

JEAN-PHILIPPE KLEIN

Die Unwirksamkeit
von Verträgen
nach französischem Recht

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

245

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

245

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Jean-Philippe Klein

Die Unwirksamkeit von Verträgen nach französischem Recht

Eine konzeptionelle Untersuchung
unter besonderer Berücksichtigung der
Rechtsgeschichte

Mohr Siebeck

Jean-Philippe Klein, geboren 1977; 1996–2001 Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Basel; 2008 Promotion; Rechtsanwalt in Genf.

e-ISBN PDF 978-3-16-151430-2

ISBN 978-3-16-149974-6

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2010 Mohr Siebeck Tübingen.

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

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädle in Nehren gebunden.

*Meinen Eltern,
Meiner Frau Patricia*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Basel im Frühjahr 2008 als Dissertation angenommen. Für die vorliegende Publikation wurden Rechtsprechung und Änderungen in der Gesetzgebung indessen bis Juli 2009 berücksichtigt.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. iur. Dr. h.c. Ernst A. Kramer sei an dieser Stelle für die wohlwollende Betreuung dieser Arbeit, aber auch für die stets anregende, vielfältige Assistenzzeit, die ich an seinem Lehrstuhl erleben durfte, sehr herzlich gedankt. Herzlich danken möchte ich sodann Herrn Prof. Dr. iur. Bruno Huwiler für die zahlreichen bereichernden Gespräche zu historischen und insbesondere römischrechtlichen Aspekten des hier behandelten Themas.

Ein warmer Dank geht an das Bibliotheksteam der Juristischen Fakultät, welches während meiner Assistenzjahre die Fernleihe zahlreicher Werke, welche Eingang in diese Arbeit gefunden haben, stets mit grosser Kompetenz besorgt hat.

Besondere Dankbarkeit gilt meinen Eltern: meinem Vater, der in mir das Interesse für juristische Grundfragen, Rechtsvergleichung und historische Zusammenhänge geweckt hat, und meiner Mutter für ihre stetige Unterstützung und Hilfsbereitschaft. Ganz besonders möchte ich sodann meiner Frau Patricia danken, die, obgleich nicht Juristin, in unzähligen Stunden liebevoller Aufopferung die vorliegende Arbeit mitsamt den Fussnoten gelesen und mich mit kritischen Bemerkungen und zahlreichen Anregungen nicht verschont hat, welche entscheidend zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben. Ohne sie wäre diese Arbeit zu einer nie (oder jedenfalls viel später) endenden Geschichte geworden.

Meine Eltern haben den Grundstein zu dieser Arbeit gelegt, meine Frau war für deren erfolgreichen Abschluss besorgt. Ihnen sei diese Arbeit deshalb mit aller Herzlichkeit gewidmet.

Genf, im Januar 2010

Jean-Philippe Klein

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einführung	3
Eingrenzung der Fragestellung und Hinweise zum Aufbau.....	9
Teil I Die Unwirksamkeit von Verträgen im römischen Recht.....	11
<i>Kapitel I Die Unwirksamkeit im klassischen römischen Recht.....</i>	<i>13</i>
A. Einführende Bemerkungen.....	13
B. Die Unwirksamkeit im Einzelnen.....	16
1. Unwirksamkeit nach ius civile.....	16
2. Willensmängel	20
3. Unwirksamkeit nach ius honorarium	21
4. Abhilfe bei Geschäften, denen die bona fides zugrunde liegt	23
C. Zusammenfassung und abschliessende Bemerkungen zu Kapitel I .	24
<i>Kapitel II Die Unwirksamkeit im vulgarisierten (nachklassischen) römischen Recht.....</i>	<i>27</i>
A. Einführende Bemerkungen.....	27
B. Die Transformation der prätorischen Rechtsbehelfe	28
1. Die restitutio in integrum	28
2. Die exceptio	29
3. Der Irrtum	30
C. Unwirksamkeit nach ius civile, widerrechtliche Geschäfte	30
D. Die Verjährung	32
E. Zusammenfassung und abschliessende Bemerkungen zu Kapitel II	32

<i>Kapitel III Die Unwirksamkeit im vulgarisierten römischen Recht auf französischem Gebiet</i>	34
A. Die <i>leges Romanae</i>	34
B. Die Gesetze der Barbaren	35
C. Abschliessende Bemerkungen zu Kapitel III	36
<i>Kapitel IV Die Unwirksamkeit im römischen Recht des Mittelalters</i>	37
A. Einführung	37
B. Die Entwicklung der Zweiteilung der Unwirksamkeit	39
1. Die <i>lex non dubium</i> als Ausgangspunkt	39
2. Die Ausscheidung blosser Tatsachen	40
3. Die Ausnahme der zunächst wirksamen Geschäfte	41
4. Wirksame Erfüllungshandlungen?	42
C. Die rationale Fundierung der Zweiteilung – „Mikrosysteme“	44
1. Die Unterscheidung zwischen <i>fraus legis</i> und <i>fraus hominis</i>	44
2. <i>Substantia</i> und <i>effectus</i>	46
3. <i>Publica utilitas</i> und <i>privata utilitas</i>	48
D. Die Relativierung der Abgrenzung: der Rechtsschein	50
E. Konzeptionsfragen zur nachträglichen Unwirksamkeit	53
1. Die Begründung der nachträglichen Wirkung der prätorischen Rechtsbehelfe	53
2. Die Transformation der römischen Rechtsbehelfe	55
3. Die Rückwirkung der <i>restitutio</i>	56
F. Zusammenfassung und abschliessende Bemerkungen zu Kapitel IV	57
Teil II Die Unwirksamkeit von Verträgen im französischen Recht bis zur französischen Revolution	61
<i>Kapitel I Die Unwirksamkeit in den coutumes des Mittelalters (Période féodale, 900–1300)</i>	63
A. <i>Coutumes</i> und <i>droit écrit</i>	63
B. Die Unwirksamkeit in den ersten <i>coutumiers</i>	64
C. Schlussfolgerungen	68
<i>Kapitel II Die Unwirksamkeit in der Période monarchique (vom 14. Jahrhundert bis zur französischen Revolution)</i>	70
A. Einführende Bemerkungen zu zwei Neuerungen	70
1. Aufwertung der <i>coutumes</i> und königliche Verordnungen	70

