



Recht • Wirtschaft • Steuern

igel
Verlag
RWS

Francisco Sabadin Medina

Das Nichtrechtsgeschäft im deutschen Zivilrecht

Ein Beitrag zu den Tatbeständen des
Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung

Sabadin Medina, Francisco: Das Nichtrechtsgeschäft im deutschen Zivilrecht: Ein Beitrag zu den Tatbeständen des Rechtsgeschäfts und der Willenserklärung, Hamburg, Igel Verlag RWS 2015

Buch-ISBN: 978-3-95485-324-3

PDF-eBook-ISBN: 978-3-95485-824-8

Druck/Herstellung: Igel Verlag RWS, Hamburg, 2015

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Bearbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Die Informationen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt erarbeitet. Dennoch können Fehler nicht vollständig ausgeschlossen werden und die Diplomica Verlag GmbH, die Autoren oder Übersetzer übernehmen keine juristische Verantwortung oder irgendeine Haftung für evtl. verbliebene fehlerhafte Angaben und deren Folgen.

Alle Rechte vorbehalten

© Igel Verlag RWS, Imprint der Diplomica Verlag GmbH
Hermannstal 119k, 22119 Hamburg
<http://www.diplomica.de>, Hamburg 2015
Printed in Germany

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	6
I Einleitung	9
II Kontextualisierung in der Rechtsgeschäftslehre	12
1 Die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts.....	12
2 Rechtsgeschäft als Akt und Rechtsgeschäft als Regelung.....	15
III Der Tatbestand des Rechtsgeschäfts.....	17
1 Allgemeines	17
2 Terminologie.....	18
3 Das deutsche Schrifttum bis zum BGB	20
(a) Die herrschende Meinung	20
(b) Die Ansichten Koeppens und Karlowas	23
(c) Die Ansicht Zitelmanns.....	25
4 Materialien und deutsches Schrifttum zum BGB	27
(a) Materialien und allgemeines Schrifttum	27
(b) Die Systematisierung Leenens	31
5 Tatbestand.....	33
(a) Allgemeines.....	33
(b) Drei Grundmodelle: Gesamt-, Teil- und Mindesttatbestand.....	34
(c) Tatbestandsmerkmale und Wirksamkeitsvoraussetzungen.....	36
(d) Die klassische Doktrin zum Tatbestand einer Willenserklärung	38
6 Typische Anwendungsbereiche des fehlenden Tatbestands	40
(a) Dissens	40
(b) Gefälligkeitsverhältnisse	43
(c) Das von dem Erklärungsgegner erkannte Scherzgeschäft	45
(d) Nichtehe	46
7 Zwischenergebnis und Zusammenfassung	47
IV Der besondere Weg Deutschlands.....	49
V Ergebnis.....	53
Literaturverzeichnis.....	55

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Ann. Dir. Comp.	Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi
Arch. Giur.	Archivio Giuridico „Filippo Serafini“ (Italien)
BB	Betriebs-Berater – Zeitschrift für Recht und Wirtschaft
BFDUC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça (Portugal)
BVerG	Bundesverfassungsgericht
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb – Wochenschrift für Betriebswirtschaft, Steuerrecht, Wirtschaftsrecht und Arbeitsrecht
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
Enc. Dir.	Enciclopedia del Diritto (Italien)
ESD	Enciclopédia Saraiva de Direito (Brasilien)
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht mit Betreuungsrecht, Erbrecht, Verfahrensrecht und öffentlichem Recht
Foro it.	Il Foro Italiano (Italien)
Gruchot	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
Grünhuts	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart
HdR	Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
JA	Juristische Arbeitsblätter
JherJb	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica (Spanien)

