

§§ 226–231. Ausübung der Rechte, Selbstverteidigung, Selbsthilfe

	Rn.
A. Vor §§ 226–231	1
B. § 226. Schikaneverbot	2
I. Regelungsproblem und Lösungswege	2
II. Lösungswege vor dem BGB	3
III. Praktische Dimension vor 1900: Aedificatio ad Aemulationem	7
IV. Politisch-philosophische Dimension: Christliche Nächstenliebe oder richterliche Moralkontrolle	8
1. Schikaneverbot als Forderung christlicher Nächstenliebe	9
2. Scharfe Trennung von Recht und Moral	10
3. Schikaneverbot als ethisches Minimum	11
V. Das Schikaneverbot im Übergang zum umfassenden »Rechtsmißbrauch«	12
1. Die Entstehung des § 226 BGB	12
2. Ein Produkt des Übergangs	16
VI. 20. Jahrhundert	19
C. § 227. Notwehr	21
I. Regelungsbereich	21
II. Historische Vorläufer	22
III. Definition und Grenzen	23
D. § 228. Notstand	26
I. Regelungsproblem und Lösungswege	26
II. Ausgangspunkt: Drei Fallkonstellationen	27
III. Lösungswege vor dem BGB	28
1. Aufopferung	28
2. Selbstverteidigung gegen Sachen	29
IV. Dogmatische Fragen	30
1. Verhältnis zum strafrechtlichen Notstand	30
2. Werteabwägung	31
3. Abgrenzung zu § 904	32
E. §§ 229–231. Selbsthilfe	33
I. Regelungsproblem und Lösungswege	33
II. Abkehr vom generellen Selbsthilfeverbot im 19. Jahrhundert	34
III. Lösungen des BGB	36
IV. Entwicklungen im 20. Jahrhundert	40

A. Vor §§ 226–231

- 1 Mit dem sechsten Abschnitt nimmt das BGB die subjektiven Rechte »von der Seite ihrer Tätigkeit«¹ in den Blick. Vor dem Hintergrund vielfach divergierender Sprachregelungen im 19. Jahrhundert grenzt das BGB die erst 1896² zur Titelüberschrift hinzugefügten »Ausübung der Rechte« in der Tradition *Windscheids*³ von der Selbsthilfe und der Selbstverteidigung, mit Notwehr und Notstand ab⁴.

Die Pandektistik stellte dem Abschnitt zur Ausübung der Rechte zumeist Erörterungen der Lehre von der **Kollision der Rechte** an die Seite⁵. Entgegen *Gebhards* Vorschlag hielt die erste Kommission allgemeine Bestimmungen über diese Materie jedoch für entbehrlich⁶.

Neben dem Schikaneverbot umfaßt der sechste Abschnitt die private Verwirklichung der Rechte im Wege erlaubter Eigenmacht. Die zunächst noch erwogenen Einsprengsel zur obrigkeitlichen, also **zivilprozessualen Durchsetzung der Rechte** wurden in die Zivilprozessordnung verwiesen⁷. Das BGB unterscheidet zwischen der Selbstverteidigung als Oberbegriff für Notwehr (§ 227) und Defensivnotstand (§ 228), und der Selbsthilfe (§§ 229–231). In der Sache⁸ entsprach diese Zweiteilung ganz gemeinrechtlicher Tradition. Während die Selbsthilfe des BGB, also die »Eigenmacht ...

¹ *Bernhard Windscheid/Theodor Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt a.M. 1906, ND Aalen 1984, § 121, 602.

² Mit Einfügung des § 226, vgl. unten Rn. 15.

³ *Windscheid/Kipp*, Pandekten (Fn. 1), § 123 unter der Rubrik »Schutz der Rechte«.

⁴ Gebhard hatte dagegen die Ausübung der Rechte noch als umfassenden Oberbegriff verstanden und die »friedliche Ausübung unbestrittener und unangefochtener Rechte« der »Befugnis zur Verteidigung und Verfolgung der Rechte im Wege erlaubter Eigenmacht oder durch Anrufung obrigkeitlicher Hilfe« an die Seite gestellt, vgl. *Albert Gebhard*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Allgemeiner Theil, Berlin 1881 in: W. Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, Bd. I.2, Berlin/New York 1981, 410.

⁵ Grundlegend *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts, Bd. II, 1. Aufl. Jena 1798, 2. Aufl. ebd. 1817, ND Aalen 1970, Nr. 14, 242ff. der die von der älteren Doktrin (vgl. etwa ALR §§ 95ff. der Einl.) für Privilegien entwickelte Fragestellung allgemein auf Rechte erstreckte. *Johann Friedrich Martin Kierulff*, System des gemeinen Civilrechts, Altona 1839, 230ff. und vor allem *Carl Georg von Wächter*, Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts, Bd. 2, Stuttgart 1842, 587ff. (hier auch umfangreiche Nennungen) entwickelten daraus handhabbare Gruppen mit klaren Vorrangregeln. Für spätere Darstellungen vgl. etwa *Heinrich Dernburg*, Pandekten, Bd. I, Berlin 1884, 91ff.

⁶ § 198 des Entwurfs, vgl. die detaillierte Auseinandersetzung *Gebhards*, TE-AT II (Fn. 4), 414ff.; man hielt eine allgemeine Vorschrift für entbehrlich, vgl. *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert* (Hg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, Allgemeiner Teil, Bd. II, Berlin/New York 1985, 1244ff.

⁷ Hierzu *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 437–536; geplant waren insbesondere Vorschriften zur Rechtskraft und allgemeine Vorschriften zur Beweislehre.

⁸ Insofern unrichtig *Peter Rummel/Rudolf Reischauer*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, 3. Aufl. Wien 2000, § 19, Anm. 2: »Selbsthilfe und Nothwehr verwendet das ABGB, gleich dem gemeinen Recht (...), noch ident«.

zur Durchsetzung eines Anspruchs«⁹, im gemeinen Zivilrecht vor allem am römischen Vorbild des *Decretum Divi Marci* diskutiert wurde, fand die dogmatisch erst spät im heutigen Sinne formulierte Frage des Defensivnotstands insbesondere anhand der *Lex Rhodia de iactu* und der Tiergefahr eigenständige Beachtung. Die Notwehr wiederum wurde bis in das BGB als genuin strafrechtlicher Materie von der Zivilistik fast nicht beachtet. Terminologisch liefen freilich, wie dies etwa *Kühl*¹⁰ für das jüngere Naturrecht zeigen konnte, »Selbsthülfe«, »Nothwehr«, »Selbstverteidigung« und »Nothstand« noch im 19. Jahrhundert kaum trennbar ineinander.

B. § 226. Schikaneverbot

Wichtige Literatur

Blümmer, Rudolf, Die Lehre vom böswilligen Rechtsmißbrauch (Chikane) nach gemeinem Rechte und nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs (Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien, 3), Berlin 1900; *Haferkamp, Hans-Peter*, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens? (Berliner Juristische Universitätschriften, Zivilrecht, 1), Berlin 1995; *Hager, Lothar Wilhelm*, Schikane und Rechtsmißbrauch im heutigen bürgerlichen Rechte (Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, 26 Heft 2), München 1913; *Huwiler, Bruno*, Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung, in: B. Schmidlin (Hg.), *Vers un droit privé européen? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, 1994, 59–93; *Mader, Peter*, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung, Wien 1994; *Merz, Hans*, Vom Schikaneverbot zum Rechtsmißbrauch, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1977, 162–179; *Ranieri, Filippo*, Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmißbrauch, in: M. Rotondi (Hg.), *Inchieste di Diritto Comparato*, Bd. VII, Padua 1979, 363–384; *Rotondi, Mario*, L'abuso di diritto, *Rivista di diritto civile* 15 (1923), 105–128, 209–352, 417–457; *ders.*, Aemulatio, in: *Per il XIV Centenario della Codificazione di Giustiniano. Studi Pubblicati dalla Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Pavia, Pavia 1934*, 865–876; *Schöneiche, Georg*, De aemulatione iuris, Frankfurt a. d. Oder 1678.

I. Regelungsproblem und Lösungswege

Wie der Inhaber ein subjektives Privatrecht ausüben kann, richtet sich zunächst nach dessen Inhalt, sei er gesetzlich zugewiesen oder privatautonom bestimmt. Unabhängig vom konkreten Rechtsinhalt stellt sich jedoch übergreifend die Frage, ob der Berechtigte im Rahmen der Ausübung und Durchsetzung seiner Rechtsposition generell auf den hierdurch Betroffenen gewisse Rücksichten zu nehmen hat. Das Schikaneverbot wendet sich gegen eine solche Rechtsausübung, die nur zu dem Zwecke erfolgt, einen Anderen zu schädigen. Die Befriedigung von Neid oder Rachegefühlen wird von der Rechtsordnung also wenigstens dann nicht geduldet, wenn daneben kein anderes

⁹ *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 425.

¹⁰ *Kristian Kühl*, Die Notrechte im Naturrecht des 19. Jahrhunderts, in: D. Klippel (Hg.), *Naturrecht im 19. Jahrhundert (Naturrecht und Rechtsphilosophie in der Neuzeit)*, 1), Goldbach 1997, 320ff. mit genauer Auszählung.

schützenswertes Interesse besteht. Das Schikaneverbot bewegt sich somit im für das Privatrecht heiklen Bereich der **Sozialbindung** individueller Rechtspositionen.

Im Zentrum des Schikaneverbots steht die Motivation des Rechtsinhabers, also ein psychologisches Moment. Naturgemäß ist problematisch, wie ein solcher innerer Tatbestand nachgewiesen werden kann. Von der Antwort auf diese Frage hängt die praktische Bedeutung des Verbots der Schikane ab. Idealtypisch bieten sich unter heutigem Beweisrecht drei Wege an. Zunächst kann man dem Geschädigten den **Beweis** in dieser Frage auflegen. Dieser Beweis wird nur schwer gelingen. Zweitens kann man mit Anscheinsbeweisen arbeiten. Aus dem äußeren Verhalten, etwa aus dessen ökonomischer Nutzlosigkeit, schließt man dann darauf, daß es dem Rechtsinhaber vorliegend nur auf die Schädigung ankommt. Der richterliche Einfluß auf diese Frage richtet sich dann danach, ob man bestimmte Typen gesetzlich festschreibt, in denen ein solcher Anschein anzunehmen ist, oder ob man eine übergreifende Formulierung wählt. Mit »nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen« hat das BGB die letztere Variante gewählt. Drittens kann man dem Richter ein freies Ermessen einräumen. Diesen Weg ist die Rechtsprechung im Laufe des zwanzigsten Jahrhunderts gegangen. Zu Beginn des Jahrhunderts galt § 226 noch gesamteuropäisch als richtungsweisend. In Österreich 1916 dem **ABGB** eingefügt¹¹, wurde ein Schikaneverbot auch für den **Code Civil**, wenn auch erfolglos, gefordert¹². In Deutschland wurde § 226, von *Hedemann* noch 1913 als einer der »**königlichen Paragraphen**« des BGB euphorisch bejubelt¹³, zunehmend von einer viel weitergehenden **Rechtsmißbrauchslehre** ersetzt¹⁴, die den Richter im Rahmen der Verfassung nach »Treu und Glauben«

¹¹ § 1295 II ABGB; zur Entstehungsgeschichte *Peter Mader*, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung, Wien 1994, 160ff.

¹² *Raymond Saleilles*, Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code Civil, Bulletin de la Société d'Etudes législatives 4 (1905), 325; hierzu *Birte Gast*, Der Allgemeine Teil und das Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs im Urteil von Raymond Saleilles (1855–1912) (Rechtshistorische Reihe, 212), Frankfurt a.M. u.a. 2000.

¹³ *Justus Wilhelm Hedemann*, Werden und Wachsen im Bürgerlichen Recht, Jena 1913, 9, 40f. Ähnlich schon im ersten Band von *ders.*, Die Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Bd. I, Berlin 1910, ND Berlin 1968, 127f.; weniger bekannt hatte bereits 1905 *Josef Kohler*, Technik der Gesetzgebung, AcP 96 (1905), 345ff., 374 ähnlich vorhergesagt: »Glücklicherweise hat auch das BGB eine Reihe von groß angelegten Bestimmungen, welche die Keime bedeutsamer judizieller Entwicklungen sein können. Solche sind namentlich § 138, 226, 823 und 826«; ich danke Mathias Schmoedel für diesen Hinweis. In der Sache waren die Möglichkeiten und Gefahren der Generalklauseln zu diesem Zeitpunkt bereits intensiv diskutiert worden, vgl. *Hans-Peter Haferkamp*, Die exceptio doli generalis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor 1914, in: U. Falk/H. Mohnhaupt (Hg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, Frankfurt a.M. 2000, 1ff., 27ff.

¹⁴ Überblicke zu anderen europäischen Rechtsordnungen in dieser Frage: *Filippo Ranieri*, Bonne foi et exercice du Droit dans la tradition du Civil Law, Revue Internationale de Droit Comparé 1998, 1055ff. (insb. zu Österreich, Frankreich, Italien, Holland und der Schweiz); vgl. auch *ders.*, Europäisches Obligationenrecht, Wien/New York 1999, 228ff., 235ff., 256ff.; *ders.*, Norma scritta e prassi giudiziale nell'evoluzione della dottrina tedesca del Rechtsmißbrauch, in: M. Rotondi (Hg.), Inchieste di Diritto Comparato, Bd. VII, Padua 1979, 363ff.; *Reinhard Zimmermann/Simon Whittaker*, Good Faith in European Contract Law, Cambridge 2000, 34ff. (insb. Frankreich u. England); *Antonio Garbaro*, Abuse of Right in Civil Law Tradition, in: A. Mordechai Rabello, Aequitas and Equity: Equity in Civil Law and Mixed Juridictions, Jerusalem 1997, 632ff.; zur Schweiz daneben *Bruno Huwiler*,

und damit weitgehend frei entscheiden läßt. Spätestens in den dreißiger Jahren war das »schmalbrüstige Schikaneverbot an Schwindsucht eingegangen«, und es begann die Zeit der »pausbäckige[n] Unzulässigkeit der Rechtsausübung«¹⁵.

II. Lösungswege vor dem BGB

In allgemeinerer Fassung¹⁶ entstammt der Gedanke der Bearbeitung einiger wasserrechtlicher Quellenstellen¹⁷ des römischen Rechts durch die Glossatoren. Bereits bei *Accursius* findet sich das bis heute zentrale subjektive Kriterium: die Absicht, dem Grundstücksnachbarn zu schaden (*animus nocendi*)¹⁸. *Aedificatio ad aemulationem* wurde nachfolgend zum Leitbegriff der Lehre.

In das Zentrum der praktischen Betrachtungen geriet schnell die Frage, wie ein solchermaßen »inneres« Kriterium bewiesen werden konnte. *Alciat* benannte 1538 als Vermutung für die Schädigungsabsicht das **Fehlen eines eigenen ökonomischen Inter-**

Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung, in: B. Schmidlin (Hg.), *Vers un droit privé européen? – Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, 1994, 59ff.; Honsell/Vogt/Geiser/*Theo Mayer-Maly*, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. I, Zürich 1996, Art. 2, Rn. 32; zu Österreich *Peter Mader*, Rechtsmißbrauch (Fn. 11), 157ff.; kritisch zur außerordentlichen Beliebtheit dieser Rechtsfigur in Europa *Christian v. Bar*, Gesamteuropäisches Deliktsrecht, Bd. II, München 1999, Rn. 490 Fn. 50.

¹⁵ *Hans Merz*, Vom Schikaneverbot zum Rechtsmißbrauch, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 1977, 168.

¹⁶ Ob dem römischen Recht ein derartiges Prinzip zugrunde lag, ist umstritten, zusammenfassend *Max Kaser*, *Das Römische Privatrecht*, Bd. I, 2. Aufl. München 1971, § 54 I; Bd. II, 2. Aufl. München 1975, § 198 I. Ein ausformuliertes Prinzip findet sich jedenfalls nicht.

¹⁷ Beispiel: Der Entzug der Wasserzufuhr durch gezieltes Abgraben (D. 39, 3, 1, 12) oder durch Errichtung einer sonstigen Anlage (D. 39, 3, 2, 9). Zusammenstellung der fraglichen Quellenstellen bei *Mario Rotondi*, *L'abuso di diritto*, *Rivista di diritto civile* 15 (1923), 105ff., 209ff., 417ff.; hier 269f.; *ders.*, *Aemulatio*, in: *Per il XIV Centenario della Codificazione di Giustiniano*. Studi Pubblicati dalla Facoltà di giurisprudenza della R. Università di Pavia, Pavia 1934, 865ff.; *Hans Kreller*, Die Theorie des Mißbrauchs der Rechte in der römischen Rechtslehre, in: E. Heymann (Hg.), *Deutsche Landesreferate zum 2. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung*, Berlin 1937, 1ff. Die Klassizität der betreffenden Stellen wird seit langem bezweifelt, vgl. bereits *Alfred Pernice*, *Labeo*, Bd. II.1, 2. Aufl. Berlin 1895, 64f.; grundlegend *Silvio Perozzi*, *Il divieto d'atti d'emulazione*, 350ff.; *Rotondi*, *L'abuso* (Rn. 17), 244ff. Ich danke Alejandro Valiño, Valencia, für weiterführende Hinweise.

¹⁸ Hierzu *Rotondi*, *L'abuso* (Fn. 17), 270f.; *Bartolus* erstreckte den Gedanken auf das städtische Nachbarrecht. Anhaltspunkt dieser Erweiterungen war D. 50, 10, 3., wo für einen privaten Bau, der dem »Wetteifer zwischen verschiedenen Städten« (*ad aemulationem alterius civitas*) diene, eine kaiserliche Erlaubnis vorgesehen wird. Durch Interpretation des »*ad aemulationem*« als Benachteiligungsabsicht entstand so die Lehre der *aedificatio ad aemulationem*; vgl. *Bartolus* zu D. 50, 10, 3: »*Item potest intellegi quando quis vult aedificare in loco privato, quod potest, dum tamen non tendat ad iniuriam vel aemulationem alterius civitati. Quod notat glossa si aliquis faciat munitionem in aliquo loco, quae posset esse periculosa alicui civitati, non debet sibi permitti. Et intellege si esset periculosa, vel esset verecunda alteri civitati, vel ei, cui subiecta est, et hoc est quod hic dicitur ad aemulationem alterius civitatis*«; zu diesen Zusammenhängen mit umfangreichen Nachweisen *Vittorio Scialoja*, Art. »*Aemulatio*«, in: P.S. Mancini u.a. (Hg.), *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Bd. I.2.1, 2. Aufl. Milano 1912, § 13, 439; *Rotondi*, *L'abuso* (Fn. 17), 273ff., 275.

esses auf Seiten des Handelnden¹⁹. Nachfolgend entwickelte sich eine **Kasuistik** einzelner Fälle, welche den Nachweis der Schädigungsabsicht entbehrlich machten²⁰.

Als schikanös angesehen wurden etwa nutzlose Bauten direkt an der nachbarlichen Grundstücksgrenze, der Einbau von Fenstern um den Nachbarn bzw. dessen schöne Töchter²¹ betrachten zu können, oder die Belästigung klösterlicher Abgeschiedenheit durch bauliche Maßnahmen²². Seit dem 15. Jahrhundert tauchte der Gedanke in den gedrängten Städten als »Neidbau«²³ auf. Auch hier deuten die Formulierungen häufig darauf hin, daß der »Neid« aus der Nutzlosigkeit oder doch dem geringen Nutzen des Bauherrn rückgeschlossen wurde²⁴.

Der zumeist verkürzt als »deutschrechtlich« apostrophierte Neidbau²⁵ zeigte sich im 17. und frühen 18. Jahrhundert mit der Lehre der **Aemulatio** bereits untrennbar verwoben. Bauten »*ad injuriam vel aemulationem tertii*« wurden ganz überwiegend als unerlaubt angesehen²⁶.

- 4 Eine 1678 unter *Stryk* gefertigte Dissertation von *Georg Schöneiche* erhob in Anlehnung an das *Celsus*-Fragment in D. 6,1,38 den Gedanken der **Aemulatio** erstmals über den Bereich des Nachbarrechts hinaus zu einer allgemeinen Ausübungsbegrenzung des Eigentums. Nach *Schöneiche* umfaßte das Schikaneverbot alles, was mit Verletzung eines fremden Rechtes in Schädigungsabsicht, nicht um des eigenen Nutzens oder der Notwendigkeit willen geschieht bzw. nicht zu meinem Nutzen, sondern in er-

¹⁹ *Andreas Alciat*, *De praesumptionibus*, in: *Andreae Alciati opera omnia*, Bd. III, Basileae 1547, Sp. 895f., *Regula III*, *Praesumptio XXIII*: »*Praesumitur si quis aliquod opus in suo agat non nocendi animo facere. Sed si aliqua utilitas sibi non resultet, non dicitur uti, sed abuti ad nocumentum tertii*«. Dieser Aspekt fand sich etwa in D. 39, 3, 2, 5, hierzu *Rotondi*, *L'abuso* (Fn. 17), 278.

²⁰ Zur Bedeutung von Präsumptionen im gemeinen Prozeß nun *Mathias Schmoeckel*, *Humanität und Staatsraison* (Norm und Struktur, 14), Weimar 2000, 228ff., 443ff.

²¹ Zu diesem vieldiskutierten Fall findet sich bei *Wunder* näheres, vgl. unten hierzu Fn. 71.

²² Weitere Beispiele und Nachweise bei *Rotondi*, *L'abuso* (Fn. 17), 281.

²³ Vgl. *Schmidt-Wiegand*, Art. »Neidbau«, HRG, Bd. III, Berlin 1984, 943ff.

²⁴ So verbot die Ulmer Bauordnung von 1683 als Neidbau, daß »einer auß solchen seinem bau einen schlechten nutzen, sein nachbar aber dagegen an luft und liecht einen grossen schaden hat«; vgl. Art. 30 der Ulmer Bauordnung von 1683; vgl. auch Art. 210 des Münchner Stadtrechts von 1489: »(neydpaue, die einem schaden prächten, sollen verpoten sein«); weitere Beispiele gibt *Elmér Balogh*, *Der Urheber und das Alter der Fiktion des Cornelischen Gesetzes*, in: *Studi in Onore di Pietro Bonfante*, Bd. IV, Mailand 1930, 636ff., 641 Fn. 52.

²⁵ Die sprachliche und inhaltliche Übereinstimmung mit den bereits von *Bartolus* herausgearbeiteten Grundsätzen macht die ganz selbständige Entwicklung dieser Rechtsfigur in den spätmittelalterlichen Städten nicht recht wahrscheinlich. Skeptisch stimmt auch der hohe legitimatorische Wert der Abgrenzung in den ideologisch geprägten Debatten des späten 19. Jahrhunderts, etwa zwischen *Gierke* und *Baron*, vgl. unten Rn. 14. Dennoch wird an der scharfen Unterscheidung festgehalten, vgl. zuletzt *Mader*, *Rechtsmißbrauch* (Fn. 11), 57, Fn. 160 (»wohl genuin deutschrechtlich«). Genauere Untersuchungen fehlen.

²⁶ *Benedikt Carpov*, *Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica*, Leipzig 1638, 2. 41. 11. 3; ebenso *David Mevius*, *Commentarius in Ius Lubecense*, 3. Aufl., Frankfurt 1679, 3. 12. 7. 26; *Johannes Schilter*, *Praxis Iuris Romani in foro Germanico iuxta ordinem Edicti Perpetui et Pandectarum Iustiniani*, Jena 1698, 18. 10.; ebenso *Stryk*, *Struve* und *Lauterbach*, zu diesen *Peter C. Klemm*, *Eigentum und Eigentumsbeschränkungen in der Doktrin des usus modernus pandectarum* (Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Privatrecht, 10), Basel 1984, 159.

ster Linie, um einen anderen zu schädigen²⁷. Die **Beweislast** blieb die Achillesferse des Verbots²⁸. Als Indiz genügte Schöneiche, daß der Handelnde keinen Nutzen und der Betroffene einen Schaden habe oder zumindest einem geringen Nutzen des Handelnden ein großer Schaden beim Betroffenen gegenüberstehe²⁹. Die **Interessenabwägung** müsse auch außerökonomische Interessen, also etwa das Bedürfnis, nicht den ständigen Blicken des Nachbarn ausgesetzt zu sein, genügen lassen³⁰. Während viele dieser Ausweitung mit Zurückhaltung begegneten³¹, schloß sich *Kreittmayr* in seinen Anmerkungen zum Codex Maximilianus Bavaricus Civilis *Schöneiche* an³².

Das ALR regelte die schikanöse Rechtsausübung einerseits als schadensersatzpflichtigen Tatbestand im **Deliktsrecht**³³ und andererseits als gesonderte Ausübungsschranke des **Eigentums**³⁴. Rechtsprechung und Literatur³⁵ schufen hieraus den allgemeinen Schadensersatzanspruch für den Fall, daß »jemand sein Recht mißbraucht, d.h. unter mehreren möglichen Arten der Ausübung diejenige, welche dem Andern schädlich geworden, in der (aus den Umständen klar erhellenden) Absicht, daß sie diesen Erfolg haben solle, gewählt hat«³⁶.

