

Kohlhaas' Kapsel

oder: Private Vollstreckung zwischen Selbsthilfe und Selbstjustiz

Felix Aiwanger

Das zivilprozessuale Vollstreckungsrecht gehört zu jenen Rechtsgebieten, die zwar dem Öffentlichen Recht zuzuordnen sind, aber traditionell von bekennenden Privatrechtlern erforscht werden. Bereits diese Zuständigkeitsschizophrenie zeigt, dass wir uns an einer Schnittstelle der Rechtsgebiete befinden: In Konflikte zwischen privaten Interessen intervenieren staatliche Stellen spätestens, wenn es darum geht, Entscheidungen gegen den Willen anderer Beteiligter in die Tat umzusetzen. Dem möchte ich ein rein privates Vollstreckungsrecht gegenüberstellen, wonach Entscheidungen ohne staatliche Beteiligung vollstreckt werden.

Dazu können wir uns auf einen kleinen literarischen Ausflug begeben, nämlich zur Figur des Michael Kohlhaas, der zuerst selbst von einem adeligen Gutsherrn mit privater Macht schikaniert wird und sein Recht dann seinerseits mit privaten Mitteln durchsetzen will. Gleich zu Beginn der Erzählung stellt ihn Kleist vor als einen „der rechtschaffensten zugleich und entsetzlichsten Menschen seiner Zeit“¹. Damit sind die zwei Pole benannt, zwischen denen sich eine Privatvollstreckung bewegt: die zu begrüßende Durchsetzung anerkannter Rechte einerseits und die dabei notwendige Beeinträchtigung fremder Interessen andererseits.

Als er wegen seines Rachefeldzugs hingerichtet werden soll, öffnet Michael Kohlhaas die – wie es heißt – „kleine bleierne Kapsel, die ihm an einem seidenen Faden vom Hals herabhing“². Auf dem Zettel, den er herausnimmt, hat eine Wahrsagerin notiert, wie die Familie des sächsischen Kurfürsten entmachtet werden wird. Vor den Augen des

1 von Kleist, Michael Kohlhaas, zitiert nach Reuß/Staengle (Hg), H. v. Kleist, Sämtliche Werke, Berliner Ausgabe, Bd. II/1 (Basel/Frankfurt a. M. 1990) 63.

2 Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 239.

Kurfürsten, der natürlich an die Prophezeiung kommen will, steckt sich Kohlhaas den Zettel in den Mund und verschluckt ihn. Die Kapsel mit dem Zettel wird damit zum Symbol der privaten Macht,³ mit der Kohlhaas noch auf dem Schafott seine Rechte zur Geltung bringt, indem er den Kurfürsten leiden lässt.⁴

Wie eine Kapsel, die man einnehmen kann, verleiht die Privatvollstreckung gewisse Kräfte. Je nachdem, welche Kräfte in Anspruch genommen werden, können wir zwei Arten von Kapseln und damit zwei Formen der Privatvollstreckung unterscheiden: Mit einer *blauen Kapsel* bleiben wir in den Formen der staatlichen Vollstreckung und übertragen sie bloß auf eine Privatperson. Mit einer *roten Kapsel* verlassen wir zunächst den rechtlichen Bereich komplett und bewegen uns in außerrechtlichen Vollstreckungsformen anderer gesellschaftlicher Regelsysteme.

A. Blaue Kapsel: Private Vollstreckung mit rechtlichen Mitteln

Da es hier nur noch um die Vollstreckung gehen soll, will ich davon ausgehen, dass zugunsten des privaten Vollstreckers Ansprüche bestehen. „Die Rechtssache war in der That klar“⁵ heißt es auch bei Kleist und es kommt kein Zweifel daran auf, dass Kohlhaas die begehrten Rechtsfolgen zustehen.⁶ Ob darüber schon von einer staatlichen Stelle entschieden wurde, spielt allerdings keine Rolle. Da das Begehr des Vollstreckers gerade nicht von staatlicher Seite unterstützt werden soll, bedarf es auch keines Vollstreckungstitels als Nachweis für diese Unterstützung. Die zu vollstreckende Entscheidung kann ebenso gut in einem Privatverfahren – aber eben nach den staatlichen Vorgaben

3 Vgl zum wenig behandelten Symbolgehalt der Kapsel *Best*, *Schuld* und *Vergebung*. Zur Rolle von Wahrsagerin und „Amulett“ in Kleists „Michael Kohlhaas“, Germanisch-Romanische Monatsschrift 1970, 180 (184, 187 f).

4 „Der Mann mit blauen und weißen Federbüscheln sank, bei diesem Anblick, ohnmächtig, in Krämpfen nieder“ und war „zerrissen an Leib und Seele“, (Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 290 f).

5 Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 92.

6 Vgl noch Luther zu Kohlhaas: „was duforderst, [...] ist gerecht“ (Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 154); der Prinz von Meißen über Kohlhaas: „dessen Sache, wie bekannt, sehr gerecht sey“ (ebd., 166); die Abweisung seiner Klage sei „nicht zu erwarten“ (ebd., 169 f).

– ergangen sein. Für ein solches Privatverfahren steht bei Kohlhaas das ständig wiederkehrende Motiv seiner Brust als Sitz seines Rechtsgefühls.⁷

I. Übersetzung staatlicher in private Maßnahmen

Die Kräfte, die die blaue Kapsel verleiht, ergeben sich daraus, dass wir Strukturen der staatlichen Vollstreckung gewissermaßen ins Private übersetzen.⁸ Gemeinsamer Bezugspunkt des staatlichen wie des privaten Vokabulars sind gewisse Grundmuster, auf die eine zwangswise Durchsetzung von Rechten in beiden Bereichen zurückgeht und die im unten folgenden Schaubild dargestellt sind. Dabei können wir von einem bestimmten Ziel ausgehen, das es zu erreichen gilt. Im Hinblick auf dieses Ziel lassen sich drei Akteure unterscheiden: (1) ein Begünstigter, in dessen Interesse es liegt, das Ziel zu erreichen, und der typischerweise in der Rolle des Gläubigers auftritt – sein Ziel wollen wir G_1 nennen; (2) ein Belasteter, der einen Beitrag leisten muss, damit G_1 erreicht wird, und der typischerweise in der Rolle des Schuldners auftritt; (3) Dritte, die zunächst weder begünstigt noch belastet sind, sondern dem Ziel neutral gegenüberstehen.

