

Smart Enforcement – Patentlösung oder Besitzstörung?

WU
WIRTSCHAFTS
UNIVERSITÄT
WIEN VIENNA
UNIVERSITY OF
ECONOMICS
AND BUSINESS

Georg Kodek



- 1) Einleitung und Präzisierung des Themas
- 2) Problemstellung und Gang der Untersuchung
- 3) Selbsthilfeverbot als Lösungsansatz?
- 4) Rechtsbesitz
- 5) Einwilligung
- 6) Nochmals: Selbsthilfe
- 7) Schutz- und Sorgfaltspflichten
- 8) Schluss
- 9) Ausgewählte Literatur

1. Einleitung und Präzisierung des Themas

- **automatisierte Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche**
 - unmittelbare Durchsetzung durch Fernzugriff, also *remote*
 - ist in den USA seit mehr als 10 Jahren Standard
 - *starter interrupt device*, „kill switch“
 - Weitere Fälle
 - BGH: Batterie nicht mehr aufladbar
 - *smart home*: Wohnung versperrt
 - *smart meter*: Fernabschaltung Strom und Gas
 - mögliche Zukunftsperspektiven
- ob „händisch“ per Knopfdruck oder „smart“ iS einer elektronisch generierten Entscheidung ist weniger entscheidend
 - besser: *remote enforcement*
- Breitere Entwicklung: Algorithmisierung der Rechtsdurchsetzung

- **Vorteile für Gläubiger**
 - kostengünstig
 - extrem wirksam
 - „Intensivierung der Rechtsdurchsetzung“
 - auch grenzüberschreitend
- **Gefahren**
 - Umkehrung der Prozessrollen
 - Schuldner wird Klagelast auferlegt
 - Auswirkungen auf Beweislast?

2. Problemstellung und Gang der Untersuchung

- Berührungspunkte mit
 - Selbsthilfe,
 - Leistungsverweigerungsrecht -Zurückbehaltungsrecht/Einrede,
 - Besitzschutz,
 - Einwilligung
- Unterschiede zur deutschen Rechtslage
- Fokus auf Besitzstörung liegt nahe:
 - detaillierte Bestimmungen
 - eigenes Verfahren, gut eingelebt in der Gerichtspraxis
 - Selbsthilfe knüpft an Besitz an
- Abgrenzung von Eingriff und bloßen Leistungsverweigerungsrechten
- Ob Eingriff technisch durch Algorithmen ausgelöst ist oder nicht, ist nicht entscheidend.
- Technische Möglichkeiten geben dem Problem neue Dimension

- 1) Auto fährt nicht mehr (Wegfahrsperre)
 - a) Miete oder Leasingraten nicht bezahlt
 - b) Mietauto verlässt zulässiges Gebiet
 - c) Kaufpreisraten nicht bezahlt
 - d) Das Fahrzeug ist verpfändet; Kreditraten an Bank nicht bezahlt
 - e) Versicherungsprämie ist nicht bezahlt
- 2) Gemietete Autobatterie lässt sich nicht aufladen
- 3) Wohnung lässt sich nicht aufsperrern bzw beheizen
- 4) Abonniertes Computerprogramm funktioniert nicht mehr

3. Selbsthilfeverbot als Lösungsansatz?

- § 344 ABGB knüpft an **Besitz**
- Schließt nicht aus, dass auch Inhaber Selbsthilfe zusteht
 - Dies wäre jedoch erst zu begründen
 - Besonderheiten des *smart enforcements* gerade aus Sicht des Gewaltverbots:
- „Selbsthilfe“, die nicht in rechtlich geschützte Positionen eingreift, ist nicht verpönt
- Selbsthilfeverbot bleibt freilich in den Fällen zu prüfen, in denen ein **Eingriff in den Besitz** (oder ein **sonstiges geschütztes Gut**) vorliegt