5

²⁷ Samuel Stryk (Präs.); Respondente *Georg Schöneiche*: De aemulatione iuris, Frankfurt an der Oder 1678, (Kapitel) III: »*Omnia ad aemulationem fieri intelligentur, quae cum iniuria alterius et animo nocendi, non utilitatis vel necessitatis propriae gratia fiunt non ut prosint mihi, sed ut alteri principaliter noceant. Quo pertinet Germanorum illa locutio: Er thut es ihm nur zum Possen, oder Verdruss, oder Vexation.*«

²⁸ Da für bloße Schädigungsabsicht als Motiv keine Vermutung spreche, müsse dieselbe vom Einwendenden bewiesen werden, *Schöneiche*, De aemulatione (Fn. 27), I 1, 4.

²⁹ *Schöneiche*, De aemulatione (Fn. 27), I, 13 und IV, 6.

³⁰ *Schöneiche*, De aemulatione (Fn. 27), IV, 13.

³¹ Gegen eine Ausweitung der traditionellen *Aemulatio* Struve und Lauterbach; Stryk beschränkte die *Aemulatio* weiterhin auf das Grundeigentum, näheres bei *Klemm*, Eigentum und Eigentumsbeschränkungen (Fn. 26), 159.

³² *Wiguläus Xaverius Aloysius von Kreittmayr*, Anmerkungen über den Codicem Maximilianum Bavaricum Civilem, Bd. II, München 1758, 2,6,5.

³³ Insb. I 6 § 37: »Er muß aber denselben [sc. den Schaden] vergüten, wenn aus den Umständen klar erhellet, daß er unter mehrern möglichen Arten der Ausübung seines Rechts diejenige, welche dem Andern nachtheilig wird, in der Absicht, denselben zu beschädigen, gewählt habe«.

³⁴ Insb. I 8 § 27: »Niemand darf sein Eigentum zur Kränkung und Beschädigung Anderer mißbrauchen« und § 28: »Mißbrauchen heißt ein solcher Gebrauch des Eigentums, welcher vermöge seiner Natur nur die Kränkung eines Andern zur Absicht haben kann« –übrigens gegen den Widerstand von Suarez, der zu viel Freiraum für richterliche Willkür befürchtete, vgl. *Friedrich Wilhelm Ludwig Bornemann*, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, Bd. II, 2. Aufl. Berlin, 1842, ND Frankfurt a. M. 1987, 134, Fn. 2. Das Verbot war bis 1851 sogar strafbewehrt, vgl. II 20 § 516, aufgehoben durch Einführungsgesetz zum Preussischen StGB von 1851, Preussisches Gesetzblatt 1851 Nr. 10, 93ff.

³⁵ Obwohl I 8 §§ 27, 28 nur vom Eigentum sprachen, folgerte die h.M. aus der preussischen Eigenheit, dass auch Rechte als Eigentum gefaßt wurden (I 8 § 1), die allgemeine Anwendbarkeit des Schikaneverbots, vgl. *Ramdohr*, Rechtsmißbrauch, Gruchots Beitr. 46 (1902), 580; verkannt etwa von *Justus Wilhelm Hedemann*, Die Fortschritte des Zivilrechts I (Fn. 13), 126 Fn. 11.

³⁶ So die Formulierung von *Friedrich Wilhelm Ludwig Bornemann*, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, Bd. I, 2. Aufl. Berlin, 1842, ND Frankfurt a. M. 1987, 197.

Seit Ende des 18. Jahrhunderts wird eine deutliche Skepsis gegenüber dem Schikaneverbot sichtbar. Sieht man etwa vom westgalizischen Gesetzbuch ab³⁷, so wurde das Schikaneverbot in den Kodifikationen des 19. Jahrhunderts durchweg abgelehnt³⁸. Im gemeinen Recht war die Frage während des gesamten Jahrhunderts lebhaft umstritten³⁹. Auch in positiven Stellungnahmen findet sich fast durchweg eine streng subjektive Fassung der Bestimmung⁴⁰. Das BGB verbietet demgegenüber nur diejenige Rechtsausübung, die »nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen«.

- 6 Obwohl das Schikaneverbot durchweg einen subjektiven Vorwurf, den *animus nocendi*, thematisierte, lassen sich im historischen Material somit wenigstens **drei Typen** nachweisen, deren unterschiedliche Tragweite vor allem mit Blick auf die Beweislast des Klägers deutlich wird.

(1) Die **strenge Beweislösung**, wie sie etwa *Windscheid* vertrat, verlangt den positiven Nachweis, daß der Handelnde kein anderes Motiv hatte, als die Schädigungsabsicht. Bereits *Hommel* wies darauf hin, daß dem »Klägeren der Beweis [der abschließlichen Schädigungsabsicht] ... sehr schwer fallen dürfte«⁴¹.

(2) Die **Indizienlösung** schließt dann auf die Schädigungsabsicht, wenn kein anderer Zweck als der einer Schädigung aus Sicht des Richters denkbar war. Spätes Beispiel ist § 226 BGB.

(3) Die **Abwägungslösung** gewinnt den Nachweis der Schädigungsabsicht durch eine Interessenbewertung. Wenn aus richterlicher Perspektive das Interesse des Handelnden gering oder nicht vorhanden ist, andererseits der Schaden beim Betroffenen sehr groß ist, wird von einem *animus nocendi* ausgegangen. Diese Konzeption findet sich bei *Schöneiche* und *Kreittmayr*.

³⁷ II 255: »Duldungen oder Unterlassungen, die Einem nützlich sind, ohne dem Anderen schädlich zu sein, können ohne Servitut schon nach den natürlichen Rechten gefordert werden; wer sie auf geschehenes Ansehen ohne Grund verweigert, muß von Rechts wegen dazu angehalten werden.«

³⁸ In den Beratungen zum ABGB wurde das Schikaneverbot mit dem Hinweis abgelehnt, daß ein solches den »Rechten des Eigentümers widerspreche und zu vielen Streitigkeiten, Anmaßungen, Untersuchungen der häuslichen Verhältnisse und willkürlichen Entscheidungen Veranlassung geben würde«, vgl. die Bemerkungen im Gutachten von *Dieter Pfaff*, *Zur Lehre von Schadensersatz und Genugthuung nach österreichischem Rechte*, Wien 1880, 42. Gegen Ende des Jahrhunderts wurde ein Schikaneverbot auch in Österreich gefordert, vgl. *F. Hellmann*, *Die chicanöse Rechtsausübung und ihre Bekämpfung durch die Gesetzgebung*, *Juristische Blätter* 1888, 1ff., 13ff.; *Emil Steinbach*, *Die Rechtsgrundsätze, betreffend den Ersatz von Vermögensschäden*, *Juristische Blätter* 1888, 243ff.; zur Einführung im Jahr 1916 vgl. oben Fn. 11.

³⁹ Genauere Darstellung unter Rn. 9ff.

⁴⁰ Hierzu näher unten Rn. 11.

⁴¹ *Carl Ferdinand Hommel*, *Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenerunt neque tamen legibus decisarum*, Bd. IV, Lübeck 1785, Obs. 216.

III. Praktische Dimension vor 1900: Aedificatio ad Aemulationem

Eine kursorische Überprüfung der gerichtlichen Praxis des 17. bis 19. Jahrhunderts deutet darauf hin, daß der Gedanke in keiner Fassung nennenswerte praktische Bedeutung erlangt zu haben scheint. Die bisher einzige breitere⁴² Auswertung von Fall-sammlungen des 17. und 18. Jahrhunderts durch Hesse ergab 1861 zwar einige *obiter dicta* zugunsten eines Schikaneverbots, jedoch keinen einzigen Fall, in dem ein solches entscheidungstragend geworden wäre⁴³. Von den gerade einmal sechs Fällen, die Seuffert für das 19. Jahrhundert mitteilt, betreffen fünf die Problematik eines Lichtrechts, also das mißgünstige Verbauen der Aussicht bzw. der Lichtzufuhr⁴⁴. Damit bestätigt sich die Einschätzung von Sintenis, der 1860 meinte, die Voraussetzungen der Schikane ließen sich nur »bei der Ausübung eines Rechts in Bezug auf eine Sache, besonders Grundstücke und Gebäude« denken⁴⁵. In der praktischen Dimension blieb also die enge Betrachtung der Schikane als Neidbau vorherrschend.

Mit Blick auf das Spektrum **nachbarlicher Baukonflikte** bleibt das gefundene Fallmaterial zudem auf einen kleinen Ausschnitt beschränkt. Schon das gemeine römische Recht kannte ein ganzes Netz nachbarrechtlicher Einzelfallregelungen zu Grenzabstand, Grundstücksumfriedung, Traufrecht, Überhang und Überbau, Notweg oder Viehübertritt⁴⁶. Auf vorrangiger partikularer Ebene waren diese Fälle in ein weiteres, allerdings regional stark divergierendes Netz nachbarrechtlicher Bestimmungen verwoben⁴⁷. Für den Schikaneeinwand typisch waren Bauwerke, welche die meist ausdif-

⁴² Eigene Recherchen fanden lediglich bei *Carpov*, *Jurisprudentia Forensis Romano-Saxonica* (Fn. 26), 2.41.11. (Def. »*In fundo proprio nemo potest aedificare animo nocendi vicino suo*«) einen Fall des Leipziger Schöffengerichts aus dem Jahr 1621, bei dem der Beklagte zum Abriß eines Brun-nens verurteilt wurde, da der Bau »allein zu dem Ende geschehen wäre, damit Euch und Eurem Hause großer Schade und Ungelegenheit zugezogen würde«.

⁴³ Vgl. *Christian August Hesse*, Über die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn, Bd. II.1, Eisenberg 1861, 233.

⁴⁴ OAG Lübeck (v. 28.3. 1840), SeuffA 10, Nr. 222; OAG Berlin (v. 7.11. 1867), SeuffA 21, Nr. 192; OAG Darmstadt (v. 24. 8. 1875), SeuffA 31, Nr. 118; OAG Jena (v. 29. 1. 1878), SeuffA 35, Nr. 273; OAG Darmstadt (v. 5. 6. 1882), SeuffA 37, Nr. 292; OLG Hamburg (v. 3. 1. 1890), SeuffA 45, Nr. 167. Einzig die Entscheidung des OTR Stuttgart (v. 1. 12. 1874), SeuffA 32, Nr. 204 weicht im Sachverhalt ab und lehnt den Schikaneeinwand gegen eine Teilungsklage aus Miteigentum mangels Nachweises der Schädigungsabsicht ab.

⁴⁵ *Ferdinand Sintenis*, Das practische gemeine Civilrecht, Bd. I, Leipzig 1860, 234.

⁴⁶ Vieldiskutiert die neue Darstellung von *Alan Rodger*, *Owners and Neighbours in Roman Law*, Oxford 1972; daneben *Michael J. Rainer*, Bau- und nachbarrechtliche Bestimmungen im klassischen römischen Recht (Grazer Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien, 44), Graz 1987; *Jiménez Salcedo*, El régimen jurídico de las relaciones de vecindad en Derecho romano, Córdoba 1999.

⁴⁷ Eine Fundgrube stellt der Kommentar von *Walter Dehmer*, Nachbarrecht, 7. Aufl. Neuwied u.a. 1991 ff. dar, der in Fortführung des von Meissner und Stern für das preußische Nachbarrecht begründeten Werkes für die einzelnen Problemlagen jeweils ausführlichen die gemein- und partikularrechtli-che Rechtslage für das 18. und 19. Jahrhundert auflistet. Gute Zusammenstellung auch bei *W. Müller*, Deutsches Bau- und Nachbarrecht, Berlin 1903; knapper *Otto von Gierke*, Deutsches Privatrecht, Bd. II, Berlin 1905, 417 ff.; *Otto Stobbe*, Handbuch des Deutschen Privatrechts, Bd. II, 2. Aufl. Berlin 1883, 109 ff.; weniger ergiebig *Werner Ogris*, Art. »Nachbarrecht«, HRG, Bd. 3, Berlin 1984, Sp. 815 ff.; einige Hinweise auch bei *Ingo Palmer*, Die Entwicklung des deutschen privatrechtlichen

ferenzierten baurechtlichen Sicherheitsbestimmungen erfüllten, also lediglich auf eine Belästigung des Nachbarn hinausliefen. Auch hier kannten die Partikularrechte typisierte Schutzvorschriften zugunsten des Betroffenen, so waren schon im Sachsen-spiegel⁴⁸ (um 1230) Mindestabstände für Kloaken, Düngegruben oder Ställe vielfach anerkannt⁴⁹.

Die benannten Lichtrechtfälle machen deutlich, daß der Schikaneeinwand eine **Auffangfunktion** für seltene Fälle erfüllte, in denen der unabhängig von den Motiven des Bauenden gewährte Schutz des Nachbarn nicht ausreichte. Auch Lichtrechte wurden partikular⁵⁰ gewährt, entweder über Abstandsflächen oder, insbesondere bei länger vorhandenen Fenstern, über das unverbaubare Recht Sonnenlicht und Himmelsblick zu behalten⁵¹.

Fehlte es an einer ausreichenden Rechtsposition des Betroffenen, trat das Schikaneverbot in die Lücke, so in der Entscheidung des Oberappellationsgerichts Lübeck vom 28. 3. 1840 zum Hamburger Recht⁵². Vergleicht man diese Entscheidung mit späteren, so zeigt sich das eingangs erwartete Phänomen: Je nach Definition erlangt das Schikane praktische Wirksamkeit oder läuft de facto leer. Das Lübecker Gericht setzte 1840 noch den alten Meinungsstand um und bejahte die Schikane, da »die Absicht durch Bauen zu chikanieren, schon aus dem überwiegenden Schaden des Nachbarn, bei geringerem Vorteil des Bauenden gefolgert werden dürfe.«⁵³ Der Nachweis der Schädigungsabsicht konnte somit Sachverständigen überantwortet werden⁵⁴ und die Voraussetzungen einer Schikane wurden bejaht.

Immissionsschutzrechts im 19. Jahrhundert verglichen mit dem französischen Recht, zugleich ein Beitrag zur Entstehungsgeschichte des § 906 BGB, Diss. Bochum 1979, 3ff. Oberflächlich *Peter Preu*, Die historische Genese der öffentlichrechtlichen Bau- und Gewerbenachbarklagen (ca. 1800–1970) (Schriften zum Öffentlichen Recht, 581), Berlin 1990, 22, der bei seiner auf *Hesse*, Grundstücksnachbarn (Fn. 43), 298 gestützten These von der weitgehenden Verdrängung des Partikularrechts in diesem Bereich verkennt, daß *Hesse* hier mit »Nachbarrecht« ein Retraktrecht des Nachbarn, nicht das Nachbarrecht im heutigen Sinne meint; hierzu etwa *Justus Wilhelm Hedemann*, Fortschritte des Zivilrechts im XIX. Jahrhundert, Bd. II.1, Berlin 1930, ND Berlin 1968, 39ff.

⁴⁸ Ssp. II 51 § 1: »oven unde gank unde svinekoven scole der vute van deme tune stan« (Backofen, Abort und Schweinestall sollen drei Fuß vom Zaun entfernt sein).

⁴⁹ Nachweise für die Stadtrechte von Lübeck, Magdeburg, Prag, Brünn, Aachen und Breslau bringt v. *Gierke*, Deutsches Privatrecht II (Fn. 47), 423.

⁵⁰ Ein gemeinrechtliches Fenster- und Lichtrecht wurde von der h.M. abgelehnt, vgl. *Hesse*, Grundstücksnachbarn (Fn. 43), 610ff.; *Gierke*, Deutsches Privatrecht II (Fn. 47), 426 zu Fn. 32 jew. m.w.N. Dagegen insbesondere *Anton Fahne*, Das Fenster- und Lichtrecht nach römischem, gemein-deutschem, preußischem und französischem Recht, Berlin 1835, 6ff., 19ff.

⁵¹ Vgl. Für Preußen etwa ALR I 8 § 138ff.; einen detaillierten Überblick bietet *Dehner*, Nachbarrecht (Fn. 47), B, § 25.

⁵² Zivilrechtlich unterlag Hamburg dem gemeinen Recht, welches kein Lichtrecht gewährte. Auch das daneben geltende Hamburger Statut kannte ein Lichtrecht nicht (vgl. *Dehner*, Nachbarrecht (Fn. 47), unter G.). Es gewährte nach Art 8 II 20 jedoch ein Schikaneverbot.

⁵³ Nach Auszug in *SeuffA* 10, Nr. 222. Nicht ganz deutlich ist ein Urteil des OAG Jena (v.29.11.1878), *SeuffA* 35, Nr. 273. Die Aussage: »Diese Behauptung [sc. der Schikane] muß aber auch für erwiesen gelten«, bezieht sich wohl auf die nicht näher mitgeteilte Beweisaufnahme der ersten Instanz.

⁵⁴ So das OAG Lübeck ausdrücklich in der benannten Entscheidung.

Für das gemeine Recht zeigte die **Judikatur** schon bald deutliche Zurückhaltung gegenüber dem Schikaneverbot. Auch wenn das Schikaneverbot nicht schon überhaupt abgelehnt wurde⁵⁵, genügte etwa dem OAG Darmstadt, das dem die Schikane Einwendendem die volle Beweislast auferlegte, der schlichte Verweis darauf, daß auch nach *Windscheids* Ansicht »jene Bestimmung keine große praktische Bedeutung habe«⁵⁶. Mit dem gleichen Hinweis auf *Windscheids* Einschätzung ließ es das OLG Hamburg am 3. 1. 1890 für eine rechtmäßige Ausübung des Grundeigentumsrechts genügen, daß »die Absicht der Verdrüßbereiung der überwiegende Beweggrund zum Bau, der Eigentümer daneben aber auch sich selbst mit dem Bau nützen wollte«⁵⁷.

Im **Nachbarrecht** gewannen statt dessen **funktionale Äquivalente** an Boden. Im Zuge der eskalierenden Immissionsproblematik kam es im gemeinen Recht zur wissenschaftlichen Erarbeitung eines eigenständigen privatrechtlichen Nachbarrechts. Für Immissionen verschob sich der Blickwinkel von der Ausübung eines Rechts zur Kollision zweier gleichrangiger Grundstücksrechte. Damit war besonders im Nachbarrecht der Weg frei, die ehemals als Schikane erfaßten Fälle über eine Abwägung kollidierender Interessen zu lösen⁵⁸. In einem aufsehenerregenden Plenarbeschluß⁵⁹ verabschiedete das Obertribunal 1852 hier das Schikaneverbot⁶⁰ und beurteilte die Fälle aus

⁵⁵ Ablehnend noch das OAG Berlin (v. 7. 11. 1867), SeuffA 21, Nr. 192; den D. 39, 3, 1, 12; 39, 3, 2, 9; 50, 10, 3. und Nov. 63.1. sei ein solches Prinzip nicht zu entnehmen. Skeptisch gegenüber *Windscheids* anderer Ansicht OAG Darmstadt (v. 24. 8. 1875), SeuffA 31, Nr. 118. Entgegen *Wächter* und mit *Windscheid* für ein Schikaneverbot in eben diesen Quellen dagegen OT Stuttgart (v. 1. 12. 1874), SeuffA 32, Nr. 204; OLG Darmstadt (v. 5. 6. 1882), SeuffA 37, Nr. 292; OLG Hamburg (v. 3. 1. 1890), SeuffA 45, Nr. 167. Nicht hierher gehören die gelegentlich genannten Entscheidungen zur Ausübung einer *Servitut* (SeuffA 6, Nr. 13; 31, Nr. 117), da hier die Pflicht des *civilliter uti* in den *Digesten* gesondert ausgesprochen war, ein Rückgriff auf das allgemeine Schikaneverbot also entbehrlich war.

⁵⁶ OAG Darmstadt (v. 24. 8. 1874), SeuffA 31, Nr. 118; gleichbleibend ablehnend dasselbe Gericht am 5. 6. 1882, SeuffA 37, Nr. 292.

⁵⁷ SeuffA 45, Nr. 167 vom 3. 1. 1890, erneut die Problematik des Verbauens eines Fensters.

⁵⁸ Das preußische Obertribunal schlug als Kollisionsregel vor, es dürfe »die Benutzung des Einen nicht in den Rechtskreis der Benutzung des Anderen hinübergreifen«, Plenarpräjudiz 2382 vom 7. 6. 1852 = StrArch 5, 282ff. Die neue Begründung änderte nichts an der im Ergebnis industrie-feindlichen Linie der Rechtsprechung im zweiten Drittel des 19. Jahrhunderts, vgl. *Andreas Thier*, Zwischen actio negatoria und Aufopferungsanspruch, in: U. Falk/H. Mohnhaupt, BGB (Fn. 13), 407ff., 415, 418; *Regina Ogorek*, Actio negatoria und industrielle Beeinträchtigung des Grundeigentums, in: H. Coing/W. Wilhelm (Hg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. IV, Eigentum und industrielle Entwicklung, Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrecht (Studien zur Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, 4), Frankfurt a.M. 1974, 40ff., 50ff.

⁵⁹ Plenarpräjudiz 2382 vom 7. 6. 1852 = StrArch 5, 282ff., abgedruckt bei *Hugo Rehbein* (Hg.), Die Entscheidungen des Preussischen Obertribunals, Bd. I, Berlin 1884, 736ff.; hierzu *Hans-Peter Benöhr*, Umweltrechtswentwicklungen in Deutschland zwischen 1800 und 1918, in: M. Klopfer (Hg.), Schübe des Umweltbewußtseins und der Umweltrechtswentwicklung, Bonn 1996, 35ff., 39.

⁶⁰ Gerade der Perspektivwechsel von der Beschränkung des Ausübenden zum Schutz des Betroffenen hätte freilich neue Anwendungsfelder für den traditionellen Schikanegedanken erschließen können. Wenn man das Eigentumsrecht absolut verstand, jede Einwirkung auf ein Grundstück also als eine Eigentumsverletzung betrachtet wurde, war auch das Schikaneverbot nur in umgekehrter Perspektive denkbar. Schikanös handelte nun, wer diesen negatorischen Abwehranspruch als Ausfluß seines Eigentumsrechts zu Schädigung des Nachbarn nutzte. Dieses von *Werenberg*, Über die Collision der

dem Blickwinkel der *actio negatoria*⁶¹ des betroffenen Grundstückseigentümers⁶². Dies ist hier nicht nachzuzeichnen⁶³.

IV. Politisch-philosophische Dimension: Christliche Nächstenliebe oder richterliche Moralkontrolle

- 8 Schon im 19. Jahrhundert verblüffte Zeitgenossen die Divergenz zwischen einem Rechtssatz, der nach übereinstimmender Ansicht »nicht sehr praktisch«⁶⁴ war, und einer beständig und breit geführten wissenschaftlichen Debatte um das Schikaneverbot. *Alfred Pernice* meinte 1895 trocken, die Lehre habe »mehr Staub aufgewirbelt, als die ganze Sache wert ist«⁶⁵. Die theoretische Bedeutung des Schikaneverbots resultierte daraus, daß hier im Rahmen eines dogmatischen, an römischen und gemeinrechtlichen Quellen orientierten Sachproblems über **Grundsatzfragen der Privatrechtsordnung** debattiert wurde.

(1) Das Abstellen auf die Schädigungsabsicht machte die Gesinnung, das innere Motiv des Handelnden zum entscheidenden Faktor. Damit war nach Ansicht der Zeitgenossen das heikle Verhältnis von **Recht und Moral** berührt.

(2) Faßte man das Schikaneverbot objektiver, nahm man etwa Interessenabwägungen als letztlich entscheidendes Merkmal, so schuf man eine praktikable Generalklausel. Eine so allgemeine Norm stellte jedoch eine wesentliche **Machtverschiebung zugunsten des Richters** dar. Je nachdem, wo man hier seine Verbündeten sah, konnte man dies gut heißen, für gesetzliche Einzelfallregelungen plädieren oder auf gesellschaftliche Selbstregulierung hoffen.

Für den Zeitraum vor etwa 1880 lassen sich in diesem Problemfeld drei Lösungsmodelle voneinander abgrenzen.

1. Schikaneverbot als Forderung christlicher Nächstenliebe

- 9 Schöneiche verstand das Schikaneverbot als Ausfluß **moralisch-christlicher Verhaltenspflichten** des Eigentümers. Verboten sei auch eine moralisch anstößige Belästi-

Rechte verschiedener Grundeigentümer, *Jher.Jb* 6 (1863), 1ff., 34ff., angesprochene Problem konnte freilich auch der Schikane selbst entgegengehalten werden.

⁶¹ Die *Actio Negatoria* war im Laufe des 19. Jahrhunderts zu einer umfassenden Eigentumsschutzklage ausgebaut worden, vgl. *Eduard Picker*, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, Bonn 1972, 61ff.

