 Abs. 2 StGB), in China sogar sehr viel weitergehend alle regimiekritischen Angebote, vgl. *Marberth-Kubicki*, NJW 2009, 1792, 1795.

³⁶ Vgl. Art. 1 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG Nr. L 278 vom 17. Juli 2000, S. 1.

³⁷ *Brömmelmeyer*, S. 109 ff., 418; *Blasi*, S. 436 ff.; kritisch allerdings *Spindler/Schuster/Nordmeier*, § 3 TMG Rn. 1; *Spindler*, *RebelsZ* 66 (2002), 633, 706–709; *Mankowski*, GRUR-Int 1999, 909, 913 ff.

³⁸ Siehe den Ausnahmenkatalog in Art. 3 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (Fn. 36).

³⁹ Man denke etwa an Handelsbräuche, § 346 HGB, denen der BGH „quasi-normative Wirkung“ zuspricht, BGH NJW 1993, 1798; *Schmidt* 1999, § 1 III a oder an „Handelsklauseln“ (z. B. „INCO-TERMS“) BGHZ 92, 396, 401.

⁴⁰ Dazu *Merk*, ZHR 171 (2007), 490; illustrativ *Döser*, JuS 2000, 246–254, 456–459, 663–666, 773–778, 869–874, 972–982, 1076–1080, 1178–1183.

⁴¹ Zum Begriff siehe *Polinsky*, S. 29 ff.; *Ayres/Gertner*, Yale L.J. 99 (1989), 87; *Schäfer/Ott*, S. 401 ff.: Ein solcher Vertrag liegt vor, wenn sich die Vertragsparteien ex ante über die Zuweisung aller späteren Risiken geeinigt haben.

trägen, d. h. bei Verwendung von „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ findet allerdings regelmäßig eine strenge gerichtliche Kontrolle statt.⁴² Gegenüber Verbrauchern ist der Versuch einer umfassenden Vereinbarung nur sehr ausnahmsweise ein gangbarer Weg.⁴³

Alternative Regelungssysteme können auch abstrakt-generell, rechtssatzähnlich ausgestaltet werden.⁴⁴ Im internationalen Geschäftsverkehr kann etwa lückenschließend auf die UNIDROIT Principles⁴⁵ oder eine darüber hinausgehende „Lex Mercatoria“⁴⁶ zurückgegriffen werden, national ist an die (sogar in § 346 HGB gesetzlich anerkannten) „Handelsbräuche“ zu denken.⁴⁷ Deren Vorteile liegen auf der Hand. Sie sind einerseits sehr viel schneller zu ändern und andererseits insoweit sachnäher, als sie spezifisch auf die Bedürfnisse der Beteiligten in einer konkreten Situation abgestimmt sind.⁴⁸ Der Gesetzgeber als aufwändiger, neutraler Mittler bei der Normsetzung entfällt.⁴⁹ Eine vertragliche Regulierung für potentielle Schädigungen, d. h. im Deliktsrecht, ist praktisch wegen der nicht vorhersehbaren Zahl potentieller An-

⁴² Sehr weitgehend schon früh der Ansatz der deutschen Rechtsprechung, vgl. BGH NJW 1976, 2345, 2346, der auch in den §§ 305 ff. BGB zum Ausdruck kommt; die europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Abl. L 95 vom 21. April 1993, S. 29 ff. sind demgegenüber auf Verbraucherverträge begrenzt. Zum Erfordernis eines „Missverhältnisses“ zwischen den Beteiligten vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes Wolf, JZ 1974, 465, 468 ff.; Nicklisch, BB, 941, 944 ff.

⁴³ Siehe kollisionsrechtlich Art. 6 Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (Abl. Nr. L 177 S. 6, ber. 2009 Nr. L 309 S. 87); materiellrechtlich § 310 Abs. 3 BGB, die zwingenden Vorschriften (z. B. §§ 312i, 475, 511, 651g BGB), prozessual das Verbot der vorherigen Prorogation in § 38 ZPO (dazu BGH NJW 1983, 159; Ehricke, ZZP 111 (1998), 145), das Formerfordernis für Schiedsvereinbarungen (§ 1031 Abs. 5 ZPO). Zu den rechtsökonomischen Implikationen des Verbraucherschutzes siehe nur Schäfer/Ott, S. 8.

⁴⁴ Dies trifft namentlich auf im Handelsverkehr übliche Klauselwerke zu, siehe Schüsler, DB 1986, 1161; Ebenroth/Boujong/Grundmann, vor §§ 343 ff. HGB Rn. 89 ff.; MüKo-HGB/Schmidt, § 346 HGB Rn. 29 ff., 108 ff.; Meder, passim; Tilmann, passim; im prozessualen Bereich ist an die Schiedsordnungen der diversen Schiedsorganisationen zu denken, siehe Schwab/Walter, Kap. 41 Rn. 10 ff.

⁴⁵ Unidroit Principles of International Commercial Contracts von 2004, abrufbar unter www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm; siehe Wichard, RabelsZ 60 (1996), 269, 269.

⁴⁶ Berger 1996; Dasser; Fletcher/Mistelis/Cremona; Mertens, FS Odersky, S. 857; Mertens, RabelsZ 1992, 219; Schmidt, Globalisierung und Recht, S. 153; Zumbansen, RabelsZ 67 (2003), 637; Herber, IHR 2003, 1; Ritlewski, SchiedsVZ 2007, 130, 138 ff.

⁴⁷ Dazu MüKo-HGB/Schmidt, § 346 HGB Rn. 29 ff.; Bachmann, passim; Limbach, FS Hirsch, S. 77; Weynen, NJW 1954, 628; Wagner, NJW 1969, 1282.

⁴⁸ Rechtsökonomisch folgt dies aus der Natur des Vertrages als grundsätzlich effizientes Mittel der Risikoverteilung, vgl. Schäfer/Ott, S. 397 ff.; Posner, S. 93, 562 ff.; allgemein zum Vorteil des Vertrags Flume, S. 1 ff.; Gernhuber 1989, S. 3; siehe auch Brömmelmeyer, S. 47 ff.

⁴⁹ Allgemein zum „cultural lag“ aus rechtssoziologischer Sicht Reh binder 2009, Rn. 49, 191; zu den Kosten der Gesetzgebung siehe Posner, S. 555 ff.; verwandt die Argumentation bei BVerfG NJW 2006, 3409, 3410, wonach der „gesellschaftliche, wirtschaftliche und technische Wandel“ eine Rechtsfortbildung durch die Gerichte herausfordert.

spruchsteller ausgeschlossen.⁵⁰ Ein anderer praktischer Fall ist der Unternehmenskauf, bei dem die Parteien sich regelmäßig bemühen, das staatliche (Kauf-)Recht weitgehend abzubedingen und stattdessen auf umfangreiche eigene Vertragswerke vertrauen.

3. Private Rechtsdurchsetzung als Folgeproblem

Soweit ein weitgehend einheitlicher Rechtsrahmen durch Verträge, Gewohnheitsrecht oder Handelsbräuche geschaffen ist, stellt sich jedoch das Folgeproblem, dass es zur *Durchsetzung* dieser Rechte dann doch wieder staatlicher Stellen bedarf. Einmal geschaffene Rechtspositionen (etwa der Besitz einer Sache) können, selbst wenn eine entsprechende vertragliche Vereinbarung vorliegt, regelmäßig nur mit staatlicher Hilfe (insbesondere durch den Gerichtsvollzieher) wieder rückgängig gemacht werden. Ohne Einschaltung von Gerichten oder Behörden hilft daher auch die beste vertragliche Vereinbarung als solche demjenigen, der Waren in das Ausland liefert, wenig.

Einen ersten Ausweg bietet der Abschluss einer Schiedsvereinbarung. Durch das New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. Juni 1958 ist eine Durchsetzung von Schiedssprüchen in derzeit immerhin 142 der 192 Mitgliedstaaten der Vereinten Nationen möglich.⁵¹ Die zulässigen Einwände gegen die Vollstreckung des Schiedsspruchs sind dabei stark eingeschränkt, insbesondere findet eine inhaltliche Prüfung grundsätzlich nicht statt.⁵² Allerdings ist die Möglichkeit zu entsprechenden Vereinbarungen gegenüber Verbrauchern stark eingeschränkt.⁵³ Und im Regelfall wird auch ein Schiedsgericht nach einer bestimmten Rechtsordnung zu entscheiden haben,⁵⁴ so

⁵⁰ Ebenso Posner, S. 31 ff., 169; Polinsky, S. 43 ff.; Schäfer/Ott, S. 549 ff.

⁵¹ Im Einzelnen dazu Schwab/Walter, Kap. 56 Rn. 1–5; MüKo-ZPO/Münch, § 1061 ZPO Rn. 9 ff.; Kröll, SchiedsVZ 2009, 40; Kühn, SchiedsVZ 2009, 53.

⁵² Sog. „révision au fond“, vgl. aus der Rechtsprechung etwa BGHZ 27, 249; BGHZ 30; BGHZ 46, 365; aus der Literatur etwa MüKo-ZPO/Adolphsen, Art. V New Yorker Übereinkommen Rn. 68; Schwab/Walter, Kap. 24 Rn. 37 ff.; Solomon, passim.

⁵³ Siehe etwa EuGH NJW 2007, 135 zur Inhaltskontrolle von Schiedsklauseln anhand der Klauselrichtlinie; aus den USA siehe etwa E.D.Pa. F.Supp.2d 487 (2007), 593, wonach eine Schiedsklausel in den AGB von „Second Life“ gegenüber einem Kunden als nicht durchsetzbar qualifiziert wurde; ebenso bereits N.D.Cal. F.Supp.2d 218 (2002), 1165 zur vergleichbaren Klausel von PayPal; beachte schließlich in Deutschland § 1031 Abs. 5 ZPO: „Schiedsvereinbarungen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, müssen in einer von den Parteien *eigenhändig unterzeichneten* Urkunde enthalten sein. Die schriftliche Form nach Satz 1 kann durch die elektronische Form nach § 126a des Bürgerlichen Gesetzbuchs ersetzt werden. Andere Vereinbarungen als solche, die sich auf das schiedsrichterliche Verfahren beziehen, darf die Urkunde oder das elektronische Dokument nicht enthalten; dies gilt nicht bei notarieller Beurkundung.“ (sehr viel weniger streng die „Textform“ des Artikel 7 Option I des UNCITRAL Modell Gesetzes idF von 2006).

⁵⁴ Siehe § 1051 Abs. 3 ZPO: „Das Schiedsgericht hat nur dann nach Billigkeit zu entscheiden, wenn die Parteien es ausdrücklich dazu ermächtigt haben.“ (entsprechend Artikel 28 Abs. 3 des UNCITRAL Modell Gesetzes idF von 2006).

dass die pflichtgemäß handelnden Schiedsrichter möglicherweise ihrerseits dem vom Anspruchsteller aufgestellten Regelwerk die Grundlage entziehen.

Bei der Erbringung von Dienstleistungen bietet sich ein sehr viel einfacherer Weg an. Die schlichte Unterlassung der geschuldeten Handlung für die Zukunft entlastet nicht nur den Gläubiger, sondern zwingt auch den Schuldner zum Handeln. Soweit etwa Strom bezogen wird, hat der Anbieter ein starkes Druckmittel an der Hand, wenn er dem Kunden androht, die Lieferung für die Zukunft einzustellen.⁵⁵ Ein Web-Hoster kann das Bereitstellen von Serverplatz einseitig beenden.⁵⁶ Sowohl in den „virtuellen Realitäten“ dreidimensionaler Computergrafik⁵⁷ als auch in textbasierten Onlineplattformen⁵⁸ können Daten aller Art jederzeit gelöscht werden. Gene-

⁵⁵ Zum „Ausfrieren“ von Mietern siehe etwa BGHZ 180, 300 (m. Anm. *Regenfus*, LMK 2009, 284570); KG NZM 2007, 923; KG NJW-RR 2004, 1665; OLG Rostock MDR 2007, 1249; *Hintz*, NZM 2005, 841, 846 ff.; *Herrlein*, NZM 2006, 527; *Beuermann*, GE 2002, 1601 zu Wohnungseigentümern LG Berlin NZM 2008, 531; KG NZM 2006, 23; BGH NJW 2005, 626; BayObLG NJW-RR 2004, 1382; KG NZM 2006, 297 siehe auch LG Frankfurt (Oder) NJW-RR 2002, 803 zum Einfluss des Verhältnisses Vermieter – Versorger auf den Mieter; zusammenfassend *Scheidacker*, NZM 2010, 103; *Scheidacker*, NZM 2007, 591; *Scheidacker*, NZM 2005, 281; zu Folgeproblemen bei der Betriebskostenabrechnung *Schmid*, ZMR 2008, 98, 99.

⁵⁶ Siehe etwa die AGB von Google, <http://www.google.com/accounts/TOS>, unter Nr. 7: „Google ist zur Erbringung der kostenlosen Dienste nicht verpflichtet. Im Gegenzug sind Sie berechtigt, jederzeit die Nutzung der Dienste einzustellen. [...] Google kann auch einen Dienst zeitweise oder dauerhaft einstellen, zum Beispiel aus technischen oder rechtlichen Gründen. Sofern möglich, insbesondere bei der dauerhaften Einstellung eines Dienstes aus wirtschaftlichen Gründen, wird Google Sie im Rahmen des jeweiligen Dienstes über die bevorstehende Einstellung informieren und, sofern es sich um einen Dienst handelt, der die Verwaltung persönlicher Inhalte ermöglicht, Ihnen unter Berücksichtigung der jeweiligen Interessen ausreichend Zeit einräumen, diese zu sichern.“ oder Nr. 2.7 der Terms of Service von Linden Labs (Second Life), secondlife.com/corporate/tos.php, „Linden Lab has the right at any time for any reason or no reason to suspend or terminate your Account, terminate this Agreement, and/or refuse any and all current or future use of the Service without notice or liability to you. In the event that Linden Lab suspends or terminates your Account or this Agreement, you understand and agree that you shall receive no refund or exchange for any unused time on a subscription, any license or subscription fees, any content or data associated with your Account, or for anything else.“

⁵⁷ Wie etwa das von Linden Labs vermarktete „Second Life“, www.secondlife.com – dazu etwa *Bartle*, passim; *Beurskens*, Beilage zu K&R 4/2008 2008, 12; *Castronova*, passim; *Duranske*, passim; *Gräber*; *Fairfield*, MCGLJ 53 (2008), 427; *Habel*, MMR 2008, 71; *Hopf/Braml*, ZUM 2007, 354; *Klickermann*, MMR 2007, 766; *Koch*, Die rechtliche Bewertung virtueller Gegenstände auf Online-Plattformen; *Lastowka/Hunter*, CALR 92 (2004), 1; *Psczolla*, Virtuelle Gegenstände als Objekte der Rechtsordnung; *Schneider* 2010, passim; sowie Onlinespielen wie das von ActivisionBlizzard vertriebene „World of Warcraft“, www.worldofwarcraft.com – dazu etwa *Lober/Weber*, MMR 2005, 653; *Krasemann*, MMR 2006, 351; *Ladeur*, Innovation und rechtliche Regulierung, S. 339; *Rippert/Weimer*, *Rippert/Weimer*, ZUM 2007, 272; siehe auch *Wieduwilt*, MMR 2008, 715 zu „Cheatbots“; *Heeks*, Current Analysis and Future Research Agenda on „Gold Farming“: Real-World Production in Developing Countries for the Virtual Economies of Online Games zu „Gold Farming“; allgemein *Hübner*, passim; *Huhh*, Effects of Real-Money Trading on MMOG Demand: A Network Externality Based Explanation.

