

PHILIPP EICHENHOFER

# Rechtsmissbrauch

*Max-Planck-Institut  
für ausländisches und internationales  
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen  
und internationalen Privatrecht*

---

**Mohr Siebeck**

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

431

Herausgegeben vom  
Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann





Philipp Eichenhofer

# Rechtsmissbrauch

Zu Geschichte und Theorie einer Figur  
des Europäischen Privatrechts

Mohr Siebeck

*Philipp Eichenhofer*, Studium der Rechtswissenschaft an der Humboldt-Universität zu Berlin und der Université Paris I Panthéon-Sorbonne; Wissenschaftlicher Assistent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht; Studium zum Magister Juris sowie Max Planck Fellow an der University of Oxford; Referendariat am Hanseatischen Oberlandesgericht Hamburg; 2018 Promotion.

ISBN 978-3-16-156282-2 / eISBN 978-3-16-156283-9

DOI 10.1628/978-3-16-156283-9

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441

(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

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 die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nägele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Diese Studie ist eine geringfügig überarbeitete Fassung meiner Dissertation, die im Oktober 2016 von der Bucerius Law School angenommen wurde. Die mündliche Prüfung fand am 7. Februar 2018 statt.

Zunächst möchte ich mich bei meinem Doktorvater *Reinhard Zimmermann* bedanken. Er hat mir während meiner Zeit am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht ein hohes Maß an Freiheit gewährt und mich in vielfacher Hinsicht gefördert. *Katharina Boele-Woelki* danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Wertvolle Anregungen zu dieser Arbeit habe ich von zahlreichen Gesprächspartnern erhalten. Besonders dankbar bin ich für die Gelegenheit, meine Überlegungen in Edinburgh, Oxford und Nijmegen vorstellen zu können. Dafür danke ich *Alexandra Braun*, *Kenneth Reid*, *Simon Whittaker* und *Stefan Vogenauer*. Bei der Studienstiftung des deutschen Volkes möchte ich mich für die ideelle und finanzielle Förderung bedanken, die mir durch ihr Promotionsstipendium zuteil wurde. Ein besonderer Dank gilt außerdem meinen fortwährenden fachlichen Gesprächspartnern *Thomas Coendet*, *Martin Flohr* und *Eike Hosemann*. Die gemeinsamen Diskussionen mit ihnen über verschiedene Fassungen dieses Texts wie auch allgemein über Fragen der Rechtsvergleichung und Rechtstheorie waren für mich so inspirierend wie lehrreich.

Schließlich bedanke ich mich herzlich bei meinen Eltern für ihre verlässliche und vielfältige Unterstützung.

Hamburg, im Oktober 2019

*Philipp Eichenhofer*



# Inhaltsübersicht

Vorwort.....	V
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis .....	XV

Einleitung.....	1
-----------------	---

## Kapitel 1 – Die französische *théorie de l’abus de droit*

I. Kurze und lange Geschichten.....	9
II. François Laurent: Der Missbrauch von Sachen und Rechten.....	14
III. Das Konzept der <i>droits absolus</i> und die frühe Kritik an der Idee vom <i>abus de droit</i> .....	19
IV. Pioniere wider Willen .....	26
V. Die Konstruktion der <i>théorie de l’abus de droit</i> .....	37
VI. Die Durchsetzung der <i>théorie de l’abus de droit</i> in der französischen Rechtsprechung.....	59
VII. Die <i>théorie de l’abus de droit</i> : Kontroversen um Struktur und Kriterien der Lehre .....	63
VIII. Die weitere Entwicklung der <i>théorie de l’abus</i> – Bedeutungsverlust und vermeintliche Renaissance im Vertragsrecht .....	85

## Kapitel 2 – Die deutsche Rechtsmissbrauchslehre

I. Ausgangslage.....	99
II. Vor dem BGB: Schikaneverbot und <i>exceptio doli generalis</i> .....	100
III. BGB-Entstehung: Skepsis gegenüber der Idee des Rechtsmissbrauchs .....	103
IV. Das Schicksal des § 226 BGB.....	106
V. Der erneute Aufstieg der <i>exceptio doli generalis</i> .....	108
VI. Die <i>exceptio doli</i> in der akademischen Diskussion .....	111



VII. Die Idee des Rechtsmissbrauchs im Privatrechtsdenken der 1930er Jahre .....	113
VIII. Die Arbeiten am Volksgesetzbuch und das Verbot des Rechtsmissbrauchs .....	146
IX. Der Rechtsmissbrauchsbegriff in der Rechtsprechung des Reichsgerichts .....	149
X. Die Entwicklung des Rechtsmissbrauchs in der Bundesrepublik .....	157

### Kapitel 3 – *Abuse of rights* und das englische Recht

I. Vorüberlegung .....	175
II. <i>Bradford v Pickles</i> und die Ablehnung der <i>doctrine of</i> <i>abuse of rights</i> .....	178
III. Die Bedeutung von <i>malice</i> für die <i>torts</i> des <i>common law</i> .....	190
IV. Theorien von <i>malice</i> im Rechtsdenken des <i>common law</i> .....	203
V. Das Konzept der Rechte und das englische Recht .....	225

### Schlussbetrachtung

I. Die Idee des Rechtsmissbrauchs – vergleichende Überlegungen .....	235
II. Rechtsmissbrauch als Problem begrifflicher Konstruktion .....	241
III. Die Erfolgsgeschichte des Rechtsmissbrauchs – eine Kritik .....	248
Literaturverzeichnis .....	253
Rechtsprechungsverzeichnis .....	267
Sachverzeichnis .....	271

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Abkürzungsverzeichnis .....	XV

Einleitung.....	1
-----------------	---

## Kapitel 1 – Die französische *théorie de l’abus de droit*

I. Kurze und lange Geschichten.....	9
II. François Laurent: Der Missbrauch von Sachen und Rechten.....	14
III. Das Konzept der <i>droits absolus</i> und die frühe Kritik an der Idee vom <i>abus de droit</i> .....	19
1. Claude Bufnoir: Die intrinsische Legitimation subjektiver Rechte.....	22
2. Théophile Huc: Rechtsverletzung und Schaden .....	23
3. Charles Muteau: Strikte Trennung rechtlicher und moralischer Betrachtung.....	25
IV. Pioniere wider Willen .....	26
1. Adhémar Esmein: Genauere Analyse der Rechte anstelle des <i>abus de droit</i> .....	27
2. Emmanuel Lévy: Das Patt der Rechte und die <i>confiance légitime</i> <i>trompée</i> .....	29
3. Léopold Duffau-Lagarosse: <i>Abus de droit</i> im Streit um die Kündigung von Arbeitsverträgen .....	32
V. Die Konstruktion der <i>théorie de l’abus de droit</i> .....	37
1. Römisches Recht und <i>Ancien Droit</i> .....	38
2. Rechtsvergleichende Anregungen .....	42
3. Insbesondere: Raymond Saleilles und das deutsche Recht.....	43