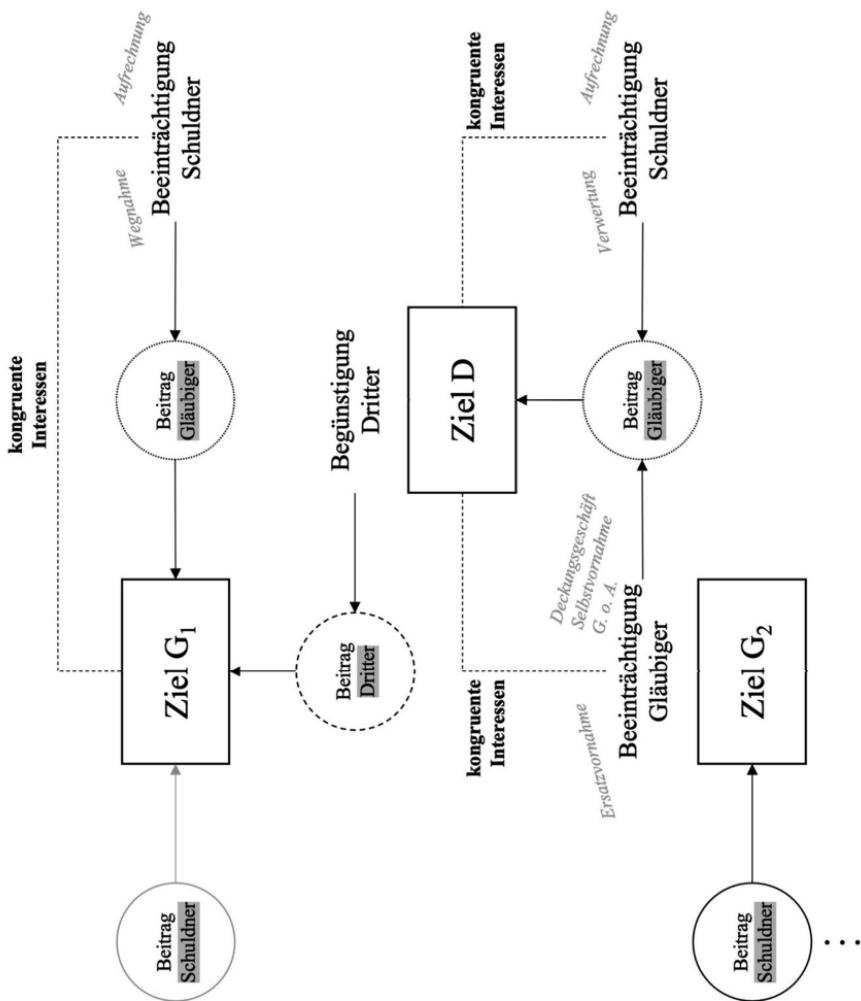
Wenn der Schuldner nun seinen Beitrag zu G_1 nicht wie vorgesehen leistet, bedarf es alternativer Wege, um das Ziel zu erreichen. Dazu kann ein Dritter den Beitrag des Schuldners übernehmen. Der Dritte muss allerdings erst dazu motiviert werden, dass er das für ihn fremde Ziel G_1 fördert. Als Motivation dient ein Beitrag des Gläubigers zu einem Ziel D des Dritten für den Fall, dass der Dritte hilft. Dieser Beitrag des Gläubigers lässt sich wiederum so gestalten, dass er entweder auf Kosten der eigenen Interessen des Gläubigers geht oder auf Kosten der Schuldnerinteressen. Geht er auf Kosten der eigenen Interessen, ist zwar das Ziel G_1 mithilfe des Dritten erreicht, aber ein anderes Ziel

7 Insbesondere bei anfänglicher Prüfung seiner Ansprüche: „sein Rechtgefühl, das einer Goldwaage glich, wankte noch; er war, vor der Schranke seiner eigenen Brust, noch nicht gewiß, ob eine Schuld seinen Gegner drücke“ (Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 76).

8 Vgl in umgekehrter Richtung die Rekonstruktion privater Rechte als Vollstreckungsbefugnisse bei Klingbeil, Die Not- und Selbsthilferechte (Tübingen 2017) 15 und passim.

G_2 des Gläubigers dafür beeinträchtigt. Damit tritt G_2 an die Stelle von G_1 : der Schuldner muss seinen Beitrag nunmehr zu G_2 erbringen und das Spiel setzt sich fort, bis es eine andere Abzweigung nimmt. Ein Beitrag auf Kosten der Schuldnerinteressen besteht hingegen darin, dass der Gläubiger diese Interessen in einer Form beeinträchtigt, von der die Interessen des Dritten profitieren.

Sowohl bei einem Beitrag auf eigene Kosten als auch bei einem Beitrag auf Kosten des Schuldners müssen die beeinträchtigten Interessen kongruent sein mit den begünstigten Drittinteressen. Bei einer ausreichenden Interessenkongruenz zwischen Gläubiger und Schuldner wäre bereits die Beteiligung eines Dritten in der dargestellten Mittlerrolle entbehrlich und der Gläubiger könnte unmittelbar einen Beitrag zu seinem eigenen Ziel vornehmen, der zugleich die Interessen des Schuldners beeinträchtigt. Für die Mittlerrolle kann der Gläubiger die Wahl zwischen mehreren Dritten haben, die sich danach unterscheiden, wie leicht sie sich zu dem benötigten Beitrag motivieren lassen.



- Der Weg über einen Dritten, zu dessen Zielen der Gläubiger einen Beitrag auf Kosten eigener Interessen leistet, heißt in der staatlichen Vollstreckung Ersatzvornahme⁹. In die Privatvollstreckung lässt er sich bei vertraglicher Haftung als Deckungsgeschäft¹⁰ oder Selbst-

9 Vgl § 887 ZPO.

10 Vgl Emmerich in MünchKomm-BGB, 8. Aufl. (München 2018 ff), Vor § 281 Rn 40 ff.

vornahme¹¹, bei außervertraglicher Haftung als Geschäftsführung ohne Auftrag¹² übersetzen. Im Anschluss daran hat der Gläubiger stets von Neuem die Wahl zwischen staatlicher und privater Vollstreckung.

