

Die Entwicklung der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit von Rechtsgeschäften in Deutschland und Frankreich

Mit Ausblicken auf Italien, Spanien und Guatemala

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von
Julio Peláez Solórzano
aus Guatemala

2010

Referent: Prof. Dr. Dr Mult. Andreas Wacke

Korreferent: Prof. Dr. Heinz-Peter Mansel

Tag der mündlichen Prüfung: 12. 07.10

Vorwort

Die nachstehende Untersuchung hat im Sommersemester 2010 der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Dissertation vorgelegen.

Herrn Professor Dr. Dr. h. c. mult. ANDREAS WACKE danke ich für die Annahme als Doktoranden, für seine Anregung zur Bearbeitung des Themas, für seine andauernd hilfsbereite und aufmerksame Betreuung des Fortgangs meines zweijährigen Promotionsstudiums in Köln und für seine Unterstützung im Allgemeinen. Zu danken habe ich ihm auch für sein ausführliches Erstvotum. Herrn Professor Dr. HANS-PETER MANSEL danke ich für die rasche Erstellung seines Zweitgutachtens und für die kurzfristige Ermöglichung des Termins für die Disputation.

Für finanzielle Unterstützung danke ich dem Katholischen Akademischen Ausländer-Dienst (KAAD) sowie im Anschluss daran der Dr. Wilhelm Westhaus-Stiftung für die Bewilligung je eines Stipendiums.

Herzlich danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. CHRISTIAN BALDUS, Heidelberg, für bereichernde Gespräche über das hier behandelte Thema.

Ein warmer Dank geht an alle Bibliotheksteams in Deutschland und im Ausland, welche mir während meines Forschungsaufenthalts zahlreiche Werke besorgt haben.

Nach insgesamt fünfjährigen rechtswissenschaftlichen Studien in Heidelberg und Köln kehre ich nach Guatemala zurück, um an einer dortigen Universität eine Lehrtätigkeit aufzunehmen.

Köln, Ende Juli 2010

Julio Peláez Solórzano

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
I. Begrenzung des Themas	3
II. Die Forschung	3
III. Begrifflichkeit	5
Kapitel 1 Historischer Rückblick	
§ 1. Die Unwirksamkeit im Römischen Recht	8
I. Unwirksamkeit nach ius civile und ius honorarium	8
1. Ius civile	10
2. Ius honorarium	14
a) Metus und dolus	15
b) Minderjährigkeit	17
c) Gläubigerbenachteiligung	17
II. Die Unwirksamkeit als Folge der Verbotsnormen	17
§ 2. Die Unwirksamkeit im und nach dem Mittelalter	20
I. Die Unwirksamkeit im Mittelalter	20
II. Das mittelalterliche Kirchenrecht	22
III. Die mittelalterlichen Unwirksamkeitsgegensätze	23
1. Dolus und Gewalt	24
2. Andere Fälle für die Trennung (Nichtigkeit und Annullierung als Gegensätze)	25
IV. Die Unwirksamkeit in Frankreich von XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert.	27
§ 3. Würdigung	27
§ 4. Vorrede zu Kapitel 2-5	29
Kapitel 2 Frankreich	
§ 5. Der Code Civil	30
I. Die Entstehung des Code Civil	30
II. Der Code Civil	30
III. Motive zum Code Civil	34
IV. Die Nichtigkeit in den Motiven zum Code Civil	34
1. Conférence du Code Civil.	34
2. Exposé des Motifs, sur chaque loi, présenté par les Orateurs du gouvernement	35
a) Exposé des Motifs de la loi sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général, par le conseiller d'État	

Bigot-Prémeneu (28. Januar 1804)	35
b) Rapport [fait au Tribunaut, par le tribun Favard, au nom de la section de législation, sur la loi relative aux contrats o aux obligations conventionnelles en général (3. Februar 1804)].	38
c) Discours prononcé au corps législatif, par le tribun Moricault, l'un des orateurs chargés de présenter le voeu du tribunat sur la loi relative aux contrats ou obligations conventionnelles en général (7. Februar 1804).	40
d) Würdigung	41
V. Diskussion des Art. 146 Code Civil [26. fructidor an IX (13. September 1801)] und anderer eherechtlichen Bestimmungen	42
1. Conférence du Code Civil	42
2. Motifs, Rapports, opinions et discours [16 ventôse an 11 (7. März 1803)]	44
a) Motifs.	44
b) Rapports [23 ventôse an 11 (14. März 1803)].	45
c) Discours [26 ventôse an 11 (17. märz 1803)].	45
d) Würdigung	47
e) Heutiger Stand	48
§ 6. Andere Gesetze und Gesetzesentwürfe	48
I. Code de procédure civil (ancien)	48
1. Der Code	48
2. Die Regel „il n’y a pas de nullité sans texte »	49
a) Art. 1029 Code de procédure civil	49
b) Motif und Rechtsprechung	49
c) Art. 1030 Code de procédure civil	50
d) Motif	50
3. Problem	51
4. Heutigen Stand	51
5. Einrede der Nichtigkeit	52
II. Travaux de la Commission de Reforme du Code Civil	52
1. Über den Reformsversuch	52
2. Diskussion der Kommission	54
3. Würdigung	56
III. «Rapport Catala »	57
1. Über den «Rapport Catala »	57
2. Würdigung	59
IV. Art. 6 Code Civil	59
§ 7. Rechtstheorie und Rechtsprechung	61
I. Über die Nichtigkeit	61
II. XVII Jahrhundert	62
1. Jean Domat	62
2. Würdigung	63
III. Das XVIII. Jahrhundert	64
1. Robert-Joseph Pothier	64
a) Der Irrtum	67
b) Freiheitsmangel	67

c) Die Arglist	68
d) Andere Gründe	68
2. Würdigung	68
IV. Das XIX. Jahrhundert	69
1. Karl Solomo Zachariä	69
2. Bernhard Windscheid	70
3. Zweite Hälfte des XIX. Jahrhunderts	71
4. Charles Demolombe	72
V. Das XX. Jahrhundert	72
1. Rene Japiot	73
2. Marcel Planiol	75
3. Eugène Gaudemet	78
4. Colin und Capitant	79
5. Jean Carbonnier	80
6. Rechtsprechung am Ende des XIX. und Anfang des XX. Jahrhunderts	80
VI. Konventionelle Nichtigkeit in Frankreich	82

§ 8. Abschließende Bewertung zu Kapitel 2 83

Kapitel 3 Übergang der Unwirksamkeitslehre in Deutschland und Frankreich am Beispiel von Zachariä

§ 9. Zachariäs “Handbuch des Französischen Zivilrechts” 88

I. 1. Auflage 1808	88
1. Vorrede	88
2. Nichtigkeit	89
3. Würdigung	89
II. 2. Auflage 1811	90
1. Vorrede	90
2. Nichtigkeit	90
3. Würdigung	91
III. 3. Auflage 1827	91
1. Vorrede	91
2. Nichtigkeit	91
3. Würdigung	93
IV. 4. Auflage 1837	93
1. Vorrede	93
2. Nichtigkeit	93
3. Würdigung	94
V. 5. Auflage 1853	95
1. Vorrede	95
2. Nichtigkeit	95
3. Würdigung	95
VI. 6. Auflage 1874	96
1. Nichtigkeit	96
2. Würdigung	96
VII. 7. Auflage. 1886.	97
VIII. 8. Auflage 1894.	97
1. Carl Crome	97
2. Nichtigkeit	97
3. Würdigung	98

IX. Übersetzung ins Französische	98
1. Aubry und Rau	98
2. Massé und Vergé	99
X. Ergebnis	100
§ 10. Die Inexistenz	101
I. Entstehung der Inexistenz	101
II. Inexistenz in der französischen Rechtsprechung	102
III. Inexistenz der Ehe im Kirchenrecht und im deutschen Recht	105
IV. Würdigung	106
Kapitel 4 Die Rechtslehre in Deutschland	
§ 11. Die Entstehung von der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit	108
I. Vorgehensweise	108
II. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit	109
III. Die Gestaltungsrechte	110
§ 12. Savigny	111
I. Über Savigny	111
II. Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte bei Savigny	111
1. Savignys Vorlesung von 1824/25	111
2. Vorlesungen im 1837/38	112
3. Vorlesungsmanuskript über das Obligationenrecht	113
4. Würdigung	113
5. System des heutigen römischen Rechts	113
a) Gliederung der Ungültigkeit	114
b) Vollständige und unvollständige Ungültigkeit	114
c) Entschiedene oder unentschiedene Nichtigkeit	115
d) Gleichzeitige oder ungleichzeitige Nichtigkeit	115
e) Allgemeine Aussagen über die Ungültigkeit	116
f) Das Rechtsgeschäft	118
g) Die Restitution	118
III. Würdigung	118
§13. Puchta	119
I. Über Puchta	119
II. Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte bei Puchta	120
1. Lehrbuch der Pandekten	120
2. Vorlesungen	122
III. Würdigung	123
§ 14. Windscheid	124
I. Über Windscheid	124
II. Windscheids Werke in Bezug auf die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte	125

1. Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte	125
2. Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung	127
3. Die Wirkung der erfüllten Bedingung	128
4. Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts	129
5. Lehrbuch des Pandektenrechts	130
III. Erste Kommission des BGB	131
IV. Zweite Kommission des BGB	132
§ 15. Stammt der Begriff der Anfechtbarkeit von Savigny?	132
Das Verhältnis zwischen Windscheid und Savigny	132
§ 16. Anhang	135
I. Weiskes Rechtslexikon für aller teutschen Staaten enthaltend die gesamte Rechtswissenschaft	135
II. Alexandre Duranton und Antoine Demante	136
1. Duranton	136
a) Die Nichtigkeiten	137
b) Absolute Nichtigkeit	137
2. Demante	138
3. Würdigung	139
III. Anton Stabel	139
IV. H. Brandis	140
V. Würdigung	142
§ 17. Zwischenergebnis zur Entstehung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit	142
Kapitel 5 Die Gesetzgebung in Deutschland	
§ 18. Gesetzbücher, Gesetzesentwürfe und Rechtsprechung	144
I. XVIII. Jahrhundert	144
1. Codex Maximilianus Bavaricus von 1756	144
a) Das bayerische Landrecht	144
b) Würdigung	145
2. Das preußische Allgemeine Landrecht (1794)	145
a) Das preußische ALR	145
b) Würdigung	147
II. XIX. Jahrhundert	148
1. Der bayerische Entwurf von 1861/1864	148
2. Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1865	149
3. Der Dresdener Entwurf von 1866	150

§ 19. Die Entstehung der Unwirksamkeitslehre im BGB	151
I. Die Entstehung des BGB	151
II. Die Beratungen des BGB	151
1. Erste Kommission	152
2. Erster Entwurf 1887	152
3. Vorkommission des Reichsjustizamtes	153
4. Zweite Kommission	154
5. Die Motive zum BGB (1. Kommission)	155
6. Protokolle zum BGB (2. Kommission)	156
7. Das BGB	156
§ 20. Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)	157
Nichtigkeit und Anfechtbarkeit (allgemeine Regeln im BGB AT)	157
I. Nichtigkeit	157
II. Anfechtbarkeit	159
§ 21. Abschließende Bewertung zu Kapitel 5	161
Kapitel 6 Romanischer Rechtskreis (Außer Frankreich)	
§ 22. Italien	164
I. Vorgeschichte des Codice Civile	164
1. Codice Civile per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla (1820)	164
2. Codice Civile per gli stati di S.M. Il Re di Sardegna (1826)	164
II. Codice Civile 1865	165
1. Codice Civile	165
2. Motive zum Codice von 1865	166
a) Relazione Ministeriale 1863	167
b) Discussioni	167
c) Verballi	167
3. Würdigung	167
III. Codice Civile 1942	168
1. Codice Civile	168
2. Motive zum Codice Civile 1942 (Relazione Ministeriale 1942)	169
a) Die Nichtigkeit des Vertrages	169
b) Die Vernichtbarkeit des Vertrages	171
3. Würdigung	171
§ 23. Spanien	172
I. Las Siete Partidas als wichtigste Quelle der spanischen Kodifikation	172
II. Der Código Civil	173
III. Motive zum Código Civil (Ley de Bases 11 mayo 1888)	173
IV. Nichtigkeit und Vernichtbarkeit im Código Civil	174
1. (Absolute) Nichtigkeit	174
2. Annullierung oder Vernichtbarkeit	175

V. Literatur	176
VI. Würdigung	179
§ 24. Guatemala	180
I. Geschichte der guatemaltekischen Zivilkodifikation	180
1. Entstehung Guatemalas als unabhängiges Land	180
2. Die Zivilrechtskodifikation	181
3. Código Civil von 1877	182
4. Código Civil von 1933	183
5. Código Civil von 1966	184
II. Der Einfluss des Zivilgesetzbuches Guatemalas auf die anderen lateinamerikanischen Ländern	185
III. Die Nichtigkeit in den guatemaltekischen Códigos Civiles	186
1. Código Civil von 1877	186
a) Motive (Exposición de Motivos) von 1877	186
b) Código	187
c) Código de Procedimientos Civiles (CPC)	187
d) Würdigung	188
2. Código Civil von 1930	188
3. Código Civil Von 1966	189
a) Motive	189
b) Código Civil	190
c) Würdigung	192
§ 25. Schlussbetrachtung	193
I. Tabellarische Chronik der analysierten Zivilgesetzbücher	193
II. Vergleich der historischen Entwicklung in Frankreich und Deutschland	195
III. Deutsche versus Französische Unwirksamkeitslehre	199
1. Deutsche versus französische Nichtigkeit	199
2. Relative Nichtigkeit versus Anfechtbarkeit	199
IV. Probleme mit den Übersetzungen	202
V. Die verschiedenen Momente in einer Unwirksamkeit	204
Literaturverzeichnis	207

Einleitung

Unter den Unwirksamkeitsgründen für Rechtsgeschäfte (oder von Willenserklärungen oder Verträgen) unterscheiden die kontinentalen und lateinamerikanischen Kodifikationen (und im Anschluss daran die Lehrmeinungen) zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit bzw. Anfechtbarkeit.

Die Nichtigkeit wird zur Präzisierung zuweilen auch *nulidad absoluta* bzw. *nulidad de pleno derecho*¹ (Nichtigkeit *ab initio*) genannt. Die Nichtigkeit kann von Anfang an (so in Deutschland) oder rückwirkend (so in Frankreich) eintreten. Diese beiden Konzeptionen werden auch in den kontinentalen und lateinamerikanischen Rechtsordnungen angewendet.

Neben dieser rechtlichen Problematik treten auch sprachliche Schwierigkeiten auf. Die wörtliche Übersetzung der Nichtigkeit ist im Spanischen *nulidad*, im Französischen *nullité*, im Italienischen *nullità*. Diese Begriffe haben auf den ersten Blick dieselbe Bedeutung. Alle beschreiben einen Unwirksamkeitsgrund (Nichtigkeit) und alle haben dieselbe Folge: Unwirksamkeit und eventuell Rückabwicklung (Restitution).

Fraglich ist, ob trotz einer Übersetzung, die in jeder Hinsicht problemlos in eine andere Sprache erfolgen kann, dem Begriff auch dieselbe Bedeutung in allen Sprachen zukommt. Fraglich ist auch, ob die Anwendung dieses Rechtsinstitutes in allen Ländern gleich ist, oder ob bemerkenswerte Unterschiede vorliegen. Zum Beispiel:

- Die Begriffe könnten in der Vergangenheit gleich gewesen sein. Jedoch durch die lokalen rechtlichen Entwicklungen könnte die Bedeutung der Begriffe sich voneinander getrennt haben.²
- Eine Rechtsordnung kann die Begriffe einer anderen Rechtsordnung importiert haben, um die Lücken, die die Rechtsordnungen nach sich ziehen, zu lösen.³

Welcher Entwicklung die Länder in dieser Hinsicht gefolgt sind, wie sich das Rechtsinstitut der Nichtigkeit entwickelt hat und wie es heute angewendet wird, wird in den nächsten Kapiteln erörtert.

¹ Lasarte, Carlos, Principios de derecho civil, 2004, S. 152.

² So die Entwicklung in Deutschland und Frankreich vom XIX. Jahrhundert bis heute. Siehe Kap. 3.

³ Fall der Schaffung der absoluten Nichtigkeit in Italien [Relazione Ministeriale 2 (1941), Art. 49, S. 140.]

Einen Gegensatz zur Nichtigkeit bildet der Begriff der Anfechtbarkeit. Diese ist eine vom Willen des betroffenen Partners abhängige Vernichtbarkeit (*anulabilidad*). Die Idee hinter der Vernichtbarkeit ist, dass ein Rechtsgeschäft seine Wirksamkeit behält, bis die betroffene Partei das Rechtsgeschäft anfecht.⁴

Die Vernichtbarkeit wird manchmal auch *nullidad relativa* (Spanisch), *nullité relative* (Französisch), *nullità relativa* (Italienisch) genannt. Dieser Begriff ist jedoch nicht mit der relativen Unwirksamkeit etwa von vormerkungswidrigen Verfügungen gemäß § 883 Abs. 2 BGB oder beim gesetzlichen Veräußerungsverbot gemäß § 135 BGB zu verwechseln.⁵ Die Namensgleichheit kann Missverständnisse verursachen. Sie haben zwar gemeinsame Wurzeln, aber unterschiedliche Entwicklungen genommen.

Uneinheitlich geregelt ist in den einzelnen Ländern die Frage, ob die Anfechtung nur gerichtlich (so in Frankreich) oder auch außergerichtlich durch privatrechtsgestaltende Willenserklärung geltend gemacht werden kann.⁶

Der Problembereich soll im Folgenden rechtsvergleichend dargestellt werden und zwar zunächst auf dem europäischen Kontinent, daran anschließend deren Einfluss auf die lateinamerikanischen Länder. Angesichts der Nationalität des Autors soll dabei ein Schwerpunkt auf die Zivilrechtsentwicklung in Guatemala gesetzt werden.

Dem Ende dieser Darstellungen folgt ein historischer Rechtsvergleich. Dieser soll dazu dienen, die Entwicklung der Begriffe verständlich zu machen. Das römische Recht ist dabei die allgemeine Quelle für die kontinentalen und die lateinamerikanischen Kodifikationen. Inwieweit das römische Recht die einzelnen Länder beeinflusst hat, kann durch diesen Rechtsvergleich festgestellt werden.

⁴ Lasarte, Carlos, Principios de derecho civil, S.158

⁵ Dazu: Zauderer, Anfechtbarkeit und relative Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften (1931); Beer, Die relative Unwirksamkeit, 1975.

⁶ Seckel, Emil, Die Gestaltungsrechte des BGB (1903), S. 45 ff. Dazu unter §§ 3 (Nr. X), 7, 8, 9.

I. Begrenzung des Themas

Hauptgegenstand der Arbeit ist es, Herkunft und Bedeutung der Nichtigkeit (*nulidad*) und der Vernichtbarkeit (*anulabilidad*) zu erforschen. Aus diesen Gründen wird mit geschichtlichen und den auf die Norm bezogenen Rechtsvergleichen gearbeitet werden. Diese Arbeit legt ihren Schwerpunkt auf die Kodifikationen und auf die parallele Entwicklung der Unwirksamkeit in der Rechtslehre, um einerseits das Rechtsdenken zu dem Zeitpunkt der Kodifikationen, andererseits das moderne Rechtsdenken zu erklären.

Die Arbeit kann in fünf Punkten zusammengefasst werden:

- Die historische Entwicklung und die Trennung der Nichtigkeitslehre in Deutschland und Frankreich.
- Die praktischen und theoretischen Probleme, die nach der Entstehung des *Code Civil* in Frankreich entstanden sind.
- Die Erfindung und Entwicklung des Begriffs der Anfechtbarkeit von dem XIX. Jahrhundert bis heute.
- Den Beweis, dass die Inexistenzlehre nicht von *Karl Solomo Zachariä* stammt.
- Die Rezeption der Unwirksamkeitslehre in Italien, Spanien und Guatemala.

II. Stand der Forschung

Zur Entwicklung von Nichtigkeit Anfechtbarkeit sind schon mehrere Untersuchungen erschienen. Grundlegend ist *Emil Seckels* Aufsatz „Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts“.⁷ *Manfred Harders* Aufsatz „Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen“⁸ stellt die Entwicklung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit als Gegensätze ausführlich dar. *Martin Schermaier* setzte die Forschungen zur Entwicklung im Historischen Kritischen Kommentar⁹ fort.

⁷ *Seckel, Emil*, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts. In: Festgabe für Richard Koch. Berlin, 1903. Auch separat erschienen als Nachdruck in der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft, Darmstadt

⁸ In: Archiv für die Civilistische Praxis (AcP). 173. (1973) Seiten?.

⁹ *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 2, Nr. II.

Über die Entwicklung des französischen Rechts liegen z. B. die Werke von *Murad*¹⁰ und *Guelfucci-Thibierge*¹¹ vor. Noch vor dem Abschluss meiner Untersuchung wurde Ende 2009 die Dissertation von *Jean Philippe Klein* über „Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht“¹² veröffentlicht. Mein Forschungsbeitrag zeigt jedoch andere Aspekte auf, die in *Kleins* Dissertation nicht berücksichtigt wurden. Die Motive zum *Code Civil*, als wichtigste Quelle der französischen Gesetzgebung, wurden von *Klein* nicht in Betracht gezogen. Die Entwicklung der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit in allen Auflagen von *Zachariäs* Handbuch und dessen fehlerhafte Übersetzung durch *Aubry* und *Rau* werden in *Kleins* Dissertation ebenfalls nicht berücksichtigt. Außerdem wurden für diesen Beitrag nur Originaltexte verwendet, unter anderen die Motive zum *Code Civil*, die mittelalterlichen Quellen von *Baldus* und *Bartolus*.¹³

III. Meine Forschung

Für die vorliegende Untersuchung wurde in folgenden Bibliotheken und Instituten Literatur gesammelt:

Universität Heidelberg:

- Hauptbibliothek Altstadt
- Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht
- Institut für geschichtliche Rechtswissenschaft -Romanistische Abteilung-
- Bibliothek des Juristischen Seminars

Universität zu Köln:

- Institut für internationales und ausländisches Privatrecht

¹⁰ *Ferid, Murad*, Das Französische Zivilrecht. Band 1/1. Erster Teil: Allgemeine Lehren des Französischen Zivilrechts: Einführung und Allgemeiner Teil des Zivilrechts. Völlig neubearbeitet von Hans Jürgen Sonnenberger. 2. Auflage 1994.

¹¹ *Guelfucci-Thibierge, Catherine*, Nullité, restitution et responsabilité. (Paris 1992). Zit.: *Guelfucci*, Nullité, restitution et responsabilité.

¹² *Klein, Jean Philippe*, Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht, Mohr Siebeck 2010.

¹³ *Ubaldis, Baldus de*, Commentaria in Digestum vetus atque Codex Justinianus. Lugduni 1561., *Bartolus de Saxoferrato*, Commentaria in Corpus iuris civilis. Lugduni. 1517.

- Institut für Neuere Privatrechtsgeschichte, Deutsche und Rheinische Rechtsgeschichte
- Universitäts- und Staatsbibliothek Köln
- Institut für Römisches Recht
- Institut für Kirchenrecht und rheinische Kirchenrechtsgeschichte

In Deutschland:

- Staatsbibliothek Berlin
- Stadtbücherei Marbach am Neckar
- Universitätsbibliothek Johann Christian Senckenberg, Frankfurt am Main
- Universitäts- und Landesbibliothek Münster

Über elektronische Mail: Universitätsbibliothek Marburg; Stadt-Bibliothek Aachen; Bibliothek des Goethe-Instituts Warschau (Polen).

Im Ausland:

- Bibliothek der Universidad Francisco Marroquín, Guatemala
- Archivo del Congreso de la República de Guatemala
- Biblioteca del Organismo Judicial, Guatemala
- Bibliothèque der Université Panthéon-Sorbonne, Paris
- Biblioteca der Universitat de Barcelona, Spanien

Über die Post :

- Biblioteca della Facoltà di Giurisprudenza der Università di Ferrara, Italien.
- Universidad y Archivo de la Universidad Autónoma de Madrid, Spanien.

IV. Begrifflichkeit

Die folgenden Begriffe werden während der ganzen Arbeit verwendet. Bei ihrer Erklärung handelt es sich um keine Definitionen. Die Konzepte, wie man diese Begriffe verstehen werden soll, wird hier erläutert. Manche Begriffe erscheinen, bevor eine inhaltliche Erklärung gegeben wird. Deswegen wird hier ein Überblick geboten.

1. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit

Die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit sind Unterarten der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften im BGB. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit erscheinen als Gegensätze.

2. Absolute und relative Nichtigkeit (*Nulidad absoluta und nulidad relativa*)

Die absolute und die relative Nichtigkeit sind Unterarten der Unwirksamkeit im französischen *Code Civil*, im italienischen *Codice Civile* und im spanischen und guatemaltekischen *Código Civil*. Die absolute Nichtigkeit ist der Gegensatz zur relativen Nichtigkeit. Die relative Nichtigkeit kann auch als *annulation* oder *annulabilité* bezeichnet werden.

3. Nichtigkeit und Vernichtbarkeit oder Annullierung (*Nulidad und anulabilidad*)

Die Nichtigkeit und Vernichtbarkeit als Gegensätze beziehen sich auf eine von Rechts wegen eintretende Nichtigkeit im Gegensatz zu Vernichtbarkeit oder Annullierung, die eine von Willen einer Partei abhängige Nichtigkeit ist.

In dieser Untersuchung werden Vernichtung und Annullierung auch als Vorgänger der relativen Nichtigkeit (XIX. Jahrhundert) benutzt.

4. Inexistenz¹⁴

Die französische Lehre des XIX. Jahrhunderts hat den Begriff der *inexistence* geschaffen als Lösung für das Fehlen einer absoluten Nichtigkeit. Am Anfang galt dieser Begriff für das Eherecht.¹⁵ Dann gab es andere Autoren, die den Begriff für die

¹⁴ *Inexistence* (Französisch), *inexistencia* (Spanisch), *inesistenza* (Italienisch).

¹⁵ Das Kanonische Recht hatte den Begriff bereits gehabt. Das Zivilrecht aber nicht. Im *Code Civil* gab es eine Trennung dank *Pothier* (Oeuvres Bd. 6, S. 75 ff.) zwischen Zivil- und Kirchliche Ehe.

Rechtsgeschäfte verwenden wollten.¹⁶ Diese Theorie hat ihre Bedeutung am Ende des XIX. Jahrhunderts verloren.

Der *acte non avenue* wird bei manchen Autoren als ein Synonym für inexistent bezeichnet.¹⁷

5. Andere Begriffe

Nullité virtuelle und nullité textuelle.¹⁸ Bei der *nullité virtuelle* muss der Richter bestimmen, ob die Sanktion beim Verstoß gegen eine Norm die Nichtigkeit ist. Wenn die Sanktion Nichtigkeit ist, dann muss der Richter auch entscheiden, ob es sich um relative oder absolute Nichtigkeit handelt.¹⁹ Im Gegensatz zur *nullité virtuelle* wird die *nullité textuelle* ausdrücklich vom Gesetz bestimmt. Die *nullité virtuelle* wird auch *nullité tacite*,²⁰ die *nullité textuelle* wird auch *nullité expresse*²¹ genannt.

Nullité legale ist die Folge eines Verstoßes gegen Verbotsgesetze, die die Nichtigkeit als Folge enthalten. Die Nichtigkeit wird weder vom Richter bestimmt noch braucht sie bewiesen zu werden. Die Unwirksamkeit ergibt sich aus dem Gesetz.²² Dieser Begriff erscheint auch als Gegensatz zur *nullité virtuelle* im XIX. Jahrhundert.

Nullité amiable oder nullité conventionnelle.²³ Die *nullité conventionnelle* stellt in Frankreich eine Ausnahme vom Prinzip, dass die Nichtigkeit immer vom Richter ausgesprochen werden muss. Bei der *nullité conventionnelle* können die Parteien die Nichtigkeit von einem Rechtsgeschäft außergerichtlich erklären. Dafür müssen beide Parteien das Bestehen der Nichtigkeit anerkennen.²⁴

Nullité radicale und nullité atténuée.²⁵ Die *nullité radicale* und *nullité atténuée* als Gegensätze wurden vor der Entstehung der absoluten und relativen Nichtigkeit

¹⁶ Aubry-Rau, Cours de droit Civil Français, I § 37, S. 102; Cours de droit Civil Français, IV § 306, S. 146.

¹⁷ Aubry-Rau, Cours de droit Civil Français, I § 37, S. 102; Planiol, Droit Civil, Bd.1 S. 126.

¹⁸ Aubry-Rau, Cours de droit Civil Français, I § 37, S. 102; Malaurie, Obligations Bd. 2 (2002), S. 171.

¹⁹ Schmidt-Szalewski, Droit des contrats (1989), S. 207.

²⁰ Planiol, Droit Civil Bd. 1, Nr. 336, S. 130.

²¹ Planiol, Droit Civil Bd. 1, Nr. 336, S. 130.

²² Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon, S. 101; Planiol, droit Civil, Nr. 327, S. 328 ff.

²³ Gout, Le Juge et l'annulation du Contrat (1999), S. 111 f.; Malaurie, Obligations Bd. 2 (2002), S. 171.

²⁴ Malaurie, Obligations Bd. 2, S. 172. Rn. 301.

²⁵ Gaudemet, Théorie Générale des Obligations (1937), S. 141.

verwendet. Bei der *nullité radicale* existiert der Vertrag nicht, er ist ein rechtliches „Nichts“ (*néant juridique*).²⁶ Der Vertrag kann keine Wirkungen gegenüber niemanden haben. Bei der *nullité atténuée* besteht der Vertrag trotz des Mangels und kann seine Wirkungen entfalten. Es sind nur bestimmte Personen, die die Nichtigkeit geltend machen können.²⁷

Vor der Entstehung der relativen Nichtigkeit wurde die von einer Partei abhängige Nichtigkeit auch *nullité respective* genannt.²⁸

Nullité perpétuelle und **nullité d'ordre public**.²⁹ Im XIX. Jahrhundert bezeichneten die *nullité perpétuelle* und die *nullité d'ordre public* die Nichtigkeit, die von Rechts wegen eintritt und nie geheilt werden kann. Also sind sie Synonyme zur heutigen absoluten Nichtigkeit.

Der Ausdruck *anéantissement* erscheint als Oberbegriff für die von einer Person abhängige Vernichtung oder Vertragsauflösung: *nullité relative, rescision, résolution, résiliation*.

Unwirksamkeit und **Ungültigkeit** werden als Oberbegriffe gestellt. Für die vorliegende Untersuchung werden sie nicht unterschieden.

Verletzung, Rechtsverletzung oder Vertragsverletzung (*lésion contractuelle*). In Frankreich im XIX. Jahrhundert wurde dieser Begriff als die Umstände, welche nicht zulassen, eine freie Zustimmung abzugeben angesehen.³⁰ Bei Juristen wie *Puchta* oder *Zachariä* erfolgt die *Läsion* (oder Verletzung) als Restitutionsgrund wegen Zwang, Irrtum, *capitis deminutio*, Abwesenheit des Verletzten oder des Gegners oder anderen Umständen wie ein Versäumnis, das durch ein nicht zu beseitigendes Hindernis veranlasst worden ist.³¹

²⁶ *Gaudemet*, *Théorie Générale des Obligations*, S. 141.

²⁷ *Duranton*, *Cours de Droit Civil Français*. Suivant le Code Civil S. 624; *Demolombe*, *Cours de Code Napoléon*, S. 23 f.; *Gaudemet*, *Théorie Générale des Obligations*, S. 141.

²⁸ *Lauterbach*, *Collegii Theorico Practici*, Lib. XLIX. Tit. VII, § 1, S. 132; *Pothier*, *Oeuvres* 6, Teil 6, Kap I, S. 202; *Windscheid*, *Zur Lehre des Code Napoleons*, S. 45.

²⁹ *Duranton*, *Cours de Droit Civil Français*. Suivant le Code Civil, S. 624; *Messineo*, *Dottrina generale del contratto*, S. 378.

³⁰ *L'effet de circonstances qui n'ont pas laissé au consentement tout sa liberté*.

³¹ *Puchta*, *Lehrbuch der Pandekten* 1. Auflage 1838, S. 84 ff., §§ 89, 90; *Puchta*, *Lehrbuch der Pandekten* 12. Auflage 1877, S. 156 ff., § 100 ff.; Für weitere Fragen der *laesio enormis*: *Becker, Christoph*, *Die Lehre der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik* (1990).

Kapitel 1 Historischer Rückblick

§ 1. Die Unwirksamkeit im Römischen Recht

I. Unwirksamkeit nach *ius civile* und nach *ius honorarium*

Das römische Recht hat keine Unwirksamkeitslehre ausgebildet.³² Der Begriff Nichtigkeit *per se* war auch nicht bekannt.³³ In den römischen Quellen finden sich jedoch mehr als 40 verschiedene Begriffe, um die Ungültigkeit zu bezeichnen:³⁴ *inofficiosus*,³⁵ *inanis*,³⁶ *inutilis*,³⁷ *irrita esse*,³⁸ *frustra facere*,³⁹ *negotium nullum*,⁴⁰ *neque...efficere possit*,⁴¹ *non videri*,⁴² *non sunt observanda*,⁴³ *non potest, nulla*,⁴⁴ *nullum, nullius momenti, inutile, nullum esse, ipso iure non valere*,⁴⁵ *pro non facto haberi, non videri factum, non intelligi, non esse, non consistere oder subsistere, non contrahi*,⁴⁶ *non valet*⁴⁷, *non licere, non permitti, prohiberi, impedire*,⁴⁸ *irritum esse, revocari, rescindi, infirmari, nihil esse acti*,⁴⁹ *nihil habet*,⁵⁰ *nihil agere*,⁵¹ *effectum non habere*,⁵² *rescindere*,⁵³ *nulla voluntas*,⁵⁴ *imperfectum, imperfecta est*,⁵⁵ *inefficax*,⁵⁶

³² Für die Entwicklung der Unwirksamkeitslehre im römischen Recht siehe: *Klein*, Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht (2010).

³³ *Kaser*, Das Römische Privatrecht I (1971), § 60; *Kaser*, Römisches Privatrecht, 19. Auflage, 2008, § 9 Nr. I; *Brutti* in: *Enciclopedia del Diritto* XII, S. 565 ff.

³⁴ Für die Unwirksamkeitsbegriffe im römischen Recht, so: *Hellmann*, Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht (München 1914); *Masi* in: *Enciclopedia del Diritto* XXVIII, S. 865.

³⁵ D. 5, 2, 27, 2.

³⁶ D. 12, 5, 8.

³⁷ Inst. 3, 98.

³⁸ *Renard*, L'idée d'annulabilité (1903), S. 218.

³⁹ *Hellmann*, Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht, S. 165 ff.

⁴⁰ *Iglesias*, Derecho Romano (2000), S. 115, § 46.

⁴¹ D. 50, 17, 31.

⁴² *Flume*, Rechtsakt und Rechtsverhältnis (1990), S. 106; D. 18, 1, 58, 10.

⁴³ D. 2, 14, 27, 4.

⁴⁴ *Filip-Fröschl*, Latein in der Rechtsprache, S. 188.

⁴⁵ *Endemann*, Verbotsgesetze, S. 15.

⁴⁶ *Hellmann*, Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht, S. 84 ff.

⁴⁷ *Kaser*, Über Verbotsgesetze, S. 57, Fn. 18.

⁴⁸ *Hellmann*, Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht, S. 219 ff.

⁴⁹ D. 18, 4, 1.

⁵⁰ Paul. Sent. 1, 1, 4.

⁵¹ *Hellmann*, Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht, S. 105 ff.

⁵² *Hellmann*, Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht, S. 80 ff.

⁵³ *Kaser*, Über Verbotsgesetze, S. 43, § 7.

vitiosum,⁵⁷ *non obligari, non deberi*,⁵⁸ *actio non datur, denegatur, non competit, peti non posse, compelli non posse, cogendum non esse*.⁵⁹ Trotz des Mangels an einer Unwirksamkeitslehre gab es im römischen Recht verschiedene Möglichkeiten, wie man Rechtsgeschäfte (im heutigen Sinne) für ungültig erklären lassen konnte.

Die Rechtsordnung des antiken Roms ist gekennzeichnet durch das Nebeneinander der beiden Rechtsschichten des *ius civile* und des prätorischen Rechts (*ius honorarium*).

Das *ius civile* wird vom Formalismus beherrscht – das *ipsum ius* war wenig flexibel–. Die Gültigkeit eines Rechtsaktes steht und fällt mit der Vornahme der Formalitäten. So waren die Rechtsakte entweder gültig oder nichtig. Wenn etwas gemäß den *ius civile* Prinzipien gerecht (*iustum*) war, so konnte es nicht widerrufen werden. Wenn etwas gegen die Prinzipien des *ius civile* verstieß (*non iustum*), war es nichtig, das heißt absolut und unwiderrufbar unwirksam.⁶⁰ Bei einer solch rigiden Entgegensetzung sind Probleme vorprogrammiert.⁶¹ Es ist unverständlich, dass man nach *ius civile* trotz der Anwendung von Gewalt (*vis*), Furcht (*metus*) oder Drohung (*coactus*) verpflichtet bleiben sollte. Das alte *ius civile* achtete nur auf die Form und das Recht war so unflexibel, dass die sakramentalischen Wörter, die man ausgesprochen hatte, genügten, um sich zu verpflichten: *Spondesne?* (Gelobst du?) – *Spondeo* (Ich gelobe).⁶² *Palam est iure civili te obligatum esse!*⁶³ Also wirst du nach dem *ius civile* verpflichtet!

Der interne Wille, oder die äußeren Umstände wurden nicht beachtet.⁶⁴ Die Römer erkannten irgendwann dieses Problem: „*saepe enim accidit, ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari...*“ oft kommt es nämlich vor, dass jemand

⁵⁴ Kaser, Römisches Privatrecht, § 8.

⁵⁵ D. 18, 1, 9.

⁵⁶ D. 41, 1, 36.

⁵⁷ D. 50, 17, 29.

⁵⁸ Hellmann, Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht, S. 259 ff.

⁵⁹ Hellmann, Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht, S. 271 ff.

⁶⁰ Quadrato, Sulle tracce dell'annullabilità (1983), S. 10 f; Behrends in: Die Begründung des Rechts als historisches Problem (2000), S. 36 f.

⁶¹ Brutti in: Enciclopedia del Diritto XII, S. 566; Demolombe, Cours de Code Napoléon III, S. 5; Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 58, S. 234.

⁶² Gai. Inst. 3, 92 f.; Demolombe, Cours de Code Napoléon III, S. 5; Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 58, S. 234 f.

⁶³ I. 4, 13, 1; Demolombe, Cours de Code Napoléon III, S. 5; Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 58, S. 235.

⁶⁴ Demolombe, Cours de Code Napoléon III, S. 5; Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 58, S. 235.

nach dem *ius civile* haftet, es aber unbillig ist, dass diese Person im Prozess verurteilt wird... (Gai. 4, 116).

Auch das aussagekräftige Beispiel *Justinians* erklärt die Probleme, die sich aus dem *ius civile* ergeben haben und die Lösungen, die später mit dem *ius honorarium* entstanden sind: „*Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus, stipulanti Titio promisisti quod non debueras, palam est iure civili te obligatum esse; et actio, qua intenditur dare te oportere, efficax est; sed iniquum est te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio metus causa, aut doli mali, aut in factum composita, ad impugnandum actionem.* » (Inst. 4, 13). „Zum Beispiel, wenn du aus Furcht, oder infolge von Arglist, oder aus Irrtum dem Versprechensempfänger Titius versprochen hast, was du nicht zu versprechen brauchtest, bist du unzweifelhaft nach dem *ius civile* verpflichtet, und die Klage, mit der geltend gemacht wird, dass du zu geben verpflichtet bist, ist begründet. Aber es ist ungerecht, dich zu verurteilen und deswegen wird dir eine *exceptio quod metus causa* oder eine *exceptio doli mali* oder eine auf den Sachverhalt zugeschnittene Einrede gegeben, um die Klage abzuwehren“.⁶⁵

1. Ius civile

Nach dem *ius civile* tritt eine Ungültigkeit grundsätzlich *ipso iure* ein. Das Geschäft war unwirksam, konnte also keine Wirkungen hervorrufen (D. 50, 17, 29; D. 50, 17, 210).⁶⁶ Mit *ipso iure* eintretende Ungültigkeit bezeichnen die Quellen diejenige Nichtigkeit, die gemäß dem *ipsum ius (ius civile)* im Gegensatz zum *ius honorarium* eintritt. Diese Ungültigkeit wird von dem *ius civile* bestimmt und nicht vom Prätor. Diese Ungültigkeit brauchte keine gerichtliche Geltendmachung, tritt von Rechts wegen ein und jedermann konnte sich außergerichtlich darauf berufen.⁶⁷ Fälle der *ipso iure* Nichtigkeit sind:

- a) Unmöglichkeit der Leistung. Bsp.: D. 18, 4, 1, wenn eine Erbschaft von einem Lebendigen, oder von einer Person, die nicht existiert, verkauft wird, so ist der

⁶⁵ Behrends/ Knüttel/ Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis Band I, Inst. 4, 13, S. 254.

⁶⁶ Iglesias, Derecho Romano, S. 115.

⁶⁷ Kaser, Das Römische Privatrecht II (1975), S. 92 ff.; Lutzesco, Théorie & pratique Des nullités (1938), S.45 ff.; Beckmann, Nichtigkeit und Personenschutz (1998), S. 36 f.

Vertrag unwirksam, weil das, was verkauft wird in der Wirklichkeit nicht vorhanden ist.⁶⁸ Weitere Beispiele in: D. 30, 39, 8-10⁶⁹; D. 50, 17, 185⁷⁰.

- b) Unsittliche Geschäfte (*turpia*) verletzen das gute Herkommen der Vorfahren (*contra bonos mores*). Diese werden von den Juristen und von den Kaisern wegen Erhalt der gesunden Volksmoral vom Rechtsschutz ausgeschlossen.⁷¹ Beispiel: *Paul. Sent.* 1, 1, 4. Man darf nichts gegen die guten Sitten vereinbaren.⁷² D. 12, 5, 8, wenn jemand durch eine sittenwidrige Stipulation etwas versprochen hat, dann kann er sich durch eine *exceptio doli mali* oder mit einer anderen Einrede wehren, wenn die Gegenpartei klagt.⁷³ Nichtig ist auch ein Geschäft, welches einen unbedenklichen Inhalt hat, aber der Rechtsgrund (*causa*) unsittlich ist. Die Unsittlichkeit kann auch aus dem Wortlaut des Geschäftes erkannt werden.⁷⁴
- c) Gesetzesverstoß. Bsp.: *Pauli Sententiae*, 1,1,1, dem Mitglied eines Rates ist es keinesfalls gestattet, während der Zeit, zu der er Assessor ist, vor dem eigenen Gericht Geschäfte zu besorgen. Vor einem fremden Gericht ist er daran jedoch nicht gehindert. *Paul. Sent.* 1, 1, 4a: Man darf nichts gegen Recht, Konstitutionen oder Senatsbeschlüsse vereinbaren.⁷⁵
- d) Unwirksamkeit der Stipulation, Bsp.: *Gaius Inst.* 3, 97, 98. Die Stipulation ist unwirksam, wenn sich jemand durch Stipulation versprechen lässt, dass ein freier Mensch, den er für einen Sklaven hielt, übereignen werde oder wenn jemand die Übereignung einer Sache verspricht, die es in der Welt nicht geben

⁶⁸ *Si hereditas venierit eius, qui vivit aut nullum sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit.*

⁶⁹ Unwirksamkeit kaiserliche Güter zu vermachen.

⁷⁰ *Impossibilium nulla obligatio est.*

⁷¹ *Kaser, Das Römische Privatrecht I*, § 60. Nr. 2; *Kaser, Römische Privatrecht*, § 9, Nr. II.

⁷² *Neque contra leges neque contra bonos mores pacisci possumus.*

⁷³ Auch: D. 2, 14, 27, 4; D. 17, 1, 6, 3; D. 17, 2, 57.

⁷⁴ *Kaser, Das Römische Privatrecht II*, § 203, S. 94; *Chorus, Handelen in strijd met de wet* (1976), S. 85; *Ankum, Verbotsgesetze und ius publicum* (1980), S. 300.

⁷⁵ (1, 1, 1) *Consiliario eo tempore quo adsidet negotia tractare in suum quidem auditorium nullo modo concessum est, in alienum autem non prohibetur.* (1, 1, 4) *Pactum contra ius aut constitutiones aut senatus consulta interpositum nihil momenti habet.* So auch: *Ulpiani Sententiae* 1, 2.

kann.⁷⁶ Unwirksam ist zum Beispiel auch das Versprechen, den Himmel mit dem Finger zu berühren (Unmöglichkeit der Bedingung).⁷⁷

- e) Die Scherzerklärung (*iocandi gratia*). Diese Art von Erklärung ist nichtig. Wenn jedoch der andere Vertragspartner denkt, die Erklärung sei wahr, musste der Erklärende dem anderen ersetzen. Eine (D. 44, 7, 3, 2) solche Verbindlichkeit entsteht nur dann, wenn die Kontrahenten diese Absicht gehabt haben. Wenn ich scherzhaft oder zur Begreiflichmachung frage: „Gelobst du?“ und du antwortest: „ich gelobe“, so wird keine Verbindlichkeit entstehen.⁷⁸
- f) Die Simulation. Diese Art Ungültigkeit ist für das klassische römische Recht fremd. Unter *Diokletian* (3. Jh. n. Chr.) galt die Regel, dass das gilt, was wirklich gemeint ist und nicht dasjenige, das nur zum Schein abgeschlossen wird (*plus valere quod agitur quam quod simulate concipitur, C. 4, 22 Tit.*). Diese Lehre wurde erst im Mittelalter, insbesondere von den italienischen Kommentatoren,⁷⁹ entwickelt.
- g) Formale Mängel. Innerhalb des Rechtformalismus der Römer war manchmal die Schriftform erforderlich. Soweit die Schriftform verlangt wird, dann muss eine Urkunde für die Gültigkeit des Akts errichtet werden. War weder die Schriftform noch die Beurkundung beachtet, waren die Rechtsakte nichtig.⁸⁰
 - Im Kaufvertrag. Konnten sich die Parteien über die Kaufsache oder Kaufpreis nicht einigen, dann war der Kaufvertrag nichtig.⁸¹
- h) Irrtum. Die Berücksichtigung des Irrtums (*error*) geht als Konsensstörung von den Konsensualkontrakten aus. Nach herkömmlicher Auffassung wurden diese

⁷⁶ *Manthe* in: Gaius, Institutiones, S. 259; *Nelson/Manthe* in: Gaius Institutiones III 88-181, S. 123 f.

⁷⁷ *Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum, quem servum esse credebat,...* ; *item si quis rem, quae in rerum natura esse non potest, ...aeque inutilis es stipulatio. Item si quis sub ea condicione stipuletur, quae existere non potest, veluto : si digito caelum tetigerit, inutilis est stipulatio.* So auch: Inst. 2, 14, 10; *Di Paola*, Contributi ad una teoria della invalidità (1966), S. 82; *Kaser*, Römisches Privatrecht, § 10, Nr. 6.

⁷⁸ *Schilling*, Corpus Iuris Civilis, D. 44, 7, 3, 2. *Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur; nec enim si per iocum, puta, vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixero: „spondes?“ et tu responderis : « spondeo », nascetur obligatio.*

⁷⁹ *Kaser*, Das Römische Privatrecht I, § 59, S. 242; *Kaser*, Römisches Privatrecht, § 8, III.

⁸⁰ *Kaser*, Das Römische Privatrecht I, § 57, S. 231.

⁸¹ D. 18, 1, 9. Dazu: *Flume*, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, S. 106.

Verträge gewollt erfasst (Die Rechtsgeschäfte wurden als eine Einheit betrachtet: Wille, Erklärung, Angebot und Annahme fallen alle in den Vertrag).⁸² Die Arten des Irrtums sind:

- *Error in negotio*. Wenn der Irrtum in das Wesen des Geschäfts fällt, ist das Geschäft unwirksam. Bsp. Wenn jemand etwas schenkt und der Beschenkte es so versteht, dass er die Sache als ein Darlehen erhält. In diesem Fall besteht weder eine Schenkung noch ein Darlehen (D. 12, 1, 8).⁸³

- *Error in persona*. Wird ein Geschäft mit einer anderen Person als die vorgesehene vorgenommen wird, so ist das Geschäft ungültig (D. 12, 1, 32). Bsp. Wenn ein Erblasser *Titius* als Erbe benennt, aber *Mevius* meinte (D. 28, 5, 9f.).

- *Error in corpore*. Dieser Irrtum bezieht sich auf das Objekt. Wenn jemand das Sempronianische Grundstück kaufen will, aber erklärt, dass er das Cornelianische Grundstück kaufe, dann liegt der Irrtum über die Identität der Sache (D. 18, 1, 9f.).

- *Error in substantia* kommt vor, wenn sich der Irrtum auf die wesentlichen Eigenschaften der Sache bezieht. Bsp. Wenn man Weinessig kauft und glaubt, dass es Wein sei; oder man kauft Blei und denkt, es sei Silber (D. 18, 1, 9, 2). Dasselbe geschieht, wenn man eine Sklavin kauft, aber meint, einen männlichen Sklaven gekauft zu haben. (*error in sexu*; D. 18, 1, 1, 1).⁸⁴ Ob sich eine Partei oder beide irren, ist unerheblich. Wenn beide Parteien sich irren, scheitert der Vertrag nicht wegen Dissenses, sondern, weil der Vertrag auf ein anderes Objekt als das in Wirklichkeit vorhandene bezieht.⁸⁵

- *Error in quantitate*. Der Irrtum hat seine Grundlage in der Menge –die Frage und die Antwort müssen eine genaue Entsprechung haben – (Gaius, 3, 102).

Das Geschäft wurde jedoch teilweise, also in dem Teil, wo es Einigung geben soll aufrechterhalten (D. 45, 1, 1, 4; D. 45, 1, 83, 3).⁸⁶

⁸² Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 58, S. 234 ff.; Kaser, Römisches Privatrecht, § 8, Nr. 2.

⁸³ Iglesias, Derecho Romano, S. 112.

⁸⁴ Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 58, S. 236 ff.; Kaser, Römisches Privatrecht, § 8, Rn. 22; Iglesias, Derecho Romano, S. 112.

⁸⁵ Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 58, S. 238.

⁸⁶ Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 58, S. 237 f.; Lutzesco, Théorie & pratique des nullités, S. 45 ff.; Backhaus, In maiore minus inest, in: SZ 100 (1983), S. 136 ff.; Kaser, Römisches Privatrecht, § 8, II, Rn. 20 ff.; Iglesias, Derecho Romano, S. 113.

2. Ius honorarium

Das prätorische Recht hat die Strenge des *ius civile* korrigiert. In diesem Sinne hat man eine nach dem *ius civile* begründete Klage zurückgewiesen, oder eine *exceptio* dieser Klage entgegengesetzt, oder eine *in integrum restitutio* gewährt.⁸⁷ Diese Restitution wurde vom Prätor erteilt, nachdem er die Umstände des Einzelfalles (*causa cognita*) überprüft und gewichtet hatte. Die Fälle in denen eine Restitution stattfand, waren: *aetas* (Minderjährigkeit), *absentia* (Abwesenheit), *error* (Irrtum), *metus* (Furcht), *dolus* (Betrug)⁸⁸, *capitis deminutio* (Statusverminderung), *fraus creditorum* (Gläubigerbenachteiligung).⁸⁹ Die (anfechtbaren) Rechtsakte entfalteten ihre Wirkungen, aber die Mängel ermöglichten den Antrag auf Restitution („Anfechtung“).⁹⁰ Die *restitutio* war ein außerordentlicher Schutz, aufgrund der *in integrum restitutio* wurde meistens eine Klage erteilt.⁹¹ Die Folge der *restitutio* ist die Wiederherstellung des früher veränderten Rechts und Vermögenszustandes nach allen Seiten hin, nicht nur einseitig zum Vorteil dessen, der die Restitution beantragt hatte.⁹² Später entstand auch eine von *iudex* erteilte Restitution, welche im Verfahren vor allem der *actiones arbitrariae* herbeigeführt wurde.⁹³

Als die *in integrum restitutio* mit dem Formularprozess stattfand, wurde die *in integrum restitutio* in der *iurisdictio* des Magistrats abgehandelt.⁹⁴ Der Prätor konnte die Wirkungen des Geschäfts aufheben und den Geschädigten eine Klage (eine *rei vindicatio* zum Beispiel) erteilen. Die *restitutio* wurde mit der Erteilung der Klage verwirklicht. Wenn der Magistrat das Verfahren an den Richter weiterleitete, bat der Magistrat den Richter die Wirkungen des Geschäfts zu „unterstellen.“ So fielen die eingetretenen Wirkungen des Geschäfts weg und die *restitutio* fand als Folge statt.⁹⁵

Quadrato vertritt die Meinung, dass in dem Prinzipat eine nachträgliche Annullierung⁹⁶ auch mit einer *exceptio*⁹⁷ und *actio quasi nulla*⁹⁸ möglich war. Diese Möglichkeit ist

⁸⁷ Demolombe, Cours de Code Napoléon III, S. 5; Kaser, Römisches Privatrecht, § 9 I.

⁸⁸ Verneinend Wacke, In integrum restitutio propter dolum? In: SZ 88 (1971), S. 105 ff.

⁸⁹ Iglesias, Derecho Romano, S. 134.

⁹⁰ Iglesias, Derecho Romano, S. 115.

⁹¹ Demolombe, Cours de Code Napoléon III, S. 5; Iglesias, Derecho Romano, S. 134.

⁹² Savigny, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 34 f.

⁹³ Savigny, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 34 f.; Kaser, Das Römische Privatrecht II, S. 582; Kaser, Römisches Privatrecht, § 9 I.

⁹⁴ Demolombe, Cours de Code Napoléon III, S. 5; Kaser, Das Römische Privatrecht II, § 199, S. 67.

⁹⁵ Fernández, Fundamentos de Derecho privado romano (2005), § 7, Nr. 4, S. 71 f.

⁹⁶ Diese Ansicht kann anders erklärt werden. Die *actio* und *exceptio quasi nulla* wurden gewährt, weil die Klage oder die Einrede keine „andere“ Klage oder Einrede im Sinne des Edikts waren. Die Existenz einer *actio* und *exceptio quasi nulla* soll nicht angenommen werden.

nach seiner Ansicht nicht so bekannt und wurde bis heute nicht sorgfältig geforscht,⁹⁹ aber sie soll als Vorgängerin der Anfechtbarkeit oder der relativen Nichtigkeit zugerechnet werden.¹⁰⁰ Die Existenz solche Möglichkeiten ist zweifelhaft. Mit *Justinian* verschmolz die *in integrum restitutio* mit dem *interdictum fraudatorium* zu einer einheitlichen *actio*.¹⁰¹

a) Metus und dolus

Nach *ius civile* waren die unter Furcht (*metus*) abgeschlossenen Geschäfte wirksam (D. 4,2,2). Für diese Fälle galt das Prinzip „*quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui*“.¹⁰² Am Ende der Republik waren Gewalt, Drohung und Erpressung üblicher geworden¹⁰³ und es gab im *ius civile* keine Möglichkeit dieses Problem zu lösen.

Der Prätor hat dieses Problem gelöst, indem er zuerst die *exceptio* und dann die *actio quod metus causa* gebilligt hat. So erklärt der Prätor, dass „das was aufgrund von Furcht vorgenommen ist, werde er nicht gelten lassen“ (D. 4, 2, 1).¹⁰⁴ Später billigte der Prätor auch die *in integrum restitutio* für solche Fälle.¹⁰⁵

Die *actio quod metus causa* ist die älteste Form von Unwirksamkeit. Sie wurde im Jahr 80 v. Chr. vom Prätor *Octavius* (als *formula Octaviana*) eingeführt.¹⁰⁶ Diese *actio* war eine *actio arbitraria* (Inst. 4, 6, 31),¹⁰⁷ d. h. wenn der Prätor ermittelt hatte, dass im Fall *metus* vorlag, so erließ er einen Zwischenbescheid (*pronuntiatio*), indem er den Beklagten zur Rückgabe der erpressten Sache aufforderte. Die *actio quod metus causa*

⁹⁷ D. 45, 1, 25. *Si dari stipuler id quod mihi iam ex stipulatu debeatur, cuius stipulationis nomine exceptione tutus sit promissor, obligabitur ex posteriore stipulatione, quia superior quasi nulla sit exceptione obstante.*

⁹⁸ D. 4, 3, 7, 8. *nisi forte quis dicat, quoniam exceptione patronus summoverti potest, si agat cum reo, debere dici, quasi nulla actio sit quae exceptione repellitur, de dolo discernendam...*

⁹⁹ *Quadrato*, Sulle tracce dell'annullabilità, S. 112.

¹⁰⁰ *Quadrato*, Sulle tracce dell'annullabilità. S. 62 ff.

¹⁰¹ *Kaser*, Das Römische Privatrecht I, § 60, S. 262.

¹⁰² D. 4, 2, 21, 5: Obwohl ich, wenn ich (in meiner Entscheidung) frei gewesen wäre, dies nicht gewollt hätte, habe ich es –wenngleich gezwungen– dennoch gewollt. Diesen Fall bezog sich auf den Erbschaftsantritt; *Behrends/ Knütel/ Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis Band II, D. 4, 2, 21, 5, S. 356.

¹⁰³ *Kaser*, Das Römische Privatrecht I, § 59, S. 243 ff.; *Kaser*, Römisches Privatrecht, § 8, IV. Nach *Kaser* sind Gewalt Drohung und Erpressung sogar „alltäglich“ geworden.

¹⁰⁴ *Quod metus causa gestum erit, ratum non habeo*; *Behrends/ Knütel/ Kupisch/Seiler*, Corpus Iuris Civilis Band II, D. 4, 2, 1, S. 342.

¹⁰⁵ Verneinend: *Wacke*, In integrum restitutio propter dolum? In: SZ 88 (1971), S. 105 ff.; *Fernández*, Fundamentos de Derecho privado romano, S. 71.

¹⁰⁶ *Iglesias*, Derecho Romano, S. 113.

¹⁰⁷ ...*actiones arbitrarias[...], iudicis is cum quo agitur actori satisfaciatur [...] condemnari debeat, [...]quod aut metus causa quod aut dolo malo factum est, ...*

unterlag einer einjährigen Verjährungsfrist.¹⁰⁸ Mit dieser *actio* hat man auch eine *in integrum restitutio* ermöglicht.¹⁰⁹

Die *exceptio quod metus causa* kann immer in einem Prozess, in dem man die Erfüllung der erpressten Leistung verfolgt, vorgeführt werden. Die *in integrum restitutio* war gegen alle Dritte zulässig, die wegen des *metus* einen Vorteil erlangten. Wenn der Erpresser die Leistung dem Erpressten abfordert, so konnte der Betroffene sich so verhalten, als ob das durch *metus* erfolgte Geschäft nicht existiert hätte, also die Leistung verweigern. Wenn der Erpresser eine Klage erhoben hatte, dann konnte sich der Betroffene mit der *exceptio* wehren.¹¹⁰

Durch *dolus*, (Bösartigkeit, Betrug oder Täuschung) veranlasst eine Partei eine andere, ein Geschäft vorzunehmen (D. 4, 3, 1, 2). Diese Unwirksamkeitsart wurde vom *ius civile* in Betracht gezogen, aber nur für die *iudicia bonae fidei*. Der *dolus* führte zu einem Irrtum. Eine andere Möglichkeit war, dass der Schuldner und der Gläubiger eine *clausula doli* formulierten, indem sie sich von vornherein dazu verpflichteten, redlich zu handeln. Wurde dies von einer der Parteien nicht erfüllt, resultierte aus der Pflichtverletzung eine Klage.¹¹¹

Diese Lösungen waren jedoch unzureichend. Deswegen ermöglichte der Prätor (am Ende der Republik) die *exceptio* und die *actio doli*. Auf Anregung des Juristen C. Aquilius Gallus wurde diese Klage, ähnlich wie bei der *actio quod metus causa*, geschaffen.

Die *actio doli* konnte innerhalb eines Jahres gegen den Betrüger erhoben werden (D. 4, 3, 1, 1 ff.). Die *exceptio doli* kann im Prozess vorgeschützt werden, wenn der Betrüger im Prozess versucht, die Erfüllung der Leistung zu bekommen.

Im justinianischen Recht wurde der *dolus* Begriff im subjektiven Sinn verstanden wie als zuvor.¹¹² Die *actio de dolo* war zu anderen Klagen subsidiär. In manchen Fällen war es auch möglich, die *in integrum restitutio* zu beantragen (D. 4, 3, 1, 4 ff.).¹¹³

¹⁰⁸ Iglesias, Derecho Romano, S. 113.

¹⁰⁹ Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 59, S. 244 f.; Kaser, Römisches Privatrecht, § 8, IV.

¹¹⁰ Iglesias, Derecho Romano, S. 113.

¹¹¹ Lutzesco, Théorie & pratique des nullités, S. 63 ff.; Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 59, S. 246; Iglesias, Derecho Romano, S. 114.

¹¹² Kaser, Das Römische Privatrecht II, § 201, S. 90 f.; Iglesias, Derecho Romano, S. 113.

¹¹³ Iglesias, Derecho Romano, S. 114.

b) Minderjährigkeit

Handlungen, die von Minderjährigen (*minores*) abgeschlossen werden, werden vom Prätor durch eine *in integrum restitutio* entkräftet. So: D. 4, 4, 6. Mündigen (*minoribus viginti quinque annis*), die jünger als fünfundzwanzig Jahre sind, wird mit der Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand nicht nur geholfen, wenn sich ihr Vermögen in irgendeiner Weise verringert hat, sondern auch dann, wenn sie selber ein Interesse daran haben, nicht durch Prozesse und Kosten behelligt zu werden.¹¹⁴

c) Gläubigerbenachteiligung

Wenn ein Geschäft zum Nachteil der Gläubiger (*in fraudem creditorum*) vorgenommen wurde, gewährte der Prätor während eines Konkursverfahrens eine *in integrum restitutio*, um das, was erlangt worden ist, in die Konkursmasse zurückzuziehen.¹¹⁵

Nach einem Konkursverfahren, wird ein restitutorisches Interdikt wegen Gläubigerbetrugs (*interdictum fraudatorium*) erteilt. Gegen den gutgläubigen Erwerber wird dem Gläubiger eine *actio in factum* zugebilligt.¹¹⁶

In der justinianischen Zeiten werden die *in integrum restitutio* und das Interdikt in einen einheitlichen Paulustext (D. 22, 1, 38, 4) gestellt. Die *actio* gegen Gläubigerbenachteiligung wurde als *actio Pauliana*¹¹⁷ und gegen das fraudulose Geschäft zum Nachteil des Patrons wurde eine *actio Fabiana* gewährt.¹¹⁸

II. Die Unwirksamkeit als Folge der Verbotsnormen

Rechtsgeschäfte können durch Normen des geschriebenen oder des ungeschriebenen Rechts verboten sein. In Rom waren diese Normen dreier Arten und bezogen sich auf Gesetze, die normative Vorschriften enthielten und auf Gesetze, die den Vollzug von Rechtsakten verbieten wollten:¹¹⁹

¹¹⁴ *Minoribus viginti quinque annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum, cum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam cum intersit ipsorum litibus et sumptibus non vexari*; Behrends/ Knütel/ Kupisch/Seiler, Corpus Iuris Civilis Band II, D. 4, 4, 6, S. 378; Kaser, Das Römische Privatrecht, § 60 I, 2; § 65, I, 3.

¹¹⁵ Kaser, Das Römische Privatrecht II, § 60, S. 251.

¹¹⁶ *Di Paola*, Contributi ad una teoria della invalidità, S. 44; Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 60, S. 252.

¹¹⁷ *...in Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, ...*

¹¹⁸ *Di Paola*, Contributi ad una teoria della invalidità, S. 41 ff.; Kaser, Restituere als Prozessgegenstand, S. 35.

¹¹⁹ Bleicken, Lex Publica (1975), S. 218 ff.; Wacke, Die Rechtswirkungen der lex Falcidia (1973), S. 212.

- *leges perfectae* erklären das verbotene Geschäft für nichtig,
- *leges minus quam perfectae* erklären weder das Geschäft für nichtig noch entkräften sie es, sondern bedrohen diese Vornahme mit einer Strafe¹²⁰ und
- *leges imperfectae*, die keine Sanktion mit sich bringen, sondern ihre Einhaltung dem Prätor¹²¹ überlassen.¹²²

Die Erklärung dieser Dreiteilung findet man in der Geschichte. Die *leges imperfectae* stehen am Anfang, die *leges perfectae* erschienen später.¹²³ Die älteren Einzelgesetze mit privatrechtlichen Verbotsnormen sind fast alle Plebiszite ohne ausdrückliche Sanktion.

Die Einhaltung der *leges imperfectae* und *minus quam perfectae* wurde häufig mit Hilfe der Gewährung einer *exceptio* durchgesetzt, oder ihre Einhaltung wurde der Auslegung durch den Prätor überlassen. Die *leges perfectae* richteten sich nach der Sanktion, die das Gesetz an eine Zuwiderhandlung knüpfte.¹²⁴

Mit der Entwicklung des *ius honorarium* haben die Magistrate die Sanktionen bei der *leges imperfectae* mit den Rechtsbehelfen *denegatio*, *exceptio*, *in integrum restitutio*, usw. erteilt.

Beispiele für *leges imperfectae* sind die *lex Cincia* (204 v. Chr.), die *lex Publicia* (209 v. Chr.), *lex Calpurnia* (149 v. Chr.), *lex Iunia de repetundis* (ca. 148 v. Chr.).¹²⁵

Die *leges minus quam perfectae* kann man in den XII Tafeln und in der mittleren Republik finden. In dieser Zeit waren sie die Regel. Die Strafe für solche Akte bestand in einer *poena*. Man könnte zu diesen Gesetzen auch die Gesetze stellen, die eine Litiskreszens anordnen, was so viel bedeutet, wie eine Strafe wegen ungerechtfertigten Bestreitens (*infitiari*) im Prozess auferlegt zu bekommen.¹²⁶

¹²⁰ Epitome Ulpiani, 1, 1; Avenarius (Hrsg.), Die pseudo-ulpianische Einzelschrift der Rechtsregeln, S. 10.

¹²¹ Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 60, S. 249 f.; Wacke, Die Rechtswirkungen der *lex Falcidia*, S. 212.

¹²² Diese Art von Überlassung zum Ermessen des Richters ist eine Art *nullité virtuelle*. Also kann man sagen, dass das, was die Franzosen *nullité virtuelle* genannt haben, ist ein Problem, das vor Jahrhunderten entstanden ist.

¹²³ Anderer Meinung ist Chorus, Handelen in strijd met de wet, S. 29; Ankum, Verbotsgesetze und *ius publicum*, S. 291.

¹²⁴ Kaser, Das Römische Privatrecht I, § 60, S. 249 f.; Kaser, Römisches Privatrecht, § 9 Rn. 7.

¹²⁵ Kaser, Über Verbotsgesetze, S. 29.

¹²⁶ Kaser, Über Verbotsgesetze, S. 33.

Beispiele für *leges minus quam perfectae* sind die *lex Furia testamentaria* (zwischen 204 und 169 v. Chr.) und *lex Laetoria* (193/2 v. Chr.).

Die *leges perfectae* sind jünger (z.B. die *lex Aelia Sentia* 4 n. Chr.). In früheren Gesetzen konnte man jedoch *leges perfectae* finden. So die *lex Poetelia* 326 v. Chr., *lex Furia de Sponsu* 180 v. Chr., *lex Claudia*, 177 v. Chr., *Lex Voconia* 169 v. Chr., *Lex Cornelia de Sponsu* 81 v. Chr. und *lex Falcidia* 40 v. Chr.¹²⁷

Die *lex perfecta* ist die *lex*, das *quod factum est rescindit* (*rescindere* kann vielfältig benutzt werden, kann u.a. Nichtigkeit, oder Beseitigung der Folgen einer Handlung bedeuten¹²⁸).

Die *leges perfectae* sind seit Augustus (I. Jahrhundert v. Chr.) die Regel. Sämtliche Verbotsgesetze sind *perfectae*.¹²⁹ Bei der Terminologie war nicht klar, ob es Nichtigkeitssanktionen zur Folge hatte (Bsp. Die *lex Voconia*). Dieses Problem wurde, mit der *lex Aelia Sentia* behoben. Diese *leges* regelten jedoch nur spezielle Sachverhalte.

Wacke unterscheidet die Nichtigkeit der *leges perfectae* und die Nichtigkeit der *leges imperfectae* aus „zivilrechtlicher“ (*ius civile*) und aus „amtsrechtlicher“ (*ius honorarium*) Sicht. Die Nichtigkeit der *leges imperfectae* (*ius civile*) tritt *ipso iure* ein, also ohne Eingreifen des Prätors. Die Nichtigkeit der *leges imperfectae* (*ius honorarium*) bedarf prätorischer Hilfe, also mittels *exceptio*, *in integrum restitutio* oder *denegatio* (der Klage).¹³⁰ Kaser ist der Meinung, dass die Gleichstellung der Gegensätze zwischen *leges imperfectae* und *perfectae* mit dem *ius honorarium* und den *ius civile*¹³¹ nur aus der prozessrechtlichen Sicht gerechtfertigt sei. Materiellrechtlich gesehen zählt die Entkräftung wegen *leges imperfectae* auch zum *ius civile*. Die *denegatio* ist für den Prätor eine vom Gesetz anordnete Pflicht.¹³² Die Unwirksamkeit des römischen Rechts zeigte sich im Prozess, also ist die Unterscheidung der Nichtigkeit in „zivilrechtlicher“ und „amtsrechtlicher“ Sicht konsequent.

Eine allgemeine Nichtigkeitsregel gesetzeswidriger Geschäfte kommt in der Spätantike (439 n. Chr.) unter *Theodosius II.* vor. Der Kaiser *Theodosius II.* schrieb an den

¹²⁷ Di Paola, Contributi ad una teoria della invalidità, S. 42, 64.

¹²⁸ Di Paola, Contributi ad una teoria della invalidità, S. 42; Kaser, Über Verbotsgesetze, S. 43.

¹²⁹ Kaser, Über Verbotsgesetze, S. 43.

¹³⁰ Wacke, Die Rechtswirkungen der *lex Falcidia* (1973), S. 214 f.

¹³¹ Wacke, die Rechtswirkung der *lex Falcidia*, S. 214 f.; Chorus, Handelen in strijd met de wet (1976), S. 35 ff.; Ankum, Verbotsgesetze und *ius publicum* (1980), S. 293.

¹³² Kaser, Über Verbotsgesetze, S. 63.

praefectus praetorio Florentius. Die Stelle bestimmte, dass keine gegen das verbietende Gesetz eingegangene Verträge, Konventionen, oder Verbindlichkeiten gültig sein können. Dasselbe gilt, wenn jemand versucht das Gesetz zu umgehen. Die Bestimmung solle für alle älteren und neueren Gesetze anwendbar sein.¹³³ Auch wenn das Gesetz die Nichtigkeit nicht ausdrücklich erwähnt, aber es irgendeine Handlung verbietet, darf der Richter die Unwirksamkeit aussprechen. Die unwirksamen Geschäfte werden nicht nur als wirkungslos, sondern auch als nicht geschehen betrachtet. Alle eingegangenen verbotenen Handlungen, oder bei Gelegenheit derselben werden auch für nichtig und ungültig erklärt.¹³⁴ Dieses Gesetz hat die Trennung zwischen *leges imperfectae, minus quam perfectae* und *leges perfectae* überwunden, indem sie alle gesetzeswidrigen Akte als *non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur*¹³⁵ bezeichnet hat.¹³⁶

§ 2. Die Unwirksamkeit im und nach dem Mittelalter

I. Die Unwirksamkeit im Mittelalter

Im Mittelalter gab es nicht viele Fortschritte in Bezug auf die Unwirksamkeitslehre.¹³⁷ Die Unwirksamkeitsbegriffe der mittelalterlichen Juristen sind immer mehrdeutig und sie werden sowohl für Nichtigkeit wie auch für Vernichtbarkeit verwendet. Der Begriff *exceptio nullitatis* ist keine *exceptio* als solche. Für die Annullierung liegt keine

¹³³ Schilling, *Corpus Iuris Civilis* (Codex L. I. 14), S. 172.

¹³⁴ C. 1, 14, 5. *Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis ampexus contra leges nititur voluntatem. Nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam saeva praerogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas, trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est ut ea, quae legi prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicante lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus. §. 1. Secundum itaque praedictam regulam, qua ubique non servari factum lege prohibente censuimus, certum est, nec stipulationem huiusmodi tenere, nec mandatum ullius esse momenti nec sacramentum admitti. Dat. VII Id. April Constantinop. Theodosio A. XVII et Festo Cons.*

¹³⁵ (Die unwirksamen Geschäfte werden nicht nur als wirkungslos, sondern auch als nicht geschehen betrachtet werden).

¹³⁶ Tommasini in: *Enciclopedia del Diritto* XXVIII, S. 864; Chorus, *Handelen in strijd met de wet*, S. 39; Ankum, *Verbotsgesetze und ius publicum*, S. 295.

¹³⁷ Renard, *L'idée d'annulabilité*, S. 215 f.

allgemeine Bezeichnung vor.¹³⁸ Man kann sogar sagen, dass es einen Rückschritt in ihrer Entwicklung gab.¹³⁹

Die Begriffe *debilitas*, *invaliditas* scheinen die Annullierung zu bezeichnen, aber sie werden auch für die Nichtigkeit benutzt. Das Merkmal, um die Annullierung zu verstehen, ist der Gebrauch des Wortes für die Zukunft; *rescindendum*,¹⁴⁰ *annullandum*. Aus *irritum* wird *irritandum*, *evacuatum* wird zu *evacuandum* usw. Die Nichtigkeitsregel im Gesetz des *Theodosius II.* wurde als *lex non dubium* bezeichnet,¹⁴¹ sie wurde auch ergänzt¹⁴² und als Grundsatz des *ius commune* gestellt.¹⁴³ Die Abmachungen gegen die Gesetze oder guten Sitten bleiben *ipso iure* nichtig.¹⁴⁴ Diese werden mit Begriffe wie *nullu pactû*, *nulla quêtio*, *nullus contract[us]*, *nullitate intrinsecam*, usw bezeichnet.¹⁴⁵

Der *in integrum restitutio* wurden mehrere Bedeutungen zuteil: die Wiederherstellung einer Situation, die Verpflichtungen des Vormunds in Bezug auf sein Amt, der Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks, die Wirkung des *postliminium* und Reparation des Vormunds wegen Vorsatz. Außerdem wird ein Rechtsakt, der der *in integrum restitutio* unterworfen ist, auch als nichtig betrachtet.¹⁴⁶

Die Wiederentdeckung des *Corpus Iuris Civilis* im XII. Jahrhundert hatte zur Folge, dass das Römische Recht wieder verwendet, verarbeitet und an die Anforderungen der mittelalterlichen Gesellschaft angepasst wurde. Diese Arbeit wurde von den Kommentatoren und Glossatoren verwirklicht.¹⁴⁷ Der Mangel an Kodifikationen war auch ein Grund für die geringen Fortschritte der Unwirksamkeitslehre.

Was im Mittelalter in der Unwirksamkeitslehre erreicht wurde, war das Werk der Glossatoren und Kommentatoren.¹⁴⁸ Man muss jedoch in Betracht ziehen, dass die Glossatoren nur beschränkte Quellen hatten. Diese Quellen waren römischen

¹³⁸ Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter Bd. 2, S. 56; Renard, L'idée d'annulabilité, S. 327 f.

¹³⁹ Renard, L'idée d'annulabilité, S. 327 f.

¹⁴⁰ Bartholomäus, Codicis huius argumentum, S. XCIX ff.

¹⁴¹ Baldus de Ubaldis, Commentaria in Digestum, S. LVII; Masi in: Enciclopedia del Diritto XXVIII, S. 865 fn. 49.

¹⁴² Baldus de Ubaldis, Commentaria in Digestum, S. LVII.

¹⁴³ Zimmermann, Law of Obligations, S. 701.

¹⁴⁴ Bartholomäus, Codicis huius argumentum, S. LXVI. *Pactum contra ius vel bonos mores nulli est momenti*; Baldus de Ubaldis, Commentaria in Digestum, S. LVII. [...] *tacite videt bre clausula de nullitate. vnde no est necesse q lex vltro .pce dat annullando.*

¹⁴⁵ Baldus de Ubaldis, Commentaria in Digestum, S. LVII.

¹⁴⁶ Renard, L'idée d'annulabilité, S. 216.

¹⁴⁷ Bruns/Lenel, Geschichte und Quellen des römischen Rechts, in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holzendorf/ Köhler Bd. 1 (1904), § 73, S. 162 f.; Renard, L'idée d'annulabilité, S. 215 ff.; De los Mozos, El negocio jurídico (1987), S. 94.

¹⁴⁸ Renard, L'idée d'annulabilité, S. 215 ff.

Ursprungs: Die Pandekten (*Digestum*) dienten als wichtigste Quelle,¹⁴⁹ sowie *Codex*, Institutionen, der alte lateinische Novellentext (*Authenticum*) und Julians Bearbeitung der Novellen (*Novella*). Alle anderen heutigen römischen Quellen waren den Glossatoren unbekannt.¹⁵⁰ Alle anderen Quellen, die mit den Quellen der Glossatoren konkurriert hatten, blieben für sie fremd: die *Lombarda*, die Sammlung für das lombardische Lehenrecht, die Kaisergesetze, die Statuten einzelner Städte und die kanonischen Rechtsbücher.¹⁵¹

Am Ende des XVIII. und Anfang des XIX. Jahrhunderts war die Nichtigkeitslehre annähernd im selben Stand, wie die Glosse sie gelassen hatte, und beinahe gleich wie im klassischen Römischen Recht. Ein Grund dafür ist, dass im Mittelalter keine Rechtsgeschäftslehre entwickelt wurde.¹⁵²

II. Das mittelalterliche Kirchenrecht

Die Entstehung des Kirchenrechts als ein selbständiges Rechtsgebiet hat auch zu der Trennung zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit einen Beitrag geleistet,¹⁵³ auch wenn es unabhängig von der Glosse entstanden ist. Das Kanonische Recht mit dem *Decretum Gratiani* (um 1140), *Decretales Gregorii IX* (1227-1241), *Clementinae* (1311), *Extravagantes Ioannis XXII* und 6. *Extravagantes communes* (XV.-XVI. Jahrhundert) erscheinen als wichtigste Quelle des *Corpus Iuris Canonici* (1582).¹⁵⁴ Das Kanonische Recht war das Recht der Kirche, aber nicht für die Kirche. Die Kanonistik des Hochmittelalters entsprach dem Gipfel der Jurisprudenz und war ein Modell für das weltliche Recht.¹⁵⁵ Im *Corpus Iuris Canonici* befinden sich die Bestimmungen der Ehe in den cc. 1012-1143. Wichtig für die Entwicklung der Nichtigkeitslehre sind die Bestimmungen über die Nichtigkeit der Ehe (cc. 1133-1141). Diese Bestimmungen enthalten Nichtigkeitsgründe, die auf mangelnder Form und fehlendem Vollzug beruhen.¹⁵⁶

¹⁴⁹ Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter Bd. 3, S. 516 ff.

¹⁵⁰ Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter Bd. 3, S. 420.

¹⁵¹ Savigny, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter Bd. 3, S. 420.

¹⁵² *De los Mozos*, El negocio jurídico, S. 96.

¹⁵³ Siehe Kapitel II, Nr. III.

¹⁵⁴ Erler, Kirchenrecht (1983), S. 28 ff.

¹⁵⁵ Stutz, Kirchenrecht, in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holzendorf/ Köhler Bd. 2 (1904), § 17, S. 828; Erler, Kirchenrecht, S. 28 ff.

¹⁵⁶ Eichman, Lehrbuch des Kirchenrechts (1958), S. 263 ff.; Zapp, Kanonisches Eherecht (1983), S. 141 ff.

Der c. 1095 bestimmt drei Nichtigkeitsgründe: 1) unzureichender Vernunftgebrauch, 2) Mangel an Urteilsvermögen und 3) wegen psychischen Beschaffenheit die Verpflichtungen der Ehe nicht zu übernehmen, nicht imstande zu sein.¹⁵⁷ C. 1096 bestimmt, dass man ein gewisses Mindestwissen um die Bedeutung der Ehe haben muss, um ihre Gültigkeit zu bestimmen. Nach c. 1097 führen auch Irrtum und Täuschung (*dolus*) zu Ungültigkeit.