4.	Die Kasuistik der französischen Gerichte im 19. Jahrhundert .....	47
	a) Eigentum, Schädigungsabsicht und das Problem der <i>troubles de voisinage</i> .....	47
	b) Prozessrecht .....	52
	c) Streikrecht .....	54
	d) Arbeitsvertragliches Kündigungsrecht .....	55
	e) „Le droit du critique“.....	56
	f) Die disparate Kasuistik eines einheitlichen Rechtsprinzips .....	58
VI.	<i>Die Durchsetzung der théorie de l'abus de droit in der französischen Rechtsprechung</i> .....	59
VII.	<i>Die théorie de l'abus de droit: Kontroversen um Struktur und Kriterien der Lehre</i> .....	63
1.	Der Diskurs um die <i>critique de forme</i> .....	64
	a) <i>Louis Josserand</i> : Subjektives Recht und <i>juricité</i> .....	65
	b) <i>Jacques Ghestin</i> und <i>Gilles Goubeaux</i> : Interne und externe Grenzen subjektiver Rechte .....	66
	c) Exkurs: <i>Frederick Schauer</i> und die Unterscheidung von <i>coverage</i> und <i>protection of a right</i> .....	68
2.	Grenzen der <i>théorie de l'abus</i> : Rechte, Freiheiten und die Frage der <i>droits discrétionnaires</i> .....	71
	a) <i>Droits discrétionnaires</i> .....	71
	b) Die Unterscheidung von <i>droits</i> und <i>libertés</i> .....	73
3.	Kriterien des <i>abus de droit</i> .....	74
	a) Die <i>intention de nuire</i> .....	75
	b) <i>Faute</i> .....	77
	c) Insbesondere: <i>Le détournement du droit de sa fonction sociale</i> – <i>Louis Josserand</i> , <i>Léon Duguít</i> und die Grenzen des subjektiven Rechts.....	79
	d) Der Streit um das Kriterium des <i>abus de droit</i> – ein ungelöster Konflikt des französischen Privatrechts .....	84
VIII.	<i>Die weitere Entwicklung der théorie de l'abus – Bedeutungsverlust und vermeintliche Renaissance im Vertragsrecht</i> .....	85
1.	<i>L'abus dans le contrat</i> – Neubegründung der <i>théorie de l'abus de droit</i> im Vertragsrecht? .....	86
	a) <i>Rupture abusive des pourparlers</i> .....	89
	b) Missbräuchliche Preisbestimmung durch eine Vertragspartei .....	92
	c) <i>Clauses abusives</i> .....	93
	d) <i>Rupture du contrat</i> .....	95
2.	Die <i>théorie de l'abus de droit</i> im Stadium der Auflösung .....	97

## Kapitel 2 – Die deutsche Rechtsmissbrauchslehre

I. Ausgangslage.....	99
II. Vor dem BGB: Schikaneverbot und <i>exceptio doli generalis</i> .....	100
III. BGB-Entstehung: <i>Skepsis</i> gegenüber der Idee des Rechtsmissbrauchs.....	103
1. Schikaneverbot .....	103
2. <i>Exceptio doli generalis</i> .....	105
IV. Das Schicksal des § 226 BGB .....	106
V. Der erneute Aufstieg der <i>exceptio doli generalis</i> .....	108
VI. Die <i>exceptio doli</i> in der akademischen Diskussion .....	111
VII. Die Idee des Rechtsmissbrauchs im Privatrechtsdenken der 1930er Jahre.....	113
1. Franz Gerd Oppenheimer und der Gesetzesmissbrauch .....	114
2. Hermann Rüdiger: Rechtsmissbrauch und Interessenjurisprudenz.....	119
3. Die Rechtsmissbrauchslehre Wolfgang Sieberts .....	125
a) Frühe Arbeiten Sieberts .....	125
b) „Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung“ (1934).....	128
aa) Die Innentheorie: Gierke, die <i>théorie de l’abus de droit</i> und das Wesen des Rechtsmissbrauchs .....	128
bb) § 242 BGB .....	132
cc) § 826 BGB .....	133
dd) Das Verhältnis der Rechtsschranken zueinander .....	134
ee) <i>Critique de fond</i> : Sieberts rechtspolitische Ausrichtung .....	135
c) Wolfgang Siebert, Karl Larenz und die „Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft“ .....	137
aa) Karl Larenz: Konkret-allgemeiner Begriff und Rechtsmissbrauch.....	138
bb) Wolfgang Siebert: Das „Wesen des Rechtsmissbrauchs“ und die konkrete Gestaltung der Rechte .....	141
d) Sieberts Lehre in der Kritik .....	143
VIII. Die Arbeiten am Volksgesetzbuch und das Verbot des Rechtsmissbrauchs.....	146
IX. Der Rechtsmissbrauchsbegriff in der Rechtsprechung des Reichsgerichts.....	149
X. Die Entwicklung des Rechtsmissbrauchs in der Bundesrepublik .....	157
1. Die Anerkennung des Rechtsmissbrauchs in der Rechtsprechung des BGH .....	157
2. Die akademische Diskussion der Nachkriegszeit.....	158

a) <i>Wolfgang Sieberts</i> Kommentierung von § 242 BGB in der 8. Auflage des <i>Soergel</i> .....	159
b) <i>Franz Wieackers</i> „rechtstheoretische Präzisierung“ des § 242 BGB .....	161
c) <i>Luwig Raiser</i> : Rechtsmissbrauch, subjektives Recht und Institutionenschutz.....	166
3. Die Isolierung des Rechtsmissbrauchskonzepts.....	170