- Der Weg über einen Dritten, zu dessen Zielen der Gläubiger einen Beitrag auf Kosten von Schuldnerinteressen leistet, heißt in der staatlichen Vollstreckung Verwertung eines gepfändeten Gegenstands¹³. In die Privatvollstreckung lässt er sich als Aufrechnung gegen eine Forderung des Schuldners übersetzen: Eine Schuldnerforderung, gegen die der Gläubiger aufrechnen kann, ergibt sich aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB, wenn der Gläubiger eine bewegliche Sache des Schuldners verkauft und veräußert, die sich bereits in seiner Macht befand oder derer er sich bemächtigt hat.¹⁴ Zum anderen kann es sich bei dem Dritten um einen Drittenschuldner handeln, der nach § 267 BGB an den Gläubiger leistet¹⁵ und mit seiner Rückgriffskondiktion gegen die Schuldnerforderung aufrechnet.
- Der Weg ohne Beteiligung eines Dritten und direkt über einen Beitrag des Gläubigers auf Kosten von Schuldnerinteressen kommt in der staatlichen Vollstreckung nur bei einem Herausgabeanspruch vor, nämlich als Wegnahme einer Sache und Übergabe an den Gläubiger.¹⁶ In die Privatvollstreckung lässt er sich als Aufrechnung des Gläubigers gegen eine Forderung des Schuldners übersetzen, die gerade denselben Gegenstand hat wie die Forderung des Gläubigers.¹⁷ Hat etwa der Gläubiger genau die geschuldete Sache erlangt, so kann er gegen einen Rückgabeanspruch des Schuldners aufrechnen. Eine weitere private Erscheinungsform dieser Vollstreckungsmetho-

11 Vgl § 637 BGB sowie *Weidenkaff* in Palandt, 80 Aufl. (München 2021) § 437 Rn 4a.

12 Vgl *Schäfer* in MünchKomm-BGB (Fn 10) § 677 Rn 59 ff.

13 *Schilken* in Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 12. Aufl. (München 2010) § 50 Rn 90 f. (943).

14 Bei Verkauf als Pfand ist ein gutgläubiger Erwerb des Dritten sogar bei Abhandenkommen möglich, siehe *Damrau* in MünchKomm-BGB (Fn 10) § 1244 Rn 11; vgl auch die Konstellation in BGH NStZ-RR 2022, 47.

15 Vgl zu dieser Möglichkeit *Schwab* in MünchKomm-BGB (Fn 10) § 812 Rn 99.

16 Vgl § 883 Abs. 1 ZPO.

17 Die erforderliche Interessenkongruenz zeigt sich im Rahmen der Aufrechnung als Gleichartigkeit der geschuldeten Leistungen nach § 387 BGB.

de findet sich neuerdings in der Befugnis, die Nutzung digitaler Produkte nach § 327p Abs. 1 S. 2 BGB zu sperren.

Auf einer weiteren Ebene kann der Gläubiger jede der Maßnahmen, die er als Alternative zum Beitrag des Schuldners ergreift, als milderes Mittel zunächst nur androhen und den Schuldner womöglich bereits damit zu seinem Beitrag bewegen. Im privaten Kontext sprechen wir dabei von einer Mahnung oder Fristsetzung. Um einen Beitrag seinerseits vorzubereiten und die dafür nötige Interessenkongruenz abzusichern, kann der Gläubiger zudem andere von einem Zugriff auf die Schuldnerinteressen ausschließen. Dazu setzt er Dritte davon in Kenntnis, dass er seinen Anspruch anhand eines bestimmten Gegenstands befriedigen will, und fordert sie auf, nicht über den Gegenstand zu verfügen. Nichts anderes bezweckt das Siegel des Gerichtsvollziehers in der staatlichen Vollstreckung.¹⁸ Zwar kann ein Gläubiger nicht jeden potenziellen Dritten kontaktieren. Gezielt kann er sich aber an besonders naheliegende Kandidaten für einen Dritterwerb wenden, wie es nach dem Vorbild der *Mareva Injunction* unter englischem Recht insbesondere gegenüber Banken als sog. *Mareva by Letter* gebräuchlich ist¹⁹. Gesichert ist die fragliche Sache dann als private Form der Verstrickung immerhin dadurch, dass die Mitteilung Dritte bösgläubig machen kann im Hinblick auf einen Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung, der bei knappem Schuldnervermögen eine Anfechtung des Dritterwerbs nach § 3 Abs. 1 AnfG zur Folge haben kann. Bezieht sich das fragliche Schuldnerinteresse auf eine bewegliche Sache, kann der Gläubiger den Ausschluss Dritter auch kommunizieren, indem er die Sache schlicht wegnimmt.

II. Wirkstoff: Entlastung staatlicher Ressourcen

Wenn man bedenkt, unter welchen Umständen solche Formen der Privatvollstreckung zulässig sind, kristallisieren sich drei Faktoren heraus, die sich in einem beweglichen System ausgleichen – aus denen

18 Vgl § 808 Abs. 2 S. 2 ZPO.

19 Dazu *Caylor/Kenney/Klein/Phelps*, Emergence of the Mareva by Letter: Banks' Liability to Non-Customer Victims of Fraud, *Business Law International* 12 (2011) 197.

sozusagen der Wirkstoff unserer blauen Kapsel der Privatvollstreckung zu unterschiedlichen Anteilen besteht: (1) Über welche Ressourcen verfügt der Staat für eine Vollstreckung in der jeweiligen Situation? (2) Wie leicht lassen sich die Konsequenzen einer privaten Entscheidung korrigieren, die sich nachträglich als fehlerhaft erweist? (3) Wie hoch ist die Gefahr, dass die Interessen des Schuldners im Zuge der Privatvollstreckung Kollateralschäden erleiden, also zusätzliche Schäden, die nicht von seiner Schuld gedeckt sind? Diese Faktoren können in zwei Konstellationen ausgeprägt sein:

1. Bei *irreversiblen* Konsequenzen und zumindest *möglichen* Kollateralschäden ist eine Privatvollstreckung nur zulässig, soweit es *keine* staatlichen Ressourcen gibt, weil eine staatliche Vollstreckung nicht praktikabel wäre. Das ist die Konstellation der Selbsthilfe nach § 229 BGB,²⁰ die eine Art Ultra-Eil-Verfahren erlaubt, wenn sowohl das gerichtliche Eilverfahren als auch das polizeirechtliche Eilst-Verfahren²¹ zu spät kämen. Hier wäre etwa die Wegnahme einer Sache gestattet, obwohl es zu Kollateralschäden kommen kann, wenn der Schuldner Widerstand leistet.²²

Neben Praktikabilitätserwägungen kann der Mangel staatlicher Ressourcen auch auf den territorialen Grenzen staatlicher Macht beruhen. Ist das vollstreckungsrelevante Vermögen des Schuldners in einem Staat belegen, der sich weigert, die Entscheidung eines anderen Staates zu vollstrecken, so kann dieser andere Staat aus Mangel an eigenen Ressourcen dem Schuldner die Selbsthilfe im Vollstreckungsstaat gestatten und ihn vor Gegenmaßnahmen des Vollstreckungsstaates schützen. Er verstößt damit nicht gegen völkerrechtliche Verträge, nach denen der Vollstreckungsstaat die Vollstreckung aus bestimmten Gründen ablehnen dürfte.²³ Solche Verträge betreffen nämlich allein die staatlich lancierte Vollstreckung, nicht aber private Pendants. Auch sonstiges Völkerrecht dürfte einer solchen Verlagerung auf die private Ebene nicht entgegenstehen, da privates Verhalten in individuellem Interesse

20 Vgl *Beurskens*, Privatrechtliche Selbsthilfe (Tübingen 2017) 189.

21 Vgl etwa Art. 2 Abs. 2 PAG BY.

22 Verbote und Beschränkungen, die in der staatlichen Vollstreckung gelten, sind wegen § 230 Abs. 2 bis 4 BGB auf die Privatvollstreckung zu übertragen, *Grothe* in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. (München 2021) § 229 Rn 6 ff.