4. Rechtsbesitz

4.1. Grundsätzliche Qualifikation und Störungsbegriff

- Rechtslage unterscheidet sich wesentlich von Deutschland
- Anerkennung des **Rechtsbesitzes**
 - §§ 312 ff ABGB
- Geht in allen Fällen um Rechtsbesitz
 - In Fällen 1 bis 3 auch unproblematisch, weil Rechtsbesitz mit Innehabung körperlicher Sache verbunden
- Dass es sich in den genannten Fällen grds um **Störung** handeln *kann*, kann keinem Zweifel unterliegen: Störung des Rechtsbesitzes ist, was Beeinträchtigung des Rechts wäre
- Erfordernis einer **menschlichen Handlung** für Eingriff unproblematisch

4.2. Reichweite des Rechtsbesitzes

4.2.1. Grundsätzliche Maßgeblichkeit des ausgeübten Rechts

- Besitzschutz kann nicht weitergehen als **Umfang des Besitzes**
- Entscheidend daher Verständnis des „**ausgeübten**“ **Rechts**
- *P. Bydlinski*: muss zuerst die Reichweite der absoluten (*ausgeübten*!) Berechtigung geklärt und diese im Possessorium als Grenze des Besitzschutzes beachtet werden
 - Welches Recht ausgeübt wurde, lässt sich aber nur im Wege eines **Rückschlusses** aus den gesetzten faktischen Ausübungshandlungen beurteilen
 - Es ist zu fragen, die Annahme welchen zugrundeliegenden umfassenderen Recht die Ausübung der jeweiligen konkreten Einzelakte am ehesten zu erklären vermag
 - Schwierigkeit, das *corpus-Element* zu beschreiben
 - **Anhaltspunkte**: (behaupteter) Rechtstitel, Grundbuchsstand, Verkehrsübung

4.2.2. Berücksichtigung von Art, Umfang und Grenzen des ausgeübten Rechts

- Rechtsbesitzer immer in Weiterausübung seines Rechts geschützt, ohne Rücksicht darauf, ob er bezahlt, ob der Vertrag noch aufrecht ist etc?
- Zweitinstanzliche Rsp: Mieter genieße auch über das Ende der Bestandszeit hinaus possessorischen Schutz in Bezug auf Versorgungsleistungen mit Strom, Gas, Heizwärme und dgl
- führt freilich zu einer schwer zu rechtfertigenden Bevorzugung des Sachleistungsgläubigers gegenüber dem Geldgläubiger
- Zu warnen ist vor einer zu „petitorischen“ Sichtweise
 - Bestand des Rechts und Ausübung zu trennen
 - Gleichwohl: Umfang zu berücksichtigen.
 - Bsp: Wegerecht, eingeräumt nur zu Fuß, Befahren mit Traktor ist kein Rechtsbesitz, sondern Störung

- **Auslegung**, welches Recht ausgeübt wurde
 - Dabei kommt idR dem (bestehenden oder auch nur angenommenen) materiellen **Grundverhältnis** besondere Bedeutung zu.
 - Wenn jemand bisher lediglich gegen Bezahlung Strom bezogen hat, so kann dies nicht als Ausübung eines Rechts auf unentgeltlichen Bezug gedeutet werden
 - Dafür wäre erforderlich, dass der Bezieher seine Zahlungspflicht verneint und dennoch beliefert wird (§ 313 ABGB)
- Das Gleiche gilt bei Ausübung eines **befristeten** oder auflösend **bedingten Rechts**:
 - Bis zum Fristablauf oder Eintritt der Bedingung sind die Handlungen des Schuldners nur so zu verstehen, dass dieser damit die aus dem Grundverhältnis erfließende Verpflichtung erfüllen will
 - Einstellung einer befristeten Rentenzahlung daher keine Besitzstörung

- **Bsp 1a)** : kein Recht auf unentgeltliche Nutzung ausgeübt; ist als Ausübung des vertraglich eingeräumten Mietrechts zu verstehen
- Wohl auch **Bsp 1b)**
 - Unterschied wohl gradueller Natur
 - Risiko von Fehlbeurteilungen vielleicht tendenziell größer, hat für Zulässigkeit der Vereinbarung in AGB möglicherweise Bedeutung
- **Bsp 1c)** kann nicht auf diese Weise gelöst werden: Vorbehaltskäufer erhält umfassendes Nutzungsrecht, das gerade nicht von regelmäßiger (raten-)Zahlung abhängt
 - Anders nach Rücktritt
 - possessorisch beachtlich?
- **Bsp 2:** Hier mE Aufladungssperre prinzipiell denkbar
 - Nicht zu sehen, warum Vermieter weiter dem Mieter unentgeltlich Nutzungsmöglichkeit der Batterie überlassen sollte

