

Eltjo J.H. SCHRAGE*

AEMULATIO. ÜBER DIE HISTORISCHE RECHTSVERGLEICHUNG UND DAS RECHTSMISSBRAUCH

1. Das Problem

Edward Pickles war der Eigentümer eines Grundstücks in Bradford in England. Nebenan war ein Brunnen, eine Wasserquelle, die von den Behörden von Bradford für die Wasserversorgung der ganzen Stadt verwendet wurde. Eines Tages entschloss Pickles sich, von seinem Grundstück *flagstones* zu gewinnen. Um diese *flagstones* zu erreichen, musste er aber das unterirdische Wasser von seinem Grundstück entfernen und dazu ein Drainagesystem anlegen. Dieses Vorhaben bedrohte die Wasserversorgung der ganzen Stadt. Die Behörden wussten, dass damals *flagstones* vollkommen wertlos waren und deswegen einen rentablen Betrieb unmöglich. Sie vermuteten, dass Pickles dieses Vorhaben nur geäußert hatte, um sich einen höheren Preis für sein Grundstück auszubedingen. Verhandlungen blieben ohne Erfolg. Können die Behörden auf ein richterliches Verbot der vorgenommenen Drainage klagen?

Auch nach französischem Recht (§ 552 C.c.) ist der Eigentümer eines Grundstücks grundsätzlich berechtigt, auf seinem Grundstück zu pflanzen oder gewisse Konstruktionen zu errichten. Ein bestimmter Coquerel hatte auf seinem Grundstück Pfahlzäune von 16 Meter Höhe gebaut, und sie mit scharfen, eisernen Spitzen versehen. Sein Nachbar mit dem Namen Clément-Bayard, der sein eigenes Grundstück als Landepiste für seinen Freiballon verwendete, musste erfahren, dass dieser Ballon von den scharfen Messern leck gestoßen wurde. Kann Clément-

* Universität Amsterdam; e-mail: E.J.H.Schrage@uva.nl

-Bayard auf Schadenersatz und auf Niederreißen der Pfahlzäune klagen, um in der Zukunft unbehindert mit dem Ballon landen zu können?

Nach italienischem Recht verhindert die das Vorhandensein von Fenstern nicht, dass die Mauer Miteigentum der beiden Nachbarn ist. § 904 des Codice civile lautet: *La presenza di luci in un muro non impedisce al vicino di acquistare la comunione del muro medesimo né di costruire in aderenza*. Darf der eine Nachbar diesen Fenstern durch den Anbau einer 3,15 Meter hohen Mauer auf der Grundstücksgrenze das Licht vollkommen wegnehmen?

Ein Gläubiger hatte „auf Verdacht“ bei sämtlichen 20 Banken am Ort die angeblichen Kontenguthaben des Schuldners gepfändet und auf diesem Wege dem Schuldner die Möglichkeit, seine finanziellen Mittel zu verwenden, vollkommen blockiert. Ist diese Art der Pfändung zulässig?

Obwohl diese vier Fälle verschiedenen Rechtssystemen entstammen, haben sie dennoch mehrere Züge gemeinsam. Seit Alters wird gelehrt, dass der Luftraum über und der Erdreich unter der Grundfläche zum Grundstück gehören und nach römischem Recht umfasst das Eigentumsrecht an dem Boden deswegen auch alle darin enthaltenen Mineralien (D. 8,4,13,1 Ulp.), Grundwasser darin begriffen. Der Eigentümer ist somit im Allgemeinen berechtigt, sich diesen Luftraum über und den Erdreich unter dem Grundstück, nach eigenem Belieben zu Nutzen zu machen. Ähnliches gilt für die Befugnis, auf das eigene Grundstück eine Mauer zu errichten und auch die prinzipielle Zulässigkeit der Kontopfändung ist unbestritten.

Dennoch erhebt sich in allen genannten Fällen die Frage, ob diese Befugnisse wirklich so weit reichen, dass der Eigentümer dem Nachbar seine Wasserströme nehmen darf, seinem Nachbar das Fliegen mit einem Luftballon unmöglich machen, dem Nachbar das Tageslicht völlig nehmen und ihm durch bei 20 Banken alle Kontenguthaben des Schuldners zu pfänden, seinen Lebensunterhalt vollkommen unmöglich zu machen. Fast automatisch kommen hier Erinnerungen auf an die Grundregeln des Rechts, wie sie schon Ulpian (D. 1,1,10) formuliert hat: *honeste vivere, alterum non laedere et ius suum cuique tribuere*. Ist das Verhalten des Grundeigentümers, des Gläubigers, honest? Schadet es dem anderen nicht? Lässt das Verhalten dem Anderen sein faires Teil? Wer geneigt ist, diese Frage verneinend zu beantworten und derartige Handlungen als rechtswidrig betrachtet, sucht hier einen Grund für ein richterliches Verbot und denkt somit hier an Rechtsmissbrauch. Mehrere moderne Gesetzbücher enthalten in der Tat außer dem Prinzip von Treu und Glauben, darüber hinaus auch ein Chikane Verbot (§ 217 BGB), oder sogar selbst ein Rechtsmissbrauch Verbot, so z.B. Art. 2 Abs. 1 und 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Art. 833 des italienischen Codice civile

(*Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*) oder auch Art. 3:13 des neuen Niederländischen Zivilgesetzbuches. Damit lässt unsere Frage sich anders formulieren: Ist in diesen vier Fällen von Rechtswidrigkeit oder vielleicht besser: von Rechtsmissbrauch die Rede? Die Antwort zu diesen Fragen ist nicht einfach. Rechtsmissbrauch ist ein variables Konzept, das in verschiedenen Zeiten und an verschiedenen Orten unterschiedliche Bedeutung hat. Schon darum scheint das Thema besonders für rechtshistorische und Rechtsvergleichende Untersuchungen geeignet.

