

Der Einwand des Rechtsmissbrauchs

Jörg Neuner

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Neuner, Jörg. 2025. "Der Einwand des Rechtsmissbrauchs." *JuristenZeitung (JZ)* 80 (3): 67–75. <https://doi.org/10.1628/jz-2025-0042>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Professor Dr. Jörg Neuner, Augsburg*

Der Einwand des Rechtsmissbrauchs

Das allgegenwärtige Schlagwort vom „Rechtsmissbrauch“ erklärt nicht das implizierte Unwerturteil. Erforderlich ist deshalb eine Ausdifferenzierung anhand der Verfassung, der Methodik sowie des Zivilrechtssystems.

I. Einleitung

Der Einwand des Rechtsmissbrauchs rekurriert auf die klassische, dem actionenrechtlichen Denken entstammende *exceptio doli*.¹ Die Verfasser des BGB hielten die Aufnahme einer allgemeinen Missbrauchsregelung dennoch für nicht opportun,² weil sie darauf hinauslaufe, „das subjektive Rechtsgefühl des Richters statt objektiver Rechtsnormen entscheiden zu lassen“.³ Ungeachtet dieser restriktiven gesetzgeberischen Haltung entwickelte sich die Idee vom Rechtsmissbrauch alsbald zu einem dogmatischen Schlüsselbegriff,⁴ rechtsvergleichend stark beeinflusst durch die französische *théorie de l'abus de droit*.⁵ Zahlreiche ausländische Rechtsordnungen enthalten überdies explizite Bestimmungen, beispielhaft Art. 2 Abs. 2 ZGB (Schweiz): „Der offen-

bare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.“⁶ Aber was ist mit Rechtsmissbrauch gemeint? Kann man das Recht überhaupt missbrauchen und was besagt die Subsumtion des Missbrauchs unter den alles überwölbenden Begriff des Rechts?

II. Terminologie

Sowohl im deutschen als auch im französischen Diskurs wird seit jeher darauf verwiesen, dass der Begriff „Rechtsmissbrauch“ einen inneren Widerspruch aufweist: „Was Recht ist, kann nicht Unrecht sein.“⁷ Man hat deshalb als Alternative den Ausdruck „Gesetzesmissbrauch“ vorgeschlagen,⁸ doch stellt sich auch dann, wenn man antipositivistisch dem „Recht“ eine Korrektiv- und Komplementärfunktion zuschreibt,⁹ die Kernfrage, ob und inwieweit subjektive Rechte, gemessen am objektiven Recht, missbraucht werden können.

⁶ Ferner unter anderem Art. 334.º Código Civil (Portugal); Art. 7.2 Código Civil (Spanien); Art. 1.10 Burgerlijk Wetboek (Belgien).

⁷ Sippell, Die Schikane, 1912, S. 4; ferner Oppenheimer, Der Gesetzesmißbrauch, 1930, S. 17, 72 ff.; Planiol, Traité élémentaire de droit civil, Bd. 2, 11. Aufl. 1931, S. 312 (Hervorhebung im Original): „[...] sa formule ,usage abusif des droits' est une logomachie, car si j'use de mon droit, mon acte est licite; et quand il est illicite, c'est que je dépasse mon droit et que j'agis sans droit [...]“; zuletzt Guski, Rechtsmissbrauch als Paradoxie, 2019, S. XI („unmöglicher Begriff“).

⁸ Oppenheimer, Der Gesetzesmißbrauch (Fn. 7), S. 17, 82 ff. sowie schon S. 24 mit einer Definition von „Recht“ als „soziologisches Phänomen“, als „Ausdrucksform der Rechtsüberzeugung und der Rechtsüberlegung aller oder der überwiegenden Gemeinschaftsmitglieder, das conscience collective“; hierzu und zur Missachtung dieser Konzeption nach 1933 Haferkamp, in: forum historiae iuris, 1.7.1997, abrufbar unter <https://forhistiur.net1997-07-haferkamp> (letzter Abruf: 13.1.2025).

⁹ Hierzu Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1983, S. 37 f. (mit Fn. 95); Neuner, Die Rechtsfindung contra legem, 2. Aufl. 2005, S. 5 ff.

* Der Autor ist Professor i. R. für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Handelsrecht sowie Rechtsphilosophie der Universität Augsburg.

¹ Siehe näher Mader, Rechtsmißbrauch und unzulässige Rechtsausübung, 1994, S. 25 ff.; Honsell/Fargnoli, Römisches Recht, 9. Aufl. 2021, S. 213 f.; zur Unterscheidung von *exceptio doli specialis* (ursprüngliche Arglist) und *exceptio doli generalis* (gegenwärtige Arglist) Haferkamp, in: Falk/Mohnhaupt (Hrsg.), Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter, 2000, S. 1, 3 m. w. N.

² Motive I, S. 274.

³ Protokolle des Reichsjustizamts bei Jakobs/Schubert, Beratungen BGB, Allgemeiner Teil, Bd. I, 1985, S. 625 (Prot. RJA S. 72); ähnlich Bd. II, 1981, S. 1171 (Prot. RJA S. 174).

⁴ Zur Ideengeschichte des subjektiven Rechts und seinen Schranken Haferkamp, Die heutige Rechtsmißbrauchslehre – Ergebnis nationalsozialistischen Rechtsdenkens?, 1995, S. 23 ff.

⁵ Eingehend hierzu Eichenhofer, Rechtsmissbrauch, 2019, S. 9 ff., 235 ff.; komprimierte Darstellung bei Fleischer JZ 2003, 865 ff.

1. Subjektive Rechte

Subjektive Rechte begründen Persönlichkeitsrechte, Herrschaftsrechte, Ansprüche oder auch Gestaltungsrechte. Da diese Rechte allen Privatrechtsakteuren potenziell zustehen, sind sie in ein gemeinverträgliches Mit- und Nebeneinander zu bringen. Strittig ist, ob die einzelnen Rechte von vornherein nur im Rahmen ihrer Grenzen bestehen oder von außen auf ein sachgerechtes Maß beschränkt werden.

a) Innentheorie

Die herrschende Innentheorie differenziert im Sinne einer Immanenzlehre nicht zwischen dem subjektiven Recht und seinen Schranken, vielmehr sind die Grenzen dem Recht bereits innewohnend.¹⁰ Die Vertragsfreiheit, die Eigentumsfreiheit und alle sonstigen privatrechtlichen Freiheiten enden als subjektive Rechte dort, wo Rechte Dritter oder der Allgemeinheit verletzt werden. Folgt man dieser Konzeption, gibt es allerdings auch kein Recht mehr, das missbraucht werden kann: „*Le droit cesse ou l'abus commence; jede Beschränkung der Ausübung ist gleichzeitig Beschränkung des Rechtsinhalts*. Die critique de forme hat also Recht: Rechtsmissbrauch ist in Wahrheit ein Handeln ohne Recht.“¹¹

Die Innentheorie beruft sich vor allem auf *v. Gierke*,¹² erlebte eine Hochblüte während des Nationalsozialismus¹³ und wurde später mit neuer Terminologie recycelt.¹⁴ Sie marginalisiert tendenziell das subjektive Recht, indem sie dieses *a priori* limitiert und Eingriffe nicht hinreichend offenlegt.¹⁵ Grenzen des Rechts werden indes erst dann transparent, wenn zunächst das zu Beschränkende bestimmt wird,¹⁶ wie es einer weiten Auslegung der grundrechtlichen Schutzbereiche entspricht.¹⁷ Prioritär bleibt allerdings stets die konkrete Ausgestaltung eines Rechts durch den Gesetzgeber.

¹⁰ BGHZ 227, 253 (Tz. 27); BAGE 178, 37 (Tz. 15); Grüneberg, in: *ders.* (Hrsg.), BGB, 83. Aufl. 2024, § 242 Rn. 38; Repgen, in: *Staudinger* (Hrsg.), BGB, 2022, § 226 Rn. 11 m.w.N.; aus der staatsrechtlichen Literatur Härberle, Die Wesengehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Aufl. 1983, S. 126, 179 f.; Merten, in: *ders./Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, 2009, § 60 Rn. 49.

¹¹ Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, 1934, S. 90 (Hervorhebung im Original, ähnlich S. 152); damit wurde ausgerechnet Planiol, von dem das (französische) Zitat ursprünglich stammt und der den *abus de droit* massiv kritisierte, zum Inspirator der deutschen Missbrauchsdogmatik, vgl. Fleischer JZ 2003, 865 ff. (866); Eichenhofer, Rechtsmissbrauch (Fn. 5), S. 131 Fn. 536; siehe zum Rechtsmissbrauch als Rechtsüberschreitung auch Rüdy, Der Rechtsmissbrauch, München 1934, S. 61.

¹² v. Gierke, Die soziale Aufgabe des Privatrechts, 1889, S. 20: „Mit dem Satze ‚kein Recht ohne Pflicht‘ hängt innig unsere germanische Anschauung zusammen, daß jedes Recht eine ihm immanente Schranke hat. Das romanistische System an sich schrankenloser Befugnisse, welche nur von außen her durch entgegenstehende Befugnisse eingeschränkt werden, widerspricht jedem sozialen Rechtsbegriff.“; Rezeption dieser Präferenz einer „deutsch-rechtlich-sozialen Innentheorie“ namentlich bei Siebert, Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung (Fn. 11), S. 87 f.

¹³ Siehe vor allem aus der „Kieler Schule“ Siebert, Vom Wesen des Rechtsmissbrauchs, 1935, S. 9 ff., 16 ff.; *ders.* (Fn. 11), S. 85 ff.; Larenz, Rechtsperson und subjektives Recht, in: Dahm et al. (Hrsg.), Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, 1935, S. 225 (230 ff., 253 ff.).

¹⁴ Genauer nachzulesen bei Haferkamp (Fn. 4), S. 290 ff. mit umfassenden Nachweisen.