4.2.2. Ergänzende Wertungsüberlegungen

- Anwendung dieses Ansatzes auf **Bestandnehmer** schwierig:
 - Recht auf Benützung nach Ablauf der Bestandzeit noch nicht ausgeübt
 - normale Benützungshandlungen während der Bestandzeit als Ausübung des vertraglichen Bestandrechts, also einschließlich zeitlicher Grenzen
- **Aber:** Nach ErläutRV ZVN 1983 liegt besondere Bedeutung des Besitzstörungsverfahrens darin, dass auf andere Weise der Bestandnehmer *nach Ablauf der Bestandzeit* nicht geschützt wäre
 - Einfluss von Mieterschutz?
 - Möglichkeit eines Räumungsaufschubs
- Mögliche Deutung:
 - für **Umfang** des „ausgeübten“ Rechts nicht nur auf die materiellen Regelungen, sondern auch auf die **prozessualen und vollstreckungsrechtlichen Vorschriften** abzustellen
 - **Oder:** Ausübung neuen Besitzes, führt faktisch zu weitgehendem Schutz bloßer Innehabung

- Erstreckung des Besitzschutzes auf in Zusammenhang mit dem Bestandvertrag stehende **Bezugsverträge** ?
 - ZB Bestandgeber stellt auch Strom oder andere Leistungen wie Gas, Dampf, Wärme, Telefon oder Kabelfernsehen zur Verfügung
- **Gesetzliche Verpflichtungen** des Bestandgebers zu positivem Tun
 - Wartungs- und Instandhaltungspflichten
 - § 3 MRG; siehe auch Katalog der Betriebskosten in § 21 MRG
 - die in §§ 3, 21 ff MRG angeführten Leistungen stehen wohl in **untrennbarem Zusammenhang** mit dem Bestandvertrag
 - Je weniger die Nutzung des Bestandobjekts ohne die Versorgungsleistung möglich ist, umso eher ist in besitzrechtlicher Sicht ein Zusammenhang anzunehmen
 - Wäscheservice, Verpflegung

- Schutz der **faktischen Gewahrsamsverhältnisse** in allen Fällen der Innehabung?
- Argumente einer (analogen?) Anwendung des Selbsthilfeverbots auf *remote enforcement* nicht übertragbar
 - Weniger Gefahr für öffentlichen Frieden
 - Bsp: Hotelzimmer-Schlüssel sperrt nicht mehr
 - Anders als bei „Privaträumung“ keine Besitzstörung an eingebrachten Sachen!

4.2.3. Zwischenergebnis

- Besitzschutz nur bei **Ausübung** von (hier: Rechts-) **Besitz**
- Vertragliche und gesetzliche **Schranken** zu beachten
 - idR nur Nutzungsrecht gegen Bezahlung ausgeübt
- Daher idR kein Besitz nach Ablauf der Vertragsdauer oder bei Nichtzahlung
- **Anders** bei
 - Rechtlich besonders geschützten (Bestand-)Verhältnissen
 - fortgesetzter Ausübung trotz Nichtzahlung oder Vertragsablauf
- Lösung der **Beispielfälle** 1a), 1b), 2 und 3
- In Beispiel 1c) bis e) liegt jedenfalls (geschützter) Rechtsbesitz vor

4.3. Rechtsbesitz ohne Innehabung einer körperlichen Sache

- In Beispielen 1 bis 3 Innehabung einer körperlichen Sache
- Ist aber nicht immer der Fall, Beispiel 4
 - Besitz an entsprechenden Endgeräten umfasst nicht auch Besitz an Computerprogrammen etc
- Meinungsstand
 - wohl hA: Rechtsbesitz nur möglich, wenn mit Innehabung einer körperlichen Sache verbunden
- **Eigene Stellungnahme**
 - Formulierung der hA jedenfalls unzutreffend
 - Beispiel Ersitzbarkeit von Reallasten
 - Gemeint ist offenbar, wenn Bezug zu körperlicher Sache besteht