2. Die lettres de rescision	71
B. Die historische Herleitung der lettres de rescision	73
1. Die Entformalisierung des Vertragsrechts im Spätmittelalter.....	73
2. Die Folgen des Grundsatzes „Toutes convenances sont à tenir“ ..	75
(a) Das serment promissoire	75
(b) Die Renonciations.....	76
3. Gegenbestrebungen: lettres de rescision, Dispensen und zwingendes Recht.....	77
(a) Lettres de rescision und Dispensen.....	77
(b) Coutumes und ordre public	79
4. Die lettres de rescision und das römische Recht	81
5. Schlussfolgerungen	82
C. Die Auswirkungen der lettres de rescision auf die Unwirksamkeiten in Lehre und Praxis	84
1. Nullité und rescision bei den auteurs coutumiers	85
2. Nullité und rescision bei Domat und Pothier.....	87
(a) Domat.....	88
(i) Conventions nulles und conventions résolubles	88
(ii) Die prozessuale Handhabung der conventions nulles.....	89
(iii) Zusammenfassung	91
(b) Pothier.....	92
3. Zu den Unstimmigkeiten, die sich aus der Unterscheidung zwischen nullité und rescision ergeben.....	94
4. Nullité absolue und nullité relative (respective) bei Bouhier und Dunod	97
D. Einzelfragen und Vertiefung	99
1. Materielle Rechtfertigung der nachträglichen Vernichtung, wo lettres de rescision erforderlich waren?	99
2. Zur Bedeutung des Ausdrucks „nul de plein droit“	103
E. Zusammenfassung und abschliessende Bemerkungen zur Période monarchique	107
1. Zusammenfassung.....	107
2. Abschliessende Bemerkungen	108

Teil III Die Unwirksamkeit von Verträgen seit dem Code
civil

Kapitel I Vorbemerkungen

A. Die Entstehung des Code civil	113
B. Der Code civil und die Lehre – Hintergründe	114

<i>Kapitel II Die Darstellung der Unwirksamkeit im Gesetzestext</i>	118
A. Die Unwirksamkeit in der Sprache des Gesetzgebers	119
1. Bestimmungen, welche die Unwirksamkeit vorsehen	119
2. Bestimmungen, die ‚nur‘ ein Verbot oder Gebot aufstellen.....	120
3. Schlussfolgerungen	120
B. Die grundlegenden Bestimmungen zur Unwirksamkeit im Code civil.....	120
1. „Des conditions essentielles pour la validité des conventions“ (Art. 1108)	121
2. „Du consentement“ (Art. 1109 ff.), und damit unmittelbar zusammenhängende Bestimmungen.	121
3. „De la capacité des parties contractantes“ (Art. 1123 ff.).....	123
4. „De l’objet et de la matière des contrats“ (Art. 1126 ff.).....	123
5. „De la cause“ (Art. 1131 ff.).....	123
6. Weitere Bestimmungen	124
7. Die Unwirksamkeit im Eherecht.....	124
8. Vorläufige Schlussfolgerungen.....	125
 <i>Kapitel III Die Umsetzung des Gesetzes in der Lehre der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, insbes. zur action en nullité</i>	 128
A. Zwei wichtige Grundsätze.....	129
1. „Pas de nullité sans texte“	129
2. „Toute nullité doit être prononcée en justice“	132
B. Die Vielfalt der nullités in der Ausgestaltung	135
1. Die Einteilungen der nullités	135
2. Die Verjährung der action en nullité.....	137
3. Die Bestätigung des acte nul.....	138
C. Die nähere Qualifizierung der action en nullité, insbes. zur Nichtigkeitsklage bei Zachariae	138
1. Anfängliche Unwirksamkeit oder nachträgliche Vernichtung?..	138
2. Die Wirkung der Nichtigkeitsklage	141
3. Die Rechtfertigung des Ausdrucks „Nichtigkeitsklage“.....	142
4. Die eigentlichen Fälle der Anfechtung.....	145
D. Zusammenfassung zur ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts	147
 <i>Kapitel IV Ein Blick auf den Willen des Gesetzgebers</i>	 148
A. „Pas de nullité sans texte“?	149
B. Der Anwendungsbereich der action en nullité ou en rescision	150
C. Die Charakterisierung der action en nullité ou en rescision	152
1. Die Äusserungen der Berichterstatter	152
2. Erläuterungen.....	154

3. Der Anwendungsbereich von Art. 1304 C. civ.....	156
D. Die Entstehung der action en nullité ou en rescision	157
E. Die Unwirksamkeit im Eherecht.....	158
F. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen zu den Materialien	162
G. Klärende und relativierende Hinweise.....	165
1. Im Allgemeinen.....	165
2. Zu den Unwirksamkeiten im Besonderen	166
H. Abschliessende Bemerkungen zu den Kapiteln III und IV	171
<i>Kapitel V Die Théorie de l'inexistence (Théorie classique) im Anschluss an Zachariae</i>	173
A. Die nullité bei Zachariae	173
B. Zachariaes Ausnahme: die inexistence	174
C. Der Unterschied zwischen inexistence und nullité.....	176
D. Zusammenfassung zu Zachariaes Lehre	177
<i>Kapitel VI Die Umsetzung der inexistence in der französischen Lehre ..</i>	179
A. Die inexistence im Eherecht – „Pas de nullité sans texte“	180
B. Die Ausdehnung der inexistence im übrigen Zivilrecht	184
1. Die „conception organique“ als Ausgangspunkt	184
2. Die Ausdehnung auf die rechtliche inexistence.....	186
C. Der Untergang der nullité absolue	191
D. Terminologische Verwirrungen.....	195
E. Die Geltendmachung von nullité und inexistence	196
F. Die Théorie classique bei Charles Beudant	197
G. Zusammenfassung und kritische Bemerkungen zur Théorie classique	199
<i>Kapitel VII Die Geburt der Théorie moderne mit Drogoul, Japiot und Gaudemet.....</i>	202
A. Vorbemerkungen	202
B. Kritik an der Théorie classique und Neuordnung bei Drogoul	205
1. Die Kritik an der Théorie classique	205
(a) Kritik an der vermeintlichen Logik der inexistence	205
(b) Die inexistence kann mit rechtlichen Wirkungen verbunden werden.....	207
(c) Die Kritik an der Unterscheidung zwischen nullité absolue und nullité relative.....	208
2. Die Neuorganisation der Ausgestaltung nach dem Zweck des Gesetzes	209
(a) Die Aktivlegitimation	210