¹⁵ Haferkamp (Fn. 4), S. 352 ff.; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2023, § 20 Rn. 72; Kalle, Das Rechtsmissbrauchsverbot in Dogmatik und Praxis, 2024, S. 45.

¹⁶ Leisner, in: HdBStR, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 173 Rn. 129; Klose, Das Eigentum als nudum ius im Bürgerlichen Recht, 2016, S. 180 ff.

¹⁷ Siehe zur Diskussion auf der Verfassungsebene ausführlich Borowski, Grundrechte als Prinzipien, 3. Aufl. 2018, S. 30 ff. m. w. N.

b) Außentheorie

Die vorzugswürdige Außentheorie kann zwar zu einer Übergewichtung individueller Interessen (im Sinne eines *favor libertatis*) führen, doch wird diese Asymmetrie vermieden, indem einem subjektiven Recht die Rechte Dritter oder andere Rechtsgüter ohne a-priorische Begründungslasten gegenübergestellt werden. Mit diesem bloßen Prima-facie-Schutz des subjektiven Rechts geht ein erhöhtes Maß an Rationalität einher, da Abwägungen getroffen und expliziert werden müssen. Konstruktiv wird hiergegen eingewandt, dass ein Recht, das bestehe, aber nicht geltend gemacht werden könne, ein paradoxes Recht, ein „hölzernes Eisen“ sei.¹⁸ Die Vorstellung überschießender Prima-facie-Rechte ist indes nicht nur der Grundrechtsdogmatik wohlvertraut,¹⁹ sondern sie ist auch im Zivilrecht tief verwurzelt, wenn es etwa in § 226 BGB heißt, dass zum Zwecke der Schikane „die Ausübung eines Rechts [...] unzulässig“ ist oder der Eigentümer einer Sache nach § 903 BGB nach Belieben verfahren kann, „soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen“. Man kann nun im Sinne der Außentheorie jede Rechtsausübung, die das Gesetz oder die Rechte Dritter verletzt, pauschal als „Rechtsmissbrauch“ bezeichnen; der Dogmatik ist damit freilich noch wenig geholfen.

2. Beobachterperspektive

Rechtsprobleme lassen sich nicht nur aus der Innenperspektive des Rechtssystems analysieren, sondern auch aus externer Sicht, bei der der Blick darauf gerichtet ist, wie tatsächlich (und nicht: wie richtig) entschieden wird.²⁰ Von einem solchen externen Standpunkt aus hat *Roman Guski* in einer imposanten Studie den Rechtsmissbrauch als Paradoxie beschrieben, denn derjenige, der im Unrecht ist, hat zugleich das Recht auf seiner Seite („Recht weil Unrecht“ und „Unrecht weil Recht“). Der systemtheoretisch ausformulierte Paradoxiebegriff²¹ ermöglicht *Guski*, das, was die vorherrschende Meinung als „Rechtsmissbrauch“ bezeichnet, zu strukturieren und Techniken zu identifizieren, mit denen das Rechtssystem Probleme solcher „negativer Selbstreferenz“ behandelt. Als systemfremder Beobachter zeigt er verschiedene selbsterzeugte Antinomien des Rechts auf, die man mit der Missbrauchsfigur zu bewältigen versucht (Abstraktion/Einzelfall, Normtext/Normzweck, Freiheitsantinomie/Subjektivität).

¹⁸ Guski (Fn. 7), S. 89 f. m. w. N.

¹⁹ Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 251 ff.; Azevedo Palu, Grundrechte, Spielräume und Kompetenzen, 2019, S. 35 ff.; siehe auch Lübbe-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 25 f. (Hervorhebung im Original): „Die Unterscheidung zwischen grundrechtlichem Schutzbereich und Möglichkeiten der Grundrechtseinschränkung impliziert demnach die Nichtidentität von Grundrechtseingriff und Grundrechtsverletzung und damit zugleich die Nichtidentität von Schutzbereich und effektivem Garantiebereich der Grundrechte.“

²⁰ Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 3. Aufl. 2011, S. 47 f.; Auer, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, 2005, S. 98: „Zu zeigen war, daß eine Sichtweise, die nicht versucht, die normativen Grundlagen des Privatrechts auf ein einheitliches, in sich widerspruchsfreies Prinzipiensystem zurückzuführen, sondern die dessen unauflösbarer Antinomien vielmehr als solche akzeptiert und offenlegt, dessen normativer Struktur und tatsächlicher Entwicklung besser gerecht wird als die entgegengesetzte Sichtweise des herrschenden Schrifttums.“

²¹ Siehe Lubmann, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1992, S. 25 ff.; *ders.*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 19 ff.; kritisch Röhl, in: Festschrift für Blankenburg, 1998, S. 129 (142): „Rechtsdogmatik beobachtet die Rechtspraxis, und die Rechtstheorie beobachtet die Rechtsdogmatik, und die Soziologie beobachtet alle drei, und die Praxis beobachtet wieder, wie sie von Dogmatik, Theorie und Soziologen beobachtet wird. Hier ist viel Rekursivität im Spiel, aber eine Paradoxie kann ich nicht entdecken [...].“

ve Rechte, Können/Dürfen, Rechtswidrige Verfahrenswirkungen).²²

Unschlüssig an der Konzeption ist allerdings die Aufhebungsstrategie, nach der die Figur des Rechtsmissbrauchs ein widersprüchliches Verhalten untersagt.²³ Ein solches Verbot des Selbstwiderspruchs zur Auflösung der Paradoxie rechtswidrigen Rechts ist dem Zivilrecht fremd.²⁴ Zumeist fehlt es bereits tatbestandlich an der Unvereinbarkeit verschiedener Verhaltensweisen, sodass die Behauptung eines Selbstwiderspruchs materiale Wertungen verdeckt.²⁵ Einzelnen Normen des BGB ist der Grundsatz ebenfalls nicht zu entnehmen.²⁶ Der Versuch, das „Verbot der Selbstexemption“ mit Verweis auf *Luhmann*²⁷ sowie unter Berufung auf das Universalisierungsprinzip als „Metanorm“, als „Grundnorm bürgerlichrechtlicher Argumentation“²⁸ auszuweisen, scheitert vor allem auch an der Verfassung, die kein Pflichtrecht kennt, „sich selbst zu entsprechen“,²⁹ vielmehr Freiheitsräume sichert, solange der Freiheitsraum anderer nicht verletzt wird.

III. Verfassung

Wechselt man die Blickrichtung hin zur Verfassung, wäre die Mutmaßung verfehlt, es werde eine zivilrechtliche Generalklausel (§ 242 BGB) taschenspielerartig gegen eine höherrangige, ebenso unbestimmte Norm ausgetauscht. Die „Missbrauchsdogmatik“ wird vielmehr auf die verfassungsrechtlichen Beine gestellt und dem Zivilrecht werden anstelle moralisierender Korrekturmaßstäbe, die bis hin zum Gebot der Nächstenliebe reichen,³⁰ klare Direktiven vermittelt. Im Blickpunkt steht nicht der Missbrauch der Verfassung selbst, wie ihn Art. 18 GG zum Schutz der freiheitlich demokratischen Grundordnung regelt, sondern der Fokus liegt auf den grundrechtlichen Vorgaben für die zivilrechtliche Debatte.

1. Allgemeine Handlungsfreiheit

Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG basiert auf der Vorformulierung in Art. 2 Abs. 2 Herrenchiemsee-Entwurf: „Jedermann hat die Freiheit, innerhalb der Schranken der Rechtsordnung und der guten Sitten alles zu tun, was anderen nicht schadet.“³¹ Diese Ursprungsfassung bekundet zum ei-

²² *Guski* (Fn. 7), S. 50 ff.; affirmativ *Teubner* JZ 2020, 373 (375 f.); zu den verschiedenen Beobachterordnungen *Lau*, Die Form der Paradoxie, 4. Aufl. 2012, S. 157 ff.

²³ *Guski* (Fn. 7), S. 176 ff.

²⁴ Kritisch (mit anderer Akzentuierung) bereits *Grünberger* AcP 220 (2020), 1008 (1015 ff., dort auch zu den weiteren Referenzgebieten, dem Unions- und Wettbewerbsrecht).

²⁵ Eingehend *Singer*, Das Verbot widersprüchlichen Verhaltens, 1993, S. 21 ff.

²⁶ Siehe näher *Singer* (Fn. 25), S. 53 ff.; ferner *Liebs* JZ 1981, 160: „Kein Gesetzgeber hat ihn erlassen, kein Gericht ihn entwickelt, und kritischen Gewissens kann man auch nicht behaupten, es handle sich um einen Satz des Gewohnheitsrechts.“

²⁷ *Luhmann*, Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, S. 1132: „Wie für die Moral gilt auch für die Soziologie ein Verbot der Selbstexemption.“; *ders.*, Das Recht der Gesellschaft (Fn. 21), S. 549: „Autonomie kann nicht als Willkür aufgefasst werden. Sie enthält ein Verbot der Selbstexemption [...]“

²⁸ *Guski* (Fn. 7), S. 140, 161 beziehungsweise 164.

²⁹ *Guski* (Fn. 7), S. 137.

³⁰ Siehe zu *Löwenstein*, Christliche Werte im Bürgerlichen Recht, 2018, S. 61 ff.; *Schubert*, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2022, § 242 Rn. 10 mit Verweis auf „außer- bzw. überrechtliche soziale Gebote“; ähnlich *Wieacker*, Zur rechts-theoretischen Präzisierung des § 242 BGB, 1956, S. 10; *Rebe JA* 1977, 6 (7): „rechtsethisches Regulativ“; zu rechtssystemimmanenter Erklärungsmodelle im *common law* siehe *Eichenhofer* (Fn. 5), S. 229 ff. m. w. N.