2. Römisches Recht

In der rechtshistorischen Literatur ist die Frage, ob die Römer schon ein Rechtsmissbrauch Verbot kannten, öfters besprochen worden. Sie ist neuerdings von einer schweizerischen Schriftstellerin, Ursula Elsener, eine Schülerin von Carlo Augusto Cannata, aufs Neue untersucht worden. Sie beantwortet diese Frage ohne irgendwelche Zweifel bejahend. Am Ende ihres schönen Buches hält die fest, dass das Konzept des Rechtsmissbrauchs sich schon in der klassischen Zeit innerhalb einer genau definierten Typologie entwickelt hat, dass aber die Terminologie nicht eindeutig war und jedenfalls in keiner Beziehung zum modernen Begriff Rechtsmissbrauch stand. Alle Situationen, alle überlieferte Texte, in denen man heutzutage von Rechtsmissbrauch sprechen würde, haben ihrer Meinung nach als gemeinsames Charakteristikum, dass sie sich auf die von Aquilius Gallus entwickelten Rechtsmittel der *actio de dolo* und deren prozessuale Gegenhänger beziehen, die *exceptio doli*. Ursula Elsener ist darüber hinaus der – auch von Bruno Schmidlin in der Festschrift für Mayer Maly vertretenen – Auffassung, dass außerhalb dieses Bereiches auch die in D. 50, 17 aufgenommene Texte in dieselbe Richtung der römischen, Anerkennung dieses Rechtsprinzips weisen, sei es denn in einem beschränkten Ausmaß. Das gilt z.B. für D. 50,17,55:

D. 50,17,55 (Gaius 2 de testam. ad ed. urb.): Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur.

Dieser Text fand ursprünglich seine Stelle im zweiten Buch des von Gaius verfassten Kommentars zum Edict des *praetor urbanus*, und bedeutete deswegen ursprünglich wahrscheinlich nur, dass ein Erblasser der innerhalb der Grenze der *portiones legitimae* ein gültiges Testament macht, oder ein Erbe, der ein Vermächtnis annimmt, niemanden gegenüber haftet, selbst nicht mit der

(subsidiären) *actio de dolo* angesprochen werden kann. In dem ursprünglichen Kontext hat also dieser Text mit dem Rechtsmissbrauch wenig oder nichts zu tun. Dennoch steht auch fest, dass die Kompilatoren ihn aus dem ursprünglichen Kontext entfernt und unter den Titel *de diversis regulis iuris* gestellt haben. Ähnliches gilt auch für D. 50,17,151:

D. 50,17,151 (Paulus 64 ad ed.): Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere ius non habet.

Der ursprüngliche Kontext von D. 50,17,151 bezog sich wahrscheinlich auf jemanden, der auf einen *ager publicus* gebaut hatte. Das lässt sich dessen engeren Beziehung zu der Formulierung des praetorischen Edikts in D. 43.8.2pr. entnehmen. Bauen auf dem *ager publicus* war im Allgemeinen verboten, aber wer *ex iure publico* eine öffentlich rechtliche Genehmigung bekommen hatte, wurde dazu angehalten, keinen Schaden anzustellen. Schaden bringt er nur zu, wenn er ohne Genehmigung baut. Auch dieser Text ist von den Kompilatoren aus ihrem ursprünglichen Kontext entfernt worden, in dem man von einer Verbindung zum Rechtsmissbrauch eigentlich nicht sprechen darf.

Es mag so sein, dass der ursprüngliche Kontext aller dieser Texte viel enger ist, als sich auf den ersten Blick vermuten lässt, man soll sich aber vergewissern, dass die Kompilatoren diese Texte in den Titel *de diversis regulis iuris* aufgenommen haben und damit der Ebene der punktuellen Argumente enthoben. Schon bei den Kompilatoren, und vielleicht schon bei früheren Generationen von Juristen, hat man hier mit rhetorischen Topoi zu tun, die zum Einsatz kommen könnten, je nachdem, welchen Standpunkt der Jurist oder der Advokat zu vertreten hatte, und in dem neuen Kontext skizzieren diese Texte gewisse Beschränkungen des Konzeptes Rechtsmissbrauch. Ähnliches gilt auch den anderen Texten, die in der Literatur mit einer römischen Theorie des Rechtsmissbrauches in Verbindung gebracht worden sind. G. 1,53: *male enim nostro iure uti non debemus*, mag in dem Kontext der Institutionen bedeuten, dass der Herr in seinem Verhältnis zu seinen Sklaven seine *saevitia* nicht ungehemmt wüten lassen darf. Nach stoischer Auffassung ist ja die *apatheia* das höchste ethische Ideal. Damit steht das Zugeben an unbegrenzte Neigungen auf wackeligen Beinen, wie es auch im selben Textfragment bei Gaius von den *prodigi* gesagt wird, und in D. 6,1,38 von dem, der das *ius tollendi* ausübt¹. Auch dieser soll schlechten Neigungen nicht zugeben: *neque malitiis indulgendum est*.

¹ D. 6,1,38 (Celsus 3 dig.): In fundo alieno, quem imprudens emerat, aedificasti aut conseruisti, deinde evincitur: bonus iudex varie ex personis causisque constituet. finge et dominum eadem

3. Spätere Rechtsentwicklung

Kann man der zentralen These von Frau Elsener ungefähr zustimmen so ist doch enttäuschend, dass sie dem *passage de l'époque intermédiaire*, welches sie definiert als das Zeitalter zwischen der Schule von Bologna und den modernen Kodifikationen, also die Periode vom 12. bis zum 19. Jh., nur acht Seiten widmet, wobei sie sich dann erstaunlicherweise nur auf Samuel Stryk, der von 1640–1710 lebte, beschränkt. Das Erstaunen wird namentlich dadurch verursacht, dass bei Stryk, in dessen *Dissertatio iuridica de abusu iuris quaesiti* vom 21. Februar 1679, gar nicht vom Rechtsmissbrauch im modernen Sinne die Rede ist. Zwar verwendet Stryk den Terminus *abusus juris quaesiti*, aber er definiert diese *abusus juris quaesiti* als *usus contra legum praescripta*, also eine Handlung gegen die Bedingungen unter welchen das Privileg verliehen ist. Wenn er weiter über *abusus iuris domini* spricht, dann betont er, dass das zwar nach dem Beispiel der römischen Eigentümer von Sklaven, seinerzeit auch nach dem lokalen Gewohnheitsrecht ein Arbeitgeber ein bescheidenes Züchtigungsrecht haben mag, aber nicht, wenn derartige Befugnisse im Arbeitsvertrag ausgeschlossen sind. Wenn der Arbeitgeber die Grenze seiner vertraglichen Befugnisse überschreitet, haftet er nicht nur mit der Vertragsklage, sondern auch mit der *propter excessum iudicis arbitrio punietur*. Im Kurzen: Die Ausführungen Strys über *abusus iuris* haben weder mit den hier und heute zitierten klassischen Texten, die etwas über die römische Rechtsethik aussagen, zu tun, noch mit Rechtsmissbrauch im modernen Sinne, noch mit der klassischen *actio de dolo*, oder der *exceptio doli*. Ironisch ist aber, dass Hans-Peter Haferkamp² die Aufmerksamkeit auf eine Dissertation eines Schülers von Samuel Stryk, Georg Schöneiche, gelenkt hat. Seine 1678 verteidigte Dissertation hätte Frau Elsener auf die richtige Spur bringen können, hätte sie nur diese Schrift gekannt³.