23 Etwa Art. 288 UAbs. 2 AEUV i. V. m. Art. 45, 46 Brüssel-Ia-VO.

einem Staat nicht zurechenbar ist, der dieses Verhalten bloß für seinen Hoheitsbereich billigt.²⁴

2. Sind dagegen Kollateralschäden *ausgeschlossen* und hat der Schuldner zumindest die Möglichkeit einer *rechtlichen Prüfung*, bevor es zu irreversiblen Konsequenzen kommt, so ist eine Privatvollstreckung sogar neben den *vollen* staatlichen Ressourcen zulässig. Das sind vor allem die Konstellationen, in denen die Vollstreckung nur mittels rechtlicher Gestaltung operiert und nicht mit faktischen Eingriffen, etwa die Aufrechnung ist hier zu nennen.²⁵ Aber auch ein Gläubiger, der sich einer Sache des Schuldners bemächtigt, um eine Passivforderung des Schuldners erst zu begründen, ist häufig nur wegen Nötigung gemäß § 240 StGB strafbar,²⁶ wie es bereits für andere Formen unzulässiger Privatvollstreckung anerkannt ist.²⁷ Als Diebstahl gemäß § 242 StGB ist eine solche Privatpfändung hingegen nur in dem Spezialfall strafbar, dass der Schuldner ein Interesse an der Auswahl des Vollstreckungsobjekts hat und deswegen die Zueignung rechtswidrig ist, obwohl ein Anspruch besteht.²⁸ Vermögensdelikte scheiden entweder mangels Rechtswidrigkeit der Bereicherung oder mangels Vermögensschadens gänzlich aus.²⁹

Hier wäre darüber nachzudenken, die Verbote der §§ 240, 242 StGB nicht auch *zivilrechtlich* durchzusetzen, indem man die Aufrechnung verwehrt, wenn sie zum selben Ergebnis führt wie eine staatliche Vollstreckung. Die Aufrechnung und analog auch die Zurückbehaltung sind zwar nach § 393 BGB nicht zulässig gegen eine Forderung aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung. Im Umfang seiner Haftung muss das Eigentum des Schuldners aber auch im Rahmen der staatli-

24 Vgl Schröder in Graf Vitzthum/Proelß (Hg), Völkerrecht, 8. Aufl. (Berlin/Boston 2019) 7. Abschnitt Rn 25.

25 Verbote und Beschränkungen, die in der staatlichen Vollstreckung gelten, sind nach § 394 S. 1 BGB i. V. m. §§ 850 ff. ZPO auf die Privatvollstreckung zu übertragen.

26 Nicht einmal zu einer Strafbarkeit wegen Nötigung kommt OLG Köln StV 1990, 266 mit Zustimmung Eisele in Schönke/Schröder (Begr), Strafgesetzbuch, 30. Aufl. (München 2019) Vor §§ 234 -241a Rn 13a; vgl aber BGH NStZ-RR 2022, 47 (48).

27 Siehe Sinn in MünchKomm-StGB, 4. Aufl. (München 2021) § 240 Rn 32.

28 Vgl Bosch in Schönke/Schröder (Begr), Strafgesetzbuch (Fn 26) § 242 Rn 49.

29 Instruktiv BGH NStZ-RR 2022, 47 (48); ferner BGH NStZ 2011, 519 (519); NStZ 1988, 216; NJW 1982, 2265.

chen Vollstreckung zurücktreten, sodass man *insoweit* bereits eine unerlaubte Handlung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB verneinen könnte. Auch soweit der Nötigungs- und der Diebstahlstatbestand Formen der Selbstjustiz erfassen, qualifizieren sie sich nicht im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB als Schutzgesetz zugunsten des Schuldnervermögens, sondern schützen nur den *verfahrensrechtlichen* Aspekt, wie der Zugriff auf das Vermögen zu erfolgen hat. So hat immerhin das OLG Köln die Aufrechnung gegen einen Kostenanspruch zugelassen, dem lediglich verbotene Eigenmacht zugrunde lag,³⁰ bei der nach dem BGH schließlich auch die petitorische Widerklage möglich ist.³¹

3. Freilich ist denkbar, dass der Schuldner auf seinen Schutz vor irreversiblen Konsequenzen und Kollateralschäden verzichtet. Während in der staatlichen Vollstreckung einem solchen Verzicht organisatorische Interessen der staatlichen Stellen entgegenstehen können,³² betrifft er in der privaten Vollstreckung allein private Interessen. Soweit es sich dabei nicht um die Interessen Dritter handelt, kann der Schuldner auf seinen Schutz bereits im Vorhinein verzichten und dem Gläubiger auf diese Weise Befugnisse zur privaten Vollstreckung einräumen.³³ Mit diesem Verzicht geht der Schuldner das Risiko der Privatvollstreckung selbst ein und ist auch dann nicht zu schützen, wenn er meint, die Forderung noch begleichen zu können und die Privatvollstreckung damit abzuwenden.³⁴ Auf einem anderen Blatt steht hingegen, dass der Verzicht klar und bestimmt aus den Erklärungen des Schuldners hervorgehen muss. Räumt er dem Gläubiger etwa ein Pfandrecht nach §§ 1204 ff. BGB ein, so steht eine Verfallklausel nach § 1229 BGB im Widerspruch zu dem Verwertungsverfahren, das nach §§ 1233 ff. BGB mit einem Pfandrecht verbunden ist. Eine Verpflichtung oder Verfügung unter der aufschiebenden Bedingung, dass eine Forderung nicht erfüllt wird, ist zweifellos möglich, im Kontext eines Pfandrechts aber

30 OLG Köln BeckRS 2014, 16634 Rn 6 f.

31 BGHZ 53, 166 (168 ff); 73, 355 (357); BGH NJW 1979, 1359 (1360).

32 Vgl Gaul in Gaul et al., Zwangsvollstreckungsrecht (Fn 13) § 33 Rn 14, 18, 23 (574 ff).

33 Zur möglichen Ausgestaltung im Einzelnen *Beurskens*, Privatrechtliche Selbsthilfe (Tübingen 2017) 300 ff; dagegen RGZ 131, 213 (221 f); offener RGZ 146, 182 (185 ff); mit Zweifeln an dieser Rechtsprechung *Fries*, Anm zu OLG Düsseldorf 7.10.2021 – 20 U 116/20, JZ 2022, 361 (362 f).