³¹ *JöR*, n. F., Bd. 1 (1951), S. 54.

nen sehr prägnant den Rechtsgrundsatz *neminem laedere* und gewährleistet zum anderen nicht minder klar die allgemeine Handlungsfreiheit in einem umfassenden Sinn, wie sie auch das *BVerfG* seit dem *Elfes*-Urteil garantiert sieht.³² Grundrechtsträger/-innen können demnach *prima facie* tun und lassen, was sie wollen: im Wald reiten, und zwar auch dann, wenn sie es eigentlich nicht wollen, widersinnig kommunizieren oder strategisch *a* und später *non-a* verfolgen. Sie müssen sich für ihr Handeln, insbesondere im Rechtsverkehr, auch nicht rechtfertigen und keine nachvollziehbaren Gründe für ihre Entscheidungen anführen.³³ Die Freiheit, speziell die Privatautonomie, wird erst durch die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz begrenzt.³⁴

a) *Venire contra factum proprium*

Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich garantierten Handlungsfreiheit gibt es im Zivilrecht kein Verbot widersprüchlichen Verhaltens.³⁵ Es werden dem Verhalten, ob konsequent oder inkonsequent, lediglich Schranken gesetzt, sei es in Form von gegenläufigen Persönlichkeitsrechten, berechtigten Kontinuitätswartungen oder auch Gemeinwohlintersessen. Deshalb lässt sich beispielsweise der Kondiktionsauschluss gemäß § 814 Alternative 1 BGB bei Kenntnis der Nichtschuld, wie er unlängst wieder anschaulich bei der ungeschmälerten Mietzahlung trotz Minderung diskutiert wurde, nicht auf das Verbot des *venire contra factum proprium* (als solches) stützen.³⁶ Gibt der Mieter eine widersprüchliche Erklärung ab („ich kündige und kündige nicht“), ist diese wegen Perplexität nichtig; gibt er eine wirksame Willenserklärung ab („ich kündige“), hat diese den Sinn der Unwiderruflichkeit („So sei es rechtes“); es können ferner Interessen der Gegenseite verletzt werden (bei ungeschmälter Mietfortzahlung nach Kündigung oder Minderung)³⁷ oder der Gesetzgeber setzt für Erklärungen bestimmte Fristen. Ein Verbot, sich widersprüchlich zu verhalten, gibt es indes nicht.

b) *Handeln ohne legitimes Interesse*

Legt man das Freiheitsverständnis des Art. 2 Abs. 1 GG zugrunde, wirkt es ferner inkohärent, den Rechtsmissbrauch primär rechtsimmanent mit einem „fehlenden Eigeninteresse“ zu begründen.³⁸ Subjektive Rechte sind im Lichte des Grundgesetzes nicht auf rechtlich geschützte Interessen limitiert, sondern verleihen eine Rechtsmacht, nach der „ein jeder seine Glückseligkeit auf dem Wege suchen [darf], welcher ihm selbst gut dünkt [...].“³⁹ Die Kategorie „Übermäßiger Eigen-

³² *BVerfGE* 6, 32 (36 ff.).

³³ Siehe näher *Neuner* (Fn. 15), § 2 Rn. 15 (einschließlich exptioneller Ausnahmen), § 48 Rn. 3 (zum Diskriminierungsschutz).

³⁴ Der Paternalismus spielt in diesem Kontext keine Rolle; siehe nur *Neuner* JZ 2020, 269 ff.

³⁵ Siehe schon generell *Dette*, *Venire contra factum proprium nulli conceditur*, 1985, S. 25; *Liebs* JZ 1981, 160; zum „Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ siehe *BVerfGE* 116, 164 (185 ff.); *Sommermann*, in: *Huber/Voßkuhle* (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2024, Art. 20 Rn. 298 f.; *Jarass* AöR 126 (2001), 588 ff.

³⁶ Vgl. *Gsell/Haag*, in: *Festschrift für Börstinghaus*, 2020, S. 153 (155); *Lobinger* JZ 2022, 599 (602); siehe auch schon eingehend *Singer* (Fn. 25), S. 66 ff.; anderer Ansicht *BGH NJW* 1997, 2381 (2382); *Wendehorst*, in: *BeckOK BGB*, 2024, § 814 Rn. 1, 10; *Larenz/Canaris*, *Schuldrecht II/2*, 13. Aufl. 1994, S. 160 f.

³⁷ Siehe dazu sogleich unten im Text bei Fn. 47 ff.

³⁸ Als Unterfallgruppe des Rechtsmissbrauchs benannt von *Sutschet*, in: *BeckOK BGB* (Fn. 36), § 242 Rn. 83 ff.; *Schubert*, in: MüKoBGB (Fn. 30), § 242 Rn. 588 ff.; *Grüneberg*, in: *ders.* (Fn. 10), § 242 Rn. 50 ff.

³⁹ *Kant*, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1793, Akademie-Ausgabe, Bd. VIII, S. 273 ff. (290).

nutz“⁴⁰ ist deshalb ebenfalls kein adäquates Sammelkriterium zur Ausdifferenzierung des Rechtsmissbrauchs. Das Eigeninteresse oder der Eigennutz sind zwar gewichtige Abwägungsfaktoren, doch ist der maßgebliche Bezugspunkt die Verletzung der Rechte Dritter. Hat bei einer Gattungsschuld der Schuldner die bereits konkretisierte Sache weiterveräußert, weil der Gläubiger sich im Annahmeverzug befand, fehlt dem Gläubiger ein berechtigtes Eigeninteresse, wenn er eine gleichartige Ersatzleistung ablehnt. Entscheidend ist in der Perspektive des Vertragspartners, dessen Rechte verletzt werden, wenn der Gläubiger sich ohne hinreichende Sachgründe vom Vertrag lösen, eine Art Reuerecht wahrnehmen möchte. Auch wer nach Wegfall des Mangels vom Kaufvertrag zurücktreten⁴¹ oder willkürlich ein Mietverhältnis kündigen⁴² will, hat kein schutzwürdiges Eigeninteresse, doch liegt das rechtswidrige Moment in der unsubstanzierteren Ausübung eines Gestaltungsrechts zur Aushebelung des Grundsatzes *pacta sunt servanda*.

2. Menschenwürde

Zu den zentralen Schranken privater Rechtsausübung gehört der Schutz der Menschenwürde durch die Fundamentalnorm des Art. 1 Abs. 1 GG, die auch prägnant als „Strukturnorm“ bezeichnet wird,⁴³ da sie Staat und Gesellschaft normativ konturiert. Dasselbe gilt für deren Konkretisierung mittels der „Objektformel“, die, ungeachtet aller Kritik, gerade für das Privatrecht besonders bedeutsam ist und vorgibt, dass im Rechtsverkehr der einzelne Akteur nicht „zum Objekt, zu einem bloßen Mittel, zur vertretbaren Größe herabgewürdigt wird“.⁴⁴ Berücksichtigt man den ideengeschichtlichen Hintergrund zusammen mit der Rechtsprechung des *BVerfG*, werden über den elementaren Rechtsgüterschutz gemäß § 823 BGB hinaus einige markante Fallgruppen sichtbar:

a) Instrumentalisierungsverbot

Der Achtungsanspruch der einzelnen Privatrechtssubjekte greift nicht erst bei deliktischen Übergriffen ein, sondern bereits dann, wenn der oder die Einzelne von einem anderen Menschen „als bloßes Mittel“ gebraucht wird.⁴⁵ Auch im Zivilrecht muss sich niemand instrumentalisieren lassen, solange es keine hinreichenden Sachgründe für eine Inanspruchnahme gibt. Kann eine Person von einer anderen ein Tun oder Unterlassen verlangen (§ 194 Abs. 1 BGB), wird der Verpflichtete Gesetz und Recht, aber nicht der Willkür des Gläubigers ausgesetzt. Ein Anspruch wird konsequenterweise von vornherein versagt, sofern ein legitimer Zweck fehlt. Zwei Beispiele mögen dies verdeutlichen:⁴⁶

⁴⁰ Vgl. Mansel, in: *Jauernig* (Hrsg.), BGB, 19. Aufl. 2023, § 242 Rn. 43; siehe auch Siebert (Fn. 11), S. 132.

⁴¹ BGHZ 90, 198 ff.

⁴² BGH NZM 2010, 120 f.

⁴³ Häberle, in: HdBStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 22 Rn. 59; siehe auch Hofmann AÖR 118 (1993), 353 (370 f. mit Fn. 88); Stern, in: HdBStR, Bd. IX, 3. Aufl. 2011, § 184 Rn. 7; Neuner (Fn. 15), § 5 Rn. 4 ff.

⁴⁴ Dürig AÖR 81 (1956), 117 (127); ders., in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz* (Hrsg.), GG, 1976, Art. 1 Rn. 28; spiegelbildlich zur „Subjektqualität“ des Menschen *BVerfG NJW* 2024, 645 (Tz. 251 f.) m. w. N.