facturum fuisse: reddat impensam, ut fundum recipiat, usque eo dumtaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. finge pauperem, qui, si reddere id cogatur, laribus sepulchris avitis carendum habeat: sufficit tibi permitti tollere ex his rebus quae possis, dum ita ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum. constituimus vero, ut, si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas: neque malitii indulgendum est, si tectorium puta, quod induxeris, picturasque corradere velis, nihil laturus nisi ut officias. finge eam personam esse domini, quae receptum fundum mox venditura sit: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus es.

² H.-P. Haferkamp, §§ 226–231, in: M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band I, Allgemeiner Teil, S. 1039, Anm. 27.

³ G. Schöneiche, *De aemulatione iuris*, Frankfurt an der Oder 1678, Kap. III: Omnia ad aemulationem fieri intelliguntur, quae cum iniuria alterius et animo nocendi, non utilitatis vel neces-

Es kommt noch ein zweites Problem hinzu. Anscheinend hat Frau Elsener sich auf der einen Seite vom Wortlaut irreführen lassen, und – jedenfalls anfänglich – *abusus iuris* bei Stryk mit Rechtsmissbrauch identifiziert. Das ist aber nicht berechtigt. Erstens vernachlässigt sie, dass bei Stryk nicht von *abusus iuris* die Rede ist, sondern von *abusus iuris quaesiti*, also von Handlungen die strittig sind mit den Bedingungen, unter welchen das Privileg oder das vertragliche Recht verliehen ist. So z.B. bei Ahasveri Fritschen (1629–1701), der in seinem Traktat über die Sünden der Prinzen bemerkt, dass es diesen nicht erlaubt ist, sich als Herr der Kirchendiener oder der Gottesdienstes zu benehmen, denn solches Verhalten wäre *abusus iuris patronatus*⁴.

Zweitens: *abusus* als solche erscheint in D. 7,5,5,1 und bedeutet dort bestimmt nicht Missbrauch, sondern Verbrauch, Konsum. An der Tagesordnung ist in jenem Text die Frage, welche die Konsequenzen von einem Niesbrauchrecht an verbrauchbaren Sachen sind, namentlich wenn das Recht zu Ende kommt. *Abusus* steht also gegenüber *usus*⁵, ein Wortgebrauch, das sich auch im 12. und 13. Jh. noch auffinden lässt, z.B. bei den Schriftstellern, für die der Unterschied zwischen beiden Begriffen außerordentlich wichtig war, wie diejenigen, die sich im Rahmen des franziskanischen Armutsstreit über die Frage, was unter Eigentum zu verstehen sei, geäußert haben, vor allem Wilhelm von Ockham⁶.

Auf der anderen Seite hatte Frau Elsener vollkommen Recht, als sie bemerkte, dass weder die *actio doli* noch die *exceptio doli* im Rahmen der Ausführungen Stryks über *abusus iuris* eine Rolle spielen, obwohl diese beiden Rechtsmittel für Frau Elsener, und nicht nur für sie allein, die römische Vermittlung des Rechtsmissbrauchverbots bilden.

sitatis 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.

⁴ A. Fritschi, *Princeps Peccans, Sive Tractatus De Peccatis Principum Excutiendae ipsorum conscientiae*, Nürnberg 1685, S. 39: Alter *abusus iuris patronatus* in eo consistit quod Nobiles Patroni a praesentatis Ecclesiae ministris litteras reversales exigant, quasi Pastorum aut Ministerii domini sint. Vide Carpz. Iurispr. Eccles. L. I, tit. I, def. 20.

⁵ J. Spiegel, *Lexicon Iuris Civilis*, Lugduni 1545: *Abusus et usus contraria iudicantur, nam autore Boëtio utimur iis, quae nobis utentibus permanent, iis vero abutimur, quae nobis utentibus pereunt.*

⁶ G. de Ockham, *Opus nonaginta dierum*, in: H.S. Offler *et al.* (ed.), *Opera politica*, Manchester 1963, vol. 2, capitulum 49, worüber E.J.H. Schrage, *Actio en Subjectief Recht. Over Romeinse en middeleeuwse wortels van een modern begrip* [Openbare les – in verkorte vorm – uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van gewoon lector in het Romeinse recht aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Amsterdam op 31 maart 1977], Amsterdam 1977.

Wir dürfen noch einen Schritt weiter gehen. Weder den Ausführungen Stryk's über *abusus iuris*, noch denen über die *actio de dolo*, oder die *exceptio doli* lässt sich eine Theorie des Rechtsmissbrauches entnehmen. Das hängt mit einer methodologischen Schwierigkeit zusammen. Wer die Geschichte des Rechtsmissbrauchs studiert, hat die natürliche Neigung, die Rechtsgeschichte rückwärts zu lesen. Man fängt dann bei den modernen Kodifikationen an, zum Beispiel bei § 226 BGB, fragt nach dem historischen Werdegang, der zu diesem Paragraphen geführt hat, und skizziert dann das Verhältnis zwischen dem römischen und dem modernen Recht. So lange man sich von diesem merkwürdigen Vorgehen Rechenschaft gibt, ist nichts dagegen, aber gerade in dem Fall des Rechtsmissbrauches muss man dann die Kluft der Naturrechtsschule überbrücken. Wenn wir uns in diesem Aufsatz auf einige allgemeinen Sätzen beschränken dürfen, dann sollen wir bemerken, dass für das Vernunftrecht der Neuzeit das Naturrecht eine Art *mixtum compositum* ist, zusammengestellt aus mehreren Komponenten, unter denen das römische, das kanonische und das einheimische Recht. Das Naturrecht teilt mit diesen Vorgängern einen universalen und überzeitlichen Geltungsanspruch, der aber im Bereich des Naturrechts mit streng logischen Mitteln einsichtig gemacht wird. Damit ist das Vernunftrecht zu einem autonomen System geworden, das unabhängig ist von der Moralthologie und der (profanen) Ethik. Rationalisierung fing in der Naturrechtsschule an, den ethischen Kern des klassischen Naturrechts auszuhöhlen. Rationalität ist innerhalb der Naturrechtsschule ein bestimmendes und der Rechtssicherheit dienendes Prinzip, aber diese methodisch-systematischen Züge des Vernunftrechts widersetzen sich jedem richterlichen Eingreifen in die rationell verwerteten Rechtsverhältnisse. Unter Berufung auf die Heilige Schrift, das Buch der Sprichwörter 25:2, wo geschrieben steht, dass es Gottes Ehre ist, eine Sache zu verhüllen, betont Symon à Groenewegen van der Made, dass es für Menschen, auch für Richter auf Erde, unmöglich ist, das Gewissen anderer zu kennen. Deswegen kann auch, seiner Meinung nach, D. 39,3,1,12, wo der Eigentümer eine Quelle auf seinem eigenen Lande verlegen darf, aber nicht, wenn er es nur tut mit der Absicht seinem Nachbar zu schädigen, keine Anwendung finden und muss diese Bestimmung deswegen als abgeschafft gelten⁷. Naturrechtsschüler haben deswegen auch versucht, jedes Instrument der römischen richterlichen Billigkeit zur Seite zu schieben. Das gilt sowohl der *exceptio doli*, als auch dem Prinzip von Treu und Glauben. Korrektive Elemente, die unbillige Rechtsverhältnisse