⁶² Damit verschob sich auch die herangezogene Rechtsgrundlage auf § 93 Einleitung ALR: »Wer den anderen in der Ausübung seines Rechts hindert, beleidigt denselben und wird ihm für allen daraus erwachsenen Schaden und Nachtheil verantwortlich«, vgl. aber § 94, der die Rechtsausübung gerade herausnimmt.

⁶³ Vgl. zur nachbarrechtlichen Problematik im 20. Jahrhundert unten Rn. 20.

⁶⁴ *Bernhard Windscheid*, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. I, 1. Aufl. Leipzig 1862, § 121, Fn. 3, § 169, Fn. 7.

⁶⁵ *Pernice*, *Labeo* (Fn. 17), 57, Fn. 3: »über die geringe praktische Bedeutung ist man allseits einig«.

gung, etwa der Einbau eines Fensters nur zu dem Zwecke, um die schönen Töchter des Nachbarn besser betrachten zu können⁶⁶. Damit wurde das Schikaneverbot Ausdruck einer allgemeinen moralischen Pflichtenbindung des Eigentumsgebrauchs. Für *Schöneiche* und auch viele vernunftrechtlich geprägte Autoren⁶⁷ war das Schikaneverbot Folge der moralischen **Pflicht zur Nächstenliebe**⁶⁸. Auch *Kreittmayr* sah im Eigentumsgebrauch mit »Possen oder aus Neid« einen Verstoß *contra amorem proximi et officia erga alios*⁶⁹. In seinem **Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis** von 1756 war das Schikaneverbot Teil eines Gesamtkonzepts, daß die individuellen Rechtspositionen einer generellen staatlichen Gerechtigkeitskontrolle unterwarf⁷⁰.

2. Scharfe Trennung von Recht und Moral

Scharfen Widerspruch erhielt diese starke moralische Konnotation bei *Schöneiche* bereits 1703 durch eine bei *Christian Thomasius* erscheinende Dissertation⁷¹. Diese Ablehnung des Schikaneverbots aus dem Blickwinkel der Trennung zwischen Recht und Moral wurde vor allem von vernunftrechtlichen Autoren geteilt⁷². Gegen Ende des

10

⁶⁶ *Schöneiche*, De aemulatione (Fn. 27), Kap. 1, Fn. 13.

⁶⁷ Etwa *Johann Gottlieb Heineccius*, Grundlagen des Natur- und Völkerrechts, Halle 1738, übersetzt von P. Mortzfeld und hg. von C. Bergfeld (Bibliothek des Deutschen Staatsdenkens, 2), Frankfurt a.M. 1994, § 308, § 178 (auch er brachte ein Beispiel aus dem Nachbarrecht: Der Nachbar der die Blumen in seinem Garten vergiftet, damit die Bienen des Nachbarn umkommen); *Ludwig Julius Friedrich Höpfner*, Naturrecht des einzelnen Menschen, der Gesellschaft und Völker, 2. Aufl. 1783, § 56 Fn. 1.; zu einseitig daher *Rotondi*, L'abuso (Fn. 17), 112; zu recht differenzierend *Huwiler*, Aequitas (Fn. 14), 61f. Fn. 21.

⁶⁸ *Schöneiche*, De aemulatione (Fn. 27), Kap. I, Fn. 1: »*amorem proximi et officia erga alios*«.

⁶⁹ *Kreittmayr*, Anmerkungen (Fn. 32), 2.2.6.5.; so auch noch *Thibaut*, System des Pandektenrechts, 8. Aufl. Jena 1834, § 58: »arglistigen Absicht, einen Anderen zu necken«.

⁷⁰ Hierzu *Klaus Luig*, Die Grundsätze des Vertragsrechts in Kreittmayrs CMBC, in: R. Bauer/H. Schlosser (Hg.), Wiguacius Xaver Aloys Freiherr von Kreittmayr 1705–1790, München 1991, 59ff., 76; souveräner Überblick über die alternativen Modelle der wichtigsten Kodifikationen vor 1900 in dieser Perspektive *Klaus Luig*, Das Privatrecht des ALR und seine Stellung unter den Naturrechtbüchern der Aufklärung, in: G. Birtsch (Hg.), Reformabsolutismus und ständische Gesellschaft, Zweihundert Jahre Preußisches Allgemeines Landrecht, Berlin 1998, 255ff.

⁷¹ *Wilhelm Wunder*, Non ens actionis forensis contra aedificationem ex aemulatione, Halle 1703, § 30: Streng rechtlich betrachtet sei es nicht zu verhindern, dass der Eigentümer mit der Bautätigkeit auf seinem Gebiet dem Nachbarn einen Schaden zufüge. Mangels *Servitut* habe der Betroffene keinen dinglichen, noch einen vertraglichen, noch einen deliktischen Anspruch. Die reine Schädigungsabsicht sei keine Zwangspflicht, sondern ein rechtlich unbeachtliches Gebot der Menschenliebe. Anders ergebe sich auch nicht aus D. 50, 10, 3, wo von öffentlichen, nicht privaten Gebäuden gesprochen werde. *Schöneiches* Beispielfall, den schönen Töchtern des Nachbarn, hielt er schlicht entgegen, es sei »*commodum et jucundum, videre feminas pulchras*«.

⁷² Vor allem *Christian Wolff*, Institutiones juris naturae et gentium, 1750, § 202 mit Verweis auf den wichtigen § 78 zu Recht/Moral; ihm folgend sein Schüler *Joachim Georg Darjes*, Institutiones Jurisprudentiae universalis, 6. Aufl. Jena 1764, § 447, Cor. II. Ablehnend auch *Hommel*, Rhapsodia (Fn. 41), Obs. 520.

Jahrhunderts setzte unter dem Einfluß *Kants*⁷³ immer stärker Kritik unter diesem Blickwinkel ein⁷⁴.

Die Debatte löste sich von der bindenden Kraft der überkommenen gemeinrechtlichen Autoritäten⁷⁵. Durch die Neubeschäftigung mit den antiken Quellen⁷⁶, denen jedenfalls eine übergreifende Formulierung des Gedankens nicht zu entnehmen war, fand sie die notwendige Freiheit, das Schikaneproblem neu zu durchdenken⁷⁷.

Bis in die neunziger Jahre wurde nun die Schikane von vielen auf die einzelnen Anwendungsfälle in den Quellen beschränkt⁷⁸ oder ganz als nicht quellengemäß abgelehnt⁷⁹. Man sprach offen aus, daß hier das Gebiet der »nicht zu erzwingenden Moral« betroffen sei⁸⁰ und wandte sich dagegen, »Freundlichkeit und Humanität ... zur Rechtspflicht zu machen«⁸¹. Prozessual fürchtete man zudem, daß mit der Schädi-

⁷³ Vgl. zu Kant etwa *Lothar Samson*, Art. »Moralität/Legalität«, HWPh, Bd. 6, Darmstadt 1984, Sp. 179ff.; übergreifend vgl. die Beiträge und Debatten in *Jürgen Blähdorn/Joachim Ritter* (Hg.), *Recht und Ethik. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert* (Studien zur Philosophie und Literatur des neunzehnten Jahrhunderts, 9), Frankfurt a.M. 1970; wichtige Differenzierung der sich hierbei überlappenden Problemkreise bei *Gertrude Lübke-Wolff*, *Historische Funktionen der Unterscheidung von Recht und Moral*, in: S. Jørgensen (Hg.), *Tradition und Fortschritt in den modernen Rechtskulturen* (ARSP Beiheft, 23), Stuttgart 1985, 43ff.

⁷⁴ Für *Gottlieb Hufeland*, *Über den eigentümlichen Geist des römischen Rechts im Allgemeinen und im Einzelnen*, Bd. I, Giessen 1815, 92, war es bereits eine »sonderbare Behauptung«, daß man nicht in »*aemulationem* anderer« handeln dürfe.

⁷⁵ Bereits im 18. Jahrhundert war der Rechtsquellenstatus einer *communis opinio doctorum* in Zweifel gezogen worden, vgl. *Regina Ogorek*, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat*, Frankfurt a.M. 1986, 179 mit Fn. 4f. Die 1828 formulierte einflußreiche Rechtsquellenlehre Georg Friedrich Puchtas maß gleichermaßen einem *usus fori* nur indiziellen Wert zu, vgl. *Georg Friedrich Puchta*, *Das Gewohnheitsrecht*, Bd. I, Erlangen 1828, 161ff.; ebenso bereits *ders.*, *Encyclopädie als Einleitung zu Institutionen-Vorlesungen*, Leipzig/Berlin 1825, 27f.

⁷⁶ Für die *Aemulatio* unternahm erstmals Eduard Dirksen 1816 den Nachweis, daß auch das römische Recht auf dem Boden des »streng juristischen« Grundsatzes stehe, dass der Grundstückseigentümer auch zum Nachteil seines Nachbarn sein Recht ausüben dürfe. Das gegensätzliche »Billigkeits-Prinzip« habe keine Anerkennung gefunden, vgl. *Eduard Dirksen*, *Über die gesetzlichen Beschränkungen des Eigenthums nach Römischem Recht und über die arborum subflucatio insbesondere*, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 2 (1816), 405ff., 407f.

⁷⁷ Der für die fraglichen Stellen aufkommende Interpolationsverdacht schuf zusätzlich eine hinreichend flexible Quellsituation um relativ offen über Sinn oder Unsinn eines Schikaneverbotes zu diskutieren; gute Darstellung der Debatten bei *Rudolf Blümner*, *Die Lehre vom böswilligen Rechtsmißbrauch (Chikane) nach gemeinem Rechte und nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches*, Berlin 1900, 37ff.

⁷⁸ *Johann Adam Fritz*, *Erläuterungen, Zusätze und Berichtigungen zu von Wenig-Ingenheims Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, Bd. I, Freiburg 1834, 49f., *Wächter*, *Handbuch II* (Fn. 5), § 32, 194; *ders.*, *Pandekten*, Bd. I, Leipzig 1880, 169; *Ludwig Arndts*, *Lehrbuch der Pandecten*, 2. Aufl. München 1855, § 92; zu Puchta sogleich im Text.

⁷⁹ *Adolph Dieterich Weber*, *Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung*, 5. Aufl. Leipzig 1825, § 101; *Ferdinand Mackeldey*, *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts*, 4. Aufl. Gießen 1822, § 167.

⁸⁰ *Albrecht Schweppe*, *Das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung*, Bd. I, 4. Aufl. Göttingen 1828, § 146.

⁸¹ *Wächter*, *Handbuch II* (Fn. 5), 195; *ders.*, *Pandekten I* (Fn. 78), 169 mit Fn. 1: unzulässiges »Hin-

gungsabsicht das »Rechtsverhältnis von einem Momente abhängig gemacht würde, ... [sc. das] sich mit juristischer Sicherheit gar nicht erkennen läßt«⁸².

Besondere Brisanz hatte die Frage angesichts der engen Verknüpfung mit dem Eigentum, insbesondere dem Grundeigentum. Der »freie Gebrauch des Eigentums«⁸³, war im Rechtssystem der Romanisten Teil eines absolut formulierten Eigentumsbegriffs, der dazu diente, dem Individuum einen **äußeren Freiheitsraum zu gewähren**⁸⁴. Während auf dem Gebiet der Rechtszuweisung der gesetzgeberische Einfluß zwar nicht betont, aber doch zugestanden wurde⁸⁵, war gerade der dadurch gewährte Bereich der Rechtsausübung zentraler Entfaltungsraum der Person.

Ein Beispiel bietet die Position *Puchtas*. Puchta trennte streng zwischen Recht und Moral und sah in dieser Abgrenzung die Möglichkeit »sich zu bestimmen« gewährleistet⁸⁶. Konsequenter definierte er das Eigentum als »volle und unbedingte Herrschaft über die Sache«⁸⁷. Vor einem allgemeinen, über die in den Quellen genannten Einzelfälle hinausgehenden⁸⁸ Schikaneverbot müsse »man sich hüten«⁸⁹. Unter Grundstückseigentümern unterliege das nachbarliche Verhalten, so Puchta, der beiden obliegenden Erwägung, »daß ein allzustrenges Bestehen auf seinen Eigenthumsbefugnissen einen fortwährenden rechtlichen Kriegszustand hervorrufen würde, bey dem vielleicht keiner der Nachbarn die Linie seines Rechts überschreitet, jeder aber den anderen und sich selbst in der Benutzung seines Guts ohne endlichen Vortheil beschränkt«. Das »Bedürfnis einer solchen gegenseitigen Nachsicht« verwies also auf

eintragen eines Grundsatzes der Moral«; zustimmend *Arndts*, *Pandekten* (Fn. 78), 106; *Joseph Unger*, *System des österreichischen Privatrechts*, Wien 1892, 616.

⁸² *Wächter*, *Pandekten I* (Fn. 78), 169 Fn. 1; ähnlich *Unger*, *System* (Fn. 81), 617 Fn. 21: »der bloßen Willkür Thür und Thor öffnen würde«.

⁸³ Hierzu knapp *Dieter Schwab*, Art. »Eigentum«, in: O. Brunner u.a. (Hg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Bd. II, Stuttgart 1975, 89.

⁸⁴ Vgl. *Wolfgang Wiegand*, *Zur theoretischen Begründung der Bodenmobilisierung in der Rechtswissenschaft: der abstrakte Eigentumsbegriff*, in H. Coing/W. Wilhelm (Hg.), *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Bd. III, Frankfurt a.M. 1976, 118ff.; zu den philosophischen Implikationen vgl. *Joachim Ritter*, *Person und Eigentum. Zu Hegels Grundlinien der Philosophie des Rechts* (§§ 34–81), 1961; jetzt leicht greifbar in L. Siep (Hg.), *G.W.F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts (Klassiker Auslegen)*, 9, Berlin 1997, 55ff.

⁸⁵ Hierzu auch *Karl Kroeschell*, *Zur Lehre vom »germanischen« Eigentumsbegriff*, in: B. Diestelkamp u.a., *Rechtshistorische Studien – Hans Thieme zum 70. Geburtstag* zugeeignet von seinen Schülern, Köln 1977, 39ff.

⁸⁶ *Georg Friedrich Puchta*, *Cursus der Institutionen*, Bd. I, 4. Aufl. Leipzig 1841, § 7; »Nicht erst durch den Gott gefälligen Gebrauch der Freiheit wird er [sc. der Mensch] zum berechtigten Wesen, nicht erst dadurch, daß er sich zum Guten entschließt, zum Gehorsam gegen Gott. Hierin liegt der Unterschied des Rechts von der Moral«, das Zitat findet sich ebd., § 4, 9; hierzu *Joachim Rückert*, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover 1988, 79ff.; zur religiös freilich gebundenen Freiheit des Individuums bei Puchta *Christoph Link*, *Die Grundlagen der Kirchenverfassung (Jus Ecclesiasticum)*, 3, München 1966, 111ff.

⁸⁷ *Georg Friedrich Puchta*, *Cursus der Institutionen*, Bd. II, 4. Aufl. Leipzig 1842, § 231, 556.

⁸⁸ *Georg Friedrich Puchta*, *Lehrbuch der Pandekten*, Leipzig 1838, 59 mit Fn. k); *ders.*, in der 3. Aufl. Leipzig 1845, 118 mit Fn. a); *ders.*, *Institutionen II* (Fn. 87), § 231, 554ff.

⁸⁹ *Puchta*, *Pandekten*, 3. Aufl. Leipzig 1845, 118 Fn. a).

»Vernunft und Billigkeit«⁹⁰ und damit auf einen von rechtlichen Eingriffen freien Bereich sittlichen Verhaltens⁹¹.

3. Schikaneverbot als ethisches Minimum

- 11 Vielen ging diese Freiheitsgewähr zu weit⁹². *Thibaut* betonte, daß auch »die Römer auf das Moralische und Honorige ... *in jure* überall das höchste Gewicht gelegt« hätten. Zudem sei der »Satz, daß Gedanken zollfrei sind ... nur in sofern wahr, als keine äußere That hinzukommt«⁹³. Nur wenige gingen andererseits so weit wie *Böcking*, demzufolge 1853 der »Begriff des Rechts« den Grundsatz enthielt, daß eine Rechtsausübung »aus bloßer Bosheit oder sonst unvernünftiger Absicht keinen Rechtsschutz finde«⁹⁴. Zumeist fand sich ein Schikaneverbot streng subjektiv formuliert als Begrenzung im Nachbarrecht⁹⁵. So formuliert übernahm ein Schikaneverbot eine überwiegend **symbolische Funktion**. Die Indizienlösung fand keine Anhänger⁹⁶. Bei *Windscheid* wurde deutlich, daß die Funktion des Schikaneverbots als **ethisches Minimum** gerade nicht auf eine Ausweitung des praktischen Anwendungsbereichs zielte. *Windscheid* verlangte den klägerischen Nachweis, »daß der Berechtigte an der Ausübung seines Rechts kein irgendwelches anderes Interesse habe«, um dann festzustellen, des-

⁹⁰ *Puchta*, Institutionen II (Fn. 87), § 231, 554.

⁹¹ 1854 verteidigte in diesem Sinne *Jhering* das römische Recht gegen den Vorwurf, unsittlicher Rechtsausübung nicht entgegengetreten zu sein: »Die fixe Idee von der man sich nicht losmachen kann, ist die: ein Mißbrauch jener Gewalt war rechtlich möglich, folglich fanden die Römer nichts anstößiges darin. Unwillkürlich folgert man aus der rechtlichen Möglichkeit des Mißbrauchs die reale Möglichkeit ja die Wirklichkeit desselben«. Von den vielen Beschränkungen denen die Rechtsausübung »nicht de jure, aber de facto abhing ... von all dem nehmen wir in der juristischen Theorie nichts wahr, aber der Römer hatte all dies vor Augen. Denn jene abstracte Freiheit des Rechts fand faktisch im römischen Leben Maß und Ziel«, *Rudolf Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. II.1, Leipzig 1854, § 31, 144f.

⁹² Ohne nähere Auseinandersetzung: *Johann Nepomuk von Wenig-Ingenheim*, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, 4. Aufl. München 1831, § 26; *Christian Friedrich Mühlenbruch*, Doctrina Pandectarum, 2. Aufl. Halle 1827, § 129, 2) bzw. dann *ders.*: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 3. Aufl. Halle 1839, § 129, 2).

⁹³ So in den Vorlesungsdiktaten zu seinem Lehrbuch, *H. Froben* (Hg.), Erörterungen einzelner Lehren des Römischen Recht. Ein Commentar zu der achten Auflage des Pandecten-Rechts von A.F.J. Thibaut, Stuttgart 1836, 67, in Bezug auf *Anton Friedrich Justus Thibaut*, System des Pandektenrechts, 8. Aufl. Jena 1834, § 58 mit Fn. (p).

⁹⁴ *Eduard Böcking*, Pandekten des römischen Privatrechts, Bd. I, Bonn 1843, § 128.

⁹⁵ Etwa *Heimbach sen.*, Art. »Recht«, in: *J. Weiske* (Hg.), Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten, Bd. IX, Leipzig 1855, 147; *Hesse*, Grundstücksnachbarn (Fn. 43), 226ff., 231 (der schlicht D. 1, 1, 1 heranzieht); *Windscheid*, Pandekten (Fn. 64) §§ 121, 169 Fn. 6; *Schelhaß*, Das Nachbarrecht nach gemeinem Rechte und heutiger Praxis, Würzburg 1863, 1, 3, 131; *Sintenis*, Gemeines Zivilrecht (Fn. 45), § 27, 234 Fn. 6; *Hugo Burckhard*, Die actio aquae pluviae arcendae, Erlangen 1881, 240; *Karl Adolph von Vangerow*, Lehrbuch der Pandekten, 6. Aufl. Marburg 1851, § 297 Fn. 1.

⁹⁶ *Alfred Pernice*, Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Rechte, Weimar 1867, 45 mit Fn. 28, beispielsweise warnte davor, aus der Tatsache, daß die Beeinträchtigung auch weniger schadensintensiv hätte vorgenommen werden können, auf eine Schikaneabsicht zu schließen.

wegen sei die Bestimmung »nicht sehr praktisch«⁹⁷. Obwohl man einer Beschränkung der Rechtsausübung anhand vager subjektiver Vorwürfe durch den Richter skeptisch gegenüberstand, scheute man die in der Ablehnung eines Schikaneverbots gesehene Gegenaussage: ein **Recht zur schikanösen Schädigung** durch den Rechtsinhaber. Gerade weil es von geringer praktischer Bedeutung war, fand das Schikaneverbot folglich nun vielfach Zustimmung⁹⁸.

V. Das Schikaneverbot im Übergang zum umfassenden »Rechtsmißbrauch«

1. Die Entstehung des § 226 BGB

In diesem Umfeld begannen die Vorarbeiten zum BGB. Verstärkt⁹⁹ seit den achtziger Jahren wurde das Schikaneverbot in Debatten gezogen, die um die Formulierung des **subjektiven Rechts** kreisten¹⁰⁰. Hatten zunächst auch viele Germanisten das Eigentum als »unbeschränkte Befugnis ... jeder Art von Benutzung« umfassend formuliert¹⁰¹, so betonte man nun einerseits stärker die gesetzliche Rechtszuweisung¹⁰² und andererseits eine generelle »soziale« Bindung der Rechtsausübung¹⁰³.

Die Redaktoren der Vorentwürfe zeigten sich von dem sich abzeichnenden Meinungsumschwung weitgehend unberührt. Ihre Ablehnung des Schikaneverbots stütz-

12

⁹⁷ Windscheid, Pandekten (Fn. 64), § 121 Fn. 3, § 169 Fn. 7; vgl. auch Pernice, Fn. 65.

⁹⁸ So Dernburg, Pandekten (Fn. 5), § 41, 93; Ferdinand Regelsberger, Pandekten, Bd. I, Leipzig 1893, § 53, 230; Julius Baron, Pandekten, 2. Aufl. Leipzig 1876, § 75, 127; ablehnend dagegen Max Rewoldt, Das Verbot der Schikane, Gruchots Beitr. 24 (1880), 677ff. Mit Blick auf das BGB sprach später Karl Huber, Über den Rechtsmißbrauch, Bern 1910, 29, vom Schikaneverbot als »moralischem Dekorationsschild«.

⁹⁹ Die Schaffung und politische Nutzbarmachung eines »prinzipiellen Unterschied[s]« (Carl Adolf Schmidt 1853) zwischen einem deutschen und einem römischen Eigentumsbegriff setzte bereits seit den vierziger Jahren ein, Kroeschell, Lehre vom »germanischen« Eigentumsbegriff (Fn. 85), 41ff., 54ff.; noch ältere Zeugnisse bringt Klaus Luig, Römische und germanische Rechtsanschauung, individualistische und soziale Ordnung, in: J. Rückert/D. Willoweit (Hg.), Die deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit, ihre Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen, Tübingen 1995, 95ff.;

¹⁰⁰ Überblicksartig Schwab, Eigentum (Fn. 83), 104ff.; differenzierend nun Sybille Hofer, Freiheit ohne Grenzen?, Tübingen 2001, 205ff.

¹⁰¹ Carl Friedrich Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatrecht, Göttingen 1823, § 155, 399; noch bei Georg Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I, 4. Aufl. Berlin 1885, 318 findet sich diese Definition, obwohl Beseler die Konflikte mit den deutschen Rechtsverhältnissen früh herausgestellt hatte, vgl. Kroeschell, Lehre vom »germanischen Eigentumsbegriff (Fn. 85), 51f.

¹⁰² So vor allem August Thon, hierzu Peter Landau, Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts, in: C. Petersson (Redakteur), Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit, Stockholm 1993, 83.

¹⁰³ Das Spektrum ging über die »Germanisten« hinaus, vgl. nur Rudolf von Jhering, Der Zweck im Recht, Bd. I, 4. Aufl. Leipzig 1904, ND Heidelberg 1970, 408 in Anlehnung an Adolf Wagner, vgl. Rainer Schröder, Abschaffung oder Reform des Erbrechts (Münchener Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 46), Ebelsbach 1981, 319ff., 335ff.; Hofer, Freiheit ohne Grenzen? (Fn. 100), 90ff.

ten sie mit traditionellen Argumenten. *Gebhard* ließ in § 197 TE-AT als Ausübungsschranken nur gesetzliche Vorschriften und Rechte Dritter zu¹⁰⁴. Damit war eine Rechtsausübung gestattet, »an welcher der Ausübende ..., neben der Befriedigung der Schadenfreude, kein sonstiges Interesse hat«¹⁰⁵. Er fürchtete eine dagegen gerichtete »Vorschrift von allgemeiner Tragweite«, da er dem Richter die hochsensible Beschränkung des subjektiven Rechts anhand unsicherer Kriterien nicht überlassen wollte. Auf der Ebene der Rechtsbegründung falle der Rechtsordnung »die Aufgabe zu, nur solche Rechte zu sanktionieren, welche an sich geeignet sind, dem Wohle der menschlichen Gemeinschaft zu dienen. Wer aber ein ihm zustehendes Recht geltend macht, macht einen nach der Seite des Interesses anerkannten Willensinhalt geltend. Damit muß man sich begnügen«. Für das Eigentum rückte auch *Johow*¹⁰⁶ die Gefahr in den Vordergrund, daß das »an sich berechnete Handeln der Kritik eines vollkommen Unberechtigten, welcher durch dasselbe benachteiligt wird« ausgesetzt werde. Mit *Gebhard* sah er vor allem zudem im Mißbrauch des Schikaneinwands im Prozeß eine Gefahr¹⁰⁷.