⁴⁵ Kant, Die Metaphysik der Sitten, Zweiter Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, 1797, Akademie-Ausgabe, Bd. VI, S. 462 (§ 38): „Die Menschheit selbst ist eine Würde, denn der Mensch kann von keinem Menschen [...] blos als Mittel, sondern muss jederzeit zugleich als Zweck gebraucht werden und darin besteht eben seine Würde (die Persönlichkeit).“

⁴⁶ Aus dem Öffentlichen Recht VG Berlin VPRRS 2017, 0173: „Dem Informationszugangsanspruch steht der Einwand des Rechtsmissbrauchs entgegen, wenn das Informations(be)gehrten allein von der Absicht geprägt ist, die Behörde oder einen Drittetroffenen zu schikanieren [...]. Entscheidend

aa) Die Konditionssperre des § 814 Alternative 1 BGB

Nach § 814 Alternative 1 BGB kann das Geleistete nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war. Im bereits oben erwähnten Beispiel der ungeschmälerten Fortzahlung der Miete trotz Minderung⁴⁷ liegt es nahe, einen vernünftigen, die Anwendung des § 814 Alternative 1 BGB ausschließenden Grund darin zu sehen, dass sich der korrekte Minderungsbetrag nur schwer bestimmen lässt, der Mieter bei Fehlberechnung die Kündigung riskiert und er weiterhin eine einvernehmliche Lösung der Mängelangelegenheit anstrebt.⁴⁸ Diese Argumentation eröffnet eine restriktive Interpretation des § 814 Alternative 1 BGB, da der Vermieter nicht willkürlich instrumentalisiert wird. Leistet jemand hingegen ohne plausiblen Grund, sei es pauschal „um des Friedens willen“ oder um sich später der Forderung berühmen zu wollen, darf der Empfänger das Geleistete ohne Weiteres behalten, weil er sich nicht willkürlich als Schuldner und Rückzahler einspannen lassen muss.⁴⁹ Deshalb ist es auch unmaßgeblich, ob der Empfänger (im obigen Beispiel der Vermieter) auf das Behaltendürfen der Leistung vertrauen durfte.⁵⁰ § 814 Alternative 1 BGB will verhindern, dass jemand ohne hinreichende Gründe „als bloßes Mittel“ in die Rolle des Konditionsschuldners gedrängt wird. Zugleich wirkt die Konditionssperre präventiv verhaltenssteuernd und vermeidet ökonomisch sowie ökologisch unsinnige Transfers. Ergänzt wird § 814 Alternative 1 BGB durch die Verbraucherschutzbestimmung des § 241a BGB bei Lieferung unbestellter Waren oder der Erbringung sonstiger unbestellter Leistungen, die ihre präventive Funktion offenbar erfüllt.

bb) Der Dolo-facit-Einwand

Der Einwand *dolo facit, qui petit, quod statim redditurus est* verhindert ebenfalls eine willkürliche Inanspruchnahme als Schuldner, indem der Gläubiger nicht etwas fordern darf, was er nach Erhalt sogleich wieder zurückgeben muss. Auf das Immobiliarsachenrecht übertragen: Der Schuldner muss einem Löschungsbegehr nicht nachkommen, wenn das Recht zwar ohne dingliche Einigung im Grundbuch eingetragen wurde, der Eigentümer jedoch schuldrechtlich zur Bestellung verpflichtet ist.⁵¹ Begründet wird die Dolo-facit-Parömie vielfach mit dem „Fehlen eines dauerhaften Eigeninteresses“,⁵² doch liegt der tiefere Grund auch hier primär im Schutz des Schuldners vor Instrumentalisierung. Er muss nicht grundlos einem Leistungsbegehr nachkommen. Zudem wird, wie bei der Konditionssperre des § 814 Alternative 1 BGB, ein öko-

ist die sinnwidrige Instrumentalisierung des Informationsanspruchs zur Verfolgung verfahrensfreiem oder verfahrenswidriger Zwecke [...].“

⁴⁷ Siehe oben im Text bei Fn. 36.

⁴⁸ Vgl. *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153 (163 ff. sowie 159 zu einer Leistung unter Druck oder Zwang oder in Erwartung einer späteren wirksamen Verbindlichkeit).

⁴⁹ Singer (Fn. 25), S. 67f., argumentiert spiegelbildlich mit dem Prinzip der Selbstverantwortung und dem zumutbaren Selbstschutz, doch erklärt die fehlende Schutzwürdigkeit des Leistenden noch nicht den Erwerb auf der Empfängerseite; sie ist zudem zweifelhaft, wenn man von einem umfassenden Grundrechtsschutz des Leistenden ausgeht. Bei einer Leistung *donandi causa* (Handschenkung) ist im Übrigen § 814 Alternative 1 BGB schon tatbestandlich nicht anwendbar; siehe *Wendehorst*, in: BeckOK BGB (Fn. 36), § 814 Rn. 5; *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153 (156).

⁵⁰ Vgl. Singer (Fn. 25), S. 67; anderer Ansicht *Gsell/Haag*, in: Festschrift für Börstinghaus, 2020, S. 153 (159 ff.); *Linardatos*, in: *Staudinger* (Hrsg.), BGB, 2024, § 814 Rn. 0.26, 0.43.

⁵¹ BGH NJW 1974, 1651.

⁵² Wacke JA 1982, 477 m. w. N.

nomisch und ökologisch sinnloses Hin- und Hergeben vermieden.⁵³

b) Schikaneverbot

Über den Schutz vor willkürlicher Instrumentalisierung hinaus erfasst das Schikaneverbot alle Formen der Rechtsausübung, die ausschließlich in illoyaler oder böswilliger Schädigungsabsicht erfolgen. Dieses Verbot, andere zu schikanieren, findet ebenfalls seine Wurzeln in der „Objektformel“ zur Präzisierung der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG. Folgerichtig prüfte und verneinte das *BVerfG* in einem Beschluss zur Vorladung zum Verkehrsunterricht eine Menschenwürdeverletzung, weil nicht dargetan wurde, dass die Einladung „aus Schikane“ erfolgt sei.⁵⁴ Neben solchen Grundrechtseingriffen steht auch die Grundrechtsausübung unter Schikaneverbot.⁵⁵

Das zivilrechtliche Schikaneverbot gemäß § 226 BGB ist damit in erster Linie Ausdruck verfassungsrechtlicher Vorgaben und beschränkt sich nicht darauf, einem sittlichen Gebot Relevanz zu verleihen.⁵⁶ Im Öffentlichen Recht wie im Zivilrecht erlangt das Verbot gleichwohl nur marginale Bedeutung,⁵⁷ weil sich neben der Schädigungsabsicht in aller Regel noch zusätzliche, vom Rechtsinhaber verfolgte legitime Zwecke finden lassen. Dieses enge Begriffsverständnis hindert jedoch nicht, über die restriktive Regelung des § 226 BGB hinaus, schikaneartige Handlungen konsequent als rechtswidrig zu qualifizieren, sofern die Schädigungsabsicht zumindest dominant ist.⁵⁸

IV. Methodik

Neben der Verfassung vermag auch die Methodik die Figur des „Rechtsmissbrauchs“ weiter zu entschlüsseln. Näher betrachtet sind zwei Formen der richterlichen Rechtsfortbildung zu unterscheiden, die eine fokussiert auf den generell zu bestimmenden Normzweck, die andere einzelfallbezogen auf die Normfolgen.

1. Der Normzweck

Als spezielle Form des Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB wird häufig die „sachfremde“ oder „zweckwidrige“ Geltendmachung eines Rechts erachtet, also die missbräuchliche Berufung auf eine Norm. In der historischen Rückschau hat indes *Heinrich Honsell* präzise nachgezeichnet, dass die zur Überwindung des *ius strictum* (Strengricht) verwendete *exceptio doli* heute nicht mehr zur Korrektur von Gesetzesnormen taugt.⁵⁹ An die Stelle einer strikten Wortlautbindung tritt nach modernen rechtstheoretischen Standards der Rückgriff auf die *ratio*, sei es im Wege teleologischer Auslegung oder durch Reduktion. Lehrstück ist der US-amerikanische Fall *Riggs v. Palmer*, in dem ein New Yorker Gericht judizierte, dass ein Erbe, der den Erblasser ermordet, nicht erben könne (weil erbunwürdig); eine Einschränkung, die der US-

⁵³ Siehe auch schon *Wacke* JA 1982, 477; hinzu kommen unnötige Vollstreckungs- und Insolvenzrisiken, vgl. *BGH* NZI 2024, 268 (Tz. 11); *Kähler*, in: *BeckOGK BGB*, 2024, § 242 Rn. 1421.

⁵⁴ *BVerfGE* 22, 21 (28); siehe hierzu auch *Hong*, Der Menschenwürdegehalt der Grundrechte, 2019, S. 522 f.

⁵⁵ Vgl. *Bettermann*, Grenzen der Grundrechte, 2. Aufl. 1976, S. 11 f.

⁵⁶ Zu Letzterem *Otto*, in: *jurisPK-BGB*, 10. Aufl. 2023, § 226 Rn. 1.

⁵⁷ Siehe für das Öffentliche Recht *Merten*, in: *ders./Papier* (Fn. 10), § 60 Rn. 59 f.

⁵⁸ Siehe dazu auch unten im Text bei Fn. 104 ff.

⁵⁹ *Honsell*, in: *Festschrift für Mayer-Maly*, 1996, S. 369 ff.

amerikanische Normtext, im Unterschied zu § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB, nicht zum Ausdruck brachte).⁶⁰ Jenes Auseinanderfallen von Normtext und Normsinn kann man als Paradoxie identifizieren und als Methodenproblem sichtbar machen: „Das Recht sagt etwas anderes, als es sagt.“⁶¹ Demokratietheoretisch ist jedenfalls der vom Gesetzgeber intendierte Normzweck prioritätär. Demgemäß wird sowohl im Gemeinschaftsrecht⁶² als auch im nationalen Recht der *ratio* einer Regelung grundsätzlich größeres Gewicht beigemessen als ihrem Wortlaut.