### Kapitel 3 – *Abuse of rights* und das englische Recht

I. <i>Vorüberlegung</i> .....	175
II. <i>Bradford v Pickles</i> und die Ablehnung der <i>doctrine of abuse of rights</i> .....	178
1. Court of Chancery.....	178
2. Court of Appeal .....	182
3. House of Lords .....	184
4. Gründe für die Ablehnung der <i>doctrine of abuse of rights</i> .....	186
5. <i>Abuse of rights</i> nach <i>Bradford v Pickles</i> .....	189
III. Die Bedeutung von <i>malice</i> für die <i>torts des common law</i> .....	190
1. <i>Bradford v Pickles</i> und der <i>tort of nuisance</i> .....	191
2. <i>Malice</i> und der <i>tort of conspiracy</i> .....	195
3. <i>Malice</i> und der <i>tort of malicious prosecution</i> .....	198
4. <i>Malice</i> und der <i>tort of defamation</i> .....	200
5. Die Kasuistik von <i>malice</i> und die Idee des <i>abuse of rights</i> .....	202
IV. Theorien von <i>malice</i> im Rechtsdenken des <i>common law</i> .....	203
1. <i>W. E. Ormsby</i> : Plädoyer gegen <i>malice</i> .....	204
2. <i>Oliver Wendell Holmes</i> und die <i>prima facie tort doctrine</i> .....	206
3. <i>Sir Frederick Pollock</i> und die <i>duty not to act maliciously</i> .....	210
4. <i>James Barr Ames</i> und <i>Frederick Parker Walton</i> : Rechtsvergleichende Perspektiven .....	215
5. <i>Henry T. Terry</i> : <i>Malice</i> und die Struktur von Rechten und Pflichten .....	220
6. <i>Malice</i> und die Idee des Rechtsmissbrauchs.....	223
V. Das Konzept der Rechte und das englische Recht .....	225
1. <i>Rights</i> und <i>remedies</i> .....	226
2. Rechte und Pflichten .....	227

3. *Rights theories* und die *doctrine of abuse of rights* im gegenwärtigen Diskurs des *common law* .....229

## Schlussbetrachtung

- I. *Die Idee des Rechtsmissbrauchs – vergleichende Überlegungen* .....235
- II. *Rechtsmissbrauch als Problem begrifflicher Konstruktion* .....242
1. Reduktionistische Erklärungen des Rechtsmissbrauchs .....242
2. Rechtsmissbrauch als Konflikt normativer Ordnungen .....244
3. Rechtsinterne Konstruktionen des Rechtsmissbrauchs .....246
4. Der Rechtsmissbrauch und die Struktur moderner  
Privatrechtsordnungen .....248
- III. *Die Erfolgsgeschichte des Rechtsmissbrauchs – eine Kritik* .....248
- Literaturverzeichnis .....253
- Rechtsprechungsverzeichnis .....267
- Sachverzeichnis .....271



## Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
A.C.	Law Reports, Appeal Cases, House of Lords and Privy Council (seit 1890)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AK	Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten (verwendete Ausgabe: 2. Aufl., Berlin 1794)
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles
C.A.	Cour d'appel
Ch.	Law Reports, Chancery Division (seit 1890)
Civ.	Cour de cassation, Chambre civile
Co.	Company
Com.	Cour de cassation, Chambre commerciale
Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
D.	Recueil Dalloz et Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation
ders.	derselbe
dies.	dieselbe
Dig.	Digesten
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
D.P.	Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine (1825–1940)
DR	Deutsches Recht
E. R.	English Reports
etc.	et cetera
Ex.	Court of Exchequer
f., ff.	folgende



Fn.	Fußnote
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
H.L.C.	House of Lords Cases (E.R. 9 ff.)
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
JCP	Juris-classeur périodique, La semaine juridique
J.O.	Journal officiel de la République Française
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
K.B.	Court of King's Bench; Law Reports, King's Bench Division (1901–1952)
L.C.	Lord Chancellor
L.J.	Lord Justice
Ltd	limited
Mod.	Modern Reports (E.R. 86 ff.)
MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
M. & W.	Meeson and Welsby's Reports, Exchequer (E.R. 150 ff.)
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
n°	number, numéro
Nr.	Nummer
o.	oben
Q.B.	Court of Queen's Bench Law Reports, Queen's Bench Division
Q.C.	Queen's Counsel
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Req.	Cour de cassation, Chambre des requêtes
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
ROHG	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rs.	Rechtssache
S.	Recueil Sirey; Seite
s.	section
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union

Trib. civ.	Tribunal civil
u. a.	und andere
usw.	und so weiter
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v	versus
vgl.	vergleiche
vol.	volume
W.L.R.	Weekly Law Reports
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht
ZPO	Zivilprozessordnung



## Einleitung

„Le concept [...] de l’abus des droits [...] constitue une des pièces maîtresses des systèmes juridiques de tous les pays civilisés“<sup>1</sup>, erklärte der französische Rechtslehrer *Louis Josserand* schon im Jahr 1927. Das musste zum damaligen Zeitpunkt als kühne Behauptung gelten; diesseits des Rheins etwa vergingen noch mehrere Jahre, bevor der Diskurs um die Rechtsmissbrauchslehre Fahrt aufnahm. Und in England hatte das House of Lords die Idee des *abuse of rights* sogar ausdrücklich zurückgewiesen. Die Entwicklung der folgenden Jahrzehnte scheint *Josserand* aber eindeutig rechtzugeben: Die Lehre vom Rechtsmissbrauch, die in Frankreich und Deutschland ihre gründlichste Ausgestaltung erfuhr, hat sich im Laufe des 20. Jahrhunderts derart über den Kontinent ausgebreitet, dass sie manchem zeitgenössischen Beobachter bereits als gemeineuropäischer Grundsatz, als Kernelement eines modernen Privatrechts schlechthin erscheint.<sup>2</sup>

Bei näherer Betrachtung zeigt sich indes, dass die rechtsvergleichende Analyse des Rechtsmissbrauchs von völlig konträren Sichtweisen geprägt ist. Weit verbreitet ist einerseits die gerade skizzierte Erfolgsgeschichte des Rechtsmissbrauchs: Das Konzept hat sich hiernach – bei allen Unterschieden im Detail – zumindest in der Grundstruktur auf dem gesamten Kontinent durchgesetzt. Selbst in England, wo die Rede vom *abuse of rights* seit jeher auf Skepsis stößt, nehmen Vertreter dieser Ansicht eine „implizite Präsenz“ des Rechtsmissbrauchsverbots wahr,<sup>3</sup> wobei sie auf Rechtsinstitute des *com-*

---

<sup>1</sup> *L. Josserand*, *De l’esprit des droits et de leur relativité*, 1. Aufl., 1927, S. 1.