⁵⁸ Beispielsweise die Community-Angebote von Facebook (www.facebook.com), StudiVZ (www.studivz.com), Xing (www.xing.com) und anderen Anbietern; die juristische Diskussion konzentriert sich insoweit derzeit auf das Datenschutzrecht, siehe etwa *Jotzo*, MMR 2009, 232; *Bauer*, MMR 2008, 435; das früher heiß diskutierte „virtuelle Hausrecht“ (OLG Köln MMR 2001, 52; LG

rell wird diese Situation von der Rechtsordnung weitgehend unkritisch aufgenommen. Ein Zwang zur weiteren Erfüllung der Pflichten muss aufwendig vor Gericht eingeklagt werden.⁵⁹

Die zunehmende Verbreitung von Kommunikationsnetzen und der Einsatz programmierbarer Bauteile ermöglicht es, solche Maßnahmen über Dienstleistungen hinaus auf sonstige Gegenstände⁶⁰ zu erstrecken. Im Bereich der aus dem Internet heruntergeladenen Inhalte (Filme, Musik, Software) werden die erforderlichen Schranken für die unstreitig bestehende Möglichkeit eines zugriffsbeschränkenden „Digital Rights Management“ seit Jahren kontrovers diskutiert.⁶¹ Aber auch bei körperlichen Gegenständen im Sinne des § 90 BGB ist eine nachträgliche Nutzungsbeschränkung denkbar. So verhindert etwa eine „Produktaktivierung“ bei Computersoftware,⁶² dass auf DVD erworbene Programme installiert oder ausgeführt werden; BluRay-Player können durch Sperrung von Codes unbenutzbar gemacht werden und auch bei Mobiltelefonen gibt es die Möglichkeit, diese aus der Ferne zu deaktivieren.

Bonn NJW 2000, 961; LG Hamburg NJW-RR 2007, 252; LG München I CR 2007, 265 (skeptisch die Anm. Redeker, CR 2007, 265); OLG Hamm MMR 2008, 175; zuletzt noch OLG Frankfurt MMR 2009, 400 (ablehnend); OLG Hamm MMR 2009, 269; Maume, MMR 2007, 620; Schmidl, K & R 2006, 563; Mayer/Burghsmüller, MMR-Aktuell 2010, 311324 als Klausur (!) bei Schmehl/Richter, JuS 2005, 817; näher unten § 3B.1, S. 330) ist demgegenüber in den Hintergrund getreten.

⁵⁹ Ob ein solcher Anspruch besteht (was im Schrifttum weitgehend als „unproblematisch“ bejaht wird; ausdrücklich etwa Klickermann, MMR 2007, 766: „Solche Onlineregulungen, wie z. B. in 2.6. der „TOS“ von „Second Life“, [...] wären dann wegen Benachteiligung des Vertragspartners unwirksam.“ siehe auch Geis/Geis, CR 2007, 721; Habel, MMR 2008, 71, 73 f.; Rippert/Weimer, ZUM 2007, 272), ist eine nicht ganz einfach zu beantwortende Frage. Ein absolut geschütztes Recht an den gespeicherten Daten wird im Schrifttum fast einheitlich abgelehnt, vgl. näher Beurskens, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008, S. 443, 443 ff.; näher unten § 1A.V.1c.bb, S. 128. Daher kann es sich nur um einen vertraglich begründeten Anspruch handeln – der nach dem Wortlaut der Vereinbarung aber gerade ausgeschlossen ist. So müsste denn die entsprechende Vertragsklausel entweder gegen die Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB oder sogar gegen die Sittenwidrigkeitsschranke des § 138 Abs. 1 BGB verstoßen. Bei unentgeltlichen Verträgen (selbst wenn diese sich durch Werbung Dritter finanzieren) erfordert das gesetzliche Leitbild (sei es Leihe, § 604 Abs. 3 BGB, oder unentgeltliche Verwahrung, § 696 S. 1 BGB) gerade keine Fristen oder gar Gründe für die „Rückgabe“ bzw. „Rückforderung“ der Sache. Und die besonderen Schutzvorschriften im Miet- oder Dienstvertragsrecht sind wegen ihrer spezifischen Ausgestaltung kaum analogiefähig. Und selbst mit Fristen wäre den Kunden vielfach nicht geholfen – ein Second-Life „Avatar“ lebt nur in der virtuellen Welt – er lässt sich nicht aus ihr entfernen; einen Aufnahmepflicht wird man insoweit kaum konstruieren können.

⁶⁰ Zur daraus resultierenden Ausweitung des „Eigentumsrechts“ im weitesten Sinne vgl. Peukert 2008, passim; Schapp, JZ 2006, 581, 585.

⁶¹ Siehe §§ 95a ff. UrhG, Art. 6 f. Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft ABl. L 167 vom 22.6.2001, S. 10 Art. 11 f. WIPO Copyright Treaty; Art. 18 f. WIPO Performances and Phonograms Treaty; namentlich der aktuelle Entwurf des Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) sieht sogar noch darüber hinausgehende Regelungen vor. Zur Problematik etwa Schulz, GRUR 2006, 470; Enders, ZUM 2004, 593; Akester, IIC 2010, 31; Holznagel/Brüggemann, MMR 2003, 767.

⁶² Dazu etwa Runte, CR 2001, 657; Faust, K & R 2002, 583; Baus, MMR 2002, 14; Möschel, MMR 2001, 3.

ren.⁶³ Angesichts der großen Menge von Gegenständen, die intern irgendeine Art von Software verwenden,⁶⁴ wird die reine tatsächliche Sachherrschaft im Sinne von § 854 Abs. 1 BGB kaum mehr genügen, um den wirtschaftlichen Wert einer Sache zu genießen.⁶⁵ Man denke etwa an ein Auto, bei dem per Funksignal schlicht der Anlasser deaktiviert werden könnte. Dann wäre trotz „Sachherrschaft“ das Fahren als übliche Nutzung unmöglich. Durch die mit solchen Selbsthilfemaßnahmen verbundene Umkehr der Risiken wird der Verkauf von Waren in das Ausland stark erleichtert und das Risiko eines Rechtsstreits auf den Endnutzer als Käufer abgewälzt.

Im Folgenden soll die Schaffung einer solchen Position, in der die Vermögenssituation eines anderen *faktisch* einseitig beeinträchtigt werden kann, als „Selbstschutz“ und „Selbstdurchsetzung“ beschrieben und unter dem Oberbegriff der „Selbsthilfe“ zusammengefasst werden.

4. Reaktionen des Rechts

Die Möglichkeit zur Nutzung einer Sache oder eines Rechts bzw. zu deren Entziehung hat erhebliche Auswirkungen auf das staatliche Rechtsschutzsystem. Derjenige, der eine vom Einfluss des Anderen unabhängige Rechtsposition innehat, muss allenfalls Eingriffe Dritter abwehren. Er verlangt also grundsätzlich nichts von jemand anderem und muss demzufolge auch keine staatlichen Vollstreckungsorgane bemühen. Nur derjenige, der mehr will, als er ohnehin schon hat, muss sich staatlicher Hilfe bedienen.

Durch die geschilderten technischen Maßnahmen besteht aber die Möglichkeit, dass der Käufer einer Sache gerade keine solche „unabhängige“ Rechtsposition erwirbt. Der Veräußerer behält sich die Möglichkeit zur Änderung oder gar zur „Deaktivierung“ (also zum endgültigen Ausschluss der Nutzung des Produkts)⁶⁶ vor. Müs-

⁶³ Siehe namentlich § 8 der Nutzungsbedingungen des iPhone-SDK, www.eff.org/files/20100302_iphone_dev_agr.pdf; bestätigt durch den damaligen Apple CEO Steve Jobs, www.telegraph.co.uk/technology/3358134/Apples-Jobs-confirms-iPhone-kill-switch.html; für Aufruhr sorgte das Löschen von Büchern (1984 und Animal Farm von George Orwell) durch Amazon von den eBook-Lesern der gutgläubigen Kundschaft, www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html.

⁶⁴ Dies war eine tragende Erwägung für den geplanten Schutz computerimplementierter Erfindungen durch eine EU-Richtlinie; siehe zuletzt etwa die Rede des Kommissars McCreevy, europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/05/151&format=PDF&aged=1&language=EN (S. 2): „Such inventions are present in a number of everyday consumer goods such as cars, mobile telephones and domestic appliances. The Commission's intention in making its proposal was to avoid patenting of pure software and clearly differentiate the EU from the US. Nothing that is not patentable now will be made patentable by the directive.“

⁶⁵ Insoweit grundsätzlich abweichend von der positiven Dimension des Eigentumsrechts (§ 903 BGB), siehe dazu BVerfGE 31, 229, 239; HK-BGB/Schulte-Nölke, § 903 BGB Rn. 1; Jauernig/Jauernig, § 903 BGB Rn. 3; diesem Zweck dient im Urheberrecht der Erschöpfungsgrundsatz (§ 17 S. 2 UrhG), hinzu kommen die europarechtlich vorgesehenen „Mindestrechte“ der Nutzer nach §§ 55a UrhG, 69d UrhG, 87e UrhG; zur Problematik der „Produktaktivierung“ bereits OLG Bremen WRP 1997, 573, 575; Wandtke/Bullinger/Grützmacher, § 69c UrhG Rn. 94; Baus, MMR 2002, 14, 16 f.

⁶⁶ Zu Recht spricht Picker, CWRLR 55 (2005), 749 von „evolving products“ und von „ongoing

te also im herkömmlichen System der Verkäufer die Wegnahme der verkauften Sache bei Gericht beantragen (was als Akt staatlicher Gewalt insbesondere an den Grundrechten, Art. 1 bis 19 GG, zu messen ist), muss bei Implementierung einer Zugangssperre bzw. einer Produkt-Deaktivierung der Käufer einen Eingriff in fremde Rechte rechtfertigen, er muss ein überwiegendes Interesse nachweisen.⁶⁷ Dem Vertrag über die dauerhafte Überlassung einer Sache wird also ein dienstvertragliches Element hinzugefügt.⁶⁸ Dies hat freilich auch eine weitere Dimension. Derartige Produkte befinden sich nicht außerhalb der Kontrolle des Herstellers, sondern stehen noch unter seinem Einfluss und damit grundsätzlich auch seiner etwaigen Verantwortung. In positiver Hinsicht bedeutet dies, dass der Hersteller Fehler in Softwareprodukten durch automatische Aktualisierungen beseitigen kann, was interessante Implikationen für das werk- oder kaufvertragrechtliche Gewährleistungsrecht aufwirft, das auf den Gefahrübergang als statischen Zeitpunkt abstellt. Aber eine Aktualisierungsmöglichkeit ermöglicht dem Hersteller auch nachträglich den Funktionsumfang zu reduzieren, etwa die Nutzung von Schnittstellen durch Konkurrenzprodukte zu verhindern.⁶⁹ Im Bereich des Immaterialgüterrechts liegt es nahe, den Hersteller zu verpflichten, aus einem bereits an Endkunden ausgelieferten Programm Routinen zu entfernen, die z. B. fremde Urheber- oder Patentrechte verletzen.⁷⁰ Aus dieser Handlungsmöglichkeit *ex nunc* wird teilweise sogar die Pflicht zur Schaffung ent-

design“ (ausgehend von reinen Dienstleistungsangeboten wie Napster, aber in der Folge auch auf „Standardanwendungen“ wie Microsoft Windows übertragen).

⁶⁷ Unabhängig davon, ob man die Freischaltung als „vertretbare“ iSv § 887 ZPO oder „unvertretbare“ Handlung iSv § 888 ZPO qualifiziert, handelt es sich jedenfalls um einen Anspruch der gerichtlich durchzusetzen ist; einer „Selbsthilfe“ steht jedenfalls nach herrschender Auffassung die Regelung des § 229 BGB (unten A.II.2, S. 18) entgegen. Siehe zur gesetzgeberisch gewollten Parallelproblematik bei „technischen Maßnahmen“ gemäß § 95b Abs. 2 UrhG BT-Drucks. 15/38, 27; Dreier/Schulze/Dreier, § 95b UrhG Rn. 14 und näher unten § 3B, S. 329 ff.

⁶⁸ Deutlich etwa bei Antivirensoftware – diese ist „more service than software“, da der wirtschaftliche Wert in möglichst aktuellen Signaturen zum Schutz vor den gerade im Umlauf befindlichen Viren liegt, so Picker, CWRLR 55 (2005), 749, 758.

⁶⁹ So hat etwa die Firma Apple die Software des iPod so geändert, dass beim Konkurrenten Real Networks erworbene Musik nicht direkt auf das Gerät kopiert werden kann, vgl. Borland, Apple fights RealNetworks ‚hacker tactics‘, news.com.com/2102-1027_3-5490604.html.

⁷⁰ So namentlich die Entscheidung E.D. Texas F.Supp.2d 670 (2009), 568: „However, i4i has presented evidence that it is possible to design a software patch that can remove a user’s ability to operate the infringing functionality“ im Hinblick auf das Patent. Vorsichtiger noch im Streit zwischen Microsoft und Eolas (N.D.Illinois WL 2004, 170334 bei Rn. 8) im Hinblick auf das US-Patent Nr. 5838906: „The injunction should be carefully crafted to preclude infringement only with respect to future conduct by Microsoft; infringements in the past are to be remedied by damages. The distinction is important here because the infringement occurs many times each day as Windows users display interactive objects embedded in Web pages. These infringements, in my view, belong in the category of past infringements because the device used to infringe was made and sold long before the judgment in this case. The future infringement is limited to new versions of Microsoft’s Windows operating system or any major service pack of any existing versions of the Windows operating system containing Internet Explorer that Microsoft releases to manufacturing“. In beiden Fällen hat Microsoft entsprechende Updates an die Kunden gesandt, siehe Spiegel Online vom 12.8.2009, www.spiegel.de/netzwelt/tech/0, 1518, 641944, 00.html.

sprechender nachträglicher Einwirkungsmechanismen *ex tunc* gefordert. Wer sich nicht die Möglichkeit vorbehält, eine rechtswidrige Nutzung durch Dritte zu verhindern, verletzt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und haftet auf Schadensersatz.⁷¹

Man könnte meinen, dass ein Rechtsstaat jegliche Abwehr- oder Eingriffshandlung an die Einschaltung eines staatlichen Organs knüpfen muss. Das ist jedoch illusorisch. Gegenstände sind in der Wirklichkeit *prima facie* einer bestimmten Person (oder mehreren Personen) *tatsächlich*, nicht zwingend aber auch rechtlich, zugeordnet. Wenn ein staatliches Organ angerufen wird, geht es um eine Änderung dieses tatsächlichen, vorgefundenen Zustands auf der Grundlage bestimmter rechtlicher Normen. Eine völlige „Verrechtlichung“ würde diese Realität ignorieren. Behauptet jemand, er hätte Anspruch auf die Schuhe, die ich gerade trage, kann ich mich gegen eine Wegnahme wehren. In diesem Fall erlaubt mir die Rechtsordnung die „Selbsthilfe“. Diese Wertung läuft nicht zwingend parallel zur rechtlichen Terminologie. Würde man aber den *unmittelbaren Besitz* uneingeschränkt gegenüber Dritten schützen, wäre das Diebstahlopfer auf vorherige Schutzmaßnahmen (Aufbewahrung von Gegenständen in Safes, etc.) beschränkt und könnte dem Dieb einen Gegenstand nicht einmal entreißen, wenn dieser die Sache im Beisein des Opfers wegnimmt. Entschiede man sich umgekehrt, das *Eigentum* uneingeschränkt zu schützen, würde den Vermieter nichts davon abhalten, den Mieter nach Beendigung des Mietverhältnisses gewaltsam aus der Wohnung zu entfernen.