Im Fall von Zwang, welcher dazu führt, dass eine gültige und vollzogene sakramentale Ehe nicht geschieden wird, ist eine unter Drohung abgegebene Willenserklärung wirkungslos (*inexistent*). Im Falle von Furcht wird der Fall nach subjektiven Kriterien behandelt. Eine Ehe wird als gültig oder ungültig erklärt, gemäß dem Grad der Furcht.¹⁵⁸

III. Die mittelalterlichen Unwirksamkeitsgegensätze

Bei der Unwirksamkeit der Obligationen wurde die Zweiteilung (*ius civile* versus *ius honorarium*) des Römischen Rechts beibehalten. Auch wenn die Trennung der Unwirksamkeit nach dem *ius civile* und dem *ius honorarium* nicht mehr galt, gab es andere Gegensätze, um diese Zweiteilung der Unwirksamkeit zu erklären. Die Bezeichnungen dieser Gegensätze wurden auch geändert. Die *ipso iure* (*ius dicendi nullum*) Nichtigkeit wurde dann zum Gegensatz *iudicium* (oder *ius*) *rescindens*. Baldus erklärt diese Trennung: *Quod est nullum, non rescinditur per restitutionem in integrum ... nullus ipso iure, nec datur actio ad rescindendum, cum ab ipsa lege rescindatur.*¹⁵⁹

Was nichtig ist, wird nicht durch eine *restitutio in integrum* aufgelöst...die Nichtigkeit tritt von Rechts wegen ein, sie gibt kein Anlass zu einer Nichtigkeitsklage, (der Rechtsakt) wird also vom Gesetz wegen aufgelöst.¹⁶⁰

Die Nichtigkeit bedurfte in der Regel keines Prozesses. Es genügte, dass die Partei, die die Nichtigkeit betraf, sich so verhielt, als ob keine gültige Obligation bestand. Wenn es jedoch zum Prozess kam, dann konnte man sich mit einer *exceptio nullitatis* wehren,

¹⁵⁷ Qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentialia assumere non valent.

¹⁵⁸ Zapp, Kanonisches Eherecht, S. 141ff.

¹⁵⁹ Baldus de Ubaldis, zu Codex just. 2, 30; 2, 31. Diese sind Fälle wenn gegen Schenkungen (*adversus donationem*) oder gegen Freiheitserteilung (*adversus libertatem*) stipuliert wird. In diesen Fällen sind die nachträglichen Stipulationen nichtig und die Rechtshilfe der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist nicht nötig (Cod. L. II 30, 31).

¹⁶⁰ Baldus de Ubaldis, Commentaria in Digestum, S. LVII.

oder man konnte die Nichtigkeit beantragen (*agere de nullitate*). Letzteres erfolgte, wenn es nicht klar war, ob ein Rechtsakt *ipso iure* nichtig war oder nicht.¹⁶¹

Die Annullierung setzt eine gültige Obligation voraus. Die Obligation konnte mit einer *exceptio* angegriffen werden und ihre Annullierung erfolgte (*ex*) *post facto*. Für die mittelalterlichen Juristen galt diese *exceptio* nicht nur für die *actio quae tenet* oder *quae non tenet*, sondern auch ob den *pactum valet* oder *non valet*.¹⁶²

Bei den Verträgen gab es keine Einmütigkeit ob die Verträge nichtig oder vernichtbar waren, je nachdem welche Gründe es für die Unwirksamkeit gab. ZB. wenn Güter der Kirche veräußert wurden, dann sagten manche, dass diese Veräußerung nichtig war, aber andere, dass sie vernichtbar war.¹⁶³

1. Dolus und Gewalt

Der *dolus dans causam contractui* führte zu *ipso iure* Nichtigkeit, während der *dolus incidens* zu *restitutio* (im Sinne von Ersatz) führte. Der Unterschied liegt darin, dass bei dem *dolus dans causam contractui* die *bona fides* als Bestandteil des Vertrages fehlte und bei dem *dolus incidens* nur einen Teil des Vertrages betroffen wird. Bei den *bona fides contractae* ist der *dolus* ein Grund für Nichtigkeit, die Gewalt ist aber ein Grund für Annullierung (*restitutio*). *Bartolus* rechtfertigt dies: für ihn die Erklärung der Annehmer (*accipiens*) unter Gewalteinfluss führt nicht zum Irrtum und folglich kann die Obligation entstehen und ihre Wirkungen haben. Bei dem *dolus* wird der *accipiens* zu einem Irrtum geführt, dann ist er getäuscht worden.¹⁶⁴ Der Annehmer (*accipiens*) wird sich nur verpflichten, wenn die andere Partei immer mit der Wahrheit handelt (nach dem Prinzip: *si verum est illud propter quod inducitur ad contrahendum*). Wird der Annehmer (*accipiens*) zu Fehlern verleitet, dann gilt seine Willenserklärung als nichtig.¹⁶⁵

Die *actio quod metus causa*, *actio de dolo*, *actio Pauliana*, *Fabiana* und *Calvisiana* haben dem Zweck gedient, die Reparation, die Beurteilung und den ursprünglichen

¹⁶¹ Renard, L'idée d'annulabilité, S. 226 ff.

¹⁶² Renard, L'idée d'annulabilité, S. 230 ff.

¹⁶³ Renard, L'idée d'annulabilité, S. 243 ff.

¹⁶⁴ Bartholomäus, Codicis huius argumentum, S. LXXVIII.

¹⁶⁵ Renard, L'idée d'annulabilité, S. 243 ff.

Stand wiederherzustellen.¹⁶⁶ Die mittelalterlichen Juristen haben die Reparation und die Rescision getrennt. Diese waren für sie zwei verschiedene Handlungen. Die *actio quod metus causa* beinhaltete zwei verschiedene Urteile. Das erste hatte die Restitution als Zweck, das zweite die Sanktion.¹⁶⁷ Hier kann man sehen, wie die strafrechtliche Wirkung von der zivilen getrennt wurde. Die *actio quod metus causa* führte folglich zu zwei Prozessen: ein strafrechtlicher, der sich aus dem Gewaltakt ableiten ließ, und ein ziviler, um den Rechtakt aufzulösen und die geschädigte Partei wieder einzusetzen.¹⁶⁸

2. Andere Fälle für die Trennung (Nichtigkeit und Annullierung als Gegensätze)

Fraus legis und *fraus hominis*. Ulpian setzt dem *fraus legis*¹⁶⁹ den *fraus patronis* (auch *hominis*) entgegen. Bei *fraus legis* wird ein Gesetz umgegangen um ihre Wirkungen zu vermeiden.¹⁷⁰ Beim *fraus patronis*, wird der Herr getrogen. Für die Kommentatoren des Mittelalters sind diese Fälle annullierbar und begründeten eine Rückforderung. In diesem Fall ist eine Veräußerung von einem Freigelassenen „*qui se minorem centenario in fraudem legis fecerit*“,¹⁷¹ im Gegensatz zum klassischen Römischen Recht nicht unwirksam, aber gibt Anlass zu *actio Calvisiana* und *Fabianna* (*actiones revocatoriae*).¹⁷²

Substantia und *effectus*. Für die Entstehung der Rechtsakte gab es verschiedene Voraussetzungen. Manche Voraussetzungen bestimmten die rechtliche Existenz des Rechtsaktes (*substantia*). Wurden diese nicht erfüllt, dann war die Folge Nichtigkeit. Andere Voraussetzungen bestimmten die Geltendmachung des Rechtsaktes (*effectus*). Die *substantia* wurde auch zu *accidens* anstatt *effectus* entgegengesetzt um die wesentlichen von den nicht wesentlichen Voraussetzungen zu identifizieren.

Diese Trennung hat sich zu *essentialia* (1) und *accidentalia negotii* (2) und manchmal auch zu (*qualitas*) naturalen (3) entwickelt.¹⁷³ Die Glosse sieht die *substantia* als das

¹⁶⁶ Bartholomäus, Codicis huius argumentum, S. LXXI ; Zoz di Biasio ; I Rimedi contro gli atti (1978), S. 74.

¹⁶⁷ Renard, L'idée d'annulabilité, S. 245 f.

¹⁶⁸ Bartholomäus, Codicis huius argumentum, S. XCV ff.; Renard, L'idée d'annulabilité, S. 247.

¹⁶⁹ Baldus de Ubaldis, Commentaria in Digestum, S. LVII.

¹⁷⁰ Paul. D. 1, 3, 29; 30 D. de leg. 1, 3; D. 35. 1, 64, 1.

¹⁷¹ Ein Freigelassener der sich zur Umgehung des Gesetzes für ein solchen ausgegeben hat, der weniger als hunderttausend Sestertien im Vermögen hat. D. 37, 14, 16.

¹⁷² Renard, L'idée d'annulabilité, S. 329; Kaser, Restituere als Prozessgegenstand, S. 35.

¹⁷³ Renard, L'idée d'annulabilité, S. 332 ff.

genus und die Geltendmachung als die *qualitas*. Manchmal jedoch wird die Dreiteilung (*substantia, effectus, qualitas*) verwendet.¹⁷⁴

Publica utilitas und **privata utilitas**. *Bartolus* versuchte die Unterscheidung zwischen *publica utilitas* und *privata utilitas* zu erklären.¹⁷⁵ Es gab einen Unterschied zwischen dem Kirchenrecht und dem Zivilrecht. Für *Bartolus* gab es Gesetze, die im öffentlichen (kirchlichen) Interesse erlassen worden waren. Ein Verstoß gegen diese Gesetze führte zu Nichtigkeit. Es gab andere Gesetze die Privatinteressen (zivile) pflegten. Ihr Verstoß führte zur Annullierung zugunsten der betroffenen Partei.

Bei den *actiones* kommen zwei Arten vor, die die Nichtigkeit und die Annullierung hervorrufen. Die *actio nativa* und *dativa*. Eine Klage ist *nativa*, wenn sie von Gesetz bestimmt ist, Beispiele sind die *actio praescriptis verbis, actio finium regundorum*. Diese Klage wirkt rückwirkend, das Gesetz bestimmt die *restitutio (ex) post facto*. Die Klage ist *dativa*, wenn sie von dem Willen des Klägers abhängt, hier befinden sich die *actio de dolus* und *quod metus causa*.

Die *restitutio in integrum* wurde zu einer Annullierung durch den Richter umgewandelt.¹⁷⁶ *Restitutio in integrum* wird Synonym zu *officium rescindens*. Seit diesem Zeitpunkt gab es zwei verschiedene *restitutiones in integrum*:

- *restitutio officio judicis*, für die Wiedereinsetzung *propter aetatem* und *propter absentiam*
- *restitutio iure actionis*, für *metus* und *dolus*

Bei der *restitutio iure actionis* liegen keine Verfahrensstufen vor, alles wird in einem Prozess verwirklicht. Die *actio rescissoria* wird unverzüglich vollzogen. Die *restitutio officio judicis* erfolgt in zwei Verfahrensabschnitten: *judicium rescindens* und *judicium rescissorium*.¹⁷⁷

Die *restitutio iure actionis* trennt sich von der römischen *restitutio* und ähnelt mehr der *ipso iure* Nichtigkeit.¹⁷⁸ Im Fall des *dolus causam dans contractui* war es jedoch streitig, ob der *dolus* die *ipso iure* Nichtigkeit oder die *restitutio* mit sich bringt. Wenn

¹⁷⁴ *Baldus de Ubaldis*, *Commentaria in Digestum*, S. LVII; *Renard*, *L'idée d'annulabilité*, S. 335.

¹⁷⁵ *Renard*, *L'idée d'annulabilité*, S.225.

¹⁷⁶ *Bartolus*, *Commentaria in corpus iuris civilis*, S. 90 f.

¹⁷⁷ *Bartholomäus*, *Codicis huius argumentum*, S. XCIX ff.

¹⁷⁸ *Bartolus*, *Commentaria in corpus iuris civilis*, S. 34.

der *dolus* die Nichtigkeit mit sich bringt, dann entsteht keine Erfüllungsklage (*actio*). Wenn der Betroffene die Nichtigkeit beantragt, dann erkennt er die Gültigkeit der Obligation.

Andere Meinungen erklären, dass man die Nichtigkeit beantragen kann, und dass diese Klage einen zivilen Charakter habe.¹⁷⁹

IV. Die Unwirksamkeit in Frankreich von XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert.

Ein weiteres Beispiel für die mittelalterliche Zweiteilung der Unwirksamkeitslehre stellt Frankreich ab dem XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert dar. Die Trennung zwischen zwei koexistierenden Rechtsschichten für zwei verschiedene Arten der Unwirksamkeit ergibt sich aus zwei verschiedenen Quellen mittelalterlichen Ursprungs. Auf der einen Seite stammt die Nichtigkeitsklage aus den *ordonnances* und *coutumes* und wird für die Verträge, die die vorgeschriebene Form nicht beachtet haben (meistens durch von Minderjährigen abgeschlossene Verträge) angewendet. Auf der anderen Seite findet sich die Rescisionsklage im Römischen Recht für alle Conventionen, die aus Irrtum, Gewalt oder Arglist entstanden sind.¹⁸⁰

§ 3. Würdigung

Auch wenn das Römische Recht keine Unwirksamkeitslehre *per se* kannte, ist es der Ausgangspunkt der Entwicklung für die Entstehung der heutigen Unwirksamkeitslehre im kontinentalen und lateinamerikanischen Recht.

Die Unwirksamkeit im Römischen Recht ist von der *actio* ausgegangen, also lag eine deutliche Trennung der Unwirksamkeit im materiellen und prozesualen Recht nicht vor. Die Nichtigkeit bedeutete „nicht gültig“ oder „unerlaubt“, und durch die verschiedenen Klagen wurde versucht, den ursprünglichen Stand wiederherzustellen (*in integrum restitutio*). Dabei wurde folglich an eine Klage gedacht, um einen Rechtsakt aufzulösen und ihre Wirkungen als wirkungslos zu betrachten.

¹⁷⁹ *Bartholomäus*, *Codicis huius argumentum*, S. XCIX ff. ; *Renard*, *L'idée d'annulabilité*, S. 225.

¹⁸⁰ *Renard*, *L'idée d'annulabilité*, S. 230 ff. ; *Demolombe*, *Cours de Code Napoléon*, S. 15.

Im römischen Recht entstand eine Zweiteilung der Unwirksamkeit. Die erste Unwirksamkeitsform des römischen Rechts stammt aus dem *ius civile*: Verstößt ein Rechtsakt gegen die Normen des *ius civile*, so ist dieser *ipso iure* nichtig. Wenn die Regeln des *ius civile* einen Rechtsakt hingegen nicht für ungültig erklären ließen, dann entstand die zweite Möglichkeit, dass der Prätor eine *exceptio* gewährt, die *actio* verweigert, oder eine Restitution billigt. Diese zweite Möglichkeit versuchte den früheren Rechtszustand wieder einzusetzen.

Die Verbotsnormen des römischen Rechts wurden in *leges perfectae*, *leges minus quam perfectae* und *leges imperfectae* gegliedert. Bei den *leges perfectae* und bei den *leges minus quam perfectae* war die Sanktion klar. Im Falle der *leges imperfectae* wurde die Entscheidung der Sanktion dem Prätor überlassen. Mit dem Erscheinen einer allgemeinen Regel der Nichtigkeit unter *Theodosius II.* und dem Verschwinden des *ius civile* und des *ius honorarium* wurden diese Unterschiede überwunden. Jedoch blieb diese Gliederung der Verbotsgesetze in den künftigen Jahrhunderten umstritten.

Die Entwicklung des Rechts im Mittelalter hat die Trennung in eine Nichtigkeit (wie im *ius civile*) und eine Vernichtbarkeit (wie im *ius honorarium*) mit geringfügigen Varianten beibehalten. Der Mangel an Kodifikationen, die Auslegung der Quellen und das Erscheinen des Kirchenrechts führte zu einer Verwirrung in der Entwicklung der Unwirksamkeitslehre.

Diese Verwirrung bestand bis zum XIX. Jahrhundert fort.

§ 4. Vorrede zu Kapitel 2-5

Um den ursprünglichen Sinn der Gesetze verstehen zu können ist es nötig, ihre Motive zu untersuchen. In unserem Fall sind die Motive zur (absoluten) Nichtigkeit (*nullité, nullità oder nulidad*) und zur relativen Nichtigkeit oder Vernichtbarkeit (*annulabilité, annullabilità, oder anulabilidad*) in den verschiedenen Gesetzestexten zu behandeln. In Hinblick auf die Entwicklung der Begriffe ist es auch wichtig, die Gesetzesmotive in den außer Kraft gesetzten Zivilgesetzbüchern in Betracht zu ziehen.

In den folgenden Kapiteln 3, 4 und 5 werden die verschiedenen Motive der Zivilgesetzbücher dargestellt. Um die Entwicklung der Nichtigkeit und Vernichtbarkeit darzustellen, werden zuerst die Motive der verschiedenen Gesetzbücher, dann die dahinterstehende Theorie, anhand von Sekundärliteratur mehrerer Autoren über die verschiedenen Zivilgesetzbücher, dargestellt. Zuletzt, wenn der gesetzliche Rahmen in Hinblick auf die Nichtigkeit jedes Landes erläutert wurde, werden die Rechtsinstitute verglichen.

Beim Vergleich verschiedener Rechtsordnungen muss in Betracht gezogen werden, dass es Faktoren gab, die bei der Entstehung der Gesetzbücher galten, aber heute undenkbar sind oder nicht mehr gelten. Als Beispiel sei genannt die beschränkte Geschäftsunfähigkeit der Ehefrau nach der ursprünglichen Fassung des französischen *Code Civil*.

Hier wird versucht, das ganze Vorbild der Motive und die Meinungen der Autoren zusammenhängend darzustellen. Viele Verwirrungen in der Rechtstheorie stammen daher, dass die Darstellungen des Gesetzes oder andere Autoren nicht als ein Ganzes gesehen werden. Um Theorien zu unterstützen, wurde häufig nur einen Teil angenommen und der Rest der Darstellung wurde nicht in Betracht gezogen. Mit einer vollständigen Darstellung kann man einen besseren Überblick erreichen.

Die Darstellung des Kapitels 2 könnte dem Leser verwirrend vorkommen. Jedoch soll dies kein Zufall sein. Die Nichtigkeitslehre wird vor allem im französischen Recht dadurch gekennzeichnet, dass sie aus Widersprüchen und Ungenauigkeiten entstanden ist.¹⁸¹

¹⁸¹ So: *Quadrato*, Sulle tracce dell'annullabilità, S. 111.

Kapitel 2 Frankreich

§ 5. Der Code Civil

I. Die Entstehung des *Code Civil*

Durch den Erlass vom 12. August 1800 (24 *thermidor an VIII*) wurde dem Justizminister aufgetragen, die Mitglieder für eine Gesetzgebungskommission¹⁸² zu versammeln, um die Reihenfolge der Entwürfe des *Code Civil*¹⁸³ und den zu verfolgenden Fassungsplan zu bestimmen. Dazu sollten die Grundlagen der zivilistischen Gesetzgebung diskutiert werden.¹⁸⁴ Das Gesetzbuch wurde von den Ideen der französischen Revolution getragen und verfolgte das Ziel, dass es keine willkürlichen Gesetze mehr geben sollte. Man wollte das ganze französische Volk unter allgemeine abstrakte Gesetze stellen.¹⁸⁵ Die Gesetzeskommission hat daraufhin einen Entwurf beim *Conseil d'Etat* eingebracht, der die endgültige Fassung diskutierte.¹⁸⁶ Während des zweiten Imperiums wurde der *Code* in *Code Napoléon* umbenannt.¹⁸⁷ Der *Code Civil* ist am 21. März 1804 (30 *ventôse an XII*) in Kraft getreten.

II. Der Code Civil¹⁸⁸

Das französische Zivilgesetzbuch bestimmt die Nichtigkeit im dritten Buch,¹⁸⁹ Titel III¹⁹⁰ und Kapitel II von Artt. 1108 bis 1133 und im Kapitel V Sektion VII (Section VII), von Artt. 1304 bis 1314. Andere Vorschriften über die Nichtigkeit befinden sie sich in Artt. 1338-1340.

¹⁸² Diese waren die Herren (*messieurs*) Portalis, Tronchet, Bigot-Preameneu und Maleville.

¹⁸³ Diese waren zwei verschiedene Entwürfe: Einer von der *Section de législation de la convention*, der andere von der *Commission de classification*.

¹⁸⁴ Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801) S. XIII; Theewen, Napoleons Anteil am Code Civil (1991), S. 34 ff.

¹⁸⁵ Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801) S. XVII ff.; Theewen, Napoleons Anteil am Code Civil, S. 38 ff.

¹⁸⁶ Conférence du Code Civil. Préface S. V.

¹⁸⁷ Chabot, Cartésianisme méthodologique et Code civil (2005), S. 33

¹⁸⁸ Die Übersetzung von Heinsheimer, Wolff, Kaden und Merk wurde für diesen Teil berücksichtigt. Alle Urteile in diesem Abschnitt stammen aus der französischen Version des *Code Civil*, Edition 107 aus dem Jahr 2008, Verlag Dalloz.

¹⁸⁹ Livre 3, *Des différentes manières Dont on acquiert la propriété*.

¹⁹⁰ Titre III, *Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*.

Im dritten Buch, Titel III, Kapitel II (Artt. 1108 bis 1133) sind die Hauptvoraussetzungen für die Gültigkeit der *conventions* beschrieben. Art. 1108¹⁹¹ bestimmt die vier Hauptvoraussetzungen einer *convention*:

- Die Willenserklärung (oder Einwilligung)¹⁹²
- Die Geschäftsfähigkeit
- Ein Rechtsobjekt (bestimmter Gegenstand),¹⁹³ die den Inhalt der Verpflichtung (*matière de l'engagement*) darstellt
- Ein Rechtsgrund (*cause*).

Die Artt. 1109 bis Art. 1122 enthalten die Bestimmungen über die Willenserklärung. Danach kommt keine Einwilligung zustande (*il n'y a point du consentement*), wenn sie durch Irrtum, Gewalt oder Arglist (Betrug) beeinflusst war (Artt. 1109-1117). Irrtum, Gewalt und Arglist sind Nichtigkeitsgründe (*causes de nullité*).

Wenn Analphabeten eine Willenserklärung abgeben und sie nicht alle Folgen des Vertrages kannten, werden sie geschützt. Die von ihnen abgeschlossenen Verträge werden so betrachtet, als ob die Einwilligung fehle.¹⁹⁴

Alle Willensmängel werden als eine Einheit betrachtet (*unicité des vices de consentement*).¹⁹⁵ Z.B. wenn im Prozess ein Irrtum angeführt wird, es sich aber in Wirklichkeit um Gewalt handelte, findet die Annullierung trotzdem statt.¹⁹⁶

- Ein Irrtum (Art. 1110) kann sich auf die Sache oder auf die Person beziehen.¹⁹⁷
- Gewalt (Artt. 1111-1115) muss auf die Person eingewirkt haben.¹⁹⁸
- Bei Arglist (Art. 1116) liegen unredliche Handlungen vor. Ohne diese Handlungen hätte die betroffene Partei das Rechtsgeschäft nie vorgenommen.¹⁹⁹
Eine Lüge kann auch Grund für arglistige Täuschung sein.²⁰⁰

¹⁹¹ *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : Le consentement de la partie qui s'oblige, sa capacité de contracter, un objet certain qui forme la matière de l'engagement, une cause licite dans l'obligation.*

¹⁹² Frankreich Code Civil, S. 328.

¹⁹³ Frankreich Code Civil, S. 328.

¹⁹⁴ Urt. von 15. 12. 1999.

¹⁹⁵ Urt. von 05. 11. 1900; 13. 10. 1980.

¹⁹⁶ Urt. von 09. 11. 1971.

¹⁹⁷ Nach allgemeinen Rechtsprechung, *Schmidt-Szalewski*, Droit des contrats, S. 206 ff.

¹⁹⁸ Urt. von 03. 11. 1959; 31. 01. 1974; 22. 04. 1986 u.a.

¹⁹⁹ Urt. von 30. 01. 1970 (Colmar).

²⁰⁰ Urt. von 06. 11. 1970.

Dann erklärt Art. 1117, dass diese Nichtigkeit aus Irrtum, Gewalt oder Arglist nicht von Rechts wegen erfolgt (*n'est point nulle de plein droit*), sondern dass nur die Möglichkeit zu einer Nichtigkeits- oder *Rescisionsklage* (Wiederaufhebungsklage²⁰¹) besteht. Wenn eine andere Klage auf *résiliation* oder andere Gründe bereits erhoben wurde, wird das Urteil rechtskräftig sein und dann kann für denselben Vertrag die Nichtigkeitsklage nicht beantragt werden.²⁰²

Kapitel V Sektion VII (*Section VII*), von Artikel 1304 bis 1314. Diese Artikel behandeln die Nichtigkeits- (*action en nullité*) und Wiederaufhebungsklage (*action en rescision*). Der Art. 1234 erklärt, dass die Obligationen durch die Nichtigkeit erlöschen. Die Vorschriften der Nichtigkeitsklage gelten sowohl für die Nichtigkeit wie für die *rescision*. Die Nichtigkeitsklage für die Fälle von Gewalt, Arglist und Irrtum (relative Nichtigkeit) verjährt nach fünf Jahren.²⁰³ Für die andere Fälle (absolute Nichtigkeit) verjährt die Klage nach 30 Jahren.²⁰⁴ Die Nichtigkeitseinrede unterliegt hingegen keiner Verjährung.²⁰⁵

Die Artikel 1338-1340 behandeln die Bestätigung eines Rechtsaktes. Obligationen, bei denen die Nichtigkeitsklage anerkannt wird, können nicht bestätigt werden, wenn der Mangel sich auf den wesentlichen Inhalt²⁰⁶ der Obligation bezieht. Mit der Bestätigung eines Rechtsaktes wird auf die prozessualen Einreden verzichtet. *Gout*²⁰⁷ ist der Meinung, dass diese Artikel unrichtig platziert wurden. Seiner Meinung nach gehören diese Artikel in der Sektion der Nichtigkeits- und Wiederaufhebungsklage (Kapitel V Sektion VII).²⁰⁸

Die Bestätigung eines mangelhaften Rechtsgeschäftes (Art. 1338) gilt nur für die relative Nichtigkeit. In einem Prozess darf der Richter entscheiden, ob eine Bestätigung seitens einer Partei stillschweigend erfolgt ist.²⁰⁹

²⁰¹ Frankreich Code Civil, S. 336.

²⁰² Urt. von 28. 03. 1995.

²⁰³ Art. 1304 ; Urt. von 17. 11. 1958; 11. 01. 2005.

²⁰⁴ Urt. von 04. 02. 1975.

²⁰⁵ Urt. von 21. 12. 1983; 19. 12. 1995.

²⁰⁶ Frankreich Code Civil, S. 423.

²⁰⁷ *Gout*, *Le Juge et l'annulation du Contrat*, S. 10 ff.

²⁰⁸ *Gout*, *Le Juge et l'annulation du Contrat*, S. 15.

²⁰⁹ Urt. von 20. 11. 1974.

Im Falle der absoluten Nichtigkeit, auch wenn die Nichtigkeitsgründe erlöschen sollten, kann das Rechtsgeschäft nicht rückwirkend bestätigt werden. Vielmehr müssen die Parteien ein neues Rechtsgeschäft abschließen.²¹⁰

Die Originalfassung der Vorschriften des *Code Civil* über die Nichtigkeit wurde bis heute fast nicht verändert. Bis heute wurden nur zwei Artikel reformiert und einer addiert:

Art. 1124 wurde verändert im Sinne, dass die nicht emanzipierten Minderjährigen (*mineurs non émancipés*) keine Verträge abschließen können.²¹¹ Nach der Änderung müssen Minderjährige emanzipiert sein, um sich gültig verpflichten zu können.²¹² Eine andere Änderung ist, dass die verheirateten Frauen (*femmes mariées*) nicht mehr geschäftsunfähig sind.²¹³ Art. 1125 musste wegen der Reform des Art. 1124 auch verändert werden.²¹⁴ Es wurde abgeschafft, dass Geschäftsunfähige ihre Unfähigkeit nicht geltend machen können.²¹⁵ Zuletzt ist Art. 1125-1 ein Nachtrag über einen neuen Nichtigkeitsgrund.²¹⁶ Die Angestellten eines Altersheims können weder Schenkungen von den Patienten bekommen noch ihre Immobilien mieten. Dies macht für die Entwicklung der Nichtigkeitslehre keinen Unterschied, es muss nur erwähnt werden, weil man sonst nicht sagen kann, dass die Bestimmungen des *Code Civil* bis heute gleich geblieben sind.

Art. 1304: Die Verjährungsfrist für die Nichtigkeits- und Wiederaufhebungsklage wurde von Zehn auf fünf Jahre reduziert und die Bestimmungen über Rescission gegen geschäftsunfähige verheiratete Frauen wurden weggelassen. Seit dem Anfang des XX. Jahrhunderts sind die Ehefrauen geschäftsfähig.²¹⁷

Artt. 1305-1314 behandeln die Fälle von Rescission und Restitution von Minderjährigen. Die Originalfassung der Artt. 1305,²¹⁸ 1308,²¹⁹ 1312²²⁰ wurde auch verändert. Alle Fälle der Übervorteilung gegen Minderjährige begründen eine Rescission (Art. 1305).

²¹⁰ Urt. von 08. 01. 1985

²¹¹ Vor 1968 waren solche Minderjährige beschränkt geschäftsunfähig. Die Motive besagen, dass die Minderjährige in ihrer Urteilskraft nicht stark genug sind und auch unerfahren. Deswegen sind sie unfähig (*incapables*), ihre Engagements zu verstehen (Exposé des motifs V, Art. 1124, S. 11).

²¹² Art. 476 ff. *Code Civil*.

²¹³ Dieser Art. 1124 wurde zweimal geändert. Zum ersten Mal am 18. 02. 1938, dann am 03. 01. 1968, *Code Civil, Evolution*, S. 333 f.

²¹⁴ Am 18. 02. 1938 und 03. 01. 1968. *Code Civil, Evolution*, S. 334.

²¹⁵ Urt. von 16. 02. 1993.

²¹⁶ 03. 01. 1968. *Code Civil, Evolution*, S. 334.

²¹⁷ Am 18. 02. 1938 und 03. 01. 68. *Code Civil, Evolution*, S. 363.

²¹⁸ Am. 14. 12. 1964 *Code Civil, Evolution*, S. 363.

²¹⁹ Am 05. 07. 1974 *Code Civil, Evolution*, S. 364.

²²⁰ Am 18. 02. 1938 *Code Civil, Evolution*, S. 364.

Nachdem Minderjährigen Handlungsfähigkeit eingeräumt wurde (03.01.1968), können sie auch Verträge abschließen und diese Verträge sind von der Restitution ausgeschlossen (Art. 1308). Wenn ein Minderjähriger ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters etwas erlangt und aufbraucht, ist der Minderjährige zur Restitution verpflichtet, wenn das Erlangte zu ihren Gunsten verwendet worden war (Art. 1312).

Nach dem *Code Civil* ist die Nichtigkeit eine Art des Erlöschens einer Obligation. Dies wird im Art. 1234 deutlich. Das Gesetz zählt acht verschiedene Situationen auf, in denen die Obligationen erlöschen. Der siebte Fall ist die Nichtigkeit.

III. Motive zum Code Civil

Die Motive sind in zwei verschiedenen Werken zu finden:

- Die Motive zum *Code Civil* (zwischen 1801-1804).²²¹ Wie in jeden Gesetzesmotiven werden hier die Zwecke der Artikel erklärt. Die Materialien wiederum bestehen aus drei Teilen: den Motiven (*Motifs*) als erstem, den *Rapports*²²² als zweitem und dem *Discours*²²³ als drittem Teil.
- Das zweite Werk ist die *Conférence du Code Civil* (zwischen 1803-1804). Hier wird die endgültige Auffassung des *Code Civil* debattiert

IV. Die Nichtigkeit in den Motiven zum Code Civil

1. Conférence du Code Civil.²²⁴

In der *Conférence* wird lediglich hinterfragt, ob die Originalfassung der Gesetzeskommission in den Debatten verändert wurde, sie gibt aber nicht viel Information über den ursprünglichen Sinn der Gesetze. In Bezug auf die

²²¹ Exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement; -Des Rapports faits au Tribunal au nom de la Commission de Législation; -Des opinions émises dans le cours de la discussion; -Des discours prononcés au corps législatif par les orateurs du Tribunal; -Et d'un table analytique et raisonnée des matières tant de Code que des discours.

²²² Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code Civil (1801), S. II.

²²³ Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code Civil (1801), S. II.

²²⁴ Auch wenn dieses Werk chronologisch später als die Motive entstanden ist, wird es zuerst dargestellt aufgrund mangelnder Informationen in Bezug auf die Unwirksamkeitslehre, die in dem Werk zu finden sind.

Unwirksamkeitslehre wird in den *Conférence* nichts vieles gesagt. Die wesentlichen Motive findet man im zweiten Werk, den *Rapports*. Hier wird erklärt, welche Nichtigkeitsgründe möglich sind und wieso man auf diese Weise vorgegangen ist.

2. Exposé des motifs, sur chaque loi, présenté par les Orateurs du gouvernement

a) Exposé des motifs de la loi sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général, par le conseiller d'État Bigot-Préameneu (28. Januar 1804)

aa.) Die Nichtigkeitsmotive werden in zwei verschiedenen Kapiteln entwickelt. Hier werden Gründe und Voraussetzungen für Geschäftsfähigkeit, Willenserklärung, Rechtsgrund (*cause*) und Willensmangel gegeben. In dem *Exposé des motifs* wird erklärt, WANN eine Nichtigkeit eintritt. Im ersten Kapitel wird die Nichtigkeit auf den Willensmangel (*vices du consentement*) bezogen, im zweiten auf das Erlöschen von Obligationen. Auffällig ist, dass die Begriffe Obligationen, *conventions* und Verträge in den Motiven nahezu identisch verwendet werden.²²⁵

Nach den Motiven entsteht Nichtigkeit aufgrund einer mangelhaften Willenserklärung. Das Gesetz nennt für die Gültigkeit eines Vertrages verschiedene Voraussetzungen. Das Gesetz spricht dabei von wesentlichen Voraussetzungen (*conditions essentielles*) für die Gültigkeit der Verträge. Nach Ansicht des Gesetzgebers lassen sich diese Regeln aus der Billigkeit (*équité*) ableiten. Infolge dessen kann eine Obligation nicht verpflichtend sein, wenn:²²⁶

- die sich verpflichtende Partei nicht eingewilligt hat, oder wenn sie nicht geschäftsfähig ist,
- der Rechtsgrund (*cause*) fehlt, oder wenn der Rechtsgrund nicht zulässig ist.²²⁷

Die erste Regel steht in Art. 1109 *Code Civil*. Sie besagt, dass keine gültige Willenserklärung existiert, wenn sie durch Irrtum veranlasst oder durch Gewalt oder Arglist hervorgerufen worden ist. Der Nichtigkeitsgrund des Irrtums darf nicht eine unwesentliche Voraussetzung (*qualité accidentelle*) des Vertrages betreffen, sondern er

²²⁵ *Guelfucci-Thibierge*, Nullité, restitutions et responsabilité (1992), S. 25.

²²⁶ Exposé des motifs V, Nr. 60, Art. 1008, S. 105.

²²⁷ Exposé des motifs V, Nr. 60, Art. 1108, S. 105.

muss im Wesen der Sache, die das Rechtsobjekt des Verhältnisses darstellt, liegen.²²⁸ Der Irrtum in der Partei (*erreur en la partie contractuelle*) muss ein solcher sein, dass die Betrachtung der Partei der Vertragsgrund gewesen ist. Man muss den Richter überzeugen, dass man den Vertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn man gewusst hätte, dass es sich bei dem Vertragspartner um eine andere Person handelt; der Vertrag sollte der ursprünglichen Zielperson abgeschlossen werden und mit keiner anderen.²²⁹ Derselben Regel folgt der Motivirrtum. Eine Person muss frei sein, einen Vertrag abzuschließen.

Mit Gewalt kann eine Person nicht zum Handeln gezwungen werden. Diese Gewalt kann durch die andere Vertragspartei ausgeübt werden oder durch einen Dritten.²³⁰ Eine Person muss dabei in ihrem psychischen Zustand (*caractère*) derart beeinträchtigt werden, dass eine freie Entscheidung nicht mehr möglich ist.

Die Arglist (*le dol*) ist ein anderer Nichtigkeitsgrund.²³¹ In diesem Fall muss die Partei, die die Arglist nicht erkennt, beweisen, dass sie durch die „Manöver“ der anderen Partei übervorteilt worden ist und dass sie diese Manöver nicht einsehen konnte.²³²

Wenn es jedoch bei der Zustimmung einen Irrtum, Gewalt oder Arglist gibt, besteht der Vertrag dennoch mit einer scheinbaren Zustimmung. Der Vertrag soll dann solange als gültig angesehen werden, bis eine der Parteien sich den Willensmangel widersetzt (*opposer*). Der Vertrag ist also nicht *ipso iure* nichtig, sondern der Vertrag muss vom Richter aufgehoben werden (*rescindé*), d. h. der Richter soll nach einem Prozess die Nichtigkeit²³³ erklären.²³⁴

bb.) Das nächste Beispiel behandelt die Geschäftsfähigkeit. Die Motive besagen, dass es unmöglich ist, in einem Vertrag einen Willen zu äußern²³⁵ (oder vielmehr einen Vertrag abzuschließen), wenn die entsprechende Person keine Fähigkeit hatte, sich zu

²²⁸ Exposé des motifs V, Nr. 60, Art. 1110, S. 105.

²²⁹ Exposé des motifs V, Nr. 60, Art. 1110, S. 105.

²³⁰ Laut den Motiven kommt der Nichtigkeitsgrund aus der Gewalt aus römischen Zeiten. *Metus non vani hominis, sed qui in homine constantissimo cadat, metus majoris malignitatis, metus praesens, metus in se aut in liberis suis.* D. 4. 2, ff. *quod metus causa*.

²³¹ Das Exposé des motifs definiert die Arglist mit der Definition von *Labeo* (d.h. des Frühklassikers). *Dolum, omnen calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum, alterum, adhibitum* D. 4. 3, 1, 2, ff.

²³² Exposé des motifs V, Nr. 59, Art. 1110, S. 10.

²³³ Exposé des motifs V, Nr. 59, Artt. 1117, 1118, S. 10.

²³⁴ Hier werden die Begriffe der Nichtigkeitserklärung (*déclaration de nullité*) und *rescision* als Synonyme verwendet. Die Nichtigkeit wird nicht als eine *ipso iure* eintretende verstanden, sondern mehr als eine Vernichtbarkeit, die vom Richter erklärt werden muss.

²³⁵ *Donner son consentement à un contrat.*

verpflichten. Die Regel besagt, dass jede Person geschäftsfähig ist, solange das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Die Begründung für die Geschäftsunfähigkeit (Minderjährigkeit und Entmündigung) ist einerseits die Vermutung, dass eine Person kein vollständiges Urteilsvermögen besitzt oder andererseits aufgrund öffentlicher Ordnung (*ordre public*).²³⁶ Wenn die Gesetzesverbote über die Geschäftsunfähigkeit nicht beachtet werden, ist der Vertrag nichtig.²³⁷

cc.) Andere Gründe für die Nichtigkeit sind:

- Eine Obligation ohne Rechtsobjekt. Das Rechtsobjekt soll *dans le commerce* (also im üblichen Rechtsverkehr) sein, man soll es unterschieden (*distinguer*) können, es soll bestimmt (*déterminée*) werden und am Ende soll es festgelegt werden.²³⁸ Bei einer Obligation, die keinen Grund (*cause*) besitzt, verhält man sich so, als ob sie nie ausgedrückt worden sei.²³⁹
- Schließlich besagen die Motive, dass alle Obligationen, die gegen *defense de la loi*, (also zwingendes Recht), gegen die guten Sitten oder den *ordre public* abgeschlossen worden sind, „[...] verbannt (*proscrire*) werden müssen“²⁴⁰ (→Nichtigkeit).

Die zweite Situation, wo die Nichtigkeit im Allgemeinen betrachtet wird²⁴¹ ist beim Erlöschen der Obligationen.²⁴² Die Motive besagen, dass eine Art des Erlöschens von Obligationen ihre Annullierung (Vernichtung oder Annullierung, *annulation*) ist.²⁴³ Diese soll immer durch den Richter erfolgen.²⁴⁴ Die Obligation wird durch eine richterliche Erklärung bei der Nichtigkeits- und Wiederaufhebungsklage (*action en rescision*) aufgehoben.²⁴⁵

²³⁶ Exposé des motifs V, Nr. 59, Art. 1123 f, S. 11.

²³⁷ Dies wird in den Motiven nicht ausdrücklich erwähnt. Am Anfang des Kapitels nennen die Motive jedoch die Hauptvoraussetzungen für einen Vertrag (*conditions essentielles pour leur validité*). Des Weiteren besagen die Motive, dass bei Nichtbeachtung dieser Voraussetzungen in Bezug auf die Gerechtigkeit, der Vertrag nicht anerkannt werden kann. (→Nichtigkeit).

²³⁸ Exposé des motifs V, Nr. 59, Art. 1126 ff., S. 12.

²³⁹ Exposé des motifs V, Nr. 59, Art. 1131 f., S. 15.

²⁴⁰ Exposé des motifs V, Nr. 59, Art. 1133, S. 15.

²⁴¹ Andere Nichtigkeitsgründe gibt es im Kaufrecht, Familienrecht usw., aber das sind keine allgemeinen Regeln und daher nicht Inhalt dieser Arbeit.

²⁴² Exposé des motifs V, Nr. 59, Art. 1234, S. 51 f.

²⁴³ *Au nombre des manières dont les conventions s'éteignent est leur annulation.* Exposé des motifs V, Nr. 59, Art. 1304, S. 77.

²⁴⁴ Dank dieses Satzes erfährt man den Grund, warum für die Nichtigkeit in Frankreich immer ein Urteil nötig ist.

²⁴⁵ Exposé des motifs V, Nr. 61, Art. 1304, S. 237.

Eine andere Besonderheit ist die Frist, d.h. der zeitliche Rahmen, indem man die Klage erheben kann.²⁴⁶ Nach den Motiven beträgt die Frist, in der man einen Vertrag annullieren kann, zehn Jahre. Grund für diesen zeitlichen Rahmen ist die Auffassung, dass man die Vertragsparteien nicht in einer langen Zeit der Ungewissheit belassen möchte.

b) Rapport [fait au Tribunaut, par le tribun Favard, au nom de la section de législation, sur la loi relative aux contrats o aux obligations conventionnelles en général (3. Februar 1804)].²⁴⁷

In diesem Rapport werden die einzelnen Gründe erklärt, die zur *nullité* führen können. Es werden dieselben Gründe wie in den Motiven angeführt, mit dem Unterschied, dass hier das WIE der Nichtigkeit erklärt wird. Bemerkenswert ist, dass nicht explizit gesagt wird, dass ein Willensmangel zur Nichtigkeit führt, oder dass etwas nichtig ist, sondern dass eine Obligation annulliert (vernichtet) wird, oder ein Willensmangel eine Obligation annulliert:

*...si elle (der Irrtum) tombait sur la personne, elle n'annulerait la convention qu'autant.....qui doit faire annuler la convention.....la violence peut annuler un contrat...*²⁴⁸

Der Rapport von Art. 1304 (*l'action en nullité ou en rescision des conventions*) besagt, dass in einem *acte* (damit ist Vertrag oder Rechtsgeschäft gemeint) zwischen seinem Gegenstand (*le matériel*) und seinem Effekt (*effet*) unterschieden werden muss.²⁴⁹ Bei dem Gegenstand (*le matériel*) handelt es sich um alle äußerlichen Formalitäten. Der Effekt hängt von ihrer Substanz (*substance*) ab. Es reicht nicht, dass eine Abmachung (*convention*) formal dem Gesetz entspricht; es ist auch nötig, dass alles Nötige in Hinblick auf die Wahrheit oder Richtigkeit der Abmachung gefunden werden kann. Für die Wirksamkeit der Verträge sind vier Grundvoraussetzungen nötig:

- Die Einigung (*consentement*)
- Die Geschäftsfähigkeit

²⁴⁶ Die Motive sprechen von Verjährung zwar nicht ausdrücklich, es handelt sich aber um jene.

²⁴⁷ Exposé des motifs V, Nr. 60, S. 103 ff.

²⁴⁸ Exposé des motifs V, Nr. 60, Art. 1108 ff., S. 103 ff.

²⁴⁹ Exposé des motifs V, Rapport, Nr. 60, Art. 1304, S. 164.

- Ein bestimmtes Rechtsobjekt
- Ein zulässiger Grund (*cause licite*)

Laut dem *Rapport* würde die Unzulässigkeit einer *cause*, wenn sie also gegen das Gesetz, gegen die guten Sitten oder gegen den *ordre public* verstößt, die ganze Abmachung nichtig machen und diese könnte somit nie gültig werden, was zur Folge hätte, dass es nie einen Vertrag geben würde (etwa Inexistenz²⁵⁰).

Wenn eine Abmachung kein Rechtsobjekt hat, ist es unmöglich, dass diese Wirkungskraft erlangt. Aus dieser Abmachung kann auch nie ein Vertrag entstehen.

Bei der Einigung und bei der Geschäftsfähigkeit ist die Handhabung laut dem *Rapport* unterschiedlich. Hier wird gesagt, dass es möglich ist, diese Abmachungen zu annullieren. Wenn der Berechtigte auf die Annullierung (Vernichtbarkeit) verzichtet müssen die Verträge erfüllt werden.

Die Nichtigkeitsklage kann laut dem *Rapport* nur in den Fällen erhoben werden, in denen sich der Gegner mit einer Einrede verteidigen kann. Das kann er nur in zwei Fällen:

- bei der Geschäftsunfähigkeit
- wenn eine gültige Einigung fehlt (Willensmangel).

Mit diesem Thema haben sich (laut dem *Rapport*) die meisten Juristen beschäftigt. Sie haben versucht, Prinzipien aus der Gerechtigkeit, Billigkeit, analog zur Moral, und zugunsten der Familien zu finden. Trotzdem konnten sie **die ursprüngliche (römische) Gliederung der Verträge nicht unbeachtet lassen²⁵¹ und sie wurde im *Code Civil* beibehalten**. Es gibt Akte, die fälschlicherweise Verträge genannt werden; „echte Verträge“ sind nur diejenige Akte, die eine Verpflichtung enthalten und folglich auch eine Klage mit sich bringen. Diese kann durch eine Einrede abgeschlagen werden. Die Akte, die keine Verträge sind, erzeugen keine Klage (*action*).²⁵²

²⁵⁰ Siehe Kap. 3. § 5, Nr. I, II.

²⁵¹ Exposé des motifs V, Rapport, Art. 1304, Nr. 60, S. 164.

²⁵² Dies ist der römischen *actio* ähnlich. Die Gesetzgeber haben hier ausdrücklich erläutert, dass sie die alte Gliederung der Verträge nicht unbeachtet lassen könnten, d.h. das Denken, dass Recht aus dem Prozess entsteht, wurde damals nicht völlig außer Acht gelassen.

Die Lösung für die Verträge, die ohne *cause*, ohne Objekt, oder aus einem unzulässigen Grund abgeschlossen worden sind, erfolgt jedoch nicht durch einen Richter, sondern es genügt, wenn die eine Partei der anderen Partei erklärt, dass keine Obligation bestehe. Dies bezieht sich auf die Verträge. Für die Fälle, in denen man die Nichtigkeitsklage erheben kann, gilt immer eine Frist. Die meisten Fälle bezogen sich anscheinend auf das Eigentum. Das Eigentum darf nicht in Unsicherheit gelassen werden, deswegen beträgt die Frist zehn Jahre.

c) Discours prononcé au corps législatif, par le tribun Moricault, l'un des orateurs chargés de présenter le voeu du tribonat sur la loi relative aux contrats ou obligations conventionnelles en général (7. Februar 1804).²⁵³

Den *discours* hat der *Tribun Moricault* präsentiert. Hier hat er die Gründe für dieses Kapitel erklärt. Im *discours* wird gesagt, dass die Einigung (*consentement*) eine Hauptvoraussetzung für das Entstehen einer *convention* (Rechtsakt bzw. Rechtsgeschäft) ist. Wenn ein Willensmangel vorliegt, kann die Einigung nicht als wahrhaft (korrekt) und gültig angesehen werden.

Der Irrtum, die Drohung oder die Arglist als Nichtigkeitsgründe sollen auf die Substanz der Sache oder auf das Motiv der Verpflichtung fallen.

Die zweite Hauptvoraussetzung ist die Geschäftsfähigkeit. Wenn man nicht geschäftsfähig ist, sind die abgeschlossenen Abmachungen nichtig. Die Nichtigkeit bei der Geschäftsunfähigkeit kann entweder absolut oder relativ sein. Wenn die Gründe für die Geschäftsunfähigkeit wegfallen (ein Minderjähriger wird volljährig), können ihre Abkommen ausdrücklich oder konkludent, z.B. durch Erfüllung, bestätigt werden.

Dritte Voraussetzung ist, dass die *conventions* kein „illusorisches“ Rechtsobjekt haben. Es muss ein wahres Objekt geben (*objet réel*), mindestens eine der Parteien muss sich zu einem Liefern, Erfüllen oder Unterlassen verpflichtet haben (*livrer, faire ou ne pas faire*), der Gegenstand muss im Rechtsverkehr zulässig sein, sie muss bestimmt werden, oder dass sie von ihrer Menge getrennt werden kann (Sache muss bestimmt werden können).

Die letzte Voraussetzung ist, dass die *convention* einen Grund (*cause*) hat. Dieser kann ausgedrückt oder abgeleitet werden, aber er muss in jedem Fall wahr und zulässig sein.

²⁵³ Exposé des motifs V, Nr. 61, S. 209 ff.

Über die Nichtigkeit wird an den Stellen gesprochen, wo der *discours* die *action en nullité ou en rescision* behandelt. Die Nichtigkeit der Obligationen ist eine Ursache für das Erlöschen, jedoch nicht vom Rechts wegen (*du droit*); jemand muss sich auf sie berufen.²⁵⁴ Die Gründe (*moyens*) für die Nichtigkeit oder Restitution ergeben sich aus Geschäftsunfähigkeit, Irrtum, Arglist oder Gewalt. *Moricault* meinte, dass diese Gründe bereits erklärt wurden.²⁵⁵

Zuletzt wird gesagt, dass das Eigentum geschützt werden muss. Es muss eine Frist geben, binnen derer die Bestätigung des mangelhaften Rechtsaktes erfolgen soll. Dieser Anspruch²⁵⁶ unterliegt der Verjährung. Die Frist beträgt zehn Jahre. Wenn die Klage innerhalb von zehn Jahren nicht erhoben wird, wird der Rechtsakt als bestätigt angenommen. Wenn die Parteien den Rechtsakt bestätigt haben sollten, bedeutet das gleichzeitig, dass sie auf die Klage verzichten haben.

d) Würdigung

Die verwirrende Darstellungsweise der Nichtigkeitslehre der Motive des *Code Civil* ist das erste, was dem Betrachter auffällt. Dies ist jedoch kein Zufall. Als der *Code Civil* verfasst wurde, waren die Begriffe der Nichtigkeit noch nicht so entwickelt, wie wir sie heute kennen. Man merkt zudem, dass die Begriffe *contrat*, *obligation* und *convention* ohne Unterschied benutzt werden. Es wird von einer einzigen Nichtigkeit gesprochen, und eine (ausdrückliche) theoretische Unterscheidung zwischen *nullité* und *annuler* kann nicht gefunden werden.

In den Motiven kann man sehen, dass die Regeln das Problem behandeln, wann und wie es zu Nichtigkeit kommt. Dies ist ein Merkmal aus dem römischen Recht, welches besagt, dass Recht aus dem Prozess entsteht, eine Vorstellung, die bereits zu jener Zeit vorlag. Die Idee der absoluten Nichtigkeit existierte bereits zu Beginn des XIX. Jahrhunderts, aber sie hatte sich noch nicht durchgesetzt und der *Code Civil* hat sie nicht berücksichtigt.

Die **Nichtigkeit** im Obligationenrecht des *Code Civil* ist **nicht** eine *ipso iure* eintretende Nichtigkeit, **sondern** eine **Vernichtbarkeit**. Die Nichtigkeit des Obligationenrechts

²⁵⁴ Dies muss mit dem Prinzip verbunden werden, dass die Nichtigkeitserklärung beim Richter erfolgt.

²⁵⁵ Exposé des motifs V, Art. 1304, S. 237.

²⁵⁶ In diesem Fall Anspruch im Sinne der französischen „Klage“, *action*.

erfolgt nämlich nur mit einer richterlichen Erklärung, nach einem Nichtigkeitsantrag, und nur bei „zulässigen“ Obligationen. Dies wird deutlich, wenn man sieht, dass die Nichtigkeit in der Abteilung des Erlöschens der Obligationen als ein Erlöschensgrund geregelt ist (*les obligations s'éteignent*).²⁵⁷

Wenn eine Obligation nicht gestattet ist, dann kann keine Klage (*il n'y a pas d'action*) erhoben werden. Man hat die Nichtigkeit zwar gesehen, jedoch ein Rechtsmittel, um diese Nichtigkeit geltend zu machen existiert nicht. Daher gab es auch keine Ursache, zumindest im Prozess. Diese Nichtigkeit im Prozess geltend zu machen (*lex imperfecta*) war also in den französischen Gerichten nicht möglich.

Auch wenn die absolute Nichtigkeit nicht im *Code Civil* geregelt wurde, könnte sie abgeleitet werden. In den Motiven wird erklärt, dass nur aus „echten Verträgen“ eine Nichtigkeitsklage entspringt. Die absolute Nichtigkeit wäre nur eine materielle Regel, die im Prozess nicht geltend gemacht werden konnte. Sie tritt *ipso iure* ein.

Wenn die Nichtigkeit immer von dem Richter erklärt werden muss und sie nur für Verträge ist, dann hat der *Code Civil* in 1804 eine Lücke gelassen: Es **fehlte** eine **allgemeine Regel über die Nichtigkeit**.

V. Diskussion des Art. 146 Code Civil [26. fructidor an IX (13. September 1801)] und anderer eherechtlicher Bestimmungen

Ein wichtiger Markstein für die Entwicklung der Begriffe der Nichtigkeit ist die Diskussion des Art. 146 in *Conférence de Code Civil*.²⁵⁸ Die Originalfassung des Artikels wurde dank *Napoléon* in der Diskussion vom *Conseil d'Etat* verändert.²⁵⁹

1. Conférence du Code Civil

Die Originalfassung des Arts. 146. lautete: Die Ehe ist ungültig, wenn die Ehegatten keine freie Einwilligung abgegeben haben.

Es besteht keine Einigung, 1°. Wenn sie durch Gewalt beeinflusst war, 2°. Wenn es Irrtum über die Person gab, die die andere Partei zu heiraten beabsichtigte, 3°. Wenn

²⁵⁷ Exposé des motifs V, Art. 1304, S. 237.

²⁵⁸ *De los Mozos*, El negocio jurídico, S. 100.

²⁵⁹ Dazu: *Theewen*, Napoleons Anteil am Code Civil, S. 112 ff.

eine Entführung stattfand, es sei denn, dass die Willenserklärung von der entführten Person abgegeben wird, nachdem sie ihre volle Freiheit zurückbekommen hat.²⁶⁰

(« *Le mariage n'est pas valable, si des époux n'y ont pas donné en consentement libre* » « *Il n'y a point de consentement, 1°. S'il y a eu de violence ; 2°. S'il y a eu erreur dans la personne que l'une des parties avait eu l'intention d'épouser ; 3°. S'il y a eu rapt, à moins que le consentement n'ait été donné par la personne ravie, après qu'elle a recouvré sa pleine liberté* »).²⁶¹

Zu dieser Fassung hat *Napoléon (Premier Consul)* gesagt, dass es zwei verschiedene Situationen sind, wenn es keine Ehe gibt, oder wenn keine Willenserklärung vorliegt. Man möge einen besseren Ausdruck für „*Il n'y a point de consentement*“ finden. Der *Consul Cambacérès* schlug anstatt „freie Willenserklärung“ vor „formelle Willenserklärung“.

Die *Conseillers Réal* und *Portalis* meinten, die formelle Willenserklärung wäre nur die vom Gesetz vorgeschriebene Willenserklärung. Dies würde immer stattfinden, solange der vom Gesetz vorgeschriebene formelle Akt vorgenommen werde, aber eine formelle Willenserklärung sei nicht immer frei.

Napoléon antwortete, dass man es so ansehen konnte, dass keine Ehe zustande komme, wenn die Willenserklärung nicht, wie die Vorschriften des Zivilstands befehlen,²⁶² abgegeben wurde. Andererseits würde keine gültige Willenserklärung vorliegen, wenn sie durch Gewalt, Irrtum oder Versuchung beeinflusst wurde.

Der *Conseiller Réal* meinte, dass nach der Rechtsprechung Irrtum kein Grund für die Unwirksamkeit einer Ehe ist, erheblich sei nur ein Irrtum über die Person.

Napoléon meinte, dass es Umstände gebe, wie den Namen, das Vermögen, oder persönliche Eigenschaften, die bestimmende Gründe für die Eingehung einer Ehe sein könnten. Der Irrtum über diese Umstände mache die Willenserklärung ungültig.

So wird das Zustandekommen einer Ehe durch zwei Kriterien eingeschränkt:

- Der Ehe ist gültig, wenn die Formalitäten respektiert wurden, und keine Gewalt, oder Irrtum über die Person vorlag.
- Die Ehe soll kassiert (*casser*) werden, wenn die Formalitäten nicht beachtet wurden, oder wenn Gewalt oder Irrtum die Konsenserklärung beeinflussten.

²⁶⁰ *Theewen*, Napoleons Anteil am Code Civil, S. 118.

²⁶¹ Conférence du Code Civil II, Art. 146, S. 6 f.

²⁶² Conférence du Code Civil II, Art. 146, S. 6 f.

Der *Conseiller Tronchet* meinte, dass eine allgemeine Regel über Nichtigkeit der Ehe nicht angemessen wäre, weil nicht alle Formalitäten wesentlich sind. Das Nichtbeachten der Formalitäten solle nicht immer zur Nichtigkeit führen.

Napoléon war mit dieser Aussage einverstanden, und er meinte, man soll unterscheiden, in welchen Fällen der Mangel zur Nichtigkeit führt und in welchen nicht.

Der *Conseiller Tronchet* meinte, man sollte die Ehenichtigkeitsgründe an den Anfang stellen (Art. 146). *Napoléon* meinte, dadurch würde man die Fälle, wo keine Ehe existierte und die Fälle, wo die Ehe kassiert (*casser*) werden sollte, vermischen.

Der *Conseiller Berlier* schlug vor, eine Vorschrift einzufügen, wonach bei Irrtum oder Gewalt (*violence*) keine gültige Willenserklärung beim Zivilbeamten (*officier civil*) abgegeben wurde.

Der *Conseiller Réal* meinte, dass alles, was mit Willenserklärung zu tun hat, in dem maßgeblichen Kapitel der Willenserklärung geregelt werden könnte.

Der *Conseiller Bigot-Préameneu* schlug die folgende Fassung vor: «*Il n'y a pas de mariage, lorsqu'il n'y a pas de consentement; il n'y a pas de consentement, lorsqu'il y a de violence, séduction, ou erreur sur la personne*». (Keine Ehe liegt vor, wenn keine Einigungserklärung vorhanden ist; keine Einigungserklärung liegt vor, wenn Gewalt, Verführung, oder Irrtum über die Person vorkommen).

Am Ende wurde die folgende Fassung angenommen: «*Il n'y a point de mariage, lorsqu'il n'y a point de consentement* ».²⁶³ (Eine Ehe kommt nicht zustande, wenn keine Einigungserklärung vorliegt).

2. Motifs, Rapports, opinions et discours [16 ventôse an 11 (7. März 1803)]

a) **Motifs.** Diese *Motifs* wurden von dem *Conseiller d'Etat Portalis* vorgetragen. Hier hat er die Motive zu den Artikeln zum *Tribunaut d'Etat* präsentiert. Über Art. 146 wurde nichts gesagt.

Im Buch I, Titel V, Kapitel IV wird die Nichtigkeitsklage bezüglich der Ehe dargestellt. Bemerkenswert ist beim Art. 192, wo *Portalis* folgenden Satz zitiert: *Quod ab initio non valet, tractu temporis non conualescit*.²⁶⁴ Dies ist die Idee der Nichtigkeit *ab initio*. Er meinte, dass dieser Rechtsgrundsatz nur für Testamente anwendbar ist, aber nicht für Ehen. (...*ce que était nul dans son principe se ratifie dans la suite, et l'on n'applique*

²⁶³ Conférence du Code Civil II, Art. 146 S. 12 ff.

²⁶⁴ Dazu und zu den Einschränkungen: *Wacke*, Ex post facto conualescere im Römischen Recht (2000), S. 1025 ff.

*point au mariage cette maxime qui n'a lieu que dans les testaments: « quod ab initio... »).*²⁶⁵

Über Art. 191 sagt *Portalis*, dass die Nichtigkeit, wenn die Ehe nicht standesamtlich und beim Staatsbeamten eingegangen wird (*n'a point été contracté publiquement et qui n'y a point été célébré devant l'officier public*) die schwerwiegendste von allen Unwirksamkeitsarten ist. Diese Nichtigkeitsart ermächtigt Väter und Mütter, Ehegatten, dem *Ministère Public*, und allen, die ein Interesse an die Unwirksamkeit haben die Nichtigkeitsklage zu erheben.²⁶⁶

Diese Nichtigkeit kann weder durch den Statusbesitz bestätigt werden (*ne peut être couverte par la possession*), noch durch einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Akt von den Parteien, diese Nichtigkeit ist unbefristet und absolut. Dieser Akt, der die Nichtigkeit verursacht, ist radikal nichtig. Er ist ein Attentat auf die Rechte der Gesellschaft, und ein Verstoß gegen die Gesetze des Staates.²⁶⁷

b) Rapports [23 ventôse an 11 (14. März 1803)]. Dieser Bericht wurde von dem *Tribun Gillet* vorgetragen. Über Art. 146 wurde nur gesagt, dass das Erfordernis einer freien Willenserklärung zum Schutz der Gesellschaft aufgestellt worden ist.²⁶⁸

c) Discours [26 ventôse an 11 (17. März 1803)]. Diese Rede wurde von dem *tribun Bouteville* gehalten. Über Art. 146 wurde gesagt, dass Willenserklärungen frei von Zwang, Gewalt oder Drohung sein müssen. Die Freiheit der Willenserklärung erfordert nicht nur die Ehe, sondern alle Abmachungen, die die Menschen treffen. Wenn also für das geringste Interesse die freie Willenserklärung geschützt wird, dann müsse es auch für den heiligsten Vertrag, den zwischen den Menschen vorkommt, anerkannt werden.²⁶⁹

Über die Nichtigkeit der Ehe im Buch I, Titel V, Kapitel IV, sagte *Bouteville*, dass es ungünstig für die Gesellschaft ist, die peinlichen Situationen von der Nichtigkeitsklage der Ehe in den Gerichten zu verhandeln. Wenn aber das Strafrecht die Ehe bewachen solle, müssten die (Zivil)Gesetzgeber kein Kapitel über Ehenichtigkeit enthalten.

²⁶⁵ Exposé des motifs II, Art. 190, S. 255.

²⁶⁶ Exposé des motifs II, Art. 191, S. 255.

²⁶⁷ Exposé des motifs II, Art. 190 ff., S. 255.

²⁶⁸ Exposé des motifs II, S. 266 ff.

²⁶⁹ Exposé des motifs II, Art. 180, S. 286.

Bouteville meinte ferner (im Namen der Kommission), dass in der Entwurf über die Nichtigkeitsklage der Ehe **keine ausdrücklichen Vorschriften über die absolute oder die relative Nichtigkeit, wenn diese Teilung vom *Tribunaut* bereits bekannt ist**, umwandeln wolle.²⁷⁰ Der Entwurf wolle auch keine Nichtigkeiten enthalten, die entweder zurückgenommen (*rétracter*) oder nicht zurückgenommen werden könnten. Jedoch wollte sie dem Richter Richtlinien geben. Diese Richtlinien wurden von den Richtern selber durch die Rechtsprechung entwickelt und der Entwurf wollte alle in einem Kapitel zusammenstellen.²⁷¹

Dieses Kapitel entwickelt nur Bestimmungen wie « *Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement* ». Art. 180 bestimmt dasselbe Prinzip, er ist nur die Folge dieses Prinzips.

Während seines Vortrags über die Artikel 193 ff., meinte der *Tribun Bouteville*, « *les neuf articles suivants qui terminent le quatrième chapitre sont relatifs* » „die folgenden neun Artikel, die das vierte Kapitel beenden, sind relativ“.²⁷² Mit *relatif* meinte er *relation* (Beziehung) in Bezug auf die Ehe. Die folgenden neun Artikel, die er meinte, sind Bestimmungen über Nichtigkeiten in Bezug auf die Ehebeziehung. Es ist durchaus möglich, dass die Idee der relativen Nichtigkeit aus diesen Bestimmungen stammt und als Signifikat des Begriffs festgestellt wurde. Der heutige Begriff der relativen Nichtigkeit bedeutet, dass die Nichtigkeit sich auf das Verhältnis zwischen den Parteien (*relation contractuelle*) bezieht.²⁷³

Heute wird der Nichtigkeitsgrund des Art. 146 zur absoluten Nichtigkeit gerechnet. Die Person, die sich auf die Einwilligungsmangel beruft, muss diesen Mangel beweisen.²⁷⁴ Der Richter darf das Fehlen der Einwilligung feststellen und diese Feststellung ist als Tatfrage von der Überprüfung durch die der *Cour de Cassation* ausgeschlossen.²⁷⁵

²⁷⁰ *Le projet, citoyens législateurs, ne convertit pas en dispositions positives les distinctions si connues de nullités absolues et relatives, de nullités qui peuvent ou qui ne peuvent pas être effacés ; mais sans les perdre de vue, le législateur trouve un guide bien plus sûr dans les règles qui lui-même a tracées.* Exposé des motifs II, Art. 180, S. 291.

²⁷¹ Exposé des motifs II, Art. 180, S. 291.

²⁷² Exposé des motifs II, Art. 193, S. 295.

²⁷³ *Ferid*, Das Französische Zivilrecht (1994), S. 597, Rn. 1, Fn. 913.

²⁷⁴ Urt. von 02. 12. 1992; 24. 02. 1997.

²⁷⁵ Urt. von 29. 01. 1975.

d) Würdigung

Aus dieser Diskussion und Darstellung der Ehebestimmungen im *Code Civil* kann man wichtige Angaben über die Nichtigkeit finden:

- Die Idee der absoluten Nichtigkeit existierte bereits bei der Entstehung des *Code Civil*. Sie ist nicht die heutige absolute Nichtigkeit, weil sie nicht als eine allgemeine Regle erscheint, sondern jede Situation ihre „eigene Nichtigkeitsgrund“ enthält. Die Ehenichtigkeit bezeichnet diese Nichtigkeit auch nicht als absolut. Jedoch ist sichtbar, dass bereits viele Ähnlichkeiten zu der heutigen absoluten Nichtigkeit bestehen. Diese ursprüngliche „absolute Nichtigkeit“ wird als Gegensatz zu einer „milderer“ Nichtigkeit gestellt, die „relative“ Gründe hat.

- Wenn in den Motiven von Nichtigkeit im Sinne von Art. 191 gesprochen wird, wird gesagt, dass es die schwerwiegendste von allen Nichtigkeiten ist. Soll das heißen, dass die Nichtigkeit verschiedene Grade oder Stufe hat? *Portalis* nannte diese Nichtigkeit „radikal“, ein weiteres Merkmal für die Entstehung der absoluten Nichtigkeit.

- Eine Trennung zwischen der absoluten und der relativen Nichtigkeit wurde von den *Tribuns* absichtlich nicht eingeführt. Dies wird deutlich, wenn der *Tribun Bouteville* sagte, der Entwurf wolle die Nichtigkeitsbestimmungen nicht ausdrückliche Vorschriften über absolute und relative Nichtigkeit umwandeln (*convertir*). Jedoch ist es ein **Merkmal**, dass die **Lehre damals (1804) bereits existiert hat**.

- **Die Nichtigkeit im Obligationenrecht und die Nichtigkeit bei der Ehe weichen voneinander ab**. Dies ist konsequent: In den Motiven wird erklärt, dass die Bestimmungen über die Nichtigkeit im Obligationenrecht römischen Ursprung haben.²⁷⁶ Auf der anderen Seite stammen die Bestimmungen über die Ehe aus dem französischen Recht (*droit coutumier und droit intermédiaire*). Die Ideen von *Pothier* waren für die Ehe am wichtigsten.²⁷⁷ Somit begann **die Idee der relativen und der absoluten Nichtigkeit bereits zu erscheinen, auch wenn sie nicht gänzlich angenommen worden sind**. Die *Tribuns* erklärten jedoch in ihren Vorträgen, welche Vorstellungen über die Arten „von Nichtigkeiten“ vorhanden waren.

²⁷⁶ Exposé des motifs V, Rapport, Art. 1304, Nr. 60.

²⁷⁷ Siehe Kap. 2, § 3, Nr. IX, 3, a).

e) Heutiger Stand

Von den ursprünglichen Nichtigkeiten der Ehe wurden einige Änderungen durchgeführt. Anstatt *Empereur* wurde z.B. in Art. 145. « *procureur de la République* » eingesetzt.²⁷⁸ In Art. 201, 202 wurden Änderungen durchgeführt, aber nichts über die Nichtigkeit, sondern über den guten Glauben und das Kindesrecht.

Art. 180 hat am 11.07.1975 einen anderen Grund für Nichtigkeit hinzugefügt. Diesen Grund über die Eigenschaften wurden in der Diskussion von *26 fructidor an IX* (13.09.1801) abgelehnt. Diese Änderungen haben keine Beiträge für die allgemeine Nichtigkeitslehre geleistet.

Die Änderung im Art. 184 von (19.02.1933) bestimmt aber, dass alle Ehen, die gegen Art. 144, 146, (nach 24.08.1993) 146-1, 147, 161, 162 und 163 verstoßen, von den Ehegatten, von allen Personen, die ein Interesse haben, und vom *ministère public* angefochten werden. Dies heißt, wenn die wesentlichen Voraussetzungen oder die Formalitäten der Ehe nicht beachtet wurden, kann man sich gerichtlich auf die absolute Nichtigkeit berufen. Davor war dies eine Art relative Nichtigkeit.

§ 6. Andere Gesetze und Gesetzesentwürfe

I. Code de procédure civil (ancien)

1. Der Code

Das Zivilprozessgesetzbuch in Frankreich (CPC) wurde am 24. April 1806 verkündet und ist in 1807 in Kraft getreten. Ab 1973 wurde ein neuer *Code de procédure civil* durch viele Dekrete eingeführt. 1976 ist dieses Zivilprozessgesetzbuch in Kraft getreten. Bis 2007 wurde dieses Gesetzbuch als „*nouveau*“ (neues) gekannt. Das erste Zivilprozessgesetzbuch wurde als „*ancien*“ (altes) bezeichnet. Ab 2007 wurde der „*ancien CPC*“ abgeschafft; der „*nouveau CPC*“ heißt jetzt *Code de procédure civil*.²⁷⁹

Der „*ancien CPC*“ enthielt die Bestimmungen für die Nichtigkeitsklage. Als der „*ancien CPC*“ in Kraft getreten ist, sah sich die Nichtigkeitslehre mit weiteren Problemen konfrontiert. Im „*ancien CPC*“ gab es zwei wichtige Artikel, die die

²⁷⁸ Gesetz vom 23. 12. 1970.

²⁷⁹ <http://www.legifrance.gouv.fr>. Die offizielle Seite der französischen Gesetzgebung.

Entwicklung der Nichtigkeit verhindert haben (Artt. 1029, 1030). Durch diesen Artikel entstand die Regel „*il n’y a pas de nullité sans texte*“.²⁸⁰

2. Die Regel « *il n’y a pas de nullité sans texte* »

a) **Art. 1029 Code de procédure civil.**²⁸¹ Die Nichtigkeiten, Bußgelde und Verwirkungen (*dechéances*),²⁸² die im diesen Gesetzbuch bestimmt sind, wird hierdurch ohne weiteres verwirkt²⁸³ (*n’est comminatoire*).²⁸⁴

Am 30. Oktober 1935 wurde diese Fassung geändert: Keine Nichtigkeit gegen Ladungen oder Prozesshandlungen werden zugelassen, wenn sie nicht das Interesse der Gegenpartei schädigen.

Die Nichtigkeit wird bei der Klageerhebung geheilt, wenn sie nicht vor allen Verteidigungsgründen oder Einreden, abgesehen von den Einreden der Unzuständigkeit oder Nichtleistung der Ausländersicherheit, eingewendet wird. Die Nichtigkeit bei allen anderen Prozesshandlungen wird geheilt, wenn sie nicht vor allen sächlichen Erörterungen entgegengesetzt wird.

Alle Nichtigkeitsgründe gegen einen Akt sollen gemeinsam erhoben werden.

Aucune nullité d’exploit ou d’acte de procédure ne pourra être admise que s’il est justifié qu’elle nuit aux intérêts de la partie adverse.

Toute nullité introductif d’instance est couverte si elle n’est proposée avant un toute défense ou exception autres que les exceptions de caution ou d’incompétence. Toute nullité des autres actes de procédure est couverte, si elle n’est proposée avant toute discussion au fond.

Tous les moyens de nullité contre un acte doivent être proposés conjointement.

b) Motiv und Rechtsprechung

Zu Art. 1029 wird erklärt, dass die Nichtigkeiten zweier Arten sind. Bei der ersten wird durch einen Mangel verhindert, dass ein Rechtsgeschäft seine Wirkungen entfaltet, die

²⁸⁰ Diese Regel kann auch im italienischen *Codice di Procedura Civile* gefunden werden, aber sie bezieht sich nur auf den Prozess (Art. 156. *Non può essere pronunciata la nullità per inosservanza di forme di alcun atto del processo, se la nullità non è comminata dalla legge*). So Sacco, in: *Novissimo Digesto Italiano* XI (1965), S. 456.

²⁸¹ *Aucune des nullités, amendes et déchéances prononcées dans le présent Code n’est comminatoire.*

²⁸² Unter *Déchéance* im Fall des Art. 1029 soll Verjährung verstanden werden. Die Motive zum *Code de procédure civil* erklären, dass es ein Verlust eines Rechts ist, weil man das Recht innerhalb der vom Gesetz bestimmten Frist nicht ausgeübt hat. In der Regel bedeutet *Déchéance* Verfall oder Verwirkung.

²⁸³ Drohend (fr. *menaçant*). D.h. entweder gibt es Nichtigkeit oder nicht. Dem Richter ist nicht gestattet zu untersuchen, ob es für den Gesetzesverstoß andere Strafen geben kann.

²⁸⁴ Gesetzbuch über das rechtliche Verfahren in Civil-Sachen von 1809, Art. 1029.

zweite bezieht sich auf den Stand (*état*) eines nichtigen Rechtsgeschäfts. Der Artikel zieht nur die zweite Bedeutung in Betracht.

Wenn man als nicht (straf)drohend (*n'est comminatoire*) spricht, wird gemeint, dass die Bestimmung zwingend, und keine bloße Drohungen sind. Die Richter sind verpflichtet diese Bestimmungen zu beachten und anzuwenden. Für die anderen Verwirkungen und Nichtigkeiten (die hindernde Mängel der Wirkungen des Rechtsgeschäfts) muss jedoch eine positive Bestimmung im Gesetz vorhanden sein, so dass die Richter die Nichtigkeit aussprechen können (Urteil von 2. Februar 1826).²⁸⁵

c) Art. 1030 Code de procédure civil. *Aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'est en pas formellement prononcé par la loi.*

Kein vom Gerichtsvollzieher vorgenommener Akt (*exploit de procédure*)²⁸⁶ oder Prozessakt darf für nichtig erklärt werden, wenn die Nichtigkeit nicht vom Gesetz bestimmt ist.²⁸⁷ Dieser Artikel enthielt das Prinzip « *il n'y a pas de nullité sans texte* ». Wegen dieser Bestimmung gab es nach vielen Juristen²⁸⁸ und nach der Rechtsprechung²⁸⁹ keine Möglichkeit, eine „allgemeine Regel über die Nichtigkeit“²⁹⁰ zu entwickeln.

d) Motif

Bedeutung von *si la nullité n'est pas formellement prononcée par la loi* (wenn die Nichtigkeit nicht ausdrücklich vom Gesetz bestimmt ist). Die Idee war, dass so wie der Richter die Nichtigkeiten im Gesetz beachten muss, sie er auch nicht jenseits des Gesetzes beurteilen konnte. Jedoch hat die *Cour Suprême* in einem Urteil von 5. Juni 1823 klargestellt, dass wenn eine Hauptformalität eines Vertrages fehlt, der Vertrag nichtig ist, auch wenn das Gesetz die Nichtigkeit nicht bestimmt hat.²⁹¹ Dieses Prinzip

²⁸⁵ Code de procédure civil ancien, S. 338.

²⁸⁶ Gesetzbuch über das rechtliche Verfahren in Civil-Sachen, Art. 1030.

²⁸⁷ Der Rest der Artikel ist für die Regel *il n'y a pas de nullité sans texte* nicht von Bedeutung. Er lautete: *Dans le cas où la loi n'aurait pas prononcé la nullité, l'officier ministériel pourra, soit pour omission, soit pour contravention, être condamné à une amende, qui ne sera pas moindre de cinq francs et n'excédera pas cent francs (Code d'Hollande, art. 17, 90 et 91).*

²⁸⁸ So z. Bsp.: *Gout*, Le Juge et l'annulation du Contrat, S. 21 ff.; *Guelfucci-Thibierge*, Nullité, restitutions et responsabilité, S. 25.

²⁸⁹ Urteil von 05. 06. 1825; 2. Februar 1826.

²⁹⁰ Mit „allgemeine Regel über die Nichtigkeit“ wird ein Artikel bezeichnet, welcher eine allgemeingültige Nichtigkeitsgrundlage für alle Situationen bestimmt oder vorsieht, in denen ein Rechtsakt einem Mangel unterliegt. Die allgemeine Nichtigkeitsregel soll also nicht nur auf Einzelfälle anwendbar sein, sondern als allgemeine Folge umfassende Geltung entfalten.

²⁹¹ Code de procédure civil ancien, S. 338.

wurde auch vor diesem Urteil angewendet. Es muss auch festgestellt werden, dass das Gesetz von *exploits* oder *actes de procédure* spricht. Wenn ein Richter eine Nichtigkeit bestimmt, wenn er ohne oder jenseits seiner Zuständigkeit (*pour défaut ou excès d'attribution, pour absence ou excès de mandat légal, conventionnel ou judiciaire*), sind nicht in Art. 1030 mit inbegriffen. Diese Rechtsfolge wurde auch von der damaligen *Cour Suprême* festgestellt.²⁹²

3. Problem

Im Prozess gab es zwei verschiedene Nichtigkeitsarten. Die eine Nichtigkeit muss vom Richter ausgesprochen werden, wenn sie die Folge ist, aber nicht ausdrücklich vom Gesetz festgestellt wird. Die andere Nichtigkeit muss vom Gesetz ausdrücklich erklärt werden. Jedoch war manchmal nicht klar, ob die Nichtigkeit absolut oder relativ war. Dann wurde die Entscheidung dem Ermessen des Richters überlassen. Dies war als „*recherche de la nullité virtuelle*“ bekannt. Die Regel „*il n'y a pas de nullité sans texte*“ war ein Hindernis, weil der Richter bei der Auslegung begrenzt war. Er wusste nicht einmal, ob er die Nichtigkeit erklären dürfe oder nicht, wenn aus dem Gesetz nicht klar war, ob es um eine absolute oder um eine relative Nichtigkeit handele. Wenn es nicht klar war, welche Nichtigkeit anwendbar war, entstand auch die Frage, welche Person berechtigt sei, die Klage zu erheben.²⁹³ Diese Hindernisse verursachten den Wirrwarr in der Nichtigkeitslehre in Frankreich nach der Entstehung des *Code Civil*.