De lege lata gibt es sogar explizite Verbote der „missbräuchlichen Geltendmachung von Ansprüchen“, namentlich in § 8c UWG und § 2c UKlaG, die jeweils eine zweckwidrige Berufung auf das Gesetz, insbesondere zur Gewinnerzielung, untersagen. Methodisch kommen diese Regelungen als eine potenzielle Analogiebasis in Betracht, etwa bei der unbilligen Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen im Fall des „AGG-Hoppings“.⁶³ Aber auch ohne Berücksichtigung dieser gesetzlichen Wertungen erfasst der Sinn und Zweck des § 15 Abs. 2 AGG nur ernsthafte, nicht vorgeschoßene Bewerbungen.⁶⁴ Ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 242 BGB erbringt keine weiterführenden Erkenntnisse.⁶⁵ Und selbst dann, wenn nach dem Willen des Gesetzgebers eine Regelung nicht ernsthafte Bewerbungen erfassen sollte, wäre die Entscheidung am Willkürverbot und nicht an § 242 BGB zu messen. Ein weiteres Beispiel aus dem Bereich des Arbeitsrechts sind Kettenbefristungen. Auch hier ist ein Verweis auf § 242 BGB deplatziert,⁶⁶ da die Zulässigkeit von Befristungen und deren Grenzen nach der einschlägigen Regelung des § 14 TzBfG (unter Einbeziehung europarechtlicher Vorgaben) zu bestimmen ist.⁶⁷ Das Gleiche gilt im Gesellschaftsrecht für die Grenzen des Auskunfts- und Einsichtsrechts gemäß § 51a GmbHG⁶⁸ oder im allgemeinen Zivilrecht für die Geltendmachung eines gesetzlichen Vorkaufsrechts.⁶⁹ Alle

⁶⁰ *Court of Appeals of New York* 115 N. Y. 506 (1889), abrufbar unter https://www.nycourts.gov/reporter/archives/riggs_palmer.htm (letzter Abruf: 13.1.2025): „The equitable construction which restrains the letter of a statute is defined by Aristotle, as frequently quoted, in this manner: *Aequitas est correctio legis generaliter latiae qua parti deficit. If the law-makers could, as to this case, be consulted, would they say that they intended by their general language that the property of a testator or of an ancestor should pass to one who had taken his life for the express purpose of getting his property?*“; ausführlich hierzu *Potacs*, Rechtstheorie, 2. Aufl. 2019, S. 110 f. („teleologische Reduktion“).

⁶¹ *Guski* (Fn. 7), S. 25, 60, jeweils mit Verweis auf *Ogorek*, in: *dies.*, Aufklärung über Justiz, Halbband 1 (2008), S. 121, 127.

⁶² *EuGH* Rs. C-112/99 *Toshiba* EU:C:2001:566 Rn. 35 f.; *Riesenhuber*, in: *ders.* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 54 m.w.N.

⁶³ Siehe auch *BGH* GRUR 2020, 292 ff. (zur Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung durch Kennzeichenrechtsinhaber – „*Da Vinci*“); zum „*Domain-Grabbing*“ *Grothe*, in: *MüKoBGB*, 9. Aufl. 2021, § 226 Rn. 8.

⁶⁴ Siehe auch *BT-Drs.* 16/1780, S. 38, wonach „die Höhe der Entschädigung angemessen sein (muss)“, die sich bei einer Fake-Bewerbung auf null reduziert.

⁶⁵ Anderer Ansicht *BGH* NJW 2017, 1409 (Tz. 36 ff.); *Thüsing*, in: *MüKoBGB*, 9. Aufl. 2021, AGG § 15 Rn. 6.

⁶⁶ Anderer Ansicht *BAG* NZA 2024, 620 (Tz. 32); *Backhaus*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, *TzBfG*, 7. Aufl. 2024, § 14 Rn. 80; *Daum*, in: *BeckOGK*, *TzBfG*, 2024, § 14 Rn. 98 ff.

⁶⁷ Siehe auch *Greiner* NZA 2014, 284 (286); *Temming*, in: *Staudinger* (Hrsg.), *BGB*, 2022, § 620 Rn. 54b; *Müller-Glöge*, in: *ErfK*, 24. Aufl. 2024, *TzBfG* § 14 Rn. 10: „Dazu prüft die nationale Rsp. den Rechtsmissbrauch neben dem Befristungsgrund [...]. Daraus ergeben sich methodische Bedenken, denn die zweite Prüfungsstufe droht den Sachgründen des Abs. 1 ihren Tatbestandl. Charakter zu nehmen und sie zu Regelbeispielen herabzustufen.“

⁶⁸ Ein weiteres Beispiel aus dem Gesellschaftsrecht ist der Antrag auf Sonderprüfung (§ 142 Abs. 2, § 315 Satz 2 AktG), wenn der Aktionär mit diesem „einen Lästigkeitswert, aus dem er einen Sondervorteil aufbauen will, anstrebt“; *OLG München* NZG 2021, 1403 (Tz. 5); *Meinert* ZHR 187 (2023), 671 ff. (697: „ungeschriebene Schranke“).

⁶⁹ Siehe zur Verdeutlichung den Fall *BGHZ* 29, 116 ff.

diese Beispiele zeigen, dass es sich (wie schon aus Sicht der Interessentheorie dargelegt) um ein Auslegungsproblem handelt: „Es geht um die Frage nach der Deckung zwischen dem von der Partei erstrebten und dem vom Gesetzgeber verliehenen Anspruch.“⁷⁰

Nach der Terminologie des Gesetzes ist die Geltendmachung eines Rechts gleichwohl „missbräuchlich“, wenn der mit ihr intendierte Zweck von der *ratio legis* nicht erfasst wird. Präzisierend spricht man auch von einem „institutionellen Rechtsmissbrauch“⁷¹, sofern der Vorhalt aus dem Sinn und Zweck des Rechtsinstituts folgt.⁷² Schon beizeiten wurde allerdings postuliert, auf den Begriff des „institutionellen Rechtsmissbrauchs“ zu verzichten, da es sich um eine besondere Form der Gesetzesauslegung handele.⁷³ Der terminologische Streit ist indes nicht das Entscheidende. Entscheidend ist, dass mittels eines Rückgriffs auf die Generalklausel des § 242 BGB spezielle gesetzliche Regelungen nicht derogiert werden dürfen.⁷⁴ Die Berufung auf § 242 BGB zu dem Zweck, mit Hilfe der Formel von „Treu und Glauben“ über einschlägige, in sich geschlossene Regelungen hinaus die Rechtsausübung zu versagen, ist nichts anderes als ein kaschiertes *Contra-legem-Judizieren*.⁷⁵ Daraus folgt nicht, dass § 242 BGB keine Grundlage einer *praeter-legalen* Rechtsfortbildung verkörpern kann, etwa zur Begründung eines Auskunftsanspruchs des Scheinvaters.⁷⁶ In ganz exzeptionellen Fällen mag auch eine *contra-legale* Rechtsfindung geboten sein, doch sind hierfür die Hürden des Demokratieprinzips sowie des Vertrauensschutzes in transparenter Weise zu überwinden.⁷⁷

2. Die Normfolgen

Vom allgemeinen Normzweck ist die Adäquanz der Normfolge zu unterscheiden. Ist die Rechtsfolge, die eine Vorschrift allgemein festlegt, auch im konkreten Fall angemessen oder geht sie über spezielle Besonderheiten pauschal hinweg? Ist die Gleichbehandlung, die der Gesetzgeber mit Blick auf das Ganze intendiert, auch *in concreto* sachgerecht? Allein hierauf, und nicht auf die Abgrenzung des Normzwecks von anderen Zwecken, bezieht sich richtigerweise der seit der Antike erkannte Widerstreit zwischen der Allgemeinheit des Gesetzes und der Billigkeit im Einzelfall: „Die Schwierigkeit röhrt nur daher, daß das Billige zwar ein Recht ist, aber nicht im Sinne des gesetzlichen Rechts, sondern als eine Korrektur desselben. Das hat darin seinen Grund, daß jedes Gesetz allgemein ist und bei manchen Dingen richtige Bestimmungen durch ein allgemeines Gesetz sich nicht geben lassen. [...]“

70 Rüdy (Fn. 11), S. 70; ausführlicher hierzu Eichenhofer (Fn. 5), S. 119 ff.

71 Als Fall der „teleologisch gehandhabten Auslegung“ bereits erkannt von Raiser, in: Tübinger Ringvorlesung – *Summum ius summa iniuria*, 1963, S. 145 (152), der zugleich aber auch betont: „Die Berufung auf § 242 ist in solchen Fällen der bequemste Ausweg“.

72 BAG NZA 2022, 1530 (Tz. 77); Schubert, in: MüKoBGB (Fn. 30), § 242 Rn. 227; Looschelders/Olsen, in: Staudinger (Hrsg.), BGB, 2019, § 242 Rn. 217.

73 Teichmann, Die Gesetzesumgehung, 1962, S. 77; siehe auch Gernhuber, in: Festschrift für Schmidt-Rimpler, 1957, S. 151 (155 f.).

74 Siehe auch Dommermuth-Alhäuser, Arbeitsrechtsmissbrauch, 2015, S. 148.

75 Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 241, ordnen die Lehre vom Rechtsmissbrauch der Kategorie „Rechtsfortbildung mit Rücksicht auf ein rechtsethisches Prinzip“ zu, doch ist diese wenig geeignet, den Kompetenzkonflikt mit dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber offenzulegen.

76 Anders, mit Verweis auf eine fehlende „hinreichend deutliche Grundlage im geschriebenen Recht“ BVerfG JZ 2015, 620 (Tz. 35); kritisch Neuner JZ 2016, 435 (437 f.).