- 13 Als der erste Entwurf 1888 erschien, provozierten insbesondere Stellungnahmen in den Motiven zur Ablehnung eines Schikaneverbotes Kritik¹⁰⁸. So fand sich in den Motiven zu § 705 des Entwurfs, der bewußt nur Handlungen »kraft der allgemeinen Freiheit« an den »guten Sitten maß«, die Aussage, wer eine besonderes Recht ausübe bleibe immer haftfrei, »auch wenn er aus Chikane handelt«¹⁰⁹. Für ein »Recht zur Schikane« wollte sich freilich niemand aussprechen. Neben *Otto Bähr*¹¹⁰ wandten sich nun auch zurückhaltendere Romanisten wie *Gustav Hartmann* gegen diese Auswüchse

¹⁰⁴ »Sofern nicht eine gesetzliche Vorschrift, oder ein den Vorzug genießendes Recht eines Anderen der Rechtsausübung Schranken zieht, dürfen Rechte nach Maßgabe ihres Inhalts in vollem Umfang auch dann ausgeübt werden, wenn die Ausübung Dritten Schaden bringt«.

¹⁰⁵ *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 410ff.

¹⁰⁶ Vgl. § 85 TE-SachR: »Der Eigentümer hat das Recht, die Sache zu besitzen und über dieselbe mit Ausschließung Anderer zu verfügen, soweit nicht Beschränkungen dieses Rechts durch Gesetz oder durch Rechte Dritter begründet sind.« In seinen Erläuterungen trat *Reinhold Johow*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Sachenrecht, Berlin 1880, in: W. Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. III.1: Sachenrecht, Berlin 1982, 701, einem allgemeinen Schikaneverbot entgegen.

¹⁰⁷ *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 412: »Es ist nicht rätlich, einem Streite über die Beschaffenheit des Interesses, welches der Berechnete an der Ausübung der Rechte hat, und dessen Vorhandensein er durch die Tatsache des Ausübens bekundet, die Türe zu öffnen. ... der Gegner wird ... nur selten darzutun vermögen, daß der Berechnete ... an der Ausübung keinerlei sonstiges Interesse irgend welcher Art habe. Mißliche Prozesse werden veranlaßt und durch Entscheidungen erledigt, die ihrem materiellen Gehalt nach nicht selten von zweifelhaften Werthe sind.« Diese Warnung bereits bei *Alfred Pernice*, Sachbeschädigungen (Fn. 96), 45, Fn. 28; Beispiel bei *Arthur Knuth*, Über die sogenannte Chikane nach gemeinem Recht und bürgerlichem Gesetzbuch, Diss. Königsberg 1900, 5.

¹⁰⁸ Vgl. Mot., Bd. II, 274f. = Mugdan, Bd. I, 504f.

¹⁰⁹ Mot., Bd. II, 727 = Mugdan, Bd. II, 406.

¹¹⁰ *Otto Bähr*, Ist der Begriff der Anspruchsverjährung im Sinne des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs beizubehalten?, in: Verhandlungen des 20. Deutschen Juristentages, Bd. I, Berlin 1889, 299ff., 305.

des »modernen sogenannten »romanistischen Denkens«¹¹¹. In diesem Kontext verwies er als funktionales Äquivalent zum Schikaneverbot auch auf die **exceptio doli generalis**, die Arglisteinrede¹¹². Auch Otto Bähr fand das Fehlen des Schikaneverbots »geradezu verhängnisvoll«.

Mit *Otto von Gierke*s Aufgreifen dieser Kritik¹¹³ geriet das Schikaneverbot ins Rampenlicht. Gerade im Verbot der Schikane fand Gierke »das lange verdunkelte deutsche Rechtsgewissen zum Durchbruch« gekommen¹¹⁴. Wie zuvor bereits *Beseler* hielt auch Gierke die »**deutschrechtlichen**« **Neidbauverbote** für die eigentliche Wurzel des Schikanegedankens¹¹⁵. Für *Gierke* war die Annahme einer unbeschränkten Ausübungsfreiheit des Eigentums in berühmten Worten eine »bloße Fiktion ... Aber diese Fiktion ist gemeingefährlich!«¹¹⁶. Schon begrifflich war das Eigentum und mit ihm das subjektive Recht an »ihm immanente sittliche Schranke[n]« gebunden. Für Gierke waren es »echt germanische und echt christliche Grundsätze, daß es kein Recht ohne Pflicht gibt, daß jedes Recht seine Schranke in sich trägt, daß die Befugnisse zum Schutze vernünftiger Interessen dienen und durch diesen ihren Zweck begrenzt sind«¹¹⁷.

Vor allem *Julius Baron* reagierte auf den für das römische Recht gefährlichen Vorwurf unsozialer Freiheitsgewähr¹¹⁸. Er hielt *Gierke* die **römische Herkunft des Schikanegedankens** entgegen¹¹⁹. Es bedürfe wie er mit Hinweis auf den *bonus paterfamilias*

¹¹¹ Er verwies auf Konflikte des Rechtsgefühls, die es nicht erlauben würden, einem Handeln »aus reiner Bosheit« Rechtsschutz zu gewähren, *Gustav Hartmann*, *Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprinzip und die Richterstellung*, AcP 73 (1888), 346.

¹¹² Er warnte davor, daß sich diese Grundsätze bei der »gegebenen Stufe der Rechtskultur« auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung »mit zwingender Nothwendigkeit in Leben und Rechtspflege von selber geltend macht«, *Hartmann*, *Aequitätsprinzip* (Fn. 111), 344.

¹¹³ *Otto von Gierke*, *Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht*, Leipzig 1889, 183, Fn. 1; hierzu weitgehend übereinstimmend *Christian-Matthias Pfennig*, *Die Kritik Otto von Gierkes am ersten Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs*, Göttingen 1997, 149ff.; *Thomas Haak*, *Otto von Gierkes Kritik am ersten Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, Frankfurt a.M. u.a., 1997, 113ff.

¹¹⁴ *Gierke*, *Entwurf* (Fn. 113), 183.

¹¹⁵ *Beseler*, *Deutsches Privatrecht* (Fn. 101), § 93; *Otto von Gierke*, *Deutsches Privatrecht* Bd. I, Leipzig 1895, 319.

¹¹⁶ *Otto Gierke*, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889, zitiert nach *Erik Wolf* (Hg.), *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M. 1949, 492.

¹¹⁷ Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs gefertigt im Reichs-Justizamt, Bd. IV, Berlin 1890, ND Osnabrück 1967, 207ff. (*Gierke* war hier Referent).

¹¹⁸ *Julius Baron*, *Das römische Vermögensrecht und die soziale Aufgabe*, *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik* 19 (n.F.) (1889), 225ff.; zur Debatte zwischen *Gierke* und *Baron* siehe *Hofer*, *Freiheit ohne Grenzen?* (Fn. 100), 141ff., 148ff.

¹¹⁹ Insbesondere *Gierke*s Behauptung, den Pandektensystemen liege der »Begriff der reinen Befugnis« zugrunde, trat er entgegen. Dem römischen Recht sei der Gedanke der Begrenzung des subjektiven Rechts durch einen vernünftigen Zweck keineswegs fremd. Das römische Vermögensrecht lehre, daß »alle subjektiven Rechte ein Interesse für den Berechtigten haben müssen, daß sie ohne ein solches Interesse nicht entstehen können, daß sie ohne ein solches Interesse auch nicht fortbestehen können, sondern daß sie, wenn das Interesse fortfällt, selbst untergehen«. Diese Vorstellung erschien

bemerkte, nicht eines Tropfens »sozialen Oeles«¹²⁰, sondern »bloß gesunden Menschenverstand[es]« um einem Mißbrauch des subjektiven Rechts nicht zuzulassen¹²¹.

Im Ergebnis fand Baron freilich kaum Beachtung. Unter dem Druck der Gierkeschen Angriffe erschien es auch *Planck* ratsam, die Frage des Schikaneverbots neu zu erörtern¹²². Einflußreich zeigte sich nun ein Vorschlag *Regelsbergers* aus dem Jahr 1893. Um die bei rein subjektiver Fassung zu befürchtende Eideszuschlebung zu vermeiden, schlug er vor, das Vorliegen einer schikanösen Rechtsausübung objektiv zu bestimmen. Danach lag eine solche vor, wenn »ein anderer Beweggrund [sc. als Böswilligkeit] ausgeschlossen« sei¹²³. Wie auch die erste Kommission sprach sich auch die Vorkommission des Reichsjustizamtes zunächst gegen die Aufnahme eines allgemeinen Schikaneverbotes aus, »weil das Vorhandensein einer solchen Bestimmung die Gefahr in sich schließe, daß der Richter, statt sich von klaren scharfen Entscheidungsgründen leiten zu lassen, einem dunklen, rein subjektiven Rechtsgefühl folge«¹²⁴. Gleichzeitig erweiterte die Vorkommission jedoch den § 705 des Entwurfs auch auf Rechtsausübungshandlungen, »weil derjenige, welcher kraft allgemeiner Freiheit handle, im weiteren Sinne auch ein Recht ausübe und es der inneren Rechtfertigung entbehre, nur in diesem Falle, nicht aber auch in dem Falle, in welchem das Interesse der Person zu einem besonderen Privatrecht erhoben worden sei, einer mißbräuchlichen, gegen die guten Sitten verstoßenden Ausübung entgegenzutreten«. Hinzu komme, daß die Unterscheidung zu unbestimmt sei und daher eine Quelle von Streitfragen zu werden drohe¹²⁵. Auch wenn die deliktsrechtliche Vorschrift des § 705 des ersten Entwurfs die Rechtsausübung nicht unwirksam machte, stellte sie dennoch eine klare Einschränkung der Ausübungsfreiheit dar.

in den Pandektenlehrbücher durchweg, »im sog allgemeinen Teil der Pandekten, in der Materie vom Eigentum, von den Servituten, von den Obligationen«, vgl. *Baron*, Vermögensrecht (Fn. 118), 235.

¹²⁰ Oft verkannt sprach Gierke bekanntlich schärfer vom »socialistischen Öle«. Auch der »Tropfen sozialen Oeles« hat in Bismarcks Reichstagsrede über das Tabakmonopol aus dem Jahr 1882 freilich ein, den damals Debattierenden wohl bekanntes Vorbild, vgl. hierzu *Tilman Reggen*, Was war und wo blieb das soziale Öl?, ZNR 2000, 406ff.

¹²¹ *Baron*, Vermögensrecht (Fn. 118), 225ff., 234. Baron konnte darauf verweisen, daß auch von romanistischer Seite die Kompromißformel zwischen der traditionellen Willentheorie und Jherings Ausrichtung des subjektivem Recht am »rechtlich geschützten Interesse« fast durchweg anerkannt wurde, *ders.*, ebd., 235; Beispiele bei *Hans-Peter Haferkamp*, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?, (Berliner Juristische Universitätsschriften, Zivilrecht, 1), Berlin 1995, 72ff.

¹²² *Gustav Planck*, Zur Kritik des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs, AcP 75 (1889), 327ff., 393.

¹²³ *Regelsberger*, Pandekten (Fn. 98), 230; deutlich zu diesen Zusammenhängen *Gottlieb Planck*, *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3. Aufl. Berlin 1903, § 226, Fn. 1, 376; vgl. auch *Huwieler*, *Aequitas* (Fn. 14), 63; die Eideszuschlebung erlaubte es im gemeinen Prozeß, den Schikanevorwurf auf den Eid des Gegners zu stützen; hierzu *Georg Wilhelm Wetzell*, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3. Aufl. Leipzig 1878, 281ff., 314f.

¹²⁴ Prot-RJA, 174; *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1171.

¹²⁵ *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert*, Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Recht der Schuldverhältnisse, Bd. III, Berlin u.a. 1983, 893.

Im November 1889 machten Diskussionen im preußischen Landesökonomiekollegium deutlich, wie politisch aufgeladen die Frage inzwischen war. Nach einem flamenden Plädoyer des Referenten *Gierke* für ein Schikaneverbot meinte der Abgeordnete *Frhr. v. Hövel*: »Der **Sozialismus**, der sich jetzt entwickelt, und den aufzuhalten und einzuschränken eine sehr schwierige Aufgabe unserer Zeit ist, findet seine Waffen darin, dass der starre Gebrauch des Rechts ohne jede sittliche Einschränkung vom Richter genehmigt werden muss«¹²⁶. Nachdem sich das Kollegium auf Antrag *Schmolters*¹²⁷ für die Aufnahme eines Schikaneverbots ausgesprochen hatte, stellte *v. Mandry* einen entsprechenden Antrag in der zweiten Kommission¹²⁸. Der Antrag wurde erneut abgelehnt¹²⁹, da es »ein wesentlicher Unterschied [sei], ob es sich erst darum handle, einem Thatbestande rechtliche Anerkennung zu Theil werden zu lassen oder nicht, oder ob die Ausübung einer rechtlich anerkannten Befugnis in Frage stehe.« Im Bundesrat setzte Preußen als Absatz 2 des späteren § 903 BGB ein Schikaneverbot durch¹³⁰. Preußen überzeugte die Skeptiker durch den Hinweis darauf, dass die entsprechende Bestimmung des ALR praktisch bedeutungslos geblieben sei und gerade dadurch ein gutes Mittel darstelle, »den z.Z. so lebhaft auftretenden Angriffen gegen das Privateigenthum entgegenzutreten«¹³¹. Folge dieser Änderung waren erbitterte Diskussionen im Reichstag¹³². In der Reichstagskommission forderte der Abgeordnete

¹²⁶ Abgedruckt in: Verhandlungen des königlichen Landes-Ökonomie-Kollegiums über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich und andere Gegenstände (Landwirtschaftliche Jahrbücher, Ergänzungsband, 2), Berlin 1890 (Sitzungsperiode vom 11.–22. November 1889), 218, 252ff., 492ff., hier 499.

¹²⁷ »Es bedarf der Annahme von Vorschriften wider die missbräuchliche Ausübung der Rechte, einschliesslich des Eigentums und insbesondere wider die Schikane nach dem Vorbilde des preussischen Landrechts«. Der Antrag wurde angenommen, eine Annahme eines Schikaneverbots unterblieb gleichwohl zunächst, vgl. Verhandlungen des königlichen Landes-Ökonomie-Kollegiums (Fn. 126), 498, 504.

¹²⁸ *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1171.

¹²⁹ »Ein Anspruch kann von demjenigen, gegen welchen er geltend gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn erhellt, daß die Geltendmachung für den Berechtigten kein Interesse hat, dem Gegner aber erhebliche Nachteile bringen werde.« Zur Begründung führte er aus (*Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1171): Der Antrag bezwecke einerseits die Aufstellung eines beschränkten Schikaneverbotes, andererseits die Anerkennung der sog. *exceptio doli generalis* und suche der Rechtsprechung ein zur Berücksichtigung der *aequitas* gegenüber dem formellen Rechte dienliches Mittel an die Hand zu geben. Anlangend das Verbot chicanöser Rechtsausübung, so sein zwar mit dem subjektiven Privatrechte auch die Befugnis zur vollen Ausübung desselben ohne Rücksicht auf etwaige, Dritten daraus erwachsende Nachteile gegeben. Indessen verstoße die Rechtsausübung dann gegen die öffentliche Moral, wenn sie ohne eigenes Interesse des Berechtigten, lediglich zur Kränkung eines Dritten erfolge. Gegen einen solchen Mißbrauch des Rechtes bedürfe es eines allgemeinen Verbotes, wie solches nach richtiger Ansicht den gemeinrechtlichen Quellen zu entnehmen und im ALR ausdrücklich anerkannt sei.

¹³⁰ § 887 II der Reichstagsvorlage von 1896: »Eine Ausübung des Eigenthums, die nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen, ist unzulässig.«

¹³¹ *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert*, Die Beratung des BGB. Sachenrecht, Bd. I, Berlin u.a. 1985, 444f.

¹³² Bericht von *Heller* über die Sitzung vom 24. 3. 1896 (*Jakobs/Schubert*, Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 125), 901: »Die Anträge riefen eine ungewöhnlich lange Diskussion hervor.«

Gröber (Zentrum) die Erstreckung des Schikaneverbots auf alle Rechte¹³³. Erneut wurde befürchtet, die allgemeine Zulassung der Einrede der Schikane öffne »ihrer mißbräuchlichen Anwendung Thür und Thor und werde eine Unzahl schikanöser Prozesse hervorrufen.« Dennoch wurde Gröbers Antrag als § 220 a (später § 226 BGB) angenommen.

2. Ein Produkt des Übergangs

- 16 Als *Emil Steinbach* diese Entwicklung 1898 analysierte, nahm er die Entstehung des § 226 BGB zum Anlaß von einer »**Übergangsperiode**« zu sprechen, in der das BGB entstanden sei¹³⁴. Hatte er noch 1888 in der Zurückhaltung gegenüber einem Schikaneverbot »ein Zeichen jener individualistischen Rechtsauffassung« erblickt, welche »über der Ausbildung des einzelnen subjektiven Rechts ... nur allzuoft den Zweck des objektiven Rechts aus den Augen verliert«¹³⁵, so sah er nun überall »gegensätzliche Strömungen« am Werk¹³⁶. Während noch um § 226 gestritten wurde, deuteten Forderungen nach einer gesetzlichen Verankerung einer *exceptio doli generalis* im Gesetzbuch auf viel weitergehende Ausübungsbeschränkungen hin¹³⁷. Letztlich blieb es unsicher, ob die Verfasser etwa in § 242 eine solche verankert wissen wollten¹³⁸. Auch mit Blick auf § 826 stellte sich bereits 1896 die Frage, ob der eng gefaßte § 226 nicht bereits von anderen Rechtsausübungsschranken überflügelt worden war. Der zuvor § 705 des ersten Entwurfs, dem späteren § 826 angefügte Zusatz, »durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt«¹³⁹, wurde von der Vorkommission des Reichsjustizamtes mit dem Hinweis gestrichen, daß nicht gebilligt werden könne, »wenn jemand, selbst in der Ausübung eines formalen Rechtes, einem anderen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügt«¹⁴⁰.
- 17 In der **Literatur** war folglich das Verhältnis zwischen § 226 und § 826 bald umstritten. Versuche, die Erweiterung des Reichsjustizamtes zu negieren und § 826 nicht auf Handlungen im Rahmen eines bestehenden subjektiven Rechts anzuwenden¹⁴¹, konn-

¹³³ *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II, 1172, Fn. 6: Antrag: »§ 234 a. Die Ausübung eines Rechts, die nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen, ist unzulässig.«

¹³⁴ *Steinbach*, Moral (Fn. 130), 32.

¹³⁵ *Steinbach*, Die Rechtsgrundsätze (Fn. 38), 244.

¹³⁶ *Steinbach*, Moral (Fn. 130), 27.

¹³⁷ Hierzu *Haferkamp*, *exceptio doli* (Fn. 13), 19ff.

¹³⁸ *Haferkamp*, *exceptio doli* (Fn. 13), 20f.

¹³⁹ Vgl. § 146 der Redaktionsvorlage; hierzu *Jakobs/Schubert*, Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 125), 888.

¹⁴⁰ *Jakobs/Schubert*, Beratung Schuldverhältnisse III (Fn. 125), 893; bemerkenswerterweise sprach sich die Vorkommission zugleich gegen ein Schikaneverbot aus, »weil das Vorhandensein einer solchen Bestimmung die Gefahr in sich schließe, daß der Richter, statt sich von scharfen Entscheidungsgründen leiten zu lassen, einem dunklen, rein subjektiven Rechtsgefühl folge.«, *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1171.

¹⁴¹ So immerhin *Planck*, 3. Aufl. (Fn. 123), § 226, 279; § 826 Nr. 2c; *Konrad Cosack*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. Jena 1903, § 163 III 2 c; *Blümmer*, Rechtsmißbrauch (Fn. 77), 200, mit

ten sich nicht durchsetzen¹⁴². Anerkennung fand dagegen die Ansicht *Oertmanns*, der im Gegensatz zu § 226 in einem Verstoß gegen § 826 kein rechtswidriges Tun erblickte¹⁴³. Damit verblieb für § 226 über den Schadensersatzanspruch aus § 826 hinaus, ein Anspruch auf Unterlassung und das Notwehrrecht¹⁴⁴.

War damit noch der subjektive Vorwurf als Ansatzpunkt des Gedankens beibehalten, so deutete sich andererseits bereits um 1900 ein objektives Rechtsmißbrauchsverbot an, also eine umfassende richterliche Kontrolle der Rechtsausübung unter dem Gesichtspunkt der *Aequitas*¹⁴⁵. Nur wenige gingen dabei so weit wie *F. Endemann*, der 1896 meinte, es entspreche »einer höhern sittlichen Auffassung der Rechtsgemeinschaft, in jedem Recht zugleich die Pflicht gegen die Gesamtheit hervortreten zu lassen, jede Rechtsausübung an die Gerechtigkeit des verfolgten Zwecks zu binden.«¹⁴⁶.

Auch vorsichtiger Pandektisten vermerkten jedoch, wie *Dernburg* formulierte, ein »größeres Vertrauen zu den Richtern als in der fridericianischen Zeit«¹⁴⁷. Mit *Regelsberger* wählte *Dernburg* eine andere Lösung des Problems. Zwar sprachen beide sich für ein allgemeines Schikaneverbot aus, doch blieb mit Verweis auf die Quellen der Gesichtspunkt des »*malitias non est indulgendum*« Kern des Vorwurfs¹⁴⁸. Auch systematisch blieb bei beiden Autoren einzig das Schikaneverbot allgemeine Schranke für die Ausübung der Rechte. Gleichwohl boten beide mit der *exceptio doli generalis*¹⁴⁹, die vor allem *Hartmann* neben der Schikane als allgemeine Ausübungsschranke hervorgehoben hatte¹⁵⁰, eine Alternative, welche nicht die konkret vorliegende Schädi-

dem Argument, ein und dieselbe Rechtsausübungshandlung könne nicht gem. § 226 zulässig und gem. § 826 verboten sein.

¹⁴² *Carl Crome*, System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I: AT, Tübingen 1900, § 330 Nr. 11; *Dernburg*, Pandekten, Bd. II, Berlin 1886, § 393, Nr. II; *Ludwig Kühlenbeck*, Das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1900, § 823 Nr. 1; *Paul Oertmann*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Das Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899, § 826 Nr. 3 b; ebenso das Reichsgericht, RGZ (v. 11. 4. 1901 – VI. 443/00) 48, 114ff.

¹⁴³ *Paul Oertmann*, Sittenwidrige Handlungen, DJZ 1903, 325ff., 327, mit dem Argument: Wäre jeder Sittenverstoß rechtswidrig, so wäre der Unterschied zwischen Rechts- und Sittenordnung nivelliert; zum späteren Meinungsstand vgl. *Ludwig Emmeccerus*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, AT, 10. Aufl. Marburg 1924, § 220, 626; Bd. I 2: Recht der Schuldverhältnisse, 9. Aufl. Marburg 1923, § 453 II 4, Fn. 11, der jedoch Notwehr auch gegen sittenwidrige Handlungen für zulässig hielt.

¹⁴⁴ *Oertmann*, Sittenwidrige Handlungen (Fn. 143), 325ff., 328.

¹⁴⁵ *Haferkamp*, *exceptio doli* (Fn. 13), 22f., insb. 23 mit Fn. 113.

¹⁴⁶ *Friedrich Endemann*, Einführung in das Studium des BGB, Bd. I, Berlin 1896, 421; vgl. *Sibylle Hofer*, Zwischen Gesetzestreue und Juristenrecht – Die Zivilrechtslehre Friedrich Endemanns (1857–1936), Baden-Baden 1993, 119ff.

¹⁴⁷ *Heinrich Dernburg*, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. I, 2. Aufl. Halle 1902, 52.

¹⁴⁸ *Regelsberger*, Pandekten (Fn. 98), § 54, 230f.; vgl. auch *Dernburg*, Preußisches Privatrecht I (Fn. 147), § 41 Fn. 7, deutlich gegen Jherings Abkehr vom »subjektiven Gesichtspunkt«.

¹⁴⁹ Zu diesen Entwicklungen in europäischer Perspektive *Filippo Ranieri*, Bonne foi (Rn. 14), 1055ff., 1060ff., 1064ff.; *ders.*, Art. »*Eccezione di dolo generale*«, in: R. Sacco (Hg.), Digesto delle discipline privatistiche. Sezione Civile, Bd. VII, 4. Aufl. Turin 1991, 3ff., 8ff., 12ff.