4. Heutiger Stand

Artt. 1029, 1030 *Code de procédure civile* wurden am 20. Juli 1972 durch das Dekret Nr. 72-684 außer Kraft gesetzt.²⁹⁴ Dies bedeutet, dass formell-gesetzlich gesehen, in dem *Code Civil* und in den Gerichten eine allgemeine Regel über die Nichtigkeit, also eine absolute Nichtigkeit im heutigen Sinne, erst nach 1972 möglich war. Auch wenn also in der Rechtstheorie und (nicht konsequent) in der Rechtsprechung eine allgemeine Regel über die Nichtigkeit bereits existiert hat, war man bis dahin gesetzlich gehindert, eine

²⁹² Code de procédure civile ancien, S. 338.

²⁹³ Siehe § 3, Nr. IX, 5, c.

²⁹⁴ « *nouveau* » Code de procédure civile.

allgemeine Regel über die Nichtigkeit praktisch anzuwenden, wegen der Regel „*pas de nullité sans texte*“.

5. Einrede der Nichtigkeit

Art. 173²⁹⁵ des alten *Code Civil* war die Grundlage für die Einrede der Nichtigkeit. Bei dieser Einrede wird unterschieden zwischen Nichtigkeit im Privatinteresse und Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen den *ordre public*.²⁹⁶

Die Nichtigkeitseinrede wegen Verletzung von Privatinteressen kann nur von der betroffenen Partei vorgebracht werden. Sie wird nicht von Amts wegen berücksichtigt. Sie wird in derselben Instanz als Einrede geltend gemacht. Diese Einrede muss *in limine litis*, d.h. zur Beginn des Rechtsstreits und vor allen anderen Einreden²⁹⁷ erhoben werden.²⁹⁸

Die Einrede der Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung (*nullités d'ordre public*), wird anders behandelt: Diese Einrede kann in jedem Moment, nach einer *défense au fond* (etwa peremptorische Einrede), von beiden Parteien oder vom Richter²⁹⁹ von Amts wegen berücksichtigt werden.³⁰⁰ Die Gründe dafür sind, dass diese Nichtigkeiten die öffentliche Ordnung berühren. Bsp. Wenn eine Untersuchung vor einem unzuständigen Richter erfolgt, dann sind die Beweise dieser Untersuchung ungültig, d.h. nichtig.³⁰¹

II. Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil

1. Über den Reformsversuch

Fast 150 Jahre mussten vergehen bis zu einem Versuch, den *Code Civil* zu reformieren. Zu den Arbeiten von 1945- 1952 wurde eine Kommission beauftragt, einen Entwurf zur

²⁹⁵ Orig. Fassung von 1806 : *Toute nullité d'exploit ou d'acte de procédure est couverte, si elle n'est proposée avant une toute défense ou exception autre que les exceptions d'incompétence.*

²⁹⁶ *Garsonnet*, *Traité de procédure* III (1965), S. 130 ff.

²⁹⁷ *Garsonnet*, *Traité de procédure* I, S. 704 ff.

²⁹⁸ *Garsonnet*, *Traité de procédure* III, S. 134.

²⁹⁹ Rouen, 09. 12. 1809, Req. 30. 01. 1810; Rennes, 23. 09. 1815 und 12. 06. 1817; Besaçon 01. 12. 1818; Orléans, 15. 11. 1820; Colmar 05. 01. 1821; Bourges, 30. 03. 1829; Rennes, 28. 07. 1830; Bourges 25. 02. 1834; Bruxelles, 15. 04. 1839; Bourges, 03. 01. 1840; Grenoble, 28. 06. 1892.

³⁰⁰ Diese Einrede und das Prinzip, dass sie von Amts wegen zu berücksichtigen ist, ist für die Entstehung der absoluten Nichtigkeit von Bedeutung. Die Tatsache, dass die Nichtigkeit von Amts wegen durch den Richter erhoben werden kann, ist eines von den Elementen der heutigen absoluten Nichtigkeit.

³⁰¹ *Garsonnet*, *Traité de procédure* III, S. 137 f.

Reform des *Code Civil* zu erarbeiten. Am Anfang (1945) hat die Kommission versucht, eine Reform des Obligationenrechts durchzuführen. 1948 wurde ein Entwurf für einen neuen *Code Civil* vorbereitet.³⁰²

Im Jahre 1945³⁰³ wurde bereits vorgeschlagen, die Nichtigkeitslehre zu ändern. Diese Diskussion lief über 3 Jahre, bis die Kommission sich zu einer endgültigen Fassung entschlossen hat.³⁰⁴ Der Entwurf über die Nichtigkeit, den die Kommission angenommen hatte, enthielt 24 Artikel.³⁰⁵

Der erste Artikel (47) über die Nichtigkeit besagt, dass ein Rechtsgeschäft auch dann als nichtig erklärt werden kann, wenn der Gesetzestext die Nichtigkeit nicht ausdrücklich erwähnt.³⁰⁶

In den nachfolgenden Artikeln wurde eine Unterscheidung zwischen *nullité absolue* und *nullité relative* entwickelt. Ein Rechtsakt sollte absolut nichtig sein, wenn er ein allgemeines Interesse verletzt (Art. 48 des Entwurfes). Das Geschäft ist relativ nichtig, wenn es keine oder eine mangelhafte Willenserklärung enthält, wegen Irrtums oder „Gegenstand des Rechtsgrunds“ des (*objet de la cause*), wegen Übervorteilung (*lésion*), Geschäftsunfähigkeit oder irgendeiner Verletzung eines Privatinteresses (*intérêt particulier*).

Auf die absolute Nichtigkeit kann sich jedermann berufen. Eine Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen den *ordre public* kann auch die Staatsanwaltschaft (*Ministère Public*) oder die Richter von Amts wegen berücksichtigen (Art. 52). Ein absolut nichtiger Rechtsakt kann nicht bestätigt werden (Art. 53). Ein relativ nichtiger Rechtsakt kann hingegen entweder bestätigt oder annulliert werden, wenn die Gründe für die Annullierung bekannt sind. Im Falle einer Drohung beispielsweise kann der Rechtsakt annulliert werden, wenn die Drohung aufhört. Diese Bestätigung kann entweder ausdrücklich durch Erklärung oder stillschweigend durch Erfüllung bei Kenntnis des Mangels erfolgen (Artt. 54, 57).

Bei einem absolut nichtigen Rechtsakt verjährt die Klage in 30 Jahren, bei einem relativ nichtigen Rechtsakt in zwei Jahren und für Fälle der Geschäftsunfähigkeit in fünf Jahren. Die Einrede der Nichtigkeit verjährt nicht (Artt. 60, 63). Die Bestimmungen der

³⁰² Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1948-1949.

³⁰³ Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1945-1946.

³⁰⁴ Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1945-1946, S. 147 f, 152, 174 ff.; Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1946-1947, S.201 ff. ; Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1947-1948, S. 11-347.

³⁰⁵ Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1947-1948, S. 344 ff.

³⁰⁶ Art. 47. *La nullité d'un acte juridique peut être prononcée sans que un texte l'ait expressément édictée.*

Nichtigkeit seien anwendbar, wenn die Gesetze keine andere Sanktion für ihren Verstoß vorschreiben (Art. 51).³⁰⁷

Der nichtige Rechtsakt (absolut und relativ) wird nach der Nichtigkeitserklärung so betrachtet, als hätte er niemals existiert (Art. 66). Die Sachen (*les choses*) sollten wieder in ihren ursprünglichen Zustand (*les choses doivent être remises en état*) gebracht werden (Art. 67).³⁰⁸

2. Diskussion in der Kommission (23. 06. 1948)³⁰⁹

Anfangs war *Mazeaud* der Meinung, dass die Gesetzeskommission die Regel, **dass es ohne Text keine Nichtigkeit gibt (*pas de nullité sans texte*), abschaffen sollte, durch die Einführung einer allgemeiner Nichtigkeitsregel** (so wie §§ 134, 138 BGB).

Die Kommission fragte, ob die Nichtigkeit die richtige Lösung sei, oder ob es nicht eine andere Sanktion geben könnte, wie beispielsweise bei Testamenten, wo Nichtigkeit keine passende Rechtsfolge darstellt, oder bei manchen Fällen der Eheschließung, wo anstatt Nichtigkeit eine Geldbuße (*amende*) angewandt wird. Man musste zusätzlich sehen, welche Fälle Nichtigkeit zur Folge haben und welche nicht. Dann wird gesagt, dass die Rechtsprechung bereits einen Unterschied zwischen der Nichtbeachtung einer substantziellen Regel und der Nichtbehaltung einer nicht substantziellen Regel gemacht habe.

Der Richter ist befugt zu entscheiden, ob er eine Geldbuße (*amende*) anordnet, oder ob er die Nichtigkeit erklärt (evtl. beides). Mit der allgemeinen Regeln der Nichtigkeit wird der Richter nicht mehr aus seiner Willkür heraus urteilen und es werden keine Recherchen der „schlummernden Nichtigkeit“ geben (*recherche de nullité virtuelle*).³¹⁰

Die Kommission hat *Mazeauds* Vorschlag ausgezweifelt, weil es bereits eine Bestimmung (Art. 44³¹¹) im Entwurf gab, wo ein Rechtsakt trotzdem gültig war, auch wenn die Formalitäten nicht beachtet worden sind. Die Kommission hat sich die Frage

³⁰⁷ Diese Idee entstand davor im § 134 BGB. Die Kommission, wollte dieses Prinzip auch für den neuen *Code Civil* anwenden.

³⁰⁸ Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1947-1948, S. 346.

³⁰⁹ Diese Diskussion wurde hauptsächlich von *Niboyet* und *Mazeaud* durchgeführt. Der Präsident der Kommission, *Julliot de la Morandière* war die meiste Zeit gegen die Ideen von *Niboyet* und *Mazeaud*. Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1947-1948, S. 297 ff.

³¹⁰ Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1947-1948, S. 299.

³¹¹ *L'inobservation des formes prescrites par la loi n'entraîne la nullité de l'acte, à défaut de texte la prévoyant, que s'il s'agit des formes substantielles.*

gestellt, ob es weitere Fälle gebe, wo eine Nichtigkeit auftreten könnte. Es gab schon Rechtsakte, die ihren eigenen Nichtigkeitsvorschriften folgten, so wie beim Kauf, oder andere Verträge. Für den Präsidenten (*Julliot de la Morandière*) gab es schon genügend Bestimmungen über die Nichtigkeit, deshalb brauchte man keine allgemeine Regel.

Verbunden mit der Idee der absoluten Nichtigkeit war, dass, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, man von einer absoluten Nichtigkeit spricht. Die Kommission meinte, dass man dadurch Zweifel der Richter vermeiden könne. Manchmal wussten die Richter nicht, ob sie die absolute oder relative Nichtigkeit anwenden sollten. Zum Beispiel kann die Verfügung über eine fremde Sache³¹² entweder relativ oder absolut nichtig sein. Nach dem *Code Civil* soll eine solche Verfügung *ipso iure* nichtig (*nul de droit*) sein, aber laut der Rechtsprechung kann die Verfügung auch relativ nichtig sein. Mit der allgemeinen Regel über die Nichtigkeit würde eine solche Verfügung immer absolut nichtig sein. Auch würde mehr Sicherheit gewährleistet. Man müsste nicht mehr in einem Wirrwarr von Rechtsprechung suchen, sondern eine einzige Bestimmung (die Regel der allgemeinen Nichtigkeit) würde genügen.

Dann stellte sich die Frage, wie man die relative von der absoluten Nichtigkeit unterscheiden solle. Für den Präsident *Morandière* sollte die relative Nichtigkeit die Regel sein, die absolute Nichtigkeit hingegen die Ausnahme. Dann wurde diskutiert, dass die allgemeinen Interessen über den Einzelinteressen stehen und daher die relative Nichtigkeit nicht die Regel sein könne. Nach *Mazeaud* und *Niboyet* sollte die absolute Nichtigkeit die allgemeine Regel bilden, die relative Nichtigkeit sollte eine Ausnahme sein. **Der Präsident meinte, dass die Nichtigkeit nur nach den jeweiligen Interessen unterschieden werden könnte. Dieses Kriterium hat sich am Ende durchgesetzt.**³¹³

In Bezug auf die Frage, ob die Nichtigkeit stets vom Richter erklärt werden sollte, meinte *Mazeaud*, sie sollten die deutsche Lehre³¹⁴ der Nichtigkeit ablehnen.³¹⁵ Die Nichtigkeit sollte immer vom Richter erklärt werden. Für *Niboyet* war es **hingegen unnötig, einen Richter anzurufen**, wenn die Parteien sich untereinander über die Nichtigkeit einigen könnten. Der Präsident fand es fraglich, dass die Parteien immer

³¹² Eine solche Verfügung ist heute nach Art. 1119 CC verboten. Man kann sich nur für sich selbst verpflichten.

³¹³ Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1947-1948, S. 304.

³¹⁴ Damit ist die Anfechtbarkeitslehre des BGB gemeint, ins. § 143 BGB, wo die Anfechtung mit der Erklärung gegenüber der anderen Partei stattfindet.

³¹⁵ Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1947-1948, S. 305 f.

einen Richter anrufen müssten, wenn man schon das Prinzip habe, dass der Richter immer die Nichtigkeit erklärt (*il n'y a pas de nullité sans jugement*) und wenn es keinen Prozess gab, dann gab es schließlich auch keine Rechtsfrage (*s'il n'y a pas de procès il n'y a pas de question*). Wieso sollte man dann das Prinzip in einem Gesetzestext aufstellen, wenn das Prinzip schon bekannt ist. *Mazeaud* meinte darauf, dass so festgestellt würde, dass man sich immer an den Richter wenden müsse. Am Ende hat die Kommission die Bestimmung, dass nur der Richter die Nichtigkeit erklären darf, abgelehnt, weil wie der Präsident erklärte, die Bestimmung überflüssig war.

In Bezug auf die Regel über die Nichtigkeit *ab initio* meinte die Kommission, dass dieser Regel aus dem (Zivil)Gesetzbuch der Sowjets [sic!] übernommen wurde. Über diese Bestimmung wurde nichts diskutiert.³¹⁶ Über die Restitution besagte Art. 67 des Entwurfs: wenn der nichtige Rechtsakt für nichtig erklärt würde, dann würde eine Restitution stattfinden (*Il y a lieu à restitution*). Der Präsident meinte, dass das Wort *restitution* im Sinne der römischen *in integrum restitutio* zu verstehen sei. Der Sinn der französischen *restitution* sei aber nicht mehr derselbe. Die *restitution* ist mehr die *restitution stricto sensu* einer Sache. Nach einer langen Diskussion hat die Kommission beschlossen, einen zweiten Absatz bei Art. 66 (*Nichtigkeit ab initio*) einzuführen, der die Sachen in „ihren Stand zurück[versetzen] soll“ (*remises en état*).³¹⁷

3. Würdigung

Dieser Reformversuch (1945-1952) ist nicht in Kraft getreten. Trotzdem kann man in den Arbeiten sehen, dass die Idee der Nichtigkeit nicht mehr dieselbe war wie 1804. Aus der Diskussion kann man auch ableiten, dass die Rechtslehre und die Rechtsprechung die ursprünglichen Theorien von 1804 nicht mehr angewendet und dass die Rechtsprechung und Rechtslehre die neuen Strömungen angewendet haben.

Hier zeigt sich, wie schwer es war, den Schritt zur Aufstellung einer allgemeinen Regel über die Nichtigkeit zu machen. Man merkt, dass die Idee der Nichtigkeit für manche (in diesem Fall für den Präsident der Kommission) immer noch von einer gültigen Verpflichtung ausgeht und die Idee der Nichtigkeit mehr eine Idee der Vernichtbarkeit (*annulabilité*) ist. Für *Mazeaud* und *Niboyet* war es schwierig, sich durchzusetzen.

³¹⁶ Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1947-1948, S. 314.

³¹⁷ Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1947-1948, S. 297 ff.

In der Diskussion über die Unwirksamkeit entstand die Frage, ob eine außergerichtliche Nichtigkeitserklärung, wie in der deutschen Lehre (Anfechtbarkeit), möglich wäre. Eine solche Anfechtbarkeit wäre möglich gewesen, aber die Franzosen wollten das Prinzip über die Nichtigkeitserklärung ausschließlich durch den Richter behalten.

*Zajtay*³¹⁸ meinte diesbezüglich, dass der Vorschlag, die Lehre der Nichtigkeit zu ändern, sowie die traditionellen Kategorien der absoluten und relativen Nichtigkeit durch eine Unterscheidung von *nullité* (Nichtigkeit) und *annulabilité* (Anfechtbarkeit) zu ersetzen, abgelehnt wurde. Dies war aber nicht der Fall, die Franzosen wollten ihre Kategorien behalten, es stellte sich lediglich die Frage, ob eine außergerichtliche Nichtigkeit angenommen werden könne. Innerhalb der Kommission war es fraglich, ob eine Bestimmung über eine außergerichtliche Nichtigkeit nötig sei oder nicht. *Mazeaud* meinte, dass ohne diesen Artikel die Tür für eine außergerichtliche Nichtigkeit geöffnet worden sei. Der Präsident meinte jedoch, dass eine Nichtigkeit (oder Nichtigkeitserklärung) nur durch den Richter erfolgen könne und dies in einem Gesetzestext zu erklären überflüssig sei.

In Bezug auf die *restitution* konnte man merken, dass die ursprünglichen Ideen des römischen Rechts (in diesem Fall der *in integrum restitutio*) noch gegenwärtig waren. Die Kommission wollte die modernen Lehren einführen und die alten des römischen Rechts überwinden, jedoch war dies schwierig, weil die alten Ideen des römischen Rechts noch vorherrschten.

III. Rapport Catala

1. Über der *Rapport Catala*

Das *Avant-Projet de Réforme du Droit des Obligations et du Droit de la Prescription*, bekannt als *Rapport Catala*,³¹⁹ ist ein Entwurf für die Reform des Französischen Zivilrechts. Der Entwurf stammt aus dem Jahre 2005. Dies ist einer von den bisherigen Versuchen, das Obligationenrecht zu ändern. Dieser Entwurf repräsentiert das neueste Rechtsdenken Frankreichs und die Weiterentwicklung der Nichtigkeitslehre.

³¹⁸ *Zajtay*, AcP 157 (1959), S. 488.

³¹⁹ Dieser Entwurf wurde nach dem Namen des Präsidenten der Kommission so genannt, der den Entwurf ausgearbeitet hat: *Pierre Catala*.

Die Motive des Entwurfs besagen, dass man dem Beispiel der deutschen und der Niederländer und (auf der anderen Seite des Ozeans) der Lateinamerikaner und der Quebecker folgen solle, weil sie ihre Zivilgesetzbücher reformiert haben.³²⁰ Was Nichtigkeit betrifft, ist es nötig, sich auf die neuen Lehren zu berufen, anstatt auf die *Theorie organique*³²¹ des XIX. Jahrhunderts, die bis heute herrschte. In diesem Entwurf wird der Unterschied zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit erklärt.³²² Die Unterscheidung zwischen der absoluten und relativen Nichtigkeit ist vom Rechtsgrund (*cause*) abhängig.³²³

- Auf die absolute Nichtigkeit kann sich jedermann berufen, solange diese Person ein echtes Interesse hat. Die Nichtigkeit kann zudem von Amts wegen durch den Richter erfolgen. Diese Art von Nichtigkeit kann nicht bestätigt werden und verjährt nach dem aktuellen *droit commun*.³²⁴
- Auf die relative Nichtigkeit kann sich nur die betroffene Partei berufen; sie kann das Rechtsgeschäft auch bestätigen. Die Bestätigung erfolgt ausdrücklich oder stillschweigend, z.B. wenn die Partei trotz Kenntnis des Mangels ihre Leistung erbringt. Die Verjährungsfrist für diese Klage wurde von fünf auf drei Jahre reduziert.³²⁵

Für beide Fälle der Nichtigkeit wurde beibehalten, **dass die Nichtigkeitserklärung durch den Richter erfolgt**. Jedoch hielt es der Entwurf für erforderlich, eine Regelung festzuschreiben, in der die Parteien sich darauf einigen, den Vertrag zu annullieren. In der Praxis erfolgt dies bereits, da es für die Parteien eine gute Möglichkeit ist, sich unnötige Streitigkeiten zu ersparen.³²⁶ Doch steht dies nicht im Gesetz.

³²⁰ *Rapport Catala*, S. 11

³²¹ Die *Theorie Organique* bezieht sich auf die Unwirksamkeit, wenn eine von den wesentlichen Erfordernissen fehlt und welche die Folgen sind. Dazu: *De los Mozos*, *El negocio jurídico*, S. 113 ff.

³²² *Rapport Catala*, S. 44.

³²³ *Rapport Catala*, S. 37 f.

³²⁴ Diese *prescription des droit commun* bezieht sich auch Art. 2262 *Code Civil*. Die Frist beträgt 30 Jahre, *Rapport Catala*, S. 37 f., Art. 1129-1, 1129-2; Urt. von 26. 01. 1983.

³²⁵ *Rapport Catala*, S. 37f., Art. 1129-3, Art. 1129-4.

³²⁶ Die Idee einer solchen Möglichkeit ist an einen Prozess gebunden. Es gibt ein Prinzip der Prozesswirtschaftlichkeit, welches besagt, dass man den Parteien unnötige Kosten sparen muss (Siehe oben § 3, Nr. VI, 2). **Es handelt sich dabei um kein Gestaltungsrecht**, weil man die gegenseitige Einigung braucht und diese Nichtigkeit nicht durch eine einseitige Willenserklärung erfolgt.

Die Möglichkeit einer einseitigen Annullation wird vom Entwurf ausgeschlossen.

Damit wird die Möglichkeit einer **Anfechtung im deutschen Sinne** nicht anerkannt.³²⁷

Der Grund ist, dass eine solche Möglichkeit durch *résolution* erfolgen kann (Art. 1158 des Entwurfes).³²⁸

Der rückwirkende Charakter der Nichtigkeit, mit der Folge der Wiedereinsetzung in den ursprünglichen (oder vorigen) Stand, bleibt in dem Entwurf gleich. Die *restitution* (Art. 1161 ff.) erscheint als Folge einer Vernichtung oder Annullierung (*anéantissement*).

Der Begriff *anéantissement* erscheint als Oberbegriff für *annulation* und *résolution*.³²⁹

2. Würdigung

Die Nichtigkeitslehre, die am Ende der 40er Jahre vorgeschlagen wurde (siehe oben Nr. VI), hat sich bis zum *Rapport Catala* nicht viel verändert. Die Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit ist immer noch die nach den betroffenen Interessen. Die Vernichtbarkeit ist immer noch mit der Idee der Restitution verbunden. Die Restitution ist eine Folge des *anéantissement*. D.h. dass auf eine Nichtigkeit oder eine Vertragsauflösung die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand folgt.

Eine einseitige Anfechtungserklärung wird von der französischen Rechtslehre immer noch abgelehnt. Der Richter soll immer derjenige sein, der die Nichtigkeit erklärt. Jedoch existiert bereits in der Praxis eine Möglichkeit, die (absolute) Nichtigkeit außergerichtlich festzustellen: Die konventionelle Nichtigkeit.³³⁰ Auch wenn diese Art Nichtigkeitserklärung umstritten erscheint, wurde sie von der französischen Rechtsprechung erkannt.³³¹

IV. Art. 6 Code Civil

Artikel 6 *Code Civil* bestimmt, dass die Gesetze, welche die öffentliche Ordnung und die guten Sitten angehen, durch Privatverträge nicht außer Kraft gesetzt werden können.³³² Ursprünglich gab es keine Sanktion für den Verstoß gegen diesen Artikel. In

³²⁷ Rapport Catala, S. 44 f.

³²⁸ Rapport Catala, Art. 1158.

³²⁹ Rapport Catala, S. 55 f.

³³⁰ Siehe Kap. 3, Nr. X.

³³¹ *Ghestin, Jaques* in : Rapport Catala, S. 38.

³³² *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*. Dieser Art. entspricht § 142 BGB. Das Problem ist ursprünglich, dass der *Code Civil*

den Motiven wird gesagt, dass man vermeiden will, dass Privatpersonen vertraglich gegen die öffentliche Ordnung verstoßen. Der Staat hat die Aufgabe, eine Ordnung zu garantieren, man kann daher nicht zulassen, dass Privatpersonen so leben würden, als ob sie in einem Naturstand („*état de nature*“) leben würden.³³³ Die Motive meinten ferner, dass die Erhaltung der öffentlichen Ordnung die *loi suprême* (das oberste Gesetz) ist. Der Verstoß gegen die guten Sitten ist in allen *nations policées* (zivilisierten Nationen) verboten. Alles was gegen die guten Sitten verstößt, verletzt die Natur und die Gesetze.³³⁴

In dem *Discours* wurde gesagt, dass die Römer bereits diesen Leitsatz (D. 2, 14, 38) gehabt haben. Alles was abgemacht wird, muss erlaubt sein. Auch wenn die Abmachungen *contra legem* sind, ist es erlaubt, aber nur wenn diese Privatinteressen betreffen. Wenn etwas öffentliche Interessen betrifft, dann verstößt das gegen die guten Sitten und die Abmachung ist gesetzwidrig.³³⁵ Die guten Sitten hängen mit der öffentlichen Ordnung zusammen. „Die eine ist von der anderen abhängig“. Die Wörter öffentliche Ordnung (*ordre public*) könnten genug sein, um das Konzept zu bezeichnen. Alles was gegen die guten Sitten verstößt, betrifft die öffentliche Ordnung, aber nicht alles was gegen die öffentliche Ordnung verstößt, ist den guten Sitten zuwider.³³⁶

Dieser Artikel enthält eines von den wichtigsten Prinzipien über die absolute Nichtigkeit. Er hat viele Gesetzbücher weltweit beeinflusst³³⁷ und später auch das internationale Recht.³³⁸ Der Verstoß gegen diesen Artikel führt zu absoluter Nichtigkeit, also kann jedermann mit Interesse sich darauf berufen³³⁹ und diese Nichtigkeit soll von Amts wegen beachtet werden.³⁴⁰

keine Sanktion für den Verstoß gegen diesen Artikel bestimmt hat. Das BGB sieht für diesen Fall Nichtigkeit vor.

³³³ *Publicum ius privatorum pactis mutari non potest.*

³³⁴ Exposé des motifs II, S. 19 f.

³³⁵ Exposé des motifs II, S. 48 f.; So §§ 134, 138 BGB, die Rechtsgeschäfte, die gegen ein Gesetzesverbot oder die guten Sitten verstoßen sind nichtig.

³³⁶ Exposé des motifs II, S. 49.

³³⁷ Art. 1301 Código Civil (Guatemala); Art. 6 alte Codice Civile, Art. 1343 Codice Civile (Italien); Art. 22 Código Civil (Portugal), usw.

³³⁸ Bsp.: Art. 6 EBGB.

³³⁹ Urt. v. 01. 03. 1983.

³⁴⁰ Urt. v. 08. 11. 1973.

§ 7. Rechtslehre und Rechtsprechung

I. Über die Nichtigkeit

„Die Nichtigkeitslehre (*théorie des nullités*) ist eine von den lästigsten Rechtsgebieten, das es in unsere Rechtsordnung (das Französische) vorkommt.“ Deswegen stellt sich die Rechtslehre in diesem Gebiet als sehr dynamisch dar.³⁴¹ Dieser Satz von *Gout* fasst die Problematik der Nichtigkeit zusammen. Allein in Frankreich sind hunderte von Werken vorhanden, die in über 200 Jahren die Nichtigkeitslehre behandelt haben. Die Franzosen haben in der Nichtigkeitslehre viel erschaffen und abgeschafft. Diese Werke haben viel erreicht, aber haben auch viel Konfusion kreiert.

Man muss auch die rechtlichen historischen Ereignisse berücksichtigen, die die Rechtslehre verändert haben.

- Das Rechtsgeschäft
- Die Trennung in Gestaltungserklärung (oder konstitutiv) und deklaratorische Erklärung.³⁴²
- Die Privatautonomie im Privatrecht
- Trennung von materiellem und prozessuellem Recht.³⁴³

Vor der Erarbeitung des *Code Napoléon* gab es zwei große theoretische Werke. Das eine von *Domat*:³⁴⁴ *Les lois civiles dans leur ordre naturel; Le Droit public, et legum delectus*. Das Zweite Werk von *Pothier*:³⁴⁵ *Oeuvres*. Diese Werke waren die bedeutsamsten für die Entstehung der Nichtigkeitslehre im *Code Civil*. Diese Werke wurden auch in den Motiven des *Code Civil* erwähnt.³⁴⁶

³⁴¹ *Gout*, *Le Juge et l'annulation du Contrat*, S. 21.

³⁴² So *Harder*, *AcP* 173 (1973), S. 224.

³⁴³ Bsp. *Zachariä*, *Handbuch des Französischen Zivilrechts*; *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts*.

³⁴⁴ *Jean Domat* (1625-1696), von 1689 bis 1695 erschien sein fünfbandiges Werk *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, es gilt als wichtige Quelle für den *Code Civil*. In diesem Werk *Domats* hat 1689 *Montesquieu* die Idee für den Titel seines Werkes gefunden «*De L'Esprit des Lois*».

³⁴⁵ *Robert-Joseph Pothier* (1699-1772). Sein Werk war von großem Einfluss auf die Verfasser des *Code Civil*, auch auf andere US-amerikanische Juristen des XVIII. Jahrhunderts.

³⁴⁶ *Portalis*, *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil* (1801) S. XIII.

II. XVII. Jahrhundert

1. Jean Domat

Auch wenn sein Werk vom Ende des XVII. Jahrhunderts erschien, war im XVIII. sein Werk am bedeutsamsten.³⁴⁷ *Domat* unterscheidet zwischen Nichtigkeit und *résolution*. Die Nichtigkeit gilt für *conventions*, die von Anfang an nichtig sind (*conventions qui sont nulles dans leur origine*).³⁴⁸ Die *résolution* ist für die *conventions*, die nicht nichtig sind (*conventions qui n'étoient pas nulles*).³⁴⁹

Die nichtigen Konventionen leiden an einem wesentlichen Mangel (*caractère essentiel*). Beispiele sind die Geschäftsunfähigkeit, die Geistesschwäche (*imbecillité*), der Kauf eines vom Gesetz verbotenes Objekts [*que ne fût (sic!) point en commerce*], oder der Kauf eines eigenen Objektes. *Domat* sagt überdies, dass die Konventionen, die aus Irrtum oder Gewalt stammen, nichtig sind. Jedoch erscheint ein Satz, wo er für diese Gründe das Wort „vernichten“ (*L'erreur, et la force annullent les conventions*)³⁵⁰ benutzt.

Die Folge der Nichtigkeit ist laut *Domat* die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*restitution*). Für die Nichtigkeitserklärung und für die Restitution muss man immer vor Gericht gehen. Nur der Richter ist befugt, die Nichtigkeit und die *restitution* zu erklären.³⁵¹

Der Gegensatz zur Nichtigkeit ist die *résolution*. Die *rescision* wegen Betruges gehört zur *résolution*. Die Conventionen wodurch eine Partei betrogen worden ist, werden *resolues* (nicht *rescindées!*) und vernichtet (*annulées*), wenn der betroffene Partei sich beschwert; dazu muss sie beweisen, dass sie betrogen worden ist. Dies ist eine *rescision par le dol*.³⁵² Die *résolution* kann durch gegenseitige Einigung stattfinden, wenn nicht, muss sie vom Richter erklärt werden.

³⁴⁷ Beweis dafür ist, dass sein Werk einer der wichtigsten Quellen für die Entstehung des *Code Civil* war.

³⁴⁸ *Domat*, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sect. V, Nr. I, S. 30 (1777).

³⁴⁹ *Domat*, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sect. VI, Nr. VII S. 32.

³⁵⁰ *Domat*, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sect. V, Nr. X, S. 31.

³⁵¹ *Domat*, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sect. VI, Nr. XV, XVI, S. 32.

³⁵² *Domat*, Les lois civiles, Liv. I, Tit. I, Sect. VI, Nr. XVIII, S. 32.

Was heute als *extinction des obligations* (Erlöschen von Obligationen) bekannt ist, fällt für *Domat* auch unter *résolution*. *Compensation, novation, confusion* sind Gründe für die *résolution*. Nichtigkeit ist nur eine Nichtigkeit von Anfang an (*dans sa origine*). Der Unterschied liegt darin, ob die Nichtigkeit beide Parteien betrifft, oder nur eine. Wenn die Nichtigkeit beide Parteien betrifft tritt sie von Anfang an. Betrifft die Nichtigkeit nur eine Partei tritt sie nachträglich an. *Domat* trennt die Begriffe Nichtigkeit (*nullité*) oder Vernichtbarkeit (*annulabilité*) nicht. Für ihn ist die Vernichtbarkeit die Berufung auf die Nichtigkeit. Hier begegnet bereits den Versuch, um relative und absolute Nichtigkeit zu unterscheiden, aber diese Nichtigkeit ist immer noch dieselbe. Wie gesagt, es ist nur die Frage, ob Nichtigkeit eine Partei betrifft, oder beide.

Eine andere Art, wie man Konventionen vernichten (*anéantir* oder *diminuer*) kann, ist die *rescision*. Die *rescision* oder *restitution en entier* (*in integrum restitutio*) ist ein Grund für das Erlöschen der Obligationen. Für *Domat* ist die *restitution* auch ein Vorteil (*benefice*), für eine Partei, die durch einen Rechtsakt geschädigt oder verletzt [*lezé* (sic!)] worden war.³⁵³ Sie erfolgt wegen Arglist (*dol*), Übervorteilung (*lésion*), Gewalt (*violence*), Irrtum (*erreur*), irgend eine Überraschung (*quelque surprise*) oder andere einleuchtende Gründe (*cause qui puisse y donner lieu*). *Rescision* und *restitution en entier* bedeuten dasselbe (nachträgliche Annullierung und Wiederherstellung in den vorigen Stand).³⁵⁴ Jedoch sind die *rescision* und *restitution* anders als die Mängel bei den Konventionen (*vices de conventions*). Auch wenn Nichtigkeit und *rescision* auf denselben Gründen beruhen, unterschieden sie sich voneinander, indem man bei der Nichtigkeit keine *Lettres du Prince*³⁵⁵ braucht.³⁵⁶

2. Würdigung

Domat verwendet die Begriffe relative und absolute Nichtigkeit nicht, aber Merkmale für eine absolute oder für eine relative Nichtigkeit sind erkennbar. Er benutzt Begriffe

³⁵³ *Domat*, Les loix civiles I, Section I, Nr. I, S. 313 f.

³⁵⁴ *Ces mots de rescision et restitution en entier ne signifient proprement que la même chose [...]. Domat*, Les loix civiles I, Liv. IV, Tit. VI, Sect. VI.

³⁵⁵ Der *Prince* ist ein Herrscher [Prinz oder Fürst (Dumey/Plaza, Dictionnaire juridique, S. 264)], der über ein bestimmtes Territorium in Frankreich regierte. Für die rechtlichen Angelegenheiten besaß der *Prince* einen Beirat, der für die Abfassung der Briefe zuständig war. *Domat*, Les loix civiles I, Liv. I, Nr. 12 ; *Domat*, Les loix civiles II, Livre I, Tit 1 ff.

³⁵⁶ *Domat*, Les loix civiles, Liv. IV, Tit. VI, Sect. I, S. 313 f.; *Loysel*, Institutes coutumières (1971), Nr. 706, S. 115 f.

wie ...*conventions qui peuvent être déclaré nulles...* und ...*le contrat [...] peut être annulé...* Er unterscheidet auch die Nichtigkeiten, die von Anfang an nichtig sind³⁵⁷ von den Nichtigkeiten, die von einer Partei erklärt werden können. Er unterscheidet auch die Nichtigkeit, wenn sie gegenseitig ist oder nicht (*conventions nulles d'une part, et dont la nullité n'est pas reciproque*).³⁵⁸ Dies entspricht ungefähr der Unterscheidung zwischen einem nichtigen Rechtsakt und einer Nichtigkeit, die nur eine Partei wegen einer mangelhaften Willenserklärung betrifft. Auch benutzt *Domat rescision* in zwei verschiedenen Bedeutungen: als Klage und als Folge (*in integrum restitutio*). *Domat* erklärt dies nicht ausdrücklich, es kann jedoch abgeleitet werden. Bsp.: *On peut faire rescinder ou annuler par la rescision ou restitution en entier, non seulement des conventions, [...]*.³⁵⁹ In diesem Fall wird der Begriff *rescision* für *restitution en entier* als Synonym benutzt. Auf der anderen Seite wird *rescinder* mit *annuller* gegenüber gestellt,³⁶⁰ ihre Unterschiede erklärt er aber nicht. Es wird auch nicht klar, welches der Unterschied zwischen Nichtigkeit bei Arglist, Gewalt und Irrtum und *rescision* bei denselben Gründen ist.

Für heute entstehen viele Fragen, die man an *Domats* Lehren stellen würde. Jedoch war das Werk *Domats* von großer Bedeutung und brachte einen beachtlichen Fortschritt für die Entwicklung der Nichtigkeitslehre.

III. Das XVIII. Jahrhundert

1. Robert-Joseph Pothier

In einem von seinen Werken ab der zweiten Hälfte des XVIII. Jahrhunderts schrieb *Pothier* über den Prozess. Er verfasste darin ein Kapitel über „Nichtigkeitsgründe“ (*moyens de nullité*). Darin trennt er Nichtigkeit von *rescision*,³⁶¹ für beide Mittel bezieht er sich auf den Prozess. Er meinte, dass die Akte, die nichtig von Rechts wegen sind (*de plein droit*), keine *Rescisions*briefe brauchen, um sie annullieren³⁶² zu können. Dies wegen der Maxime *Quod nullum est ipso iure, rescindi non potest*. Jedoch muss diese

³⁵⁷ *Domat*, Les loix civiles, Liv. I, Tit. I, Sect. V, S. 30.

³⁵⁸ *Domat*, Les loix civiles, Liv. IV, Tit. VI, Sect. I, Nr. VII, S. 314.

³⁵⁹ *Domat*, Les loix civiles, Liv. IV, Tit. VI, Sect. I, Nr. III, S. 314.

³⁶⁰ *Domat*, Les loix civiles, Liv. IV, Tit. VI, Sect. I, Nr. III, S. 314.

³⁶¹ *Pothier*, Oeuvres 10, Nr. 727, S. 347.

³⁶² Annullieren im Sinne von für nichtig erklären.

Nichtigkeit von einer Gewohnheit (*coutume*) oder von einer Verordnung (*ordonnance*) anerkannt werden.³⁶³ Es genügt, wenn eine Partei schriftlich oder mündlich (*en plaidant*) die Nichtigkeitsgründe vorbringt, die sie gegen die Klage der anderen Partei hat. Man kann auch bis vor dem Urteil oder bei der Berufung die Nichtigkeitsgründe darlegen.

Als Nichtigkeitsgründe (*moyens de nullité*) betrachtet *Pothier* die folgenden Fälle:

- Formmangel d.h. wenn man die förmlichen Vorschriften der Gesetze nicht beachtet hat,
- Unfähigkeit d.h. mangelnde Geschäftsfähigkeit zum Abschluss eines Vertrages,
- Mangel bei einer Konvention, wenn es bei der *substance* (das Wesen) des Aktes, oder wenn diese Convention gegen die guten Sitten oder die Gesetze verstößt.³⁶⁴

Die Gewalt (*violence*), die Angst (*peur*), die Arglist, der Irrtum und die Übervorteilung (*lésion*) führen zur *rescision*.³⁶⁵ Durch die *rescision* wird ein Rechtsakt für ungültig erklärt, so dass die Angelegenheit in ihren ursprünglichen Stand wiedereingesetzt werden kann.³⁶⁶

Um eine *rescision* einleiten zu können, braucht man *Rescisionsbriefe* (*lettres de rescision*).³⁶⁷ In diesem Prozess³⁶⁸ sollte man die *Rescisionsbriefe* beantragen und damit die Abmachung (Vertrag) „anfechten“ (*contester*). Erst danach konnte ein Prozess erfolgen. Die andere Partei sollte sich gegen diese Anfechtung erklären. Der Richter (*juge Royal*) und *le procureur* waren für den Prozess zuständig. Wenn die *Rescisionsbriefe* angenommen wurden, dann war der Effekt die Restitution.³⁶⁹ Die *Rescisionsbriefe* waren eine Erlaubnis des Prinzen (*prince*) oder Magistrats, wonach eine Partei sich aus ihrer Abmachung zurückziehen könnte. Nachdem eine Abmachung geschlossen war, konnte die Partei nicht mehr zurücktreten. Bei rechtfertigten Gründen konnte der Prinz oder der Magistrat in Ausnahmefällen aber einen *Rescisionsbrief*

³⁶³ So etwa das Prinzip *il n'y a pas de nullité sans texte*.

³⁶⁴ *Pothier*, Oeuvres 10, Nr. 727, S. 347 f.

³⁶⁵ *Pothier*, Oeuvres 10, S. 347 ff.

³⁶⁶ *Pothier*, Oeuvres 10, Art. II, S. 348; *Gaudemet*, Théorie Générale des Obligations, S. 148.

³⁶⁷ *Domat* nannte diese Briefe *Lettres du Prince*.

³⁶⁸ Der Prozess wird nur grob erklärt, weil er nicht Materie dieser Arbeit ist.

³⁶⁹ *Pothier*, Oeuvres 10, S. 349 ff.; *Loysel*, Institutes coutumières, Nr. 706, S. 115 f.

erteilen, so dass die benachteiligte Partei ihre Abmachung für unwirksam erklären konnte.

- Nach *Pothier* müssen die Gewalt (*violence*) und die Angst (*peur*) als *Rescisionsgrund* erheblich (*considérable*) und drohend (*imminent*) sein.³⁷⁰

- Bei der Arglist, ist die Voraussetzung, dass sie mit deutlichen Indizien bewiesen werden muss; sie kann nicht vermutet werden.³⁷¹

- Irrtum kann auch ein Grund für *rescision* sein, aber man muss verschiedene Situationen unterscheiden. Wenn jemand denkt, dass er etwas verkauft, aber der andere denkt, dass er etwas anderes kauft (*error in obiecto, error in substantia*),³⁷² liegt keine Einigung vor und der Vertrag ist nichtig,³⁷³ man braucht keinen *Rescisionsbrief*.³⁷⁴ Dasselbe gilt für eine Schenkung, wenn man etwas dem „*Pierre*“ schenkt, was man eigentlich dem „*Jacques*“ schenken wollte (*error in persona*).

Wenn jedoch der Irrtum Anlass zu einer *convention* (*l'erreur donne lieu a la convention*) gegeben hat, dann ist die Abmachung nicht nichtig, sondern ermöglicht eine *rescision*. Z.B. wenn man ein Grundstück gekauft hat und am Tag des Vertragschlusses ein Wirbelsturm das Grundstück zerstört, ohne dass der Käufer es im Voraus wusste.³⁷⁵

- Die Übervorteilung (*lésion*). In Zivilsachen ist eine Übervorteilung ein Grund für *rescision*. Bei Handelsverträgen ist jedoch nicht jede Übervorteilung ein Grund. Man darf die Gerichte nicht voll mit Klagen überhäufen, wenn die Übervorteilungen geringfügig sind. Man muss den Rechtsverkehr schützen.³⁷⁶ Die *lésion* soll *énorme* sein und wenn es *plus énorme* ist z.B. wenn man ein Grundstück für die Hälfte seines angeblichen Wertes verkauft wird,³⁷⁷ dann liegt auch ein Grund für *rescision* vor.³⁷⁸

³⁷⁰ *Pothier*, Oeuvres 10, Art. II, § II, S. 351 f.

³⁷¹ *Pothier*, Oeuvres 10, Art. II, § III, S. 352 „*mais celui qui allègue le dol doit le prouver par des indices claires*“; Art. 1116 *Le dol ne se présume pas, et doit être prouvé*.

³⁷² Etwa Dissens.

³⁷³ *Error in negotio*.

³⁷⁴ *Pothier*, Oeuvres 10, Art. II, § IV, S. 353 f.

³⁷⁵ *Pothier*, Oeuvres 10, Art. II, § IV, S. 354 ff.; So heute § 306 BGB.

³⁷⁶ *Pothier*, Oeuvres 10, Art. II, § V, S. 354 f.

³⁷⁷ *Laesio enormis*.

³⁷⁸ *Pothier*, Oeuvres 10, Art. II, § V, S. 354; *Loysel*, Instituts coutumières, Nr. 412, S. 386.

Über diese *Rescision*gründe schrieb *Pothier*³⁷⁹ unter „den verschiedenen Mängeln, die man in einem Vertrag finden kann.“³⁸⁰ Diese Mängel sind Irrtum, Gewalt, Arglist, die Übervorteilung³⁸¹ (*lésion*), die das Fehlen des Grundes (*le défaut de cause*) und Kausalitätsmangel (*le défaut de lien*).³⁸²

a) Der Irrtum ist der bedeutsamste Unwirksamkeitsgrund. Eine *convention* kommt durch Einigung zustande. Ohne Rechtsobjekt können die Parteien keine Einigung erreichen.³⁸³

- Wenn der Irrtum das Objekt betrifft, ist die *convention* nichtig.

- Wenn aber der Irrtum ein Motiv betrifft, ist der Vertrag nicht nichtig, sondern gültig, es sei denn, dass ein Vertragspartner vor dem Vertragsabschluss das Motiv als eine „Bedingung“ erklärt hat. Bsp. Wenn jemand in Buch kauft, weil es gut sein sollte, aber am Ende ist es mittelmäßig, ist deswegen den Vertrag nicht unwirksam. Er hat das was er wollte bekommen und er hat den Inhalt des Buches ist nicht einen Vertragsvoraussetzung.

- Der Irrtum in der Person ist ein Nichtigkeitsgrund.

b) Freiheitsmangel

Die Zustimmung soll immer frei abgegeben werden. Wenn sie durch Gewalt erzwungen worden ist, ist den Vertrag mangelhaft. In diesem Fall kommt einen Vertrag trotzdem zustande, es ist nicht wie dem Fall des Irrtums.³⁸⁴ Dieser Vertrag kann von den Erben oder Abtretungsempfängern entweder für nichtig erklärt werden, oder eine *rescision* kann erfolgen.³⁸⁵ Als Ausnahme kann der Vertrag gültig sein, wenn die Gewalt oder Angst nicht von der anderen Partei kommt, sondern die andere Partei hilft, dass die Gewalt oder Angst verschwinden. Bsp. Wenn man von Räuber gefangen wird, dann macht man eine Abmachung mit jemand anderem, dass er den anderen befreit. Dieser

³⁷⁹ *Pothier*, Oeuvres 2, S. 13 ff.

³⁸⁰ *Des différents vices qui peuvent se rencontrer dans les contrats*.

³⁸¹ Übersetzung von *Dumeyl Plasa*, Dictionnaire Juridique, 1982, S. 193.

³⁸² *Pothier*, Oeuvres 2, Kap. I, Sect. I, Art. III, § I, S. 13.

³⁸³ *Pothier*, Oeuvres 2, Kap. I, Sect. I, Art. III, § I, S. 13.

³⁸⁴ *Pothier*, Oeuvres 2, Kap. I, Sect. I, Art. III, § II, S. 15.

³⁸⁵ *Pothier* wurde wegen Sätze wie diese in Bezug auf die Nichtigkeit viel kritisiert. Es wird gesagt, dass einen großen Beitrag geleistet hat, aber mit vielen Ungenauigkeiten. So *de los Mozos*, El negocio jurídico, S. 99.

Vertrag ist gültig, es sei denn, dass die Geldsumme übertrieben hoch ist. Wenn es so ist, kann die Summe gemindert werden.³⁸⁶

c) Die Arglist

Die Definition von Arglist ist dieselbe wie von *Labeo* und in den Motiven des *Code Civil*.³⁸⁷ Durch Arglist ist ein Vertrag nicht absolut oder „wesentlich“ (*essentielllement*) nichtig, weil die Zustimmung, auch wenn durch Täuschung veranlasst, gegeben wurde. Es bleibt immer noch eine Zustimmung. Die betroffene Partei hat 10 Jahre, um den *Rescissions*brief zu beantragen und den Vertrag anzufechten (*faire rescinder*).³⁸⁸ Die Täuschung muss das Wesen des Vertrages betreffen.³⁸⁹

d) Andere Gründe

Die Unfähigkeit einer Partei sind Gründe für absolute Nichtigkeit des Vertrages. Die Geschäfte von einem Mündel oder Verschwender sind absolut nichtig. Der Minderjährige kann jedoch vorteilhafte Rechtsgeschäfte eingehen.³⁹⁰

Man kann sich nur für sich selber verpflichten, ein Vertrag zulasten Dritter ist nichtig.³⁹¹

Bei der Ehe ist auch eine Nichtigkeitsklage möglich. Die Gründe dafür können absolut und respectiv (relativ) sein. Alle Interessierten können die Nichtigkeitsklage wegen absoluter Gründe erheben, aber nur die betroffene Partei kann die Nichtigkeitsklage wegen relativer Gründe einleiten.³⁹²

2. Würdigung

Einer von den wichtigsten Beiträgen *Pothiers* ist die Trennung der Ehe in eine zivilistische und eine religiöse Seite. Laut *Pothier* ist der *Princeps*³⁹³ für den Ehe(güter)vertrag (*contrat de mariage*) zuständig. Der *Princeps* kann bestimmen, wie ein Ehe(güter)vertrag entsteht, Hindernisse abschaffen und die Formalitäten regeln. Die Ehen zwischen Minderjährigen ohne die Erlaubnis ihrer Eltern sind nichtig.

³⁸⁶ *Pothier*, Oeuvres 2, Kap. I, Sect. I, Art. III, § III, S. 17 ff.

³⁸⁷ *Dolum, omnen calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum, alterum, adhibet L. I, §2, ff.*

³⁸⁸ *Pothier*, Oeuvres 2, Kap. I, Sect. I, Art. III, § III, S. 19.

³⁸⁹ *Pothier*, Oeuvres 2, Kap. I, Sect. I, Art. III, § III, S. 20.

³⁹⁰ *Pothier*, Oeuvres 2, Kap. I, Sect. I, Art. IV, S. 31 f.

³⁹¹ *Pothier*, Oeuvres 2, Kap. I, Sect. I, Art. V, S. 34.

³⁹² *Pothier*, Oeuvres 6, Teil 6, Kap I, S. 202.

³⁹³ Siehe Kap. 2, § 3, 2, a).

Scheidungen, Trennungen und Ehenichtigkeiten fallen in die Zuständigkeit der Zivilgerichte. Dies hat zur Folge, dass es eine zivilistische Ehe gab.³⁹⁴ Da Gott die Ehebindung geschaffen hat, kann kein Mensch sie auflösen. Wenn jedoch die Gültigkeit der Ehe einer Entscheidung des Richters unterliegt, kann der Richter bestimmen, ob die Ehe aufgelöst werden kann.³⁹⁵

Die Nichtigkeitsklage des Ehe(güter)vertrages im Zivilrecht unterlag keiner Verjährung.³⁹⁶ Auf dem vierten Laterankonzil,³⁹⁷ wurde es verboten, sich mit Verwandten vierten Grades zu verheiraten. Der Papst Innozenz III hat entschieden, dass diese Nichtigkeitsklage keiner Verjährung unterlag.³⁹⁸ Zu diesem Ergebnis ist auch sowohl die Glosse gekommen wie die Rechtslehre. Die Ehe mit einem dirimenten Hindernis war immer radikal nichtig, kein Zeitverlauf könnte ihn bestätigen.³⁹⁹ Diese Regel wurde in Frankreich übernommen. Das Problem war, dass diese „absolute Nichtigkeit der Ehe“ von der kirchlichen Gerichtsbarkeit aufgehoben werden konnte.⁴⁰⁰ Dies hat sich verändert, als die zivile Ehe im *Code Civil* eingesetzt worden ist,⁴⁰¹ und die kirchliche Gerichtsbarkeit für die (bürgerliche oder zivile) Ehe nicht mehr zuständig war.

Pothier unterschied zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit nur bei der Ehe. Im Obligationenrecht unterschied er zwischen Nichtigkeit und Rescision. Im Obligationenrecht spricht er nur von absoluter Nichtigkeit, aber nicht von einer relativer oder respectiver, wie er sie nennt.

IV. XIX. Jahrhundert

1. Karl Solomo Zachariä

Eine von den bedeutsamsten Werken des XIX über das französische Recht war das „*Handbuch des Französischen Zivilrechts*“ von *Karl Salomo Zachariä*. Dieses Werk

³⁹⁴ *Esmein*, Le mariage (1929), S.3 3 ff.; *Pothier*, Oeuvres 10, S. 452.

³⁹⁵ *Pothier*, Oeuvres 6, Teil 6, Kap I, S. 201.

³⁹⁶ *Esmein*, Le mariage, S. 462.

³⁹⁷ Das Konzil wurde im Jahr 1215 auf die Initiative von dem Papst Innozenz III einberufen.

³⁹⁸ *Esmein*, Le mariage, S. 462.

³⁹⁹ *Hostiensis*, Summa, p. 385 vo.: *Nulla tempore obstante, accusator auditor. Panormit., sur c.VI. X, De Frig. IV, 15: Nota quod impotentia conjugum potest allegari post plurimos annos, nam tractu temporis non firmatur matrimonium nullum.*

⁴⁰⁰ *Esmein*, Le mariage, S. 462 ff.

⁴⁰¹ *Esmein*, Le mariage, S. 463 ff.

erschien innerhalb des XIX. Jahrhunderts in mehreren Auflagen und wurde nach dem Tode *Zachariäs* von anderen Juristen herausgegeben.⁴⁰² Das Werk wurde 1839 von *Aubry* und *Rau* auch ins Französische übersetzt. Laut den französischen Juristen hat *Zachariä* einen großen Beitrag für die Rechtslehre geleistet.⁴⁰³ Sein Werk soll eine vollständige Sammlung des französischen Rechts sein.

Was die Nichtigkeitslehre betrifft, meinte *Zachariä*, dass bei der Nichtigkeit zwei Fälle zu unterscheiden waren. In dem ersten Fall werden Rechte eine Person oder eine Dritte verletzt. In dem zweiten Fall steht eine Rechtshandlung in Widerspruch mit dem Gesetz. Die Nichtigkeit bezieht sich nur auf den letzten Fall, weil die Nichtigkeit eine rechtlich Ungültigkeit oder Unwirksamkeit, mit welcher eine Rechtshandlung aus dem Gründe behaftet ist, weil sie mit einem gesetzlichen Verbot oder Gebot in Widerspruch steht. Der *Code civil* enthält jedoch viele Gebote und Verbote, die keine Sanktion wegen ihrer Nichtbeobachtung vorschreiben (*leges imperfectae*). Die Folge solle Nichtigkeit sein.⁴⁰⁴

2. Bernhard Windscheid⁴⁰⁵

In der Auflage von 1853⁴⁰⁶ des Werkes von *Zachariä* erklärte der neue Herausgeber⁴⁰⁷ *August Anschütz*, dass die Lehre von den Nichtigkeiten eine befriedigende Lösung gefunden hatte. *Anschütz* bezieht sich auf das Werk von *Bernhard Windscheid*, *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*. *Anschütz* erklärt, inwieweit die Ergebnisse *Windscheids* von der Theorie *Zachariäs* abweichen. Nach *Anschütz* wäre eine Übersetzung des Werkes *Windscheids* ins Französische wünschenswert.

⁴⁰² Aufgrund der Zahlreiche Werke, werden die Werke *Zachariäs* in einer besonderen Abhandlung behandelt. (Kap 3).

⁴⁰³ So *De los Mozos*, El negocio jurídico, S. 10 ff.; *Gout*, Le Juge et l'annulation du Contrat, S. 15 ff.; *Guelfucci-Thibierge*, Nullité, restitutions et responsabilité, S. 20 ff.

⁴⁰⁴ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 3. Auflage, Bd. I, 1827, S. 64.

⁴⁰⁵ Siehe *Windscheid* auf Kap. 4, § 9., Nr. II ff.

⁴⁰⁶ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 4. Auflage, 1853, Bd. I, S. 83, Fn. 1.

⁴⁰⁷ *August Anschütz* (1826-1874), Privatdozent der Rechte an der Universität zu Bonn. Er habilitierte sich 1851 an der Universität Bonn für französisches und deutsches Recht. 1855 wurde er in Bonn außerordentlicher Professor und 1859 ordentlicher Professor des deutschen Rechts an der Universität Greifswald. Ab 1862 war er ordentlicher Professor an der Universität Halle. *Anschütz, August*. In Allgemeine Deutsche Biographie (ADB). Band 46. Duncker & Humblot, Leipzig 1902. S. 16 ff.

Nach *Windscheid* gibt es zwei Arten von Ungültigkeit von Rechtsgeschäften: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.⁴⁰⁸ Er definiert diese Ungültigkeit als Unfähigkeit der Rechtsgeschäfte, ihre beabsichtigten Wirkungen hervorzubringen. Deswegen müsse man die Ungültigkeit von der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte unterscheiden.⁴⁰⁹

Die relative Nichtigkeitsklage (*action en déclaration de nullité*) verschmilzt nach *Windscheid* mit der Rescisionsklage. Diese Rescisionsklage ist in allen Fällen jene des Art. 1304. Die Nichtigkeiten der Ehe folgen besonderen Regeln.

3. Zweite Hälfte des XIX. Jahrhunderts

Während der zweiten Hälfte des XIX. Jahrhunderts bezeichneten die französischen Juristen die Nichtigkeit als einen Zustand (*état d'être*), die später als *théorie organique* bezeichnet wurde. Laut dieser These war die Nichtigkeit „ein Organismus, der eine Rechtspersönlichkeit hatte und auf den die Vorstellung von Tod und Leben projiziert wurde.“ Die Nichtigkeit „lebte“ in dem Rechtsakt und sie hinderte dem Rechtsakt ihre Wirkungen zu entfalten. Die Nichtigkeit gliederte sich in zwei verschiedene Kategorien, je nach der Art des Rechtsmangels.⁴¹⁰

Wenn der Mangel des Rechtsgeschäftes gegen eine Entstehungs- (*condition de formation*) oder Existenzvoraussetzung (*condition d'existence*) verstoßen hatte, dann handelte es sich um absolute Nichtigkeit.

Wenn aber die Ungenauigkeit (*imprécision*) oberflächlich war, so ergab sich eine Gültigkeitsbedingung (*condition de validité*), woraufhin die Parteien das Rechtsgeschäft entweder akzeptieren (\approx bestätigen), beibehalten oder für ungültig erklären (*guérir ou périr*) konnten. Die Natur der Nichtigkeit ergab sich aus dem Grad des Mangels (*gravité de l'irregularité*).⁴¹¹ Diese Art von Nichtigkeit wurde als relative Nichtigkeit bezeichnet.

Innerhalb dieser Betrachtungsweise gab es im XIX. Jahrhundert zwei Strömungen, die versucht haben, die Nichtigkeit und ihre Problematik zu erklären: Die eine unterschied zwischen *nullité textuelle* (textlicher Nichtigkeit) und *nullité virtuelle* („schlummernde

⁴⁰⁸ *Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon, S. 1.

⁴⁰⁹ *Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon, S. 1.

⁴¹⁰ *Gout*, Le Juge et l'annulation du Contrat, S. 21.

⁴¹¹ *Gout*, Le Juge et l'annulation du Contrat, S. 21.

Nichtigkeit“) oder *inexistence* (Inexistenz), die andere zwischen *nullité absolue* und *nullité relative*.

Zachariä war anscheinend der Hauptdarsteller der Trennung zwischen *nullité textuelle* und *virtuelle* oder *inexistence*;⁴¹² Aubry und Rau⁴¹³ waren Anhänger dieser Lehre.⁴¹⁴ In ihrem Werk *Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariae* unterschieden sie zwischen Nichtigkeit (*nullité*), Inexistenz (*inexistence*), nicht Zustandekommen (*non avenu*), Verletzung (*lésion*) und Täuschung (*fraude*).

4. Charles Demolombe

Auf der anderen Seite trennte Demolombe die Nichtigkeiten in *nullité* und *annulabilité* (Nichtigkeit und Vernichtbarkeit).⁴¹⁵ Seiner Ansicht nach führe ein Einigungsmangel über das Vertragsobjekt oder den Rechtsgrund (*cause*) zur Nichtigkeit, bloße Willensmängel eine Partei hingegen zur Vernichtbarkeit. Dafür soll klar sein, was der *Code Civil* unter *essentielle* (wesentlich) versteht. Einige Voraussetzungen sind aus dem Naturrecht (*nullité*) und anderen aus dem positivem Recht (*annulabilité*).

Beispiel: Bei der Zustimmung (*consentement*) soll zwischen mangelhafter und fehlender unterschieden werden.⁴¹⁶ Bei fehlender Zustimmung spricht man von *nullité* oder Inexistenz. Wenn die Zustimmung mangelhaft ist, dann handelt es um Vernichtbarkeit (*annulabilité*). Diese Unterscheidung wurde im *Code Civil* nicht genügend deutlich ausgeführt.⁴¹⁷ Jedoch kann diese Unterscheidung Kraft Natur der Sache abgeleitet werden. Viele Artikel enthalten diese Gliederung in sich. Dies kann aus den Artikeln 1108 und 1109 abgeleitet werden. Wenn nach Art. 1108 *Code Civil* die Zustimmung eine *condition essentielle* (wesentliche Voraussetzung) des Vertrages ist, bedeutet dies *e contrario*, dass ohne Zustimmung kein Vertrag vorliegt. Nun besagt Art. 1109, dass die Zustimmung nicht gültig ist, wenn sie durch Arglist, Gewalt oder Irrtum beeinflusst worden ist.⁴¹⁸

⁴¹² Aubry-Rau, *Cours de Droit Civil Français*, I § 37, S. 102; *De los Mozos*, *El negocio jurídico*, S. 102.

⁴¹³ Das Werk von Aubry und Rau ist eine Weiterbearbeitung von dem Werk Zachariäs.

⁴¹⁴ So die Abhandlung über Zachariä im Kap. 3. Hier wird es erklärt wie die Übersetzungen von Aubry und Rau, das Werk Zachariäs nicht entsprechen. Die Theorie der Inexistenz hatte andere Ursprünge als das was bis heute erklärt wurde.

⁴¹⁵ Demolombe, *Traité des contrats* 1, S. 44 ff.

⁴¹⁶ Demolombe, *Traité des contrats* 1, S. 79.

⁴¹⁷ Demolombe, *Traité des contrats* 1, S. 79.

⁴¹⁸ Demolombe, *Traité des contrats* 1, S. 80.

In einer späteren Auflage spricht *Demolombe* von absoluter und relativer Nichtigkeit. Die absolute Nichtigkeit (*nullité absolue*) tritt von Rechts wegen (*de plein droit*) ein. Die relative Nichtigkeit (*nullité relative*) ist keine Folge von Rechts wegen und hat drei Eigenschaften: a) Nur bestimmte Personen können sich darauf berufen. b) Sie unterliegt einer Frist. c) Sie kann bestätigt (*confirmer ou ratifier*) werden.⁴¹⁹

V. XX. Jahrhundert

1. René Japiot

Ab dem XX. Jahrhundert bemühten sich die Autoren darum zu beweisen, dass die Nichtigkeit nicht eine Eigenschaft des Rechtsgeschäftes ist, sondern eine Folge oder Sanktion dafür, dass man eine Norm nicht beachtet. Es wird nicht mehr auf den Grad des Verstoßes geachtet, sondern auf die betroffenen Interessen.

In dem Werk *Des nullités en matière d'actes juridiques, essai d'une théorie nouvelle* (1909), erklärt *Japiot*, dass die Nichtigkeit nicht einen Zustand (*une manière d'être*) des Rechtsaktes ist. Die Nichtigkeit „lebt“ bildlich gesprochen nicht in dem Rechtsakt, sondern in den Personen, den Rechtsträgern. Die Idee ist, dass die Gesellschaft sich wehren kann, entweder durch Vorbeugung gegen oder durch Beseitigung eines gesetzwidrigen Rechtsaktes.⁴²⁰ An sich gibt es keine Nichtigkeit *ipso iure*, solange man sich nicht⁴²¹ auf sie beruft.⁴²² Dieser Satz könnte die heutigen Juristen überraschen, weil der Begriff der Nichtigkeit die Idee des „Nichts“ beinhaltet, etwas, das nicht existiert; etwas, das nicht besteht; etwas, das sich auf nichts einschränken lässt.⁴²³ Dann wird erklärt, dass die Nichtigkeit des *ordre public* von Amts wegen eintritt, weil sich jemand auf sie beruft. In diesem Fall ist es der Richter. Der Richter vertritt die Gesellschaft, er führt die Nichtigkeit im Interesse der Allgemeinheit aus.⁴²⁴

Japiot meinte, dass die alten Lehren über die Nichtigkeit ihre Entwicklung hinderten. Die alten Lehren der Nichtigkeit beschränkten sich auf die relative Nichtigkeit (*nullités*

⁴¹⁹ *Demolombe*, Traité des contrats 6, S. 280.

⁴²⁰ *Japiot*, Des nullités (1909), S. 285.

⁴²¹ *En soi, la nullité même de plein droit n'est rien si on ne l'invoque pas*. So *Japiot*, Des nullités S. 286.

⁴²² *Japiot*, Des nullités S. 286; *Gout*, Le Juge et l'annulation du Contrat, S. 19

⁴²³ *Gout*, Le Juge et l'annulation du Contrat, S. 19.

⁴²⁴ *Japiot*, Des nullités, S. 286.

relatives). Wenn aber jemand aufgrund von Irrtum einen Vertrag für ungültig erklären will, dann bleibt ihm die *action en nullité* oder er kann den Vertrag attackieren (*attaquer*). Dies ist eine „Anfechtbarkeit“ (sic!) im deutschen Sinne. Weil im Französischen ein Wort für Anfechtbarkeit fehlt, nennt *Japio*t diese Unwirksamkeit eine *attaquibilité*.⁴²⁵ Dann spricht er vom Oberbegriff Unwirksamkeit (*inefficacité*); für ihn sind alle **diese Begriffe Arten der Nichtigkeit: Nichtigkeit, Vernichtbarkeit, absolute oder relative, absolute Nichtigkeit, von Rechts wegen (*de plein droit*), de ordre public, oder des Privatrechts, Inexistenz, und das was nicht geltend gemacht werden kann (*inopposabilité*)**. Wenn ein Rechtsakt nichtig ist, können seine Wirkungen nicht eintreten, infolgedessen ist es richtig, diese Rechtstakte unwirksam zu nennen. *Japio*t betrachtete seine Arbeit als eine solche des positiven Rechts. Um die Konstruktion realisieren zu können, musste er einen Rechtsvergleich machen. Er schlug vor, die Nichtigkeit solle sich nicht mehr „zufällig“ bei manchen Verträgen oder beim Erlöschen von Obligationen befinden, sondern ein eigenes Kapitel im *Code Civil* einnehmen. Dieses Kapitel wäre dann Teil der allgemeinen Regeln des Rechtsaktes (Rechtsgeschäftes).

*Japio*t hat auch in Betracht gezogen, die deutsche Nichtigkeitslehre zu übernehmen, um die Vernichtbarkeit auf der Privatebene einzuführen. *Japio*t meinte schließlich, dass man die französische Lehre beibehalten sollte, weil die konventionelle Nichtigkeit⁴²⁶ (Anfechtbarkeit) nur in wenigen Fällen in der Praxis vorkomme.⁴²⁷

Er äußerte auch, die Nichtigkeit habe die Beachtung der Normen zum Ziel. Wenn die Normen nicht beachtet werden, dann trete die Nichtigkeit ein. Die Nichtigkeit ist nicht in dem Rechtsakt inbegriffen, sondern ist dessen Folge.

Es gibt nur eine Nichtigkeit. Folglich ist unnötig, zu unterscheiden zwischen Rechtsakten, die schwebend wirksam sind und auf der anderen Seite Rechtsakten, die inexistent sind. Am Ende kann man der Zustand der Nichtigkeit nicht ändern. Zu unterscheiden ist aber, wer eine Nichtigkeit geltend machen kann. Man muss darauf sehen, welche Personen von den Regeln geschützt werden. Wenn die Regeln nur das Interesse einer einzelnen Person schützen, dann kann auch nur diese die Nichtigkeitsklage erheben. Wenn die Regeln das Interesse mehrere Personen schützen,

⁴²⁵ *Japio*t, Des nullités, S. 288.

⁴²⁶ Die konventionelle Nichtigkeit bei *Japio*t entspricht die heutige konventionelle Nichtigkeit nicht. Die konventionelle Nichtigkeit *Japio*t's entspricht einer Anfechtbarkeit. Die heutige konventionelle Nichtigkeit ist eine private Erklärung der absoluten Nichtigkeit.

⁴²⁷ *Japio*t, Des nullités, S. 928.

dann kann die Nichtigkeitsklage auch von den Gläubigern oder von anderen Personen mit Interesse erhoben werden.⁴²⁸

Würdigung: *Japiots* Werk heutzutage zu lesen kann verwirrend sein. Für die heutige Nichtigkeitslehre wären viele Sätze sinnlos; z.B. meint *Japiot*, dass es sich nur um eine einzige Nichtigkeit handele, er spricht jedoch fortwährend von absoluter und relativer Nichtigkeit. Trotzdem macht aber er keinen Unterschied zwischen beiden. Diese Art von Anmerkungen entstanden Ende XIX. und Anfang des XX. Jahrhundert häufig. Es ist kein Zufall, dass die Nichtigkeitslehre so viele Probleme ergeben hat.

Wie bereits erwähnt, hat *Japiot* etwas Großartiges geleistet: Er hat die Nichtigkeit vom Rechtsakt (Rechtsgeschäft) getrennt. Wenn man die Nichtigkeit als eine Folge und nicht als eine Eigenschaft des Aktes sieht, dann erkennt man, wie diese Konzeption sich der modernen Lehre annähert. Wenn er meint, dass man sich immer auf die Nichtigkeit berufen muss und auch die Nichtigkeit von Amts wegen eine Berufung ist, kann man ableiten, dass er über deklarative Wirkungen spricht und nicht über konstitutive.⁴²⁹

Auch wenn er über verschiedenen Nichtigkeitsarten schreibt und sagt, Nichtigkeit sei nur eine, kann man ableiten, dass er eine Folge meint. Er sieht die Nichtigkeit in dem Moment wo das Rechtsgeschäft entweder konstitutiv oder deklaratorisch aufgehoben wird.

2. Marcel Planiol

Planiol erkennt den Unterschied zwischen *nullité absolue* und *nullité relative*.⁴³⁰ Er erklärt, welche Probleme es Anfangs des XX. Jahrhunderts bei der Unwirksamkeit gab. So gliedert er die Unwirksamkeit in drei Begriffe:

- Nichtigkeit (*nullité*). Die *nullité* ist eine Nichtigkeit *ipso iure*, diese Nichtigkeit ist die wahre Nichtigkeit (*nullité véritable*), diese sanktioniert die Rechtsakte, die gegen das Gesetz verstoßen. Diese Nichtigkeit wird im *Code Civil* als eine allgemeine Regel nicht verwendet. Jedoch verbietet der *Code Civil* nicht, andere Nichtigkeiten anzuerkennen,

⁴²⁸ *Japiot*, Des nullités, S. 928 f.

⁴²⁹ So *Sacco*, in: *Novissimo Digesto Italiano XI* (1965), S. 464.

⁴³⁰ *Planiol*, *Droit Civil* Bd. 1 (1911), Nr. 327 ff., S.124 ff.; *Planiol*, *Droit Civil*, Bd. 2 (1912), Nr. 1271, S. 420 ff.

wenn die Nichtigkeiten im *Code* nicht ausdrücklich erwähnt sind.⁴³¹ 1) Die Nichtigkeit tritt unverzüglich ein. Der Rechtsakt kann in keinem Moment seine Wirkungen entfalten. Die Parteien stehen sich so, wie wenn sie nichts abgemacht hätten. 2) Jedermann kann sich auf die Nichtigkeit berufen. 3) Die Nichtigkeit hat eine Wirkung *erga omnes*. Um diese Wirkung zum Ausdruck zu bringen, sagt man, dass diese Nichtigkeit absolut ist. Dies bedeutet, dass ihre Wirkung alle Interessierten betrifft. 4) Die Nichtigkeit kann durch eine Bestätigung nicht geheilt werden. Die Nichtigkeit wirkt gegenüber jedermann und von Anfang an; auch wenn die Parteien den Rechtsakt bestätigen sollten, würden sie zu denselben Folgen kommen. Der Rechtsakt bleibt immer noch nichtig.⁴³² 5) Die Nichtigkeit unterliegt nicht der Verjährung, wenn die Nichtigkeit keine Wirkungen haben kann, dann kann sie auch durch den Zeitverlauf keine Wirkungen haben, sie folgt die Regel „*quod nullum est nullo lapsu temporis convallescere potest*“.⁴³³

- Vernichtbarkeit (*annulabilité*). Die *annulabilité* tritt wegen Willensmängeln oder wegen Geschäftsunfähigkeit ein. Die relative Nichtigkeit ist eine Art Schutz für eine Partei. Entweder wird diese Partei wegen ihres Alters geschützt, oder die Partei hat keine mangelfreie Willenserklärung abgegeben.⁴³⁴ Die Vernichtbarkeit (*annulabilité*) muss immer durch den Richter erklärt werden. Deshalb hat die Vernichtbarkeit vier Folgen: 1) Die Vernichtbarkeit hat keine unverzüglichen Wirkungen. Der Rechtsakt bleibt solange wirksam, bis jemand eine Nichtigkeitserklärung abgibt. Deswegen sagt man, dass ein Rechtsakt nicht nichtig (*nul*) ist, sondern vernichtbar (*annulable*). Der Richter modifiziert die Sachlage. Aber die Nichtigkeit (i.S.v. Nichtigkeitserklärung) tritt nicht unverzüglich (*immédiate*) ein, sondern rückwirkend. Der Rechtsakt entfällt in allen seinen Wirkungen. Dieser Rechtsakt wird für die Vergangenheit vernichtet (*anéanti*).⁴³⁵ 2) Die Vernichtbarkeitsklage kann nur von der betroffenen Partei erhoben werden. Wie gesagt, ist die Vernichtbarkeit eine Art Schutz für eine Partei. Deswegen ist sie befugt, den Rechtsakt zu vernichten (*anéantir*). 3) Die Vernichtbarkeit

⁴³¹ Die Regel *il n'y a pas de nullité sans texte* steht nicht im *Code Civil*. Diese Regel im Art. 1030 stand *Code de procédure civile* und deswegen meinten die Richter, dass sie keine andere als die von dem Gesetz gegebenen Nichtigkeit erklären könnten. *Planiol* hat dies entweder übersehen, oder er wollte das materielle von dem prozessualen Recht trennen. Siehe oben Kap. 2, § 3, Nr. V, 2, c).

⁴³² *Planiol*, *Droit Civil* Bd. 1, Nr. 339, S. 131.

⁴³³ *Planiol* meinte, dass es Autoren gab, nach denen die absolute Nichtigkeit der Verjährung unterliege. Die Verjährungsfrist betrug 100 Jahre (So *Planiol* *Droit Civil*. Bd. 1, Nr. 339 Fn. 1).

⁴³⁴ *Planiol*, *Droit Civil* Bd. 1, Nr. 339. S. 130 f.

⁴³⁵ *Planiol*, *Droit Civil* Bd. 1, Nr. 343. S. 132.

kann durch Bestätigung geheilt werden. Wie bereits erwähnt, ist der Rechtsakt nicht von Anfang an nichtig, wenn also die betroffene Partei sich auf der Nichtigkeit (i.S.v. Vernichtbarkeit) nicht berufen will, kann sie den Rechtsakt entweder ausdrücklich oder stillschweigend bestätigen.⁴³⁶ 4) Die Vernichtbarkeit unterliegt der Verjährung. Laut Art. 1304 (a.F.) *Code Civil*, verjährt die Vernichtbarkeit in 10 Jahren.

- Inexistenz (*Inexistence*). Ein Rechtsakt ist inexistent, wenn eine von den Hauptvoraussetzungen fehlt.⁴³⁷ Die Inexistenz unterscheidet sich von der Nichtigkeit,⁴³⁸ indem das Gesetz einen inexistenten Rechtsakt nicht vernichten (*annuler*⁴³⁹) muss.⁴⁴⁰ Der inexistente Rechtsakt besteht nur als Schein und es ist nur dieser Anschein, der in Frage gestellt wird. Was nicht existiert, kann nicht vernichtet (*annulé*) werden. Also echte Inexistenz ist mit der Nichtigkeit unvereinbar, weil die Nichtigkeit eine Operation ist, die einen wahren vollendeten Rechtsakt vernichtet (*anéantir*).⁴⁴¹

Bsp.: Die Inexistenz ist in zwei Fällen möglich. Der erste Fall ist das Fehlen eines allgemeinen Erfordernisses, der Zustimmung, oder besser der Wille.⁴⁴² Ein Rechtsakt (Rechtsgeschäft) ist eine zweiseitige Willenserklärung. Ohne diese zweiseitige Willenserklärung (*déclaration bilatéral*) ist kein Rechtsakt vorhanden. Der zweite Fall hängt von den Sorten von Rechtsakten ab. Z.B. Das Fehlen über den Preis beim Kauf; ohne Einigung über den Preis kommt der Kauf nicht zustande (Art. 1583 *Code Civil*).⁴⁴³ Am Ende meinte *Planiol*, wenn die Förmlichkeiten eines Rechtsakts nicht geachtet werden, ist der Rechtsakt nicht inexistent, sondern nichtig. Jedoch befindet sich die Unterscheidung zwischen Inexistenz und absoluter Nichtigkeit nur in der Rechtslehre.⁴⁴⁴ Weil die absolute Nichtigkeit einen zustande gekommenen Rechtsakt zur Unwirksamkeit bringt, kann man auch sagen, dass das Nichtachten der Förmlichkeiten

⁴³⁶ *Planiol*, Droit Civil Bd. 1, Nr. 343, S. 133; *Planiol*, Droit Civil, Bd. 2, Nr. 1271, S. 420 ff.

⁴³⁷ *Planiol*, Droit Civil Bd. 1, Nr. 345, S.134.

⁴³⁸ *Planiol*, Droit Civil Bd. 1, Nr. 346, S.134.

⁴³⁹ Nicht übersehen, dass *Planiol* den Begriff vernichten bei der Inexistenz benutzt hat. Diese Probleme bei der Terminologieverwendung kommen in der ganzen Literatur häufig vor. Diese ist eine von den Problemen warum es so schwer war die „Nichtigkeiten“ zu unterscheiden.

⁴⁴⁰ Exposé des motifs, Rapport, Nr. 60 Art. 1304, S. 163. Diese Lösung der Inexistenz wurde das Problem lösen, dass die Regel „pas de nullité sans texte“ verursacht hatte. Das Problem war, dass die Inexistenz in vielen Hinsichten sich von der absoluten Nichtigkeit unterscheiden konnte. Z.Bsp. *Planiol*, Droit Civil Bd. 1, Nr. 349, S. 135.

⁴⁴¹ Hier werden *anéantir* und *annuler* als Synonyme verwendet, oder aus dem Text kann man ableiten, dass es so ist.

⁴⁴² *Planiol*, Droit Civil Bd. 1, Nr. 345, S. 134.

⁴⁴³ *Planiol*, Droit Civil Bd. 1, Nr. 347, S. 134.

⁴⁴⁴ *Planiol*, Droit Civil Bd. 1, Nr. 349, S. 135

Inexistenz zur Folge hat.⁴⁴⁵ Für *Planiol* war es wichtig, die Begriffe zu unterscheiden.⁴⁴⁶ Er erkennt an, dass *René Japiot* einen wichtigen Versuch, die Lehre der Nichtigkeit zu korrigieren, unternommen hat.⁴⁴⁷

3. Eugène Gaudemet

So wie *Japiot*, hat *Gaudemet* die Nichtigkeit anders gesehen, also als eine Folge und nicht zu jeder Situation angehängt.⁴⁴⁸ *Gaudemet* erklärt in seinem Werk,⁴⁴⁹ dass nach der klassischen Lehre eine Nichtigkeit vorkommt, die radikal ist. Kein Vertrag ist vorhanden (*il contrat n'existe pas*). Der Vertrag ist ein Nichts (*néant*), und er kann keine Wirkungen haben. Auf der anderen Seite erscheint eine mildere Nichtigkeit (*atténuée*). Diese Nichtigkeit kann nur von bestimmten Personen eingewendet werden. Das mangelhafte Rechtsgeschäft kann auch bestätigt werden. Diese Art von Nichtigkeit ist eine Vernichtbarkeit (*annulabilité*) oder relative Nichtigkeit. *Gaudemet* schlägt ein Nichtigkeitssystem vor. Er gründet seine These auf *Japiots* Werk, aber nur in seinem Ausgangspunkt, also nicht in den Ergebnissen.⁴⁵⁰ Die Nichtigkeit ist nicht mehr ein *acte-organisme* (zu jeder Situation angehängt), sondern eine Folge eines gesetzlichen Verstoßes.