Im Gegenteil würde ein umfassender staatlicher Schutz in erheblichem Umfang die Rechtssphäre der Bürger beeinträchtigen. Bereits die schlichte *Beobachtung* wird oftmals der Ausübung der verfassungsrechtlich verbürgten Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) entgegenstehen.⁷² Damit steht der Bürger in einem zwiespältigen Konfliktverhältnis, in dem einerseits ein omnipräsenter Überwachungsstaat gefürchtet werden muss, andererseits aber auch ein Einschreiten gegen private Macht erforderlich wird. Deutlich ist dies insbesondere im Technologiesektor, namentlich im Internet. So führte das Bekanntwerden der Überwachung des Internetdatenverkehrs durch britische und US-amerikanische Nachrichtendienste (PRISM⁷³, Tempora⁷⁴)

⁷¹ So die Überlegung von Picker, *CWRLR* 55 (2005), 749, 761, 767: „We have the ability to recall electronically networked products and the only question is whether we are going to create the right incentives for producers to design mechanisms to recall these products automatically. [...] If the producer chooses to let go of the product so that the producer cannot exercise control going forward and therefore cannot evolve the product in response to actual use, the producer should face a hard use test.“; näher zum Problem unten § 3B, S. 329.

⁷² Siehe nur zur Videoüberwachung BVerfG NJW 2007, 688, 690; BVerfG NJW 2009, 3293; zur Internetüberwachung Schulz/Hoffmann, CR 2010, 131; zu Drohnen etwa Weichert, ZD-Aktuell 2012, 501; siehe etwa zu einer konkreten Konstellation aus der Versammlungsfreiheit OVG Münster BeckRS 2010, 56316.

⁷³ Siehe dazu nur von Randow, Im Schatten der Macht; Amerika hört ab – und deutsche Sicherheitsbehörden sind neidisch, Die Zeit vom 13. Juni 2013, S. 7; Stürmer, Was darf der Staat?, Die Welt vom 25. Juni 2013, S. 3.

⁷⁴ Dazu nur Gutschker/Wehner, Die Außenwelt der Innenwelt, FAS vom 23. Juni 2013, S. 4; Sot-scheck, Der riesengroße Bruder beobachtet dich, TAZ vom 24. Juni 2013, S. 03.

zu erheblichen Protesten; in gleicher Weise wurden aber auch gegen die Selbsthilfe der Deutschen Telekom AG, die eine Einschränkung der zur Verfügung gestellten Internetbandbreite zur besseren Kostenteilung plante, staatliche Maßnahmen verlangt.⁷⁵ Generell wird staatliches Einschreiten gegen marktmächtige Unternehmen weit überwiegend gefordert,⁷⁶ während eine ex ante-Kontrolle ebenso wie Beschränkungen der individuellen Zugriffsmöglichkeiten von Endnutzern fast einhellig abgelehnt wird.⁷⁷

Die Frage ist also nicht, *ob* Selbstschutz oder Selbsthilfe erlaubt wird, sondern nur, *wem* die ursprüngliche geschützte Position bis zur rechtlich verbindlichen Neuzuweisung eingeräumt werden soll. Während die endgültige Zuordnung gerichtlicher Klärung zugänglich ist, bedarf der Zustand bis zu einer Entscheidung (selbst wenn diese im einstweiligen Rechtsschutz erfolgt) irgendeiner Grundlage. Als Maßstab hierfür mag man die rechtsökonomische Effizienz heranziehen. Eine staatliche Rechtsdurchsetzung ist generell aufwendig und steht stets vor Kapazitätsgrenzen. Es gibt nicht unbegrenzt Polizisten, Gerichtsvollzieher und Staatsanwälte.⁷⁸ Es muss also stets eine Kosten-/Nutzen-Abwägung erfolgen. Eine Rechtsordnung sollte diejenige Zuordnung treffen, welche die geringste Zahl an Streitigkeiten provoziert und entsprechend auch den geringsten Vollstreckungsaufwand verursacht.⁷⁹ Ein Anspruchsteller wird sein vermeintliches Recht nur durchsetzen, wenn er mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit zumindest die für die Durchsetzung aufgebrauchten Kosten erzielt.⁸⁰ Zwei Beispiele aus dem Urheberrecht mögen dies verdeutlichen.

- Nach §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG hat jeder Urheber das ausschließliche Recht, eine Vervielfältigung seines Werkes zu verbieten. Dies gilt grundsätzlich auch für nichtgewerbliche Kopien zum Eigenbedarf. Da die staatlichen Organe (namentlich die Staatsanwaltschaften) jedoch mit der Verfolgung der Masse von Verstößen schlicht überlastet waren, sah sich der Gesetzgeber im Jahr 1965 zur Einführung der Privatkopieschranke in § 53 Abs. 1 UrhG in Verbindung mit einer nur durch Verwertungsgesellschaften geltend zu machenden pauschalen Vergütungsrege-

⁷⁵ Siehe nur *Gropp*, Datenbremsen und Kämpfer für die Netzfreiheit, FAZ vom 28. Mai 2013, S. 15; *Wagner/Wenzel*, Aufsicht rüffelt Telekom; Bundesnetzagentur will Details zur Datenbremse wissen. Verbraucherschützer verschicken Abmahnung, FR vom 7. Mai 2013, S. 17.

⁷⁶ So etwa beim Einschreiten der EU-Kommission gegen Microsoft (EuG Urteil T-201/04 – Microsoft/Kommission), aber auch bei den laufenden Verfahren gegen Apple und Google. Gerade bei Facebook wird eine strenge datenschutzrechtliche Regulierung und Aufsicht gefordert, *Jotzo*, MMR 2009, 232; *Rolf/Rötting*, RDV 2009, 263; *Spiecker Döhmman*, K&R 2012, 717; *Erd*, NVwZ 2011, 19.

⁷⁷ Man denke an die Diskussion um das nie angewandte Zugangserschwerungsgesetz vom 17. Februar 2010 (aufgehoben mit Wirkung vom 29. Dezember 2011) oder um die Sperrung von Domains oder IP-Adressen (etwa OVG Münster, MMR 2003, 348; LG Kiel, MMR 2008, 123; LG Düsseldorf ZUM-RD 2008, 151; LG Hamburg ZUM 2010, 902; LG Frankfurt a. M. MMR 2008, 344).

⁷⁸ Allgemein *Posner*, S. 659 ff.

⁷⁹ Siehe allgemein dazu *Schäfer/Ott*, S. 15 ff.; *Posner*, S. 555 ff.

⁸⁰ *Posner*, S. 601 ff.; *Polinsky*, S. 136 ff.

lung in den §§ 54 ff. UrhG gezwungen.⁸¹ An die Stelle einer Vielzahl von Streitigkeiten zwischen Urhebern und Verbrauchern trat insoweit eine kollektiv abzurechnende Zwangslizenz.

- § 95a Abs. 1 UrhG verbietet die Umgehung „wirksamer“ technischer Schutzmaßnahmen ohne Ausnahme. Soweit das Urheberrecht oder Leistungsschutzrechte Schranken unterliegen, sind nach § 95b Abs. 1 UrhG dem durch Schranken Begünstigten „die notwendigen Mittel zur Verfügung zu stellen, um von diesen Bestimmungen [=den Schranken] in dem erforderlichen Maße Gebrauch machen zu können“. Der Gesetzgeber hat sich hier bewusst gegen eine „Selbsthilfe“ („*Right to Hack*“) entschieden.⁸² Nach § 95b Abs. 2 UrhG muss der durch Schranken Begünstigte *gerichtlich* gegen den Rechtsinhaber vorgehen. Die umgekehrte Lösung (Recht zur Selbsthilfe) hätte eine Verfolgung der Verstöße gegen § 95a Abs. 2 UrhG (Vertrieb von Hilfsmitteln zur Umgehung) faktisch unmöglich gemacht.

Diese Überlegung ist jedoch nicht auf Immaterialgüterrechte oder das Internet beschränkt. Man denke beispielsweise an ein Mietverhältnis. Vor dem Einzug muss der Mieter gegen den Vermieter auf Überlassung der Wohnung klagen und diesen Titel vollstrecken lassen (§ 535 Abs. 1 S. 1 BGB),⁸³ ist die Wohnung aber erst einmal (auch nur kurzfristig) überlassen, kann der Vermieter den Mieter nur durch Klage (und anschließende Vollstreckung) seinerseits wieder zum Verlassen bewegen (§ 546 Abs. 1 BGB, § 885 ZPO).⁸⁴ Kommt es also zunächst auf die freiwillige oder erzwungene Erfüllung durch den Vermieter an, kommt es sodann darauf an, ob der Mieter seinen Pflichten nachkommt. Bis zur Überlassung ist es daher für den Vermieter nur bedingt interessant, wie zuverlässig sein Mieter ist (denn dieser müsste ihn erst einmal verklagen). Andererseits muss sich der Mieter darauf verlassen, dass der Vermieter ihm den Gebrauch der Wohnung überlässt. Kündigt der Vermieter die Wohnung ist es hingegen so, dass er darauf hoffen muss, dass der Mieter seiner Rückgabepflicht nachkommt. Der Mieter kann hingegen entspannt auf die Durchsetzung des Anspruchs warten.⁸⁵

⁸¹ Zur Geschichte der „Privatkopie“ ausführlich Schricker/Loewenheim/Loewenheim, § 53 UrhG Rn. 3 ff.

⁸² Bäsler, VAJLT 8 (2003), 13; Sandberger, Das Recht vor den Herausforderungen neuer Technologien, S. 269, 281; Arlt, Handbuch Multimedia-Recht, Rn. 40; Reinbothe, GRUR-Int 2001, 733, 742; anders etwa die Tatbestände des DMCA (17 USC § 1201 d-j).

⁸³ Siehe dazu LG Berlin NJW-RR 1988, 203; Hübner/Griesbach/Fuerst, Handbuch Geschäftsraummiets, Rn. 65 ff.

⁸⁴ Siehe zum Schutz der Mieter BVerfG NZM 1998, 431; BGHZ 159, 383; Eisenhardt, NZM 1998, 64; Walker/Gruß, NJW 1996, 352; mit Tricks wie der Ausübung des Vermieterpfandrechts am Mobilien („Berliner Räumung“, BGH NJW 2006, 848, allgemein Schuschke, NZM 2005, 681) können nur die Kosten reduziert werden.

⁸⁵ Die Rechtsordnung korrigiert dies teilweise durch Prozesskostenerstattung (§ 91 ZPO) und Schadensersatz bzw. Entschädigungspflichten wegen verspäteter Rückgabe (§ 546a). Ob dies aber wirklich hinreichend abschreckt, hängt vom Nutzen des weiteren Behaltens der Wohnung für den Mieter ab, vgl. zu diesen Folgen des Prozessrechts Posner, S. 611 ff.; Polinsky, S. 136 ff.

Diese rechtliche Behandlung ist nur scheinbar durch die Realität zwingend vorgezeichnet. Der Gesetzgeber könnte hypothetisch die Rechtslage auch umkehren. Es wäre etwa denkbar, dem Mieter zu gestatten, sich (z.B. mit Hilfe eines Schlüsseldienstes) selbst ab Vertragsbeginn (auch gegen den Willen des Vermieters) Zugang zur Wohnung zu verschaffen. Umgekehrt wäre es möglich, dem Vermieter zu gestatten, die Wohnung nach wirksamer Vertragsbeendigung die Sachen des Mieters (etwa mit einem Nachschlüssel) aus der Wohnung zu entfernen und das Schloss auszutauschen.

In diesen Fällen ist nicht mehr der Berechtigte *ex ante* „Bittsteller“ gegenüber dem Staat, sondern der vormalis Verpflichtete muss sich nun gegen dessen erlaubte Handlung *ex post* zur Wehr setzen. Vielfach mag dies vorteilhaft sein. Die Kosten der staatlichen Durchsetzung werden aus Sicht des vormalis Berechtigten auf die Verpflichteten verlagert und so gestreut (etwa wenn der Vermieter eines Mehrfamilienhauses mehreren Mietern begegnet oder ein Internetmusikvertrieb Millionen von Kunden weltweit betreut).⁸⁶

Dennoch beschreitet unsere Rechtsordnung diesen Weg etwa für die Wohnraummiete nicht. Dem liegt eine Interessenabwägung zugrunde. Vor Überlassung überwiegt das (Eigentums-)Interesse des Vermieters, nach der Überlassung überwiegt hingegen die „gutgläubig“ ausgeübte tatsächliche Sachherrschaft des Mieters. Auch die vertragliche Vereinbarung eines umfassenden Selbsthilferecht, gegen das sich der Mieter (etwa durch einstweilige Verfügung) zur Wehr setzen müsste, ist unzulässig.⁸⁷ Jedenfalls bei Geschäftsräumen soll es dann aber doch zulässig sein, dem Mieter schlicht Strom, Wasser und Heizung abzuschalten, soweit er diese über den Vermieter bezieht.⁸⁸ Die Abgrenzung der Handlungsbefugnisse kann somit oft differenziert und feinsinnig ausfallen.

Damit ist der grobe Rahmen dieser Arbeit vorgezeichnet. Es geht darum, unter welchen Bedingungen und in welchem Umfang jemand, der ein rechtliches Interesse an einem Gegenstand hat, sich gegenüber anderen Interessenten ohne staatliche Hilfe durchsetzen kann.

II. Systematisierung der Selbsthilfekonstellationen

Eine erste Präzisierung des Arbeitsthemas hat dahingehend zu erfolgen, welche Sachverhaltsgestaltungen überhaupt unter den hier diskutierten Themenkomplex der

⁸⁶ Zur Kostenstreuung allgemein *Posner*, S. 132 f.