<sup>2</sup> Besonders prägnant *F. Ranieri*, Verbot des Rechtsmissbrauchs und Europäisches Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 2001, 165, 173: „Der Grundsatz, dass ein Rechtsmissbrauch und eine treu- und zweckwidrige Rechtsausübung verboten sind, ist allen heutigen europäischen Privatrechtsordnungen immanent. Dass in einigen diese Regel ausdrücklich kodifiziert wurde, etwa im neuesten niederländischen Zivilgesetzbuch, in anderen nicht, ändert am rechtsvergleichenden Befund nichts.“ Ähnlich *A. Lenaerts*, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, (2010) 6 *European Review of Private Law*, 1121, 1125.

<sup>3</sup> So ausdrücklich *Lenaerts*, (2010) 6 *European Review of Private Law*, 1121, 1125, Fn. 12 mit Bezug auf England und die skandinavischen Rechtsordnungen: „It might be inferred from this that the concept of abuse of rights is implicitly present in these legal systems, or that the ‘underlying idea(s)’ are quite similar as in the legal systems of other Member States“; ähnlich etwa *D. J. Devine*, *Some Comparative Aspects of the Doctrine of*

*mon law* wie die Lehre vom *estoppel* oder auf generalklauselartige Kriterien wie den *reasonableness*-Test des *tort of negligence* hinweisen. Diese Sichtweise, die durch den Diskurs um die Europäisierung des Privatrechts noch einmal Auftrieb erhalten hat,<sup>4</sup> führt zum Eindruck einer konvergierenden Bewegung, in der Europa einer gemeinsamen Idee des Rechtsmissbrauchs entgegensteuert.

Mindestens genauso verbreitet wie diese Sicht ist allerdings die These, dass der Rechtsmissbrauch die europäischen Rechtsordnungen geradezu spaltet: Je gründlicher die Idee in den einzelnen Ländern entfaltet werde, desto stärker träten fundamentale Unterschiede zutage. So führt etwa in Frankreich der Missbrauch eines Rechts zu deliktischer Haftung, während das deutsche Recht einer solchen Handlung die rechtliche Wirkung versagt. In Frankreich stehen traditionell Absicht und Interesse des Rechtsinhabers im Vordergrund, in Deutschland die Gesamtwürdigung objektiver Umstände. Eine Schweizer Studie für den Europarat hat diesen Befund gar auf ganz Europa ausgedehnt: „There are almost as many conceptions of abuse of rights as there are member states of the Council of Europe.“<sup>5</sup> Dieser Ansicht hat sich auch Generalanwalt *Tesauro* in der Rechtssache *Kefalas* angeschlossen; das Verbot des Rechtsmissbrauchs sei in den Mitgliedsstaaten der EU so unterschiedlich konzipiert und ausgestaltet, dass von einem gemeineuropäischen Grundsatz keine Rede sein könne.<sup>6</sup>

Diese gegensätzlichen Eindrücke führen zur Leitfrage dieser Arbeit: Wie ähnlich oder wie verschieden sind die europäischen Privatrechtsordnungen im Hinblick auf die Figur des Rechtsmissbrauchs? Anhand des französischen, deutschen und englischen Rechts soll diese Frage untersucht werden. Denn diese drei Rechtsordnungen haben besonders prononcierte Positionen zur

---

Abuse of Rights, [1964] *Acta Juridica*, 148, 164 ff.; *A. di Robilant*, Abuse of Rights: The Continental Drug and the Common Law, (2010) 61 *Hastings Law Journal*, 687, 711.

<sup>4</sup> Auch in den europäischen Regelwerken hat die Idee des Rechtsmissbrauchs ihren Niederschlag gefunden. Vgl etwa III. – 1:103 (1) des Draft Common Frame of Reference (DCFR): „A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing [...] in exercising a right to performance [...] or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship“, s. von Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hrsg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, 2009, S. 230. Und in den den Comments zu Article 1:201 der *Principles of European Contract Law (PECL)* heißt es: „Good faith and fair dealing are required [...] in the exercise of a party’s rights under the contract“, vgl O. Lando/H. Beale (Hrsg.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, 2000, S. 113.

<sup>5</sup> *J. Voyame/B. Cottier/B. Rocha*, Abuse of Rights in Comparative Law, in: Council of Europe (Hrsg.), *Abuse of Rights and Equivalent Concepts: The Principle and its Present Day Application*, 1990, S. 23. Skeptisch auch *S. Vogenauer*, The Prohibition of Abuse of Law: An Emerging General Principle of EU Law, in: R. de la Feria/S. Vogenauer (Hrsg.), *Prohibition of Abuse of Law*, 2011, S. 521, 554.

<sup>6</sup> Generalanwalt *Tesauro*, Rs. C 367/96, Slg. 1998, I-2845, Tz. 22 f.

Figur des Rechtsmissbrauchs entwickelt, und sie haben deren Geschichte auf unterschiedliche Weise entscheidend geprägt: Im französischen Recht hat sich die Rechtsmissbrauchslehre zuerst etabliert, und in der rechtsvergleichenden Diskussion kommt ihr bis heute eine paradigmatische Stellung zu – nicht selten wird die französische Lehre gar mit der Idee des Rechtsmissbrauchs gleichgesetzt.<sup>7</sup> Das deutsche Recht ist von besonderem Interesse, weil es den wohl einflussreichsten Gegenentwurf zur französischen *théorie de l'abus de droit* hervorgebracht hat. Im englischen Recht schließlich ist, wie erwähnt, die Idee eines *abuse of rights* ausdrücklich verworfen worden; es steht daher der Behauptung europäischer Harmonie besonders deutlich im Weg. Für die Frage nach Ähnlichkeiten und Unterschieden bietet das englische Recht folglich eine besondere Herausforderung. Zugleich lässt sich anhand des englischen Rechts untersuchen, welche Bedeutung der traditionellen Gegenüberstellung von *common law* und *civil law* für die Frage des Rechtsmissbrauchs zukommt.