34 Vgl BGHZ 130, 101 (106 f); anders *Damrau* in MünchKomm-BGB (Fn 10) § 1229 Rn 1; *Wiegand* in Staudinger, (Berlin 2019) § 1229 Rn 1.

widersprüchlich.³⁵ § 1229 BGB enthält somit lediglich eine besondere Ausprägung des Transparenzgebotes, wie es sich bereits in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB und als allgemeine Auslegungsregel niederschlägt.³⁶ Lässt sich ermitteln, dass die Parteien gar nicht auf die Rechtsfolgen eines Pfandrechts abzielten, kann die Verfallklausel in ein bloßes Vertragsstrafeversprechen nach §§ 339 ff. BGB umzudeuten sein. Im Übrigen hat die Einräumung privater Vollstreckungsbefugnisse freilich die allgemeinen Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltung zu beachten, insbesondere zum Schutz schwächerer Verhandlungspositionen. So steht privaten Vollstreckungsbefugnissen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB das gesetzliche Leitbild der staatlichen Vollstreckung entgegen.³⁷

III. Staatliche und private Gegenmittel

Die Übersetzung staatlicher in private Vollstreckungsvokabeln lässt sich bei den Rechtsbehelfen fortführen, die als Gegenmittel zu den faktischen Konsequenzen einer unzulässigen Privatvollstreckung wirken – wenn die blaue Kapsel also kontraindiziert ist.

Ein Schuldner kann geltend machen, dass der privat vollstreckende Gläubiger keinen Anspruch hatte, den er hätte vollstrecken können. In einem staatlichen Kontrollverfahren ist dann zu prüfen, ob ihm bei der Vollstreckung alternativ staatliche Unterstützung gewährt worden wäre, ob also die Privatvollstreckung tatsächlich nur an die Stelle der staatlichen getreten ist. Diese Funktion, die bei staatlicher Vollstreckung der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO zukommt, übernimmt im privaten Kontext die Eingriffskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB, wobei der zu vollstreckende Anspruch als rechtlicher Grund für den infolge der Privatmaßnahme erlangten Vorteil zur Debatte steht.

35 Vgl BGHZ 130, 101 (106) m.w.N.

36 Auf die Transparenz für den Schuldner stellt letztlich auch *Gaul* ab, wenn er einen Vorausverzicht auf den Pfändungsschutz ablehnt und mit dem Verweis auf AGB die hier vorgeschlagene Einordnung bereits nahelegt, siehe *Gaul* in *Gaul et al., Zwangsvollstreckungsrecht* (Fn 13) § 33 Rn 28 f (578).

37 Dazu näher OLG Düsseldorf JZ 2022, 359 m Anm *Fries*; auch die Konstellation in RGZ 131, 213 (Fn 33) ließe sich heute durch das AGB-Recht oder gar verbraucherschützende Regeln bewältigen.

Räumt der Schuldner zwar den Anspruch des Gläubigers ein, so kann er sich dennoch dagegen wenden, dass der Gläubiger ein bestimmtes Verfahren nicht durchgeführt hat, das dem präventiven Schutz des Schuldners vor Kollateralschäden und irreversiblen Konsequenzen gedient hätte. Bei privater Vollstreckung ist hierfür statt der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO der possessorische Besitzschutz nach §§ 861 ff. BGB statthaft. Denkbar ist weiter, dass der Schuldner gegen die Privatvollstreckung selbst privat vorgeht und auch privat vollstreckt. Diesen Spezialfall behandelt die Besitzkehr nach § 859 BGB.

In der Situation einer Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO können Dritte gegen eine private Vollstreckungsmaßnahme ihre Rechte mangels eines bereits laufenden staatlichen Verfahrens schlicht über die Abwehransprüche geltend machen, die ihnen ihre Position verleiht, insbesondere ein Dritteigentümer über § 985 BGB. Wusste der Dritte bei Erwerb seiner Position, dass er damit Gläubigerinteressen beeinträchtigt, steht dem Gläubiger im Rahmen dieses privaten Drittwiderspruchs die Einrede der Anfechtbarkeit nach § 9 AnfG zur Seite (vgl. oben I. 1. zur entsprechenden Absicherung gegen einen Dritterwerb).

B. Rote Kapsel: Private Vollstreckung mit außerrechtlichen Mitteln

Wählen wir nun statt der blauen die rote Kapsel, die uns in andere gesellschaftliche Bereiche führt und dort außerrechtliche Mittel der Privatvollstreckung erschließt.

Vollstreckt wird hier stets eine Entscheidung, die zumindest in dem Sinne privat ist, als sie von keiner staatlichen Stelle stammt, sondern von einer mehr oder weniger institutionalisierten Instanz innerhalb einer mehr oder weniger homogenen Gruppe. Die Entscheidung beruht auch nicht auf einer staatlichen Rechtsordnung, sondern auf den nichtstaatlichen Regeln, die sich in dieser gesellschaftlichen Einheit herausbilden.³⁸ Natürlich kommt es zu gewissen Überlappungen, wenn sie staatliche Regeln rezipieren oder staatlicherseits rezipiert werden.

38 Vgl Ellickson, Order without Law: How Neighbors Settle Disputes (Cambridge 1991) 123 ff.

I. Kappung kommunikativer Beziehungen

Gleichfalls verleiht die rote Kapsel ganz eigene Kräfte, die die rechtliche Vollstreckung nicht kennt. Sie basieren auf den charakteristischen Beziehungen innerhalb des jeweiligen außerrechtlichen Bereichs und lassen sich deshalb nicht in rechtliche Kategorien übersetzen.³⁹ Als gemeinsames Merkmal außerrechtlicher Beziehungen können wir allenfalls ihren im weitesten Sinne kommunikativen Charakter ausmachen: Sie konstituieren sich im Austausch von Informationen und festigen sich in wiederholter Kommunikation zu einer Community.⁴⁰ Außerrechtliche Vollstreckungsmaßnahmen bestehen darin, solche kommunikativen Beziehungen zum Adressaten abzubrechen oder zumindest einzuschränken. Das kann von zwei Seiten her erfolgen:

1. *Einen Ansatzpunkt* bieten die Beziehungen der übrigen Mitglieder der Einheit zum Adressaten. Er kann zeitweise oder endgültig, für einzelne Kommunikationsvorgänge oder insgesamt aus der Einheit ausgeschlossen werden. Spannt einem der beste Freund die Partnerin aus, dürfte die Freundschaft beendet sein; eine Geschäftsbeziehung geht in die Brüche, weil der Geschäftspartner sich zu einem wichtigen Meeting verspätet; ein Restaurantinhaber erteilt einem randalierenden Gast Hausverbot; im Fußball ist ein Spieler wegen eines Fouls für die nächsten Spiele gesperrt; bei einem Beitrag, der gegen die Facebook-Regeln verstößt, sperrt die Plattform ein Nutzerkonto oder bestimmte Funktionen des Nutzerkontos – daneben können einzelne Beiträge gelöscht werden, so dass ihr kommunikativer Gehalt entfällt, oder Beiträge mit Warnhinweisen versehen werden, so dass sich ihr kommunikativer Gehalt wandelt.