⁷ S. à Groenewegen van der Made, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandiae vicinisque regionibus*, Amsterdam 1669, t.a.p.

nur wegen deren Unbilligkeit rektifizieren, sind nach der Naturrechtsschule unerwünscht. In Süd Afrika, wo das römisch-holländische Recht noch immer vorherrschend ist, hat das Oberste Gericht im Jahre 1988 noch erklärt⁸, dass die *exceptio doli generalis* dem römisch-holländischen Recht vollkommen fremd sei. Das Gericht soll einfach den Text des Vertrages interpretieren, nicht mehr und nicht weniger, und er darf die Ergebnisse seiner Interpretation nicht mittels einer *exceptio doli* in die Richtung einer Billigkeitslösung korrigieren. A.J. Kerr hat aber die Aufmerksamkeit gefragt für einen späteren Fall, in dem seines Erachtens von der *replicatio doli* die Rede ist, und er steht auf dem Standpunkt, dass sich daraus ergibt, dass die Appellate Division nicht nur die *replicatio*, sondern auch die *exceptio doli* anerkennt⁹. In diesem Fall handelte es sich aber um eine Frage, die nur in weiter Verbindung mit dem Rechtsmissbrauch steht, nämlich ob der Käufer, der wegen Nonkonformität des gekauften Hauses auf Schadenersatz klagt, des Verkäufers Berufung auf der im Vertrag erhaltenen vollkommenen Quittung, widerlegen kann, mit der Behauptung, dass der Verkäufer sich in der Zeit der Vertragsschließung der Defekte bewusst war.

4. Rechtsmissbrauch in den mittelalterlichen Quellen

Wer also auf die Suche nach den Quellen des modernen Konzepts vom Rechtsmissbrauch geht, soll sich erstens nicht vom Wortlaut betrügen lassen; zweitens soll er akzeptieren, dass die Römer keine kohärente Theorie des Rechtsmissbrauches hatten, aber dennoch viele Ansätze zu einer Theorie darbieten, und zwar auch in den Texten, die sich auf die *actio de dolo* und die *exceptio doli* beziehen. Für die nach-römische, die mittelalterliche Entwicklung, sucht man aber vergebens Anschluss bei der Mehrzahl dieser römischen Texte, die wir gerade zitiert haben und die sich zum Teil auch auf ethischen Prinzipien stoischer Herkunft beziehen. Auffällig ist, dass diese Texte bei der mittelalterlichen Bildung der Theorie des Rechtsmissbrauchs kaum eine Rolle gespielt haben. Um welche Texte handelt dann die mittelalterliche Entwicklung des Konzepts Rechtsmissbrauch?

Der Fall, mit dem wir angefangen haben, Pickles-Bradford, hat eine wunderschöne Parallele in D. 39,3,1,12 (Ulpianus 53 ad ed.):

⁸ *Bank of Lisbon and South Africa Ltd v. De Ornelas & another*, 1988 (3) SA 580 A, at 608 F–G.

⁹ **A.J. Kerr**, *The replicatio doli reaffirmed. The exceptio doli available in our law*, South African Law Journal 1991, pp. 583–587.

Denique Marcellus scribit cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.

Ulpian schließt sich Marcellus an und schreibt, dass (wenn wir den Text auf unseren Fall anwenden dürfen) die Behörden von Bradford keine Klage gegen Pickles erheben können, sicher nicht, wenn er beabsichtigt, sein eigenes Grundstück für die Gewinnung von *flagstones* geeignet zu machen. Die Glosse interpretiert diesen Text und schließt bei dem Verbum *habere* an.

Gl. *habere* ad D. 39,3,1,12: Scilicet vicinus contra istum qui in suo suffodit, non animo nocendi, etc., quia tunc tenetur de dolo, ut hic dicit. Et not. ex hoc in suo licere facere quod vult. Item quod alii nocet et sibi non prosit non licet. Et ad hoc concordant...

Hier in dieser Glosse finden wir schon die beiden Elemente zusammengebracht, die bis tief in das 20. Jh. die Diskussion um den Rechtsmissbrauch dominiert haben. Handlungen, die ausschließlich vorgenommen werden in der Absicht, dem Anderen zu schaden, *animo nocendi*, unterliegen der *actio doli*, wie auch Handlungen die dem Handelnden überhaupt keinen Vorteil bringen, dem Anderen aber nur Nachteil zufügen. Also eine subjektive Gesinnung, oder das objektive Fehlen irgendwelchen Vorteiles für den Handelnden selbst qualifiziert beim näheren Zusehen diejenige Handlung als unberechtigt, die aus erster Sicht vollkommen berechtigt scheint, und gegen eine derartige Handlung kann die *actio doli* erhoben werden. Nach Alciat gibt das Fehlen irgendwelchen Vorteils zu der Vermutung der Schädigungsabsicht Anlass¹⁰.