Die Rechtsvergleichung sieht sich häufig mit systembegrifflichen Unterschieden konfrontiert, und sie hat ihre Methoden gerade auch zu dem Zweck entwickelt, mit begrifflichen Differenzen zwischen Rechtsordnungen umzugehen. Dies gilt in besonderem Maße für die verschiedenen Varianten der funktionalen Methode.<sup>8</sup> Ausgangspunkt funktionalistischer Fragestellungen<sup>9</sup> ist typischerweise der Rechtsfall als soziales Problem, der sich unabhängig von der begrifflichen Einordnung durch verschiedene Rechtsordnungen defi-

---

<sup>7</sup> Vgl. etwa L. Katz, *Spite and Extortion: A Jurisdictional Principle of Abuse of Property Right*, (2013) 122 Yale Law Journal, 1444, 1451.

<sup>8</sup> So erklärte bereits *Max Rheinstein* in einem Aufsatz von 1935: „These few examples may indicate the essential point; the *function* of a legal institution not its conceptual shape; the *purposes* it serves not its formal place in the legal system. How are the problems set by life, how are the actual conflicts of social interests solved by the legal order? Such a comparison very often shows that different legal systems may use different technical means for the same purpose.“ *M. Rheinstein*, *Comparative Law and Conflict of Laws in Germany*, (1935) 2 *University of Chicago Law Review*, 232, 248. Hervorhebungen im Original. Die wohl bekannteste Formulierung der funktionalen Methode der Rechtsvergleichung findet sich bei *K. Zweigert/H. Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. Aufl., 1996, S. 33 ff.

<sup>9</sup> *Ralf Michaels* hat eindrucksvoll dargelegt, wie unterschiedlich der Begriff des Funktionalismus in der Rechtsvergleichung verwendet wird, und zwar in der Regel, ohne dass dies offen reflektiert würde, vgl. *R. Michaels*, *The Functional Method of Comparative Law*, in: M. Reimann/R. Zimmermann (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006, S. 339, 340 ff. *Michaels* konstatiert, dass sich eine allgemein konsentrierte Theorie (oder überhaupt eine Theorie) des Funktionalismus in der rechtsvergleichenden Literatur nicht ausmachen lässt. Für den hiesigen Zusammenhang kommt es indes nicht auf eine präzise Definition der funktionalen Methode an, sondern auf eine generelle Abgrenzung der in dieser Arbeit eingenommenen Perspektive von Ansätzen, welche die Lehre vom Rechtsmissbrauch als eine Gesamtheit rechtlicher Fälle auffassen.

nieren lässt. Mit einem solchen vorrechtlich definierten tertium comparationis ausgestattet, lässt sich sodann analysieren, welche begrifflichen Konstruktionen die verschiedenen Rechtsordnungen einsetzen, um das soziale Problem zu lösen.

Diese Art der Betrachtung hat auch wichtige Arbeiten zum Problem des Rechtsmissbrauchs inspiriert.<sup>10</sup> So haben *Pierre Catala* und *Tony Weir* in einer klassischen Studie<sup>11</sup> die wichtigsten Fälle der französischen *théorie de l'abus de droit* versammelt und ihrer Lösung nach englischem Recht gegenübergestellt. *Catala* und *Weir* hielten einige wichtige Unterschiede fest, doch ähnelten sich die Ergebnisse in stärkerem Maße, als es der begriffliche Ausgangspunkt hätte vermuten lassen.<sup>12</sup> *Weir* zeigte in seiner Darstellung des englischen Rechts, dass das *common law* eine Reihe funktional äquivalenter Rechtsinstitute bereithielt, mit deren Hilfe das *common law* viele Probleme der *théorie de l'abus* bewältigte, ohne dass es der Herausbildung einer übergreifenden Rechtsmissbrauchslehre bedurft hätte.

Studien dieser Art sind von großem Wert, weil sie Rechtsvergleicher davor bewahren, sich vorschnell von begrifflich-konstruktiven Unterschieden blenden zu lassen. Hierin zeigt sich zugleich das kritische Potential funktionaler Rechtsvergleichung: Sie ermöglicht es, behauptete Wesensverschiedenheiten zwischen Rechtsordnungen in Frage zu stellen und als Stereotyp zu entlarven.<sup>13</sup>

Trotz der unbestrittenen Verdienste, die sich funktionalistische Analysen um die Frage des Rechtsmissbrauchs erworben haben, schlägt diese Untersuchung eine andere methodische Route ein. Diese Entscheidung soll sogleich näher erläutert werden. Sie beruht nicht in erster Linie auf den Problemen, die bei der Anwendung der funktionalen Methode auf die Frage des Rechtsmissbrauchs entstehen – allerdings ergeben sich solche Probleme zweifellos: So ist es bereits alles andere als trivial zu klären, wie die Leitfrage einer funktionalistischen Studie des Rechtsmissbrauchs genau gestellt werden sollte. So

---

<sup>10</sup> Jüngst hat *Geoffrey Samuel* die Frage des Rechtsmissbrauchs sogar als Paradebeispiel für den Erklärungswert der funktionalen Methode präsentiert, vgl. *G. Samuel, An Introduction to Comparative Law Theory and Method*, 2014, S. 69 ff.

<sup>11</sup> *P. Catala/T. Weir, Delict and Torts: A Study in Parallel, Part II: The Abuse of Rights*, (1964) 38 *Tulane Law Review*, 221 ff.

<sup>12</sup> *Catala/Weir*, (1964) 38 *Tulane Law Review*, 221, 237: „At first sight, then, at the level of labels, the systems are completely opposed; but when we look at the results, they are, with important exceptions, not so divergent. The difference lies mainly in the method“.

<sup>13</sup> Dies hat die Studie von *S. Whittaker/R. Zimmermann, Good Faith in European Contract Law: Surveying the Legal Landscape*, in: *S. Whittaker/R. Zimmermann (Hrsg.), Good Faith in European Contract Law*, 2000, S. 7 ff. gezeigt: Die Autoren untersuchten 30 Fälle zum Themenkreis von Treu und Glauben und Rechtsmissbrauch und kamen zum Ergebnis, dass erstens die verglichenen Fälle in den untersuchten europäischen Rechtsordnungen tendenziell ähnlich gelöst wurden, und dass zweitens viele tatsächlich bestehende Unterschiede nicht entlang der Unterscheidung von *civil law* und *common law* verliefen, vgl. *ibidem*, S. 655 und 668.

könnte die maßgebliche Frage etwa lauten: Anhand welcher Regeln reagieren das englische, französische und deutsche Recht auf Handlungen mit böswilligem Motiv?<sup>14</sup> Andere Studien, die sich als funktionalistisch verstehen, befragen die untersuchten Rechtsordnungen nach Regeln, die in ähnlicher Weise wie das Rechtsmissbrauchsverbot richterliche Billigkeitsentscheidungen ermöglichen.<sup>15</sup> Theoretisch wäre es ferner möglich, die gesamte Judikatur einer Rechtsordnung zum Rechtsmissbrauch der Behandlung der gleichen Fälle in den anderen untersuchten Rechtsordnungen gegenüberzustellen. „Wie löst das französische Recht die Fälle des § 242 BGB?“ lautete etwa die Frage, die eine deutsche Dissertation von 1963 im Titel führte.<sup>16</sup> Indes haben die französische wie auch die deutsche Kasuistik des Rechtsmissbrauchs inzwischen solche Ausmaße angenommen, dass ein umfassender Vergleich des Fallrechts praktisch unmöglich erscheint.<sup>17</sup> Auch dürfte es schwerfallen, eine Auswahl von Fällen zu treffen, aus der man belastbare Schlüsse für die Gesamtheit der Kasuistik ableiten könnte.