⁸⁷ Zum grundsätzlichen Verbot solcher Vereinbarungen siehe *MüKo-BGB/Grothe*, § 229 BGB Rn. 1; *jurisPK-BGB/Backmann*, § 229 BGB Rn. 27 f.; *Erman/Wagner*, § 229 BGB Rn. 1; *Prütting/Wegen/Weinreich/Deppenkemper*, § 229 BGB Rn. 1; *Soergel/Fahse*, § 229 BGB Rn. 2; *Staudinger/Repen*, § 229 BGB Rn. 5, 23; *Jauernig/Jauernig*, §§ 229–231 BGB Rn. 10; *Palandt/Ellenberger*, § 229 BGB Rn. 1; näher unten § 3A, S. 297.

⁸⁸ *BGHZ* 180, 300 (m. Anm. *Regenfus*, LMK 2009, 284570); *KG NZM* 2007, 923; *KG NZM* 2006, 297; *KG NJW-RR* 2004, 1665; *OLG Rostock MDR* 2007, 1249; *Hinz*, *NZM* 2005, 841, 846 ff.; *Herrlein*, *NZM* 2006, 527; *Beuermann*, *GE* 2002, 1601.

„Selbsthilfe“ bzw. des „Selbstschutzes“ fallen. Der Begriff soll im Folgenden denkbar weit verstanden werden. Schon im ersten Studiensemester werden etwa die „Notrechte“ der §§ 227 ff. BGB erörtert,⁸⁹ der seit 1896 bestehende Schutz von Geschäftsheimnissen (§§ 17 ff. UWG) ist Gegenstand umfangreicher Praxishandbücher.⁹⁰

Zum besseren Verständnis ist eine Typisierung der einzelnen Erscheinungsformen der Selbsthilfe geboten. Jede Form der Selbsthilfe kann kumulativ anhand dreier Gesichtspunkten charakterisiert werden: nach dem Anknüpfungspunkt der Befugnis, nach dem Verhältnis der staatlichen zu privaten Rechtsdurchsetzung sowie nach der Reaktion des Rechts auf die Selbsthilfehandlung. Diese können wie eine Schablone über die zu untersuchenden Erscheinungsformen einer Handlungsbefugnis gelegt werden und diese dadurch zwar nicht erschöpfend präzisieren, aber systematisch erfassen.

1. Anknüpfungspunkt der Selbsthilfebefugnis

Das erste hier gewählte Unterscheidungskriterium richtet sich nach dem Interesse desjenigen, der sich auf eine Selbsthilfebefugnis stützt. Insoweit kann auf Erkenntnisse aus der Strafrechtswissenschaft zurückgegriffen werden. Zu unterscheiden sind drei Gestaltungen.⁹¹

- Bei der „präventiven Selbsthilfe“ (bzw. „defensiven Selbsthilfe“) will derjenige, der die Selbsthilfehandlung ausübt, nur den status quo erhalten. Er verliert nichts. Nur derjenige, gegen den Selbsthilfe ausgeübt wird, erhält nicht den erwünschten Vorteil.⁹² Im einfachsten Fall besteht die Selbsthilfe daher im schlichten Nichtstun: Der Fernsehzuschauer umgeht die ihn störende Werbung, indem er den Sender wechselt,⁹³ der Nachbar schließt sein Fenster und wehrt so den störenden Grillgeruch ab. Dies bedeutet allerdings nicht zwingend, dass die Abwehr in reiner Passivität bestehen muss. Vielmehr kann diese durchaus in einer aktiven Maßnahme gegen den Störer bestehen.⁹⁴ Man mag etwa an einen Türsteher denken. Das (man-

⁸⁹ Rechtsvergleichend dazu v. Bar, S. 504 ff. mwN; näher dazu unten § 3B, S. 329.

⁹⁰ Siehe etwa Westermann 2007, passim; Wurzer/Kaiser; siehe auch Schön, passim; zur praktischen Bedeutung in den USA Almeling/Snyder/Sapoznikow/McCollum/Weader, Gonz. L. Rev. 46 (2011), 57; näher unten § 2A, S. 202.

⁹¹ Die Materialien zum BGB (Mugdan I, S. 543 = Mot. I, S. 348) unterscheiden ähnlich die „aktive“ von der „passiven“ Selbsthilfe.

⁹² Diesen Defensivaspekt betont auch die vielzitierte Reichsgerichtentscheidung RGSt 21, 168, 170 zur Notwehr („das Recht braucht dem Unrecht nirgends zu weichen“).

⁹³ Siehe zur lauterkeitsrechtlichen Beurteilung des automatischen Filterns von Werbung BGH GRUR 2004, 877; KG MMR 2002, 483; Vorinstanz LG Berlin MMR 1999, 610; OLG Frankfurt MMR 1999, 720 (Vorinstanz LG Frankfurt MMR 1999, 613); dazu Ladeur, GRUR 2005, 559; siehe auch OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 148; OLG Hamm NJW-RR 2007, 1264; technisch wird durch die in HD angebotenen Privatfernsehsender der RTL-Gruppe verlangt, dass ein Vorspulen in aufgezeichneten Sendungen verhindert wird.

⁹⁴ Gerade bei der Notwehr werden die Rechtsgüter des Angreifers, in die im Rahmen der Verteidigung eingegriffen werden darf, sehr weit gefasst; siehe dazu näher unten § 3B, S. 329.

gels Einverständnis des berechtigten Besitzers) unbefugte Eindringen in die Gaststätte⁹⁵ wird durch seine aktive Abwehrmaßnahme verhindert.

- Das extreme Gegenteil hiervon ist die „*expansive Selbsthilfe*“ (bzw. „aggressive Selbsthilfe“). Darunter fallen alle Fälle, in denen durch die Selbsthilfehandlung der Rechtskreis des Handelnden erweitert wird. Er hat also „mehr“ als vorher, und zwar auf Kosten desjenigen, gegen den die Selbsthilfehandlung vorgenommen wird.⁹⁶ Illustrativ hierfür sind die Fälle der Selbsthilfe im engeren Sinne (§ 229 BGB). Während zunächst nur ein (schuldrechtlicher) Anspruch besteht, kann dieser unter den dort genannten Voraussetzungen zu einer tatsächlichen Position (oder sogar zu einem absoluten Recht) verstärkt werden. Darin liegt ein „Mehr“ gegenüber der vorherigen Lage, welches durch die Selbsthilfe erreicht wurde.
- Eine zwischen diesen Gruppen liegende Gestaltung kann man als „*restitutive Selbsthilfe*“ bezeichnen. Anders als bei der soeben dargestellten „expansiven Selbsthilfe“, will der Handelnde seinen Rechtskreis nicht erweitern, sondern nur den Zustand (wieder)herstellen, der vor einem Eingriff in seine Rechtssphäre bestand. Es handelt sich also um einen Fall der Folgenbeseitigung. Darin liegt ein wesentlicher wertungsmäßiger Unterschied. Im einen Fall findet eine Veränderung statt, während im anderen letztlich die Situation unverändert bleibt. Typisch für diese Konstellation ist die Besitzkehr (§ 859 Abs. 2 BGB)⁹⁷; aber auch im Rahmen der Notwehr wird die Notwehrlage auf den (noch) mit der Beute fliehenden Dieb erstreckt.⁹⁸

2. Verhältnis von staatlicher und privater Rechtsdurchsetzung

Das zweite, ergänzend eingreifende, Ordnungskriterium richtet sich danach, inwieweit die Selbsthilfe neben oder an Stelle staatlicher Maßnahmen tritt. Insoweit kann man vier Gruppen von Selbsthilferechten unterscheiden.

- Der amtlich als „Selbsthilfe“ bezeichnete § 229 BGB lässt Selbsthilfemaßnahmen nur *subsidiär* gegenüber der gerichtlichen Durchsetzung zu. Es besteht also ein expliziter Nachrang dieser Form der Selbsthilfe gegenüber der staatlichen Rechtsdurchsetzung.⁹⁹ Bei Notwehr (§ 227 BGB) und Notstand (§§ 228, 904 BGB) fehlt

⁹⁵ Näher Schönke/Schröder/ Sternberg-Lieben, § 123 StGB Rn. 14f.

⁹⁶ Diese Form der Selbsthilfe wird im Hinblick auf das Gewaltmonopol des Staates grundsätzlich als verboten eingestuft, näher unten § 1A, S. 30.

⁹⁷ Näher RGSt 59, 49, 50 f.; RG JW 1931, 2643; OLG Schleswig NStZ 1987, 75 (m. Anm. Hellmann, NStZ 1987, 455; 30 Minuten; MüKo-BGB/Joost, § 859 BGB Rn. 13; Staudinger/Gutzeit, § 859 BGB Rn. 17; unten § 3B, S. 329.

⁹⁸ RGSt 55, 82, 84; BGHSt 48, 207, 209; LG München I NJW 1988, 1860; vgl. Lackner/Kühl/Kühl, § 32 StGB 4; Mitsch, NJW 1989, 25, 26.

⁹⁹ Zu diesem Grundsatz und seinen Schranken BGH NJW 2010, 3434; Paal/Guggenberger, NJW 2011, 1036, 1038; näher unten § 1A.IV, S. 108.

eine solche Anordnung. Ob implizit dennoch eine entsprechende Einschränkung anzunehmen ist, ist noch nicht abschließend geklärt.¹⁰⁰

- Anders ist die gesetzgeberische Gestaltung des Schutzes von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen.¹⁰¹ Bei „Know How“ gibt es gerade kein gesetzlich geschütztes „geistiges Eigentum“, sondern ausschließlich einen „Selbstschutz“. ¹⁰² Erst wenn diese Schutzmaßnahmen scheitern, greift der staatliche Sanktionsmechanismus (§§ 17 ff. UWG) ein.¹⁰³ Wer also eine neue Idee hat, kann entweder auf den Schutz durch eigene Mittel vertrauen oder aber *alternativ* staatlichen Schutz in Form eines Monopolrechts (regelmäßig eines Patents) in Anspruch nehmen.¹⁰⁴ Verbindendes Merkmal dieser Konstellationen ist die Existenz eines Zeitpunkts, in dem sich der Rechtsinhaber zwischen der Selbsthilfe und dem staatlichen Schutz entscheiden muss.
- Ein weiteres Konzept liegt der gesetzlichen Regelung zum Schutz technischer Maßnahmen nach §§ 95a ff. UrhG zugrunde. Insoweit besteht einerseits ein staatlich durchgesetzter Schutz der Inhalte selbst durch Urheber- oder Leistungsschutzrechte.¹⁰⁵ Gleichzeitig besteht aber auch das Recht, *kumulativ* Schutzmaßnahmen zu treffen. Ähnlich gelagert ist die Situation in privatrechtlichen Verbänden. Die sog. „Verbandsstrafgewalt“ ermöglicht es, Mitglieder von der Teilnahme an bestimmten Veranstaltungen oder sogar aus dem Verband insgesamt auszuschließen.¹⁰⁶ Daneben ist aber auch ein gerichtlicher Schutz (etwa durch Unterlassungsklagen) möglich.
- Schließlich kann man auch vereinzelt beobachten, dass die Gewährung staatlichen Rechtsschutzes von vorheriger außergerichtlichen Handlungen abhängig gemacht wird (*vorrangige* Selbsthilfe). Musterbeispiel hierfür ist die wettbewerbs- bzw. immaterialgüterrechtliche Abmahnung. Allgemein ist dieser Gedanke prozessual im Rechtsschutzbedürfnis,¹⁰⁷ aber auch in der Kostentragungspflicht des § 93 ZPO („Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben“) angelegt. Materiellrechtlich kommt eine Pflicht zur vorrangigen

¹⁰⁰ Dazu Schönke/Schröder/Perron, § 32 StGB Rn. 41; MüKo-StGB/Erb, § 32 StGB Rn. 130 f.; Burr, JR 1996, 230; Pelz, NStZ 1995, 305; unten § 1D, S. 189.

¹⁰¹ Dazu Landes/Posner, S. 356 ff.; näher unten § 2A, S. 202.

¹⁰² Z. B. durch Safes, Alarmanlagen, Wachpersonal, Detektive, Vertraulichkeitsvereinbarungen, etc. – zahlreiche Beispiele bei Wurzer/Kaiser; aus den USA Cundiff, IDEA 49 (2009), 359.

¹⁰³ Dazu zuletzt etwa BGH NJW 2009, 1420; BGH GRUR 2006, 1044; Maume, WRP 2008, 1275; Westermann, GRUR 2007, 116; Siems, WRP 2007, 1146; Grunewald, WRP 2007, 1307.

¹⁰⁴ Zu dieser Alternativität näher Landes/Posner, S. 356 ff.; unten § 2A, S. 202.

¹⁰⁵ Diese Abhängigkeit des technischen Schutzes vom inhaltlichen Schutz führt zu Problemen bei Kombination geschützter mit nicht geschützten Inhalten, näher Boddien, S. 165 ff.; Dreyer, Grundlagen und Grundfragen des geistigen Eigentums, S. 221, 221–248 f.; kartellrechtliche Erwägungen bei Arlt, GRUR 2005, 1003; Viegener, ZUM 2005, 702; verfassungsrechtliche Zweifel bei Ulbricht, CR 2004, 674; Köcher/Kaufmann, MMR 2005, 751; näher unten § 3C, S. 359.

¹⁰⁶ Ausgehend von der Entscheidung RGZ 140, 23, 24; Bettermann/Zeuner, 102 f.; Westermann 1972, passim; Reuter, ZGR 1980, 101.

¹⁰⁷ Problematisch insbesondere im Lauterkeitsrecht, siehe dazu BGH GRUR 1980, 241; Pohlmann, GRUR 1993, 361; Pastor, GRUR 1974, 423.

Selbsthilfe etwa im Rahmen der Schadensminderungsobliegenheit (§ 254 Abs. 2 BGB; siehe auch § 326 Abs. 2 S. 2 BGB) aber auch bei der Beurteilung der Fahrlässigkeit als solcher in Betracht.