Ungefähr gleichzeitig lässt sich im 13. und 14. Jh. auch ein Bedeutungswandel des Wortes *aemulatio* spüren. Im klassischen Latein hat das Wort sowohl eine Bedeutung *in bonam* als auch *in malam partem*. Im ersten Sinne bedeutet *aemulatio* so viel wie *imitatio virtutis*, in *malam partem* aber so viel wie Nachteil. Das um 1452 entstandene *Vocabularius iuris utriusque* von Jodocus definiert nur letztere Bedeutung: *aemulatio, idest invidia*, fügt aber hinzu, dass das Wort mehrere Bedeutungen hat. Es wird verwendet in D. 50,10,3 und in C. 12,59,1. Dort bedeutet es so viel wie Nacheiferung oder Wetteifer. Von dort aus erscheint das Wort *aemulatio* auch in der Accursischen Glosse *Novum*, die den Wortlaut von D. 50,10,3 erläutert. Der von Macer stammende Text lautet: *Opus novum privato*

¹⁰ A. Alciatus, *De praesumptionibus*, Regula III, Praesumptio XXIII, in: Opera Omnia III, Basel 1547: Praesumitur si quis aliquod opus in suo agat non nocendi animo facere, sed si aliqua utilitas sibi non resultet, non dicitur uti, sec abuti ad nocumentum tertii.

etiam sine principis auctoritate facere licet, praeterquam si ad aemulationem alterius civitatis pertineat. Jeder darf selbst ohne Genehmigung des *princeps* auf sein Privatgrundstück ein *opus novum* errichten, ausgenommen wenn es ausschließlich zum Nacheiferung mit einer anderen *civitas* geschieht. In der Glosse zu diesem Wort: *Opus novum* werden dann möglichst viele den Digesten und dem Codex entnommene Texte aufgezählt, in denen bezeugt wird, dass jeder auf seinem eigenen Grundstück nach eigenem Belieben handeln darf, aber die Glosse erwähnt auch eine Strömung, nach der diejenigen Handlungen die nur die Benachteiligung des Nachbarn beabsichtigen, unerlaubt geachtet werden.

Namentlich letzterer Gedanke wird in der Schule von Orléans aufgenommen. Es fängt mit Jacobus de Ravenneio (Jacques de Révigny) an, der anscheinend vorgetragen hat:

Jacobus de Ravanis, Comm. ad D. 8,2,10 (secundum Ms. Leiden, U.B., d'Ablaing 2, fol. 160) Dicebat dominus meus quod quidam usuarius erat in quadam civitate; voluit edificare ita alte quod ipse posset videre quicquid fieret per totam civitatem; iura ista sunt pro eo et hic et. supra, l. Cum eo [D. 8,2,9] et C. eod. l. Altius [C. 3,34,8] Tamen posset prohiberi et si hoc faceret ad emulacionem et animo nocendi. Unde dicit lex quod opera ad emulacionem prohibentur, ut C. De operibus publicis l. Novum opus [D. 50,10,3] nec debet facere animo nocendi, infra, De pluvia [arcenda l. i], § Denique [D. 39,3,1,12]. Et inhumanum est alienam detegere paupertatem [ut] ipse videret paupertates aliorum, arg. C. Quando et quibus quarta part l. i et ij [C. 10,35,1–2].

Am Wort ist der *reportator*, der Student, der den Text des Vortrages aufgeschrieben hat. Es ist also Jacques de Révigny, der am Wort ist, nicht dessen Lehrer Jacobus de Monciaco. Er bespricht einen Fall, der sich anscheinend wirklich in Verdun abgespielt hat, wo ein Rentner einen Turm gebaut hatte, der ihm nur in dem Sinne einen Vorteil brachte, dass er die *secreta fratrum* belauern konnte, wie es später Bartolomeus de Salyceto formulieren würde. Im Allgemeinen war es im 12. und 13. Jh. in Süd Frankreich und in Nord Italien üblich, zum privaten Gebrauch und zum Schutz der Familie, selbst innerhalb der Mauer der Stadt Festungen und Türme zu bauen. Erzählt wird, dass in San Gimignano der Torre Rognosa der Palazzo del Podestà die maximale Höhe der Bauarbeiten zeigte. In der Absicht, die Familie gegen die Streitigkeiten innerhalb der Stadt zu schützen, darf man auf eigenem Boden einen Turm errichten, zum *detegere paupertatem* oder zum *inspicere religiosas vel uxorem vel filias vicini*

aber nicht. Hier ist die Terminologie wichtig. *Aemulatio*, Neidbau, bildet die ethische Grenze, die auch ein Eigentümer nicht überschreiten darf. Die Bedeutung dieses Wortes spielt heutzutage im italienischen Recht noch immer eine wichtige Rolle, wo *atti emulativi* als Ausdruck für Rechtsmissbrauch üblich ist.

Jacques de Révigny entnimmt D. 50,10,3 seine These – das *opera ad emulationem prohibentur* – und er identifiziert diese *opera ad emulationem* mit den Arbeiten, die ausschließlich *animo nocendi* geschehen. Petrus de Bellaperthica folgt seinem Lehrer, ist aber noch ein wenig moderner. Ist für Jacques de Révigny *aemulatio* noch ausschließlich *animo nocendi*, für Pierre de Belleperche ist schon von *aemulatio* die Rede, wenn die Bauarbeiten dem Eigentümer nur wenige Vorteile bringen, den Nachbarn aber schwer schädigen:

Petrus de Bellapaerthica, Comm. ad Inst. I.7: Caveatis, dico, in suo aliquis potest facere quod sibi prodest quamvis alii nocerat, dum tamen non faciat animo nocendi. Sed et si in fundo suo aliquid faciat quod sibi modicum prosit et alii multum nocet, presumitur ad emulationem; et ideo domum tuam elevare quantum est tibi utile, hoc est verum, nisi ita elevares, ut non afferret tibi magnum commodum, sed magnum prejudicium populo. Tunc enim destruere deberes, ut ff. De operibus publicis, l. Opus [D. 50,10,3]. Ideo sic recolitis: si permittatur sibi ipse prodesse, non autem ut alii noceat.

Eine Interessensabwägung rückt schon ins Gesicht. Die aus Süd Frankreich stammende, von Jacques de Révigny, aber besonders von Pierre de Belleperche entwickelte Lehre, dringt auch in Nord Italien durch. Erst Cynus Pistoriensis, dann auch Rainerius de Forlivio und Bartholomeus de Salyceto, folgen Pierre de Belleperche, wie aus dem folgenden Text hervorgeht.