Doch von solchen Mehrdeutigkeiten abgesehen – selbst wenn ein umfassender Vergleich der Fälle oder Regelungsprobleme möglich wäre, ließe sich dadurch nicht die gesamte Bedeutung des Rechtsmissbrauchs erschließen. Wie im Laufe dieser Arbeit gezeigt werden soll, geht die Entstehung der Rechtsmissbrauchslehre in Frankreich wie in Deutschland auf bestimmte akademische Diskurse zurück, die sich fast unabhängig von Fragen der praktischen Anwendung auf bestimmte soziale Probleme entwickelten. Die Figur des Rechtsmissbrauchs erschien in bestimmten historischen Konstellationen als attraktiv, weil sie es Privatrechtstheoretikern unterschiedlicher Provenienz erlaubte, ihre ideologischen und rechtsphilosophischen Überzeugungen im Medium des geltenden Rechts auszudrücken. In diesen Diskursen bildeten sich zugleich die Strukturen heraus, welche die Rechtsmissbrauchslehre in Deutschland wie in Frankreich bis heute prägen. Auch die englische Sicht auf

---

<sup>14</sup> So konzipiert etwa *B. W. Napier*, Abuse of Rights in British Law, in: M. Rotondi (Hrsg.), *L'Abus de Droit*, 1979, S. 265, 271 ff. die Fragestellung. Ähnlich *Samuel*, *Comparative Law*, S. 70, der feststellt: „[A]t an individual case level there are many situations in which the courts actually do, either directly or indirectly, sanction abusive behaviour.“

<sup>15</sup> So etwa *A. di Robilant*, Abuse of Rights: The Continental Drug and The Common Law, Boston University School of Law, Public Law Research Paper N° 14-28, S. 28 ff., die ihren methodischen Ansatz als „textured functionalism“ beschreibt, vgl. *ibidem*, S. 3.

<sup>16</sup> *H.-E. Oberacher*, Wie löst das französische Recht die Fälle des § 242 BGB?, 1963.

<sup>17</sup> Das musste auch *Hans-Erwin Oberacher* zugestehen, dessen soeben zitierte Dissertation in ihrem Titel die Lösung der „Fälle“ des § 242 BGB versprach, jedoch auf die Analyse konkreter rechtlicher Probleme mit wenigen Ausnahmen (vgl. etwa *Oberacher*, Die Fälle des § 242 BGB, S. 127 ff. zu einigen Konstellationen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage) verzichtete und sich stattdessen darauf beschränkte, „diejenigen Normen und Grundsätze aufzusuchen, die für das französische Recht bei der Lösung der drei Funktionskreise des § 242 BGB zur maßgebenden positivrechtlichen Grundlage wurden“, *Oberacher*, Die Fälle des § 242 BGB, S. 96.



das Problem des Rechtsmissbrauchs lässt sich nur erklären, wenn man die gerichtlichen und akademischen Diskurse um die *doctrine of abuse of rights* genau analysiert.

Dieser Gedanke führt auf die Ausgangsfrage zurück: Wie sehr sich deutsche, englische und französische Sichtweisen auf die Figur des Rechtsmissbrauchs ähneln oder unterscheiden, lässt sich weder allein anhand der jeweiligen Regelstruktur bestimmen, noch durch einen Vergleich der Kasuistik, die mit diesem Begriff belegt worden ist. Die vergleichende Untersuchung muss sich vielmehr darauf einlassen, welche Bedeutungen, Absichten, Vorverständnisse in das Konzept des Rechtsmissbrauchs eingegangen sind, das sich die untersuchten Rechtsordnungen zu eigen gemacht haben.<sup>18</sup>

Indem diese Untersuchung die deutsche, französische und englische Entwicklung historisch-vergleichend analysiert, verfolgt sie ein dreifaches Erkenntnisinteresse. Erstens möchte sie ein tieferes Verständnis davon erlangen, was die analysierten Rechtsordnungen mit dem Begriff des Rechtsmissbrauchs verbinden. Daher analysiert sie die gerichtlichen und akademischen Diskurse, die in Frankreich, Deutschland und England um die Annahme oder Ablehnung der Rechtsmissbrauchslehre geführt worden sind. Die Frage nach Ähnlichkeiten und Unterschieden im deutschen, französischen und englischen Verständnis des Rechtsmissbrauchs soll also auf ideengeschichtlich informierter Grundlage beantwortet werden.

Zweitens verfolgt die Untersuchung ein privatrechtstheoretisches Interesse. Die Idee des Rechtsmissbrauchs berührt Grundfragen des Privatrechts: Sie verweist auf Begriff und Grenzen des subjektiven Rechts; zudem klingt in der Wendung vom Missbrauch das Verhältnis von Recht und Moral an. Die Analyse der historischen Diskurse um den Rechtsmissbrauch geht daher der Frage nach, ob und wie sich diese Figur mit der Struktur einer modernen Privatrechtsordnung vereinbaren lässt, und welche Anpassungen anderer Grundbegriffe des Privatrechts notwendig sind, um dies in kohärenter Weise zu ermöglichen. Diese Frage stellt sich umso dringender, als die Figur des Rechtsmissbrauchs in Frankreich von Beginn an unter Paradoxieverdacht stand.