3. Reaktion des Rechts auf Selbsthilfehandlungen

Als letztes Systematisierungskriterium soll hier schließlich ganz allgemein die rechtliche Behandlung der Selbsthilfemaßnahme herangezogen werden.¹⁰⁸

- Für Schutzmaßnahmen im Computerstrafrecht (§ 202a StGB) wird vorausgesetzt, dass ausgespähte Daten „gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert“ (bzw. „aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung“ in § 202b StGB) sind, bevor der strafrechtliche Schutz eingreift.¹⁰⁹ Denselben Gedanken kennt auch das Markenrecht. Eine Marke muss aktiv benutzt werden, um rechtlichen Schutz zu behalten („Benutzungszwang“, §§ 26, 49 MarkenG).¹¹⁰ Weitergehend muss der Markeninhaber aber auch sicherstellen, dass sein Kennzeichen nicht zu einem Gattungsbegriff verkümmert (sonst droht ebenfalls „Verfall“, § 49 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).¹¹¹ Der Vorfeld- und Umgehungsschutz im Bereich der technischen Schutzmaßnahmen im Urheberrecht (§§ 95a ff. UrhG)¹¹² greift ebenso wie der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nach §§ 17 ff. UWG¹¹³ nur ein, soweit das System „wirksam“ war; eine ähnliche Einschränkung kannte auch das Lauterkeitsrecht bei selektiven Vertriebssystemen.¹¹⁴ All diese Fälle zeichnen sich also dadurch aus, dass an den privaten Schutz ein (regelmäßig diesen verstärkender) Schutz durch staatliche Organe anknüpft. Selbsthilfe wird durch daran anknüpfende Maßnahmen *aktiv* gefördert.
- Eine ganz andere Gestaltung liegt den Notrechten, Notwehr (§ 227 BGB) und Notstand (§§ 228, 904 BGB) sowie Selbsthilfe im engeren Sinne (§ 229 BGB) zugrunde. Der Staat begünstigt oder verlangt kein Einschreiten des Privaten. Er stellt nur denjenigen, der Selbsthilfemaßnahmen ergreift, von negativen Rechtsfolgen frei. Hierbei handelt es sich wohl um den Regelfall der rechtlichen Behandlung von

¹⁰⁸ Vgl. Lichtman, J.L. Econ. & Pol’y 1 (2005), 215, 255.

¹⁰⁹ Siehe dazu MüKo-StGB/Graf, § 202a StGB Rn. 31 ff.; Schönke/Schröder/Lenckner/Eisele, § 202a StGB Rn. 14 ff.; Leicht, iur 1987, 45, 46.

¹¹⁰ Zurückgehend auf Art. 10 Abs. 1–3 Markenrechtsrichtlinie; siehe ebenso Art. 15 Gemeinschaftsmarkenverordnung; vgl. auch Art. 15 Abs. 3, 19 TRIPS, Art. 5 C Abs. 1 PVÜ; zum Erfordernis eines „bona fide use of th[e] mark made in the ordinary course of trade“; in den USA 15 USC § 1064 (3), 15 USC § 1127.

¹¹¹ Siehe Art. 15 Abs. 1 S. 3 TRIPS, Art. 50 Gemeinschaftsmarkenverordnung; Art. 12 Abs. 2 lit. a MRL; in den USA 15 USC § 1064 (3).

¹¹² Siehe Art. 11 WCT und Art. 18 WPPT; Art. 6 Abs. 2 Multimedia-Richtlinie; 17 U.S.C. § 1201 ff.

¹¹³ Landes/Posner, S. 356 ff.; näher unten § 2A, S. 202 ff.

¹¹⁴ So die frühere Rechtsprechung, BGHZ 135, 135, 139 ff.; BGH GRUR 1974, 351, 352; BGHZ 36, 370; siehe auch Schuhmacher, passim; Rowedder, FS Pfeiffer, S. 751, 756; Klados, WRP 1999, 586, 590; siehe nunmehr BGHZ 143, 232; zu alledem Lubberger, WRP 2000, 139, 146.

Selbsthilfe. Insoweit beeinflusst die gezielte Ausklammerung von ansonsten vorgesehenen Sanktionen („*Privilegierung*“) das Handeln aufgrund der Selbsthilfebefugnis. Allerdings fallen unter diese Gruppe auch bestimmte, sachlich eng begrenzte aktive Maßnahmen des Staates. Der Staat wirkt Abwehrhandlungen gegen eine von der Rechtsordnung akzeptierte Selbsthilfe (etwa vermeintliche Notwehr gegen eine gerechtfertigte Handlung) durch Anordnung einer zivilrechtlichen Haftung oder sogar durch Strafverfolgung entgegen.

- Private Rechtsdurchsetzung bzw. privater Schutz erhalten sicherlich eine Bedeutung, wenn der Staat keine Alternative (mehr) bietet. Ein gewisser Zwischenschritt zwischen diesen beiden Extremen liegt in den Bereichen, in denen staatliche Zwangsmaßnahmen ohnehin außer Frage stehen. So ist niemand gezwungen, ihm unangenehme Werbeplakate zu betrachten, Spam-E-mails zu lesen oder Werbeanrufe anzunehmen. Die „Selbsthilfe“ besteht insoweit schlicht im Weghören, Wegsehen, Wegklicken oder nicht an das Telefon gehen. Diese Aktivitäten sind sicherlich von der Handlungsfreiheit der Betroffenen gedeckt und bedürfen keiner besonderen staatlichen „Billigung“ oder gar „Förderung“. Dennoch finden sich vereinzelt Rechtsstreitigkeiten in diesem Bereich. Man denke an die sog. „Fernsehfee“¹¹⁵, durch die Werbung aus dem laufenden TV-Programm geschnitten werden konnte, oder der viel diskutierte „Webwasher“, der Werbung aus dem Internet filterte.¹¹⁶ Privatfernseher und Anbieter von werbefinanzierten Internetdiensten sahen hierin ein gegen das UWG verstoßendes, unlauteres Verhalten. Zweifeln mag man auch an der Zulässigkeit providerseitiger Internet-Filtersoftware¹¹⁷ oder serverseitiger Spam-Filtern. Dadurch werden fremde Inhalte verändert (etwa indem Hyperlinks nicht mehr funktionieren) und so verzerrt bzw. verfälscht.¹¹⁸ Die Reaktion auf die Selbsthilfe äußert sich insoweit in einem schlichten Normenmangel bzw. einer nicht vorhandenen Regulierung. Der Staat überlässt dadurch die Betroffenen einem freien „Wettrüsten“¹¹⁹, ohne einer Partei ein durchsetzbares Abwehrrecht einzuräumen („*Passivität*“ oder negativ „*Schutzverweigerung*“). So war das Internet in seinen Anfangsjahren durch legislative und judikative Zurück-

¹¹⁵ BGH GRUR 2004, 877; KG MMR 2002, 483; Vorinstanz LG Berlin MMR 1999, 610; OLG Frankfurt MMR 1999, 720 (Vorinstanz LG Frankfurt MMR 1999, 613); dazu *Ladeur*, GRUR 2005, 559; siehe auch OLG Hamburg GRUR-RR 2006, 148; OLG Hamm NJW-RR 2007, 1264.

¹¹⁶ Dazu Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4 UWG Rn. 4.71; Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig/*Omsels*, § 4 UWG Rn. 75.

¹¹⁷ So namentlich bei in Unternehmen verbreiteten Proxy-Servern, siehe Spindler/Schuster/Volkman, § 59 RStV Rn. 50 ff. zu verschiedenen Filtermöglichkeiten; warnend *Marberth-Kubicki*, NJW 2009, 1792.

¹¹⁸ Siehe die Haftungsprivilegierung des § 8 TMG, die voraussetzt, dass die übermittelten Informationen weder ausgewählt noch verändert wurden; auch gespeicherte Informationen sind nur als „fremd“ im Sinne von § 10 TMG privilegiert, wenn sie nicht vom Provider verändert oder ausgewählt wurden, so auch der Vorbehalt in EuGH.

¹¹⁹ Zum „*Arms Race*“ *Lichtman*, J.L. Econ. & Pol’y 1 (2005), 215, 225; *Landes/Posner*, S. 369; *Friedman/Landes/Posner*, J. Econ. Persp. 5 (1991), 61, 63; *Kovarsky*, INLJ 81 (2006), 917.

haltung stark privilegiert, was erhebliche Innovationssprünge ermöglichte.¹²⁰ In diese Kategorie würden auch Konstellationen fallen, in denen man dem Staat ausnahmsweise die Verweigerung jeglichen Rechtsschutzes zubilligt.¹²¹ Zu denken ist insoweit an Fälle von „*unclean hands*“,¹²² sowie an Konstellationen des § 817 S. 2 BGB.¹²³ Soweit in der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Literatur Gegenstände dem Rechtssystem entzogen werden (Stichwort „*res extra commercium*“)¹²⁴, verlagert sich die Klärung von Konflikten allein auf die unmittelbare Ebene zwischen den Betroffenen.¹²⁵

III. Der Schutzbereich von Selbsthilferechten

Nach dieser Ausdifferenzierung und Systematisierung der Gestaltungen von Selbsthilfemaßnahmen ist der Blick auf eine weitere Fragestellung zu richten. Notwendiger Anknüpfungspunkt jeder Selbsthilfebefugnis ist irgendeine Form von *tatsächlicher Kontrollmöglichkeit* über einen körperlichen Gegenstand, sei es ein Grundstück, zu dem der Zugang verweigert wird, eine Sache, die zerstört oder weggenommen werden kann, oder auch der menschliche Körper, der in seiner Bewegungsfreiheit eingeschränkt oder verletzt wird. Bei Daten wird die Kontrollmöglichkeit über technische Schutzmaßnahmen (vgl. § 95a Abs. 1 UrhG; § 202a Abs. 1 StGB; §§ 2 f. ZKDSG) hergestellt.

¹²⁰ Zur Regulierungspolitik im Internet *Burk*, CDZLR 21 (1999), 121; *Mecklenburg*, ZUM 1997, 525; *Ladeur*, ZUM 1997, 372; *Christiansen*, MMR 2000, 123.

¹²¹ Prinzipiell gilt freilich auch im Zivilrecht ein „Justizgewährungsanspruch“ BVerfGE 85, 337; ausdrücklich Art. 6 EMRK Meyer-Ladewig/*Meyer-Ladewig*, Art. 6 EMRK Rn. 32 ff.; problematisch sind insoweit etwa staatlich geschaffene Immunitäten, vgl. EGMR NJW 1999, 1173 (Klage gegen die ESA wurde von deutschen Gerichten abgewiesen).

¹²² BGH GRUR 1957, 23, 24 (obiter); OLG Karlsruhe GRUR-RR 2008, 350 (verneinend); OLG Hamburg GRUR-RR 2009, 262 (Ls. 3, verneinend); Staudinger/*Looschelders/Olzen*, § 242 BGB Rn. 1059; Köhler/*Bornkamm/Köhler*, § 11 UWG Rn. 2.39; *Prölss*, ZHR 132 (1969), 35; *Schwippert*, Handbuch des Wettbewerbsrechts, Rn. 60; *Friehe*, WRP 1987, 439; *Traub*, FS von Gamm, S. 213.

¹²³ BGHZ 75, 299: „dem Zivilrecht an sich fremde Regelung, die nicht selten zu unbilligen Ergebnissen führen kann“; *Flume*, § 18 10 a (S. 390); Staudinger/*Lorenz*, § 817 BGB Rn. 10; *Armgardt*, NJW 2006, 2070; *Armgardt*, JR 2009, 177; *Möller*, NJW 2006, 268; *Dauner*, JZ 1980, 495; *Medicus*, Gedächtnisschrift für Rolf Dietz, S. 61.

¹²⁴ Z.B. die Entscheidung LG Koblenz NJW 1956, 949 („Ein Grabdenkmal verkörpert als res extra commercium keinen wirtschaftlichen Vermögensbestandteil, durch seine Zerstörung entsteht kein Geldschaden“, freilich zu Recht scharf kritisiert – vgl. Anm Ganschezan-Finck aaO); im Strafrecht soll bei verbotenen Rechtsgeschäften (etwa Drogen) ein Vermögensschaden (und damit auch die Begehung etwa von Betrug und Erpressung) ausgeschlossen sein (Schönke/Schröder/*Perron*, § 263 StGB Rn. 93 – vgl. neuerdings aber BGH NStZ 2002, 33); u.a. wegen solcher Schutzlücken verhindert § 137 BGB die privatautonome Entziehung von Gegenständen aus dem Rechtsverkehr, *Wagner*, AcP 194 (1994), 451, 468 f.

¹²⁵ Illustrativ ein legendärer Fall aus Großbritannien (Everet v. Williams, Middlesex L.Q. Rev. 1893) wo sich zwei Straßenräuber im Jahr 1725 um die Verteilung ihrer Beute vor Gericht auseinandersetzten – mit der Folge, dass beide gehängt wurden und der die Klageschrift verfassende Anwalt in eine Kolonie verschifft wurde.

Die Kontrollmöglichkeit allein kann aber nicht genügen. Erforderlich ist vielmehr zusätzlich eine rechtliche Billigung, ein „Rahmen“ für den Schutz. So ist die Selbsthilfe des Diebes gegen den Eigentümer der gestohlenen Sache trotz der tatsächlichen Sachherrschaft nicht akzeptabel und auch der Betreiber eines E-Mail-Dienstes mag den unmittelbaren Zugriff auf die bei ihm eingehenden Nachrichten haben, darf diese jedoch nicht den Empfängern vorenthalten. Wollte man diese Frage allerdings umfassend beantworten, müsste man enzyklopädisch die gesamte Rechtsordnung zusammenfassen und hinterfragen.

1. Absolute Rechte als untauglicher Anknüpfungspunkt

Eine erste Frage ist, inwieweit eine Diskussion absolut geschützter, subjektiver Rechte geboten ist, um die Funktionsweise der Selbsthilfe hinreichend zu erfassen. Dabei soll es nicht um die Frage gehen, inwieweit eine Selbsthilfeposition selbst ein absolut geschütztes „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB ist.¹²⁶ Nur auf den ersten Blick erscheint es widersinnig, die „schnelle“ private Eingriffsmöglichkeit durch „langsame“ staatliche Ansprüche zu schützen. Angesichts des ausdrücklich vorgesehenen Schutzes von technischen Schutzmaßnahmen (= Selbsthilfe) im Urheberrecht durch Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche (§ 95a UrhG) ist ein solcher Schutz des Schutzes¹²⁷ jedenfalls nicht auszuschließen. Dennoch kann die Frage an dieser Stelle ausgeblendet bleiben und die Rechtfertigung der Handlung als solche in den Vordergrund gestellt werden. Denn ein gerichtliches Vorgehen *allein* zum Erhalt der Selbsthilfebefugnis wird stets die Ausnahme bleiben. Auch ist zu berücksichtigen, dass „losgelöste“ Selbsthilferechte, denen nicht irgendein Anspruch oder Recht zugrundeliegt, kaum vorstellbar sind. Die schwierigere Hürde ist, ob überhaupt ein Eingriffsrecht besteht. Die Frage, wie man dieses gerichtlich verteidigen bzw. durchsetzen kann, ist hingegen nachrangig.

Vielfach dienen defensive bzw. restitutive Selbsthilfe- bzw. Selbstschutzrechte in der Tat der Erhaltung bzw. Wiederherstellung *absoluter Rechtspositionen*.¹²⁸ Deutlich ist dies bei Notwehr (§ 227 BGB) bzw. aggressivem Notstand (§ 228 BGB).¹²⁹ Zwingende Voraussetzung von Selbsthilfe- bzw. Selbstschutzbefugnissen ist dies freilich nicht. Gerade die Selbsthilfe im engeren Sinne (§ 229 BGB) dient regelmäßig der Durchsetzung *relativer* Rechte, d. h. von Forderungen. Tatsächlich ist die Schaffung absoluter Schutzpositionen stetiger Dynamik ausgesetzt.¹³⁰ Gegenstände, die einmal

¹²⁶ Schünemann, S. 150 (Fn. 9).