Bartholomeus de Salyceto, Comm. ad C. 3,34,8: Tertio nota quod in pariete alieno quis non potest fenestram facere. Sed an in suo indistincte possit, dicit Petrus et Cynus quod si fiat ad emulationem alterius, puta ut inspiciat religiosos vel religiosas, vel uxorem vel filiam vicino, et non potest, arg. ff. De operibus publicis, l. Opus [D. 50,10,3].

Der Text verfolgt mit einer Interessenabwägung: wenn der Eigentümer Fenster für den Lichteinfall braucht, dann steht außer Zweifel, dass er in seinen eigenen Mauern diese Fenster anbringen darf. Über Bartholomeus de Salyceto hat die Lehre der *aemulatio*, des Rechtsmissbrauches auch Bartolus und Baldus erreicht.

Und damit erreichen wir unsere erste Schlussfolgerung: die Glossatoren, die Schule von Orléans und die Kommentatoren, haben eine Lehre des

Rechtsmissbrauchs entwickelt, zwar auf der Grundlage der römischen Quellen, aber nicht so sehr auf der Grundlage der Texte die sich auf die *actio* oder *exceptio doli* beziehen. Sie haben erstens, D. 50,10,3 das Wort *aemulatio* entnommen, dem eine Bedeutung *in malam partem* beigemessen und dann als Rechtsmissbrauch erstens die Handlungen betrachtet, die *nur* animo nocendi vorgenommen werden, also ein subjektives Element, dann auch, zweitens, die Handlungen, die dem Handelnden keinen Vorteil, dem Kläger aber nur Nachteil zubringen, das objektive Element. Diese zwei Begriffe dürfen zwar von Zeit zu Zeit durcheinander gehen, sie werden dennoch den Quellen entnommen, und zwar denjenigen Texten die sich auf die *cautio damni infecti*, und die *actio aquae pluviae* beziehen.

5. Rechtsmissbrauch während des Kodifikationszeitalter

Diejenigen modernen Rechtssysteme, die Rechtsmissbrauch als solches anerkennen, haben diesen Begriff somit nicht dem Römischen Recht entnommen, sondern dessen mittelalterlicher Interpretation. Die Glossatoren, aber mehr noch die Schule von Orléans und die Kommentatoren, haben die Grundlage für eine Theorie des Rechtsmissbrauchs gelegt. Sie mag mit der Naturrechtsschule wieder untergegangen sein, sie taucht aber in ihrer mittelalterlichen Gestalt bei den Kodifikationsbewegungen, also am Ende des 19., Anfang des 20. Jh. wieder auf, wie vor kurzem auch Nicoletta Sarti und Hans-Peter Haferkamp¹¹ betont haben. Mindestens auffällig dabei ist, dass wir in der Meinungsverschiedenheit zwischen Jacques de Révigny und Pierre de Belleperche schon die Kontroverse hören, die 7 Jahrhunderte später in Frankreich Ripert und Josserand verteilt halten würde. Bekanntlich war für Ripert nur dann vom Rechtsmissbrauch die Rede, wenn bei dem Handelnden ausschließlich der *animus nocendi* vorsah, indem für Josserand alle Befugnisse *des fonctions* sind, denen man die gesellschaftliche Bedeutung nicht entnehmen darf. Für ihn ist Rechtsmissbrauch *l'acte contraire au but de l'institution, à son esprit et à sa finalité*. Riperts Auffassung war auch in Deutschland vorherrschend und ist jetzt noch in § 226 BGB niedergelegt: *Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen*. Dieselbe Auffassung ist auch im italienischen Codice Civile aufgenommen: Art. 833 Atti d'emulazione: *Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri*.

¹¹ N. Sarti, *Inter vicinos praesumitur aemulatio. Le dinamiche dei rapporti di vicinato nell'esperienza del diritto comune*, Milano 2002, H.-P. Haferkamp, a.a.O. (Anm. 2).

Man muss hier aber bedenken, dass in den ausgehenden 90er Jahren die *Suprema Corte* zweierlei betont hat und auf diesem Wege das Rechtsmissbrauchsverbot innerhalb enger Grenzen zurückgedrängt hat¹². Erstens verstand der Italienische Höchstgerichtshof unter *atti* in dem Sinne dieses Art. 833 nur positive Handlungen, nicht auch das Unterlassen, und zweitens bemerkte der Gerichtshof, dass schon die Anwesenheit eines kleinen Interesses an der Seite des Handelnden die Qualifikation von Rechtsmissbrauch verhindert. Es ging dort um einen Nachbar, der sich verweigerte die hohen Pflanzen auf seinem Grundstück abzuschneiden, wodurch er dem Nachbar das schöne Panorama aus seinem eigenen Haus und von seinem Grundstück, vollkommen wegnahm. Weil er Interesse daran betonte sich die Mühe zu sparen, war von Rechtsmissbrauch nicht die Rede. Nach dem neuen Niederländischen Recht wäre diese Entscheidung bestimmt anders ausgefallen. Dort wird nach dem Text des Gesetzbuches schon Rechtsmissbrauch angenommen, wenn der Handelnde, in Betracht nehmend, die Unebenheit zwischen dem Interesse dem er zu dienen denkt und dem Schaden, den er dem Anderen hinzufügt, nach Maßstäben von Redlichkeit zu dieser Ausübung seines Rechts nicht hätte kommen können. Mit der viel engeren Interpretation des italienischen Rechts stimmt auch das schweizerische Recht weitgehend überein. Zwar lässt das schweizerische Zivilgesetzbuch in seiner Formulierung die Tragweite des Rechtsmissbrauchs offen: *Der offenbare Missbrauch eines Rechts findet keinen Rechtsschutz*, aber die schweizerischen Richter sind sehr zurückhaltend.

Beide Elemente, das objektive und das subjektive, finden wir schon in der mittelalterlichen Jurisprudenz. Diese namentlich in der Schule von Orléans entwickelte Lehre, ist den modernen, im 20. Jh. verteidigten Auffassungen, sehr ähnlich. Und damit erreichen wir unsere zweite Schlussfolgerung. Weder die Schule von Orléans, noch die Kodifikationsbewegung haben in England eine wichtige Rolle gespielt. Damit sind wir der historischen Erklärung auf der Spur, warum die Engländer keine Theorie des Rechtsmissbrauchs gebildet haben. Sie hatten auch keine historischen Vorbilder, weder im Mittelalter, noch im ausgehenden 19. Jh. Übrigens soll man sich vor einer Generalisierung dieser Observation hüten. David Johnston hat vor kurzem noch darauf hingewiesen, dass das schottische Recht sich in dieser Hinsicht weitgehend vom Common Law unterscheidet. Er erwähnt zahllose Fälle, die nach schottischem Recht mit dem Begriff des *abuse of law* entschieden wurden¹³.