Davor gab es drei Fragen: 1) Gibt es eine Nichtigkeitsklage? 2) Wem steht die Klage zu? 3) Kann man die Nichtigkeit heilen (*couvrir*)?⁴⁵¹

Diese Fragen werden mit diesen neuen drei ersetzt: 1) Wie kann man diese Rechte geltend machen? 2) Welche sind sie Subjekte? 3) Wie und wann erlischt (*éteindre*) dieses Recht (zur Klage)?⁴⁵²

Diese drei Fragen müssen unter zwei Kriterien beantwortet werden: a) Das Ziel der Nichtigkeit. Dies wird unter der Natur der verstoßene Regel berücksichtigt und die

⁴⁴⁵ In Fällen wie diese ist es schwer die Nichtigkeit von der Inexistenz zu unterscheiden.

⁴⁴⁶ *Planiol*, Droit Civil Bd. 1, Nr. 333, S. 126.

⁴⁴⁷ *Planiol*, Droit Civil Bd. 1, Nr. 333, S. 127.

⁴⁴⁸ *Gout*, Le Juge et l'annulation du Contrat, S. 21.

⁴⁴⁹ *Gaudemet*, Théorie Générale des Obligations, S. 140 ff.

⁴⁵⁰ *Gaudemet*, Théorie Générale des Obligations, S. 147.

⁴⁵¹ *Gaudemet*, Théorie Générale des Obligations, S. 147.

⁴⁵² *Gaudemet*, Théorie Générale des Obligations, S. 147.

Erfordernisse der Sanktion. b) Der Umfang wo die Nichtigkeit geltend gemacht wird, vor allem die verletzen Interessen laut den Umständen.

4. Colin und Capitant

Colin und *Capitant* unterscheiden zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit.⁴⁵³ Die absolute Nichtigkeit betrifft die Fälle, wenn in einem Vertrag eine von den wesentlichen Voraussetzungen (Einigung, Rechtsobjekt und Rechtsgrund) für sein Zustandekommen fehlt, wenn es um einen förmlichen Vertrag handelt und die Formalitäten nicht beachtet wurden, wenn den Vertrag gegen den *ordre public* oder die guten Sitten verstoßt.

Die relative Nichtigkeit (*nullité relative* oder *annulabilité*⁴⁵⁴) betrifft die Fälle, wo eine Partei geschäftsunfähig ist, wenn die Zustimmung mangelhaft ist (eine mangelhafte Willenserklärung): Irrtum, Arglist oder Gewalt, und in manchen Fällen von Übervorteilung (*lésion*).⁴⁵⁵ Die Unterscheidung zwischen den beiden Nichtigkeiten hat folgende Konsequenzen:

- Die absolute Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes, kann von jedermann geltend gemacht werden. D.h. von beiden Parteien und allen anderen, die ein echtes Interesse, oder einen Grund haben. Im Gegensatz zur absoluten Nichtigkeit kann bei der relativen Nichtigkeit nur eine von den Parteien die Nichtigkeit geltend machen, und zwar muss die Partei, die die mangelhafte Willenserklärung gegeben hat. Die andere Partei hat dieses Recht nicht.⁴⁵⁶
- Die relative Nichtigkeit kann durch Bestätigung geheilt werden. Durch eine Bestätigung wird der Vertrag wirksam und es wird auf die Nichtigkeitsklage verzichtet. Diese Bestätigung kann ausdrücklich, oder stillschweigend, indem den Vertrag erfüllt wird erfolgen. Die relative Nichtigkeitsklage verjährt in 10 Jahren.
- Die absolute Nichtigkeit kann nicht bestätigt werden. Diese Nichtigkeit erfolgt *ipso iure*. Das heißt, man muss diese Nichtigkeit nicht in den Gerichten geltend machen, es sei denn, die andere Partei sich mit der Nichtigkeitserklärung nicht für einverstanden erklärt. Dieser Nichtigkeitsklage unterliegt keine besondere Frist der Verjährung. Also

⁴⁵³ *Colin-Capitant*, Cours élémentaire de Droit Civil, S. 184 ff.

⁴⁵⁴ *Colin-Capitant*, Cours élémentaire de Droit Civil, S. 184.

⁴⁵⁵ *Colin-Capitant*, Cours élémentaire de Droit Civil, S. 184

⁴⁵⁶ *Colin-Capitant*, Cours élémentaire de Droit Civil, S. 184.

wird die absolute Nichtigkeitsklage nach den allgemeinen Verjährungsregeln in 30 Jahren verjähren.⁴⁵⁷

5. Jean Carbonnier

Carbonnier⁴⁵⁸ hat die Unwirksamkeit in drei Arten gegliedert: *Inexistence*, *nullité absolue (ou d'ordre public)* und *nullité relative*. Er hielt den Vertrag für Unwirksam wenn in dem Moment seines Zustandekommens eine von den Hauptvoraussetzungen fehlt, oder wenn eine von diesen Voraussetzungen mangelhaft ist. Er meinte auch, dass für viele Autoren die Inexistenz von der absoluten Nichtigkeit „absorbiert“ werde, es gab aber auch manche, die die Inexistenz verneinten.

Wenn der Vertrag ab seinem Zustandekommen nur als Anschein existiert, muss der Anschein zerstört werden. Jedoch ist eine Klage dafür notwendig und man braucht einen Richterspruch, der die Nichtigkeit erklärt. Durch die Nichtigkeitsklage wird der Unterschied zwischen der absoluten und relativen Nichtigkeit erklärt. Die absolute Nichtigkeit hat ihre Begründung in dem öffentlichen Interesse, die relative Nichtigkeit in den Privatinteressen.⁴⁵⁹

6. Rechtsprechung am Ende des XIX. und Anfang des XX. Jahrhunderts

Die französische Rechtsprechung des XIX. Jahrhunderts und vom Anfang des XX. hatte viele Probleme bezüglich der Nichtigkeit gehabt, vor allem bei der Ehe.⁴⁶⁰ Die Nichtigkeit hatte Ende des XIX. und Anfang des XX. Jahrhunderts bereits die Elemente, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen guten Sitten, den *ordre Public* verstößt oder einen rechtswidrigen Zweck verfolgt, nichtig waren. Das Problem war, dass man das Fehlen oder den Mangel bei den wesentlichen Voraussetzungen noch nicht völlig definiert hatte. Hier werden ein paar Beispiele dargestellt, die das Fehlen einer von den Hauptvoraussetzungen als Element der absoluten Nichtigkeit erschöpft haben:

In einem Cassationsurteil von 09.10.1888⁴⁶¹ wurde die Frage gestellt, wer berechtigt war eine Klage bei der Ehe von einem Geistesschwachen (*dément*) zu erheben. In

⁴⁵⁷ Colin-Capitant, Cours élémentaire de Droit Civil, S. 185.

⁴⁵⁸ Carbonnier, Droit Civil (1972), S. 155.

⁴⁵⁹ Carbonnier, Droit Civil, S. 155 ff.

⁴⁶⁰ De los Mozos, El negocio jurídico, S. 100 ff.

⁴⁶¹ Recueil Dalloz, année 1888, S. 161.

diesem Fall fand eine Ehe statt und die Verwandten des Ehegatten behaupteten er sei Geistesschwach. Für die heutige absolute und relative Nichtigkeit ist diese Frage von großer Bedeutung; ein Kriterium die heutige absolute und relative Nichtigkeit zu unterscheiden ist, die Frage nach der Berechtigung die Nichtigkeitsklage zu erheben. In diesem Fall meinte die *Cour de Cassation*, dass die Ehe von dem dementen Ehegatten nicht von seinen Verwandten angefochten werden könne. Zuerst müsse eine Entmündigung vorliegen und erst dann dürfe der gesetzliche Vertreter die Nichtigkeit der Ehe beantragen.

Cassation von 30.07.1900.⁴⁶² In diesem Fall wurde eine Ehe in Frankreich vor einem ausländischen Minister abgeschlossen. Die wesentlichen formellen Voraussetzungen eines Ehegütervertrags (*contrat de mariage*) wurden folglich nicht erfüllt. Die Rechtsfrage war, welche Folge dieses Rechtsgeschäft hatte und wer berechtigt war, die Klage (*action*) zu erheben. Die *Cour de Cassation* meinte, dass ein solches Rechtsgeschäft absolut nichtig ist, folglich war jedermann berechtigt zur Klage (*action*).

In einem Urteil von 30. 12. 1902 hat die *Cour de Cassation* erklärt, dass für viele Autoren die radikale und die absolute Nichtigkeit und die Inexistenz in derselben Kategorie fallen. Auf der anderen Seite seien die vernichtbare Akte (*actes annulables*) und die Akte, die an relativer Nichtigkeit leiden (*atteints de nullité relative*) auch gleich.⁴⁶³ Bei einer gerichtlichen Versteigerung wurden die Formalitäten nicht beachtet. Nur der gerichtliche Beamte (*ministère d'avoué*) darf die versteigerte Sache übereignen.⁴⁶⁴ Wenn die Übereignung durch Privatpersonen erfolgt, ist die Versteigerung nichtig und nicht inexistent

Aus diesen Urteilen, die für die Nichtigkeitsheorie wichtig waren, kann man feststellen, dass die Frage um die Nichtigkeiten zu differenzieren war, wer die Klage (*action*) hat. **Also die wichtigste Frage war, wer eine Nichtigkeit geltend machen kann.** Im *Rapport Catala* wird gesagt, dass die heutige Nichtigkeit in der Rechtsprechung von

⁴⁶² Recueil Sirey, année 1902, S. 225.

⁴⁶³ Recueil Sirey, année 1905, S. 257.

⁴⁶⁴ Die französische Rechtsordnung richtet sich nach dem Einheitsprinzip (Konsensualprinzip). Die Eigentumsübertragung ist eine Folge des Vertrages und nicht unabhängig von demselben. In diesem Fall wenn die Versteigerung nichtig ist, dann sind ihre Folgen auch nichtig. Also ist die Übereignung auch nichtig.

dem Rechtsgrund (*cause*) abhängig ist. Um die Nichtigkeit festzustellen, muss man betrachten ob ein Rechtsgrund vorhanden ist oder nicht.⁴⁶⁵

VI. Konventionelle Nichtigkeit in Frankreich

Im Prinzip kann in Frankreich nur der Richter die Nichtigkeit erklären. Jedoch ist in zwei Fällen eine Nichtigkeit auf der Privatebene anerkannt worden. Diese Art von Nichtigkeit heißt *nullité amiable* oder *nullité conventionnelle*.⁴⁶⁶ Die *Cour de cassation*⁴⁶⁷ hat anerkannt, dass die Parteien, die sich auf eine Nichtigkeit einigen, an ihre Einigung gebunden sind.⁴⁶⁸

Der erste Fall behandelt zwei kollidierende Kaufverträge. Der erste Vertrag war nichtig, wegen eines Gesetzesverstößes. Daraufhin hat der Verkäufer, da er noch Eigentümer der Sache war, die Sache anderweitig verkauft.

Daraufhin behauptete der erste Käufer, dass der Verkäufer im zweiten Vertrag eine fremde Sache veräußert habe (nach Art. 1599 *Code Civil* verboten), weil nach dem ersten Kaufvertrag der Verkäufer das Eigentum verloren habe. Aus diesem Grund sei der zweite Kaufvertrag nichtig. Obwohl die Parteien des ersten Kaufvertrages wussten, dass der Vertrag nichtig war, wurde dieser nie für nichtig erklärt. In den ersten Instanzen haben die Gerichte erklärt, dass der erste Vertrag nichtig und somit der zweite Kaufvertrag gültig sei. Wenn der erste Kaufvertrag nichtig ist, konnte kein Eigentum übertragen werden. So bleibt der Verkäufer immer noch Eigentümer. Die *Cour de Cassation* sagte, dass das Argument des ersten Käufers nicht anerkannt werden könne. Die *Cour* war mit den Urteilen der unteren Gerichte einverstanden: Der erste Käufer wusste, dass der erste Kaufvertrag nichtig war und er hat nichts dagegen unternommen. Mit dem zweiten Kaufvertrag wurde die Nichtigkeit des ersten Kaufvertrages anerkannt und so sei der zweite Kaufvertrag gültig.

Im zweiten Fall⁴⁶⁹ wurde die freiwillige Rückzahlung der gesetzwidrig von einem zahlungsunfähigen Schuldner geleisteten Zahlung von der *Cour de Cassation* anerkannt. Eine Gesellschaft befand sich in Zustand der Zahlungsunfähigkeit (*cessation*

⁴⁶⁵ *Ghestin, Jaques* in : Rapport Catala, S. 38.

⁴⁶⁶ *Gout, Le Juge et l'annulation du Contrat*, S. 111 f.

⁴⁶⁷ *Cassation Civil*, 14 mai 1952.

⁴⁶⁸ *Gout, Le Juge et l'annulation du Contrat*, S. 111.

⁴⁶⁹ *Cassation commerciale*, 22. Oktober 1997.

des paiements), sie hatte aber die Schuld wegen eines Darlehens getilgt. Gemäß Art. 107 Nr. 3 des Gesetzes von 25. Januar 1985 sind diese Art von Zahlungen nichtig. Beide Parteien wussten über die Nichtigkeit, haben diese Angelegenheit dennoch auch ohne einen richterlichen Einsatz (*intervention*) geregelt. In diesem Fall hat die *Cour de Cassation* (im Gegensatz zu vorinstanzlichen Richtern) erklärt, dass diese Abmachung zwischen den Parteien wirksam sei.

Diese Art von Nichtigkeit wird in der Lehre bestritten, weil für viele Autoren und laut dem *Code Civil*, die Nichtigkeit nur vom Richter erklärt werden kann.⁴⁷⁰ Für andere muss die Nichtigkeit vom Richter nur dann erklärt werden, wenn die Parteien sich nicht einigen.⁴⁷¹

§ 8. Abschließende Bewertung zu Kapitel 2

Als Ausgangspunkt für die Entwicklung der *nullité* und *annulabilité* ist in Frankreich die Entstehung des *Code Civil* bzw. seine Motive das Wesentliche. Um die Unterscheidung, Entwicklung und Herkunft der Begriffe zu verstehen, muss man die Entstehung des *Code Civil* kennen. Der *Code Civil* bestand aus vier verschiedenen Quellen:⁴⁷²

- **Die Gewohnheiten** (*les coutumes*). Der *Code Civil* hat den Gewohnheiten Vorrang zu dem römischen Recht gegeben.
- **Das römische Recht**, in den Bereichen von Eigentum, Dienstbarkeiten (außer Dienstbarkeiten in Gebäuden), **Obligationen** und Verträge.
- **Die ordonnances royales** für den Zivilstand, für Schenkungen, Testamente und für die Stellvertretung.
- **Le droit intermédiaire.**⁴⁷³ Sein Einfluss war auf dem Bereich **von Ehen**, Elterliche Sorge und Pfandrechte (*privilèges*) und Hypotheken.

Aus diesen Gründen ist im *Code Civil* deutlich, dass es Unterschiede in den Begriffen und Rechtsinstituten gab. Die Verfasser von den verschiedenen Kapiteln hatten unterschiedlichen Einfluss von unterschiedlichen Quellen. Vor dem *Code Civil* war die

⁴⁷⁰ Siehe Kap. 2, § 3, Nr. 4, 2.

⁴⁷¹ Siehe oben Nr. 3 (*Colin-Capitant, Cours élémentaire de Droit Civil*, S. 185).

⁴⁷² *Zachariä, Droit Civil Français I*, § 14, S. 18.

⁴⁷³ Das nach der *Révolution* entstandene Recht

Rescision durch die Rescisionsbriefe der Gegensatz zur Nichtigkeit. Nach der französischen Revolution wurden die Rescisionsbriefe abgeschafft und die Nichtigkeitsklage und Rescisionsklage wurden in demselben Prozess geführt.⁴⁷⁴ D.h. *Rescision* und Nichtigkeit (bei Obligationen) haben sich verschmolzen. Am Ende gab es keinen Unterschied zwischen Nichtigkeit in Obligationen und *Rescision* (**Die relative Nichtigkeit und *rescision* wurden zu relative Nichtigkeit im heutigen Sinne**⁴⁷⁵). Jedoch hat dies viele Verwirrungen verursacht. Im ursprünglichen *Code Civil* befinden sich **zwei Abschnitte wo die Nichtigkeit geregelt wurde:**

Bei der Ehe. Wie bereits erwähnt, der Einfluss auf diese Regelung stammt aus dem *droit intermédiaire*⁴⁷⁶ und aus den Ideen *Pothiers*,⁴⁷⁷ und **beim Erlöschen der Obligationen**, hier ist der Einfluss aus dem römischen Recht deutlich.⁴⁷⁸ Begriffe wie *Convention*, *Obligation*, *Vertrag* und *Rechtsakt* (*Rechtsgeschäft*) werden ohne Unterschied benutzt. Die Verträge enthalten auch ihre einzelnen Bestimmungen über die Nichtigkeit, aber man kann die Nichtigkeit immer im Zusammenhang mit der Nichtigkeit beim Erlöschen von Obligationen verstehen.

Bei der Ehe wird von bestimmten „Graden“ der Nichtigkeit gesprochen. Auch wenn in den Motiven ausdrücklich gesagt wurde, dass die Ehenichtigkeit keine Lehre von relativen und absoluten Nichtigkeiten darstellen wurde.⁴⁷⁹ Jedoch ist deutlich, dass eine Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Nichtigkeit möglich ist, insbesondere bei der Frage „Wer kann die Klage erheben?“.⁴⁸⁰ Die Ehe wurde zum ersten Mal von der kirchlichen Jurisdiktion getrennt und ist zu einem zivilrechtlichen Rechtsinstitut geworden. Die Regeln dafür waren etwas Modernes.

Die Nichtigkeit am Anfang des XIX. Jahrhunderts im Obligationenrecht ist eine Vernichtung (*annulabilité*) und nicht eine Nichtigkeit im heutigen Sinne. Der *Code Civil* unterschied nicht zwischen den Begriffen *nullité*, *annuler*, *n'a aucun effet*, *nulle*. Die Idee der Nichtigkeit hängt im *Code Civil* mit der Idee einer gültigen Obligation

⁴⁷⁴ *Demolombe*, *Cours de Code Napoléon*, S. 3 ff.

⁴⁷⁵ So: *Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil*, année 1948-1949.

⁴⁷⁶ *Conférence du Code Civil* 2, S. 6 f., Art. 146.

⁴⁷⁷ *Conférence du Code Civil* 2, S. 12 ff., Art. 146; *Code Civil des Français* 2, Art. 190, S. 255.

⁴⁷⁸ *Exposé des motifs V*, *Rapport*, Art. 1304, Nr. 60, S. 163.

⁴⁷⁹ *Code Civil des Français* 2, Art. 180, S. 291.

⁴⁸⁰ Art. 180 ff. *Code Civil*.

zusammen. Ein Beweis dafür ist, dass die Nichtigkeit als Grund für das Erlöschen von Obligationen angesehen wurde (Art. 1234 *Code Civil*).

Noch dazu hat der *Code Civil* eine große Lücke gelassen, weil er keine allgemeine Regel der absoluten Nichtigkeit bestimmt hat. Nur Vorschriften, aus denen man absolute Nichtigkeit ableiten kann wie: ...*ne produit aucun effet...* (Art. 932), ...*il n'y a point...*(Art. 1109), ...*n'est point...*(Art. 1241), ...*n'est valable...*(Art. 2132), usw. können gefunden werden. Auch wenn die Nichtigkeit nicht ausdrücklich erwähnt wird, kann sie daraus abgeleitet werden. Das Problem war, in den Motiven wurde erklärt, dass die Nichtigkeit nur für die „echten Verträge“ anwendbar war. Die „echten Verträge“ enthielten alle Elemente für ihre Entstehung, also eine Verpflichtung und brachten eine Klage mit sich. Folglich bestand keine Möglichkeit, eine Nichtigkeit zu erheben, wenn eines von den Elementen eines Vertrages gefehlt hat (Willenserklärung, Geschäftsfähigkeit und zulässiges Rechtsobjekt). Die Motive meinten, es würde reichen, wenn die eine Partei der anderen erklärt, dass es keine Obligation (Vertrag) bestand, um aus dem Verhältnis befreit zu werden.⁴⁸¹

Dies wurde komplizierter, als der *Code de procédure civile* (CPC) erschien. Mit dem Art. 1030 *Code de procédure civile*, konnte Richter keine andere als die vom Gesetz bestimmte Nichtigkeit erklären. Die Regel *il n'y a pas de nullité sans texte* wurde mit diesem Artikel festgelegt. Die Richter meinten, wenn die Nichtigkeit nicht ausdrücklich im Gesetzestext bestimmt war, könnten sie kein Rechtsgeschäft für nichtig erklären.

Noch im XIX. Jahrhundert wurde um das Problem der Regel „*il n'y a pas de nullité sans texte*“ zu umgehen, die Lehre der Inexistenz geschaffen. Diese Lehre sollte die Inexistenz als Gegenbegriff der Nichtigkeit setzen. Jedoch wurde diese Lehre nur in der Rechtslehre angenommen und von der Rechtsprechung abgelehnt. Eine andere Strömung wollte die Nichtigkeit in absolute und relative unterteilen. In diesem Moment gab es zu viele Lehren und zu viele Begriffe, um die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte zu bezeichnen:

- Für heutige relative Nichtigkeit: *annulation, annulabilité, nullité relative.*
- Für die heutige absolute Nichtigkeit : *Nullité, nullité absolue, nullité radicale, nullité légale, nullité d'ordre public, inexistence, néant.*

⁴⁸¹ Exposé des motifs V, Rapport, Nr. 60 Art. 1304, S. 163.

- Oberbegriffe: *anéantissement, inefficacité*

Die Nichtigkeit kann in der Form von einer Klage oder Einrede geltend gemacht werden. Im Obligationenrecht ist nicht klar, ob Nichtigkeit die Sanktion ist und wer die Klage hat. Bsp. In dem Willen war es streitig den Fall, wenn kein Willen vorliegt, oder wenn er mangelhaft ist.⁴⁸² Dies führte zur Frage, wer die Nichtigkeit geltend machen kann. Die ganze Kontroverse im XIX. Jahrhundert führte zu den folgenden Fragen:

- Wann gibt es Nichtigkeit?
- Ist Nichtigkeit die Sanktion?
- Wer kann die Klage geltend machen?⁴⁸³

Um diese Probleme zu lösen, kam die *nullité virtuelle* auf. Der Richter musste entscheiden, ob Nichtigkeit die Sanktion war und wenn dies der Fall war, wer die Klage geltend machen konnte. Dies hat das Problem aber nicht gelöst.⁴⁸⁴ Aus diesen Gründen wurde bemerkt, dass eine Änderung nötig war. Die französischen Juristen des Anfangs des XX. Jahrhunderts haben die Lehre entwickelt, dass die Nichtigkeit eine Sanktion ist und nicht eine Eigenschaft des mangelhaften Rechtsgeschäfts ist. Nach *Japiot, Gaudemet, Planiol, Ripert, Colin, Capitant, usw.* hat sich die Nichtigkeit von der Obligation getrennt. Erst damit konnte eine allgemeine Regel über die Nichtigkeit aufgestellt werden. Ab diesem Zeitpunkt wurde die Nichtigkeit als eine Folge gesehen und nicht mehr zu jeder Situation angehängt.

Das materielle Recht wurde vom Prozess getrennt. Rechtsgeschäft wurde zum Oberbegriff erklärt. Obligation und Vertrag sind nicht mehr dasselbe. Die deklaratorischen und konstitutiven Effekte eines Urteils wurden auch erkannt. Die absolute Nichtigkeit wirkt deklaratorisch. Die relative Nichtigkeit muss bewiesen werden und sie wirkt konstitutiv. Absolute Nichtigkeit wirkt von Anfang an, also tritt sie *ipso iure* ein. Relative Nichtigkeit wirkt rückwirkend (*ex tunc*).

Heute ist von der Trennung zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit die Rede. Sie unterscheiden sich nach der Klageberechtigung, nach den Wirkungen, Verjährung und

⁴⁸² Conférence du Code Civil 2, S. 6 f., Art. 146; *Demolombe*, Traité des contrats, S. 79; *De los Mozos*, El negocio jurídico, S. 100.

⁴⁸³ *Gaudemet*, Théorie Générale des Obligations, S. 140 ff.

⁴⁸⁴ *Gout*, Le Juge et l'annulation du Contrat, S. 10 ff.

Bestätigungsmöglichkeit. Wenn man den *Rapport Catala* betrachtet, stellt man fest, dass beim Erlöschen der Obligationen die Nichtigkeit keinen Grund mehr beschreibt. Das ist ein Zeichen dafür, dass das heutige Verständnis von Nichtigkeit in Frankreich anders ist als seine ursprüngliche Bedeutung. Wenn die Nichtigkeit einen Grund für das Erlöschen der Obligationen wäre, dann ginge das Gesetz davon aus, dass eine Obligation gültig sei um sie annullieren zu lassen; für die absolute Nichtigkeit ist dies nicht der Fall. Also wird die Nichtigkeit zu einer Folge wenn Gesetzgebote oder -verbote nicht geachtet werden.

Eine *annulabilité* wie die Anfechtbarkeit auf privater Ebene geltend zu machen ist ausgeschlossen, denn in Frankreich muss eine solche Erklärung immer vom Richter erfolgen. Diese Denklinie kann in allen Reformversuchen beobachtet werden. Wie die Entwicklung des Begriffes zeigt, ist die *annulabilité* kein Gestaltungsrecht. In der Praxis kann die Nichtigkeit außergerichtlich erklärt werden. Jedoch gilt diese *nullité conventionnelle* nur für die absolute Nichtigkeit. Die *Cour de Cassation* erklärt, dass, wenn die Nichtigkeit *ipso iure* eintritt, kann die Nichtigkeitserklärung von den Parteien wie vom Richter erfolgen.

Kapitel 3 Übergang der Unwirksamkeitslehre in Deutschland und Frankreich am Beispiel von Zachariä

§ 9. Zachariäs “Handbuch des Französischen Zivilrechts”

Karl Solomo Zachariä hat sein Werk über das französische Zivilrecht auf Deutsch für deutsche Leser geschrieben. In allen Auflagen seines Werkes wird in der Einleitung eingehend der Forschungsschwerpunkt erläutert: Das Handelsrecht und der Prozess als selbstständige Wissenschaften werden von der Arbeit ausgeschlossen, das Werk behandelt also nur das materielle Zivilrecht.⁴⁸⁵ Ein ganzes Kapitel wird im Folgenden dem Werk *Zachariäs* gewidmet, weil aus den verschiedenen Auflagen sich ergibt, wie hoch die Verwirrung des französischen Rechts insbesondere in der Unwirksamkeitslehre der Rechtsgeschäfte im XIX. Jahrhundert war. Jedoch wird in den sukzessiven Auflagen deutlich, wie die Trennung zwischen deutschem und französischem Recht entstanden ist.

Der *Code Civil* galt im linksrheinischen und bergischen preußischen Rheinland, in der bayerischen Pfalz, in Rheinhessen, im hessen-homburgischen Meisenheim, im oldenburgischen Fürstentum Birkenfeld, im sachsen-coburg-saalfeldischen Fürstentum Lichtenberg, als „badisches Landrecht“ in Baden und im Reichsland Elsass-Lothringen. Der *Code Civil* wurde 1900 im deutschen Territorium vom Bürgerlichen Gesetzbuch abgelöst.⁴⁸⁶

I. Die 1. Auflage von 1808

1. Vorrede

In der Vorrede erklärt *Zachariä*, dass er eine Arbeit für denkende Geschäftsleute und Praktiker schreiben wolle. Es sollte ein Handbuch über ein fremdes, für die deutschen Leser fast unbekanntes, Recht werden. Man brauche eine Erläuterung der einzelnen

⁴⁸⁵ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 1. Auflage, Bd. I, S. II; Handbuch des französischen Zivilrechts 4. Auflage, Bd. I, S. XII.

⁴⁸⁶ *Strauch*, Der rheinische Beitrag zur Entstehung des BGB (2005), in: <http://www.forhistiur.de/zitat/0503strauch.htm>, Rn. 34.

schwierigen Stellen, die im *Code Civil* vorkommen, um ein Forschungsinteresse zu wecken.⁴⁸⁷

2. Nichtigkeit

Für die Obligationen (Verbindlichkeiten) hat *Zachariä* die Werke von *Pothier*⁴⁸⁸, *Renault*⁴⁸⁹ und *Thibaut*⁴⁹⁰ berücksichtigt. Die Ungültigkeit eines Vertrages kann verschiedene Gründe haben:⁴⁹¹

- Wenn eine Voraussetzung, von der die verbindende Kraft eines Vertrages abhängt, fehlt, kann der Vertrag keine Wirkungen haben.
- Wenn durch eine Bedingung der Vertrag seine verbindende Kraft verliert. Dies erfolgt durch eine Willenserklärung der Parteien, durch Novation, Erlass der Schuld, durch den Eintritt der auflösenden Bedingung oder durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand – z.B. bei der Verletzung, wenn die Gesetze es ermöglichen, den Vertrag anzufechten (Artt. 118, 1313).

Die erste Möglichkeit wird durch eine Nichtigkeitsklage, die zweite wird durch die *action en rescision* geltend gemacht.⁴⁹² *Zachariä* meinte, dass der *Code Civil* an keiner Stelle erklärt, wann welche Klage zu erheben ist. Sogar der Art. 1117⁴⁹³ unterscheidet nicht zwischen *action en nullité* und *action en rescision*.

3. Würdigung

Die Nichtigkeit ist keine allgemeine Regel, auch wenn *Zachariä* die Nichtigkeit und die *Rescision* trennt. Wenn man jedoch beide Klagen geltend macht, sprach *Zachariä* von „den Vertrag anfechten“.⁴⁹⁴ Zwischen *action en nullité* und *action en rescision* wird nicht unterschieden. *Zachariä* meinte nur, dass der *Code Civil* zwischen Handlungen, die *ipso iure* nichtig sind, die der Richter von Amts wegen berücksichtigt, und den

⁴⁸⁷ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 1. Auflage, Bd. I, S. I.

⁴⁸⁸ *Oeuvres de Pothier*, 1773-74.

⁴⁸⁹ *Traité des conventions et engagements, qui se forment sans convention*, 1806.

⁴⁹⁰ *System des Pandektenrechts*, § 82 ff., § 853 ff.

⁴⁹¹ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 1. Auflage, Bd. I, S. 268.

⁴⁹² *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 1. Auflage Bd. I, S.269.

⁴⁹³ *La convention contractée par erreur, violence, ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou rescision, dans le cas et de la manière expliqués à la section VII de chapitre V du présent titre.*

⁴⁹⁴ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 1. Auflage Bd. I, S. 270 § 175 f.

nichtigen Handlungen, die bewiesen werden müssen, unterscheidet.⁴⁹⁵ Die Begriffe relative und absolute Nichtigkeit werden in der ersten Auflage nicht benutzt, ab der zweiten Auflage beginnt er sie zu verwenden.

II. Die 2. Auflage von 1811

1. Vorrede

Die zweite Auflage wurde laut *Zachariä* gänzlich umgearbeitet, sie sollte ein neues Werk genannt und die erste Auflage sollte als unbrauchbar erklärt werden.⁴⁹⁶ Kein Paragraph der ersten Auflage ist unverändert geblieben, die meisten Lehren sind umgearbeitet worden und manche neu hinzugekommen.⁴⁹⁷

2. Nichtigkeit

Nichtigkeit ist der Verstoß gegen Gebote oder Verbote von Gesetzen. Wenn die gebietenden oder verbietenden Gesetze eine Sanktion vorsehen, sind sie vollkommene Gesetze (*leges perfectae*). Wenn sie keine Sanktion enthalten, handelt es sich um ein unvollkommenes Gesetz (*lex imperfecta*). Eine (Rechts)Handlung ist von Anfang an nichtig, d.h. vom Gesetz als nicht geschehen anzusehen. Es ist auch möglich, dass eine Handlung durch eine spätere Bedingung nichtig wird, das ist der Fall des Art. 1134.⁴⁹⁸ Die Nichtigkeiten können ausdrücklich ausgesprochen oder aus den Gründen des Gesetzes abgeleitet werden. Der Richter darf diese Gründe aus dem Gesetz ableiten.⁴⁹⁹ Die Nichtigkeit im Verfahren wird nur erklärt, wenn diese Folge ausdrücklich mit dem Gesetz verknüpft wird (Artt. 1029, 1030 *Code de procédure civile*).⁵⁰⁰ Die Nichtigkeit kann von Rechts wegen eintreten, wenn das Gesetz dies ausdrücklich erklärt. Wenn das Gesetz dies nicht erwähnt, dann tritt die Nichtigkeit nicht von Rechts wegen ein. Die Nichtigkeiten können **relativ oder absolut sein**, je nachdem, ob sie private oder öffentliche Interessen verletzen.

⁴⁹⁵ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 1. Auflage, Bd. I, S. 70.

⁴⁹⁶ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 2. Auflage, Bd. I, S. II.

⁴⁹⁷ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 2. Auflage, Bd. I, S. II.

⁴⁹⁸ Art. 1134. [...] *Elles (les conventions) ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise.*

⁴⁹⁹ *Recherche de la nullité virtuelle*. Siehe Einleitung Nr. IV.

⁵⁰⁰ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 2. Auflage, Bd. I, S. LVIII.

3. Würdigung

Zachariä unterscheidet zwischen relativer und absoluter Nichtigkeit, aber es ist nicht klar, welche Fälle in welche Nichtigkeit eingeordnet werden. Die Nichtigkeit wird nur nach den Interessen gegliedert, aber es ist unklar, welche Fälle welche Interessen verletzen. Dieses Problem war die Ursache für die Entstehung der „schlummernden Nichtigkeit“ (*nullité virtuelle*).

III. Die 3. Auflage von 1827

1. Vorrede

In der Vorrede äußert *Zachariä*, dass er in dieser Ausgabe die französischen Juristen mit der ihnen gebührenden Achtung berücksichtigt habe. Es handelte sich um *Chabot, Delvincourt, Duranton*,⁵⁰¹ *Grenier, Merlin, Pardessus, Proudhon* und *Toulier*.⁵⁰² Ferner meinte er – wie bereits in der zweiten Auflage –, dass kein Paragraph unverändert oder ohne Zusätze geblieben ist. Diese Ausgabe erschien 15 Jahre nach der Zweiten.⁵⁰³

2. Nichtigkeit

Rechtsverletzungen entstehen in zwei unterschiedlichen Weisen. Auf eine Seite können die Rechte einer Partei (Artt. 1305, 1674 CC) oder die Rechte dritter Personen (Artt. 887, 1167 CC) verletzt werden. In anderen Fällen steht eine Rechtshandlung mit einem Gesetz, einem Gebot oder einem Verbot in Widerspruch. Die Nichtigkeit bezieht sich nur auf den letzten Fall [Widerspruch (sic!) von Gebots- und Verbotsgesetze].⁵⁰⁴

Die Nichtigkeit ist die rechtliche Ungültigkeit oder Unwirksamkeit. Damit behaftet ist eine Rechtshandlung, die mit den gesetzlichen Geboten oder Verboten in Widerspruch steht.⁵⁰⁵ Auch wenn der *Code Civil* die Nichtigkeit nicht ausdrücklich in seinen

⁵⁰¹ *Duranton* war einer der zwei französische Juristen, die *Windscheid* in seinem Werk „*Zur Lehre der Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*“ erwähnt, als die „einzigsten zwei Juristen in Frankreich“, die mit seiner These im Einklang waren.

⁵⁰² Alle sind neue Autoren im Vergleich zur zweiten Auflage.

⁵⁰³ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 3. Auflage, Bd. I, S. II ff.

⁵⁰⁴ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 3. Auflage, Bd. I, S. 64.

⁵⁰⁵ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 3. Auflage, Bd. I, S. 64.

Vorschriften als Folge vorschreibt (*leges imperfectae*), ist es dem Ermessen des Richters überlassen, die Nichtigkeit zu erklären.⁵⁰⁶

Die Nichtigkeiten treten entweder wegen einer ausdrücklichen Vorschrift (*nullitate ex verbis*), oder auf Grundlage der Gesetze (*ex ratione legis*) ein. Sie treten auch wegen einer ausdrücklichen Vorschrift (*nullitate ex verbis*), entweder von Rechts wegen ein (*ipso iure, de droit, de plein droit*) oder mittels einer Klage,⁵⁰⁷ der Nichtigkeitsklage (*ope actionis, par la demande de nullité*).⁵⁰⁸ Eine Nichtigkeit erfolgt von Rechts wegen entweder, wenn sie von dem Gesetze ausdrücklich benannt wird oder wenn sie von dem Gesetz als **nicht existierend**⁵⁰⁹ oder unwirksam bezeichnet wird. Sie soll als nicht geschehen angesehen werden. Wenn eine gewisse Rechtshandlung oder eine Verbindlichkeit „durch die Nichtigkeitsklage **angefochten** werden kann,⁵¹⁰ “muss man das Geschäft nicht so auslegen, dass die Nichtigkeit von Rechts wegen eintritt, sondern, dass das Geschäft „durch die Nichtigkeitsklage **angefochten** werden könne.⁵¹¹

Die Nichtigkeiten sind entweder „*nullitates*“ *ipso iure* (von Rechts wegen) oder *per sententiam iudicis* (durch die richterliche Erklärung).⁵¹²

Die absolute Nichtigkeit betrifft das Interesse aller Parteien, die relative Nichtigkeit betrifft nur das Interesse einer Partei.⁵¹³ Fraglich ist, wie das bestimmt wird. Eine Regel, die diese Situation bestimmt, ist nicht vorhanden. So muss jeder Fall einzeln entschieden werden.⁵¹⁴ Die Folge der Nichtigkeit ist, dass das Geschäft als „nicht geschehen“ angesehen werden muss. Anders ist es, wenn der Richter die Nichtigkeit erklärt. Bei Nichtigkeiten, die von Rechts wegen eintreten, sind die Rechtsgeschäfte als **nicht existierend** zu betrachten, die Anderen sind allerdings wirksam, bis der Richter die Nichtigkeit erklärt.⁵¹⁵

⁵⁰⁶ Zachariä, Handbuch des französischen Zivilrechts 3. Auflage, Bd. I, S. 64.

⁵⁰⁷ *ope actionis, par la demande en nullité*.

⁵⁰⁸ Zachariä, Handbuch des französischen Zivilrechts 3. Auflage, Bd. I, S. 65.

⁵⁰⁹ Diese Wörter werden als Grundlage der Lehre der Inexistenz benutzt. Für Zachariä handelt es sich hier jedoch um Nichtigkeit.

⁵¹⁰ Dieser Unterscheidung ist dieselbe wie die Unterscheidung, die Savigny vornimmt. Der einzige Unterschied besteht darin, dass Zachariä über „ein Geschäft anzufechten“ spricht und Savigny über Anfechtbarkeit.

⁵¹¹ Zachariä, Handbuch des französischen Zivilrechts 3. Auflage, Bd. I, S. 66.

⁵¹² Zachariä, Handbuch des französischen Zivilrechts 3. Auflage, Bd. I, S. 67.

⁵¹³ Zachariä, Handbuch des französischen Zivilrechts 3. Auflage, Bd. I, S. 67.

⁵¹⁴ Dies zeigt, dass eine allgemeine Regel über die Nichtigkeit noch nicht durchgesetzt war.

⁵¹⁵ Zachariä, Handbuch des französischen Zivilrechts 3. Auflage, Bd. I, S. 67.

3. Würdigung

Zachariä macht dieselbe Unterscheidung wie *Duranton* und *Demante*, später auch *Windscheid* und *Savigny*. Er trennt eine Nichtigkeit, die man mit einer Klage geltend macht von der Nichtigkeit, die *ipso iure* eintritt. Er erklärt aber nicht, ob die *ipso iure* Nichtigkeit eine richterliche Erklärung benötigt. Er sagt nur, sie tritt *ipso iure* ein, also außergerichtlich. Bei *Zachariä* ist die absolute Nichtigkeit bei der *leges imperfectae* einzuordnen.

Bemerkenswert ist, dass der Ausdruck **nicht existierend** zwei Mal erscheint,⁵¹⁶ wenn *Zachariä* über Art. 146 CC (Ehenichtigkeit) spricht. Damit meinte er, dass eine Ehe ohne Einigung (*consentement*) nichtig ist und als nicht existierend angesehen werden muss.⁵¹⁷ Dies ist für die Entstehung der Inexistenzlehre von Bedeutung.

IV. Die 4. Auflage von 1837

1. Vorrede

In der 4. Auflage berücksichtigt *Zachariä* hauptsächlich die Juristen *Duranton*, *Troplong* und *Toullier* und seine Nachfolger.⁵¹⁸ Laut *Zachariä* ist das Problem der französischen Literatur nicht, dass sie an Mangel leidet, sondern an Überfluss. In dieser Auflage wurden manche Paragraphen gänzlich umgearbeitet.⁵¹⁹ Diese Auflage wurde von den französischen Juristen *Aubry* und *Rau* übersetzt. Sie begannen mit der Übersetzung des Werkes, nachdem die 4. Auflage erschien.⁵²⁰

2. Nichtigkeit

Für *Zachariä* ist eine Rechtshandlung nichtig, wenn die Handlung, obwohl *de facto* geschehen, gesetzeswidrig ist und *de iure* als nicht geschehen betrachtet werden muss. Es muss eine Rechtshandlung vorliegen, um von Nichtigkeit sprechen zu können. Auch wenn in den Gesetzen von Nichtigkeit die Rede ist, gibt es keine Nichtigkeit (im Sinne von Klage), wenn man keine Rechte und Verbindlichkeiten begründen kann. Dies wäre

⁵¹⁶ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 3. Auflage, Bd. I, S. 66 ff.

⁵¹⁷ Dies soll für die Lehre der Inexistenz in Betracht gezogen werden.

⁵¹⁸ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 4. Auflage, Bd. I, S. III.

⁵¹⁹ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 4. Auflage, Bd. I, S. IV.

⁵²⁰ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 4. Auflage, Bd. I, S. V.

der Fall, wenn eine Sache, die nicht mehr existiert, verkauft wird. Für manche Autoren wird die Nichtigkeitsklage als Rechtsmittel der Nichtigkeit gleichgestellt. Nichtig ist eine Handlung, die in rechtlicher Hinsicht als nicht geschehen zu betrachten ist. Sie unterscheidet sich von den Rechtshandlungen, die wegen Verletzung oder Benachteiligung Dritter angefochten oder als Folge einer auflösenden Bedingung aufgehoben werden können. Die Nichtigkeiten beruhen nur auf der Verletzung einer gesetzlichen Vorschrift. Wenn das Gesetz die Nichtigkeit nicht ausdrücklich erklärt, sind nicht alle Verletzungen gegen das Gesetz nichtig, dann liegt es allein im Ermessen des Richters zu entscheiden. Im Zweifel muss die Rechtshandlung aufrecht erhalten werden.⁵²¹ Die Nichtigkeiten werden wie folgt eingeteilt:⁵²²

- Nichtigkeiten des öffentlichen Rechts (absolute Nichtigkeiten) oder des Privatrechts: Die ersten verletzen öffentliche Interessen, die Nichtigkeiten des Privatrechts verletzen nur Privatinteressen.
- Absolute Nichtigkeiten kann jedermann geltend machen, relative Nichtigkeiten nur der Betroffene selber.
- Nichtigkeiten kraft Gesetzes (*ipso iure, de droit, de plein droit*) bedürfen kein Urteil im Gegensatz zu Nichtigkeiten kraft einer richterlichen Entscheidung, sie bedürfen ein richterliches Urteil (*ex sententia judicis*).

3. Würdigung

Die Abhandlung über die Nichtigkeit ist in dieser Auflage kürzer als in der 3. Auflage. Bemerkenswerte Änderungen sind, dass **der Ausdruck „nicht existierend“ weggelassen**⁵²³ und durch den Ausdruck „**nicht geschehen**“ ersetzt wurde. **Eine weitere Änderung ist, dass** die Unwirksamkeit in drei Arten unterteilt wurde:

- (1) Absolute und (2) relative Nichtigkeit, als Kategorien der Nichtigkeit.
- Die Geschäfte, (3) die angefochten werden können. Diese erscheinen durch Verletzung oder Benachteiligung Dritter. Dies entsprach der *Rescision*.

⁵²¹ Geltungserhaltende Auslegung: *ut magis valeat quam pereat*.

⁵²² Zachariä, Handbuch des französischen Zivilrechts 4. Auflage, Bd. I, S. 74.

⁵²³ Es gibt ein Satz...die Sache nicht mehr existiert...aber das bezieht sich auf einem Untergang.

V. Die 5. Auflage von 1853

1. Vorrede

Die 5. Ausgabe wurde von *August Anschütz* überarbeitet und herausgegeben. Laut *Anschütz* bereitete *Zachariä* die neue Auflage vor, aber *Zachariä* konnte die Arbeit nicht vollenden, weil er 1843 gestorben ist. Aus diesem Grund hat der Herausgeber die Arbeit zu Ende gebracht und die Abhandlungen auf dem neuesten Stand gebracht, unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung. Das Werk wurde mit den deutschen Rechtslehren verglichen. Den Wert des französischen Rechts als deutsches Partikularrecht in Baden⁵²⁴ wollte der Herausgeber nicht herabsetzen. Das römische Recht wurde die Grundlage für eine neue Wissenschaft, was am Beispiel der Arbeit von *Neuville* in Frankreich und *Savigny und Puchta* in Deutschland deutlich wird. Die Wichtigkeit des französischen Rechts in Deutschland konnte nicht geleugnet werden, weil es viele Fortschritte in der Anknüpfung an das alte Recht gemacht hatte.

Diese Auflage wurde von *Massé* und *Vergé* ins Französische übersetzt unter den Titel „*Cours de Droit Civil Français. Traduit de l'allemand de M.C.S. Zachariä*“.⁵²⁵

2. Nichtigkeit

In der Abhandlung über die Nichtigkeit **erklärte** *Anschütz*, dass **die Nichtigkeitslehre endlich eine befriedigende Lösung gefunden** habe. Damit meinte *Anschütz* das Werk *Windscheids* „*Zur Lehre des Code Napoleons von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*“.⁵²⁶

3. Würdigung

In der 5. Auflage wird deutlich, wie die französische Rechtsprechung an Wichtigkeit verliert und die deutsche Rechtsprechung mehr und mehr in den Vordergrund tritt. Trotz der Geltung des französischen Rechts in Deutschland wurde von dem Werk *Zachariäs* lieber die deutsche Lehre und Rechtsprechung in Betracht gezogen. Das geltende

⁵²⁴ Das französische Recht galt in anderen Gebieten außer Baden. Der Herausgeber sprach nur über Baden, vielleicht in Anlehnung auf *Zachariä*, der die Werke in Baden vorbereitet hatte. Siehe: *Strauch*, Der rheinische Beitrag zur Entstehung des BGB, in: <http://www.forhistiur.de/zitat/0503strauch.htm>.

⁵²⁵ *Zachariä*, *Droit Civil Massé e Vergé*, Vorrede.

⁵²⁶ *Zachariä*, *Handbuch des französischen Zivilrechts* 5. Auflage, Bd. I, § 37, S. 83, Fn. 1.

französische Recht in Deutschland wurde mit deutscher Rechtsprechung ergänzt. Dies hat dazu geführt, dass die Rechtsdenker wie *Windscheid*, auch wenn sie französisches Recht lehrten, die deutsche juristische Methode angewendet haben. In der Habilitationsschrift *Windscheids* wird dies deutlich: *Windscheid* versucht das französische Recht mit einer Anwendung des gemeinen Rechts einzuordnen. Dieses Rechtsdenken war auch für die künftige Schaffung des BGB von Bedeutung.⁵²⁷

VI. Die 6. Auflage von 1874

1. Die 6. Auflage wurde von *Sigismund Puchelt* herausgegeben. Die Abhandlung der Nichtigkeit, außer in den Fußnoten, blieb unverändert. In der Fußnote, in der *Anschütz* auf *Windscheids* Werk „*Zur Lehre des Code Napoleon*“ hinwies, hat *Puchelt* auf das „*Lehrbuch des Pandektenrechts*“ verwiesen und erklärt, wie *Windscheid* Klarheit in die Unwirksamkeitslehre gebracht hat.⁵²⁸ Seiner Erklärung nach ist zunächst das nicht bestehende Rechtsgeschäft auszuschließen.⁵²⁹ Die Unwirksamkeit wird als Oberbegriff verstanden; die Ungültigkeit ordnet *Puchelt* als eine Unterart der Unwirksamkeit ein und die Ungültigkeit teilt sich in Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Ferner sagt *Puchelt*, dass die „**relativen Nichtigkeiten**“ **Gründe für die Anfechtbarkeit sind**. Nichtig ist das, was keine Rechtswirkung haben kann. Das französische Recht versteht unter relativer Nichtigkeit alle jene Fälle, in welchen nicht alle Beteiligten das Anfechtungsrecht haben.⁵³⁰

2. Würdigung

Auch in der 6. Auflage wird erkannt, wie *Windscheid* in die Unwirksamkeitslehre Klarheit gebracht hat. Dieses Mal wird aber das Lehrbuch des Pandektenrechts erwähnt.⁵³¹ Ein wichtiger Punkt ist, dass hier **deutlich wird, wie die relative Nichtigkeit zur Anfechtbarkeit angeschlossen wurde. Dies ist im Gegensatz zu Frankreich, wo die Rescission (Anfechtbarkeit) zur Nichtigkeit angeschlossen wurde.**⁵³²

⁵²⁷ So etwa: *Oertmann*, Bernhard *Windscheid*, Gesammelte Reden und Abhandlungen, S. XXI.

⁵²⁸ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 6. Auflage, Bd. I, § 37, S. 86, Fn. 1.

⁵²⁹ Somit ist für *Puchelt* die Lehre der Inexistenz auch auszuschließen. Siehe unten Kap. 3, § 5.

⁵³⁰ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 6. Auflage, Bd. I, § 37, S. 89, Fn. 14.

⁵³¹ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 6. Auflage, Bd. I, 1874, § 37, S. 86, Fn. 1.

⁵³² Dies wird ausführlicher in der Schlussbetrachtung erläutert.

VII. Die 7. Auflage von 1886

In der Vorrede erklärt der Herausgeber *Heinrich Dreyer*, dass das Handbuch für deutsche Juristen bestimmt war und er deswegen die meisten Urteile der französischen Rechtsprechung und manche Anmerkungen von *Anschütz* und *Puchelt* strich, da sie für die damalige neuere Rechtsprechung überflüssig waren und manchmal nicht mehr dem aktuellen Stand der Forschung entsprachen. Ferner verwies er auf die Werke von *Aubry* und *Rau*, *Laurent*, und *Demolombe*.⁵³³ Die Abhandlung über die Nichtigkeit blieb unverändert.

VIII. Die 8. Auflage von 1894

1. Die 8. Auflage wurde von *Carl Crome* bearbeitet. In der Vorrede erklärt *Crome*, dass, auch wenn Deutschland bald ein „Civilgesetzbuch“ haben würde,⁵³⁴ das französische Recht nicht ganz beseitigt werde. Das französische Recht galt noch in großen Teilen Deutschlands. Es sei ein Menschenalter nötig, um die Übergangszeit der begründeten Rechtsverhältnisse anwenden zu können.⁵³⁵

2. Nichtigkeit

Im Gegensatz zu den vorigen Herausgebern hat *Crome* die Fassung *Zachariäs* gänzlich verändert. In den vorhergehenden Auflagen stand die Nichtigkeit im Allgemeinen Teil des Werkes. *Crome* hat die Nichtigkeit in das Kapitel „Von den verschiedenen Arten der Rechte, dem Erwerb, der Übertragung und dem Untergang derselben“ verschoben. In dem Kapitel „Von den Rechten“ Nr. IV behandelt er die Rechtsgeschäfte. Der erste Abschnitt ist die *nullité*.

Zur *nullité* ist die relative Nichtigkeit oder besser [sic!] Anfechtbarkeit ihr Gegensatz.⁵³⁶ Die Anfechtung ist „die Geltendmachung eines dem Rechtsgeschäft von Anfang an anklebenden Mangels“. Dieser Mangel kann nur durch eine Reaktion des Betroffenen umgestoßen werden. Erfolgt die Anfechtung, dann beseitigt sie die eingetretene Wirkung mit rückwirkender Kraft.⁵³⁷ Für die „Nullitäten“ gelten die folgenden Prinzipien:

⁵³³ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 7. Auflage, Bd. I, S. V f.

⁵³⁴ Es war das Jahr 1894, zwei Jahre vor der Verkündung des BGB.

⁵³⁵ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 8. Auflage, Bd. I, S. III f.

⁵³⁶ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 8. Auflage, Bd. I, S. 354.

⁵³⁷ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 8. Auflage, Bd. I, S. 363.

- Die Nichtigkeit muss nicht ausdrücklich vom Gesetz ausgesprochen werden.
- Es erfolgt eine Aufstellung, ob öffentliche oder private Interessen verletzt werden.
- Die „Nullitäten“ wirken *ipso iure*, oder sie bedürfen der Entkräftung oder Beseitigung der Mangel durch bestimmten Personen.

Die Gründe für Nichtigkeit sind: Geschäftsunfähigkeit, Scherzerklärung, Simulation, Irrtum, wenn er das Wesen der Sache berührt, und Fehlen des Rechtsgrundes (*cause*).⁵³⁸

Die Gründe für Anfechtbarkeit sind mangelhafte Willenserklärungen infolge von Handlungsfähigkeit, oder Betrug, Zwang (Drohung), Irrtum, Verletzung und Übertretung von Gebots- oder Verbotsgesetze, wenn sie nur Privatinteressen berühren und die *actio Pauliana*.⁵³⁹

3. Würdigung

Wie die Herausgeber seit der 5. Auflage verweist *Crome* immer noch auf *Windscheid*⁵⁴⁰ und hebt hervor, dass es das Verdienst von *Windscheid* ist, dass die Lehre der „Nullität“ in Frankreich klaggestellt wurde.⁵⁴¹ *Crome* verweist auf Art. 1304 für alle Fälle der Anfechtbarkeit. Er widerspricht sich, indem er auch die Fälle des Betruges und Irrtums der Nichtigkeit zurechnet. Die „Verletzung“ ist laut *Crome* kein Mangel „von Anfang an“, sondern ein Grund für eine Anfechtbarkeit.

IX. Übersetzung ins Französische

1. Aubry und Rau

Die 4. Auflage des Buchs *Zachariäs* wurde von *Aubry* und *Rau* übersetzt.⁵⁴² Jedoch weicht die Übersetzung des Abschnitts über die Nichtigkeit von der deutschen Version

⁵³⁸ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 8. Auflage, Bd. I, S. 355 f.

⁵³⁹ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 8. Auflage, Bd. I, S. 364.

⁵⁴⁰ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 8. Auflage, Bd. I, S. 352, Fnn. 1, 3.

⁵⁴¹ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 8. Auflage, Bd. I, S. 352, Fn. 2

⁵⁴² *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 4. Auflage, Bd. I, S. V.

ab.⁵⁴³ Die ersten Seiten scheinen, als ob es sich um eine völlig andere Fassung handeln würde und nicht eine Übersetzung, wie die Autoren erklären.⁵⁴⁴

Bei der Nichtigkeit wurde viel auf die Inexistenz geachtet. Die Inexistenz als *terminus technicus* ist nirgendwo in den Werken *Zachariäs* zu finden. In dem Werk von *Aubry* und *Rau* wird versucht, die Inexistenz als Gegensatz der Nichtigkeit einzusetzen. Davon war bei *Zachariä* nie die Rede. Bei *Zachariä* war die Nichtigkeit eine Unwirksamkeit, die *ipso iure* eintrat und keine Klage benötigte. Deswegen sollte das nichtige Rechtsgeschäft als nicht geschehen betrachtet werden. Diese Sichtweise kann auch bei *Savigny*,⁵⁴⁵ *Puchta*,⁵⁴⁶ *Duranton*,⁵⁴⁷ *Demante*⁵⁴⁸ gefunden werden. *Zachariä* hat nie von Inexistenz gesprochen.

Bei der vierten Auflage des Werkes von *Aubry* und *Rau*⁵⁴⁹ wird deutlich, wie das Werk überarbeitet wurde und völlig von dem Werk *Zachariäs* abweicht. Das Buch heißt „*Cours de Droit Civil Français d'après la méthode de Zachariä*“.

2. Massé und Vergé

Zachariäs 5. Auflage wurde von *Massé* und *Vergé* übersetzt.⁵⁵⁰ Diese Übersetzung ließ zwei Paragraphen der deutschen Version aus. Deswegen findet sich die Nichtigkeit, die in den anderen Büchern in § 37 dargestellt ist, in diesem Buch in § 35.⁵⁵¹ Die Übersetzung von *Massé* und *Vergé* scheint im Einklang mit dem Werk *Zachariäs* zu sein. **Wenn man die französische Version von *Massé* und *Vergé* mit der deutschen Version von *Zachariä* vergleicht, merkt man, dass es eine echte Übersetzung ist, anders als die angebliche Übersetzung von *Aubry* und *Rau*.** Hier wird die Inexistenz erwähnt, aber sie wurde in eckige Klammern gesetzt, so dass man merkt, dass der Begriff nicht dem deutschen Original angehört. Daran ist zu erkennen, dass die Lehre

⁵⁴³ *Aubry* und *Rau*, *Cours de Droit Civil Français* 1. Auflage, S. 65 ff.

⁵⁴⁴ Auf der Titelseite erklären *Aubry* und *Rau*, dass das Werk eine Übersetzung ist (*traduit de l'allemand*). Sie erklären, dass das Werk mit dem Einverständnis *Zachariäs* revidiert und ergänzt wurde. Trotz der Ergänzungen sollte das Werk im Kern eine Übersetzung bleiben. Bei dem Abschnitt über die Nichtigkeit ist das nicht der Fall.

⁵⁴⁵ *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts* IV, S. 537 ff.

⁵⁴⁶ *Puchta*, *Pandekten* 2. Auflage, S. 95, § 67.

⁵⁴⁷ *Duranton*. *Cours de Droit Civil Français*. Suivant le Code Civil XII, S. 626, Rn. 523.

⁵⁴⁸ *Demante*, *Cours Analytique de Code Civil*, Bd. 1, S. 351

⁵⁴⁹ *Aubry* und *Rau*, *Cours de Droit Civil Français* 4. Auflage, S. 121 ff.

⁵⁵⁰ *Massé* und *Vergé*, S. III.

⁵⁵¹ *Massé* und *Vergé*, S. 45 ff.

der Inexistenz **nicht** aus *Zachariä* stammt. Dieses Werk wurde nicht in weiteren Auflagen bearbeitet, wie die Auflage von *Aubry* und *Rau*.

X. Ergebnis

Mit diesen Darstellungen wird deutlich, dass die verschiedenen Auflagen *Zachariäs* von der Verwirrung der Nichtigkeitslehre im XIX. Jahrhundert nicht unberührt bleiben konnten. In den verschiedenen Auflagen kann die Entwicklung der Lehre verfolgt werden. Jedoch kann man durch die zahlreichen Änderungen nicht nur die Entwicklung der Nichtigkeitslehre in Frankreich sehen, sondern auch die Trennung der Nichtigkeitslehre in Frankreich und Deutschland nachvollziehen.⁵⁵² *Zachariä* hat bis zu seinem Tode die Darstellung der Nichtigkeit immer wieder verändert. Die späteren Bearbeiter fuhren darin fort, und innerhalb dieser hundert Jahre ist die Entwicklung deutlich nachvollziehbar.

Für Frankreich sieht man, wie die Lehre über die relative und die absolute Nichtigkeit entstand, und wie die relative Nichtigkeit die Rescision „absorbiert“ hat. Für Deutschland sieht man, wie Nichtigkeit und Anfechtbarkeit entstanden sind, und wie, anders als in Frankreich, die Anfechtbarkeit die relative Nichtigkeit „absorbiert“ hat.

Problematisch ist, dass verschiedene Auflagen von verschiedenen Juristen entweder übersetzt oder überarbeitet worden sind. Am Ende hat man eine Reihe von Werken mit unterschiedlichen Konzepten. Ein Beispiel dafür ist die Übersetzung von *Aubry* und *Rau*, in der der Inhalt überarbeitet und der Nichtigkeit ein anderer Sinn gegeben wurde. Sogar die Lehre der Inexistenz wurde eingeführt, und damit wurde eine neue Lehre entwickelt, um die Probleme der *leges imperfectae* zu erklären.⁵⁵³

Bemerkenswert ist, wie *Zachariä* erklärt, dass ein Rechtsgeschäft nichtig sei, wenn das Gesetz es als nicht existierend bezeichnet.⁵⁵⁴ Für *Zachariä* ist nichtig dasselbe wie nicht existierend. Er spricht nicht von Inexistenz, wie die Anhänger der französischen Lehre der Inexistenz das erklären wollen. In den späteren Auflagen⁵⁵⁵ spricht er jedoch nicht mehr von nicht existierend, sondern nur von Rechtsgeschäften, die als nicht geschehen

⁵⁵² Siehe ab der 5. Auflage.

⁵⁵³ So *de los Mozos*, El negocio jurídico, S. 103; *Klein*, Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht, S. 174

⁵⁵⁴ Siehe die Auflage von 1827.

⁵⁵⁵ Siehe die Auflagen von 1837, 1853, 1857 (Deutsch), 1854 (Französisch).

angesehen werden müssen. In allen Auflagen hat *Zachariä* die Nichtigkeitslehre überarbeitet. Diese ganze Situation hat auch Verwirrung in der Rechtslehre verursacht, die für das XIX. Jahrhundert nicht unüblich war.⁵⁵⁶

Bemerkenswert ist, dass das Wort **Anfechtung** (anfechten, Anfechtbarkeit) nur in der **ersten und in der letzten** Auflage benutzt wird. In allen anderen Auflagen wird nur von Nichtigkeit gesprochen. Jedoch weicht die Idee der Anfechtung der ersten Auflage von der letzten ab. Zwischen der ersten und der letzten Auflage liegen ca. 90 Jahre. Die erste Anfechtung ist im Sinne von der alten römischen Rescison, die zweite die Anfechtung von *Windscheid*,⁵⁵⁷ *Savigny*⁵⁵⁸ und *Puchta*,⁵⁵⁹ also die Anfechtbarkeit.

§ 10. Die Inexistenz

I. Entstehung der Inexistenz

Im *Ancien droit*⁵⁶⁰ machte man keine Unterscheidung zwischen *nullité absolue* und *inexistence*. Die *inexistence* sollte am Anfang auf die Ehe anwendbar sein, um einigungslose Ehen für ungültig zu erklären. Die Lehre der *inexistence* sollte mit der Diskussion zur Schaffung des Art. 146 angefangen haben. *Napoléon Bonaparte* meinte als Mitglied der Gesetzeskommission, dass es einen Unterschied gebe, wenn die Einigung (*consentement*) mangelhaft ist oder wenn sie völlig fehlt.⁵⁶¹ Diese Gedanken *Napoléons* zeigten den Unterschied zwischen mangelhafter Willenserklärung und fehlender Willenserklärung. Die Anhänger der Inexistenzlehre behaupten, dass diese Lehre formell von *Zachariä* in seinem Werk, „*Handbuch des französischen Zivilrechts*“ Bd. III § 450, 3. Auflage entwickelt worden sei.⁵⁶²

Diese Lehre wurde von den Autoren im XIX. Jahrhundert angenommen,⁵⁶³ weil sie als gute Lösung erschien, manche gesetzwidrigen Ehen ohne Nichtigkeit als Folge zu vermeiden. Also eine Lösung, um das Problem der *leges imperfectae* im Einklang mit

⁵⁵⁶ Geyer, Den Code Civil „richtiger auslegen“ (2009), S. 68.

⁵⁵⁷ *Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon, S. 1

⁵⁵⁸ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 537.

⁵⁵⁹ *Puchta*, Pandekten 2. Auflage, S. 95 f., § 67.

⁵⁶⁰ Das römische Recht; Geyer, Den Code Civil „richtiger auslegen“, S. 68.

⁵⁶¹ So *Theewen*, Napoleons Anteil am Code Civil, S. 118 ff.

⁵⁶² *De los Mozos*, El negocio jurídico, S. 103; andere Meinung: *Klein*, Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht, S. 174 ff.

⁵⁶³ Bsp.: *Demolombe*, Traité des contrats 6, S. 280 ff.; *Carbonnier*, Droit Civil, S. 155.

dem Prinzip „*il n'y a pas de nullité sans texte*“ zu überwinden. Bedauerlicherweise konnten sich die Autoren nie über die Details einigen, aber vor allem konnte sich die Lehre nie in der Rechtsprechung durchsetzen.⁵⁶⁴ Heute versuchen noch viele Autoren, die Inexistenz anzuerkennen, besonders in Spanien. Auch die spanische Rechtsprechung hat die Inexistenz erwähnt, aber nicht konsequent.⁵⁶⁵

Die Herkunft der Lehre ist schwer zu erkennen. Die Entstehung des Begriffs der Inexistenz hat eine besondere Geschichte. Das Wort Inexistenz oder inexistent wurde von *Zachariä* nicht benutzt,⁵⁶⁶ wie die Anhänger der Lehre behaupten. Das Wort erschien aber in den französischen Übersetzungen des Werkes *Zachariäs*, zuerst von *Aubry* und *Rau*, danach von *Massé* und *Vergé*.

Die Passage lautet „*L'acte nul diffère essentiellement de l'acte inexistent. L'acte inexistent est celui qui ne réunit pas les conditions essentielles à son existence de fait d'après les notions du droit philosophique, ou qui n'a pas été accompagné des solennités indispensables pour lui donner une existence juridique d'après l'esprit du droit positif.*“⁵⁶⁷ Diese Sätze haben die Lehre der Inexistenz ins Leben gerufen,⁵⁶⁸ sie sind aber nirgendwo in der deutschen Fassung zu finden. In der deutschen Fassung steht „Es ist daher das Prädikat der Nichtigkeit z.B nicht [...] anwendbar [...]. Denn in diesen und ähnlichen Fällen ist die Thatsache (sic!) nicht gegeben, welche allein Rechten und Verbindlichkeiten begründet werden können. Jedoch gebrauchen die Gesetze auch von einigen Fällen dieser Art das Wort **nichtig**, [...]“.⁵⁶⁹ Die angebliche Übersetzung hat viel Aufmerksamkeit auf die Inexistenz gewidmet. Für die deutsche Version war mit „nicht geschehen“ die Nichtigkeit gemeint.

II. Inexistenz in der französischen Rechtsprechung

Am 21.07.1887⁵⁷⁰ hat die *Cour de Cassation* entschieden, wenn ein Geistesschwacher eine Ehe eingeht, ist der Rechtsakt nicht inexistent, sondern vernichtbar (*annulable*). In

⁵⁶⁴ *Planiol*, Droit Civil Bd. 1, Nr. 347, S. 134.

⁵⁶⁵ *De los Mozos*, El negocio jurídico, S. 147 ff.; *Grimalt*, Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código Civil (2008), S. 5 ff.; *Delgado*, Las nulidades de los contratos (2007), S. 19 ff.

⁵⁶⁶ So *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 4. Auflage, Band I, § 37, S. 74; Handbuch des französischen Zivilrechts 5. Auflage, Band II, §§ 334 a, 334 b, S. 311-313.

⁵⁶⁷ *Aubry* und *Rau*, Cours de Droit Civil Français 1. Auflage, S. 66 f.

⁵⁶⁸ Eine mögliche Übersetzung wäre: Das Nichtige Geschäft weicht wesentlich von dem inexistenten Geschäft ab. Das inexistente Geschäft ist dasjenige, das nicht die faktischen Hauptvoraussetzungen laut der Rechtsphilosophie erfüllt, oder das nicht die wesentlichen Formalitäten erfüllt, um es eine rechtliche Existenz nach dem positiven Recht zu billigen.

⁵⁶⁹ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 4. Auflage, Bd. I, S. 72 f.

⁵⁷⁰ Recueil Dalloz, 1887, S. 161 ff.

diesem Fall wollte man die Inexistenz als Gegensatz zur Nichtigkeit einordnen. Nichtigkeit sollte so angesehen werden, wie ein Rechtsgeschäft, das seine Wirkungen behält, solange es nicht angegriffen wurde. Die Inexistenz wäre ein Geschäft, das keine Wirkungen haben kann, weil es nur als Schein existiert und nie Rechtsfolgen haben kann. Jedoch hat die *Cour de Cassation* die Lehre der Inexistenz nicht anerkannt.

In 1887 hatte der Staatsanwalt *Desjardins* die *théorie* der *inexistence* als eine „Schulthese“ (*Thèse d'école*) bezeichnet. Diese ist eine der wichtigsten Analysen für das Scheitern der Inexistenz. In einem Urteil von 09.11.1887⁵⁷¹ wurde die Frage gestellt, wer zu der Klage (*action*) zur Aufhebung der Ehe eines Geistesschwachen berechtigt war. Um jedermann mit Interesse für diesen Fall die *action* zuzuerkennen, wurde versucht, die Inexistenz in Gegensatz zur Nichtigkeit zu setzen, weil ansonsten nur der Vormund die *action* gehabt hätte. *Desjardins* meinte, dass die Inexistenz nicht anerkannt werden könne, weil der Richter immer entscheiden muss (wenn auch nur deklaratorisch). Eine Nichtigkeit oder Unwirksamkeit erfolgt immer gerichtlich. *Desjardins* meinte, dass dieses Problem bei der Entstehung des *Code Civil* entstanden ist, wenn für manche Unwirksamkeitsfälle keine Klage erhoben werden konnte. Das Problem wurde jedoch bereits gelöst. Der Richter muss immer die Nichtigkeit erklären. Die Frage ist nur, wer berechtigt ist, dazu die Klage zu erheben. Bezüglich der Inexistenz riet *Desjardins* davon ab, die Rechtsprechung zu ändern. Die Kategorie der Inexistenz sollte nicht anerkannt werden.

In einem Cassationsurteil von 30.07.1900 wurden alle Unterscheidungen zwischen absoluter Nichtigkeit und Inexistenz abgelehnt, somit auch die Lehre von der Inexistenz.⁵⁷² In diesem Urteil wurde gesagt, dass eine Ehe, die inexistent ist, eine Putativehe sein kann. Dies sei der Nichtigkeit gleichzustellen. Deswegen kann in der Rechtsprechung nur von Nichtigkeit die Rede sein. Das Wort Inexistenz wird an keiner Stelle verwendet. Also muss man *Desjardins* zustimmen, dass die Inexistenz nur in der Rechtslehre vorkam. Der Begriff wurde von den Kommentatoren des *Code Civil* verwendet, aber in der Rechtsprechung konnte er sich nie durchsetzen.⁵⁷³

⁵⁷¹ Recueil Sirey, 1887, S. 461.

⁵⁷² Recueil Sirey, 1902, S. 225.

⁵⁷³ Recueil Sirey, 1902, S. 228.

In einem Urteil von 30.12.1902⁵⁷⁴ wurde die Inexistenz sorgfältig analysiert. In der ersten Instanz wurde gesagt, dass die Lehre der Inexistenz nach dem *Code Civil* durch seine Verfasser eingeführt wurde. Diese Lehre war in der Rechtslehre nachvollziehbar. Es gab einen Unterschied zwischen Inexistenz, absoluter und relativer Nichtigkeit. Die Inexistenz wird vor allem bei der Ehe verwendet. Die Inexistenz unterscheidet sich von der Nichtigkeit. Bei der Inexistenz fehlt eine von den wesentlichen Voraussetzungen. Ein Rechtsgeschäft kann nicht existieren, wenn es unvollständig ist und es nie zustande gekommen ist. Folglich gab es kein Gesetz, durch das dieses mangelhafte Rechtsgeschäft angegriffen werden konnte. Die *Cour de Cassation* meinte, dass die Rechtsprechung diese Lehre nicht angenommen hat. Die *Cour* meinte, dass in anderen Cassationsurteilen die Lehre der Inexistenz ebenfalls abgelehnt wurde: 09.01.1821; 12.11.1844; Colmar, 27.02.1852; Bordeaux, 25.06.1884; Cassation, 9.11.1887 (in dem *Desjardins* die These als „Schulthese“ bezeichnet hat); Bastia, 08.02.1889; Cassation, 26.02.1890.

In einem Urteil von 06.04.1903⁵⁷⁵ ging es um einen Fall, in dem das Geschlecht von einem der Ehepartner nicht bestimmt werden konnte. Die *Cour de Cassation* hat diese Ehe für nichtig erklärt, weil das Gesetz bestimme, dass die Ehe zwischen einem Man und einer Frau zu schließen ist. Die weibliche Ehegattin wollte eine Person ohne externe Geschlechtsorgane heiraten. Der „männliche“ Ehegatte zeigte alle Merkmale eines Weibes. Deswegen wurde angenommen, dass er eine Frau war und nicht ein Mann.⁵⁷⁶ Die *Cour* hat folglich diese Ehe für nichtig erklärt. Jedoch sagte der Richter *Wahl*, dass der *Code Civil* keine Bestimmungen über dieses Problem enthielt. Er handelt weder über Ehen von Hermaphroditen, noch über Ehen von Personen mit dem gleichen Geschlecht. Deswegen konnte diese Ehe nicht nichtig sein, sondern wurde als inexistent erklärt. Für das Gericht war jedoch die Ehe nichtig.

Heutzutage wird noch versucht, die Inexistenzlehre anzuerkennen, jedoch wird die Inexistenz bei der *Cour de Cassation* immer noch nicht anerkannt.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ Recueil Sirey, Année 1905, S. 257.

⁵⁷⁵ Recueil Sirey, Année 1904, S. 273.

⁵⁷⁶ Dazu vgl. *Wacke*, Vom Hermaphroditen zum Transsexuellen, S. 861 ff.

⁵⁷⁷ So: Chambre Mixte 7 juillet 2006, (BICC n° 647 von 01/10/2006).

III. Inexistenz der Ehe im Kirchenrecht und im deutschen Recht:

Das Kirchenrecht⁵⁷⁸ behandelt eine Dreiteilung bei der Unwirksamkeit der Ehe. Die Inexistenz und die Nichtigkeit der Ehe werden als Synonyme behandelt. Eine Ehe darf von Menschen nicht aufgelöst werden, wenn Gott sie geschaffen hat. Ausnahmen kommen jedoch vor:⁵⁷⁹

- *Matrimonium non existens* (auch *nullum*). Diese Art ist die kirchliche Feststellung der Nichtexistenz der Ehe. Der Nichtigkeitsgrund besteht, wenn eine wesentliche Voraussetzung (gültig geschlossen, vollzogen und sakramental ist) fehlt. Wenn eine Ehe an diesen Mängeln leidet ist sie, nach einem kirchlichen Gerichtsurteil, vor Gott nie zustande gekommen.⁵⁸⁰

- Die Auflösung. Eine Ehe kann aus verschiedenen Gründen aufgelöst werden: Tod eines Gatten, nichtvollzogene Ehen, nichtsakramentale Ehen. Auch wenn die Ehe gültig geschlossen wurde, kann diese noch aus diesen Gründen aufgelöst werden und so unwirksam werden.

- Die heilbare Ehe (Convalidation). Wenn die Ehe an einer „schwebenden Unwirksamkeit“ leidet, kann diese geheilt werden. Diese Ehe kann in zwei Formen bestätigt werden: *convalidatio simplex*⁵⁸¹ oder *sanatio in radice*. Durch die *convalidatio* und die *sanatio* wird eine scheinbare gültig, tatsächlich aber ungültig, abgeschlossene Ehe geheilt. Der Unterschied liegt darin, dass bei der *convalidatio* die Partner, und bei der *sanatio* der Oberhirt den entscheidenden Rechtsakt setzt.⁵⁸²

⁵⁷⁸ Nach dem Corpus Iuris Canonici von 1982.

⁵⁷⁹ *Stutz*, Kirchenrecht, in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holzendorf/ Köhler, § 87, S. 939; *Jemolo*, Il matrimonio (1952), S. 40 ff.; *Tondo*, in Novissimo Digesto Italiano VIII (1962), S. 996 f.; *Heggelbacher*, Kirchenrecht und Psychoanalyse. Fragen um die Nichtigkeiten von Ehen, In: *Heinemann/ Flatten*, Diaconia Et Ius, S. 105 ff.; *Assenmacher*, Nichtigerklärung, Auflösung und Trennung der Ehe, in: *Listl/ Schmitz*, Handbuch des Katholischen Kirchenrechts, S. 988 ff.; *Weiss*, Wie unauflöslich ist der Ehe? In: *Puza/ Kustermann*, Beginn und Ende der Ehe, S. 53 ff.

⁵⁸⁰ *Heggelbacher*, Kirchenrecht und Psychoanalyse. Fragen um die Nichtigkeiten von Ehen, In: *Heinemann/ Flatten*, Diaconia Et Ius, S. 105 ff.; *Weiss*, Wie unauflöslich ist der Ehe? In: *Puza/ Kustermann*, Beginn und Ende der Ehe, S. 53 ff.

⁵⁸¹ *Convalidatio, actus quo matrimonium invalidum redditur validum.*

⁵⁸² *Heggelbacher*, Kirchenrecht und Psychoanalyse. Fragen um die Nichtigkeiten von Ehen, In: *Heinemann/ Flatten*, Diaconia Et Ius, S. 105 ff.; *Assenmacher*, Nichtigerklärung, Auflösung und Trennung der Ehe, in: *Listl/ Schmitz*, Handbuch des Katholischen Kirchenrechts, S. 988 ff.; *Weiss*, Wie unauflöslich ist der Ehe? In: *Puza/ Kustermann*, Beginn und Ende der Ehe, S. 53 ff.; §§ 1310, 1313 ff. BGB.

Das deutsche Recht (Ehegesetz vom 20.02.1946) kannte eine Dreiteilung bei der Unwirksamkeit der Ehe:

- die Nichtehe oder inexistente Ehe, wenn die erforderlichen Voraussetzungen für die Eingehung der Ehe fehlen. (§ 11 Anm. 2-10, § 13 Anm. 2 EheG).⁵⁸³

- die vernichtbare Ehe, die Ehe wird gültig geschlossen, aber durch ein rechtskräftiges Urteil wird die Ehe *ex tunc* vernichtet. Die Gründe sind: Formmangel, Mangel der Geschäfts- oder Urteilsfähigkeit, Namenshe, Doppelehe, Verwandtschaft, Ehebruch (§§ 17-22 EheG).⁵⁸⁴

- die aufhebbare Ehe, wenn die Ehe abgeschlossen wird, aber ein Mangel vorhanden ist (Geschäftsunfähigkeit, Arglist, Drohung, Irrtum), kann die Ehe mit einem Urteil aufgelöst werden. Nur der betroffene Ehegatte kann den Antrag auf Aufhebung stellen. Die Aufhebung löst die Ehe für die Zukunft auf (*ex nunc*). Die Scheidung zählt als Aufhebung der Ehe (§§ 30-34, 39 EheG).⁵⁸⁵

Das Ehegesetz wurde am 1. Juli 1998 aufgehoben und durch das Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts ersetzt. Anschließend wurden die Ehebestimmungen wieder in das BGB eingefügt. Die Dreiteilung der Unwirksamkeitsgründe ist nicht mehr anwendbar. Nach dem BGB liegen zwei Unwirksamkeitsgründen für fehlerhafte Ehen vor: 1) Die Nichtehe (*matrimonium non existens*) liegt vor, wenn die Anforderungen des § 1310 Abs. 1 BGB nicht erfüllt werden. 2) Eine Ehe kann in den Fällen von § 1314 BGB aufgehoben werden. Andere Fälle sind die §§ 1303, 1304, 1306, 1307, 1311.⁵⁸⁶ Aufhebbare Ehen können gemäß § 1315 geheilt werden. Die Scheidung folgt ihren eigenen Regeln.⁵⁸⁷

IV. Würdigung

Der Begriff der Inexistenz wurde im Zivilrecht eingeführt, um das Problem des Fehlens einer allgemeinen Regel über die Nichtigkeit zu lösen. Sie wollte auch die Regel *il n'y a*

⁵⁸³ Dölle, Familienrecht, § 21, Nr. II, S. 255 (1964); Auch § 1310 BGB.

⁵⁸⁴ Dölle, Familienrecht, § 21, Nr. III, S. 257.