(b) Die Bestätigung	211
(c) Die Verjährung	213
(d) Die Rolle des Richters	213
C. Die Théorie nouvelle bei Japiot	214
1. Japiots methodischer Ansatz	215
2. La nature de la nullité: le droit de critique	216
3. Exercice, sujets et extinction du droit de critique	221
(a) Modes d'exercice du droit de critique	221
(b) Les sujets du droit de critique	224
(i) Les sujets actifs	224
(ii) Les sujets passifs	228
(c) L'extinction du droit de critique	230
(i) La confirmation	230
(ii) La prescription	232
Die Verjährung nach Art. 1304	233
Die übrigen prescriptions de droit commun	234
D. Die Théorie nouvelle bei Gaudemet	235
E. Zusammenfassung	236
 <i>Kapitel VIII Heutiger Stand der Lehre</i>	 239
A. Grundzüge	239
B. Einzelfragen	244
1. Zu den nullités naturelles	244
2. Ordre public social de protection und clauses réputées non écrites	246
(a) Der ordre public de protection	246
(b) Insbesondere zur clause réputée non écrite	248
3. Die Geltendmachung der Unwirksamkeit	253
(a) Die action en nullité seit Japiot	253
(b) Der Charakter der action en nullité (absolue)	257
(c) Die action préventive	262
(d) Zur Kompetenz des Richters und der Staatsanwaltschaft	264
4. ... und die inexistence?	265
 Teil IV Die Unwirksamkeit von Verträgen in der Rechtsprechung	 269
A. Vorbemerkungen	271
B. Die inexistence im Eherecht	273
1. Défaute de consentement	273
2. Défaute de célébration devant l'officier de l'état civil	277

3. Identité de sexe	282
4. Zur Verjährung der action en nullité du mariage.....	285
5. Schlussfolgerungen zum Eherecht	286
C. Die Unwirksamkeit im übrigen Zivilrecht	288
1. Einleitung und Vorgehensweise.....	288
2. Eine einheitliche Klage auf nachträgliche Vernichtung.....	288
3. Zwei Unwirksamkeiten und Verjährungsfragen	290
4. Unwirksamkeit und Bestätigung.....	301
5. Unwirksamkeit und Aktivlegitimation.....	304
6. Zwischenbilanz	308
7. Inexistence und nullité absolue.....	309
(a) Konsensfragen	310
(b) Affectio societatis.....	312
(c) Défait de prix (sérieux)	314
(d) Absence de cause.....	316
(e) ... und 1999: zugleich die Schlussfolgerung zur inexistence in der Rechtsprechung	317

Teil V Abschliessende Betrachtungen und Schlussthesen zum geltenden Recht..... 321

A. Abschliessende Betrachtungen	323
1. Der Wille des Gesetzgebers: nullité de plein droit und nullité par voie d'action	323
2. Die Auffassung von Lehre und Rechtsprechung: „Toute nullité doit être prononcée par le juge“	325
3. Überprüfung der Argumente.....	327
(a) Die restitutio in integrum	327
(b) „Nullités de plein droit n'ont point de lieu en France“	328
(c) „Nul ne peut se faire justice à soi-même“	330
(d) Apparence und Vertragsfreiheit	330
(i) Zur apparence.....	331
(ii) Zur Bedeutung der Vertragsautonomie.....	333
(e) Das Argument der Praxis	335
(f) Zwischenbilanz	335
4. Eine mögliche Erklärung.....	336
(a) Ausgangspunkt: unterschiedliche Auffassungen zum Ausdruck „de plein droit“	336
(b) Der Erklärungsansatz.....	337
5. Ist nullité de plein droit mit inexistence gleichzusetzen?	340
6. Zur action en nullité (absolue) in der Rechtsprechung	344

(a) Der Charakter der <i>action en nullité</i> (absolue) in der Rechtsprechung	344
(b) Ein Erklärungsansatz für das Erfordernis der <i>action en</i> <i>nullité absolue</i>	345
7. Zur <i>action en nullité</i> (relative) im Speziellen	349
8. ... und die <i>inexistence</i> ?	352
B. Schlussthesen zur Unwirksamkeit von Verträgen nach geltendem französischem Recht	358
 Anhang	 361
<i>Anhang 1: Das „Avant-Projet Catala“ (2005)</i>	363
A. Die grundlegenden Bestimmungen zur <i>nullité</i>	364
B. Die Zuordnung zur <i>nullité absolue</i> und <i>nullité relative</i> im Einzelnen	367
C. Würdigung	368
 <i>Anhang 2: Die „Principes contractuels communs“ (2008)</i>	 373
A. Die geltende Fassung der <i>Principes Lando</i>	374
1. Kapitel 4	374
2. Kapitel 15	375
B. Die neuen Lösungsvorschläge	376
C. Einzelfragen	378
D. Würdigung	383
 Literaturverzeichnis	 384
Zitierte Entscheide	390
Register	395