77 Siehe näher Neuner (Fn. 9), S. 140 ff.

Nichts destoweniger ist dieses Verfahren richtig. Denn der Fehler liegt nicht an dem Gesetze noch an dem Gesetzgeber, sondern in der Natur der Sache.“⁷⁸

Eine solche Billigkeitskorrektur des Gesetzes zur Gewährleistung von Einzelfallgerechtigkeit kommt nur höchst ausnahmsweise in Betracht.⁷⁹ Sie setzt voraus, dass keine legitimen Vertrauenserwartungen der Rechtsunterworfenen enttäuscht werden und eine gesetzeskonforme Entscheidung demokratietheoretisch nicht zu rechtfertigen wäre: „Keiner wird sie begreifen, ich selbst bedaure sie, aber das Gesetz will es so.“⁸⁰ Beispiele aus dem Strafrecht sind der übergesetzliche entschuldigende Notstand⁸¹ sowie Korrekturen beim Strafmaß wegen „heimtückischen Mordes“.⁸² Im Zivilrecht wird darüber diskutiert, ob der Grundsatz der Totalreparation zu völlig unbilligen Ergebnissen führen kann.⁸³ Wie diese Fälle verdeutlichen, ist der Maßstab der Billigkeit ein generelles rechtliches Korrektiv, ohne speziellen Bezug zu „Treu und Glauben“ gemäß § 242 BGB. Zugleich kennzeichnet die Billigkeit, dass sich aus der Atypik eine Typik entwickeln kann, sobald der Einzelfall durch die Anerkennung weiterer ähnlicher Ausnahmekonstellationen zu einer generellen normeinschränkenden Regel mutiert. Angesichts des weitverbreiteten *horror iudicandi contra legem*⁸⁴ werden solche Aspekte der Billigkeit zumeist unter der Flagge von „Treu und Glauben“ gemäß § 242 BGB thematisiert. Aber auch bei Zuhilfenahme dieser berühmten „Eselssbrücke“⁸⁵ dürfen die maßgeblichen Prinzipien der Demokratie und des Vertrauensschutzes nicht verloren gehen.

V. Fallgruppen

Versucht man, die verbleibenden Konstellationen einer treuwidrigen Rechtsausübung zu strukturieren, lassen sich im Groben vier Fallgruppen unterscheiden: die manipulierte, die disproportionale, die schikanöse und die sittenwidrige Rechtsausübung. Alle vier Ausprägungen sind eigenständige Kategorien mit gesetzlicher Verankerung, sodass die Rückführung auf den Topos des „Rechtsmissbrauchs“ keinen größeren Erkenntnisgewinn erbringt.⁸⁶ Angesichts spezieller und analogiefähiger Regelungen ist ein Rekurs auf § 242 BGB in vielen Fällen ebenfalls hinfällig, vergleichbar der Ausgliederung der Geschäftsgrundlagenstörung in den § 313 BGB, der AGB-Kontrolle in die §§ 307 ff. BGB oder verbundener Verträge in den § 358 BGB. Die Einteilung hat allerdings nur fragmentarischen Charakter, ist weder abschließend noch überschneidungsfrei.

78 Aristoteles, Nikomachische Ethik, 2. Aufl. 1911, S. 112 (1137b), in der Übersetzung von Rolffs; siehe zum Spannungsfeld von Allgemeinheit und Einzelfallgerechtigkeit auch Weber, Atypischer Einzelfall und allgemeines Gesetz, 2023, S. 2 ff.

79 Ausführlicher Neuner (Fn. 9), S. 162 ff., 176; zur Abgrenzung der Verhältnismäßigkeit (allgemeine Regelgerechtigkeit) von der Billigkeit (nicht quantifizierbarer Einzelfall) Wieacker, in: Festschrift für Fischer, 1979, S. 867 (873).

80 Less, Vom Wesen und Wert des Richterrechts, 1954, S. 82.

81 Siehe näher Sternberg-Lieben, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), StGB, 30. Aufl. 2019, Vorber. zu §§ 32 ff. Rn. 115 f. m. w. N.

82 Siehe näher Schröth, in: Hassemer/Neumann/Saliger (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie, 9. Aufl. 2016, S. 267 f.

83 Siehe vor allem Canaris JZ 1987, 993 (1001 f., gestützt auf § 242 BGB).

84 Honsell, in: Festschrift für Mayer-Maly, 1996, S. 369 (383).

85 Wieacker (Fn. 30), S. 43 (bezüglich neu geschaffenen Richterrecht): „Kurzum: § 242 ist in dieser Funktion nur eine Geburthilfe, größer könnte man sagen: eine Eselsbrücke der richterlichen Rechtsschöpfung.“

86 Zutreffend zum fehlenden Erklärungswert bereits Eichenhofer (Fn. 5), S. 173, 250 f.

1. Die manipulierte Rechtsausübung

§ 162 BGB regelt paradigmatisch die manipulierte und damit unzulässige Rechtsausübung. Die Berufung auf den Eintritt beziehungsweise Nichteintritt einer Bedingung ist hiernach ver sagt, wenn diese wider Treu und Glauben herbeigeführt oder verhindert wurde. Der tiefere Grund hierfür liegt in dem allgemein konsentierten Gedanken der Unrechtsfortwirkung (*turpitudinem suam allegans nemo auditur*).⁸⁷ Auf vergleichbare Konstellationen ist § 162 BGB analog anwendbar. Es gilt dies etwa für die Zugangsverteilung (Abschalten des Telefons oder Abmontieren des Briefkastens),⁸⁸ die unredliche Herbeiführung des Bürgschaftsfalls durch den Gläubiger,⁸⁹ die Verhinderung der Mängelbeseitigung⁹⁰ oder die treuwidrige Vereitelung fristgebundener Maßnahmen.⁹¹ Auch eine Eigenbedarfs kündigung kann unwirksam sein, wenn der Bedarf erst durch die Vermietung einer Alternativwohnung begründet wurde.⁹²

Ein gesondert geregelter Fall manipulierter Rechtsausübung ist das mutwillige Herbeiführen der Bedürftigkeit gemäß § 1579 Nr. 4 BGB mit dem Ziel, Unterhaltsansprüche geltend machen zu können. Diese Bestimmung bietet wiederum eine Analogiebasis für die mutwillig herbeigeführte Bedürftigkeit zur Beantragung von Prozesskostenhilfe gemäß § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO.⁹³ Eine manipulierte Rechtsausübung im weiteren Sinn liegt ferner vor, wenn jemand die Erfüllung eines Vertrags begeht oder aus der Vertragsverletzung der Gegenseite Rechte herleiten will, obwohl er eigene Vertragspflichten verletzt hat. Das manipulative Moment liegt hier in der (vorangegangenen) Vertragsuntreue verbunden mit der Geltendmachung eines Rechts, das in einem Gegenseitigkeitsverhältnis unmittelbar voneinander abhängiger Leistungspflichten wurzelt (§§ 320 ff. BGB).⁹⁴ Mit einer solchen „unsauberen Hand“ agiert, wer den Rücktritt erklärt, obwohl er selbst den eigenen Verpflichtungen nicht nachgekommen und vertragsbrüchig geworden ist.⁹⁵ Ebenso greift der Rechts gedanke des § 162 BGB beziehungsweise der *Tu-quoque*-Ein wand, wenn der Arbeitnehmer die Unverfallbarkeit seiner Versorgungsanwartschaft durch Vertuschung schwerer Ver fehlungen erschlichen oder durch grobes Fehlverhalten einen existenzgefährdenden Schaden verursacht hat.⁹⁶

2. Die disproportionale Rechtsausübung

Aus verschiedenen Bestimmungen des BGB lässt sich der allgemeine Grundsatz ableiten, dass Rechte zu keiner unzumutbaren Belastung des Schuldners, gemessen am Gläubigerinte

⁸⁷ Ausführlicher Mader (Fn. 1), S. 41 ff.; Singer (Fn. 25), S. 74.

⁸⁸ Medicus/Petersen, BGB AT, 12. Aufl. 2024, Rn. 282; Mansel, in: Jauernig (Fn. 40), § 242 Rn. 46.

⁸⁹ Armbüster, in: Erman (Hrsg.), BGB, 17. Aufl. 2023, § 162 Rn. 7; Klinck, in: Soergel (Hrsg.), BGB, 14. Aufl. 2022, § 162 Rn. 21; auf § 242 BGB stützend BGH WM 1984, 586; Grüneberg, in: ders. (Fn. 10), § 242 Rn. 68.

⁹⁰ Armbüster, in: Erman (Fn. 89), § 162 Rn. 7; Klinck, in: Soergel (Fn. 89), § 162 Rn. 20; auf § 242 BGB (*venire contra factum proprium*) stützend BGHZ 205, 300 (Tz. 16 ff.).

⁹¹ Klinck, in: Soergel (Fn. 89), § 162 Rn. 17 ff. mit weiteren Beispielen.

⁹² BVerfGE 83, 82 (86); Krebs, in: NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 76.

⁹³ Keine Sonderregelung ist § 2076 BGB; die Vorschrift setzt keine Treuwidrigkeit voraus und lässt die Anwendbarkeit des § 162 BGB unberührt; siehe Leipold, in: MüKoBGB, 9. Aufl. 2022, § 2076 Rn. 1; anderer Ansicht Bork, in: Staudinger, BGB, 2022, § 162 Rn. 13.

⁹⁴ Kritisch zur Anbindung an § 162 BGB Teubner, Gegenseitige Vertragsuntreue, 1975, S. 16 f.

⁹⁵ BGH NJW 1999, 352 (353); Schubert, in: MüKoBGB (Fn. 30), § 242 Rn. 414.

⁹⁶ BAG AP BetrAVG § 1 Treuebruch Nr. 14 (Orientierungssätze bezugnehmend auf § 242 BGB); Rolfs, in: Blomeyer/Rolfs/Otto (Hrsg.), Betriebsrentengesetz, 8. Aufl. 2022, Anhang zu § 1 Rn. 527 ff.

resse, führen dürfen.⁹⁷ So kann ein Schuldner die Leistung verweigern, soweit diese in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers steht (§ 275 Abs. 2 BGB), die Einrede des nicht erfüllten Vertrags kann bei „verhältnismäßiger Geringfügigkeit“ nicht erhoben werden (§ 320 Abs. 2 BGB), der Rücktritt sowie der „Schadensersatzanspruch statt der Leistung“ sind ausgeschlossen, sofern die Pflichtverletzung unerheblich ist (§ 323 Abs. 5 Satz 2, § 281 Abs. 1 Satz 3 BGB) und bei Angelegenheiten von geringer Bedeutung muss keine eidesstattliche Versicherung abgegeben werden (§ 259 Abs. 3 BGB). Zieht man diese und zahlreiche weitere Bestimmungen heran, besteht eine belastbare Induktionsbasis für die Herleitung einer generellen Unzulässigkeit disproportionaler Rechtsausübung. § 242 BGB steuert als „Generalklausel der Verhältnismäßigkeit“⁹⁸ keine weiteren Erkenntnisse hierzu bei.