Drittens unterzieht diese Studie die Erfolgsgeschichte des Rechtsmissbrauchs einer historisch angeleiteten Kritik: Sie analysiert, wie sich die Lehre vom Rechtsmissbrauch in Frankreich und Deutschland durchgesetzt hat und fragt danach, was sich die beiden Rechtsordnungen von dieser Idee versprochen haben. Sodann verfolgt die Studie die historische Entwicklung der Rechtsmissbrauchslehre. So gelangt sie zu der Frage, ob die Lehre in ihrer

---

<sup>18</sup> Dieses Argument ist indes methodisch, nicht methodologisch zu verstehen, d.h. es richtet sich nicht gegen funktionalistische Rechtsvergleichung schlechthin, sondern verdankt sich den Besonderheiten des zu untersuchenden Problems – des Rechtsmissbrauchs als einer Idee, die sich in Frankreich wie in Deutschland eine gewisse Eigenständigkeit gegenüber der gerichtlichen Kasuistik bewahrt hat, von dieser nie völlig eingeholt worden ist.

gegenwärtigen Form gehalten hat, was sie deutschen und französischen Juristen einst zu versprechen schien.

In dieser dreifachen Fragestellung liegt zugleich eine Begrenzung dessen, was diese Arbeit zu leisten vermag. Weil sie darauf verzichtet, die deutsche und französische Kasuistik des Rechtsmissbrauchs funktionalistisch zu vergleichen, fehlt ihr die Grundlage, um „beste Lösungen“ für diese unzähligen Rechtsprobleme in Aussicht zu stellen.<sup>19</sup> Auch geht es dieser Arbeit nicht darum, eine Modellregelung des Rechtsmissbrauchs zu entwerfen. Wie eine solche Modellregelung auszusehen hätte, hängt von vielen Faktoren ab, etwa rechtspolitischen Präferenzen, den anderen Rechtsinstituten der jeweiligen Rechtsordnung, nicht zuletzt auch von der Kasuistik, welche die Regel bewältigen soll. Aus der hier vorgelegten historisch-vergleichenden Analyse lässt sich eine solche Idealregelung nicht einfach ableiten. Gleichwohl erhofft sich diese Arbeit Einsichten, die auch in einem Diskurs über Modellregeln von Interesse sein könnten. Indem sie nach den Erfahrungen fragt, welche die drei untersuchten Rechtsordnungen mit dem Rechtsmissbrauch gemacht haben, versucht diese Studie, ein Gespür für die jeweiligen nationalen Befindlichkeiten zu entwickeln. So zeigt sich womöglich auch klarer, welche Hindernisse einer europäischen Modellregel im Weg stehen.

---

<sup>19</sup> Zurecht weist *Michaels*, *The Functional Method*, S. 339, 373 ff. darauf hin, dass dieser normative Anspruch funktionalistischer Rechtsvergleichung ohnehin problematisch ist und sich eine beste Lösung nie allein aus dem Vergleich ergibt. Derartige Lösungen hängen vielmehr von normativen Prämissen ab, die Funktionalisten allzu selten offenlegen.



## Kapitel 1

# Die französische *théorie de l'abus de droit*

### I. Kurze und lange Geschichten

Der erste Jahrgang der *Revue trimestrielle de droit civil* von 1902 enthielt eine Rezension, die sich den Werken zweier mutiger Männer widmete. In ihren Dissertationen hatten sie sich so weit in unbekanntes Terrain vorgewagt, dass der Rezensent *Joseph Charmont*, Professor in Montpellier, nicht umhin kam, seinem Beitrag eine Danksagung vorzuschicken: „Aussi j’acquitte une dette“, schrieb er, „en remerciant M. Jean Bosc et M. Ernest Porcherot, qui n’ont pas craint de s’aventurer sur ce domaine si mouvant, si peu sûr, de l’abus du droit, où je me hasarde à les suivre.“<sup>20</sup> Die Herren *Bosc* und *Porcherot* hatten die allerersten Monographien vorgelegt, die sich systematisch mit der Idee eines *abus de droit* befassten.<sup>21</sup> Sie hatten damit eine Lehre, eine *théorie*, zu fixieren versucht, die gerade im Begriff war, immer neue Probleme und Rechtsgebiete zu ergreifen – obwohl unklar war, wie es zur neuen Ubiquität dieses eigenartigen Konzepts hatte kommen können. Das stellte auch *Charmont* verduzt fest:

„Ce qui frappe inévitablement quand on étudie cette question de l’abus du droit, c’est la place toujours plus grande qu’elle tend à prendre dans les préoccupations des juristes, – et c’est aussi que cette place, elle l’a prise depuis peu de temps. Il y a dix ou quinze ans, on en parlait à peine.“<sup>22</sup>

So wohlwollend aber der Ton war, den *Charmont* anschlug, um die jungen Doktoren zu loben – als Pioniere durften sie sich nur kurz fühlen. Denn trotz der modischen Neuartigkeit der Vokabel war der Rezensent überzeugt, einem praktisch universalen Phänomen gegenüberzustehen: „Il ne faut pas cependant s’y tromper“, erklärte er,

„la doctrine de l’abus du droit n’est pas nouvelle; elle a des origines lointaines. On la retrouve partout et dans toutes les législations. [...] Elle explique et détermine le développement d’un grand nombre d’institutions. Quand on a protégé l’esclave contre le maître, l’enfant contre le père, n’a-t-on pas réprimé les abus du droit? La repression de la fraude,

---

<sup>20</sup> *J. Charmont*, L’abus du droit, *Revue trimestrielle de droit civil* 1902, 113.

<sup>21</sup> *J. Bosc*, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, 1901, S. 75 ff.; *E. Porcherot*, *De l’abus de droit*, 1902.

<sup>22</sup> *Charmont*, *Revue trimestrielle de droit civil* 1902, 113, 118.

l'introduction de l'action paulienne ne sont-elles pas aussi un contrôle imposé à l'exercice de certains droits?<sup>23</sup>

Erschien die Wendung vom *abus de droit* soeben noch als Ausdruck des Zeitgeists, veredelte sie *Charmont* nun zur überzeitlichen Grundkategorie – zum elementaren Deutungsmuster rechtlicher Beziehungen überhaupt.