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
BGB	[deutsches] Bürgerliches Gesetzbuch
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambres civiles [jeweils mit der Angabe der Abteilung, die der entsprechenden Kammer entspricht; jede Kammer hat ihre eigene Entscheidung-Nummerierung]
C.	Contra
C. civ.	Code civil
C. cons.	Code de la consommation
C. comm.	Code de commerce
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
CI	Cour Impériale [Bezeichnung der zweitinstanzlichen Gerichte während des Kaiserreichs]
Codex Iust.	Codex Iustinianus
CR	Cour Royale [Bezeichnung der zweitinstanzlichen Gerichte während der Restauration]
D.	Digesta Iustiniani
D.(AJ., H., IR., J., P., Somm.)	Recueil Dalloz [Begonnen 1845, unter dem Titel: „Jurisprudence générale du Royaume. Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine en matière civile, commerciale, criminelle, administrative et de droit public“. Seither unter verschiedenen Abänderungen im Titel und in der Darstellung. 1956 mit dem Recueil Sirey fusioniert. Seit 1999 unter dem Titel: „Le Dalloz: recueil“. Die Angaben beziehen sich auf Teilband, Jahrgang, Abteilung und Seite. Bis 2004 hatten die verschiedenen Teilbände und Abteilungen der Zeitschrift jeweils eine eigene Seitenzählung. Seit 2004 sind die Seiten durchgehend nummeriert, sodass die heutige Unterteilung (AJ, IR, Somm., Jur.) nur noch der Information dient]
D.AJ.	Actualité jurisprudentielle [Teilband des Dalloz]
D.H.	Recueil Hebdomadaire Dalloz [Teilband des Dalloz]
D.IR.	Informations rapides [Teilband des Dalloz]
D.J. (Jur.)	Dalloz Jurisprudence [Teilband des Dalloz]
D.P.	Recueil Périodique et Critique Dalloz [Teilband des Dalloz; mit verschiedenen Abteilungen]

XVIII

Abkürzungsverzeichnis

D.Somm. Diss.	Sommaires commentés [Teilband des Dalloz] Dissertation
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Fasc.	Fascicule
Gaz.Pal.	Gazette du Palais
Inst. Iust.	Institutiones Iustiniani
J.-Cl. JCP	Juris-Classeur Dalloz Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique) [Diese Zeitschrift ist in verschiedene Teile gegliedert, die jeweils einer eigenen Nummerierung folgen. Die auf die Jahreszahl und den Teil folgende Zahl entspricht nicht der Seitenzahl, sondern der Nummer des publizierten Entscheids/Beitrags]
JZ	Juristen-Zeitung
L.	Loi
Nouv. C. de pr. civ.	Nouveau Code de procédure civile
OR	[schweizerisches] Obligationenrecht
RDC	Revue des Contrats
R.D. McGill	Revue de droit McGill
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rec. Gaz. Trib.	Recueil de la Gazette des Tribunaux: Journal de jurisprudence et des débats judiciaires
Req.	Urteil der Chambre des Requêtes der Cour de cassation, die das Rechtsmittel verwarf, wenn die Anfechtung keinerlei Erfolgsaussichten hatte. Die Chambre des Requêtes wurde 1947 abgeschafft.
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international privé
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey: Recueil général des lois et des arrêts en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public [1956 mit dem Recueil Dalloz fusioniert]
s.v.	sub verbo
unkl. unv.	unklassisch unverändert
VE vorl.	Vorentwurf vorletzte(r)

ZEuP
ZSS

Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte

„Par erreur, violence ou dol, quand on stipule,
Cette convention, de plein droit, n'est pas nulle;
Au lésé, seulement, elle ouvre une action
Soit pour la nullité, soit en rescision: ...“.

„Une obligation qui manque d'une cause,
Ou dont le fondement, sur faux motif, repose,
Ou n'offre qu'un motif illicite et proscrit,
Ne peut, d'aucun effet, présenter le produit“.

(Art. 1117 und 1131 C.civ.; *Benoît Michel Decomberousse*,
Le Code civil en vers, 1810)

„... Il faut traiter humainement les choses humaines. La
logique à outrance conduit à l'injustice; elle suppose
dans l'établissement et la formule des principes une per-
fection qui n'est pas de ce monde“.

(*Joseph Emile Labbé*, Anmerkung zu Cass. 7 août 1883,
S.1884.1.5).

„Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula
fiat“.

(*Paulus*, D. 56.17.1)

„Le juriste, légitimement fier de son art, doit savoir ces-
ser de faire du droit pour concevoir, après les mathéma-
ticiens, que le zéro lui préexiste“.

(*Hugues Adida-Canac*, Actualité de l'inexistence des actes
juridiques, Rapport annuel de la Cour de cassation 2004,
S. 122)

Einführung

In Frankreich ist eine Verpflichtung, die einen widerrechtlichen Zweck verfolgt, gemäss Art. 1131 C.civ. unwirksam: „L’obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet“. Demgegenüber bestimmt Art. 1117 C.civ.: „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 en rescision ...“. Für die Ausgestaltung der Unwirksamkeit bestimmt das Gesetz im ersten Fall, dass das Geschäft keinerlei Wirkungen haben kann („... ne peut avoir aucun effet“), bei den Willensmängeln ist eine *action en nullité ou en rescision* vorausgesetzt. Auf den ersten Blick scheinen diese Rechtsfolgen mit ‚Nichtigkeit‘ und gerichtlicher ‚Anfechtbarkeit‘, übereinzustimmen. Doch dieser Schluss wäre voreilig. Denn bereits ob im ersten Fall die Unwirksamkeit mittels Klage geltend gemacht werden muss oder ob diese von selbst eintritt, ist nirgends ausdrücklich normiert. Einen Hinweis mag in dem in Art. 1117 ausgedrückten Gegensatz gesehen werden. Doch sollte man den Ausdruck „de plein droit“ aus Art. 1117 *e contrario* auf Art. 1131 beziehen, bleibt noch offen, was unter „de plein droit“ zu verstehen ist. „De plein droit“ ist eine (historisch nachvollziehbare) Übersetzung des aus dem römischen Recht stammenden Ausdrucks „ipso iure“. Während dieser Ausdruck heute gemeinhin dahingehend verstanden wird, dass eine bestimmte Rechtsfolge von selbst – ohne weiteren Eingriff einer Partei oder gar eines Richters – eintritt¹, war im römischen Recht damit in erster Linie gemeint, dass eine Rechtsfolge nach *ius civile* – im Gegensatz zum *ius honorarium* – eintrat. Wie diese Rechtsfolge eintreten sollte, und unter welchen Voraussetzungen, war damit noch nicht gesagt. Wie sich zeigen wird, lässt sich eine ähnliche Entwicklung auch im französischen Recht beobachten. Die Auffassung, dass „nullité de plein droit“ der gemeinrechtlichen Nichtigkeit entspricht, taucht in der französischen Rechtsliteratur zwar immer wieder auf, doch begegnet man heute mehrheitlich so eindeutigen Aussagen wie: „La nullité n’opère toutefois que sur l’intervention du juge“, oder „toute