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungsreport
NNDI	Novissimo Digesto Italiano (Italien)
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht – Rechtsprechungsreport
OLG	Oberlandesgericht
Quad. Fior.	Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno (Italien)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rdnr.	Randnummer
RDP	Revista de Direito Privado (Brasilien)
RDerP	Revista de Derecho Privado (Spanien)
REDB	Repertório Enciclopédico de Direito Brasileiro (Brasilien)
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv. dir. proc.	Rivista di Diritto Processuale (Italien)
RFDC	Revista Fórum de Direito Civil (Brasilien)
R.G.L.J.	Revista General de Legislación y Jurisprudencia (Spanien)
RJP	Revista Jurídica del Perú (Peru)
RRJ	Revue de la Recherche Juridique (Frankreich)
RT	Revista dos Tribunais (Brasilien)
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil (Frankreich)
RTJG	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara (Brasilien)
RVergH	Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes
S.	Seite
SZ	Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte – Romanistische Abteilung
TR	Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis = Revue d'histoire du droit = The legal history review The legal history review
Trim.	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (Italien)
VersR	Versicherungsrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZCP	Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

I Einleitung

Der Begriff Nichtrechtsgeschäft im Zivilrecht wurden im Laufe des 20. Jahrhunderts in Europa Gegenstand intensiver Auseinandersetzung. Kaum hatte im 19. Jahrhundert in Frankreich der Deutsche *Karl Solomo Zachariae von Lingenthal* in seinem Lehrbuch zum französischen Zivilrecht die Auffassung eingeführt, die Nichtigkeit sei selbstverständlich ein Prädikat eines schon existierenden Rechtsgeschäfts,¹ hat sich der Begriff der *inexistence* dort konsolidiert und verallgemeinert.² So entstand die sog. *théorie classique de l'inexistence*. Eine relativ kurze Zeit darauf wurde aber diese Theorie heftig angegriffen, indem die vorherige Gestaltung der *inexistence* in Frage gestellt wurde; daraus entstand die sog. *théorie moderne de l'inexistence*.³ Selbst diese wurde aber in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts erneut heftig kritisiert, was dazu geführt hat, dass die *inexistence* selbst im französischen Schrifttum, wenn nicht durchweg abgelehnt, zumindest erheblich marginalisiert wurde.⁴ Dennoch findet sie bis heute Verteidiger.⁵

Ein ähnliches Phänomen lässt sich in anderen Ländern Europas⁶ und auch in Nord- und Südamerika beobachten.⁷ In Italien wurden sowohl die Annahme des Konzepts eines *negozio giuridico inesistente*⁸ als auch die Begriffe des Tatbestands⁹, der Unwirksamkeit¹⁰ und der

¹ Handbuch I, § 37, S. 84. Bemerkenswert ist aber, dass die Idee der *inexistence* selbst schon vor *Zachariae*, z. B. bei *D'Argentré* und *Pothier*, vorhanden war. Letzterer sprach von „conditions d'existence“. Dazu *Klein*, Die Unwirksamkeit, S. 175 f.

² Ausführlich *Klein*, Die Unwirksamkeit, S. 179 ff. Die Wegbereiter waren *Aubry* und *Rau*, *Demolange* und *Laurent*.

³ Hauptvertreter waren *Drogoul*, Essai, S. 144 ff., *Japiot*, Des nullités, S. 178 ff., 262 ff. und *Gaudemet*, Théorie, S. 140 ff. Dazu *Klein*, Die Unwirksamkeit, S. 202 ff. Siehe auch *Loyer*, Les actes inexistantes, S. 209 ff. *et passim*.

⁴ Eingehend *Klein*, Die Unwirksamkeit, S. 239 ff., 265 ff.

⁵ So z. B. *Peltier*, RRR 2000, 937 ff.; *Carbonnier*, Droit Civil I, Nr. 168, S. 325. Zu dem Streit siehe noch *Malaurie/Aynès/Stoffel-Munck*, Les obligations, S. 339 ff.

⁶ Dem *common law* ist schon der Begriff „*juridical act*“ nach wie vor fremd bzw. darin zumindest nicht gebräuchlich – Vgl. *Galgano*, Contratto e Impresa 3 (1987), 733 (750 f.); *Schmidt*, in: MPEncycl. II, S. 1016, 1018; *ders.*, ZEuP 18 (2010), 304 ff. Aus rechtsvergleichender Sicht siehe *Zweigert*, in: FS Rheinstein II, S. 494 ff. Zu den Schwierigkeiten bei Übersetzungen bzw. eines einheitlichen Sprachgebrauchs vgl. *Sacco*, in: Liber amicorum Busnelli II, S. 257 ff.