¹² Cass.sez. II civ. 20 Ottobre 1997, n. 10250, Foro Italice 1998, I, 69.

¹³ D. Johnston, *Owners and Neighbours: from Rome to Scotland*, in: R. Evans-Jones (ed.), *The Civil Law Tradition in Scotland [The Stair Society]*, Edinburgh 1995, pp. 176–197.

6. Zum Schluss

Und nun kehren wir zu den Beispielen, mit denen wir diesen kleinen Vortrag angefangen haben, zurück. Erstens der englische Fall, wo Edward Pickles auf seinem eigenen Grundstück einen Schaft gegraben hatte, und 1892 anfang einen unterirdischen Tunnel von etwa 500 Meter zu bauen, welcher nach seiner Vollendung ohne Zweifel das Wasser aus den Brunnen vom Reservoir ablenken würde, und damit der Stadt das Wasser entnehmen würde. Pickles warnte die Stadt für sein Vorhaben, die darauf eine Klage auf ein richterliches Verbot bezüglich dieser Bauarbeiten gegen Pickles erhob. In erster Instanz erhielten die Behörden das gefragte Verbot, aber schon das Appellationsgericht wies die Klage ab. Auch vor dem House of Lords behauptete die Stadt, dass diese Art von Rechtsausübung böswillig und deswegen unzulässig wäre. Die Stadt, wie auch der der höchste Richter, vermuteten, dass Pickles nur vorhatte, sich einen höheren Preis für sein Grundstück auszubedingen. Damit stand fest, dass er versuchte seinem eigenen Interesse zu dienen und es konnte nicht behauptet werden, dass Pickles den *tort of disinterested malevolence* begangen hatte. Das House of Lords stellte deswegen fest: „It is the act, not the motive for the act, that must be regarded. If the act, apart from motive, gives rise merely to damage without legal injury, the motive, however reprehensible it may be, will not supply that element“. Wie Lord Watson es in seinem Urteil ausdrückte: „no use of property, which would be legal due to a proper motive, can become illegal because it is prompted by a motive which is improper or even malicious“¹⁴.

Übrigens hat Pickles nur wenig Freude an diesem Urteil gehabt. Die Kosten für die Anwälte hatten seine finanziellen Möglichkeiten völlig erschöpft. Die Stadt weigerte sich auch nur einen Pfennig für das Grundstück zu bezahlen. Pickles ist letzten Endes vollkommen desillusioniert nach Kanada abgereist. Dass Rechtsmissbrauch aber keine Kategorie im englischen Common Law ist, wurde kürzere Zeit später nochmals befestigt, als eine Gruppe von gewerkschaftlich organisierten Arbeitern den Arbeitgeber zwangen, zwei Nicht-Mitglieder zu entlassen. Der Streik wurde nicht unerlaubt geurteilt. Dass dennoch in mehreren Fällen die Entscheidungen nach Common Law denjenigen des Civil Law ähnlich sind, hängt damit zusammen, dass erstens böswilliges Verhalten auf der Seite des Beklagten öfters als *tort* qualifiziert werden kann. So zum Beispiel in

¹⁴ *Mayor of Bradford v. Pickles*, 1895 AC 587, Cf. **A.W.B. Simpson**, *Leading Cases in the Common law*, Oxford 1995, S. 79; **M. Taggart**, *Private property and abuse of rights in Victorian England : the story of Edward Pickles and the Bradford water supply*, Oxford, New York 2002.

Keeble v. Hickeringill, wo Keeble Schadensersatz von Hickeringill in der Höhe von 50 Pfund bekam, weil letzterer seinen Entenfang durch ständiges Gewehrfeuer unbrauchbar gemacht hatte. Hier war von *nuisance* die Rede. Zweitens ist heutzutage in England das Nachbarrecht viel stärker vom öffentlich geprägt als im 19. Jh. während der industriellen Revolution und heutzutage noch auf dem Kontinent.

Der französische Fall ist berühmt und steht in der Rechtsgeschichte auf derselben Ebene wie der Wasserturm von Verdun. Der Eigentümer ist grundsätzlich berechtigt, sein Grundstück abzuschließen und mit Zäunen zu versehen. Wenn er aber diese Befugnisse nur *animo nocendi* ausübt, ist von Rechtsmissbrauch die Rede¹⁵.

Der italienische Fall wurde mit Hilfe des objektiven Kriteriums entschieden. Die Absicht des Handelnden ist nicht ohne weiteres ausschlaggebend; von Rechtsmissbrauch ist auch die Rede, wenn die Handlung im objektiven Sinne dem Handelnden kein Vorteil bringt, dem Kläger nur Nachteil: *Chi acquista la comunione del muro non può chiudere le luci se ad esso non appoggia il suo edificio*¹⁶.

Der deutsche Fall vom Schuldner, der rücksichtslos alle Bankkontos seines Schuldners pfändete, wurde auch mit Hilfe der Kategorie des Rechtsmissbrauchs entschieden¹⁷. Nach ZPO § 829 Abs 1 hat ein Schuldner einfach das Befugnis Geldforderungen seines Schuldners zu pfänden. Folgerichtig wird das Gericht dem Drittschuldner verbieten, an den Schuldner zu zahlen und dem Schuldner das Gebot erlassen, sich jeder Verfügung über die Forderung, insbesondere ihrer Einziehung, zu enthalten. Die Pfändung mehrerer Geldforderungen gegen verschiedene Drittschuldner soll nur zugelassen werden, soweit dies für Zwecke der Vollstreckung geboten erscheint. Wenn diese Grenze überschritten wird, dient die Pfändung kein redliches Ziel mehr. Deswegen ist der Antrag eines Gläubigers, näher bezeichnete Ansprüche des Schuldners gegen nicht mehr als drei bestimmte Geldinstitute am Wohnort des Schuldners zu pfänden, grundsätzlich nicht rechtsmissbräuchlich, gegen mehr Banken aber doch.

¹⁵ *Coquerel v. Clément-Bayard*, DP 1917.1.79.