¹²⁷ Wandtke/Bullinger/Wandtke/Ohst, § 95a UrhG Rn. 3; Arlt, Handbuch Multimedia-Recht, Rn. 13; Berger, ZUM 2004, 257, 261: „Urheberrecht »zweiter Klasse«“ für diejenigen, die kein DRM nutzen; dazu bereits oben A.II.3, S. 20.

¹²⁸ Schünemann, S. 38 ff.; MüKo-StGB/Schlehofer, Vor §§ 32 ff. StGB Rn. 53 ff.; Schreiber, Jura 1997, 29, 32.

¹²⁹ Allgaier, VersR 1989, 788; Schreiber, Jura 1997, 29, 32.

¹³⁰ Siehe nur BeckOK-GG/Axer, Art. 14 GG Rn. 43; Levmore, J. Legal Stud. 31 (2002), 421; Müller-Erzbach, ZHR 88 (1926), 173-, 180 ff.; Parisi, Economics of ancient law, S. 382, 382.

Allgemeingut waren, können durch den Gesetzgeber einer Person zugeordnet werden.¹³¹ Umgekehrt sind eine „Sozialisierung“ (Art. 15 GG; siehe auch Art. 27 Abs. 1 LVerf NRW) oder Masseneignung (Art. 14 Abs. 3 GG) ebenso wie die Schaffung umfangreicher Inhalts- und Schrankenbestimmungen (Art. 14 Abs. 1 GG) jedenfalls zulässig, wenn auch praktisch unwahrscheinlich.¹³²

Ein besonderer Fall ist der Schutz von Geschäftsgeheimnissen. Dabei ist höchst umstritten, inwieweit man diesbezüglich ein eigenes absolut geschütztes „sonstiges Recht“ im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB annehmen kann.¹³³ Dennoch sanktioniert die Rechtsordnung das „Ausspionieren“ und den „Verrat“ durch damit betraute Personen in § 17 UWG.¹³⁴ Ähnlich dürfte die Lage in Bezug auf „Daten“ sein. Trotz aller konstruktiven Bemühungen fällt es schwer, ein entsprechendes Recht zu konstruieren, ohne auf spezielle Rechte an den Inhalten (etwa Urheber- oder Datenschutzrecht) oder die tatsächliche Sachherrschaft bzw. das Eigentum am Speichermedium zu rekurrieren.¹³⁵

Dementsprechend sind absolute Rechte im Rahmen dieser Untersuchung kein geeigneter Anknüpfungspunkt.

2. Tatsächliche Eingriffsmöglichkeiten als Anknüpfungspunkt

Maßgeblich sind zunächst die *tatsächliche Eingriffsmöglichkeit* sowie (zumindest) die Duldung der Nutzung dieser Möglichkeit *durch die Rechtsordnung*.

Durch die Konzentration auf tatsächliche Herrschaftspositionen werden eine Reihe anderer rechtlicher Konstruktionen ausgeblendet, etwa der mittelbare Besitz (§ 868 BGB) und die Besitzdienerschaft (§ 855 BGB), sowie Urheberpersönlichkeitsrechte.

Angesichts der ausdifferenzierten Gestaltung absoluter Rechte, insbesondere der vielfältigen Schrankenregelungen ist mit einer Anknüpfung allein an die tatsächliche Eingriffsmöglichkeit aber auch die Gefahr verbunden, dass die mit absoluten Rechten einhergehende Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG) überspielt wird.¹³⁶ Dem-

¹³¹ Schäfer/Ott, S. 554 ff.; Peukert 2008, S. 1 ff.

¹³² Gramlich, ZVglRWiss 1983, 165, 167; Levmore, U. Chi. L. Rev. 70 (2003), 181.

¹³³ Offengelassen in BGHZ 16, 172; skeptisch zu Recht BVerfG NJW 1992, 36, 37: „Folglich sind Beschaffenheit und Zusammensetzung eines Produkts, wenn sie nicht als Patent- und Gebrauchsmuster, Geschmacksmuster oder Warenzeichen im Sinne eines Ausschließlichkeitsrechts einer Person zugeordnet sind, nur mittelbar durch Normen des öffentlichen Rechts und des Wettbewerbsrechts geschützt. Dies begründet aber noch keine Rechtsposition, die dem Schutzbereich des Art. 14 I GG unterfiele.“; MüKo-BGB/Wagner, § 823 BGB Rn. 226 (eher Unternehmensschutz); Wolff, NJW 1997, 98; umfassend Lemley, Stan. L. Rev. 61 (2008), 311; Ann. GRUR 2007, 39, 42 f.; Pfister.

¹³⁴ Siehe nur Ohly, Patents and technological progress, S. 535; Kraßer, GRUR 1977, 177; Siems, WRP 2007, 1146; aus soziologischer Sicht Rowe, U. Kan. L. Rev. 58 (2009), 1.

¹³⁵ Näher Beurskens, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2008, S. 443; mit spezifischer Ausrichtung auf Gegenstände in „virtuellen Welten“ Schneider 2010; Berberich 2010; Berberich, Nutzergenerierte Inhalte als Gegenstand des Privatrechts, S. 165.

¹³⁶ Vgl. die Diskussion zum §§ 95a ff. UrhG bei Grzeszick, ZUM 2007, 344; Pahud; genau den umgekehrten Fall erörtert Scholz, NJW 1983, 705, 706: „Aus Art. 14 II GG folgt mithin kein Recht

zufolge wird insbesondere im zweiten Teil der Arbeit zu hinterfragen sein, inwieweit etwa die Schrankenbestimmungen des Urheberrechts auch bei Schutz durch technische Maßnahmen (= Selbsthilfe) gewahrt werden können.

3. Relative Rechte als beschränkende Wertungsstufe

Ganz ohne eine zusätzliche, wertende Stufe kommen Selbsthilferechte aber nicht aus. Statt des Versuchs, die absoluten Rechte als solche zu erfassen, wird im Folgenden auf einzelne, aus der absoluten Position folgenden relativen Ansprüche abgestellt.

Dies deckt sich mit den Erkenntnissen der Rechtsökonomie, die absolute Rechte ohnehin nur als vereinfachende Fiktion versteht.¹³⁷ Im Rahmen absoluter Rechte sollen nämlich nur die ansonsten abzuschließenden Verträge mit *allen potentiellen Verletzern* (d.h. relative Rechte) abstrakt zusammengefasst werden. Durch diesen Kunstgriff werden die mit derartigen Massenverträgen verbundenen, faktisch nicht finanzierbaren, Transaktionskosten vermieden.¹³⁸

Stehen also im Rahmen dieser Arbeit letztlich die *relativen Rechte* einerseits und die *faktische Kontrollmöglichkeit* andererseits im Vordergrund ist auch das Untersuchungsprogramm wieder ein wenig stärker konkretisiert. Ziel ist es, allgemeine Regeln für Fallgruppen herauszuarbeiten, in welchen ein relatives Recht *gerade durch* die faktische Herrschaftsmöglichkeit ohne staatliche Hilfe durchgesetzt und damit auch kontrolliert werden kann.

B. Ziel und Methodik

Trotz der erheblichen mit der Selbsthilfe verbundenen Möglichkeiten, aber auch ihren Schwierigkeiten, wurden Normen, die Selbsthilfebefugnisse einräumen, bislang im zivilrechtlichen Schrifttum¹³⁹ (insoweit anders als insbesondere die Notwehr im Strafrecht¹⁴⁰) kaum behandelt. Selbst die wenigen Untersuchungen konzentrieren sich auf einzelne Aspekte, ohne das Gesamtbild zu betrachten. Für die Zwecke dieser Arbeit sollen hingegen gerade die Gemeinsamkeiten herausgearbeitet werden, wozu letztlich die Wesensmerkmale der untersuchten Selbsthilfekonstellationen herauszu-

zur individuellen Selbsthilfe für den einzelnen oder für einzelne Gruppen, geschweige denn für Hausbesitzer“.

¹³⁷ Schäfer/Ott, S. 98 ff.; Peukert 2008, S. 100 ff.; praktische Probleme macht die Modifikation der gesetzlichen Rechtszuweisung vor allem im Web 2.0, siehe dazu etwa LG Hamburg ZUM-RD 2009, 403 (umfassende Rechteeinräumung an Plattformbetreiber ist überraschende Klausel und nach § 307 BGB intransparent); genauer Berberich, MMR 2010, 736.

¹³⁸ Posner, S. 9, 33; Schäfer/Ott, S. 551, 562 f.

¹³⁹ Hervorzuheben ist insoweit die (freilich auf § 229 BGB) beschränkte Arbeit von Schünemann; sowie das sehr detaillierte Schrifttum zu §§ 95a, 95b UrhG, siehe etwa Arlt, passim; Dammers; Kirmse; Entelmann, passim.

¹⁴⁰ Wössner, passim; Vaxevanos, passim; Bisson, passim; Fahl, Jura 2007, 743; Sengbusch, passim; Engländer, passim.

arbeiten und zueinander in Beziehung zu setzen sind. Ziel ist nicht die Entwicklung neuer Regelungen *de lege ferenda*, sondern eine Schärfung der dem geltenden Recht zugrundeliegenden Strukturen und auf deren Grundlage die Schaffung interpretatorischer Klarheit.

Als Vergleichsmechanismus für die verschiedenen hier betrachteten Selbsthilfe- bzw. Selbstschutzsysteme bietet sich die insbesondere in den Vereinigten Staaten verbreitete ökonomische Analyse des Rechts an.

Unverzichtbare Grundannahme dieser Methode ist, dass menschliches Verhalten abstrakt-generell der Befriedigung eigener Bedürfnisse dient.¹⁴¹ Sicherlich muss auch die Rechtsökonomie akzeptieren, dass Menschen im Einzelfall auch irrational, d. h. nicht zielgerichtet, handeln. Insgesamt unterstellt man aber, dass solche Störungen im Gesamtergebnis durch gegengerichtetes Verhalten kompensiert werden. Ausgehend von diesem Modell haben sie daher im Ergebnis keine signifikanten Auswirkungen. Differenzierter sind die Ansätze der „Sozialökonomik“ (*social economics*).¹⁴² Diese bezieht unabhängig von den mit einem Verhalten verfolgten Ziel auch diesbezügliche, empirisch ermittelte Verhaltensmuster ein.

Aufgabe des Rechts ist aus Sicht der Rechtsökonomie die Optimierung *gesamtwirtschaftlichen* Wohlstandes, wobei nicht nur Vermögenswerte, sondern alle menschlichen Bedürfnisse berücksichtigt werden.¹⁴³ Eine Verhaltensweise gilt als „effizient“, wenn bei (hypothetischer) Kompensation aller durch sie Benachteiligten die begünstigten Personen noch einen Gewinn machen würden (sog. „*Kaldor-Hicks-Effizienz*“).¹⁴⁴ Eine Folgerung aus dieser Grundannahme ist das *Coase-Theorem*, welches vereinfacht besagt, dass in einer hypothetischen Welt, in der Verhandlungen keine Kosten verursachen, unabhängig von der ursprünglichen Zuordnung der Rechte stets das gesamtwirtschaftlich optimale Ergebnis erreicht würde.¹⁴⁵

Bei dieser Betrachtung bleibt zwangsläufig die individuelle Gerechtigkeit der Ressourcenverteilung unberücksichtigt; vielmehr wird ausschließlich auf die Summe der Vermögenspositionen abgestellt, unabhängig davon, wem diese zustehen.¹⁴⁶ Die Verteilung der Güter soll statt dessen über das öffentliche Recht, etwa durch Steuern und Subventionen, vorgenommen werden.¹⁴⁷ Bildlich gesprochen beschäftigt sich die ökonomische Analyse nur mit der Größe des Kuchens und nicht mit seiner Auftei-

¹⁴¹ Posner, S. 3 f., 18 ff.; Schäfer/Ott, S. 58 ff. zur Kritik am „Rationalitätsgedanken“ Cross, CNLLR 2000, 1; Nussbaum, UCHILR 64 (1997), 1197; aber auch Chong, Crit. Rev. 9 (1995), 37.

¹⁴² Nitzsch/Friedrich, Handbuch corporate finance – Konzepte, Strategien und Praxiswissen, 3 f.; siehe auch Sunstein, CLMLR 96 (1996), 903; Jolls, Green Bag 5 (2002), 321; allgemein Schäfer/Ott, S. 65 ff.; MüKo-BGB/Wagner, Vor § 823 BGB Rn. 60; Eidenmüller, JZ 2005, 216.

¹⁴³ Schäfer/Ott, S. 1, 24 f.; Polinsky, S. 7 ff.; Posner, S. 10 ff.

¹⁴⁴ Schäfer/Ott, S. 32 ff.; Posner, S. 13; Polinsky, S. 10.

¹⁴⁵ Coase, JLEcon 3 (1960), 1; Schäfer/Ott, S. 100 ff.; Posner, S. 7, 49 ff.; Polinsky, S. 13 ff.; anschaulich etwa Swygert/Yanes, DePaul Business Law Journal 11 (1998), 1.

¹⁴⁶ Deutlich Posner, S. 11 ff., 264 ff.; Polinsky, S. 7 ff., 117 ff.; einschränkend insofern Schäfer/Ott, S. 6 f.

¹⁴⁷ Polinsky, S. 152 ff.; Posner, S. 467 ff.; Schäfer/Ott, S. 30 f., 37: „Das Zivilrecht ist für den Schutz des Schwachen und die Herstellung sozialer Gerechtigkeit strukturell weniger geeignet“.

lung.¹⁴⁸ Dennoch wird gelegentlich auch auf Aspekte der Verteilungsgerechtigkeit einzugehen sein, um dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Bedürfnis nach Einzelfallgerechtigkeit zu begegnen. Die Fragen sind allerdings systematisch deutlich voneinander zu unterscheiden.¹⁴⁹

Der durch den Eingriff in eine Zuordnungsposition entstehende „soziale Verlust“ wird aus ökonomischer Sicht durch die Summe aus Präventionskosten, entstandenem gesamtwirtschaftlichem Verlust und den durch die Schädigung verursachten Verwaltungskosten, etwa Rechtsdurchsetzungskosten und Versicherungskosten, gekennzeichnet.¹⁵⁰ Aus ökonomischer Sicht ist eine Pflicht zur Verhinderung schädigender Ereignisse nur solange angemessen, wie die Kosten für den Ausgleich des entstandenen Schadens den für die Schadensvermeidung nötigen Aufwand übersteigen. Im Vordergrund stehen insoweit die Vermeidung von Verwaltungskosten und die Reduktion von Präventionskosten, indem demjenigen die Verantwortung für die Schadensvermeidung zugewiesen wird, der diese mit dem geringsten Aufwand zu leisten vermag (*least cost avoider*).