Beispiele aus der Rechtsprechung sind ein geringfügiger Irrtum beim Überweisen der Summe aus einem sogenannten Druckvergleich⁹⁹ oder die Berufung des Versicherers auf Leistungsfreiheit bei nur unwesentlichem Prämienrückstand oder marginaler Obliegenheitsverletzung.¹⁰⁰ Hinzu kommen *a fortiori* alle Fälle, in denen ohne Sachgrund eine formale Position nur als eine Art Reuerecht ausgenutzt werden soll, sofern dies nicht bereits im Wege der Auslegung berücksichtigt werden kann (beispielhaft nach Wegfall des Mangels oder nach Aufhebung der Konkretisierung bei einer Gattungsschuld).¹⁰¹

3. Die schikanöse Rechtsausübung

Das Schikaneverbot des § 226 BGB ist äußerst restriktiv verfasst. Es erklärt die Ausübung eines Rechts erst dann für unzulässig, wenn sie keinen anderen Zweck haben kann, als einem anderen Schaden zuzufügen.¹⁰² Seit ihrem Inkrafttreten erlangte die Norm deshalb keine nennenswerte Bedeutung.¹⁰³ Sie ist im Grunde toter Buchstabe. Aber welchen alternativen Lösungsansatz favorisiert die herrschende Meinung, wenn der Schädigungsvorsatz dominiert, jedoch von einem zusätzlichen legitimen Beweggrund flankiert wird, wie im Fall des schikanösen Zugangsverbots zum Familiengrab, das der Eigentümer auch mit seinem Gesundheitsschutz (schwer herleidend) begründete?¹⁰⁴ In all diesen Fällen weicht die herr

⁹⁷ Looschelder/Olzen, in: Staudinger (Fn. 72), § 242 Rn. 277 f.; Krebs, in: NK-BGB (Fn. 92), § 242 Rn. 88; siehe zur Disproportionalität auch schon Rüdy (Fn. 11), S. 107 ff.

⁹⁸ Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht, 2010, S. 393.

⁹⁹ OLG München NJW-RR 2004, 1140 f.; Grüneberg, in: ders. (Fn. 10), § 242 Rn. 53.

¹⁰⁰ BGHZ 21, 122 (136); BGHZ 100, 60 (63 ff.); Krebs, in: NK-BGB (Fn. 92), § 242 Rn. 89.

¹⁰¹ Siehe bereits oben im Text nach Fn. 40 sowie speziell zum Mangel BGHZ 90, 198 (204); BGH NJW 2009, 508 (509); zur Konkretisierung Schiemann, in: Staudinger (Hrsg.), BGB, 2024, § 243 Rn. 39 ff.

¹⁰² BGH NJW 2022, 772 (Tz. 25): „In Anbetracht dessen ist die Hilfsbegründung des BerGer. rechtsfehlerhaft, denn Einsichtsbeschein der Bekl. steht auch das Schikaneverbot (§ 226 BGB) entgegen. Davon wäre nur dann auszugehen, wenn die Geltendmachung des Einsichtsrechts keinen anderen Zweck als die Schädigung der Kl. haben könnte, wenn der Rechtsausübung ein schutzwürdiges Eigeninteresse der Bekl. nicht zugrunde läge oder wenn das Einsichtsrecht nur geltend gemacht würde, um ein anderes, vertragsfremdes oder unlauteres Ziel zu erreichen.“

¹⁰³ Vgl. nur Fleischer JZ 2003, 865 (867); Haferkamp, in: HKK-BGB, 2003, § 226 Rn. 7.

¹⁰⁴ Siehe mit einem weiteren Beispiel Guski (Fn. 7), S. 253: „Und selbst die Durchsetzung eines Anspruchs auf Wiederbeschaffung wertloser Aktien (RGZ 96, 184), ließe sich noch damit rechtfertigen, dass dem Berechtigten die Farbe des Aktienpapiers gefällt und er sich damit kostengünstig die Wohnung tapezieren kann.“

schende Meinung auf eine Sittenwidrigkeit gemäß § 826 BGB oder eine Treuwidrigkeit gemäß § 242 BGB aus.¹⁰⁵ Dies setzt methodisch voraus, dass § 226 BGB für solche Konstellationen keine abschließende negative Regelung enthält, doch fragt sich angesichts dieser Prämissen, ob es, entgegen dem Normtext und der *intentio auctoris*¹⁰⁶, nicht systematisch sinnvoller und transparenter wäre, dem § 226 BGB auch jene Fälle einer Schikane im weiteren Sinn zuzuordnen. Im Ergebnis dürften sich beide Lösungswege nicht unterscheiden, zumal § 226 BGB ein Schutzgesetz gemäß § 823 Abs. 2 BGB verkörpert (und man die subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen als deckungsgleich erachtet). Die schikanöse Rechtsausübung sollte jedenfalls im Interesse einer einheitlichen und folgerichtigen Handhabung als spezielle und eigenständige Kategorie des Rechtsmissbrauchs verortet werden und nicht im Sammelsurium der Treu- und Sittenwidrigkeit untergehen.

Sieht man von vereinzelten Sonderregelungen, insbesondere im Sachen- und Familienrecht ab,¹⁰⁷ sind zunächst jene Fälle als reine Schikane zu identifizieren, in denen ein legitimer Zweck nur vorgetäuscht wird. Zweifelhafte Berühmtheit erlangte die Colmarer *affaire Doerr* von 1855, bei der ein „falscher“ Schornstein errichtet wurde, um dem Nachbarn die Sicht zu nehmen.¹⁰⁸ Etwas komplexer ist die Beweislage in einem nicht minder berüchtigten Fall aus Holland: Jan verdeckte seinem Nachbarn Piet mit großen Tüchern die Aussicht; nachdem ihm dies untersagt wurde, errichtete er an gleicher Stelle eine anschlusslose Windturbine, um, nachdem ihm dies ebenfalls untersagt wurde, die Turbine tatsächlich anzuschließen.¹⁰⁹ Noch eine Variante: Hätte Jan die Aussicht verdeckt, um Piet sein Grundstück teuer verkaufen zu können, änderte sich nichts am Tatbestand der Schikane, da es Jan dann darum ging, die Schikane überdies zu vermarkten.¹¹⁰

Zu den verschiedenen Arten der Schikane zählt die willkürliche Geltendmachung eines Anspruchs mit dem Ziel, die Gegenseite als „bloßes Mittel“ zu instrumentalisieren.¹¹¹ Hinterliegende Sachgründe fehlen bei einem Auskunftsbegehr, bei dem der Leistungsanspruch bereits verjährt ist,¹¹² oder bei einem Herausgabeverlangen gegenüber dem Anwartschaftsberechtigten, wenn dieser alsbald Eigentümer wird.¹¹³ Auch ein datenschutzrechtlicher Auskunftsanspruch gemäß § 15 DSGVO kann schikanös geltend gemacht werden, wenn er „nur dazu dient, den Anspruchsgegner – zB zum „Nach-

¹⁰⁵ Loosholders/Olsen, in: Staudinger (Fn. 72), § 242 Rn. 258, 373 ff.; Otto, in: jurisPK-BGB (Fn. 56), § 226 Rn. 2; Neuner (Fn. 15), § 20 Rn. 80; nach Siebert (Fn. 11), S. 127, wird § 226 BGB durch § 826 BGB „konsumiert“; rechtshistorisch zu dieser Verlagerung in eine möglichst unbestimmte Generalklausel Haferkamp, in: HKK-BGB (Fn. 103), § 226 Rn. 19.

¹⁰⁶ Siehe zur Entstehungsgeschichte näher Repgen, in: Staudinger (Fn. 10), § 226 Rn. 2 ff. mit umfassenden Nachweisen.

¹⁰⁷ Unter anderem § 905 Satz 2 BGB (Luftraum, Erdkörper), § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB (unwägbare Stoffe), § 910 Abs. 2 BGB (Überhang), § 1357 Abs. 2 Satz 1, § 1365 Abs. 2 und § 1369 Abs. 2 BGB (jeweils Weigerungen „ohne ausreichenden Grund“).

¹⁰⁸ Ausführlich hierzu Eichenhofer (Fn. 5), S. 11 f. m. w. N.

¹⁰⁹ Hooge Raad RabelsZ 10 (1936), 403 f.; hierzu Merz ZfRV 1977, 162; Medicus/Petersen (Fn. 88), Rn. 129.

¹¹⁰ Zur kontroversen Diskussion in England anhand des Falles *Bradford v. Pickles* siehe Eichenhofer (Fn. 5), S. 178 ff. m. w. N.; anders ist die Konstellation, wenn die Rechtslage genutzt wird, um die Gegenseite im Wege des Vergleichs zum geschäftlichen Entgegenkommen zu drängen; vgl. OLG Brandenburg BauR 2011, 705 (Tz. 74); Grothe, in: MüKoBGB (Fn. 63), § 226 Rn. 13 m.w.N.

¹¹¹ Siehe dazu auch schon oben im Text nach Fn. 45.

¹¹² OLG Celle FamRZ 2002, 1030; Rövekamp, in: BeckOGK BGB, 2024, § 226 Rn. 70.