¹⁵⁰ *Hartmann*, Aequitätsprinzip (Fn. 111), 339ff., 324ff. Zuvor waren die *exceptio doli generalis* und die *aemulatio* als getrennte Problemkreise diskutiert worden, hierzu auch *Huwiler*, Aequitas (Fn. 14), 62.

gungsabsicht, sondern über die **bona fides** objektive Verhaltenspflichten forderte und sanktionierte. Im Gegensatz zu den führenden Pandektisten der siebziger und achtziger Jahre, die diesem Rechtsinstitut reserviert gegenüberstanden hatten¹⁵¹, gestatte *Dernburg* dem Richter die Berücksichtigung der *exceptio doli generalis* immer dann, wenn die »Anwendung der Rechtsregel dem Wesen der Sache oder den Zwecken des Rechts zuwiderliefe«¹⁵².

- 18 Auch die Rechtsprechung zog den Weg über die Arglistenrede einer Ausweitung des § 226 von vorneherein vor. Sie ließ sich nicht auf eine erweiternde Auslegung der Vorschrift ein und kam folgerichtig fast nie zu einer Bejahung des Vorwurfs¹⁵³. Statt dessen knüpfte das Reichsgericht an seine umfangreiche gemeinrechtliche Rechtsprechung zur *exceptio doli generalis* an und wies ihr die Aufgabe einer allgemeinen richterlichen Rechtsmißbrauchsschranke zu¹⁵⁴. Bereits um die Jahrhundertwende rückte das Schikaneverbot also an den Rand einer zunehmend um den viel weitergehenden »Rechtsmißbrauch« geführten Debatte.

VI. 20. Jahrhundert

- 19 Die Frage nach Umfang und Bedeutung des § 226 BGB führte zu einer umfangreichen Forschungstätigkeit¹⁵⁵. Schnell setzte sich auch hier ein enges Verständnis des Wortlauts (»nur den Zweck haben kann«) durch¹⁵⁶. Auch die Terminologie rückte nun vom subjektiven Kriterium ab. Hatte man zunächst das französisch entlehnte »Schikane«¹⁵⁷ durch »böswilligen Rechtsmißbrauch«¹⁵⁸ ersetzt, so sprach man nun allgemeiner vom »Rechtsmißbrauch«. Damit verlagerte sich die Debatte zunächst auf § 826

¹⁵¹ *Haferkamp*, *exceptio doli* (Fn. 13), 12ff.

¹⁵² *Dernburg*: *Pandekten I* (Fn. 5), § 139, 314f.

¹⁵³ Wenige Anwendungsfälle in RGZ (v. 6. 6. 1905 – II. 593/04) 61, 92ff., 94; RGZ (v. 10. 12. 1906 – IV. 94/06) 65, 5ff., 10; RGZ (v. 27. 6. 1919 – VII. 98/19) 96, 184ff., 186; RGZ (v. 24. 1. 1928 – II. 272/27) 120, 47ff., 50. Ablehnend dagegen RGZ (v. 26. 5. 1908 – VII. 468/07) 68, 424ff., 425; RGZ (v. 21. 10. 1924 – II. 652/23) 109, 73ff., 77; weitere Nachweise bei *Soergel/Wolfgang Siebert*, 9. Aufl. Berlin 1959, § 226, 4. Die Rechtsprechung des ersten Jahrzehnts zu § 226 BGB findet sich bei *Kleinedamm*, *Zu § 226 BGB*, DJZ 1911, 147.

¹⁵⁴ *Haferkamp*, *exceptio doli* (Fn. 13), passim.

¹⁵⁵ Umfangreiche Nennungen bei *Haferkamp*, *Rechtsmißbrauchslehre* (Fn. 121), 110, Fn. 390.

¹⁵⁶ *Blümner*, *Rechtsmißbrauch* (Fn. 77), § 11; *Ernst Martin*, *Das Schikaneverbot im BGB*, Diss. Würzburg 1907, § 9; *Planck*, 3. Aufl. (Fn. 123), 279; *Friedrich Endemann*, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Bd. I, Berlin 1901, 398; für eine erweiterte Auslegung dagegen *Eduard Hölder*, *Kommentar zum BGB*, Bd. I, München 1900, ND *Goldbach* 1997, 456; v. *Zahn*, *Zur Auslegung von § 226 BGB*, *Das Recht* 1906, 847.

¹⁵⁷ Das französische »chicane« taucht verdeutscht bereits vor dem 17. Jahrhundert in Deutschland auf, vgl. *Friedrich Kluge/Elmar Seebold*, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, 23. Aufl. Berlin u. a. 1995, 721 m. w. N.; eine erste Nennung habe ich bei *Ludwig Friedrich Julius Höpfner*, *Theoretisch-practischer Commentar über die Heinecciuschen Institutionen*, 3. Aufl. Frankfurt 1790, § 1116 (*Schicane*), und *Christian Friedrich Glück*, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Teil 5 Abt. 1, Erlangen 1798, 386 (*chicane*), als Übersetzung der *calumnia* gefunden.

¹⁵⁸ So *Regelsberger*, *Pandekten* (Fn. 98), 230ff.; *Blümner*, *Rechtsmißbrauch* (Fn. 77).

und später immer stärker auf § 242 BGB¹⁵⁹. Hedemanns 1933 ausgesprochene Enttäuschung, § 226 sei hinter anderen Generalklauseln »ziemlich abgefallen« und habe die anfangs in ihn gesetzten Erwartungen nicht erfüllt¹⁶⁰, war bereits um die Jahrhundertwende abzusehen. Die Entwicklung die vor allem durch die Interessenjurisprudenz in enger Anlehnung an französische Debatten um den **abus de droit** geführt wurde¹⁶¹, fand unter starkem ideologischen Druck¹⁶² einen Schlußpunkt in der Arbeit *Wolfgang Sieberts*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung aus dem Jahr 1934¹⁶³. Sieberts Konstruktion zielte darauf ab, durch die Verlagerung **nationalsozialistischer Wertungen** mittels der traditionellen »Innentheorie« in den Rechtsinhalt, im BGB gewährte subjektive Rechte ohne Änderung des Gesetzeswortlauts dem »**völkischen Gemeinschaftsdenken** zu unterwerfen¹⁶⁴. Tragend wurden dabei inhaltlich möglichst unbestimmte Generalklauseln, und so fand er § 226 von § 826 tatbestandlich »konsumiert«, also ohne eigenen Anwendungsbereich¹⁶⁵.

Auch das **Reichsgericht** ging 1935 unter Bezugnahme auf Siebert nun davon aus, daß der »Gedanke der Unzulässigkeit einer mißbräuchlichen Rechtsausübung« über seinen »gesetzlichen Niederschlag in dem Schikaneverbot des § 226 BGB« hinaus überall dort Anwendung finden müsse, »wo sich die Ausübung eines Rechts als eine gröbliche Verletzung gegen den das gesamte bürgerliche Recht beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben darstellt«¹⁶⁶.

Auch nach 1945 bestimmte *Wolfgang Siebert* die dogmatische Debatte. Neben **20 Franz Wieacker** prägte er die noch heute herrschende **Fallgruppensystematik** zum Rechtsmißbrauch¹⁶⁷. Im gesamten BGB macht die nun von nationalsozialistischem Gemeinschaftsdenken abgekoppelte Vorstellung, jedes subjektive Recht trage die Sozialverträglichkeit seiner Ausübung als immanente Schranke in sich, das Schikaneverbot bis heute weitgehend entbehrlich. Der Vorwurf ausschließlicher Schädigungsabsicht wird seitdem im Gewande des § 242 BGB in vielgestaltiger **Typisierung** sanktioniert als Fehlen eines »**schutzwürdigen Eigeninteresses**«¹⁶⁸; oder einer »**mangelnden**

¹⁵⁹ *Haferkamp*, Rechtsmißbrauchslehre (Fn. 121), 124ff., 144ff., 190ff.

¹⁶⁰ *Justus Wilhelm Hedemann*, Die Flucht in die Generalklauseln – Eine Gefahr für Staat und Recht, Tübingen 1933, 7; ähnlich das Resümee von *Erwin Riezler* in seiner klassischen Darstellung Art. »Rechtsmißbrauch und Schikane«, RverglHwB, Bd. VI, Berlin 1938, ND Frankfurt a.M. 1970, 3.

¹⁶¹ Vor allem *Rudolf Müller-Erbach*, Wohin führt die Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932, 67ff.; *ders.*, Rechtsbildung durch Wertschöpfung, ZHR 88 (1922), 173ff.; *Hermann Rüdiger*, Der Rechtsmißbrauch, Diss. München 1934.

¹⁶² *Hans-Peter Haferkamp*, Bemerkungen zur deutschen Privatrechtswissenschaft zwischen 1925 und 1935 – dargestellt an der Debatte um die Behandlung der *exceptio doli generalis*, in: Forum Historiae Juris, http://www/rewi.hu-berlin.de/FHI/97_07/hafrkp_t.htm

¹⁶³ *Wolfgang Siebert*, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934.

¹⁶⁴ *Haferkamp*, Rechtsmißbrauchslehre (Fn. 121), 183ff.

¹⁶⁵ *Siebert*, Verwirkung (Fn. 163), 127.

¹⁶⁶ RGZ (v. 22. 1. 1935 – II 198/34) 146, 385ff., 395ff.

¹⁶⁷ *Soergel/Siebert*, (Fn. 153), § 242, Rn. 124ff.; *Franz Wieacker*, Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB, Tübingen 1956.

¹⁶⁸ So etwa *Palandt/Helmut Heinrichs*, 61. Aufl. 2002, § 242 Rn. 38ff. in Fortführung der »Binnen-systematik« (so R. Schmid) Sieberts.

Schutzwürdigkeit« desselben bzw. eines »überwiegenden Interesses der Gegenpartei«¹⁶⁹ oder allgemeiner »Mißbrauch einer formalen Rechtsstellung«¹⁷⁰. Im Nachbarrecht insbesondere werden die ehemals vom Schikaneverbot erfaßten Konstellationen¹⁷¹ im Rahmen der §§ 906, 1004 und der umstrittenen Rechtsfigur des **nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses** debattiert¹⁷². Die Fülle der alternativ zur Verfügung stehenden Korrektive hat es nicht problematisch werden lassen, daß die Rechtsprechung¹⁷³ das Schikaneverbot zumeist¹⁷⁴ besonders eng interpretiert hat, so daß man Anwendungen von § 226 BGB »mit der Lupe suchen« muß¹⁷⁵.

C. § 227. Notwehr

Wichtige Literatur

Dahn, Georg, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin/Leipzig 1931; *Haas, Robert*, Notwehr und Nothilfe. Zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe. Geschichtliche Entwicklung und heutige Problematik (Lang Hochschulschriften Reihe II, Rechtswissenschaft, 189), Frankfurt a.M. 1978; *Kühl, Kristian*, Die Notwehr. Ein Kampf ums Recht oder Streit, der mißfällt. Schlaglichter der

¹⁶⁹ So *MuKo/Günther H. Roth*, 4. Aufl. München 2001, § 242 Rn. 559ff.; 574ff.

¹⁷⁰ So *Wilhelm Weber* in seiner monumentalen Kommentierung von § 242 BGB im Staudinger, 11. Aufl. Berlin 1961, Rn. D 83ff.

¹⁷¹ Einen guten, auch historisch orientierten Überblick vermittelt *Dehner*, Nachbarrecht (Fn. 47), § 1 II (zur Bedeutung der Rechtsmißbrauchslehre und zum nachbarrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis), § 13 (zur geringen Bedeutung des Schikanegedankens, hier unter 6. auch Beispielfälle in Abgrenzung zum Rechtsmißbrauch), § 38 (zur Behandlung vergleichbarer Konstellationen im Rahmen des negatorischen Abwehrenspruchs).

¹⁷² Überblick bei *MuKo/Roth*, 4. Aufl. (Fn. 169), § 242 Rn. 356. Die vor allem vom Reichsgericht ausgehende Entwicklung des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses schildert *Dorothea Deneke*, Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis, Diss. Köln 1987, 37ff. (auch zur Frage der nationalsozialistischen Prägung des Gedankens).

¹⁷³ Aus der Formulierung »nur den Zweck haben kann« wurde gefolgert, daß selbst dann, wenn der Handelnde nachgewiesenermaßen nur die Absicht hatte, dem Nachbarn Schaden zuzufügen, die objektive Möglichkeit, daß er auch einen anderen Zweck gehabt haben könnte, der Anwendung des § 226 BGB entgegenstand; so bereits RG (v. 9. 5. 1905 – III 4/05), JW 1905, 388; RGZ (v. 26. 5. 1908 – VII 468/07) 68, 424ff., 425; deutlich OLG Frankfurt a.M. (v. 6. 3. 1979 – 3 Ws 9–25, 84–85/79), NJW 1979, 1613; zuletzt LG Gießen (v. 12. 4. 2000 – 1 S 36/00), NJW-RR 2000, 1255. Angesichts dieser Interpretation dürfte die praktische Auswirkung der im Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierung im Zivilrecht vom 10. 12. 2001 vorgesehenen Änderung des § 226 gering sein. Vorgeschlagen wurde, nachdem Wort »Anderen« einzufügen: »aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität oder aus einem anderen Grunde«. Vgl. hierzu S. 27f. der Entwurfsbegründung, zu finden unter <http://www.nw3.de/wsite/adg-de.htm>. Einen Überblick über das Reformvorhaben vermitteln: *Herbert Wiedemann/Gregor Thüsing*, Fragen zum Entwurf eines zivilrechtlichen Antidiskriminierungsgesetzes, DB 2002, 463ff.

¹⁷⁴ Die Abgrenzungen sind freilich oftmals undeutlich: AG Bergisch Gladbach (v. 6. 8. 1993 – 61 C 291/93), Wohnungswirtschaft und Mietrecht 1994, 197 verlangt die Geltendmachung eines schutzwürdigen Interesses; sehr weitgehend auch AG Stuttgart (v. 19. 3. 1993 – C 11337/91), NJW-RR 1993, 1436: Die Schadensersatzklage des Eigentümers für Beschädigung jahrelang ungenutzter Betonringe durch den Nachbarn sei schikanös.

¹⁷⁵ *MuKo/Börries v. Feldmann*, 3. Aufl. 1993, § 226, Rn. 1.

Notwehrdiskussion der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland und Österreich, in: K. Schmoller (Hg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, Wien/New York 1996, 149–167; *ders.*, Die Notrechte im Naturrecht des 19. Jahrhunderts. Insbesondere zur Notwehr im jüngeren Naturrecht, in: D. Klippel (Hg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert, Goldbach 1997, 313–347; *Kuttner, Stefan*, Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen, Rom 1935, 334ff.; *Schaffstein, Friedrich*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, Berlin 1930, ND Aalen 1973; *Schmidt Lermann, Hans*, Die Lehre von der Notwehr in der Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts, Breslau 1935, ND Aalen 1977; *Supper, Hartmut*, Studien zur Notwehr und »notwehrähnlichen Lage« (Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 96), Bonn 1973; *Wacke, Andreas*, Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung, ZRG (RA) 106 (1989), 467–501.

I. Regelungsbereich

§ 53 Abs. 1 des RStGB von 1871 bestimmte: »Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Nothwehr geboten war«. *Gebhard* sah in dieser Formulierung einen Schuldaußschließungsgrund. Es schien ihm daher notwendig, in seinem Vorentwurf zum BGB als § 200 auszusprechen, daß »die Nothwehrhandlung auch in civilrechtlicher Hinsicht keine widerrechtliche ist«¹⁷⁶. Bedeutung als Rechtfertigungsgrund hatte die Notwehr vor allem im **Deliktsrecht**. Es war daher zunächst erwogen worden, die Vorschrift im Obligationenrecht zu regeln¹⁷⁷.

Sachlich war das Notwehrrecht unstrittig »allseitig anerkannt«¹⁷⁸. Klarstellend übernahm das BGB in § 227 Abs. 2 die Definition des § 53 Abs. 2 RStGB.

II. Historische Vorläufer

Schon das römische Recht kannte die sprichwörtliche Fassung der Notwehr als »*vim vi repellere licet*«¹⁷⁹. Demgegenüber war dem altgermanischen, mit **Fehde** und **Blutrache** stark an der Selbsthilfe orientierten Rechtsverständnis ein als Ausnahme zur öffentlichen Strafverfolgung konzipiertes Notwehrrecht wohl fremd¹⁸⁰. Auch das **kano-**

¹⁷⁶ *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 426; das Argument taucht auch in den Protokollen der 1. Kommission erneut auf, vgl. *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1148f.; die Klassifizierung des § 53 als Schuldaußschließungsgrund war nicht unumstritten, vgl. *Ernst Traugott Rubo*, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1879, ND Goldbach 1992, 478, 467.

¹⁷⁷ Vgl. die Diskussionen in der Sitzung vom 6. 2. 1886, in *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1148f.

¹⁷⁸ *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 425; vgl. auch *Franz v. Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10. Aufl. Berlin 1900, 144.

¹⁷⁹ Der Sprichwortcharakter der mehrfach in den Digesten auftauchenden Sentenz ist nicht unumstritten, vgl. hierzu *Andreas Wacke*, Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung, ZRG (RA) 106 (1989), 467ff., 474 m.w.N.

¹⁸⁰ So vor allem *E. Kaufmann*, zuletzt in *ders.*, Art. »Notwehr«, HRG, Bd. III, Berlin 1984 1098; skeptisch *Robert Haas*, Notwehr und Nothilfe. Zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe. Geschichtliche Entwicklung und heutige Problematik (Lang Hochschulschriften Reihe II, Rechtswissenschaft, 189), Frankfurt a.M. 1978; 24ff.; *Wacke*, Notwehr (Fn. 179), 476; schon im fränkischen Zeit taucht die Notwehr auf, vgl. *Hinrich Rüping/Wolfgang Sellert*, Studien und Quellenbuch zur Geschichte der Strafrechtspflege, Bd. I, 1989, 61.

nische Recht tat sich angesichts der Distanzierung *Christi* vom **Talionsprinzip** in der Bergpredigt¹⁸¹ lange mit einem Notwehrrecht schwer¹⁸². Gleichwohl findet sich bereits bei *Gratian* das allgemeingültige Recht, »ut ... *violentiae per vim repulsio*«¹⁸³. Als mittelhochdeutsches »notwer«¹⁸⁴ findet sich der Gedanke erstmals 1220 im Stadtrecht der Wiener Neustadt¹⁸⁵, kurz darauf auch im Mainzer Reichslandfrieden von 1235¹⁸⁶. Die entscheidende dogmatische Ausprägung erhielt das Notwehrrecht durch die gemeine **oberitalienische Strafrechtswissenschaft**¹⁸⁷. Eine hiervon beeinflusste erste gesetzliche Fassung auf deutschem Boden fand die Notwehr in einer Reihe von Vorschriften in der **Constitutio Criminalis Carolina** von 1532¹⁸⁸. War auch die philosophische Begründung der Notwehr seit der Antike umstritten¹⁸⁹, so kannten doch alle Kodifikationen und auch das gemeine Zivilrecht fraglos ein Notwehrrecht¹⁹⁰.

III. Definition und Grenzen

- 23 Auch im Zivilrecht gilt die Feststellung *Kreys* aus dem Jahr 1979: »Die Geschichte des Notwehrrechts in unserem Jahrhundert ist im wesentlichen eine Geschichte seiner **Einschränkungen**«¹⁹¹. Seinen gesetzlichen Ausgangspunkt hatte dieser Streit in der

¹⁸¹ *Lukas* 6, 29.

¹⁸² Hierzu grundlegend *Stefan Kuttner*, Kanonistische Schuldlehre bis auf die Dekretalen, Rom 1935, 335ff.

¹⁸³ c. 7 D. 1.

¹⁸⁴ *Matthias von Lexer*, Art. »Nothwehr«, in: J. und W. Grimm, Deutsches Wörterbuch, Bd. VII, Leipzig 1889, ND München 1999, Bd. XIII, 955; daneben *Wacke*, Notwehr (Fn. 179), 472ff. m. w. N.

¹⁸⁵ Hierzu *Ernst Carl Hellbling*, Versuch, Notwehr und Mitschuld nach den wichtigsten landrechtlichen Kodifikationen Österreichs, in: Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik, Festschrift für Hermann Eichler, 1977, 241ff., 243ff.; *Haas*, Notwehr (Fn. 180), 19.

¹⁸⁶ MGH, Constitutiones, Bd. II, Nr. 196, c. 5, 243.

¹⁸⁷ Hierzu *Georg Dahm*, Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter, Berlin/Leipzig 1931, 115ff.; *Hans Schmidt Lermann*, Die Lehre von der Notwehr in der Wissenschaft des Gemeinen Strafrechts, Breslau 1935, ND Aalen 1977.

¹⁸⁸ Art. 139, 140 und 150 CCC; zu den dabei auftretenden Unstimmigkeiten *Krey*, Einschränkung (Fn. 191), 704f.; *Friedrich Schaffstein*, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, Berlin 1930, ND Aalen 1973, 68ff.; *Alfons Knetsch*, Der Begriff der Notwehr nach der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. und dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Jena 1906, 18ff.

¹⁸⁹ Die seit der Antike anzutreffenden Schwierigkeiten einer rechtsphilosophischen Gründung des Notwehrrechts finden bis heute ihre Fortsetzung in den Debatten um eine individuelle oder überindividuelle Notwehrbegründung; einen Überblick bietet *Kristian Kühl*, Notwehr und Nothilfe, JuS 1993, 178ff. Sammlungen derartiger Versuche seit der Antike bieten *Hartmut Suppert*, Studien zur Notwehr und »notwehrähnlichen Lage« (Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, 96), Bonn 1973, 43ff.; vgl. auch *Joachim Hruschka*, Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant, GoldA 1991, 1ff.; 8ff.; *Josef Sander*, Die Begründung der Notwehr in der Philosophie von Kant und Hegel, Diss. Rostock 1939.

¹⁹⁰ Überblick bei *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 426f.

¹⁹¹ *Volker Krey*, Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ 1979, 702ff. Um hier wenigstens Grundzüge aufzeigen zu können, wurde auf die Darstellung der ver-

»schneidigen« Fassung des § 41 des preußischen Strafgesetzbuch von 1851¹⁹², gekennzeichnet durch *Berners* Merksatz: »Das Recht braucht dem Unrecht nicht zu weichen«¹⁹³. Im Einklang mit Strömungen in der Literatur war hier das gemeinrechtlich fest verankerte **Verhältnismäßigkeitsprinzip** abgeschafft worden. In Auseinandersetzung mit einer Konstitution *Diokletians* aus dem Jahr 250 n. Chr. (C. 8,4,1)¹⁹⁴ entwickelte die oberitalienischen Strafrechtswissenschaft drei einschränkender Voraussetzungen (*circa causam, circa tempus und circa modum*)¹⁹⁵. Nach der Ansicht *Dahms* lag dem eine Gleichheitsidee zugrunde: »Die Verteidigungshandlung sollte den Angriff widerspiegeln«¹⁹⁶. Dies betraf einerseits eine Rechtsgüterabwägung, die Tötung des Angreifers ließ sich also grundsätzlich nicht zur Verteidigung von Vermögensinteressen rechtfertigen¹⁹⁷. Zudem ging man von einer Gleichheit der Waffen (*paritas armorum*) aus¹⁹⁸.

In Preußen galt seit 1851¹⁹⁹ demgegenüber: »Das Maaß der erlaubten Nothwehr richtet sich nach dem Erfordernisse der Vertheidigung ...; nicht also nach dem Werthe des zu vertheidigenden Rechts«. Mit diesen Worten kommentierte *Oppenhoff*²⁰⁰ lapidar das nur durch das Merkmal der Erforderlichkeit begrenzte Recht, zur Verteidigung auch geringwertiger Güter einen Angreifer zu töten. Die preußische Definition des

24

schlungenen Nothilfeproblematik verzichtet; vgl. hierzu *Dahm*, Strafrecht (Fn. 187), 150; *Haas*, Notwehr (Fn. 180), 19ff.; *Wacke*, Notwehr (Fn. 179), 488.

¹⁹² § 41: »Ein Verbrechen oder Vergehen ist nicht vorhanden, wenn die That durch die Nothwehr geboten war. Nothwehr ist diejenige Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich selbst oder Anderen abzuwenden. Der Nothwehr ist gleich zu achten, wenn der Thäter nur aus Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Vertheidigung hinausgegangen ist.«

¹⁹³ *Albert Friedrich Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl. Leipzig 1871, ND Goldbach 1997, 144; der Satz wird wohl zu Unrecht bisweilen Pufendorf zugeschrieben, vgl. hierzu *Haas*, Notwehr (Fn. 180), 83 mit Fn. 59; die Debatte hierzu lief seit Ende des 18. Jahrhunderts, vgl. hierzu *Kühl*, Notrechte (Fn. 10), 337ff.