Bei naiver Betrachtung mag man meinen, dass ein reines „Faustrecht“ dem Ziel der Rechtsökonomie, Transaktionskosten zu vermeiden, durchaus entgegenkommen müsste. Jedoch entstehen auch und gerade bei privater Rechtsdurchsetzung erhebliche soziale Verluste. Zunächst ist derjenige, der die größte Durchsetzungsmacht hat, nicht zwingend derjenige, der einen Gegenstand der effizientesten Nutzung zuführt. Unkontrollierte Selbsthilfe verursacht darüber hinaus erheblich Rechtsunsicherheit. Das Verhalten eines Rechtsstaates ist zwangsläufig in gewisser Weise vorhersehbar (durch eine geordnete Gesetzgebung und Rechtsprechung).¹⁵¹ Das Verhalten eines Privaten ist nicht ohne weiteres an diese Schranken gebunden, damit nicht berechenbar und ein erheblicher Kostenfaktor für die Betroffenen.¹⁵²

Ausgehend von der Beobachtung, dass unter bestimmten Umständen eine „Selbsthilfe“ bzw. ein „Selbstschutz“ praktisch *und* rechtlich möglich ist, stellt sich die Folgefrage, wie die Rechtsordnung darauf reagiert und welche Folgen daran anknüpfen. Diese Arbeit ist insoweit in drei getrennte, aber aufeinander aufbauende Fragestellungen eingeteilt: Rechtsdurchsetzung, Rechtsgestaltung und Konfliktlösung. Aus rechtsphilosophischer bzw. rechtsdogmatischer Sicht ist dabei schon auf den ersten Blick bemerkenswert, dass sich hierin die drei Staatsgewalten (Exekutive, Legislative,

¹⁴⁸ Polinsky, S. 7.

¹⁴⁹ Anders etwa Swygert/Yanes, WALR 73 (1998), 249 die ein „integratives“ Modell für beide Erwägungen vorschlagen. Dies würde aber letztlich separate Wertungsstufen vermischen und eine klare Analyse eher behindern.

¹⁵⁰ Schäfer/Ott, S. 127 ff.; Polinsky, S. 43 ff.; Posner, S. 167 ff., 192 ff.; grundlegend Calabresi, S. 26 ff.

¹⁵¹ Siehe dazu Rehinder 2009, Rn. 126–131; Luhmann, S. 190, 213 ff.

¹⁵² So, wenn auch ohne ökonomische Wertung bereits Schünemann, S. 1 unter Hinweis auf Kohler 1909, S. 58 (von 1909!).

Judikative)¹⁵³ widerspiegeln. Allerdings sind diese nicht im Sinne von Locke¹⁵⁴ und Montesquieu¹⁵⁵ getrennt, sondern gerade auf eine Person gebündelt. Diese Beobachtung ist aber konsequent. Soweit durch Einräumung des Selbsthilferechts ein rechtlicher Freiraum eingeräumt wird, muss das so entstehende Machtvakuum gefüllt werden. Dies geschieht naturgemäß durch den Selbsthilfebefugten, der aber insoweit deutlich anders als der Staat in näher zu untersuchendem Umfang externer Kontrolle und externen Schranken unterliegt.

Die Arbeit gliedert sich in drei Kapitel, die sich an den oben dargestellten grundsätzlichen Verhältnis der Selbsthilfe zur staatlichen Rechtsdurchsetzung orientieren. Zunächst werden die Konstellationen subsidiärer Selbsthilfe behandelt, da diese traditionell und nach dem Wortlaut von § 229 BGB im Vordergrund stehen. Die dabei erlangten Erkenntnissen können sodann als Grundlage der Erörterung der alternativen Selbsthilfe herangezogen werden, die sich insbesondere im Schutz vertraulicher Informationen zeigt, aber insbesondere auch alle Konstellationen erfasst, in denen die Rechtsdurchsetzung ohne Gewaltpotential oder Eingriffe in wichtige Rechtsgüter möglich ist. Abschließend soll die kumulative Selbsthilfe betrachtet werden, die sich entweder durch ein Einverständnis des Adressaten, die Betroffenheit absolut geschützter Rechtsgüter, der Sicherung des durch Besitzpositionen vermittelten Friedenszustands oder technische Schutzmaßnahmen, bei denen Gewaltexzesse ausgeschlossen sind, rechtfertigt. Im Rahmen der jeweiligen Kapitel werden auch die anderen angesprochenen Aspekte der Selbsthilfe sowie die Implikationen für die Rechtsordnung insgesamt behandelt. Dabei wird sich zeigen, dass durch die zunehmende Trennung der funktionalen von der körperlichen Ebene die traditionell zur Vermeidung von Gewalt gezogenen Grenzen verwischen. Zur Problemlösung sind die traditionelle Trennung von Handlungs- und Herrschaftssphären neu zu überdenken.

¹⁵³ Zu den Gründen dieser Ausdifferenzierung etwa *Rehbinder* 2009, Rn. 91 ff.

¹⁵⁴ *Locke*, dt. Übers. *Locke/Hoffmann* – differenziert zwischen „Exekutive“, „Föderative“ (Bündnisgewalt), „Legislative“ und „Prärogative“ (außergesetzliche Handlungsbefugnis).

¹⁵⁵ *Montesquieu*, dt. Übers. *Montesquieu/Forsthoff*.

§ 1 Subsidiäre Selbsthilfe

Im Regelfall sind Eingriffe in fremde Rechtsgüter verboten. Sie führen zu Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen sowie unter Umständen zu strafrechtlichen Sanktionen.¹ Ein Eingriff bedarf daher grundsätzlich einer gesetzlichen Erlaubnis. Das Vorliegen der Voraussetzungen einer solchen Ausnahme ist im Rahmen des haftungsbegründenden Tatbestandes einer unerlaubten Handlung vom Handelnden und nicht vom Anspruchsteller zu beweisen. Die Rechtswidrigkeit einer Handlung wird jedenfalls bei unmittelbaren Verletzungen vermutet.² Darin wird deutlich, dass es sich bei Eingriffshandlungen in fremde Rechte, also der Selbsthilfe im weitesten Sinne, nach dem gesetzgeberischen Konzept um rechtfertigungsbedürftige Ausnahmen handelt.

Die im Folgenden als „*subsidiär*“ bezeichneten Fälle der Selbsthilfe zeichnen sich weitergehend dadurch aus, dass Schutz- bzw. Durchsetzungshandlungen Privater nur zugelassen werden, soweit gleichwertige staatliche Hilfe nicht zu erlangen ist. Diese besonders intensive Ausprägung der Subsidiarität wird als zwingende Folge eines rechtsstaatlichen Systems, also einer Ordnung, die einem für alle in gleicher Weise geltenden Recht verpflichtet ist, qualifiziert.³ Es gibt allerdings auch (in den folgenden Kapiteln näher behandelte) Konstellationen, in denen ein solches ausdrückliches Nachranggebot jedenfalls im Gesetzeswortlaut fehlt.⁴

Gesetzlicher Ausgangspunkt der so verstandenen subsidiären Selbsthilfe ist die Regelung des § 229 BGB, die schon nach ihrer amtlichen Überschrift die „Selbsthilfe“ regeln soll (sub A). Diesem verwandt ist der (tatbestandlich allerdings kaum je einschlägige) Art. 20 Abs. 4 GG, der ein Widerstandsrecht gegen Umstürzler nur gewährt, „wenn *andere* Abhilfe nicht möglich ist“.⁵ Aufgrund der geringen Relevanz

¹ *Mugdan I*, S. 548 (= *Mot. I*, S. 355); irreführend *Schünemann*, S. 17, der zwar zu Recht betont, die Ausnahmenatur der Selbsthilfe beruhe nicht allein auf der Subsidiarität. Er übersieht aber, dass die Rechtfertigung nicht nur im Strafrecht, sondern auch im zivilrechtlichen Deliktsaufbau eine Ausnahme von der regelmäßigen Unerlaubtheit der Handlung darstellt, was sich in der Beweislast niederschlägt. Damit ist freilich nicht ausgeschlossen, dass die Selbsthilfe *rechtspraktisch* größere Bedeutung haben könnte.

² *Staudinger/Reppen*, § 229 BGB Rn. 6; *Baumgärtel-Laumen/Laumen*, § 229 BGB Rn. 1.

³ Rechtsvergleichend v. *Bar*, Rn. 491; zum engen Anwendungsbereich der Notwehr im Zivilrecht in Österreich *OGH SZ* 1990, 22, 25; *Cornelis/van Ommeslaghe*, In memoriam Jean Limpens, S. 268, 286.

⁴ Zur Verallgemeinerung des gesetzlichen Subsidiaritätserfordernisses siehe noch unten § 1D, S. 189.

⁵ Dazu *Maunz/Dürig/Herzog/Grzeszick*, Art. 20 Abs. 4 GG Rn. 34 ff.

dieser Norm bleibt dieser Tatbestand im Folgenden jedoch ausgeklammert. Im Anschluss an die Erörterung der Voraussetzungen für eine Rechtfertigung der subsidiären Selbsthilfe im Sinne von § 229 BGB sollen Fragen der diesbezüglichen Kostenerstattung näher beleuchtet werden (sub B). Sodann gilt es, die in § 231 BGB angeordnete Haftung, bei der Irrtümer über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 229 BGB unbeachtlich sein sollen, mit dem System des Deliktsrechts einerseits und mit der Rechtfertigung nach § 229 BGB andererseits in Einklang zu bringen (sub C). Schließlich ist genauer zu untersuchen, ob auch im Rahmen anderer Regelungen, deren Wortlaut kein ausdrückliches Subsidiaritätserfordernis enthält (wie §§ 227, 228, 859 BGB)⁶, ein Nachrang gegenüber staatlichen Schutzmaßnahmen zu fordern ist (sub D).

A. Die erlaubte Selbsthilfe im Sinne von § 229 BGB

Zivilrechtliche Pflichten werden weit überwiegend freiwillig, d.h. ohne jegliche staatliche oder private Zwangsmaßnahmen, erfüllt. Die Durchsetzung im Wege der Zwangsvollstreckung (§§ 704 ff. ZPO) ist schon aufgrund der nur eingeschränkten Kapazitäten von Gerichten und Vollstreckungsorganen eine Ausnahmerecheinung. Erst Recht sind Maßnahmen zur vorläufigen Sicherung gegenüber Gefährdungen im Vorfeld, insbesondere Arrest (§§ 916 ff. ZPO) und einstweilige Verfügung (§§ 935 ff. ZPO), nur in seltenen Fällen geboten. Die ausnahmsweise Handlungsbefugnis der Polizei für Eilfälle (vgl. etwa § 1 Abs. 3 PolG NRW) kommt unabhängig von der diesbezüglich angeordneten Subsidiarität praktisch kaum je zum Tragen. Die in §§ 229, 230 BGB normierte „Selbsthilfe“ ist nach dem Willen des Gesetzgebers ausdrücklich als gegenüber all diesen Befriedigungsmechanismen nachrangige Anspruchssicherungsbefugnis konzipiert.⁷

Anknüpfungspunkt der Rechtfertigung ist, dass eine Handlung „zum Zwecke der Selbsthilfe“ erfolgt. Der Begriff der Selbsthilfe wird in § 229 BGB jedoch nicht definiert, sondern vielmehr vorausgesetzt.⁸ Die Norm erlaubt aus dem weiten Feld der Selbsthilfe ausdrücklich nur bestimmte Handlungen, soweit weitere, im Gesetzeswortlaut genannte zusätzliche Voraussetzungen vorliegen. Andere Fälle von Selbsthilfe erfasst etwa § 231 BGB, wie bereits dessen amtliche Überschrift („Irrtümliche Selbsthilfe“) zeigt.

Der Begriff der Selbsthilfe ist in beiden Normen von zentraler Bedeutung. Nach § 231 BGB ist nämlich nur bei den „in § 229 bezeichneten Handlungen“ ein Irrtum über das Vorliegen der Rechtfertigung selbst dann unbeachtlich, wenn dieser Irrtum

⁶ Anders etwa in Portugal, siehe Art. 1277 port. CC = Besitzkehr *nur* nach Maßgabe der dortigen (§ 229 BGB ähnelnden) Selbsthilferegelung, dazu v. Bar, Rn. 492 (Fn. 59).

⁷ Mugdan I, S. 548 = Mot. I, S. 355; Schönemann, S. 17 f.; Fischer, S. 258; Heyer, S. 19 f.; Steinberg, S. 20 f.; Hoffmann-Riem, ZRP 1977, 277, 283.

⁸ Schönemann, S. 22; Heyer, ArchBürgR 1901, 38, 40; Staudinger/Reppen, § 229 BGB Rn. 2.

unvermeidbar war.⁹ Diese Haftung greift aber nicht für beliebige Verhaltensweisen, die in § 229 BGB als Verben aufgezählt sind, also für jede Wegnahme, Zerstörung, Beschädigung, Festnahme oder Beseitigung von Widerstand. Denn Eingriffe in das Eigentum und die körperliche Bewegungsfreiheit sollen nach § 823 Abs. 1 BGB nur bei schuldhaftem Handeln, also insbesondere auch bei Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit, eine Ersatzpflicht auslösen.¹⁰ Der Verweis des § 231 BGB auf die in „§ 229 bezeichneten Handlungen“ bezieht sich daher auch und gerade auf den Passus „zum Zwecke der Selbsthilfe“. Für beide Normen gilt daher ein einheitlicher Anknüpfungspunkt. Dies bestätigt der in § 229 BGB gewählte Satzbau. Die zum Ausschluss der Widerrechtlichkeit über ein Handeln zum Zwecke der Selbsthilfe zusätzlich erforderlichen Voraussetzungen finden sich in einem eigenen Konditionalsatz („... handelt nicht widerrechtlich, wenn...“). Der Verweis umfasst also den kompletten ersten Halbsatz von § 229 BGB. Er bezieht sich nicht nur auf die ausdrücklich genannten Aktivitäten, sondern gerade auch auf die Selbsthilfe als deren Zweck. Offen bleibt damit jedenfalls zunächst¹¹, welche Folge Eingriffe nach sich ziehen, die jedenfalls nicht unmittelbar unter die in § 229 BGB genannten Aktivitäten subsumiert werden können.