¹⁶ Tribunale di Napoli Sezione distaccata di Afragola. ZA c/MA + 5, <http://www.iussit.it/Z.Mluci01.htm>

¹⁷ BGH, Beschluss vom 19.3.2004 – IXa ZB 229/03 (Lexetius.com/2004,735).

Bibliographie

- Alciatus Andreas**, *De preasumptionibus*, in: Opera Omnia III, Basel 1547.
- Fritschi Ahasveri**, *Princeps Peccans, Sive Tractatus De Peccatis Principum Excutiendae ipsorum conscientiae*, Nürnberg 1685.
- Groenewegen van der Made, Simon à**, *Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandiae vicinisque regionibus*, Amsterdam 1669.
- Haferkamp Hans-Peter**, §§ 226–231, in: Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band I, Mohr Siebeck 2003.
- Johnston David**, *Owners and Neighbours: from Rome to Scotland*, in: Robin Evans-Jones (ed.), *The Civil Law Tradition in Scotland [The Stair Society]*, Edinburgh 1995, pp. 176–197.
- Kerr Alastair J.**, *The replicatio doli reaffirmed. The exceptio doli available in our law*, in: South African Law Journal 1991, pp. 583–587.
- Ockham de Guillelmus**, *Opus nonaginta dierum*, in: Hilary S. Offler et al. (ed.), *Opera politica*, Manchester 1963.
- Sarti Nicoletta**, *Inter vicinos praesumitur aemulatio. Le dinamiche dei rapporti di vicinato nell'esperienza del diritto comune*, Milano 2002, H.-P. Haferkamp, a.a.O. (Anm. 2).
- Schöneiche Georg**, *De aemulatione iuris*, Frankfurt an der Oder 1678.
- Schrage Eltjo J.H.**, *Actio en Subjectief Recht. Over Romeinse en middeleeuwse wortels van een modern begrip* [Openbare les – in verkorte vorm – uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van gewoon lector in het Romeinse recht aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit te Amsterdam op 31 maart 1977], Amsterdam 1977.
- Simpson Brian A.W.**, *Leading Cases in the Common law*, Oxford 1995.
- Spiegel Jacob**, *Lexicon Iuris Civilis*, Lugduni 1545.
- Taggart Michael**, *Private property and abuse of rights in Victorian England: the story of Edward Pickles and the Bradford water supply*, Oxford, New York 2002.

Urteile:

- Bank of Lisbon and South Africa Ltd v. De Ornelas & another*, 1988 (3) SA 580 A, at 608 F–G. BGH, Beschluss vom 19. 3. 2004 – IXa ZB 229/03 (Lexetius.com/2004,735).
- Cass.sez. II civ. 20 Ottobre 1997, n. 10250*, Foro Italico 1998, I, 69.
- Coquerel v. Clément-Bayard*, DP 1917.1.79.
- Mayor of Bradford v. Pickles*, 1895 AC 587. *Pickles and the Bradford water supply*, Oxford, New York 2002.
- Tribunale di Napoli Sezione distaccata di Afragola. ZA c/MA + 5, <http://www.iussit.it/Z.Mluci01.htm>

Eltjo J.H. SCHRAGE

AEMULATIO. ON COMPARATIVE LAW AND THE ABUSE OF LAW IN HISTORICAL CONTEXT

(Summary)

An article contains historical and comparative analysis of the legal issues of four cases derived from the English, French Italian and German law. In reference to each of it an author is answering the question whether it deals with the breach of law or its abuse. The first case concerns an owner of the real property who by means of receiving an access to the flagstones beneath the surface of the ground is forced to create a system of drainage. This action makes a threat for the supplies of water for the whole town. The question arises: it is possible to demand in such situation to render the judicial prohibition of the drainage. The French case concerns on the other hand an owner of the real property who fenced his plot with the sixteen meters pales with the iron spikes on their tops. The question reads: does the neighbor who was flying with his balloon and teared its top may demand the damages and the removal of the fence. An Italian case handles then with the neighboring owners of the wall with the window. The question concerns the right of the one of them to build more than three meters wall which would totally block out the light. Whereas the German example concerns the suspicious creditor who distrained the debtor's accounts in all twenty banks that operated in the town in order to absolutely indispose him to use any financial resources. It is required to ask a question whether such action is eligible according to the law at all.

Keywords: Roman law; reception of the Roman law; comparative law; the abuse of law

AEMULATIO. O PRAWIE PORÓWNAWCZYM I NADUŻYCIU PRAWA W UJĘCIU HISTORYCZNYM

(Streszczenie)

Artykuł zawiera historyczno- oraz prawnoporównawczą analizę czterech przypadków, odpowiednio z prawa angielskiego, francuskiego, włoskiego oraz niemieckiego. W odniesieniu do każdego z nich autor odpowiada na pytanie, czy chodzi w nim o naruszenie prawa czy raczej o jego nadużycie. Pierwszy z kazuśów dotyczy właściciela nieruchomości, który w celu uzyskania dostępu do leżących pod powierzchnią gruntu pokładów wapienia (*flagstones*) musi założyć na swojej działce system drenażu, co stanowi zagrożenie dla zaopatrzenia całego miasta w wodę. Powstaje pytanie, czy można domagać się w takim przypadku wydania sądowego zakazu drenażu. Kazus francuski dotyczy zaś właściciela nieruchomości, który ogrodził działkę szesnastometrowym ogrodzeniem z pali zakończonych żelaznymi ostrzami. Odpowiedzi wymaga pytanie, czy sąsiad, który lądując balonem na swojej działce, podarł jego czaszę o wysokie ostrza, może domagać się odzkodowania oraz usunięcia ogrodzenia. Kazus włoski traktuje z kolei o sąsiadujących ze sobą współwłaścicielach muru z oknem. Pytanie dotyczy uprawnienia do dobudowania przez jednego ze współwłaścicieli, w granicy działki, ponad trzymetrowego muru, który całkowicie zasłoni dostęp światła. Przypadek niemiecki natomiast mówi o podejrzliwym wierzycielu, który we wszystkich 20 bankach w danej miejscowości zajął rachunki bankowe dłużnika, by całkowicie zablokować mu możliwość korzystania ze środków finansowych. Należy zadać pytanie, czy takie zajęcie jest w ogóle w świetle prawa dopuszczalne.

Słowa kluczowe: prawo rzymskie; recepcja prawa rzymskiego; prawo porównawcze; nadużycie prawa