¹⁹⁴ *Diokletian* sprach hier beiläufig von einer Erlaubnis »*incupatae tutelae moderatione illatam vim propulsare*«, also etwa: den gewaltsamen Angriff mit Mäßigung in unvorwerfbarer Verteidigungsabsicht zurückzuschlagen.

¹⁹⁵ Zum folgenden *Schmidt-Lermann*, Notwehr (Fn. 187), 24; *Kuttner*, Schuldlehre (Fn. 182), 344ff.; zusammenfassend *Wacke*, Notwehr (Fn. 179), 481.

¹⁹⁶ *Dahm*, Strafrecht (Fn. 187), 118.

¹⁹⁷ *Dahm*, Strafrecht (Fn. 187), 118.

¹⁹⁸ Die Waffengleichheit thematisiert bereits *Platon*, *Nomoi*, in: K. Hülsler (Hg.), *Platon. Sämtliche Werke*, Frankfurt a.M. 1991, Bd. IX, 880 a.

¹⁹⁹ Vgl. hierzu *Theodor Goldammer* (Hg.), *Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten*, Bd. I, Berlin 1851, ND Goldbach 1991, 420. Zuvor galt gesetzlich durchweg eine Verhältnismäßigkeitschranke; umfangreiche Nachweise bringt *Arthur Uttelbach*, *Die Verhältnismäßigkeit bei der Nothwehr*, Diss. Köln 1935, 40ff. (Sachsen 1838, Hannover 1840, Braunschweig 1840, Hessen 1841, Sachsen-Altenburg 1841, Thüringen 1850, Baden 1851); das ALR bestimmte in II 20 § 520, es müsse, »das zur Abwendung des Schadens gewählte Mittel mit dem Schaden selbst, welcher durch die Nothwehr abgewendet werden soll, im Verhältnis stehen«, hierzu auch *Krey*, *Einschränkung* (Fn. 191), 706.

²⁰⁰ *Friedrich Christian Oppenhoff*, *Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten*, Bd. I, 5. Aufl. Berlin 1867, ND Frankfurt a.M. 1991, § 41 Fn. 9).

Notwehrrechts lebt bis heute in § 32 Abs. 2 StGB, 15 Abs. 2 OwiG und eben auch § 227 Abs. 2 BGB fort. Nicht erlahmt ist damit die Debatte um die »sozial-ethischen Grenzen des Notwehrrechts«²⁰¹. In den 1870er Jahren erhielt die Frage nach den Grenzen des Notwehrrechts breite öffentliche Aufmerksamkeit, als *Jhering* in seinem publikumswirksamen »Kampf ums Recht« von 1872 für eine moralische Pflicht zur kompromißlosen Verteidigung notwehrfähiger Rechtspositionen eintrat²⁰². Dem hatte *August Geyer*, ein Zitat *Hugos*²⁰³ aufgreifend, schlicht »Totschlagsmoral« entgegengehalten²⁰⁴. Durch Übernahme der preußischen Regelung in das StGB von 1871 blieb die Frage der Wiedereinführung einer Güterproportionalität in Literatur und Rechtsprechung präsent²⁰⁵. Der Versuch *Radbruchs*, eine derartige Einschränkung 1922 wieder einzuführen, scheiterte ebenso wie die gleichlautenden Reformvorhaben 1925 und 1927²⁰⁶. Im Grundsatzurteil vom 20. 9. 1920 billigte das Reichsgericht nochmals dem Angeklagten der einen fliehenden **Obstdieb** durch einen Schrotschuß »nicht unerheblich verletzt« hatte, das Notwehrprivileg zu²⁰⁷.

- 25 Während die Behandlung der Frage während des **Nationalsozialismus** soweit ersichtlich unauffällig verlief, brachte der Schub **naturrechtlichen Denkens nach 1945** starke Tendenzen zur Einführung einer **Güterproportionalität** wenigstens für extreme Fälle. 1949 bezeichnete das OLG Stuttgart²⁰⁸ das Schießen auf Diebe von Pfennigwerten als »solch grober Verstoß gegen die primitiven Grundbegriffe des Naturrechts«, daß es sogar einen angesichts der »bis vor kurzem ... h.M.«²⁰⁹ naheliegenden Verbotsirrtum ausschloß. Nachfolgend schloß sich auch die Rechtsprechung weiter Teile der Literatur an und versagte das Notwehrrecht in Fällen äußerster Disproportionalität²¹⁰. Zumeist dogmatisch im Rahmen der in § 227 Abs. 1 genannten Gebotenheit

²⁰¹ Vgl. *Klaus Marxen*, Die »sozialethischen« Grenzen der Notwehr, Frankfurt a.M. 1979; *Claus Roxin*, Die »sozialethischen Einschränkungen« des Notwehrrechts, ZStW 93 (1981), 68ff.

²⁰² Hierzu *Kristian Kühl*, Die Notwehr: Ein Kampf ums Recht oder Streit, der mißfällt. Schlaglichter der Notwehrdiskussion der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland und Österreich, in: Kurt Schmoller (Hg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, Wien/New York 1996, 149ff., 162ff.; *Wolfgang Schild*, Der rechtliche Kampf gegen das Unrecht, in: G. Luf/W. Ogris (Hg.), Der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlass des 100. Geburtstages von Rudolf von Jhering, Berlin 1995, 31.

²⁰³ *Gustav Hugo*, Lehrbuch des Naturrechts, 4. Aufl. Berlin 1809, ND Goldbach 1997, § 6, 8; zum Kontext informativ *Peter Bender*, Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft (Rechtshistorische Reihe, 8), Frankfurt a.M. 1979, 58.

²⁰⁴ So *August Geyer*, hierzu *Kühl*, Notwehr (Fn. 202), 165.

²⁰⁵ Eine detaillierte Auswertung bei *Suppert*, Notwehr (Fn. 189), 55, Fn. 72 und 73.

²⁰⁶ § 21 II E STGB; Radbruch ließ Notwehr nur in »einer den Umständen angemessenen Weise« zu, ebenso § 21 E 1925 und § 24 E 1927; vgl. hierzu *Suppert*, Notwehr (Fn. 189), 55, Fn. 72; zum Verlauf der Reformvorhaben *Eberhard Schmidt*, Einführung in die Geschichte der Deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1995, 405ff., 425ff.

²⁰⁷ RGSt (v. 20. 9. 1920 I 384/20) 55, 82ff., 85ff.

²⁰⁸ OLG Stuttgart (v. 21. 4. 1948 – I Ss 30/48), DRZ 1949, 43ff., 43.

²⁰⁹ So *Gallas* in seiner Anmerkung zum Urteil des OLG Stuttgart (Fn. 208), DRZ 1949, 42.

²¹⁰ Im Anschluß an das benannte Urteil des OLG Stuttgart (Fn. 208). Eine breite Auswertung bringt *Dietrich Heinsius*, Moderne Entwicklungen des Notwehrrechts, Diss. Hamburg 1965, 7ff.

wird ein ganzes Bündel von Argumenten für diese Einschränkung herangezogen²¹¹ (z.B. »Naturrecht«, »sozialethische Rücksichten«, »Unfug-Abwehr«, das verfassungsrechtliche Übermaßverbot, die Rechtsmißbrauchslehre oder Art. 2 Abs. 2 EuMRK). Die h.M. scheidet damit Fälle eines »krassen Mißverhältnisses« aus²¹². In etwa die gleiche Ansicht hatte 1635 *Carpzov* vertreten. Für sein Ergebnis, daß es dem Eigentümer im übrigen erlaubt sein müsse, einen Dieb nicht ganz geringwertigen Sachen in Notwehr zu töten, fiel *Carpzov* die Argumentation angesichts der damaligen Rechtslage freilich leichter: Warum, so meinte er, solle es sonst zulässig sein, Diebe und Räuber wegen ihrer Eigentumsverletzungen mit dem Tode zu bestrafen?²¹³

D. § 228. Notstand

Wichtige Literatur

Hatzung, Andreas, Dogmengeschichtliche Grundlagen und Entstehung des zivilrechtlichen Notstands (Rechtshistorische Reihe, 37), Frankfurt a.M. 1984; *Honsell, Heinrich*, Ut omnium contributione sariatur quod pro omnibus datum est. Die Kontribution nach der Lex Rhodia de iactu, in: M.J. Schermer/Z. Végh (Hg.), *Ars Boni et Aequi*. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1993, 141–159; *Merkel, Rudolf*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895; *Thibaut, Anton Friedrich Justus*, Über die Selbstverteidigung gegen fremde Sachen, ACP 8 (1842), 139–147; *Titze, Heinrich*, Die Notstandsrechte im Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche und ihre geschichtliche Entwicklung, Diss. Leipzig 1897; *Tuhr, Andreas von*, Der Nothstand im Civilrecht, Heidelberg 1888; *Wacke, Andreas*, Notwehr und Notstand bei der aquilischen Haftung, ZRG (RA) 106 (1989), 467–501; *Wesener, Gunter*, Von der lex Rhodia de iactu zum § 1043 ABGB, in: M. Lutter u.a. (Hg.), *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart*. Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, München 1975, 31–51.

I. Regelungsproblem und Lösungswege

Das Deutsche Recht differenziert zwischen menschlichem Angriff (Notwehr) und Sachgefahr (Notstand). Bereits diese Abgrenzung ist vielen europäischen Rechtsordnungen fremd²¹⁴. Mit der weitergehenden Unterscheidung danach, ob die Gefahr von der Sache, auf die eingewirkt wird, ausgeht, oder nicht, also zwischen **Defensiv-** und

²¹¹ Weitgehende Literaturlauswertung vor 1973 bei *Suppert*, Notwehr (Fn. 189), 58ff.; neuerer Überblick bei *Joachim Renzikowski*, Notstand und Notwehr (Strafrechtliche Abhandlungen, 90), Berlin 1994, 312ff.

²¹² Vgl. *MuKo/v. Feldmann*, 3. Aufl. (Fn. 175), § 227 Rn. 6; *RGRK/Kurt Herbert Johannsen*, 12. Aufl. 1982, § 227, Rn. 5.

²¹³ *Benedikt Carpzov*, *Practica Nova Saxonica Rerum Criminalium*, Wittebergae 1635, ND Aalen 1996, Quaest. XXXII, 33.

²¹⁴ So vor allem in Finnland (*Hans Saxén*, *Skadesståndsriätt*, Åbo 1975, 171), Schottland und England (*David Walker*, *The Law of Delict in Scotland*, 2. Aufl. Edinburgh 1981, 334; *William Vaughan Rodgers* (Bearb.), *Winfield and Jolowicz on Tort*, 14. Aufl. London 1994, 750ff.). Nachweise aus der Judikatur bei *v. Bar*, *Deliktsrecht* (Fn. 14), Rn. 494 mit Fn. 78; diese Lösung wurde zunächst auch in Deutschland diskutiert, vgl. oben Rn. 1.

Aggressivnotstand, hat Deutschland in Europa gar keine Nachfolge gefunden²¹⁵. In der Sache ist gleichwohl ein Defensivnotstand **allen europäischen Rechtsordnungen inhärent**²¹⁶.

Die terminologischen Unterschiede weisen auf ein Rechtsinstitut mit relativ später dogmatischer Präzisierung. Aber auch über die zugrundeliegenden Wertungen wurde erst spät Einigkeit erreicht. Erst 1916 fügte beispielsweise Österreich mit § 1306 a eine den defensiven und aggressiven Notstand umfassende Norm in das **ABGB** ein²¹⁷. Verlassen wurde damit die Wertung des § 1043 ABGB²¹⁸. Nach dieser Regelung werden der von der Sache gefährdete Schädiger und der Sacheigentümer als Gefahrengemeinschaft behandelt und der Schaden anteilig geteilt. § 228 betrachtet die Konstellation demgegenüber aus der Perspektive des Angegriffenen und versagt dem Eigentümer einen Schadensersatzanspruch. Zwei Einschränkungen versuchen die Interessen des Eigentümers zu wahren, das erst spät eingefügte Verhältnismäßigkeitsprinzip in § 228 S. 1 letzter Halbsatz und die Haftung des Schädigers für eine von ihm verschuldete Gefahr. Vor allem mit Blick auf diesen Schadensersatzanspruch ist die Entwicklung in Europa noch nicht abgeschlossen²¹⁹. Die praktische Bedeutung des Defensivnotstandes ist dabei gering²²⁰. Der Schwerpunkt liegt auf von **Tieren**, insbesondere Hunden, ausgehenden Gefahren²²¹.

²¹⁵ Eine zusammenfassende Regelung kennt Griechenland (Art. 285 ZGB), Schweiz (Art. 52 Ab 2 OR), Portugal (Art. 337, 339 CC), Österreich (Art. 1306 a ABGB), Schweden (24 Kap. 4 § BrB). Italien (Art. 2045 CC) beschränkt dabei den Notstand auf die Abwehr eines Personenschadens; die Niederlande sahen von einer Kodifikation des Notstandes ab, da dieser in seinen privatrechtlichen Grenzen inzwischen unscharf geworden sei, vgl. *Christiaan Johannes Zeven* (Hg.), *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Bd. VI, Deventer 1981, 617.

²¹⁶ Auch Frankreich hat mangels einer Regelung im Code Civil richterrechtlich den Ausschluß der *faute* für den Fall des Notstands anerkannt, hierzu *Murad Ferid/Hans Jürgen Sonnenberger*, *Das französische Zivilrecht*, Bd. I.1, 2. Aufl. Heidelberg 1994, Rn. 1 C 181; gesamteuropäischer Überblick bei *v. Bar*, *Deliktsrecht* (Fn. 14), Rn. 499 mit Fn. 115.

²¹⁷ Die Norm sieht grundsätzlich Schadensersatz vor. Zur gesetzgeberischen Konzeption, vgl. *Karl Wolff*, *Die neue Notstandslehre*, *Juristische Blätter* 46 (1917), 85ff.; anders jetzt die Literatur, vgl. *Rummel/Reischauer*, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerliche Gesetzbuch*, Bd. II, 2. Auflage Wien 1992, § 1306 a, Rn. 5; *Helmut Koziol*, *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Bd. I, 2. Aufl. Wien 1980.

²¹⁸ Probleme tauchten bei § 1043 ABGB zuletzt 1959 mit Blick auf die Selbstaufopferungsfälle auf. Der OGH hatte 1959 irrtümlich die *Lex Rhodia* einschränkend herangezogen, vgl. *Gunter Wesener*, *Von der lex Rhodia de jactu* zum § 1043 ABGB, in: M. Lutter (Hg.), *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart*, Festschrift für Johannes Bärmann zum 70. Geburtstag, München 1975, 31ff., 33; Überblick bei *Franz-Stefan Meissel*, *Geschäftsführung ohne Auftrag* (Österreichische rechtswissenschaftliche Studien, 21), Wien 1993, 34ff.

²¹⁹ So vor allem in Frankreich, vgl. *Ferid/Sonnenberger*, *Französisches Zivilrecht* (Fn. 216), und England, vgl. *Rodgers*, *Tort* (Fn. 214), 753; im Ergebnis wird aber wohl durchweg Schadensersatz gewährt, vgl. *v. Bar*, *Deliktsrecht* (Fn. 14), Rn. 499 a.E.

²²⁰ Analyse der wichtigsten Fälle vor 1984 bei *Andreas Hatzung*, *Dogmengeschichtliche Grundlagen und Entstehung des zivilrechtlichen Notstands* (Rechtshistorische Reihe, 37), Frankfurt a.M. 1984, 176ff., 190ff.

²²¹ Vgl. Tiere werden hier gem. § 90 a S. 3 weiterhin als Sachen behandelt, Fälle bei *MuKo/v. Feldmann*, 3. Aufl. (Fn. 212), § 228 Rn. 5.

II. Drei Fallkonstellationen

Die Notstandsproblematik wird in strafrechtlicher Perspektive seit der Antike und durchaus ohne durchlaufende Wertungssicherheit debattiert²²². Diese nicht um die Sachgefahr, sondern um Probleme des »**Lebensnotstands**«, des »**Brett des Karneades**« und des »**Notstandsdiebstahls**« kreisenden Fragen sind hier nicht nachzuzeichnen²²³.

Die zivilrechtliche Abwehr von Sachgefahren trat als dogmatisch abgesondertes Problem **erst im 19. Jahrhundert** in den Blick. Ein Versuch längere Linien zu ziehen, kann sich daher nicht an durchlaufenden Dogmatikdebatten orientieren. Mit Blick auf die wichtigsten Fallkonstellationen lassen sich demgegenüber viel ältere Traditionslinien ermitteln. Es zeigt sich, daß im wesentlichen drei Fallkonstellationen in den Digesten die Herausbildung einer eigenständigen Rechtsfigur des (Defensiv)Notstandes trugen.

(1) D. 9, 2, 49, 1; D. 43, 24, 7, 4; D. 47, 9, 3, 7: Ein Grundstückseigentümer reißt das Haus seines Nachbarn ab, um das Übergreifen eines Brandes auf sein eigenes Haus zu verhindern (nachfolgend: **Brandfälle**).

(2) D. 9, 2, 29, 3: Ein Schiff wird im Sturm auf die Ankertaue eines anderen getrieben. Die Seeleute kappen die Ankertaue, da sie auf andere Weise nicht loskommen können. Oder: Ein Fischkutter verfährt sich unter gleichen Umständen in einem fremden Fischernetz (nachfolgend: **Schiffsfall**).

(3) D. 9, 2, 39, 1: Der Eigentümer einer Weide vertreibt fremde Nutztiere, die auf die Weide eingedrungen waren (nachfolgend: **Tierfall**).

Durchweg²²⁴ thematisieren diese Fälle eine von einer Sache ausgehende Gefahr für das Eigentum oder die Person des Betroffenen. Im **römischen Recht** wurde dem durch den Handelnden geschädigten Eigentümer hier durchweg keine Schadensersatzklage gewährt, weshalb beispielsweise *Kaser* hinter den Fällen für das klassische Recht einen allgemeinen Grundsatz der erlaubten Selbstbefreiung bzw. des Notstandes vermutet²²⁵.

²²² *Klaus Bernsmann*, »Entschuldigung« durch Notstand, Köln u.a. 1989, 257, mit Überblick über die wesentliche Philosophiegeschichte hierzu.

²²³ Überblick bei *W. Küper*, Art. »Notstand I (strafrechtlich)«, HRG, Bd. III, Berlin 1984, 1064ff.; *Klaus Lichtblau*, Art. »Notstand«, HWPh VI, Darmstadt 1984, 940ff.; zur wichtigen Vorläuferfigur der *necessitas* *Johannes W. Pichler*, *Necessitas – Ein Element des mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechts*, Berlin 1983; *ders.*, *Necessitas non habet legem?*, in: *D. Mayer-Maly* (Red.), *Aus Österreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Ernst C. Hellbling zum 80. Geburtstag*, Berlin 1981, 659ff.; zu den späteren strafrechtlichen Fragestellungen in neuerer Zeit etwa *Joachim Hruschka*, *Zurechnung und Notstand, Begriffsanalysen von Pufendorf und Darjes*, in: *J. Schröder* (Hg.), *Entwicklung der Methodenlehre in Rechtswissenschaft und Philosophie vom 16. bis zum 18. Jahrhundert*, Stuttgart 1998, 163ff.; *ders.*, *Das Brett des Karneades bei Gentz und bei Kant*, *GoldA* 1991, 1ff.; *Wolfgang Schild*, *Hegels Lehre vom Notrecht*, in: *V. Hösle* (Hg.), *Die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus*, (Schriften zur Transzendentalphilosophie, 9), Hamburg 1989, 146ff.

²²⁴ Für die Brandfälle gilt dies jedenfalls dann, wenn das Nachbarhaus bereits in Flammen steht; zu diesem Aspekt unten Rn. 4.

²²⁵ *Kaser*, *Römisches Privatrecht I* (Fn. 16), § 118, 505 mit Fn. 14.

III. Lösungswege vor dem BGB

1. Aufopferung

- 28 Die mittelalterliche Rechtswissenschaft brachte die Brandfälle erstmals mit dem alten Gedanken der *Lex Rhodia de iactu* in Verbindung²²⁶. Der dem berühmten antiken Seerecht der Insel Rhodos entlehnte Seewurf, gestattete es der Mannschaft eines in Seenot geratenen Schiffes, Waren über Bord zu werfen, um die Seetüchtigkeit des Schiffes zu erhalten. Da von den Waren als solchen keine Gefahr ausgeht, vielmehr der Sturm die Notstandssituation schafft, wäre die Konstellation nach heutigen Verständnis § 904 und nicht § 228 verwandt. Im Unterschied zur sonstigen Behandlung der Notstandsfälle im römischen Recht gewährte die *Lex Rhodia* einen Ausgleichsanspruch des Geschädigten gegen diejenigen, deren Ware hierdurch gerettet worden war²²⁷. Als Ratio der schon in der Antike für ihre Billigkeit gelobten Regelung²²⁸ wird einerseits der Gedanke der Gefahrengemeinschaft zwischen dem Schiffer bzw. Schiffseigner und den Kaufleuten hervorgehoben²²⁹. Daneben zeigt sich hier der Gesichtspunkt der Aufopferung²³⁰:

Baldus übertrug diese Regelung²³¹ erstmals auf die Brandfälle²³². Wenige differenzierten nun für das Vorliegen einer Ausgleichspflicht, wie *Cuias*, danach, daß das zerstörte Haus noch nicht selbst in Flammen stand²³³, also eine eigentliche **Aufopferung** vorlag. Zumeist wurden vielmehr alle Brandfälle, wie auch die Schiffsfälle nun unter den Aspekt der Gefahrengemeinschaft gezogen und eine Schadensteilung geford-

²²⁶ Franz Wieacker, *lactus in tributum nave salva venit* (D. 14, 2, 4 pr.). Exegesen zur *Lex Rhodia de iactu*, in: Studi in memoria di Alberto Albertario, Bd. I, 1953, 513ff.; Hans Kreller, *Lex Rhodia*. Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechts, ZHR 85 (1921), 337ff.; Überblick bei Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford 1996, 406ff.; vgl. heute §§ 700ff., 711ff. HGB.

²²⁷ Der Schiffer, dessen Waren vernichtet worden waren, war demgegenüber aus seinem Auftragsverhältnis zur Erstattung eines anteiligen Ausgleichs verpflichtet. Er konnte seinerseits bei den verschonten anderen Befrachtern Rückgriff nehmen, vgl. Heinrich Honsell, *Ut omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est*. Die Kontribution nach der *Lex Rhodia de iactu*, in: M.J. Schermaier/Z. Végh (Hg.), *Ars boni et aequi*. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1993, 141ff.

²²⁸ *Paulus*, D. 14, 2, 2 pr.

²²⁹ Kaser, *Römisches Privatrecht I* (Fn. 16), 572; Zimmermann, *Law of Obligations* (Fn. 226), 406ff.

²³⁰ So Wieacker, *lactus* (Fn. 226), 517, 528; Wesener, *Lex Rhodia* (Fn. 218), 31ff.; H. Honsell, *Ut omnium* (Fn. 227), 141.

²³¹ Zur *Lex Rhodia* im mittelalterlichen Seerecht Götz Landwehr, *Die Haverei in den mittelalterlichen deutschen Seerechtsquellen*, Göttingen 1985; in Italien wurde die Problematik schon früh über Seeversicherungen aufgefangen, vgl. Karin Nehlsen-von Stryk, *Die venezianische Seeversicherung im 15. Jahrhundert* (Münchner Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 64), Ebelsbach 1986, insb. 165ff.

²³² Zum Folgenden die Darstellung bei Wesener, *Lex Rhodia* (Fn. 218), 36ff.; teilweise ergänzend Hatzung, *Notstand* (Fn. 220), 60ff.; Dahm, *Strafrecht* (Fn. 187), 146 Fn. 95 mit dem Hinweis auf die Ausbreitung brandschützender Ziegeldächer ab dem 14. Jahrhundert in Italien.

²³³ *Jacques Cuias* in seinen Erläuterungen zur *Lex Rhodia* in: Charles A. Fabrot (Hg.), *Iacobi Cuiacii Opera Omnia*, Bd. III, Neapel 1758, 57f.; Bd. V, Neapel 1758, 530ff.

ert²³⁴, also in heutiger Terminologie aggressiver und defensiver Notstand gleichgestellt²³⁵. Das Recht eine Sachgefahr abzuwehren blieb so unmittelbar mit einem Ausgleichsanspruch des Geschädigten verbunden. In einer bei *Lauterbach* erschienenen Dissertation fand sich 1671 bereits der allgemeine Grundsatz: »**Nam acquissimum est, ut quod pro omnibus damnus datum est, ab omnibus sarciatur**«²³⁶.

Die Gesetzgebung griff diesen Gedanken auf. Beispiele sind IV 13 § 4 CMBC und § 1043 ABGB. Als letzter Gesetzgeber fügte das **Badische Landrecht** dem Code Civil 1809 eine entsprechende Bestimmungen hinzu²³⁷.