- **Historische Argumente**
 - 18. und 19. Jhdt: Besitz an Pacht- und Mietrechten, an Gesellschaftsvertrag, an zinstragenden Kapitalien, Recht auf Zahlung des Grundzinses, Recht auf Zinsenzahlung in bestimmter Währung
- **Wortlaut** des § 313 ABGB und § 351 ABGB
- **praktische Bedeutung** des Besitzschutzes am größten, in denen der Umfang des ausgeübten Rechts am klarsten konturiert ist
 - Rechte, deren Ausübung – wie bei Servituten, Reallasten oder Renten – idR nicht von der laufenden Erbringung einer Gegenleistung abhängig sind,
 - Fälle, in denen der Rechtsbesitz mit der Innehabung einer körperlichen Sache verbunden ist (dort größtes Konfliktpotential!)

4.4. Zwischenergebnis

- **Beispiel 4:** Besitz(schutz) grds möglich
 - Bei Steuerungssoftware für Zulässigkeit der Einstellung *Mandl*
 - Anders, wenn vom Vermieter beigestellt
- **Beispiel 1 a):** Rechtsbesitz iS der Ausübung eines Rechts auf unentgeltliche Benützung nicht ausgeübt
- Ähnlich **Beispiel 1 b) und 2**
 - Möglicher Unterschied bei 1 b), dass Beschränkung des (ausgeübten) Rechts hier vielleicht weniger deutlich ist
- **Beispiel 1 c), d) und e) sowie 3):** Rechtsbesitz

5. Einwilligung

5.1. Einführung

- Theoretische und praktische Relevanz
 - in allen Fällen, in denen Besitzstörung vorliegt (Beispiele 1 c bis d und 3)
 - in Beispielen 1 a) und b) sowie 2), wenn Verhalten des Mieters als (Weiter-)Ausübung eines Rechts deutbar ist
 - Subsidiäre Überlegung, wenn man der Lösung der anderen Fälle nicht folgt
 - aus kautelarjuristischer Sicht auf jeden Fall zu prüfen
 - Möglichkeit der zusätzlichen Absicherung der Position des Gläubigers

5.2. Grundsätzliche Möglichkeit der Vorweg-Einwilligung

- Nach hA **schließt** vorherige Einwilligung **Eigenmacht aus**
 - „rechtsgeschäftliche“ Anforderungen?
 - in D nur natürliche Willensfähigkeit Voraussetzung
 - mE § 310 ABGB Spezialregelung nicht nur für Erwerb, sondern auch für Einwilligung
- Fraglich, ob und wie weit eine nicht **im unmittelbaren Zusammenhang** mit dem Eingriff, sondern **davor** erteilte Einwilligung möglich
 - Verneinend: *F. Bydlinski; Holzner*; LGZ Wien WR 404; MietSlg 54.020
- **Eigene Position**
 - auf gerichtlichen Besitzschutz kann nicht verzichtet werden
 - wohl aber materiellrechtliche Vorweg-Disposition
 - geht um Wirkung und Grenzen einer Vorwegzustimmung, nicht um grds Unzulässigkeit
 - Vorab-Einwilligung besitzrechtlich (nicht petitorisch) frei widerruflich

5.3. Einwilligung in AGB

- führt zur Frage der Einwilligung in AGB
- sowohl OGH als auch BGH haben dies in konkreten Fällen verneint
- Beispielsfälle
 - Eigentumsvorbehalt: Herausgabeklausel bzw Abholklausel
 - mitunter zusätzlich, dass Käufer auch auf Besitzschutz verzichtet
 - Bsp LGZ Graz ZIK 2000/155
 - Wegnahmerecht in Leasingverträgen (speziell beim Kfz-Leasing) oder in Mietverträgen über bewegliche Sachen
 - Mietverträge über Immobilien,
 - Zutrittsrecht des Vermieters für Reparaturen, allenfalls auch zu Kontrollzwecken