Diese Ambivalenz prägt die ganze Geschichte des *abus de droit*, weil sie das Schreiben darüber bestimmt hat: Bereits *Porcherots* Dissertation begann mit detaillierten Ausführungen zum römischen Recht und dessen Rezeption im *Ancien Droit*<sup>24</sup>, was bald zum Standard wurde. Noch weiter ging *Louis Josserand*, der die französische Diskussion maßgeblich bestimmen sollte, in seiner Dissertation von 1905: Er bescheinigte dem klassischen römischen Recht die Anwendung eines Begriffs, der zu jener Zeit erklärtermaßen noch gar nicht geläufig war, denn „si les Romains ne sont pas parvenus à édifier une théorie générale de l'abus des droits, ils ont accepté du moins certaines solutions qui en constituent autant de manifestations concrètes et indéniables“.<sup>25</sup> Diese Phänomene des Rechtsmissbrauchs *avant la lettre* hat der Belgier *Lucien Campion* elegant auf den Begriff gebracht, indem er sie einer „phase inconsciente et fragmentaire“ zuordnete.<sup>26</sup>

Wer also verstehen will, wie die Wendung vom *abus de droit* um 1900 zur zentralen Kategorie des französischen Privatrechts aufsteigen konnte und wie sich dieser Aufstieg vollzog, muss dem Problem Rechnung tragen, dass die *théorie de l'abus* sich fortlaufend selbst kommentiert, sich immer wieder neue Identitäten und Stammbäume zurechtgelegt hat. Jede historisch geleitete Analyse sieht sich daher vor die Wahl gestellt, entweder diese Selbstbeschreibungen chronologisch nachzuvollziehen oder bei der Etablierung des Begriffs *abus de droit* anzusetzen – sie muss sich, anders gesagt, zwischen einer kurzen und einer langen Geschichte des *abus de droit* entscheiden.

Im französischen Privatrecht hat man, von Ausnahmen abgesehen<sup>27</sup>, die langen Geschichten bevorzugt. Während frühe Arbeiten die Figur auf das *Ancien Droit* und sodann oft auf das klassische römische Recht zurückführten, hat sich später eine Erzählung durchgesetzt, die Mitte des 19. Jahrhun-

<sup>23</sup> *Charmont*, *Revue trimestrielle de droit civil* 1902, 113, 119.

<sup>24</sup> *Porcherot*, *De l'abus de droit*, S. 5 ff.; bezeichnenderweise steht der Abschnitt unter der ontologisierenden Überschrift „Il y a une théorie de l'abus de droit“.

<sup>25</sup> *L. Josserand*, *De l'abus des droits*, 1905, S. 12. Zur eigentlichen Blüte, so *Josserand* weiter, sei die Idee vom Rechtsmissbrauch im germanischen Rechtskreis gelangt, und er zitierte ausführlich Bestimmungen des preußischen Rechts wie auch die §§ 226, 138 und 826 des BGB, vgl. S. 12 ff.

<sup>26</sup> *L. Campion*, *La théorie de l'abus des droits*, 1925, n° 367.

<sup>27</sup> Zu nennen sind etwa *P. Ancel/C. Didry*, *L'abus de droit: une notion sans histoire? L'apparition de la notion d'abus de droit en droit français au début du XXe siècle*, in: *P. Ancel/G. Aubert/C. Chappuis* (Hrsg.), *L'abus de droit. Comparaisons franco-suisse*, 2001, S. 51 ff. Schwankend *J. Lemée*, *Essai sur la théorie de l'abus de droit*, 1977, S. 14.

derts einsetzt. Diese Erzählung handelt von der allmählichen, organischen Entwicklung der Idee des *abus* in der Rechtsprechung des 19. Jahrhunderts. Sie berichtet davon, wie der Gedanke langsam heranreift und sich anhand verschiedenster Fragen – darunter Eigentum, Immissionschutz, Prozessrecht – zum allgemeinen Grundsatz erweitert.

Diese Erzählung hat auch manches für sich, lassen sich doch schon Mitte des 19. Jahrhunderts Urteile finden, die dem späteren Konzept des *abus de droit* sehr nahekommen. So etwa ein Urteil von 1855, dem in dieser Darstellung oft geradezu paradigmatische Bedeutung zugesprochen worden ist. Es betraf eine nachbarrechtliche Provinzposse, die sogenannte *affaire Doerr*,<sup>28</sup> die von der Cour de Colmar zu entscheiden war: Ein Grundstückseigentümer hatte auf seinem Dach und in unmittelbarer Nähe zum Nachbargrundstück einen falschen Schornstein errichtet – allerdings nicht zur Zierde, sondern in der alleinigen Absicht, dem Nachbarhaus das Licht zu nehmen.<sup>29</sup> Er berief sich dabei auf sein Eigentumsrecht – ein Recht, das Art. 544 des Code civil vermeintlich mit besonderem Freiheitspathos definiert hatte, nämlich als „le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue“.<sup>30</sup> Dieses Argument veranlasste das Gericht zu sehr grundsätzlichen, fast philosophischen Erwägungen, die den späteren Ruhm der Entscheidung begründeten:

„Considérant que, s’il est de principe que le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu [...], cependant l’exercice de ce droit, comme celui de tout autre, doit avoir pour limite la satisfaction d’un intérêt sérieux et légitime; que les principes de la morale et de l’équité s’opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l’empire d’une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui.“<sup>31</sup>

Das Gericht verurteilte den böswilligen Grundeigentümer aufgrund der deliktsrechtlichen Generalklausel des Art. 1382 Code civil zum Abriss des falschen Schornsteins.

In der Begründung der Cour de Colmar kamen bereits einige zentrale Fragen zur Sprache, die später im Diskurs um die *théorie de l’abus* verhandelt werden sollten: Die Polemik gegen unbeschränkte, als „absolut“ bezeichnete Rechte, die Erstreckung der Fragestellung vom Eigentum auf grundsätzlich alle Rechte, und nicht zuletzt die Kriterien der Schädigungsabsicht und des legitimen Interesses. Und dennoch – selbst in dieser Entscheidung, die im Rückblick geradezu als Paradefall des Rechtsmissbrauchs erscheinen mag, zeigten sich wichtige Unterschiede in der Argumentation: So beschrieb die

<sup>28</sup> C.A. Colmar, 2 mai 1855, D.P. 1856, 2, 9, 10.

<sup>29</sup> Rhetorisch zeigt sich die Verachtung des Gerichts in der dramatischen Rede vom falschen Schornstein „qui enlève la presque totalité du jour qui reste à cette fenêtre“, C.A. Colmar, 2 mai 1855, D.P. 1856, 2, 9, 10.

<sup>30</sup> Zur Konzeption der sogenannten *droits absolus* sogleich, S. 19 ff.

<sup>31</sup> C.A. Colmar, 2 mai 1855, D.P. 1856, 2, 9, 10.