2. Selbstverteidigung gegen Sachen

Seit 1803 verschob sich jedoch die Perspektive. In diesem Jahr trat *Thibaut* der analogen Ausweitung der *Lex Rhodia* in seinem einflußreichen Lehrbuch entgegen²³⁸. Ihm zufolge war die *Lex Rhodia* ein nicht verallgemeinerbarer Sonderfall zum »favor des Seehandels«²³⁹. Seine Perspektive einer »**Selbstvertheidigung gegen Sachen**« rückte den Schutz des Bedrohten in den Vordergrund und sprach ihm das Recht zu, sein Eigentum auch durch Zerstörung des Hauses seines Nachbarn zu schützen. Dies stimmte für ihn gleichermaßen mit der »Aequitas« wie mit dem römischen Recht überein²⁴⁰. Thibauts Ansatzpunkt der »Selbstvertheidigung« lehnte sich an die Notwehr an. Dies war kein Einzelfall. Während die Strafrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert mit der Grenzscheide der Rechtswidrigkeit des Angriffs spätestens seit Kant zwischen Notwehr und Notstand differenzierte²⁴¹, blieb die begriffliche Scheidung im Zivilrecht bis in die 1880er Jahre unscharf²⁴².

Thibauts Ansicht blieb nicht ohne Kritik. *Kritz* meinte 1824²⁴³, daß eine Zerstörung

29

²³⁴ So die sogleich benannte Dissertation bei *Lauterbach*, ebenso *Leyser*, *Struve* und *Schilter*, hierzu und zu abweichenden Ansichten *Glück*, *Pandekten* (Fn. 157), § 890, 234, Fn. 6.

²³⁵ Die Unterschiede sollten bei der Schadenshöhe berücksichtigt werden, vgl. *Esaias Philipp Klock* (Resp.), *Disputatio inauguralis de aequitate et extensione legis Rhodiae*, in: W.A. *Lauterbach*, *Dissertationes academicae*, Bd. I, Tübingen 1728, Nr. XVI. Rn. 7.

²³⁶ *Klock*, de aequitate (Rn. 235), Nr. III, 19ff. (mit genauer Darstellung des Meinungsstandes); hier unter Nr. XV. Auch der Schiffsfall wurde hier unter diesen Grundsatz gezogen; vgl. übereinstimmend *Wolfgang Adam Lauterbach*, *Collegium theoretico-practicum*, Tübingen 1743–1745, Lib. IX., Tit. 1, § 19.

²³⁷ *Badisches Landrecht*, 1809, §§ 1381 a und b unter der Überschrift »Rettungsaufwand«. Letztmalig tauchte der Gedanke im Entwurf eines Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen auf, der sich eng an das ABGB anlehnte. In das späteren Gesetz von 1863/65 wurde er jedoch nicht mehr übernommen, vgl. *Hatzung*, *Notstand* (Fn. 220), 116ff.

²³⁸ *Anton Friedrich Justus Thibaut*, *System des Pandektenrechts*, Bd. II, 1. Aufl. Jena 1803, § 985.

²³⁹ *Thibaut*, *Vorlesungsdiktate* (Fn. 93), 107 zu § 644 der achten Aufl. des *System des Pandektenrechts*, vgl. ergänzend 140 zu § 702.

²⁴⁰ *Thibaut*, *Vorlesungsdiktate* (Fn. 93) 107 zu § 644.

²⁴¹ Vgl. *Kühl*, *Notrechte* (Fn. 10), 318f.

²⁴² Vgl. etwa *Savigny*, *Das Recht des Besitzes*, Jena 1803, 14f.; noch 1888 sprach *Andreas von Tuhr*, *Der Nothstand im Civilrecht*, Heidelberg 1888, 53 von der »Nothwehr gegen Thiere«.

²⁴³ *Paul Ludolf Kritz*, *Exegetisch-praktische Abhandlungen über ausgewählte Materien des Civilrechts*, Leipzig 1824, 79ff.; zu dieser Debatte knapp *Hatzung*, *Notstand* (Fn. 220), 70ff.

fremder Sachen nur zulässig sei, wenn auch die gefahrbringende Sache sonst vernichtet worden wäre. Andernfalls, also im Fall der Aufopferung, gestattet er einen Ausgleichsanspruch²⁴⁴. *Jhering*²⁴⁵ machte das Problem deutlich: »Wer vermag bei einem Brande in einer engebauten Stadt zu sagen, wo das Feuer ohne jene Maßregel seine Gränze gefunden hätte? Die Gefahr verliert sich in's Unbestimmte und stuft sich im Verhältnis der Entfernung der Häuser immer mehr ab. Welcher Richter möchte hier die Zahl die contributionspflichtigen Häuserbesitzer und den Maßstab der Contribution bestimmen?«

Die Brandfälle entwachsen aber auch aus einem anderen Grund der zivilrechtlicher Aufmerksamkeit. *Jherings* Forderung nach einer »öffentliche[n] Entschädigung«²⁴⁶, wies gleichermaßen auf die nun öffentlich-rechtliche Perspektive, wie *Wächters*²⁴⁷ Hinweis auf feuerpolizeiliche Vorschriften, denen zufolge ein Einreißen eines Gebäudes auch im Notfall polizeilicher Anordnung bedürfe²⁴⁸.

Damit ging es primär um die Problematik des **Angriffs von Tieren**. Noch im Vorentwurf *Gebhards* wurde als einziger Notstandsfall die Tiergefahr geregelt²⁴⁹. Die Tiergefahr hatte zunehmend den Schutz des Angegriffenen verstärkt. Im Gegensatz zum römischen Recht, welches neben Schadensersatz²⁵⁰ nur die **Festnahme** oder schonende **Vertreibung** des Tieres gestattete, hatte für Nutztiere²⁵¹ zunächst *Kreittmayr*²⁵² notfalls auch die **Tötung** des Tieres dem Angegriffenen gestattet. Andere Kodifikationen hielten dagegen, so sie die Thematik überhaupt erörterten²⁵³, am bloßen Vertreibungsrecht fest²⁵⁴. Unter dem Einfluß der Gemeinrechtswissenschaft setzte sich im Verlaufe des 19. Jahrhunderts auch gegenüber Tieren der allgemeine Grundsatz durch, daß »wer behufs der Rettung seiner Objekte selbst in der Noth fremde zerstört,

²⁴⁴ *Kritz*, Abhandlungen (Fn. 243), 82ff.; hiergegen erneut *Anton Friedrich Justus Thibaut*, Über die Selbstvertheidigung gegen fremde Sachen, AcP 8 (1825), 139ff. Wolle man mit *Kritz* verlangen, daß eine Selbstvertheidigung gegen Sachen nur zulässig sei, wenn auch die gefahrbringende Sache ansonsten verloren wäre, so müsse sich der Angegriffene wohl »von dem gesunden Hunde des B ruhig ... beißen lassen«, so *Thibaut*, Vorlesungsdiktate (Fn. 93), 140f. zu § 702.

²⁴⁵ *Rudolf von Jhering*, Die Reflexwirkung oder die Rückwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen, JherJb 10 (1871), 245ff., 350.

²⁴⁶ *Jhering*, Reflexwirkung (Fn. 245).

²⁴⁷ *Wächter*, Handbuch (Fn. 5), Bd. II, § 62 Fn. 14.

²⁴⁸ Die Brandfälle rückten damit in ihr bis heute gepflegtes Residuum als Lehrbuchbeispiel für die Abgrenzung zwischen § 228 und § 904 ein, vgl. etwa *Karl Larenz/Ernst Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. München 1997, § 19 Rn. 40.

²⁴⁹ Vgl. § 203 TE-AT, dazu *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 435ff. (mangels eines weitergehenden praktischen Bedürfnisses).

²⁵⁰ D. 9, 1; I. 4, 9, sog. *Actio de Pauperie*; hierzu *Kaser*, Römisches Privatrecht I (Fn. 16), §§ 42 II, 147 II; *ders.*, Römisches Privatrecht II (Fn. 16), § 272, III 3.

²⁵¹ Bei Wildtieren bestand das heikle Sonderproblem der Kollision mit Jagdrechten; vgl. hierzu die Hintergründe zu I 9 § 55 ALR bei *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 94f.; klare Aufarbeitung der Frage auch in der Vorlage *Gebhards*, TE-AT II (Fn. 4), 436f., vgl. auch Art. 69 EGBGB.

²⁵² *Kreittmayr*, Anmerkungen (Fn. 32), IV 13,4,2.

²⁵³ Die Abwehr von Tierangriffen taucht im französischen Recht des 19. Jahrhunderts nach *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 97ff. nicht auf.

²⁵⁴ § 1321 ABGB.

... nicht zu ersetzen« habe²⁵⁵. Nach Vorläufern²⁵⁶ erlangte mit den §§ 182, 183 des sächsischen BGB diese Ansicht erstmals gesetzliche Geltung²⁵⁷. Im Gegenzug fand die Ausweitung der *Lex Rhodia* zu einem allgemeinen Aufopferungsgrundsatz kaum noch Zustimmung²⁵⁸.

Noch in den 1880er Jahren fehlte gleichwohl dem Notstand eine klare und abgrenzbare dogmatischen Struktur²⁵⁹. Erst 1888 lag mit der Habilitationsschrift *Andreas v. Tuhr* eine vertiefte zivilrechtliche Bearbeitung der Notstandslehre vor. V. Tuhr unterschied, wenn auch immer noch in unklarer Abgrenzung zur Notwehr²⁶⁰, erstmals den ausgleichsverpflichtenden gemeinschaftlichen Notstand der *Lex Rhodia*, von Defensiv- und Aggressivnotstand (heute § 904), wobei er für den letzteren zugleich eine Schadensersatzverpflichtung konstruierte²⁶¹.

²⁵⁵ Für das ALR so unter Berufung auf D. 47, 9, 3, 7 (Brandfall); 9, 2, 29, 3 (Schiffsfall), und 19, 5, 15 (Sonderfall der *Lex Rhodia*) *Dernburg*, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts, Bd. 2, Halle 1877, 687. Für das ABGB nannte *Unger*, System (Fn. 81), § 111, lediglich D. 9, 2, 29, 3. Für ein ersatzfreies »SelbstDefensivrecht gegen Sachen« *Mühlenbruch*, Pandekten II (Fn. 92), § 448 Fn. 5 (Brandfälle); *Wächter*, Handbuch II (Fn. 5), § 62, 407f.; *Windscheid*, Pandekten, (Fn. 1) 3. Aufl. 1870, § 455 Fn. 11; *Dernburg*, Pandekten II (Fn. 142), § 131 mit Fn. 9; einschränkend *Sintenis*, Gemeines Zivilrecht I (Fn. 45), 235 (Tötung eines Tieres nur, wenn der erwartete Schaden den durch die *actio de pauperie* denkbaren Schadensersatz übersteigt). Für einen Schadensersatzanspruch des in Notstand Handelnden einzig *Lehmann*, Über die civilrechtlichen Wirkungen des Notstandes, JherJb 13 (1874), 220ff.; hierzu *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 73ff. Judikatur: speziell zur Tiergefahr OLG Braunschweig (v. 17. 3. 1887), SeuffA 42, Nr. 295; weitere Beispiele bei *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 81ff.

²⁵⁶ Art. 58 des Entwurfs eines bayerischen Zivilgesetzbuches von 1861 formulierte bereits richtungweisend: »Wegen Nothstandes ist die Schuld aufgehoben, wenn zur Abwehr eines unverschuldeten Angriffes auf die Person oder das Vermögen ... das Vermögen beschädigt wird, und sich diese Beschädigung nach den Umständen als das einzige und unerläßliche Mittel darstellt, um den Angriff abzuwehren«, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Bayern, ungedruckt, Zitat nach *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 113; obwohl der Wortlaut »Angriffes« auf ein menschliches Tun hinweist, stellten die Motive zum Entwurf klar, daß auch die Sachgefahr umfaßt war, vgl. hierzu *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 113; zu diesem bayerischen Projekt *Barbara Dölemeyer*, Die bayerischen Kodifikationsbestrebungen, Ius Commune 5 (1975), 138ff., 168ff.

²⁵⁷ § 182: Jeder kann seine Person und sein Vermögen gegen Thiere Anderer durch Verjagung und, soweit nöthig, selbst durch Tödtung derselben schützen, wenn nicht besondere Berechtigungen entgegenstehen. § 183: Fremde Sachen, welche einer eigenen Sache Schaden zufügen oder derselben Gefahr drohen, oder ihren Gebrauch hindern, kann man zur Abwehr dieser Nachtheile entfernen, und soweit nöthig, selbst beschädigen oder vernichten«.

²⁵⁸ Einschränkend *Mühlenbruch*, Pandekten II, (Fn. 92), § 454; *Sintenis*, Gemeines Zivilrecht (Fn. 45), § 27, Fn. 9; Bd. II, § 118 a. E.; *Wächter*, Pandekten (Fn. 78), § 210; *Goldschmidt*, *Lex Rhodia* und Agermanament. Der Schiffsrath, ZHR 35 (1889), 60ff.

²⁵⁹ Ungeklärt waren nach *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 74, Definition der Gefahrenlage, Nothilfe, Schutz welcher Rechtsgüter, Auswirkung eigenen Verschuldens, Irrtumsfragen.

²⁶⁰ Vg. etwa v. *Tuhr*, Notstand (Fn. 242), 44ff.; zu den terminologischen Unklarheiten *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 69ff. und öfters.

²⁶¹ v. *Tuhr*, Notstand (Fn. 242), 55ff.

IV. Dogmatische Fragen

1. Verhältnis zum strafrechtlichen Notstand

- 30 Die erste Kommission beschloß, den Vorlagen *Gebhards* und *v. Kübels* folgend²⁶², als § 187 folgende Regelung²⁶³:

»Eine unerlaubte Handlung ist nicht vorhanden, wenn Jemand eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine von dieser Sache drohende Gefahr von sich oder einem Anderen abzuwenden, sofern die Handlung zur Abwendung der Gefahr erforderlich war und die Gefahr nicht vorsätzlich oder fahrlässig verursacht worden ist.«

Damit war einerseits die zunächst umstrittene **Nothilfe**²⁶⁴ aufgenommen und andererseits die Handlung dann rechtswidrig, wenn die Gefahr schuldhaft verursacht worden war. Dies entsprach gemeinrechtlicher Tradition²⁶⁵, wurde nun jedoch Gegenstand heftiger Kontroversen zwischen straf- und zivilrechtlichen Kritikern des ersten Entwurfs²⁶⁶. Folge der zivilrechtlichen Regelung war die Strafbarkeit einer Verteidigungshandlung für den Fall, daß die Gefahr verschuldet²⁶⁷ herbeigeführt war. Dies erschien vor allem *v. Liszt* unbillig²⁶⁸. Bereits die Vorkommission des Reichsjustizamtes²⁶⁹ gestattete dem Handelnden daher trotz Verpflichtung zum Schadensersatz das Privileg der **Rechtfertigung**. Ungeklärt blieb zunächst das Problem, das gem. § 54 StGB nur die Strafbarkeit entfiel, die Tat also rechtswidrig blieb, während § 228 BGB einen Rechtfertigungsgrund statuierte. Eine gesetzliche Gleichstellung wurde erst durch Einführung des **rechtfertigenden Notstandes** (§ 34 StGB) im Jahre 1969 erreicht. Zuvor blieb die Frage umstritten²⁷⁰.

²⁶² *Gebhard* TE-AT II (Fn. 4), 435ff.; *Franz Philipp v. Kübel*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1882, in: W. Schubert (Hg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. II.1: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin/New York 1980, 653.

²⁶³ *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1155 mit vorherigen Debatten.

²⁶⁴ Hierzu *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 142. Die 1. Kommission entschied hier gegen *v. Kübel* und das sächsische BGB, *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 13, 119.

²⁶⁵ D. 9, 2, 29, 3; vgl. auch *Wacke*, Notwehr (Fn. 179), 494ff.

²⁶⁶ *Franz von Liszt*, Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Berlin und Leipzig 1889, 8ff.; hiergegen u.a. *Jacoby*, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik 1889, 676.

²⁶⁷ Zum Streit darum, wer bei Nothilfe für das Verschulden maßgebend ist *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 149.

²⁶⁸ *V. Liszt*, Grenzgebiete (Fn. 266), 13f.: »Wenn der Postbote weiß, daß in dem Hause, in welchem er zuzustellen hat, ein bissiger Hund frei herumläuft und er betritt dasselbe dennoch, so darf er sich gegen den Hund durch Verletzung desselben nicht verteidigen: denn er hat die Gefahr vorausgesehen und mit Wissen und Willen dieselbe für sich herbeigeführt.«

²⁶⁹ *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1159.

²⁷⁰ Etwa *Titze*, Die Einwirkung des BGB auf Polizeiübertretungen im Notstand, DJZ 1904, 285ff.; *Ernst Zitelmann*, Ausschluß der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (1906), 1ff., 11ff.; *Staudinger/Helmut Coing*, 11. Aufl. Berlin 1961, § 228, Fn. 7.

2. Werteabwägung

1881 geriet das weite Notstandsrecht gegen jeden Angriff, welches *Thibaut* durchgesetzt hatte, in die Kritik²⁷¹. In Umsetzung der gemeinrechtlich herrschenden Ansicht und unter Berufung auf den parallelen Schiffsfall (D. 9, 2, 29, 3), versagte das Reichsgericht einer Telegraphengesellschaft einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Eigner eines Schiffes, dessen Besatzung ein **Telegraphenkabel** in welches sich der Schiffsanker verfangen hatte, durchtrennt hatte um Gefahr für das Schiff abzuwenden. Die Entscheidung machte ein zweifaches Dilemma deutlich²⁷². Zunächst fehlte es an einer **Verhältnismäßigkeitsklausel**, die es etwa erlaubt hätte, den Verlust des Ankers geringer zu bewerten, als die Zerstörung des Kabels²⁷³. Zudem trat ein so verstandenes Notstandsrecht in Konflikt zur neuen und enger gefaßten Notstandsregelung des § 54 StGB²⁷⁴, die eine Strafflosigkeit lediglich bei einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben gestattete. Rechtsquellentheoretisch ließ sich eine Ausweitung des als zu eng empfundenen Tatbestandes durch das Zivilrecht schwer rechtfertigen, wollte man nicht das gemeine Recht über ein Reichsgesetz stellen²⁷⁵. Für Tierangriffe wurde das Problem von Strafrechtlern teilweise umgangen, indem man auf den weiteren Notwehrparagrafen (§ 53 StGB) abstellte²⁷⁶ oder § 54 StGB gegen den klaren Wortlaut auch zum Schutz des Eigentums heranzog²⁷⁷. Von zivilistischer Seite hielt man an der gemeinrechtlichen Regelung fest und so blieb es trotz vielfacher Kritik²⁷⁸ denkbar, daß das Zerschneiden des Kabels zivilrechtlich ersatzlos möglich, aber dennoch gem. § 303 StGB strafbar war. Ebenfalls bereits im benannten Reichsgerichtsurteil war ein weiteres Problem zur Sprache gekommen, die Frage der Abwägung zwischen dem Wert des angreifenden und dem des verteidigten Gutes. Weder in der Zivilgesetzgebung des 19. Jahrhunderts, noch in den Vorentwürfen und dem ersten Entwurf war ei-

²⁷¹ RGZ (v. 12. 10. 1881 – I. 581/81) 5, 160ff. = SeuffertA 37, Nr. 114; scharfe Kritik dieser Entscheidung von *Titze*, Einwirkung (Fn. 270), 33, 67, 102, 110; *Rudolf Merkel*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen, Straßburg 1895, 24, 225f.

²⁷² Die Problematik wurde 1884 durch eine internationale Konvention zum Schutze unterseeischer Telegraphenkabel gelöst, vgl. *Wäcke*, Notwehr (Fn. 179), 498.

²⁷³ Den Einwand der Telegraphengesellschaft, die Aufopferung fremder Sache dürfe nur zugunsten »eines höherwertigen eigenen Vermögensinteresses gestattet sein«, fand nach Ansicht des Gerichts »in den Gesetzen keine Unterstützung, da von einer solchen Unterscheidung nirgends die Rede« sei. Gleichwohl müsse das Interesse des Bedrohten »von einiger Bedeutung und nicht im Verhältnis zu dem in Frage stehenden Interesse Dritter von verschwindender Geringfügigkeit« sein, RG (Fn. 271), 163.

²⁷⁴ Zum Folgenden genaueres bei *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 128ff.

²⁷⁵ So gleichwohl vor allem *Rudolf Stammler*, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstands, Erlangen 1878, 64, und *Karl Bindung*, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, Leipzig 1885, 773.

²⁷⁶ So immerhin *Franz von Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 4. Aufl. Berlin 1891, 148.

²⁷⁷ OTR, Die Rechtsprechung des Königlichen Ober-Tribunals in Strafsachen 17 (1876), 260ff.

²⁷⁸ *Pernice*, Labeo (Fn. 17), 20, Fn. 13; näher zu dieser Debatte *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 85ff., 132.

ne solche Regelung vorgesehen. Vor allem²⁷⁹ das spätere Mitglied der zweiten Kommission *Karl Jakubezky* griff Einwände *Rudolf Merkels* auf²⁸⁰ und fordert schon in seiner Kritik des ersten Entwurfs die Aufnahme einer derartigen Klausel²⁸¹. Auf seinen Antrag hin²⁸² wurde eine Wertabwägungsklausel als letzte Änderung hin zu § 228 in der zweiten Kommission eingefügt. Beispiele wie das *Leonhards* hatten ihre Wirkung getan: Der Entwurf »erlaubt ... mir z.B. einen fremden kostbaren Neufundländer zu tödten, damit er mir nicht meinen Handschuh zerbeißt«²⁸³.

3. Abgrenzung zu § 904

- 32 Entgegen der Entstehungsgeschichte der §§ 228 und 904 verlagerte das Reichsgericht den Schwerpunkt der Judikatur zum zivilrechtlichen Notstand auf § 904, indem es das Tatbestandsmerkmal der Sachgefahr besonders eng auslegte. Dies wurde deutlich in einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 29. 4. 1916²⁸⁴. Anders als im vergleichbaren Sachverhalt in D. 9, 2, 29, 3, also dem Schiffsfall, ging das Gericht bei Fischernetzen, die sich im Sturm zu verwickeln drohten, nicht vom Vorliegen einer **Sachgefahr** aus. Die Gefahr gehe nicht von den Netzen, sondern vom Sturm aus, so daß allenfalls ein Aggressivnotstand gem. § 904 in Frage käme²⁸⁵. Erst später rückten die Gerichte vereinzelt von diesem Erfordernis einer unmittelbaren Kausalität zwischen der Sache und Gefahr ab und ließen § 228 auch bei mittelbaren Gefährdungen zu²⁸⁶. Bis heute ist diese Abgrenzung umstritten²⁸⁷. Die mit dem Perspektivwechsel zu Beginn des 19. Jahrhunderts aus dem Blick geratenen Fälle der zivilrechtlichen **Aufopferung** traten durch ein Urteil des OLG Hamm aus dem Jahr 1940 wieder auf den Plan und werden bis heute diskutiert²⁸⁸. Ein Hinweis des BGH auf die gleichgelagerte Regelung der **großen Haverei** deutete 1962 rechtshistorische Alternativszenarien an²⁸⁹.

²⁷⁹ Daneben *Rudolf Leonhard*, Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich und seine Beurteilung, Marburg 1891, 41; *Otto Bähr*, Gegenentwurf zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Kassel 1892, 61.

²⁸⁰ *Merkel*, Kollision (Fn. 271), 29ff., 42.

²⁸¹ *Karl Jakubezky*, Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, München 1892, 44.

²⁸² *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1164. Die Endfassung als § 192 E II entspricht § 228 BGB.

²⁸³ *Leonhard*, Entwurf (Fn. 279), 40f., zitiert nach *Hatzung*, Notstand (Fn. 220), 160f.

²⁸⁴ RGZ (v. 29. 4. 1916 – I. 24/16) 88, 211ff.

²⁸⁵ RGZ (v. 29. 4. 1916 – I. 24/16) 88, 214.

²⁸⁶ Grundlegend OGH (v. 15. 2. 1950 – II ZS 69/49) 4, 99ff.; hierzu *Reinhard Zimmermann*, Der oberste Gerichtshof für die Britische Zone (1948–1950) und die Fortbildung des Bürgerlichen Rechts, ZNR 1981, 158ff., 175f.

²⁸⁷ Vgl. *Edwin Allgaier*, Zum Verhältnis und zur Abgrenzung von defensivem und aggressivem Notstand, Versicherungsrecht 1989, 788.

²⁸⁸ OLG Hamm (30. 5. 1940 – 5u 90/39), DR 1940, 1189, bejahte die analoge Anwendung von § 904 S. 2 zugunsten eines LKW-Fahrers, der sein Auto gegen einen Baum gelenkt hatte, um einem plötzlich seitens des Kutschers unverschuldet scheidenden Kutschpferd auszuweichen; dies führte Kontroversen in der Literatur, Nachweise bei *Horst Konzen*, Aufopferung im Zivilrecht. Beitrag zu den Lehren vom bürgerlich-rechtlichen und arbeitsrechtlichen Aufopferungsanspruch, Berlin 1969.