Auch bei Kleist kommt eine solche außerrechtliche Privatvollstreckung zum Zuge, interessanterweise aber als Gegenpart zum Privatvollstrecker Kohlhaas, der sich ja auf die Rechtsordnung beruft: Als religiöse Instanz tritt dem gläubigen Kohlhaas Martin Luther entgegen, der ihn als Sünder abkanzelt und damit von der christlichen

39 Man kann deshalb auch den Begriff der Vollstreckung für solche Maßnahmen ablehnen, so etwa *Gaul* in Gaul et al., Zwangsvollstreckungsrecht (Fn 13) § 1 Rn 13 f (6 f). Weil damit keine inhaltlichen Konsequenzen verbunden sind, behalte ich ihn im Folgenden bei, um die Parallele zur staatlichen Vollstreckung auszudrücken.

40 Vgl Ellickson, Order without Law (Fn 38) 230 ff.

Gemeinschaft abkapselt. Auf die für diesen Bereich zentrale kommunikative Beziehung zu einer transzendenten Instanz verweist Luther, als er Kohlhaas auffordert, er solle „um [s]eines Erlösers willen, dem Junker vergeben“⁴¹. Als Kohlhaas dazu nicht bereit ist, verweigert Luther ihm die *Kommunion*:⁴² „Bei diesen Worten“, so die Erzählung, „kehrte ihm Luther, mit einem mißvergnügten Blick, den Rücken zu, und zog die Klingel.“⁴³ Luther lässt Kohlhaas daraufhin aus dem Haus führen. „Kohlhaas legte“, wie es heißt, „mit dem Ausdruck schmerzlicher Empfindung, seine beiden Hände auf die Brust“ – also jenen bereits erwähnten Sitz seiner privaten Gerichtsgewalt – „folgte dem Mann, der ihm die Treppe hinunter leuchtete, und verschwand.“⁴⁴ Seine *Ex-kommunikation* ist damit vollzogen.

2. Von einer zweiten Seite kann die Vollstreckung innerhalb eines gesellschaftlichen Bereichs ansetzen, wenn sie die Beziehungen des Adressaten in andere Bereiche kappt, ihn also in den eigenen Grenzen isoliert. Ein typischer Bereich für solche Maßnahmen ist die Familie: Eltern reagieren auf Regelverstöße ihrer Kinder mit Fernsehverböten oder Hausarrest und schneiden sie so von ihrem Freundeskreis oder der Medienöffentlichkeit ab.

Auch Äußerungen gegenüber Dritten, die den Adressaten in ein schlechtes Licht rücken sollen, zielen als private Vollstreckungsmaßnahme letztlich darauf ab, dass die Dritten ihre Beziehungen zum Adressaten einschränken. Auf diese Weise ist die Reputation ein wichtiges, wenn auch eher mittelbares Vollstreckungsobjekt.

II. Wirkstoff: Autonomie gesellschaftlicher Teilbereiche

Wenn wir jetzt wieder die rechtliche Perspektive auf solche Formen außerrechtlicher Privatvollstreckung einnehmen, fällt zunächst auf, dass rechtliche Entscheidungen den Vollstreckungsaspekt gar nicht

41 Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 155.

42 Zur *Kommunion* als wiederkehrendem Motiv der Erzählung *Osthövener*, „Die Kraft beschwichtigender Worte“ Luther, Kohlhaas und Kleist, in Brittnacher/von der Lühe (Hg), Risiko – Experiment – Selbstentwurf. Kleists radikale Poetik (Göttingen 2013) 110 (123 f.).

43 Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 158.

44 Kleist, Michael Kohlhaas (Fn 1) 159.

eigens behandeln, sondern wie selbstverständlich akzeptieren: Ist die zugrundeliegende außerrechtliche Entscheidung rechtlich nicht zu beanstanden, so ist auch ihre außerrechtliche Vollstreckung automatisch zulässig.⁴⁵

Hier scheint eine gewisse Parallele dazu auf, dass auch die Vollstreckungsgewalt fremder Staaten als Ausdruck ihrer Souveränität keiner umfassenden inländischen Beurteilung unterliegt.⁴⁶ Der Wirkstoff der roten Kapsel besteht also in der Autonomie des jeweiligen gesellschaftlichen Teilbereichs, in dem die Vollstreckung stattfindet. Aus rechtlicher Sicht bleibt zu prüfen, ob die außerrechtliche Entscheidung und damit auch ihre Vollstreckung anerkannt wird.⁴⁷

1. Kollisionsrechtliche Prüfung

Im prominenten Fall von Internetplattformen zeichnen sich gerichtliche Entscheidungen über diese Anerkennung dadurch aus, dass ihre Kernaussagen in völlig entgegengesetzte Richtungen gehen: Ein Teil der Entscheidungen gestattet den Plattformen auch Maßnahmen gegen rechtlich zulässige Meinungsausserungen.⁴⁸ Der andere Teil schließt Maßnahmen gegen zulässige Meinungsausserungen in jedem Fall aus.⁴⁹ Diese Divergenz können wir als Ergebnis einer Prüfung deuten, die einen kollisionsrechtlichen Charakter hat und je nach Anknüpfung mal in die eine, mal in die andere Richtung ausschwenkt. Wir können also ein intersystemisches Kollisionsrecht zugrundelegen, wie es Gunther Teubner für Konflikte zwischen sich überlappenden gesellschaftlichen Teilbereichen vorgeschlagen hat.⁵⁰ Fehlen konkrete Anknüpfungspunkte, repräsentieren Grundrechte die jeweiligen autonomen Regel-

45 Soweit ersichtlich, geht einzig KG Berlin NJW-RR 2005, 1630 auf die Vollstreckungsfrage ein und fordert sogar eine zwingende gerichtliche Prüfung, bevor außerrechtlich vollstreckt werden darf.

46 Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 8. Aufl. (Köln 2020) Rn 405 ff (210 f).

47 Vgl. zur entsprechenden Anerkennung ausländischer Vollstreckungsakte Geimer, IZPR (Fn 46) Rn 3201 (1218).

48 So etwa OLG München MMR 2019, 469; LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 770; LG Coburg GRUR-RS 2019, 53376.

49 So etwa OLG München NJW 2018, 3115; 2018, 3119 (3120); MMR 2018, 760; LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 545; LG Karlsruhe BeckRS 2018, 20324.