⁵⁸⁵ Die alte Fassung des BGB kannte eine anfechtbare Ehe (§ 1343 BGB a.F), die rückwirkende Folgen (*ex tunc*) hatte. Dies wurde durch die aufhebbare Ehe ersetzt. Die alte Fassung des BGB kannte auch eine Dreiteilung der Unwirksamkeit bei der Ehe: Die Nicht-Ehe, Die Ehenichtigkeit und die anfechtbare Ehe. Durch das Ehegesetz wurde diese Dreiteilung aufgehoben. Dazu: Schierholt, Über die Unwirksamkeit der Ehe insbesondere Über die Doppelehe, Dissertation Königberg, 1920; Dölle, Familienrecht, § 25, S. 304 ff.; Bergmann, Die Anfechtung der Ehe, in: Schlegelbergers Rechtsvergleichendes Handwörterbuch Bd. 2 (1929), S. 205 f.

⁵⁸⁶ Schlüter, BGB-Familienrecht (2009), § 3, S. 23 ff.

⁵⁸⁷ Schlüter, BGB-Familienrecht, § 17, S. 125 ff.

pas de nullité sans texte überwinden. Die Lehre der Inexistenz wurde jedoch von der Rechtsprechung abgelehnt, weil in den Worten von *Portalès*, „die Sprache des Gesetzes kann nicht die Sprache der Schule sein“ ein Stück Wahrheit steckte. Deswegen hat man bei jeder Ehenichtigkeit eigene Regeln angewandt.⁵⁸⁸ Das Eherecht hat sich von der heiligen (religiösen) Seite nicht völlig gelöst, auch wenn es seit dem XIX. Jahrhundert eine Trennung zwischen religiöser und ziviler Ehe gibt. Juristisch gesehen besteht das Problem, dass wenn die Unwirksamkeit in Inexistenz und Nichtigkeit unterteilt wird, die Nichtigkeit als eine Vernichtbarkeit angesehen wird (so das heutige Kirchenrecht und die deutsche Ehenichtigkeit im alten Ehegesetz).

Die Lehre der Inexistenz kann man in keinem von den in dieser Arbeit bearbeiteten Zivilgesetzbüchern finden. Dies bedeutet, dass die Inexistenz nur in der Rechtsprechung oder Rechtslehre einen Platz finden könnte. Dies hat zur Folge, dass die Erkennung der Inexistenz immer umstritten bleiben wird. Wenn aber die absolute Nichtigkeit die Elemente der Inexistenz in sich aufgenommen hat, wird die Inexistenz nicht mehr gebraucht. Die Lehre der Inexistenz zu behalten, trägt für die Entwicklung der Unwirksamkeitslehre nicht bei, da sie nur weitere Verwirrungen verursacht.

⁵⁸⁸ Recueil Dalloz, 1887, S. 161 ff.; So auch *Windscheid*, in *der Lehre des Code Napoleon* und *Anschütz* in: *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 5, Bd. I, S. 83, § 37, Fn. 1

Kapitel 4 Die Rechtslehre in Deutschland

§ 11. Die Entstehung von der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit

I. Vorgehensweise

Für diesen Teil wird die Methodik von *Manfred Harder*⁵⁸⁹ übernommen. Seiner Meinung nach kann man methodisch zwei Ansatzpunkte der historischen Entwicklung der Anfechtbarkeit betrachten.

Der erste besteht darin, die Anfechtung, den Rücktritt, die Kündigung, den Widerruf, die Aufrechnungserklärungen u.a. zusammenzustellen und ihre gemeinsamen Wurzeln zu ergründen. Die zweite Möglichkeit ist, die Anfechtbarkeit als Gegensatz zur Nichtigkeit darzustellen und so ihre Entwicklung nachzuzeichnen. In diesem Fall befindet man sich bei der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften.⁵⁹⁰

Laut *Harder* wurde in der Privatrechtswissenschaft von *Savigny* der Begriff der Anfechtbarkeit erfunden.⁵⁹¹ Deshalb werden in der folgenden Analyse die Literatur ab den XIX. (Im Kapitel 4) und die Gesetzbücher ab den XVIII. (Im Kapitel 5) Jahrhundert untersucht.

Die folgenden Begriffe, die die Entstehung der heutigen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit bestimmt haben, sollen in Betracht gezogen werden. So wird die Unterscheidung zwischen der deutschen Unwirksamkeitslehre von der französischen deutlicher.

1. Rechtsgeschäft. Der Begriff Rechtsgeschäft, als ein Grundbegriff des BGB, findet seine Bedeutung im materiellen Recht. Mit dessen Hilfe können die Personen ihre Rechtsbeziehungen gestalten.⁵⁹²
2. Anspruch. Die Anfechtung einer Willenserklärung setzt die begriffliche Trennung von Willenserklärung und Anspruch in Rechtsgeschäften voraus.⁵⁹³ Die Anfechtbarkeit erfolgt als Gestaltungsrecht durch eine Willenserklärung. Die erfolgte Anfechtung

⁵⁸⁹ In AcP 173, S. 209.

⁵⁹⁰ *Harder*, AcP 173, S. 209.

⁵⁹¹ *Harder*, AcP 173, S. 211.

⁵⁹² *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts (4. Auflage 1992), § 19, Nr. 1, S. 113, *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil (2009), § 5, Nr. I, 1, S. 32 ff.

⁵⁹³ *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 2, Nr. II 1.

zerstört das Rechtsgeschäft und den darin gründenden Anspruch.⁵⁹⁴ Dieser Begriff (Anspruch) entstand nach dem *Code Civil*, deswegen ist er dem romanisch-französischen Rechtskreis manchmal fremd.

3. Willenserklärung. Als Bestandteil des Rechtsgeschäftes, besteht dieses aus einer oder mehrere Willenserklärungen.⁵⁹⁵

4. Deklaratorische und konstitutive Wirkungen. Diese Begriffe haben im Prozess eine große Bedeutung. Wenn die Nichtigkeit keine Klage erzeugte und von Rechts wegen eintritt, konnte sie nicht im Prozess geltend gemacht werden. Seitdem die Nichtigkeit deklaratorisch (erst im XIX. Jahrhundert) im Prozess wirkte (Feststellungsklage), dann war eine Nichtigkeitserklärung im Prozess möglich.⁵⁹⁶

II. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit

Die Nichtigkeit wird im BGB nicht definiert.⁵⁹⁷ Die Nichtigkeit ist der stärkste Grad der Unwirksamkeit.⁵⁹⁸ Sie verhindert das wirksame Zustandekommen eines Rechtsgeschäftes. Diese Wirkung der Nichtigkeit beruht auf dem Gesetz.⁵⁹⁹

Die Anfechtbarkeit ist ein Teil von der Lehre der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts tritt nicht von selbst ein, sondern als Ausfluss der Privatautonomie hängt sie von dem Willen des Anfechtungsberechtigten ab. Bei der Anfechtbarkeit wird die fehlerhafte Willenserklärung angefochten und nicht der Vertrag, mit der Folge, dass die angefochtene Willenserklärung rückwirkend vernichtet wird.⁶⁰⁰ Das anfechtbare Rechtsgeschäft kann aber auch bestätigt werden. Deswegen ist ein gültiges Rechtsgeschäft von Anfang an vorhanden, wenn und solange die Anfechtung nicht erklärt ist.⁶⁰¹

⁵⁹⁴ *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 2, Nr. 1.

⁵⁹⁵ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 4, Nr. 1, S. 45; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 6, Nr. I, 1, S. 46 ff.

⁵⁹⁶ *Harder*, AcP 173, S. 224.

⁵⁹⁷ *Roth*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 142, Rn. 4, Nr. I.

⁵⁹⁸ *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB (2006), S.194, Rn. 487.

⁵⁹⁹ § 138 BGB; *Roth*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 142, Rn. 4, Nr. I.

⁶⁰⁰ *Flume*, Das Rechtsgeschäft AT II (4), S. 421.

⁶⁰¹ BGH WM 1979, 237; *Seckel*, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts. 1903; *Roth*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 144, Rn. 3, Nr. III f.

Diese außergerichtliche Anfechtbarkeit des BGB ist eine Gestaltung der Rechtslage durch privatautonomes Handeln.⁶⁰² Die Möglichkeit der Rechtsgestaltung durch Anfechtung einer Willenserklärung setzt nicht nur die Trennung von Willenserklärung und Anspruch in Rechtsgeschäften voraus,⁶⁰³ sondern auch die gedankliche Trennung von Recht und Klage.⁶⁰⁴ Diese Trennung hat bei *Savigny* angefangen (1840), indem er zwischen Handlungen als „Gegenstand der Rechte“ und als „Entstehungsgründe“ derselben unterschied.⁶⁰⁵ Der Begriff des Anspruchs hat sich bei *Windscheid*⁶⁰⁶ einige Jahre später (1853) durchgesetzt.

III. Die Gestaltungsrechte

Der letzte Punkt, um die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit als Gegensätze zu verdeutlichen, ist die Entstehung der Gestaltungsrechte. Der Begriff der Gestaltungsrechte wurde von *Seckel*,⁶⁰⁷ nach Vorarbeiten von *Zitelmann*,⁶⁰⁸ *Crome*⁶⁰⁹ und *Hellwig* kurz nach der Entstehung des BGB erarbeitet.⁶¹⁰ Diese Lehre wurde für das deutsche Zivilrecht vorbereitet,⁶¹¹ also blieb z.B. sie für die französische Lehre fremd. Die Idee der Gestaltungsrechte existierte bereits vor der Entstehung des BGB, aber es gab keinen Namen, um diese Rechte zu bezeichnen. *Seckel* hat den Begriff der Gestaltungsrechte als Oberbegriff eingeführt.⁶¹² Das Anfechtungsrecht wurde auch in dieser Kategorie der Gestaltungsrechte eingestuft.⁶¹³

Die Anfechtung ist ein Gestaltungsrecht des Anfechtungsberechtigten. Sie wird nicht durch eine Einrede oder Klage geltend gemacht, sondern durch eine empfangsbedürftige Willenserklärung.⁶¹⁴ Durch Ausübung der Anfechtung wird die angefochtene Willenserklärung rückwirkend nichtig.⁶¹⁵

⁶⁰² *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 2, Nr. 1.

⁶⁰³ *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 2., Nr. 1.

⁶⁰⁴ *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 2, Nr. 1

⁶⁰⁵ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts III, S.21.; *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 2, Nr. 1.

⁶⁰⁶ In: *Windscheid*, Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts.

⁶⁰⁷ *Seckel*, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, 1903.

⁶⁰⁸ *Zitelmann*, Internationales Privatrecht II, S. 32.

⁶⁰⁹ *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 176, § 34, Nr. 4 (1900).

⁶¹⁰ *Adomeit*, Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche (1969), S. 7.

⁶¹¹ *Adomeit*, Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche, S. 7.

⁶¹² *Seckel*, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, S. 5, 10.

⁶¹³ *Crome*, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 176, § 34, Nr. 4; *Seckel*, Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts, S. 10, 15, 29 ff.

⁶¹⁴ *Roth*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 142, Rn. 9, Nr. IV, 1.

⁶¹⁵ *Roth*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 142, Rn. 1, Nr. I, 1.

§ 12. Savigny

I. Über Savigny

Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) war der Gründer der historischen Rechtsschule. 1800 promovierte *Savigny* in Marburg. Dort unterrichtete er als Privatdozent Strafrecht und die Pandekten. Im Jahr 1808 wurde er auf eine ordentliche Professur für römisches Zivilrecht an die Universität Landshut berufen. 1810 erhielt er Ruf auf den Lehrstuhl für Römisches Recht an der neu gegründeten Berliner Universität. 1817 wurde er als Staatsrat Mitglied des preußischen Justizministeriums, 1819 Mitglied des Obertribunals für die Rheinprovinzen und 1820 Mitglied der Kommission für die Revision des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten. 1835 begann er mit der Erarbeitung seines Werks *System des heutigen römischen Rechts*. 1842 endete seine akademische Karriere mit der Ernennung zum Großkanzler. Mit diesem Titel war er preußischer "Minister für Revision der Gesetzgebung". Bei Ausbruch der Revolution von 1848 trat er zurück. 1853 erschien als Ergänzung zum *System des heutigen römischen Rechts* das *Obligationenrecht*. Savigny starb am 25. Oktober 1861 in Berlin. Zu seinen Schülern gehörten die Brüder *Grimm*, *Georg Friedrich Puchta* und *Bernhard Windscheid*.⁶¹⁶

II. Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte bei Savigny

1. Savignys Vorlesung von 1824/25

In den Pandektenvorlesungen unterscheidet *Savigny* zwischen Nullität, „Rescision“ und Infirmation der Rechtsgeschäfte.⁶¹⁷

Nullität solle nicht missverstanden werden. Bei der Nullität besteht im juristischen kein Rechtsverhältnis. Es scheine nur ein solches vorhanden zu sein. Der Ausdruck *querella nullitatis* werde benutzt, aber für eine solche Nichtigkeitsklage sei ein gültiges Rechtsgeschäft vorausgesetzt. Dieses Rechtsgeschäft soll durch die Willkür einer Privatperson ungültig gemacht werden. Von den Römern wurde ein solches

⁶¹⁶ *Landsberg, Ernst*: Savigny, Friedrich Karl von, ADB, Bd. 30, S. 425–452; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967), S. 348 ff.; *Wolf*, Große Rechtsdenker II (1963), S. 525 ff.; *Savigny*, Pandektenvorlesung 1824/25, S. V ff.

⁶¹⁷ *Savigny*, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 59 f.

Rechtsgeschäft als „null“ behandelt, also juristisch nicht existierend und ohne Wirkung.⁶¹⁸

Auch Infirmation und „Rescision“ setzen ein gültiges Rechtsgeschäft voraus. Durch eine „nachher“ hinzutretende Handlung wird das Rechtsgeschäft ungültig. So ein Fall tritt selten ein, und diese Situation entsteht, wenn keine Nullität für den Fall vorliegt.⁶¹⁹

Bei der *in integrum restitutio* wird der ursprüngliche Rechts- und Vermögenszustand wiederhergestellt. Dies erfolgt von allen Seiten, die am Rechtsgeschäft beteiligt sind.⁶²⁰

Für die Restitution bedarf es einer *iusta causa* (eines rechtfertigenden Grundes) und einer *laesio*; der Rechtszustand muss in irgendeiner Weise verletzt worden sein.⁶²¹

Die Restitution wurde für die Römer am Anfang vom Prätor erteilt. Später konnte der ordentliche *iudex* die Restitution erteilen. *Savigny* erklärt, dass in seiner Zeit die Restitution keine Klage war, auch wenn sie auf einen *iudicium* beruhte. Auch wenn eine Klage gegeben ist, ist die *restitutio* schon im Voraus „abgemacht und entschieden“, also kommt in der Regel keine *exceptio* gegründet.⁶²² Sie wird nur für zulässig befunden oder nicht.⁶²³

Die Gründe der Restitution können Gewalt (*vis*), Furcht (*metus*) und Arglist (*dolus*) sein. Jedoch komme für diese Fälle die *in integrum restitutio* selten in Frage, da es in den meisten Fällen ordentliche Rechtsmittel gebe. Wegen Irrtums kann es eine *in integrum restitutio* geben, wenn der Irrtum in den Beweggründen lag.⁶²⁴

2. Savignys Vorlesungen von 1837/38

In den Pandektenvorlesungen⁶²⁵ hat *Savigny* immer noch zwischen Nullität, Infirmation⁶²⁶ und „Rescision“ unterschieden. Bei den Willenserklärungen und den Rechtsgeschäften spricht *Savigny* von den „Mängeln der Rechtsgeschäfte“

⁶¹⁸ *Savigny*, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 59 f.

⁶¹⁹ *Savigny*, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 60.

⁶²⁰ *Savigny*, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 35.

⁶²¹ *Savigny*, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 33.

⁶²² Auch wenn *Savigny* es nicht ausdrücklich sagt, spricht er von deklarativen Wirkungen.

⁶²³ *Savigny*, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 34 f.

⁶²⁴ *Savigny*, Pandektenvorlesung 1824/25, S. 37.

⁶²⁵ *Savigny*, Pandekten, „Nachschrift Rothschild 1“, S. 57 ff.

⁶²⁶ In der Nachschrift liest man den Begriff Information, aber man versteht, dass Infirmation gemeint war; *Savigny*, Pandekten, „Nachschrift Rothschild 1“, S. 60.

3. Vorlesungsmanuskript über das Obligationenrecht

Dieses Manuskript wurde von *Savigny* von 1809 bis zum Ende seiner Lehrtätigkeit benutzt.⁶²⁷ Auch hier verwendet er den Begriff Anfechtbarkeit nicht.⁶²⁸ In dem Kapitel über die Entstehung der Obligationen behandelt *Savigny* die Verträge, die unter Zwang, Betrug, Irrtum und Simulation eingegangen werden. Für ihre Ungültigkeit benutzt *Savigny* Begriffe wie ungültig, *exceptio doli*, Nullität, nichtig und Restitution.⁶²⁹ Auch als 1841 der 4. Band des „*Systems*“ erschien, wo *Savigny* über die Anfechtbarkeit schrieb, benutzt er den Begriff der Anfechtbarkeit in den Obligationenvorlesungen nicht.

4. Würdigung

In diesen Vorlesungen ist deutlich, wie die Unwirksamkeitsgründe für *Savigny* immer noch von römischem Einfluss sind. Die Nichtigkeit erzeugt keine Klage, sie tritt von Rechts wegen ein. Der Gegensatz zu Nichtigkeit ist die „*Rescision*“, so wie es für *Domat*⁶³⁰ war.

5. System des heutigen römischen Rechts

In seinem Werk *System des heutigen Römischen Rechts* (1840-1849) behandelte *Savigny* aktuelle Rechtsinstitute römischen Ursprungs im Privatrecht, also das, was die Römer als *ius civile* kannten. Der Prozess wurde nicht behandelt,⁶³¹ d.h. es wurde nur das materielle Recht behandelt. Die Rechtsinstitute germanischen Ursprungs waren von seinem Werk ausgeschlossen. Die Geschichte, wie ausgestorbene Institutionen, gehörte auch nicht zum Werk.⁶³²

⁶²⁷ *Savigny*, *Obligationen (Avenarius)*, S. 2.

⁶²⁸ Dazu Siehe: *Savigny*, *Obligationen (Avenarius)*, S. 239 ff..

⁶²⁹ *Savigny*, *Obligationen (Avenarius)*, S. 241 ff.

⁶³⁰ Siehe Kap. 2, § 3 Nr. IX, 2, a).

⁶³¹ *Savigny* erklärt, dass die Nichtigkeit im Prozess geltend gemacht wird. Die Nichtigkeitsklage behandelt er nicht, sondern er beschränkt sich nur darauf zu erwähnen, wo die Nichtigkeit geltend gemacht wird und nicht wie. Der Begriff des Anspruchs wird nicht behandelt.

⁶³² *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts I*, S. 1 ff.

Das *System des heutigen Römischen Rechts* erschien in 7 Bänden zwischen 1840 und 1849.⁶³³ Im 4. Band des Werkes widmete *Savigny* der Ungültigkeit der juristischen Tatsachen eine Abhandlung. Diese Ungültigkeit ist ein Oberbegriff. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit sind Unterarten dieser Ungültigkeit.⁶³⁴

a) Gliederung der Ungültigkeit

Savigny trennt die Ungültigkeit in drei Kategorien.⁶³⁵ Jede Kategorie hat zwei Gegensätze:⁶³⁶

1. vollständig oder unvollständig
2. entschieden oder unentschieden
3. gleichzeitig oder ungleichzeitig mit derjenigen Tatsache, die in ihrer Wirksamkeit gehemmt werden soll.

b) Vollständige und unvollständige Ungültigkeit

Die vollständige Ungültigkeit besteht in der reinen Verneinung ihrer Wirksamkeit. Sie tritt „in Kraft und Umfang“ in der Tatsache selbst ein. Der Ausdruck für diesen Fall ist Nichtigkeit.

Der Gegensatz zur vollständigen Ungültigkeit (Nichtigkeit) ist die unvollständige Nichtigkeit, die *Savigny* als **Anfechtbarkeit** bezeichnet.⁶³⁷ Diese unvollständige Nichtigkeit ist sehr mannigfaltig. Sie kommt in Gestalt von einer Klage, einer Einrede (Exception), eine Verbindlichkeit (Obligation) auf neue juristische Handlung von einem, der früheren Tatsache entgegensetzen, und erfolgt durch Antrag auf Restitution, oder *bonorum possessio contra tabulas*. In diesem Fall besteht die Nichtigkeit des Rechtsverhältnisses nicht in sich selbst, sondern es muss ein eigenes entgegenwirkendes Recht einer Person anerkannt werden.

⁶³³ Sachen und Quellen Register erschien erst in 1851 und die Ergänzung des Obligationenrechts 1853, aber für die Zwecke der Werke werden sie nicht in Betracht gezogen.

⁶³⁴ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 536.

⁶³⁵ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 536.

⁶³⁶ Unter Kategorien meinte *Savigny* Gegensätze. Jedoch sind für den Zweck dieser Arbeit diese Gegensätze Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

⁶³⁷ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 537.

c) Entschiedene oder unentschiedene Nichtigkeit

Wenn eine Suspensivbedingung vereitelt oder eine resolutive Bedingung erfüllt wird, dann entsteht vollständige Ungültigkeit (entschiedene Nichtigkeit). Diese Ungültigkeit ist die Nichtigkeit als Folge eines zufälligen Ereignisses.⁶³⁸

Unentschieden oder ungewiss ist die Ungültigkeit, deren Eintritt von zukünftigen, ungewissen Tatsachen abhängt. Diese Tatsachen sind entweder zufällige Ereignisse oder menschliche Willkür. Die menschliche Willkür bestimmt die Ungültigkeit bei der Anfechtbarkeit. Ein Rechtsverhältnis wird erst mit einer Klage, Exception, Restitution, usw. entkräftet, bis die berechnigte Person etwas tut [sic!].⁶³⁹

d) Gleichzeitige oder ungleichzeitige Nichtigkeit

Die Ungültigkeit kann ursprünglich vorhanden sein oder erst späterhin eintreten. Im ersten Fall erfolgt sie gleichzeitig mit der entkräfteten juristischen Tatsache. Im zweiten Fall ungleichzeitig.⁶⁴⁰ Dies gilt sowohl für Nichtigkeit als auch bei Anfechtbarkeit.

Die gleichzeitige Nichtigkeit erfolgt im Testament, wenn ein Sohn unter väterlicher Gewalt präterit (übergangen) ist oder bei einseitiger Verpflichtung eines Unmündigen. Ungleichzeitig, wenn nach einem gemachten Testament ein *posthumus* (sic!) geboren wird, wenn der Testator die Urkunde des Testaments zerstört oder wenn ein neues Testament errichtet wird.⁶⁴¹

Die gleichzeitige Anfechtbarkeit erfolgt bei Zwang und Betrug. Die ungleichzeitige erfolgt bei jeder Klage, die der Verjährung unterliegt oder einem rechtskräftigen Urteil entgegen getreten ist.⁶⁴²

Diese Art von Ungültigkeit (gleichzeitige oder ungleichzeitige) ist problematisch. Es müssen immer einzelne Fälle in Betracht gezogen werden. *Savigny* meinte, dass diese Art von Ungültigkeit ihre Wichtigkeit verloren habe.⁶⁴³

⁶³⁸ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 539.

⁶³⁹ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 538 f.

⁶⁴⁰ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 542.

⁶⁴¹ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 542.

⁶⁴² *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 543.

⁶⁴³ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 544 f.

Die Gründe für die ursprüngliche Nichtigkeit sind von zwei Arten. Die erste ist der Mangel der notwendigen Bedingungen (erforderliche Eigenschaften): die persönlichen Eigenschaften, das Wesen des Geschäfts (wozu der Wille gehört) und die schriftliche Form. Die zweite Art entsteht durch ein positives Gesetz, durch welches das Rechtsgeschäft verboten ist.⁶⁴⁴

Nach *Savigny* kann das Gesetz die Absicht, ein Rechtsgeschäft zu verhüten, auf viererlei verhindern:

- *lex perfecta*, durch ausdrückliche Vorschrift, wird die Nichtigkeit bestimmt.
- *Lex imperfecta*, eine erschwerende (sic!) Form. Das Gesetz bestimmt keine Folge, wenn das Gesetz nicht beachtet wird.
- *Lex minus quam perfecta*, das Geschäft bleibt wirksam, wird aber mit einer Strafdrohung sanktioniert.
- Bestimmung einer unvollständigen Ungültigkeit. z.B. einer *exception*. Dazu gehören das *SC. Macedonianum* und das *SC. Vellejanum*.

Die Frage, ob die Nichtigkeit im Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben werden muss, wurde in einem interpretierenden Gesetz von *Theodosius II.* beantwortet:⁶⁴⁵ Aus jedem gesetzlichen Verbot ist die Nichtigkeit die Folge, ohne Unterschied, ob es im Gesetz ausgedrückt ist oder nicht. Also ist jedes verbietendes Gesetz als eine *lex perfecta* anzusehen.⁶⁴⁶

e) Allgemeine Aussagen über die Ungültigkeit

Savigny meinte, dass die von menschlicher Willkür abhängige Ungültigkeit auch relative Nichtigkeit genannt wird. Ihr Gegensatz ist die absolute Nichtigkeit, die nicht von menschlicher Willkür abhängig ist.⁶⁴⁷

Savigny hat auch die Frage gestellt, ob die Nichtigkeit auch durch menschliche Willkür geltend gemacht werden kann. Er nennt diese eine „relative Nullität“ (Nullität in Sinne von absoluter Nichtigkeit, oder Nichtigkeit).⁶⁴⁸ Am Ende verneint er diese Möglichkeit,

⁶⁴⁴ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 539.

⁶⁴⁵ Siehe Kap. 1, § 1, Nr. II S. 19: Ausführlich in: *Renard*, L'idée d'annulabilité, S. 215 ff.

⁶⁴⁶ Dies entspricht den heutigen § 134 BGB; *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 550 f.

⁶⁴⁷ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 539.

⁶⁴⁸ Vgl. *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144.

weil, wenn etwas nichtig ist, also nicht bestehend, es nicht durch eine Klage umgestoßen werden muss.⁶⁴⁹

Nach *Savigny* ist es konsequent, zu denken, dass die Begriffe Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, den Ausdrücken absoluter und relativer Nichtigkeit entsprechen. Für die **Nichtigkeit benötigt man keine Klage**, und die Klage ist nur für die Anfechtbarkeit erforderlich. „Anspruch“ als *terminus technicus* ist noch nicht vorhanden.

Savigny hat auch die formelle und materielle Frage gestellt, ob eine einseitige Willenserklärung bindend ist, oder ob die einseitige Willenserklärung wieder zurückgenommen (=widerrufen) werden kann.⁶⁵⁰ Formell meinte *Savigny* als Beispiel, dass das Eigentum nur durch *dereliction* aufgegeben werden kann und nicht durch eine einseitige Erklärung des Eigentumverzichtes. Die Obligationen werden durch einen Erlassvertrag oder durch vorgenommene *expromission* durch einen Dritten aufgehoben. Eine einseitige Erklärung des Gläubigers bindet die Dritten nicht.⁶⁵¹

Materiell ist die Frage entweder in den *iura in re* oder in den Obligationen denkbar. In den *iura in re* verneint *Savigny* die Möglichkeit; als Beispiel sagt *Savigny*, dass ein Einspruch gegen die *dereliction* des Eigentümers nicht möglich ist.⁶⁵² Bei den Obligationen wird ein einseitiger Rücktritt dem Gläubiger gestattet (aber nicht dem Schuldner). Eine Ausnahme ist, wenn jemand aus einer Schuld erlassen wird und dieser den Erlass nicht annimmt. Dann bezahlt der Schuldner durch Hinterlegung, weil er den Gläubiger nicht zwingen kann, das Geld anzunehmen.⁶⁵³

Für die Obligationen, die eine zusammengesetzte Natur haben, ist eine **Auflösung für die Zukunft** durch einseitige Willenserklärung denkbar. Dies geschieht als Kündigung bei der Gesellschaft (*Societät*), bei Vollmacht (*Mandat*) und bei dem Mietvertrag.⁶⁵⁴

Die Idee der Anfechtbarkeit als Gestaltungsrecht wird von *Savigny* nicht behandelt. Er behandelt Situationen, wo eine einseitige Willenserklärung bindend ist. Wenn aber für *Savigny* eine einseitige Willenserklärung bindend ist, dann hat sie Wirkung *ex nunc*. Die einseitige Willenserklärung mit Wirkung *ex tunc* (wie es die moderne Anfechtbarkeit ist) wird von *Savigny* nicht behandelt.

⁶⁴⁹ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 539 f.

⁶⁵⁰ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 546.

⁶⁵¹ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 546 f.

⁶⁵² Dies wird nicht behandelt, weil es nicht Stoff dieser Arbeit ist.

⁶⁵³ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 548 f.

⁶⁵⁴ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 549.

f) Das Rechtsgeschäft

Für *Savigny* ist eine Willenserklärung dasselbe wie ein Rechtsgeschäft.⁶⁵⁵ Mit dem Willen des Handelnden werden Rechte zum Entstehen gebracht oder aufgelöst. Das „Dasein“ des Willens ist ausgeschlossen, wenn der Wille unter Zwang oder Irrtum abgegeben wird. Zwang und Irrtum heben die Wirksamkeit des Willens nicht auf, aber eine positive Gegenwirkung ist notwendig, um diesen Mangel zu korrigieren.⁶⁵⁶ Diese macht man durch eine Klage oder durch eine *Exception* geltend oder man beantragt die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.⁶⁵⁷

g) Die Restitution

Die *in integrum restitutio* oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfolgt laut *Savigny* aus mehreren Gründen, unter denen sich Zwang, Betrug und Irrtum befinden. Durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand versucht man einen früheren Rechtszustand durch Billigkeit herzustellen.⁶⁵⁸ Die Restitution ist nur eine Fiktion einer Herstellung in den vorigen Stand. Sie beruht nur auf einer Anwendung der obrigkeitlichen Macht: Wer ein aufgegebenes Erbrecht durch *restitutio* erlangt, wird kein Erbe (*heres*), sondern bekommt nur die Rechte eines solchen.⁶⁵⁹ Die *restitutio* durch rechtskräftiges Urteil ist der reinen *in integrum restitutio* sehr nah. Der Unterschied liegt darin, dass die *restitutio* durch Urteil nicht auf einer Fiktion beruht, sondern auf einem wahren Zustand. Der frühere Zustand muss mit dem neuen Zustand übereinstimmen.⁶⁶⁰

III. Würdigung

Im dritten Band des Werkes *Savignys* fällt auf, dass, wenn er über Zwang und Irrtum bei Willenserklärungen spricht, der Begriff Ungültigkeit nur ein Mal erwähnt wird. Er meinte, dass im Criminalrecht von einer indirekten Ungültigkeit nicht gesprochen werden kann, wenn jemand gezwungen wird, ein Verbrechen zu begehen. Er handelt

⁶⁵⁵ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts III, S. 98.

⁶⁵⁶ Es wird nicht über Nichtigkeit oder irgendeine Art von Ungültigkeit gesprochen.

⁶⁵⁷ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts III, S. 98 ff.

⁶⁵⁸ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts VII, S. 96.

⁶⁵⁹ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts VII, S. 96.

⁶⁶⁰ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts VII, S. 96 f.

frei und ist zurechnungsfähig.⁶⁶¹ In seinen Vorlesungen unterschied *Savigny* bis mindestens 1838 zwischen Nichtigkeit und „Rescision“ der Rechtsgeschäfte. Der Begriff Ungültigkeit als *terminus technicus*, mit den Unterbegriffen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, erschien erst 1841 im 4. Band.⁶⁶² Dort unterscheidet *Savigny* zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit:

- Die Nichtigkeit tritt *ipso iure* ein und erzeugt keine Klage.
- Die Anfechtung erfolgt im Prozess.⁶⁶³
- Wenn Willenserklärung dasselbe wie Rechtsgeschäft ist, dann kann es keinen Erfüllungsanspruch geben. Folglich bleibt die Idee der Gestaltungsrechte fremd.

Savigny befindet sich in der Trennung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit fast mit demselben Problem konfrontiert wie der *Code Civil*. Die Nichtigkeit erfolgt außergerichtlich, die Anfechtung erfolgt gerichtlich. *Savigny* meinte, dass die ursprüngliche Nichtigkeit keine Klage benötigt.

Eine absolute Nichtigkeit kann gerichtlich nicht geltend gemacht werden. Ein Feststellungsurteil (**deklarativ**) wird nicht in Betracht gezogen. Im *Code Civil* wird gesagt, dass die Gliederung der Nichtigkeit des römischen Rechts beibehalten wurde.⁶⁶⁴ Auch *Savigny* war noch stark vom römischen Recht beeinflusst. Unter diesem Einfluss hat *Savigny* seine Werke ausgearbeitet.

§ 13. Puchta

I. Über Puchta⁶⁶⁵

Puchta begann das Studium der Rechtswissenschaft er im Jahr 1816 an der Universität Erlangen, promovierte und habilitierte sich 1820 ebenfalls an der Universität Erlangen. 1821 unternahm *Puchta* eine längere Deutschlandreise. Die Eindrücke dieser Reise bewogen *Puchta*, der historischen Rechtsschule um *Friedrich Carl von Savigny* (derzeit

⁶⁶¹ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts III, S. 110.

⁶⁶² *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 536. Dieser Band wurde ein Jahr nachdem *Bernhard Windscheid* seine Habilitationsschrift *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte* vollendet hatte veröffentlicht (1841). *Windscheids* Werk wurde aber 1847 veröffentlicht. Ob *Savigny* von dem Werk vor 1846 (1846 hat *Windscheid* die Habilitationsschrift an *Savigny* geschickt) wusste, ist unbekannt.

⁶⁶³ So *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 2, Nr. II.

⁶⁶⁴ Exposé des motifs V, Rapport, Nr. 60 Art. 1304, S. 163.

⁶⁶⁵ Für *Puchtas* Werke: *Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffjurisprudenz“ (2004), S. 473 ff.

in Berlin) beizutreten. Mit ihm unterhielt *Puchta* ab 1823 einen regen Briefwechsel. 1823 wurde *Puchta* außerordentlicher Professor in Erlangen. Unter Mitwirkung von *Savigny* erhielt *Puchta* 1828 an der Universität München eine ordentliche Professur, 1835 eine ordentliche Professur in Marburg, 1837 bis 1842 eine Professur in Leipzig. 1842 erhielt er einen Ruf an die Universität Berlin, wo er bald Nachfolger *Savignys* an dessen Lehrstuhl wurde, nachdem *Savigny* zum Minister für Gesetzgebung ernannt worden war. Als Dozent war *Puchta* nicht sonderlich beeindruckend und seine Ideen hat er offensichtlich dem Einfluss *Savignys* zu verdanken.⁶⁶⁶ Seine Lehrtätigkeit endete frühzeitig als er am 8. Januar 1846 im Alter von 47 Jahren starb.

II. Die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte bei Puchta

1. Lehrbuch der Pandekten

In der ersten Ausgabe des Werkes⁶⁶⁷ unterscheidet *Puchta* zwischen Nullität und „Rescissibilität“. In beiden Fällen konnte die Ungültigkeit von Anfang an vorhanden sein oder nachher eintreten.⁶⁶⁸ Der Begriff Anfechtbarkeit wird nicht erwähnt.

In der zweiten Ausgabe von 1844 unterscheidet *Puchta* jedoch bei der Ungültigkeit von Rechtsgeschäften zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.⁶⁶⁹ Die Nichtigkeit tritt von Anfang an ein, die Anfechtbarkeit gibt einer Person die Möglichkeit, das Geschäft für ungültig zu erklären. Es ist höchst wahrscheinlich, dass *Puchta* die Nullität und „Rescision“ der ersten Auflage zur Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in der 2. Auflage wegen des Einflusses *Savignys*⁶⁷⁰ änderte. Diese Unterscheidung erschien auch in der 3. Ausgabe (1845).

Bei Nichtigkeit (Nullität) wird die Existenz des Geschäfts unmittelbar (*ipso iure*) ausgeschlossen, wenn die Ursache in den Umständen liegt.⁶⁷¹ *Puchta* meinte, wenn der Grund der Nichtigkeit ein gesetzliches Verbot war, war für die Römer Nichtigkeit nur

⁶⁶⁶ Wolf, Große Rechtsdenker II, S. 628; Haferkamp, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffjurisprudenz“ (2004), S. 116.

⁶⁶⁷ Lehrbuch der Pandekten, 1. Auflage, 1838.

⁶⁶⁸ *Puchta*, Pandekten 1. Auflage, S. 96, § 67.

⁶⁶⁹ *Puchta*, Pandekten 2. Auflage, S. 95 f., § 67.

⁶⁷⁰ Im Jahr 1842 wurde *Puchta* nach Berlin berufen. Dort hatte er mehr Kontakt zu *Savigny* und zu seinem Werk *System des heutigen römischen Rechts*.

⁶⁷¹ *Puchta*, Pandekten 2. Auflage, S. 95, § 67.

die Folge, wenn diese Folge vom Gesetz bestimmt war (*leges perfectae*). Die betrügerische (fraudulose) Umgehung des gesetzlichen Verbots führte auch zur Nichtigkeit.⁶⁷² Eine Ausnahme vom Begriff der Nichtigkeit *Puchtas* war der Fall, in dem eine Person durch eine Klage den Richter auffordert, den äußeren Schein eines Geschäfts aufzuheben und künftiger Ungewissheit zu entgehen.

Anfechtbarkeit (Rescissibilität) liegt vor, wenn eine Person berechtigt ist, das Geschäft in seinen Wirkungen als nicht bestehend zu behandeln. Jedoch kann das Geschäft als bestehend gelten, wenn die Person von ihrem Anfechtungsrecht nicht Gebrauch macht.

Die Anfechtung erfolgt regelmäßig durch ein Rechtsmittel beim Gericht, es kann aber auch **einer außergerichtlichen Erklärung**⁶⁷³ diese Wirkung beigelegt sein.⁶⁷⁴ *Puchta* meinte, dass dieser Fall nicht zur Nullität gerechnet werden könne,⁶⁷⁵ auch wenn für diesen Fall der Begriff relative Nichtigkeit erfunden worden ist. Dafür zitiert er *Brandis*⁶⁷⁶ und dessen Abhandlung über relative⁶⁷⁷ und absolute Nichtigkeit. Die Nullitätsfälle dieser Art (die außergerichtliche Anfechtbarkeit) müssen als bedingte Nullität aufgefasst werden.⁶⁷⁸

Die *in integrum restitutio* oder Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist laut *Puchta* keine Folge der Nichtigkeit. Sie erfolgt nur wegen *Läsion*⁶⁷⁹ (also einer Rechtsverletzung⁶⁸⁰). Jedoch wird im Falle der Minderjährigkeit und des Irrtums die Restitution für *Puchta* anerkannt.⁶⁸¹

2. Vorlesungen

In den Berliner Vorlesungen⁶⁸² unterschied *Puchta* zwischen Nullität und Anfechtbarkeit.⁶⁸³ Nullität oder Nichtigkeit tritt *ipso iure* ein, wenn ein wesentliches

⁶⁷² *Puchta*, Pandekten 2. Auflage, S. 95, § 67 Fn. b).

⁶⁷³ Vgl. *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 2, Nr. II.

⁶⁷⁴ *Puchta*, Pandekten 2. Auflage, S. 95, § 67.

⁶⁷⁵ *Puchta*, Pandekten 12. Auflage, S. 95, § 67 Fn. d)

⁶⁷⁶ *Brandis*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess (1834), S. 121 ff.

⁶⁷⁷ *Brandis* nennt die relative Nichtigkeit auch respektive. Er meinte, diese respektive Nichtigkeit sei bereits von den älteren Juristen anerkannt worden (*Lauterbach*, De alienatione rerum quae minorum sunt).

⁶⁷⁸ *Puchta*, Pandekten 12. Auflage, S. 95f., § 67, Fn. d).

⁶⁷⁹ L. 6. 7. § 6; L. 44 de minor; L. 27. ex qu. caus. maj. (4, 6) ; L. 11. § 4.

⁶⁸⁰ *Puchta*, Pandekten 3. Auflage, S. 145, § 100.

⁶⁸¹ *Puchta*, Pandekten 12. Auflage, S. 156, Nr. 4, § 100 ff.

⁶⁸² Diese Vorlesungen sollen ab 1843 stattgefunden haben.

Erfordernis des Rechtsgeschäftes fehlt (Handlungs- und Dispositionsfähigkeit, Wille, Erklärung, Ernstlichkeit oder, wenn das Geschäft gegen ein verbotendes Gesetz verstößt. Wenn etwas nichtig ist, braucht das Geschäft nicht aufgehoben zu werden. Die Nichtigkeit ist nicht nur auf *leges perfectae* beschränkt.

Rescissibel oder anfechtbar ist das Geschäft, dass zwar an sich besteht, aber ein Umstand einer Person die Befugnis ermöglicht, das Geschäft aufzuheben. Wenn die Befugnis ausgeübt wird, wird das Geschäft unwirksam, mithin aufgehoben [sic!]. Der Unterschied zur Nullität liegt darin, dass die Anfechtbarkeit ein rescissorisches Rechtsmittel ist und von dem Willen einer Partei abhängig ist.

Die Fälle der Anfechtbarkeit sind Zwang, Irrtum in den Motiven (sic!) und Betrug, soweit die gesetzliche Sanktion nicht Nichtigkeit ist. Die Voraussetzungen der Ungültigkeit sind nicht so allgemein und objektiv erkennbar, wie bei der *in integrum restitutio*.⁶⁸⁴

Laut *Puchta* kommen drei häufige Irrtümer in der Lehre der Ungültigkeit vor:⁶⁸⁵

- Bei der Anfechtbarkeit trete die Nullität nachher ein. Es ist ein Irrtum, zu glauben, dass das Rechtsgeschäft bis zur „Rescision“ besteht. Die Unwirksamkeit kann von Anfang an begründet sein.
- Manche Anfechtbarkeiten werden als Nullität behandelt, z.B.: Zwang.
- Behandlung der Nullität analog zur „Rescision“, d.h. Befugnis zur Annulation durch die *querella nullitatis*. Die Nichtigkeit ist kein Grund für eine Klage, was null ist, braucht nicht aufgehoben zu werden.

Puchta meinte, dass in der Literatur zwischen der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit ein dritter Begriff entstand, der relative Nichtigkeit heißt. Jedoch verneint er die Existenz dieses Begriffs,⁶⁸⁶ er meinte, nur die Rescissibilität sei etwas Relatives. Man denkt, dass die Rescissibilität „durch Klage oder Einrede der ausschließliche Modus“ sei. Jedoch lässt sich die Rescissibilität als einfache gerichtliche oder außergerichtliche Erklärung deuten.⁶⁸⁷

⁶⁸³ *Puchta*, Vorlesungen, S. 140, § 67.

⁶⁸⁴ *Puchta*, Vorlesungen, S. 140 f, § 67.

⁶⁸⁵ *Puchta*, Vorlesungen, S. 141, § 67.

⁶⁸⁶ *Puchta*, Vorlesungen, S. 142, § 67.

⁶⁸⁷ *Puchta*, Vorlesungen, S. 142, § 67.

III. Würdigung

Es scheint, als ob *Puchta* am Anfang die Nichtigkeit nicht als eine allgemeine Regel betrachtet, sondern immer noch zu jedem einzelnen Fall angeschlossen. In den Vorlesungen scheint jedoch, als ob *Puchta* die Nichtigkeit bereits als eine allgemeine Sanktion betrachtet. Im Gegensatz zu *Savigny* bejaht *Puchta* die Möglichkeit, die Nichtigkeit mit einer Klage geltend zu machen.

Puchta zitiert *Savigny* oft; der Einfluss *Savignys* bei *Puchta* lässt sich deutlich erkennen.⁶⁸⁸ Ein Merkmal ist, wie er den Begriff Anfechtbarkeit als Gegensatz zur Nichtigkeit benutzt, nachdem er Kontakt zu *Savigny* hatte. –1841 erschien der Band IV von *Savignys System des heutigen römischen Rechts*; 1843 benutzt *Puchta* auch die Begriffe *Savignys* in der zweiten Ausgabe des *Lehrbuchs der Pandekten*– Er konnte leider diese Gedanken nicht weiter bearbeiten, da er Anfang 1846 verstarb.⁶⁸⁹ Nach dem Tode *Puchtas* wurde sein Werk von *A. F. Rudorff* herausgegeben, also ab der 4. Ausgabe⁶⁹⁰ im Jahr 1848. Der Abschnitt der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte blieb bis zur 9. Auflage⁶⁹¹ von 1863 unverändert.

Was die Anfechtbarkeit betrifft, meinte *Puchta*, dass einer **außergerichtliche Erklärung** diese Wirkung beigelegt sein könne. Unklar ist, ob diese Erklärung durch eine Einigung (zweiseitig) oder durch eine einseitige Erklärung erfolgt. Für *Savigny* war die Möglichkeit einer einseitigen Willenserklärung ausgeschlossen.⁶⁹² Wenn also für *Puchta* die Anfechtbarkeit eine Rescissibilität war, dann ist es möglich, dass *Puchta* über eine außergerichtliche Einigung sprach und nicht über eine einseitige Willenserklärung.

Die Anfechtbarkeit ist für *Puchta* nicht die Nichtigkeit.⁶⁹³ *Puchta* betrachtet die Anfechtbarkeit, so wie *Savigny*, als eine „Rescision“. Jedoch spricht er nicht über die Folge der Anfechtbarkeit. Bei *Puchta* war von einer Trennung zwischen Klage und Anspruch noch nicht die Rede.

⁶⁸⁸ *Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die “Begriffjurisprudenz”, S. 116 ff.

⁶⁸⁹ *Puchta*, *Pandekten* 1. Auflage, S. I.

⁶⁹⁰ *Puchta*, *Pandekten* 4. Auflage.

⁶⁹¹ *Puchta*, *Pandekten* 9. Auflage.

⁶⁹² *Savigny*, *System des heutigen römischen Rechts* IV, S. 546.

⁶⁹³ *Puchta*, *Pandekten* 2. Auflage, S. 95. § 67, Fn. d.

§ 14. Windscheid

I. Über Windscheid

Bernhard Windscheid wurde 1817 geboren. Im Jahr 1834 begann er das Studium der Sprachwissenschaften in Berlin. Jedoch entschied er sich rasch, unter dem Einfluss der Vorlesungen von *Savigny*, für das Studium der Rechtswissenschaft.⁶⁹⁴ Er studierte in Berlin, Bonn und wiederum in Berlin von 1834 bis 1836. Er hatte von Anfang das Ziel vor Augen, sich für die Lehre und Wissenschaft zu engagieren.⁶⁹⁵ 1837 legte er das erste juristische Staatsexamen ab. Am 22. Dezember 1838 wurde ihm in Bonn die Promotion verliehen mit einer Dissertation zum Thema *De valida mulierum intercessione*. Ebenfalls in Bonn habilitierte er sich 1840 mit der Schrift *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*.⁶⁹⁶ Dort wird er 1847 zum außerordentlichen Professor für römisches und französisches Recht berufen.⁶⁹⁷ Zwischen 1851 und 1861 erschienen wichtige Schriften (Bsp. *Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856). Ab 1862 erschien das bedeutsamste Werk *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Im Sommer 1874 wurde *Windscheid* auf Vorschlag Badens als Romanist zum Mitglied der 1. Kommission des BGB vorgeschlagen. Er gehörte dieser Kommission bis 30.09.1883 an.⁶⁹⁸

Windscheid wurde in einem Gebiet (heutiges Nordrhein Westfalen) geboren, wo französisches Recht galt. Als Schriftsteller ist er vom *Code Civil* ausgegangen. Diese Seite *Windscheids* wird nur selten beachtet.⁶⁹⁹ Diese Seite *Windscheids* muss jedoch für die Bearbeitung seiner Ideen, insbesondere die Idee der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte, beachtet werden. Die Bedeutung der *Lehre des Code Napoleon* wurde wenig beachtet. Was die Ungültigkeit war, „wusste vor diesem Buch in den

⁶⁹⁴ *Landsberg, Ernst*: *Windscheid, Bernhard*, ADB, Bd. 43, S. 423–425; *Wolf*, Große Rechtsdenker I, S. 461; *Wolf*, Große Rechtsdenker II, S. 595; *Oertmann*, *Bernhard Windscheid, Gesammelte Reden und Abhandlungen*, S. X f; *Domingo*, *Juristas universales* Bd. 3 (2004), S. 292.

⁶⁹⁵ *Wolf*, Große Rechtsdenker II, S. 595; *Domingo*, *Juristas universales* Bd. 3, S. 292 f.

⁶⁹⁶ *Landsberg, Ernst*: *Windscheid, Bernhard* ADB, Bd. 43, S. 423–425; *Wolf*, Große Rechtsdenker I, S. 461; *Wolf*, Große Rechtsdenker II, S. 595.

⁶⁹⁷ *Oertmann*, *Bernhard Windscheid, Gesammelte Reden und Abhandlungen*, S. XI; *Jakobs*, *Die Beratungen des BGB Einführung, Biographien, Materialien* (EBM), S. 86; *Ober*, *Bernhard Windscheid und die Reinigung des römischen Rechts* (1989), S. 14.

⁶⁹⁸ *Jakobs*, *Die Beratungen des BGB* (EBM), S. 87; *Domingo*, *Juristas universales* Bd. 3, S. 293.

⁶⁹⁹ So: *Oertmann*, *Bernhard Windscheid, Gesammelte Reden und Abhandlungen*, S. XXI; *Falk*, *Ein Gelehrter wie Windscheid* (1989), S. 2 ff.; *Sacco*, in *Novissimo Digesto Italiano* XI, S. 463 f.

Rheinlanden kein Mensch“.⁷⁰⁰ *Windscheid* wäre im französischen Recht ein Reformator geworden, so wie er es später im gemeinen Recht war.⁷⁰¹

II. Windscheids Werke in Bezug auf die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte

1. Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte

1847 erschien die Habilitationsschrift *Windscheids Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*. In diesem Werk trennt *Windscheid* die Ungültigkeit in Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Diese Schrift war aber bereits 1840 fertig.⁷⁰² Sechs Jahre lang hat *Windscheid* an seiner Berufung zum Wissenschaftler gezweifelt. Er hatte Gesundheitsprobleme, sein Arzt hat ihm empfohlen, eine lange Reise zu machen. Sein älterer Bruder starb in dieser Zeit, dies hat *Windscheid* stark getroffen.⁷⁰³ Trotz dieser Probleme erschien sein Werk im Jahr 1847, nachdem er zum außerordentlichen Professor ernannt worden war. Die Vorbereitung für die Veröffentlichung hatte 1846 angefangen.⁷⁰⁴ Das Ergebnis des Werkes wurde von *August Anschütz*,⁷⁰⁵ Privatdozent der Rechte an der Universität zu Bonn, in der 5. Auflage des Werkes *Zachariäs Handbuch des französischen Zivilrechts* kommentiert.⁷⁰⁶ Alle weiteren Auflagen des *Handbuchs von Zachariä* verweisen auf *Windscheid* und seine weiteren Werke⁷⁰⁷.

Seine Habilitationsschrift wurde von den Ideen zweier französischer Juristen beeinflusst: *Alexandre Duranton* und *Antoine-Marie Demante*. *Windscheid* hat die

⁷⁰⁰ So: *Oertmann*, Bernhard *Windscheid*, Gesammelte Reden und Abhandlungen, S. XXI.

⁷⁰¹ *Oertmann*, Bernhard *Windscheid*, Gesammelte Reden und Abhandlungen, S. XXI

⁷⁰² *Windscheid*, Gesammelte Reden, S. XI; *Wolf*, Große Rechtsdenker II, S. 595; *Oertmann*, Bernhard *Windscheid*, Gesammelte Reden und Abhandlungen, S. XI; *Ober*, Bernhard *Windscheid* und die Reinigung des römischen Rechts, S. 14.

⁷⁰³ *Oertmann*, Bernhard *Windscheid*, Gesammelte Reden und Abhandlungen, S. XI.

⁷⁰⁴ Siehe: *Stoll*, Friedrich Carl von Savigny (1939), S. 79; *Landsberg*, *Ernst*: *Windscheid*, Bernhard, ADB, Bd. 43, S. 423–425.

⁷⁰⁵ Laut *Anschütz* sind dies die Ergebnisse *Windscheids*: Die relative Nichtigkeitsklage (*action en déclaration de nullité*) verschmilzt mit der Reszissionsklage. Diese Reszissionsklage ist in allen Fällen jene des Art. 1304. Die Nichtigkeiten der Ehe folgen ihren besonderen Regeln. *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 5, Bd. I, S. 83, § 37, Fn. 1

⁷⁰⁶ *Zachariä*, Handbuch des Französischen Zivilrechts, V. Auflage, 1853, Bd. I, S. 83, § 37, Fn. 1.

⁷⁰⁷ Diese Kommentare waren bei der Vorbereitung der Unwirksamkeitslehre im BGB immer anwesend.

Habilitationsschrift an Hand von siebzehn juristischen Büchern von französischen und deutschen Juristen verfasst. Die meiste Zitate stammen aus *Zachariä*.

Nach *Windscheid* muss man bei der Ungültigkeit von Rechtsgeschäften zwei verschiedene Arten unterscheiden:⁷⁰⁸ Die eine tritt kraft einer Selbstbeschränkung des in ihnen erklärten Willens ein. Das heißt, diese Beschränkung tritt kraft des Willens selbst ein. Die andere Unwirksamkeit tritt „kraft eines späteren wesentlichen Erfordernisses ihres Bestandes nicht hinwegnehmendes Ereignis“ nach gesetzlicher Vorschrift ein. In beiden Fällen meinte *Windscheid*, ist ihre Ungültigkeit nicht ihre Unfähigkeit.

Die erste Unwirksamkeit nannte er Nichtigkeit, die zweite Anfechtbarkeit.⁷⁰⁹ Er definiert diese letzte Ungültigkeit (Anfechtbarkeit), als Unfähigkeit der Rechtsgeschäfte, ihre beabsichtigten Wirkungen hervorzubringen. *Windscheid* meinte auch, dass das römische Recht noch eine besondere Mischung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit kenne. Die neueren (Juristen) haben diese Variante relative und ihr Gegensatz absolute Nichtigkeit genannt.⁷¹⁰

Die relative Nichtigkeit hat mit der Anfechtbarkeit gemeinsam, dass der Richter keine Rücksicht von Amts wegen auf sie nehmen muss, und dass sich nur bestimmte Personen auf sie berufen können. Der Unterschied liegt darin, dass das Rechtsgeschäft für die Personen nichtig und nicht anfechtbar ist. Die Personen brauchen also nicht das nichtige Rechtsgeschäft durch eine Klage umstoßen,⁷¹¹ sondern sie können ohne weiteres alle Rechte geltend machen, die sie gehabt hätten, wenn sie das Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen⁷¹² hätten.⁷¹³

Anders ausgedrückt, stellt die relative Nichtigkeit für *Windscheid* ein Geschäft dar, das nichtig ist und bestätigt werden muss und für ihre Nichtigkeit eine Klage erfordert. Die Anfechtbarkeit stellt ein Geschäft dar, das von Anfang an gültig ist, aber angefochten werden kann.

⁷⁰⁸ *Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon, S. 1.

⁷⁰⁹ *Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon, S. 1; *Bruns/Mitteis*, Das Pandektenrecht, in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft von Holzendorf/ Kohler Bd. 1 (1904).

⁷¹⁰ *Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon, S. 30.

⁷¹¹ Dieses Argument kann nicht stimmen. Das französische Recht hatte die *action en nullité* für die Nichtigkeitsfälle, die auch unter eine Anfechtbarkeit fallen wurden (Bsp. Art. 1304 Code Civil).

⁷¹² In diesem Fall betrachtet *Windscheid* die relative und absolute Nichtigkeit gleich. Deswegen meinte er, dass man die Rechte geltend machen kann. D.h. eine Erklärung gegenüber der anderen, dass es keine Obligation besteht (Siehe: Exposé des motifs V, Rapport, Nr. 60 Art. 1304, S. 163).

⁷¹³ *Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon, S. 30

Das Ziel *Windscheids* in diesem Werk war, die Nichtigkeitslehre der Franzosen einzuordnen. Er überprüft jedes Gebiet und die Ungültigkeitsgründe in den Abhandlungen, und er kommt zu den Ergebnissen, wo er die Ungültigkeitsgründe in die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einordnet. Das Werk wurde nicht ins Französische übersetzt.⁷¹⁴

2. Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung

Windscheid hat dieses Werk *Savigny* gewidmet. Er nannte *Savigny* „den Erneuerer des römischen Rechts“.⁷¹⁵ *Windscheid* bemerkt auch, dass die Grundzüge der darin entwickelten Ansichten bereits 1847 in seinem früheren Werk *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte* entwickelt wurden.⁷¹⁶

Für *Windscheid* gehört die Voraussetzung zu den Selbstbeschränkungen des Willens,⁷¹⁷ jedoch nicht für die gewöhnliche Lehre. *Windscheid* meinte, dass die Voraussetzung anstatt des *modus* zur Selbstbeschränkung des Willens gehören sollte. Wenn jemand ein Rechtsgeschäft eingeht, erklärt er, dass er das Rechtsgeschäft annimmt, nur wenn gewisse Umstände der Dinge vorhanden sind. Wenn diese Umstände nicht bestehen, dann besteht das Rechtsverhältnis „nicht ohne, aber gegen den Willen des Erklärenden“: „Es (Das Rechtsgeschäft) besteht mit seinem wirklichen, aber gegen seinen eigentlichen Willen“.⁷¹⁸ Diese Idee gilt auch für Zwang (*metus*) und Betrug (*dolus*):⁷¹⁹ Auch wenn eine Willenserklärung vorliegt, sind die Voraussetzungen des Geschäftes mangelhaft. Dies führt nicht zur Nichtigkeit, sondern zu einer indirekten Unwirksamkeit.⁷²⁰ Die Unwirksamkeit wegen des Zwanges oder Betrugs hat jedoch einen fernerer Grund⁷²¹ als die in diesen Tatsachen liegende Unsittlichkeit [sic!].

Fraglich ist, ob dasselbe für den Fall des Irrtums gilt. Er meint, dass laut *Savigny* der Irrtum zur Nichtigkeit führt, weil die abgegebene Willenserklärung nicht „wirklich“ ist.

⁷¹⁴ Eine Übersetzung wurde von *Anschütz* vorgeschlagen (*Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 5. Auflage, Bd. I, S. 83, § 37, Fn. 1).

⁷¹⁵ *Windscheid*, Lehre der Voraussetzung, Titelseite.

⁷¹⁶ *Windscheid*, Lehre der Voraussetzung, S. VI.

⁷¹⁷ *Windscheid*, Lehre der Voraussetzung, S. 1; *Falk*, Ein Gelehrter wie *Windscheid*, S. 193 ff.

⁷¹⁸ *Windscheid*, Lehre der Voraussetzung, S. 2

⁷¹⁹ *Windscheid*, Lehre der Voraussetzung, S. 4.

⁷²⁰ *Windscheid*, Lehre der Voraussetzung, S. 4 ff.

⁷²¹ Welcher Grund es ist, erklärt *Windscheid* nicht.

Windscheid meint, dass das Rechtsgeschäft nichtig ist, weil eine Willenserklärung vorhanden ist, die, wenn der Irrtum bekannt wäre, nicht abgegeben worden wäre. Also nicht, weil die Willenserklärung nicht wahr ist, sondern, weil der Irrtumsgrund noch nicht bekannt ist.⁷²² Diese Idee ist wichtig, weil mit diesem Gedanken für *Windscheid* **der Irrtum nicht absolut ist, sondern relativ nichtig oder anfechtbar.**⁷²³

3. Die Wirkung der erfüllten Bedingung

Windscheid nannte diese Schrift „eine akademische Gelegenheitsschrift.“⁷²⁴ Es ist eine kleine Schrift, in der *Windscheid* über die aufschiebende und auflösende Bedingung (*condicio*⁷²⁵) schrieb. Der zentrale Punkt der Schrift war, dass nicht in allen Fällen, in denen eine Bedingung erfüllt wird, rückwirkende Kraft beizulegen sei.⁷²⁶ In manchen Fällen spricht *Windscheid* von Ungültigkeit: Ein bedingtes Rechtsgeschäft ist ungültig, wenn eine persönliche Eigenschaft dem Vertragsschließenden abgeht, welche zum Bestand des Rechtsgeschäfts erforderlich ist. Auch wenn zur Zeit der Erfüllung der Bedingung die Unfähigkeit wegfallen sollte, liege immer noch die Erklärung eines Unfähigen vor.⁷²⁷

In anderen Fällen besteht selbst dann kein Anspruch, wenn die Bedingung eintritt. „[...]Daher ferner auch, wenn er (der Erbe) der Gewalt unterworfen ist, der Gewalthabende keinen Anspruch auf die Erbschaft hat, [...]“.⁷²⁸

In Betracht zu ziehen ist, dass *Windscheid* in dieser Schrift Begriffe wie Anspruch und Ungültigkeitsgrund behandelt hat.

4. Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts

Das Werk *Windscheids* von 1856 ist keine Abhandlung über Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit, aber es werden viele Gedanken hier erläutert, die zur Gestaltung der

⁷²² *Windscheid*, Lehre der Voraussetzung, S. 4 ff.

⁷²³ Die Idee, dass ein Irrtum nicht absolut, sondern relativ nichtig ist, war in den Beratungen des BGB immer anwesend. So: *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 5, Nr. 2.

⁷²⁴ *Windscheid*, Die Bedingung, Vorwort.

⁷²⁵ Für Fragen über die *condicio*: *Effer-Uhe*, Die Wirkung der *condicio* im römischen Recht, Köln 2008.

⁷²⁶ Zur Rückwirkungsfrage jetzt (ablehnend): *Wacke*, Die Konstruktion des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung, S. 652 ff.

⁷²⁷ *Windscheid*, Die Bedingung, S. 10.

⁷²⁸ *Windscheid*, Die Bedingung, S. 23.

Anfechtbarkeit bzw. Nichtigkeit geführt haben. Der Begriff des Anspruchs wurde in diesem Werk festgelegt. Der Ausgangspunkt des Werkes war die *actio*, nicht was man damals als Klage oder Klagerecht verstanden hat, sondern mehr ein selbständiger Ausdruck des Rechtsanspruches⁷²⁹ (die Anfechtung setzt die gedankliche Trennung von Klage und Recht voraus).⁷³⁰

In *Windscheids Lehre des Code Napoleon* war die Idee des Anspruchs schon sichtbar, auch wenn sie nicht ausdrücklich erwähnt wurde: „Das römische Recht kennt in vereinzelt Anwendungen noch eine besondere Mischung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit; die Neueren Juristen haben sie relative Nichtigkeit, ihren Gegensatz die absolute genannt. Sie kommt darin mit der Anfechtbarkeit überein, dass [...]. **Für diese Personen ist das Rechtsgeschäft nichtig und nicht anfechtbar**, [...]“.⁷³¹

In der *Actio des römischen Zivilrechts* schrieb *Windscheid*, dass die *actio*⁷³² der Ausdruck für den Anspruch ist.⁷³³ Die *actio* stellt immer die Frage: „Was kann einer von dem anderen verlangen?“ Folglich ist die *actio* der unmittelbare und erschöpfende Ausdruck des Forderungsrechtes.⁷³⁴ Der Anspruch ist nicht die Klage; die herrschende Meinung, unter denen *Savigny*, versteht das Klagerecht als das erzeugte Recht auf gerichtlichen Schutz, wenn es eine Rechtsverletzung gegeben hat also das Recht, in welches sich die Verletzung verwandelt.⁷³⁵

Nach *Windscheid* muss man nicht jedes Mal das Gericht anrufen, wenn eine Rechtsverletzung vorliegt. Man geht erst dann zum Richter, wenn die Erfüllung einer Forderung von der Gegenpartei verweigert wird. Für die Römer war dies immer eine *actio*, aber nur, weil sie immer von „Gericht“ gesprochen haben, wo wir von „Recht“ sprechen.⁷³⁶

Über die Lehre der Restitution meinte *Windscheid*, dass sie in der Lehre der Actionenrechte einen Platz hat. Die Restitution verlangt prozessualische Hilfe. Jedoch verfolgt diese prozessualische Hilfe einen Zweck: Die Restitution begehrt die

⁷²⁹ *Windscheid*, Die Actio, Vorwort.

⁷³⁰ *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 3, Nr. 2.

⁷³¹ *Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon, S. 30.

⁷³² Für die Fragen über die *actio* und die Lehre *Windscheids* siehe: *Pugliese*, Actio e diritto subiettivo (2006), S. 115 ff.

⁷³³ *Windscheid*, Die Actio, S. 5.

⁷³⁴ *Windscheid*, Die Actio, S. 5; *Pugliese*, Actio e diritto subiettivo, S. 118 f.

⁷³⁵ *Windscheid*, Die Actio, S. 1.

⁷³⁶ *Windscheid*, Die Actio, S. 222 f.

Wiederaufhebung der rechtlichen Wirkung einer juristischen Tatsache. Die Restitution gehört in die Lehre der Ungültigkeit juristischer Tatsachen.⁷³⁷

5. Lehrbuch des Pandektenrechts⁷³⁸

Im Lehrbuch des Pandektenrechts schrieb *Windscheid*⁷³⁹ u.a. über die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte.⁷⁴⁰ Hier wird die Unwirksamkeit als Oberbegriff gestellt. Die Ungültigkeit ist eine Variante der Unwirksamkeit. Bei der Ungültigkeit erscheinen zwei Gegensätze: Nichtigkeit und Anfechtbarkeit.

Bei der Nichtigkeit kann das Rechtsgeschäft seine Wirkungen gar nicht erzeugen, das Geschäft soll so angesehen werden, als ob es nie abgeschlossen worden wäre. Für die Rechtsordnung ist das Geschäft nicht vorhanden.⁷⁴¹

Die **Ungültigkeit** bei der **Anfechtbarkeit** – die auch gebräuchlich relative Ungültigkeit genannt wird – erzeugt zwar ihre Wirkungen, aber erweist sich, wenn angefochten wird, als unbrauchbar, um die Wirkungen des Rechtsgeschäfts herbeizuführen.⁷⁴²

In diesem Werk wird *Savigny* von *Windscheid* kritisiert. *Windscheid* meinte, dass durch *Savigny* der Begriff der Anfechtbarkeit eine allgemeine Anerkennung erlangt habe. Jedoch war der Begriff bei *Savigny* nicht präzise. Man muss ihn so verstehen, dass die **Anfechtbarkeit nicht die Ungültigkeit sei**. Die Anfechtbarkeit öffnete den Weg, das Rechtsgeschäft für ungültig zu erklären.⁷⁴³

Das Geschäft kann durch eine Einrede, durch den Richter oder durch die betroffene Partei aufgehoben werden. Die **Aufhebung** kann auch durch eine **einfache Erklärung** der betroffenen Partei erfolgen. *Windscheid* spricht bereits über **deklarative Wirkungen**. Wenn eine Nichtigkeitsklage stattfindet, dann ist sie nur eine „Präjudicialklage“, d.h auf die Deklaration der Nichtigkeit gerichtet.⁷⁴⁴ Wenn die

⁷³⁷ *Windscheid*, Die Actio, S. 227 f.

⁷³⁸ 1. Auflage, 1863.

⁷³⁹ *Windscheid*, Pandekten, S. 178.

⁷⁴⁰ Zu dieser Abhandlung hat er sich von dem Werk *Savignys*, *System des heutigen römischen Rechts*, Band IV beeinflussen lassen. *Windscheid*, Pandekten, S. 178, Fn. (*) [sic.]

⁷⁴¹ *Windscheid*, Pandekten, S. 179. *Ober*, Bernhard Windscheid und die Reinigung des römischen Rechts, S. 171 f.

⁷⁴² *Windscheid*, Pandekten, S. 179.

⁷⁴³ *Windscheid*, Pandekten, S. 180, Fn. 7; *Ober*, Bernhard Windscheid und die Reinigung des römischen Rechts, S. 171 f.

⁷⁴⁴ *Windscheid*, Pandekten, S. 180, Fn. 6.

Nichtigkeit von dem Willen einer Partei abhängig ist, dann kann sie auch relativ genannt werden (im Gegensatz zur absoluten). Jedoch meinte *Windscheid*, dass die relative Nichtigkeit große Gegner in der damaligen Lehrmeinung hatte, z.B. in dem Aufsatz von *Brandis*.⁷⁴⁵

III. Erste Kommission des BGB

Windscheid war nur in der 1. Kommission Mitglied, aber es wird allgemein angenommen, dass sein Einfluss für die Entstehung des BGB erheblich war.⁷⁴⁶ Der erste Entwurf des BGB wurde von *Otto Bähr*⁷⁴⁷ und *Otto v. Gierke*⁷⁴⁸ als „kleiner *Windscheid*“ bezeichnet. In Anlehnung an *Windscheids* dreibändiges *Lehrbuch des Pandektenrechts*⁷⁴⁹ kam *Werner Schubert* zu dem Ergebnis, dass *Windscheid* die 1. Kommission in einer unerwarteten Weise beeinflusst habe.⁷⁵⁰

In den Beratungen der ersten Kommission wird deutlich, wie *Windscheid* die Ungültigkeitslehre beeinflusst hat. ***Windscheid* wird überall in den Beratungen zitiert:** In den Werken *Das Lehrbuch des Pandektenrechts*,⁷⁵¹ *Die Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*⁷⁵² und in der Fußnote 4 von *Anschütz* im *Zachariäs Handbuch des Französischen Civilrechts*⁷⁵³ wird seine Lehre wiedergegeben. Noch dazu erscheinen in den Beratungen überall Wortmeldungen von *Windscheid*.⁷⁵⁴ Trotz starker Angriffe und Kritiken konnte er seine Ziele bei der Entstehung des BGB verfolgen: Genaue Begriffsbildung und Ausgestaltung des Gesetzes nach dem Grundsatz des widerspruchsfreien Zusammenhangs des Ganzen hat er erreicht.⁷⁵⁵

⁷⁴⁵ Dieser Aufsatz wird auch von *Puchta* zitiert. *Puchta* meinte, dass die relative Nichtigkeit nur zur „Nullität“ einzustufen war. So *Brandis*, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, S. 121 ff.

⁷⁴⁶ *Falk*, *Ein Gelehrter wie Windscheid*, S. 6.

⁷⁴⁷ „Der Entwurf ist ein doktrinäres Werk, er steht unter der Herrschaft eines Lehrbuchs, ist ein kleiner *Windscheid*. Was nicht in *Windscheids* Werk steht, fehlt auch im Gesetzbuch“. So: *Bähr*, *Zur Beurteilung des Entwurfs des BGB (1888)*, S. 7.

⁷⁴⁸ *Gierke, Otto v.*, *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1889)*, S. 2

⁷⁴⁹ *Bähr*, *Zur Beurteilung des Entwurfs des BGB*, S. 7; *Gierke*, *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*, S. 2; *Falk*, *Ein Gelehrter wie Windscheid*, S. 6.

⁷⁵⁰ *Schubert*, *Die Entstehung der Vorschriften des BGB*, S. 33 ff., 39; *Schubert*, *Windscheid und das Bereicherungsrecht*, S. 186 ff.

⁷⁵¹ *Jakobs*, *Die Beratungen des BGB (AT1)*, S. 741, 747, 749.

⁷⁵² *Jakobs*, *Die Beratungen des BGB (AT1)*, S. 746 f.

⁷⁵³ Hier erklärt der Herausgeber *Anschütz*, dass die Nichtigkeitslehre endlich eine befriedigende Lösung gefunden hatte (*Zachariä*, *Handbuch V*, S. 83, § 37, Fn. 1).

⁷⁵⁴ *Jakobs*, *Die Beratungen des BGB (AT1)*, S. 754 ff.

⁷⁵⁵ *Wolf*, *Große Rechtsdenker II*, S. 614; *Jakobs*, *Die Beratungen des BGB (AT1)*, S. 739 ff.

Als die Kommission die möglichen Ungültigkeitsgründe (Nichtigkeit, Inexistenz, Anfechtbarkeit und relative Nichtigkeit) präsentiert hat, meinte sie, dass die Gegensätze der Ungültigkeit die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit seien. Die relative Nichtigkeit war eine dritte Stufe der Ungültigkeit,⁷⁵⁶ wie im *Lehrbuch des Pandektenrechts* erschien.

Noch ein Merkmal von *Windscheids* Einfluss ist, dass der Anfechtung eine rückwirkende Kraft beigelegt wurde. Dies erscheint weder bei *Savigny*⁷⁵⁷ noch bei *Puchta*.⁷⁵⁸ Bei *Windscheid* findet sich die Rückwirkung im *Lehrbuch des Pandektenrechts*.⁷⁵⁹

IV. Zweite Kommission des BGB

In der zweiten Kommission wirkte *Windscheid* nicht mehr mit, jedoch blieb sein Einfluss für die Fortsetzung der Ausarbeitung des BGB bestehen. Die Begriffe Nichtigkeit und Anfechtbarkeit als Unterarten der Ungültigkeit wurden aufgenommen, und ihr Wesen wurde nicht verändert.

§ 15. Stammt der Begriff der Anfechtbarkeit von Savigny?

Das Verhältnis zwischen Windscheid und Savigny

Die herrschende Lehre behauptet, dass der Erfinder des Begriffs der Anfechtbarkeit *Savigny* gewesen sei.⁷⁶⁰ Jedoch ist es auch denkbar, dass der Begriff von einem seiner Schüler stammt: *Bernhard Windscheid*. *Windscheid* studierte Rechtswissenschaft wegen des Einflusses von *Savigny*⁷⁶¹ in Berlin zwischen 1835-1837.⁷⁶²

Auffällig ist die Tatsache, dass *Windscheid* und *Savigny* gleichzeitig zwischen 1838 bis 1840 an Werken arbeiteten, die sich mit der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte beschäftigten. Es handelt sich hierbei um *Windscheids* Habilitationsschrift *Zur Lehre*

⁷⁵⁶ Für *Savigny* war die relative Nichtigkeit dasselbe wie Anfechtbarkeit (System IV, S. 539). Für *Windscheid*, auf der anderen Seite, war die relative Nichtigkeit anders als die Anfechtbarkeit (Zur Lehre des Code Napoleon, S. 30).

⁷⁵⁷ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 536 ff.

⁷⁵⁸ *Puchta*, Pandekten 2. Auflage, S. 95 ff., § 67.

⁷⁵⁹ *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, S. 180 ff., Fn. 7, 8, 9.

⁷⁶⁰ *Harder*, AcP 173, S. 209 ff.; *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144.

⁷⁶¹ *Landsberg, Ernst*: *Windscheid*, Bernhard, ADB, Bd. 43, S. 423–425; *Wolf*, Große Rechtsdenker I, S. 461; *Wolf*, Große Rechtsdenker II, S. 595; *Oertmann*, Bernhard *Windscheid*, Gesammelte Reden und Abhandlungen, S. X f.; *Domingo*, Juristas universales Bd. 3, S. 292.

⁷⁶² *Oertmann*, Bernhard *Windscheid*, Gesammelte Reden und Abhandlungen, S. X; *Wolf*, Große Rechtsdenker II, S. 595

des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte und Savignys System des heutigen römischen Rechts. In beiden Werken kommt eine Ähnlichkeit in Bezug auf die Einführungssätze der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte vor.

Windscheid schrieb: „**Die Ungültigkeit der ersten Art nenne ich Nichtigkeit, die der zweiten, Anfechtbarkeit**“.⁷⁶³

Savigny schreibt in seinem IV. Band *System des heutigen römischen Rechts* im Jahr 1841: „**Ich bezeichne diese höchst mannichfaltigen Fälle mit dem gemeinsamen Namen der Anfechtbarkeit eines Rechtsverhältnisses**“. Bemerkenswert ist, dass beide Autoren eine ähnliche Ausdrucksweise verwendet haben.

Obwohl Windscheids Werk *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte* erst 1847 veröffentlicht wurde, war sie bereits 1840 beendet.⁷⁶⁴

Savignys Werk war auch im Jahr 1840 abgeschlossen, wurde aber schon 1841 veröffentlicht.⁷⁶⁵ Beide Werke waren also im Manuskript 1840 fertig gestellt.

Am 29. November 1846 überreichte Windscheid seine Habilitationsschrift an Savigny. Er bat ihn um Rat und Urteil.⁷⁶⁶ In einem Brief hat er Savigny und seinen Schülern gedankt, „die Errungenschaft in das französische Recht eingebunden zu haben.“⁷⁶⁷ Windscheid hat Savigny gebeten, die „Voraussetzung“ und „die Geschichte des Begriffs des Vertrags“ zu beachten. Jedoch hatte Windscheid in manchen Fragen den Ansichten der Historischen Schule widersprochen.⁷⁶⁸ Savigny hat ihm am 19. März 1847 darauf geantwortet. Sein verspätetes Schreiben entschuldigte er damit, dass er Zeit brauchte „um ihm diesen Rat und das Urteil mitteilen zu können“. Savigny meinte, dass er noch nie eine gelungenere Anwendung deutscher Wissenschaft auf das französische Recht gesehen habe. Er konnte Windscheid nur ermuntern, ein Werk über das ganze

⁷⁶³ Windscheid, *Zur Lehre des Code Napoleon*, S. 1.

⁷⁶⁴ Landsberg, *Ernst*: Windscheid, Bernhard ADB, Bd. 43, S. 423–425; Wolf, *Große Rechtsdenker I*, S. 461.

⁷⁶⁵ Dies kann man in einem Brief Savignys an einen Freund lesen: “Der erste Band (des *Systems*) ist soeben fertig gedruckt, drei andere sind fertig geschrieben, der allgemeine Teil wird sieben oder acht Bände geben, das Ganze lässt sich noch nicht überschlagen, das Ende erlebe ich schwerlich”. (*Enneccerus*, Friedrich Karl von Savigny und die Richtung der neueren Rechtswissenschaft, S. 48f.) .

⁷⁶⁶ Stoll, Friedrich Carl von Savigny, S. 79; Wolf, *Große Rechtsdenker II*, S. 595.

⁷⁶⁷ Stoll, Friedrich Carl von Savigny, S. 79.

⁷⁶⁸ Stoll, Friedrich Carl von Savigny, S. 79.

französische Zivilrecht zu schreiben.⁷⁶⁹ Ein weiterer Briefwechsel erfolgte zwischen den beiden. *Windscheid* hat weitere Werke an *Savigny* gesendet.⁷⁷⁰

Fraglich ist, wieso *Windscheid* eine Kopie seiner Habilitationsschrift an *Savigny* am 29.11.1846 zusandte, bevor diese im Jahr 1847 veröffentlicht wurde. In dem Brief hat er *Savigny* gedankt, dass er die Ideen für die Entwicklung des französischen Rechts anwenden konnte. Dies hätte *Windscheid* auch nach der Veröffentlichung des Werkes machen können.

Bemerkenswert ist, dass *Savigny* bis mindestens 1838 den Begriff der Anfechtbarkeit noch nicht benutzt hatte. In den Pandektenvorlesungen unterschied er zwischen Nichtigkeit und „Rescision“. Bis 1841 spricht er auch über „Rescision“ in der Obligationenvorlesung.⁷⁷¹ *Windscheid* hat bis 1837 in Berlin studiert. In dem Brief von 1846 an *Savigny* bedankt er sich, dass er dank der Diskussionen das Werk anfertigen konnte. Wer den Begriff der Anfechtbarkeit zuerst benutzt oder entdeckt hat, kann man nicht genau ermitteln. Jedoch was man wissen kann, ist die Tatsache, dass der Begriff aus den Diskussionen der Schule *Savignys* stammt.

Ein anderer Punkt ist, dass *Savigny* den Begriff der Anfechtbarkeit nicht entwickelt hat. Er war zwischen 1835-1849 damit beschäftigt, das *System des heutigen Römischen Rechts* anzufertigen. *Windscheid* war jung und hatte noch nicht seine „reifen“ juristischen Jahre erreicht. Die Voraussetzung, der Anspruch und das Gestaltungsrecht sind neue Erscheinungen ab 1850, die *Windscheid* bearbeitet hat.

Auch wenn *Windscheid* ein Anhänger *Savignys* war, hat er immer dessen Lehren weiter entwickelt. Dies wird in dem Briefwechsel zwischen *Windscheid* und *Rudolf von Jhering* zwischen 1853⁷⁷² bis 1891 deutlich: *Jhering* nannte *Windscheid* einen „Vertreter Savignys“.⁷⁷³ *Windscheid* sendete *Jhering* seine neuen Werke zu,⁷⁷⁴ um ihn

⁷⁶⁹ *Stoll*, Friedrich Carl von Savigny, S. 79; *Wolf*, Große Rechtsdenker II, S. 595.

⁷⁷⁰ Einige von diesen Briefen befinden sich in der Universitätsbibliothek Marburg. Sie können unter <http://savigny.ub.uni-marburg.de> gefunden werden.