¹¹³ BGHZ 10, 69 (75); Grüneberg, in: ders. (Fn. 10), § 242 Rn. 52.

treten“ nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses – beschäftigt zu halten“.¹¹⁴

Die Schikane kann auch durch eigenständiges Handeln erfolgen, wie das geschichtlich durch den sogenannten Neidbau überliefert ist¹¹⁵ und bis heute durch die Anordnung eines Schuppens oder sonstiger sichthemmender Elemente praktiziert wird.¹¹⁶ Im Arbeitsrecht kann das Verhalten des Arbeitgebers in Form von Mobbing oder Stalking schikanös sein.¹¹⁷ Neben aktivem Tun kann auch das Verweigern einer Zustimmung als schikanös zu werten sein, etwa hinsichtlich des Austausches einer Sicherheit durch eine andere gleichwertige Sicherheit¹¹⁸ oder der Auszahlung des vollen Kinderzuschlags an die frühere Ehefrau und Mutter.¹¹⁹

4. Die sittenwidrige Rechtsausübung

Die Ausübung eines Rechts kann gemäß § 826 BGB gegen die guten Sitten verstößen. Eine eigenständige Bedeutung erlangt § 826 BGB als Grundlage eines Schadensersatzanspruchs in Geld und bei Fehlen einer Sonderverbindung. Besteht eine Sonderverbindung, wird die Deliktsnorm des § 826 BGB von § 242 BGB nicht verdrängt.¹²⁰ Aus Gründen der Transparenz und Ausdifferenzierung ist es zudem geboten, die sittenwidrige Rechtsausübung auch im Rahmen von Sonderverbindungen jeweils von den spezielleren Kategorien der Schikane, Disproportionalität und Manipulation abzugrenzen. Ordnet man dem Schikaneverbot gemäß § 226 BGB auch Fälle zu, in denen der Schädigungszweck lediglich dominiert, verbleiben für § 826 BGB alle Konstellationen, in denen die Schädigung primär dazu dient, dem Schädiger eigene substanzelle Vorteile zu verschaffen.

VI. Distinktionen

Von den Fällen der missbräuchlichen Rechtsausübung sind Konstellationen zu unterscheiden, in denen ein Recht *nicht* treuwidrig ausgeübt wird, jedoch eine Pflicht zum Handeln besteht oder ein Vertrauenstatbestand zurechenbar gesetzt wurde.

1. Soziale Leistungsrechte

Wer sich rein passiv verhält, missbraucht nicht seine Freiheitsrechte und verletzt durch sein Unterlassen auch keine formellen Freiheits- oder Persönlichkeitsrechte Dritter. Leistungsansprüche können daher nicht über das Verbot treuwidriger Rechtsausübung durchgesetzt werden, obgleich auch in diesem Kontext pauschal von „Rechtsmissbrauch“ gespro-

¹¹⁴ Rudkowski NZA 2024, 1 (5).

¹¹⁵ Siehe näher Hagen, Schikane und Rechtsmissbrauch, 1913, S. 26 f.; weitere überlieferte Beispiele: Verhinderung der Wasserzufuhr durch gezieltes Abgraben; Einbau von Fenstern zum Betrachten des schönen Nachbarstöchter; siehe Haferkamp, in: HKK-BGB (Fn. 103), § 226 Rn. 3 m.w.N.; berichtet wird auch von einer Verordnung Kaiser Zenos, die untersagte, innerhalb von 100 Fuß die Aussicht auf das Meer zu verbauen; A errichtete nun in weiter Ferne eine Mauer, sodass das Haus des B keinen Meerblick mehr hatte; anschließend baute er selbst zwischen der Mauer und dem Haus des B, um daraufhin die Mauer wieder einzureißen; siehe Sippell (Fn. 7), S. 24 f. m. w. N.

¹¹⁶ Vgl. VGH Mannheim NJOZ 2008, 3313.

¹¹⁷ Wagner, in: Erman (Hrsg.), BGB, 17. Aufl. 2023, § 226 Rn. 4; Rövekamp, in: BeckOGK BGB (Fn. 112), § 226 Rn. 23.

¹¹⁸ Rövekamp, in: BeckOGK BGB (Fn. 112), § 226 Rn. 70.

¹¹⁹ BAG FamRZ 1969, 212.

¹²⁰ Loosholders/Olsen, in: Staudinger (Fn. 72), § 242 Rn. 394; Schubert, in: MüKoBGB (Fn. 30), § 242 Rn. 90.

chen wird,¹²¹ was die paradoxe Formel vom Rechtsmissbrauch um eine weitere Pointe bereichert: „Rechtsmissbrauch ist in Wahrheit ein Unterlassen ohne Recht.“

Es bestehen allerdings Solidarpflichten zur Gewährleistung der Freiheit anderer, die verletzt werden können. Wer einem Kontrahierungszwang ausgesetzt ist, „missbraucht“ nicht seine negative Vertragsfreiheit, sondern ist aus sozialstaatlichen Gründen zum Vertragsabschluss verpflichtet.¹²² Rechtskonstruktiv wirkt es ebenfalls sinnwidrig, vom Verpflichteten ein „Unterlassen der treuwidrigen Unterlassung“ zu verlangen (analog § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB), statt in analoger Anwendung einzelgesetzlicher Abschlusspflichten sowie im Wege verfassungskonformer Rechtsfortbildung (Art. 1 Abs. 1 und 2, Art. 20 Abs. 1 GG) Kontrahierungszwänge als Ausprägungen der *institutia distributiva* zu etablieren.

Sehr zutreffend urteilte daher unlängst der *BGH*, dass ein Notwegercht weder aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis noch aus § 226 BGB abgeleitet werden kann, sondern allein aus der Regelung des § 917 BGB,¹²³ die eine soziale Infliehnahme des Eigentümers impliziert.¹²⁴ Ebenso konsequent kritisierte der *BGH*¹²⁵ hierbei eine Entscheidung des *OLG Düsseldorf*, die besagte, dass der Ausschluss eines Einzelnen gegen § 226 BGB verstößt, wenn der Grundstückseigentümer die Nutzung eines Weges durch die Allgemeinheit duldet.¹²⁶ Der Eigentümer kann einzelne Benutzer nach Belieben exkludieren („Ein Zivilrechtslehrer kommt mir nicht aufs Grundstück“), es sei denn, er verfährt diskriminierend anhand pönalierter Merkmale oder es liegt ein Notfall vor (§§ 228, 904 BGB).

121 Siehe beispielhaft *BAG NJW* 1997, 2257 (2258): „Der Arbeitgeber verhält sich rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB), wenn er bei Wegfall des betriebsbedingten Kündigungsgrundes noch während der Kündigungsfrist den veränderten Umständen nicht Rechnung trägt und dem Arbeitnehmer nicht die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses über den Kündigungszeitpunkt hinaus anbietet“; *Steinacker*, Der Wiedereinstellungsanspruch des Arbeitnehmers, 2017, S. 370: „Verbot des Rechtsmissbrauchs gemäß § 242 BGB i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG als Anspruchsgrundlage des Wiedereinstellungsanspruchs“.

122 Ausführlicher *Neuner* (Fn. 15), § 48 Rn. 2 ff.

123 *BGH NZM* 2022, 810 (1. Leitsatz).

124 Siehe zur Aufopferung beim Notwegercht näher *Konzen*, Aufopferung im Zivilrecht, 1969, S. 122.

125 *BGH NZM* 2022, 810 (Tz. 18).

126 *OLG Düsseldorf NJW-RR* 2001, 162 f.

2. Vertrauenschutz

Wer sich widersprüchlich verhält, agiert nicht treuwidrig,¹²⁷ genauso wenig wie derjenige, der überhaupt nichts tut. Er muss sich aber aufgrund seines Verhaltens Vertrauensbestände zurechnen lassen, vergleichbar rechtsgeschäftlichen Erklärungen. Sieht man im Schaffen des Vertrauensbestands eine Rechtsausübung, mag man diese unter dem Topos *venire contra factum proprium* als unzulässig deklarieren, doch bleibt das entscheidende Moment der Vertrauenschutz infolge der Rechtsscheinsetzung.¹²⁸ Hauptbeispiele des Schutzes des Vertrauens auf ein zukünftiges Verhalten sind die Verwirkung und die Erwirkung; ein Schutz des Vertrauens auf eine bestimmte Rechtslage wird vor allem bei Wirksamkeitshindernissen, etwa zur Überwindung der Formnichtigkeit, thematisiert.¹²⁹

VII. Fazit

Der Ausdruck „rechtsmissbräuchlich“ ist ein Synonym für rechtswidrig.¹³⁰ Eine Begründung geht mit ihm nicht einher. Er vermittelt weder ein teleologisches Charakteristikum noch ein eigenständiges Unwerturteil. Zur Rationalisierung der Rechtsfindung ist daher eine Ausdifferenzierung anhand der Verfassung, der Methodik und des Zivilrechtssystems erforderlich. Diese Konkretisierung kann nicht auf Vollständigkeit abzielen, weder hinsichtlich des gegenwärtigen und schon gar nicht des zukünftigen Terrains treuwidriger Rechtsausübung.¹³¹ Sie macht auch die Anwendung des § 242 BGB nicht völlig entbehrlich. Einer vorschnellen Flucht in die Generalklausel ist der Weg allerdings durch rechtstheoretische und rechtsdogmatische Pfeiler zu versperren.

127 Siehe *Dette* (Fn. 35), S. 38 („kein selbständiger Unwertgehalt“) m. w. N.

128 Siehe *Singer*, 2. Festschrift für *Canaris*, 2017, S. 425 (430 f.); *ders.* *NZA* 1998, 1309 ff.; *Martinek* JZ 1996, 470 ff.; für eine Einordnung des *venire contra factum proprium* als rechtsgeschäftliches Handeln *Wieling* AcP 176 (1976), 334 (335 ff.); berechtigte Kritik hieran bei *Looschelders/Olzen*, in: *Staudinger* (Fn. 72), § 242 Rn. 285.

129 Hierzu im Einzelnen *Singer* (Fn. 25), S. 85 ff., 255 ff.

130 Siehe auch *Guski* (Fn. 7), S. 6, 201 m. w. N.

131 Hierzu *Auer* (Fn. 20), S. 144 ff.