¹ Vgl. etwa *Peter Metzger*, Schweizerisches Juristisches Wörterbuch, Basel, Genf, München, 2005, s.v. „ipso iure“: „Ohne weiteres, durch das Recht selbst, von Rechts wegen“.

nullité doit être prononcée par le juge dès lors qu'il y a apparence d'acte². Aber was heisst „prononcé“, und welche Rolle spielt die „apparence“?

Auch die Wortwahl des Gesetzgebers hat nicht zur Klärung beigetragen: Den Ausdruck „nul de plein droit“ sucht man in anderen Bestimmungen des *Code civil* vergebens. Zahlreiche Artikel enthalten dagegen die Ausdrücke „nul“, oder auch „non valable“, oder „... on ne peut ...“. Zudem wird der Irrtum selbst in Art. 1109 als „cause de nullité“ bezeichnet. Auch weitere Fragen zur Unwirksamkeit, etwa wer sich darauf berufen kann, ob das unwirksame Geschäft bestätigt werden kann, ob das Recht, sich auf die Unwirksamkeit zu berufen, untergehen kann, sind im *Code civil* nur punktuell geregelt. Die Antworten auf diese Fragen sind, aufgrund der Entstehungsgeschichte des *Code civil*, aber auch aufgrund einer unpräzisen Wortwahl, äusserst komplex. Das Gebiet der Unwirksamkeit von Verträgen im französischen Recht gilt deshalb auch als eines „des plus obscurs du droit civil“³.

Dass bis heute keine befriedigende Lösung gefunden werden konnte, hat seinen Ursprung bereits im Rechtszustand vor der Kodifikation, als das Gebiet Frankreichs von über dreihundert Partikularrechtsordnungen überzogen war, zu denen sich, in unterschiedlichem Ausmass, noch das römische Recht gesellt hatte. Die Kodifikation war notwendig, doch die Aufgabe beinahe unlösbar⁴. Verhängnisvoll für den Bereich der Unwirksamkeit von Verträgen im *Code civil* war namentlich, dass Institutionen aus dem *Ancien droit*, die unmittelbar mit dem *Ancien régime* verbunden waren,

² Statt vieler *Mazeaud/Chabas*, Introduction, N. 351.

³ So *Planiol* (11. Aufl. 1929), N. 328. In seiner Besprechung von *Perrin*, *Traité des nullités de droit en matière civile*, 1816, einem der ersten Werke zur Unwirksamkeit im französischen Recht, bemerkte *Guy*, in *Thémis* (1819), S. 444-455: „Cependant cette matière si simple lorsqu'on la considère sous cet aspect, et si susceptible, par elle-même, de clarté, est peut-être, de toutes les matières qui composent l'ensemble du Droit civil, la plus hérissée de difficultés de tout genre, et celle qui, jusqu'à ce jour, a le plus engendré de procès. D'où cela peut-il venir? De la composition défectueuse de nos Codes ...“; zitiert nach *Bürge*, S. 143, Fn. 763. Ähnlich auch *Renard/Vieujean*, S. 521: „... Le Code Napoléon n'offre guère sur ce chapitre qu'empirisme, solutions éparses et terminologie incertaine“. Vgl. auch *Baudry-Lacantinerie/Chéneaux*, Bd 1, N. 102-24: „Il n'y a pas dans la science du droit de matière plus nébuleuse que celle des nullités“.

⁴ Eindrücklich die Rede des Tribunatsmitglieds *Albisson*: „Il fallait que la nation elle-même, travaillée depuis deux mille ans par tout ce que peut avoir d'exaspérant et de ruineux un assemblage monstrueux et colossal de lois civiles qui se heurtaient et se contraignaient dans presque tous les points d'où dépendent la sûreté et la validité des actes les plus importants et les plus ordinaires de la vie, se fît justice elle-même de la longue incurie de son gouvernement ... Elle a proclamé la résolution de faire cesser le scandale de sa législation civile par la rédaction d'un Code de lois civiles communes à toute la France“. Abgedruckt in *Naissance du Code civil*, S. 292.

jedenfalls in der Formulierung des neuen Gesetzes wieder Eingang fanden, obwohl sich die politischen Umstände grundlegend verändert hatten.