⁷⁷¹ *Savigny*, Pandekten, „Nachschrift Rothschild 1“, S. 57 ff.

⁷⁷² Die Briefe zwischen 1853 und 1870 sollte ca. 130 sein, aber man weiß nicht, wo sie sich befinden (*Jherings Briefe an Windscheid* S. 8).

⁷⁷³ Brief von 05.08.1888, *Jherings Briefe an Windscheid*, S. 63.

⁷⁷⁴ *Windscheid* hatte auch Fragen über seine Werke an *Jhering* gestellt (Brief von 23.01.1878 *Jherings Briefe an Windscheid*, S. 44).

um Rat zu bitten. Darauf antwortete *Jhering*, dass seine Werke von *Savignys* Theorien beeinflusst seien.⁷⁷⁵

Somit kann man die Erfindung des Begriffs der Anfechtbarkeit auch *Bernhard Windscheid* zugerechnet werden. *Windscheid* hat ausreichende Beiträge zur Unwirksamkeitslehre geleistet und auch Klarheit bezüglich der Begriffe Nichtigkeit und Anfechtbarkeit geschaffen.

§ 16. Anhang

Für die Entwicklung der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit bei *Windscheid*, *Savigny* und *Puchta* muss man die folgenden Werke in Betracht ziehen. Diese Werke haben die Werke dieser Autoren inspiriert, oder es waren Werke, die sie bearbeitet haben.

I. Weiskes Rechtslexikon fuer aller teutschen Staaten enthaltend die gesamte Rechtswissenschaft⁷⁷⁶

In diesem Wörterbuch wurden die meisten juristischen Begriffen erläutert. Das Werk erschien zwischen 1839 und 1862 in 16 Bänden.⁷⁷⁷ *Puchta* war einer von den Bearbeitern; *Savigny* wurde in den Bänden oft zitiert.

Auffällig ist, dass der Begriff Anfechtbarkeit nicht erscheint und der Begriff Nichtigkeit nur der Nichtigkeitsbeschwerde (*querella nullitatis*), d.h. der Nichtigkeitsklage, gleichgestellt wird.⁷⁷⁸

Das konkrete Wort Anfechtung kann nicht gefunden werden. Es wird aber für den Prozess benutzt und erscheint als „anfechten“.⁷⁷⁹

In diesem Lexikon ist der Gegensatz zur Nichtigkeit die Restitution (im Sinne von Reszission).⁷⁸⁰ Die Gründe für die Restitution sind folgende:

⁷⁷⁵ Bsp. Die 4. Auflage des Lehrbuchs des Pandektenrechts von 1875. *Jhering* hat sich mit einem Brief von 16.04.1875 für das Werk bedankt (*Jherings Briefe an Windscheid*, S.41); auch für den dritten Band der 5. Auflage (Brief von 23.01.1878, *Jherings Briefe an Windscheid*, S. 44); Die 5. Auflage des „Lehrbuchs des Pandektenrechts“ von 1879 (Brief von 30.12.1879, *Jherings Briefe an Windscheid*, S. 47); Das Bild von Carl Georg von Wächter in 1880 (Brief von 10.06.1880, *Jherings Briefe an Windscheid*, S. 49); Die 7. Auflage des Lehrbuchs des Pandektenrechts von 1891, (Brief von 03.05.1891 für das Werk bedankt *Jherings Briefe an Windscheid*, S. 41)

⁷⁷⁶ Herausgegeben von Dr. *Julius Weiske*.

⁷⁷⁷ Band 1: erste Ausgabe 1939, zweite Ausgabe 1942. Nur Band 1 wurde in zwei Ausgaben herausgegeben. Alle anderen Bände wurden ab 1840 herausgegeben.

⁷⁷⁸ *Weiske*, Rechtslexikon, Bd. 7, S. 343.

⁷⁷⁹ *Weiske*, Rechtslexikon, Bd. 9, S. 317, Nr. VI.

- Zwang, *vis et metus*, Betrug und *dolus*, Furcht und Zwang⁷⁸¹
- Minderjährigkeit⁷⁸²
- *Capitis diminutio*⁷⁸³
- Restitution wegen Abwesenheit und anderen äußeren Hindernissen an der Wahrnehmung und Geltendmachung eines Rechtes.⁷⁸⁴

Offensichtlich sind diese dieselbe Gründe für die Anfechtbarkeit, die *Windscheid* und *Puchta* bereits in ihren Werken⁷⁸⁵ darstellen, jedoch sind sie für das Werk Gründe zur Restitution.

II. Alexandre Duranton und Antoine Marie Demante

Laut *Windscheid* benutzen in Frankreich nur *Demante* und *Duranton* den Begriff der Anfechtbarkeit (auch wenn sie die Anfechtbarkeit *annulabilité* bezeichnen) im ausgedehnten Sinne. Ferner haben sie ähnliche Ansicht wie er.⁷⁸⁶

1. Duranton

Duranton macht eine Trennung zwischen den Nichtigkeiten, die eine Erklärung und den Nichtigkeiten, die keine Erklärung brauchen, um sie geltend zu machen.⁷⁸⁷ Er stützt seine These für die Nichtigkeiten, die keine Erklärungen bedürfen, auf die Motive des *Code Civil*.⁷⁸⁸ In dem Fall, in dem jemand eine Verbindlichkeit ohne Rechtsgrund oder ohne Rechtsobjekt eingegangen war, brauchte er laut den Motiven nicht das Gericht anrufen, um sich von dieser Verbindlichkeit zu befreien. Wenn er belangt wird, darf er antworten, dass keine Verbindlichkeit existiere.⁷⁸⁹

⁷⁸⁰ So: *Weiske*, Rechtslexikon, Bd. 9, S. 317-342, Nr. VII.

⁷⁸¹ *Weiske*, Rechtslexikon, Bd. 9, S. 317 ff.

⁷⁸² *Weiske*, Rechtslexikon, Bd. 9, S. 324 ff.

⁷⁸³ *Weiske*, Rechtslexikon, Bd. 9, S. 338 ff.

⁷⁸⁴ *Weiske*, Rechtslexikon, Bd. 9, S. 342 ff.

⁷⁸⁵ System des heutigen römischen Rechts und Pandektenrechts.

⁷⁸⁶ *Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon, S. 44

⁷⁸⁷ *Duranton*, Cours de Droit Civil Français. Suivant le Code Civil XII, S. 626, Rn. 523, 524.

⁷⁸⁸ *Duranton*, Cours de Droit Civil Français. Suivant le Code Civil XII, S. 626, Rn. 523.

⁷⁸⁹ "...qui a souscrit l'engagement n'ait pas besoin de recourir à la justice pour se faire dégager, ou que du moins, à quelque époque qu'il soit poursuivi, il soit toujours admis à répondre qu'il n'y a pas d'obligation." Exposé des motifs V, S. 103 ff. Nr. 60, Rapport [fait au Tribunaut, par le tribun Favard, au nom de la section de législation, sur la loi relative aux contrats ou aux obligations conventionnelles en général (3. Februar 1804)]

a) Die Fälle für die Nichtigkeiten sind:

- der Verstoß gegen zwingende Normen (*norme impératif*) und Verbotsnormen (*norme prohibitif*). Dies wird im *Code Civil* nicht ausdrücklich erwähnt. Jedoch meint *Duranton*, dass manche Juristen diese These unterstützen.⁷⁹⁰ Er meint ferner, dass die erklärungsbedürftige Nichtigkeit nur stillschweigend im *Code Civil* erwähnt wird.⁷⁹¹
- *Ordre public*. Wenn eine Obligation dem *ordre public* widerspricht, ist sie *de plein droit* (*ipso iure*) nichtig. Für solche Fälle kann man keine *action* (Klage) erheben. Jedoch kann man in diesen Fällen einfach sagen,⁷⁹² dass keine Verbindlichkeit vorhanden ist.⁷⁹³
- Nichtigkeit beim Willensmangel.⁷⁹⁴ Die andere Nichtigkeit hat ihre Grundlage in den Willensmängeln Gewalt, Arglist, Irrtum, Übervorteilung (*lésion*) und Unfähigkeit. Diese Rechtsakte sind nicht nichtig *de plein droit* (*ipso iure*), sondern müssen durch eine Annullierungsklage (*action d'annulabilité*) geltend gemacht werden.

Die Folge der Nichtigkeit ist, dass die Angelegenheit in ihren ursprünglichen Stand, bevor der Vertrag abgeschlossen wurde, wiedereingesetzt werden soll. Die Obligationen müssen annulliert (*anéanties*) und die empfangenen Leistungen zurückgetauscht (*restitués*) werden.⁷⁹⁵

b) Absolute Nichtigkeit

Laut *Duranton* wurde die absolute Nichtigkeit durch den *Code de procédure civile* (a.F.) begründet. Im Artikel 692⁷⁹⁶ wird bestimmt, dass ein gepfändeter Schuldner die Grundstücke ab dem Tag der Anzeige der Pfändung nicht veräußern darf. Die Sanktion ist Nichtigkeit, und diese muss nicht erklärt werden, also sie tritt von Rechts wegen ein.⁷⁹⁷

⁷⁹⁰ *Duranton*, Cours de Droit Civil Français. Suivant le Code Civil XII, S. 636, Rn. 529.

⁷⁹¹ *Duranton*, Cours de Droit Civil Français. Suivant le Code Civil XII, S. 640 f, Rn. 529

⁷⁹² [...] et l'on peut en conséquence toujours dire qu'il n'y en a pas.

⁷⁹³ *Duranton*, Cours de Droit Civil Français. Suivant le Code Civil XII, S. 663, Rn. 549.

⁷⁹⁴ *Nullité dans les vices dans le consentement.*

⁷⁹⁵ *Duranton*, Cours de Droit Civil Français. Suivant le Code Civil XII, S. 663, Rn. 549.

⁷⁹⁶ *La partie saisie ne peut, à compter du jour de la dénonciation à elle faite de la saisie, aliéner les immeubles, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer.*

⁷⁹⁷ *Duranton*, Cours de Droit Civil Français. Suivant le Code Civil IV, S. 9, Rn. 1038.

2. Demante

Demante unterscheidet in seinem Werk von 1830⁷⁹⁸ zwischen *nullité* oder *nullité de droit* und *annulabilité* oder *nullité par voie d'action*.

Bei der *nullité de droit* sind die Hauptvoraussetzungen eines Rechtsgeschäftes nicht vorhanden oder fehlen in einer absoluten Weise. Der Rechtsakt existiert nicht: *nullus est actus*. Dieser Akt existiert nur im Schein. Er kann nicht bestätigt werden und alle Interessierten können sich jederzeit auf die Nichtigkeit berufen.⁷⁹⁹ Im anderen Fall (*nullité par voie d'action*) liegt einen rechtserzeugenden Akt (*acte generateur de droit*) vor, aber er leidet an einem Mangel, der den Akt „seine Existenz bedingt zerstört.“ Die Bedingung besteht in einem Angriff in der vom Gesetz vorgeschriebene Zeit (*temps utile*). Das Recht selbst und ein Urteil kommen in diesem Angriff dazwischen. Wenn die auflösende Bedingung erfüllt wird, dann wird der Akt so angesehen, als ob er nie existiert hat. Wenn jedoch, der Akt nach Eintritt der Bedingung bestätigt wird, oder wenn die Bedingung scheitert, dann wird der Mangel ausgelöscht (*effacé*) und der Akt verbleibt von Anfang an gültig.

Die *nullité de droit* ist eine absolute in dem Sinne, dass sie keinem Subjekt oder Zeitbestimmung unterworfen ist. Die *nullité* ist relativ, wenn nur bestimmte Personen berechtigt sind, sich auf diese Nichtigkeit zu berufen. Diese Nichtigkeit ist auch diejenige Nichtigkeit, die zeitlich begrenzt ist (Verjährung). Deswegen ist für *Demante* die relative Nichtigkeit eine Nichtigkeit durch eine Klage.⁸⁰⁰

Demante meint, dass diese Gliederung von Nichtigkeiten auch auf die Ehe anwendbar sei. Jedoch scheint es, dass bezüglich der Ehe die Nichtigkeitsklagen nicht richtig erklärt worden sind.⁸⁰¹

Bei den Obligationen wird in *Demantes* Werk erklärt,⁸⁰² dass es Obligationen gibt, die nichtig sind und nicht vernichtet werden müssen. In anderen Situationen ermöglicht das Gesetz einen Angriff in der Weise, die das Gesetz bestimmt (*action en nullité*). Nachdem die Nichtigkeit erklärt wird, muss die Angelegenheit in ihrem ursprünglichen

⁷⁹⁸ *Demante*, Cours Analytique de Code Civil, Bd. 1, S. III.

⁷⁹⁹ *Demante*, Cours Analytique de Code Civil, Bd. 1, S. 351.

⁸⁰⁰ *Par voie d'action*.

⁸⁰¹ *Demante*, Cours Analytique de Code Civil, Bd. 1 S. 352.

⁸⁰² Dieses Buch wurde von *E. Colmet de Santerre* bearbeitet.

Stand wiederhergestellt werden und der Rechtsakt muss so angesehen werden als ob er nie existiert hätte.⁸⁰³

Man muss die nichtigen Konventionen von den Konventionen, die eine Nichtigkeitsklage oder Reszissionsklage ermöglichen, unterscheiden. Der nichtige Rechtsakt hat keine rechtliche Existenz, kann nicht durch Zeit oder Erklärung bestätigt werden. Das Nichts (*néant*) kann nicht bestätigt werden.⁸⁰⁴ Jedoch muss man sich immer an ein Gericht wenden, um die Wahrheit zu klären und damit eine *restitution* oder eine Zerstörung statt finden kann.

3. Würdigung

Sowohl *Duranton* als auch *Demante* erkennen eine allgemeine Regel über die Nichtigkeit, die von Rechts wegen wirkt (*nullité*). Die andere Nichtigkeit (*annulabilité*) darf nur von einer Partei geltend gemacht werden und muss in einem Prozess bewiesen werden. Dieselben Gedanken wurden von *Windscheid* verfolgt. Die absolute Nichtigkeit nennt *Windscheid* Nichtigkeit, die andere Nichtigkeit nennt *Windscheid* Anfechtbarkeit.

III. Anton Stabel

In seinen Vorträgen über das französische und badische Zivilrecht von 1843 erklärt *Stabel*, dass die Nichtigkeit mit der Willenserklärung zusammenhängt.⁸⁰⁵ Er vergleicht die Nichtigkeitslehre nach dem gemeinen mit dem französischen Recht. Seine Vorträge sind von Bedeutung, weil diese Vorträge auch *Windscheids* Werk inspiriert haben⁸⁰⁶ und in *Zachariäs* Werk zitiert werden.⁸⁰⁷

Stabel betrachtet die Nichtigkeitslehre aus der Perspektive der Willenserklärung. *Stabel* meint, die Willenserklärung habe drei Bestandteile:⁸⁰⁸

- den Willen selbst,
- die Äußerung des Willens
- und den Inhalt der Willenserklärung.

⁸⁰³ *Demante*, Cours Analytique de Code Civil, Bd. 5. S. 492, Nr. 261.

⁸⁰⁴ *Le néant n'est pas susceptible de confirmation.*

⁸⁰⁵ *Stabel*, Vorträge (1843), S. 150, § 40.

⁸⁰⁶ Siehe *Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon, S. 41.

⁸⁰⁷ *Zachariä*, Handbuch VI, S. 87, § 37.

⁸⁰⁸ *Stabel*, Vorträge, S. 143.

Die wesentlichen Erfordernisse eines Rechtsgeschäftes müssen frei von Mängeln sein, so dass die Willenserklärung unanfechtbar bestehe.

Fehlerhafte Willenserklärungen, wie Zwang, Irrtum, Betrug und die von Minderjährigen abgeschlossenen Verträge⁸⁰⁹ sind nicht nichtig, sondern müssen angefochten werden.⁸¹⁰ Nach römischem Recht (und auch nach *Savigny*) waren Zwang, Irrtum und Betrug nicht Hindernisse eines freien Willens. Sie konnten eine Restitution begründen.⁸¹¹ Dies wird jedoch im *Code Civil* nicht ausdrücklich erwähnt.⁸¹²

Stabel benutzt Begriffe wie unanfechtbar, Anfechtungsgründe, den Vertrag anfechten,⁸¹³ Anfechtung,⁸¹⁴ [...]durch Umstoßungs- (*Rescision*) oder Nichtigkeitsklage anfechten.⁸¹⁵ ***Stabel* benutzt die Anfechtung im selben Sinne wie *Zachariä*.**⁸¹⁶ Die Anfechtung ist ein prozessualer Begriff, um die Nichtigkeit im Prozess zu beantragen. Die Nichtigkeit erfolgt auch kraft Gesetzes oder durch ein richterliches Urteil, auch wenn es im *Code Civil* nicht klar ist.⁸¹⁷ Ein nichtiges Rechtsgeschäft kann durch den Verzicht, es anzufechten, bestätigt werden.⁸¹⁸

IV. H. Brandis

In seinem Aufsatz über absolute und relative Nichtigkeit erklärte *Brandis*, welche Unterschiede zwischen beiden Begriffen bestehen. Dafür erscheinen in der Lehre zwei Ansichten. Laut einer kann die relative Nichtigkeit nur von einer Person geltend gemacht werden, die absolute von jedem Interessierten. Andere Ansicht erklärt, dass die relative Nichtigkeit durch Einwilligung oder Verzicht beseitigt werden kann.⁸¹⁹ **Die erste Ansicht hält er nach gemeinem Recht für unbegründet.**⁸²⁰ Er erwähnt das

⁸⁰⁹ *Stabel*, Vorträge, S. 151 ff.

⁸¹⁰ *Stabel*, Vorträge, S. 152.

⁸¹¹ *Stabel*, Vorträge, S. 151, Fn. *)

⁸¹² *Stabel*, Vorträge, S. 156.

⁸¹³ *Stabel*, Vorträge, S. 157.

⁸¹⁴ *Stabel*, Vorträge, S. 172.

⁸¹⁵ *Stabel*, Vorträge, S. 193.

⁸¹⁶ Siehe: *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 6. Auflage, Bd. I, S. 87, § 37. Auch *Puchelt* hat dies im Handbuch kommentiert.

⁸¹⁷ *Stabel*, Vorträge, S. 185 ff.

⁸¹⁸ *Stabel*, Vorträge, S. 194.

⁸¹⁹ *Brandis*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, S. 121 f.

⁸²⁰ *Brandis*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, S. 122.

Buch von *Lauterbach*,⁸²¹ in dem ein Unterschied zwischen absoluter und respektiver Nichtigkeit gemacht wird.⁸²²

Nullität ist ein Mangel, durch den ein Rechtsgeschäft als nicht existierend zu betrachten ist. Der Mangel kann entweder von Anfang an oder später eintreten, jedoch vernichtet er das Geschäft *ipso iure*. Die Ungültigkeit tritt durch sich selbst ein, ohne Bedarf einer **Anfechtung** oder Umstoßung.⁸²³ Eine **Anfechtung** oder Umstoßung setzt eine gültige Obligation voraus. Bei der Nichtigkeit ist die **Anfechtung** nicht nur unnötig, sondern unmöglich. Das, was nicht existiert, kann nicht angefochten werden. Wenn es vom Richter beurteilt wird, dann bewirkt das Urteil nichts Neues,⁸²⁴ sondern spricht nur den vorhandenen Zustand aus.⁸²⁵

Die absolute Nichtigkeit ist die Regel, die relative Nichtigkeit ist eine Ausnahme. Die relative Nichtigkeit ist der Fall, in dem ein Rechtsgeschäft für manche Leute ungültig ist und für andere gültig. Wenn die relative Nichtigkeit bestätigt wird, dann ist das Rechtsgeschäft für alle gültig. Wenn das Rechtsgeschäft umgestoßen wird, dann ist es für alle ungültig.

Wenn die Frage aufkommt, wann es sich um absolute und wann es sich um relative Nichtigkeit handelt, bleibt nur eine Analyse des jeweiligen Falles. Die relative Nichtigkeit ist die Ausnahme; wenn die relative Nichtigkeit nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann, dann handelt es sich um absolute Nichtigkeit.

Für *Brandis* ist eine Veräußerung einer fremden Sache ein Fall der relativen Nichtigkeit. Wenn jemand eine fremde Sache veräußert, dann ist das Geschäft wirksam. Die Nichtigkeit tritt nicht *ipso iure* ein. Der Einzige, der diese Nichtigkeit geltend machen kann, ist der wahre Eigentümer. Das Geschäft soll für den Käufer ungültig sein, aber er kann die Nichtigkeit nicht geltend machen.

⁸²¹ Dieses Werk unterscheidet zwischen Nichtigkeit, die „saniert“ werden kann, und zwischen Nichtigkeit, die nicht „saniert“ werden kann. Hier sind die Gegensätze noch von römischem Einfluss und es wird von verschiedenen Nichtigkeiten gesprochen (*Lauterbach*, *Collegi Theorico Practici* (1715), Lib. XLIX, Tit. VII, § 1. S. 1321).

⁸²² So *Lauterbach*, *Collegi Theorico Practici*, Lib. XLIX, Tit. VII. § 1. S. 1321 ff.

⁸²³ *Brandis*, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, S. 122 f.

⁸²⁴ Deklaratorisches Urteil. Auch wenn *Brandis* dies nicht ausdrücklich sagt, kann man das ableiten.

⁸²⁵ *Brandis*, *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess*, S. 123.

Brandis macht einen ganz wichtigen Kommentar: Die Begriffe relative und absolute Nichtigkeit sind schon seit vielen Jahren bekannt, jedoch hatten die Begriffe im XIX. Jahrhundert mehr Anwendung und Beachtung in der Wissenschaft gefunden.⁸²⁶

V. Würdigung

Schon 1835 benutzt *Brandis* den Begriff Anfechtung. Dies ist ein weiterer Schritt für die Entstehung der Anfechtbarkeit. Bedauerlicherweise wurde dem Aufsatz *Brandis* wenig Beachtung geschenkt. *Puchta* zitiert dieses Werk zum ersten Mal 1844⁸²⁷ und *Windscheid* im Jahr 1863, aber über seine Beiträge wurde wenig geschrieben.⁸²⁸

Geschäftsfähigkeit und Willen werden nicht erwähnt. Dies lässt vermuten, dass *Brandis* diese Unwirksamkeitsgründe bei der „Rescision“ einordnet. Der Begriff relative Nichtigkeit ist bei *Brandis* näher an der heutigen deutschen relativen Unwirksamkeit als an der französischen relativen Nichtigkeit.

§ 17. Zwischenergebnis zur Entstehung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit

Im römischen Recht waren die Ungültigkeitsgründe Nichtigkeit und Reszission. Die Ungültigkeit war am Anfang des XIX. Jahrhunderts noch kein Oberbegriff. Juristen wie *Stabel*, *Zachariä*, *Brandis* haben den Begriff „anfechten“ und „Anfechtung“ benutzt, jedoch war dies ein prozessualer Begriff, nicht ein Unterbegriff der Ungültigkeit.

Erst in der Mitte des XIX. Jahrhunderts tauchte in der Rechtslehre der Begriff der Anfechtbarkeit als Gegensatz zur Nichtigkeit auf. Dies erfolgte in der historischen Schule von *Friedrich Karl von Savigny*, mit seinem Werk *System des heutigen römischen Rechts*. Jedoch gab es eine revolutionäre Habilitationsschrift in Bonn im Jahr 1840, die die Unwirksamkeitslehre der Rechtsgeschäfte ändern sollte: *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*. Dieses Werk wurde von einem von *Savignys* Schülern geschrieben: *Bernhard Windscheid*.

⁸²⁶ *Brandis*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, S. 121.

⁸²⁷ *Puchta*, Pandekten 2. Auflage, S. 95 f., § 67.

⁸²⁸ *Windscheid*, Pandekten, S. 179.

Savignys Begriff der Nichtigkeit ist eine von Rechts wegen eintretende Nichtigkeit. Um die Nichtigkeit geltend zu machen, ist keine Klage nötig.⁸²⁹ Die Anfechtbarkeit ist dasselbe wie Reszission und relative Nichtigkeit. Ferner erfolgt die Anfechtung bei *Savigny* im Prozess und ihre Folge ist die Restitution. Derselben Denkweise folgte *Puchta*.

Bei *Windscheid* kann die Nichtigkeit im Gegensatz zu *Savigny* mit einer Klage geltend gemacht werden. Auch wenn die Nichtigkeit von Rechts wegen eintritt, kann ein richterliches Urteil deklarative Wirkungen haben. Anders als bei *Savigny* ist die Anfechtbarkeit nicht die Unwirksamkeit. Die Anfechtbarkeit ermöglicht, das Rechtsgeschäft unwirksam zu machen.

In einer Zeitspanne von 40 Jahren hat *Windscheid* die Unwirksamkeitslehre entwickelt. Parallel zu dieser Lehre gab es andere Lehren, die auch die Entwicklung der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit beeinflusst haben, z.B. der Anspruch, die deklarativen Wirkungen, die Voraussetzung. Diese Lehren wurden auch von *Windscheid* entwickelt. *Windscheids* Schriften sind eine Reihe von Werken, die eine konsequente und verkettete Denkweise darstellen. Dies kann man von seiner *Lehre des Code Napoleon* bis hin zur Entstehung des BGB nachvollziehen.

⁸²⁹ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 540.

Kapitel 5 Die Gesetzgebung in Deutschland

§ 18. Gesetzbücher, Gesetzesentwürfe und Rechtsprechung

Vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs herrschte auf dem Gebiet des im Jahr 1871 gegründeten deutschen Reichs eine Rechtszersplitterung. Es galt u. a. das gemeine Recht, das preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794, der *Code Civil* 1804, das badische Recht von 1810, der *Codex Maximilianus Bavaricus Civilis* von 1756, das Jütische Recht von 1241, der Sachsenspiegel bzw. das gemeine Sachsenrecht und das sächsische BGB von 1865.⁸³⁰ Diese Rechtszersplitterung behinderte Industrie, Handel und Verkehr; sie widersprach dem erwachenden Nationalgefühl. Durch den Zusammenschluss der deutschen Staaten zum deutschen Reich 1871 wurde der Weg zu einer Rechtseinheit eröffnet.⁸³¹

I. XVIII. Jahrhundert

1. Codex Maximilianus Bavaricus von 1756

a) Das bayerische Landrecht enthielt keine allgemeine Regel über die Nichtigkeit oder Ungültigkeit; die Ungültigkeitsregeln bezogen sich nur auf einzelne Fälle.⁸³² Ungültigkeitsbegriffe wie Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit wurden nicht verwendet. Jedoch kannte der *Codex* eine Ungültigkeit von Anfang an, eine Einrede und ein Wahlrecht mit dem Ziel, eine Konvention aufrecht zu erhalten oder umzustößeln.⁸³³ Eine von den Gründen, wie die Obligationen erlöschen, ist die *in integrum restitutio*. Die *restitutio* befindet sich im vierten Teil, fünfzehntes Kapitel, § 13. Dort werden Wörter wie „nichtig“ als Adjektiv oder „anfechten“ als Verb gefunden. Die *restitutio* ist aber auch eine Folge des nichtigen (IV, 1, § 25) oder angefochtenen (IV, 3, § 19) Vertrages. Also muss die *restitutio* in zwei verschiedenem Sinne verstanden werden:

⁸³⁰ *Gmür/ Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, S. 114; *Meder*, Rechtsgeschichte (2008), S. 313 ff.

⁸³¹ *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte (1996), S. 149 f.

⁸³² *Beckmann*, Nichtigkeit und Personenschutz, S. 48 f.

⁸³³ So etwa: *Beckmann*, Nichtigkeit und Personenschutz, S. 48.

Als Erlöschensgrund für Obligationen (so Auflösung) und als Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Zwang, Betrug und Irrtum machen die „Handlung“ (Rechtsgeschäft) „null und nichtig“. Der Betroffene kann entweder Schadensersatz oder Restitution beantragen. Die „Handlung“ durch Irrtum „gibt auch Zug zur Annullierung“ (IV, 1, § 25). Ein Vertrag kann *ex Capite Doli, Vis, Metus, Erroris* angefochten werden. Im Falle der *Läsion* muss der Vertrag „rescindirt“ werden (IV, 3, § 19).

b) Würdigung

„Ein Vertrag anfechten“ ist ein prozessualer Begriff. Wird ein Vertrag angefochten, wird er nichtig und gibt Anlass zur Restitution. Dieses Konzept ähnelt dem Konzept von *Zachariä*.

2. Das preußische Allgemeine Landrecht (1794)

a) Das preußische Allgemeine Landrecht (ALR) von 1794, welches 10 Jahre vor dem *Code Civil* in Kraft trat, enthält verschiedene Ungültigkeitsbegriffe⁸³⁴ [ungültig (I 4 § 42), nichtig (I 4 §§ 8, 20), anfechtbar (I 4 §§ 45, 92), verbindlich, unverbindlich, entkräftet (I 4 31 ff., §§ 84 ff., unkräftig (I 4 § 60)].⁸³⁵ Im ALR findet man keine allgemeine Regel über die Nichtigkeit,⁸³⁶ sondern nur vereinzelte Bestimmungen.⁸³⁷ Manche Vorschriften, aus denen die Nichtigkeit abgeleitet werden kann, kommen vor, aber sie wird nicht ausdrücklich erklärt. In welchen Fällen Verträge und Handlungen nichtig sind, muss bei jedem einzelnen Fall und bei jeder Bestimmung überprüft werden.⁸³⁸

Die Ungültigkeitsarten befinden sich im ersten Teil vierter Titel (Willenserklärungen von §§ 6-19; bei der persönlichen Fähigkeit §§ 20-30; in Ansehung des Willens §§ 30-37; für Drohung, Zwang, Ernster Wille, Betrug §§ 37-98).

Zu Handlungen, welche die Gesetze verbieten, kann niemand verpflichtet oder berechtigt werden (I 4 § 6). Für diesen Paragraphen gilt die Regel der C. 1, 14, 5 nicht,

⁸³⁴ *Beckmann*, Nichtigkeit und Personenschutz, S. 49.

⁸³⁵ *Harder*, AcP 173, S. 231.

⁸³⁶ Siehe: ALR Register, S. 84.

⁸³⁷ *Beckmann*, Nichtigkeit und Personenschutz, S. 49 ff.

⁸³⁸ ALR Register, S. 84, (Nichtigkeit).

wonach alle Rechtsgeschäfte, die gegen die Gesetze verstoßen, nichtig sind.⁸³⁹ Für die Ungültigkeit kommt es auf den Inhalt jedes einzelnen Verbotsgesetzes an.⁸⁴⁰ Geschäfte, die auf eine Verheimlichung einer durch die Gesetze missbilligten Handlung abzielen, sind nichtig (I 4 § 8). Dem Prinzip „*quod ab initio non valet*“, wird im § 8 (ALR) gefolgt.⁸⁴¹

Die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit wurden durch das Gesetz vom 12.07.1875 (Großjährigkeitsgesetz des Reiches) geändert. Die Willenserklärungen der Minderjährigen, die das siebente Jahr nicht vollendet hatten, waren nichtig (I 4 § 20). Durch die Änderung wurden die Minderjährigen, die das siebente Jahr nicht vollendet hatten, zur Vornahme von Rechtsgeschäften als unfähig erklärt. Die Minderjährigen ab dem siebten Lebensjahr können nur mit Genehmigung des Vertreters Rechtsgeschäfte eingehen. Die Folge eines Verstoßes war die Nichtigkeit.⁸⁴² Die Bestimmungen über die Unmündigen (I 4 § 21 f.) wurden aufgehoben. Die Äußerungen des Willens, die durch Gewalt, (Be)drohung, Zwang oder Furcht erpresst worden waren, hatten „keine verbindliche Kraft“, sie waren „unkräftig“, oder ungültig (I 4 § 31 ff.). Diese Bestimmungen der Paragraphen 31-42 gingen zurück auf die *actio quod metus causa*. Die Ungültigkeit aus diesen Paragraphen gab Anlass zur Restitution.⁸⁴³ Die durch Gewalt, Drohung, Zwang oder Furcht abgegebenen Willenserklärungen mussten beim Richter angefochten werden (I 4 § 45).

Wenn das Gesetz eine bestimmte Form ausdrücklich erfordert, diese Form aber nicht geachtet wird, dann ist die Handlung nichtig. Eine Handlung, die wegen Verabsäumung der vorgeschriebene Form von Anfang an nichtig war, kann nie gültig werden (I 3 §§ 40, 43). Die Nichtigkeit für diese Fälle tritt von Rechts wegen ein. Ein richterlicher Angriff ist nicht nötig. In einem Urteil vom 15.05.1840 erkannte das Preußische Obertribunal (O. TR.), dass wenn die Form bei den Verträgen nicht beachtet wurde, brauche der Richter die Nichtigkeit nicht zu erklären. Der Richter solle von Anfang an das angefochtene (als prozessualer Begriff im Sinne von „umstrittene“) Rechtsgeschäft

⁸³⁹ *Codex Theodosianus* (anno 439). Siehe Kap. 1, Nr. II, S. 20; auch: (C. 1, 14, 5).

⁸⁴⁰ Koch, Allgemeines Landrecht (Achte Auflage, 1884), Erster Teil, vierter Titel, §§ 7-13, S. 138.

⁸⁴¹ Koch, Allgemeines Landrecht, Erster Teil, vierter Titel, §§ 7-13, S. 138.

⁸⁴² Koch, Allgemeines Landrecht, Erster Teil, vierter Titel, §§ 20-22, S. 142; Knothe, Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen (1980), S. 199 ff.

⁸⁴³ Koch, Allgemeines Landrecht, Erster Teil, vierter Titel, §§ 28-35, S. 147, Fn. 48 f.

als nichtig betrachten. Somit wurde die Möglichkeit eine Nichtigkeit von Amts wegen anerkannt.⁸⁴⁴

Die Ungültigkeit wegen Drohung und Täuschung muss gerichtlich geltend gemacht werden (I 4 §§ 45, 46, 92). Dafür muss die Willenserklärung angefochten werden. Im Falle eines Betrugs ermächtigte das ALR die betroffene Partei, den Vertrag aufzuheben (I 5 § 349). „Der Betrogene ist berechtigt, den Vertrag wieder aufzuheben“. Dies konnte auch durch eine Einrede oder Replik erfolgen.⁸⁴⁵ Beim Betrug wird gesagt, dass die durch Betrug abgegebene Willenserklärung unverbindlich ist (I 4 § 85). Diese Willenserklärung darf angefochten werden (I 4 §§ 91, 92). Wenn durch Betrug ein Irrtum hervorgerufen wurde, macht es keinen Unterschied, ob der Irrtum wesentlich, unwesentlich, vermeidlich oder unvermeidlich war. Die betroffene Partei behält das Recht, das Rechtsgeschäft anzufechten.⁸⁴⁶

b) Würdigung

In preußischen ALR findet man mehr oder weniger dieselbe Situation vor wie im *Code Civil*. Sowohl im ALR wie im *Code Civil* kann man das Problem der *leges imperfectae* finden. Viele Verbotsnormen enthalten keine Sanktion, und es gibt keine allgemeine Regel, die eine Sanktion vorschreibt. Bei den Ungültigkeitsgründen bilden Nichtigkeit und Anfechtbarkeit keine Gegensätze, sondern sie werden zusammen mit anderen Begriffen als Ungültigkeitsarten benutzt. Der Begriff „anfechten“ ist ein prozessualer Begriff. Eine Willenserklärung muss angefochten werden. Dies bedeutet eine nicht Anfechtung im heutigen Sinne, sondern eine gerichtliche Anfechtung. Die Willenserklärung wird gerichtlich angefochten (so z.B. I 4 § 45). Der heutige Begriff der Anfechtung erschien erst in der Mitte des XIX. Jahrhunderts, mehr als 50 Jahre nach der Entstehung des ALR, deswegen kannte das ALR den Begriff der Anfechtbarkeit *per se* nicht.

In der Rechtslehre wurden die Ungültigkeitsgründe des ALR in Nichtigkeit und Anfechtbarkeit getrennt.⁸⁴⁷ Die Probleme, die sich aus der Rechtslehre ergeben, sind,

⁸⁴⁴ *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts I (Fünfte Auflage, 1894), § 71, S. 146; *Koch*, Allgemeines Landrecht, Erster Teil, vierter Titel, §§ 7-13, S. 138, Fn. 38.

⁸⁴⁵ Urt. von 28.02.1853.

⁸⁴⁶ *Koch*, Allgemeines Landrecht, Erster Teil, vierter Titel, §§ 7-13, S. 138, Fn. 100.

⁸⁴⁷ *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts I, § 71, S. 144 ff.

dass durch Auslegung der Autoren unterschiedliche Meinungen vorkommen können. Z.B. Stellt *Dernburg* die Nichtigkeit als Gegensatz der Anfechtbarkeit für das ALR, jedoch trennt er die Nichtigkeit in absolute und relative.⁸⁴⁸ Diese Trennung in absolute und relative Nichtigkeit wurde in keinem deutschen Gesetzbuch angenommen. Die Geschäfte *in fraudem creditorum* gehören auch zur Anfechtbarkeit.⁸⁴⁹

II. XIX. Jahrhundert

1. Der bayerische Entwurf von 1861/1864

Die bayerische Entwurf⁸⁵⁰ von 1861/1864 enthält einen Abschnitt über Nichtigkeit und Anfechtbarkeit in der fünften Abteilung des einführenden „Hauptstücks“ über die Rechtsgeschäfte. Ab Art. 80 ff. wurden die Nichtigkeits- und Anfechtbarkeitsregeln bestimmt.⁸⁵¹ In diesem Entwurf wird die Nichtigkeit bereits als Gegensatz zur Anfechtbarkeit erwähnt: in den Motiven zum Entwurf wird gesagt, dass sich die Anfechtbarkeit von der Nichtigkeit wesentlich unterscheidet und mit demselben vielfach im Gegensatze steht.⁸⁵²

Das nichtige Rechtsgeschäft soll in seinen rechtlichen Wirkungen als nicht abgeschlossen bzw. als nicht vorgenommen betrachtet werden⁸⁵³ (Teil I, fünfte Abteilung Art. 80 des Entwurfs). Nichtig ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot, die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung verstößt, so wie diejenigen Rechtsgeschäfte, denen zu ihrer Entstehung die wesentlichen Erfordernisse ermangeln (Art. 80). Es ist nicht nötig, das Rechtsgeschäft anzugreifen oder die Vernichtung durch den Richter zu erwirken.⁸⁵⁴ Bei einem anfechtbaren Geschäft fehlen keine wesentlichen Erfordernisse, deswegen darf es nur unter besonderen Umständen von einem Beteiligten angegriffen werden. Das Geschäft wird nur für die Folgezeit vernichtet, jedoch behält es für die Vergangenheit seine Folgen. Die erworbenen Rechte Dritter werden nicht aufgehoben. Die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit, so wie die

⁸⁴⁸ *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts I, § 71, S. 145.

⁸⁴⁹ *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts II (Fünfte Auflage 1897), § 128, S. 330; *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung (1962), S. 3.

⁸⁵⁰ Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern, Neudruck von 1973.

⁸⁵¹ *Beckmann*, Nichtigkeit und Personenschutz, S. 52 f.

⁸⁵² Motive zum Hauptstück „von den Rechtsgeschäften“, S. 37, In BGB Entwurf Bayern, S. 341.

⁸⁵³ Motive zum Hauptstück „von den Rechtsgeschäften“, S. 35 f., In BGB Entwurf Bayern, S. 339 f.

⁸⁵⁴ Motive zum Hauptstück „von den Rechtsgeschäften“, S. 35, In BGB Entwurf Bayern, S. 339.

Frist, in der die Klage geltend gemacht werden kann, wird in jeder Einzelbestimmung festgelegt (Art. 83). Das Anfechtungsrecht fällt nur weg, wenn der Berechtigte auf das Recht ausdrücklich verzichtet (Art. 85). Die ausdrückliche Bestätigung („Bekräftigung“) erfolgt in der Regel schriftlich. Die stillschweigende Bestätigung („Bekräftigung“) erfolgt durch freiwilligen Vollzug des Rechtsgeschäftes (Art. 86 ff.).

Im bayerischen Entwurf wird deutlich, dass die Anfechtbarkeit mehr eine Reszission ist als eine relative Nichtigkeit. Die Folgen der Anfechtbarkeit treten nur für die Zukunft ein und das Rechtsgeschäft bleibt solange bestehen, bis es angefochten wird. Also ist Nichtigkeit nicht die Folge der Anfechtung.

2. Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1865

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen wurde 1856 vorbereitet. Dann hat zwischen 1863-1865 eine Revision des Entwurfs stattgefunden. Dieser Entwurf war das erste „deutsche“ Gesetzbuch, welches die Folgen der Nichtigkeit und Anfechtbarkeit enthielt.⁸⁵⁵

In der vierten Abteilung, Kapitel III. Rechtsgeschäfte, Nr. 2 werden die Folgen der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit vorgeschrieben. Diese Bestimmungen befinden sich in §§ 103 bis 107. Sie besagen, dass nichtige Rechtsgeschäfte so angesehen werden, als ob sie nicht errichtet worden wären (§ 103). Das anfechtbare Rechtsgeschäft bleibt bestehen, bis die Anfechtung erfolgt. Wenn das Geschäft genehmigt wird, so gilt das als Verzicht auf das Recht der Anfechtung (§ 107). Andere vereinzelte Bestimmungen, in denen man die Ausdrücke „nichtig“ oder „anfechten“ finden kann, erscheinen in weiteren Paragraphen:

§ 93 besagte, wenn jemand bei der Eingehung eines Rechtsgeschäftes durch Furcht genötigt wurde, so konnte das Rechtsgeschäft angefochten werden.

§ 787 (Bei der Geschäftsfähigkeit). Wenn ein beschränkt Unfähiger eine nachteilige Verpflichtung eingeht, kann der gesetzliche Vertreter die Verpflichtung entweder für nichtig erklären oder bestätigen. Im ersten Fall ist die Verpflichtung von Anfang an nichtig, im zweiten ist sie von Anfang an gültig.

⁸⁵⁵ *Harder*, AcP 173, S. 214; Sächsisches BGB, §§ 103 ff., S. 16; *Beckmann*, Nichtigkeit und Personenschutz, S. 53.

Die §§ 830 ff. enthalten Bestimmungen über die Folgen des Zwangs, Betrugs und Irrtums bei Verträgen. Bei Zwang ist der Vertrag nichtig, im Falle des Betruges und der Furcht ist der Vertrag anfechtbar. Im Falle des Irrtums ist der Vertrag nichtig. Ein Irrtum, der durch Täuschung veranlasst worden ist, gehört zu den Betrugsfällen. Also ist ein solcher Vertrag anfechtbar (§ 835 f.).

Gemäß § 849 hat ein nichtiger Vertrag von Anfang an keine rechtliche Wirkung und bedarf keiner Nichtigkeitserklärung. Die Anfechtung geschieht erst, wenn der dazu Berechtigte der anderen Partei erklärt, dass er den Vertrag anfechte. Dies löst den Vertrag für beide Parteien auf.⁸⁵⁶

Dies sollte heißen Nichtigkeit tritt *ipso iure* ein und hat Folgen *ex tunc*, aber die Anfechtbarkeit ließ die Folgen zwischen dem Vertragabschluss und der Anfechtbarkeit bestehen, also hat sie Folgen *ex nunc*. Der § 849 fasst die Folgen der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit zusammen, gibt jedoch für beide Fälle verschiedene zeitliche Eintritte der Folgen an.

3. Der Dresdener Entwurf von 1866

Im ersten Teil, zweite Abteilung, Nr. 4, Art. 136 ff. macht der Entwurf⁸⁵⁷ eine Differenzierung zwischen nichtigen und anfechtbaren Verträgen. Nichtigkeit tritt *ipso iure* ein, die „Erwirkung“ einer Nichtigkeitserklärung ist nicht nötig (Art. 136). Ein anfechtbarer Vertrag bleibt gültig, bis der Anfechtungsberechtigte vom Anfechtungsrecht Gebrauch macht (Art. 140).

Im Falle des Dissenses (Art. 59 ff.) und des Irrtums (Art. 61) ist ein Vertrag nichtig. Beim Betrug (Art. 67) kann der Vertrag, wenn er nicht nichtig ist, angefochten werden (Art. 67). Die Furcht gibt ebenfalls einen Anlass zur Anfechtung (Art. 69). Ein anfechtbarer Vertrag kann bestätigt werden. Das Anfechtungsrecht entfällt entweder durch Genehmigung (sic!) oder durch Verjährung (Art. 72).⁸⁵⁸ Bei mangelnder Geschäftsfähigkeit können die gesetzlichen Vertreter die von dem beschränkt Geschäftsfähigen nachteilhafte abgeschlossenen Verträge anfechten (Art. 24). Wenn der Gegenstand der Verträge unmöglich ist, dann sind die Verträge nichtig (Art. 27 ff.). Scheinverträge sind nichtig (Art. 57). Als Folge einer Nichtigkeit oder der erklärten

⁸⁵⁶ Sächsisches BGB, § 849, S. 103.

⁸⁵⁷ Dresdener Entwurf, Teil I, Abteilung II, Nr. 4, Art. 136 ff., S. 27 ff.

⁸⁵⁸ Dresdener Entwurf, § 59 ff., S. 12 ff.

Anfechtung können die Parteien das, was sie aufgrund des Vertrages geleistet haben, zurückfordern⁸⁵⁹ (Art. 71).

§ 19. Die Entstehung der Unwirksamkeitslehre im BGB

I. Die Entstehung des BGB

Im folgenden soll dargestellt werden, wie es zum geltenden deutschen Recht in Bezug auf die Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte gekommen ist und, vor allem, *Windscheids* Einfluss in der Schaffung der Unwirksamkeitslehre im BGB.

1874 wurde eine Vorkommission eingesetzt, die ein Plan für den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs erarbeitete. Im selben Jahr wurde die 1. Kommission berufen.⁸⁶⁰ Die 1. Kommission, bestehend aus neun Richtern und Ministerialbeamten und zwei Professoren, darunter der Pandektist *Bernhard Windscheid*, wurde 1874 einberufen. Sie legte dreizehn Jahre später (1888) nach ausführlichen Beratungen den ersten Entwurf mit Begründung (Motive) vor. Er orientierte sich stark an den Lehren *Savignys*.⁸⁶¹ Der erste Entwurf wurde von *Otto von Gierke* als „kleiner Windscheid“ bezeichnet.⁸⁶² 1890 berief der Bundesrat eine 2. Kommission. Diese legte unter der Leitung ihres Generalreferenten *Gottlieb Planck* 1895 den zweiten Entwurf mit Begründung (Protokolle) vor. Am 1. Januar 1900 trat das BGB in Kraft.⁸⁶³

II. Die Beratungen des BGB (Motive)

Von den drei Juristen (*Savigny*, *Puchta*, *Windscheid*), die in der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit als Gegensätze dargestellt haben, war *Windscheid* der einzige, der bis zu den Beratungen des BGB gelebt hat. Als Mitglied der ersten Kommission kann sein Einfluss bei der Unwirksamkeitslehre beobachtet werden. In der Anlage Nr. 6 (Antrag über die im Allgemeinen Teil zu regelnde Materie) vom Protokoll der sechsten Sitzung der 1. Kommission vom 26.9.1874 erklärte

⁸⁵⁹ *In integrum restitutio*.

⁸⁶⁰ *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 158, *Meder*, Rechtsgeschichte, S. 319.

⁸⁶¹ *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 159; *Gmür/ Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, S. 114 f.

⁸⁶² *Gierke*, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 17 ff.

⁸⁶³ *Schlosser*, Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, S. 162 f.; *Gmür/ Roth*, Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte, S. 115.

Windscheid, welche Rechtsmaterien übrig bleiben, wenn das BGB die Gliederung Sachenrecht, Obligationenrecht, Familienrecht und Erbrecht erhalten sollte.⁸⁶⁴

- Das Recht –das sogenannte Recht im objektiven Sinne –;
- Die Rechte, wenn man von ihrem besonderen Inhalt absieht. Darunter u.a die Entstehung und der Untergang der Rechte. Bei Rechtsgeschäften u.a die Voraussetzungen der Gültigkeit⁸⁶⁵ und Restitution, wenn sie anerkannt werden sollte.

1. Erste Kommission

Die 1. Kommission hat vier mögliche Ungültigkeitsgründe formuliert: Nichtigkeit, Inexistenz, Anfechtbarkeit, Relative Nichtigkeit. Aus diesen Gründen sollte die Kommission auswählen, welche für den Entwurf passend waren. Nach einer Diskussion hat sich die Kommission für die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit als Gegensätze entschieden. Die Kommission war der Meinung, dass für die Unwirksamkeitslehre eine Zweiteilung (Nichtigkeit und Anfechtbarkeit) die beste Möglichkeit war.⁸⁶⁶

2. Erster Entwurf 1887

Die Ungültigkeitsparagrafen des Vorentwurfes⁸⁶⁷ befanden sich in dem zweiten Titel des zweiten Teiles vom § 43 bis § 49. Die Ungültigkeit war für die nichtigen Rechtsgeschäfte vorgesehen. Nichtigkeit sollte so angesehen werden, als ob das Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen worden wäre (§ 43). Ein angefochtenes Rechtsgeschäft sollte in den Stand zurückgebracht werden, wie wenn es nicht abgeschlossen worden wäre (§ 46). Die Anfechtung erfolgt durch Willenserklärung des Anfechtungsberechtigten gegenüber dem Anfechtungsgegner (§ 47).

Diese Paragraphen waren im ersten Entwurf (Entwurf nach der ersten Lesung) zwischen

⁸⁶⁴ *Jakobs*, Die Beratungen des BGB (Einführung, Biographien, Materialien 1978), S. 219.

⁸⁶⁵ Hier wurde auch über Heilung der Ungültigkeit gesprochen. Ungültigkeit sollte als Oberbegriff verstanden werden.

⁸⁶⁶ *Jakobs*, Die Beratungen des BGB (AT1), S. 740 ff.

⁸⁶⁷ Vorentwurf 1887, AT 2, S. 8 f.

§ 108 bis § 114 enthalten. Es wurden Änderungen in den Paragraphen vorgenommen, andere Paragraphen weggelassen und andere hinzugefügt, aber im Prinzip blieb der Unterschied zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit gleich.⁸⁶⁸

Die Unwirksamkeitsfälle der Geschäftsfähigkeit des § 64 ff. geben Anlass zur Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit. Im Falle des Irrtums war Nichtigkeit vorgesehen,⁸⁶⁹ bei Drohung oder Täuschung (§ 95 ff.) Anfechtbarkeit.⁸⁷⁰

In der Kommission war unbestritten, dass eine Anfechtung außergerichtlich erfolgen konnte. Die Anfechtung sollte durch eine Anfechtungserklärung erfolgen. So zum Beispiel im Falle der Drohung (§ 103 des ersten Entwurfes).⁸⁷¹ Jedoch war in der Kommission nicht die Rede von Nichtigkeit als Folge der Anfechtung. Nach § 126 des ersten Entwurfs-Allgemeiner Teil sollte ein angefochtenes Rechtsgeschäft in den Stand gebracht werden, als wenn es nicht abgeschlossen worden war.⁸⁷² Diese Idee „in den Stand gebracht werden, als wenn das Rechtsgeschäft nicht abgeschlossen worden wäre“ hing mehr mit der Idee der *in integrum restitutio* (Wiedereinsetzung in den vorigen Stand), **als mit der Idee der Nichtigkeit** zusammen.

3. Vorkommission des Reichsjustizamtes

Diese Kommission hat die Paragraphen des ersten Entwurfes überprüft.⁸⁷³ Der Kommission wurden mehrere Anträge vorgelegt, wie die Fassung der Paragraphen der Ungültigkeitslehre aussehen könnte. Jedoch enthielten sämtliche Anträge dieselbe Idee, nur mit unterschiedlichen Fassungen.⁸⁷⁴

- Das nichtige Rechtsgeschäft ist unwirksam und kann nicht bestätigt werden.
- Die Umdeutung eines nichtigen Rechtsgeschäftes ist möglich.
- Die Anfechtbarkeit sollte rückwirkende Kraft haben.
- Das anfechtbare Rechtsgeschäft kann bestätigt werden.

⁸⁶⁸ Vorentwurf 1887, Anlagen, S. 687 f.

⁸⁶⁹ Vorentwurf 1887, Anlagen, S. 687 f, § 97 E I; *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 5, Nr. 2.

⁸⁷⁰ Vorentwurf 1887, Anlagen, S. 672 ff.

⁸⁷¹ *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 4, Nr. 2.

⁸⁷² Vgl. *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 4, Nr. 2.

⁸⁷³ *Jakobs*, Die Beratungen des BGB (AT1), S. 766 ff.

⁸⁷⁴ *Jakobs*, Die Beratungen des BGB (AT1), S. 766 ff.

4. Zweite Kommission

Die Zweite Kommission hat die Nichtigkeit und die Anfechtbarkeit als Gegensätze beibehalten. In den Beratungen war immer die Frage vor Augen, wie man die Paragraphen gestalten sollte. Die Trennung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, wie es in der 1. Kommission eingeführt wurde, wurde jedoch nicht mehr verändert.

Weder bei der zweiten (19.06.1896) noch bei der dritten (30.06.1896) Beratung wurden die Bestimmungen der Unwirksamkeit debattiert. Sie wurden ohne Diskussion angenommen.⁸⁷⁵ Bei der zweiten Lesung (dritte Beratung) wurden alle Paragraphen des Allgemeinen Teiles ohne Debatte angenommen.⁸⁷⁶

Die Nichtigkeit gilt als allgemeine Regel. Der Paragraph ist auch für die Rechtsgeschäfte, die gegen gute Sitten verstoßen, anwendbar. Im Bericht der Reichstagskommission erklärte die Kommission, dass es in Deutschland so sein sollte wie in **Frankreich Art. 6 des Code Civil**⁸⁷⁷ in einer „hochwichtigen Judikatur im Interesse des Schutzes der Freiheit“.⁸⁷⁸ Über die Anfechtbarkeit wurde nichts gesagt.⁸⁷⁹

Als Rechtsfolge eines Irrtums sah der Entwurf die Anfechtbarkeit vor.⁸⁸⁰ Die Anfechtbarkeit ist nicht die Nichtigkeit.⁸⁸¹ Diese Maxime wird im französischen wie auch im preußischen Recht vorgeschrieben. Die Anfechtbarkeit entspricht dem Interesse für solche Fälle „besser“ als die Nichtigkeit, weil der Anfechtungsgegner sich auch wehren kann, wenn er denkt, dass die Willenserklärung gültig sei.⁸⁸² Die Folge der Anfechtung ist die Wirkung, dass die Willenserklärung von Anfang an als nichtig anzusehen ist. Der frühere Rechtszustand wird von Rechts wegen wiederhergestellt.⁸⁸³ Die Anfechtbarkeit als Folge des Irrtums weicht von der Folge des Irrtums der 1. Kommission ab. Gemäß § 98 des ersten Entwurfes sollte für den Fall des Irrtums die Folge Nichtigkeit sein.⁸⁸⁴

⁸⁷⁵ Zweite und dritte Beratung des Entwurfs, S. 35.

⁸⁷⁶ Zweite und dritte Beratung des Entwurfs, S. 343.

⁸⁷⁷ Art. 6 Code Civil behandelt den Verstoß gegen *ordre public* und guten Sitten.

⁸⁷⁸ Bericht der Reichstagskommission 1896, S. 28.

⁸⁷⁹ Siehe: Bericht der Reichstagskommission 1896, S. 25 ff.

⁸⁸⁰ Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 22.

⁸⁸¹ Windscheid, Zur Lehre des Code Napoleon, S. 30.

⁸⁸² Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 22.

⁸⁸³ Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 23.

⁸⁸⁴ Vorentwurf 1887, S. 683, § 98; Schermaier, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 5, Nr. 2.

5. Die Motive zum BGB (1. Kommission)⁸⁸⁵

Die Motive trennen im Entwurf die Ungültigkeit in Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. Unwirksamkeit ist kein Gegensatz zur Ungültigkeit, sondern bezeichnet ein Rechtsgeschäft, welches keine rechtlichen Wirkungen wegen Nichtigkeit oder wegen Eintritts einer aufschiebenden Bedingung hat.⁸⁸⁶

Nichtigkeit bedeutet, dass das Gewollte von Anfang an als nicht vorgenommen angesehen wird. Die Idee, dass eine Nichtigkeit keiner richterlichen Erklärung bedarf, ist entbehrlich. Nach § 231 CPO kann eine Feststellungsklage erhoben werden, um gerichtlich überprüfen zu lassen, ob ein Rechtsgeschäft nichtig oder gültig ist.⁸⁸⁷

Die Anfechtbarkeit ist „diejenige Ungültigkeit, kraft derer einem Rechtsgeschäfte die Gültigkeit nicht sofort, sondern erst dann –dann aber rückwirkend– entzogen wird, wenn die darauf bezügliche Willenserklärung von dem hierzu Berechtigten abgegeben wird“.⁸⁸⁸

Das anfechtbare Rechtsgeschäft steht unter einer auflösenden Bedingung⁸⁸⁹ (sic!). Der Eintritt aus dieser Bedingung hat rückwirkende Kraft. Solange das Rechtsgeschäft nicht angefochten wird, besteht es. Erfolgt die Anfechtung, dann wird der frühere Zustand von Rechts wegen hergestellt. Das Rechtsgeschäft wird so angesehen, als ob es nicht vorgenommen worden wäre. Die Anfechtung erfolgt durch eine Willenserklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Sie könnte auch durch Klage erfolgen, aber dies würde die Lage der Parteien ohne Not erschweren. Bei Einigkeit der Parteien wäre die Aufrufung des Gerichts eine Erschwernis und eine unnötige Formalität.

Das Anfechtungsrecht steht nur einer Partei (dem Betroffenen) zu. Ein anfechtbares Rechtsgeschäft kann bestätigt werden und existiert danach mit voller Kraft. Die Anfechtungsbefugnis ist kein Anspruch und unterliegt folglich nicht der Verjährung. Die zeitliche Begrenzung der Befugnis ist nur durch gesetzliche Befristung möglich.⁸⁹⁰

⁸⁸⁵ Dazu *Mugdan*, Motive Bd. 1.

⁸⁸⁶ *Mugdan*, Motive Bd. 1, S. 473.

⁸⁸⁷ *Mugdan*, Motive Bd. 1, S. 473.

⁸⁸⁸ *Mugdan*, Motive Bd. 1, S. 473.

⁸⁸⁹ In der zweiten Hälfte des XIX. Jahrhunderts entstand die Diskussion, ob die Anfechtbarkeit zu der Lehre der auflösenden Bedingung gehöre. Ein Rechtsgeschäft, welches unter einem Mangel leidet steht unter eine auflösende Bedingung, bis es entweder bestätigt oder umgestoßen wird. So: *Windscheid*: Die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel. 1851

⁸⁹⁰ *Mugdan*, Motive Bd. 1, S. 475.

6. Protokolle zum BGB (2. Kommission)

Die 2. Kommission hat die Unterscheidung von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit beibehalten. Beauftragt wurde, die Fassung des Entwurfes des § 106 zu ändern. „Ein Rechtsgeschäft, welches gegen guten Sitten verstößt, ist nichtig“. Die Wörter „gegen die guten Sitten“ sollten durch „gegen die Sittlichkeit“ ersetzt werden. Dies wurde abgelehnt. Die Kommission meinte, dass der Ausdruck „guten Sitten“ mehr Rechtsicherheit gewährleiste.⁸⁹¹

Art. 108 wurde gestrichen, weil der Begriff der Nichtigkeit in der Wissenschaft gebildet werde und das künftige bürgerliche Gesetzbuch keine Definition über die Nichtigkeit brauche. Auch § 109 wurde gestrichen, weil die Idee, dass ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht dadurch gültig werde, wenn die Gründe der Nichtigkeit wegfallen, nach Ansicht der 2. Kommission selbstverständlich war.

§ 112 (zweiter Entwurf) sah als Folge der Anfechtbarkeit Nichtigkeit⁸⁹² vor.⁸⁹³ Nach § 112 des ersten Entwurfs, war als Folge der Anfechtbarkeit das Rechtsgeschäft so anzusehen, als ob es nicht vorgenommen worden wäre.⁸⁹⁴ Wenn man die Folgen der Anfechtbarkeit mit der Definition der Nichtigkeit vergleicht, besagen beide, dass „das Rechtsgeschäft so angesehen wird, als ob es nicht vorgenommen worden wäre“. Dann ist es folgerichtig, dass die Folge der Anfechtbarkeit eine Nichtigkeit ist. Dies war damals aber nicht selbstverständlich, weil für Viele die Anfechtbarkeit das Rechtsgeschäft nur für die Zukunft auflöse.⁸⁹⁵

7. Das BGB

Aus diesen Gedanken der ersten und der zweiten Kommission wurde das BGB Ende des XX. Jahrhunderts geschaffen. Am Ende der Vorbereitung des BGB hat die Kommission die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte in dem Abschnitt über Willenserklärungen eingefügt.

⁸⁹¹ *Mugdan*, Motive Bd. 1, S. 725; Auch: *Strauch*, Der rheinische Beitrag zur Entstehung des BGB, in: <http://www.forhistiur.de/zitat/0503strauch.htm>, Rn. 34.

⁸⁹² Siehe: *Schermaier*, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 4, Nr. 2.

⁸⁹³ *Mugdan*, Motive Bd. 1, S. 727.

⁸⁹⁴ Vorentwurf 1887, S. 38, § 112.

⁸⁹⁵ Siehe z.B.: Sächsisches BGB, § 849.

§ 20. Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)

Nichtigkeit und Anfechtbarkeit (allgemeine Regeln im BGB AT)

I. Nichtigkeit

In § 105 wird bestimmt, wann eine Willenserklärung nichtig ist. Nichtig sind die Erklärungen von Geschäftsunfähigen (Abs. 1) und von Personen im Zustand einer Bewusstlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit (Abs. 2). Der Zweck dieser Bestimmung ist, die Geschäftsunfähigen zu schützen.⁸⁹⁶ Die Willenserklärung von Geschäftsunfähigen kann nicht durch die nachträgliche Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bestätigt werden.⁸⁹⁷ Das Geschäft ist auch für den Vertragsgegner nichtig, auch wenn die Geschäftsfähigkeit nicht erkennbar war.⁸⁹⁸

§ 125 bestimmt die Nichtigkeit wegen Formmangels. Ein Rechtsgeschäft, das die vom Gesetz vorgeschriebene Form nicht achtet, ist nichtig. Die Einhaltung der Form ist eine Wirksamkeitsvoraussetzung. Die verschiedenen Formerfordernisse sind ab §§ 126 ff. geregelt.

Laut § 134 ist ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, nichtig, wenn aus dem Gesetz sich nichts anderes ergibt. Dieses Rechtsgeschäft muss selbst verbotswidrig sein.⁸⁹⁹ § 134 dient als Inhaltskontrolle der Rechtsgeschäfte.⁹⁰⁰ § 134 ist auch anwendbar in dem Fall, dass ein Rechtsgeschäft wegen der besonderen Umstände seiner Vornahme gegen ein Gesetz verstößt, das aus diesen Gründen die Existenz des Rechtsgeschäftes missbilligt.⁹⁰¹ Eine Verbotsnorm muss nicht die Formulierung

⁸⁹⁶ RG JW 1915, 570.

⁸⁹⁷ *Knothe*, in Staudingers Kommentar zum BGB AT 3, § 105, Rn. 2, Nr. II, 1.

⁸⁹⁸ BGH NJW 1977, 622, 623. Wenn einer von einem Minderjährigen abgeschlossene Vertrag nicht in bar erfüllt wird, darf eine stillschweigende Erklärung der gesetzlichen Vertreter nicht angenommen werden, auch wenn der Minderjährige mit seinem eigenen Mittel bezahlen solle. Die Minderjährigkeit soll geschützt werden und eine ausdrückliche Genehmigung ist nötig; *Schmitt*, in: Münchener Kommentar zum BGB Bd. 1, § 105, Rn. 1, Nr. I.

⁸⁹⁹ RGZ 60, 273, 275, 277, 279. Es wurde ein Vertrag abgeschlossen, bei der sich eine Partei verpflichtete die Abgabe von Geboten im Rahmen einer öffentlichen Versteigerung – gegen Zusicherung eines Vorteils – zu unterlassen. Diese Vereinbarung verstieß gegen § 270 St.G.B für die preußischen Staaten. § 270 enthielt aber eine Sanktion für den Verstoß, deswegen war § 134 BGB nicht anwendbar.

⁹⁰⁰ BGHZ 110, 156, 175. Nicht alle Verstöße gegen ein Gesetz führen unbedingt zu Nichtigkeit. Ein Verstoß gegen § 1 UWG verletzt nicht zugleich § 134 BGB; *Sack*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 134, Rn. 1, Nr. 1 a).

⁹⁰¹ BGHZ 46, 24, 25. Ein Provisionsversprechens eines Arbeitnehmers ist nicht unwirksam, wenn ein Vermittler seine Erteilungsmacht vom Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung überschreitet; BGH NJW 1986, 1104, Ein Vertrag könnte gegen das Bauforderungssicherungsgesetz verstoßen. § 134 BGB konnte

„verboten“ bestimmen, um eine Verbotsnorm zu sein. Durch die Formulierung der Norm kann man durch Auslegung ableiten, ob die Norm im Sinne von § 134 eine Verbotsnorm ist.⁹⁰² § 134 ist nur für zwingendes Recht anwendbar. Nachgiebigem Recht steht diese Norm nicht entgegen.⁹⁰³ Zu § 134 gehören nicht die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit (§§ 104 ff.) oder Scheingeschäfte (§ 117).⁹⁰⁴ Wenn es in diesen Geschäften zur Unwirksamkeit kommt, erfolgt es unabhängig von § 134.⁹⁰⁵

§ 138 bestimmt, dass ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, nichtig ist. Im Einklang mit § 134 Abs. 1 wirkt auch § 138 als Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften.⁹⁰⁶ Laut § 138 (Abs. 1 und 2) ist zu überprüfen, ob der Inhalt eines Rechtsgeschäftes mit den guten Sitten vereinbar ist.⁹⁰⁷ Auch die Art und Weise des Zustandekommens, wenn es gegen die guten Sitten verstößt, fällt unter § 138.⁹⁰⁸ Umgehungsgeschäfte, die nicht unmittelbar gegen ein Verbotsgesetz verstoßen, sondern nur gegen die Wertungen eines Verbotsgesetzes, sind nach § 138 sittenwidrig.⁹⁰⁹ Wenn der wesentliche Inhalt eines Vertrages von AGB's bestimmt ist und eine Vielzahl von Bedingungen gegen die guten Sitten verstoßen, dann ist der ganze Vertrag unwirksam.⁹¹⁰ Dispositive Gesetze können den Inhalt der guten Sitten bestimmen.⁹¹¹

nicht angewendet werden, weil „die bloße Möglichkeit eines späteren Verstoßes gegen das Bauforderungssicherungsgesetz“ nicht genüge, um Nichtigkeit anzunehmen; BGH NJW 1994, 728, 729. Die Vereinbarung eines rabattrechtlichen unzulässigen Preisnachlasses ist nicht nichtig gemäß § 134 BGB.

⁹⁰² BGHZ 85, 39, 43. Verträge, die gegen das Gesetz zur Bekämpfung von Schwarzarbeit verstoßen, sind unwirksam.

⁹⁰³ BGH NJW 2000, 1187, 1188; BGH MDR 2000, 872, 873. Die Annahme eines Geschenks, die gegen § 10 Abs. 1 BAT verstößt, führt nicht zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes; *Sack*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 134, Rn. 32, Nr. 2, b).

⁹⁰⁴ Dafür sind die *leges speciales* anwendbar; *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, § 134, Rn. 4, Nr. 2; *Sack*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 134, Rn. 30, Nr. 2 ff.

⁹⁰⁵ *Sack*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 134, Rn. 32, Nr. 2 ff.

⁹⁰⁶ BGHZ 86, 82, 88. Der Verzicht auf nahehelichen Unterhalt, um der Sozialhilfe anheimzufallen, kann sittenwidrig sein.

⁹⁰⁷ BGHZ 53, 369, 375; *Sack*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 138, Rn. 1, Nr. I., 1 ff.

⁹⁰⁸ BGHZ 110, 156, 174 f.; *Locher*, Unsittliche Rechtsgeschäfte, in: Schlegelbergers Rechtsvergleichendes Handwörterbuch Bd. 6, (1938), S. 776 ff.

⁹⁰⁹ RGZ 63, 143, 145. Die Unwirksamkeit eines Vertrages zwischen zwei Parteien, indem eine Partei ein Verbot für ein bestimmtes Geschäft hatte, einen Dritten beauftragt, das Geschäft für ihn zu besorgen; RGZ 84, 304. Die rechtliche Bedeutung der Ausstellung eines sog. Strohmans als Geschäftsinhabers; RGZ 155, 138, 146. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot. Ein Durch Tarnung wurde ein Versicherungsbetrieb eröffnet, jedoch war den Unternehmern verboten so ein Betrieb zu verwalten; BGH WM 1968, 918. Ein Kaufvertrag ist unwirksam, wenn die Parteien einen unrichtigen Kaufpreis beurkunden lassen, mit der Absicht für den gewollten, aber nicht beurkundeten Vertragsinhalt umzugehen; OLG Köln NJW-RR 1994, 1540, 1541; *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung, S. 70; *Krauss*, Verbotene Geschäfte, in: Schlegelbergers Rechtsvergleichendes Handwörterbuch Bd. 7, (1939), Nr. III, S. 102.

⁹¹⁰ Das gilt wenn umfangreiche Bedingungen für den Vertragsgegner nachteilig und nicht leicht verständlich sind. Die Bedingungen sind im Formular so unübersichtlich und ungegliedert aufgeführt,

II. Anfechtbarkeit

Die Wirkung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen wird im § 142 bestimmt. Danach ist ein Rechtsgeschäft, das angefochten wird, von Anfang an als nichtig anzusehen. Das Geschäft hängt ab „von einer auflösend wirkenden Gesetzesbedingung“. Bei Eintritt der Bedingung beseitigt die Anfechtung die Rechtsfolgen des Rechtsgeschäfts in der Regel rückwirkend.⁹¹²

Die Anfechtungsgründe sind Irrtum (§ 119), Drohung und arglistige Täuschung (§ 123). Weitere Fälle der Anfechtung befinden sich in den §§ 1954, 1956, 2078 ff., 2281 ff. und 2308. Jedoch bilden diese Fälle eine spezielle Form der Anfechtung. In der Regel sind die Anfechtungsgründe die von §§ 119 ff. genannten.⁹¹³ Die Anfechtungserklärung (§ 143) erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner. Diese Erklärung muss nicht ausdrücklich das Wort „anfechten“ enthalten. Es reicht, wenn nach dem objektiven Erklärungswert offensichtlich ist, dass die Verpflichtung entweder bestritten, ihr widersprochen oder sie nicht anerkannt wird.⁹¹⁴ Anfechtungsberechtigt ist in der Regel derjenige, der das Rechtsgeschäft vorgenommen hat.⁹¹⁵ Der Anfechtungsgegner (§ 144 Abs. 2-4) ist derjenige, an den die Anfechtungserklärung zu richten ist.⁹¹⁶

Laut § 144 kann ein anfechtbares Rechtsgeschäft bestätigt werden, dann ist eine Anfechtung künftig ausgeschlossen. Die Bestätigung kann entweder ausdrücklich oder stillschweigend, durch Erfüllung unter Kenntnis des Anfechtungsgrundes geschehen. Daher handelt es sich nicht um eine empfangsbedürftige Willenserklärung.⁹¹⁷

dass der Vertragsgegner sich vor der Unterzeichnung der Vertragsurkunde nicht hinreichend über die Rechtliche Wirkungen der einzelne Bedingungen klar werden kann; BGH NJW 1969, 230.

⁹¹¹ BGH NJW 1969, 230, 231; *Sack*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 138, Rn. 42, Nr. 4 ff.

⁹¹² BGH NJW-RR 1987, 1456; *Roth*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 142, Rn. 1, Nr. I.

⁹¹³ *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB Bd. 1, § 142, Rn. 2, Nr. II, 2; *Roth*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 142, Rn. 4, Nr. II ff.

⁹¹⁴ BGHZ 91, 324, 331. Trotz fehlenden Erklärungsbewußtseins liegt eine Willenserklärung vor, wenn der Erklärende nach dem Rechtsverkehr seine Äußerungen hätte erkennen und vermeiden können. Diese Willenserklärung kann jedoch angefochten werden.

⁹¹⁵ BGHZ 96, 302 ff.; BGHZ 137, 255, 258. Unter welchen Voraussetzungen darf ein Vermieter einer Vereinbarung zwischen dem bisherigen und dem neuen Mieter über Vertragsübernahme wegen arglistiger Täuschung anfechten. Wenn ein Vertrag angefochten wird, muss das Gericht überprüfen ob die Anfechtung wirksam abgegeben worden ist und ob die Gründe für die Anfechtung vorliegen.

⁹¹⁶ *Roth*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 4, § 143, Rn. 33, Nr. 4. ff.

⁹¹⁷ RGZ 68, 398, 399. Die Bestätigung eines anfechtbaren Rechtsgeschäftes erfordert keine ausdrückliche Willenserklärung. Um ein anfechtbares Rechtsgeschäft zu bestätigen, wird Kenntnis vom Anfechtungsrecht oder den –gründen – auf Seiten der Berechtigten – vorausgesetzt.

Irrtum (§ 119), Drohung, Täuschung (§§ 123,124)

Die §§ 119-122, 123 und 124 gelten für alle privatrechtlichen Erklärungen, solange keine speziellen Vorschriften vorgehen.⁹¹⁸ Der Irrtum (§ 119) kann sich auf die Erklärung selbst, auf den Geschäftsgegenstand, auf den Inhalt, auf die Sprache, oder auf andere Umstände, die für den Vertragsschluss bedeutsam sind, beziehen.⁹¹⁹ Wenn der Irrtum die Erklärung betrifft, dann liegt ein unbewusstes Auseinanderfallen von Wille und Erklärung vor.⁹²⁰

Die Anfechtung wegen Irrtums ist durch Bestätigung des Rechtsgeschäftes gemäß § 144 Abs. 1 oder durch Verzicht ausgeschlossen. Der Verzicht kann auch stillschweigend sein; dies kommt nur unter besonderen Umständen in Betracht, da niemand ohne einen Grund auf ein bestehendes Recht verzichten würde.⁹²¹

Die Anfechtung für den Irrtum (§ 121) soll ohne schuldhaftes Zögern erfolgen. Diese kann aber zehn Jahre nach der irrtümlichen Willenserklärung nicht überschreiten (§ 121 Abs. 2). Das Zögern schließt die Anfechtung nur aus, wenn sie schuldhaft ist, also wenn das Zögern nicht durch die Umstände des Falles gerechtfertigt ist.⁹²²

Eine durch Täuschung oder Drohung (§ 123) abgegebene Willenserklärung kann angefochten werden. Dieser Paragraph schützt die rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung vor gravierenden Störungen bei der Willensbindung.⁹²³ Die Täuschung muss sich auf objektiv nachprüfbare Tatsachen beziehen; man muss

⁹¹⁸ *Kramer*, in: Münchener Kommentar zum BGB Bd. 1, § 119, Rn. 2, Nr. I; § 123, Rn. 2, Nr. II, 2.

⁹¹⁹ *Singer*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 3, § 119, Rn. 6, Nr. II ff.; *Kramer*, in: Münchener Kommentar zum BGB Bd. 1, § 119, Rn. 57, Nr. II; Auch: *Kramer*, Defects in the contracting process, in: International encyclopedia of comparative law VII, chapter 11, S. 4 ff.

⁹²⁰ RGZ 85, 322. Irrtum des Ausfallbürgen über die Höhe des zu erwartenden Ausfalls. Die Anfechtung gemäß § 119 BGB ist bei zweifelhaften Willenserklärungen, die auf zweifelhaften Schätzungen oder Annahmen beruhen, ausgeschlossen; RGZ 134, 25. Eine irrtümliche Veräußerung eines vom Grundstück fallenden Teils, der an die Stadtgemeinde überlassen war, fand statt. Die Käuferin erfuhr diese Situation, hat jedoch nicht unverzüglich das Geschäft angefochten. Das Berufungsgericht hielt die Anfechtungserklärung für nicht unverzüglich erklärt (§ 121 BGB).

⁹²¹ BGH NJW 1971, 1795. Das Anfechtungsrecht besteht auch wenn der Verkäufer den Mangel der verkauften Sache wegen Fahrlässigkeit nicht mitgeteilt hat.

⁹²² BGH DB 1962, 600. Die Rechtzeitigkeit der Anfechtung. Die Anfechtungserklärung soll unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern stattfinden. Dies bedeutet aber nicht, dass die Erklärung sofort abgegeben werden muss. Der Anfechtungsberechtigte darf noch zuwarten, nachdem er Kenntnis des Anfechtungsgrundes erlangt hat, solange dies im Interesse beider Parteien ist; *Kramer*, in: Münchener Kommentar zum BGB Bd. 1, § 121, Rn. 6, Nr. II f.

⁹²³ BGHZ 51, 141, 147. Die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Prozessvergleichs wurde nicht von der vom objektiven Missverhältnis zwischen der wahren Ausgangslage und der Leistungen bestimmt, sondern vom Gesamtverhalten einer Partei, die die andere Partei gemäß § 138 BGB übervorteilt hat.

beurteilen können, ob die Aussage „wahr“ oder „falsch“ ist. Bsp. das Alter eines Orientteppichs.⁹²⁴

Wenn ein Dritter (§ 123 Abs. 2) die Täuschung ausgeübt hat und die Erklärung einer anderen Person gegenüber abgegeben werden sollte, dann ist die Erklärung gegenüber dieser nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte.

Die Drohung wird als eine schlimme und gefährliche Willensbeeinflussung angesehen.⁹²⁵ Deshalb wird bei einer Drohung durch Dritte ein Anfechtungsrecht uneingeschränkt gewährt.⁹²⁶ Die Drohung kann in zweier Arten ausgeübt werden: durch psychischer Zwang (*vis compulsiva*) und durch physische Gewalteinwirkung (*vis absoluta*). Das Anfechtungsrecht ist nur für die *vis compulsiva* vorhanden, da der Bedrohte einen Entscheidungsspielraum hat. Bei der *vis absoluta* hat der Bedrohte keinen Handlungswillen, seine Willenserklärung ist nichtig und bedarf keiner Anfechtung.⁹²⁷

Die Anfechtungsfrist (§ 124) für die Drohung beträgt ein Jahr, nachdem die Zwangslage aufgehört hat. Für die Täuschung ein Jahr, nachdem sie entdeckt wurde. Jedoch darf die Anfechtung nicht 10 Jahre nach der erpressten Willenserklärung überschreiten. Das Anfechtungsrecht erlischt auch durch Verwirkung, wenn der Berechtigte trotz Kenntnis des Anfechtungsgrundes ein Urteil gegen sich ergehen lässt, ohne sich auf die Anfechtbarkeit zu berufen.⁹²⁸

§ 21. Abschließende Bewertung zu Kapitel 5

Savigny hat gesagt, „das alles Recht auf die Weise entsteht: [...] es wird erst durch Sitte und Volksglaube, dann durch Jurisprudenz erzeugt, überall also durch innere,

⁹²⁴ BGH WM 1977, 260. Rückabwicklung eines angefochtenes Teppichkaufs, bei dem keine andere Teppiche in Zahlung gegeben worden sind. Der Verkäufer veräußerte einen Teppich und meinte, der Teppich sei ein 90 alt jähriges Kunstwerk. Nach einen Gutachten ergab sich, dass der Teppich nur 20-30 Jahre alt war; *Singer*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 3, § 123, Rn. 5, Nr. III ff.

⁹²⁵ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts III, S. 117; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, S. 530 f., § 27, 2; *Probst*, Deception in: International encyclopedia of comparative law, S. 66 ff.; *Probst*, Coercion in: International encyclopedia of comparative law, S. 173 ff.

⁹²⁶ *Singer*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 3, § 123, Rn. 62, Nr. 2.

⁹²⁷ BGH WM 1975, 1002. Wird ein Wechsel durch körperliche Gewalt angenommen, so ist die Willenserklärung über die Annahme unwirksam. Diesen Einwand kann der Schuldner jedermann entgegensetzen; *Singer*, in: Staudingers Kommentar zum BGB AT 3, § 123, Rn. 66, Nr. 3.