E. § 229–231. Selbsthilfe

Wichtige Literatur

Bensey, Beiträge zur Lehre von der Selbsthülfe nach Römisch-justinianischem Rechte, Neues Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1835, 1–49; *Heyer, Fritz*, Die Selbsthülfe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Dissertation Berlin 1901; *Kleinrath*, Besitzschutz und Selbsthilfe, Gruchots Beitr. 54 (1910), 481–493; *Kuhlenbeck, Ludwig*, Das Recht der Selbsthülfe, Leipzig 1907; *Schmitt, Josef*, Die Selbsthilfe im römischen Privatrecht, Erlangen 1868; *Schünemann, Wolfgang B.*, Selbsthilfe im Rechtssystem, Tübingen 1985; *Wendt, Otto*, Das Faustrecht oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung, Jena 1883.

I. Regelungsproblem und Lösungswege

1852 begann *Jhering* im ersten Band des »Geist« seine Ausführungen über die römische Selbsthilfe mit Ausfällen gegen den »Wahn, als müsse alles durch den Staat geschehen«: Auch vor der Ausdifferenzierung eines institutionalisierten staatlichen Rechtsdurchsetzungssystems seien die Interessen der Gemeinschaft »nicht dem Zufall Preis gegeben, sondern die natürliche Selbsthülfe oder Heilkraft des Lebens half sich selber«²⁹⁰. Scharf und vielleicht nicht unerwartet trat ihm *Bethmann-Hollweg* entgegen und warf ihm vor, an »vorhistorischer Barbarey« Wohlgefallen gefunden zu haben²⁹¹. Die Zurückdrängung der Selbsthilfe zugunsten staatlicher Konfliktentscheidung wurde als zentraler Indikator für die Disziplinierung und Zivilisierung moderner Gesellschaften gewertet²⁹². Die Vorschriften des BGB über die Frage besaßen somit eine hohe theoretische Aufladung. Dies führte während ihrer Entstehungsgeschichte zu engagierten Debatten.

Wie die wechselvollen Versuche, im alten Reich die **Fehde** einzudämmen²⁹³ zeigen, fehlte es lange Zeit an staatlichen Strukturen, in denen die gerichtliche Konfliktlösung

33

²⁸⁹ BGHZ (v. 27. 11. 1962 – VI ZR 217/61) 38, 270ff., 278 zur Selbstaufopferung im Straßenverkehr.

²⁹⁰ *Rudolph von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. I, Leipzig 1852, § 11, 116f.

²⁹¹ *Moritz August von Bethmann-Hollweg*, Der Civilproceß des gemeinen Rechts, Bd. I, Bonn 1864, 89, 90 Fn. 3; hiergegen wiederum *Rudolph von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. I, 4. Aufl. Leipzig 1878, 120, Fn. 25 a.

²⁹² Diese »staatliche« Perspektive hat lange Zeit in der Rechtsgeschichte den Blick für gewaltlose außerjustizielle Konfliktlösungsmechanismen verstellt. Die Problematik wird in jüngerer Zeit vor allem in der Mediävistik diskutiert. Ein knappen Überblick bietet *Steffen Patzold*, Konflikte als Thema in der modernen Mediävistik, in: H.-W. Goetz, Moderne Mediävistik, Darmstadt 1999, 198ff.; vgl. daneben die wichtigen Klarstellungen von *Jürgen Weitzel*, Rez. Althoff (Fn. 294), ZRG (GA) 2000, 689ff. gegen Gerd Althoff.

²⁹³ Überblicke bei *E. Kaufmann*, Art. »Fehde«, HRG, Bd. I, Berlin 1971, Sp. 1083ff.; *Hartmut Bookmann*, Art. »Fehde, Fehdewesen«, LexMA, Bd. VI, München/Zürich 1989, Sp. 331ff.; für eine stärkere Berücksichtigung der zumeist vorgelagerten gütlichen Einigungsmechanismen grundlegend

hätte herrschend werden können. Erst mit dem Aufstieg einer (territorialen) funktionierenden Zentralgewalt kam es zum Ausbau eines annähernd verlässlichen Gerichts- und Vollstreckungswesen. Mit dem **Arrestprozeß**²⁹⁴, der Weiterentwicklung des mittelalterlichen **Summariissimum** zur **einstweiligen Verfügung** der ZPO²⁹⁵, der aus Italien übernommenen **vollstreckbaren Urkunde**²⁹⁶, oder der **vorläufigen Vollstreckbarkeit**²⁹⁷ standen prozessual spätestens seit dem 18. Jahrhundert Instrumentarien zur Verfügung, die gegenüber dem schwerfälligen ordentlichen Prozeß einen zügigen und hinreichend effektiven Gläubigerschutz gewährleisteten. Das praktische Bedürfnis für die Zulassung einer Privatvollstreckung ging vor diesem Hintergrund stetig zurück. Das Beispiel Frankreich zeigt, daß gesonderte Regelungen der zivilrechtlichen Selbsthilfe **vielleicht ganz entbehrlich** sind²⁹⁸. Gleichwohl finden sich ähnliche Normen, die einen Restbereich alten »**Faustrechts**« zur »Durchsetzung eines Anspruchs«²⁹⁹ gestatten, in den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen³⁰⁰.

II. Abkehr vom generellen Selbsthilfeverbot im 19. Jahrhundert

- 34 Der aufgeklärt absolutistische Staat bedrohte im 18. und auch noch 19. Jahrhundert jede Selbsthilfe mit öffentlicher Strafe³⁰¹. Damit setzte der Staat vor allem rechtspolitisch ein Zeichen. Im übrigen bestand durchweg Einigkeit, daß gewisse Selbsthilfehandlungen zur Anspruchssicherung wenigstens in den Fällen zulässig sein mußten, in denen staatliche Hilfe nicht bereit oder gegenwärtig war. Die Zivilrechtskodifikationen kannten also einen Restbereich als gerechtfertigt angesehener Selbsthilfehand-

immer noch *Otto Brunner*, Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter, Wien 1939, insb. 105f.; hierzu nun die Beiträge in: *Gerd Althoff*, Spielregeln der Politik im Mittelalter, Darmstadt 1997; sowie oben Fn. 292.

²⁹⁴ Vgl. etwa *Guido Kraff*, Das Arrestverfahren in Frankfurt a.M. im Spätmittelalter (Rechtshistorische Reihe, 150), Frankfurt a.M. 1996.

²⁹⁵ *Helmut Coing*, Europäisches Privatrecht, Bd. I, München 1985, 286f.

²⁹⁶ *Coing*, Europäisches Privatrecht (Fn. 295), 482.

²⁹⁷ *Wolfgang Sellert*, Vollstreckung und Vollstreckungspraxis, in: W. Gerhardt (Hg.), Festschrift für Wolfram Henckel zum 70. Geburtstag, 1995, 817ff.; zur spätmittelalterlichen Vollstreckungspraxis *Hans Schlosser*, Spätmittelalterlicher Zivilprozeß nach Bayerischen Quellen (Forschungen zur Deutschen Rechtsgeschichte, 8), Köln 1971, 417ff.

²⁹⁸ Das französische Recht löst das Problem jedoch nach allgemeinen Rechtfertigungs- oder Schuldaußschließungsgrundsätzen, so daß ein Schadensersatzanspruch entfällt, vgl. *Ferid/Sonnenberger* Französisches Zivilrecht (Fn. 216), Rn. 1 C 178f.

²⁹⁹ *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 427ff.

³⁰⁰ Etwa Art. 52 Ab 3 OR; Art. 282, 283 des griechischen ZGB; Art. 336 des portugiesischen CC; Art. 19 ABGB; das englische Recht läßt »self-help« unter der Voraussetzung zu, daß die Gewaltanwendung »reasonable« sein muß, vgl. *Rodgers*, Tort (Fn. 214) 675f.

³⁰¹ So etwa das ALR (II 20 §§ 157ff.) und die Strafgesetzbücher Bayerns von 1813 (Art. 449ff.), Oldenburgs von 1814 (§ 449), Württembergs von 1839 (§ 200), Sachsens von 1838 (§ 204) und Badens von 1845 (§ 279). Keine Regelung sahen demgegenüber das ABGB und der Code Civil vor. Nach *Karl Solomo Zacharia*, Handbuch des französischen Civilrechts, 6. Aufl. Heidelberg 1875, § 749, 497, erachtete das Letztere gleichwohl Selbsthilfe grundsätzlich für unerlaubt.

lungen³⁰². Die gemeinrechtliche Wissenschaft versuchte seit dem 18. Jahrhundert³⁰³, den Bereich der verbliebenen Selbsthilfebefugnis dogmatisch klarer zu fassen. Ansatzpunkt waren einzelne Fälle in denen in Rom die Selbsthilfe untersagt worden war, insbesondere durch das in D. 4, 2, 13 und D. 48, 7, 7 überlieferte *Decretum Divi Marci* von *Marc Aurel*³⁰⁴.

Um die Jahrhundertmitte deutete sich in der Frage des Grundsatzes von dem auszu- gehen war, also Verbot oder Straflosigkeit der Selbsthilfe, ein Umschwung an. Erstmals das **preußische StGB von 1851**³⁰⁵ und nachfolgend das **StGB des Reichs von 1871**³⁰⁶ stellten die Selbsthilfe außerhalb der anerkannten Deliktstypen allgemein straffrei. Dies hatte praktisch zunächst nur geringfügige Änderungen zur Folge. Die vom Strafrecht (etwa Raub, Nötigung, Hausfriedensbruch, Sachbeschädigung), den vertraglich festgelegten Verhaltenspflichten und dem deliktsrechtlichen Schutz dessen, in dessen Rechtssphäre der Selbsthelfer eingriff, gelassene Schutzlücke war gering. Im Wesentlichen verpflichteten Selbsthilfebehandlungen auch bei grundsätzlicher Gestattung nur dann nicht zum Schadensersatz, wenn ein Schaden nicht vorlag. Einen zivilrechtlich eigenständigen Regelungsbereich hatte ein Selbsthilfeverbot letztlich vor allem dann, wenn der Gewahrsamsinhaber dem Eigentümer gegenüber zu keinem Besitz berechtigt war, also etwa der Wegnahme eines in Verwahrung gegebenen Gegenstandes nach Ablauf der vereinbarten Verwahrfrist³⁰⁷. Praktisch hing alles davon ab, inwieweit man die Selbsthilfe vor allem deliktsrechtlich als Rechtfertigung zuließ.

Rechtspolitisch war mit der grundsätzlichen Straflosigkeit der Selbsthilfe gleichwohl eine wichtige Forderung erfüllt. Zu welchem Zweck die Handlung erfolgte, war dem Rechtssubjekt zu überlassen, dessen Freiheitsraum gerade die hier erneut wirksam werdende Trennung zwischen Recht und Moral gewährleistete. Erörterungen *Benseys* aufgreifend sah *Puchta*³⁰⁸ im Verbot der Selbsthilfe insofern ein »modernes

³⁰² Etwa Einl. § 78 ALR; § 192 ABGB; § 179 sächsisches BGB.

³⁰³ Aus der älteren Literatur wurde vor allem die Abhandlung von *Johann Ortwin Westenberg*, *Divus Marcus sive Dissertatio ad Constitutionis Marci Aurelii*, Lugdunum 1736, beachtet; im 19. Jahrhundert erlangte Einfluß die Abhandlung von *Bensey*, *Beiträge zur Lehre von der Selbsthülfe nach Römisch-justinianischem Rechte*, Neues Rheinisches Museum für Jurisprudenz 1835, 1ff., dem sich *Puchta* und *Windscheid* (ab der 5. Aufl.) angeschlossen. Eine Überblick über die damalige Diskussion vermittelt *Schwarze*, Art. »Selbsthilfe« in: *J. Weiske* (Hg.), *Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten*, Bd. X, Leipzig 1856, 125ff.; *Vangerow*, *Pandekten* (Fn. 95), § 133.; *Windscheid*, *Pandekten* (Fn. 1), § 123 Fn. 3.

³⁰⁴ Hierzu *Wesener*, *Lex Rhodia* (Fn. 218), 100ff. mit Fn. 4; *Kaser*, *Römisches Privatrecht II* (Fn. 16), 64 mit Fn. 6.

³⁰⁵ Freilich unter Verweis auf die hinreichenden zivilrechtlichen Nachteile, vgl. *Goltdammer*, *Materialien zum Straf-Gesetzbuche* (Fn. 199), 365.

³⁰⁶ Ein Antrag zur Einfügung eines entsprechenden Verbotes wurde abgelehnt, vgl. *Friedrich Oskar Schwarze*, *Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 3. Aufl. Leipzig 1873, ND Goldbach 1992, § 240, 584 mit weiteren Nennungen in Fn. *.

³⁰⁷ Hierzu bereits *Otto Wendt*, *Das Faustrecht oder Besitzvertheidigung und Besitzverfolgung Faustrecht*, Jena 1883, 6ff. (= *JherJb* 21, 1883, 56ff., 244ff.) mit Blick in die Praxis hierzu; *Gebhard*, *TE-AT II* (Fn. 4), 431; ebenso bereits *Windscheid* *Pandekten* (Fn. 1), erstmals in der 7. Auf. Frankfurt 1892, § 123 Fn. 1.

³⁰⁸ *Puchta*, *Pandekten* (Fn. 88), § 80.

Princip, aus dem System des Zuvielregierens und Bevormundens entstanden, dem wir am wenigsten im Privatrecht freien Spielraum geben dürfen³⁰⁹. Die Frage blieb zunächst unter Zivilisten unentschieden³¹⁰. Noch *Gebhard* hielt wenigstens für das Privatrecht in seinem Vorentwurf am Grundsatz der Rechtswidrigkeit fest³¹¹. Erst in den späteren Beratungen der ersten Kommission entschied man sich dem Vorbild des Strafgesetzbuches folgend dagegen, schon das Motiv der Selbsthilfe zur Begründung der Rechtswidrigkeit ausreichen zu lassen³¹². Die Formulierung des heutigen § 229 machte freilich auch weiterhin Schwierigkeiten. Die Vorkommission des Reichsjustizamtes scheute vor dem Wortlaut des § 188 des Kommissionsentwurfs (»ist erlaubt«) zurück und fügte vermittelnd den heutigen Wortlaut (»nicht widerrechtlich«) in § 229 ein³¹³.

III. Lösungen des BGB

- 36 Dogmatisch ging es demgegenüber vor allem darum, die Selbsthilfe gegenüber dem Deliktsrecht als zivilrechtlichen **Rechtfertigungsgrund** zu formulieren. Wie bei der Notwehr und dem Notstand wurde auch hier die systematische Zuordnung zum Deliktsrecht erwogen³¹⁴. Im Wesentlichen drei Probleme erlangten während der recht streitigen Debatten um die §§ 229–231 Bedeutung.
- 37 Umstritten war zunächst die Frage, welcher Gefährungsgrad für die Rechtswirklichmachung des Gläubigers Selbsthilfehandlungen zulässig machen sollte. Das **ALR**³¹⁵ und übereinstimmend die **h. A.** im **gemeinen Recht**³¹⁶ hatte die Selbsthilfe nur zugelassen, wenn ansonsten ein unwiederbringlicher Verlust des betreffenden Rechts drohe. Demgegenüber genügte nach dem **sächsischen BGB** (§ 179) und dem **Dresdner Entwurf** (Art. 1016) die bloße Gefahr der Anspruchsvereitelung. Im daran anknüpfenden Vorschlag *Gebhards*³¹⁷, außerhalb von Forderungen auf Geld oder Herausgabe beweglicher Sachen, die Selbsthilfe nur zuzulassen, wenn ansonsten dem Anspruchsinhaber »ein schwerer und unersetzlicher Nachtheil« erwachse, sah die erste Kommission im Gefolge *v. Kübels* jedoch eine übermäßige Erschwerung der Selbsthilfe³¹⁸. Gegen spä-

³⁰⁹ *Georg Friedrich Puchta*, Vorlesungen über das heutige römische Recht, in: hg. von Adolf August Friedrich Rudorff, Bd. I, hier nach 6. Aufl. 1873, § 80, 186.

³¹⁰ Meinungsstand bei *Windscheid*, Pandekten (Fn. 1), § 123, Fn. 1.

³¹¹ *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 429.

³¹² *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1150, Sitzung vom 6. 2. 1882.

³¹³ *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1160, Sitzung vom 14. 3. 1891.

³¹⁴ *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1148, Antrag Derscheids in der 1. Kommission am 6. 2. 1882 abgelehnt vor allem mit Blick auf die sachenrechtlichen Besitzschutzvorschriften.

³¹⁵ Einl. § 78.

³¹⁶ *Windscheid*, Pandekten (Fn. 1), § 123.

³¹⁷ § 202 Ab 1 Satz 1 des Vorentwurfs; hierzu die Erläuterungen von *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 432.

³¹⁸ *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1153, Sitzung vom 8. 2. 1882 auf Antrag *v. Kübels*.

ter Proteste im Bundesrat³¹⁹, setzte sich die heutige bloße Gefahr der Anspruchsvereitelung durch.

Der Versuch, die Selbsthilfe in das staatliche Rechtsschutzverfahren einzubinden, führte zum Ausbau »eines förmlichen **Selbsthilfeprozesses**«³²⁰: Selbsthilfehandlung, Ablieferung bei Gericht, gerichtliche Entscheidung (§ 230). Schon *Gebhard* hatte gefordert, die Eigenmacht dürfe nicht weiter gehen, »als zur Rechtsverfolgung notwendig«³²¹, was beinhalte, nach der Selbsthilfehandlung »sofort die nach den Verhältnissen gebotenen Anträge (Anlegung eines Arrests, Erlaß einer einstweiligen Verfügung, Einleitung und Fortstellung des Vollstreckungsverfahrens) an die zuständige Behörde zu richten«³²². Die erste Kommission fügte diese Erfordernisse des § 189 E I als Abs. 3 und 4 an, die zweite Kommission gliederte die Antragserfordernisse als § 193, dem heutigen § 230 aus³²³. Mit der »dem Rechtsgeföhle«³²⁴ entsprechenden Einfügung des § 231, der auch bei schuldlosem Irrtum über die Voraussetzungen der Selbsthilfe eine deliktische Haftung zuläßt, durch die zweite Kommission wurden die Bestimmungen zur Selbsthilfe nochmals verschärft, in den Worten Plancks: »Wer zur Selbsthilfe schreitet, tut dies auf eigene Gefahr«³²⁵.

Die umstrittenste Abgrenzung zum staatlichen Rechtsschutzverfahren stellte die Frage des **Festnahmerechts** dar. Während das sächsische BGB in § 180 die Festnahme gestattete, lehnte das preußische Recht eine Festnahmebefugnis ab³²⁶. Im gemeinen Recht waren die Ansichten geteilt. *Gebhard* hatte sich gegen ein Festnahmerecht ausgesprochen³²⁷. In den Kommissionsberatungen war man jedoch zunächst ohne Debatte von einem Festnahmerecht ausgegangen³²⁸. In der 2. Kommission und im Bundesrat aufkommende Zweifel konnten sich nicht durchsetzen³²⁹. Am 22. 2. 1896 eskalierte die Frage im Reichstag³³⁰. Die sozialdemokratischen Abgeordneten *Frohme*³³¹ und

38

39

³¹⁹ *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1168.

³²⁰ *Fritz Heyer*, Die Selbsthilfe nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Diss. Berlin 1901 (= *ders.*, Die Selbsthilfe, Archiv für Bürgerliches Recht 19 (1901), 38ff.), 19.

³²¹ § 202 Ab 2 seines Vorentwurfs, dazu seine Anmerkungen in *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 432f.

³²² *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 433.

³²³ Zu den früh auftretenden Problemen mit dieser Vorschrift *D. Kleinrath*, Besitzschutz und Selbsthilfe, Gruchots Beitr. 54 (1910), 481ff.

³²⁴ *Mugdan*, Bd. I, 808; auf Antrag *Jacubezkys* vgl. *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1162f.

³²⁵ *Planck*, 3. Aufl. (Fn. 123), 385.

³²⁶ Vielgenannt in diesem Zusammenhang das Urteil des Obertribunals in *Friedrich Christian Oppenhoff*, Rechtsprechung des Königlichen Ober-Tribunals und des Königlichen Ober-Apellations-Gerichts in Strafsachen, Bd. IX, Berlin 1869, 426.

³²⁷ *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 433.

³²⁸ *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1151, Sitzung vom 6. 2. 1882, vgl. die Anträge von v. Weber und Planck; Diskussion dann in der 2. Kommission, vgl. *Jakobs/Schubert*, ebd., 1162; ergänzend *Mugdan*, Bd. I, 806.

³²⁹ *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1168, man dürfe nicht weiter gehen als § 127 StPO.

³³⁰ Hierzu *Thomas Vormbaum*, Die Sozialdemokratie und die Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl. (Juristische Zeitgeschichte, Abt. I, 1) Baden-Baden 1997, LXXXIV.

³³¹ Zu Karl *Frohme* *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert*, Die Beratung des BGB. Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB, Berlin/New York 1978, 118.

*Stadthagen*³³² wandten sich generell gegen die Selbsthilfebestimmungen des 2. Entwurfs, Hilfe und Schutz zu gewähren sei Sache des Staates. Vor allem machten sie die Zustimmung ihrer Fraktion zur Gesetz insgesamt aber von einer Revision des Festnahmerechts abhängig. Sie befürchteten, ein solches Recht werde »zu einem **Ausnahmegesetz gegen die Arbeiter** werden«³³³. Die Frage erregte großes Aufsehen³³⁴ und wurde schließlich durch den Kompromiß entschieden, daß eine Festnahme nur bei Fluchtverdacht gestatte sei³³⁵. Nicht in das BGB übernommen wurde das sog. **Privatpfändungsrecht**, welches gestattete, zur Beweissicherung Tiere und von Personen verwendete Sachen zu pfänden³³⁶.

IV. Entwicklungen im 20. Jahrhundert

- 40 Die enge Fassung der Selbsthilfevoraussetzungen des BGB hat zu einer geringen Relevanz der Vorschriften in der Praxis geführt³³⁷. Auch die Zivilrechtsdogmatik hat die Selbsthilfeproblematik lange negiert³³⁸. Seit den 1990er Jahren zeichnen sich unter dem Einfluß der von kontinentalen Traditionen abweichenden angloamerikanischen Praxis vor allem in der Frage der **Privateintreibung von Forderungen** neue Problemfelder der Selbsthilfe ab³³⁹.

³³² Zu Arthur Stadthagen *Jakobs/Schubert*, Beratung Materialien (Fn. 331), 123; die Rede ist abgedruckt bei *Vormbaum*, Sozialdemokratie (Fn. 330), 31ff.

³³³ *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1169; ergänzend Mugdan, Bd. I, 974.

³³⁴ Vgl. die Materialien bei *Vormbaum*, Sozialdemokratie (Fn. 330), 134ff., 268f.; 274f.; 342 (Beichte im »Vorwärts«), 391, (thematisiert auf dem Parteitag in Gotha im Okt. 1896).

³³⁵ *Jakobs/Schubert*, Beratung AT II (Fn. 6), 1169.

³³⁶ Vgl. *Gebhard*, TE-AT II (Fn. 4), 434; hierzu *Adalbert Erler*, Art. »Schüttung«, HRG, Bd. IV, Berlin 1990, Sp. 1524f.; vertiefende Darstellung bei *Gierke*, Deutsches Privatrecht I (Fn. 115), 338ff.; auch *Wendt*, Faustrecht (Fn. 307); Art. 89 des Einführungsgesetzes ließ jedoch entgegenstehende Partikularrechte unberührt; in England wird die Frage erneut debattiert, vgl. *v. Bar*, Deliktsrecht (Fn. 14), 515 Fn. 53; daneben § 1321 ABGB.

³³⁷ Nach *Wolfgang B. Schönemann*, Selbsthilfe im Rechtssystem, Tübingen 1985, 4, sind Rechtsprechungsnachweise zur Selbsthilfe »ausgesprochen rar«.

³³⁸ Ein erster umfassender theoretischer Zugriff erfolgte erst 1985 durch *Schönemann*, Selbsthilfe (Fn. 337); hierzu die Einwendungen von *Hermann Dilcher*, Rezension Schönemann, AcP 186 (1986), 591ff.

³³⁹ Stichwort: Bloßstellung der Schuldner unter Umgehung der Selbsthilfevorschriften durch »Schwarze Männer« u.ä.; vgl. hierzu *Stefan Edenfeld*, Der Schuldner am Pranger – Grenzen zivilrechtlicher Schuldbeitreibung, JZ 1998, 645ff. (mit Rechtsprechungsnachweisen); *Olaf Werner*, Staatliches Gewaltmonopol und Selbsthilfe bei Bagatellforderungen, in: M. Martinek (Hg.), 100 Jahre BGB – 100 Jahre Staudinger: Beiträge zum Symposium vom 18.–20. Juni 1998 in München, München 1998, 48ff.