Die Mischung aus Alt und Neu wurde denn auch von der Kritik nicht verschont. Wenn die unklare Situation auch Angriffsflächen bot, so liess sie andererseits auch Platz für individuelle Deutungen. Die Unwirksamkeit nach französischem Recht hat denn auch namhafte Rechtsgelehrte herausgefordert. Neben zahlreichen französischen Autoren sind auch deutsche zu nennen, wie Bernhard Windscheid, Carl Salomo Zachariae von Lingenthal oder Friedrich Carl von Savigny, ja selbst dessen Widerstreiter in der Kodifikationsfrage, Anton Friedrich Justus Thibaut. Gerade Savigny ging mit dem *Code civil*, den er als Musterbeispiel dessen, was in Deutschland vermieden werden sollte, betrachtete, nicht gerade grossherzig um. Insbesondere zur Leistung des französischen Gesetzgebers im Bereich der Unwirksamkeit meinte er: „... Diese Redaktoren und Staatsräthe reden und schreiben wie Dilettanten ...“⁵. Windscheid, der bei Savigny studiert hatte, widmete den Unwirksamkeiten des französischen Rechts seine Habilitationsschrift, und Thibaut äusserte sich zu den Unwirksamkeiten nach französischem Recht in seinen Vorlesungen über das französische Zivilrecht. Zachariae bedachte, wie später der im belgischen Gand unterrichtende Laurent, den *Code civil* mit einem Kommentar, der auch in Frankreich starke Beachtung fand. Alle diese Gelehrten haben sich mit dem französischen Recht auseinandergesetzt, nicht nur aus wissenschaftlichem Interesse, sondern auch deshalb, weil der *Code civil* an ihrem jeweiligen Wirkungsort geltendes Recht war⁶. Ihr Urteil wird daher auch berücksichtigt werden müssen.

⁵ Savigny, Vom Beruf, S. 72, bezieht sich dabei auf die Regelung zur Ungültigkeit der Ehe. Savigny hat sein Urteil später revidiert, aber nie ganz zurückgenommen.

⁶ Die Anwendung des *Code civil* beschränkte sich nicht auf französischsprachiges Gebiet und machte an den Grenzen Frankreichs nicht Halt. Die linksrheinischen deutschen Gebiete waren mit dem Vertrag von Lunéville (1792) Frankreich zugefallen, sodass in diesen Landen von Anfang an der *Code civil* galt. Nach dem Sturz Napoleons wurden diese Gebiete verschiedenen Herzogtümern und dem Königreich Bayern angegliedert. Der *Code civil* wurde aber in diesen Gebieten nicht abgeschafft, sodass in Bonn, wo Windscheid unterrichtete, der *Code civil* geltendes Recht war. Im Zuge der napoleonischen Feldzüge war der *Code civil* auch im Grossherzogtum Baden eingeführt worden, wo er ebenfalls bis zum Inkrafttreten des deutschen BGB, als Badisches Landrecht, angewendet wurde. Im badischen Heidelberg unterrichtete Carl Salomo Zachariae von Lingenthal das französische Zivilrecht. Zur gleichen Zeit unterrichtete dort ebenfalls Thibaut. Savigny hingegen hat das französische Recht nie unterrichtet, war ihm doch schon jede Kodifikation „aus Sorge um die Erneuerung der Rechtswissenschaft“ zuwider (Wieacker, Gründer und Bewahrer, S. 124). Gleich wie in den linksrheinischen Gebieten war die Situation in Belgien, dessen Gebiet noch vor Inkrafttreten des *Code civil* Frankreich einverleibt worden war (Frieden von Campo Formio 1797). Auch dort überdauerte die Geltung den Sturz Napoleons. Trotz des vor über 170 Jahren, anlässlich der Unab-

Doch bei aller Undeutlichkeit darf eines nicht vergessen werden: Die Definition dessen, was namentlich nach schweizerischem oder deutschem Recht unter Nichtigkeit und Anfechtbarkeit zu verstehen ist, ist das Ergebnis pandektistischer Abstraktion⁷, deren Starrheit heute im Übrigen, nicht nur im germanischen Rechtskreis, zunehmend kritisiert wird⁸. Die französische Rechtswissenschaft indessen kam, wenn überhaupt, erst einige Zeit nach Inkrafttreten des *Code civil* mit der Pandektistik, wie sie auf deutschem Gebiet gepflegt wurde, in Berührung⁹. Die Rezeption des Gemeinen Rechts erfolgte in Frankreich bei Weitem nicht mit der gleichen Intensität wie in Deutschland oder auch in der Schweiz. Von tradierten Begriffen auszugehen, heisst daher von vorneherein, den Blick verengen und die Optik verfälschen. Gerade im Umstand, dass sich das Verständnis der Unwirksamkeit in Frankreich gleichsam aus seiner eigenen Geschichte heraus entwickelt hat, liegt auch das Interesse der vorliegenden Untersuchung. Die Fragen, die im Zusammenhang mit der Unwirksamkeit beantwortet werden müssen, sind nämlich in allen Rechtsordnungen grundsätzlich die

hängigkeit Belgiens 1830 ausgesprochenen Wunsches nach einem neuen Gesetzbuch („dans le plus court délai possible“!) gilt der *Code civil*, gewiss mit zahlreichen Änderungen, dort heute noch.

⁷ Vgl. *Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., Bern, Wien, München 2005, S. 64: „Im allgemeinen Vertragsrecht muss auch die axiomatische Berufung auf einen tradierten (in Wirklichkeit gesetzlich keineswegs exakt determinierten) ‚Nichtigkeitsbegriff‘ als tendenziell begriffsjuristisch bezeichnet werden“. Steht in einem deutschen oder schweizerischen Gesetz der Ausdruck „nichtig“, so sind daran auch nur die Konsequenzen geknüpft, die die Lehre im vorletzten Jahrhundert mit diesem Begriff verbunden hat. Eine gesetzliche Definition dessen, was unter Nichtigkeit zu verstehen ist, fehlt nicht nur in Frankreich. Nachweise zur Entwicklung des Nichtigkeitsbegriffs bei *Hübner*. Gleiches gilt vom Ausdruck „Anfechtbarkeit“, der als *terminus technicus* erstmals bei *Savigny* auftaucht (System, Bd 4, S. 537). Erst 1874 stellte *Schlossmann*, Zur Lehre vom Zwange: eine civilistische Abhandlung, Leipzig 1874, S. 7, fest: „Die Begriffe Nichtigkeit und Anfechtbarkeit bilden eine stehende Rubrik in unseren Rechtssystemen“.