- **OGH 9 Ob 59/09v**

- Klausel 12 und 29: „...Leasinggeber berechtigt, sich unmittelbar und auch gegen den Willen des Leasingnehmers, der auf eine Besitzstörungsklage verzichtet, Besitz am Leasingobjekt zu verschaffen“
- Besitzstörungsverfahren gerade dann von Bedeutung, wenn zwischen den Parteien Streit über die wirksame Beendigung des Vertragsverhältnisses besteht
- Kundenfeindlichste Auslegung: Rechtsweg generell ausgeschlossen
- Bloße Beendigung des Leasingvertrags: Rechtsbesitz nicht erloschen, Selbsthilfe nur zulässig, wenn staatliche Hilfe zu spät käme
- Vorwegzustimmung allgemein offen gelassen (aber: „mit guten Gründen dafür *Kodek*“)

- **BGH XII ZR 89/21**
- Beeinträchtigung der mit dem Besitz verbundenen Einwirkungs- und Ausschlussmacht
- Abgrenzung von XII ZR 137/07 = BGHZ 180, 300: Einstellung von Versorgungsleistungen
- Unerheblich, ob Zugriff auf Batterie manuell oder automatisiert
- Vermieter Mitbesitzer?
- Mieter kann im Streitfall Weiterbenützung nur durch gerichtliche Geltendmachung erreichen, Klagelast
 - Bsp Mietzinsminderung, Zurückbehaltungsrecht
- Vermieter trägt aufgrund der Überlassung des Mietobjekts grundsätzlich das Risiko der nach Vertragsbeendigung fortgesetzten Ab-Nutzung, könnte Mietkaution vereinbaren
- Sperre allein vom Ausspruch einer ao Kündigung abhängig

Eigene Position

- Nicht kategorisch ausgeschlossen, aber praktisch schwierig
- „Angriffsflächen“ zunächst **Transparenzgebot** (wobei Überschneidungen zur gröblichen Benachteiligung bestehen)
 - Zu unbestimmte Voraussetzungen machen die Einwilligung unwirksam
 - OGH-Fall: deutliche Abweichung vom dispositiven Recht
 - ganz allgemein, unabhängig von Dauer des Verzugs und von vorheriger Androhung
 - BGH-Fall: nur von ao Kündigung Voraussetzung, nicht Berechtigung
 - Vgl auch OLG Schleswig SchlHA 1975, 47 (48): Sicherungsnehmer könne das Sicherungsgut in Besitz nehmen, „soweit es zur Deckung seiner Forderung nötig ist“ (in concreto auf gröbliche Benachteiligung gestützt)

- vor allem aber **§ 879 Abs 3 ABGB**
 - besonders bedeutsam, weil auch B2B anwendbar
 - gilt wohl auch bei M2M Verträgen
- jedenfalls Abweichung vom dispositiven Recht
 - (wiegt B2C stärker)
 - nicht gerechtfertigt in dieser Allgemeinheit
 - Anderes könnte bei längerem Verzug, besonders starker Abnutzung, Gefahr der Verbringung etwa ins Ausland gelten
- Schuldner wird einseitig mit einer potentiellen Fehlbeurteilung des Vermieters belastet
- allenfalls durch Umkehrung der Prozessrollen auch unter **„Beweislastverschiebung“** (vgl § 6 Abs 1 Z 11 KSchG) subsumierbar

6. Nochmals: Selbsthilfe

- **Voraussetzungen** werden selten erfüllt sein
- Geht idR **nicht** um **Abwehr einer Besitzstörung**, sondern Durchsetzung eines petitorischen Zahlungsanspruchs
 - Mieter, der Miete nicht zahlt, begeht keine Störung des Sachbesitzes des Vermieters
 - Gleiches gilt wohl, wenn Mieter vereinbartes Nutzungsgebiet verlässt (?)
 - Aufrechterhalten einer faktisch bestehenden Gewahrsamslage ist idR keine Besitzstörung (außer bei Prekarium)
 - Fehlt Gewaltelement (*vis*)
- Insoweit kommt Selbsthilfe des Gläubigers zur Wahrung seines Sachbesitzes nicht in Betracht
- Für **Selbsthilfe** zur Durchsetzung **petitorischer Ansprüche** fehlt idR das Zuspätkommen staatlichen Rechtsschutzes
 - (anders allenfalls zB bei Verbringen eines Kfz aus bestimmtem Gebiet)