⁹²⁸ OLG Hamburg HansRGZ 1926, 232; *Einsele*, in: Münchener Kommentar zum BGB Bd. 1, § 124, Rn. 9 f.

stillwirkende Kräfte, nicht durch die Willkür eines Gesetzgebers“⁹²⁹ (Volksgeist). Mit diesem Gedanken im Hinterkopf kann man sehen, wie die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte mit ihren Unterarten Anfechtbarkeit und Nichtigkeit entstanden ist.

Nach gemeinem Recht gab es Nichtigkeit und Reszission (so *Savigny* vor 1840 und *Puchta* vor 1843). Deutsche Juristen mit französischem Einfluss wie *Stabel*, *Zachariä* und *Brandis* haben den Begriff „anfechten“ und „Anfechtung“ benutzt. Jedoch war dieser Begriff ein prozessualer: Ein Rechtsgeschäft kann angefochten werden, um es durch den Richter für nichtig zu erklären.⁹³⁰ Nach der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts haben Juristen wie *Savigny*, *Windscheid* und *Puchta* die Nichtigkeit als Gegensatz der Anfechtbarkeit dargestellt. Die Ungültigkeit wurde zum Oberbegriff.⁹³¹

Parallel zu der theoretischen Entwicklung fanden sich in dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1856, dem bayerischen Entwurf von 1861 und dem Dresdner Entwurf von 1866 Vorschriften über die Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit waren die Unterarten der Ungültigkeit. Die Schöpfer dieser Gesetzbücher waren von den Werken *Savignys* und *Windscheids* beeinflusst.⁹³²

Für die Entstehung der Unwirksamkeitslehre im BGB haben die Ideen *Windscheids* eine wichtige Rolle gespielt. Auch wenn nach der herrschenden Lehre⁹³³ das BGB stark von den Ideen *Savignys* beeinflusst sein soll, kann man in den Motiven des BGB noch mehr den Einfluss von *Windscheid* erkennen. Beweise dafür sind die Zitate, die überall in den Materialien zum BGB zu finden sind. Der erste Entwurf des BGB wurde „der kleine *Windscheid*“ genannt, ein Beweis für den Einfluss *Windscheids* auf die 1. Kommission.⁹³⁴

Wenn man ferner die Unwirksamkeit von *Savigny* und *Windscheid* vergleicht, kann man sehen, dass *Savigny* sich über die Folgen der Anfechtung nicht äußert.⁹³⁵

⁹²⁹ *Savigny*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 13.

⁹³⁰ *Zachariä*, Handbuch des französischen Zivilrechts 1. Auflage, Bd. I, S. 270 § 175 f.; *Stabel*, Vorträge, S. 172; *Brandis*, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, S. 123.

⁹³¹ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 536.

⁹³² *Harder*, AcP 173, S. 231.

⁹³³ Bsp. : *Harder*, AcP 173, S. 173 ff.

⁹³⁴ *Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB, S. 33 ff., 39; *Schubert*, *Windscheid* und das Bereicherungsrecht, S. 186 ff.

⁹³⁵ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 539 ff.

Die Nichtigkeit erzeugt bei *Savigny* keine Klage, sie tritt von Rechts wegen ein und bedarf keines richterlichen Eingriffs.⁹³⁶ Bei *Windscheid* erzeugt die Nichtigkeit eine Klage, aber mit deklarativen Wirkungen (Feststellungsklage).⁹³⁷ Der Begriff des Anspruchs wurde bei *Savigny* nicht wie bei *Windscheid* behandelt.

Zuletzt, auch wenn *Windscheid* es nicht ausdrücklich erklärt, behandelt er die Anfechtbarkeit als ein Gestaltungsrecht. Dies geschah bei *Savigny* nicht.

⁹³⁶ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 540.

⁹³⁷ *Windscheid*, Pandekten, S. 180, Fn. 6.

Kapitel 6 Romanischer Rechtskreis (außer Frankreich)

§ 22. Italien

I. Vorgeschichte des Codice Civile

Vor der Entstehung des *Codice Civile* galten in Italien mehrere Zivilgesetzbücher in den verschiedenen Territorien. 1865 hat die italienische Regierung beschlossen, die Gesetze im Bereich des Zivil-, Handels- und Strafrecht zu vereinheitlichen. Dies ist als „*Codificazione del 1865*“ bekannt.⁹³⁸ Beispiele für Gesetzbücher, die vor der Kodifikation galten, sind:

1. Codice Civile per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla (1820)

Dieses Gesetzbuch versucht zwischen Nichtigkeit und Reszission zu unterscheiden. Aus dem Gesetzbuch wird jedoch nicht klar, wann eine Obligation nichtig oder „reszindibel“ ist. Die Gründe für Nichtigkeit sind die gleichen wie für Reszission. Außerdem ist für die Vernichtung der Obligationen nur die Reszissionsklage möglich.

Gemäß Art. 1042 können Erb- und Gemeinschaftsteilungen wegen Gewalt und Arglist rescindiert werden.⁹³⁹ Die Obligationen erlöschen mit der Reszission (Art. 1211). Die Reszissionsklage erfolgt auch im Falle von Gewalt, Irrtum oder Arglist (Art. 1285). Jedoch werden diese Gründe auch für die nichtigen Obligationen verwendet: Art. 1032 ff. bestimmt, dass die irrtümliche, erzwungene, oder arglistige Einigung nicht wirksam ist (*il consenso non è valido*). Art. 1083, dass der Tatsachenirrtum nicht zur Nichtigkeit führt (*l'errore di fatto non produce la nullità*). Art. 1086 ff., dass die Gewalt ein Nichtigkeitsgrund ist. Art. 1091, dass Arglist ein Nichtigkeitsgrund ist (*il dolo è una causa di nullità*). Nach Art. 1205 verursacht die Nichtigkeit der Obligation die Nichtigkeit einer Vertragsstrafe (*clausola penale*).

2. Codice Civile per gli stati di S.M. Il Re di Sardegna (1826)

Der einleitende Titel des *Codice* enthält allgemeine Rechtsregeln. Die Regel Nummer 13 bestimmt, dass die Gesetze, die die öffentliche Ordnung und guten Sitten betreffen,

⁹³⁸ *Eccher/Schurr*, Handbuch Italienisches Zivilrecht (2009), S. 46.

⁹³⁹ *Le divisioni possono rescindersi per causa di violenza o di dolo*.

durch Privatkonventionen nicht außer Anwendung gesetzt werden können.⁹⁴⁰ Die Folge des Nichtachtens wird nicht erwähnt, also befindet sich dieses Gesetzbuch in der gleichen Lage wie der *Code Civil* (das Problem der *leges imperfectae*). Es wird auch nicht klar, wann Nichtigkeit und wann Reszission Platz greifen. Gemäß Art. 1109 können Teilungen (*divisioni*) wegen Gewalt und Arglist rezindiert werden.

Art. 1395 ff. bestimmen (so wie im *Code Civil*) die Nichtigkeits- und die Reszissionsklage. Gewalt, Irrtum oder arglistige Täuschung sind Nichtigkeitsgründe (Artt. 1196 ff., 1395). Die Übervorteilung gehört zur Reszission (*rescissione*). Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (*restituzione in intiero*⁹⁴¹) ist eine Folge der Reszission (Artt. 1397, 1398).

Die Nichtigkeitseinrede (*eccezione di nullità*) kann bei jeder Nichtigkeits- oder Reszissionsklage eingewendet werden. Sie unterliegt keiner Verjährung. Gemäß Art. 1202 kann ein Vertrag wegen Gewalt nicht angefochten (*impugnato*) werden, wenn nach Beendigung der Gewalt der Vertrag entweder bestätigt oder nicht innerhalb der Frist angefochten wird;⁹⁴² nach Art. 1204 wird eine durch Irrtümliche, Gewalt oder Arglist beeinflusste Verbindlichkeit nicht von Rechts wegen nichtig hervorgerufen, sie gibt nur Anlass zu einer Nichtigkeits- oder Reszissionsklage.⁹⁴³ Die Nichtigkeits- oder Reszissionserklärung ist ein Grund für das Erlöschen der Obligationen (Art. 1321).

II. Codice Civile von 1865

1. Codice Civile

Die Nichtigkeit war nur für die Verträge vorgeschrieben.⁹⁴⁴ Mehrere Begriffe wurden ohne Unterschied verwendet, um die Ungültigkeit zu bezeichnen: *essenziali per la validità, non è valido, nullità, annullare, non può avere alcun effetto, illecito, non hanno effetto, nullo, obbligazione nulla*, usw.⁹⁴⁵

Der *Codice Civile* sah Nichtigkeit für das Fehlen der wesentlichen Erfordernisse des Vertrages (Art. 1104), für die Geschäftsunfähigkeit (Artt. 1105-1107), für die

⁹⁴⁰ *Non si può derogare con private convenzioni alle leggi che riguardano l'ordine pubblico ed i buoni costumi.*

⁹⁴¹ Codice Civile Sardinien, Art. 1398 ff., S. 375 ff.

⁹⁴² *Un contratto non può essere impugnato per causa di violenza.*

⁹⁴³ *La convenzione contratta per errore, violenza o dolo non è nulla di pien diritto; essa dà luogo soltanto ad agire per la nullità o per la rescissione, [...].*

⁹⁴⁴ Sacco, in *Novissimo Digesto Italiano* XI, S. 463 f.

⁹⁴⁵ Codice Civile 1865, Art. 1104 ff.

mangelhafte Einigung⁹⁴⁶ (Artt. 1108-1115), für das mangelhafte Vertragsobjekt (Artt. 1116-1122) und für die Wirkungen des Vertrages⁹⁴⁷ (Artt. 1123-1130) vor. Im Art. 1236 war bestimmt, dass die Obligationen durch die Annullierung (*annullamento*)⁹⁴⁸ und die Reszission (*rescissione*)⁹⁴⁹ erlöschen. Ab Art. 1300 ff. wurden die Nichtigkeits- und die Reszissionsklage geregelt. In den Nichtigkeits- und Reszissionsklagebestimmungen befanden sich die Bestimmungen über die Verjährung (Art. 1300), die Nichtigkeitseinrede (Art. 1302) und die Nichtigkeitsklage von Minderjährigen (Artt. 1303-1307). Die Reszissionsklage war für den Fall der Übervorteilung (*lesione contrattuale*) anwendbar (Art. 1308).

Art. 1309 bestimmte die Bestätigung des Rechtsaktes. Die Bestätigung konnte stillschweigend durch Erfüllung der Leistung unter Kenntnis des Annullierungsgrundes erfolgen. Die Bestätigung konnte auch ausdrücklich sein, indem das mangelhafte Rechtsgeschäft in derselben Weise wie die Vornahme bestätigt wurde. Eine Ausnahme zur Bestätigung stellte den Art. 1310 dar. Die Bestätigung konnte nicht stattfinden, wenn die Nichtigkeit absolut war (*un atto nullo in modo assoluto*).

2. Motive zum Codice von 1865

Die Gesetzgeber des Zivilgesetzbuches von 1865 meinten, dass es nötig sei, ein Werk zu schaffen, in welchem die Entwicklung (*la genesi*) und die Motive der Bestimmungen des *Codice* erlassen wurden. Diese Motive wurden in sieben verschiedenen Werken vorbereitet:

- I. Relazione Ministeriale e Senatoria.
- II. Discussioni alla Camera ed al Senato.
- III. Verballi della Commissione di Coordinamento.
- IV. Prefazione Gianzana- Relazione al Re- Satuto- Disposizioni transitorie- Decreti di Promulgazione.
- V. Codice Civile colle referenze.
- VI. Leggi complementari I.
- VII. Leggi complementari II.

⁹⁴⁶ *Consenso*.

⁹⁴⁷ *Effetti dei contratti*.

⁹⁴⁸ Dies wird als Nichtigklärung übersetzt. So: *Staffler*, das Italienische Zivilgesetzbuch, S. 310; *Sacco*, in: *Novissimo Digesto Italiano* XI, S. 464.

⁹⁴⁹ Nach *Staffler* (Das Italienische Zivilgesetzbuch, S. 310): Aufhebung.

a) **Relazione Ministeriale 1863**

Die *Relazione Ministeriale* ist ihrerseits in zwei Teile untergliedert, die *Discorsi* und die *Relazioni*: aa.) Die *Discorsi* sind die Reden, die der Justizminister (*Ministro Guardasigli*) *Pisanelli* am 15. Juli 1863 vor dem Reichssenat (*Senato del Regno*) gehalten hat. Diese Reden behandelten nur das erste Buch des *Codice Civile*. bb.) Der Justizminister präsentierte die *Relazione Ministeriale* dem Senat auch am 15. November 1863.

Über die *recisione* oder Nichtigkeitsklage besagen die *relazioni*, dass in der Rechtslehre und in der Rechtsprechung vier verschiedene Ansichten für die Nichtigkeitsklage in Bezug auf Geschäftsunfähige gebe. Es bestand die Frage, ob Minderjährige einen Vertrag wegen Geschäftsunfähigkeit oder wegen Übervorteilung anfechten (*impugnare*) können.⁹⁵⁰ Also war es nicht klar, ob eine Nichtigkeits- oder Reszissionsklage erhoben werden soll. Über die Nichtigkeit außerhalb der Minderjährigkeit wird nichts weiteres gesagt, deswegen ist es schwer nachzuvollziehen, wie die Nichtigkeitslehre behandelt wurde.

b) **Discussioni**

In den *Discussioni* wird nur gesagt, dass die Verjährung, die vorher 10 Jahre betragen hat, auf 5 Jahre reduziert werde. Der Grund hierfür war, dass die Kommunikationen schneller geworden seien und die Rechtsübertragungen auch schneller erfolgen.⁹⁵¹

c) **Verballi**

Die *Verballi* bestimmen nur, dass es gerecht sei, die Frist um die Nichtigkeitsklage von 10 auf 5 Jahre zu reduzieren. Dann sollte es auch angebracht sein, die Verjährungsfrist von allen anderen Klagen von 30 auf 20 Jahre zu reduzieren.⁹⁵²

3. Würdigung

Der *Codice Civile* von 1865 unterscheidet immer noch nicht zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit. Auch die Begriffe *nullità* und *annullabile* werden ohne Unterschied verwendet. Durch eine ausdehnende Auslegung des Art. 1310 konnte man

⁹⁵⁰ *Relazione*, § 150, S. 92.

⁹⁵¹ *Discussioni* 1887, S. 42.

⁹⁵² *Verballi* 1887, v. 44, Nr. 7, S. 422 f.

jedoch zu dem Schluss kommen, dass es bereits eine Unterscheidung gäbe. Im *Codice* von 1865 wird die Nichtigkeit nur für die Verträge bestimmt. Eine Rechtsgeschäftslehre ist dem *Codice* fremd.⁹⁵³

Eine weitere Entwicklung im *Codice Civile* von 1865 ist, dass er im Gegensatz zu *Code Civil* die Vernichtbarkeit (*annullamento*) als Grund für das Erlöschen von Obligationen eingeführt hat. Das heißt, dass man bis zur Erhebung der Nichtigkeitsklage von einer gültigen Obligation ausging.⁹⁵⁴

III. Codice Civile von 1942

1. Codice Civile (1942)

Das italienische Zivilgesetzbuch (der *Codice Civile*) behandelt die Nichtigkeit und die Vernichtbarkeit in zwei verschiedenen Kapiteln (XI und XII). Diese beiden Kapitel gehören zum vierten Buch (Libro IV) „Über die Verträge im Allgemeinen“. Kapitel XI über die Nichtigkeit enthält sieben Artikel.

In diesem *Codice Civile* wurde ein anderes Konzept des Vertrages eingeführt. Vertrag soll im ausgedehnten Sinne verstanden werden, so wie das deutsche „Rechtsgeschäft“.⁹⁵⁵ Die *invalidità* (Ungültigkeit) ist ein Oberbegriff für Nichtigkeit (*nullità*) und Annullierung (*annullabilità*).⁹⁵⁶ Die Inexistenz (*inesistenza*) wurde für den *Codice* abgelehnt, weil diese Kategorie unter die Nichtigkeit falle.⁹⁵⁷ Auch erscheint der Begriff der *inefficacia* (Unwirksamkeit) als Oberbegriff für *nullità* und *annullabilità*.⁹⁵⁸ Die *annullabilità* wird von manchen Autoren auch als *impugnabilità* bezeichnet.⁹⁵⁹ Die Rechtslehre behandelt Nichtigkeit und Vernichtbarkeit als einen Mangel im Tatbestand (*anomalia della fattispecie*).⁹⁶⁰

⁹⁵³ *Distaso*, I contratti in generale (1980), S. 24

⁹⁵⁴ Codice Civile 1865, Art. 1236.

⁹⁵⁵ *Distaso*, I contratti in generale S. 24; *Eccher/Schurr*, Handbuch Italienisches Zivilrecht, S. 136 f.

⁹⁵⁶ Cagliari Urt. v. 06.09.2002; *Messineo*, Dottrina generale del contratto (1944), S. 373 ff.; *Distaso*, I contratti in generale (1972), S. 1935.

⁹⁵⁷ *Messineo*, Dottrina generale del contratto, S. 373 ff.

⁹⁵⁸ *Distaso*, I contratti in generale, S. 1935; *Tondo*, in Novissimo Digesto Italiano VIII, S. 994 f.; *Tommasini* in: Enciclopedia del Diritto XII, S. 581.

⁹⁵⁹ *Messineo*, Dottrina generale del contratto, S. 382.

⁹⁶⁰ *Distaso*, I contratti in generale, S. 1939; *De los Mozos*, El negocio jurídico, S. 118 ff.

Über die Nichtigkeit besagt der *Codice Civile*, dass ein Vertrag nichtig ist, wenn er gegen gebietende Normen verstößt, wenn eine von den wesentlichen Erfordernissen fehlt oder wenn der Grund (*causa*) unzulässig ist (Art. 1418).

Die Nichtigkeitsklage kann von jedermann mit Interesse erhoben werden.⁹⁶¹ Sie kann auch durch den Richter von Amts wegen berücksichtigt werden⁹⁶² (Art. 1421). Die Nichtigkeitsklage unterliegt keiner Verjährung (Art. 1422), außer im Falle der Ersitzung und im Falle der Bereicherungsklage (*azione di ripetizione*). Gründe für die Annullierung (*annullabilità*) des Vertrages sind Geschäftsunfähigkeit (Art. 1425 ff.), Irrtum (*errore*), Gewalt (*violenza*) und Arglist (*dolo*).⁹⁶³ Die Klage auf Annullierung kann nur von der betroffenen Partei erhoben werden (Art. 1441) und verjährt in fünf Jahren⁹⁶⁴ (Art. 1442). Jedoch kann auf die Klage durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Bestätigung verzichtet werden (Art. 1444), wenn das Rechtsgeschäft ansonsten wirksam zustande gekommen ist.⁹⁶⁵ Wird der Vertrag bestätigt, so ist er *ex tunc* wirksam.⁹⁶⁶ Für die Reszission (*rescissione*) sind die Gründe ungerechte Bedingungen (*condizione inique*) oder Not (*necessità*) eine Gefahr zu beseitigen, (Art. 1447). Ein weiterer Grund ist die Übervorteilung (*laesio enormis*, Art. 1448).

2. Motive zum Codice Civile 1942 (Relazione Ministeriale 1942)

a) Die Nichtigkeit des Vertrages

Abgesehen vom Fehlen der wesentlichen Erfordernisse eines Rechtsgeschäftes⁹⁶⁷ gibt es andere Gründe für absolute Nichtigkeit. Ein Vertrag ist auch nichtig, wenn er gegen zwingendes Recht verstößt, wenn der Rechtsgrund (*causa*) gesetzwidrig⁹⁶⁸ ist, wenn die Beweggründe im Sinne von Art. 1345⁹⁶⁹ gesetzwidrig sind oder wenn das Rechtsobjekt unmöglich ist oder nicht bestimmt werden kann.

⁹⁶¹ Kassation von 09.02.1985.

⁹⁶² Kassation von 01.08.2001.

⁹⁶³ Für die Fälle von Irrtum (*errore*), Gewalt (*violenza*) und Arglist (*dolo*) hat die betroffene Partei die Wahl den Vertrag zu vernichten oder bestätigen. Kassation von 04.12.1982; 03.08.1987; 26.05.2008.

⁹⁶⁴ Die Nichtigkeitseinrede kann jedoch in jedem Moment erhoben werden, Kassation von 03.07.1998.

⁹⁶⁵ Kassation von 22.01.1999.

⁹⁶⁶ *Consiglio di Stato* 20.05.1996.

⁹⁶⁷ *Requisiti essenziali*, Relazione Ministeriale S. 140.

⁹⁶⁸ *Causa illicita*

⁹⁶⁹ In diesem Fall was Art. 1345 bestimmt ist, dass den Vertrag unwirksam ist, wenn die Parteien sich aus einem gemeinsamen unerlaubten Vertragsbeweggrund (Scheingeschäft) geeinigt haben. (*Il contratto è illecito quando le parti sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe*).

Die Nichtigkeit wegen Verstoßes (*violazione*) gegen zwingendes Recht erscheint unabhängig von der Nichtigkeit wegen unerlaubten Rechtsgrundes. Die Erklärung ist, dass die Nichtigkeitsgründe, die nicht unter unerlaubten Rechtsgrund fallen, in eine andere Kategorie passen können (der Verstoß gegen zwingendes Recht). Diese Präzisierung erklärt auch die umstrittene Frage über die Wirkungen für den Verstoß einer zwingenden Rechtsnorm, wenn keine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion der Verbindlichkeit (*nullità del vincolo*)⁹⁷⁰ vom Gesetz bestimmt wird. Die Nichtigkeitssanktion ist die Regel, aber nur wenn das Gesetz nicht andere Folgen anordnet.

Im Regelfall kann der nichtige Vertrag nicht geheilt werden. Ferner muss die Nichtigkeit von Amts wegen (*ex officio*) durch den Richter festgestellt werden. Durch Zeitablauf wird der nichtige Vertrag nicht bestätigt. Eine Ausnahme von diesem Prinzip stellen die Vorschriften über die Ersitzung dar.⁹⁷¹ So wird durch Erfüllung des Vertrages durch Zeitablauf die Konsolidation der neuen Rechtslage bestimmt.⁹⁷²

Der nichtige Vertrag kann die Wirkungen eines anderen Vertrages entfalten. Dieser muss aber den sachlichen und förmlichen Erfordernissen entsprechen (Umdeutung, Konversion). Diese Bestimmung findet ihre Begründung in dem Willen der teilnehmenden Parteien, einen praktischen Versuch eines wirksamen Rechtsverhältnisses zu begründen. Deswegen ist es nicht nötig, dass der Vertrag die Voraussetzungen eines anderen wirksamen Vertrages enthält. Jedoch ist es nötig, dass es sich vom Vertrag ableiten kann, dass die Parteien die Wirkungen des anderen Vertrages gewollt hätten, wenn sie gewusst hätten, dass der von ihnen abgeschlossene Vertrag nichtig ist. Für diesen Fall sieht das Gesetz die formelle Umdeutung des Vertrages nicht vor. Es ist mehr eine „substanzielle“ Lösung, den verfolgten Zweck der Parteien zu berücksichtigen. Es muss sich ableiten lassen, dass die Parteien den anderen Vertrag gewollt hätten, wenn sie die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages gekannt hätten.⁹⁷³

⁹⁷⁰ Relazione Ministeriale, S. 140.

⁹⁷¹ Kassation von 16.01.1997; 18.08.1997.

⁹⁷² Bsp. Ein Kaufvertrag ist wegen Formmangel nichtig. Der Käufer aber hat die Sache für die Zeit der Ersitzung im Besitz. So wird die Partei wegen Ersitzung und nicht wegen des Kaufvertrages zum Eigentümer (nach dem Einheitsprinzip).

⁹⁷³ *Patti*, Das Italienische Zivilgesetzbuch, Art. 1424, S. 367.

b) Die Vernichtbarkeit (*annullabilità*) des Vertrages

Die Motive besagen, dass in der Regel im *Codice Civile* die Vernichtbarkeit ausdrücklich nur aus Geschäftsunfähigkeit (*incapacità*) und den einseitigen Willensmängel (*vizi di consenso*) resultiert. In Betracht gezogen wurden nur diese Fälle, weil die relative Nichtigkeit von einer Reaktion der betroffenen Partei abhängig ist.

In dem Fall der Geschäftsunfähigkeit wurde vom Gesetzgeber gewollt, das Prinzip der Vernichtbarkeit und nicht der Nichtigkeit zu behalten. Für die heutigen Geschäfte ist es möglich, dass manche Geschäfte die wirtschaftliche und rechtliche Sphäre des Geschäftsunfähigen nicht schädigen. Die Nichtigkeit als Folge für die vom Geschäftsunfähigen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wäre unangemessen gewesen.⁹⁷⁴

Bei dem Willensmangel ist der Vertrag annullierbar und nicht nichtig. Der mangelhafte Vertrag wird anerkannt, aber es wird der betroffenen Partei die Wahl überlassen, ob sie den Vertrag bestätigt oder annulliert.

Für den Irrtum auch wenn das Gewollte und die Willenserklärung unterschiedlich sind, und das ein Hindernis für das Zustandekommen eines Vertrages ist, soll das gute Willen der Parteien erhalten werden. Deswegen wird so einen Vertrag vernichtbar.

Die Gewalt ist auch ein Vernichtungsgrund. Unter Gewalt fällt nicht nur die physische sondern auch die moralische. Wenn ein Zwang auf die Person ausgeübt wird, dann wird ihre Willensfreiheit gehindert. Dies begründet die Vernichtung. Die Arglist (*dolo*) unterscheidet sich von dem Gewalt, indem die Arglist die Auffassungsgabe, aber die Gewalt die Willensfreiheit betrifft.⁹⁷⁵

3. Würdigung

Wenn die Motive die Restitution von der Nichtigkeit trennen, dann ist es ein bisschen deutlicher, dass die Nichtigkeit zur allgemeinen Regel kommen konnte.

Nach den Kodifikationen der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts war unklar, welches der Unterschied zwischen Reszission und Nichtigkeit war. Mit dem *Codice Civile* von 1865 wurde dieses Problem überwunden. Problematisch blieb jedoch die Unterscheidung zwischen Nichtigkeit als allgemeiner Regel und Nichtigkeit für

⁹⁷⁴ Relazione Ministeriale 1942, S. 140.

⁹⁷⁵ Relazione Ministeriale 1942, S. 141.

besondere Fälle wie Irrtum, Gewalt und Arglist. Das Problem der *leges imperfectae* wurde mit dem *Codice* von 1865 auch nicht überwunden.

In der Kodifikation in 1942 mit der Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Nichtigkeit wurden diese Probleme endlich überwunden.⁹⁷⁶ Auch wenn diese Nichtigkeit für den Vertrag anwendbar ist, wurde das Konzept des Vertrages erweitert. Vertrag sollte im weiteren Sinne, also als Rechtsgeschäft verstanden werden.⁹⁷⁷ Obwohl der *Codice Civile* sich am französischen Modell des *Code Civil* orientierte, wurden auch viele deutsche Rechtsinstitute übernommen.⁹⁷⁸

§ 23. Spanien

I. Las Siete Partidas als wichtigste Quelle der spanischen Kodifikation

Die *Siete Partidas* wurden als Gesetzessammlung unter Alfonso X. im XIII. Jahrhundert erlassen. Ihr Zweck war, eine gesetzliche Einheit im spanischen Königreich einzuführen. Als Rechtsquelle waren diese Gesetze von Bedeutung, da sie auch in einigen Gebieten von Amerika bis zum Ende des XIX. Jahrhundert galten. In Spanien galten sie bis vor der Kodifikation in 1889.⁹⁷⁹

Die *Partidas* kennen eine Unwirksamkeitslehre nicht. Jedoch befinden sich vereinzelte Bestimmungen in Gestalt von Verbotsgesetzen, wo eine "Unwirksamkeit" vorgesehen ist. Bsp.: *Primera Partida*, Titel II, 5. Gesetz (1, II, 5). Über die Art und Weise, wie man die Gewohnheiten geltend machen kann.⁹⁸⁰ Wenn in diesem Fall jemand sich auf Gewohnheiten beruft, dann dürfen die Gewohnheiten nicht gegen natürliches Recht oder Gottesrecht verstoßen.⁹⁸¹ In der *Setena Partida*, Titel XXXIII, *De las Reglas del Derecho* (7, XXXIV, allgemeine Regeln) befinden sich zahlreiche Verbotsnormen, die Unwirksamkeit als Folge haben. Bsp.: (7, XXXIV, Regel XXIV), Niemand kann gegen seinen Willen zu einer Verbindlichkeit gezwungen werden.⁹⁸²

⁹⁷⁶ Sacco, in: *Novissimo Digesto Italiano* XI, S. 458 ff.

⁹⁷⁷ *Quadrato*, *Sulle tracce dell'annullabilità* (1983), S. 1; *Tommasini* in: *Enciclopedia del Diritto* XII, S. 575; *Distaso*, *I contratti in generale*, S. 24.

⁹⁷⁸ So zum Beispiel die Umdeutung. Sacco, in: *Novissimo Digesto Italiano* XI, S. 464.

⁹⁷⁹ *Scheppach*, *Las Siete Partidas* (1991), S. 231 ff.; *Castro y Bravo*, *Derecho Civil de España* I (1955), S. 206 ff.

⁹⁸⁰ *Quien puede poner costumbre y de que manera*.

⁹⁸¹ Partida Bd. I.

⁹⁸² Partida Bd. VII; *Scheppach*, *Las Siete Partidas*, S. 73 ff.

II. Der Código Civil

Das spanische Zivilgesetzbuch (*Código Civil*) ist in Bücher, Titel, Kapitel und Sektionen aufgeteilt. Das Zivilgesetzbuch wurde in Teilen durch mehrere königliche Dekrete (*Decretos Reales*) erlassen. Der spanische *Código Civil* enthält vier Bücher:

- Buch I, über die Personen
- Buch II, über die Güter, das Eigentum und seine Einschränkungen
- Buch III, über die verschiedenen Arten des Eigentumserwerbes
- Buch IV, über die Obligationen und Verträge
- Ergänzende und Übergangsbestimmungen

III. Motive zum Código Civil (Ley de Bases 11 mayo 1888)

Aufgrund der *Ley de Bases* war die spanische Regierung befugt, ein Zivilgesetzbuch gemäß den *Bases* (Grundlagen) zu veröffentlichen. Eine Gesetzgebungskommission (*Comisión de Códigos*) erhielt den Auftrag, den *Código Civil* zu verfassen. Diese Kommission sollte einen vom französischen Recht beeinflussten Entwurf aus dem Jahre 1851 in Betracht ziehen (Base 1).

Die Gründe für das Erlöschen der Obligationen wurden nur auf diejenigen, die alle Elemente für ihre Gültigkeit ansammeln eingeschränkt (Base 19)⁹⁸³. D.h. Nichtigkeit gehört nicht mehr dazu, weil eine Obligation, die unter Nichtigkeit leidet, ein Mangel in einem von den Elementen enthält. Die Verträge sind Erwerbstitel und sie unterliegen dem Prinzip, dass die Einigung die Bindung bestimmt. Die Voraussetzungen für Willenserklärung, Geschäftsfähigkeit und Geschäftsfreiheit wurden genau beachtet, „indem die modernsten Gesetzgebungen im Bereich von Rechtsnatur, Rechtsgrund, Form und Auslegung und über Rescission und Annullierung von Konventionen konsultiert wurden“ (Base 20).⁹⁸⁴

⁹⁸³ *Las obligaciones que reúnen todos los elementos para su validez.*

⁹⁸⁴ Ley de Bases in: *Fernández, Código Civil*, S. 27 ff.

IV. Nichtigkeit und Vernichtbarkeit im Código Civil⁹⁸⁵

1. (Absolute) Nichtigkeit

Die absolute Nichtigkeit befindet sich in einzelnen Vorschriften. Der **Art. 6 Abs. (3)** ist eine Einzelvorschrift der absoluten Nichtigkeit. Laut dem Art. 6 sind die Handlungen, die den Gebots- und Verbotsnormen zuwiderlaufen nichtig *ipso iure*, außer wenn eine andere Folge für den Fall der Zuwiderhandlung festgelegt ist^{.986} Diese Nichtigkeit ist der schwerwiegendste Unwirksamkeitsgrund für Rechtsgeschäfte.⁹⁸⁷ Für das Spanische Oberste Gericht (*Tribunal Supremo*) ist diese Nichtigkeit „der Ausdruck des juristischen Nichts“.⁹⁸⁸ Die Rechtsprechung ist sich einig, dass die Richter die *ipso iure* Nichtigkeit berücksichtigen müssen, wenn der Zweck des Gesetzes und des Rechtsaktes einander widersprechen.⁹⁸⁹ Außerdem wird noch die absolute Nichtigkeit in zwei verschiedenen Kapiteln des Buches IV behandelt. Über die Unwirksamkeit von Verträgen befinden sich im *Código Civil* nur vereinzelte Vorschriften. Die Nichtigkeitslehre wurde von der Rechtsprechung und dem Schrifttum entwickelt und zu einem einheitlichen Bild zusammengefasst.⁹⁹⁰

Laut dem Titel II (Von den Verträgen), Kapitel I (Allgemeine Bestimmungen), **Art. 1255** können die Vertragsschließenden die Vereinbarungen, Klauseln und Bedingungen festsetzen, die sie für angebracht halten, sofern sie nicht gegen die Gesetze, die Moral oder die öffentliche Ordnung verstoßen. Durch diesen Artikel wird die Vertragsfreiheit als Ausdruck der Privatautonomie festgestellt. Die Grenzen für die Vertragsfreiheit sind die Moral und die guten Sitten.⁹⁹¹ Wenn ein Vertrag gegen Art. 1255 verstößt, dann muss in der Revision die gesetzwidrige Klausel des Vertrages zitiert werden, um die Nichtigkeit zu begründen.⁹⁹² Das dispositive Gesetzesrecht ist wegen der Privatautonomie für die Parteien nur ergänzend.⁹⁹³

⁹⁸⁵ Benutzt wurde die Übersetzung von *Witold Peuster* (Das spanische Zivilgesetzbuch, Frankfurt 2002).

⁹⁸⁶ *Peuster*, Das spanische Zivilgesetzbuch, S. 9.

⁹⁸⁷ *Lasarte*, *Principios de Derecho Civil*, S. 155

⁹⁸⁸ „*la expresión de la nada Jurídica*“, Urteil von 13.02.1985.

⁹⁸⁹ Urt. von 09.03.2000.

⁹⁹⁰ *Diez-Picazo*, *Fundamentos del derecho civil patrimonial I* (1979), § 56, S. 301 ff.; *Peuster*, Das Spanische Zivilgesetzbuch, S. 13.

⁹⁹¹ Urt. von 19.09.1997; So auch der *Code Civil* Art. 6. Siehe Kap. 2, § 3, Nr. VIII.

⁹⁹² Urt. von 18.11.1996.

⁹⁹³ Urt. von 12.11.1987.

Im Kapitel II (Von den wesentlichen Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Verträge), **Art. 1261** wird bestimmt, dass einen Vertrag nur dann vorliegt, wenn er bestimmte Voraussetzungen erfüllt:

- Einigung der Vertragsschließenden
- ein bestimmtes Objekt, das Gegenstand des Vertrages ist
- ein Rechtsgrund für die Verpflichtung, die eingegangen wird

Fehlt eine von diesen Voraussetzungen, ist der Vertrag radikal nichtig.⁹⁹⁴ Die Existenz des Vertrages wird durch Art. 1261 bestimmt. Die Hauptvoraussetzungen des Vertrages müssen nicht unbedingt schriftlich formuliert werden. Es genügt, wenn sie vom Vertrag abgeleitet werden können.⁹⁹⁵ Das *Tribunal Supremo* hat auch die Inexistenz des Vertrages gemäß diesem Artikel begründet: Die Unwirksamkeit hat verschiedene Stufen, und so kann man die Inexistenz von der radikalen oder absoluten Nichtigkeit unterscheiden, je nachdem ob eine oder mehrere Elemente im Vertrag fehlen.⁹⁹⁶

2. Annullierung oder Vernichtbarkeit

Die Bestimmungen über die Vernichtung befinden sich im Titel II, Kapitel VI (Von der Nichtigkeit der Verträge). Laut dem **Art. 1300** können Verträge, bei denen Voraussetzungen vorliegen, die der Art. 1261 aufführt, vernichtet werden, auch wenn daraus für die Vertragsschließenden keine Schädigung entsteht, sofern sie an einem der Mängel leiden, die sie nach Maßgabe des Gesetzes unwirksam machen.⁹⁹⁷

Der *Tribunal Supremo* hat festgelegt, dass es dem *Código* an einer klaren Unwirksamkeitslehre mangelt. Der *Código* unterscheidet nicht zwischen absoluter Nichtigkeit und Inexistenz. In den Artt. 1300, 1301 ist nur relative Nichtigkeit gemeint, in den Artt. 1304, 1305 absolute; die Artt. 1307, 1308 sind auf beide Nichtigkeiten anwendbar.⁹⁹⁸ Die Nichtigkeitserklärung muss immer im Prozess erfolgen.⁹⁹⁹

⁹⁹⁴ Urt. von 14.03.1984 ; 13.02.1985

⁹⁹⁵ Urt. von 21.02.1987; 30.09.1988; 23.11.1989.

⁹⁹⁶ *Diez-Picazo*, Fundamentos del derecho civil patrimonial I, § 56, S. 30.; Urt. von 14.03.1983; 24.02.1992.

⁹⁹⁷ Aus dem Art. 1300. kann man ableiten, dass er nicht über die absolute sondern über die relative Nichtigkeit spricht. Dies kann man aus dem Worten „*los contratos...pueden ser anulados*“ (die Verträge...können annulliert werden) und nicht „*los contratos...son nulos*“ (die Verträge...sind nichtig), wie es in dem Fall der radikale Nichtigkeit ist. Diese radikale Nichtigkeit bezieht sich auf das Nichtige Rechtsgeschäft, So: *Albaladejo*, El negocio jurídico (1958). S. 396; *Diez-Picazo*, Fundamentos del derecho civil patrimonial I, § 57, S. 306 ff.; *Miquel*, in: Enciclopedia jurídica básica (1995), S. 477.

⁹⁹⁸ Urt. von 25.04.2001.

Die Nichtigkeitsklage muss innerhalb von 4 Jahren erhoben werden (**Art. 1301**). Dazu legitimiert ist derjenige, der im Vertrag haupt- oder hilfsweise verpflichtet ist (**Art. 1302**). Der Mangel der Willenserklärung muss bewiesen werden. Wenn die Partei den Mangel der Willenserklärung nicht beweisen kann, ist der Vertrag gültig.¹⁰⁰⁰ Diese Nichtigkeitsklage ist nur für die relative Nichtigkeit anwendbar; die absolute Nichtigkeit unterliegt keiner Verjährung.¹⁰⁰¹

Wenn die Nichtigkeit ausgesprochen wird, dann sind die Parteien verpflichtet, die Sachen, die Gegenstand des Vertrages gewesen sind, zurückzuerstatten (**Art. 1303**). Die Restitution ist eine Folge der Nichtigkeit.¹⁰⁰² Durch die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand soll eine ungerechtfertigte Bereicherung vermieden werden. Diese Vorschrift ist sowohl bei absoluter wie bei relativer Nichtigkeit anwendbar.¹⁰⁰³

Wenn ein Vertrag bestätigt wird, dann erlischt die Nichtigkeitsklage (**Art. 1309**). Jedoch können nur die Verträge, die die Voraussetzungen des Art. 1261 (die Hauptvoraussetzungen) erfüllen, bestätigt werden. Die Bestätigung erfolgt ausdrücklich oder stillschweigend (**Art. 1311**). Für die Bestätigung ist die Mitwirkung desjenigen Vertragsschließenden, dem die Nichtigkeitsklage nicht zusteht, nicht erforderlich (**Art. 1312**). Nach der Bestätigung gilt der Vertrag als mangelfrei (**Art. 1313**). Die Nichtigkeitsklage nach einer Bestätigung erlischt, weil niemand gegen seine eigenen freien Rechtsakte (in diesem Fall die Bestätigung) klagen darf.¹⁰⁰⁴ Diese Vorschriften sind nur für die relative Nichtigkeit anwendbar. Wenn für ein Rechtsgeschäft eine Hauptvoraussetzung fehlt und diese Voraussetzung nachträglich erfüllt wird, dann handelt es sich nicht um eine Bestätigung, sondern um eine neue Vornahme eines Rechtsgeschäftes.¹⁰⁰⁵

V. Literatur

Die spanische Rechtslehre hat viele Begriffe, um dieselbe Unwirksamkeit zu bezeichnen: *nulidad*, *inexistencia*,¹⁰⁰⁶ *invalidez*, *ineficacia inicial*,¹⁰⁰⁷ *nulidad insanable*,

⁹⁹⁹ Urt. von 21.07.1988.

¹⁰⁰⁰ Urteil von 27.01.1945.

¹⁰⁰¹ Urt. von 18.10.2005.

¹⁰⁰² *Lasarte*, Principios de Derecho Civil, S. 155; *Miquel*, in: Enciclopedia jurídica básica, S. 478.

¹⁰⁰³ Urt. von 22.04.2005.

¹⁰⁰⁴ Urt. von 11.12.1986. *Nadie puede ir válidamente en contra de sus actos. No puede oponer la nulidad del contrato de venta quien lo confirmó.*

¹⁰⁰⁵ Urt. von 08.03.1989.

¹⁰⁰⁶ *De los Mozos*, El negocio jurídico, S. 128

¹⁰⁰⁷ *Albaladejo*, El negocio jurídico, S. 396.

nulidad no confirmable,¹⁰⁰⁸ *nulidad manifiesta*,¹⁰⁰⁹ *nulidad absoluta*, *nulidad de pleno derecho*, *nulidad radical*,¹⁰¹⁰ usw. (für absolute Nichtigkeit).

Anulabilidad, *nulidad relativa*, *ineficacia posterior*¹⁰¹¹, *nulidad sanable*, *nulidad confirmable*,¹⁰¹² *nulidad no manifiesta*,¹⁰¹³ *nulidad relativa*, *impugnabilidad*,¹⁰¹⁴ usw. (für relative Nichtigkeit). Der Grund dafür ist, dass es dem Spanischen Zivilgesetzbuch an einer allgemeinen Nichtigkeitslehre mangelt.¹⁰¹⁵ Dies hat eine Verwirrung in den Begriffen verursacht. Außerdem sollte die Nichtigkeitslehre nicht nur auf die Verträge, sondern auf alle Rechtsakte und Rechtsgeschäfte anwendbar sein.¹⁰¹⁶ Laut allgemeiner spanischer Rechtslehre kann die Unwirksamkeit (als Oberbegriff) aus verschiedenen Aspekten betrachtet werden:¹⁰¹⁷

a) Absolute und relative Nichtigkeit (*Nulidad absoluta y Nulidad relativa*)

Diese Trennung ist die bekannteste der Nichtigkeitslehren und bezieht sich auf den Unwirksamkeitsgrad des Rechtsgeschäftes. Die Nichtigkeit ist absolut, wenn ein Rechtsgeschäft gegen ein *erga omnes* wirkendes Verbot verstößt.¹⁰¹⁸ Die Nichtigkeit ist relativ, wenn das Rechtsgeschäft alle externen Voraussetzungen erfüllt. Jedoch kann man aus der Analyse des Rechtsgeschäftes ableiten, ob der Person ein gesetzliches Verbot als Partei oder Teilnehmer entgegensteht. Dies besteht entweder aufgrund der Form oder der Willenserklärung.¹⁰¹⁹

Die absolute Nichtigkeit begründet sich aus einem Verbot für die Allgemeinheit und betrifft deswegen die Allgemeinheit ohne Unterschied. Die relative Nichtigkeit betrifft nur bestimmte Parteien, und sie bezieht sich nur auf bestimmte Rechtsakte. Deswegen

¹⁰⁰⁸ *Grimalt*, Ensayo sobre la nulidad, S. 20.

¹⁰⁰⁹ *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia (1989), S. 201, Art. 73.

¹⁰¹⁰ *Grimalt*, Ensayo sobre la nulidad, S. 5.

¹⁰¹¹ *Albaladejo*, El negocio jurídico, S. 397; *Miquel*, in: Enciclopedia jurídica básica I, S. 475.

¹⁰¹² *Grimalt*, Ensayo sobre la nulidad, S. 20.

¹⁰¹³ *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia, S. 201, Art. 73.

¹⁰¹⁴ *Grimalt*, Ensayo sobre la nulidad, S. 20.

¹⁰¹⁵ *Diez-Picazo*, Fundamentos del derecho civil patrimonial I, § 57, S. 301 f.; *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia, S. 2217, Art. 1300.

¹⁰¹⁶ *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia, S. 2217, Art. 1300.

¹⁰¹⁷ *Albaladejo*, El negocio jurídico, S. 396 ff.; *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia, S. 200, Art. 73 ff.; *De los Mozos*, El negocio jurídico, S. 128; *Lasarte*, Principios de Derecho Civil, S. 150 ff.; *Parra*, Las nulidades de los contratos, S. 41 ff.; *Grimalt*, Ensayo sobre la nulidad, S. 5 ff.; *Delgado*, Las nulidades de los contratos, S. 13 ff.

¹⁰¹⁸ *Diez-Picazo*, Fundamentos del derecho civil patrimonial I, § 57, S. 301 f.; *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia, S. 200, Art. 73.

¹⁰¹⁹ *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia, S. 203, Art. 73.

wird sie „*relativa*“ genant,¹⁰²⁰ weil sie nur auf manche Personen oder Rechtsakte bezogen ist.¹⁰²¹

b) *Acto nulo* (Nichtiger Rechtsakt) und *acto anulable* (Annullierbarer Rechtsakt)

Diese Unterscheidung zwischen *acto nulo* und *acto anulable* verbindet sich mit der zuvor genannten. Der nichtige Rechtsakt ist absolut nichtig, der annullierbare relativ. In vielen Zivilgesetzbüchern werden *nulidad* (Nichtigkeit) und *anulación* (Vernichtbarkeit oder Annullierung) als synonym behandelt, obwohl ihre Bedeutung unterschiedlich ist. Der nichtige Rechtsakt leidet an Nichtigkeit *ab initio*, unabhängig von dem Willen der Parteien und ihrer Einigung. Ein nichtiger Rechtsakt kann außer der Wiederherstellung in den ursprünglichen Stand (*restitutio in integrum*) keine Wirkung haben. Weil der nichtige Rechtsakt gegen eine Bestimmung der öffentlichen Ordnung verstößt, können die Parteien ihn auf keinen Fall bestätigen. Der annullierbare Rechtsakt (*acto anulable*) mangelt an einer Unvollkommenheit, die nur das Gesetz oder die Parteien heilen können. Mit der Bestätigung wird der Rechtsakt als wirksam angesehen.¹⁰²² Die Wirkungen einer Nichtigkeits- und Annullierungserklärung sind unterschiedlich.¹⁰²³

c) *El acto inexistente* (der inexistente Rechtsakt). Es gibt Situationen, in der ein Rechtsakt nicht alle Voraussetzungen für seine Gültigkeit erfüllt. Manchmal fehlt eines von den Elementen und der Rechtsakt kann nicht wirksam werden, weil er nicht existiert.¹⁰²⁴ Aufgrund dieser Situation und der Schwierigkeit, solche Akte aufzuheben, ist die Lehre der Inexistenz (*acto inexistente*) entstanden. Eine Ehe zwischen zwei Personen desselben Geschlechts, eine Ehe ohne Willenserklärung oder eine Ehe, die nicht vor einem Staatsbeamten geschlossen wurde (sondern von einem Freund der

¹⁰²⁰ Dies ist ein gutes Beispiel für die Verwirrung in der spanischen Lehre. Die französische Nichtigkeitslehre bezeichnet die relative Nichtigkeit eine solche, weil sie die *relation* (das Verhältnis) bezeichnet. Manche spanische Autoren wollen einen anderen Sinn zum Wort erteilen und *relativa* im Sinne von „auf manchen Personen bezogen“ verstehen.

¹⁰²¹ *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia, S. 203 Art. 73.

¹⁰²² *Diez-Picazo*, Fundamentos del derecho civil patrimonial I, § 56, S. 306 f.; *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia, S. 201, Art. 73.

¹⁰²³ *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia, S. 201, Art. 73. *Vázquez* erklärt nicht, warum die Wirkungen unterschiedlich sind. Nach herrschender Meinung sind die Folgen eigentlich dieselben. Vielleicht ist damit gemeint, dass für absolute Nichtigkeit die Nichtigkeit *ab initio* ist und für relative *ex tunc*. Der Unterschied wäre, wenn die Nichtigkeit absolut ist, gibt es keine Wirkungen und das gilt von Anfang an, aber wenn die Nichtigkeit relativ ist, dann gab es zwar Wirkungen, aber sie werden rückwirkend vernichtet.

¹⁰²⁴ *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia, S. 203, Art. 73.

Ehegatten) waren die Fälle, die die Schöpfung einer Lehre der Inexistenz verursacht haben.¹⁰²⁵ Für diese Fälle konnte keine Nichtigkeitslehre angewendet werden, weil es nicht möglich war, andere als die vom Gesetz ausdrücklich bestimmten Nichtigkeitsgründe anzuwenden. Das Problem war, dass die Rechtsakte, in welchen es an einer Hauptvoraussetzung gefehlt hatte, nicht wirksam sein konnten; dann war es möglich, die Lehre der Inexistenz anzuwenden. Diese Inexistenz ist nahezu deckungsgleich mit der *nulidad radical* oder der *nulidad absoluta*.¹⁰²⁶ Die Inexistenz unterscheidet sich von der Nichtigkeit, indem das Rechtsgeschäft bei der Inexistenz so angesehen werden muss, als ob es nie entstanden ist.¹⁰²⁷ Nur ein existierendes Rechtsgeschäft kann nichtig werden, weil die Nichtigkeit eine Art Unwirksamkeit (*invalidez*) ist.¹⁰²⁸ Das Oberste Gericht behandelt die Inexistenz als Nichtigkeit.¹⁰²⁹ Manche Autoren vertreten jedoch die Meinung, dass auch für das Oberste Gericht die Inexistenz eine selbständige Lehre sei.¹⁰³⁰ Die Lehre der Inexistenz hat heutzutage seine Anwendbarkeit verloren, weil die absolute Nichtigkeit ihr Anwendungsfeld erweitert hat.¹⁰³¹

VI. Würdigung

Der Spanische *Código Civil* von 1889 hat bei der Nichtigkeitslehre einen weiteren Schritt seit dem *Code Civil* getan. Auch wenn keine Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Nichtigkeit gemacht wird, kann man ableiten, dass der spanische *Código Civil* zwei verschiedene Nichtigkeiten kennt: Diejenige von Art. 6 Nr. 3 als allgemeine Regel und diejenige ab Art. 1300 ff. als eine Annullierung. Bei der Nichtigkeit des Art. 1300 ff. ist jedoch nicht klar, ob es sich dort um eine absolute oder relative Nichtigkeit handelt. Diese Frage verursacht in der Rechtslehre übermäßige Meinungsverschiedenheiten.

Art. 6 Nr. 3 bestimmt Nichtigkeit wenn gegen gebietende oder verbietende Normen stipuliert wird. Der *Código* hat aber für den Art. 1261 (die Hauptvoraussetzungen des

¹⁰²⁵ Siehe Kapitel 3, § 5, Nr. II.

¹⁰²⁶ *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia, S. 203, Art. 73

¹⁰²⁷ *Albaladejo*, El negocio jurídico. S. 396; *Sánchez Calero*, Curso de Derecho Civil II (2008), S. 205 ff.

¹⁰²⁸ *Albaladejo*, El negocio jurídico. S. 400.

¹⁰²⁹ Urt. von 07.12.1981; 23.02.1983; 11.03.1985.

¹⁰³⁰ *Lasarte*, Principios de Derecho Civil, S. 157; *Grimalt*, Ensayo sobre la nulidad, S. 5; *Delgado*, Las nulidades de los contratos, S. 19 ff.

¹⁰³¹ *Vázquez*, Doctrina y jurisprudencia, S. 203, Art. 73.

Vertrages) keine Sanktion vorgesehen. Im diesem Fall befand sich der Spanische *Código Civil* in derselben Situation wie der Französische *Code Civil*. Also haben manche Autoren die Figur der Inexistenz importiert, um die Sanktion zu erklären. Heutzutage wurden die meiste Situationen der Inexistenz von der absoluten Nichtigkeit übernommen und deswegen besteht keinen Grund mehr, um eine Inexistenz zu benötigen, auch wenn eine Mindermeinung sie noch vertritt.

Der *Código* bestimmt Nichtigkeit nur für die Verträge. Also muss das Konzept des Vertrages im weiteren Sinne gesehen werden, so dass die Nichtigkeit auf andere Rechtsgeschäfte anwendbar wird.

§ 24. Guatemala

I. Geschichte der guatemaltekischen Zivilrechtskodifikation

1. Entstehung Guatemalas als unabhängiges Land

In der „Indiana Epoche“ war Guatemala der Name für das ganze mittelamerikanische Territorium, von Guatemala bis Costa Rica. Dieses Territorium wurde als *Capitanía General* oder guatemaltekisches Königreich bezeichnet. Die *Capitanía* hatte ihren Sitz in der Stadt *Santiago de los Caballeros de Guatemala*. In dieser Stadt wurde am 15. September 1821 die Unabhängigkeit des mittelamerikanischen Territoriums von Spanien verkündet. Die mittelamerikanische Unabhängigkeit folgte der mexikanischen Unabhängigkeit, die genau ein Jahr davor erklärt worden war. Nach der Unabhängigkeitserklärung hat Mittelamerika sich an Mexiko angeschlossen. Diese Einverleibung scheiterte jedoch ein Jahr später. Mittelamerika spaltete sich von Mexiko ab und so entstand das „Föderale Republik Mittelamerikas“ (Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica). Im Jahr 1844 trennte sich Guatemala nach dem Scheitern der „Föderalen Republik“ von der Föderalen Republik Mittelamerikas. Diese Trennung fand jedoch zehn Jahre davor schon *de facto* statt, als die mittelamerikanischen Länder unterschiedliche Interessen anstrebten.¹⁰³² Dieser Zeitpunkt war der Beginn, Nationalgesetze zu erarbeiten.

¹⁰³² *Guzmán*, Historia de la codificación civil en Iberoamérica (2006), S. 185 ff.; *Polo*, Historia de Guatemala (1996), S. 34 ff.; *Luján*, Breve historia contemporánea de Guatemala (2000), S. 20 ff.

2. Die Zivilrechtskodifikation

Vor seiner Unabhängigkeit galten in Guatemala die *Siete Partidas* und der *Fuero Real*, beide aus dem XIII. Jahrhundert.¹⁰³³ Diese Gesetze, von Spanien auferlegt, mussten nach der Unabhängigkeit verworfen werden. Die amerikanische Unabhängigkeit und die französische Revolution waren die Muster für die neu entstandenen Länder. Deswegen war Frankreichs *Code Civil* der Ausgangspunkt für die Kodifikationen in Lateinamerika.¹⁰³⁴

Der Beginn der guatemaltekischen Zivilrechtskodifikation wurde am 25. August 1813 mit der Vereidigung der *Constitución de Cádiz* von 1812 in Guatemala Stadt markiert. Ihr Artikel 258 hat die Schöpfung des Zivil- und des Kriminalgesetzbuchs vorgeschrieben. Bedauerlicherweise hat die Kodifikation nicht unverzüglich stattgefunden; es vergingen noch ein paar Jahrzehnte, bis sie endgültig erarbeitet wurde und in Kraft trat.¹⁰³⁵

Guatemala hatte jedoch in anderen Rechtsgebieten -wie das Strafrecht z.B. - in der Kodifikation einen Vorsprung im Vergleich zu anderen Ländern. Guatemala versuchte, die Strafgesetzbücher von *Edward Livingston*¹⁰³⁶ einzuführen. Diese hatte *Livingston* zwischen 1820 und 1826 für den Staat Louisiana erarbeitet, jedoch wurden die Entwürfe 1826 in Louisiana unverzüglich abgelehnt. Trotz dieser Ablehnung hat *Livingston* einen guten Ruf aufgrund seines Werkes bekommen.

Livingston beobachtete, wie es in Guatemala den Versuch zu einem föderalen Staatsaufbau gab, und legte deswegen im Jahr 1829 dem zukünftigen Präsidenten Guatemalas *José Francisco Barrundia* sein in Louisiana abgelehntes Werk *System of penal Law* vor. Dies war ein Entwurf für ein Straf-, Strafprozess- und Strafvollzugsgesetzbuch. Das Werk enthielt fünf Bücher: *Code of Crimes and Punishment*, *Code of Procedure*, *Code of Evidence*, *Code of Reform and Prison discipline*, und ein *Book of Definitions*. Die Gerichte sollten mit Geschworenen gebildet werden. Guatemala hat die Gesetzbücher *Livingstons* angenommen. Der künftige Präsident *Barrundia* hat den amtierenden Präsidenten *Francisco Morazán* überzeugt,

¹⁰³³ *Scheppach*, Las Siete Partidas, S. 223.

¹⁰³⁴ *Brañas*, Manual de Derecho Civil (1996), S. 20.

¹⁰³⁵ *Guzmán*, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, S. 185 ff.; *Polo*, Historia de Guatemala, S. 34 ff.; *Luján*, Breve Historia Contemporánea de Guatemala, S. 20 ff.

¹⁰³⁶ *Rodríguez*, The Livingston codes in the Guatemalan crisis of 1837-1838 (1955), S. 34 ff.

die Gesetzentwürfe für Guatemala anzunehmen. Die Idee war, die ganze Rechtsordnung an das System *Livingstons* anzupassen. Diese Gesetzentwürfe wurden von *Barrundia* und *José Antonio de Azmitia* übersetzt und sollten am 1. Januar 1837 in Kraft treten.¹⁰³⁷

Man hoffte, dass der Rest der Föderation dem Beispiel Guatemalas folgen würde.

Im Jahr 1836 hat die guatemalteckische Regierung *Miguel Larreinaga* beauftragt, ein Zivilgesetzbuch zu verfassen, das im Einklang mit den liberalen Ideen von *Livingston* stehen solle. Der damit beschäftigten Kommission wurde aufgetragen, dem Modell des Louisianaischen Zivilgesetzbuches zu folgen. Grund dafür war, dass *Livingston* bei der Fassung der Louisianaischen Gesetzbücher mitgewirkt hatte.¹⁰³⁸ Ein weiterer Grund für die Übernahme des Zivilgesetzbuches Louisianas war, dass es unter französischem Einfluss geschrieben wurde und Guatemala das Modell der Franzosen adaptieren wollte.¹⁰³⁹

Bedauerlicherweise ist die Gesetzgebung *Livingstons* auch in Guatemala gescheitert. Louisiana hatte diese Gesetzgebung in 1826 abgelehnt und Guatemala hat versucht, diese vergeblicherweise zu übernehmen. Die indianische Bevölkerung würde diese Gesetze nicht lesen können (weil die meisten Analphabeten waren) und so hätten sich auch nicht ein Geschworenengericht bilden können. Aufgrund Interessensverstoßes haben die konservative Partei Guatemalas und die Kirche auch starken Widerstand geleistet, bis es die amtierende Regierung aufgegeben hat, diese Gesetze einzuführen. Im März 1838 wurden die Gesetze *Livingstons* abgelöst.¹⁰⁴⁰

3. Código Civil von 1877

Wegen eines Krieges (Batalla de la Arada 1849) mit El Salvador wurde der Kodifikationsversuch unterbrochen. Nach dem Ende des Krieges wurde eine Kommission erneut damit beauftragt, das Zivilgesetzbuch (von 1836) zu Ende zu bringen. Am 26. Juli 1875 wurde durch ein Dekret des Präsidenten *Justo Rufino Barrios* die Kommission von den damaligen Innen-, Justiz- und Kirchlichenministern *Marco Aurelio Soto*, *Lorenzo Montúfar*, *José Barberena*, *Ignacio Gómez*, *Valero Pujol* und als Kommissionssekretär *Carlos F. Murga* gebildet. Später sind dieser Kommission *José Salazar* und *Joaquín Macal* beigetreten. Die Kommission hat erst am 29.09.1876 ihre

¹⁰³⁷ *Guzmán*, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, S. 187 ff.

¹⁰³⁸ *Guzmán*, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, S. 188.

¹⁰³⁹ *Luján*, Breve historia contemporánea de Guatemala, S. 20 ff.

¹⁰⁴⁰ *Guzmán*, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, S. 189.

Aufgabe fortgesetzt. Der Minister *Marco Aurelio Soto* musste zu diesem Zeitpunkt die Kommission verlassen, weil er die Präsidentschaft in Honduras vorübergehend übernommen hatte.¹⁰⁴¹

Die Kommission präsentierte am 05.02.1877 einen Zivilgesetz- und ein Zivilverfahrgesetzesentwurf. Dieser enthielt zahlreiche Motivbegründung, vor allem, was die materielle Zivilrechtskodifikation betrifft. Am 08.03.1877 wurde durch das Dekret des Präsidenten Nummer 175 das Zivilgesetzbuch verkündet und ist am 15.09.1877 in Kraft getreten. Dies war das erste guatemalteckische Zivilgesetzbuch. Heute wird es als 1877 Zivilgesetzbuch bezeichnet.

Dieses Werk war, trotz seiner bemerkenswerten Ungenauigkeiten, ein bedeutsames Werk für die Entwicklung des Zivilrechts, nicht nur, weil es das Zivilrecht Guatemalas geeinigt hat, sondern weil es ein großartiges Werk war.¹⁰⁴² In diesem Gesetzbuch wurden die neuen Ideen des damaligen Zivilrechts gesammelt und für Guatemala angepasst, so dass das Gesetzbuch der Realität Guatemala entsprechen würde.¹⁰⁴³

Am 20. Februar 1882 wurde das Dekret 272 erlassen. Dies enthielt eine Reihe von fundamentalen Reformen zum Zivilgesetzbuch. Die Gesetzeskommission erklärte in dem Bericht, dass es sich nicht um ein perfektes oder originales Werk handele.¹⁰⁴⁴

Das 1877 Zivilgesetzbuch wurde in folgende Teile gegliedert: Präliminärer Titel und drei Bücher. Der erste Titel war eine Einleitung mit generellen Vorschriften.

- Buch I enthielt die Vorschriften über die Personen.
- Buch II enthielt die Vorschriften über die Sachen, die verschiedene Erwerbsmöglichkeiten und die Rechte, die die Personen über sie ausüben könne (Sachenrechte).
- Buch III enthielt die Vorschriften über die Obligationen und Verträge.

4. Código Civil von 1933

Nach ca. 60 Jahre Geltung des *Código Civil*, wurde aufgrund seiner Ungenauigkeiten erkannt, dass ein neuer *Código* nötig war. Die Notwendigkeit, ein neues

¹⁰⁴¹ Bericht der Gesetzeskommission, 05. Februar 1877.

¹⁰⁴² *Brañas*, Manual de Derecho Civil, S. 20.

¹⁰⁴³ *Brañas*, Manual de Derecho Civil, S. 20.

¹⁰⁴⁴ “*No se trata de un obra perfecta ni enteramente original*”. Bericht der Gesetzeskommission, 05. Februar 1877, S. I.

Zivilgesetzbuch zu schaffen, hat an Bedeutung gewonnen. Deswegen hat am 30. Juni 1926 die Exekutive ein Dekret zur Zivilrechtreform in der *Asamblea Nacional*¹⁰⁴⁵ eingereicht. Diese Reform wurde später als Dekret der *Asamblea Nacional* Nummer 921 erlassen. Durch dieses Dekret wurde das neue Buch I eingeführt und das erste Buch vom 1877 Zivilgesetzbuch abgeschafft. Das Dekret bestimmte, dass eine Gesetzgebungskommission die restlichen zwei Bücher erarbeiten, und das vollendete Zivilgesetzbuch so früh wie möglich in Kraft treten sollte. Dies ist nie erfolgt. Trotzdem wurde im Jahr 1933 am 13. Mai das Dekret der *Asamblea Nacional* Nr. 1932 verkündet, indem das „neue Zivilgesetzbuch“ erhalten war. Das Zivilgesetzbuch war jedoch nur eine Reform des ersten Buches.

Das Gesetzbuch wurde wie folgt gegliedert:

- Buch I, über die Personen und die Familie.
- Buch II, über die Güter und Sachenrechte.
- Buch III, über die Eigentumserwerbsmöglichkeiten. Buch IV besagte, dass Buch III von 1877 Zivilgesetzbuch seine Gültigkeit nicht verliert, also über die Obligationen und Verträge wurde aufrechterhalten.

Auch dieses Gesetzbuch wurde erneut reformiert. Die Reformen waren im legislativen Dekret 2010 enthalten.

5. Código Civil von 1966

Unser heutiges Zivilgesetzbuch sollte am 14. September 1963 durch das Dekret-Gesetz¹⁰⁴⁶ 106 in Kraft treten. Dieses wurde aber vor seinem Inkrafttreten vom Dekret-Gesetz 218 bis 1966 verschoben. Dieses Zivilgesetzbuch besteht aus fünf Büchern:

- Buch I, über die Personen und die Familie.
- Buch II, über die Güter, über das Eigentum und die anderen Sachenrechte.
- Buch III, über die Erbfolge
- Buch IV, über das Eigentumsregister (Grundbuch)
- Buch V, Obligationenrecht. Dieses Buch besteht aus zwei Teilen: Der erste Teil behandelt die Obligationen im Allgemeinen, der zweite Teil die Verträge.

¹⁰⁴⁵ *Asamblea Legislativa*, diese *Asamblea* entspricht unserem heutigen Kongress, also der Legislative.

¹⁰⁴⁶ Ein Dekret-Gesetz ist ein Gesetz, das durch eine *de facto* Regierung entstanden ist.

Dieses Gesetzbuch hat viele Besonderheiten. Leider sind die Motive nicht umfangreich genug, um zu ermitteln, wodurch die Verfasser sich inspiriert haben.

Auch wenn Guatemala dem römisch-französischen Plan folgte, war der Einfluss von anderen Ländern von großer Bedeutung. In den Motiven erklären die Gesetzgeber, fast alle europäischen und lateinamerikanischen Zivilgesetzbücher nachgelesen und ihre Rechtslehren und Kommentierungen berücksichtigt zu haben. Manche von ihnen wurden an den maßgeblichen Stellen zitiert. Hauptsächlich wurden die Gesetzbücher aus Brasilien, Mexiko und Peru berücksichtigt. Aus diesen Gesetzbüchern wurden die Gliederung und die Abfassung der Artikel genommen.¹⁰⁴⁷

II. Der Einfluss des Zivilgesetzbuches Guatemalas in den anderen lateinamerikanischen Ländern

Die Zivilrechtskodifikationen in Lateinamerika erfolgten nicht unabhängig voneinander. Die lateinamerikanischen Gesetzgeber haben die Zivilgesetzbücher der anderen lateinamerikanischen Länder mit in Betracht gezogen. So wie Guatemala für die eigene Gesetzgebung die Zivilgesetzbücher herangezogen hat, haben auch die anderen Länder die guatemalteckischen *Códigos Civiles* in Betracht gezogen.¹⁰⁴⁸ Zwei gute Beispiele sind:

- Der *Código Civil* von Mexiko von 1928. Dieses Zivilgesetzbuch hat sich von mehreren europäischen und lateinamerikanischen (unter denen auch von Guatemala) Zivilgesetzbüchern und Verfassungen inspirieren lassen.¹⁰⁴⁹
- Der *Código Civil* von Nicaragua hat sich von dem guatemalteckischen Zivilgesetzbuch aus dem Jahr 1877 beeinflussen lassen. Insgesamt wurden 116 Artikel aus dem guatemalteckischen *Código Civil* übernommen.¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁷ Exposición de Motivos 1963, S. 206.

¹⁰⁴⁸ Dafür: *Guzmán*, Historia de la codificación civil en Iberoamérica.

¹⁰⁴⁹ *Guzmán*, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, S. 325.

¹⁰⁵⁰ *Guzmán*, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, S. 287.

III. Die Nichtigkeit in den guatemaltekischen *Códigos Civiles*

1. Der Código Civil von 1877

a) Motive (Exposición de Motivos) von 1877

Die Motive erklären, dass es einen Unterschied zwischen dem Nichtigen und dem *rescindible* vorliegt (*hay una diferencia muy notable entre lo nulo y lo rescindible*). Der französische *Code Civil* wird in den Motiven kritisiert, indem es die Nichtigkeit und die Rescision von Art. 1304 bis 1314 entwickelt, aber nicht klar darstellt, welche deren Unterschied ist. Im *Code Civil* werden Nichtigkeit und Reszission ohne Unterschied behandelt. Für den *Código Civil* bedeutet nichtig, die Obligation hat keine Wirkung. Dafür werden sieben Fälle genannt:

- Wenn die Obligation einen gesetzwidrigen oder unmöglichen¹⁰⁵¹ Tatbestand enthält
- Rechtsobjekte vom Rechtsverkehr ausgeschlossen sind
- Wenn man mit Minderjährigen oder Geschäftsunfähigen Verträge abschließt, ohne die Gesetzesformalitäten zu beachten
- Nichtbeachten der Formalitäten für die Gültigkeit der Obligationen
- Wenn der Irrtum in das Wesen der Sache fällt
- Arglist, Angst oder schwere Kraft (Gewalt)
- Fehlen des Rechtsgrundes (*causa*).

Die Nichtigkeitsklage musste innerhalb vier Jahren erhoben werden. Ein Vertrag, der durch Irrtum, Arglist oder Gewalt abgeschlossen worden war, war nicht *ipso iure* nichtig, er gab nur Anlass zur Nichtigkeitsklage.

Die Verpflichtungen, die gültig sind, können in manchen Fällen durch eine *rescición* aufgehoben werden. Sie können z.B. aufgehoben werden, wenn sie zum Nachteil der Gläubiger abgeschlossen waren (*actio Pauliana*).

¹⁰⁵¹ Das Beispiel für die Unmöglichkeit von Motiven ist das Versprechen, auf den Mond zu kommen. Auch wenn es damals unmöglich war, auf den Mond zu kommen, stellt sich die Frage, was wirklich unmöglich ist. Es könnte auch sein, dass die Unmöglichkeit relativ und zeitbedingt ist. Man könnte sich auch die Frage stellen, wo die Grenze zwischen Nichterfüllung und Unmöglichkeit ist.

Die Bezahlungen, die ein zahlungsunfähiger Schuldner gemacht hat, wenn die Bezahlungen noch nicht fällig waren, können auch durch eine *rescisión* aufgehoben werden. Die Frist für die *Rescisionsklage* betrug zwei Jahre.

Am Ende besagen die Motive, es sei durch ihre Darstellung ausreichend, den Unterschied zwischen Nichtigkeit und *rescisión* zu verstehen. Wenn diese Unterschiede deutlich waren, konnte man problemlos verstehen, wann die eine oder die andere Klage erhoben werden konnte.

b) Der Código

Im Gegensatz zum französischen *Code Civil* enthielt der *Código Civil* von 1877 eine allgemeine Regel über die Nichtigkeit.

In dem präliminären Titel gab es allgemeine Bestimmungen.

Art. 9 bestimmte, dass die Rechtsakte, die gegen die Verbotsgesetze verstießen, nichtig waren, es sei denn, dass dieselben Verbotsgesetze eine andere Sanktion bestimmen.

Art. 1456 ist ein Gegensatz zu diesem Artikel, der besagt, dass man alles, was die Gesetze nicht verbieten, in einem Vertrag festlegen kann.

Art. 10 enthielt die Nichtigkeit für Gesetzesumgehungsgeschäfte.

Im Titel XI, Buch III wird die Nichtigkeit und die *rescisión* behandelt. Von Art. 2359 bis 2369 werden die *Rescisions-* und Nichtigkeitsbestimmungen dargestellt. Die einzelnen Artikel enthalten dieselben Vorschriften wie in den Motiven.

Rescisión ist die Auflösung gültiger Obligationen (Art. 2359), Nichtigkeit gilt für Obligationen, die keine Wirkungen haben können (Art. 2364).

c) CPC-Código de Procedimientos Civiles (Zivilprozessgesetzbuch)

Wie bereits erwähnt, wurde das CPC-1¹⁰⁵² zusammen mit dem Zivilgesetzbuch erlassen. Dieses Zivilprozessgesetzbuch sollte die alten spanischen Gesetze abschaffen und nur dieses Prozessbuch sollte für die Zivilsachen anwendbar sein.

Der CPC-1 kannte auch die prozessuale Nichtigkeitsklage für notarielle Verträge. Wenn die Formalitäten eines Vertrages nicht beachtet wurden, gab es Anlass zur Nichtigkeitsklage (Art. 673).

¹⁰⁵² Um das Zivilprozessgesetzbuch von 1877 von dem Zivilprozessgesetzbuch von 1966 unterscheiden zu können, werde sie CPC-1 (1877) und CPC-2 genannt (1966).

Die Nichtigkeitseinrede gehörte zu den peremptorischen Einreden. Der CPC-1 hat zwischen dilatorischen und peremptorischen Einreden unterschieden. Die dilatorischen sollten den Verlauf des Prozesses aufschieben und durch die peremptorische sollte der Prozess untergehen. Die Nichtigkeitseinrede war eine peremptorische Einrede (Art. 574 Abs. 2 Nr. 9).¹⁰⁵³

d) Würdigung

Der *Código Civil* von 1877 unterscheidet zwischen Nichtigkeit und *rescisión*, aber nicht zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit. Der *Código Civil* von 1877 kennt die Nichtigkeit als eine allgemeine Regel für den Verstoß gegen Verbotsnormen. Eine andere allgemeine Regel über die Nichtigkeit befindet sich im CPC-1: das Nichtbeachten der Form. Bei den Obligationen wurde auch eine Nichtigkeit bestimmt. Diese Regelung der Nichtigkeit litt aber unter einem Widerspruch: Art. 2364 bestimmt, dass die nichtige Obligation keine Wirkungen erzeugt. Für die Fälle der Arglist, Angst, Gewalt oder Irrtum soll die Obligation nichtig sein. Artt. 2366, 2367 bestimmen, dass diese Obligationen dann wirksam sein können, wenn sie bestätigt werden. Das heißt, dass eine durch Arglist, Angst, Gewalt oder Irrtum kontrahierte Obligation nichtig ist. Bei Bestätigung wird sie für die Zukunft wirksam. Dies ist für das heutige Verständnis nicht mehr nachvollziehbar, weil durch Bestätigung eine Obligation rückgängig geheilt wird.

Die Fortschritte für die Nichtigkeitslehre sind, dass mit der Einführung einer allgemeinen Regel über die Nichtigkeit endlich eine Sanktion für den Verstoß zwingender Vorschriften entstanden ist. Somit war es nicht mehr nötig, eine Lösung durch die Inexistenzlehre oder durch die „schlummernde“ Nichtigkeitslehre zu finden.

2. Der Código Civil von 1930

Wie im Kapitel 1 dargestellt, blieb das Buch im Obligationenrecht gleich. 1930 gab es die Idee, ein Obligationenrecht von dem Zivilgesetzbuch zu trennen. Deswegen wurden nur die ersten Bücher des Zivilgesetzbuches erlassen. In der Zwischenzeit sollte das

¹⁰⁵³ Das guatemaltekische Recht im XIX. Jahrhundert unterschied zwischen Klage und Anspruch nicht. Deswegen sind diese Sätze schwer nachvollziehbar.

Obligationengesetzbuch vorbereitet werden. Diese Erarbeitung hat bedauerlicherweise nicht stattgefunden.¹⁰⁵⁴

3. Der Código Civil von 1966

a) Motive

In den Motiven werden die Nichtigkeitsgründe erläutert und definiert.¹⁰⁵⁵ Es wird erklärt, dass in dem *Código Civil* von 1877 die Konzepte von Nichtbestehen, Nichtigkeit und Vernichtbarkeit nicht klar dargestellt werden. Dieses Problem solle mit den Artt. 1301, 1303 CC gelöst werden, indem die Unterscheidung zwischen absoluter (Art. 1301) und relativer (Art. 1303) Nichtigkeit dargestellt wird. Diese zwei Artikel befassen sich mit den Fällen von absoluter Nichtigkeit wegen Nichtbestehen des Rechtsaktes¹⁰⁵⁶ und relativer Nichtigkeit wegen mangelhafter Willenserklärung (Willensmangel). Das guatemaltekische Recht unterscheidet zwischen „Inexistenz“ und absoluter Nichtigkeit nicht.¹⁰⁵⁷

Laut dem guatemaltekischen Recht sind für die Entstehung eines Rechtsgeschäftes drei Bedingungen erforderlich: eine geschäftsfähige Person, eine mangellose Willenserklärung und ein zulässiges Rechtsobjekt.¹⁰⁵⁸ Die Zulässigkeit des Objektes ist nicht nur im Sinne aller Gegenstände, die dem Rechtsverkehr dienen können, sondern auch aller Objekte, die nicht gegen Verbotsnormen oder gegen die öffentliche Ordnung (guten Sitten) verstoßen.¹⁰⁵⁹

Außerdem werden für manche Rechtsgeschäfte und Verträge Förmlichkeiten benötigt. Die Missachtung dieser Förmlichkeiten führt zur „nicht Existenz“ des Aktes und folglich zur absoluten Nichtigkeit.¹⁰⁶⁰

Die relative Nichtigkeit hat ein anderes Kennzeichen. In dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft wurden alle vorgeschriebenen Voraussetzungen erfüllt und, obwohl eine mangelhafte Willenserklärung abgegeben wurde, erscheint diese im Rechtsgeschäft als

¹⁰⁵⁴ Guzmán, Historia de la codificación civil en Iberoamérica, S. 325 ff.; Aguilar, Derecho Civil Guatemalteco (2006), S. 20 ff.

¹⁰⁵⁵ Exposición de Motivos 1963, S. 107.

¹⁰⁵⁶ Rechtsakt im Sinne von Rechtsgeschäft. Exposición de Motivos 1963, S. 107.

¹⁰⁵⁷ Exposición de Motivos 1963, S. 96.

¹⁰⁵⁸ Art. 1254 *El negocio jurídico requiere para su validez, capacidad legal del sujeto que declare su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.*

¹⁰⁵⁹ Diese öffentliche Ordnung (orden público) wird in Art. 1301CC (Nichtigkeit) u.a. erwähnt. Dieser „orden público“ entspricht der Definition von guten Sitten von § 138 BGB. Die Folge von beiden ist Nichtigkeit.

¹⁰⁶⁰ Exposición de Motivos 1963, S. 107 ff.

gültig. Die Wirkungen des Rechtsgeschäfts erfolgen und das Rechtsgeschäft bleibt gültig, solange die Nichtigkeit durch ein Urteil erklärt wird.¹⁰⁶¹

Der Begriff „*invalides*“ wurde durch den Begriff „*anulable*“ (vernichtbar) ersetzt. „*anulable*“ soll als relative Nichtigkeit verstanden werden.¹⁰⁶²

b) Código Civil (1966)

Das guatemaltekische Zivilgesetzbuch (*Código Civil*, abgekürzt CC) widmet der Nichtigkeit ein ganzes Kapitel. Dieses Kapitel befindet sich in dem Allgemeinen Teil des Obligationenrechts. Das CC hat in dem ersten Teil des Obligationenrechts das Rechtsgeschäft im Allgemeinen behandelt.

Das Nichtigkeitskapitel enthält 17 Artikel:

Von Art. 1301 bis Art. 1313 werden die absolute und relative Nichtigkeit behandelt, von Art. 1314 bis Art. 1318 die Restitution als Folge der Nichtigkeit.

Art. 1301 besagt, dass ein Rechtsgeschäft absolut nichtig ist, wenn sein Objekt gegen öffentliche Ordnung oder gegen zwingendes Recht verstößt, oder wegen des Fehlens der wesentlichen Erfordernisse des Geschäfts. Diese Rechtsgeschäfte haben keine Wirkung und können nicht bestätigt werden (Art. 1301 Abs. 2).

Für das oberste Gericht (*Corte Suprema de Justicia*) in der guatemaltekischen Rechtsordnung sind die Unwirksamkeitsgründe die absolute und relative Nichtigkeit (Urt. von 10.12.1973). Die absolute Nichtigkeit hat andere Folgen als die relative. Das Rechtsgeschäft, das unter absoluter Nichtigkeit leidet, kann keine Wirkungen haben. Die absolute Nichtigkeit und die Inexistenz unterscheiden sich nicht voneinander. (Urteil von 4. Dezember 1980).