⁸ Vgl. etwa zur „Nichtigkeit als rechtsfolgenbezogene Normauslegung“ *Andreas Cahn*, Zum Begriff der Nichtigkeit im Bürgerlichen Recht, JZ 1997, S. 8 ff. und schon *Hübner*. Bereits *Flume* hatte dem deutschen Gesetzgeber vorgeworfen, eine klare Abgrenzung zwischen den Begriffen Nichtigkeit und Unwirksamkeit vermeiden zu haben (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd 2, 2. Aufl. 1975, § 30, 2). Mit Bezug auf das europäische Recht etwa *Scalisi*, Vincenzo, Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti, in Europa e diritto privato 2001, S. 488 ff., der vom Übergang von der „nullità sanzione“ zur im Einzelnen sehr unterschiedlich ausgestalteten „nullità protezione“ spricht.

⁹ *Wieacker*, Gründer und Bewahrer, S. 183, bezeichnet den *Code civil* im Vergleich zur Begriffsdisziplin der Historischen Schule des Gemeinen Rechts als Gesetz „von mehr politischer und sozialer Weltläufigkeit, aber geringerer Begriffsstrenge und systematischer Geschlossenheit“.

gleichen, nur dass in Frankreich die Auffassung, mit dem Begriff bereits die Lösung gefunden zu haben, nie wirklich zu befriedigen vermochte.

Wechselnde Theorien haben auch den Vorteil, Experimente zuzulassen und so die Erneuerung der Rechtswissenschaft, die Savigny so sehr am Herzen lag, zu ermöglichen. Die Interdependenz von Zeitgeist, Geschichte und Recht lässt sich gerade am Beispiel der Unwirksamkeit in Frankreich m.E. besonders eindrücklich aufzeigen.

Zum einen stellt sich die Frage nach der Rolle des Richters: Wie weit reichen seine Kompetenzen, wenn er sich vor einem Vertrag befindet, von dem das Gesetz sagt, dass er „ne peut avoir aucun effet“? Tritt diese Unwirksamkeit von selbst ein – *qua lege* – oder erst auf Klage hin? Wer kann sich auf die Unwirksamkeit berufen? Nur die Parteien des Vertrags, oder nur eine Partei, oder auch jeder beliebige Dritte? Können die Parteien das unzulässige Geschäft gegebenenfalls bestätigen und ihm dadurch Wirksamkeit verleihen, und zuletzt: Kann eine solche Sanierung auch ohne den Willen der Parteien, durch blossen Zeitablauf, eintreten?

Angesichts der trotz sprachlicher Meisterhaftigkeit¹⁰ unklaren Wortwahl und in Folge der fehlenden dogmatischen Stütze des gemeinen Rechts mag es nicht erstaunen, dass die Lehre schon bald nach Inkrafttreten des *Code Civil*¹¹ versuchte, durch ihren Beitrag Klarheit zu schaffen und die lücken-

¹⁰ Berühmt ist die Bemerkung *Stendhals*, der seinen Stil anhand des *Code civil* zu verbessern suchte: „En composant la Chartreuse, pour prendre le ton, je lisais chaque matin deux ou trois pages du code civil, afin d'être toujours naturel; je ne veux pas, par des moyens factices, fasciner l'âme du lecteur“ (Brief vom 30. Oktober 1840 an Honoré de Balzac). Dagegen meinte schon *Windscheid*, S. V: „Seine vielgerühmte Präcision im Ausdrucke ist häufig genug nur eine äussere, nicht jene wahre innere, welche sich aus der vollständigen Klarheit des Gedankens ergibt; selbst seine Terminologie ist nicht selten schwankend. Der Schluss aber aus dem Sinne einer seiner Verfügungen auf den Sinn einer anderen ist noch weit misslicher ...“. Die Bedürfnisse des Schriftstellers und des Juristen sind eben nicht deckungsgleich!

¹¹ Der *Code civil* wurde von März 1803 bis März 1804 in Kraft gesetzt. Durch Dekret des Kaisers wurde er 1807 zum „Code Napoléon“ umbenannt, wobei die Ausdrücke „Empereur“ und „Empire“ im Text eingeführt wurden. 1816 wurde das Gesetz wieder zum *Code civil* umgetauft, und in Folge der Restauration wurden dieselben Ausdrücke durch „Roi“ und „Royaume“ ersetzt. Nachdem *Napoleon III.* an die Macht gelangt war, erhielt das Werk durch kaiserliches Dekret vom 27. März 1852 wiederum den Titel „Code Napoléon“, „pour rendre hommage à la vérité historique“ (*Halpérin*, S. 48). In der Tat hatte der erste Konsul an zahlreichen Sitzungen des Staatsrates, den er zweimal wöchentlich präsiidierte, teilgenommen und dabei die Endredaktion z.T. entscheidend mitbeeinflusst. Im Exil auf St. Helena soll Napoléon denn auch gesagt haben: „Ma gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles ... ce que rien n'effacera, c'est mon code civil, ce sont les procès-verbaux du Conseil d'Etat“, und „Mon seul Code, par sa simplicité, a fait plus de bien en France que la masse de toutes les lois qui m'ont précédé“ (*Las Cases*, 29./30. November 1815, Bd 1, S. 232). Bewunderung für diese Leistung erhielt Napoléon auch von royalistischer Seite. Nach der Restauration sagte ein ehemaliger Minister Lud-

hafte Regelung des Gesetzes in ein ‚System der Unwirksamkeiten‘ zu integrieren. Rückblickend unterscheidet man heute generell zwischen zwei Theorien: Vorherrschend war bis Anfang des 20. Jahrhunderts die sog. „Théorie classique“. Mit der Unterscheidung zwischen *inexistence* und *nullité* schien die *Théorie classique*, die auf die Art des Mangels abstellte, im 19. Jahrhundert den Schlüssel zur Ausgestaltung gefunden zu haben. Dann aber erschienen, zur Wende zum 20. Jahrhundert, mehrere Monographien, die das ganze System von Grund auf in Frage stellten und deren Ergebnisse als „Théorie moderne“ oder als „Théorie du droit de critique“ bezeichnet werden¹². Die *Théorie moderne* lehnt den Ansatz der *Théorie classique* ab und befürwortet – jedenfalls dem Grundsatz nach – eine Vielzahl von Unwirksamkeiten.