50 Teubner, Recht als autopöietisches System (Frankfurt a. M. 1989) 130 ff.

systeme⁵¹ und die Kollisionsentscheidung wird – vermittelt durch Generalklauseln⁵² – als Grundrechtskonflikt verpackt.⁵³

In einer Parallele zur Methodik des internationalen Privatrechts können wir hierin auch eine Art Ordre-Public-Kontrolle der außerrechtlichen Entscheidung sehen, um deren rechtliche Anerkennung es geht. So wie die Ordre-Public-Kontrolle vom Inlandsbezug abhängt,⁵⁴ können wir bei außerrechtlichen Entscheidungen nach einem Bereichsbezug fragen: Je stärker der Bezug zum rechtlichen Bereich oder auch zu anderen außerrechtlichen Bereichen, desto strenger die rechtliche Kontrolle.⁵⁵

Hinzu kommen Kriterien eines verfahrensrechtlichen Ordre Public, wie er sonst vor allem gegenüber schiedsgerichtlichen Entscheidungen zum Tragen kommt.⁵⁶ So lassen sich prozedurale Mindeststandards für das außerrechtliche Verfahren aufstellen. Ansätze dazu gibt es bereits in Form einer Willkürkontrolle,⁵⁷ eines Bestimmtheitsgebots⁵⁸ und von Anhörungserfordernissen⁵⁹.

51 Für den Bereich der Internetplattformen Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG, für den damit oft kollidierenden Bereich der politischen Öffentlichkeit Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; siehe etwa OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3113 f); OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35 (37 f); siehe auch BGH NJW 2021, 3179 (3185 ff).

52 Für den Bereich von Löschungen und Sperren auf Internetplattformen insb. § 241 Abs. 2 BGB (etwa OLG München MMR 2021, 79; LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 770); daneben auch § 307 BGB (etwa BGH NJW 2021, 3179 (3184)) und § 242 BGB (etwa LG Bonn NJW 2000, 961 (962)).

53 Vgl *Ladeur/Augsberg*, Auslegungsparadoxien: Zu Theorie und Praxis juristischer Interpretation, Rechtstheorie 36 (2005), 143 (168).

54 Siehe *von Hein* in MünchKomm-BGB (Fn 10) Art. 6 EGBGB Rn 199 ff.

55 Vgl mit ähnlicher Stoßrichtung das Kriterium der Staatsähnlichkeit für die Grundrechtsbindung Privater bei *Hornkohl* in diesem Band.

56 Vgl *Geimer*, IZPR (Fn 46) Rn 2945 ff. (1074 ff); *Münch* in MünchKomm-ZPO, 5. Aufl. (München 2017) § 1059 Rn 44.

57 BGH NJW 2021, 3179 (3188); OLG Dresden MMR 2020, 407 (407); LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 770 (771) m.w.N.; LG Karlsruhe BeckRS 2018, 20324 Rn 11.

58 OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3113); OLG München MMR 2018, 760 (761); OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35 (37).

59 Nachdrücklich jetzt BGH NJW 2021, 3179 (3188 ff); ablehnend noch OLG Brandenburg MMR 2017, 258; LG Mosbach BeckRS 2018, 20323 Rn 30; offen gelassen in LG Frankfurt a. M. MMR 2018, 545 (547).

2. Prüfung der systeminternen Ermächtigungsgrundlage

In einem wichtigen Punkt muss die Prüfung der außerrechtlichen Entscheidung allerdings über den Maßstab einer Ordre-Public-Kontrolle hinausgehen. Anders als staatliche Rechtsnormen entwickeln sich die Regeln gesellschaftlicher Teilbereiche nämlich in einem informellen Prozess ständigen Wandels, der gerade auch den Austausch mit anderen Bereichen einschließt. Die vorgefertigten Regeln müssen deshalb ebenfalls auf Konflikte mit anderen Bereichen untersucht werden, sodass der Prüfungsmaßstab eher dem der Urteilsverfassungsbeschwerde⁶⁰ ähnelt als der Ordre-Public-Kontrolle: Die außerrechtliche Regel, auf der eine Maßnahme beruht, dient als Ermächtigungsgrundlage. Sie selbst und ihre konkrete Anwendung sind anhand der kollisionsrechtlichen Muster als einer höherrangigen Ordnung zu prüfen.

Dabei kann die staatliche Kontrolle Anstöße dazu geben, dass sich ein autonomes Regelsystem *selbst* feiner ausdifferenziert.⁶¹ Mit der rechtlichen Anerkennung oder Ablehnung einer außerrechtlichen Maßnahme ist der Konflikt ja nicht beendet, sondern wird vielmehr wieder an die außerrechtlichen Strukturen verwiesen – man könnte auch sagen „zurückverwiesen“ nach der Art eines *Renvoi* im internationalen Privatrecht.⁶²

Innerhalb der autonomen Infrastruktur, die wir in einem gesellschaftlichen Bereich vorfinden, können eigene Lösungen erarbeitet werden, die den Gegebenheiten in dem Bereich besser gerecht werden als detaillierte staatliche Ersatzvorgaben, die bereichsspezifische Phänomene in juristische Kategorien zwängen. In Parallele zur Urteilsverfassungsbeschwerde sollte ein staatliches Gericht die außerrechtliche Ermächtigungsgrundlage nicht selbst anwenden. In zahlreichen Entscheidungen haben Zivilgerichte schon den Facebook-Tatbestand der Hassrede en détail subsumiert.⁶³ Die Subsumtion ist unweigerlich

60 Vgl BVerfGE 7, 198 (207); 11, 343 (349); 18, 85 (92).

61 Vgl dazu *Ladeur/Gostomzyk*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten gegen Meinungsäußerungen in Blogs, NJW 2012, 710 (713 ff.).

62 *Ladeur/Augsberg*, Auslegungsparadoxien (Fn 53) 174, 179.

63 Etwa OLG Dresden NJW 2018, 3111 (3112); NJW-RR 2020, 429 (430); MMR 2020, 407 (408 f); OLG München NJW 2018, 3119 (3121 f); OLG Karlsruhe NJW 2018, 3110 (3111); LG Mannheim, GRUR-RS 2020, 10334 Rn 86 ff; LG Frankfurt a. M. MMR 2021, 271 (273); 2018, 770 (772); LG Bremen MMR 2020, 426 (429); LG Coburg GRUR-RS 2019, 53376 Rn 19 ff.

stark gefärbt von rechtsinternen Maßstäben, an die sozusagen zur Beantwortung von Vorfragen angeknüpft werden muss, vor allem an den Auslegungsmaßstab eines „unbefangenen Durchschnittslesers und des allgemeinen Sprachgebrauchs“, der die Entscheidungen wie ein Mantra durchzieht.⁶⁴ Dem spezifischen Verständnishorizont des Internetpublikums, der Plattformnutzer oder sogar der jeweiligen Post-Leser wird er nicht gerecht und kann ihm mangels Einblicks in die bereichsinternen Abläufe auch nicht gerecht werden.⁶⁵