- Allenfalls **Störung des Rechtsbesitzes** an Forderungsrecht
 - *Randa*, Besitz 802 (insb FN 60): eigenmächtige Selbsthilfe sei nicht geeignet, den Rechtsbesitz zu erhalten, vielmehr sei stets die Erhebung einer Klage erforderlich
- mE ist Selbsthilfe hier ungeeignet, weil nicht direkt Rechtsbesitz wieder hergestellt wird
 - „bewenden lassen“ (§ 351 ABGB) ist Unterlassen der Klagsführung
- Risiko der **Fehlbeurteilung** und des Überschießens von Maßnahmen treffen immer den Selbsthilfe Übenden
 - zB wenn Selbsthilfe geübt wird, obwohl aus einem von der Rechtsordnung anerkannten Grund nicht gezahlt wird (§ 1052 ABGB wegen Mängeln, Gestaltungsrecht ausgeübt, zB Preisminderung)

- **Abgrenzung** zwischen **Störung** und bloßer **Leistungsverweigerung** diffizil
 - Beispiel: Kinderkarussell mit Münzeinwurf
 - „Kurzbesitz“ (?)
 - „Sofa, das sich bei Nichtzahlung zurückbeamt“ (*Cohen*)
- Macht es Unterschied, ob regelmäßig Benützung „freigeschaltet“ werden muss?
- bei Sofa und Mieter wird bei wertender Betrachtung Störungsaspekt gegenüber einer bloß befristeten Nutzungserteilung im Vordergrund

7. Schutz- und Sorgfaltspflichten

- **Vertragliche Nebenpflicht** der schonenden Ausübung?
 - Vorherige Ankündigung?
 - Ermöglicht Vorkehrungen
 - Bsp § 82 EIWOG (eingeschriebener Brief, zwei Wochen Nachfrist, Hinweis auf Beratungsangebote)
 - § 143 TKG (Mahnung, Nachfrist von mindestens zwei Wochen)
- **Gefahr** für (sonstige) **Rechtsgüter** des Vertragspartners und Dritter
 - Bsp Colorado und Connecticut: „...: *may not render unusable computer program...if immediate injury to any person or property is a reasonably foreseeable consequence of such action*“
 - Blockieren des Autos während der Fahrt
 - Herzschrittmacher (*Klever*)
 - Zugriff auf Patientendaten (OLG Düsseldorf)
 - Existenzbedrohung (*Leyens/Heiss/Soritz*, JBl 2022, 146)
- jedenfalls petitorisch beachtlich
- Durchschlagen auf Besitzschutz?

8. Schluss

- Streifzug durch Besitzrecht
- Begegnung mit alten Zweifelsfragen
- AGB-Kontrolle
- „Technikneutralität“
- Lebenskraft des ABGB

9. Ausgewählte Literatur

Griebler/Schuppler, Besitzstörung per Knopfdruck? Digitale Rechtsdurchsetzung auf dem rechtlichen Prüfstand, Zak 2024, 24

Hau, Die Klagelast als Rechtsfigur und Regelungsproblem, ZZP 2016, 133

Klever, „Smart Enforcement“ und die Grenzen erlaubter Selbsthilfe, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2020, 379

Kodek, Besitzstörung (2002)

Kodek, Besitzstörung durch Sperre der Versorgungsleistungen durch den Vermieter, wobl 2009I, 328

Laukemann, Private Rechtsdurchsetzung zwischen (digitaler) Selbsthilfe und gerichtlichem Rechtsschutz, ZfPW 2022, 357

Leyens/Heiss/Soritz, Smart Contracts im unternehmerischen Rechtsverkehr (B2B), JBI 2022, 137

Mandl, Das Smart Home als Instrument der digitalen Rechtsdurchsetzung, immolex 2019, 200

Wagner, Algorithmisierte Rechtsdurchsetzung, AcP 222, 56

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



VIENNA UNIVERSITY OF
ECONOMICS AND BUSINESS

**Institut für Zivil- und
Zivilverfahrensrecht**

Welthandelsplatz 1, 1020 Vienna, Austria

Univ.-Prof. Dr. Georg Kodek, LL.M.

T +43-1-313 36-4276 DW

georg.kodek@wu.ac.at

wu.at/kodek