Art. 1301 kennt eine Ausnahme. In Art. 4 der *Ley del Organismo Judicial* (Gesetz der Judikative) wurde die Folge der Nichtigkeit erweitert, indem das Rechtsgeschäft nichtig ist, soweit das Gesetz nichts anderes vorschreibt. Damit könnte ein Rechtsgeschäft wirksam sein, wenn es an den Mängeln der absoluten Nichtigkeit leiden würde, wenn das Gesetz eine andere Sanktion vorschreibt.

¹⁰⁶¹ Exposición de Motivos 1963, S. 107.

¹⁰⁶² Exposición de Motivos 1963, S. 96.

Die absolute Nichtigkeit muss von Amts wegen berücksichtigt werden. Jedermann mit Interesse und das *Ministerio Público* (Staatsanwaltschaft) können sich auf die Nichtigkeit berufen bzw. sie geltend machen (Art. 1302). Das Interesse muss aber bekannt gegeben werden. Es reicht nicht, eine Klage zu erheben (Urt. von 2.12.1985).

Die relative Nichtigkeit (Art. 1303) erfolgt wegen beschränkter Geschäftsunfähigkeit (*incapacidad relativa*) und wegen Willensmangels (*vicios del consentimiento*). Das Gesetz ermächtigt Minderjährige (alle Personen unter 18 Jahren), manche Rechtsgeschäfte zu schließen. Wenn sie ein anderes Rechtsgeschäft selbst (also ohne gesetzlichen Vertreter) abschließen, dann ist das Rechtsgeschäft relativ nichtig (Urt. von 17.07.2006).

Wenn der Wille des Rechtsgeschäfts unter einem Mangel leidet, ist es relativ nichtig und nicht absolut (Urt. von 19.06.1981).

Das relativ nichtige Rechtsgeschäft kann stillschweigend (durch Erfüllung) oder ausdrücklich (durch eine neue Willenserklärung) bestätigt werden (Art. 1304). Die ausdrückliche Bestätigung muss in derselben Weise erfolgen, wie sie das Gesetz für das bestätigte Rechtsgeschäft vorschreibt (Art. 1305). Durch Bestätigung wird auf die Nichtigkeitsklage und die Nichtigkeitseinrede verzichtet (Art. 1306).

Der Mangel bei der Willenserklärung erlischt durch den Zeitablauf. Die Klage, um die relative Nichtigkeit geltend zu machen, unterliegt der Verjährung (Art. 1312). Das heißt, wenn die Nichtigkeitsklage nicht geltend gemacht wird, wird das Rechtsgeschäft durch den „Verjährungsablauf“ bestätigt (Urt. von 10.10.1985).¹⁰⁶³

Die Nichtigkeitsklage kann nur von der betroffenen Partei ausgeübt werden, oder von derjenigen Partei, die durch den Mangel des Rechtsgeschäfts direkt betroffen wird, da diese Klage nur Privatinteressen schützt (Urt. von 10.10.1985).¹⁰⁶⁴

Die Restitution ist eine Folge der Nichtigkeit. Die Parteien müssen sich das Erlangte gegenseitig zurückerstatten (Art. 1314). Die Sachen müssen in ihren ursprünglichen Stand restituiert werden (Art. 1316). Wenn dies nicht möglich wäre, kann die zur Restitution verpflichtende Partei eine andere Sache gleicher Art und Gattung, oder den Preis zurückerstatten. Wenn die verpflichtende Partei bössartig war, dann muss sie zusätzlich Schadensersatz leisten (Art. 1317).

¹⁰⁶³ Exposición de Motivos 1963, S. 108.

¹⁰⁶⁴ Exposición de Motivos 1963, S. 108.

c) Würdigung

In den guatemaltekischen Zivilrechtskodifikationen wird die Entwicklung der Nichtigkeit sichtbar. Der erste *Código Civil* von 1877 zeigt eine kleine Entwicklung seit dem französischen *Code Civil*. Eine Folge für den Verstoß gegen gebietende und verbietende Gesetze wurde eingeführt. Die Nichtigkeit ist kein Grund mehr für das Erlöschen der Obligationen, also eine gültige Obligation ist für die Nichtigkeitsklage nicht vorausgesetzt.

Der *Código Civil* von 1933 hat keine neue Entwicklung gebracht, weil das dritte Buch über die Obligationen nicht reformiert wurde.

Der *Código Civil* von 1966 nahm eine besondere Entwicklung unter den Kodifikationen des französischen Einflusses. Der *Código Civil* enthält einen Allgemeinen Teil mit Vorschriften über das Rechtsgeschäft. Diese Vorschriften sind für das ganze Gesetzbuch anwendbar. Dieses Merkmal zeigt, wie der *Código Civil* auch einem Einfluss aus dem BGB ausgesetzt war. Dies wird in den Motiven vom Gesetzgeber erklärt. Um diesen Allgemeinen Teil zu verfassen, wurden das brasilianische Zivilgesetzbuch und das deutsche BGB berücksichtigt.¹⁰⁶⁵

Der *Código Civil* enthält klare Regeln, was die absolute und die relative Nichtigkeit angeht. Dies ist jedoch nicht nur der Geist guatemaltekischer Juristen, sondern das Ergebnis der Arbeit von Juristen weltweit. Die guatemaltekischen Juristen haben diese Arbeit beobachtet und im *Código Civil* umgesetzt.¹⁰⁶⁶

¹⁰⁶⁵ Exposición de Motivos 1963, S. 2, 206 u.a.

¹⁰⁶⁶ Exposición de Motivos 1963, S. 206.

§ 25. Schlussbetrachtung

I. Tabellarische Chronik der analysierten Zivilgesetzbücher

1804 Französischer *Code Civil*.

Enthält zwei unterschiedliche Nichtigkeitslehren:

- *Des demandes en nullité de mariage* (aus dem *droit coutumier* und *droit intermédiaire*). Der Unterschied zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit kann deraus abgeleitet werden.

- *De L'action en nullité ou en rescision des conventions* (aus dem römischen Recht). Die Nichtigkeit bezieht sich ausschließlich auf die Nichtigkeitsklage. Diese Klage ist jedoch eine Klage auf Vernichtung, weil eine gültige Obligation für die Klage vorausgesetzt ist. Die absolute Nichtigkeit unterlag den Problemen der *leges imperfectae*: Sie kann gerichtlich nicht geltend gemacht werden, weil die Verbotsgesetze keine Sanktion mit sich brachten. Der Richter durfte die Nichtigkeit nicht aussprechen wegen des Prinzips „*il n'y a pas de nullité sans texte*“.

1865 Erster italienischer *Codice Civile*.

Dieses Gesetzbuch hat sich nach dem *Code Civil* gerichtet.

Im Gegensatz zum *Code Civil* gab es eine *azione di annullabilità*, also Vernichtungsklage (nicht Nichtigkeitsklage). Der Gegensatz zur Nichtigkeit hieß *rescissione*. Es wird nicht klar, was der Unterschied zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit ist.

1879 Erster guatemaltekischer *Código Civil*.

Dieser richtete sich u.a. ebenfalls nach dem *Code Civil*. Der *Código Civil* von 1879 behandelte die Nichtigkeit als solche im dritten Buch, Titel XI. Jedoch war nicht klar, ob eine Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Vernichtbarkeit besteht. Das Problem der *leges imperfectae* wurde im *Código* überwunden, indem eine allgemeine Regel über die Nichtigkeit eingesetzt wurde (Art. 6).

1888 Der spanische *Código Civil*.

Dieser behandelt die Nichtigkeit im vierten Buch, Titel II, Kapitel 6. Der spanische *Código* macht keine Unterscheidung zwischen relativer und absoluter Nichtigkeit. Manche Autoren vertreten die Meinung, dass der *Código* zwischen *inexistencia* und *nulidad* unterscheide.

1900 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

Das BGB richtet sich nach dem pandektistischen System. Es enthält einen Allgemeinen Teil, der u.a. die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften regelt. Die Unterarten der Unwirksamkeit sind die Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte und die Anfechtbarkeit von Willenserklärungen.

1942 Zweiter italienischer *Codice Civile*.

Der neue *Codice* unterscheidet zwischen *nullità* und *annullabilità*. Mit der Einführung der absoluten Nichtigkeit als eine allgemeine Regel für den Verstoß gegen Verbotsgesetze soll das Problem der *leges imperfectae* überwunden werden, indem eine Sanktion (Nichtigkeit) vorgesehen ist. Die Regelung der *nullità* und der *annullabilità* beziehen sich auf die Verträge, sind jedoch für alle Rechtsgeschäfte anwendbar.

1933 Zweiter Guatemaltekerischer *Código Civil*.

Die Unwirksamkeitslehre der *Código Civil* von 1877 wurde aufrechterhalten, also gab es keine Fortschritte für die Entwicklung der Unwirksamkeitslehre.

1965 Dritter Guatemaltekerischer *Código Civil*.

Dieses Gesetzbuch hat einen Allgemeinen Teil für die Rechtsgeschäfte. Die relative und absolute Nichtigkeit gelten für alle Rechtsgeschäfte. Die Fälle für die verschiedenen Nichtigkeiten werden vom Gesetz aufgeführt.

II. Vergleich der historischen Entwicklung in Frankreich und Deutschland

Durch eine Betrachtung über die Geschichte der Unwirksamkeit kann der Unterschied zwischen der französischen und der deutschen Unwirksamkeitslehre besser erklärt werden. Dies ist auch für andere Länder möglich, da die meisten zentraleuropäischen und lateinamerikanischen Länder ihre gemeinsamen Wurzeln im römischen Recht finden und das römische Recht von großem Einfluss auf Deutschland und Frankreich war.

Die Unwirksamkeitslehre ist eine relativ neue Lehre im Zivilrecht. Das römische Recht hatte keine Unwirksamkeitslehre im heutigen Sinne und es kannte viele Begriffe, um die Unwirksamkeit zu bezeichnen. Seit dem römischen Recht gab es zwei Arten, wie man einen Rechtsakt für unwirksam erklären konnte. Die erste Möglichkeit war die Nichtigkeit nach *ius civile*, die *ipso iure* eintrat; danach war der Rechtsakt von Anfang an nichtig. Die zweite war die Möglichkeit nach *ius honorarium*; diese Unwirksamkeitsart konnte durch eine Klage (*actio*), eine Einrede (*ope exceptionis*), oder durch Verweigerung der Klage durch den Prätor (*denegatio*) eintreten. Der Rechtsakt war zwar gültig, aber er konnte seine volle Wirkung nicht beibehalten. Das Geschäft musste umgestoßen werden oder es musste stillschweigend oder ausdrücklich bestätigt werden, wenn die römischen Regeln eine Bestätigung zuließen.

Im Mittelalter gab es außer dem Verschwinden des Gegensatzes zwischen *ius civile* und *ius honorarium* fast keine Entwicklung in Bezug auf die Unwirksamkeitslehre. Im Hochmittelalter wurde die ehemalige Unwirksamkeit des *ius civile* zur Nichtigkeit, die des *ius honorarium* zur Rescision. Auch wenn diese beiden Arten, wie man eine Unwirksamkeit geltend machte, sich mit der Zeit entwickelt haben, blieb ihr Wesen unverändert. Seit dem römischen Recht im Mittelalter gab es manche Ereignisse, die die Unwirksamkeitslehre beeinflusst haben:

- Die Trennung von materiellem und prozessuellem Recht. Sie war grundlegend für den Schritt, die absolute Nichtigkeit aus dem Prozess herauszunehmen und sie im materiellen Recht anzusiedeln. Erst danach konnte die Nichtigkeit zu einer allgemeinen Regel werden.

- Die Trennung des Zivilprozesses vom Strafprozess. Damit konnte man die zivilrechtlichen Folgen der Unwirksamkeit festlegen. Der Weg, eine Rechtsgeschäftslehre zu erarbeiten, wurde damit eröffnet.

Bis zum XVII. Jahrhundert war die Entwicklung der Unwirksamkeitslehre fast im selben Stande, wie die Glossatoren sie gelassen hatten und nicht so unterschiedlich wie es im Römischen Recht war.¹⁰⁶⁷ Der Gegensatz zur Nichtigkeit war die *Rescision*.

Gegen Ende des XVIII. Jahrhunderts sind die Gegensätze zwischen relativer und absoluter Nichtigkeit entstanden. Die Ideen *Pothiers* bildeten die Grundlagen für die Unterscheidung zwischen der absoluten und der relativen Nichtigkeitslehre. Aufgrund der Französischen Revolution wurde die *rescision* mit der Nichtigkeit verschmolzen, weil die *cours royales* abgeschafft wurden und dann wurden Nichtigkeit und *rescision* im selben Prozess durchgeführt. Ohne eine Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und *rescision* benötigte man eine Erklärung dafür, wie die eine Nichtigkeit von Gesetzes wegen und andere aufgrund der Willkür der Partei eintreten sollte. Damit konnte sich die Lehre der absoluten Nichtigkeit durchsetzen. Das Problem war, dass die Nichtigkeit als Sanktion zu jeder mangelhaften Situation betrachtet wurde (so etwa beim Problem der *leges imperfectae*) und nicht als eine allgemeine Sanktion für den Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften.

Im XIX. Jahrhundert gab es zwei große Kodifikationen, welche die romanischen Systeme beeinflusst haben: der *Code Civil* von 1804 und das BGB von 1900 (verkündet 1895). Mit fast hundert Jahren Abstand haben sie eine bedeutsame Wirkung auf die Zivilrechtskodifikationen überall in der Welt ausgeübt.

Ab dem XIX. Jahrhundert begann der Anfang der Trennung der Nichtigkeitslehre in Deutschland und Frankreich; in Frankreich durch das Inkrafttreten des *Code Civil* und die Entwicklung der Rechtslehre, in Deutschland durch die Entwicklung der Rechtslehre in der Rechtszersplitterung vor der Entstehung des BGB, vor allem in der Historischen Schule *Savignys*.

Die französische Nichtigkeitslehre ist aus verschiedenen Quellen entstanden. Die Gewohnheiten des römischen Rechts und *le droit intermédiaire* haben verursacht, dass der

¹⁰⁶⁷ *De los Mozos*, El negocio jurídico, S. 96.

Code Civil zwei unterschiedlichen Lehren, einerseits bei der Ehe (Gewohnheiten und *droit intermédiaire*), andererseits bei den Obligationen (römisches Recht) beigelegt hat.

Die Nichtigkeit der Ehe war weiter entwickelt als die Nichtigkeit der Obligationen. Dies ist konsequent, weil die Nichtigkeitslehre der Ehe aus den revolutionären Ideen *Pothiers* und dem *droit intermédiaire* entstanden ist. Für die Obligationen wurde die antike Lehre des Römischen Rechts beibehalten. Nichtigkeit gab es nur für die Verträge, die eine Klage mit sich brachten und sie erfolgte immer durch das Gericht. Ein weiteres Problem war, dass der *Code Civil* wegen des Prinzips *il n'y a pas de nullité sans texte* (Art. 1030 *Code de procédure civile*) keine allgemeine Regel über die Nichtigkeit hervorbringen konnte. Wenn das Gesetz keine Nichtigkeit bestimmt, dann konnte keine Nichtigkeit eintreten.¹⁰⁶⁸ Viele Juristen haben versucht zu erklären, dass es möglich war abzuleiten, wann das Gesetz Nichtigkeit meinte. Die Nichtigkeit musste danach nicht ausdrücklich erwähnt werden (*nullité virtuelle*).

Trotz dieses Hindernisses konnte man die absolute Nichtigkeit finden. Durch eine Einrede (*exceptio*) war es möglich, die absolute Nichtigkeit geltend machen. Auch durch die Nichtigkeit *ex officio*, also die Nichtigkeit, die der Richter von Amts wegen berücksichtigen musste, konnte die Nichtigkeit erklärt werden. Auch wenn die absolute Nichtigkeit keine Klage hervorbrachte, konnte sie im Prozess geltend gemacht werden. Somit war die absolute Nichtigkeit keine allgemeine materielle Regel, aber ein Mittel im Prozess. Dieses Problem wurde formell erst 1973 überwunden, als Art. 1030 CPC abgeschafft wurde.

Ein Vorschlag, diese Probleme des *Code Civil* zu lösen, bildete die Lehre der Inexistenz. Die Inexistenz sollte den Gegensatz zur Nichtigkeit darstellen. Diese Lehre wurde aber in der Rechtsprechung nie angenommen. Die Inexistenz wurde zurückgewiesen, indem die *Cour de Cassation* sie als eine *thèse d'école* bezeichnet hat.¹⁰⁶⁹ Autoren in Spanien haben jedoch versucht und versuchen noch heute, in ihrem *Código Civil* die Kategorie der Inexistenz zu erkennen.

Eine andere Lösung war, die Nichtigkeit als relative und absolute zu gliedern. Diese Trennung gab es bereits in der Rechtstheorie, sogar vor der Entstehung des *Code Civil*.¹⁰⁷⁰

¹⁰⁶⁸ Abweichend vom *Codex Theodosianus*.

¹⁰⁶⁹ Cour de cass. 9.10.1888.

¹⁰⁷⁰ Exposé des Motifs II, S. 291, Art. 180.

Relative Nichtigkeit solle für Obligationenrecht, Nichtigkeitsklage, Willenserklärung, Willensmängel, und *Rescission* angewendet werden. Die absolute Nichtigkeit sanktionierte einen Verstoß gegen gebietende oder verbotende Normen. Diese Lehre wurde angenommen, aber erst Anfang des XX. Jahrhunderts fand die Unwirksamkeitslehre eine Lösung. Dafür musste sich Frankreich auf die deutsche Unwirksamkeitslehre stützen. Juristen wie *Japiot* oder *Gaudemet* haben dies ermöglicht, indem sie die Lehren des BGB erlernten. Auch die Durchsetzung der Lehre des Rechtsgeschäftes hat dazu einen Beitrag geleistet.

Deutschland hatte im XIX. Jahrhundert eine partikuläre Rechtszersplitterung. In Bezug auf die Rechtslehre gab es eine große Entwicklung, besonders mit der Historischen Rechtsschule *Savignys*. Aus dieser Schule stammen die Gegensätze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit. *Bernhard Windscheid*, einer der berühmtesten Schüler *Savignys* war derjenige, der die Unwirksamkeitslehre entwickelt hat. *Windscheid* hat diese Lehre ca. 40 Jahre lang entwickelt, bis er sie in der Vorbereitung des BGB durchsetzen konnte. Die deutsche Rechtslehre (auch *Windscheid*) hatte bereits die Probleme des französischen Rechts in Bezug der Unwirksamkeitslehre gesehen. Bei der Vorbereitung des BGB wurden die Unvollkommenheiten des französischen Rechts korrigiert. Mit dem Allgemeinen Teil des BGB wurde es ermöglicht, die Regeln auf das gesamte BGB anzuwenden. Somit wurden die Probleme der *leges imperfectae*, die seit dem römischen Recht entstanden sind, endlich überwunden.¹⁰⁷¹

Spanien hat sich nach dem französischen Modell gerichtet. Der *Código Civil* von 1889 kennt die relative und absolute Nichtigkeit, weshalb diese Gegensätze von der Rechtslehre und die Rechtsprechung erklärt werden müssen.

Auch die Zivilgesetzbücher aus Italien und aus Guatemala kennen die relative und absolute Nichtigkeit. Der guatemalteckische *Código Civil* hat sich nach dem deutschen und dem französischen Modell gerichtet: Er enthält eine allgemeine Unwirksamkeitslehre für alle Rechtsgeschäfte (deutsch). Die Gegensätze sind absolute und relative Nichtigkeit (französisch).

¹⁰⁷¹ § 134 BGB.

III. Deutsche versus Französische Unwirksamkeitslehre

1. Deutsche versus französische Nichtigkeit

Die französische von der deutschen Nichtigkeit zu unterscheiden, ist eine beschwerliche Arbeit ohne praktische Bedeutung. Die drei Gründe (Verstoß gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung, Verstoß gegen zwingende Normen und Fehlen eines von den wesentlichen Erfordernissen), die zur *ipso iure* Nichtigkeit führen, sind in beiden Rechtsordnungen gleich. Die Folge beider Nichtigkeiten ist, dass ein Rechtsgeschäft von Anfang an als unwirksam angesehen wird. Die kleinen Unterschiede bringen am Ende nur unnötige Verwirrung. Die Folge in beiden Rechtsordnungen ist eine von Rechts wegen eintretende Nichtigkeit und prozessual gesehen sind die Wirkungen der Nichtigkeitserklärung nur deklaratorisch. Das französische Recht hat das deutsche Recht beeinflusst und umgekehrt. Also wird gesagt, dass im Wesentlichen beide Nichtigkeiten gleich sind.

2. Relative Nichtigkeit versus Anfechtbarkeit

Das Problem, diese Begriffe zu unterscheiden ist, dass sie fast zwei gleiche Arten von Unwirksamkeitsarten sind. Obwohl beide auf denselben Unwirksamkeitsgründen beruhen (Gewalt, Betrug und Irrtum) und dieselben Folgen haben (Nichtigkeit *ex tunc*), gehen beide von unterschiedlichen Blickwinkeln aus. Übereinstimmend ist zu sagen, dass die relative Nichtigkeit der Anfechtbarkeit entspricht, aber dass manche Unterschiede vorkommen:

a) Die Anfechtbarkeit stammt aus der mittelalterlichen *Rescision*, und die relative Nichtigkeit ist eine Variante der Nichtigkeit.

Savigny und *Puchta* behandeln die Anfechtbarkeit und *Rescision* ohne Unterschied. Dazu meinte noch *Savigny*, die Anfechtbarkeit sei die relative Nichtigkeit. *Puchta* und *Windscheid* waren jedoch anderer Meinung. Für *Puchta* gibt es keine relative Nichtigkeit; für *Windscheid* öffnet die Anfechtbarkeit den Weg, die Nichtigkeit zu erklären. Bevor das BGB die Nichtigkeit als Folge der Anfechtbarkeit eingeführt hat,

gab es keinen Unterschied zwischen Anfechtbarkeit und *Rescision*. Erst danach konnte man Anfechtbarkeit und *Rescision* unterscheiden.

Der Begriff relativer Nichtigkeit stammt aus der Nichtigkeit. Diese Art von Nichtigkeit wurde relativ (im Gegensatz zu absolut) genannt, weil sie eine Nichtigkeit der „*relation*“ (das zweiseitige Verhältnis) ist und nicht *ipso iure* eintritt. Die *Rescision* war eine Vertragsaufhebung, wenn eine *lésion* (Übervorteilung) vorlag und bildete -bevor den Begriff relative Nichtigkeit entstanden ist- den Gegensatz zur Nichtigkeit. Als die relative Nichtigkeit entstanden ist, konnte man die *Rescision* von der relativen Nichtigkeit nicht mehr richtig unterscheiden.

b) Die deutsche Anfechtbarkeit hat die Gründe der „relativen Nichtigkeit“ aufgenommen. Die französische Nichtigkeit hat *Rescision* zu Nichtigkeit angeschlossen, und erst dann hat sich die Nichtigkeit in relative und absolute getrennt.

Auch wenn es keine Unwirksamkeitslehre im heutigen Sinne vor der Mitte des XIX. Jahrhunderts gab, bestanden Gründe, wie man die Unwirksamkeit geltend gemacht hat.

Die Lehre *Savignys* ging von der Trennung zwischen Nichtigkeit und *Rescision* (oder Anfechtbarkeit) aus. Diese Lehre hat die Gründe für Nichtigkeit und Anfechtbarkeit festgestellt. Jedoch war beim Irrtum nicht klar, ob er zur Nichtigkeit oder *Rescision* gehörte. *Windscheid* hat den Irrtum zur Anfechtbarkeit gerechnet.

In Frankreich wurden nach der Französischen Revolution *nullité* und *rescision* in derselben Prozessweise geltend gemacht.¹⁰⁷² Als es nicht mehr klar war, welche Unterschiede es zwischen *nullité* und *rescision* gab, entstand die Lehre der absoluten und der relativen Nichtigkeit. In der zweiten Hälfte des XX. Jahrhunderts war die *Rescision* nicht mehr benutzt, also sie wurde von der relativen Nichtigkeit „absorbiert“.¹⁰⁷³

c) Die Anfechtung greift die Willenserklärung an, die relative Nichtigkeit das Rechtsgeschäft. Auch wenn die Folge dieselbe ist und für die Praxis keinen Unterschied macht, muss man diesen Unterschied verstehen. Der Mangel in beiden Fällen bezieht auf zwei verschiedene Elemente.

¹⁰⁷² Siehe Kapitel II.

¹⁰⁷³ Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil, année 1947-1948, S. 299.

Die Anfechtung greift die Willenserklärung an. Die Willenserklärung ist ein Element des Rechtsgeschäfts. Wird die Willenserklärung angefochten, dann wird das Rechtsgeschäft nichtig.

Bei der relativen Nichtigkeit wird das Rechtsgeschäft angegriffen, weil die Willenserklärung mangelhaft ist. Wird also das Rechtsgeschäft angegriffen, so wird es nichtig.

d) Die Anfechtung wirkt in der Regel nach § 142 BGB rückwirkend, aber laut der Rechtsprechung und als Ausnahme auch *ex nunc*.¹⁰⁷⁴ Die relative Nichtigkeit kennt keine Ausnahmen; sie wirkt immer *ex tunc*.

Die Nichtigkeit ist eine Folge der Anfechtbarkeit, die Folge kann jedoch eine Auflösung für die Zukunft sein (die Anfechtung wirkt *ex nunc*).¹⁰⁷⁵ Die *ex nunc* Wirkung ist ein „Überrest“ der *Rescission*, da die Nichtigkeit als Folge erst im BGB eingeführt wurde.¹⁰⁷⁶

Die relative Nichtigkeit als solche kann nur *ex tunc* sein, weil ein nichtiges Rechtsgeschäft immer so angesehen wird, also ob es nie abgeschlossen war.

e) Die Anfechtung ist ein Gestaltungsrecht, die relative Nichtigkeit ist eine automatische Folge des mangelhaften Rechtsgeschäfts. Die Anfechtung als Gestaltungsrecht kann außergerichtlich erfolgen. Frankreich z.B. behält das Prinzip bei, dass die relative Nichtigkeit vom Richter ausgesprochen werden muss. Außergerichtlich kann man das an relativer Nichtigkeit leidende Rechtsgeschäft mit einer *Rescission* auflösen. Wenn die Parteien sich einigen, dann muss der Richter nicht mitwirken; aber dann wird das Rechtsgeschäft nicht nichtig, sondern „rescindiert“.

f) Die Anfechtbarkeit ist die Fähigkeit die Nichtigkeit geltend zu machen, die relative Nichtigkeit ist bereits die Folge. Seit dem Inkrafttreten des BGB wurde festgelegt, dass die Anfechtung nicht die Nichtigkeit selbst ist, sondern den Weg die Nichtigkeit zu erlangen.¹⁰⁷⁷ Die relative Nichtigkeit muss immer beim Richter beantragt werden, bevor sie ausgesprochen wird. Dieser Antrag auf relative Nichtigkeit in dem romanischen Rechtskreis könnte den Gleichwert zur Anfechtbarkeit sein.

¹⁰⁷⁴ Savigny, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 548.

¹⁰⁷⁵ BGHZ 13, 320; BGHZ 26, 330; BGHZ 55, 5; BGHZ 63, 338; BGH NJW 1979, 765.

¹⁰⁷⁶ Bsp.: Sächsisches BGB, § 849, S. 103; Savigny, System des heutigen römischen Rechts IV, S. 549.

¹⁰⁷⁷ Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, S. 22

g) Die relative Nichtigkeit antwortet auf die Frage, wer sich auf die Nichtigkeit berufen kann bzw. wer eine Klage hat (*actio*), die Frage der Anfechtbarkeit wäre, ist die Willenserklärung mangelhaft?

Innerhalb des XIX. Jahrhunderts war die Frage bei der Nichtigkeit, wer eine Klage geltend machen konnte, die betroffene Partei, oder jedermann mit Interesse daran. Nicht nur die Gründe für die relative und die absolute Nichtigkeit wurden in Betracht gezogen, sondern auch wer die Klage geltend machen konnte, waren die entscheidenden Kriterien. Bei der Anfechtbarkeit war im XIX. Jahrhundert die Frage: Was wird angefochten? Und welches ist die Folge der Anfechtung?

h) Ein Merkmal bei der Anfechtbarkeit ist, dass ein nichtiges Rechtsgeschäft angefochten werden kann (die sogenannte Doppelwirkung im Recht).¹⁰⁷⁸ Diese Möglichkeit besteht bei der relativen Nichtigkeit nicht.¹⁰⁷⁹

Nach der Schaffung des BGB wurde die Frage gestellt, ob nichtige Rechtsgeschäfte angefochten werden konnten. Dies wurde am Ende bejaht.¹⁰⁸⁰ Diese Frage ist bei der relativen und absoluten Nichtigkeit ausgeschlossen; wenn die relative Nichtigkeit eine Variante der absoluten Nichtigkeit ist, dann wird ein Rechtsgeschäft entweder absolut oder relativ nichtig. Die eine Nichtigkeit schließt die andere aus.

i) Manchmal erscheint in der deutschen Rechtsliteratur die relative Nichtigkeit als eine persönliche Beschränkung der Nichtigkeit, weil sich nur derjenige mit Interesse auf die Nichtigkeit berufen kann.¹⁰⁸¹ Nach französischem Recht u.a. ist die relative Nichtigkeit eine Kategorie der Nichtigkeit und nicht eine persönliche Beschränkung.

IV. Probleme mit den Übersetzungen

Wenn juristische Begriffe übersetzt werden, ergibt sich das Problem, dass das übersetzte Wort entweder nicht den ganzen Inhalt hat oder andere Elemente als das originale Wort

¹⁰⁷⁸ Flume, Rechtsakt und Rechtsverhältnis, S. 13.

¹⁰⁷⁹ Es ist nach dem französischen Rechtsdenken unmöglich ein absolut nichtiges Rechtsgeschäft mit relativer Nichtigkeit anzugreifen.

¹⁰⁸⁰ Kipp, Über Doppelwirkungen im Recht (1911), S. 212 ff.; Schermaier, in: Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, §§ 142-144, Rn. 1, Nr. 1.

¹⁰⁸¹ Hübner, U. Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften (1984), S. 495 ff; Cahn, Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht (1997), S. 14.

beinhaltet.¹⁰⁸² Der Zeitverlauf spielt auch eine Rolle bei den Problemen mit den Übersetzungen der Begriffe. Die Übersetzung eines Wortes kann in verschiedenen Zeitpunkten anders sein als 100 Jahre früher oder später. Ein gutes Beispiel für die inhaltlichen Probleme der Übersetzung stellt die Nichtigkeit dar. Wenn man heutzutage an die französische *nullité*, die spanische *nulidad* oder die italienische *nullità* denkt, wird man auf Deutsch darunter die Nichtigkeit verstehen. Jedoch bedeutet die gleiche wörtliche Übersetzung nicht, dass die Wörter auch inhaltlich gleich sind.

In der Mitte des XIX. Jahrhunderts war die französische *nullité* des *Code Civil* eine Klage auf Vernichtbarkeit. In derselben Weise wurden die *nullità* des *Codice Civile* von 1865 und die *nulidad* der spanischen *Código Civil* von 1889 verstanden.¹⁰⁸³

Die Nichtigkeit nach dem gemeinen Recht konnte man ohne Klage geltend machen. Die Nichtigkeit nach dem gemeinen Recht und die *nullité* im romanischen Rechtskreis gingen von zwei verschiedenen Tatbeständen aus. Deutsche Nichtigkeit trat *ipso iure* ein und nicht prozessuell wie die im romanischen Rechtskreis.¹⁰⁸⁴

Jedoch waren im XX. Jahrhundert die Nichtigkeit und *nullité* in der Bedeutung gleich. Die Nichtigkeit trat in beiden Rechtsordnungen *ab initio* ein und wenn sie gerichtlich geltend gemacht werden sollte, waren die Wirkungen der Nichtigkeit nur deklaratorisch.¹⁰⁸⁵

Bei der Anfechtbarkeit ist das Problem wegen der Übersetzung in der Zeit noch problematischer. Auf Französisch hat 1909 *Japiot* den Begriff *attaquabilité*¹⁰⁸⁶ als Übersetzung der Anfechtbarkeit vorgeschlagen, weil es im Französischen keine Übersetzung gab. Am Ende des XIX. Jahrhunderts die Übersetzung des *Code Civil* für Nordrhein-Westfalen (wo das französische Recht geltendes Recht war) hat die Fälle der relativen Nichtigkeit als Anfechtbarkeit übersetzt. Heute existieren mehrere Begriffe, die die Anfechtbarkeit bezeichnen, wie *contestabilité*, oder *annulabilité*.¹⁰⁸⁷

¹⁰⁸² So *Brutti* in: *Enciclopedia del Diritto* XII, S. 565 ff.

¹⁰⁸³ Siehe Kapitel V.

¹⁰⁸⁴ Siehe Kapitel III.

¹⁰⁸⁵ *Harder*, AcP 173, S. 224.

¹⁰⁸⁶ Siehe Kapitel II.

¹⁰⁸⁷ *Cannada-Bartoli* in: *Enciclopedia del Diritto* II (1958), S. 469.

Auf Spanisch wurde in der Mitte des XX. Jahrhunderts von *Miquel* die Anfechtbarkeit als *impugnabilidad*¹⁰⁸⁸ übersetzt.¹⁰⁸⁹ Die *impugnabilidad* ist aber ein prozessualer Begriff, die Berechtigung, das Rechtsgeschäft anzufechten kann nur im Gericht geltend gemacht werden.¹⁰⁹⁰

Eine passende Übersetzung wurde bis heute noch nicht geschaffen. Vorschläge wie *recurribilidad* oder *refutabilidad*,¹⁰⁹¹ können gefunden werden, aber diese Begriffe bezeichnen das Wesen der Anfechtbarkeit nicht. Bei der *impugnabilidad* ist das Problem, dass der Begriff ein prozessualer ist. Dieser Begriff gilt für alle mangelhaften Prozesshandlungen, Urteile, usw. Geschichtlich ist die Übersetzung *Miquels* passend. In der ersten Hälfte des XIX. Jahrhunderts war der Begriff der Anfechtbarkeit auch ein prozessualer.¹⁰⁹² Seitdem jedoch die Anfechtbarkeit zu einem Gestaltungsrecht wurde, darf die Übersetzung im Spanischen den Begriff nicht mehr auf den Prozess einschränken.¹⁰⁹³ Manche versuchen, Anfechtbarkeit mit *nulidad relativa* zu übersetzen,¹⁰⁹⁴ dies ist aber unrichtig. Die Unterschiede zwischen Anfechtbarkeit und *nullité relative* wurden bereits erklärt. Vielleicht wäre die beste Lösung, das Wort nicht zu übersetzen und es auf Deutsch zu verwenden.

V. Die verschiedenen Momente in einer Unwirksamkeit

Man muss fünf Momente bei der Geltendmachung der Unwirksamkeit unterscheiden. Das Römische Recht kannte nur einen Moment und die heutigen fünf Schritte waren damals verschmolzen. Im Mittelalter wurde die Nichtigkeitserklärung von der Restitution getrennt.

Wenn ein Rechtsgeschäft mangelhaft ist, ist es nichtig (Nichtigkeit *ab initio*), oder es kann für nichtig erklärt werden (Anfechtbarkeit und relative Nichtigkeit). Jedoch braucht man für den Erfolg der Nichtigkeitserklärung ein paar Schritte davor. Diese Momente sollen für alle analysierten Länder verwendbar sein:

¹⁰⁸⁸ *Enneccerus*, *Derecho Civil*, S. 753 ff., § 203 Nr. 2.

¹⁰⁸⁹ *Albaladejo*, *El negocio jurídico*, S. 415; *Grimalt*, *Ensayo sobre la nulidad*, S. 20.

¹⁰⁹⁰ *Albaladejo*, *El negocio jurídico*, S. 416.

¹⁰⁹¹ *Daum/Sánchez/Becher*, *Wörterbuch Recht*, S. 388.

¹⁰⁹² *Zachariä*, *Stabel*, *Savigny*.

¹⁰⁹³ Siehe Kapitel IV.

¹⁰⁹⁴ *Daum/Sánchez/Becher*, *Wörterbuch Recht*, S. 241.

1) Anspruch (spanisch: *pretensión*). Verstößt das Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten (öffentliche Ordnung), gegen ein gesetzliches Verbot, oder fehlt eine wesentliche Voraussetzung, ist das Rechtsgeschäft nichtig. Die Nichtigkeit kann beantragt werden und die Nichtigkeitserklärung hat deklarative Wirkungen.

Gab es Irrtum, Drohung oder Täuschung (Betrug) bei der Willenserklärung im Rechtsgeschäft, kann das Geschäft angefochten werden (Anfechtbarkeit in Deutschland), oder das Rechtsgeschäft leidet an relativer Nichtigkeit.

2) Klage oder außergerichtliche Erklärung. Somit macht man den Anspruch geltend. Die Nichtigkeitsgründe ergeben sich aus dem Gesetz und Rechtsprechung, also muss man nur den Sachverhalt, unter das Gesetz subsumieren.

Die Anfechtbarkeit kann außergerichtlich im Wege einer empfangsbedürftigen Willenserklärung erfolgen. Ist die Gegenpartei nicht einverstanden, muss man gerichtlich vorgehen, genauso wie bei der relativen Nichtigkeit. Die Gründe der Anfechtbarkeit oder der relativen Nichtigkeit müssen mit deutlichen Indizien bewiesen werden.

3) Urteil oder aufhebendes Rechtsgeschäft. Deklaratorisch oder konstitutiv. Gerichtlich wird die Nichtigkeit durch ein Urteil erklärt. Ihre Wirkungen erfolgen nur deklaratorisch, weil die Nichtigkeit sich aus dem Gesetz (also *ab initio*) ergibt.

Erfolgt die Anfechtung oder die relative Nichtigkeit, sind die Wirkungen konstitutiv.

Eine Ausnahme der außergerichtlichen Nichtigkeit stellt die konventionelle (absolute) Nichtigkeit in Frankreich dar.

4) Nichtigkeit. Als Folge eines mangelhaften Rechtsgeschäftes. Ein Urteil oder die Erklärung der Parteien enthält die Nichtigkeit. Diese Erklärung kann deklaratorisch oder konstitutiv sein.

5) Restitution. Folge der Nichtigkeit. Wenn ein Rechtsgeschäft durch Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit für unwirksam erklärt wird, dann müssen die Parteien die Leistungen, die aufgrund des nichtigen Rechtsgeschäfts erfolgt sind, wiedereinsetzen.

Bsp.: Nach deutschem Recht gemäß bereicherungsrechtlichen Regeln (§§ 812 ff.) und nach guatemaltegischem Recht, als Folge der Nichtigkeit (Art. 1314 ff. CC)

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand der §§ 230 ff. ZPO ist hier nicht zu verstehen. Diese Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist für den Prozess anwendbar. Die Idee hinter der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als Folge der Nichtigkeit hängt mit der Idee des nichtigen Rechtsgeschäftes zusammen und bezieht sich auf Rückgabe der erlangten Sachen oder, falls die Rückgabe nicht möglich ist, ist ihr Wert zu ersetzen.

Literaturverzeichnis

Adomeit, Klaus. Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche. Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem. Schriften zur Rechtslehre. Heft 13. 1969. (S. 1- 40).

Aguilar Guerra, Vladimir Osman. Derecho Civil guatemalteco: Parte general. 2. Auflage. Guatemala. 2006.

Albaladejo, Manuel. El negocio jurídico. Barcelona, España. 1958. Zit.: *Albaladejo, Manuel*, El negocio Jurídico.

Ankum, Hans. Verbotsgesetze und Ius Publicum (Rezension von Chorus, Handeln in strijd met de wet). In: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. 97. Band. 1980 (S. 288-319).

Aubry, Charles/ Rau, Charles.

- Cours de Droit Civil Français. Traduit à l'allemand de M.C.S. Zachariä. Revu et augmenté, avec L'agrément de l'auteur. 1. Auflage. 1839. Zit.: *Aubry und Rau Cours de Droit Civil Français* 1. Auflage.
- Aubry und Rau. Cours de Droit Civil Français. D'après la méthode de Zachariä. 4.Auflage. 1869. Zit.: *Aubry und Rau Cours de Droit Civil Français* 4. Auflage.
- Aubry und Rau. Cours de Droit Civil Français. D'après la méthode de Zachariä. 5.Auflage. 1894. Zit.: *Aubry und Rau* 5. Auflage.
- Aubry und Rau. Cours de Droit Civil Français. D'après la méthode de Zachariä. 6.Auflage. 1936. Zit.: *Aubry und Rau* 6. Auflage.

Backhaus, Ralph. In maiore minus inest. Eine justinianische „regula iuris“ in der klassischen Rechtsquellen - Herkunft, Anwendungsbereich und Funktion. In: Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. 100. Band. 1983. (S. 136- 184).

Bähr, Otto. Zur Beurteilung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsch Reich. München 1888. Zit.: *Bähr*, Zur Beurteilung des Entwurfs des BGB.

Becker, Christoph. Die Lehre der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik. Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB. Köln.1990.

Beckmann, Roland Michael. Nichtigkeit und Personenschutz. Tübingen. 1998.

Beer, Hubert. Die relative Unwirksamkeit. 1975.

Behrends Okko, Die Gewohnheit des Rechts und das Gewohnheitsrecht. In: Willoweit, Dietmar (Hrsg.). Die Begründung des Rechts als historisches Problem. 2000. Zit.: *Behrends* in: Die Begründung des Rechts als historisches Problem.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Einführungsgesetzes nebst einer Zusammenstellung der Kommissionsbeschlüsse. 1896. Zit.: Bericht der Reichstagskommission 1896.

Bleicken, Jochen. *Lex Publica. Gesetz und Recht in der Römischen Republik.* 1975.

Brañas, Alfonso. *Manual de Derecho Civil. Tomo I. Parte 1 y 2.* Primera edición. Guatemala, marzo 1996. Zit.: *Brañas, Alfonso, Manual de Derecho Civil*

Brandis, H. Ueber absolute und relative Nichtigkeit. In: Linde; Marezoll; Schröter. *Zeitschrift für Civilrecht und Prozess.* 7. Band. Giessen 1834. (S. 157-205) Zit.: *Brandis, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess.*

Bugnet, M (Hrsg.). *Oeuvres de Pothier.*

- Tome VI. 1846. Réimpression. 1993. Zit. : Pothier, *Oeuvres VI.*
- Tome X. 1848, Table générale. Réimpression. 1993. Zit. : Pothier, *Oeuvres X.*

Cahn, Andreas. Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht. *Juristen Zeitung JZ,* 1997. (S. 8-19).

Carbonnier, Jean. *Droit Civil. Band 4. Les obligations.* 7. Auflage. Paris. 1972.

Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil español común y foral. Décima edición. Revisada y ampliada. Band 1. Introducción y parte general. Volumen primero.* Madrid, 1962. Zit.: *Castán Tobeñas, José, Derecho Civil español común y foral.*

Castro y Bravo, Federico. *Derecho Civil de España. Band 1.* 3. Auflage. Madrid. 1955.

Chabot, Jean Luc. *Cartésianisme méthodologique et Code civil, dans le Code civil et les droits de l'homme: Actes du colloque international de Grenoble, 3 et 4 décembre 2003.* Paris, L'Harmattan, 2005.

Chorus, Jeroen M.J. *Handelen in strijd met de wet.* Leiden. 1976.

Code Napoléon. *Avec les discours des orateurs du gouvernement, les rapports de la Commission du Tribunaut et les opinions émises pendant le cours de la discussion.* Zit.: *Discours Code Napoléon.*

- Erstes Buch. Band I. Paris. 1804.
- Zweites Buch. Band II. Paris. 1804.
- Drittes Buch. Band II. Paris 1804.
- Drittes Buch. Band VI. Paris.1804.
- Drittes Buch. Band VII. Paris. 1804.

Colin, Ambroise/ Capitant, Henri. *Traité de Droit Civil. Refondu par Léon Julliot de la Morandière.*

- Band 1. 1. Auflage. 1953.
- Band 2. 2.Auflage. 1953.
- Band 1. Neue Ausgabe. 1957.
- Band 2. Neue Ausgabe. 1957.

Conférence du Code Civil, avec La discussion particulière du Conseil d'Etat e du Tribunaat, avant la rédaction définitive de chaque projet de loi. Par un jurisconsulte qui a concouru a la confection du Code. [Vorhanden in der Universitätsbibliothek Heidelberg unter der Signatur: Mittermaier 895::1-8]. Zit.: *Conférence du Code Civil*.

- Band 1. Contenant la discussion des titres; De la publication des effets, et de l'application des lois en général; De la jouissance et de la privation des droits civils; Des actes de l'état civil; Du domicile; Et des absents. Paris. 1805.
- Band 5. Contenant la discussion des titres; Des contrats ou des obligations conventionnelles en général; Des engagements qui se forment sans convention; Du contrat de mariage, et des droits respectifs des époux. Paris. 1805.
- Band 6. Contenant la discussion des Titres; De la vente; De l'échange; Du contrat du louage; Du contrat de société; Du prêt; Du dépôt et du séquestre; Des contrats aléatoires; Du mandat; Du cautionnement; Et des transactions. Paris. 1805.
- Band 8. Contenant la table alphabétique et raisonnée des matières. Paris. 1805.

Conte, Giuseppe/ Boss, Hans. Wörterbuch Des Rechts- und Wirtschaftssprache, 4. neubearbeitete und erweiterte Auflage, unter Mitarbeit von Dr. Ludwig Regele, Rechtsanwalt. Zit: *Conte/ Boss*, Wörterbuch des Rechts.

- Teil I. Italienisch- Deutsch. München. 1989.
- Teil II. Deutsch- Italienisch. München. 1993.

Crome, Carl. System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Erster Band. Einleitung und Allgemeiner Teil. 1900.

De los Mozos, José Luis. El negocio jurídico. (Estudios de Derecho Civil). Madrid. 1987. Zit.: *De los Mozos*, El negocio jurídico.

Delgado Echeverría, Jesús und andere. Las nulidades de los Contratos: un sistema en evolución. Navarra. 2007.

Delgado Echeverría, Jesus/ Parra Luján, María Ángeles. Las nulidades de los contratos: En la teoría y en la práctica. Madrid.2005. Zit.: *Parra*, Las nulidades de los contratos.

Demante, Antoine Marie. Cours Analytique de Code Civil.

- Band 1. 1849.
- Band 5. Continué Depuis l'Article 980 par E. Colmet de Santerre. 1865.

Demolombe, Charles. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général.

- Band 1. 1877. Zit. : Demolombe, Traité des Contrats 1.
- Band 6. 1879. Zit. : Demolombe, Traité des Contrats 6.
- Cours de Code Napoléon. Livre Troisième. Titre Troisième, Des Contrats ou des Obligations Conventionnelles en Général. 1882.

Dernburg, Heinrich. Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs.

- Erster Band. Allgemeine Lehren und Sachenrecht. Fünfte, neu bearbeitete Auflage. 1894.
- Zweiter Band. Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs und das Urheberrecht. Fünfte, neu bearbeitete Auflage. 1897.

Diez-Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción, Teoría del contrato, las relaciones Obligatorias. Madrid. 1970.

Di Paola, Santi. Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in Diritto Romano. Giuffrè. 1966. Zit.: *Di Paola*, Contributi ad una teoria della invalidità.

Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Hrsg. von Werner Schubert.

- Allgemeiner Teil, Teil 2. 1981. Zit. : Vorentwurf 1887, AT 2.
- Anlagen: Entwürfe eines Bürgerlichen Gesetzbuch. 1986. Zit.: Vorentwurf 1887, Anlagen.

Distaso, Nicola. I contratti in generale.

- Band I. Giurisprudenza sistematica civile e commerciale. Fondata da Walter Bigiavi. Redatta a cura di magistrati e docenti. Torino. 1980. Zit.: *Distaso, Nicola*, I contratti In generale.
- Band III. Torino. 1980.

Discussions Du Code Civil dans le Conseil d'Etat précédées des articles correspondants du texte et du projet. Tome second. An XIII (1805). Zit. : Discussions du Code Civil.

Dölle, Hans. Familienrecht. Darstellung des deutschen Familienrechts mit rechtsvergleichenden Hinweisen. Band I. 1964.

Domat, Jean. Les lois civiles dans leur ordre naturel. Le Droit public et legum delectus. Neue Auflage. Paris. 1777. Zit.: *Domat*, Les Lois Civiles.

Domingo, Rafael. Juristas universales. Volumen III. Juristas del Siglo XIX. De Savigny a Kelsen. 2004.

Dumey, Raymond/ Plasa, Wolfgang. Dictionnaire Juridique. (Nouveau Dictionnaire Th. A. Quemner). Français- Allemand. 1982.

Duranton, Alexandre. Cours de Droit Civil Français. Suivant le Code Civil.

- Band IV. Paris 1821.
- Band XII. Paris 1831.

Eccher, Bernhard/ Schurr, Francesco A./ Christandl, Gregor. Handbuch Italienisches Zivilrecht. Wien 2009.

Effer-Uhe, Daniel Oliver. Die Wirkung der *condicio* im römischen Recht. Köln 2008.

Eichmann, Klaus. Lehrbuch des Kirchenrechts. Auf Grund des Codex Iuris Canonici. Herausgegeben von Klaus Mörsdorf. II. Band. Sachenrecht. 1958.

Enciclopedia del Diritto. Giuffrè. Italien.

- Band II. 1958. Annullabilità e annullamento. (S. 469-499). Zit.: *Cannada-Bartoli* in: Enciclopedia del Diritto II.

- Band XII. 1972. Invalidità (storia). (S. 560-575). Zit.: *Brutti* in: Enciclopedia del Diritto XII.

- Band XII. 1972. Invalidità (dir. Priv.). (S. 575-597). Zit.: *Tommasini* in: Enciclopedia del Diritto XII.

Brutti in: Enciclopedia del Diritto XII, (S. 565 ff).

- Band XXVIII. 1978. Nullità (dir. Priv.). (S. 866-908). Zit.: *Masi* in: Enciclopedia del Diritto XXVIII.

Enneccerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl.

- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein Lehrbuch von Ludwig Enneccerus. Fünfzehnte, neubearbeitete Auflage, von Hans Carl Nipperdey. Zweiter Halbband: Entstehung, Untergang und Veränderung der Rechte, Ansprüche und Einreden, Ausübung und Sicherung der Rechte. Tübingen. 1960. Zit.: *Enneccerus, Ludwig*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts.
- Derecho Civil (Parte General). Übersetzung durch: Hernández Moreno, A.; Gete-Alonso, María del Carmen. Tomo Primero. Parte General. Segunda Parte. 1981.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Vorlage an den Reichstag mit Denkschrift von 1896. Nachdruck von 1997. Zit.: Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. Begründet von Dr. Franz von Holzendorff. Herausgegeben von Josef Köhler. Sechste Auflage.

- Band 1. Geschichte und Quellen des römischen Rechts von C. G. Bruns. Neubearbeitet von Otto Lenel. (S. 73-170). 190.
- Band 1. Das Pandektenrecht von C. G. Bruns. Ergänzt von Ludwig Mitteis. (S. 289-429). 1904.
- Band 2. Kirchenrecht von Ulrich Stutz. (S. 810- 972). 1904.

Erler, Adalbert. Kirchenrecht. 5. Auflage. 1983.

Esmein, Adhémar. Le mariage en Droit Canonique. 2. Auflage bei Génestal, R. Band 1. 1929.

Exposé des motifs du Code Civil des Français, sur chaque loi, présenté par les orateurs du gouvernement; - Des rapports Faits au Tribunaut au nom de la Commission des

Législation; -Des opinions émises dans le cours de la discussion; -Des discours prononcés au corps législatif par les orateurs du Tribunaut; - Et d'un table analytique et raisonnée des matières tant de Code que des discours. [Vorhanden in der Universitätsbibliothek Heidelberg unter der Signatur: Mittermaier 893::1-8]. Zit.: *Exposé des motifs du Code Civil*.

- Band I. Paris .1807.
- Band 4. Paris. 1804.
- Band V. Paris. 1804.
- Band VI. Paris. 1804.
- Band VIII. Paris. 1804.

Exposición de Motivos del Código Civil de Guatemala 1876. Archivo del Organismo Judicial. Guatemala. 1876.

Exposición de Motivos del Código Civil de Guatemala 1965. Guatemala. 2008.

Falk, Ulrich. Ein Gelehrter wie Windscheid. Erkundungen aus den Feldern der sogenannten Begriffsjurisprudenz. 1989.

Ferid, Murad. Das Französische Zivilrecht. Band 1/1. Erster Teil: Allgemeine Lehren des Französischen Zivilrechts: Einführung und Allgemeiner Teil des Zivilrechts. Völlig neubearbeitet von. Dr. Iur. Hans Jürgen Sonnenberger. 2. Auflage 1994.

Fernández Barreiro, A./ Paricio, Javier. Fundamentos de Derecho privado romano. 6. Auflage. 2005.

Fernández Urzainqui, Francisco Javier. Código Civil. Concordancias, notas y jurisprudencia. 8.Auflage. Navarra. 2008.

Filip-Fröschl, Johanna/ Mader, Peter. Latein in der Rechtssprache. 3.Auflage.1999.

Flume, Werner.

- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Berlin. 1979.
- Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Band II. Das Rechtsgeschäft. Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. 4. Auflage. Berlin. 1992.. Zit.: *Flume*, Das Rechtsgeschäft AT II (4).
- Rechtsakt und Rechtsverhältnis: Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken. Paderborn. 1990.

Gaudemet, Eugène. Théorie Générale des Obligations. Réimpression de l'édition publiée en 1937. Publiée par H. Desbois et J. Gaudemet. Sirey. 1965.

Garsonnet, E./ Cézard-Bru, Ch. Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix et devant des Conseils de Prud'hommes.

- Band I. Première partie. Libraire Recueil Sirey. 1912. Zit. : *Garsonnet, Traité de Procédure* 1.

- Band III, Teil 2, Volume II. Libraire Recueil Sirey. 1913. Zit.: *Garsonnet, Traité de procédure* 3.

Geyer, Stefan. Den Code Civil "richtiger auslegen". Frankfurt a.M. 2009.

Gierke, Otto von. Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsche Recht. 2. Auflage. 1889. Zit. : *Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs*.

Gmür, Rudolf/ Roth, Andreas. Grundriss der deutschen Rechtsgeschichte. 11. Auflage. 2005.

Gout, Olivier. Le juge et l'annulation du contrat. Marseille. 1999. Zit.: *Gout, Olivier, Le juge et l'annulation du contrat*.

Grimalt Sierra, Pedro. Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código Civil. Revisión crítica de la categoría de la anulabilidad. Granada, 2008.

Guelfucci-Thibierge, Catherine. Nullité, restitutions et responsabilité. Paris, France. 1992. Zit.: *Guelfucci, Nullité, restitutions et responsabilité*.

Guzmán Brito, Alejandro. Historia de la codificación civil en Iberoamérica. Primera edición. Spanien. 2006. Zit.: *Guzmán, Historia de la codificación civil*.

Haferkamp, Hans-Peter. Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“. Frankfurt am Main. 2004.

Harder, Manfred: Die historische Entwicklung der Anfechtbarkeit von Willenserklärungen. In: Archiv für die Civilistische Praxis (AcP). 173. Band. 1973. (S. 209- 226).

Heinemann, Heribert/ Herrmann, Horst/ Mikat, Paul. Diaconia et Ius. Festgabe für Heinrich Flatten zum 65. Geburtstag, dargebracht von seinen Freunden und Schülern. 1973.

Hellmann, Friedrich. Terminologische Untersuchungen über die rechtliche Unwirksamkeit im römischen Recht. München. 1914

Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Hrsg. von Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann. Band I. Allgemeiner Teil §§ 1-240. 2003.

Hoffman, S/ Sommerlatt, R v./ Wulfert, F. Materialien zu den Sächsischen Ausführungsgesetzen zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Sächsisches Archiv für Bürgerliches Recht und Prozess. Leipzig 1902.

Hübner, Heinz. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. neubearbeitete Auflage. 1996. Zit.: *Hübner, Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*.

Hübner, Ulrich. Personale Relativierung der Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften nach dem Schutzzweck der Norm. In: Festschrift für Heinz Hübner zum 70. Geburtstag am 7. November 1984. 1984. (S. 487- 503).

Iglesias, Juan. Derecho Romano. 12. Auflage. Herausgegeben von: Juan Iglesias-Redondo. 2000.

International encyclopedia of comparative law. Volume VII, chapter 11. Defects in the Contracting Process. 2001.

- Mistake. Ernst A. Kramer. (S. 3-65).
- Deception. Thomas Probst. (S. 66- 172).
- Coercion. Thomas Probst. (S. 173-237).

Jakobs, Horst Heinrich/ Schubert, Werner. Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen. Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB.

- Einführung, Biographien, Materialien. 1978. Zit : *Jakobs*, Die Beratungen des BGB (EBM).
- Allgemeiner Teil, §§ 1-240. 1. Teilband. 1985. Zit.: *Jakobs*, Die Beratungen des BGB (AT1).
- Allgemeiner Teil, §§ 1-240. 2. Teilband. 1985.

Japiot, René. Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle. Paris. 1909. Zit.: *Japiot, René*, Des Nullités.

Jemolo, Arturo Carlo. Il matrimonio. Torino. 1952.

Jherings Briefe an Windscheid 1870-1891. Herausgegeben von Karl Kroeschell. Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen. 1988. Zit.: *Jherings Briefe an Windscheid*. Zit.: Jherings Briefe an Windscheid.

Kaser, Max.

- Restituere als Prozessgegenstand. Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte. 1932.
- Über Verbotsgesetze und verbotswidrige Geschäfte im Römischen Recht. Wien. 1977. Zit.: *Kaser*, Über Verbotsgesetze.
- Das Römische Privatrecht. Erster Abschnitt. 2. Auflage. 1971.
- Das Römische Privatrecht. Zweiter Abschnitt. 2. Auflage. 1975.

Kaser, Max; Knütel, Rolf. Römisches Privatrecht. 19. Auflage. 2008.

Kipp, Theodor. Über Doppelwirkungen im Recht. In: Festschrift de Berliner Juristen für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum. (S. 211- 229) 1911.

Klein, Jean Phillippe. Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht. Tübingen, 2010.

Koch, Christian Friedrich. Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Achte Auflage. 1884.

Knothe, Hans Georg. Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen in geschichtlicher Entwicklung. Dissertation. Köln. 1980. Zit.: *Knothe, Die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen*

Landsberg, Ernst.

- *Savigny, Friedrich Carl von*. In: *Allgemeine Deutsche Biographie (ADB)*. Band 30, Duncker & Humblot, Leipzig 1898, (S. 425–452). Zit.: *Landsberg, Ernst: Savigny, Friedrich Karl von, ADB, Bd. 30*.
- *Windscheid, Bernhard*. In: *Allgemeine Deutsche Biographie (ADB)*. Band 43, Duncker & Humblot, Leipzig 1898, (S. 423–425). Zit.: *Landsberg, Ernst: Windscheid, Bernhard, ADB, Bd. 43*.

Lasarte, Carlos. Principios de Derecho Civil. Tomo III. Contratos. Octava edición. Madrid. 2004. Zit.: *Lasarte, Carlos, Principios de Derecho Civil*.

Listl, Joseph/ Schmitz Heribert. Handbuch des katholischen Kirchenrechts. Zweite, grundlegend neubearbeitete Auflage. Regensburg. 1999.

Loysel, Antoine. Institutes coutumières. Tome I et II. Genève. 1971.

Luján Muñoz, Breve historia contemporánea de Guatemala. 2000.

Lutzesco, Georges. Théorie & pratique des nullités. Tome Premier. Nullités des Actes Juridiques à caractère patrimonial. Paris 1938. Zit.: *Lutzesco, Georges, Théorie & pratique des nullités*.

Malaurie, Philippe/ Aynes, Laurent : Obligations. Bd. 2. Contrats et quasi contrats. 11. Auflage 2001/2002.

Massé und Vergé. Le Droit Civil français. Par K.S. Zachariä. Traduit de l'allemand sur la cinquième édition. 1854.

Meder, Stephan. Rechtsgeschichte. 3. Auflage. Böhlau. 2008.

Medicus, Dieter. Allgemeiner Teil des BGB. 9. Auflage. 2006. Zit.: *Medicus, AT*.

Messineo, Francesco.

- Dottrina generale del contratto (Art. 1321-1469 Cod. Civ.). Milano. 1944. Zit.: *Messineo, Francesco, Dottrina generale del contratto*.
- Il contratto in generale. Band 2. Trattato di diritto civile e commerciale diretto dai professori Antonio Cicu e Francesco Messineo. Volume XXI, t. 2. 1972. Zit.: *Messineo, Il contratto in Generale*.

Miquel González, José María. Anulabilidad (Derecho Civil) in: Enciclopedia jurídica básica. 1. Band. Madrid. 1995. (S. 475-481).

Motive zu dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Band 1. Allgemeiner Teil. Amtliche Ausgabe. Zweite unveränderte Auflage. Berlin 1896. Zit.: Motive zum BGB.

Mugdan, Benno. Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Herausgegeben und Bearbeitet. Band 1. Neudruck der Ausgabe Berlin 1899. Aalen. 1979 Zit.: *Mugdan*, Motiven Bd.1.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil. 1. Halbband: §§ 1-240. 5. Auflage. 2006.

Novissimo Digesto Italiano. Diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula.

- Band VIII. Nullità e annullabilità (Diritto Civile). 1962. Zit.: *Tondo*, in Novissimo Digesto Italiano VIII.
- Band XI. Invalidità e inefficacia del negozio giuridico. (S. 994-1003) 1965.. Zit.: *Sacco*, in: Novissimo Digesto Italiano XI.

Ober, Jürgen. Bernhard Windscheid und die Reinigung des römischen Rechts. Dissertation Köln. 1989.

Peuster, Witold. Das Spanische Zivilgesetzbuch.

- Bundesstelle Für Aussenhandelsinformation. Köln 1979. Zit.: *Peuster, Witold*. Das Spanische Zivilgesetzbuch Köln.
- Edition für internationale Wirtschaft Verlags- und Kommunikations- GmbH Frankfurt am Main 2002. Zit.: *Peuster, Witold*. Das Spanische Zivilgesetzbuch.

Perrin, Jean Baptiste. Traité de nullités de droit en matière civile. Lons-Le-Saulnier. 1835.

Planiol, Marcel. Traité élémentaire de droit civil. Conforme au programme officiel des facultés de Droit.

- Band 1. 6. Auflage. 1911.
- Band 2. 6. Auflage. 1912.

Polo Sifontes, Francis. Historia de Guatemala. 1996.

Portalis, J-Étienne-Marie.

- Discours préliminaire du premier projet de Code civil. In: Exposé des motifs du Code Civil des Français, sur chaque loi, présenté par les Orateurs du gouvernement; - Des Rapports Faits Au Tribunaut au nom de la Commission des Législation; -Des opinions émises dans le cours de la discussion; -Des discours prononcés au corps législatif par les orateurs du Tribunaut; - Et d'un table analytique et raisonnée des matières tant de Code que des discours. Band 1 Paris. 1807. Zit.: *Portalis*, Discours préliminaire du premier projet de Code Civil.
- Discours, Rapports et Travaux Inédits sur le Code Civil. 1844. Zit. : *Portalis*, Travaux Inédits sur le Code Civil.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Im Auftrage des Reichs=Iustizamts. Band I. Allgemeiner Teil. Berlin 1899. Zit.: Protokolle zum BGB.

Puchta, Georg Friedrich (zitiert nach den Auflagen).

- Lehrbuch der Pandekten. 1. Auflage. 1838.
- Lehrbuch der Pandekten. 2. Auflage. 1844.
- Lehrbuch der Pandekten. 3. Auflage. 1845.
- Lehrbuch der Pandekten. 12. Auflage. 1877. Herausgegeben von Professor Dr. Th. Schirmer.
- Vorlesungen über das heutige römische Recht. Herausgegeben von DR. Adolf Rudorff. 1847. Zit.: *Puchta*, Vorlesungen.

Pugliese, Giovanni. actio e diritto subiettivo. Mailand, Italien. 2006.

Puza, Richard/ Kustermann, Abraham. Beginn und Ende der Ehe. Aktuelle Tendenzen in Kirchen- und Zivilrecht. Heidelberg. 1994.

Quadrato, Renato. Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana. Bari. 1983.

Relazione del Ministro Guardasigili al Codice Civile. Preceduta dalla Relazione al disegno di legge sul "Valore giuridico della Carta del lavoro". Gaceta ufficia del Regno d'Italia. Italia. 1942. [Aus der Universitätsbibliothek Ferrara, Italien]. Zit.: Relazione Ministeriale 1942.

Relazione Ministeriale e Senatoria dalle discussioni parlamentari, e dai verbali della Comissione coordinatrice. Colle referenze sotto ogni singolo articolo agli altri Codici italiani, al Francese, alle leggi Romane, nonchè a tutti i precedente legislativi. Coll'aggiunta delle Leggi Complementari che si refriscono Al Codice civile ordinato dall'avvocato Sebastiano Gianzana. Professore ordinario di procedura civile e ordinamento giudiziario nella Regia Università di Genova colla collaborazione degli avvocati Francesco Bo e Pietro Tappari. [Institut für Ausländisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, Universität Heidelberg: IP / 62014332,7].

- Band I. Relazioni (Ministeriale e Senatoria). 1887. Zit.: Relazione Ministeriale 1887.
- Band II. Discussioni (alla Camera ed al Senato). 1887. Zit.: Discussioni 1887.
- Band III. Verbali della Commissione di Coordinamento. 1887. Zit.: Verbali 1887.

Renard, Georges. L'idée d'annulabilité chez les interprètes du droit romain au Moyen Age. In: Nouvelle Revue historique de Droit français et étranger. 27 Band. 1903, (S. 214 ff. und 327 ff.). Zit.: *Renard*, L'idée d'annulabilité.

Rodríguez, Mario. The Livingston codes in the Guatemalan crisis of 1837-1838. 2. Auflage. New Orleans, 1955.

Saliceto, Bartholomäus de. Codicis hui[us] argume[n]tu[m]. Bonhomme & Petit & Kerber. 1508. [Vorhanden in der Universitätsbibliothek Heidelberg, Sign. I 861 RES].

Sánchez Calero, Francisco Javier (Hrsg.). Curso de Derecho Civil II. Derecho de obligaciones, contratos y responsabilidad por hechos ilícitos. 5.Auflage. Valencia. 2008.

Savigny, Friedrich Karl von.

- Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. 2. Band. 1834.
- Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter. 3. Band. 1834.
- Pandektenvorlesung 1824/25. Herausgegeben von Horst Hammen. In: Savignyana. Texte und Studien. Herausgegeben von Joachim Rückert. 1993.
- Pandekten. Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. Herausgegeben von: Martin Avenarius. Savignyana, Texte und Studien. Herausgegeben von Joachim Rückert. Band 8. 2008.
- Pandekten vorgetragen vom Geheimen Revisions-Rath Herrn v. Savigny im Winter-Semester 1837/38 in Berlin (anonyme Nachschrift), Stadt und Universitätsbibliothek Frankfurt/Main Hs Rothschild 4°3. Zit.: *Savigny, Pandekten, Nachschrift Rothschild 1*”.
- System des heutigen römischen Rechts. Band I. 1840.
- System des heutigen römischen Rechts. Band II. 1840.
- System des heutigen römischen Rechts. Band III. 1840.
- System des heutigen römischen Rechts. Band IV. 1841.
- System des heutigen römischen Rechts. Band IV. Handschrift der Universitätsbibliothek Marburg. 1840.
- System des Heutigen Römischen Rechts. Band VII. 1848.
- Von Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Vierte Auflage. Freiburg, 1892.

Saxoferrato, Bartolus de. Commentaria in corpus iuris civilis. Lugduni. 1517. [Vorhanden in der Universitätsbibliothek Heidelberg, Sign. I 1152 fol. Imp. Res].

Scheppach, Maria. Las Siete Partidas. Entstehungs- und Wirkungsgeschichte. Pfaffenweiler. 1991.

Schierholt, Helmuth. Über die Unwirksamkeit der Ehe insbesondere über die Doppelehe. Königsberg. 1920.

Schlegelberger, Franz. Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes.

- Band 2. Bergmann, A, Anfechtung der Ehe (S. 205-206). 1929.
- Band 6. Locher, E, Unsittliche Rechtsgeschäfte (S. 776-784). 1938.
- Band 7. Krauss, Georg, Verbotene Geschäfte, insbesondere Veräußerungsverbote (S.98 -128). 1939.

Schlosser, Hans. Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte. 8. Auflage. 1996.

Schlüter, Wilfried. BGB-Familienrecht. 13. Auflage. Heidelberg. 2009.

Schmidt-Szalewski, Joanna. *Jurisprudence française. Droit des contrats. Band 5.* Paris.1989. [Vorhanden in der Universitätsbibliothek Paris I Panthéon-Sorbonne].

Schubert, Werner.

- Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung. Berlin. 1966. Zit.: *Schubert*, Die Entstehung der Vorschriften des BGB.
- Windscheid und das Bereicherungsrecht des 1. Entwurfs des BGB. In: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung.* Band 95 (1975). S.186 ff.

Seckel, Emil. *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts. Sonderausgabe von 1954.* Darmstadt. Original in: Festgabe für Richard Koch. Berlin, 1903.

Stabel, Anton. *Vorträge über das französische und badische Civilrecht, insbesondere über dessen Einleitung (titre préliminaire).* Freiburg. 1843. Zit.: *Stabel*, Vorträge.

Staffler, Richard. *Italienisches Zivilgesetzbuch. Eine Übersetzung vom italienischen Codice Civile.* Bozen 1930. Zit.: *Staffler*, Italienisches Zivilgesetzbuch.

Stoll, Adolf. *Friedrich Karl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe. 3. Band, Ministerzeit und letzte Lebensjahre.* Berlin. 1939. Zit.: *Stoll*, Friedrich Karl von Savigny.

Staudinger, Julius von. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen.*

- Buch 1. Allgemeiner Teil §§ 90-133 (Allgemeiner Teil 3). 2004. Zit.: *Staudinger* 3.
- Buch 1. Allgemeiner Teil §§ 134-163 (Allgemeiner Teil 4). 2003. Zit.: *Staudinger* 4.

Strauch, Dieter. *Der rheinische Beitrag zur Entstehung des BGB, in: Forum historiae iuris.* Unter: <http://www.forhistiur.de/zitat/0503strauch.htm>. 2005.

Teichmann, Arndt. *Die Gesetzesumgehung. Dissertation.* Göttingen. 1962.

Theewen, Eckhard Maria. *Napoléons Anteil am Code Civil.* Köln.1991.

Ubaldis, Baldus de. *Commentaria in digestum vetus atque Codex Justinianus.* Lugduni 1561. [Universitätsbibliothek Heidelberg Sign.: J 723 Gross RES]: Zit.: *Baldus de Ubaldis*, commentaria in digestum.

Vázquez Iruzubieta, Carlos. *Doctrina y jurisprudencia del Código Civil.* 3a. Edición. Madrid. 1989. Zit.: *Vazquez*, Doctrina y jurisprudencia.

Wacke, Andreas.

- Kannte das Edikt eine in integrum restitutio propter dolum? In Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. 88. Band. 1971. (S. 105- 135).
- Die Rechtswirkungen der lex Falcidia. In: Studien im römischen Recht, Max Kaser zum 65. Geburtstag gewidmet von seinen Hamburger Schülern (hrsg. von *D. Medicus* und *H. H. Seiler*. 1973). (S. 209- 251).
- Vom Hermaphroditen zum Transsexuellen. In: Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag. München, 1989. (S. 861- 903).
- Ex post facto convalescere im Römischen Recht. In: Au-delà des frontières. Melanges de droit romain offerts à Witold Wolodkiewicz Bd. 2. Varsovie, 2000. (S. 1025- 1052).
- Die Konstruktion des Anwartschaftsrechts aus bedingter Übereignung und der favor dotis bei Ulpian D.23, 3, 9,1. In: Spuren des römischen Rechts. Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag. Bern. 2007. (S. 651- 674).

Weiske, Julius. Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten enthaltend die gesamte Rechtswissenschaft.

- Band 1, (A-Bergrecht). 1844.
- Band 7, (Majestätsverbrechen- Pertinenz): Heimbach, Nichtigkeit (S. 343-363). 1847.
- Band 9, (Raub-Schiffs- und Seerecht): Steinberger, F.R., Die Restitution. (S. 289-355). 1855.

Wieacker, Franz. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. 2. Auflage, Göttingen 1967.

Windscheid, Bernhard.

- Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. Düsseldorf. 1847. Zit.: *Windscheid*, Zur Lehre des Code Napoleon.
- Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf. 1850. Zit.: *Windscheid*, Die Voraussetzung.
- Die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel. 1851. Zit.: *Windscheid*, Die Bedingung.
- Die Actio des Römischen Zivilrechts vom Standpunkte des Heutigen Rechts. Düsseldorf. 1856. Zit.: *Windscheid*, Die Actio.
- Lehrbuch des Pandektenrechts. Erster Band. 1. Auflage. Düsseldorf. 1862.
- Gesammelte Reden und Abhandlungen. Herausgegeben von Paul Oertmann. Leipzig. 1904.

Wolf, Erik. Große Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte.

- 1. Auflage. Ein Entwicklungsbild unserer Rechtsanschauung. 1939. Zit.: *Wolf*, Große Rechtsdenker I.
- 4. durchgearbeitete und ergänzte Auflage. 1963. Zit.: *Wolf*, Große Rechtsdenker II.

Zachariä, Karl Salomo. Handbuch des Französischen Zivilrechts (zitiert nach den verschiedenen Auflagen).

- Band I. Erste Auflage. 1808.
- Band I. Zweite Auflage. 1811.
- Band I. Dritte Auflage 1827.
- Band I. Vierte Auflage. 1837.
- Band I. Fünfte Auflage. Herausgegeben von Dr. August Anschütz. 1853.
- Band I. Sechste Auflage. Herausgegeben von Dr. Sigismund Puchelt. 1874.
- Band I. Siebte Auflage. Herausgegeben von Dr. Heinrich Dreyer. 1886.
- Band I. Achte Auflage. Herausgegeben von Dr. Carl Crome. 1894.

Zajtay, Imre. Rechtsvergleichende Bemerkung über den Code Civil und das Bürgerliche Gesetzbuch. In: Archiv für die Civilistische Praxis (AcP). 157. 1958/1959. (S. 479- 495).

Zapp, Hartmut. Kanonisches Eherecht. Begründet von Ulrich Mosiek. 6. Auflage. 1983.

Zauderer, Max. Anfechtbarkeit und relative Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften. 1931.

Zimmermann, Reinhard. Law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition. 1996.

Zitelmann, Ernst.

- Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Studien, Kritiken, Vorschläge. 1889. Zit.: *Zitelmann*, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines BGB.
- Internationales Privatrecht. Band II. 1898.

Zoz di Biasio. I rimedi contro gli atti in frode ai legittimari in diritto romano. 1978.

Zweite und dritte Beratung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs im Reichstage. Stenographische Berichte. 1896. Zit.: Zweite und dritte Beratung des BGB.

Quellen:

Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794.

- Textausgabe. Mit einer Einführung von Dr. Hans Hattenhauer und einer Bibliographie von Dr. Günther Bernert. Frankfurt am Main. 1970. Zit.: ALR Text.
- Register. Frankfurt am Main. 1973. Zit.: ALR Register.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen von 1863/1865, Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts. Band 4. 1973. Zit.: Sächsisches BGB.

Code Civil Français. Evolution des textes depuis 1804. Dalloz. 2000. Zit. *Code Civil, Evolution*.

Code de procédure civil. Expliqué par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence. Nouvelle Édition. 1845. Zit. : Code de procédure civil ancien.

Codex Iuris Cononici. Codex des Kanonischen Rechts. Lateinisch Deutsche Ausgabe. Vatikan. 1983.

Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis. München. 1759.

Codice Civile. Manuali Hoepli. Codici e leggi del Regno d'Italia. Accuratamente riscontrati sul testo ufficiale, corredati di richiami e coordinati dal Prof. L. Franchi. Codice Civile. Undecima Edizione. Milano 1931. Zit.: *Codice Civile 1865*.

Codice Civile per gli stati di S.M. Il Re di Sardegna. Edizione Ufficiale. 1837. Zit. : Codice Civile Sardinien.

Codice Civile per gli stati di Parma, Piacenza e Guastalla. 1820.

Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. Herausgegeben von: Okko Behrends, Rolf Knütel, Berthold Kupisch, Hans Hermann Seiler.

- Band I. Institutionen.1990
- Band II. Digesten 1-10. 1995.
- Band III. Digesten 11-20. 1999.
- Band IV. Digesten 21-27. 2005.

Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung. Herausgegeben von: Carl Otto, Bruno Schilling, Carl Sintenis. Band V. 1984.

Die pseudo-ulpianische Einzelschrift der Rechtsquellen. Herausgegeben und übersetzt von Martin Avenarius. Göttingen. 2005.

Dresdener Entwurf Eines Allgemeinen Deutschen Gesetzes Über Schuldverhältnisse von 1866. Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts. Band 2. 1973. Zit. : Dresdener Entwurf.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Bayern 1861-1864 mit Motiven. Neudrucke privatrechtlicher Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jahrhunderts. Band 3. 1973. Zit. : BGB Entwurf Bayern.

Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae 1128. Herausgegeben von Fritz Schulz. 1926.

Frankreich Code Civil. Begründet von Karl Heinsheimer. Die Zivilgesetze der Gegenwart. Band I. Herausgegeben von: Karl Heinsheimer, Martin Wolff, Erich-Hans Kaden, Walther Merk und dem Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht in Berlin. 1932.

Gaius. Institutiones. Die Institutionen des Gaius. Herausgegeben, übersetzt und kommentiert von Ulrich Manthe. Darmstadt. 2004.

Gaius. Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar von Hein Nelson und Ulrich Manthe. 1999.

Gesetzbuch über das rechtliche Verfahren in Civil-Sachen. Übersetzung vom Code De procédure civile (sic!). Daniels, Heinrich Gottfried Wilhelm (Übersetzer). Köln. 1809.

Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alfonso el nono. Nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad (sic!). Año 1555. Neudruck von 1985.

Lauterbach. Collegii theorico practici. A libro trigesimo nono pandectarum, usque ad finem, & sic ad digestum novum, pars tertia. Edictio secunda priore correctior. Cum spaciali privilegio caesareo & saxonico. Tubingae. MDCCXV (1715).

Ley de Bases para el Código Civil de España. 1888. [In der Universitätsbibliothek, Universität de Barcelona, Spanien].

Patti, Salvatore. Codice Civile Italiano. Das Italienische Zivilgesetzbuch. Herausgegeben von Salvatore Patti. München. 2007. Zit.: *Patti, Salvatore, Codice Civile Italiano*.

Pauli Sententiae. Testo e interpretatio. A cura de Maria Bianchi Fossati Vanzetti. 1995.

Ortloff, Friedrich. Das Rechtsbuch Johannes Purgoldts nebst statutarischen Rechten von Gotha und Eisenach. Zweiter Band. Jena. 1860. Zit.: *Ortloff, Das Rechtsbuch*.

Rapport Catala. Avant-Projet de réforme du droit des obligations (Articles 1101 à 1386 du Code Civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code Civil). Frankreich 2005.

Recueil Dalloz. Jurisprudence générale. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public. Anée 1888.

Recueil Sirey. Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, administrative et de droit public.

- Année 1900.
- Année 1902.
- Année 1904.
- Année 1905.

Travaux de la Commission de Réforme du Code Civil.

- Année 1945-1946. Méthode de rédaction. Livre préliminaire – Tutelle, curatelle
- Administration légale - Adoption – Absence - Filiation adultérine et incestueuse – Publicité des droits immobiliers – Responsabilité du locataire en cas d’incendie.
- Année 1946-1947. Actes juridiques et contrats – Responsabilité du locataire en cas d’incendie – Actes de naissance des enfants abandonnés et des enfants adoptés – Mariage – Distinction des biens- Possession.
- Année 1947-1948. Actes juridiques – Assurances obligatoires des automobiles – Privilège du bailleur – Divorce et séparation des corps – Recherche de paternité – Représentation successorale – Vente des immeubles et de fonds de commerce – Dépendant de la communauté.

Lebenslauf

Am 24. April 1980 wurde ich als zweiter Sohn der Eheleute Lily Marleny, geb. Solórzano, und Belarmino Peláez in Guatemala City, Guatemala geboren. Nach dem Besuch der Österreichischen Schule in Guatemala legte ich im September 1998 die Maturaprüfung ab. Das Jurastudium an der Universidad Francisco Marroquín in Guatemala beendete ich Anfang 2005 mit der 2. juristischen Anwaltsprüfung. 2007 beendete ich das Magisterstudium (LLM) in Heidelberg und 2010 das Promotionsstudium in Köln.