Statt also einen Sachverhalt unter die außerrechtlichen Regeln zu subsumieren, ließe sich einmal die Auswahl der konkreten Vollstreckungsmaßnahme diskutieren. Zu Beitragslöschungen im Internet etwa übt die rechtliche Aufarbeitung eine fast schon ironische Gegenwirkung dadurch aus, dass sie einen gelöschten Beitrag in Verhandlungen und Entscheidungen wieder öffentlich zugänglich macht und oft stärker verbreitet, als es ohne Löschung der Fall gewesen wäre. Der Beitrag steht dann natürlich in einem anderen Kontext; eine entsprechende Rekontextualisierung könnte aber auch innerhalb des autonomen Regel- systems erfolgen und den Beitrag damit einer offeneren, systeminternen Selbstregulierung aussetzen. Mit seiner Löschung wird er dagegen nur verleugnet und sein Verfasser ausgeschlossen. Man denke etwa an das Phänomen der Shitstorms, die ähnlich wie wechselseitig begangene Beleidigungen nach § 199 StGB bereits als systeminterne Reaktion ausreichen können, ohne dass es weiterer rechtlicher oder außerrechtlicher Intervention bedürfte.

3. Wechselwirkung mit rechtsinterner Vollstreckung

Schließlich steht die außerrechtliche Privatvollstreckung auch in einer Wechselwirkung mit der rechtsinternen Vollstreckung und den zugrundeliegenden rechtlichen Entscheidungen.

In einer Variante kann sich das Recht der außerrechtlichen Privatvollstreckung bedienen, um wiederum die staatlichen Vollstreckungsressourcen zu entlasten. So machen sich strafrechtliche Sanktionen die

64 OLG München NJW 2018, 3115; 2018, 3119 (3121); MMR 2018, 760 (761); 2021, 79 (82); LG Stuttgart, MMR 2020, 423 (424); LG Bremen MMR 2020, 426 (428); LG Coburg GRUR-RS 2019, 53376 Rn 21.

65 Vgl *Ladeur/Gostomzyk*, Persönlichkeitsrechte (Fn 61) 711.

gesellschaftliche Prangerwirkung der öffentlichen Verhandlung und Verurteilung zunutze, wodurch sich eine Geld- oder Freiheitsstrafe entsprechend mindern kann.⁶⁶ Soweit Unternehmen dazu verpflichtet sind, feste Compliance-Strukturen einzurichten,⁶⁷ bedient sich das Recht unternehmensinterner Vollstreckungsmöglichkeiten. Und auch das vielgescholtene NetzDG reiht sich hier in durchaus bewährte Strategien ein, mit denen das Recht auf eine außerrechtliche Infrastruktur privater Vollstreckung zurückgreift.

In einer zweiten Variante bedarf es keiner rechtlichen Vollstreckung mehr, wenn eine außerrechtliche Vollstreckung bereits zu einem ausreichenden Grad eingreift. Zum Beispiel rezipiert das Recht zwar noch die Pflichten aus einem Verlöbnis in §§ 1297 ff. BGB und die Pflicht zur Herstellung des ehelichen Lebens in §§ 1353 ff. BGB, enthält sich aber in § 120 Abs. 3 FamFG der Vollstreckung und überlässt sie den außerrechtlichen Mechanismen. Innerhalb alltäglicher sozialer Beziehungen enthält sich das Recht sogar jeglicher Entscheidung und deklariert sie zu diesem Zweck als „Gefälligkeitsverhältnisse“.⁶⁸ Rechtliche Relevanz erlangen sie erst in Fällen, in denen die außerrechtlichen Sanktionen gerade nicht mehr ausreichen.⁶⁹

C. Placebo-Effekte

Damit komme ich zum Schluss und noch einmal zurück zu Michael Kohlhaas: Kohlhaas hatte im absolutistischen Staat noch damit zu kämpfen, dass jede Art privater Vollstreckung einschließlich der Selbsthilfe kategorisch ausgeschlossen war.⁷⁰ Insofern ist es doch bemerkenswert, dass wegen seiner Ansprüche gegen den Junker zwischendurch für ihn die Aussicht bestand, sich für seine völlig aus dem Ruder gelaufenen Vollstreckungsmaßnahmen zumindest im Wege der Gnade

66 Maier in Münchener Kommentar zum StGB (Fn 27) § 46 Rn 269 f.

67 Näher Fleischer in Spindler/Stilz (Hg), beck-online.GROSSKOMMENTAR AktG, Stand: 01.06.2021 (München 2021) § 91 AktG Rn 57 ff.

68 Vgl Bachmann in MünchKomm-BGB (Fn 10) § 241 BGB Rn 163.

69 Vgl dazu Walch in diesem Band.

70 Vgl Haferkamp in Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hg), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. I (Tübingen 2003) §§ 226–231 Rn 34 m.w.N.

nicht verantworten zu müssen,⁷¹ und dass Kohlhaas damit als Vorreiter einer Öffnung des Rechts für private Spielräume gelten kann.⁷²

Mit seinem Vorgehen hat er also nicht nur seine persönlichen Ansprüche, sondern auch generelle private Durchsetzungsmöglichkeiten privat durchgesetzt. Damit verbleibt allerdings das Risiko unterschiedlicher Prüfungsergebnisse: Eine private und eine staatliche, eine private und eine andere private Beurteilung können sich genauso gegenüberstehen und widersprechen wie die Beurteilung durch verschiedene Staaten oder staatliche Stellen. Erst ein solcher Perspektivenpluralismus und die bewusste Grenzziehung zwischen privaten Machtansprüchen weist den Ausweg aus der paradoxen Situation, in der die Durchsetzung des Rechts selbst gegen das Recht verstößt. An dieser Paradoxie geht letzten Endes auch Kohlhaas zugrunde – oder wie es in der Erzählung heißt: „Das Rechtgefühl [...] machte ihn zum Räuber und Mörder.“⁷³

71 Für den Fall, dass ein Gericht seine Ansprüche bejaht, solle „ihm mit seinem ganzen Haufen, Gnade für Recht bewilligt, und völlige Amnestie, seiner in Sachsen ausgeübten Gewaltthäigkeiten wegen, zugestanden seyn“ (*Kleist*, Michael Kohlhaas (Fn 1) 170).

72 Einen weitergehenden Sinn erhält insofern Kohlhaas’ Äußerung hinsichtlich des Inhalts seiner Kapsel „daß die Kinder selbst, wenn sie groß wären, ihn, um seines Verfahrens loben würden, und daß er, für sie und ihre Enkel nichts Heilsameres thun könne, als den Zettel behalten“ (*Kleist*, Michael Kohlhaas (Fn 1) 277 f.).

73 *Kleist*, Michael Kohlhaas (Fn 1) 64.