Beide Ansätze haben, als Extremhaltungen, nicht überzeugt. Heute hat sich eine Kompromisslösung eingestellt, die jedoch, wie aufzuzeigen sein wird, ebenfalls nicht zu überzeugen vermag. Doch mehr als hundert Jahre nach der Geburt der *Théorie moderne* werden in den Lehrbüchern weiterhin beide Theorien dargestellt, als sei das letzte Wort noch nicht gesprochen. In die gleiche Richtung weist die oftmals vom Ergebnis her bestimmte Haltung der Gerichte. Ja das Schwanken zwischen beiden Theorien äussert sich sogar im 2005 vorgelegten Vorentwurf für eine *Réforme du Code civil (Avant-Projet Catala)*. Ein Ende der mit der Unwirksamkeit zusammenhängenden Fragen ist damit nicht in Sicht.

wigs XVI.: „... Depuis que je suis ici, je me suis avisé de mettre le nez dans les discussions du Code civil, et dès cet instant ce n’a plus été que de la profonde vénération. Mais où diable avait-il appris tout cela ! ... Vraiment, il faut que ce soit un prodige !“ (*Las Cases*, 12. Mai 1816, Bd 1, S. 597). *René Savatier*, der *Bonaparte* und dem *Code civil* eine Abhandlung widmete, charakterisierte den ersten Konsul im Staatsrat folgendermassen: „Il était le plus naturel, le seul fantaisiste, le seul spontané de l’Assemblée ... Tous ces collaborateurs du Conseil d’Etat se rappellent avoir été tout de suite conquis par ce fascinant jeune homme ... L’éloquence de Bonaparte, ce sont des phrases nettes, coupantes, qui font image, qui parlent, qui vivent, qui marchent ...“; zitiert nach *Mazeaud/Chabas*, Introduction, N. 86. Die von *Napoleon III.* retablierte „vérité historique“ gilt genau genommen noch heute, und nicht nur im (juristischen) Volksmund: Das Dekret von 1852 wurde nämlich nie aufgehoben, sodass die richtige Bezeichnung auch heute noch „Code Napoléon“ wäre. Eine weitere historische Kuriosität: Da das Dekret von 1852 keine Veränderungen im Text vorgesehen hatte und die *ordonnance* von 1816 ebenfalls nie aufgehoben wurde, bezieht sich der Text des *Code civil* paradoxerweise heute noch auf „Roi“ und „Royaume“, was wiederum, wenn auch ungewollt, die Verankerung im vorrevolutionären Recht in Erinnerung rufen mag (vgl. Art. 1).

¹² Wegbereiter dieser Theorie waren *Drogoul*, *Essai d’une théorie générale des nullités*, Diss. Aix 1902, *Japiot*, *Des nullités en matière d’actes juridiques*, Diss. Dijon 1908/1909 (mit 964 Seiten), und *Gaudemet*, *Théorie Générale des Obligations*, Paris 1937.

Eingrenzung der Fragestellung und Hinweise zum Aufbau

Wie es der Titel der vorliegenden Arbeit vermuten lässt, geht es hier um eine historisch hergeleitete Antwort auf die Frage, was unter Unwirksamkeit von Verträgen im französischen Recht zu verstehen ist. Es geht damit um Ausgestaltungsfragen. Es wurde daher weder untersucht, wann ein Geschäft als „illicite“ zu qualifizieren ist oder wann eine Vereinbarung „contre les bonnes moeurs“ oder gegen den „ordre public“ verstösst, noch wurden die Konsequenzen der Unwirksamkeit erörtert, mithin ob bereits erbrachte Leistungen rückerstattet werden müssen oder ggf. nach dem Grundsatz „in pari turpitudine melior est causa possidentis“ beim Empfänger verbleiben können. Im Bereich der Willensmängel wurde ebenfalls grundsätzlich nicht der Frage nachgegangen, wann ein Irrtum vorliegt, oder wann von einer Täuschung ausgegangen werden kann. Diese Tatbestände werden im Allgemeinen vorausgesetzt.

Alle Rechtsnormen haben ihre Geschichte, und besonders im hier untersuchten Bereich sollte diese nicht unbeachtet bleiben. Die Rechtsgeschichte ist, wie es Portalis ausdrückte, „la physique expérimentale de la législation“¹, und insbesondere im Hinblick auf die Unwirksamkeit von Rechtsgeschäften sind die historischen Zusammenhänge im französischen Recht von solcher Bedeutung, dass ohne sie die heutige Rechtslage nicht verstanden werden kann. So ist ein bedeutender Teil dieser Arbeit der Rechtslage vor dem *Code civil*, beginnend beim römischen Recht (Teil I), gewidmet: Das römische Recht ist in Frankreich besonders im Obligationenrecht, wo das lange Zeit geltende Gewohnheitsrecht nur wenig weiterentwickelt worden war, seit jeher, wenn auch mit historisch bedingten Schwankungen, stark rezipiert worden. Dabei waren besonders die Ergebnisse der Glossatoren und Kommentatoren von Bedeutung, sodass sich auch ein Einblick in diese Zeit rechtfertigte². Dem war aber nicht immer so

¹ Portalis; zitiert nach *Gény*, Bd 2, S. 23.

² Vgl. zur Bedeutung des römischen Rechts im Obligationenrecht etwa *Jaubert*: „Pourrions-nous être accusés de méconnaître la part que les jurisconsultes romains auront eue à la rédaction de cette partie importante du Code civil? Que notre respect et notre reconnaissance pour ces bienfaiteurs de la société soient aussi connus qu'ils doivent être