⁷ Ein beredtes Zeugnis hierfür sind die Aufsätze der Tagung der *Association Henri Capitant pour la Culture Juridique Française*, die vom 4. bis zum 7. Juni 1962 in Turin stattfand. Dabei haben Vertreter aus verschiedenen Ländern (Belgien, Brasilien, Kanada, Spanien, Frankreich, Italien, die Niederlande und die Schweiz) über die Inexistenz (*inexistence*), Nichtigkeit (*nullité*) und Anfechtbarkeit (*annulabilité*) des Rechtsgeschäfts diskutiert. Die Aufsätze sind in einem Band veröffentlicht worden: *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* – Bd. 14, 1965, S. 513 ff.

⁸ Bspw. *Filanti*, Inesistenza e nullità; *Monticelli*, Contratto nullo; *Santoro-Passarelli*, Dottrine generali, S. 242 ff.; *Scognamiglio*, Contributo, S. 345 ff.; *Gazzoni*, L'attribuzione, S. 48 ff.; *Giovanni*, La nullità, S. 43 ff.; *Ferrari*, Trim. 12 (1958), 514 ff.; *Ascarelli*, Riv. dir. proc. 11, Parte I (1956), 61 ff.; *Carnelutti*, Riv. dir. proc. 10, Parte I (1955), 208 ff.; *De Valles*, Foro it. 76 (1953), 505 ff.; *Betti*, Teoria generale, S. 473 f.; *Cariota*

rechtlichen Relevanz¹¹ intensiv diskutiert. Auch wenn wichtige Stimmen das Konzept der *inesistenza* anerkennen,¹² wird dieses in den Lehrbüchern heutzutage nur mit Zurückhaltung vertreten.¹³ In Spanien wird die Notwendigkeit der *inexistencia del negocio jurídico* zumindest von *Castro y Bravo*¹⁴ und *Los Mozos*¹⁵ verteidigt. Im portugiesischen Schrifttum geht zwar die h. M. von der *inexistência* aus,¹⁶ aber zumindest *Menezes Cordeiro* fordert deren Verfechter heraus, ihre vermutlichen Gründe für die *inexistência* als selbständigen Fehlerhaftigkeitstyp des Rechtsgeschäfts darzulegen und die „(zahlreichen) Gegenargumente“ zu entkräften.¹⁷ In Brasilien hingegen gilt die Vorstellung des *plano da existência* seit *Pontes de Miranda* (1892-1979) als unangefochtene Selbstverständlichkeit.¹⁸

Aus dieser rechtsvergleichenden Sicht ist es erstaunlich, dass in Deutschland das Thema der Inexistenz des Rechtsgeschäfts selbständig so lange kaum untersucht wurde.¹⁹ Es wird bestenfalls am Rande in Aufsätzen und Monographien zu spezifischen Problemen der Rechtsgeschäftslehre (z. B. zu Unwirksamkeit, Heilung und Scheingeschäft) und des Vertrags angesprochen und selbst dabei kommt das Stichwort „Nichtrechtsgeschäft“ nur vereinzelt vor.²⁰ Dies mag den Anschein erwecken, dass das deutsche Schrifttum keinen der „Inexistenz“ des romanischen Sprachraums

Ferrara, Foro it. 71, Parte quarta (1948), 33 ff.; *Fedele*, La invalidità, S. 25 ff.; *Barsanti*, Arch. Giur. 59 (1897), 171 ff. Zur Rechtsprechung siehe *Bugani*, La nullità, S. 145 ff.

⁹ Bspw. *Cataudella*, Trim. 16 (1962), 433 ff.; *Scognamiglio*, Trim. 8 (1954), 331 ff.