Die zusätzlichen Anforderungen des zweiten Halbsatzes von § 229 BGB, d. h. das Fehlen obrigkeitlicher Hilfe und das Erfordernis sofortigen Tätigwerdens zur Abwehr einer Gefahr, werden hingegen von dem Verweis auf die „in § 229 bezeichneten Handlungen“ in § 231 BGB nicht erfasst.¹² Dies würde nämlich die Rechtmäßigkeit des Verhaltens bedeuten, während für die Haftung nach § 231 BGB „die für den Ausschluss der Widerrechtlichkeit erforderlichen Voraussetzungen“ gerade fehlen müssen. Für § 231 BGB sind die Voraussetzungen des zweiten Halbsatzes von § 229 BGB aber nicht nur objektiv, sondern auch subjektiv ohne Bedeutung. Es genügt jegliche wertende Annahme des Handelnden, dass das eigene, der Selbsthilfe dienende Verhalten durch die Rechtsordnung erlaubt sei. Hinreichend ist die Annahme *beliebiger*, hypothetischer Umstände, welche die Widerrechtlichkeit der Handlung aus subjektiver Sicht des Handelnden auszuschließen geeignet sind.¹³ Ein Mann, der einen vermeintlichen Anspruch gegen seine Ehefrau auf Tätigkeit im Haushalt mit Gewalt erzwingt, haftet nach § 231 BGB, selbst wenn er nicht über die Verfügbarkeit hoheitlicher Hilfe oder die Gefährdung der Verwirklichung des vermeintlichen Anspruchs nachgedacht hat. Der Erlaubnisirrtum ist insoweit dem Erlaubnistatbestandsirrtum gleichgestellt.¹⁴ Dies gilt erst Recht für die nach § 230 Abs. 1 BGB zu prüfende Erfor-

⁹ Unten § 1C, S. 164.

¹⁰ BeckOK-BGB/Förster, § 823 BGB Rn. 25; Deutsch, FS Medicus, S. 77, 85 siehe auch zur Abgrenzung unten § 1C.III.3, S. 179.

¹¹ Siehe unten § 1A.V.1a, S. 120.

¹² Schönemann, S. 31.

¹³ BGH NJW 1977, 1818; Staudinger/Repgen, § 231 BGB Rn. 3; Schäfer, S. 58.

¹⁴ BGH NJW 1977, 1818; MüKo-BGB/Grothe, § 231 BGB Rn. 2.

derlichkeit. Auch insoweit ist ein Irrtum für § 231 BGB weder notwendig noch hinderlich.

Der Begriff der Selbsthilfe impliziert daher weder die tatsächliche Gefährdung der Anspruchsverwirklichung noch die Nichtverfügbarkeit obrigkeitlicher Hilfe, welche beide erst im zweiten Halbsatz von § 229 BGB erwähnt sind und daher erst für die Rechtfertigung relevant sind. Damit ist freilich nur negativ festgestellt, welche Merkmale nicht bereits im Begriff der Selbsthilfe enthalten sind. Um sowohl der Haftung nach § 231 BGB als auch der Rechtfertigung nach § 229 BGB gerecht zu werden, ist aber eine positive Begriffsbestimmung erforderlich. Zerlegt man den Begriff Selbsthilfe in seine Bestandteile, wird deutlich, dass die Handlung unabhängig von staatlichen Organen erfolgen soll („Selbst“, sub I) und eine dienende Funktion („Hilfe“, sub II) hat. Ein Handeln „zum Zwecke“ der Selbsthilfe impliziert zudem, dass die subjektive Qualifikation des Verhaltens durch den Handelnden im Vordergrund steht (sub III).

I. „Selbst“-Hilfe – Handlung im eigenen Interesse oder Ausgrenzung staatlicher Unterstützungshandlungen?

Aus dem staatlichen Gewaltmonopol folgt nach weit verbreiteter Auffassung ein ungeschriebenes Fremdhilfeverbot, das nur in seltenen und besonders begründeten Ausnahmefällen aufgegeben werden darf.¹⁵ Neben dem staats- bzw. sozialpolitischen Ziel wird hierzu auf den Ausdruck „Selbst“-Hilfe in § 229 BGB verwiesen, der besagen soll, dass der Anspruchsinhaber höchstpersönlich tätig werden muss.¹⁶ Allerdings wird das Wort „selbst“ im Gesetz nicht nur für höchstpersönliche Rechte und Pflichten verwendet. Bei der „Selbst“-Vornahme durch den Werkbesteller nach §§ 634 Nr. 2, 637 Abs. 1 BGB¹⁷ und der „Selbst“-Beseitigung von Mängeln durch den Mieter nach § 536a Abs. 2 BGB¹⁸ akzeptieren Rechtsprechung und Literatur geradezu selbstverständlich, dass auch Dritte eingeschaltet werden dürfen, obwohl auch dort das Gesetz nur den Gläubiger „selbst“ anspricht. Im Kontext der „Selbstregulierung“ wird der Wortbestandteil „Selbst“ schlicht als Ausdruck von staatlichem Einfluss autonomen Handelns verwandt.¹⁹ Auch historisch wurde in den Diskussionen der ersten Kommission der Begriff „Selbst“-Verteidigung als Synonym für die „Notwehr“ verwendet, bei der ausdrücklich die Einschaltung Dritter erlaubt ist.²⁰

¹⁵ MüKo-BGB/Grothe, § 229 BGB Rn. 2; Staudinger/Reppen, § 229 BGB Rn. 15; Palandt/Ellenberger, § 229 BGB Rn. 3.

¹⁶ Heyer, S. 29; Simon, S. 80; v. Bar, Rn. 492 stellt fest, dass dies in den Haftungssystemen der europäischen Staaten das gängige Verständnis darstellt.

¹⁷ OLG Düsseldorf BauR 1974, 61; MüKo-BGB/Busche, § 637 BGB Rn. 11 f.; Staudinger/Peters/Jacoby, § 634 BGB Rn. 82; BeckOK-BGB/Voit, § 637 BGB Rn. 9.

¹⁸ BeckOK-BGB/Ehlert, § 536 BGB Rn. 1; Staudinger/Emmerich, § 536a BGB Rn. 30 f.; MüKo-BGB/Häublein, § 536a BGB Rn. 27 ff.

¹⁹ Buck-Heeb/Dieckmann, S. 19.

²⁰ Mugdan I, S. 546 = Mot. I, S. 348; siehe in diesem Sinne auch Titze, S. 121.

Für ein höchstpersönliches Recht ließe sich aber anführen, dass §§ 227 Abs. 2, 228 S. 1 BGB und § 34 StGB ausdrücklich ein Tätigwerden zur Abwehr einer Gefahr von „einem anderen“ vorsehen. § 127 StPO berechtigt „jedermann“ und selbst Art. 20 Abs. 4 GG schafft ein Widerstandsrecht für „alle Deutschen“. In § 229 BGB fehlt ein solcher Einschub. Ein vergleichbares Problem stellt sich bei Einschaltung Dritter im Rahmen von Besitzwehr und Besitzkehr (§ 859 BGB), wo allerdings regelmäßig auf § 227 BGB zurückgegriffen werden kann.²¹ Das Fehlen einer entsprechenden ausdrücklichen Erweiterung in § 229 BGB erklärt sich vor allem aus dem historischen Kontext. Das Wort „Selbsthilfe“ sollte nur die Abgrenzung zur staatlichen „Hilfe“ bei der Sicherung bzw. Durchsetzung von Ansprüchen zum Ausdruck bringen.²² Noch im 19. Jahrhundert bestand ein strafbewehrtes „Selbsthilfeverbot“, das nicht etwa die Rechtsgüter des Selbsthilfeopfers, sondern ausschließlich das Durchsetzungsmonopol des Staates schützte.²³ Es richtete sich dabei nicht nur an den Gläubiger, sondern an jedermann, der sich anmaßte, private Rechte durchzusetzen.²⁴ Auch im preußischen Allgemeinen Landrecht wurde die Selbsthilfe konsequent in das Kapitel über das „Verhältnis des Staats gegen seine Bürger“ eingeordnet.²⁵ Im ersten Kommissionsentwurf wurde überlegt, entsprechend diesem Vorbild das schon damals im Strafrecht aufgegebene Verbot der privaten Rechtsdurchsetzung auf zivilrechtlicher Ebene als expliziten Grundsatz zu statuieren und den heutigen § 229 BGB als abschließende Ausnahme zu bestimmen.²⁶ Davon wurde letztlich im Hinblick auf den durch § 823 Abs. 1 BGB ohnehin umfassend gewährleisteten Rechtsgüterschutz abgesehen, da das Fehlen von Rechtfertigungsgründen insoweit die Rechtswidrigkeit indiziere.²⁷ Das Vorverständnis der Normverfasser beschränkte sich daher keines-

²¹ MüKo-BGB/Joost, § 859 BGB Rn. 3; Staudinger/Gutzeit, § 859 BGB Rn. 3; Soergel/Stadler, § 859 BGB Rn. 2.

²² Schönemann, S. 56 f.

²³ Auch die justizianischen Digesten enthielten ein solches explizites und umfassendes Verbot (D 50, 17, 176). Allerdings sahen sowohl das antike griechische Recht als auch die römische Klassik weite Selbsthilfebefugnisse vor Koller, S. 123 f.; 125 f. – das weitreichende Selbsthilfeverbot war insoweit eine späte Entwicklung.

²⁴ Vgl. etwa Art. 247 sächs StGB 1855: „Wer außer den Fällen erlaubter Selbsthilfe ein wirkliches oder vermeintliches Recht eigenmächtig und mit Umgehung der obrigkeitlichen oder richterlichen Hilfe verfolgt, wird mit Geldbuße bis zu einhundert und fünfzig Talern oder Gefängnis bis zu sechs Wochen bestraft“, ebenso Art. 200 Württ. StGB 1839; § 279 Bad. StGB 1851; Art. 195 StGB Anhalt-Dessau/Anhalt-Köthen 1850; zum schrittweisen Abbau dieser Verbote Mugdan I, S. 546 = Mot. I, S. 352: „Man sah in der eigenmächtigen Rechtsverfolgung ein Vergehen gegen die Justizhoheit des Staates, eine Störung des öffentlichen Friedens, einen strafbaren Eingriff in das Recht des Gegners auf staatlichen Austrag. Mit dieser Auffassung hat das preuß. StGB vom Jahre 1851 gebrochen, und das RStGB ist ihm darin gefolgt.“ (ähnlich auch Bayr. StGB 1861).

²⁵ § 76–78 EinlPrAlgLR: „Jeder Einwohner des Staats ist den Schutz desselben für seine Person und sein Vermögen zu fordern berechtigt. Dagegen ist niemand sich durch eigne Gewalt Recht zu verschaffen befugt. Die Selbsthilfe kann nur in dem Falle entschuldigt werden, wenn die Hilfe des Staats zur Abwendung eines unwiederbringlichen Schadens zu spät kommen würde.“

²⁶ Mugdan I, S. 546 = Mot. I, S. 352.

²⁷ Mugdan I, S. 546 = Mot. I, S. 352.

wegs auf höchstpersönliche Aktivitäten des Gläubigers, sondern erfasste jegliche Tätigkeit, die in das staatliche Rechtsdurchsetzungsmonopol einzugreifen droht.

Die Gesetzesmaterialien zeigen ganz im Gegenteil, dass die Möglichkeit einer Einschaltung Dritter dem Gesetzgeber durchaus bewusst war. So wird in den Motiven zum heutigen § 229 BGB ausgeführt: „Die Unterstützung des Berechtigten bei Ausübung der Selbsthilfe durch Andere [...] ist zulässig. Eine Entscheidung darüber, ob Selbsthilfe für den Berechtigten durch einen Anderen selbstständig geübt werden dürfe, erscheint entbehrlich“.²⁸ Bei der Diskussion zum heutigen § 860 BGB heißt es hingegen:²⁹ „Nach § 193 [heutiger § 229, Anm. d. Verf.] stehe das Recht der Selbsthilfe nur dem Berechtigten zu. Auf sein Geheiß könnten es auch Andere für ihn ausüben, auch könne er bei Vornahme der Selbsthilfe Gehilfen zuziehen, hiermit sei indessen der Kreis der zur Selbsthilfe berechtigten Personen erschöpft. [...] Ob neben dem Besitzer noch anderen Personen das Selbsthilferecht [des § 859 Abs. 2 bzw. Abs. 3, Anm. d. Verf.] zu gewähren sei, brauche jedenfalls an dieser Stelle, wo es sich nur um die Rechtsstellung des Besitzers handele, nicht erörtert werden.“ Darin wird deutlich, dass jedenfalls die Einschaltung von Hilfspersonen zulässig sein sollte, die auf Geheiß oder als Gehilfen tätig waren. Die Frage, ob darüber hinaus auch andere Personen Selbsthilfe für den Berechtigten ausüben dürfen, wurde ausdrücklich offen gelassen.

Als Argument gegen die Zulassung der Fremdhilfe wird schließlich angeführt, dass „auch der Gerichtsvollzieher nicht dritte Privatpersonen zu seiner Unterstützung herbeiziehen oder als Vertreter mit der Zwangsvollstreckung beauftragen kann“.³⁰ Schon die Grundannahme ist nicht ganz fehlerfrei. Auch der Gerichtsvollzieher kann etwa zur Durchsuchung von Personen zuverlässige Personen heranziehen (§ 107 GVGA), ebenso ist es möglich, z. B. einen Schlosser zur Türöffnung zu beauftragen (§ 758 Abs. 2 ZPO). Zudem wollte der Gesetzgeber die Erfordernisse der prozessualen Zwangsvollstreckung gerade nicht auf die Selbsthilfe erstrecken, sondern diese soweit möglich vereinfachen.³¹ Rein faktisch steht der zur spontanen Ab-

²⁸ *Mugdan I*, S. 546 = *Mot. I*, S. 354; zur Rechtfertigung von Unterstützungshandlungen bereits § 94 des bad. StGB von 1851 („Wer einem Andern, der sich im Falle erlaubter Notwehr oder erlaubter Selbsthilfe befindet, beisteht, dem kommen dabei alle Rechte der Notwehr oder der Selbsthilfe gleich dem Andern selbst zu statten“).

²⁹ *Mugdan III*, S. 485 (= *Prot. S.* 3360f.).

³⁰ *Heyer*, S. 29.

³¹ *Mugdan I*, S. 547 = *Mot. I*, S. 354f.: „Es leuchtet indessen ein, wie wenig dem Leben, das, wenn irgend wo, so auf diesem Gebiete eine zweifelsfreie und gemeinverständliche Vorschrift erfordert, mit einer derartigen Regelung gedient sein würde. [...] Dazu kommt, dass auch die innere Berechtigung einer solchen Regelung begründeten Bedenken unterliegt. Es kann nicht anerkannt werden, dass die Schranken, welche dem Gerichte in der fraglichen Beziehung auferlegt sind, zur Übertragung auf die Selbsthilfe sich eignen, deren Hauptbedeutung auf dem Gebiete derjenigen Fälle zu suchen ist, in welchen augenblicklich gehandelt werden muss, so dass zur Erreichung des Zweckes ein Eingreifen nötig werden kann, welches nach der Natur der Dinge der gerichtlichen Anordnung sich entzieht. Soll die Selbsthilfe, wenn die Rechtsordnung sie einmal behufs Erhaltung von begründeten Ansprüchen gestatten muss, ihren Zweck erfüllen, so darf sie weder hinsichtlich ihrer Voraussetzungen übermäßig erschwert, noch in der Wahl der Mittel, für deren angemessene Verwendung