¹⁰ *Scalisi*, in: Enc. Dir. 21, S. 322 ff.; *Falzea*, in: Enc. Dir. 14, S. 432 ff. m. w. Nachw.

¹¹ *Irti*, in: NNDI 15, S. 1094 ff. m. w. Nachw.

¹² *Bianca*, Diritto civile III, Nr. 329, S. 613 ff.; *Sacco*, Il contratto, Nr. 239, S. 847 ff.

¹³ *Torrente/Schlesinger*, Manuale, § 338, S. 622 f. Dagegen *Gazzoni*, Manuale, S. 293 f.

¹⁴ El negocio jurídico, S. 462 ff.

¹⁵ R.G.L.J. 1960, 453 ff.; *ders.*, in: NEJ 17, S. 613 ff. Zustimmend *Puig Penã*, in: NEJ 12, S. 454.

¹⁶ *Alarcão*, in: FS Teixeira Ribeiro III, S. 611 ff.; *ders.*, A confirmação I, S. 33 ff.; *Mota Pinto*, Teoria geral, Nr. 200, S. 608 ff.; *Antunes Varela*, Direito de família I, Nr. 40, S. 217 ff.

¹⁷ In: Estudos Ascensão I, S. 252: „Está francamente na hora de os defensores da inexistência como vício autónomo virem a terreiro rebater os (muitos) contras e apresentar as suas razões. Dizemo-lo há décadas“ (= Tratado II⁴, Nr. 334, S. 930). *Menezes Cordeiro* beruft sich insb. auf *Pires de Lima*, O casamento putativo, S. 87 ff. Zustimmend *Rodrigues Ventura*, Valor jurídico, S. 35.

¹⁸ *Schmidt*, RFDC 3 (2014), 135 (140); *Reis*, Rechtsgeschichte 18 (2011), 246 (249). Im brasilianischen Schrifttum siehe z. B. *Pontes de Miranda*, Tratado I; *Junqueira de Azevedo*, Negócio jurídico; *ders.*, Declaração negocial, S. 96 ff.; *ders.*, in: ESD 35, S. 254 ff.; *Bernardes de Mello*, Teoria – Existência; *Ubaldo Miranda*, Negócio jurídico, S. 151 ff., 45 ff.; *Bulhões Carvalho*, RT 28 (1939), 3 ff.; *ders.*, Sistemas de nulidades, Nr. 164 ff., S. 138 ff.; *ders.*, in: REDB, S. 1 (93); *ders.*, RTJG 5 (1966), 1 ff.; *Maluf*, A inexistência; *Veloso*, in: FS Maluf, S. 192 ff.; *Moreira Guimarães*, Actos jurídicos, S. 8; *Whitaker da Cunha*, in: FS Monteiro, S. 307 ff. Das wichtigste Werk ist dasjenige von *Junqueira de Azevedo*, Negócio jurídico, das der brasilianische Beitrag zur Rechtsgeschäftslehre ist – Vgl. *Tomasetti Jr.*, Execução, S. 15. Aus deutscher Sicht vgl. *Schmidt*, RFDC 3 (2014), 135 (139 ff.).

¹⁹ Eine Ausnahme könnte man wohl in *Kramer*, Vertragstatbestand, S. 1 ff. sehen.

²⁰ So z. B. *Lehmann*, in: HdR IV, S. 207 f.; *Mock*, Die Heilung, S. 32 ff. (Der Autor verwendet den Ausdruck „Scheinrechtsgeschäft“ als Synonym für „Nichtrechtsgeschäft“); *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 11 f. („Nichterklärung“); *Casper*, Der Optionsvertrag, S. 102; *ders.*, Die Heilung, S. 39 ff. („Nichtbeschluss“); *Baeck*, Das Scheingeschäft, S. 129 ff., Soergel/Hefermehl (1999) § 117 Rdnr. 1 („Nichterklärung“); *Bamberger/Roth/Eckert* (2012) § 156 Rdnr. 11, Fn. 33; siehe u. Fn. 76.